



ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريع البحريني والمقارن

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون العام (القانون الإداري)

إعداد

خليفة محمد خليفة الظهراني

الرقم الجامعي: ٢٠١٣٣٣٣٩

إشراف

أ. د. محمد أحمد عبدالنعم عبدالمنعم

أستاذ القانون العام

جامعة البحرين

مملكة البحرين

مايو ٢٠١٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا)

الإسراء - آية (٨٥)

ملخص الأطروحة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريع البحريني بالمقارنة مع التشريع المصري والكويتي مستدلين بأراء الفقه، مع تتبع دقيق للأحكام الصادرة عن القضاء البحريني والمصري والكويتي في هذا الخصوص وتحليلها.

ولقد ركزنا في هذه الدراسة على بحث ما تقدم، من خلال بيان ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وخلصنا إلى أنها تعويض جزافي لصالح الإدارة عن الضرر المفترض حصوله نتيجة التأخير، وجزء يفرض على المقاول المتأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها في العقد، وأنها تتميز بخصائص تحقق الغاية من فرضها، تلا ذلك بيان الأساس القانوني لهذه الغرامة ما بين موقف الفقه وموقف القضاء، وتبين أن هذا الأساس هو أساس تعاقدى مصدره العقد وأساس غير تعاقدى يكمن في فكرتي السلطة العامة والمرفق العام، ثم بيّنا الأسس المادية والزمنية لهذه الغرامة التي تتصاعد نسب اقتضاؤها باستمرار مدة فرضها.

وبيّنا ضمانات الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة وسلطة الإدارة تجاه تلك الضمانات ما بين موقف المشرع والقضاء والفقه، وتبين لنا أن من هذه الضمانات التأمين النهائي الذي يلتزم المقاول بتقديمه عند التعاقد، ومستحقات المقاول بموجب العقد، وكذلك أدوات ومعدات المقاول بموقع العمل، وللإدارة في سبيل اقتضاء غرامة التأخير إما أن تخصم هذه الغرامة من التأمين النهائي مباشرة باعتباره شرع ضماناً لها، أو أن تحجز على جزء من مستحقات المقاول لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى يعادل مبلغ الغرامة المستحقة على المقاول، ومن ثم تخصمه عند إجرائها للحساب الختامي للعملية جميعها، أما وقد تمارس الإدارة سلطتها في الحجز على معدات وأدوات المقاول بموقع العمل عند سحبها للمشروع منه، وفي هذه الحالة يحق للإدارة اقتضاء هذه الغرامة من ثمن بيع تلك المعدات والأدوات.

كما أوضحنا ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير، ومنها ما يكون سابق على فرض هذه الغرامة بما يفيد إعدار المقاول بأوجه الإخلال المنسوب إليه ليبادر إلى إصلاح إخلاله والالتزام بالتنفيذ خلال المواعيد المتفق عليها قبل مجازاته بالغرامة، وكذلك تسبب قرار فرض هذه الغرامة ليتمكن المقاول من مواجهة الأسباب التي دفعت بالإدارة إلى إصدار هذا القرار، ومن ثم فإن إعلان القرار في مواجهة المقاول يُعد إشهاراً لاحقاً يفيد بعلمه بمضمون القرار، ومن هذه الضمانات إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة تأخره لأسباب خارجة عن إرادته تعود إما للإدارة أو لوجود قوة قاهرة لا دخل لإرادة الطرفان فيها.

وأخيراً انتهينا ببيان ضمانات الرقابة القضائية التي يمارسها قاضي العقد على مشروعية قرار فرض هذه الغرامة ومدى ملاءمته للإخلال الصادر من قبل المقاول.

إهداء

جدي وجدتي .. حفظهما الله وأطال في عمرهما ..

والدي .. حفظهما الله وأطال في عمرهما ..

أهدي إليهم جهدي المتواضع ..

خليفة

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وأما بعد،

أحمد الله تعالى أن وفقني لإكمال هذه الدراسة فله الحمد على فضله وتيسيره.

وأقدم بالشكر الجزيل لأعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق بجامعة البحرين على عونهم ومساندتهم لنا طوال مدة الدراسة ببرنامج الماجستير في القانون العام، فلهم خالص الشكر والتقدير.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى من كان له الفضل بعد الله تعالى في استكمال هذه الدراسة، أستاذي الدكتور محمد أحمد عبدالنعيم، وذلك على إشرافه المخلص على هذه الدراسة.

وأتوجه بالشكر إلى كافة الزملاء من مستشارين قانونيين وغيرهم على تشجيعهم لي وتزويدي بالمراجع، وأخص بالذكر الأستاذ محمد يعقوب المفتاح على تفضله بالتدقيق اللغوي لهذه الدراسة، فلهم مني جميعاً جزيل الشكر والتقدير.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن ينفع بما قدمت من جهدٍ خالصٍ لوجهه الكريم الباحثين في الدراسات القانونية.

وصلّى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين،

الباحث

قائمة المحتويات

أ	صفحة الاعتماد
ب	ملخص الأطروحة باللغة العربية
ج	إهداء
د	شكر وتقدير
هـ	قائمة المحتويات
٢	المقدمة
٤	أولاً: موضوع الدراسة
٥	ثانياً: أهمية الدراسة
٦	ثالثاً: إشكالات الدراسة
٧	رابعاً: أسئلة الدراسة
٧	خامساً: منهجية الدراسة
٨	سادساً: تقسيم الدراسة
٩	المبحث التمهيدي: ماهية عقد الأشغال العامة
١٠	المطلب الأول: مفهوم وخصائص عقد الأشغال العامة
١٠	الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة
١٢	الفرع الثاني: خصائص عقد الأشغال العامة
١٨	المطلب الثاني: أهمية عقد الأشغال العامة وتمييزه
١٨	الفرع الأول: أهمية عقد الأشغال العامة
٢١	الفرع الثاني: تمييز عقد الأشغال العامة عن العقود المماثلة له
٢٧	الفصل الأول: ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة
٢٩	المبحث الأول: مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة
٣٠	المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير
٣١	الفرع الأول: غرامة التأخير تعويض جزافي
٣٤	الفرع الثاني: غرامة التأخير جزاء مالي
٤٠	المطلب الثاني: خصائص غرامة التأخير
٤٠	الفرع الأول: الخاصية الاتفاقية لغرامة التأخير

٤٣	الفرع الثاني: الخاصية المرنة لغرامة التأخير
٤٤	الفرع الثالث: الخاصية التلقائية لغرامة التأخير
٤٨	المبحث الثاني: الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة
٤٩	المطلب الأول: الأساس التعاقدي لغرامة التأخير
٤٩	الفرع الأول: موقف القضاء من الأساس التعاقدي لغرامة التأخير
٥١	الفرع الثاني: موقف الفقه من الأساس التعاقدي لغرامة التأخير
٥٤	المطلب الثاني: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير
٥٤	الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس لغرامة التأخير
٥٧	الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس لغرامة التأخير
٦٣	المبحث الثالث: الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة
٦٤	المطلب الأول: الأسس المادية لغرامة التأخير
٦٤	الفرع الأول: موقف المشرع من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير
٦٨	الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير
٧٠	الفرع الثالث: موقف الفقه من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير
٧٣	المطلب الثاني: الأسس الزمنية لغرامة التأخير
٧٣	الفرع الأول: موقف المشرع من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير
٧٧	الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير
٧٩	الفرع الثالث: موقف الفقه من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير
٨٣	الفصل الثاني: ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة
٨٦	المبحث الأول: ضمانات التأمين النهائي
٨٧	المطلب الأول: مفهوم وصور التأمين النهائي في عقد الأشغال العامة
٨٧	الفرع الأول: المفهوم القضائي والفقه للتأمين النهائي
٩٢	الفرع الثاني: صور التأمين النهائي
٩٦	المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي
٩٦	الفرع الأول: موقف المشرع من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي
١٠١	الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي
١٠٢	الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي
١٠٥	المبحث الثاني: ضمانات مستحقات المقاول

١٠٦	المطلب الأول: ماهية مستحقات المقاول وقواعد صرفها
١٠٦	الفرع الأول: ماهية مستحقات المقاول
١١٠	الفرع الثاني: قواعد صرف مستحقات المقاول
١١٨	المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول
١١٨	الفرع الأول: موقف المشرع من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول
١٢٣	الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول
١٢٦	الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول
١٢٩	المبحث الثالث: ضمانات معدات وأدوات المقاول
١٣٠	المطلب الأول: مفهوم معدات وأدوات المقاول
١٣٥	المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول
١٣٥	الفرع الأول: موقف المشرع من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول
١٤٠	الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول
١٤٢	الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول
١٤٦	الفصل الثالث: ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة
١٤٩	المبحث الأول: الضمانات الشكلية لغرامة التأخير
١٥٠	المطلب الأول: الإعذار في نطاق غرامة التأخير
١٥٠	الفرع الأول: مفهوم الإعذار وأهميته بالنسبة للمقاول
١٥٣	الفرع الثاني: الاتجاهات القانونية حول الإعذار في نطاق غرامة التأخير
١٦١	المطلب الثاني: تسبيب وإعلان قرار غرامة التأخير
١٦١	الفرع الأول: تسبيب الإدارة لقرار غرامة التأخير
١٦٦	الفرع الثاني: إعلان الإدارة لقرار غرامة التأخير
١٧٢	المبحث الثاني: الضمانات الموضوعية لغرامة التأخير
١٧٣	المطلب الأول: إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة
١٧٣	الفرع الأول: فعل الإدارة المؤدي إلى تأخر المقاول
١٧٥	الفرع الثاني: موقف المشرع حول تأخر المقاول نتيجة فعل الإدارة
١٧٨	الفرع الثالث: موقف القضاء حول تأخر المقاول نتيجة فعل الإدارة
١٨١	الفرع الرابع: موقف الفقه حول تأخر المقاول نتيجة فعل الإدارة
١٨٤	المطلب الثاني: إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة القوة القاهرة

١٨٤	الفرع الأول: مفهوم وشروط القوة القاهرة
١٨٨	الفرع الثاني: موقف المشرع حول تأخر المقاو نتيجة القوة القاهرة
١٩١	الفرع الثالث: موقف القضاء حول تأخر المقاو نتيجة القوة القاهرة
١٩٣	الفرع الرابع: موقف الفقه حول تأخر المقاو نتيجة القوة القاهرة
١٩٦	المبحث الثالث: الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير
١٩٧	المطلب الأول: القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير
١٩٧	الفرع الأول: القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير
٢٠٢	الفرع الثاني: ولاية القضاء المختص بنظر منازعات غرامة التأخير
٢٠٧	المطلب الثاني: رقابة القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير
٢٠٧	الفرع الأول: الرقابة على مشروعية قرار غرامة التأخير
٢١١	الفرع الثاني: الرقابة على ملائمة قرار غرامة التأخير
٢١٤	الخاتمة
٢١٤	أولاً: النتائج
٢١٨	ثانياً: التوصيات
٢٢٠	قائمة المراجع
A	ملخص الأطروحة باللغة الانجليزية

المقدمة

نظراً لضرورة إنشاء وتسيير المرافق العامة، تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد الإداري كونه أحد الأساليب التي تتمكن من خلالها من التعبير عن رغبتها في توفير المتطلبات والاحتياجات العامة على مستوى الدولة والأفراد، سواء كانت تلك الاحتياجات أو المتطلبات ذات طابع أمني، أو صحي، أو اقتصادي، أو غير ذلك، ولا يتحقق ذلك إلا بضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن ناحية أخرى فإن هذا الأسلوب يساعد الإدارة على مواكبة التطورات العصرية الحديثة في سبيل الحفاظ على تقدم وتطور عمل المرافق العامة الأمر الذي يتطلب الدقة في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري وفي المواعيد المتفق عليها.

وتختلف العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بأسلوب القانون العام بهدف إنشاء، أو تسيير المرافق العامة، عن العقود المدنية التي يبرمها الأفراد بأسلوب القانون الخاص سعياً إلى تحقيق مصالح خاصة بهم، حيث لا تتسوى المراكز القانونية للمتعاقدتين في العقود الإدارية، بينما هي متساوية في عقود القانون الخاص.

وبالنسبة للعقود الإدارية فإنه يلزم لإضفاء الصفة الإدارية عليها أن تتوفر بها ثلاث أركان، وتتمثل هذه الأركان في أن يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتعاقد بوصفها سلطة عامة، وأن يتصل موضوع العقد بنشاط مرفق عام، وأن يتم اتباع أسلوب القانون العام في التعاقد، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية، ومن ثم فإذا ما تعاقدت الإدارة على هذا النحو، فإنها تكون في مركز قانوني أعلى من الطرف المتعاقد معها، لذلك فهي تتمتع بسلطات استثنائية في مواجهة الطرف المتعاقد لحثه على تنفيذ التزاماته وفي المواعيد المتفق عليها دون توقف على رضائه منه، وهذا ما يتحقق به الهدف الذي تصبوا إليه الإدارة وهو تحقيق المصلحة العامة.

وتكمن أهمية هذه السلطات في قدرة الإدارة على توجيه الأوامر للطرف المتعاقد معها، وسلطتها في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، كما أن لها سلطة فرض مختلف الجزاءات على الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، وتتمثل الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على الطرف المتعاقد في الجزاءات المالية والضاغطة والفاسخة، ويخضع فرض هذه الجزاءات للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة بما يضمن تحقيق المصلحة العامة من خلال انتظام إنشاء وسير المرافق العامة.

وتتنوع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بتنوع الاحتياجات العامة للدولة والأفراد، ونظراً للاحتياجات غير المنتهية في مجال الإنشاءات، تبرم الإدارة عقود الأشغال العامة مع المقاولين، والتي تحتل مكانة خاصة بين العقود الإدارية نظراً لدورها البارز في إنشاء المرافق العامة، الأمر الذي أصبح معه واضحاً أن التأخير في تنفيذ هذه العقود من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة.

ونظراً لأهمية إنشاء وسير تلك المرافق بانتظام واطراد، فإن الإدارة تواجه حالات التأخير من قبل المقاول المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها في العقد بغرامة التأخير، وهي أحد الجزاءات المالية في العقود الإدارية بصفة عامة، والتي يسهل على الإدارة فرضها على المقاول بمجرد حصول التأخير نظراً لعدم التزام الإدارة بإثبات الضرر المترتب على التأخير، أو اللجوء إلى القضاء مسبقاً.

وتكمن الحكمة من إعفاء الإدارة من إثبات الضرر في أن التأخير في حد ذاته يتعارض مع الغاية من إبرام العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، وهي دوام استمرار إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي سيؤدي بالضرورة إلى الإخلال بالمصلحة العامة، فإذا ما استحققت الغرامة لصالح الإدارة المتعاقدة، فإنه يحق لهذه الأخيرة اقتضاء الغرامة المستحقة على المقاول، إلا إذا أثبت المقاول أن التأخير عائداً لسبب خارج عن إرادته، كفعل الإدارة ذاتها، أو القوة القاهرة، فيقع عبء إثبات ذلك على عاتقه.

وقد ثار خلاف فقهي وقضائي حول الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في سلطتها بفرض غرامة التأخير دون حاجة لصدور حكم قضائي بذلك، وانقسم في هذا الشأن إلى اتجاهين؛ فذهب اتجاه إلى أن الأساس القانوني لهذه الغرامة هو أساس تعاقدية مصدره العقد، في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى أن هذا الأساس غير تعاقدية، وهذا الاتجاه ينازعه رأيان، الأول يكمن في فكرة السلطة العامة، أما الثاني فهو يكمن في فكرة المرفق العام.

وعلى الرغم من أن كلا الاتجاهين متفقين على تمتع الإدارة بهذه السلطة، إلا أن سلطتها في ذلك لا تكون ذات جدوى إذا لم تكن بيدها ضمانات تكفل لها اقتضاء مبلغ الغرامة بنفسها من المقاول ودون حاجة للجوء إلى القضاء.

وتتعدد الضمانات الخاضعة لسلطة الإدارة في هذا الشأن، فمنها ما يقدمه المقاول على سبيل التأمين ومنها ما يستحق له من مبالغ مالية قبل قيام الإدارة بصرفها له، بالإضافة إلى معدات وأدوات المقاول التي تكون محتجزة بموقع العمل لحين الانتهاء من تنفيذ العقد، بالمقابل

يتمتع المقاول بضمانات تحميه من تعسف الإدارة عند استخدامها لهذه السلطة، وتكفل له مشروعية قرار فرض غرامة التأخير بحقه وملاءمته لجسامة إخلاله بالتأخير، وبالتالي عدم إهدار حقوق المقاول تجاه الإدارة.

وأخيراً، تعد الرقابة القضائية على قرار فرض غرامة التأخير بحق المقاول من أهم الضمانات التي تمكنه من مخاصمة الإدارة مصدرة القرار، وللقضاء في هذا الشأن سلطة الرقابة على قرار فرض هذا الجزاء من ناحيتين، وهما المشروعية والملائمة، حيث أن رقابة المشروعية تقع على أركان هذا القرار ومدى التزام الإدارة بمبدأ المشروعية، أما رقابة الملائمة فإنها تقع على مدى ملاءمة قرار فرض هذه الغرامة لإخلال المقاول بالتأخير.

أولاً: موضوع الدراسة:

تركزت هذه الدراسة على بحث موضوع ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريع البحريني بالمقارنة مع الأنظمة القانونية محل الدراسة، ونحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة من خلال بيان مفهوم وخصائص غرامة التأخير والأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في سلطتها بفرض هذه الغرامة، والأسس المادية والزمنية التي تتحدد بها نسب اقتضاء الإدارة للغرامة ومدة فرضها.

كما سنسلط الضوء في هذه الدراسة على ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وهي المبالغ الخاضعة لسلطة الإدارة طوال مدة تنفيذ المقاول للعقد، كالتأمين النهائي الذي يقدمه المقاول عند التعاقد، ومستحقات المقاول لدى الإدارة خلال مرحلة تنفيذ العقد وقبل الإذن بصرفها له، وكذلك معداته وأدواته التي تظل بموقع العمل إلى حين الانتهاء من التنفيذ الكلي للعقد، وذلك من خلال بيان مفهوم تلك الضمانات وموقف المشرع والقضاء والفقهاء من سلطة الإدارة تجاهها لاقتضاء غرامة التأخير.

وأخيراً، سنتناول ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وهي الضمانات الشكلية لإصدار قرار فرض غرامة التأخير بحق المقاول، والضمانات الموضوعية التي يتمتع بها هذا الأخير عند تأخره نتيجةً لظروف خارجة عن إرادته، سواء كانت هذه الظروف نتيجة أسباب عائدة لفعل الإدارة ذاتها أو لوجود قوة قاهرة لا دخل لإرادة الطرفان المتعاقدان فيها، والذي ينتهي ببحث موضوع الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير.

لكل ما تقدم يأتي اختيار موضوع هذه الدراسة وهو - ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريع البحريني والمقارن - نظراً لأهمية وجود تلك الضمانات في هذا العقد، وذلك لضمان تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمقاول المتعاقد معها تجاه هذه الغرامة، حيث تكاد تخلو المكتبة العربية من المراجع المتخصصة في هذا الشأن، آملين أن يكون تناولنا لموضوع الدراسة على النحو الذي تستحقه في المجال الإداري.

ثانياً: أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بشكل عام في ضمان حقوق كل من الإدارة والمقاول المتعاقد معها تجاه هذه الغرامة باعتبارها جزءاً مالياً يترتب على فرضه استحقاق الإدارة لمبلغ الغرامة ومن ثم يحق لها اقتضاؤه من المقاول.

تكمن أهمية ضمانات غرامة التأخير بالنسبة للإدارة في وجود مبلغ هذه الغرامة، أو ما يقابلها تحت يد الإدارة وتصرفها بما يضمن لها إنفاذ سلطتها في اقتضاء الغرامة المستحقة على المقاول، وذلك بالحجز على مبلغها، أو خصمه مباشرة بمجرد حصول التأخير دون حاجة لإثبات وقوع الضرر، أو اللجوء إلى القضاء مسبقاً ليحكم لها بذلك.

أما بالنسبة للمقاول فتكفل له هذه الضمانات حماية حقوقه تجاه هذه الغرامة التي لا يقتصر فرضها بإثبات الضرر، وتنقسم هذه الضمانات إلى الضمانات الشكلية التي تمكن المقاول من مواجهة قرار الإدارة بفرض الغرامة قبل وحال إصداره، والضمانات الموضوعية التي يعفى المقاول بموجبها من الغرامة مباشرة حال تحقق مناط استحقاقها، وأخيراً ضمانات الرقابة القضائية التي تمكن المقاول من مخاصمة الإدارة مصدرة القرار عن طريق القضاء، والذي له أن يبسط رقابته على قرار فرض هذه الغرامة من ناحيتي الموضوعية والملائمة، لذلك يُعد وجود مثل هذه الضمانات في العقد أمراً ضرورياً بالنسبة للمقاول ليتمكن من الدفاع عن حقوقه في مواجهة الإدارة، وهذا ما يدفع المقاولين إلى الإقبال على الاشتراك في مناقصات المشاريع العامة.

هكذا، فإنه يبدو واضحاً أن وجود ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة يُعد أمراً ضرورياً لتحقيق التوازن بين حقوق الإدارة والمقاول المتعاقد معها، وبالتالي ضمان انتظام إنشاء وتسيير المرافق العامة موضوع العقد على نحو تتحقق به المصلحة العامة التي تصبوا إليها الإدارة من خلال إبرامها لهذا العقد، وهكذا فإنه من الواضح أنه في ظل عدم وجود مثل هذه

الضمانات فإن ذلك قد يترتب عليه إخلالاً بحقوق الطرفان بما قد يؤدي إلى عكس ما تصبوا إليه الإدارة من خلال هذا التعاقد.

ثالثاً: إشكالات الدراسة:

يثير موضوع الدراسة جملة من الإشكالات التي يتعين مناقشتها ومعالجتها من خلال بحث هذا الموضوع للوصول إلى تنظيم قانوني يحكم موضوع ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

ومن هذه الإشكالات، إغفال المشرع البحريني تنظيم سلطة الإدارة تجاه ضمانات اقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة على الرغم من تمتع الجهات الإدارية في مملكة البحرين بهذه السلطة في الواقع العملي، الأمر الذي يتطلب البحث في موقف المشرع وأحكام القضاء في الدول محل المقارنة وموقف الفقه من هذه السلطة واستخلاص الإطار القانوني لها.

وعلى الرغم من تشابه ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في أنظمة الدول محل المقارنة، إلا أن حدود سلطة الإدارة تجاه تلك الضمانات تختلف عن بعضها في أنظمة هذه الدول، فهي تكون أضيق نطاقاً في مملكة البحرين عن الدول الأخرى محل المقارنة، مما يجبر الإدارة في المملكة على اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض على الرغم من إمكانية توسيع نطاق هذه السلطة.

ولا تقف إشكالات الموضوع عند هذا الحد، إنما تمتد إلى عدم التوازن بين ضمانات الإدارة والمقاول المتعاقد معها بموجب عقود الأشغال العامة الخاضعة لأنظمة الدول محل المقارنة، مما قد يؤدي إلى إساءة استعمال الإدارة لسلطتها في فرض هذا الجزاء، وبالتالي إهدار حقوق المقاول دون أن تكون له الفرصة في إصلاح إخلاله، أو إبداء أوجه دفاعه تجاه قرار فرض هذه الغرامة لذا كان لا بد من أن يمنح المقاول ضمانات كافية تجاه هذه الغرامة لتحقيق التوازن بين ضمانات الإدارة والمقاول.

رابعاً: أسئلة الدراسة:

تتمتع الإدارة بموجب عقد الأشغال العامة بسلطة التنفيذ المباشر في مواجهة المقاول المتعاقد معها بغرامة التأخير مباشرة بمجرد حصول التأخير من قبله، ودون حاجة لإثبات أن التأخير قد تسبب بإلحاق ضرر بالإدارة، أو المرفق العام موضوع العقد، فما هو مفهوم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة وخصائصها؟ وما هو الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في فرضها لهذه الغرامة؟ وماهي الأسس التي تتحدد بها نسب اقتضاء ومدة فرض الإدارة لهذه الغرامة؟

فإذا كانت سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير نافذة مباشرة بموجب الضمانات التي يمنحها عقد الأشغال العامة للإدارة، فماهي الضمانات التي تكفل للإدارة اقتضاء مبلغ الغرامة المستحقة على المقاول بنفسها مباشرة ودون حاجة للجوء إلى القضاء مسبقاً؟ وما مدى كافية تلك الضمانات في اقتضاء الغرامة؟ وهل سلطة الإدارة تجاه تلك الضمانات مقتصرة على الضمانات المقررة بموجب العقد ذاته أو أنها تمتد لضمانات العقود الأخرى؟ وما هو موقف المشرع والقضاء والفقه من هذه السلطة؟

في المقابل، ما هي الضمانات التي تكفل للمقاول عدم إهدار حقوقه تجاه غرامة التأخير بموجب عقد الأشغال العامة وعدم تعسف الإدارة عند استخدامها لسلطتها في فرض هذه الغرامة بما قد يؤدي إلى عدم مشروعية هذا الجزاء؟ وما هو موقف المشرع والقضاء والفقه من هذه الضمانات؟ ومن هو القضاء المختص بالرقابة على قرار فرض غرامة التأخير؟ وماهي حدود ونطاق وطبيعة رقابة القضاء على قرار فرض هذه الغرامة؟ وأخيراً ما مدى التوازن بين ضمانات الإدارة وضمانات المقاول في كل من البحرين ومصر والكويت؟

خامساً: منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة المنهج الوصفي والمنهج التحليلي المقارن، الذي يقوم على المقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والكويت والبحرين وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والبنود التعاقدية في مملكة البحرين وإعمال مقارنة بالنصوص القانونية والبنود التعاقدية في كل من مصر والكويت، مستدلين بآراء الفقه وأحكام القضاء البحريني والمقارن في هذا الخصوص وتحليلها.

سادساً: تقسيم الدراسة:

لإعطاء فكرة متكاملة تحيط بكافة جوانب موضوع الدراسة، وللوصول للنتيجة المرجوة من دراسته، إرتأينا أنه من الملائم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول يسبقهم مبحث تمهيدي وتليهم خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة، وذلك حسب خطة البحث الآتية:

المبحث التمهيدي: ماهية عقد الأشغال العامة.

الفصل الأول: ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الأول: مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الثالث: الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

الفصل الثاني: ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الأول: ضمانات التأمين النهائي.

المبحث الثاني: ضمانات مستحقات المقاول.

المبحث الثالث: ضمانات معدات وأدوات المقاول.

الفصل الثالث: ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الأول: الضمانات الشكلية لغرامة التأخير.

المبحث الثاني: الضمانات الموضوعية لغرامة التأخير.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير.

المبحث التمهيدي: ماهية عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

تلجأ الإدارة في سبيل تلبية احتياجاتها من أعمال التشييد والترميم والصيانة الدورية وغيرها إلى إبرام عقد يطلق عليه مسمى عقد الأشغال العامة، وهو يعتبر من أهم العقود الإدارية التي ساهمت بدور كبير في تأسيس وإنشاء أهم المؤسسات والمرافق العامة التي يقوم عليها الكيان الأساسي للدولة وغيرها من المرافق التي بات من الواضح أن الحاجة إلى وجودها يعد أمراً ضرورياً لتقدم الدولة وازدهارها.

ونظراً لأهمية عقد الأشغال العامة في مجال إنشاء المرافق العامة للدولة واستمرار تلك المرافق في قيامها بأداء مهامها، لذا فإننا سنسلط الضوء في هذا المبحث على مفهوم وخصائص عقد الأشغال العامة وأهميته في إنشاء وتسيير المرافق العامة وتمييزه عن غيره من العقود المماثلة له من حيث الموضوع، كعقد المقاوله وعقد التزام المرافق العامة وعقد التزام الأشغال العامة، وسنقسمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم وخصائص عقد الأشغال العامة.

المطلب الثاني: أهمية عقد الأشغال العامة وتمييزه.

المطلب الأول:

مفهوم وخصائص عقد الأشغال العامة

يُعد عقد الأشغال العامة أحد العقود الإدارية التي تهدف الإدارة من خلالها إلى تنفيذ احتياجات إنشائية وصيانة عقارية للمرافق العامة بالدولة، ويقتضي بيان مفهوم هذا العقد والخصائص المميزة له البحث في اتجاهات الفقه والقضاء في هذا الصدد.

وسنعرض في هذا المطلب مفهوم وخصائص عقد الأشغال العامة من حيث تعريفه وتحديد خصائصه، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة:

عرف بعض الفقه بجانب بعض أحكام القضاء عقد الأشغال العامة، ولبيان هذه التعاريف فإننا سنبين أولاً ما المقصود بالعقد بصفة عامة ومن ثم سنعرض التعاريف التي قيلت بشأن هذا العقد، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

يُعتبر العقد بصفة عامة أنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وهذا المعنى ينطبق على جميع العقود، سواء كانت إدارية أم مدنية، وتعاقبات الإدارة متعددة ومتنوعة، ولكنها لا تدخل جميعها في نطاق القانون الإداري^١.

وقد ذهب بعض آراء الفقه في شأن تعريف عقد الأشغال العامة إلى أنه العقد الذي تبرمه الإدارة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام مع مقول باعتباره شخص من أشخاص القانون الخاص بقصد القيام بأعمال الأشغال العامة المتعلقة بعقار، كبناء وترميم وصيانة وهدم العقارات لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة، ويقصد تحقيق المصلحة العامة، وذلك بمقابل مالي حسب ما هو متفق عليه في العقد، ومن ثم يجب أن يتعلق موضوع العقد بعقار^٢.

(١) د. جورج شفيق ساري - المبادئ العامة للقانون الإداري - القواعد القانونية للنشاط الإداري للدولة - الكتاب الثاني - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ٨٧٥ / د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ٢٠٠٥ - ص ٧.

(٢) د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في مملكة البحرين - الكتاب الثاني - بدون دار نشر - الطبعة الأولى - ٢٠١٢ - ص ٧٨ / أ. د. حفيظة السيد الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) - منشورات الطلي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٣ - ص ١٩١ / د. محمود عاطف البنا - العقود الإدارية - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - ص ٧٣.

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن عقد الأشغال العامة كسائر العقود التي تبرمها الإدارة مع المتعاقدين معها، على أن يكون موضوع هذا العقد الالتزام بتنفيذ أعمال الأشغال العامة التي تتم على العقارات المملوكة لهذا الشخص المعنوي العام ولحسابه، بشرط أن يكون الهدف من هذا العقد هو تحقيق مصلحة عامة.

وفي تعريف عقد الأشغال العامة قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بأن: "... عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة عادةً مقابل ثمن يحدد في العقد..."^١.

ويتبين لنا من هذا الحكم أن عقد الأشغال العامة هو في الأصل عقد مقاوله من حيث الموضوع، إلا أنه يختلف عن عقد المقاوله الخاضع للقانون الخاص من ناحية الخصائص التي تضيفي على هذا العقد الصفة الإدارية، فمن ناحية يلزم أن يكون أحد أشخاص القانون العام - الإدارة - طرفاً في العقد، ومن ناحية أخرى يجب أن يتصل موضوع العقد بعقار، سواء تعلق الأمر ببناء هذا العقار، أو ترميمه، أو صيانته، أو غير ذلك من الأشغال العامة، وأخيراً أن يكون هذا العقار مخصصاً للنفع العام وتحقيقاً لمصلحة عامة.

وذهب رأي من الفقه إلى أنه لا يوجد تعريف تشريعي لعقد الأشغال العامة، وإنما وصفت بعض التشريعات بعض الأعمال بالأشغال العامة، ويرى صاحب هذا الرأي أن الغرض من عدم وضع تعريف تشريعي لعقد الأشغال العامة لأن مجال هذه الأشغال هو دائم التطور، ومن ثم لا ينبغي إعاقته بنص تشريعي يكون مقيداً للأعمال التي يطلق عليها وصف الأشغال العامة^٢.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم ٢٨٤ - س ق ٨ - جلسة بتاريخ ١٢/٢٣/١٩٥٦ - موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - نهاية العقد الإداري ومشكلات ضمانات تنفيذه وتسوية منازعاته - الكتاب الرابع - المستشار حمدي ياسين عكاشه - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١٥ - ص ٢٣.

(٢) د. بن شعبان علي - آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة منتوري - الجزائر - ٢٠١٢ - ص ٢.

في حين نجد أن المشرع البحريني يُعرف عقد الأشغال العامة بأنه: " هو العقد المبرم لأداء احتياجات الجهة الحكومية المتعاقدة لأعمال البناء والترميم وإنجاز الأعمال الإنشائية المدنية أو المعمارية أو الميكانيكية أو الكهربائية ^١ .

حسناً فعل المشرع البحريني بتعريفه لعقد الأشغال العامة، ذلك وإن كان مجال هذا العقد دائم التطور كما ذهب إليه الرأي السابق، إلا أن الإطار العام لمفهوم الأشغال العامة لا يخرج عن مفهوم الأعمال المتعلقة بالإنشاءات بشكل عام.

هكذا نخلص إلى أن عقد الأشغال العامة هو عقد إداري تلجأ الإدارة إلى إبرامه عندما ترغب في تلبية احتياجاتها من أعمال التشييد، أو غيرها من الأعمال التي تقام على العقارات المملوكة للدولة كالصيانة والترميم وغيرها بهدف إنشاء وتسيير المرافق العامة، وهو بذلك لا يختلف عن مفهوم سائر العقود إلا من حيث موضوعه والخصائص المميزة له كما سنبينها تفصيلاً في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: خصائص عقد الأشغال العامة:

يتميز عقد الأشغال العامة بعدة خصائص لاعتباره عقداً إدارياً تتمتع فيه الإدارة بمركز قانوني أعلى من المفاوض المتعاقد معها، وذلك بأن يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام، وأن يتصل موضوع العقد بأحد العقارات المخصصة للنفع العام، وأن تعتمد الإدارة في إبرامها لهذا العقد على وسائل القانون العام.

وسنعرض في هذا الفرع الخصائص المميزة لعقد الأشغال العامة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

الخاصية الأولى: أن يكون أحد أطراف العقد شخص معنوي عام:

إن قواعد النشاط الإداري إنما وجدت لكي تحكم نشاط الإدارة وليس نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، ومن المعروف أن نشاط الإدارة هو النشاط الذي تمارسه الأشخاص المعنوية العامة في إطار ممارستها للوظيفة الإدارية في الدولة والتي تدور في مجملها حول المرافق العامة من حيث نشأتها وتنظيمها وتسييرها بهدف إشباع الاحتياجات الأساسية للأفراد والمجتمع، مستخدمة في

(١) الفقرة رقم (٢٥-٥-٢) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - الموقع الرسمي لوزارة المالية - مملكة البحرين
- <http://www.mof.gov.bh>

ذلك مجموعة من الوسائل البعض منها مادي وبعضها الآخر قانوني يتمثل على وجه الخصوص في إصدار القرارات الإدارية وإبرام العقود^١.

ويرجع شرط وجود الإدارة طرفاً في عقد الأشغال العامة لاعتباره عقداً إدارياً إلى طبيعة قواعد هذا النشاط الإداري، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً بأي حال من الأحوال، كما أن ليس كل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه هو عقد إداري طالما لم تتوافر فيه باقي الخصائص اللازمة لإضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد^٢.

تأكيداً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن بأحد أحكامها بأن: "... العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها..."^٣.

من خلال هذا الحكم يتبين لنا أنه كركن أساسي في عقد الأشغال العامة أن تكون الإدارة طرفاً بهذا العقد، وليس ذلك فحسب، بل يجب أن تتعاقد الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، ويتحقق ذلك من خلال قيام الإدارة بتضمين هذا العقد من الشروط الاستثنائية ما يجعلها في مركز قانوني أعلى من المفاوض المتعاقد معها.

فالأشخاص المعنوية العامة بصفة عامة هي الدولة والجهات الإدارية التابعة لها كالوزارات والمحافظات والهيئات العامة وما يوجد إلى جانبها من أشخاص القانون العام الإقليمية، أو المحلية، أو المحافظات، أو غيرها^٤.

(١) د. عيد أحمد سلامة الغفلول و د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف - محاضرات في العقود الإدارية - بدون دار نشر - ٢٠٠٦/٢٠٠٥ - ص ١٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي - القاهرة - ٢٠١١ - ص ٦٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن ١٠٥٩ لسنة ٧ ق - جلسة بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - من نوفمبر ١٩٥٥ إلى نوفمبر ١٩٦٥ - الجزء الثاني - من "س" إلى "و" - أحمد سمير أبو شادي - ص ١٣٥٢.

(٤) د. جورج شفيق ساري - المبادئ العامة للقانون الإداري - المرجع السابق - ص ٨٨٠.

أما وقد يكون طرفا العقد، أو أحدهما شخص خاص، ومع ذلك، يعتبر القضاء الإداري مثل هذا العقد عقداً إدارياً إذا كان الطرفان، أو أحدهما على الأقل يتصرف كنائب لشخص من أشخاص القانون العام أو كوكيل عنه أو لحسابه^١.

الخاصية الثانية: اتصال موضوع العقد بعقار:

يتميز عقد الأشغال العامة بموضوعه الذي يجب أن ينصب على عقار، فيخضع هذا العقار لأعمال الأشغال العامة كالبناء، أو الترميم، أو صيانة ... إلخ، إلا أنه لا يلزم أن يكون الشخص المعنوي العام طرف العقد مالكاً للعقار موضوع العقد، بل يكفي أن يتم العمل لحسابه وتحت إشرافه^٢.

والعقار هو كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، أو تغيير، ويُعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه بهدف خدمة هذا العقار، أو استغلاله، كأجهزة التبريد والتدفئة في المباني، إلا أنه لا يلزم فيه أن يكون تخصيصه بصفة دائمة بل يكفي ألا يكون التخصيص عارضاً، فمتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار، وعلى ذلك إذا انصب العمل على منقول فإنه لا يعتبر أشغلاً عاماً حتى وإن كان مدرجاً ضمن المال العام للدولة، ومهما كانت ضخامة وأهمية المنقول^٣.

في هذا الشأن قضت محكمة القضاء الإداري في حكم سبقت الإشارة إليه بأن: " ... عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة..."^٤.

وفقاً لهذا الحكم نجد أن موضوع عقد الأشغال العامة يجب أن ينصب على عقار يكون مخصصاً لتحقيق المصلحة العامة، فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة لجهة الإدارة ولو كانت تتدرج في أموال الدومين العام لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة حتى لو اعتبر

(١) د. أحمد سلامة بدر - العقود الإدارية وعقد البوت - B.O.T - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣ - ص ٦-٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ١٢٣-١٢٤.

(٣) د. أيمن محمد جمعة - عقد الأشغال العامة في مصر ودول الخليج العربية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٥ - ص ١٣.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم ٢٨٤ - س ق ٨ - جلسة بتاريخ ١٢/٢٣/١٩٥٦ - موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الرابع - المرجع السابق - ص ٢٣.

ذلك العقد إدارياً، ولا يؤثر في ذلك ضخامة المنقول كالبواخر، أو الطائرات، وعلى العكس من ذلك يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة متى ارتبط ذلك العقد بعقار بالتخصيص، كإقامة خطوط تلفونية أو مد اسلاك تحت الماء^١.

وبذلك قضت محكمة الاستئناف العليا الثالثة البحرينية في أحد أحكامها بأنه: " ... يكون العقد قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام ... " ^٢.

ومن خلال هذا الحكم يؤكد لنا القضاء البحريني على أنه يجب لاعتبار عقد الأشغال العامة عقداً إدارياً، أن يتصل هذا العقد كغيره من العقود الإدارية بمرفق عام، وأن تقع الأشغال العامة موضوع العقد على هذا المرفق.

وانطلاقاً من مفهوم مجلس الدولة الفرنسي لعقد الأشغال العامة فقد أضفى صفة الأشغال العامة على العقود التي تبرمها الإدارة مع المكاتب الهندسية بقصد الرقابة والتوجيه والإشراف على تنفيذ المشاريع التي ينفذها المقاولون المتعاقدون مع الإدارة وإصدار الأوامر والتعليمات إليهم^٣.

فلما كان عمل المهندسين والاستشاريين وثيق الصلة بعقد الأشغال العامة، إلا أننا لا نتفق وهذا الاتجاه الذي يعتبر أن أعمال الرقابة والتوجيه والإشراف على تنفيذ المشاريع من قبل المقاولون هي أشغالاً عامة، في حين يمكن القول بأن هذا النوع من الأعمال يعتبر من قبل الأعمال الاستشارية، أو الإشرافية فقط، والتي يكون الهدف منها هو التوجيه الصحيح للمقاول أثناء تنفيذه للعقد.

الخاصية الثالثة: أن يتم اتباع وسائل القانون العام:

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أنه لا يكفي لاعتبار عقد الأشغال العامة عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وأن يتعلق العقد بعقار مخصص للنفع العام، بل يشترط إلى جانب ذلك أن تتبع الإدارة وسائل القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية وغير

(١) د. أحمد سلامة بدر - المرجع السابق - ص ١٣٩.

(٢) حكم محكمة الكبرى الاستئنافية الثالثة - رقم ٨٠٢ - لسنة ١١٩٢ - جلسة ١٩٩٢/١١/٢٥ - المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة - دائرة الشئون القانونية - وزارة شئون مجلس الوزراء والإعلام - دولة البحرين - الإصدار الأول - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠ - ص ٦٩.

(٣) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - ٢٠٠٥ - المرجع السابق - ص ٤٧.

مألوفة في عقود القانون الخاص، فهذه الشروط هي التي تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع هذه الوسائل، وإخضاع العقد لقواعدها وأحكامها، كما أنها هي التي تحدد الطبيعة الإدارية للعقد واختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عنه، ومرد هذه الشروط ظهور الإدارة في العقد بمظهر السلطة العامة، واستخدامها لامتيازات هذه السلطة^١.

في هذا الشأن قضت المحكمة الكبرى المدنية البحرينية بدائرتها الإدارية في أحد أحكامها بأنه: "... حينما تبرم الإدارة عقداً من العقود لا يُعد بذاته عقداً إدارياً؛ حيث إن العقود التي تبرمها كشخص من أشخاص القانون العام بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يُعد إدارياً تأخذ فيه الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها..."^٢.

وفقاً لهذا الحكم فإن اتباع الإدارة لوسائل القانون العام في نطاق عقد الأشغال العامة يجعلها في مركز قانوني أعلى من المماثل المتعاقد معها نظراً لما تمنحه هذه الوسائل للإدارة من حقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المماثل، والتي تشكل إخلالاً بقاعدة المساواة بين الطرفين المتعاقدان، فامتيازات الإدارة تتجلى منذ اتخاذها للإجراءات التمهيدية لإبرام العقد إلى أن يتم الانتهاء من تنفيذه^٣.

بالاستناد إلى هذه الوسائل فإنه يمكن للإدارة أن تدخل أية تعديلات على حجم الأعمال موضوع العقد بعد إبرامه والبدء في عملية التنفيذ، سواء تعلق ذلك بزيادة حجم تلك الأعمال أو الانقاص منه، ومناطق ذلك تلبية احتياجات المرفق العام موضوع العقد بما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المنشودة من خلال هذا التعاقد، كما يكون للإدارة سلطة التوجيه والإشراف على تنفيذ هذا العقد وتغيير شروطه وفقاً لما تراه أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ومن ثم يحق للمماثل المطالبة بالتعويض عن أية أضرار تخلق به نتيجة قيام الإدارة بذلك^٤.

(١) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٤ - ص ٤١.

(٢) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - رقم ٢٠١٣/٨١٢ - تاريخ الجلسة ٢٠١٤/٣/٣١ - غير منشور.

(٣) د. أحمد سلامة بدر - المرجع السابق - ص ٣٠.

(٤) د. مازن ليلو راضي - العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤ - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٣ - ص ٦٤ / القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ - الكتاب الثاني - امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو أمجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٨ - ص ٨.

كما تمنح هذه الوسائل للإدارة سلطة فرض مختلف الجزاءات على المقاول، كالجزاءات المالية ومنها غرامة التأخير والتعويض ومصادرة التأمين وما يتبعها من فوائد تأخيره ومصاريف إدارية، ويغلب عليها أنها مبالغ مالية تخصصها الإدارة من المقاول نتيجة إخلاله بالعقد، وكذلك الجزاءات الضاغطة كسحب المشروع من المقاول، والذي تفرضه الإدارة حسب تقديرها لجسامة إخلال المقاول ومن ثم تنفيذ العقد على حسابه ومسؤوليته، ويتم ذلك تحت إدارتها المباشرة كلياً أو جزئياً ضماناً لإنجاز العمل، وأخيراً جزاء فسخ العقد^١.

هكذا، فإنه لا يكفي مجرد وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد أو اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه، ومن ثم يُعد اتباع الإدارة لوسائل القانون العام وتضمين عقد الأشغال العامة شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص أحد الخصائص المميزة لعقد الأشغال العامة^٢.

هنا يمكن القول إن هذه الخصائص ضرورية لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الأشغال العامة بما يجعل الإدارة المتعاقدة في مركز قانوني أعلى من المقاول المتعاقد معها لتمكينها من مواجهته بسلطات استثنائية تكفل لها التزامه بالتنفيذ السليم للعقد باعتبار الإدارة هي المسؤولة بطبيعة الحال عن إنشاء المرافق العامة وتسييرها، وكذلك إدارة الأموال المتعلقة بتنفيذ العقود المتعلقة بها.

(١) د. إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - ص ٢١٦.

(٢) د. عيد أحمد سلامة الغفلول و د. عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف - المرجع السابق - ص ١٠٣.

المطلب الثاني: أهمية عقد الأشغال العامة وتمييزه

نظراً للخصائص التي يتميز بها عقد الأشغال بما يخضعه لنظام قانوني خاص مغايراً للقواعد التي تطبق على روابط القانون الخاص، لذا فإن هذا النظام جعل من عقد الأشغال العامة أداة مهمة لتنفيذ السياسة الاقتصادية للدول والعنصر الرئيسي لها، وبذلك يتميز عقد الأشغال العامة عن غيره من العقود.

وسنعرض في هذا المطلب أهمية عقد الأشغال العامة وتمييزه عن غيره من العقود، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية عقد الأشغال العامة:

ليس من شك أن عقد الأشغال العامة يُعد أهم العقود الإدارية نظراً لتزايد حركة البنية الأساسية لإنشاء المشاريع التي تنهض بالدول وشعوبها لترفعها إلى مصاف الدول النامية والمتقدمة، كإقامة وتشديد مؤسسات الدولة وغيرها من المرافق العامة والمشاريع الكبرى.

يُعتبر عقد الأشغال العامة أحد الوسائل بيد الإدارة التي تتمكن من خلالها من تنفيذ وتنمية المشاريع الحكومية، خاصة الأساسية منها، كإنشاء المرافق العامة وتنفيذ الأعمال اللازمة لتسييرها، وصيانة وترميم تلك المرافق، والقيام بغير ذلك من أعمال الأشغال العامة^١.

وارتبطت فكرة الأشغال العامة في فرنسا بالمصلحة العامة لمدة طويلة، واعتبرت أشغالاً عامة تلك التي تنفذ على عقار لحساب شخص معنوي عام بهدف تحقيق مصلحة عامة، ولم يقف تطور هذه الفكرة إلى أن وصلت إلى حد الاستقلال عن فكرة المرفق العام، فقرر مجلس الدولة الفرنسي الفصل بين فكرة الأشغال العامة والمرفق العام في حكمه الصادر في ١٠ يناير ١٩٢١ في قضية " Commune de Monségur " وذلك بالنسبة للأشغال التي تتم على عقارات خاصة^٢.

(١) د. محمد فؤاد الحريري - تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير - دراسة مقارنة بين مصر وعقود الفيديك - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١١ - ص ٢٠.

2) C.E 10 jan 1921 - commune de monsegur - R.e.c. - p.573.

حكم مجلس الدولة الفرنسي: مشار إليه لدى: د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ١٢٥ / د. بن شعبان علي - المرجع السابق - ص ٨.

ومع اتساع نشاط الدولة في العصر الحديث وتطور وظائفها التي تهدف من خلالها إلى تحقيق أهداف سياسية واقتصادية وقومية، وانطلاقاً من كون الهدف الأساسي للمرفق العام هو أداء خدمة عامة، فقد وسعت محكمة التنازع الفرنسية من مفهوم الأشغال العامة بتقريرها للأعمال التي تتم في نطاق تنفيذ مهمة المرفق العام وهي تحقيق المصلحة العامة، ولو انصبت الأعمال على العقارات المملوكة لأفراد وليس لأشخاص عامة^١.

ولم تعد المهمة الأساسية لعقود الأشغال العامة في الوقت الحاضر قاصرة على تزويد الإدارة بالأعمال الضرورية لحسن سير المرافق العامة، كإقامة المصانع والورش وتشديد المباني للصالح العام، وما يلحق بها من أعمال الترميم، أو الصيانة، أو التنظيف والرش في الطرق العامة، بل تشمل كذلك تشييد المرافق العامة الأساسية منها، كالمطارات وإقامة الموانئ البحرية وإنجاز الأشغال الكهربائية وأعمال البحوث البترولية، مما يمكن معه القول إن مدلول الأشغال العامة قد تطور مع توسع أنشطة الدولة^٢.

وزادت أهمية هذه العقود في مجال القانون العام مع تغلغل الدولة المستمر في النشاط الاقتصادي، واتساع نشاط القطاع العام، وتحول الكثير من المؤسسات والشركات الخاصة إلى مؤسسات وشركات عامة مما ترتب عليه تزايد إبرام هذه العقود يوم تلوا الآخر، وبذلك أصبحت عقود الأشغال العامة في الوقت الحاضر أداة، أو وسيلة لتنفيذ السياسات الاقتصادية للحكومات في شتى الدول، بالإضافة إلى تطور العمل في قطاع التشييد والإسكان^٣.

ففي ظل المتغيرات الاقتصادية وتكتلاتها في دول العالم وانعكاس ذلك على تلك الدول توجهت أغلب هذه الدول إلى الإصلاح الاقتصادي بذات الوقت الذي تسعى فيه إلى تطوير البنية الأساسية، وذلك عن طريق المشاريع التي يتم تنفيذها من خلال عقود الأشغال العامة في ظل وجود شركات عملاقة تتكون من أشخاص القانون الخاص بدول قطعت باعاً طويلاً في مجال التنمية الاقتصادية^٤.

1) T.C - 28 mars 1955 – Effemief - R.e.c.p 617.

حكم مجلس الدولة الفرنسي: مشار إليه لدى: د. أيمن محمد جمعة – المرجع السابق – ص ٢٤.

٢) د. هارون عبدالعزيز الجمل – النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٧٩ – ص ١٩.

٣) د. هارون عبدالعزيز الجمل – المرجع السابق – ص ٩-١٠.

٤) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل – عقود الأشغال العامة الدولية والتحكيم فيها – دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – ٢٠٠٣ – ص ١٤.

كما توجهت تلك الدول إلى تكثيف نشاطها الاقتصادي وتشجيع الاستثمار في مختلف المجالات الاقتصادية، فقد أصبحت الدول ذاتها تعهد إلى عديد من مقاولي الأشغال العامة مهمة تنفيذ المشاريع العامة، حيث ترى هذه الدول أن مشاركة القطاع الخاص في مثل هذه المشاريع يساهم في تحقيق المصلحة العامة إذا تم من خلال أسلوب العقود الإدارية نظراً لما تمنحه هذه العقود للإدارة من حقوق وامتيازات وضمانات لا تتوفر لها في العقود الخاضعة للقانون الخاص^١.

وتدعم هذه العقود آفاق التنمية والتعمير، ويتم دفع عجلة الإنتاج في القطاعات الانتاجية الأخرى بدءاً من الصناعات الثقيلة كالإسمنت والحديد، والصناعات الكهرو ميكانيكية، والصناعات التكميلية كأعمال النجارة وغيرها، حيث تسبب رواجاً في السوق ودفعاً للاقتصاد، ونظراً لوجود أواصر تربط تلك القطاعات الانتاجية بمقاولات الأشغال، لذلك فإن هذه الأخيرة تمثل الخلية الحية للعديد من الأنشطة داخل المجتمع، ويمتد تأثيرها إلى جميع قطاعات الاقتصاد الوطني^٢.

وقد تزايد الاهتمام بشكل مضطرب بموضوع عقد الأشغال العامة، سواء، على الصعيد المحلي، أو الإقليمي أو، الدولي، حتى وضعت قواعد دولية لهذا العقد كي تهتدي بها الدول عند وضع شروط التعاقد في مجال الأشغال العامة، ونظراً لكثرة التكاليف المالية التي يحتاجها تنفيذ المشاريع الإنشائية المتعلقة بتلك العقود، فقد اتخذ موضوع التمويل موقعاً مهماً في مجال الأشغال العامة، وقامت الصناديق العربية والحكومات الأجنبية والمؤسسات الدولية والبنوك والمؤسسات التجارية بتبني فكرة تمويل المشاريع الإنشائية، علاوة على ما تخصصه لها الدول في موازنتها^٣.

ففي مملكة البحرين تحتل عقود الأشغال العامة مكان الصدارة بين العقود الإدارية نظراً لاحتياجات المملكة المتزايدة في مجال التشييد والعمران في الأونة الأخيرة، ومن أهمها إنشاء المشاريع الحكومية كتلك التي جاءت ثمرة المشروع الإصلاحي بقيادة جلالة الملك المفدى كإنشاء مجلس التنمية السياسية والاقتصادية عام ٢٠٠٠، والمجلس الأعلى للمرأة عام ٢٠٠١، والمحكمة الدستورية وديوان الرقابة المالية والإدارية عام ٢٠٠٢ والنيابة العامة عام ٢٠٠٣، ومعهد البحرين

(١) د. عادل عبدالرحمن خليل - المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤/١٩٩٥ - ص ١٢.

(٢) د. أيمن محمد جمعة - المرجع السابق - ص ٢.

(٣) د. عبدالرؤوف جابر - ضمانات المشاريع الإنشائية العامة - دراسة قانونية مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠٠٣ - ص ٨.

للتنمية السياسية عام ٢٠٠٥، ومصرف البحرين المركزي عام ٢٠٠٦، والمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان عام ٢٠٠٩، وغيرها^١.

الفرع الثاني: تمييز عقد الأشغال العامة عن العقود المماثلة له:

سبق وأن بيننا أن عقد الأشغال العامة يجد أصله في القانون الخاص بعقد المقاولة، إلا أنه يتميز بعدة خصائص عن عقد المقاولة وغيره من العقود الإدارية التي تدخل مواضيعها في نطاق عقد الأشغال العامة، كعقد التزام المرافق العامة، وعقد التزام الأشغال العامة.

وسنعرض في هذا الفرع تمييز عقد الأشغال العامة عن تلك العقود، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: تمييز عقد الأشغال العامة عن عقد المقاولة في القانون المدني:

يجد عقد الأشغال العامة أصله في القانون المدني بسمى عقد المقاولة، ولكن حين يتصل العقد بمرفق عام ويحتوي على خصائص العقد الإداري يسمى بذلك عقد الأشغال العامة^٢.

وليس ثمة شك من أن إبرام عقد الأشغال العامة يتم بتوافق إرادتين على إنشاء الالتزام شأنه شأن عقود القانون الخاص، وفي هذا المعنى يتضح أن العناصر الأساسية في كلا العقدين واحدة، فيجب أن يتوافر الرضا ويجب أن يكون صحيحاً وصادراً من الإدارة ذاتها، وسليماً من العيوب، إلا فيما يتعلق بالأهلية، فأحكامها في عقد الأشغال العامة ليست كما هي عليه في العقد المدني لاختلاف إختصاص الإدارة بإبرام هذا العقد عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم^٣.

فعقد الأشغال العامة يختلف عن عقد المقاولة في أنه عقد إداري وليس عقداً مدنياً بما يترتب على ذلك من نتائج، وموضوعه العمل على عقار بصفة عامة، حيث أن فكرة الأشغال

(١) وكالة أنباء البحرين - <http://www.bna.bh/portal/news/447185>.

(٢) د. محمد أنس قاسم جعفر - العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٦٠-٦١.

(٣) د. مازن ليلو راضي - العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤ - المرجع السابق - ص ١٤.

العامة متصلة اتصالاً وثيقاً بالعقارات، وذلك بخلاف عقد المقاوله الذي قد يتناول موضوعه منقولاً^١.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررمة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام وتسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام بينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذه الأخيرة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه بإرادتها المنفردة حسبما تتطلبه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا المتعاقد إنهاء مبستر ودون تدخل القضاء"^٢.

يتبين لنا من هذا الحكم أن عقد الأشغال العامة لا يختلف عن عقد المقاوله باعتباره أحد العقود المدنية من حيث الخصائص الرئيسية لتكوينه، وهي توافق إرادتي طرفي العقد بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين، ولا من حيث موضوعه الذي يجب أن ينصب على عقار، إلا أنه يتميز عنه بخصائص أساسية لازمة لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الأشغال العامة، وهي أن تكون الإدارة طرف بالعقد وأن يتصل بعقار وأن يتم فيه اتباع أسلوب القانون العام، والذي يمكن الإدارة من تضمين هذا العقد شروطاً استثنائية وغير المألوفة

(١) القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ - الكتاب الأول - المفاهيم العامة - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو أمجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٨ - ص ٣٣-٣٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن ١٠٥٩ لسنة ٧ ق - جلسة بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - المرجع السابق - ص ١٣٥٢.

في نطاق عقود المقاوله من شأنها أن تمنح الإدارة سلطات استثنائية تجعلها في مركز قانوني أعلى من المقاول المتعاقد معها، ومن ثم يكون لها مواجهته بهذه السلطة.

ويضاف إلى هذه الامتيازات، انفراد الإدارة في إبرامها عقودها الإدارية باتباع إجراءات خاصة كالمناقصات والمزايدات العامة التي تحكمها تشريعات المناقصات والمزايدات في الدول محل المقارنة، وذلك يُعد من المبادئ التي استحدثها القانون الإداري^١.

ثانياً: تمييز عقد الأشغال العامة عن عقد التزام المرافق العامة:

ذهب رأي في الفقه في تعريف عقد التزام المرافق العامة بأنه: " عقد إداري يتولى الملتزم بمقتضاه - فرد كان أو شركة - وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرفق العام فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"^٢.

وفي تعريف عقد التزام المرافق العامة قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: "... ومن العقود الإدارية عقد التزام المرافق العامة وهو عقد ينظم في الغالب بقانون خاص به ويشار إلى هذا العقد في الدستور ذاته بوصف أن موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجهود العامة... ومن القواعد المسلمة في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة فإذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بذلك لم يخرج الملتزم في إدارته على أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها وهذا النوع من الإنابة وبعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تُعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل الجمهور عن إدارته واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق وتعدل أركان تنظيمه وقواعد إدارته واستغلاله كلما اقتضت المصلحة ذلك..."^٣.

(١) د. مازن ليلو راضي - العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤ - المرجع السابق - ص ١٩.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ١٠٦.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم ٣٥٧ لسنة ١١١ق - جلسة ٢٤/٣/١٩٥٧ م ١٥٠ س - القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ - الكتاب الأول - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٤٩-٥٠.

وفقاً لهذه التعاريف يتجلى لنا الاختلاف بين عقد الأشغال العامة وعقد التزام المرافق العامة أولاً من حيث الموضوع، ففي الأول يتعلق العقد بإنجاز أحد مشاريع الأشغال العامة كإنشاء المبنى دون أن يكون له حق استغلاله، بينما الأمر ليس كذلك في عقد التزام المرافق العامة، فالملتزم لا يقوم بأعمال الأشغال العامة بموجب هذا العقد، بل يكون له فقط حق إدارة المرفق العام موضوع العقد واستغلاله من خلال تحصيله للرسوم من المنتفعين بالمرفق^١.

كما يتميز عقد الأشغال العامة عن عقد التزام المرافق العامة كذلك من حيث كيفية الحصول على المستحقات المالية التي تكون في صورة ثمن في عقد الأشغال العامة وليس رسماً يحصل عليه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق في عقد التزام المرافق العامة، وأن منح الالتزام باستثمار مورداً من موارد الثروة الطبيعية في الدولة أو أحد المرافق العامة يكون بموجب قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب كما هو الحال في مصر، أما بالنسبة للكويت والبحرين فإن منح الالتزام في هاتين الدولتين يتم بموجب قانون، والأمر ليس كذلك بالنسبة لعقد الأشغال العامة^٢.

ثالثاً: تمييز عقد الأشغال العامة عن عقد التزام الأشغال العامة (عقد البوت B.O.T):

ذهب رأي من الفقه في تعريفه لعقد التزام الأشغال العامة - عقد البوت B.O.T - إلى أنه البناء Building والتشغيل Operation ونقل الملكية Transfer، ويعرفها بعض الفقه بأنها المشاريع التي تعهد الحكومة أمر تنفيذها إلى أحد الشركات، سواء كانت وطنية أو أجنبية أو كانت تابعة للقطاع العام أو القطاع الخاص^٣.

وذهب رأي الفقيه الفرنسي (دي لوبادير) في تعريف عقد التزام الأشغال العامة - عقد البوت B.O.T - إلى أنه: " اتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخصاً آخر لتنفيذ أحد الأشغال العامة واستغلال نتائج العمل العام الذي تم إنجازه مقابل مكافأة يتم تحصيلها من العائد المالي للاستغلال"^٤.

وفي تعريف عقد التزام الأشغال العامة ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن: "... من حيث أن العقد موضوع المنازعة الماثلة وهو من العقود الإدارية باعتباره من عقود التزام

(١) د. سعاد الشرفاوي - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ٨٣-٨٤.

(٢) د. أيمن محمد جمعة - المرجع السابق - ص ٣٩.

(٣) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - عقود الأشغال العامة الدولية والتحكيم فيها - المرجع السابق - ص ٥٢.

(٤) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - عقود الأشغال العامة الدولية والتحكيم فيها - المرجع السابق - ص ٥٢.

المرافق العامة أو التزام الأشغال العامة والذي شرعت الجهة الإدارية باتخاذ إجراءاته وفقاً لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات أراضي النزول، والذي حددت المادة الأولى منه القواعد والإجراءات التي يتعين اتباعها لاختيار الملتزم، ثم نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص، فكل ما يسبق صدور هذا القرار يُعد من الأعمال أو الإجراءات التحضيرية لعقد الالتزام الذي لا تكتمل عناصره إلا بقرار من مجلس الوزراء...^١.

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا أن مؤدى امتياز الأشغال العامة أن تلجأ الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص يدعى الملتزم، تعهد إليه مهمة إنشاء، أو إنجاز، أو تهيئة مرفق عام مقابل استغلاله بعد إنشائه، والحصول على رسم من قبل المنتفعين بالمرفق^٢.

جاءت تسمية عقد التزام الأشغال العامة نظراً للارتباط الوثيق بين الأشغال العامة والتزام المرافق العامة، فعقود الالتزام التي تتضمن أعمال الأشغال العامة كاستخراج وتوريد النفط والغاز إلى المدن، أو امتياز النقل بالسكك الحديدية التي تستلزم إقامة المنشآت المتصلة بالمشروع موضوع العقد، وهكذا كان عقد الأشغال العامة يختلط بعقد التزام المرافق العامة^٣.

فمن أهم أوجه الاختلاف بين عقد الأشغال العامة وعقد التزام الأشغال العامة أن الغرض من عقد الأشغال العامة هو قيام المقاول في هذا العقد بعمل من أعمال الأشغال العامة للعقار موضوع العقد مقابل ثمن، بينما الغرض من عقد التزام الأشغال العامة هو استغلال الملتزم للأشغال العامة التي قام بتنفيذها مقابل تحصيل رسم من المنتفعين، كما أن مدة عقد الأشغال العامة قصيرة بالمقارنة مع مدة عقد التزام الأشغال العامة، والتي يطول أمدتها إلى حين حصول المقاول الملتزم على العائد من الاستثمارات التي أقامها^٤.

ومما اعتبر القضاء الفرنسي من عقود التزام الأشغال العامة العقد المبرم بين مدينة ومقاول يلتزم بمقتضاه بحفر قناة ري مع توريد المياه وتشديد أعمال البناء والتطوير في منطقة المياه وبالتالي فإنه عندما يكون موضوع العقد مشاركة المتعاقد في تسيير مرفق عام فقط دون أن

(١) القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ - الكتاب الأول - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٥٠-٥١.

(٢) د. بن شعبان علي - المرجع السابق - ص ١.

(٣) د. هارون عبدالعزيز الجمل - المرجع السابق - ص ٢١-٢٢.

(٤) د. أيمن محمد جمعة - المرجع السابق - ص ٤٠.

يتضمن أشغلاً عامة يلتزم بها الملتزم، نكون بصدد عقد التزام مرفق عام كما هو الحال في امتيازات تشغيل خطوط النقل للخدمة العامة^١.

مما سبق نخلص إلى أن عقد الأشغال العامة وإن كان يتشابه مع العقود السابقة من حيث موضوعه المتصل بالعقارات، إلا أنه يتميز عن عقد المقاوله الخاضع لنظام القانون الخاص من ناحية الخصائص اللازمة لإضفاء الصفة الإدارية عليه، أما بالنسبة لعقدي التزام المرافق العامة والتزام الأشغال العامة، فإنهما وإن كانا يتضمننا الخصائص ذاتها التي يتضمنها عقد الأشغال العامة باعتبارهما عقدان إداريان، إلا أنه وبالنسبة لعقد التزام المرافق العامة فإن هذا العقد لا يتضمن أعمال الأشغال العامة من حيث المبدأ، أما بالنسبة لعقد التزام الأشغال العامة فإنه لا يقتصر أمر تنفيذه على القيام بأعمال الأشغال العامة فحسب، بل أن الأمر يتعدى ذلك إلى حق المقاول في استغلال المرفق وتحصيل رسوم استغلاله إلى أن يستوفي كافة مستحقاته المترتبة على تنفيذه للأشغال العامة.

(١) د. عزيزة الشريف - دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت - مكتب الدراسات والاستشارات القانونية - وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق - الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٨ - ص ٦٢-٧٥.

الفصل الأول:

ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

يتألف هذا الفصل من الآتي:

المبحث الأول: مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير.

المطلب الثاني: خصائص غرامة التأخير.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المطلب الأول: الأساس التعاقدي لغرامة التأخير.

المطلب الثاني: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير.

المبحث الثالث: الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المطلب الأول: الأسس المادية لغرامة التأخير.

المطلب الثاني: الأسس الزمنية لغرامة التأخير.

الفصل الأول:

ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

يلتزم المقاول المتعاقد مع الإدارة بموجب عقد الأشغال العامة المبرم بينهما بتنفيذ أعمال الأشغال العامة خلال المدد والمواعيد المتفق عليها بالعقد، كالإنشاءات والترميم والصيانة وغيرها مما ينطبق عليه وصف الأشغال العامة، ولما كان هذا العقد عقداً إدارياً بطبيعته تستهدف الإدارة من خلاله إنشاء وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد، لذا فإن إخلال المقاول بمواعيد تنفيذ تلك الالتزامات بالتأخر عن التنفيذ خلالها لا يتفق ومقتضيات انتظام واطراد إنشاء وتسيير تلك المرافق.

فالإدارة باعتبارها صاحبة امتياز السلطة العامة والمسئولة عن حسن تنفيذ المقاول لهذا العقد، فإنه يمكنها مواجهة المقاول المتأخر عن تنفيذ التزاماته بما يمنحها العقد من سلطات استثنائية تمكنها من فرض غرامة التأخير عليه كجزاء تستهدف الإدارة من خلاله التزام المقاول بمواعيد تنفيذ العقد.

ونظراً لأهمية العنصر الزمني لانتظام إنشاء وسير تلك المرافق، فإننا نسلط الضوء على غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة باعتبارها جزءاً من الجزاءات المالية التي تكفل للإدارة التزام المقاول بالنقيد بتنفيذ التزاماته خلال تلك المواعيد دون تأخير.

الأمر الذي يتعين معه أن نتناول مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة من خلال تعريفها وبيان الخصائص المميزة لها، وكذلك الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في فرضها لهذه الغرامة مباشرة دون حاجة للجوء إلى القضاء، وأخيراً الأسس المادية والزمنية التي تتحدد بها نسب اقتضاء الإدارة لهذه الغرامة ومدة فرضها، وذلك في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الثالث: الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

وسنقوم من خلال دراستنا لهذه المباحث بالتعليق عليها وبيان موقفنا منها.

المبحث الأول:

مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

تجد غرامة التأخير أصلها في القانون الخاص، وهي تُعد إحدى الوسائل التي تُمكن الدائن من حمل المدين على تنفيذ التزاماته عيناً، فالسمة الغالبة لهذه الغرامة هي ذات طابع تهديدي ومقتضاها أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته، فإنه يجوز للدائن الحصول على حكم قضائي بإلزام المدين بتنفيذ تلك الالتزامات إلى جانب التزامه بدفع مبلغ من المال عن التأخير يحدده القاضي بصورة إجمالية^١.

أما غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة فهي تُعد إحدى الوسائل بيد الإدارة لحث المقاول المتعاقد معها على الالتزام بتنفيذ العقد خلال المواعيد المتفق عليها بموجبه إذا ما تأخر عن التنفيذ خلالها، ولما كان التأخير في تنفيذ العقد سيؤدي بالضرورة إلى اضطراب إنشاء وسير المرافق العامة موضوع العقد، فقد تم إحاطة هذه الغرامة بخصائص من شأنها ضمان استمرار إنشاء وسير تلك المرافق بانتظام واطراد إذا ما تحقق الإخلال العقدي نتيجة التأخير، وبعبارة أخرى إجراءات التقاضي التي قد تزيد الأمر تعقيداً.

فما هو مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة؟ وللإجابة على هذا التساؤل، سنعرض في هذا المبحث مفهوم غرامة التأخير من حيث تعريف هذه الغرامة ما بين موقف القضاء والفقه، ومن ثم الخصائص التي تتميز بها هذه الغرامة، وسنقسمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير.

المطلب الثاني: خصائص غرامة التأخير.

(١) لمزيد من التفصيل أنظر: د. محمد باهي أبو يونس - الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية في القانون الفرنسي - دراسة للإصلاح القضائي الجديد بالاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - ٢٠٠٠ - ص ٤٧ وما بعدها.

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير

يُقصد بمصطلح الغرامة في اللغة: الخسارة، وفي المال: ما يلزم أدائه تأديبياً أو تعويضاً، ويقال غُرماً و غَرَمَةً: لزمه ما لا يجب عليه^١.

نظراً لأهمية غرامة التأخير في ضمان التزام المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فقد تعددت التعاريف القضائية والفقهية التي قيلت بشأن هذه الغرامة، وعلى الرغم من اتفاق كلا الاتجاهين على أنها في كل الأحوال تُفرض على المتعاقد المخل بمواعيد تنفيذ تلك الالتزامات، إلا أنهم لم يجمعوا على تعريف موحد يحدد طبيعة هذه الغرامة مما إذا كانت تعويضاً جزافياً للإدارة أم هي جزاء للمتعاقد.

من ثم تمحورت تلك الاتجاهات في اتجاهين أساسيين، فبينما ذهب اتجاه إلى أن غرامة التأخير هي تعويض جزافي، ذهب الاتجاه الآخر إلى أنها جزاء مالي، أما غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة لم تحظ باهتمام كبير في وضع تعريف محدد لها وفقاً لنوع هذا العقد.

فلما كان عقد الأشغال العامة هو عقد إداري بطبيعته، لذا سنعرض في هذا المطلب اتجاهات القضاء والفقه بشأن تعريف غرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة، ثم نستخلص من تلك الاتجاهات العناصر الأساسية لتعريف هذه الغرامة في عقد الأشغال العامة، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

(١) مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - الجزء الأول - من أول الهزمة إلى آخر الضاد - المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر - استانبول - تركيا - بدون سنة النشر - ص ٦٥١.

الفرع الأول: غرامة التأخير تعويض جزافي:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه من القضاء والفقه في تعريف غرامة التأخير في العقود الإدارية إلى أنها تعويض جزافي محدد مسبقاً في العقد، وانطلاقاً من هذا الاتجاه فقد تعددت التعاريف القضائية والفقهية التي قيلت بصدد هذه الغرامة، فذهب البعض إلى أنها تعويضات جزافية، أو تعويضات مالية إجمالية، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنها مبلغ مالي تقدره الإدارة مقدماً بطريقة إجمالية، وكل هذه المعاني لا تخرج عن معنى التعويض الجزافي لهذه الغرامة.

وسنعرض في هذا الفرع موقف القضاء والفقه حول اعتبار غرامة التأخير تعويض جزافي، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف القضاء:

ذهبت بعض أحكام القضاء بشأن تعريف غرامة التأخير إلى أنها تعويض اتفاقي - جزافي، أو مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة ليتم اقتضاؤها مقابل تأخر المفاوض في تنفيذ العقد.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بأن: "... التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الاتفاقي، إلا أنها تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر الذي يعتبر وقوعه بمجرد حصول التأخير، إلا أنه يجوز للطرف الآخر أن يثبت انتفاء ركن الخطأ ومتى انتفى أحد أركان المسؤولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه..."^١.

يتبين لنا اتجاه هذه المحكمة إلى اعتبار غرامة التأخير هي صورة من صور التعويض الاتفاقي، إلا أنها تتميز في عقود نطاق القانون العام عنه في عقود نطاق القانون الخاص بأن الضرر المترتب على التأخير هو ضرر مفترض، لذلك فإن الضرر يكون محققاً بمجرد حصول التأخير، ومن ثم تكون الغرامة مستحقة الأداء، إلا إذا أثبت المفاوض انتفاء الخطأ من أساسه

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٨٨٩ - س ق ٣٢ - تاريخ الجلسة ١٩٩٣/٤/٢٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة - الجزء ٣٥ - الطبعة الأولى - د. نعيم عطية و أ. حسن الفكاهاني - ١٩٩٤-١٩٩٥ - ص ٤١٠.

وليس انتفاء الضرر باعتبار أن الضرر محققاً بالافتراض بحالة تحقق حصول التأخير، ففي هذه الحالة ينتفي وجود الخطأ الموجب لاقتضاء الغرامة بما ينتفي معه حق الإدارة في فرضها لها.

كما قضت المحكمة ذاتها بأن: "... غرامة التأخير هي مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتقرر توقيعها متى تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الميعاد المتفق عليه..."^١.

ونرى أن هذا الحكم استخدم عبارة أخرى لوصف هذه الغرامة بقوله إنها " مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً " والمقصود بهذه العبارة هو التعويض الجزافي الذي حددت الإدارة مبلغه مسبقاً في العقد وفقاً لتقديرها بما يتناسب مع حجم الضرر المتوقع حصوله نتيجة التأخير.

ثانياً: موقف الفقه:

ذهبت بعض آراء الفقه في تعريف غرامة التأخير إلى أنها تعويض جزافي، أو مبلغ مالي تقدره الإدارة مقدماً بطريقة إجمالية ليتم اقتضاؤه مقابل تأخر المفاوض في تنفيذ العقد^٢.

وفي هذا الصدد ذهب رأي من الفقه إلى أن التعويض الجزافي في مجال عقود الأشغال العامة عامة، هو مبلغ من المال يتم الاتفاق عليه بين الطرفين عند التعاقد، ويتم اقتضاؤه كغرامة تأخير مقابل الضرر المفترض المترتب على التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء^٣.

ومن ثم فقد تعددت التعاريف الفقهية المؤيدة لاعتبار غرامة التأخير تعويض جزافي، فذهب رأي من الفقه في تعريفه لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة إلى أنها تعويضات جزافية

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٩٣٣ - س ق ٨ - جلسة بتاريخ ١٩٦٤/٢/٨ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - المرجع السابق - ص ١٤٠٦.

(٢) في الفقه العربي أنظر: د. أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٣ - ص ٣٤٥ / د. السيد محمد مدني - القانون الإداري الليبي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٥/١٩٦٤ - ص ٤٤٨ وما بعدها / د. محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية - مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ص ١١٨ / د. محمد عبدالعال السناري - وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة نشر - ص ٢٦٥.

وفي الفقه الفرنسي أنظر:

André De Laubadère - Traité des contrats administratifs - Franck Modern et Pierre Delvolvé Tome second - L.G.D.J - Paris - 1984 - P.136.

3) Scott M. Tyler - No (Easy) Way Out "Liquidating" Stipulated Damages for Contractor Delaying Public Construction Contracts - Duke Law Journal - vol. 44 - Duke University School of Law - United State of America - 1994 - p.357.

منصوص عليها في العقد، تفرضها الإدارة على المقاول المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية^١.

وذهب رأي آخر من الفقه إلى أن غرامة التأخير في العقد الإداري بصفة عامة هي تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخل بالتزام ما^٢.

في حين ذهب رأي ثالث من الفقه إلى أن غرامة التأخير هي مبلغ مالي تقدره الإدارة مقدماً بطريقة إجمالية إذا أخل المتعاقد بالتزاماته لاسيما إذا تأخر عن تنفيذها، بصرف النظر عن أي ضرر يصيب الإدارة^٣.

وبتلاحظ لنا أن هذه التعاريف لم تحدد الإخلال المعني بهذه الغرامة بشكل دقيق، وهو تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته، وهنا يمكن القول أنه وإن كانت عبارة " الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية " تفيد بأن التراخي يدخل ضمن مفهوم التأخير، إلا أن مفهوم " التراخي " يكون أوسع نطاقاً عن مفهوم التأخير باعتبار أنه قد يشمل التأخير في التنفيذ، أو الإهمال، أو التنفيذ غير المرضي كعدم أخذ الحيطة والحذر عند تنفيذ العقد، ومن ثم فإن مصطلح " التراخي " يصلح لكل إخلال من قبل المقاول سواء بالتأخير في التنفيذ، أو أي إخلال آخر، كما وجدنا أن العبارات الأخرى التي تضمنتها هذه التعاريف كـ " أو إذا أخل بالتزام ما " و " لا سيما فيما يتعلق بالتأخير " أنها وسعت من نطاق فرض غرامة التأخير لتشمل أي إخلال من قبل المقاول.

في مجمل القول فإن التعريف الأول قد ذكر بوضوح أن غرامة التأخير هي " تعويض جزافي " إلا أن هذا المعنى لا يخرج عما ذهب إليه البعض الآخر في تعريفهم لهذه الغرامة من أنها " تعويضات مالية إجمالية " و " مبلغ مالي تقدره الإدارة مقدماً بطريقة إجمالية "، فكل هذه العبارات تدل على معنى التعويض الجزافي الذي حددت الإدارة مبلغه مسبقاً في العقد بما يتناسب مع مقدار الضرر الذي افترضت الإدارة حصوله نتيجة التأخير وفقاً لتقديرها، أما التعريف الثالث فقد أغفل ضرورة النص على غرامة التأخير في العقد - بخلاف التعريف الأول والثاني، في حين أن التعويض الجزافي يجب أن يحدد بوضوح في العقد، وذلك لتكون قيمته ثابتة ومحددة بشكل

(١) د. هارون عبدالعزيز الجمل - المرجع السابق - ص ١٤٣.

(٢) د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٤٧٠.

(٣) د. محمد صلاح عبدالبدیع السيد - سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ - ص ٢٤.

واضح، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى كي يكون المقاول على علم بالقيمة التي حددتها الإدارة لاقتضاء هذه الغرامة.

باستعراض الاتجاهين القضائي والفقهى المؤيدين لاعتبار غرامة التأخير تعويض جزافي، نخلص إلى أن غرامة التأخير وفقاً لهذين الاتجاهين هي تعويض جزافي محدد مسبقاً في العقد بناء على تقدير الجهة الإدارية لحجم الضرر المفترض وقوعه نتيجة التأخير، وأن الإدارة عند تحديدها لهذه الغرامة فهي تفترض أن هذا القدر من التعويض كافي لجبر الضرر الذي سيلحق بالمرفق العام نتيجة تأخر المقاول، ومن ثم للإدارة اقتضاء مبلغ التعويض مباشرة دون حاجة لإثبات الضرر أو اللجوء مسبقاً إلى القضاء، وبذلك تتميز غرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة عن التعويض الاتفاقي في نطاق العقود المدنية الخاضعة للقانون الخاص من ناحية ركن الضرر، باعتبار أنه يشترط لاقتضاء التعويض الاتفاقي وقوع ضرر نتيجة التأخير.

الفرع الثاني: غرامة التأخير جزاء مالي:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه من القضاء والفقه في تعريف غرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة إلى أنها تدخل من ضمن الجزاءات المالية التي تملك الإدارة سلطة فرضها بموجب العقد، وانطلاقاً من هذا الاتجاه فقد تعددت التعاريف القضائية والفقهية التي قيلت بصدد هذه الغرامة، فذهب البعض إلى أنها جزاء مالي، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنها عقوبة.

وسنعرض في هذا الفرع موقف القضاء والفقه حول اعتبار غرامة التأخير جزاء مالي، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف القضاء:

ذهبت بعض أحكام القضاء في تعريف غرامة التأخير إلى أنها جزاء يُفرض على المقاول بقصد ضمان التزامه بتنفيذ العقد، وذلك لضمان استمرار سير المرفق العام.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: "... غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام، وللإدارة أن توقع

الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها وبمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاءً لها...^١.

يتبين لنا اتجاه هذه المحكمة إلى أن غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها، وبذلك نجد أن هذا الحكم يبين لنا طبيعة الغرامة من حيث إنها جزاء يفرض على المقاتل نتيجة تأخره في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها فيه.

وفي حكم لمحكمة التمييز الكويتية قضت فيه بأن: "... غرامة التأخير في العقود الإدارية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليه حرصاً على سير المرفق العام بانتظام..."^٢.

نجد من هذا الحكم اتجاه قضاء هذه المحكمة إلى أن غرامة التأخير هي جزاء تفرضه الإدارة على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ العقد عن الميعاد المتفق عليه، وبذلك نجد أن القضاء الكويتي سلك مسلك جانب من اتجاه القضاء المصري من حيث اعتبار غرامة التأخير جزاءً يفرض على المقاتل نتيجة تأخره في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المحددة بالعقد.

ثانياً: موقف الفقه:

ذهبت بعض آراء الفقه في تعريف غرامة التأخير إلى أنها جزاء مالي، في حين ذهبت بعض الآراء الأخرى إلى أنها عقوبة^٣.

ذهب رأي في الفقه إلى أن تعبير " الغرامة " يحوي في مدلوله اللغوي والقانوني فكرة الجزاء المالي الذي تفرضه الإدارة بهدف مجازاة المتعاقد على تأخره في تنفيذ العقد، إلا أن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يتسم بطابع العقوبات، ولا يقتصر على إعادة التوازن بين

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٥٥١ - س ق ٣١ - تاريخ الجلسة ١٩٨٩/٥/٣٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٤٢٦.

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية - الدائرة الإدارية الأولى - الطعن رقم ٤٦ تمييز إداري - لسنة ٢٠١٠ - تاريخ الجلسة ٢٠١٣/٦/٢٦ - غير منشور.

(٣) د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٢٣ / د. محمد فؤاد عبدالباسط - العقد الإداري - (المقومات - الإجراءات - الآثار) - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٢٨٩ / د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٢٥٢ / د. إبراهيم طه الفياض - المرجع السابق - ص ٢٠٨-٢٠٩.

التزامات الطرفان أو التعويض عن الأضرار بقدر ما يستهدف استمرار انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد^١.

من ثم فقد تعددت التعاريف الفقهية المؤيدة لاعتبار غرامة التأخير جزءاً مالياً، فذهب رأي من الفقه المؤيد لهذا الاتجاه إلى أن غرامة التأخير هي جزء لأنها تمثل عقوبة للمقاول على تأخره في تنفيذ الأعمال في عقود الأشغال العامة، وكذلك هي ضاغطة بحسبانها تمثل شرائح تتزايد تصاعدياً مع توالي التأخير في تنفيذ الأعمال حتى تصل إلى الحد الأقصى^٢.

فذهب رأي من الفقه في تعريفه لغرامة التأخير إلى أنها المبالغ المالية التي يدفعها المتعاقد للإدارة نتيجة إخلاله لإحدى التزاماته، وتطبق تلك العقوبات حتى ولو لم يترتب على الإخلال الناتج من المتعاقد ضرراً للجهة الإدارية^٣.

وذهب رأي ثالث من مؤيدي هذا الاتجاه في تعريفه لغرامة التأخير إلى أنها جزء من الممكن أن تتضمنه شروط كافة العقود الإدارية، وهو امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما نتيجة تأخر المتعاقد، إذ إن الضرر يكون مفترضاً لتعلقه بتسيير مرفق عام^٤.

في حين ذهب رأي رابع من الاتجاه ذاته في تعريفه لغرامة التأخير إلى أنها جزء تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها إذا تأخر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية في الميعاد

(١) في الفقه العربي أنظر: د. مدحت أحمد يوسف غنايم - النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة - ٢٠١٤ - ص ٢٨.

في الفقه الفرنسي أنظر:

Jean Rivero et Jean Waline - Droit administratif - 18e édition - Dalloz - Paris - 2000 - p130.

(٢) في الفقه العربي أنظر: د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة مع دراسة نقدية تحليلية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ونظرات في قانون المناقصات والمزايدات المصري - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - ص ١٦ / د. محمد أنس قاسم جعفر - العقود الإدارية - ٢٠٠٠ - المرجع السابق - ص ١٤٣. وفي الفقه الفرنسي أنظر:

Daniel Chabanol et Jean Pierre Jouguelet - Marchés Publics de Travaux - Droites et obligations des signataires - Deuxième Edition - Le Moniteur - Paris - 1994 - p.146 / Francois sabiani - Marchés publics de Travaux - et contrats voisins - 5 édition - Belfond - Paris - 1995 - p.148 / Jean Dufau - Le Droit des Travaux Publics - Définition des travaux et ouvrages publics - Formation exécution et contentieux des marchés de travaux publics - Tome 1 - Editions du Moniteur - Paris - 2e édition - 1988- P.188.

(٣) د. أحمد رشاد محمود سلام - عقد الإنشاءات والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) - دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب التطبيق - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ٢٠٤.

(٤) د. مازن لبلو راضي - دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ٩٤.

المنصوص عليه بالعقد، وتستحق بمجرد هذا التأخير حتى ولو لم يترتب عنه ضرر للإدارة المتعاقدة^١.

يتلاحظ لنا بالنسبة للتعريف الأول أن مناط اعتبار غرامة التأخير بأنها جزاء ليس القصد منه معاقبة المتعاقد بقدر ما يكفل لها هذا الجزاء ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، في حين أننا نتفق وأن هذه الغرامة هي ضاغطة بحسبانها تمثل شرائح تتزايد تصاعدياً مع توالي التأخير في تنفيذ الأعمال حتى تصل إلى الحد الأقصى، ونرى أن التعريف الثاني قد دمج بين التعويض الجزافي والجزاء المالي، وذلك بذكره عبارة "المبالغ المالية" ومصطلح "العقوبات" إلا أنه لم يحدد طبيعة غرامة التأخير من حيث إنها جزاء عقدي وليست عقاب، وأنه يجب أن ينص عليها في العقد، وعندما أورد هذا التعريف عبارة "نتيجة إخلاله لإحدى التزاماته" نجد أنه لم يحدد الإخلال المعني بهذه الغرامة وهو التأخير في التنفيذ، في حين أننا نتفق وعبرة "حتى ولو لم يترتب على الإخلال الناتج من المتعاقد ضرر للجهة الإدارية".

أما بالنسبة للتعريف الثالث فقد اعتبر غرامة التأخير جزاءً من الممكن أن تتضمنه العقود الإدارية، يعني أن هذا الجزاء قد تتضمنه تلك العقود أو قد تخلو منه، فإذا كانت الإدارة تملك حق فرض هذا الجزاء عند تأخر المفاوض عن التنفيذ، فلا بد من أن ينص العقد على ذلك، ومن ثم يلزم أن تتضمنه كافة تلك العقود، وفيما يخص التعريف الرابع وجدنا أنه أقرب للدقة في أن يكون تعريفاً لغرامة التأخير في العقود الإدارية بشكل عام، من حيث تحديده لطبيعة الغرامة بأنها جزاء للمتعاقد إذا تأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بالعقد دون حاجة لإثبات الضرر، في حين أنه أغفل ضرورة النص على هذه الغرامة في العقد باعتبارها بنداً من بنوده.

في مجمل القول فإن كل هذه التعاريف لم تتضمن ما يفيد وجوب النص على هذه الغرامة ضمن بنود العقد لتتمكن الإدارة من فرضها استناداً للتحديد الوارد بهذه البنود، لذا نجد أن هذه التعاريف أشابها قصور في أن تكون شاملة لعناصر تعريف غرامة التأخير، ومن ثم يجب أن تشمل تلك التعاريف على ما يفيد النص على هذه الغرامة ضمن بنود العقد كي تتمكن الإدارة من اللجوء إلى فرضها على المتعاقد وفقاً للتحديد المتفق عليه بالعقد باعتبارها تمثل شرائح تتزايد تصاعدياً مع توالي التأخير في تنفيذ الأعمال حتى تصل إلى الحد الأقصى، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ليكون المتعاقد على علم بوجود هذا الجزاء ضمن الجزاءات التعاقدية.

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية - القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ١٢٢.

ومن خلال استعراضنا للاتجاهين القضائي والفقهى المؤيدين لاعتبار غرامة التأخير جزاء مالي، نخلص إلى أن غرامة التأخير وفقاً لهذين الاتجاهين تعد جزاءً مالياً مقررًا لضمان إنشاء واستمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وليست عقوبة تفرضها الإدارة على المكاوّل بقدر ما يكفل لها هذا الجزاء التزام المكاوّل بتنفيذ العقد خلال المواعيد التي حدّتها، ومن ثم يجب أن ينص عليها في العقد.

ثالثاً: تقييم الاتجاهات السابقة:

من خلال دراستنا للاتجاهات القضائية والفقهية حول تعريف غرامة التأخير، وجدنا أن اتجاه من القضاء والفقه ذهب إلى أن غرامة التأخير هي مبلغ من المال يحدّد بالعقد باتفاق الإدارة والمتعاقد معها كتعويض جزافي عن الضرر المفترض حصوله نتيجة التأخير.

فلما كان التأخير في تنفيذ العقد يُفترض حصول الضرر للإدارة المتعاقدة أو المرفق العام موضوع العقد، فإننا نتفق وما ذهب إليه هذا أصحاب هذا الاتجاه من اتسام غرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامةً بطابع التعويض الجزافي، حيث أن الإدارة عند تحديدها لمبلغ التعويض يُفترض أنها قدرت تناسبه مع جسامّة الضرر الافتراضي، ومن ثم يتم اقتضاؤه عند تحقق الإخلال المعني بهذه الغرامة وهو تأخر المكاوّل في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها باعتبار أن الضرر قد أصاب الإدارة ذاتها، أو المرفق العام المتصل بالعقد.

وفي المقابل وجدنا أن اتجاهاً آخر من القضاء والفقه ذهب إلى أن غرامة التأخير تعد بصفة عامة شكلاً من أشكال الجزاءات المالية في العقود الإدارية التي تهدف الإدارة من خلالها إلى حث المكاوّل على الالتزام بالمواعيد المتفق عليها لتنفيذ العقد.

لما كان اقتضاء الإدارة لغرامة التأخير يأتي بعكس ما يسعى إليه المكاوّل وهو تحقيق الربح المادي من خلال هذا التعاقد، طالما كان فرضها يشكل انتقاصاً من حقوقه المالية، فإن ذلك ما يضيف على هذه الغرامة وصف الجزاء المالي، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اعتبار غرامة التأخير جزاءً مالياً لا يعني أنه يقصد بها معاقبة المكاوّل بقدر ما تضمن التزام هذا الأخير بالتنفيذ خلال المواعيد المتفق عليها ضماناً لاستمرار إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

نخلص من ذلك إلى أنه لتعريف غرامة التأخير لا يمكن الاستناد إلى أحد الاتجاهين دون الآخر، وذلك من ناحية أن هذه الغرامة تُعتبر من ناحية تعويض جزافي للإدارة عن افتراض إلحاق المرفق العام، أو الإدارة بضرر، ومن ناحية أخرى فهي جزاء يُفرض على المقاول عند إخلاله بالالتزام بتنفيذ العقد خلال المواعيد المتفق عليها طالما يشكل فرضها انتقاصاً من حقوقه المالية لدى الإدارة، ومن هنا تضمن هذه الغرامة تعويض الإدارة عن الضرر المفترض من ناحية، ومن ناحية أخرى إلزام المقاول بإصلاح إخلاله بالالتزام بالمواعيد المتفق عليها لتنفيذ العقد، وهذا ما يتحقق به ضمان انتظام واستمرار سير المرافق العامة.

وفي هذا المقام يجدر بنا أن نعرف غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في ضوء التعاريف السابقة بتلاقي القصور الذي أشابها وتحديد عناصر التعريف وفقاً لطبيعة هذا العقد، ونقترح أن يكون هذا التعريف على النحو الآتي:

غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة هي تعويض جزافي محدد مسبقاً في العقد مقابل الضرر المفترض وقوعه نتيجة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها، يتم اقتضاؤه مباشرة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه، أو إنذار، أو إثبات حصول الضرر كجزاء مالي ينتقص من الحقوق المالية للمقاول لحثه على الالتزام بالنقيد بتلك المواعيد، ضماناً لاستمرار إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

المطلب الثاني: خصائص غرامة التأخير

تتميز غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بعدة خصائص من شأنها حث المفاوض على الالتزام بتنفيذ العقد خلال المواعيد المتفق عليها ضماناً لانتظام استمرار إنشاء وسير المرافق العامة، وذلك بعيداً عن إجراءات التقاضي التي قد تزيد الأمر تعقيداً، مما يؤدي إلى عكس ما تسعى إليه الإدارة بالنسبة لانتظام إنشاء وسير تلك المرافق، وتتمثل هذه الخصائص في تحديد الإدارة لأحكام فرض هذه الغرامة، ومن ناحية أخرى مرونة هذا الجزاء وتلقائيته.

وسنعرض في هذا المطلب الخصائص الاتفاقية والمرنة والتلقائية التي تتميز بها غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الخاصية الاتفاقية لغرامة التأخير:

ذهب فريق من الفقه وبعض أحكام القضاء إلى أن غرامة التأخير في العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة تتميز بخاصية اتفاقية نظراً لكونها تُعد بنداً تعاقدياً إما أن ينص عليه في العقد، أو يكون وارداً ضمن نصوص التشريعات التي تدخل في نطاق التعاقد.

وفي هذا الصدد ذهبت بعض آراء الفقه إلى أن بنود العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة دائماً ما تتضمن نصوصاً تتعلق بالجزاءات التعاقدية، كما أن كراسة الشروط العامة لهذه العقود تنص عادةً ضمن بنودها على هذه الجزاءات، ومن ثم يلتزم طرفا العقد بتلك البنود ولا يمكن لأي منهما التحلل منها¹.

بهذا الاتجاه قضت المحكمة الكبرى المدنية البحرينية - الدائرة الإدارية - في حكم لها بأنه: "... فإن المستقر عليه أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود يجب تنفيذها وفقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية في تفسير العقود وأن الأصل في تفسير العقود - مدنية كانت أو إدارية - وأن هناك التزاماً

1) De Laubadère (A) – Op.cit – p. 103.

وفي الفقه العربي أنظر: د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٤٥ / د. جابر جاد نصار - العقود الإدارية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ - ص ٢٨٩ / د. إبراهيم طه الفياض - المرجع السابق - ص ٢٠٩ / د. عاطف سعدي محمد علي - عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ٢٠٠٥ - ص ٤٥٧.

عقدياً وقانونياً على المفاوض المتعاقد مع الجهة الإدارية أن ينفذ الالتزامات الموكول إليه تنفيذها بموجب العقد خلال المدة أو المدد المحددة لتنفيذها فإن تأخر عن ذلك وقُعت عليه غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة بالعقد...^١.

من خلال هذا الحكم يتبين اتجاه القضاء البحريني حول تميز غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بخاصية اتفاقية، فذهب إلى أنه لما كان العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه، وأن هناك التزاماً على المفاوض بتنفيذ العقد خلال المواعيد المتفق عليها فيه، وإلا فرضت عليه غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة بالعقد، وذلك يعني أن التحديد الوارد لهذه الغرامة في العقد بناء على اتفاق طرفيه يقوم مقام قواعد القانون بالنسبة لكلاهما، ومن ثم يكون إلزاماً عليهما التقيد بالبند التعاقدى لغرامة التأخير عند لجوء الإدارة إلى فرضها على المفاوض.

وفقاً لهذا الاتجاه ذهب فريق من الفقه إلى أن غرامة التأخير تتميز بخاصية اتفاقية، وذلك من حيث إن أحكام فرضها واقتضاؤها تكون محددة سلفاً ضمن بنود عقد الأشغال العامة أو نصوص التشريعات الخاضع لها العقد والتي تُعتبر جزءاً لا يتجزأ منه ومكملة لأحكامه، فإذا لم يكن قد نص على أحكام فرض هذه الغرامة في العقد، أو بحال خلو التشريعات المنظمة لأحكام العقود الإدارية من تنظيم أحكام هذه الغرامة، فإنه لا يجوز للإدارة أن تسعى إلى فرضها على المفاوض، ومن هنا تتميز غرامة التأخير بأنها ذات خاصية اتفاقية^٢.

ويتبين وفقاً لهذا الاتجاه أن غرامة التأخير هي بند من بنود العقد، سواء تضمنها العقد أو التشريعات المكملة له، فإذا لم يتفق الطرفان على تنظيم أحكام هذه الغرامة في العقد عند خلو تلك التشريعات من مثل هذا التنظيم، فإنه يتعذر بذلك على الإدارة أن تسعى إلى فرضها، ومن هذا المنطلق فإنه من الضروري أن ينص عقد الأشغال العامة ضمن بنوده على غرامة التأخير إذا لم تتضمن تلك التشريعات تنظيم أحكام فرض هذه الغرامة في نطاق عقود الأشغال العامة.

(١) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

(٢) د. شافي طالب محمد العجمي - التنظيم القانوني لغرامة التأخير في العقد الإداري - دراسة مقارنة بين مصر والكويت - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - كلية الحقوق - ٢٠١٤ - ص ٣١ / د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٩٥ / د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٢٦٠ / د. محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٣ - ص ٥٢٥.

هذا ما سارت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الجميع، وعلمهم بمحتواها مفروض، فإن قبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض أنهم ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم، وتصير جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها..."^١.

ونرى أن هذا الحكم يقضي بأن التشريعات التي يتم التعاقد في ظلها تندمج في العقد وتصبح جزءاً لا يتجزأ منه، فإذا كانت تلك التشريعات قد نصت على الأحكام المنظمة لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة فإن هذه الأحكام تطبق عند خلو العقد من مثل هذا التنظيم ومن ثم يكون استناد الإدارة في فرض هذه الغرامة لأحكام تلك التشريعات، الأمر الذي يترتب عليه أن الغرامة ما تزال تتميز بخاصيتها الاتفاقية طالما كانت أحكام التشريعات تدخل في نطاق التعاقد.

لذلك ذهب جانب من الفقه في رأي له إلى أنه من المبادئ المسلم بها فقهاً أن النص الخاص يقيد العام، وذلك لأن النص الخاص هو ما يمثل إرادة طرفا العقد، على أن التحديد الوارد بالتشريعات يطبق إذا خلا العقد من تنظيم أحكام غرامة التأخير.^٢

يؤكد لنا رأي هذا الجانب من الفقه، علاوة على الحكم السابق، على أن اتفاق طرفي عقد الأشغال العامة على أحكام تنظيم غرامة التأخير في العقد ذاته يجعل من هذه الأحكام هي التي تطبق عند تعارضها مع ما ورد بالتشريعات، باعتبار هذه الأحكام هي التي تلاقت عليها إرادة الطرفين.

بذلك نخلص إلى إن عدم تضمين عقد الأشغال العامة ما يفيد فرض غرامة التأخير لا يحول دون إنفاذ الإدارة لسلطتها في فرضها لهذه الغرامة طالما كانت التشريعات المنظمة لأحكامها تُعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقد، أما إذا خلت تلك التشريعات من مثل هذا التنظيم، فإنه لا يجوز للإدارة أن تسعى إلى فرضها على المفاوض.

مما تقدم نرى ضرورة النص على غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وأن تحدد بوضوح نسب اقتضاؤها وأحكام فرضها على المفاوض بحال ما إذا خلت التشريعات من تنظيم

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٨٥٨ - س ق ١٠ - جلسة بتاريخ ١٩٨٦/١/٦ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثالثة عشرة - من أول أكتوبر سنة ١٩٦٧ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٨ - المكتب الفني - طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بالقاهرة - ص ٣٦٩.

(٢) د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٢٩٢-٢٩٣.

أحكام هذه الغرامة تبعاً لنوع هذا العقد، وإلا ستضطر الإدارة للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض إذا ترتب ضرر نتيجة التأخير من قبل المقاول.

الفرع الثاني: الخاصية المرنة لغرامة التأخير:

يُعد وجود سلطة التنفيذ المباشر لدى الإدارة المتعاقدة أمراً ضرورياً يخولها إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ العقد، ومن هذه القرارات تلك التي تصدر بفرض غرامة التأخير على المقاول، لذا ذهبت بعض آراء الفقه إلى أن هذه الغرامة تتميز بخاصية مرنة تجعلها مستحقة الاقتضاء بموجب قرار من جانب الإدارة دون حاجة للجوء إلى القضاء مسبقاً.

وتتميز غرامة التأخير بأنها مرنة، ويظهر ذلك من خلال أنها تكون مستحقة الاقتضاء من قبل الإدارة المتعاقدة بموجب قرار يصدر من جانبها دون حاجة لصدور حكم قضائي يخولها اقتضاء هذه الغرامة، وتقوم الإدارة ذاتها بتنفيذ قرارها تنفيذاً مباشراً بمعرفتها ووسائلها، وهذا يعني أن فرضها منوط بتقدير الجهة الإدارية باعتبارها القائمة على إنشاء وتسيير المرفق العام موضوع عقد الأشغال العامة^١.

ولا بد من أن تفصح الإدارة عن إرادتها الملزمة في فرض هذا الجزاء على المقاول بموجب قرار يصدر من جانبها، حيث إن فكرة الجزاءات الإدارية نابعة من امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية وتعد تطبيقاً لامتياز التنفيذ المباشر الذي يمكن الإدارة من فرض قراراتها في مواجهة المقاول المتعاقد معها^٢.

والمقصود بالتنفيذ المباشر هو أن تلجأ الإدارة إلى تنفيذ قراراتها جبراً، وهي تستخدم هذا الحق استناداً لضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، كما أن حقها في ذلك يُعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة التي توجب تنفيذ هذه القرارات على الأفراد جبراً^٣.

هذا الإجراء تتميز به العقود الإدارية بصفة عامة بما فيها عقود الأشغال العامة، مما يخرج على ما جرى عليه العمل في عقود نطاق القانون الخاص، حيث يتعين تدخل المحاكم التي

(١) د. حسان عبدالسميع هاشم - الجزاءات المالية في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ - ص ٦٨.

(٢) د. عبدالمجيد الفياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى - ١٩٧٥ - ص ١٧٩.

(٣) د. علي إسماعيل مجاهد - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة - بحث منشور في مجلة القانونية - العدد الأول - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين - يناير ٢٠١٤ - ص ٩٣.

تملك الانتقاص من الجزاء المالي إذا قدرت أنه مغالٍ فيه، وذلك تغليياً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة بالأفراد، فبينما تكون مصالح الطرفان في العقود المدنية متساوية، فإنها لا تكون كذلك في عقود الأشغال العامة، والتي تكون فيها الإدارة في مركز قانوني أعلى من المفاوض المتعاقد معها^١.

ومن ثم يُعد إصدار الإدارة قراراً إدارياً يخولها اقتضاء غرامة التأخير المستحقة على المفاوض إجراءً ضرورياً يفيد بعلم المفاوض بما يصدر بشأنه من جزاءات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى كي لا تبقى الإدارة مطالبةً إياه في أي وقت تشاء حتى بعد انتهاء العقد وصرف مستحقات المفاوض^٢.

لذلك نرى أن فرض غرامة التأخير بموجب قرار تصدره الإدارة، أمر ضروري لجعل من هذه الغرامة مستحقة الاقتضاء من تاريخ صدور القرار، ومن ثم تلتزم الإدارة بهذا التاريخ وليس لها أن تفرض هذا الجزاء بعد انتهاء مدة العقد على التأخير الذي حصل في الفترة السابقة لانتهائه، أي بعدما تنتهي العلة من فرضه.

الفرع الثالث: الخاصية التلقائية لغرامة التأخير:

ذهب فريق من الفقه وبعض أحكام القضاء إلى أن غرامة التأخير في العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة تتميز بخاصية تلقائية، وذلك نظراً لكونها تفرض بصورة تلقائية بمجرد حصول التأخير، دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات من شأنها تنبيهه، أو إنذار المفاوض.

وفي هذا الصدد اتجه رأي من الفقه إلى أن غرامة التأخير تُفرض بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه، أو إنذار، ومعنى ذلك أن فرضها يكون بصورة تلقائية عندما يُنسب التأخير في تنفيذ العقد إلى المفاوض دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول أي ضرر لحق بها نتيجة ذلك فمجرد التأخير يكفي في حد ذاته لفرض هذه الغرامة، ولا يقبل من المفاوض المتأخر إثبات عدم تسبب تأخره في إلحاق الإدارة، أو المرفق العام بضرر كي يتخلص من هذا الجزاء، باعتبار إن الضرر في هذه الحالة يكون مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس^٣.

(١) د. عادل عبدالرحمن خليل - المرجع السابق - ص ٧.

(٢) د. محمود خلف الجبوري - المرجع السابق - ص ١١٨.

(٣) في الفقه العربي أنظر: د. نعيم مغيب - عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة - دراسة في القانون المقارن - بدون دار نشر - الطبعة الثالثة - ٢٠٠١ - ص ٣٩٨.

- وفي الفقه الإنجليزي أنظر:

ويكون فرض هذه الغرامة من تاريخ التأخير، أو بعد انتهاء المهلة التي قد تمنحها الإدارة للمقاول قبل فرض هذا الجزاء عليه، ولا يتطلب ذلك وجوب تنبيه المقاول بإعذاره أو إنذاره بهذه الغرامة، فسلطة الإدارة في فرض هذا الجزاء هي سلطة تقديرية استناداً لسلطتها في التنفيذ المباشر باعتبارها مسئولة عن سير المرافق العامة وتنفيذ شروط العقد المتصل بها^١.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: " ... من المبادئ المسلم بها أن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداءً من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن الإدارة في تحديدها لمواعيد تنفيذ العقد يفترض فيه أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير... " ^٢.

هنا يمكن القول إن المبدأ الذي استند إليه هذا الحكم يجد أساسه في افتراض إلحاق المرفق العام بالضرر عند تأخر المقاول في تنفيذ العقد، ودون حاجة لإثباته، وذلك حرصاً على استمرار إنشاء وسير هذا المرفق بانتظام واطراد.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها بأن: " ... الأصل في اقتضاء غرامة التأخير أن يتم توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر للجهة الإدارية... " ^٣.

وفقاً لهذا الحكم يتبين أن القضاء الكويتي سلك مسلك القضاء المصري من ناحية فرض غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير، وهذا ما يؤكد لنا أن القضاء الكويتي لم يقرر إلزام الإدارة باتخاذ أية إجراءات قبل فرضها لهذه الغرامة.

بذلك تختلف غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة عن الغرامة التهديدية في عقود نطاق القانون الخاص، والذي يتطلب لفرضها إنذار سابق للمخل بالتزاماته، وما ذلك إلا تطبيقاً لفلسفة

Brian Eggleston - Liquidated Damages and Extensions of Times in Construction Contract - Second Edition - Blackwell - London - 1997 - P 52.

(١) د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٤٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٦٠ - س ق ١٢ - جلسة بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢١ - مشار إليه في: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - مشكلات تنفيذ العقود الإدارية - الكتاب الثالث - حمدي ياسين عكاشه - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١٥ - ص ٧٥٨.

(٣) حكم محكمة التمييز الكويتية - الدائرة الإدارية الأولى - الطعن رقم ٢٠١٠/٣٥٠ إداري - تاريخ الجلسة ٢٠١٣/٦/١٩ - غير منشور.

الجزء الإداري الذي تهدف الإدارة من خلاله إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال سير المرافق العامة بانتظام واطراد^١.

في حين أننا نجد أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة في مملكة البحرين نصت في الفقرة رقم (١/٤٧) من المادة رقم (٤٧) منها الخاصة بغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة على أنه: " إذا تأخر المقاول عن الانتهاء من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو أي جزء منها خلال الموعد المحدد لذلك ...، فإنه يجب عليه أن يدفع للإدارة مبلغ غرامة التأخير المحدد وفقاً للأسس المادية المنصوص عليها في العقد...، وذلك بعد قيامها بإخطاره بذلك..."^٢.

وفقاً لما جاء بنص هذه الفقرة فإنه يتبين أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة في البحرين نصت صراحةً على قيام الإدارة بإخطار المقاول بغرامة التأخير المستحقة عليه، مما يعني أن فرض هذه الغرامة لن يكون مباشرة بمجرد حصول التأخير دون التزام الإدارة بإنذار المقاول بذلك.

هذا ما يتأكد لنا من خلال حيثيات حكم المحكمة الكبرى المدنية الأولى البحرينية - الدائرة الإدارية - الذي سبقت الإشارة إليه والذي جاء به أن: "... المدعى عليها لم تقم بتنفيذ المشروع في الميعاد المتفق عليه مما حدا بالمدعية إلى إنذار المدعى عليها بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٩ وبتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٨ بضرورة التقيد ببنود العقد لتوقف العمل بالمشروع وألا ستضطر لسحب المشروع وإلغاء العقد وتوقيع غرامة التأخير..."^٣.

وبناءً على ما جاء بهذا الحكم من حيثيات تقيد بأن المدعية - جهة الإدارة - قامت بإنذار المدعى عليها - الشركة المتعاقدة - بضرورة التقيد بتنفيذ العقد نظراً لوقف الشركة عن العمل بالمشروع وإلا ستضطر لسحب المشروع منها وإلغاء العقد وفرض غرامة التأخير، فإنه يمكن القول أن قيام الإدارة بإنذار الشركة المدعى عليها بالتقيد ببنود العقد نظراً لتوقفها عن تنفيذ التزاماتها والجزاءات المقررة لذلك الإخلال، وهي غرامة التأخير وسحب المشروع منها على نحو ما تقدم، فإن ذلك يفيد بأن الإدارة قد إتخذت إجراءً بإنذار المقاول قبل فرض الجزاءات التعاقدية عليه، ومنها غرامة التأخير.

(١) لمزيد من التفصيل أنظر: د. هارون عبدالعزيز الجمل - المرجع السابق - ص ١٥٩ وما بعدها.

2) Sub-Clause (47/1) - Standard Contract Agreement and Conditions of Contract - Building and Engineering Works - Ministry of Works - Kingdom of Bahrain - 2009 - P.52.

(٣) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

لذا، نؤيد اتجاه الشروط العامة لعقد الأشغال العامة في البحرين من حيث إلزام الإدارة بإخطار المقاول بغرامة التأخير قبل فرضها عليه، وهذا ما يشكل ضماناً مهمة للمقاول في البحرين تجاه هذه الغرامة بما يفيد إعلامه، أو إعلانه بما تعتزم الإدارة فرضه من غرامات بحقه.

مما تقدم نخلص إلى أن الإنذار قد يحول دون استمرار المقاول في التأخير بتنفيذ التزاماته، بل أنه قد يحثه على أن يسارع إلى تحسين أوضاعه بالالتزام بمواعيد تنفيذ العقد تجنباً لفرض الغرامة عليه، مما قد تتحقق معه الغاية التي تصبوا إليها الإدارة من خلال وجود هذه الغرامة في العقد دون فرضها فعلاً بحق المقاول.

المبحث الثاني:

الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

استقر القضاء في بعض أحكامه إلى جانب الفقه على المبادئ والقواعد المنظمة لسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته بموجب العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة.

فعلى الرغم من اتفاق كلا الاتجاهين على تمتع الإدارة بهذه السلطة، إلا أنه ثار خلاف قضائي وفقهي حول الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في فرض غرامة التأخير دون حاجة للجوء إلى القضاء مسبقاً، وانقسما في هذا الشأن إلى اتجاهين، فذهب اتجاه إلى أن الأساس القانوني لهذه الغرامة هو أساس تعاقدى مصدره العقد، في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى أن هذا الأساس هو أساس غير تعاقدى، وهذا الاتجاه ينازعه رأيان، الأول يستند إلى فكرة السلطة العامة، أما الثاني فهو يستند إلى فكرة المرفق العام.

ولتحديد الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، سنعرض في هذا المبحث الأساس التعاقدى والأساس غير التعاقدى لغرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة ما بين موقف القضاء والفقه، ثم سنقيّم هذه الاتجاهات ونستخلص من هذا التقييم الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وسنقسمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأساس التعاقدى لغرامة التأخير.

المطلب الثاني: الأساس غير التعاقدى لغرامة التأخير.

المطلب الأول: الأساس التعاقدى لغرامة التأخير

ذهب اتجاه من القضاء والفقهاء إلى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس تعاقدى مصدره العقد، ويجد أصحاب هذا الاتجاه تبريرهم للأساس التعاقدى في أن هذه الغرامة تتميز بخاصية اتفاقية مما يكون معه أن عدم النص عليها، سواء في العقد، أو في التشريعات المنظمة لأحكام العقود الإدارية، يمنع الإدارة من فرضها على المتعاقد معها إذا ما تحقق الإخلال الموجب لذلك.

وسنعرض في هذا المطلب الأساس التعاقدى لغرامة التأخير ما بين موقف القضاء والفقهاء وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتى:

الفرع الأول: موقف القضاء من الأساس التعاقدى لغرامة التأخير:

اتجهت بعض أحكام القضاء إلى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة هو أساس تعاقدى، وذلك بالاستناد في فرضها إلى العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، وذلك كما سنبينه على النحو الآتى:

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بأن: "... العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها أصل عام، هو أن العقد شريعة المتعاقدين - حيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، وبذلك تلتزم الإدارة بإعمال الشروط التي تلاقى عليها إرادة الطرفان عند التعاقد...^١".

يتبين لنا من هذا الحكم اتجاه القضاء المصرى إلى أن النصوص التعاقدية تقوم مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، ومن ثم فإن الالتزام بتطبيقها واجب على كلاهما، فإذا ما اتفقا على تنظيم أحكام غرامة التأخير في العقد، يصبح هذا العقد هو الأساس القانوني لهذه الغرامة بمعنى أن الأساس يكون أساساً تعاقدياً، ومن ثم يكون فرضها استناداً لنصوص العقد ذاته، ويتم اقتضاؤها بالنسب المحددة بهذا العقد.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٣٥٦٥ - س ق ٣٣ - جلسة بتاريخ ١٩٩٣/٢/٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٢٧٦.

تأكيداً لذلك، قضت المحكمة ذاتها في حكم آخر بأنه: "... ومن حيث إن من المقرر إذا تضمن العقد تحديداً لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فإن مقدار الغرامة الوارد بنص العقد وبالنسبة المنصوص عليها يكون هو الواجب التطبيق دون النص الوارد في لائحة المناقصات والمزايدات... ^١ .

البيان من هذا الحكم أن القضاء المصري يرجح التحديد الوارد بالعقد لغرامة التأخير على التحديد الوارد بالنصوص التشريعية، وذلك نظراً لتلاقي إرادة الطرفين في العقد على مثل هذا التحديد، فإذا كانت النصوص التشريعية تدخل من ضمن النصوص التعاقدية، وكان العقد قد تضمن تحديداً خاصاً لأحكام هذه الغرامة ضمن بنوده، فإن النص التعاقدية هو الواجب التطبيق.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها بأن: "... العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني خاص يميزها عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية، بما يحق لجهة الإدارة أن تضمن العقد الإداري من الشروط الاستثنائية والجزاءات المالية غير المألوفة في عقود القانون الخاص ما تستهدف به تأمين المرافق العامة وضمان حسن سيرها وكفالة احترام شروط العقد، ولا يتحقق الهدف من توقيع الغرامة إلا إذا كان هناك عقد قائم وجارٍ تنفيذه بالفعل... ^٢ .

ويتضح من هذا الحكم اتجاه القضاء الكويتي إلى أن الجزاءات عامة ذات أساس تعاقدية باعتبار أن الإدارة تستند في فرضها لتلك الجزاءات للعقد ذاته، وبذلك نجد في هذا الاتجاه تأييداً للأساس التعاقدية لكافة الجزاءات، وما غرامة التأخير إلا جزءاً من تلك الجزاءات، فطالما خلا القانون الكويتي من تنظيم الجزاءات عامة وأحال تنظيمها للعقد ذاته بموجب نص المادة رقم (١٤) ^٣ منه، فإنه يكون للإدارة أن تضمن عقد الأشغال العامة من الجزاءات ما تستهدف به تأمين المرافق العامة ومنها جزاء غرامة التأخير.

أما المحكمة المدنية الكبرى البحرينية فقضت في حكمٍ سبقت الإشارة إليه بأن: "... المستقر عليه أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، وأن العقود يجب تنفيذها وفقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٦٠١ - س ق ٤٨ - جلسة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٧ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١١ - ص ٤٤٨.

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية - تمييز إداري - الطعن رقم ٢٠٠٨/٨٤ - تاريخ الجلسة ٢٠١٤/٦/١٨ - غير منشور.

(٣) المادة رقم (١٤) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتية - الموقع الرسمي للجنة المناقصات المركزية - دولة الكويت - <http://www.ctc.gov.kw>.

العقود، وأن الأصل أن هناك التزاماً عقدياً وقانونياً على المفاوض المتعاقد مع الجهة الإدارية بأن ينفذ الالتزامات الموكولة إليه تنفيذها بموجب العقد خلال المدة أو المدد المحددة لتنفيذها، فإن تأخر عن ذلك توقع عليه غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة بالعقد...^١.

وفقاً لهذا الحكم يتبين لنا اتجاه القضاء البحريني إلى أنه لما تلاقت إرادة الطرفين على تضمين هذا العقد من القواعد التي تقوم مقام القانون بالنسبة لطرفيه، وكان العقد قد تضمن نصاً يقضي بفرض غرامة التأخير على المفاوض، فالإدارة تملك أن تفرض هذه الغرامة بالاستناد إلى نصوص العقد ذاته، بمعنى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير في هذه الحالة هو أساس تعاقدية.

الفرع الثاني: موقف الفقه من الأساس التعاقدية لغرامة التأخير:

يجد أصحاب هذا الاتجاه من الفقه في النصوص التعاقدية والتشريعية أساساً قانونياً لغرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، وفي نظرهم أن غياب مثل هذه النصوص يُعد مانعاً من فرض الإدارة لهذه الغرامة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

ذهب فريق من الفقه إلى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس تعاقدية مصدره العقد، بحيث يكون مناط فرضها أن يتضمن العقد نصاً يجيز للإدارة ذلك، أو ما يفيد خضوع هذا العقد للتشريعات المنظمة لأحكام فرض غرامة التأخير، باعتبار هذه التشريعات تندمج في عقودهم وتأخذ حكم الشروط التعاقدية، أما إذا نص العقد على حكماً خاصاً ينظم بموجبه أحكام فرض غرامة التأخير التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالمواعيد المتفق عليها في العقد، فإن هذا الحكم يصبح لازماً لكلا الطرفين ولو تعارض مع النص القانوني، وذلك استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^٢.

(١) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ١٧٠ / د. هارون عبدالعزيز الجمل - المرجع السابق - ص ١٤٣ / د. حسان عبدالسميع هاشم - المرجع السابق - ص ٦٥ / د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٢٥٢ / د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٩٥ / د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ١١٥ / فارس علي جانكير - سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري - رسالة ماجستير - جامعة بيروت العربية - ٢٠١٤ - ص ١١٥ / د. عادل عبدالرحمن خليل - المرجع السابق - ص ٣٢٧.

ونجد أن أصحاب هذا الاتجاه يستندون في تأييدهم للأساس التعاقدى لغرامة التأخير إلى الخاصية الاتفاقية لهذه الغرامة، وذلك من حيث أنها تحدد بالاتفاق بين الطرفين مسبقاً، ومن ثم فإنه لا خلاف على الاستناد إلى أي من النص التعاقدى أو التشريعي باعتبار أن هذا النص يدخل كذلك في نطاق التعاقد، أما إذا تضمن العقد نصاً خاصاً ينظم بموجبه أحكام هذه الغرامة بما يختلف عما ورد في تلك التشريعات، فيجب الاستناد في هذه الحالة إلى النص التعاقدى لأنه هو الذي تلاقت عليه إرادة المتعاقدان.

واتجه رأي من الفقه المؤيد لهذا الاتجاه إلى أن تحديد نسب اقتضاء الغرامة في العقد أو في التشريعات يغل يد الإدارة في تغييرها وإن ترتب على التأخير ضرر يزيد على المقدار المحدد لهذه الغرامة في العقد نظراً لاعتبار أن النص الخاص يقيد العام^١.

إننا نتفق وما ذهب إليه هذا الرأي من أن اتفاق طرفا العقد على حد أقصى وحد أدنى لهذه الغرامة، سواء في العقد، أو وفقاً لما حددته تلك التشريعات، فإن هذا التحديد يكون ذا قيمة قانونية تفرض على الإدارة الالتزام بهذا التحديد عند فرضها لهذا الجزاء، دون الالتفات لاحقاً إلى الضرر الحاصل، سواء كان هذا الضرر يفوق الحد الأقصى للغرامة أو يقل عن حدها الأدنى.

في حين ذهب رأي آخر من مؤيدي الاتجاه ذاته إلى أنه في حال خلو العقد أو التشريعات من تنظيم أحكام غرامة التأخير، فإنه لا يجوز للإدارة أن تسعى إلى فرضها على المتعاقدين معها، ومن ثم فإنه يجب أن يتم إعمال القاعدة التي يقرها القانون المدني بشأن الإعذار في مجال العقود المدنية، واللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما ترتب على تأخر المتعاقدين من ضرر، ومن ثم يشترط لاستحقاق الإدارة للتعويض في هذه الحالة أن يتم إثبات الخطأ والضرر ومقدار هذا الضرر^٢.

يتبين لنا من خلال ما ذهب إليه هذا الرأي أن عدم النص على غرامة التأخير في العقد عند خلو التشريعات من أحكام تنظيم هذه الغرامة يمنع الإدارة من فرضها، ومن ثم يتعين عليها إعذار المفاوض واللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض إذا نتج عن التأخير ضرر فعلي، الأمر الذي نرى معه عدم الجدوى من اتخاذ إجراءات الإعذار إذا لم يلحق بالإدارة ضرر فعلي نتيجة ذلك التأخير، ومن ثم فإنه ليس هناك محل للجوء إلى القضاء في هذه الحالة.

(١) د. طارق سلطان - سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة بني يوسف - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٠ - ص ١٦٣.

(٢) د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٢٠ / د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٦٦.

ومن خلال استعراضنا لموقف القضاء والفقه المؤيدين للأساس التعاقدي لغرامة التأخير نجد أن هذه الغرامة في العقود الإدارية بصفة عامةً ومنها عقد الأشغال العامة هي ذات أساس تعاقدي ومن ثم يلزم لإنفاذ الإدارة لسلطتها في فرض هذه الغرامة أن يتضمن العقد، أو التشريعات المكملة له ما يفيد النص على أحكام فرض الإدارة لهذه الغرامة كجزاء للمقاوّل إذا ما تأخر عن تنفيذ التزاماته، وأن غياب مثل هذا النص كأن لا يتضمن العقد تنظيم أحكام هذه الغرامة في ذات الوقت الذي خلت فيه التشريعات من مثل هذا التنظيم، فإن ذلك يمنع الإدارة من فرض هذه الغرامة طالما انتفى أساسها القانوني الذي يجيز للإدارة ذلك.

المطلب الثاني: الأساس غير التعاقدى لغرامة التأخير

ذهب اتجاه من القضاء والفقهاء إلى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس غير تعاقدى، وقد ثار خلاف بين أصحاب هذا الاتجاه حول الفكرة التي يقوم عليها الأساس غير التعاقدى، وانقسموا في هذا الشأن إلى اتجاهين، فبينما ذهب اتجاه إلى أن الأساس غير التعاقدى لغرامة التأخير يكمن في فكرة السلطة العامة، ذهب الاتجاه الآخر إلى أن هذا الأساس يكمن في فكرة المرفق العام.

وسنعرض في هذا المطلب الأساس غير التعاقدى لغرامة التأخير ما بين موقف القضاء والفقهاء وفقاً للخلاف الذي ثار بينهما حول الفكرة التي يقوم عليها هذا الأساس، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس لغرامة التأخير:

تُعرف فكرة السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة بموجب النظام القانوني العام المستقر بشأن كافة العقود الإدارية، وتهدف هذه الفكرة إلى تحقيق الصالح العام وتغليبها على المصلحة الشخصية، فهي تشكل إخلالاً بقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية^١.

وانطلاقاً من هذه الفكرة، ذهب اتجاه من القضاء والفقهاء إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير يكمن في فكرة السلطة العامة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف القضاء:

ذهبت بعض أحكام القضاء إلى تأييد فكرة السلطة العامة كأساس تضمين العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة شروطاً استثنائية وغير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، ومن

(١) د. محمد حسن مرعى الجبوري - سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠١٤ - ص ٢٣.

هذه الشروط غرامة التأخير التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الجزاءات التي توجد بها الشروط الاستثنائية.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم سبقت الإشارة إليه بأن: "... العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها..."^١.

يتبين لنا من خلال هذا الحكم أن القضاء المصري أخذ بفكرة السلطة العامة كأساس لتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها عند إبرامها لعقد الأشغال العامة، وذلك كونها تعمل في إبرامها لهذا العقد بوصفها سلطة عامة تعتمد على أساليب القانون العام ووسائله، ومن هنا يمكنها أن تضمن العقد ذاته شروطاً استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، وهذه الشروط تتفرع منها غرامة التأخير كونها جزءاً من الجزاءات المالية التي تتضمنها الشروط الاستثنائية لتلك العقود، وذلك تأسيساً على فكرة السلطة العامة.

وبالاتجاه ذاته قضت المحكمة الكبرى المدنية البحرينية بدائرتها الإدارية في حكم سبقت الإشارة إليه بأنه: "... حينما تبرم الإدارة عقداً من العقود لا يُعد بذاته عقداً إدارياً؛ حيث إن العقود التي تبرمها كشخص من أشخاص القانون العام بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يُعد إدارياً تأخذ فيه الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها..."^٢.

نجد من هذا الحكم أن القضاء البحريني سلك مسلك القضاء المصري في تأييده لفكرة السلطة العامة كأساس يبرر اتباع الإدارة لوسائل القانون العام، والتي تقضي بأن تتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات تجعلها في مركز قانوني أعلى من المماثل المتعاقد معها، وبذلك فإن للإدارة أن تضمن عقودها الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة من الجزاءات ما يكفل لها التزام المماثل المتعاقد معها بتنفيذ العقد وفقاً لما ورد به من شروط، وما غرامة التأخير إلا جزء من الجزاءات المالية التي تتضمنها الشروط الاستثنائية لهذه العقود.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن ١٠٥٩ لسنة ٧ ق - جلسة بتاريخ ٢٥/٥/١٩٦٣ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - المرجع السابق - ص ١٣٥٢.

(٢) حكم المحكمة الكبرى المدنية البحرينية - الدائرة الإدارية - رقم ٢٠١٣/٨١٢ - تاريخ الجلسة ٣١/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

ثانياً: موقف الفقه:

ذهب فريق من الفقه إلى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير يكمن في فكرة السلطة العامة، حتى ولو لم يكن منصوباً عليها في العقد، بحيث يُعد فرض هذا الجزاء مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وذلك تطبيقاً لامتياز التنفيذ المباشر الذي يُعد امتيازاً مقررراً للجهات الإدارية، يُمكنها من تنفيذ قراراتها الإدارية جبراً وبشكل مباشر، دون حاجة للجوء مسبقاً إلى القضاء للحصول على حكم يسمح للإدارة بهذا التنفيذ^١.

يجد أصحاب هذا الاتجاه في فكرة السلطة العامة أساساً لفرض غرامة التأخير باعتبار أن هذه السلطة تعد تطبيقاً لامتياز التنفيذ المباشر الذي يخولها فرض مثل هذه الغرامات على المقاتول مباشرةً، وبذلك نجد أن تمتع الإدارة بسلطة التنفيذ المباشر لا تمكنها من إنفاذ قراراتها مباشرةً فحسب، بل أن ذلك يغني الإدارة عن اللجوء إلى القضاء مسبقاً ليقضي لها بفرض الجزاء.

واتجه رأي آخر من الاتجاه ذاته إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير بإرادتها المنفردة يخضع لقواعد استثنائية تتمثل في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، لذلك لا تتساوى فيها المراكز القانونية لطرفي العقد على عكس ما هو مقرر في روابط القانون الخاص، وبهذه المثابة يتعين على الإدارة استخدام امتيازها المقرر كسلطة عامة لضمان احترام المقاتول لمواعيد تنفيذ العقد دون حاجة للجوء إلى القضاء^٢.

يتبين أن هذا الرأي يستند في تبريره لفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير إلى أن السلطة العامة مخولة للإدارة لتحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يجعل الإدارة في مركز قانوني أعلى من المتعاقدين معها، ونتفق وما ذهب إليه هذا الرأي من حيث أن الإدارة صاحبة الامتياز في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة يجب أن تكون في مركز قانوني أعلى من المتعاقدين معها لتمكينها من استهداف الصالح العام.

(١) د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٤١-٣٤٢ / د. مازن ليلو راضي - دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري - المرجع السابق - ص ٩٢ / د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٦٠ / د. مدحت أحمد يوسف غنايم - النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - ٢٠٠٨ - ص ٦٢ / د. محمد رفعت عبد الوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٥٩٥ وما بعدها.

(٢) د. هيثم حليم غازي - سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠١٤ - ص ٨٧.

في حين ذهب رأي من الاتجاه ذاته إلى أن سلطة الإدارة في اتخاذ قرار الجزاء بمفردها هي سلطة تقديرية لا يقيدتها إلا تحقيق الصالح العام، ومن ثم فهي ليست مقيدة بالجزاءات الواردة بالعقد، بل توجد بحكم القانون استناداً إلى فكرة السلطة العامة التي تستطيع الإدارة بموجبها أن تفرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالعقد، حتى وإن لم ينص عليها العقد ودون اللجوء إلى القضاء^١.

إلا أننا نرى أن تمتع الإدارة بمظهر السلطة العامة هو ما يمكنها من تضمين العقد هذه الغرامة كجزاء تفرضه على المتعاقد معها تحقيقاً للصالح العام، ومن ثم يكون فرضها لها بالاستناد إلى نصوص العقد ذاته، وليس خارج نطاق العقد.

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس لغرامة التأخير:

يقصد بالمرفق العام النشاط الذي تباشره السلطة العامة لإشباع الاحتياجات العامة، أو لتحقيق مصلحة عامة^٢.

وانطلاقاً من هذه الفكرة، ذهب اتجاه من القضاء والفقهاء إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير يكمن في فكرة المرفق العام، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف القضاء:

ذهبت بعض أحكام القضاء إلى تأييد فكرة المرفق العام كأساس تضمين العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة شروطاً استثنائية وغير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، ومن هذه الشروط غرامة التأخير التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الجزاءات التي توجدتها الشروط الاستثنائية.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم سبقت الإشارة إليه بأن: "... غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء يقصد منه ضمان وفاء

(١) د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٥٤.

(٢) د. فاروق خماس - القانون الإداري (١) - القسم الثاني - كلية الحقوق - جامعة البحرين - ص ٩٣-٩٤.

المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام...^١.

يتبين لنا من خلال هذا الحكم أن القضاء المصري يأخذ بفكرة المرفق العام كأساس لغرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، وذلك باعتبار أن الإدارة تقرض هذه الغرامة بهدف تحقيق مصلحة المرفق العام وضمان إنشائه وسيره بانتظام واطراد.

ومما قضت به محكمة الاستئناف العليا الثالثة البحرينية في حكم سبقت الإشارة إليه أنه: "... يكون العقد قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية لا يعرفها القانون الخاص...^٢".

من خلال هذا الحكم يؤكد لنا القضاء البحريني على أنه يجب لاتسام عقد الأشغال العامة بالطابع المميز للعقود الإدارية، بما يمكن الإدارة من فرض الجزاءات عامةً ومنها غرامة التأخير على المرافق، أن يتصل هذا العقد كغيره من العقود الإدارية بمرفق عام لتتمكن الإدارة من اتباع وسائل القانون العام وتضمنين هذا العقد من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في عقود القانون الخاص كغرامة التأخير، ومن ثم يكون لها فرض هذه الغرامة بناءً على الاتصال المباشر بين هذا العقد والمرفق العام موضوع العقد.

ثانياً: موقف الفقه:

ذهب فريق من الفقه إلى أن الأساس القانوني لغرامة التأخير يكمن في فكرة المرفق العام المتصل بالعقد، وذلك باعتبار أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقود الإدارية بصفة عامةً ومنها عقد الأشغال العامة على إنشاء وتسيير المرافق العامة بقصد تلبية الاحتياجات العامة، ومن شأن تطبيق مبدأ دوام سير تلك المرافق بانتظام واطراد أن ينتفع الأفراد بالخدمات التي تؤديها تلك المرافق دون أي تأخير، وهذا ما يميز هذه العقود بما يحوله النظام القانوني لها من خروج عن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٥٥١ - س ق ٣١ - جلسة بتاريخ ١٩٨٩/٥/٣٠ - مشار إليه في : موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الثالث - المرجع السابق - ص ٧٥٩.

(٢) حكم محكمة الكبرى الاستئنافية الثالثة - رقم ٨٠٢ - لسنة ١١٩٢ - جلسة ١٩٩٢/١١/٢٥ - المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة - المرجع السابق - ص ٦٩.

القواعد المألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، وفرض مختلف الجزاءات على المتعاقدين مع الإدارة ومنها غرامة التأخير، وذلك دون حاجة للنص عليها في العقد^١.

يجد أصحاب هذا الاتجاه في فكرة المرفق العام أساساً لسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير، وذلك من حيث خضوع عقد الأشغال العامة لنظام قانوني خاص يميزه عن عقود القانون الخاص نظراً لاتصاله بالمرفق العام المخصص للنفع العام، وإن أي ضرر يصيب المرفق العام يترتب عليه ضرر بالمصلحة العامة ككل، وهذا ما يبرر سلطة الإدارة في فرض مختلف الجزاءات على المتعاقدين معها ومنها غرامة التأخير.

وفي هذا الصدد ذهب آراء بعض مؤيدي هذا الاتجاه من الفقه إلى أن الإدارة مسئولة بطبيعة وظيفتها عن سير هذه المرافق ومن حقها وواجبها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل لها إجبار المقاول المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، وأهمها فرض الجزاءات عليه ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعلى ذلك وجدت سلطة الإدارة في الجزاء التعاقدي أساساً غير النص التعاقدي، يتمثل في اعتبارها المسؤولة عن تنظيم المرفق العام، والقائمة بذلك على تنظيم سيره ووفقاً لأفضل الوسائل، وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن سلطتها في فرض غرامة التأخير^٢.

كما اتجه رأي من مؤيدي الاتجاه ذاته إلى أن كل إخلال من قبل المقاول المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام عقدي فحسب وإنما أيضاً فيه مساس بالمرفق العام المتصل بالعقد^٣.

وفقاً لهذا الرأي فإن إخلال المقاول المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته ليس مجرد إخلالاً بالعقد المبرم بينهما، بل إن هذا الإخلال يترتب عليه إلحاق المرفق العام موضوع العقد بضررٍ ينعكس

(١) د. إبراهيم عبدالعزيز شبحا - الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في مملكة البحرين - الكتاب الأول - بدون دار نشر - الطبعة الأولى - ٢٠١٢ - ص ٢٦١-٢٦٢ / د. جورج شفيق ساري - تطور طريقة ومعياري تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري - الطرق والمعايير التقليدية والحديثة في التشريع والقضاء والفقه - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ٤٣ / فارس علي جانكير - المرجع السابق - ص ١٤ وما بعدها / د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة - المرجع السابق - ص ٣٧ / د. شعبان أحمد رمضان - نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠١٠ - ص ٤٩ / د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢١٥.

(٢) د. هارون عبد العزيز الجمل - المرجع السابق - ص ٨٨ / د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٥٢٧ / د. محمد حسن مرعي الجبوري - المرجع السابق - ص ٣١.

(٣) د. مدحت أحمد يوسف غنايم - النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٧٠.

على المصلحة العامة ككل، وهذا ما يبرر للإدارة سلطة فرض مختلف الجزاءات على المقاول، ومنها غرامة التأخير.

ثالثاً: رأي الباحث بشأن الأساس القانوني لغرامة التأخير:

من خلال استعراض اتجاهات القضاء والفقه حول الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، تبين أن كلاهما انقسما في هذا الشأن إلى اتجاهين، فبينما ذهب اتجاه إلى أن الأساس القانوني لهذه الغرامة هو أساس تعاقدى مصدره العقد المبرم بين الإدارة والمقاول ذهب اتجاه آخر إلى أن الأساس القانوني لهذه الغرامة هو أساس غير تعاقدى، وهذا الاتجاه ينازعه رأيان؛ الأول يستند في تبريره للأساس غير التعاقدى إلى فكرة السلطة العامة، في حين يستند الرأي الثاني في تبريره لهذا الأساس إلى فكرة المرفق العام.

مما تبين لنا أن الاتجاه المؤيد للأساس التعاقدى لغرامة التأخير يرى أن الأساس القانوني لهذه الغرامة هو أن يتضمن العقد، أو التشريعات المكملة له ما يفيد النص على أحكام غرامة التأخير كجزء تفرضه الإدارة على المقاول إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته، وأن خلو العقد من مثل هذا النص في الوقت ذاته الذي خلت فيه تلك التشريعات من تنظيم أحكام هذه الغرامة، فإنه يتمتع على الإدارة أن تسعى إلى فرض الغرامة على المقاول.

في هذا السياق يمكن القول أن النص على غرامة التأخير، سواء في العقد أو التشريعات هو أمر ضروري يفيد باتفاق كلا المتعاقدان على الغرامة التي يمكن للإدارة فرضها على المقاول ومن ناحية أخرى فإن تحديد الحد الأقصى والأدنى لهذه الغرامة ومدة فرضها بموجب نص خاص، يفرض على الإدارة التقيد بما تم الاتفاق عليه والالتزام بحدود مشروعية فرض هذا الجزاء، ومن ثم لا يجوز لها أن تفرض هذه الغرامة إلى ما لا نهاية، وهذا ما يتحقق من خلال تحديد الأسس المادية والزمنية للغرامة، سواء ورد هذا التحديد في العقد أو بتلك التشريعات - على نحو ما سنراه، وهذا ما يبرر الأساس التعاقدى لغرامة التأخير.

أما بالنسبة لما ذهب إليه الاتجاه الآخر وهو أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس غير تعاقدى، فذهب رأي من هذا الاتجاه في تبريره لهذا الأساس إلى فكرة السلطة العامة وذلك باعتبار أن الإدارة عندما تتعاقد بوصفها سلطة عامة، فإنها تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها نظراً لامتياز التنفيذ المباشر الذي يُعد مظهراً من مظاهر هذه السلطة،

وهذا ما يجعلها في مركز قانوني أعلى من المتعاقدين معها بما يمنحها هذا الامتياز من سلطات استثنائية في مواجهة المفاوض بجزاء غرامة التأخير.

في حين ذهب رأي آخر من الاتجاه ذاته في تبريره للأساس غير التعاقدية إلى فكرة المرفق العام، وذلك نظراً لمقتضيات دوام إنشائه وسيره بانتظام واطراد التي تُبرر ما يخوله النظام القانوني للعقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة من خروج عن القواعد المألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، وتتمتع الإدارة بسلطات استثنائية مستمدة من طبيعة هذه العقود نظراً لكونها المسؤولة عن استمرار إنشاء وسير تلك المرافق سعياً إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يمنح الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير.

يُفهم من كلا الرأيان أن تمتع الإدارة بمظاهر السلطة العامة يمنحها الحق في مواجهة المفاوض بغرامة التأخير، إلا أنه ليس للسلطة العامة أن تتمتع بهذه السلطة جبراً وتعتناً، بل يكون لها الحق في ذلك لضمان استمرار إنشاء وسير المرافق العامة المتصلة بالعقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، وهكذا تجد سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية ومنها غرامة التأخير أساساً غير تعاقدية في فكرتي السلطة العامة والمرفق العام، وهذا ما يبرر الأساس غير التعاقدية لغرامة التأخير.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس تعاقدية وغير تعاقدية في الوقت ذاته، ذلك أن عدم تضمين العقد نص يقضي بإمكانية فرض الإدارة لغرامة التأخير، فإن ذلك سيحول دون قدرتها على استخدام سلطتها في فرض هذه الغرامة، في حين أن الإدارة لا تملك أن تنص في العقد على هذا الجزاء إلا لدوافع مشروعة، فمن ناحية اعتبارها سلطة عامة تملك تنفيذ قراراتها جبراً عن إرادة الأفراد فإن ذلك يُعد مظهراً من مظاهر هذه السلطة، ومن ناحية أخرى ليس للإدارة أن تتمتع بمظاهر السلطة العامة جبراً وتعتناً إلا لتحقيق المصلحة العامة، وهذه المصلحة تتمثل في إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد بما يحقق النفع العام الذي يعود على الدولة والأفراد عامةً.

بذات السياق ذهب رأي من الفقه إلى أن الاستناد إلى أي من الأساسين التعاقدية وغير التعاقدية لغرامة التأخير لا يخلو من النقد، ولا يتفق والمنطق القانوني السليم، ومن ثم يكون الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس تعاقدية وغير تعاقدية في الوقت ذاته^١.

(١) د. منصور إبراهيم العتوم - النظام القانوني لغرامة التأخير - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - كلية الحقوق - تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة - السنة السابعة والعشرون - العدد الثالث والخمسون - يناير ٢٠١٣ - ص ٣٥٦-٣٥٧.

نخلص من ذلك إلى أن الإدارة عند فرضها لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة فهي تستند لكلا الأساسين التعاقدي وغير التعاقدي، وذلك باعتبارها سلطة عامة يحق لها أن تنص في العقد على غرامة التأخير وغيرها من الجزاءات التعاقدية التي تكفل لها التزام المقاول بتنفيذ العقد على النحو المطلوب تحقيقاً لمصلحة المرفق العام موضوع العقد، لذا فإنه إذا ما انتفى أحد هذين الأساسين، تعذر على الإدارة أن تسعى إلى فرض هذه الغرامة، ومن ثم لابد من أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض إذا ما لحق بها ضرر نتيجة التأخير.

لذلك نرى أن تنظيم أحكام غرامة التأخير في العقد يشكل ضماناً تحمي الإدارة في حال ما إذا خلت التشريعات من مثل هذا التنظيم، وطالما خلت التشريعات بمملكة البحرين من تنظيم أحكام غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، فإننا نهيب بالمشرع البحريني تنظيم أحكام هذه الغرامة ضمن أحكام القانون بشأن المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني ولائحته التنفيذية.

المبحث الثالث:

الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

تُفرض غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة وفقاً لأسس معينة تبين الحد الأدنى والأقصى لنسبة الغرامة التي يحق للإدارة اقتضاؤها من المقاول المتأخر في تنفيذ التزاماته، كما تبين هذه الأسس الحد الأقصى للمدة الزمنية التي يستمر خلالها فرض هذه الغرامة، وتتصاعد هذه النسب تدريجياً مع استمرار مدة التأخير في حدود الأسس المبينة بالعقد.

فذهبت الأنظمة القانونية للدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب فريق من الفقه إلى أنه يجب تحديد نسب اقتضاء هذه الغرامة من خلال أسس مادية تحدد بموجبها الحد الأدنى والأقصى لنسبة الغرامة التي يحق للإدارة اقتضاؤها، وكذلك تحديد مدة فرض الإدارة لهذه الغرامة من خلال أسس زمنية تحدد بموجبها بدء سريان مدة فرض هذه الغرامة إلى أن تصل إلى حد معين ليتوقف العمل بفرضها.

فما هو موقف المشرع والقضاء والفقه من تحديد الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة؟

وللإجابة على هذا التساؤل، سنعرض في هذا المبحث الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير ما بين موقف المشرع وبعض أحكام القضاء والفقه، وسنقسمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأسس المادية لغرامة التأخير.

المطلب الثاني: الأسس الزمنية لغرامة التأخير.

المطلب الأول:

الأسس المادية لغرامة التأخير

تلتزم الإدارة عند فرضها لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بنسب اقتضاء محددة وفقاً لأسس مادية تبين الحد الأدنى والأقصى لنسبة الغرامة التي يحق للإدارة اقتضاؤها، سواء تم الاتفاق على تحديد هذه الأسس في العقد ذاته، أو بالإحالة إلى التشريعات المنظمة لأحكام تحديد تلك الأسس وفقاً لنوع هذا العقد.

فهذه الأسس تحدد الإطار العام الذي ينبغي أن تتصاعد خلاله نسب اقتضاء غرامة التأخير ابتداءً بنسبة معينة من قيمة العقد، أو قيمة ما تبقى من الأعمال - بحسب الأحوال - صعوداً إلى نسبة معينة لا يمكن للإدارة تجاوزها.

هنا يجدر بنا أن نتساءل، فطالما كانت غرامة التأخير جزاءً تعاقدياً وكان للإدارة أن تحدد الأسس المادية لاقتضاء هذه الغرامة في العقد ذاته، فهل يجوز للإدارة أن تترك التحديد التعاقدي لهذه الأسس وتلجأ إلى فرضها وفقاً للتحديد التشريعي للأسس ذاتها؟

وسنعرض في هذا المطلب موقف المشرع وبعض أحكام القضاء والفقه من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير:

نظم المشرع المصري أحكام الأسس المادية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، في حين ترك المشرع في بعض الدول محل المقارنة أمر تنظيم هذه الأحكام وفقاً للتحديد الوارد بشروط العقد، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

وضع المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ حداً أقصى لنسبة غرامة التأخير التي تملك الإدارة سلطة فرضها على المقاول المتعاقد مع الإدارة بموجب عقود الأشغال العامة وذلك بنسبة (١٠%) من قيمة العقد^١.

(١) نصت المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ 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 طبقاً للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يجاوز =

ونرى أن المشرع المصري حدد في القانون فقط نسبة الحد الأقصى لغرامة التأخير، بينما ترك أمر تفصيل هذه النسب وبيان حدها الأدنى لللائحة التنفيذية لهذا القانون.

فتضمنت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ أحكاماً أكثر تفصيلاً بشأن تحديد الأسس المادية لهذه الغرامة في عقد الأشغال العامة، فنصت المادة رقم (٨٣) من هذه اللائحة على أن: "... توقع غرامة التأخير اعتباراً 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 عمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط..."^١.

وبذلك فإن تشريعات المناقصات بمصر حددت نسب اقتضاء غرامة التأخير في عقود الأشغال العامة، وذلك بتحديد حدها الأدنى بنسبة (١%) عن كل أسبوع، أو جزء منه، حيث تعتبر هذه النسبة أساساً للحد الأدنى لهذه الغرامة، إلى أن تصل نسبتها لـ (١٠%) كأساس للحد الأقصى لفرضها.

وهنا يمكن القول إن احتساب نسبة غرامة التأخير في عقود الأشغال العامة يكون على أساس ختامي العملية إذا كان الجزء المتأخر من الالتزامات يمنع الإدارة من الاستفادة بما تم إنجازه من أعمال على الوجه الأكمل، أما إذا كان الجزء الذي لم يُنفذ من تلك الأعمال لا يمنع الإدارة من الاستفادة من الأعمال التي تم إنجازها، فتحتسب غرامة التأخير من قيمة الأعمال المتأخرة فقط، كما تضمنت المادة رقم (٨٣) سالف الذكر نصاً مهماً، وهو أنه: "... ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير"^٢.

= مجموع الغرامة (١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال - موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية - المستشار سامح سيد محمد - الطبعة الأولى - دار أبو أمجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٩ - ص ٥٤.

(١) المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ - الموقع الرسمي لوزارة المالية - جمهورية مصر العربية - <http://www.mof.gov.eg>.

(٢) المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.

فإذا ما زادت قيمة الأضرار المترتبة على التأخير عن مقدار التعويض الجزافي المتفق عليه كغرامة تأخير وفقاً للأسس المادية التي تتحدد بها نسبة اقتضاء هذه الغرامة، فإنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، ويقدر التعويض هنا بمقدار الضرر الحاصل^١.

نتفق وما ذهب إليه هذا الرأي من إمكانية الإدارة في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض إذا ما زادت الأضرار المترتبة نتيجة التأخير عن مقدار التعويض الجزافي للغرامة.

ونص المشرع الكويتي بقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في المادة رقم (١٤) منه على نص عام يمنح الإدارة الحق في تضمين عقد الأشغال العامة كافة الجزاءات ومنها غرامة التأخير، فنصت هذه المادة على أنه: " يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيلية عن كل صنف أو عمل وتضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات التفصيلية الكاملة وجداول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين افراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه بالإضافة إلى صيغة المناقصة وشروط العقد العامة"^٢.

من خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع الكويتي ترك للإدارة أمر تضمين العقد الجزاءات التي يحق لها فرضها على المقاول في حالة إخلاله بأي من نصوص العقد، ومن هذه الجزاءات غرامة التأخير التي تُفرض على المقاول عند إخلاله بمواعيد تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

تطبيقاً للنص السابق، فقد ورد تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير بالمادة رقم (٣٥) من الشروط الخاصة لمناقصة صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما، والتي نصت على أنه: " يجب على المقاول تنفيذ الأعمال خلال الفترة المحددة (وذلك ابتداءً من تاريخ توقيع العقد) وفي حالة التأخر عن الموعد المحدد وقعت عليه غرامة تأخير بواقع ١/٢ % (نصف بالمائة) عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع من قيمة كامل الأعمال المتأخر تنفيذها، بحيث لا تتجاوز غرامات التأخير في مجموعها ١٠ % (عشرة

(١) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - الطبيعة القانونية لغرامة التأخير في قانون المناقصات والمزايدات المصري - دراسة نقدية تحليلية مقارنة بين النظام القانوني المصري وأحكام القضاء الإنجليزي - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - القاهرة - ٢٠٠٨ - ص ١٧.

(٢) المادة رقم (١٤) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي - المرجع السابق.

بالمائة) من سعر العقد، وتستحق الغرامة بدون تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء وبدون حاجة لإثبات الضرر الذي يعتبر متحققاً بمجرد التأخير^١.

وفقاً لنص هذه المادة نرى أن هذه الشروط حددت الحد الأقصى لفرض غرامة التأخير على المقاول المتأخر عن تنفيذ التزاماته بما لا يجاوز (١٠%) عشرة في المائة من القيمة الإجمالية للعقد وحددت الحد الأدنى بـ(١/٢).

أما بالنسبة للمشرع البحريني فإنه لم يضمن القانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني تحديداً للأسس المادية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، في حين تضمن نص المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ نص عام يقضي بأن: " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر طبقت في شأنه الأحكام المنصوص عليها في العقد^٢."

وبالرجوع إلى الفقرة رقم (١/٤٧) من المادة رقم (٤٧) من الشروط العامة لعقود الأشغال العامة والخاصة بغرامة التأخير، وجدنا أن هذه المادة نصت على أنه: " إذا تأخر المقاول عن الانتهاء من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو أي جزء منها خلال الموعد المحدد لذلك ...، فإنه يجب عليه أن يدفع للإدارة مبلغ غرامة التأخير المحدد وفقاً للأسس المادية المنصوص عليها في العقد ... والذي يجب ألا يتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه في العقد لهذه الغرامة ...^٣."

يتبين لنا من خلال نص المادة السابقة وهذه الفقرة أن التشريع البحريني خلا من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في الوقت الذي تضمنت فيه الشروط العامة لهذا العقد الإطار التنظيمي لتحديد هذه الأسس في ضوء ما يتم الاتفاق عليه بين الإدارة والمقاول المتعاقد معها، حيث نصت الفقرة المشار إليها - وبوضوح - على وجوب ألا تتجاوز هذه الغرامة للحد الأقصى المحدد لها في العقد، ولم تحدد نسبة للحد الأدنى ولا الأقصى للغرامة.

١) المادة رقم (٣٥) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - الموقع الرسمي للجنة المناقصات المركزية - دولة الكويت - <http://www.ctc.gov.kw>.

٢) المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين - <http://www.legalaffairs.gov.bh>.

3) Sub-Clause (47/1) — Standard Contract Agreement and Conditions of Contract — Op.cit — p.52

الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير:

ذهبت بعض أحكام القضاء إلى أن التشريعات التي يتم التعاقد في ظلها تندمج في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، فإذا تضمنت تلك التشريعات تحديداً للأسس المادية لغرامة التأخير في الوقت الذي تضمن فيه العقد مثل هذا التحديد، فإن التحديد التعاقدي يكون لازماً إعماله، ومن ثم لا يجوز للطرفين اللجوء إلى تطبيق التحديد التشريعي إلا إذا خلا العقد من مثل هذا التحديد، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الجميع، وعلمهم بمحتواها مفروض، فإن قبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض أنهم ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم، وتصير جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها...^١."

يتبين لنا من هذا الحكم أن القضاء المصري يؤكد على أن نسب اقتضاء غرامة التأخير المحددة بموجب التحديد التشريعي للأسس المادية لهذه الغرامة تكون واجبة التطبيق في حال ما إذا خلا العقد من تحديد تلك الأسس.

وقضت المحكمة ذاتها في حكم آخر لها بأنه: " ... لا يجوز توقيع غرامة التأخير إلا بالنسبة المستحقة من نسبة الأعمال المتأخرة فقط إذا كانت تلك الأعمال المتأخرة لا تمنع من الانتفاع بالعمل بطريق مباشر أو غير مباشر، أما في غير هذه الحالة فتوقع على مجمل الأعمال...^٢."

يفهم من ذلك أن احتساب غرامة التأخير سيكون على أساس قيمة الأعمال المتأخرة فقط، بمعنى أن الإدارة ستلجأ في فرضها لهذه الغرامة ابتداءً من الحد الأدنى للأسس المادية المتفق عليها صعوداً للحد الأقصى لهذه الأسس، وذلك فقط فيما يخص الجزء المتأخر من الأعمال سواء ورد تحديد تلك الأسس في العقد أو في التشريعات، وهذا يتوقف على مدى إمكانية انتفاع

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٥١١ - لسنة ٣١ قضائية - جلسة بتاريخ ١٩٨٩/٤/٤ - الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ١٩٨٠/٤/٢٠٠٤ - جزء خاص بالأحكام والفتاوى غير المنشورة - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٣ - ص ٤١٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٣٧٧ - س ق ٣٤ - تاريخ الجلسة ١٩٩٠/١/١٣ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٤٢١.

الإدارة بالأعمال التي تم إنجازها بالفعل، فلو كانت الأعمال المتأخرة تمنع من الانتفاع بما تم إنجازه من عمل بشكل، أو بآخر فلن تكون هناك جدوى من احتساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة فقط، بل على قيمة كافة الأعمال لختامي العملية جميعها.

وفي حكم للمحكمة ذاتها أشرنا إليه سابقاً قضت فيه بأن: "... العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها أصل عام، هو أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، وبذلك تلتزم الإدارة بإعمال الشروط التي تلاقى عليها إرادة الطرفين عند التعاقد..."^١.

يتبين لنا من خلال هذا الحكم اتجاه القضاء إلى أن النص الوارد بالعقد يكون بمثابة قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، ومن ثم فإن الالتزام بتطبيق هذا النص واجب على كلاهما، فإذا ما اتفقا على تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير في العقد، فإن هذه الأسس تكون واجبة التطبيق، ومن ثم يكون فرضها واقتضاؤها استناداً للنسب المحددة وفقاً للأسس المادية المنصوص عليها بهذا العقد.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكمٍ أشرنا إليه سابقاً بأنه: "... من المقرر أنه إذا تضمن العقد تحديداً لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فإن مقدار الغرامة الوارد بنص العقد وبالنسبة المنصوص عليها يكون هو الواجب التطبيق دون النص الوارد في لائحة المناقصات والمزايدات..."^٢.

يتأكد لنا من خلال هذا الحكم أنه يجوز للإدارة والمقاول المتعاقد معها الاتفاق على تنظيم الأسس المادية لغرامة التأخير بموجب بند خاص في العقد، ويكون اقتضاء الإدارة لغرامة التأخير وفقاً للنسب التي تضمنتها الأسس المحددة بهذا البند، وإن تعارض هذا التحديد مع التحديد الوارد في التشريعات.

هذا ما أكدت عليه المحكمة الكبرى المدنية البحرينية - الدائرة الأولى - في حكم سبقت الإشارة إليه بأن: " وحيث أن بالبناء على ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن المدعية

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٣٥٦٥ - س ق ٣٣ - تاريخ الجلسة ١٩٩٣/٢/٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٢٧٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن ١٦٠١ - س ق ٤٨ - جلسة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٧ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٤٤٨.

أسندت للمدعى عليها بموجب المناقصة رقم ٢٠٠٧/٣ عملية هدم وإعادة بناء مسجد الإمام الرضا بالهملة بإجمالي مبلغ ٨٨٤٦١/٤١٠ دينار وتضمن العقد المبرم بين الطرفين بشأن هذه المناقصة على أن مدة إنجاز المشروع سنة واحدة تبدأ من تاريخ الرسالة المرسلة من الطرف الأول (المدعية) للطرف الثاني (المدعى عليها) وأنه يحق للطرف الأول إلغاء هذا العقد متى تبين له أن الطرف الثاني غير قادر على التنفيذ أو تسبب في تأخير المشروع والرجوع على الطرف الثاني عن أي ضرر نتيجة ذلك كما يحق للطرف الأول توقيع غرامة تأخير على الطرف الثاني بما لا يجاوز ١٠% من قيمة المشروع، وأن هناك التزاماً عقدياً وقانونياً على المقاول المتعاقد مع الجهة الإدارية أن ينفذ الالتزامات الموكول إليه تنفيذها بموجب العقد خلال المدة أو المدد المحددة لتنفيذها فإن تأخر عن ذلك وُقعت عليه غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة بالعقد...^١.

وفقاً لما جاء بهذا الحكم من تحديد كلا الطرفين لنسبة غرامة التأخير التي يمكن للإدارة فرضها على المقاول في العقد بحد أقصى بنسبة ١٠% من قيمة المشروع، فإن هذا الحد يعتبر الحد الأقصى للأسس المادية لغرامة التأخير، والتي تتصاعد خلالها نسب اقتضاء هذه الغرامة طوال مدة التأخير إلى أن تقف عند هذا الحد.

الفرع الثالث: موقف الفقه من تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير:

ذهب فريق من الفقه إلى أنه يحق لكلا الطرفين المتعاقدان الاتفاق على تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير في العقد بخلاف النصوص التشريعية، فإذا اتفق كلاهما في العقد على تحديد أسس مادية تتصاعد خلالها نسب اقتضاء غرامة التأخير تكون مغايرة لما يرد في التشريعات، فإنه يتعين على كلاهما الالتزام بهذا التحديد فقط دون ما يرد بتلك التشريعات، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

ذهبت آراء بعض الفقه إلى أن عقود الأشغال العامة تنص عادةً على تحديد الأسس المادية التي تحدد بموجبها الحد الأدنى والأقصى لنسبة غرامة التأخير التي يحق للإدارة اقتضاؤها من المقاول المتعاقد معها، وبذلك يلتزم طرفا العقد بالبند المتفق عليه في العقد لهذه الغرامة باعتباره بند تعاقدي، ومن ثم فإنه لا يجوز الاتفاق على عكس ذلك، مما يؤدي إلى

(١) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

اعتبار كل اتفاق مخالفاً لبند غرامة التأخير المتفق عليه في العقد كأن لم يكن حتى لو كان في صالح الإدارة بزيادة نسبة الغرامة لخروج هذا الاتفاق عن قواعد النظام العام^١.

مما ذهب إليه أصحاب هذا الاجاه يتبين أنه إذا تضمن بند غرامة التأخير في العقد تحديداً للأسس المادية التي تحدد بموجبها الحد الأدنى والأقصى للذان تتصاعد خلالهما نسب اقتضاء غرامة التأخير، فإنه لا يجوز للإدارة إذا ما قام حقها في فرض هذه الغرامة أن تترك التحديد الوارد بالبند التعاقدية وتلجأ إلى تطبيق التحديد التشريعي للأسس المادية لهذه الغرامة، سواء كان التحديد التشريعي أشد أو أقل جساماً مما ورد بالعقد.

واتجه رأي من الفقه إلى أن قيمة النسب المحددة لاقتضاء غرامة التأخير والتي تتصاعد خلال الأسس المادية المحددة لهذه الغرامة تختلف باختلاف الأعمال التي يتأخر المقاول في تنفيذها، فقد تحتسب قيمة تلك النسب وفقاً لقيمة العملية جميعها إذا ما تأخر المقاول في تنفيذ العقد بأكمله، أو قد تحتسب هذه الغرامة وفقاً لقيمة الأعمال المتأخرة فقط إذا تأخر المقاول في تنفيذ جزء من تلك الأعمال وكانت الإدارة قد قبلت الأعمال التي أنجزها مقدماً^٢.

ونتفق وهذا الرأي من ناحية أن قيمة النسب المحددة لاقتضاء غرامة التأخير والتي تتصاعد تدريجياً بين الأسس المادية التي تحدد الحد الأدنى والأقصى لفرض هذه الغرامة تختلف بحسب الأعمال التي تأخر المقاول في تنفيذها، فإذا كان تأخر هذا الأخير في جزء فقط من تلك الأعمال فإنه لا يجوز للإدارة أن تحتسب نسب اقتضاء الغرامة عن العملية جميعها.

في حين ذهب رأي من الفقه إلى أنه لوحظ أن البعض من تلك العقود لا يتضمن نصاً صريحاً يحدد بوضوح الأسس المادية لغرامة التأخير كحد أقصى لنسب اقتضاء الغرامة التي تُفرض على المقاولين عند وقوع الإخلال العقدي نتيجة التأخير في التنفيذ، وهو ما يدفع الإدارة إلى اقتضاء مبالغ كبيرة تفوق أحياناً قيمة العقد ذاته^٣.

(١) في هذا المعنى أنظر: د. علي خاطر شنتاوي - صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها - بحث منشور في مجلة الحقوق - العدد الأول - السنة الرابعة والعشرون - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - دولة الكويت - مارس ٢٠٠٠ ص ٨٠ / د. أحمد سلامة بدر - المرجع السابق - ص ١٨٥ / د. مدحت أحمد يوسف غنايم - النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٣١ وما بعدها.

2) De Laubadère (A) - Op.cit - p. 140.

(٣) د. عبدالله نواف العنزي - النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠١٠ - ص ٥٢.

هنا يمكن القول إن عدم تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير في البند التعاقدى الذي ينص على حق الإدارة في فرض هذه الغرامة، فإنه سيؤدي بالتالي إلى اقتضاء الإدارة لهذه الغرامة إلى ما لا نهاية دون قيد أو حد، وهذا الأمر لا يتفق والمنطق السليم من الغاية من غرامة التأخير في العقد، وهي حث المفاوض على الاستمرار بالتنفيذ وليس تحقيقاً لربح مادي للإدارة.

فإذا كان المفاوض لا يجد مشكلة في استمرار تصاعد نسب اقتضاء غرامة التأخير دون تحديداً لأسسها المادية التي يتعين أن يقف عندها استمرار تصاعد هذه النسب، فإن ذلك سيؤدي إلى الإخلال بمبدأ استمرار إنشاء وسير المرفق العام، والذي يقتضي في هذه الحالة اتخاذ جزاء يكون أشد جساماً من الغرامة.

لذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه الرأي الأول والثاني من الفقه، وهو أن يتم الاتفاق على تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير إما في العقد، أو اللجوء إلى تطبيق النص التشريعي لهذا التحديد إذا ما خلا العقد منه، ومن ثم تحتسب نسبة الغرامة على قيمة الأعمال التي تأخر المفاوض في تنفيذها إذا كان بالإمكان الانتفاع بما تم إنجازه من عمل، أما بالنسبة لما ذهب إليه الرأي الأخير من أن عدم تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير في بند الغرامة بالعقد سيؤدي بالتالي لاقتضاء الإدارة لمبالغ كبيرة إلى ما لا نهاية نظراً لعدم تحديد تلك الأسس، فإننا لا نتفق وهذا الرأي، ويمكن القول أن اقتضاء الإدارة لمبالغ كبيرة إلى ما لا نهاية قد يجعل من هذه الغرامة غير مشروعة، ومن ثم نرى أن تلجأ الإدارة إلى تطبيق التحديد التشريعي لتلك الأسس في هذه الحالة.

هكذا تتجلى لنا القيمة القانونية للتحديد التشريعي للأسس المادية لغرامة التأخير، على اعتبار أن ترك أمر تحديد الأسس المادية لغرامة التأخير لمحض إرادة الإدارة قد يكون أمراً إيجابياً كما قد يكون سلبياً، فالإدارة عند تحديدها لتلك الأسس في العقد فهي تأخذ في اعتبارها بعض الأمور كمدة التنفيذ وحجم وكمية الأعمال والتكلفة الإجمالية للتنفيذ، ومن ناحية أخرى فإن إطلاق إرادة الإدارة في تحديد تلك الأسس ومن ثم اقتضاء هذه الغرامة دون قيد أو حد قد يجعلها من هذه الغرامة مبالغاً فيها، ومن ثم قد تشاب بعيب عدم المشروعية.

ونخلص مما تقدم إلى أنه لا يجوز للإدارة فرض غرامة التأخير وفقاً للتحديد التشريعي للأسس المادية لهذه الغرامة في الوقت الذي تضمن فيه العقد تحديداً تعاقدياً لهذه الأسس، أما إذا كان العقد قد خلا من مثل هذا التحديد، فإن التحديد التشريعي يكون واجب التطبيق.

المطلب الثاني: الأسس الزمنية لغرامة التأخير

تحدد مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة وفقاً للمواعيد التي ينص عليها ضمن بنوده، أو قد يحيل العقد في تحديد هذه المدة إلى التشريعات التي تتضمن مثل هذا التحديد، والتي يُفترض أنها توضح بداية ونهاية مدة تنفيذ العقد، وتكمن أهمية تحديد مدة تنفيذ العقد في إثبات إخلال المقاول بالتأخير في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المحددة لذلك، ومن ثم يكون فرض غرامة التأخير عليه ابتداءً من حصول التأخير وفقاً للأسس الزمنية التي تبين بداية مدة فرض غرامة التأخير والحد الأقصى لاستمرارها.

هنا يجدر بنا أن نتساءل، طالما كان فرض غرامة التأخير على المقاول يتم خلال مدة العقد، فمتى تبدأ مدة فرض هذه الغرامة؟ ومتى يتم وقف العمل بفرضها؟ هل عند انتهاء المدة المحددة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية أو عند انتهاء مدة العقد؟

وسنعرض في هذا المطلب موقف المشرع وبعض أحكام القضاء والفقه من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير:

اختلفت تشريعات الدول محل المقارنة حول أحكام الأسس الزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بين التنظيم التشريعي لهذه الأسس وبين تنظيم الشروط العقدية لها، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

فقد حدد المشرع المصري بنص المادة رقم (٧٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ المدة التي يتعين خلالها بدء تنفيذ العقد، فقد نصت هذه المادة على أن: "... تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع خالياً من الموانع - إلا إذا اتفق على خلاف ذلك - ... ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين...، وإذا لم يحضر المقاول أو

مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدد له في أمر الإسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل^١.

ونرى أن هذه المادة حددت بدء سريان تاريخ تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الأشغال العامة إما من تاريخ تسليم الموقع خالياً من الموانع بموجب محضر يحرر بذلك، أو إذا اتفق المتعاقدان على تحديد تاريخ بدء سريان تنفيذ هذه الأعمال - بخلاف تاريخ محضر تسليم الموقع - كتاريخ تسلّم المقاول الدفعة المقدمة أو الرسومات المعتمدة اللازمة لبدء التنفيذ.

ونص المشرع المصري في المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه: "إذا تأخر المتعاقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير ... وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر"^٢.

من خلال هذا النص نجد أن المشرع المصري أجاز إعطاء المقاول مهلة إضافية إذا ما تأخر في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، إلا أن هذه المهلة كما يتبين من سياق النص ليست إلزاماً على الإدارة بأن تمنحها للمقاول، بل هذا الأمر جوازي تركه المشرع للسلطة التقديرية للإدارة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نرى أن هذه المهلة ليست إعفاءً للمقاول من فرض غرامة التأخير، بل إن المشرع يلزم الإدارة بأن تفرض الغرامة على المقاول خلال هذه المهلة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر.

يمكن القول إن منح الإدارة للمقاول مهلة يتعين خلالها فرض غرامة التأخير عليه، هي فرصة لقيامه بإصلاح إخلاله والالتزام بالمواعيد المتفق عليها، وإلا كان للإدارة أن تتخذ جزاءً آخر يكون أشد جساماً من الغرامة ذاتها، كسحب المشروع من المقاول أو فسخ العقد.

وحدد المشرع الأسس الزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بنص المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية سالفه الذكر، والتي نصت على أن: "يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة - فإذا تأخر جاز

(١) المادة رقم (٧٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات - موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٥٤.

للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطائه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي بنسبة (١٠%) عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة (١٠%) من قيمة العقد، ... وتوقع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر...^١.

من ذلك يتبين أن المشرع حدد مدة فرض غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة خلال مرحلة تسليم المقاول للأعمال موضوع العقد للإدارة ابتداءً فقط، والتي يبدأ سريانها بمجرد حصول التأخير من قبل المقاول في تسليم تلك الأعمال عن التاريخ المحدد للتسليم الابتدائي عن كل أسبوع أو جزء منه إلى أن تصل الغرامة إلى حدها الأقصى، وكان على المشرع أن يحدد كذلك مدة فرض غرامة التأخير عند تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته عن أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد ابتداءً من تاريخ بدأ سريان تنفيذ الالتزامات التعاقدية إلى حين تاريخ التسليم المؤقت، ذلك أن أي تأخير من قبل المقاول خلال فترة سابقة على تاريخ التسليم المؤقت سيؤدي بالضرورة إلى تأخره عن تسليم الأعمال في هذا التاريخ.

وبذلك فإن المشرع حدد الأسس التي تمتد خلالها مدة فرض هذه الغرامة إما بشكل أسبوعي أو جزء من الأسبوع، وذلك بمجرد حصول التأخير إلى أن يتم التسليم الابتدائي للأعمال، ونرى بأن عبارة " جزء من الأسبوع " تفيد بأن المشرع يجيز للإدارة أن تفرض هذه الغرامة بشكل يومي.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فلم ينص بقانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ على تاريخ بدء سريان مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة أو الأسس الزمنية لغرامة التأخير في هذا العقد، إلا أنه نص في المادة رقم (٥٢) من هذا القانون على أن: " لا يترتب على إرساء المناقصة وإبلاغ الفائز بها أي حق له قبل الدولة...، ولا يعتبر متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد... " ^٢.

ويتبين من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي أورد نصاً عاماً في هذه المادة يشمل كافة العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، وهو عدم اعتبار الفائز بالمناقصة متعاقداً إلا من تاريخ توقيع العقد، ولم يضع المشرع نصاً خاصاً يحدد بدأ سريان تاريخ تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد

(١) المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.
(٢) المادة رقم (٥٢) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي - المرجع السابق.

الأشغال العامة، ومن ثم يكون تاريخ التوقيع على العقد هو تاريخ بدء سريان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، إلا إذا اتفق الطرفان في العقد على تحديد موعد آخر لتنفيذ تلك الالتزامات.

في حين نصت المادة رقم (٣٥) من الشروط الخاصة للمناقصة على أنه: "يجب على المقاول تنفيذ الأعمال خلال الفترة المحددة (وذلك ابتداء من تاريخ توقيع العقد) وفي حالة التأخر عن الموعد المحدد وقعت عليه غرامة تأخير بواقع ١/٢ % (نصف بالمائة) عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع من قيمة كامل الأعمال المتأخر تنفيذها، بحيث لا تتجاوز غرامات التأخير في مجموعها ١٠ % (عشرة بالمائة) من سعر العقد، وتستحق الغرامة بدون تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء وبدون حاجة لإثبات الضرر الذي يعتبر متحققاً بمجرد التأخير".^١

وفقاً لهذه المادة يتبين أن بدء سريان الأسس الزمنية لغرامة التأخير يكون مباشرةً بمجرد حصول التأخير من قبل المقاول عن المواعيد المحددة لقيامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك يعني أن المدة الزمنية لغرامة التأخير المحددة بموجب هذه الأسس تحسب من تاريخ التأخير وتتصاعد خلالها نسب اقتضاء هذه الغرامة إما بشكل أسبوعي، أو جزء من الأسبوع، وتظل سارية إلى نهاية مدة التأخير المحددة بموجب هذه الأسس، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء وبدون حاجة لإثبات حصول الضرر الذي يعتبر متحققاً بمجرد التأخير.

وسلك المشرع البحريني مسلك المشرع الكويتي من حيث عدم تنظيم الأسس الزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في قانون المناقصات، إلا أن المشرع البحريني حدد مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة في المادة رقم (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ التي نصت على أن: " تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الإنشاءات من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع خالياً من العوائق، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ".^٢

من نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع البحريني يحدد مدة عقد الأشغال العامة ابتداءً من تاريخ تسلم المقاول لموقع العمل خالياً من العوائق، ونجد أن المشرع البحريني استخدم مصطلح " عوائق " وهذا ما يقصد به المشرع المصري " الموانع "، وفيما عدا ذلك ترك أمر تحديد بدء وانتهاء مدة تنفيذ العقد لإرادة الطرفان.

(١) المادة رقم (٣٥) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات البحريني - المرجع السابق.

ونصت المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية ذاتها على أن: " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر طبقت بشأنه الأحكام المنصوص عليها في العقد ^١."

مما يتبين لنا من خلال نص هذه المادة يمكن القول أن المشرع البحريني ترك أمر تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة للشروط العامة لهذا العقد، والتي تحدد بموجبها بدء وانتهاء مدة فرض الإدارة لهذه الغرامة.

وبالرجوع إلى الفقرة رقم (١/٤٧) من المادة رقم (٤٧) من الشروط العامة لعقود الأشغال العامة، وجدنا أنها نصت على أنه: " ... إذا تأخر المقاول عن الانتهاء من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو أي جزء منها خلال الموعد المحدد لذلك ...، فإنه يجب عليه أن يدفع للإدارة مبلغ غرامة التأخير المحدد وفقاً للأسس المادية المنصوص عليها في العقد لهذه الغرامة...، وذلك عن كل يوم تأخير ينقضي بعد ذلك التاريخ... ^٢."

من هذه المادة يتضح لنا أن الشروط العامة لعقد الأشغال العامة تحدد الأسس الزمنية لغرامة التأخير ابتداءً من حصول التأخير من قبل المقاول عن المواعيد المتفق عليها ولغاية بلوغ هذه الغرامة لحدّها الأقصى، وذلك عن كل يوم تأخير.

الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير:

ذهبت بعض أحكام القضاء إلى أن التشريعات التي يتم التعاقد في ظلها تندمج في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، فإذا تضمنت تلك التشريعات تحديداً للأسس الزمنية التي ينبغي أن تستمر خلالها مدة فرض هذه الغرامة في الوقت الذي تضمن فيه العقد مثل هذا التحديد، فإن التحديد التعاقدية يكون لازماً إعماله، ومن ثم لا يجوز للطرفين اللجوء إلى تطبيق التحديد التشريعي إلا إذا خلا العقد من مثل هذا التحديد، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمٍ أشرنا إليه سابقاً بأن: " ... القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الجميع، وعلمهم بمحتواها مفروض،

١) المادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات البحريني - المرجع السابق.

2) Sub-Clause (47/1) – Standard Contract Agreement and Conditions of Contract – Op.cit – P.52.

فإن قبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض أنهم ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم، وتصير جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها...^١.

يتبين لنا من هذا الحكم أن الأسس الزمنية لغرامة التأخير المحددة وفقاً للتشريعات تكون واجبة التطبيق في حال ما إذا خلا العقد من تحديد مثل تلك الأسس، أما إذا نص العقد على مثل هذا التحديد، فعندئذ لا مجال لاندماج التحديد الوارد بالتشريعات لتلك الأسس بالعقد.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأن: "... توقع غرامة التأخير بنسب محددة عن مدة محددة، تختلف نسبة الغرامة باختلاف مدد التأخير، فإذا تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال عن الميعاد المحدد لمدة أسبوع أو جزء منه تكون نسبة الغرامة ... %، فإذا امتد التأخير إلى الأسبوع الثاني أو جزء منه فإن نسبة الغرامة تتحرك لتكون ... % ...^٢.

والبين من هذا الحكم أن نسب اقتضاء غرامة التأخير تتصاعد تدريجياً باستمرار مدة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته، وذلك ابتداءً من تاريخ التأخير والذي ينطلق خلاله سريان الأسس الزمنية لهذه الغرامة، ولا يقف تصاعد هذه النسب إلا إذا عاد المقاول للالتزام بتلك المواعيد أو سيظل استمرار تصاعد نسب اقتضاء هذه الغرامة إلى نهاية المدة المحددة لتلك الأسس الزمنية.

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: "... إذا تسلمت الإدارة الأعمال المسندة للمقاول تسليمًا ابتدائيًا فلا يجوز لها بعد ذلك توقيع غرامة التأخير، ولا ينال من ذلك مجرد الادعاء بأن التسليم الابتدائي لم يتم بدقة...^٣.

وفقاً لهذا الحكم نجد بأن تسلم الإدارة للأعمال التي تمت مؤقتاً، يفيد بأن هذه الأعمال تمت طبقاً لشروط العقد، مما لا يجوز معه للإدارة أن تفرض غرامة التأخير بعد هذا التاريخ، فإذا ظهرت عيوب أثناء فترة الضمان المنصوص عليها في هذا العقد فإن ذلك لا يُعد إخلالاً من قبل

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٨٥٨ - س ق ١٠ - جلسة بتاريخ ١٩٦٨/١/٦ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثالثة عشرة - المرجع السابق - ص ٣٦٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ١٤٧٥/١٣٦٤ - س ق ٣٦ - جلسة بتاريخ ١٩٩٣/٧/١٣ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٤٥٤-٤٥٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٣٤٨ - لسنة ٣٦ قضائية - جلسة بتاريخ ١٩٩٥/٣/٧ - الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ٢٠٠٤/١٩٨٠ - د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٤٤٧.

المقاول بمدد التنفيذ طالما قد تم القبول بتسلم المشروع ابتداءً من قبل الإدارة، وبذلك يتوقف العمل بالأسس الزمنية لغرامة التأخير بمجرد قبول الإدارة باستلام الأعمال ابتداءً، باعتبار أن الغرامة لن تسري على المقاول في هذه الحالة.

الفرع الثالث: موقف الفقه من تحديد الأسس الزمنية لغرامة التأخير:

ذهب فريق من الفقه إلى أن مدة العقد تكون ذات طابع ملزم للمقاول، بحيث يلتزم بتنفيذ العقد خلال المواعيد المحددة للتنفيذ خلال هذه المدة، ومن ثم تتحدد الأسس الزمنية التي يبدأ معها سريان ميعاد غرامة التأخير على المقاول ابتداءً من تاريخ حصول التأخير إلى نهاية مدة سريان الغرامة وفقاً للعقد، أو عند إصلاح المقاول لإخلاله بالتقيد بمواعيد التنفيذ، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

ذهبت آراء بعض الفقه إلى أن لميعاد تنفيذ الالتزامات التعاقدية طابعاً ملزماً، فالمقاول يلتزم بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة، فإذا تأخر في تنفيذه للعقد عن تلك المواعيد جاز للإدارة أن تعطيه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن تفرض عليه غرامة التأخير اعتباراً من تاريخ بداية هذه المهلة وحتى تمام التسليم الابتدائي للأعمال بحيث تستحق غرامة التأخير عن كل الفترة التي تجاوزت الميعاد المتفق عليه في العقد، ولا تُفرض هذه الغرامة على فترة لاحقة لفسخ العقد^١.

واتجه رأي من أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه إذا كان موضوع العقد هو إقامة منشآت، أو إجراء ترميمات فإن مدة تنفيذ العقد تُعتبر المدة التي يلتزم خلالها المقاول بإنجاز العمل المطلوب، أما إذا كان موضوعه هو القيام بأعمال صيانة لها صفة الدورية، فيقصد بها المدة التي يضع خلالها المقاول إمكانياته المادية والفنية تحت تصرف الإدارة، ومن ثم فإن فكرة ميعاد تنفيذ عقد الأشغال العامة قد تأخذ صوراً مختلفة، فالإدارة والمقاول المتعاقد معها يمكنهما الاتفاق على ميعاد معين لبدء سريان مدة تنفيذ العقد، أو قد يتوقف ذلك على عمل مادي تقوم به الإدارة كتسليمها موقع العمل للمقاول، أو قد ينص العقد على مراحل مختلفة لعملية التنفيذ^٢.

(١) في الفقه العربي أنظر: د. محمد حسن مرعي الجبوري - المرجع السابق - ص ١٢٣ / د. محمد فؤاد الحريري - تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير - المرجع السابق - ص ٤٧٢.

حكم مجلس الدولة الفرنسي:

C.E. 18 mars 1981 - Entr. Bazzani - RDP. 1981 - 1735.

مشار إليه لدى: د. مدحت أحمد يوسف غنايم - النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٤١-٤٢.

2) De Laubadère (A) - Op.cit - p.56.

يتلاحظ من خلال ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي أن المدد التي يتم الاتفاق على تحديدها في العقد يُفترض أنها حددت بناء على تقدير الإدارة لملاءمة هذه المدة للالتزامات المطلوب من المقاول تنفيذها بموجب العقد، وأن الإدارة أخذت بعين اعتبارها ما قد يتعرض له المرفق أثناء قيام المقاول بتنفيذ العقد من أضرار نتيجة التنفيذ، أو ما قد يصدر من المقاول من إخلالٍ بالعقد، وذلك على اعتبار أن الالتزامات موضوع عقود الأشغال العامة غالباً ما تكون معقدة، أو تتطلب درجة عالية من الحيلة والحذر، مما قد يتطلب الأمر مد أجل تاريخ التسليم المؤقت إلى حين الوصول إلى أجل معين.

فذهبت آراء بعض الفقه من مؤيدي هذا الاتجاه إلى أنه يجب أن يبدأ سريان ميعاد الأسس الزمنية المحددة لغرامة التأخير في العقد من تاريخ إخلال المقاول بالتأخير عن الموعد المتفق عليه، أما إذا ارتأت الإدارة أن المصلحة العامة تقتضي إضافة أعمال جديدة على العقد مما يتعين معه تعديل مواعيد ومدة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإنه يجب على المقاول الالتزام بالمواعيد والمدد المتفق عليها مؤخراً، وإلا تعرض لفرض غرامة التأخير إذا ما أخل بالالتزام بها فهذه المواعيد والمدد لا يتم احتسابها ضمن مدد الانقطاع التي ثبتت للإدارة أن حدوثها كان نتيجة لقوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفان المتعاقدان^١.

من خلال ما ذهب إليه هذا الرأي يتبين لنا أن تعديل مدة العقد لا تحتسب ضمن مدد الانقطاع التي ثبت بأنها كانت نتيجة لقوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفان، ومن ثم يجوز للإدارة أن تفرض غرامة التأخير على المقاول في هذه الحالة.

في حين اتجهت بعض آراء الفقه إلى أنه لا يجوز للإدارة فرض غرامة التأخير إذا كانت قد وافقت على تسلم الأعمال المسندة للمقاول ابتداءً في الميعاد المتفق عليه دون تحفظ، ولا ينال من ذلك مجرد الادعاء بأن التسليم الابتدائي لم يتم وفقاً للمطلوب^٢.

هنا يمكن القول إن قبول الإدارة بتسليم الأعمال ابتداءً دون تحفظ، يعني أن الأعمال تمت مطابقة للشروط والمواصفات، وإن كان ثم هناك بعض التعديلات التي ترتأي الإدارة القيام بها

(١) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٨٦٧ / د. محمد سعيد الرحو - النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية - دراسة تحليلية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ١٤٦.

(٢) د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥١ / د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ١٥٣ / د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - المرجع السابق - ص ١١٦.

فإن ذلك لا ينال من حق المقاول في إعفائه من غرامة التأخير طالما التزم بالموعد المتفق عليه لتسليم الأعمال وقبلتها الإدارة بالموعد ذاته.

وأخيراً ذهب رأي من الفقه إلى أن عدم النص في العقد على مواعيد التنفيذ، لا يعني تحرر المقاول من احترام أي ميعاد للتنفيذ، وحرية في تأجيله إلى ما لا نهاية، فالنصوص الخارجة عن العقد يمكن أن تحدد الميعاد الذي ينبغي أن ينجز المقاول خلاله التزاماته¹.

وهنا يمكن القول إنه يجوز للإدارة الاستناد إلى النصوص التشريعية التي تُعتبر مكملة لإرادة الطرفان فيما تضمنته من تحديد لبدء ميعاد تنفيذ وانتهاء مدة عقد الأشغال العامة، ومن ثم يحق للإدارة فرض غرامة التأخير عند إخلال المقاول بالمواعيد المحددة وفقاً للتشريعات.

لذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه من حيث أن مدة العقد لها طابع ملزم يفرض على المقاول تنفيذ التزاماته خلالها، ويجب أن يكون تحديد الإدارة لهذه المدة بناءً على تقديرها للمدة التي تتطلبها عملية التنفيذ، إلا إذا إرتأت الإدارة أن المصلحة العامة تقتضي تعديل أعمال العقد، مما يتعين معه تعديل المدة المحددة لتنفيذه، فإنه يجب على المقاول الالتزام بالمدة المتفق عليها مؤخراً وإلا فرضت عليه غرامة التأخير، أما بالنسبة لمدد الانقطاع التي يثبت أن حدوثها خارج عن إرادة الطرفان فإنها يجب ألا تحتسب ضمن مدد التأخير، كما أنه لا يجوز للإدارة فرض الغرامة على المقاول إذا ما تم التسليم الإبتدائي لكافة الأعمال المنجزة وقبلتها الإدارة دون تحفظ.

أما إذا لم يتضمن العقد تحديداً للأسس الزمنية لغرامة التأخير التي ينبغي أن تسري خلالها مدة فرض هذه الغرامة، فإنه لا يجوز للإدارة أن تطلق لنفسها العنان في تحديد الأسس الزمنية لهذه الغرامة، وذلك ما قد يجعل من تلك الأسس مبالغاً فيها على نحو غير مشروع، إذ أن الغرض من هذه الغرامة في المقام الأول هو تحقيق المصلحة العامة.

وهكذا تتجلى لنا القيمة القانونية للتحديد التشريعي للأسس الزمنية لغرامة التأخير، فإذا خلا العقد من تحديد الأسس الزمنية لهذه الغرامة، فيجب على الإدارة أن تلجأ إلى تطبيق التحديد التشريعي لتلك الأسس.

1) De Laubadère (A) – Op.cit – p.58.

ومن خلال دراستنا للأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة نخلص إلى أن هذه الأسس ترتبط بتأخر المقاول عن مواعيد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، سواء كانت هذه الأسس محددة في العقد، أو في التشريعات، ومن ثم يبدأ سريان الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير من تاريخ تأخر المقاول عن هذه المواعيد، ويظل تصاعد نسب هذه الغرامة وفقاً لتلك الأسس بالتزامن مع استمرار مدة التأخير إلى نهاية المدة المحددة لفرض هذه الغرامة.

وعلى قدر ما للتنظيم التشريعي للأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة من أهمية في تنظيم الإطار القانوني لتلك الأسس لعدم فتح المجال واسعاً أمام الإدارة في تنظيمها لها على نحوٍ قد يكون مبالغاً فيه، مما يجعل من هذه الغرامة قابلة للطعن بعدم المشروعية أمام القضاء، إلا أن التشريع البحريني قد خلا من التنظيم هذه الأسس، وترك للإدارة أمر تنظيمها لمحض إرادة الإدارة أو وفقاً لما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين المتعاقدان في العقد، لذا فإننا نهيب بالمشروع البحريني الأخذ بمثل تنظيم المشرع المصري لتحديد الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة ضمن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية ولائحته التنفيذية.

الفصل الثاني:

ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير

في عقد الأشغال العامة

يتألف هذا الفصل من الآتي:

المبحث الأول: ضمانات التأمين النهائي.

المطلب الأول: مفهوم وصور التأمين النهائي في عقد الأشغال العامة.
المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي.

المبحث الثاني: ضمانات مستحقات المقاول.

المطلب الأول: ماهية مستحقات المقاول وقواعد صرفها.
المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول.

المبحث الثالث: ضمانات معدات وأدوات المقاول.

المطلب الأول مفهوم معدات وأدوات المقاول.
المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول.

الفصل الثاني:

ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

قدمنا أن الإدارة تتمتع عند فرضها لغرامة التأخير بسلطة التنفيذ المباشر التي تمكنها من فرض واقتضاء مبلغ الغرامة من المقاول مباشرة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه، أو إنذار، أو إثبات الضرر أو، اللجوء إلى القضاء مسبقاً ليحكم بأحقية الإدارة في اقتضاء هذه الغرامة.

وعلى الرغم من تمتع الإدارة بهذه السلطة عند فرضها لغرامة التأخير، إلا أنها لا تكون ذات جدوى إذا لم تكن بيد الإدارة من الضمانات ما يكفل لها الحصول على مبلغ الغرامة للحجز عليه وخصمه من المقاول مباشرة، فيسهل بذلك عليها اقتضاء هذه الغرامة وغيرها مما يستحق لها من مبالغ مستحقة على المقاول.

فحرصت أنظمة الدول محل المقارنة على توفير الضمانات التي تكفل للإدارة اقتضاء هذه الغرامة وأية مستحقات أخرى، والتي تتمثل في وجود مبلغ الغرامة، أو ما يقابلها من الضمانات تحت سلطة الإدارة وتصرفها إلى أن يتم الانتهاء من تنفيذ العقد، وذلك من خلال إلزام الفائز بالمناقصة بأن يقدم للإدارة تأمين نهائي عند التعاقد يكون ضماناً لحسن تنفيذه للعقد إلى أن يتم الانتهاء من التنفيذ، وفي مقابل التنفيذ فإن المقاول يستحق مبالغ مالية لا تصرف له إلا بعد تنفيذه للعقد والتأكد من مطابقة الأعمال للشروط والمواصفات، بالإضافة إلى المعدات والأدوات التي يستخدمها المقاول للقيام بتنفيذ التزاماته، والتي يجب أن تظل في موقع العمل إلى أن يتم الانتهاء من التنفيذ.

ونظراً لأهمية تنظيم سلطة الإدارة تجاه تلك الضمانات فقد تبنت أنظمة الدول محل المقارنة إلى جانب بعض الاجتهادات القضائية والفقهية تنظيم هذه السلطة، وذلك من حيث كيفية الحجز على مبلغ الغرامة ومن ثم اقتضاؤه بخصمه من تلك الضمانات.

وهنا يثور تساؤل، ما هي ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير المستحقة على المقاول مباشرة عند تنفيذه لعقد الأشغال العامة، وما هو موقف المشرع والقضاء والفقه من سلطة الإدارة تجاه تلك الضمانات؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، سنعرض في هذا الفصل ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير بموجب عقد الأشغال العامة، وذلك في ثلاثة بمات على النحو الآتي:

المبحث الأول: ضمانة التأمين النهائي.

المبحث الثاني: ضمانة مستحقات المقاول.

المبحث الثالث: ضمانة معدات وأدوات المقاول.

المبحث الأول: ضمانة التأمين النهائي

تمهيد وتقسيم:

تحرص الإدارة على تأمين إنشاء وانتظام سير المرافق العامة المتصلة بعقد الأشغال العامة، وملاءة المقاول المتعاقد معها عند مواجهته للمسئوليات الناتجة عن تنفيذه للعقد، لذلك اتجهت تشريعات الدول محل المقارنة إلى إلزام الفائز بالمناقصة بتقديم تأمين نهائي عند التعاقد، يكون ضماناً لالتزامه بتنفيذ العقد.

فذهبت الأنظمة القانونية لتلك الدول بجانب بعض أحكام القضاء وآراء الفقه إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة في اقتضاء غرامة التأخير بخصمها من هذا التأمين.

وسنعرض في هذا المبحث مفهوم وصور التأمين النهائي في عقد الأشغال العامة وموقف المشرع وبعض أحكام القضاء وآراء الفقه من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي، وسنقسمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم وصور التأمين النهائي في عقد الأشغال العامة.

المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي.

وسنقوم من خلال دراستنا لهذا المبحث بالتعليق على النصوص التشريعية وأحكام القضاء وآراء الفقه، وبيان موقفنا منها.

المطلب الأول:

مفهوم وصور التأمين النهائي في عقد الأشغال العامة

يضمن التأمين النهائي للإدارة في نطاق العقود الإدارية بصفة عامةً ومنها عقد الأشغال العامة التعويض عن الأضرار التي قد تتعرض لها عند تنفيذ المقاول للعقد، وتكمن الغاية من تقديم هذا التأمين في وجود مبلغه بيد الإدارة وتحت تصرفها، وقد أتاح المشرع في الدول محل المقارنة للفائز بالمناقصة عدة صور لتقديم هذا التأمين.

فما هو مفهوم التأمين النهائي ما بين موقف القضاء والفقه؟ وماهي الصور التي أتاح المشرع للفائز بالمناقصة اختيار إحداها لتقديم هذا التأمين؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، سنعرض في هذا المطلب المفهوم القضائي والفقهى للتأمين النهائي، ومن ثم صور هذا التأمين في تشريعات الدول محل المقارنة، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المفهوم القضائي والفقهى للتأمين النهائي:

ذهبت بعض أحكام القضاء وآراء الفقه إلى بيان مفهوم التأمين النهائي وأهميته في نطاق العقود الإدارية بصفة عامةً ومنها عقد الأشغال العامة، وأثر وجوده على حسن تنفيذ العقد وتأمين إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وسنعرض في هذا الفرع المفهوم القضائي والفقهى للتأمين النهائي، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: المفهوم القضائي للتأمين النهائي:

ذهبت بعض أحكام القضاء في بعض الدول محل المقارنة في بيان مفهوم التأمين النهائي إلى أنه ضمان للإدارة في التزام المقاول بتنفيذ عقد الأشغال العامة على الوجه الأكمل واقتضاء مالها من مستحقات وتعويضات من هذا التأمين.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: "... التأمين النهائي لا يخرج عن أن يكون ضماناً لجهة الإدارة لتتوقى الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد

معها كما يضمن ملاءمة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري، فلا يمكن لجهة الإدارة أن تتجاوز عن التأمين حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره. ولا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، سواء نص أو لم ينص العقد على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط إيداع التأمين مع العطاء...^١.

من الحكم يتبين لنا اتجاه القضاء إلى وجوب تقديم التأمين النهائي كضمان لتنفيذ المفاوض لالتزاماته التعاقدية وتغطية الأضرار الناتجة عن الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء تنفيذه لتلك الالتزامات، سواء كانت أضراراً افتراضية كالمتحققة بمجرد التأخير في تنفيذ العقد دون حاجة لإثبات تلك الأضرار، أو كانت أضراراً فعلية كبدت الإدارة، أو المرفق العام خسائر يلزم تعويضها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد أن هذا الاتجاه يؤكد على حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي سواء نص، أو لم ينص العقد على ذلك، ومن ثم للإدارة اقتضاء قيمته مباشرة دون حاجة للجوء إلى القضاء.

وعرفت المحكمة ذاتها في حكم آخر أحد صور التأمين النهائي وهو خطاب الضمان حيث قضت بأن: "... خطاب الضمان هو كفالة شخصية من البنك للمدين الأصلي وهو المفاوض، ويصدر خطاب الضمان لصالح الدائن وهو جهة الإدارة المتعاقدة، والتزام البنك بموجب خطاب الضمان يتم بصفة البنك أصيلاً وليس بصفته نائباً عن العميل، ومؤدى ذلك هو التزام البنك بما تعهد به دون تأخير، ويقوم خطاب الضمان مقام التأمين النقدي إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك، بل هو أداة ضمان فقط..."^٢.

وفقاً لهذا الحكم يُعد خطاب الضمان هو كفالة شخصية تحرر من قبل البنك بناءً على طلب من قبل المفاوض لصالح الجهة الإدارية طالبة التأمين، إلا أن هذا الخطاب يلتزم به البنك بصفته أصيلاً وليس بصفته نائباً عن المفاوض، ويتعهد بمقتضاه بأن يدفع للإدارة عند أول طلب

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٢٨٩ - س ق ٨ - جلسة بتاريخ ١٩٦٥/١/٢ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - المرجع السابق - ص ١٤٠٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٣٢٦ - س ق ٣٣ - جلسة بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ - الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ١٩٨٠/١٩٨٠ - د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٤٤٦.

منها دون تأخير، على أن يكون المقاول مدينًا بأية مبالغ يصرفها البنك بناءً على طلب الإدارة، وهذا ما يؤكد لنا بأن هذا الخطاب يقوم مقام التأمين النقدي.

هذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية التي عرفت خطاب الضمان في حكمٍ لها قضت فيه بأن هذا الخطاب هو: "... تعهد يصدر من بنك بدفع مبلغ معين دون قيد أو شرط بناءً على طلب من صاحبه، إذا طلب من البنك ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح الخطاب الغرض الذي صدر من أجله..."^١.

من هذا الحكم نجد أن القضاء الكويتي سلك مسلك القضاء المصري في بيان المقصود بخطاب الضمان بأنه هو تعهد يصدر من بنك بدفع مبلغ معين عند طلب الإدارة متى قامت هذه الأخيرة بتقديم طلب إلى البنك بصرف مبلغ هذا الخطاب، على أن يكون ذلك خلال مدة سريان هذا الخطاب.

يتبين لنا من خلال أحكام القضاء أن التأمين النهائي هو ضمان يؤمن الإدارة الأخطاء التي قد تصدر من قبل المقاول عند تنفيذه للعقد وما يترتب عليها من أضرار، ويضمن لها اقتضاء ما قد يستحق لها من مبالغ لدى المقاول، كغرامة التأخير والتعويض، ولا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادره مباشرة، لذلك فإن إيداع التأمين يعتبر شرطاً وجوبياً ملزماً للإدارة.

كما أن خطاب الضمان يقوم مقام التأمين النقدي إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك، بل هو أداة ضمان يتعهد بموجبها البنك بأن يدفع للإدارة عند أول طلب لتسجيل مبلغ الخطاب بصفته أصيلاً وليس نائباً^٢.

في هذا السياق يمكن القول إن التأمين النهائي على هذا النحو يعد التزاماً يفرضه القانون ويجسد مدى قدرة المقاول المالية والفنية لتنفيذ عقد الأشغال العامة ومواجهته للمسؤوليات والالتزامات الناشئة عن تنفيذه لهذا العقد، سواء كان بتعويض الإدارة عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة إخلال المقاول، أو اقتضاؤها لمستحققاتها المالية الأخرى الناتجة عن فرض الجزاءات التعاقدية عليه، كغرامة التأخير والتعويض ومصادرة التأمين.

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية - الطعن رقم ٩٣/٩٢ - جلسة ١٩٩٣/٥/٩ - تمييز تجاري - مجلة القضاء والقانون - مجلة دورية تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز بدولة الكويت - عن الفترة من ١/١/١٩٩٣ إلى ٣١/٥/١٩٩٣ - نوفمبر ١٩٩٧ - السنة الحادية والعشرون - الجزء الأول - ص ٣٤٠.

(٢) د. حسان عبدالسميع هاشم - المرجع السابق - ص ٧٤-٧٥ / د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥٦.

ثانياً: المفهوم الفقهي للتأمين النهائي:

ذهب فريق من الفقه في بيان مفهوم التأمين النهائي إلى أن هذا التأمين يُعد ضماناً للإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من قبل المقاول أثناء تنفيذه للعقد، وهو بذلك يضمن لها تنفيذ الأعمال موضوع العقد وإصلاح أي خلل، أو عيوب، أو إشكالات قد تظهر خلال مدة تنفيذ العقد حتى تاريخ تسليمها تسليماً مؤقتاً، ومن ثم يكون للإدارة الاحتفاظ بالتأمين النهائي إلى أن يتم التسليم النهائي للأعمال، وذلك لضمان التنفيذ الكامل للعقد من ناحية، ومن ناحية أخرى ضمان اقتضاؤها للمبالغ الناتجة عن فرض الجزاءات المالية في ذمة المقاول، كغرامة التأخير والتعويض، لذلك فهو يُقرر أساساً لتعويض الإدارة عن إخلال المتعاقد معها بتنفيذ العقد، وذلك حرصاً من الإدارة على مصلحة المرفق العام ودوام سيره^١.

يتبين لنا من خلال ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي أن التأمين النهائي يضمن للإدارة التعويض عن الأضرار الناتجة عن أخطاء المقاول أثناء قيامه بتنفيذ العقد، وإصلاح أية عيوب أو أي خلل أو إشكالات قد تصيب تلك الأعمال أثناء مدة التنفيذ، ومن ناحية أخرى فهو يضمن للإدارة اقتضاء المبالغ المترتبة على فرض الجزاءات المالية كغرامة التأخير وغيرها.

بينما اتجه رأي آخر من الفقه إلى أنه طالما شرع التأمين النهائي كضمان للإدارة عند تنفيذ المقاول للعقد، فإنه لا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن لها حق مصادره مباشرة، ومن ثم فإن هذه المصادرة هي جزء يقع على المقاول نتيجةً لفسخ العقد، كما يجوز مصادره بدون فسخ العقد وبعد إتمام التنفيذ، طالما كان تنفيذ المقاول للعقد على خلاف النحو المطلوب^٢.

(١) موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الرابع - المرجع السابق - ص ٥٠٨ / د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - المرجع السابق - ص ٨٢ / د. صلاح الدين فوزي - قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - المشاكل العملية والحلول القانونية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٢ - ص ١٦٨ / د. مازن ليلو راضي - العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤ - المرجع السابق - ص ٩٤ / د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٣٠.

(٢) لمزيد من التفصيل أنظر: د. أيمن محمد جمعة - المرجع السابق - ص ٢٠٤ وما بعدها / د. إبراهيم محمد علي - آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٣ - ص ٩٠ / د. مال الله جعفر عبدالملك الحمادي - ضمانات العقد الإداري - الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري - دراسة مقارنة بين القانون البحريني والقانون المصري وقانون اليونسترال - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ٢٥٦ / د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٢٧٣.

نتفق وما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي من أحقية الإدارة في مصادرة التأمين النهائي باعتباره شرع كضمان للإدارة لاقتضاءها لمستحقاتها المالية في ذمة المقاول والتعويض عن الأضرار التي تعرضت لها نتيجة إخلاله بتنفيذ العقد إخلالاً جسيماً مما يوجب فسخ العقد، وليس كجزاء لإخلال لا يترتب عليه هذا الفسخ - إلا في حالة ما إذا لم يكن مبلغ التأمين يغطي مبلغ التعويض المستحق للإدارة عن الضرر الذي لحق بها نتيجة ذلك الإخلال، فيصادر التأمين النهائي بالكامل.

وأخيراً ذهب رأي في الفقه إلى أنه لما كان التأمين النهائي شرع لصالح الإدارة وسن لحمايتها، إلا أنه لا يتصور أن يكون هذا التأمين قيداً عليها عند المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة إخلال المقاول ولم يشملها مبلغ التأمين، حيث أن قيمة هذا التأمين تكون محددة بنسبة معينة من قيمة العقد^١.

نتفق وما ذهب إليه هذا الرأي من أنه يحق للإدارة على الرغم من استنفادها لمبلغ التأمين أن تطالب المقاول المتعاقد معها بتعويضها عن باقي الأضرار.

من خلال استعراضنا لبعض أحكام القضاء وآراء الفقه حول بيان مفهوم التأمين النهائي، نفهم أن هذا التأمين هو ضمان قيام المقاول بتنفيذ التزاماته في العقد على النحو المطلوب إلى أن يتم تسليم تلك الأعمال إلى الإدارة، ويتجلى لنا ذلك من نواحٍ عدة، فهذا التأمين يضمن للإدارة إصلاح أي خلل، أو عيوب قد تظهر نتيجة لأخطاء المقاول، كما أنه يضمن لها اقتضاء أية مبالغ مستحقة لها في ذمة المقاول، سواء نتيجة لفرض الجزاءات التعاقدية، أو كان ذلك نتيجةً لاقتضاء أية تعويضات مستحقة على المقاول للإدارة، وأخيراً وجدنا أنه لا يتصور أن يكون هذا التأمين ضماناً للإدارة ما لم يكن لها حق مصادرته.

(١) سمير صادق - العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا - الهيئة العامة للكتاب - ١٩٩١ - ص ١٢٣.

الفرع الثاني: صور التأمين النهائي:

أتاحت تشريعات المناقصات في الدول محل المقارنة للفائز بالمناقصة فرصة الاختيار من بين الصور التي حددتها لتقديم التأمين النهائي، والذي يلتزم الفائز بالمناقصة بتقديمه للإدارة عند التعاقد، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

حدد المشرع المصري صور التأمين النهائي في المادة رقم (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، وذلك بنصه على أن: "تؤدى التأمينات نقداً بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذا المبلغ وتقبل الشيكات المصرفية أو المعتمدة من المصارف المسحوبة عليها، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل. وإذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يُقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء.... ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي".^١

يتبين أن المشرع المصري أتاح للفائز بالمناقصة صوراً متعددة لتقديم التأمين النهائي، فقد أجاز له أن يختار ما بين أن يكون في صورة مبلغ نقدي يودعه لدى الإدارة، أو أن يكون في صورة شيكات مصرفية أو معتمدة بشرط أن تكون من مصارف مسحوب عليها، أما إذا كانت الشيكات مسحوبة من مصارف بالخارج فاشتراط المشرع أن يؤشر عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل.

كما أجاز المشرع للفائز بالمناقصة أن يقدم التأمين النهائي في صورة خطاب ضمان يكون صادراً من أحد المصارف المحلية فقط، ويتعين ألا يقترن هذا الخطاب بأي قيد أو شرط وأن يُقر فيه بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وهذه الصورة تختلف عما

(١) المادة رقم (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - مستبدلة بموجب قرار وزير المالية رقم (٤٩٧) لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام القرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٨ - المرجع السابق.

سبقها من صور للتأمين النهائي، ذلك إن خطابات الضمان ليست مما يكون له الصفة المالية كالمبالغ النقدية والشيكات، وإنما هو مجرد خطاب كتعهده بصرف المبالغ النقدية تحت أمر الإدارة، وذلك ما يبرر ضرورة النص على ألا يقتصر بأي قيد أو شرط وأن يكون الدفع مباشرة حيث أن هذا الخطاب تصاغ به أحكام صرف المبالغ تحت أمر الإدارة ومن المحتمل أن يدرج به شرط يعلق صرف تلك المبالغ على تحقق أمر معين، كوقوع ضرر، في حين أن الغرض من التأمين النهائي لا يتوقف على مسألة إثبات الضرر.

بالإضافة إلى ذلك، أجاز المشرع لمقدم العطاء أن يطلب من الإدارة خصم قيمة التأمين النهائي مباشرة من أية مبالغ مستحقة له، ويمكن القول إن هذا الأمر لا يمكن إعماله إلا في حالة وجود مستحقات مالية للمقاول لدى الإدارة المتعاقدة ذاتها، وتغطي مبلغ التأمين، أو بموجب عقود أخرى، سواء مع الجهة الإدارية ذاتها أو أية جهة إدارية أخرى، طالما كان القانون المصري يسمح للإدارة المتعاقدة بالخصم من مستحقات المتعاقدين لدى الجهات الإدارية الأخرى.

وأجازت المادة رقم (٧٣) من اللائحة التنفيذية ذاتها بموافقة السلطة المختصة وبناءً على طلب صاحب الشأن: "... الاستبدال بالتأمين النهائي المسدد منه أحد صور السداد الأخرى المنصوص عليها بهذه اللائحة، ويراعى ألا تتقطع مدة سريان التأمين وعدم الإخلال بمسؤوليته طبقاً للغرض المقدم عنه التأمين".^١

يتبين لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع يجيز للمقاول بعد تقديم التأمين النهائي أن يستبدل به تأميناً آخر بأحد صور السداد الأخرى، على أن يكون ذلك بموافقة السلطة المختصة ومراعاة ألا تتقطع مدة سريان التأمين المقدم مسبقاً، وبعبارة أخرى ألا تكون هناك مدة فاصلة بين التأمين النهائي السابق والتأمين النهائي الجديد، بل يتعين ألا يؤثر الاستبدال بالتأمين على مدة سريانه، فإذا ما حصلت أضراراً للإدارة خلال مدة انقطاع هذا التأمين نرى أنه لن يشمل التأمين الجديد تغطيتها.^٢

أما بالنسبة لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ فقد خلا من تحديد صور التأمين النهائي، في حين وجدنا أن المادة رقم (٨) من الشروط الخاصة للمناقصة نصت على أنه: " يجب على المناقص الفائز تقديم كفالة نهائية لصالح وزارة ... من أحد البنوك

(١) المادة رقم (٧٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - معدلة بموجب قرار وزير المالية رقم (٤٣٥) لسنة ٢٠٠٧ - المرجع السابق.

(٢) د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ١٨٨-١٨٩.

المحلية المعتمدة قدرة ١٠ % (عشرة بالمائة) من قيمة العقد خلال مدة (٣٠) يوماً متى طلبت الوزارة ذلك بصفة تأمين وضمن لتنفيذ العقد على الوجه الأكمل وذلك في صورة شيك مصدق أو كتاب ضمان وذلك بعد إخطاره كتابة بذلك قبل توقيع العقد على أن تظل سارية المفعول لحين إتمام العمل وانتهاء مدة الضمان والصيانة بموجب العقد من جميع النواحي^١.

من هذا النص نجد أن الشروط الخاصة لمناقصة مشروع الأشغال العامة إجازت للمقاول تقديم التأمين النهائي حصراً في صورتين، وذلك إما في صورة شيك مصدق أو في صورة كتاب ضمان بعد أن يتم إخطاره بطلب تقديمه، ولم تبين لنا هذه الشروط ما إذا كانت تقبل التأمينات من الخارج، وكيفية اعتمادها داخل الكويت.

في حين حدد المشرع البحريني صور التأمين النهائي في المادة العاشرة من القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ^٢، وحصرها في: " ... النقد والشيكات المصدق عليها بالقبول من أحد البنوك المحلية المعتمدة أو الشيكات المسحوبة على بنوك خارجية معتمدة، وخطابات الضمان الصادرة من أحد البنوك المحلية المعتمدة أو الصادرة من بنوك خارجية معتمدة، وأخيراً بوليصات التأمين الصادرة من شركات التأمين المحلية المعتمدة"^٣.

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع البحريني حدد أربع صور للتأمين النهائي، وذلك إما نقداً أو شيكاً مصدقاً عليه بالقبول من أحد البنوك المحلية المعتمدة بالإضافة إلى الشيكات المسحوبة على بنوك خارجية معتمدة، أو خطاب ضمان صادر من أحد البنوك المحلية أو الخارجية المعتمدة، وأخيراً بوليصات التأمين من شركات التأمين المعتمدة محلياً فقط.

حسناً فعل المشرع البحريني بأن أعطى للفائز بالمناقصة فرصة للاختيار من بين أربع صور لتقديم التأمين النهائي، وذلك على عكس المشرع الكويتي الذي حصرها في صورتين فقط.

مما تقدم يتبين لنا أن المشرع البحريني سلك ذات مسلك المشرع المصري من حيث صور التأمين النهائي، في حين أن المشرع المصري علاوة على الصور التي حددها المشرع البحريني

(١) المادة رقم (٨) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

(٢) ضمان التنفيذ وفقاً للقانون البحريني هو ذاته " التأمين النهائي " في القانون المصري، و " كفالة التنفيذ " في القانون الكويتي.

(٣) المادة العاشرة من القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ - الموقع الرسمي لمجلس المناقصات والمزايدات - مملكة البحرين - <http://www.tenderboard.gov.bh>.

لتقديم هذا التأمين، فقد أجاز لصاحب العطاء الفائز بالمناقصة أن يطلب خصم قيمة التأمين من أية مبالغ مستحقة له لدى الإدارة ذاتها أو أية جهة إدارية أخرى، بشرط أن تكون هذه المبالغ صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت طلب تقديم التأمين النهائي.

وهذا مسلك محمود للمشرع المصري من حيث إتاحتها الفرصة للفائزين بالمناقصة الذين لديهم مستحقات مالية لدى الجهة الإدارية المتعاقدة ذاتها أن يطلبوا من تلك الجهة خصم قيمة التأمين النهائي مباشرة من مستحقاتهم لديها، وهذا من ناحية يضمن للإدارة الحصول على التأمين النهائي خلال المدة المحددة لذلك، ومن ناحية أخرى يُسهل على الفائز بالمناقصة عملية تقديم التأمين النهائي للإدارة، وكان على المشرع البحريني الأخذ بمسلك المشرع المصري من ناحية إتاحة فرصة طلب خصم التأمين النهائي من قبل الفائزين بالمناقصة إذا كانت لديهم مستحقات لدى الجهة الإدارية ذاتها فقط، أي قد يكون بمناسبة عقد إداري جارٍ تنفيذه من قبل المفاوض مع الجهة الإدارية ذاتها، على اعتبار أن القانون البحريني لا يجيز الخصم من مستحقات المتعاقدين لدى الجهات الإدارية الأخرى.

المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي

ذهب المشرع وبعض أحكام القضاء في الدول محل المقارنة إلى جانب فريق من الفقه إلى أن التأمين النهائي الذي تحتفظ به الإدارة يُعد ضماناً لها تمكنها من اقتضاء غرامة التأخير المستحقة على المقاول، وذلك بخصمها مباشرة من مبلغ هذا التأمين.

وسنعرض في هذا المطلب موقف المشرع وبعض أحكام القضاء وموقف الفقه من سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير من التأمين النهائي، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي:

نظم المشرع المصري والبحريني سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير من التأمين النهائي، في حين ترك المشرع الكويتي أمر تنظيم هذه السلطة لشروط عقد الأشغال العامة وشروط المناقصة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

نص المشرع المصري في المادة رقم (٢٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه: " في جميع حالات فسخ العقد وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما يستحق لها من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سبب الاستحقاق، دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".^١

حسناً فعل المشرع المصري بأن نظم سلطة الإدارة في مصادرة التأمين في حالتي فسخ العقد وسحب المشروع من المقاول في عقد الأشغال العامة، باعتبار أن هذا التأمين يمثل الحد

(١) المادة رقم (٢٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري والمادة رقم (٨١) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون - المرجع السابق.

الأدنى للتعويض في كلا الحالتين، ومن ثم نرى أنه لن يكون للإدارة أن تخصم غرامة التأخير من هذا التأمين طالما تمت مصادرتة كحد أدنى للتعويض.

فإذا تمت مصادرة التأمين على هذا النحو باعتبار أن المصادرة هي حق مشروع للإدارة في حالتي سحب المشروع من المقاول وفسخ العقد، فمن باب أولى أن تلجأ الإدارة بعد مصادرة التأمين في أي من الحالتين إلى خصم غرامة التأخير من مستحقات المقاول لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، وذلك تأسيساً على أن التأمين قد تمت مصادرتة كلياً كحد أدنى للتعويض.

كما أجاز المشرع المصري بنص المادة رقم (٧١) من اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ صورة أخرى من صور التأمين وهي بطريق المقاصة، حيث نصت هذه المادة على أنه: " يجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من أية مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي... "١.

لما كان لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين النهائي من أية مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي، نرى أن هذه الطريقة تمكن الإدارة من خصم غرامة التأخير المستحقة على المقاول عند قيامها بخصم قيمة التأمين من مستحقاته بناءً على طلبه.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد أورد في المادة رقم (١٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ حكماً عاماً يمنح الإدارة الحق في تضمين عقد الأشغال العامة الجزاءات التي يمكن لها فرضها على المقاول بموجب العقد، حيث نصت هذه المادة على أنه: " يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيلية عن كل صنف أو عمل وتضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات التفصيلية الكاملة وجدول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين افراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه بالإضافة إلى صيغة المناقصة وشروط العقد العامة"٢.

(١) المادة رقم (٧١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.
(٢) المادة رقم (١٤) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي - المرجع السابق.

من نص هذه المادة يتبين لنا أن قانون المناقصات الكويتي خلا من تنظيم أحكام اقتضاء غرامة التأخير من التأمين النهائي، في حين ترك للإدارة أمر تضمين العقد الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة في حالة إخلال المقاول بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه للعقد عن المواعيد المتفق عليها، ومنها أحكام اقتضاء الغرامة بخصمها من هذا التأمين.

استناداً لذلك، فقد نصت المادة رقم (٨) الشروط الخاصة للمناقصة على أنه: "... وتعتبر الكفالة النهائية بمثابة ضمان مالي لتنفيذ العقد على الوجه الأكمل ولتحصيل الجزاءات والتعويضات وغيرها من المبالغ التي تستحق على المقاول طبقاً لأحكام هذا العقد. ويتعهد المقاول بأن تبقى قيمة الكفالة النهائية كاملة غير منقوصة إلى أن يتم إنجاز الأعمال بالكامل... فإذا قلت قيمتها لخصم أية مبلغ منها أو أصبحت قيمة الأعمال أكثر مما هو وارد بالعقد فعلى المقاول بمجرد تسلمه طلب كتابيا من الوزارة أن يقوم بدفع المبالغ المخصوصة أو تكملة الكفالة إلى ما يوازي ١٠ % من قيمة جميع الأعمال، وإذا قصر المقاول في تكملة الكفالة للوزارة أن تخصم التكملة المطلوبة من استحقاقات المقاول لديها بمقتضى هذا العقد أو أي عقد آخر فإذا لم يكن له مبالغ مستحقة للصرف وعجز عن تكملة التأمين خلال المدة المشار إليها أعلاه، يكون للوزارة في هذه الحالة أخطار المقاول بكتاب مسجل فسخ العقد وكل ذلك دون الحاجة إلى إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية".^١

كما نصت المادة رقم (٣٣) من ذات الشروط على أن: " كل المبالغ التي تستحق على المقاول للوزارة تطبيقاً لأحكام العقد سواء بصفة غرامات أو تعويضات أو مصاريف أو غيرها يكون لها الحق في خصمها من التأمين النهائي...."^٢.

وفقاً لنصا هاتان المادتان يتبين لنا أن الشروط الخاصة لمناقصات الأشغال العامة في الكويت نظمت سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي ضمن نصوصها استناداً إلى نص المادة رقم (١٤) من القانون سالف الذكر، حيث أجازت هذه الشروط في المادتان رقمي (٨) و (٣٣) سالفنا الذكر للإدارة خصم غرامة التأخير والتعويضات المستحقة على المقاول من التأمين النهائي المودع من قبله، ويكون التزاماً عليه دفع المبالغ المخصوصة وتكملة التأمين النهائي بعد اتخاذ الإدارة لإجراء خصم الغرامة وغيرها مما يستحق لها ليوازي (١٠%) من قيمة جميع الأعمال،

(١) المادة رقم (٨) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (٣٣) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

وإلا فإنه يحق للإدارة أن تجري الخصم اللازم لتكملة التأمين من مستحقات المقاول لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، فإذا لم يكن لدى المقاول ما يكفي لتكملة هذا التأمين، فيحق للإدارة فسخ العقد دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات من شأنها إنذار المقاول أو اللجوء إلي القضاء مسبقاً.

نجد أن هذه المادة تضمنت بالإضافة إلى أحكام خصم غرامة التأخير من التأمين النهائي حكماً يفيد باشتراط قيام المقاول بتكملة التأمين بمجرد إخطاره كتابةً بذلك الخصم، وإلا كان للإدارة الحق في تكملة هذا التأمين مما يُستحق للمقاول من مبالغ، سواء لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، إلا أن هذه الأحكام لم تُبين المدة التي قد تمنحها الإدارة للمقاول لتكملة مبلغ التأمين النهائي خلالها.

في حين نظم المشرع البحريني أحكام الخصم من ضمان التنفيذ في القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، ونص في المادة الحادية عشرة منه على أنه: " إذا نقصت قيمة ضمان التنفيذ نتيجة لخصم أية مبالغ منه ... فعلى المقاول بمجرد تسلمه إشعاراً بذلك من الجهة المتصرفة أن يقوم بتكملة ضمان التنفيذ المستحق عن العقد، وذلك خلال أسبوعين من تاريخ المطالبة، وإذا تأخر المقاول في تكملة التأمين فللجهة المتصرفة حجز جزء من مستحقاته يعادل المبلغ المطلوب إكماله ^١."

يتلاحظ لنا أن هذه المادة تضمنت أحكام خصم أية مبالغ من التأمين النهائي، ولم يحدد المشرع هنا ما هي المبالغ التي يتم خصمها من هذا التأمين، ولما كان التأمين النهائي شرع لضمان تنفيذ المقاول لعقد الأشغال العامة، ومن ثم للإدارة أن تخصص من هذا التأمين أية مبالغ مستحقة لها، نرى أنه في حالة استحقاق الإدارة لغرامة تأخير فإنه يمكن لها أن تخصص مبلغ هذه الغرامة من هذا التأمين استناداً إلى نص هذه المادة.

كما نصت الفقرة رقم (٣٧-٥-٢٥) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية على أنه: " لا يجوز إعادة كفالة التنفيذ أو دفع المبالغ المحجوزة أثناء التنفيذ للمتعاقد معه إلا بعد انتهائه من تنفيذ العقد وإصدار شهادة القبول أو الخلو من العيوب ^٢..".

نرى أنه لما كان التأمين النهائي مقرر كضمان لجهة الإدارة، فقد منح المشرع لجهة الإدارة سلطة حجز هذا التأمين والامتناع عن رده للمقاول إلى حين الانتهاء من تنفيذ العقد وإصدار

(١) المادة الحادية عشرة من القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ - المرجع السابق.

(٢) الفقرة رقم (٣٧-٥-٢٥) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

شهادة القبول أو الخلو من العيوب، وحسناً فعل المشرع البحريني بأن منح الإدارة هذه السلطة، وذلك لضمان اقتضاؤها لما ترتب لها من مستحقات نتيجة فرض الغرامة على المقاول.

ومن خلال استعراضنا للأنظمة القانونية بكل من مصر والكويت والبحرين حول سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي لاقتضاء غرامة التأخير، وجدنا أن المشرع المصري ينظم هذه السلطة في القانون وذلك من ناحية تنظيمه لأحكام خصم غرامة التأخير من مستحقات المقاول بموجب العقد في الحالات التي تتم فيها مصادرة التأمين النهائي على أساس أنه الحد الأدنى للتعويض، أما في غير هذه الحالات فإنه بإمكان الإدارة خصم غرامة التأخير من هذا التأمين عند قيام صاحب الشأن بطلب خصم قيمة التأمين النهائي من أية مبالغ مستحقة له تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي، وهذا الأمر يقتضي أن يكون للمقاول مستحقات مالية مسبقاً لدى الإدارة أو بموجب عقود أخرى جارٍ تنفيذها.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد أحال إلى شروط الخاصة لمناقصة الأشغال العامة أمر تنظيم هذه السلطة استناداً لنص المادة رقم (١٤) من القانون التي أجازت للإدارة أن تضمن الجزاءات التعاقدية ومنها غرامة التأخير ضمن شروط المناقصة وشروط العقد، والتي بناءً عليها تناولت الشروط الخاصة للمناقصة في المادتان رقمي (٨) و(٣٣) منها تنظيم سلطة الإدارة في خصم غرامة التأخير من التأمين النهائي.

في حين أن تبني المشرع البحريني لأحكام تنظيم هذه السلطة لم يكن بشكل واضح ودقيق، فقد نص في القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ سالف الذكر على نص عام يمنح الإدارة الحق في الخصم من مبلغ التأمين أية مبالغ مستحقة للإدارة، بالإضافة إلى أنه أجاز للإدارة الاحتفاظ بالمبالغ المحجوزة علاوة على التأمين النهائي إلى حين الانتهاء من تنفيذ العقد وإصدار شهادة القبول أو الخلو من العيوب، وهذه الشهادة تصدر كبراءة ذمة للمقاول من التزاماته بموجب العقد - أي بعد اقتضاء الإدارة لكافة مستحقاتها ومنها غرامة التأخير وانتهاء العقد.

وكان على المشرع البحريني أن ينظم أحكام سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وكذا حالات مصادرة الإدارة لهذا التأمين كحد أدنى للتعويض عند سحب المشروع من المقاول، أو فسخ العقد في تشريعات المناقصات، وذلك باعتبار هذه الأحكام تتعلق بحقوق مالية مشروعة للإدارة، ومن ناحية أخرى فإنه من شأن عدم استقرارها في العقود نتيجة ترك أمر تنظيمها لإرادة الإدارة التأثير سلباً على تلك الحقوق بالإضافة

إلى المركز القانوني والمالي للمقاول، وذلك في ظل عدم وجود تنظيم قانوني متكامل يحكم تنظيم هذه السلطة بشكل واضح في ما يخص هذه الجزاءات.

الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي:

ذهبت بعض أحكام القضاء في بعض الدول محل المقارنة إلى أن الإدارة تتمتع بموجب عقد الأشغال العامة بسلطة اقتضاء غرامة التأخير من التأمين النهائي، وذلك بخضم مبلغها مباشرة من مبلغ هذا التأمين، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأنه: "... ومن التأمين النهائي تحصل الإدارة غرامات التأخير والتعويضات والمبالغ المستحقة على المتعاقد نتيجة لتقصيره أو إخلاله بتنفيذ التزامات العقد. وإذا كان التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري، فلا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرته..."^١.

يتضح من هذا الحكم أن القضاء المصري نظم سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي، وأجاز لها أن تخضم غرامة التأخير والتعويضات وأية مبالغ مستحقة لها من هذا التأمين باعتباره شرع ضماناً لها، ومن ثم يكون لها حق مصادرته كلياً إذا ما كانت قيمة التأمين لا تكفي لاقتضاء كافة مستحقات الإدارة لدى المقاول، وفي هذه الحالة نرى أنه يمكن للإدارة اللجوء إلى الخصم من مستحقات المقاول لاقتضاء أية مبالغ أخرى تكون مستحقة لها.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها بأن: "... قامت الوزارة بالإفراج عن خطاب الضمان وتسليمه للشركة، ولم تخطر بها بوجود غرامات تأخير أو جزاءات تجيب الخصم من مستحقاتها لديها إلا بعد انقضاء العقد بانتهاء أعماله بأكثر من ثلاث سنوات، ومن ثم فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تستعمل سلطتها في توقيف الجزاءات المالية بادعاء إخلال المتعاقد بالتزاماته أثناء تنفيذه للعقد..."^٢.

يتبين من هذا الحكم أن التأمين النهائي يظل مودعاً لدى الإدارة المتعاقدة إلى حين الانتهاء من تنفيذ العقد الذي يسري خلاله التأمين، ومن ثم لها أن تخضم مبلغ الغرامة من هذا التأمين طالما لم يتم الانتهاء من تنفيذ العقد ولم تنته العلة من إيداعه.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٢٨٩ - س ق ٨ - جلسة بتاريخ ١٩٦٥/١/٢ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - المرجع السابق - ص ١٤٠٩.

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية - تمييز إداري - الطعن رقم ٢٠٠٨/٨٤ - إداري ١ - تاريخ الجلسة ٢٠١٤/٦/١٨ - غير منشور.

وتأكيداً لذلك قضت المحكمة ذاتها في حكم لها بأنه: " ... يجب إعادة حساب غرامة التأخير الموقعة على الشركة، وتحديد المديونية الفعلية الواجب خصمها من الكفالات المصرفية المقدمة من الشركة...^١ .

يفهم من هذا الحكم اتجاه هذه المحكمة إلى أن للإدارة بعد احتساب وفرض غرامة التأخير على المقاول أن تلجأ إلى خصم مبلغ الغرامة من التأمين النهائي المودع لدى الإدارة.

الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي:

اتجه فريق من الفقه إلى أن التأمين النهائي يُعد ضماناً للإدارة لاقتضاء أية مبالغ تستحق لها لدى المقاول المتعاقد معها، ويعد من هذه المبالغ غرامة التأخير إذا ما تحقق مناط استحقاقها، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

وفي هذا الصدد ذهبت بعض آراء الفقه إلى أنه يحق للإدارة اقتضاء مبلغ غرامة التأخير بخصمها من التأمين النهائي، ولا يترتب على ذلك إعفاء المقاول من الالتزام باستكمال تنفيذ العقد، لذلك فإن هذا التأمين يُقرر أساساً لتعويض الإدارة عن الأضرار التي لحقت بها، سواء كانت تلك الأضرار افتراضية أو فعلية^٢.

مما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه يتبين لنا أن التأمين النهائي يضمن للإدارة اقتضاء ما يستحق لها من مبالغ على المقاول المتعاقد معها باعتبار هذا التأمين مقررّاً لتعويض الإدارة عن أخطاء المقاول، لذلك فإن الإدارة تملك سلطة اقتضاء غرامة التأخير بخصمها من هذا التأمين.

ومن ناحية صور التأمين النهائي فإنه سبق وإن رأينا من خلال موقف المشرع أنه لا يتخذ شكلاً معيناً، لذلك ذهب بعض الفقه إلى أن هذا التأمين قد يكون مبلغ نقدي يودعه المقاول لدى الإدارة لاقتضاء غرامات التأخير وسائر ما يتعلق بتنفيذ العقد، أو خطاب الضمان، وهو الصورة

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية - تمييز إداري - الطعن رقم ٧٥/٢٠١١ - إداري ١ - تاريخ الجلسة ٢٨/١/٢٠١٥ - غير منشور.
(٢) في هذا المعنى أنظر: د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٠١ / د. نصرالدين بشير - غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تفسير المرفق العام - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ١٥١-١٥٢ / د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥٦-٥٧ / د. أيمن محمد جمعة - المرجع السابق - ص ٢٠٤ وما بعدها / د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٣٠ / د. حمد محمد حمد الشلحاني - امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ١٨٠.

الثانية من صور اقتضاء غرامة التأخير، وقد يكون شيكاً أو بالخصم من مستحقات المقاول لدى الإدارة عن طريق المقاصة^١.

بذلك يمكن القول إن هذا الرأي يرى أن كافة صور التأمين النهائي التي يمكن للفائز بالمناقصة تقديمه بإحداها، هي صور لاقتضاء الإدارة لغرامة التأخير.

ويقصد بالمقاصة في هذا المقام خصم قيمة التأمين بناء على طلب مقدم العطاء من أية مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية، على أن تكون هذه المبالغ صالحةً للصرف عند تقديم العطاء أو عند تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي^٢.

نرى أن لطلب خصم قيمة التأمين واقتضاء الإدارة لغرامة التأخير عند إجراء هذا الخصم، فإن ذلك يتطلب وجود مبالغ مالية لدى الإدارة تكون مستحقة الأداء من قبل الإدارة لمقدم العطاء.

فاتجه رأي في الفقه إلى أن خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي إلا أنه أداة ضمان فقط، وليس أداة وفاء كالشيك، ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ الحجز على قيمة خطاب الضمان^٣.

مما ذهب إليه هذا الرأي يتبين لنا أن خطاب الضمان هو أداة ضمان فقط وليس أداة وفاء كالشيك، ونرى أن خطاب الضمان باعتباره أحد صور التأمين فإن للإدارة أن تطلب من البنك مصدر خطاب الضمان أن يصرف لها قيمة غرامة التأخير المستحقة على المقاول.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه من سلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي، نخلص إلى أن التأمين النهائي هو ضمان مالي يمثل الحد الأدنى لتعويض الإدارة عن أية أضرار تعرضت لها أثناء قيام المقاول بتنفيذ التزاماته، لذلك فهو يُعد ضماناً لها تمكنها من اقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة وأن سلطتها تجاه هذا التأمين لاقتضاء غرامة التأخير تكون نافذة مباشرة بمجرد فرضها على المقاول، ومن ثم يكون للإدارة أن تخصم مبلغ تلك الغرامة من هذا التأمين.

(١) د. حسان عبدالسميع هاشم - المرجع السابق - ص ٧٤ - ٧٥.

(٢) د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

(٣) د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ١٦٦.

وعلى قدر ما للتنظيم التشريعي لسلطة الإدارة تجاه التأمين النهائي من أهمية في إيجاد تنظيم قانوني متكامل لأحكام الخصم من هذا التأمين لاقتضاء غرامة التأخير أو مصادره كحد أدنى للتعويض عند سحب المشروع من المقاول أو فسخ العقد، لذا فإننا نأمل من المشرع البحريني تنظيم أحكام هذه السلطة ضمن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني، وأن يجيز للإدارة خصم غرامة التأخير من أية تأمينات يقدمها المقاول عن عقود أخرى، وذلك ضماناً للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير وغيرها من مستحققاتها المالية لدى المقاول.

المبحث الثاني: ضمانة مستحقات المقاول

تمهيد وتقسيم:

في مقابل التزام المقاول بتنفيذ عقد الأشغال العامة، يستحق هذا الأخير ثمن ما قام بتنفيذه، ومن ثم يكون التزاماً على الإدارة أن تصرف له تلك المستحقات إذا ما كانت الأعمال المنجزة مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها بالعقد.

فذهب المشرع إلى جانب بعض أحكام القضاء وآراء الفقه إلى أن هذه المستحقات تشكل ضماناً للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير طالما أنها مازالت تحت سلطة الإدارة وتصرفها قبل صرفها للمقاول، لذلك فهي تعمل في هذا الشأن بالقاعدة العامة التي تقضي بألا تُصرف هذه المستحقات إلا بعد قيام المقاول بالتنفيذ الكلي للعقد واقتضاء الإدارة للمبالغ المستحقة لها، إلا أن هناك بعض الاستثناءات التي تلطف من حدة هذه القاعدة، وذلك على نحو ما سنراه من خلال دراستنا لهذا المبحث.

وسنعرض في هذا المبحث ماهية مستحقات المقاول وقواعد صرفها، والاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول، وسنقسمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية مستحقات المقاول وقواعد صرفها.

المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول.

وسنقوم من خلال دراستنا لهذا المبحث بالتعليق على النصوص التشريعية وأحكام القضاء وآراء الفقه، وبيان موقفنا منها.

المطلب الأول:

ماهية مستحقات المقاول وقواعد صرفها

يستحق المقاول في عقد الأشغال العامة مقابلاً مالياً لقاء ما قام بتنفيذه من التزامات، وبعد انتهاء المقاول من تنفيذ كافة التزاماته المتفق عليها في العقد، تُصرف له مستحقاته عن هذا التنفيذ وفقاً للقاعدة العامة لصرف هذه المستحقات، أو أن يتم صرفها وفقاً لأحد الأساليب الاستثنائية في صرفها المعمول بها في الدول محل المقارنة.

وسنعرض في هذا المطلب ماهية مستحقات المقاول من خلال بيان مفهوم هذه المستحقات، ومدى أحقية الإدارة في تعديلها، وقواعد صرفها في أنظمة الدول محل المقارنة، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: ماهية مستحقات المقاول:

إن المبالغ المالية التي يستحقها المقاول مقابل تنفيذه لعقد الأشغال العامة تعد من الأمور الجوهرية في العقد والتي يُفترض أن تُحدد بوضوح ضمن بنود العقد عند اتفاق الطرفان المتعاقدان على ذلك.

فما هو مفهوم مستحقات المقاول في عقد الأشغال العامة؟ وما هي حدود سلطة الإدارة في تعديلها؟ هذا ما سنجيب عنه من خلال دراستنا لهذا الفرع، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم مستحقات المقاول:

ذهبت آراء بعض الفقه إلى أن المقاول في عقد الأشغال العامة يستحق مقابلاً مالياً في صورة ثمن لقاء قيامه بتنفيذ التزاماته بموجب العقد، سواء تعلقت تلك الالتزامات بإنشاء مبنى أو صيانته أو غيرها من الأعمال موضوع عقود الأشغال العامة، وذلك لتغطية نفقات وتكاليف المشروع موضوع العقد، بالإضافة إلى الحقوق المالية المشروعة للمقاول^١.

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - ٢٠٠٥ - المرجع السابق - ص ١٨١ /
د. محمد فؤاد الحريري - مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين - بحث منشور في مجلة القانونية - العدد الرابع - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين - يناير ٢٠١٥ - ص ٢٩٦.

وهكذا يتبين لنا أن مستحقات المقاول بموجب عقد الأشغال العامة تكون في صورة ثمن يتلقاه لقاء قيامه بتنفيذ العقد، علاوةً على الأعمال الإضافية الأخرى التي قد يقوم بها عند تنفيذه للأشغال العامة، كتوريد المواد اللازمة إلى موقع العمل، وغيرها من الأعمال التي قد يتطلبها تنفيذ هذا العقد والتي تكلف المقاول مصاريف إضافية، لذا فإنه يمكن القول أن الثمن الذي يستحقه المقاول يجب أن يشمل كذلك ما قام بصرفه في سبيل تنفيذ العقد، علاوة على حقه في استرداد التأمين النهائي، أو ما تبقى منه بحسب الأحوال.

وفي هذا الصدد ذهب رأي في الفقه إلى أن الثمن هو المحور الأساسي في العقد، باعتبار أن من أهم شروط تقديم العطاء أن يكون هذا العطاء مشفوعاً بالمستندات التي تبين القدرة المالية والفنية للمقاول لتحمل أعباء تنفيذ المشروع موضوع العقد، وأن ينص في صلب عطائه على الثمن الذي يكون قادراً على تنفيذ العمل بمقتضاه، علاوة على محتويات العطاء الأخرى^١.

تُعتبر عملية تحديد الثمن المستحق للمقاول في عقد الأشغال العامة من الأمور الجوهرية في التعاقد، فقد يُحدد الثمن بصورة إجمالية لعملية التنفيذ بأكملها، أو قد يُحدد بحسب وحدة معينة من وحدات القياس للأعمال الواجبة التنفيذ كالكيلومتر أو المتر مربع، وتتخذ هذه القيمة أساساً في العقد، أما وقد لا يُحدد الثمن على نحو تام، كعدم التوصل إلى اتفاق على الثمن، وفي هذه الحالة يلتزم الطرفان باتباع الطريقة المقررة تشريعياً لتحديد الثمن وفقاً للسعر السائد في السوق وقت التعاقد، أما في حالة عدم وجود نص تشريعي يُحدد الثمن، فيكون للإدارة أن تُحدد هذه الأسعار، وللمقاول أن يعترض على تلك الأسعار كتابةً^٢.

نظراً لأهمية مستحقات المقاول في العقد باعتبارها المحور الأساسي في التعاقد الذي بناءً عليه تقدم المقاول بعطائه للاشتراك في المناقصة مشفوعاً بالمستندات التي تبين مدى قدرته على

(١) د. حمد محمد حمد الشلحاني - المرجع السابق - ص ٢٥٣.

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي - حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٤ - ص ٥٠٤ وما بعدها / د. محمد سعيد أمين - الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٨٣ - ص ٤٥٨-٤٥٩ / د. عادل عبدالرحمن خليل - المرجع السابق - ص ١١٤ / د. أنس جعفر - العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣ - ص ١٧٩.

تحمل أعباء تنفيذ المشروع موضوع العقد، فقد نصت أغلب التشريعات على تحديده بدقة في العطاءات المقدمة من قبل المشتركين في المناقصة^١.

لذلك اتجه فريق من الفقه إلى أن هذه المستحقات تبين كذلك مدى قدرة المقاول على تحمل الجزاءات المقررة لأي إخلال قد يصدر منه أثناء تنفيذه للعقد، لذلك فإن هذه المستحقات تشكل ضماناً للإدارة لاقتضاء غرامة التأخير المستحقة على المقاول باعتبار أنها تخضع لسلطة الإدارة في الحجز على مبلغ الغرامة ومن ثم خصمها مباشرة من هذه المستحقات^٢.

ثانياً: مدى أحقية الإدارة في تعديل مستحقات المقاول:

تتسم الشروط المتعلقة بمستحقات المقاول في العقد بالثبات، ويجد ذلك أصله في أن التزامات كلا الطرفين تتحدد وقت التعاقد، ويُعد هذا التحديد من ثوابت العقد باعتبار النص عليه نصاً على شرط تعاقدى يتعلق بحقوق المقاول، ويترتب على الطبيعة التعاقدية لشروط مستحقات المقاول ثبات واستقرار هذه الشروط على نحو يمنع الإدارة من أن تتفرد بتعديلها^٣.

فضلاً عن ذلك، فإنه يترتب على الصفة التعاقدية لمستحقات المقاول أن الإدارة تلتزم بالوفاء بالمستحقات المحددة بالعقد حسب الاتفاق، وإلا تعرضت للمسئولية العقدية، ومن ثم يحق

(١) فقد نصت المادة رقم (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على أنه: " يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات، وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً..." كما حددت المادة رقم (٥٥) من اللائحة التنفيذية القواعد التي تحكم كتابة وتحديد الأسعار في العروض المقدمة وهي كما يلي: "... تكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقماً وحرفاً باللغة العربية، ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل في الوحدة - ويجوز في حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة في الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن في تاريخ فتح المظاريف. - يجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء. - لا يجوز الكشط أو المحو في جدول الفئات وكل تصحيح في الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقماً وحرفاً وتوثيقه.

- ونصت المادة رقم (٢٥) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة على أنه: " لا تقبل العطاءات إلا إذا اشتملت على أسعار إجمالية ثابتة ونصت المادة رقم (٥٧) من القانون رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: " تسعر جميع العطاءات بالعملة الرسمية ما لم تنص وثائق المناقصة على خلاف ذلك، والسعر الإجمالي المبين في صيغة العطاء هو السعر الذي يعتمده المجلس..."

- كما نص قانون المناقصات والمزايدات البحريني على ذات الأحكام تقريباً وذلك وفقاً للمواد أرقام (٣٠) و(٣٣) و(٣٥)، والمواد أرقام (٤٢) و(٤٣) و(٤٨) من اللائحة التنفيذية "

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. جورجى شفيق ساري - المبادئ العامة للقانون الإداري - المرجع السابق - ص ١٠٢٦ / د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٥٠ / د. نصرالدين بشير - المرجع السابق - ص ١٦١ / د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥٩ / د. محمد فؤاد الحريري - تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير - المرجع السابق - ص ٤٧٠-٤٧١ / د. محمود خلف الجبوري - المرجع السابق - ص ١١٩ / د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ٨٢.

(٣) د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ١٧٤ / د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٣٩٤.

للمقاول اللجوء إلى القضاء مطالباً إما بفسخ العقد مع تحمل الإدارة التبعات المالية المترتبة على ذلك، أو بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة ذلك، أو المطالبة بكليهما^١.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا المبدأ، حيث قضت بأن: "... الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في تعديل العقد لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، وليس من بينها تلك التي تعدل المقابل المالي في العقد الإداري"^٢.

نجد أن هذا الحكم يقضي بأن الشروط المتعلقة بالمقابل المالي في العقد تنسم بطبيعة الاستقرار، ومن ثم لا يجوز لأي من طرفي العقد الانفراد بتعديلها دون موافقة الطرف الآخر، ويجد ذلك أصله في أن هذه الشروط تتحدد بدقة وقت التعاقد، فإذا ما حددت مستحقات المقاول في تاريخ التعاقد بتكلفة إجمالية لقيمة الأعمال، فإن هذا التحديد يكون من ثوابت العقد، باعتباره شرطاً تعاقدياً، وذلك دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفات الجمركية وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها للمقاول، ومن ثم فإن هذه المستحقات لا تخضع لسلطة الإدارة بالانفراد في تعديل العقد.

(١) د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٧٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٥١٩ - س ق ٣٤ - جلسة بتاريخ ١٩٩٣/٨/٣١ - الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ٢٠٠٤/١٩٨٠ - د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٤٣٩.

الفرع الثاني: قواعد صرف مستحقات المقاول:

بعد انتهاء المقاول من تنفيذ العقد وتسليم الأعمال نهائياً، تكون الإدارة مدينةً له بصرف كافة مستحقاته عن هذا التنفيذ وفقاً للقاعدة العامة لصرف تلك المستحقات، ونظراً لصعوبة تطبيق هذه القاعدة في عقد الأشغال العامة، فقد وردت بعض الاستثناءات التي تلطف من حدتها، وأخذت بها أنظمة الدول محل المقارنة.

وسنعرض في هذا الفرع القاعدة العامة لصرف مستحقات المقاول واستثناءاتها في أنظمة الدول محل المقارنة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: القاعدة العامة لصرف مستحقات المقاول:

يهيمن على موضوع صرف مستحقات المقاول القاعدة العامة المتبعة في حسابات الإدارة وهي ألا تقوم الإدارة بالدفع مقدماً وإنما بعد تنفيذ المقاول للعقد، ويترتب على ذلك أنه يتعين على المقاول الانتهاء من تنفيذ كافة التزاماته وتسليم الأعمال نهائياً للإدارة قبل مطالبته بمستحقاته^١.

ويمكن القول إن هذه القاعدة وضعت كأصل عام يُتبع لصرف مستحقات المتعاقد في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة ضماناً للإدارة في التزام المتعاقد معها بالتنفيذ الكلي للعقد واقتضاؤها لكافة مستحقاتها قبله، ومنها غرامة التأخير.

إلا أنه قد يحدث أن يتعذر وجود المقاول الذي تكون لديه القدرة المالية على تمويل كامل المشروع، خاصةً بالنسبة للعقود التي تتطلب من المقاول دفع مبالغ كبيرة من رأسماله حتى يتم تنفيذها، ومن ثم يكون من شأن أعمال القاعدة العامة في هذه الحالة إلحاق ضررٍ كبيرٍ بالمقاول مما قد يؤدي إلى عجزه عن تنفيذ العقد، وبالتالي الإضرار بمصلحة المرفق نفسه، كما قد يؤدي إلى إجحام الأفراد الأكفاء عن التعاقد مع الإدارة^٢.

(١) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٦١-٥٦٢ / د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ١٨١ / د. محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٥٣٧ / د. محمد فؤاد الحريري - مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين - المرجع السابق - ص ٢٩٦ / د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - المرجع السابق - ص ١٣٣ / د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - ٢٠٠٤ - المرجع السابق - ص ١٨٥.

(٢) د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٤٠٠.

لذلك يضطر أغلب المقاولين إلى الاقتراض من البنوك لتمويل مشاريع الأشغال العامة وفي هذه الحالة ستضاف أسعار فائدة القرض ضمن الأسعار الواردة بالعطاءات المقدمة، مما يؤدي إلى ارتفاع التكلفة الإجمالية لتنفيذ العقد^١.

لهذا السبب وردت بعض الاستثناءات التي تلطف من حدة هذه القاعدة، والتي من شأنها تمكين المقاول من تنفيذ العقد، ومن ثم يكون لكل من الإدارة والمقاول الاتفاق على صرف تلك المستحقات عند بدء تنفيذه للعقد كدفعة مقدمة، أو على أن يتم دفع جزء من المستحقات مقابل ما تم إنجازه من عمل، وذلك بناءً على طلبه وبموافقة الإدارة، حيث أن هذه الاستثناءات تُعتبر أمراً اختياريّاً للإدارة ويخضع اتباعها لسلطتها التقديرية باعتبارها دائناً للمقاول^٢.

فإذا ما قامت الإدارة بصرف الدفعات المقدمة للمقاول، أو جزءاً من مستحقاته، فلا بد من أن تكون هناك ضمانات للإدارة تكفل لها استرداد هذه المبالغ، واقتضاء أية مبالغ مستحقة للإدارة خلال هذه المرحلة، ومنها غرامة التأخير.

فما هي استثناءات القاعدة العامة في صرف مستحقات المقاول في أنظمة الدول محل المقارنة؟ وهل هناك ضمانات تكفل للإدارة استرداد هذه الدفعات؟ وهذا ما سنجيب عنه في القسم ثانياً من هذا الفرع.

ثانياً: الاستثناءات التشريعية على القاعدة العامة لصرف مستحقات المقاول:

نظمت الأنظمة القانونية للدول محل المقارنة أحكام الأساليب الاستثنائية لصرف تلك المستحقات والتي من شأنها أن تلطف من حدة هذه القاعدة، ويمكن للإدارة والمقاول اتباع أي من هذه الأساليب بالاتفاق على ذلك في العقد.

نظم المشرع المصري أحكام صرف مستحقات المقاول في المادة رقم (٢٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، والتي نصت على أنه: " يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان

(١) د. مطيع علي حمود جبير - العقد الإداري بين التشريع والقضاء - دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني - رسالة دكتوراه - الجامعة الأردنية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٦ - ص ٥٢٦.

2) Hugh Clamp - The Shorter Forms of Building Contract - Third Edition - Oxford - Blackwell - London - 1993 - p.51.

معتمد، وذلك بالنسب وفي الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية^١.

كما نظمت المادتان رقمي (٦٩) و(٨٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ بعض أحكام القواعد الاستثنائية لصرف هذه المستحقات، حيث نصت المادة رقم (٦٩) منها على أن: " يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدماً من قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة وبشرط أن يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان مصرفي معتمد بذات القيمة والعملية وغير مقيد بأي شروط وساري حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لتلك المبالغ،... على أنه في الحالات التي تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلقة على تحقق أكثر من واقعة من بينها صرف الدفعة المقدمة، فيراعى ألا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع...."^٢.

يتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع المصري يشترط لصرف الدفعة المقدمة للمقاول أن تحصل الإدارة أولاً على موافقة السلطة المختصة قبل اتخاذها لإجراءات صرف هذه الدفعة، ونرى أن هذا الشرط أساسي باعتبار أن السلطة المختصة هي المسؤولة عن مصلحة المرفق العام موضوع العقد، أما بالنسبة للشرط الثاني وهو تقديم المقاول لضمان مقابل صرف هذه الدفعة، فإن هذا الضمان يجب أن يكون مساوي لقيمة هذه الدفعة لضمان استردادها وبالنسبة للشرط الأخير فيقصد به أن صرف هذه الدفعة يجب ألا يتم إلا إذا تهيأ المقاول لتنفيذ العقد.

ونصت المادة رقم (٨٥) من اللائحة المشار إليها على أن: "... يكون صرف الدفعات تحت الحساب على النحو الآتي: (أ) بواقع (٩٥%) من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول. كما يجوز صرف (٥%) الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية. (ب) بواقع (٧٥%) من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلاً... (ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم الجهة الإدارية بتحرير الكشف الختامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت

(١) المادة رقم (٢٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (٦٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - مستبدلة بقرار وزير المالية رقم (٥٤٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات - المرجع السابق.

بالفعل، ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه^١.

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري يشترط لصرف نسبة (٩٥%) من مستحقات المقاول تحت الحساب، أن يكون هذا الأخير قد قام من جانبه بتنفيذ العقد فعلاً، وليس كدفعة مقدمة قبل البدء في التنفيذ، وهذه تعد نسبة كبيرة من قيمة العقد تصرف للمقاول بعد التنفيذ الفعلي للأعمال بشرط أن تكون مطابقةً للشروط والمواصفات، ونرى أن هذا الأسلوب يتشابه إلى حدٍ ما مع القاعدة العامة لصرف مستحقات المقاول، وهي أن يتم صرف تلك المستحقات للمقاول بعد استكمال التنفيذ الكلي للعقد، ومن ثم أجاز المشرع أن تصرف باقي مستحقات المقاول بعد تسلم الأعمال مؤقتاً وخصم كافة المبالغ مستحقة للإدارة كغرامة التأخير وغيرها من المستحقات.

ونظمت الشروط الخاصة للمناقصة في الكويت أحكام صرف مستحقات المقاول في المادة رقم (١٨) منها الخاصة بطريقة الدفع، فنصت هذه المادة على: " أ- الدفعة المقدمة: يستحق المقاول بعد توقيع العقد وتقديم كفالة الدفعة المقدمة والتي تكون في صورة خطاب ضمان أو شيك مصرفي مصدق من بنك محلي معتمد لصالح الوزارة أن يحصل على دفعة مقدمة تبلغ ١٠% (عشرة بالمائة) من سعر العقد بعد خصم قيم قطع الغيار منه (أن وجدت) ... وتبقى كفالة الدفعة المقدمة سارية المفعول حتى استرداد كامل قيمة الدفعة المقدمة.

ب- الدفعات المرحلية:

يمنح العقد المقاول حق طلب دفعات مرحلية نهاية كل شهر كما تحددها المواصفات الفنية مبنية على أساس القياسات الحقيقية للأعمال المنجزة بالكامل فقط خلال الفترة المعنية فيقوم المهندس بعد دراسة هذا الطلب والتأكد من استكمال الأعمال وفق شروط العقد بالتوصية بدفع استحقاقات المقاول عن الأعمال التي أتمها المقاول بنجاح خلال الفترة المعنية ... ويستحق المقاول أن يحصل حتى على (٩٥%) خمسة وتسعون في المائة من قيمة الأعمال المشمولة بكل شهادة دفع مرحلية مخصوماً منها قيم الاستثناءات والغرامات وأي استحقاقات للوزارة على المقاول أن وجدت...^٢.

(١) المادة رقم (٨٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - مستبدلة بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (١٨) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

يتبين لنا من خلال نص هذه المادة أنه يجوز للإدارة في الكويت واستثناءً من القاعدة العامة المتبعة في صرف مستحقات المقاول، أن تتبع أسلوبين من الأساليب الاستثنائية لصرف تلك المستحقات، وهما أسلوب الدفعة المقدمة، أو الدفعات المرحلية.

فبالنسبة لأسلوب الدفعة المقدمة، أجازت هذه المادة للإدارة أن تصرف للمقاول دفعة مقدمة بنسبة (١٠%) من قيمة العقد بعد خصم المبالغ المستحقة عن قطع الخيار التي ستستخدم في تنفيذ العقد، وذلك بشرط أن يلتزم المقاول بأن يقدم للإدارة كفالة عن هذه الدفعة تكون إما في صورة خطاب ضمان أو شيك مصرفي مصدق من بنك محلي معتمد لصالح الوزارة، ويظل سارياً إلى حين استرداد كامل المبلغ المستحق للإدارة عن هذه الدفعة.

أما بالنسبة لأسلوب الدفعات المرحلية، أجازت هذه المادة للمقاول أن يطلب من الإدارة أن تصرف له دفعات مرحلية نهاية كل شهر قد تصل نسبتها (٩٥%) من قيمة الأعمال التي قد تم إنجازها بالفعل، بشرط أن تكون هذه الدفعات مبنية على أسس قياسية حقيقية لكافة تلك الأعمال، وذلك بعد دراسة هذا الطلب والتأكد من استكمال تنفيذ الأعمال التي تشملها شهادة الدفع المرحلية ووفقاً للشروط والمواصفات المتعاقد عليها، ويفهم من ذلك أن هذا الأسلوب في حقيقته هو الدفع مقابل ما تم إنجازه من عمل.

وكان يجب أن تتضمن هذه المادة ما يفيد خضوع الضمانات التي تقدم عن الدفعة المقدمة لخصم أية مبالغ ناتجة عن فرض غرامة التأخير أو أية مستحقات مالية أخرى للإدارة ترتبت أثناء سريان الدفعة المقدمة وقبل أن يتم استردادها بالكامل.

وذهب رأي من الفقه البحريني إلى أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني لم يتضمن أي حكم يتعلق بأساليب صرف مستحقات المقاول، وهو بذلك ترك أمر صرف هذه المستحقات للعقد ذاته^١.

فإن كان هذا الرأي قد حالفه التوفيق من حيث خلو قانون المناقصات والمزايدات البحريني من تنظيم أحكام صرف مستحقات المقاول، إلا أننا نرى أن المشرع البحريني نظم أحكام صرف هذه المستحقات ضمن أحكام الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية، ومن ضمنها الأساليب الاستثنائية لصرف تلك المستحقات، فنصت الفقرة رقم (٣٣-١-٧) من هذا الدليل على أن:

(١) د. مال الله جعفر عبدالمملك الحمادي - حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري - المرجع السابق - ص ٥٣١.

"١...- تقوم الجهة الحكومية عند سداد الدفعات المقدمة بالتأكد من اشتغال العقد على سداد دفعة مقدمة للمقاول قبل بدئه في تنفيذ أعمال العقد. ٢- عدم تجاوز الدفعة المقدمة للمبلغ المحدد بشروط العقد. ٣- الحصول من المقاول على ضمان بنكي مساوٍ لقيمة الدفعة المقدمة".

يتبين لنا من خلال نص هذه الفقرة أن المشرع البحريني يجيز للإدارة واستثناءً على القاعدة العامة المتبعة في صرف مستحقات المقاول، أن تصرف لهذا الأخير دفعة مقدمة بشرط الاتفاق على تقديم هذه الدفعة وتحديد مبلغها في العقد، والحصول من المقاول على ضمان بنكي مساوٍ لقيمة هذه الدفعة، وتكمن أهمية اشتراط تقديم هذا الضمان في التزام المقاول بتنفيذ التزاماته وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ضمان استرداد الإدارة لمبلغ هذه الدفعة بالإضافة إلى أية مستحقات أخرى خلال هذه المرحلة، كغرامة التأخير.

كما نصت الفقرة رقم (٢٧-٥-٢٥) من أنظمة العقود بالدليل المالي سالف الذكر على أن: " يجوز للجهة الحكومية بعد الحصول على موافقة وزارة المالية أن تدفع للمتعاقد بعد توقيع العقد جزءاً من مستحقاته في حدود ١٠% من قيمة العقد....، ويجب على المتعاقد معه أن يقدم ضمان مساوٍ لهذه القيمة من أحد البنوك المحلية المعتمدة ويتم استرداد هذا المبلغ من مستحقات المقاول".

من هذه الفقرة يتبين لنا أن المشرع البحريني يجيز للإدارة أن تدفع للمقاول بعد توقيع العقد جزءاً من مستحقاته مقابل ضمان بنكي، ويمكن القول إن المشرع قد أغفل ضرورة النص على أن يكون صرف هذا الجزء من مستحقات المقاول مقابل ما تم إنجازه من عمل، وليس الاكتفاء بعبارة " بعد توقيع العقد"، وبذلك نجد أن هذا الأسلوب لا يختلف عن أسلوب الدفعة المقدمة إلا من ناحية تحديد نسبة هذه المدفوعات بنسبة ١٠%، في حين ترك المشرع تحديد نسب الدفعات المقدمة لاتفاق المتعاقدان على ذلك في العقد.

ثالثاً: تقييم الاستثناءات السابقة:

من خلال استعراضنا للاستثناءات التشريعية على القاعدة العامة لصرف مستحقات المقاول في أنظمة الدول محل المقارنة، تبين لنا أن أنظمة هذه الدول تجيز للإدارة استثناءً من تلك القاعدة، أن تقوم باتباع أساليب استثنائية في صرف تلك المستحقات، يكون الغرض منها

(١) الفقرة رقم (٣٣-١-٧) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

(٢) الفقرة رقم (٢٧-٥-٢٥) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

تمكين المقاول من البدء في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو تسهيل عملية استمراره بتنفيذ تلك الالتزامات.

ووجدنا أن المشرع المصري أجاز للإدارة صرف مبالغ مقدماً مقابل خطاب ضمان، كما أجاز للإدارة صرف مبالغ تحت الحساب للمقاول بواقع (٩٥%) من قيمة الأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات، ويمكن القول إن اشترط المشرع لصرف مبالغ تحت الحساب بهذه النسبة بشرط أن تكون الأعمال قد تمت طبقاً للشروط والمواصفات، فإن ذلك يعني أن المقاول أنجز (٩٥%) من الأعمال التي التزم بها بموجب العقد، وبذلك نجد أن هذا الأسلوب أقرب لأسلوب القاعدة العامة في صرف مستحقات المقاول.

كما وجدنا أن الشروط الخاصة للمناقصة في الكويت أجازت للإدارة اتباع أسلوبين من الأساليب الاستثنائية لصرف مستحقات المقاول، وهما أسلوب الدفعة المقدمة بنسبة (١٠%) من قيمة العقد بعد إجراء الخصومات اللازمة بشرط أن يلتزم المقاول بتقديم كفالة عن هذه الدفعة، وحصر الكفالة في صورتين، هما إما في صورة خطاب ضمان أو شيك مصرفي مصدق من بنك محلي معتمد لصالح الوزارة إلى أن يتم استرداد مبلغ هذه الدفعة بالكامل، أما بالنسبة للأسلوب الثاني فهو أسلوب الدفعات المرحلية الذي يجيز للإدارة صرف دفعات مرحلية للمقاول بحد أقصى بنسبة (١٠%) من قيمة العقد مطابقة للشروط والمواصفات.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فقد أخذ بأسلوبي الدفعات المقدمة ودفع جزء من مستحقات المقاول مقابل ما تم إنجازه من عمل، وذلك على أن يكون اتباع أي من الأسلوبين مقابل ضمان بنكي ضماناً لاستمرار المقاول بتنفيذ العقد، ونرى أن المشرع البحريني اشترط أن يوجد نص في العقد يجيز تقديم هذه الدفعة وأن يتم تقديم ضمان مساوٍ لقيمتها، في حين نصت الشروط العامة لعقد الأشغال العامة على أن تتضمن وثائق المناقصة كذلك ما يفيد بنية الإدارة في صرف هذه الدفعة، وحسناً فعل المشرع البحريني من حيث اشتراط النص في العقد على تقديم هذه الدفعة، وبذلك نرى أن المشرع ترك المجال أمام الطرفين المتعاقدان لتنظيم أحكام خاصة لصرف هذه الدفعة في العقد، كتحديد هذه الدفعة والشروط اللازمة لصرفها للمقاول، كتسلم موقع العمل، أو قيام المقاول باستكمال الإجراءات التمهيدية للتنفيذ كإعداد الخرائط الهندسية وغيرها.

ومن خلال استعراضنا للاستثناءات التشريعية على القاعدة العامة لصرف مستحقات المقاول في أنظمة الدول محل المقارنة، تبين أن المشرع المصري أجاز للإدارة اتباع أسلوبين من تلك الأساليب، وهما أسلوب صرف الدفعة المقدمة وأسلوب صرف جزء من مستحقات المقاول

مقابل ما تم إنجازة من عمل، وكذلك الحال بالنسبة لما هو معمول به في الكويت، فإنه يمكن للإدارة أن تتبع أسلوب صرف الدفعة المقدمة مقابل خطاب ضمان، وأسلوب دفع جزء من الثمن للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات، أما بالنسبة للمشرع البحريني فقد سمح باتبع الأسلوبين ذاتها، وهما صرف الدفعات المقدمة ودفع جزء من مستحقات المقاول مقابل ما تم إنجازة من عمل، وذلك على أن يكون اتباع أي من الأسلوبين مقابل ضمان بنكي.

من تقييمنا للاستثناءات التشريعية في أنظمة الدول محل المقارنة، تبين أن كافة أنظمة تلك الدول تبنت الأساليب الاستثنائية ذاتها، وحسناً بأن سمحت الأنظمة القانونية في الدول محل المقارنة للإدارة باتباع أساليب استثنائية في صرف تلك المستحقات، كأسلوب الدفعة المقدمة التي تمكن المقاول من البدء في تنفيذ العقد إذا ما كانت عملية بدء التنفيذ تتطلب إمكانيات مالية وفنية كبيرة أو مرهقة، كتهيئة موقع العمل والتزود بالمعدات اللازمة لتنفيذ المشروع، وكذلك الحال بالنسبة لأسلوب دفع جزء من الثمن مقابل ما تم إنجازة من عمل، والذي من شأنه تسهيل عملية استمرار المقاول في تنفيذه للعقد، خاصة ما إذا ما كانت مدة التنفيذ طويلة بالمقارنة مع الإمكانيات التي يجب أن تكون على درجة من الكفاءة اللازمة لاستكمال تنفيذ المشروع.

ذلك أنه ولما كانت عقود الأشغال العامة يتطلب تنفيذها غالباً مبالغ وإمكانيات كبيرة قد يتعذر معها الحصول على المقاول الذي تتوفر لديه كافة الإمكانيات - وإن كان ذلك من الشروط اللازمة للاشتراك في المناقصة التي على أساسها يتقدم المتناقص بعطاءه الذي يبين مدى قدرته الفنية والمالية - إلا أن ذلك قد يؤدي إلى احتكار المشاريع العامة من قبل الشركات الضخمة سواء الوطنية، أو الأجنبية دون المؤسسات الصغيرة، خاصة الوطنية منها.

المطلب الثاني:

الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول

ذهب المشرع وبعض أحكام القضاء في الدول محل المقارنة إلى جانب فريق من الفقه إلى أن مستحقات المقاول تُعد ضماناً للإدارة تمكنها من اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عليه فالإدارة تملك سلطة الحجز على هذه المستحقات ما يقابل مبلغ الغرامة، ومن ثم خصمها مباشرة منها قبل الإذن بصرفها للمقاول.

وسنعرض في هذا المطلب موقف المشرع وبعض أحكام القضاء والفقه من سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير من مستحقات المقاول، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول:

نظم المشرع المصري سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير بخصمها من مستحقات المقاول، في حين ترك المشرع الكويتي أمر تنظيم هذه السلطة لشروط المناقصة، أما المشرع البحريني فقد نظم بعض أحكام هذه السلطة بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية وأحال بعضها للشروط العامة لعقود الأشغال العامة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

فقد نص المشرع المصري في المادة رقم (٢٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على أنه: " في جميع حالات فسخ العقد وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما يستحق لها من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيّاً كان سبب الاستحقاق، دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري ^١ .

وفقاً لهذا النص نجد أن المشرع المصري نظم سلطة الإدارة في خصم غرامة التأخير من مستحقات المقاول في عقد الأشغال العامة، وأجاز لها خصم هذه الغرامة بالإضافة إلى الخسائر

(١) المادة رقم (٢٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري والمادة رقم (٨١) من لائحته التنفيذية - المرجع السابق.

التي لحقت بها من مستحقات المقاول لديها، إلا أنه في حالة عدم كفاية تلك المستحقات، فإن المشرع أجاز للإدارة أن تلجأ إلى خصم كافة مستحقاتها من أية مبالغ مستحقة للمقاول لدى جهة إدارية أخرى، ودون حاجة لاتخاذ أية إجراءات قضائية، كما أجاز لها الرجوع عليه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لم تتمكن من اقتضاء قيمتها. وهكذا يتبين لنا أن المشرع المصري حرص على تنظيم كافة جوانب سلطة الإدارة في خصم هذه الغرامة في التشريعات.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد أورد بنص المادة رقم (١٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ السابق ذكرها نصاً عاماً يمنح الإدارة الحق في تضمين عقد الأشغال العامة الجزاءات التي يمكن لها فرضها على المقاول بموجب العقد، حيث نصت هذه المادة على أنه: " يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيلية عن كل صنف أو عمل وتضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات التفصيلية الكاملة وجداول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين افراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الاخلال بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه بالإضافة إلى صيغة المناقصة وشروط العقد العامة...".^١

لما كان قانون المناقصات العامة الكويتي قد خلا من تنظيم أحكام سلطة الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير من مستحقات المقاول، فإنه وبموجب نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع ترك للإدارة أمر تضمين العقد الجزاءات ومنها غرامة التأخير التي يمكن أن تفرضها الإدارة في حالة إخلال المقاول بمواعيد تنفيذ العقد كالتأخر في تنفيذه عن المواعيد المتفق عليها، وتنظيم سلطة الإدارة في خصم هذه الغرامة ضمن بنوده.

وبناءً على نص المادة رقم (١٤) من القانون سالف الذكر، فقد نصت المادة رقم (٣٣) من الشروط الخاصة للمنافسة على: " كل المبالغ التي تستحق على المقاول للوزارة تطبيقاً لأحكام العقد سواء بصفة غرامات أو تعويضات أو مصاريف أو غيرها يكون لها الحق في خصمها من التأمين النهائي أو من مبالغ أخرى تكون مستحقة للمتعهد لدى الوزارة أو إدارة أخرى من وزارات الدولة وإداراتها المختلفة كل ذلك دون أن يكون له الحق في المعارضة وبغير حاجة

(١) المادة رقم (١٤) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي - المرجع السابق.

إلى إنذار أو إجراءات قضائية، ودون حاجة لإثبات الضرر والذي يعتبر متحققاً في جميع الأحوال^١.

تضمنت هذه المادة إلى جانب تنظيم أحكام الخصم من التأمين النهائي ما يفيد حق الإدارة عند فرضها لسلطتها في خصم غرامة التأخير أن تخصم هذه الغرامة من مستحقات المقاول لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، وأن سلطتها تجاه تلك المستحقات لاقتضاء الغرامة تكون مباشرة دون الحاجة إلى اتخاذ أية إجراءات من شأنها إنذار المقاول أو اتخاذ أية إجراءات قضائية ضده، كما ليس إلزاماً عليها إثبات ما أصابها من ضرر نتيجة تأخره باعتبار هذا الضرر متحققاً في جميع الأحوال.

في حين نظم المشرع البحريني بعض أحكام سلطة الإدارة في الحجز والخصم لاقتضاء غرامة التأخير من مستحقات المقاول بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية، حيث جاء بالفقرة رقم (١١-١-٧) من هذا الدليل أن: "... لوزارة المالية صلاحية حجز أية مدفوعات حكومية مستحقة للمتعاقد ..."^٢.

يتبين لنا من خلال هذا النص أن المشرع البحريني ينظم سلطة الإدارة في الحجز على أية مبالغ مستحقة للمقاول لديها، ولما كانت غرامة التأخير هي مبالغ مالية مستحقة على المقاول لصالح الإدارة، فإنه يجوز للإدارة أن تحجز على مبلغ هذه الغرامة من تلك المستحقات المقاول استناداً لهذا النص.

كما نظمت الفقرة رقم (٢٥-٥-٣٧) من أنظمة العقود بالدليل ذاته أحكام سلطة الإدارة في الحجز على مستحقات المقاول، وذلك بنصها على أنه: " لا يجوز دفع المبالغ المحجوزة أثناء التنفيذ للمقاول المتعاقد معه إلا بعد انتهائه من تنفيذ العقد وإصدار شهادة القبول أو الخلو من العيوب..."^٣.

وفقاً لنص هذه الفقرة يؤكد المشرع على تمتع الإدارة بسلطة الحجز على مستحقات المقاول إلى حين الانتهاء من تنفيذ العقد وإصدار شهادة القبول، أو الخلو من العيوب، وذلك لضمان اقتضاء الإدارة لمستحقاتها لدى المقاول ومنها غرامة التأخير.

(١) المادة رقم (٣٣) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

(٢) الفقرة رقم (١١-١-٧) من أنظمة المدفوعات بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

(٣) الفقرة رقم (٢٥-٥-٣٧) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

هنا يمكن القول إن الضمانات المقدمة من قبل المقاول عن الدفعات المقدمة، أو مقابل دفع جزء من مستحقاته، والتي تظل مودعة لدى الإدارة لحين استردادها لكامل مستحقاتها عما تم صرفه للمقاول، هي ضمانات مالية تقوم مقام المبالغ المحجوزة ولا تنتهي هذه الصفة إلا إذا انتهت مدة هذه الضمانات، أو تم إعادتها للمقاول بعد التزامه بتسديد المبالغ المستحقة عليه للإدارة.

ونظمت الفقرة رقم (١٢-١-٧) أحكام سلطة الإدارة في الخصم من مستحقات المقاول والتي نصت على أنه: " يجب على الجهة الحكومية قبل سداد المدفوعات الحكومية للمقاول خصم غرامات التأخير والجزاءات وأية استقطاعات أخرى مستحقة لها بموجب نصوص العقد المبرم معه...^١ .

يؤكد المشرع بموجب هذه الفقرة على ألا تقوم الإدارة بصرف مستحقات المقاول قبل خصم غرامة التأخير المستحقة عليه وأية مبالغ أخرى مستحقة لها، وذلك لضمان اقتضاؤها لهذه الغرامة إلى جانب المستحقات الأخرى، طالما كانت الإدارة ملزمة بصرف مستحقاته.

علاوة على ما تضمنه الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية من أحكام بخصوص سلطة الإدارة في خصم غرامة التأخير من قبل المقاول، نجد أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة نظمت كذلك سلطة الإدارة في خصم هذه الغرامة من مستحقات المقاول لديها، حيث نصت الفقرة رقم (١/٤٧) من هذه الشروط على أنه: " ... يجوز لجهة الإدارة خصم مبلغ غرامة التأخير من مستحقات المقاول لديها أو أية مبالغ ستكون مستحقة للمقاول لديها، ومن ثم فإن إجراء الخصم على هذا النحو لا يعفي المقاول من التزاماته ومسؤولياته لاستكمال تنفيذ العقد"^٢.

من نص هذه الفقرة يتبين لنا أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة تنظم كذلك سلطة الإدارة في خصم غرامة التأخير مما تحت يدها من مستحقات للمقاول بموجب العقد المبرم بينهما أو أية مبالغ ستكون مستحقة له بموجب العقد، ولم تجز هذه الشروط للإدارة خصم أية مبالغ مستحقة لها - وعلى الأخص غرامة التأخير - من مستحقات المقاول لدى الجهات الإدارية الأخرى، وهذا هو ذات مسلك المشرع البحريني في الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية.

(١) الفقرة رقم (١٢-١-٧) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

2) Sub-Caluse (47/1) - Standard Contract Agreement and Conditions of Contract - Op.cit - p.52.

ومن خلال استعراضنا للأنظمة القانونية بكل من مصر والكويت والبحرين حول سلطة الإدارة في خصم غرامة التأخير من مستحقات المقاول، وجدنا أن المشرع المصري ينظم هذه السلطة في القانون، ولم يقصر حدود سلطة الإدارة في خصم هذه الغرامة على مستحقات المقاول بموجب العقد ذاته، بل أجاز لها أن تلجأ إلى خصم كافة مستحقاتها ومنها غرامة التأخير من أية مبالغ مستحقة للمقاول لدى أية جهة إدارية أخرى، ودون حاجة لاتخاذ أية إجراءات قضائية، والرجوع عليه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لم تتمكن من اقتضاء قيمتها، وذلك في حالة عدم كفاية مستحقات المقاول لدى الجهة الإدارية ذاتها.

وهذا مسلك محمود للمشرع المصري بأن وسع من نطاق سلطة الإدارة في الخصم من مستحقات المقاول لتمتد إلى مستحقاته لدى الجهات الإدارية الأخرى، دون أن تقتصر حدود هذه السلطة على مستحقات المقاول بموجب العقد ذاته، وهذا ما يضمن مدى جدوى وفاعلية سلطة الإدارة في اقتضاؤها لمستحقاتها لدى المقاول ومنها غرامة التأخير، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يضمن تمتع الإدارة بهذه السلطة التزام المقاول بالتنفيذ السليم لالتزاماته خشية أن تتضرر مصالحه ومستحقاته المالية لدى الجهات الإدارية الأخرى ذاتها.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد أحال إلى شروط المناقصة أمر تنظيم هذه السلطة استناداً لنص المادة رقم (١٤) من القانون، والتي أجازت للإدارة أن تضمن الجزاءات التعاقدية ومنها غرامة التأخير ضمن شروط المناقصة وشروط العقد، وبناءً على نص المادة رقم (١٤) سالف الذكر، فقد تناولت الشروط الخاصة للمنافسة في المادة رقم (٣٣) منها تنظيم سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير من مستحقات المقاول، والتي أجازت للإدارة خصم هذه الغرامة من مستحقات المقاول لديها، أو لدى أية جهة إدارية أخرى عن عقود أخرى، وذلك دون الحاجة إلى إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أو إثبات الضرر باعتباره متحققاً، وهذا هو ذات مسلك المشرع المصري الذي يجيز للجهات الإدارية أن تفرض سلطتها في خصم مبلغ الغرامة من مستحقات المقاول لدى الجهات الإدارية الأخرى.

في حين أن المشرع البحريني نظم أحكام سلطة الإدارة في الحجز والخصم لاقتضاء غرامة التأخير من مستحقات المقاول بأحكام الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية والشروط العامة لعقود الأشغال العامة، ومنحها سلطة الحجز على أية مبالغ مستحقة للمقاول لديها ومنها غرامة التأخير وعدم دفع المبالغ المحجوزة أثناء التنفيذ للمقاول إلا بعد انتهائه من تنفيذ العقد وإصدار شهادة القبول أو الخلو من العيوب، وجاء في المادة رقم (٧-١-١٢) من هذا الدليل ليؤكد على

حق الإدارة في خصم غرامات التأخير والجزاءات وأية استقطاعات أخرى مستحقة لها بموجب نصوص العقد قبل الإذن بصرف مستحقات المقاول، ولم يجيز المشرع البحريني بالدليل المالي بالإضافة إلى الشروط العامة للإدارة خصم غرامة التأخير من مستحقات المقاول لدى الجهات الإدارية الأخرى.

وكان على المشرع البحريني أن ينظم سلطة الإدارة في الحجز والخصم لاقتضاء غرامة التأخير وأية مستحقات أخرى من مستحقاته بموجب أية عقود أخرى بين الجهة الإدارية والمقاول ذاتهما، وكذلك تجاه مستحقات المقاول ذاته لدى الجهات الإدارية الأخرى.

الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول:

ذهبت بعض أحكام القضاء في الدول محل المقارنة إلى أن مستحقات المقاول بموجب عقد الأشغال العامة تخضع لسلطة الإدارة في الحجز لاقتضاء غرامة التأخير المستحقة للإدارة، ومن ثم يكون لها خصم المبلغ المحجوز عيه كغرامة تأخير من تلك المستحقات، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... احتجاز جهة الإدارة لمبلغ مستحق للمتعاقد طرفها لاستيفاء قيمة غرامات التأخير وفروق الأسعار بعد ثبوت تقصيره في التنفيذ لا يشكل خطأ عقدياً من جانب جهة الإدارة، وعدم أحقية المتعاقد في التعويض عن احتجاز تلك المبالغ... " ^١.

يتبين من هذا الحكم اتجاه القضاء المصري بأن قيام الجهة الإدارية باحتجاز قيمة غرامة التأخير من مستحقات المقاول لديها لاقتضاء هذه الغرامة وغيرها مما يستحق لها لا يشكل خطأ عقدياً من جانبها، ومن ثم يكون لجهة الإدارة إذا ما فرضت الغرامة على المقاول الحق في الحجز على مستحقاته ما يعادل مبلغ هذه الغرامة، وذلك لاقتضاءها بخصمها من مستحقاته عند إجرائها للحساب الختامي للعملية جميعها بعد الانتهاء من تنفيذ العقد أو فسخه - بحسب الأحوال.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٥٥٣ - س ق ٢٧ - ورقم ١٥٤١ - س ق ٢٧ - تاريخ الجلسة ١٩٨٧/١١/٧ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٤٩٣.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكم آخر بأنه: " ... لا يسوغ للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يتمسك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية بحجة أن جهة الإدارة المتعاقدة امتنعت عن سداد مستحقاته عن الأعمال التي قام بتنفيذها ... " ^١.

من هذا الحكم نجد أن قيام الإدارة بالحجز على مستحقات المقاول لديها لا يقوم معه حق للمقاول بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك باعتبار أن سلطة الحجز على تلك المستحقات من السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة بموجب عقد الأشغال العامة، وهي بهذه المثابة تضمن للإدارة اقتضاء مبلغ الغرامة بخصمه لاحقاً من المبلغ المحتجز، ومن ثم فإن المقاول في هذه الحالة يلتزم باستكمال تنفيذ العقد، وليس له كأصل عام أن يدفع بعدم التنفيذ، حتى وإن كان المقاول مستحقاً لتلك المبالغ، وذلك بهدف استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وقضت هذه المحكمة أيضاً في حكم لها بأنه: " ... لا وجه لإلزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم " مقاصة " دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لدى المصلحة نفسها أو لدى أية مصلحة حكومية أخرى، ومن ثم ليس إلزاماً أن تلجأ الإدارة إلى القضاء ما دام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الاضرار ... " ^٢.

وأضاف هذا الحكم نتيجة مهمة تتمثل في أن سلطة الإدارة في خصم ما يستحق لها من مبالغ لدى المقاول ومنها غرامة التأخير لا تقتصر على مستحقاته لديها فقط، بل تمتد للخصم من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى دون حاجة للجوء إلى القضاء.

وجاء في حكم محكمة التمييز الكويتية الذي أشرنا إليه سابقاً أن: " ... الشركة المستأنف ضدها طلبت نذب خبير لحساب مستحقاتها لدى المؤسسة العامة للرعاية السكنية عن أعمال عقد المقاوله بإنشاء وإنجاز وصيانة مركز ضاحية فرعي عبدالله السالم (أ) ورد الكفالات المصرفية وتعويضها عما لحقها من أضرار مادية وأدبية نظراً لعدم صرف مستحقاتها نتيجة فرض غرامة التأخير على الشركة، حيث تدعي الشركة عدم كفاية المدة التي قررتتها المؤسسة لتنفيذ العقد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٧٣٥٣ - س ق ٤٤ - جلسة بتاريخ ٢٠٠١/١٢/١٢ - الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ٢٠٠٤/١٩٨٠ - د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٤٥٠.

(٢) حكم المحكم الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١١٨٠ - س ق ٨ - تاريخ الجلسة ١٩٥٦/١١/٢٧ - مشار إليه لدى: د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ١٨٨.

بواقع ٣٥ يوماً لمواجهة أعمال إعادة تأسيس التربة وأن مدة التأخير التي حسبتها المؤسسة على الشركة بواقع ٧٣ يوماً لا تتفق وظروف تنفيذ هذه الأعمال، وأعدت لجنة الخبرة تقريرها بتأييد حق المؤسسة في الحصول على غرامة التأخير كاملة بواقع ٢٦٢,٥٥٩,٥٧٢ دينار ولم يحدد التقرير مدى صحة ما تطالب به الشركة من مستحقات نتيجة تأخير رد الكفالات المصرفية...^١.

مما ورد بهذا الحكم من حيثيات يتبين لنا أنه يحق للإدارة في سبيل اقتضاء غرامة التأخير التي احتسبتها خلال مدة تنفيذ العقد أن تحجز على مستحقات المقاول لديها إلى أن يتم تصفية الحساب بين كلا الطرفين المتعاقدان عند إجراء الحساب الختامي وخصم هذه الغرامة من المستحقات المحتجزة تحت يدها قبل صرفها له، وللإدارة في سبيل ذلك أن تمتنع عن رد التأمين النهائي.

وقضت المحكمة الكبرى المدنية الأولى البحرينية في حكم - سبقت الإشارة إليه - بأنه: "... يحق للإدارة توقيع غرامة التأخير على الشركة التي لم تنفذ التزاماتها خلال مدة السنة المتفق عليها في العقد، وعليه فإن امتناع الإدارة عن الوفاء بسداد باقي مستحقات المتعاقد البالغ قدرها ١٥٦٦٠,٣٤١ ديناراً بحرينياً والتي هي عبارة عن غرامة تأخير بنسبة ١٠% من قيمة المشروع بما يعادل مبلغ ٨٨٤٦,١٤١ ديناراً لتأخرها في كامل أعمال المشروع وقيمة إصلاح العيوب بمبلغ ٥٩٤٧ دينار يكون قائماً على سند من القانون".^٢

يتبين لنا من هذا الحكم اتجاه القضاء البحريني بشأن سلطة الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير من مستحقات المقاول، وذلك بأن للإدارة في سبيل اقتضاء مبلغ الغرامة وقيمة إصلاح عيوب الأعمال التي قامت بها الشركة أن تمتنع عن سداد باقي مستحقات المقاول بما يساوي مبلغ هذه الغرامة، بالإضافة إلى قيمة إصلاح العيوب بتلك الأعمال.^٣

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية - الدائرة الأولى - تمييز إداري - الطعن رقم ٢٠١١/٧٥ - إداري ١ - تاريخ الجلسة ٢٨/١/٢٠١٥ - غير منشور.

(٢) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - الدعوى رقم ٢٠١٢/٨٤٨٤ ورقم ٢٠١٢/١٢٣٣٦ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٣ - غير منشور.

(٣) نرى أن القضاء البحريني قد استخدم مصطلح " امتناع " للتعبير عن معنى " الحجز والخصم لاقتضاء غرامة التأخير " وذات المصطلح استخدمه المشرع البحريني في الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية للتعبير عن احتجاز مبلغ غرامة التأخير المستحقة على المقاول.

كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن قيام الإدارة بالامتناع عن سداد مستحقات المقاول على النحو السالف ذكره قائماً على سند من القانون، وبذلك نجد أن القضاء البحريني يُقر بسلطة الإدارة في الحجز والخصم لاقتضاء مبلغ غرامة التأخير من المقاول، وتُصرف بعد ذلك للمقاول باقي المبالغ المستحقة له عن تنفيذ العقد.

الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول:

ذهب فريق من الفقه إلى إن الإدارة في عقد الأشغال العامة تتمتع بسلطات استثنائية في مواجهة المقاول المتعاقد معها للحجز على مستحقاته لديها لاقتضاء غرامة التأخير، ومن ثم خصمها مباشرة من تلك المستحقات، دون حاجة للجوء إلى القضاء.

وسنعرض في هذا الفرع موقف الفقه من سلطة الإدارة في حجز وخصم غرامة التأخير من مستحقات المقاول، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف الفقه من سلطة الإدارة في الحجز على غرامة التأخير:

اتجه رأي من الفقه إلى أن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر تمكنها من اقتضاء ما يستحق لها من غرامات تأخير على المقاول، وهذه السلطة أتاحت للإدارة التمييز في ذلك عن غيرها من الأفراد، بحيث يكون لها حق احتجاز جزء من مستحقات المقاول لديها وتأجيل خصم هذه الغرامة^١.

وفي المقابل ذهب رأي آخر من الفقه إلى أنه في حالة عدم كفاية مستحقات المقاول لدى الإدارة ذاتها مصدرة قرار الحجز على غرامة التأخير، فإنه يحق لها مطالبة الجهات الإدارية الأخرى بحجز ما لديها من مستحقات للمقاول ذاته لاقتضاء مبلغ الغرامة، وذلك دون حاجة لاتباع طريق الحجز على ما للمدين لدى الغير^٢.

يمكن القول إن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه من تمتع الإدارة بسلطة الحجز على مبلغ غرامة التأخير من مستحقات المقاول لديها أو لدى غيرها يضمن للإدارة اقتضاء مبلغ الغرامة من تلك المستحقات عند إجراء الحساب الختامي عن هذا التنفيذ، لذا فإن وجود هذه المبالغ تحت سلطة الإدارة يشكل ضماناً تمكنها من الحجز على مبلغ غرامة التأخير.

(١) د. جورج شفيق ساري - المبادئ العامة للقانون الإداري - المرجع السابق - ص ١٠٢٦.

(٢) د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٥٠ / د. حمد محمد حمد الشلثاني - المرجع السابق - ص ١٧٩-١٨٠.

فذهبت آراء بعض الفقه إلى أنه لا يمكن للمقاول أن يتذرع بعدم إمكان الحجز على مستحقاته لدى الجهات الإدارية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، بدعوى أنه لا يجوز الحجز على ما للغير لديها، ومن ثم فإنه لا يجوز للمقاول أن يتخذ أية إجراءات قانونية بقصد الحجز على غرامة التأخير، حيث لا يرد مبلغ الغرامة إلى المقاول إلا بحكم قضائي^١.

ومن ثم إذا ما رأى المقاول عدم أحقية الإدارة في الحجز على مبلغ الغرامة لانتفاء إخلاله بالتأخير، فإنه يحق له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالإفراج عن المبلغ المحتجز، إذا كان لذلك مقتضى.

ثانياً: موقف الفقه من سلطة الإدارة في خصم غرامة التأخير:

ذهبت آراء بعض الفقه إلى أن الإدارة تملك سلطة خصم غرامة التأخير من المبالغ المستحقة للمقاول لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، وذلك قبل صرفها له ودون حاجة لصدور حكم قضائي بذلك^٢.

وفقاً لما يراه أصحاب هذا الاتجاه من تمتع الإدارة بسلطة اقتضاء غرامة التأخير بخصمها مباشرة من مستحقات المقاول لدى الجهة المتعاقدة ذاتها أو أية جهة إدارية أخرى، يمكن القول أنه يستوي في هذه الحالة أن تكون هناك مستحقات مالية لهذا المقاول عن عقود جارٍ تنفيذها مع جهات إدارية أخرى حتى تتمكن الإدارة من اللجوء للخصم من مستحقاته لدى تلك الجهات، ولما كان صرف مستحقات المقاول يعني خروج هذه المبالغ من ذمة الإدارة إلى ذمة المقاول، فيجب على الإدارة أن تقوم بإجراء خصم غرامة التأخير قبل الإذن بصرفها له، الأمر الذي يضمن لها الحصول على مستحقاتها طالما ما زالت تحت تصرفها.

فاتجه رأي من الفقه إلى أنه للإدارة في حالة سحب المشروع من المقاول وتنفيذه على حسابه، أن تتعاقد مع مقاول آخر لاستكمال تنفيذ العقد، وخصم كافة المبالغ المترتبة على ذلك من مستحقات المقاول المسحوب منه المشروع^٣.

(١) د. نصرالدين بشير - المرجع السابق - ص ١٦١ / د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - المرجع السابق - ص ١١٤ / د. محمد فؤاد الحريري - تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير - المرجع السابق - ص ٤٧٠-٤٧١ / د. حمد محمد حمد الشلحاني - المرجع السابق - ص ١٧٩-١٨٠ / د. محمود خلف الجبوري - المرجع السابق - ص ١١٩ / د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ٨٢.

3) David Chappell - Construction Contracts - Questions and Answers - Second Edition - Spon Press - London and New York - 2011 - p.155.

ويمكن القول إن سحب المشروع من المقاول وتنفيذه على حسابه كإجراء ضاغط يتم بمقتضاه رفع يد المقاول عن المشروع والأدوات والمعدات الذي أحضرها لموقع العمل، وذلك لاستخدامها في سبيل استكمال المشروع موضوع العقد، ومن ثم فإذا ما ترتبت أية تكاليف أخرى على الإدارة بالإضافة إلى المصاريف الإدارية نتيجة سحب المشروع يكون للإدارة الحق في الرجوع على المقاول الأصلي وخضم كافة التكاليف المترتبة على ذلك بالإضافة إلى أية غرامات مستحقة عليه، وذلك من مستحقاته بموجب العقد.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه من سلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول، نخلص إلى أن للإدارة في سبيل اقتضاء غرامة التأخير أن تحجز على مستحقات المقاول مبلغاً يساوي مبلغ غرامة التأخير ومن ثم خصمها مباشرة من تلك المستحقات، أو أن تؤجل خصمها إلى حين إجرائها للحساب الختامي للعملية جميعها، سواءً من مستحقاته لدى الجهة الإدارية ذاتها، أو لدى جهة أية إدارية أخرى.

هكذا تشكل مستحقات المقاول بموجب عقد الأشغال العامة ضماناً للإدارة لاقتضاء غرامة التأخير، ومن ثم يتم صرف تلك المستحقات للمقاول بعد إجراء كافة الخصومات واقتضاء الإدارة لمستحقاتها.

وعلى قدر ما للتنظيم التشريعي لسلطة الإدارة تجاه مستحقات المقاول لاقتضاء غرامة التأخير بموجب عقد الأشغال العامة من أهمية في إيجاد تنظيم قانوني متكامل لأحكام هذه السلطة، وعدم ترك المجال واسعاً أمام الإدارة في الانفراد بتنظيمها لها باعتبارها تمس حقوق مالية من المفترض أن تعود إلى الخزنة العامة للدولة، فإننا نأمل من المشرع البحريني تنظيم أحكام هذه السلطة ضمن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني، وذلك من ناحية الحجز والخصم من مستحقات المقاول ليس فقط فيما يخص اقتضاء غرامة التأخير، بل كافة المبالغ المستحقة لها، سواء من مستحقاته بموجب العقد المبرم بينهما، أو من مستحقاته لدى أية الجهات الإدارية الأخرى.

حيث أنه مع عدم تمتع الإدارة بسلطة تجاه مستحقات المقاول لدى الجهات الإدارية الأخرى، نجد أنها بذلك ستضطر للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار نتيجة عدم كفاية التأمين النهائي ونفاذ مستحقات المقاول بموجب العقد.

المبحث الثالث: ضمانة معدات وأدوات المقاول

تمهيد وتقسيم:

تتطلب طبيعة الأعمال اللازمة لتنفيذ المشاريع التي يتناولها موضوع عقد الأشغال العامة أن يستخدم المقاول بموقع العمل معدات وأدوات وغيرها مما يكون ضرورياً لتنفيذ تلك المشاريع، وأن تتفق أوصافها وأنواعها ونوع المشروع الذي تم التعاقد على تنفيذه.

لذا ذهب المشرع وبعض أحكام القضاء في الدول محل المقارنة إلى جانب فريق من الفقه إلى أن للإدارة سلطة الحجز على معدات وأدوات المقاول وغيرها مما يوجد بموقع العمل إلى أن تحصل على كافة المبالغ المستحقة لها في ذمة المقاول، ومنها غرامة التأخير، وإلا كان للإدارة في سبيل اقتضاؤها لتلك المبالغ أن تبيع هذه المعدات والأدوات وخلافه دون أدنى مسئولية نتيجة هذا البيع، لذلك تُعد تلك المعدات والأدوات وغيرها مما يستخدمه المقاول بموقع العمل ضمانة للإدارة تمكنها من اقتضاء الغرامة المستحقة عليه.

وسنعرض في هذا المبحث لمفهوم معدات وأدوات المقاول والاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه هذه المعدات والأدوات لاقتضاء غرامة التأخير، وذلك من خلال بيان موقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب موقف الفقه من هذه الضمانة، وسنقسمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم معدات وأدوات المقاول.

المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول.

وسنقوم من خلال دراستنا لهذا المبحث بالتعليق على النصوص التشريعية وأحكام القضاء وآراء الفقه، وبيان موقفنا منها.

المطلب الأول:

مفهوم معدات وأدوات المقاول

يتجه الفقه بوجه عام إلى اعتبار معدات وأدوات المقاول في عقد الأشغال العامة بأنها كافة المعدات والأدوات والآلات وغيرها مما يستخدمه المقاول بموقع العمل، والتي يعد وجودها أمراً لازماً لاستكمال تنفيذ المشروع موضوع العقد، سواء عند قيام المقاول بتنفيذ العقد بنفسه، أو عند سحب المشروع منه نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدية وتنفيذ العقد على حسابه ومسئوليته، وسوف نعرض هذه الآراء على النحو الآتي:

وفي هذا الصدد ذهب رأي في الفقه إلى أن طبيعة الأعمال المتعلقة بتنفيذ المشاريع التي يتناولها موضوع عقد الأشغال العامة، كالمعلقة بالبناء والإنشاءات، أو الترميم، أو الأعمال الميكانيكية، أو الكهربائية، أو غيرها من الأشغال التي تستلزم أن يستخدم المقاول المتعاقد مع الإدارة أدوات ومعدات وآلات وغيرها مما يشترط فيه أن يكون ضروري لتنفيذ الأعمال الخاصة بالمشروع موضوع العقد^١.

ولما كان تنفيذ أعمال مشاريع الأشغال العامة لا يتم إلا عن طريق المقاول الذي تتوفر فيه الامكانيات المالية والفنية التي يجب أن تكون على درجة من الكفاءة لتنفيذ هذه المشاريع، نجد أن هذا ما يتحقق من خلال إجراءات البت والطرح في المناقصة للمقارنة بين العطاءات المقدمة من قبل المتناقصين، واختيار المتناقص الأكفء والذي تتوفر فيه كافة هذه الامكانيات بما يضمن قدرته على تنفيذ المشروع موضوع المناقصة.

واتجه رأي آخر في الفقه إلى أن هذه المعدات والأدوات وغيرها من الآلات يجب أن تكون متوافقة من حيث الأوصاف والأنواع مع المشروع موضوع العقد، وذلك لضمان تنفيذ العقد وفقاً للغرض المنشود، وبناء عليه ينبغي أن تكون هذه المعدات والأدوات وغيرها من الآلات على قدر من الجودة والقيمة، وأن تظل في موقع العمل ضماناً لاستكمال تنفيذ المشروع إلى حين الانتهاء من التنفيذ الكلي للعقد^٢.

(١) د. محمود خلف الجبوري - المرجع السابق - ص ١٨٥.

(٢) أ. د. حفيظة السيد الحداد - المرجع السابق - ص ١٩١.

ونجد أنه من البديهي أن تكون هذه المعدات والأدوات وخلافه من آلات ذات قيمة مالية معينة، ومن صالح الإدارة أن يظل كل ما يستخدمه المقاول في تنفيذ المشروع في موقع العمل إلى حين استكمال تنفيذه، ومن ثم الإفراج عن موجودات المشروع، وذلك ضماناً لاستكمال تنفيذ المشروع على النحو المطلوب، سواء باستمرار المقاول المتعاقد معه في تنفيذ العقد، أو عن طريق أي مقاول آخر عند قيام الإدارة باتخاذ إجراءات سحب المشروع من المقاول المتعاقد معه.

وتميل بعض آراء الفقه إلى أنه إذا أخل المقاول المتعاقد مع الإدارة بأي شرط من شروط عقد الأشغال العامة إخلالاً جسيماً، أو أهمل، أو أغفل القيام بأحد التزاماته التعاقدية، ولم يصلح أثر ذلك الإخلال خلال مدة السماح التي قد تمنحه إياها الإدارة قبل قيامها باتخاذ إجراءات فرض الجزاءات الضاغطة عليه، فإنه يحق لها في هذه الحالة أن تواجه المقاول بما يمنحها هذا العقد من سلطات استثنائية تمكنها من سحب المشروع منه كإجراء ضاغط تستطيع بموجبه أن ترفع يده عن المشروع والحجز على موجوداته من معدات وأدوات وآلات وغيرها^١.

وفي هذا المجال قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... لجهة الإدارة وفقاً لتقديرها المطلق علاوة على اقتضاء غرامة التأخير الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل الأعمال من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه، وأن تستعملها في إتمام العمل، كما أن لها أن تحجزها حتى بعد انتهاء العمل وذلك ضماناً لحقوقها قبل المقاول..."^٢.

من هذا الحكم يتبين لنا أن للإدارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه عند سحب المشروع من المقاول، باعتبار أن هذه المعدات والأدوات وغيرها تعد ضرورية لاستكمال تنفيذ المشروع، سواء من قبل الإدارة ذاتها، أو عن طريق إحالة تنفيذ العقد لمقاول آخر لاستكمال التنفيذ، وأن احتجازها لمعدات وأدوات المقاول بموقع العمل يخضع لسلطتها التقديرية فيما تقدره أصلح للمرفق العام موضوع العقد، بمعنى أن فرض الحجز في هذه الحالة ليس إلزاماً عليها.

(١) د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٢١٣ / د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٥٧-٣٥٨ /

د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٧٢-٢٧٤ / د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ١١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٤٨ ق - جلسة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٧ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٧١٠.

ويقصد بسحب المشروع من المقاول أنه جزء ضاغط ومؤقت تفرضه الإدارة على المقاول وفقاً لسلطتها في التنفيذ المباشر بموجب عقد الأشغال العامة، وهو بذلك يُعد من الجزاءات التي تخضع المقاول لإجراءات الضغط التي تستطيع الإدارة بمقتضاها رفع يد المقاول عن المشروع وموجوداته، والحجز على معداته وأدواته وغيرها مما يكون موجود بموقع العمل ولازماً لاستكمال تنفيذ المشروع، حتى تكفل استمرار تنفيذ العقد وانتظام تنفيذ المشروع موضوع العقد، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، وبذلك تمثل هذه السلطة مظهراً من أهم مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية^١.

ومن أمثلة الإخلال المؤدي إلى سحب المشروع من المقاول والحجز على موجوداته، كعدم قيام هذا الأخير بالبدء في تنفيذ العقد خلال الموعد المحدد لذلك، أو توقفه عن استكمال تنفيذه لمدة معينة بدرجة ترى معها الإدارة أنه لن يتم الانتهاء من تنفيذ العقد خلال التاريخ المحدد للتسليم الابتدائي للمشروع، فالأخطاء ذات الأهمية المحدودة لا تكفي لسحب المشروع^٢.

وبمقتضى هذه السلطة، فإنه يحق للإدارة إما أن تحل نفسها محل المقاول المسحوب منه المشروع، ومن ثم تنفذ العقد بنفسها، أو أن تعيد طرح المشروع في مناقصة جديدة بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها سابقاً والتعاقد مع مقاول آخر بأحد الطرق المقررة بقوانين المناقصات، وبأي أسلوب من أساليب طرح المناقصة، سواء كان عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة أو المناقصة المحدودة أو بطريق التعاقد المباشر - بحسب الأحوال، مستخدمة كل ما كان محتجراً بموقع العمل ولازماً لاستكمال تنفيذ المشروع^٣.

فإذا ما قامت الإدارة بممارسة هذا الحق، فإنه يجب عليها بمجرد اتخاذها لإجراءات سحب المشروع أن تعين الأشغال لتمييز العمليات التي يتضمنها، وأن تحرر قائمة جرد مفصلة لتلك الأدوات والمواد والمعدات من حيث طبيعتها ودرجة استهلاكها، وذلك بحضور المقاول رسمياً، ومن ثم يحق للإدارة استخدام المعدات والأدوات والآلات وغيرها مما تم الحجز عليه في استكمال تنفيذ الأعمال التي لم يتم إنجازها من المشروع المسحوب من المقاول، أو تلك التي أخل بها أو ألحق بها ضرراً نتيجة إخلاله^٤.

(١) د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٥٣-٣٥٤ / د. عبدالرؤوف جابر - المرجع السابق - ص ٤٧٢-٤٧٤ /

د. هارون عبدالعزيز الجمل - المرجع السابق - ص ١٧٦.

(٢) د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ٢٣٠.

(٣) د. سعاد الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٤٨٣.

(٤) د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٢٣٠.

وقضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن في حكم لها بأنه: " ... ومن حيث أنه لما كان الثابت بالأوراق أن الإدارة الطاعنة لم تجر جرداً لمهمات وأدوات ومواد المطعون ضده بعد سحب العمل منه ... فإنها ملزمة بناء على ذلك بأن تسلمه المواد والمهمات والأدوات التي احتجزتها بموقع العمل وقت سحب الأعمال منه...^١ .

من هذا الحكم يؤكد لنا القضاء على أنه لا يمكن الحجز على معدات وأدوات وآلات المقاول وغيرها مما يستخدمه في تنفيذ المشروع ويكون موجوداً بموقع العمل دون قيام الإدارة أولاً بإجراء جرد لما يستخدمه المقاول بموقع العمل، ومن ثم يعد إجراء الحجز في هذه الحالة غير صحيح، ويلزم أن يتم جرد كل ما هو خاضع للحجز بموقع العمل.

وفي هذه الحالة، تتم عملية استكمال تنفيذ المشروع موضوع العقد بنفس شروط العقد المبرم مع المقاول المسحوب منه المشروع وعلى حسابه ومسئوليته، وباستخدام كل ما كان محتجزاً بموقع العمل^٢.

فعند ما تبدأ عملية استكمال تنفيذ المشروع المسحوب من المقاول وعلى حسابه، تكون الإدارة بمثابة الوكيل عنه في هذا التنفيذ، فإن قامت هذه الأخيرة باستكمال تنفيذ المشروع بنفسها فيجب عليها أن تبذل العناية اللازمة في هذا التنفيذ وكذلك الحال بالنسبة لاستخدامها لمعدات وأدوات وآلات المقاول وغيرها كالعناية التي تبذلها في تنفيذ أعمالها الخاصة، أما إذا تمت إحالة أمر تنفيذ العقد لمقاول جديد فإنه يجب على من عهد إليه أمر تنفيذ العقد محل المقاول المسحوب منه المشروع الالتزام كذلك ببذل العناية اللازمة في ذلك^٣.

وبتحمل المقاول المسحوب منه المشروع كافة التكاليف الناتجة عن سحب المشروع منه، كفروق الأسعار والمصاريف الإدارية وغرامة التأخير المحتسبة قبل سحب المشروع، بالإضافة إلى أية مبالغ أخرى قد ترتبت نتيجة لذلك، وليس من حقه أن يتقاضى فوراً قيمة الأعمال التي قام بتنفيذها قبل أن يُسحب منه المشروع، كما لا يرد له تأمينه النهائي المودع من قبله مسبقاً،

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٣٦ ق - جلسة بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٦ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٦٩٨.

(٢) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - عقود الأشغال العامة الدولية والتحكيم فيها - المرجع السابق - ص ٢٠٤.

(٣) د. محمد عبدالعال السناري - المرجع السابق - ص ٢٧٠.

ولا يحق له المطالبة بالمعدات والأدوات وغيرها من الآلات والمواد المحتجزة بموقع العمل أو أية مصروفات تكبدها نتيجة ذلك، لذلك فإن اتخاذ هذا الإجراء لا ينهي الرابطة التعاقدية^١.

هنا يمكن القول إن المبرر في عدم انتهاء الرابطة التعاقدية مع المقاول المسحوب منه المشروع أن قيام الإدارة باستكمال تنفيذ العقد، أو إحالة أمر تنفيذه إلى مقاول جديد سيتم في ظل التعاقد السابق، وبنفس الشروط المتعاقد عليها، وباستخدام معدات وأدوات وغير ذلك مما تعود ملكيته للمقاول المسحوب منه المشروع.

وهكذا يتبين لنا مفهوم معدات وأدوات المقاول وهي كل ما يستخدمه هذا الأخير بموقع العمل، ويكون لازماً وضرورياً لتنفيذ المشروع موضوع عقد الأشغال العامة، وأن تتفق أوصاف وأنواع هذه المعدات والأدوات وغيرها من الآلات وخلافه ونوع ذلك المشروع، على أن تكون لها قيمة مالية معينة، سواء باستمرار المقاول المتعاقد معه بتنفيذ العقد، أو عند سحب المشروع منه وتنفيذه على حسابه.

(١) د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ٢٢٩.

المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية حول سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول

ذهب المشرع وبعض أحكام القضاء إلى جانب فريق من الفقه إلى أن معدات وأدوات المقاول التي يستخدمها في تنفيذ عقد الأشغال العامة تُعد ضماناً للإدارة تمكنها من اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عليه باعتبارها تخضع لسلطة الإدارة في الحجز والبيع لاقتضاء الغرامة.

وسنعرض في هذا المطلب موقف المشرع وبعض أحكام القضاء والفقه من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول لاقتضاء غرامة التأخير، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول:

نظم المشرع المصري أحكام سلطة الإدارة في الحجز على معدات وأدوات المقاول وغيرها مما يوجد بموقع العمل، ومن ثم بيعها بهدف اقتضاؤها لكافة مستحققاتها لدى المقاول من غرامة تأخير وتعويضات وغير ذلك، في حين أحال المشرع الكويتي والبحريني أمر تنظيم هذه السلطة لشروط المناقصة وعقد الأشغال العامة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

فقد نص المشرع المصري في المادة رقم (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ على أنه: " إذا أخل المقاول بأي من شروط العقد ... كان للسلطة المختصة الحق في: ... ب- سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه ... ويكون للجهة الإدارية في هذه الحالة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت مؤقتة ومبانٍ وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق في الاحتفاظ بها ضماناً لحقوقها ولها في سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع. على أنه في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة

كل خسارة تلحق بها ... من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أياً كان سبب الاستحقاق...^١.

لما كانت عقود الأشغال العامة تستلزم بطبيعتها أن يستعمل المقاول بموقع العمل معدات ومواد وآلات وخلافه للقيام بتنفيذ الأشغال موضوع العقد، فإن المشرع المصري نظم أحكام سلطة الإدارة في الحجز على كافة الموجودات بموقع العمل لضمان اقتضاءها لمستحقاتها لدى المقاول دون أن تكون مسئولة عما يصيبها من ضرر أو دفع أي أجر عنها نتيجة ذلك في حالة سحب المشروع من المقاول فقط.

وبناء على النص السابق فإنه لا يمكن للإدارة أن تلجأ إلى الحجز على تلك الموجودات إلا عند سحبها للمشروع، إلا أننا نرى أنه يمكن الحجز على المعدات وغيرها مما يوجد بموقع العمل في غير حالة سحب المشروع حرصاً على مصلحة المرفق العام، فإذا تبين بعد ذلك وإجراء الإدارة لخصم مستحقاتها من تلك الضمانات أنها لا تكفي لاقتضاء مبلغ غرامة التأخير وغيرها مما يستحق لها، يكون لها الحق في بيع تلك الموجودات.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد أورد في المادة رقم (١٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ حكماً عاماً يمنح الإدارة الحق في تضمين عقد الأشغال العامة الجزاءات التي يمكن لها فرضها على المقاول بموجب العقد، حيث نصت هذه المادة على أنه : " يجب قبل طرح توريد الأصناف أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة أن تقوم الجهة الحكومية ذات الشأن بوضع مواصفات تفصيلية عن كل صنف أو عمل وتضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات التفصيلية الكاملة وجداول الكميات المفصلة الدقيقة التي تبين افراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الاخلال بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه بالإضافة إلى صيغة المناقصة وشروط العقد العامة"^٢.

من نص هذه المادة يتبين لنا أن قانون المناقصات الكويتي خلا من تنظيم أحكام سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول، في حين ترك للإدارة أمر تضمين العقد الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة في حالة إخلال المقاول بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه للعقد عن المواعيد المتفق عليها.

(١) المادة رقم (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.
(٢) المادة رقم (١٤) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي - المرجع السابق.

تطبيقاً لذلك، فقد ورد بالمادة رقم (١٠) من الشروط الخاصة لمناقصة صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما، الخاصة بآثار السحب أو الفسخ على أنه: " يترتب على إلغاء العقد أو سحب العمل من المقاول ... ما يلي: أ- أن يصبح التأمين النهائي حقاً خالصاً للوزارة دون الحاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية. ب- أن تقوم الوزارة بتنفيذ ما لم يتم من العقد وذلك بالطريقة التي تراها مناسبة مع الرجوع على المقاول بكافة ما يستحق لها من تعويضات أو مصاريف.

وللوزارة الحق في حجز كل أو بعض الآلات والأدوات والمواد التي استحضرها المقاول أو استعملها في إتمام العمل وذلك دون أن تكون مسئولة من قبل المقاول أو الغير عن هذه الآلات والأدوات والمواد سواء فيما يصيبها من تلف أو نقص في القيمة وكذلك لا تُسأل الوزارة عن دفع أي مبلغ يستحق للغير عن هذه المهمات أو دفع أي أجر عنها للمقاول أو للغير ويكون للوزارة كذلك الحق في أن تحجز كل أو بعض الآلات والمهمات الواردة حتى بعد إتمام العمل وذلك ضماناً لحقوقها من قبل المقاول. ولهذا الغرض يكون من حق الوزارة أن تمتنع عن صرف أية مبالغ تكون مستحقة للمقاول أو تستحق له حتى تتم تسوية هذه النفقات والخسائر والمصاريف الإدارية كذلك يكون لها الحق تحقيقاً لهذا الغرض حجز كل أو بعض مستحقات المقاول لدى الوزارة والمصالح الأخرى وكذلك الحق في بيع الآلات والأدوات والمواد التي استحضرها المقاول بالكيفية التي تراها دون أن تكون مسئولة عن أي خسارة تلحق من جراء بيعها ...".

يتبين من نص هذه المادة أن الإدارة في الكويت عملت على تضمين الشروط العامة للمناقصات أحكام سلطة الإدارة في الحجز على معدات وأدوات المقاول وذلك بناءً على نص المادة رقم (١٤) سالف الذكر من القانون المشار إليه، حيث أجازت هذه المادة للإدارة أن تلجأ إلى تنفيذ الحجز على تلك المعدات والأدوات وغيرها مما يكون موجود بموقع العمل في حالتي فسخ العقد أو سحب المشروع من المقاول، علاوة على حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي والامتناع عن صرف مستحقات المقاول بكلا الحالتين والرجوع عليه بكافة المبالغ المستحقة لها.

وسلك المشرع البحريني مسلك المشرع الكويتي من حيث عدم تنظيم أحكام سلطة الإدارة في الحجز على معدات وأدوات المقاول في عقد الأشغال العامة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ ولا

(١) الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

في اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢، وأحال أمر تنظيم هذه السلطة لشروط عقود الأشغال العامة^١.

ونصت الفقرة الأخيرة من الفقرة رقم (٦٣,٢) من المادة رقم (٦٣) من الشروط العامة لعقود الأشغال العامة على أنه: " إذا أخل المقاول بالتزاماته بتنفيذ العقد، يجوز للإدارة سحب المشروع من المقاول ومن ثم تقوم بنفسها باستكمال تنفيذ العقد أو تنفيذه على حسابه، ويحق لها في هذه الحالة أن تحجز على معدات وأدوات المقاول الموجودة بموقع العمل لاستكمال تنفيذ العقد، وتظل هذه المعدات والأدوات خاضعة لسلطة الإدارة، ومن ثم يجوز لها في أي وقت بيع تلك المعدات والأدوات أو أي منها في سبيل اقتضاؤها لأية مبالغ مستحقة لها قبل المقاول بموجب هذا العقد^٢."

وفقاً للتنظيم الوارد بهذا النص، نجد أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة في البحرين نظمت أحكام سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول، وأجازت للإدارة فرض سلطتها في الحجز على تلك المعدات والأدوات بموقع العمل عند سحب المشروع من المقاول لاستكمال تنفيذ المشروع، فإذا كانت هناك أية مبالغ مستحقة للإدارة على المقاول المسحوب منه المشروع بالإضافة إلى أية غرامات تأخير أو تعويضات عن الأضرار التي تعرضت لها الإدارة نتيجة إخلال المقاول الذي أدى إلى سحب المشروع منه، ولم تتمكن الإدارة من اقتضاؤها من الضمانات المقررة لها بموجب العقد، كالتأمين النهائي ومستحقات المقاول، جاز لها بيع تلك المعدات والأدوات في سبيل اقتضاء تلك المستحقات ومنها غرامة التأخير.

ومن خلال استعراضنا للأنظمة القانونية بكل من مصر والكويت والبحرين حول سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول لاقتضاء غرامة التأخير، وجدنا أن المشرع المصري ينظم هذه السلطة في القانون وذلك من ناحية الحجز على تلك المعدات والأدوات في حالة سحب المشروع من المقاول، وذلك ضماناً لاقتضاؤها الإدارة لمستحقاتها قبل المقاول ومنها غرامة التأخير، فإذا لم تتمكن الإدارة من اقتضاء هذه الغرامة من الضمانات الأخرى بموجب العقد كان

(١) المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين - <http://www.legalaffairs.gov.bh>

2) Sub-Clause (63.2) – Standard Contract Agreement and Conditions of Contract – Op.cit – p.71-72.

لها الحق في بيع تلك المعدات والآلات دون أدنى مسئولية نتيجة هذا البيع واقتضاؤها للغرامات المستحقة على المقاول.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فقد أحال إلى الشروط العامة للمناقصة أمر تنظيم هذه السلطة استناداً لنص المادة رقم (١٤) من القانون، والتي أجازت للإدارة أن تضمن الجزاءات التعاقدية ومنها غرامة التأخير ضمن شروط المناقصة وشروط العقد، والتي بناءً عليها تناولت المادة رقم (١٠) من الشروط العامة لمناقصة صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة أحكام تنظيم سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول لاقتضاء غرامة التأخير، والتي لم تقصر سلطة الحجز على وبيع تلك المعدات والأدوات في حالة سحب المشروع من المقاول فقط كما فعل المشرع المصري، بل كذلك في حالة فسخ العقد.

في حين نظم المشرع البحريني أحكام سلطة الإدارة في الحجز على معدات وأدوات المقاول الموجودة بموقع العمل لاقتضاء غرامة التأخير بالفقرة رقم (٢، ٦٣) من المادة رقم (٦٣) من الشروط العامة لعقود الأشغال العامة، ومنحها هذه السلطة عند سحب المشروع من المقاول فقط، ومن ثم بيعها في سبيل اقتضاء الإدارة لكافة مستحققاتها ومنها غرامة التأخير.

ولما كانت معدات وأدوات المقاول الموجودة بموقع العمل تشكل ضماناً للإدارة لاقتضاء مستحققاتها لدى المقاول ومنها غرامة التأخير، كان على المشرع البحريني أن ينظم أحكام سلطة الإدارة في الحجز على تلك المعدات والأدوات وبيعها لاقتضاء مستحققاتها ومنها غرامة التأخير في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية، وذلك من ناحية الحجز على تلك المعدات والأدوات باعتبارها تشكل ضماناً لاقتضاء الإدارة لمستحققاتها ومنها غرامة التأخير، وأن يكون لها في سبيل ذلك أن تبعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع، بالإضافة إلى منح الإدارة الحق في فرض هذه السلطة في حالة فسخ العقد علاوة على سحب المشروع من المقاول.

حيث أن تنظيم هذه السلطة بالقانون كغيرها من الجزاءات التعاقدية يشكل ضماناً في استقرار أحكامها بعقود الأشغال العامة، وأن يكون الجميع على علم بما ينتج عنه اتخاذ إجراء سحب المشروع من المقاول من الحجز على معداته وأدواته، والتي من المحتمل أن تتعرض للبيع عند عدم كفاية مستحققات المقاول وتأمينه النهائي في تغطية المبالغ المستحقة للإدارة نتيجة إخلاله بتنفيذ العقد.

الفرع الثاني: موقف القضاء من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول:

ذهبت بعض أحكام القضاء إلى أن الإدارة تتمتع بموجب عقد الأشغال العامة بسلطة الحجز على معدات وأدوات المقاول الموجودة بموقع العمل، ومن ثم يكون لها بيعها لاقتضاء غرامة التأخير وغيرها مما يستحق لها لدى المقاول، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأنه: "... ومن حيث إنه تأكيداً لجهة الإدارة من استيفاء حقوقها كاملة دون نقصان فإنه يكون من حقها التحفظ على الأدوات والمعدات التي أحضرها المقاول بموقع العمل وأن تمنع صرف أي مبالغ تستحق للمقاول وذلك حتى بعد انتهاء العقد إلى أن تقوم الجهة الإدارية بإجراء تسوية حسابية بطريق المقاصة. على أن تستوفي حقوقها قبله من ثمن هذه المعدات في حالة بيعها...".

وفقاً لهذا الحكم نجد أن الإدارة تتمتع بموجب عقد الأشغال العامة بسلطة الحجز على الأدوات والمعدات الموجودة بموقع العمل ومنع صرف أية مبالغ تستحق للمقاول إلى حين انتهاء العقد، وهكذا يشكل الحجز على معدات وأدوات المقاول ضماناً لاقتضاء الإدارة لحقوقها قبل المقاول، فإذا ما رأت الإدارة أن مستحقات المقاول المحتجزة لديها لا تكفي تغطية الأضرار المترتبة على إخلاله، يكون لها في سبيل اقتضاء حقوقها قبله الحق في بيع هذه الأدوات والمعدات واقتضاء ما لها من غرامات تأخير وغيرها من التعويضات.

وتأكيداً لذلك، قضت المحكمة ذاتها في حكم لها بأن: "... سلطة جهة الإدارة في بيع الآلات والمعدات الموجودة بموقع العمل مقيدة بأن تكون تلك المعدات والآلات مملوكة للمقاول المتعاقد معها، وأساس ذلك أنه لا يجوز كقاعدة عامة بيع ملك الغير...".

لما كانت طبيعة الأعمال موضوع عقد الأشغال العامة تتطلب أن يستخدم المقاول معدات وآلات لتنفيذها غالباً ما تكون في الموقع المخصص للعمل، فإذا ما قامت الإدارة بفرض سلطتها في الحجز على الموجودات بموقع العمل من معدات وآلات وغيرها، فإن سلطتها في بيع تلك

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٣٣٧٣ - س ق ٤٢ - جلسة بتاريخ ٢٠٠٠/٩/١٩ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٧٥٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقمي ٢٠٨٤ و ٢٥٤٥ - س ق ٣١ - جلسة بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ - الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ٢٠٠٤/١٩٨٠ - د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٤٤٤.

المعدات والآلات مقيدة بما تعود ملكيته منها إلى المقاول المسحوب منه المشروع فقط، فإذا كان المقاول مستأجراً لتلك المعدات أو غيرها أو مستعيراً لها فلا يجوز للإدارة إذا ما قامت بالحجز عليها أن تلجأ إلى بيعها، وذلك تأسيساً على أنه لا يجوز كقاعدة عامة بيع ملك الغير.

وقضت المحكمة ذاتها في حكم لها بأنه: " ... ومن حيث أنه لما كان الثابت بالأوراق أن الإدارة الطاعنة لم تجر جرداً لمهمات وأدوات ومواد المطعون ضده بعد سحب العمل منه، وكان الثابت كذلك بمذكرة إدارة العقود والمشتريات بالوحدة المحلية لمدينة المحلة الكبرى المؤرخة ١٦/١٢/١٩٨١ - والمودعة حافظة الإدارة - المقدمة بجلسة ١٤/١١/١٩٨٢ - أن الفروق المالية المترتبة على سحب العمل وقدرها ١٢ مليون و ٤٦٩ جنيهاً وغرامة التأخير المستحقة على المطعون ضده وقدرها ٢٢٠ مليون و ٢٩٤ جنيهاً، قد تم خصمها كاملة من مستحقات المطعون ضدها فإنها ملزمة ببناء على ذلك بأن تسلمه المواد والمهمات والأدوات التي احتجزتها بموقع العمل وقت سحب الأعمال منه... ".

بهذا الحكم يؤكد لنا القضاء المصري أنه لما كانت للإدارة مستحقات مالية لدى الشركة المطعون ضدها تتمثل في الفروق المالية المترتبة على سحب المشروع بالإضافة إلى غرامة تأخير، ومن ثم قامت الإدارة بخصم كافة تلك المستحقات من مستحقات الشركة لديها، فإن الإدارة ملزمة في هذه الحالة بأن تسلم المواد والأدوات التي احتجزتها بموقع العمل للشركة ذاتها على اعتبار أنها قد استوفت كافة مستحقاتها من غرامة التأخير وغيرها مما يستحق لها، ومن ثم ليس هناك مبرراً لقيام الإدارة بالاستمرار في احتجازها لمواد ومهمات وأدوات المقاول.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكم لها بأنه: " ... وحيث أنه بالإضافة إلى تحمل المتعاقد المقصر مع الإدارة الآثار المالية المترتبة على التنفيذ على الحساب والمتمثلة في الزيادة في التكاليف التي تنتج عن هذا الإجراء بقيمة أعلى من تلك التي رست بها عليه الأعمال عند التعاقد، وذلك كتعويض للإدارة عن الأضرار التي أصابتها في هذا الخصوص، فإن لجهة الإدارة وفقاً لتقديرها المطلق علاوة على اقتضاء غرامة التأخير الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل الأعمال من منشآت وقتية مبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه، وأن تستعملها في إتمام العمل، كما أن لها أن تحجزها حتى بعد انتهاء العمل وذلك ضماناً لحقوقها قبل المقاول ولها أن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٣٦ ق - جلسة بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٦ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٦٩٨.

تتبعها دون أن تسأل عن أية خسارة تلحقه من جراء البيع، كما يكون لها الحق في استرداد جميع ما تكبدته من مصروفات خسارة زيادة على قيمة العقد نتجت عن سحب العمل...".

من هذا الحكم يتبين لنا أن حق الإدارة في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه واستعمالها لإتمام العمل أو حجزها حتى بعد انتهائه يكون ضماناً لحقوقها قبل المقاول، المتمثلة في تكاليف سحب المشروع وغرامات التأخير وأية أضرار قد لحقت بها نتيجة ذلك، وأن احتجازها لمعدات وأدوات المقاول بموقع العمل يخضع لسلطتها التقديرية فيما تقدره أصلح للمرفق العام موضوع العقد، بمعنى أن فرض الحجز في هذه الحالة ليس إلزاماً عليها، ومن ثم فإذا كانت مصلحة المرفق تقتضي فرض هذا الحجز بالنظر إلى حجم التكاليف التي ترتبت نتيجة سحب المشروع من مصاريف إدارية وغرامات تأخير وتعويضات وغيرها فليس هناك ما يحول دون فرضها لسلطتها في ذلك.

الفرع الثالث: موقف الفقه من سلطة الإدارة تجاه معدات وأدوات المقاول

اتجه فريق من الفقه إلى أن معدات وأدوات وآلات المقاول بموقع العمل وغيرها مما يخضع لسلطة الإدارة في الحجز عند سحب المشروع من المقاول، تُعد ضماناً للإدارة في اقتضاؤها لمستحققاتها لديه، ومنها غرامة التأخير، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

وفي هذا الصدد ذهب رأي في الفقه إلى أن سلطة الإدارة في الحجز تشمل كل ما يوجد بموقع العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها أو عما يصيبها من نقص أو تلف لأية أسباب كانت أو دفع أي أجر عنها، ويكون لها الحق في الاحتفاظ بها حتى الانتهاء من تنفيذ العقد ضماناً لحقوقها^١.

ويتبين من هذا الرأي أن الإدارة غير مسئولة عن أية أضرار قد تلحق بما قامت بالحجز عليه من معدات وأدوات وآلات ومواد وغيرها مما يستخدمه المقاول بموقع العمل.

بينما اتجه رأي آخر إلى أن حق الإدارة في الحجز على معدات وأدوات وآلات المقاول يجد أصله في القانون المدني الذي جعل من هذا الحق نظرية عامة تنبسط على كافة جوانب

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٤٨ ق - جلسة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٧ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثاني - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٧١٠.

(٢) د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥٨-٥٩.

القانون، ويقوم هذا الحق على مبدأ عام هو أن الدائن إذا كان مديناً في الوقت ذاته لمدينه، فيحق له أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه، لذلك تُعتبر إجراءات الحجز وسيلة من وسائل الضغط على المدين^١.

ومن هذا الرأي نجد أن الحجز على ما يوجد بموقع العمل نتيجة سحب المشروع من المقاول ليس فقط بهدف استكمال المشروع وتنفيذه على حسابه، بل هو كذلك ضماناً لاقتضاء الإدارة لمستحققاتها قبل المقاول.

ونظراً لأهمية المعدات والأدوات المحتجزة بموقع العمل في استكمال تنفيذ المشروع وضماناً للإدارة في اقتضاء مستحققاتها لدى المقاول المسحوب منه المشروع ومنها غرامة التأخير، ذهب رأي في الفقه إلى أن الإدارة لا يمكنها أن تتنازل عن امتيازها في التنفيذ المباشر لاحتجاز هذه المعدات والأدوات وغيرها عند اتخاذها لإجراءات سحب المشروع من المقاول^٢.

فاتجه رأي أحد الفقه إلى أن ضمانات عقد الأشغال العامة كالتأمين النهائي ومستحققات المقاول المسحوب منه المشروع ومعداته وأدواته وغيرها مما يوجد بموقع العمل، يجب أن تظل تحت سلطة الإدارة، عندئذ تصبح الوقاية خير من العلاج^٣.

ونتفق وهذا الرأي من ناحية حق الإدارة في الاحتفاظ بالمستحققات المالية للمقاول الأصلي عن الأعمال التي قام بتنفيذها بموجب العقد، علاوةً على التأمين النهائي المقدم منه، وأن تظل هذه الضمانات تحت سلطة الإدارة إلى حين الانتهاء من تنفيذ المشروع بأكمله.

إلا أنه لما كانت الإدارة ملزمة بالإفراج عن تلك المعدات والأدوات بعد تنفيذ العمل المطلوب، ذهب فريق من الفقه إلى أن قيام الإدارة باحتجاز المعدات والأدوات الموجودة بموقع العمل حتى إلى بعد الانتهاء من تنفيذ العقد يشكل ضماناً للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة على المقاول، فإن اقتضتها تعين عليها تسليم كل المحجوزات أو ما تبقى منها للمقاول،

(١) د. يزيد أنس نصير - توقع الإخلال والإخلال المسبق في العقد - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة الحقوق - العدد ٤ - السنة ٣١ - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - دولة الكويت - ديسمبر ٢٠٠٧ - ص ٢٣٦ / د. عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - الاثبات وأثار الالتزام - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ١٠٤٨.

(٢) د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٢٢١.

(٣) د. عبدالرؤوف جابر - المرجع السابق - ص ٤٧٤.

وإلا كان لها أن تبيعها بغرض اقتضاء حقها في الغرامة المستحقة على المقاول دون أن تكون مسئولة قبلاً عن نتيجة هذا البيع^١.

فذهب رأي فقهي إلى أن إجراء الحجز على جميع ممتلكات المقاول ذات العلاقة بالمشروع مما يوجد بموقع العمل تحت تصرف الإدارة يمثل أحد الضمانات المهمة التي يقوم عليها النظام القانوني لعقود الأشغال العامة، بحيث تتمكن الإدارة وبعد توجيه إنذار للمقاول بعزمها سحب المشروع منه والحجز على أدواته من وضع يدها على المشروع وموجوداته إذا لم يقم المقاول بإصلاح إخلاله خلال مدة الإنذار^٢.

هكذا يتبين لنا مما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه أن معدات وأدوات المقاول بموقع العمل وغيرها مما يكون قد خضع لسلطة الإدارة في الحجز نتيجة سحب المشروع من المقاول تشكل ضماناً للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة على المقاول، وذلك إما من خلال مطالبة هذا الأخير بدفع مستحقات الإدارة من غرامة التأخير وغيرها مقابل الإفراج عن المحجوزات، أو كان لها حق بيع ما تم الحجز عليه بغرض اقتضاء الغرامة وباقي المستحقات.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه من سلطة الإدارة في الحجز على معدات وأدوات المقاول في عقد الأشغال العامة، نخلص إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة الحجز على معدات وأدوات المقاول الموجودة بموقع العمل، ومن ثم لها أن تطالب المقاول بدفع مستحقات الإدارة ومنها غرامة التأخير، وإلا كان لها أن تبيع هذه المحجوزات دون أدنى مسئولية نتيجة البيع، أما إذا استوفت كافة مستحقاتها لدى المقاول فإنه يتعين عليها تسليم تلك المحجوزات إليه لأن الحجز وقع على سبيل الضمان، وهكذا تشكل المعدات والأدوات ضماناً للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير.

ونظراً لأهمية التنظيم التشريعي لسلطة الإدارة في الحجز على معدات وأدوات المقاول في عقد الأشغال العامة لاقتضاء غرامة التأخير وغيرها من المستحقات، لذلك نأمل من المشرع البحريني الأخذ بتنظيم المشرع المصري لسلطة الإدارة في الحجز على كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت مؤقتة ومبانٍ وآلات وأدوات ومواد وخلافه والاحتفاظ بها ضماناً لحقوقها

(١) في هذا المعنى أنظر: القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ - الكتاب الثاني - امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠٠٨ - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ص ٦٩٧ / د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ١٦٦ / د. حسان عبد السمیع هاشم - المرجع السابق - ص ٧٦ / د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٤١ / د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٥٦-٣٥٨.

(٢) د. عبدالرؤوف جابر - المرجع السابق - ص ٤٧٤.

ولها في سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسئولية نتيجة البيع، وذلك ليس في حالة سحب المشروع من المفاوض فقط، بل دون اشتراط تحديد حالات معينة كسحب المشروع أو فسخ العقد، وتنظيم هذه الأحكام في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني.

الفصل الثالث:

ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير

في عقد الأشغال العامة

يتألف هذا الفصل من الآتي:

المبحث الأول: الضمانات الشكلية لغرامة التأخير.

المطلب الأول: الإعذار في نطاق غرامة التأخير.

المطلب الثاني: تسبيب وإعلان قرار غرامة التأخير.

المبحث الثاني: الضمانات الموضوعية لغرامة التأخير.

المطلب الأول: إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة.

المطلب الثاني: إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة القوة القاهرة.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير.

المطلب الأول: القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير.

المطلب الثاني: رقابة القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير.

الفصل الثالث:

ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير

في عقد الأشغال العامة

تمهيد وتقسيم:

تكمن خطورة غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في أن الإدارة تملك سلطة فرضها على المقاول مباشرة بمجرد حصول التأخير، ومن ثم اقتضاء مبلغها وفقاً للضمانات المقررة لها بموجب هذا العقد، وهذا ما قد يسمح للإدارة بالتعسف في استخدامها لهذه السلطة تجاه المقاول دون أن يتمكن هذا الأخير من إصلاح إخلاله، أو إبداء أوجه دفاعه تجاه قرار فرض هذه الغرامة بحقه، مما يؤدي بالتالي إلى الإضرار بحقوق المقاول تجاه الإدارة.

فالمقاول يجب أن يتمتع بموجب هذا العقد بعدة ضمانات تكفل له مشروعية هذا الجزاء وعدم تعسف الإدارة في إصدارها لقرار فرض غرامة التأخير عليه ومن ثم تمكينه من الدفاع عن حقوقه في مواجهة قرار هذا الجزاء، وإلا كان له الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء قرار فرض هذه الغرامة أو التعويض عما لحقه من ضرر نتيجة ذلك.

وتتنوع هذه الضمانات إلى ضمانات شكلية وموضوعية وقضائية، فالضمانات الشكلية هي الإجراءات السابقة لإصدار قرار فرض هذه الغرامة في مواجهة المقاول بإخلاله بالتأخير، أما الضمانات الموضوعية فهي حالات الإعفاء الوجوبي من الغرامة حال تحقق مناط استحقاقها، أما الرقابة القضائية فهي الضمانة التي يمكن أن يلجأ إليها المقاول بعد إصدار قرار فرض هذه الغرامة بحقه ليتثبت القضاء من مدى أحقيته في إعفائه منها، أو مدى ملاءمتها لإخلاله فيحكم له بذلك.

وهنا لنا أن نتساءل ما هي الضمانات الشكلية وما هو دورها في حماية حقوق المقاول لدى الإدارة قبل فرض الغرامة عليه؟ وما هي الضمانات الموضوعية التي يتم إعفاء المقاول بموجبها من الخضوع لفرض الغرامة عليه حال تحقق مناط استحقاقها؟ وما هو دور الرقابة القضائية على قرار الإدارة بفرض هذه الغرامة على المقاول؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، سنعرض في هذا الفصل ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الضمانات الشكلية لغرامة التأخير.

المبحث الثاني: الضمانات الموضوعية لغرامة التأخير.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير.

وسنقوم من خلال دراستنا لهذه المباحث بالتعليق عليها وبيان موقفنا منها.

المبحث الأول: الضمانات الشكلية لغرامة التأخير

تمهيد وتقسيم:

يتسم قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاول في عقد الأشغال العامة بأنه يكون صادر مباشرة في مواجهته، وذلك في ظل عدم وجود نص قانوني يلزم الإدارة باتباع إجراءات شكلية لإصدار هذا القرار يكون من شأنها أن تضمن للمقاول إما تمكينه من إصلاح إخلاله بالتأخير والالتزام بمواعيد تنفيذ العقد قبل إصدار قرار فرض هذه الغرامة عليه، أو تمكينه من إثبات انتفاء الإخلال بالتأخير من قبله بالرد على أسباب إصدار هذا القرار.

ولا تتحقق هذه الضمانات الشكلية إلا من خلال إعدار المقاول بقرار فرض الغرامة عليه قبل إصداره، أما إذا ما تم إصدار هذا القرار بحقه فإنه يجب أن يصل إلى علمه مضمون وأسباب هذا القرار، وإلا فإن الإدارة قد تتعسف في استخدامها لسلطتها في مواجهة المقاول بغرامة التأخير عند عدم منح المقاول هذه الضمانات عند مواجهته لقرار فرض الغرامة عليه.

وسنعرض في هذا المبحث الضمانات الشكلية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة التي تحمي المقاول من تعسف الإدارة عند استخدامها لسلطتها بفرض الغرامة عليه، وسنقسمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإعدار في نطاق غرامة التأخير.

المطلب الثاني: تسبيب وإعلان قرار غرامة التأخير.

المطلب الأول: الإعذار في نطاق غرامة التأخير

لا شك أن الإعذار يعتبر من الضوابط الأساسية لفرض الجزاء الإداري، ومن الضمانات المهمة للمقاول في نطاق عقود الأشغال العامة تجاه غرامة التأخير، وذلك حتى لا يفاجأ هذا الأخير بفرض الغرامة عليه، وهو ما قد يتسبب بإلحاق خسائر به دون أن تكون له فرصة لإصلاح إخلاله بالتأخير.

وسنعرض في هذا المطلب مفهوم الإعذار في نطاق غرامة التأخير، ومن ثم موقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء وموقف الفقه من إجراء الإعذار في نطاق هذه الغرامة، وسنقسمه إلى ثلاثة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الإعذار وأهميته بالنسبة للمقاول:

إن فرض الإدارة لغرامة التأخير على المقاول لا يلزمها بإثبات حصول الضرر نتيجة التأخير، وبذلك سيفاجأ المقاول بهذا الجزاء دون أن تكون له فرصة لإصلاح إخلاله، فما هو مفهوم الإعذار كإجراء سابق لغرامة التأخير؟ وما هي أهميته بالنسبة للمقاول؟

وسنعرض في هذا الفرع مفهوم الإعذار بغرامة التأخير ومن ثم أهمية الإعذار بهذه الغرامة بالنسبة للمقاول، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الإعذار بغرامة التأخير:

يقصد بالإعذار طبقاً للقواعد العامة، هو وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته، ولا تتحقق الغاية من الإعذار إلا بقيام الإدارة بتضمينه بيان أوجه الإخلال الصادر من قبل المقاول المتعاقد معها بموجب عقد الأشغال العامة والأعمال المطلوب منه القيام بها كإصلاحه لإخلاله وتحسين طريقة التنفيذ، وكذلك ضرورة أن يوضح هذا الإعذار الجزاء الذي تعترض الإدارة فرضه عند استمرار المقاول بإخلاله بمواعيد المتفق عليها بالعقد لتنفيذ التزاماته والمهلة التي يمكن أن تمهله إياها ليقوم بإصلاح هذا الإخلال^١.

(١) د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٢٢٦.

والإعذار لا يتطلب أن يتخذ شكلاً معيناً، بل يجوز للإدارة إذا ما رغبت باتخاذ إجراءات الإعذار، أن تبلغه المَقاول وفقاً للطريقة التي تحددها في العقد، سواء كان ذلك بقيامها بإخطاره رسمياً بطلب إصلاحه لإخلاله، أو بأي شكل آخر^١.

ونرى أن الإعذار على هذا النحو يُعد إجراء سابق لفرض غرامة التأخير على المَقاول ويفيد في إثبات أوجه الإخلال الصادر من قبله، كحالة التأخير وغرامة التأخير المقررة من قبل الإدارة كجزاء لمواجهة هذه الحالة، وهكذا نجد أن الإعذار قد يحث المَقاول على جدية الالتزام بمواعيد التنفيذ مخافة أن تتم مجازاته على تأخره، ومن ثم يمكن لنا القول أن مجرد الإعذار يكفي في حال لو التزم المَقاول بمواعيد التنفيذ بعد إعذاره دون فرض الغرامة عليه.

ويُعد قيام الإدارة بإعذار المَقاول بإخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية وسيلة قانونية لإثبات ذلك الإخلال والجزاء المقابل له في العقد إذا قامت الإدارة بعد ذلك بفرض الغرامة عليه نتيجة لعدم امتثاله للمدة التي يمنحها له الإعذار لقيامه بإصلاح إخلاله خلالها، وبذلك فهو يفرض على الإدارة منح هذا الأخير مهلة معقولة لإصلاح إخلاله وإن تناقشت الإدارة معه في ملاحظاته، فإذا لم يقم المَقاول خلال هذه المدة بإصلاح إخلاله بعد إعذاره، يكون للإدارة فرض الجزاء المبين في الإعذار على المَقاول^٢.

لذلك نرى أنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعذار المَقاول قبل فرض غرامة التأخير عليه بمدة معقولة ليتمكن خلالها من إصلاح إخلاله، وإلا لن يكون هناك جدوى من هذا الإعذار.

كما يخضع الإعذار لأصلاً عاماً مقتضاه أن يتم ذلك إذا كان العقد ينفذ في الظروف العادية، أما إذا كان تنفيذ العقد يواجه حالات ضرورة، فإن قاعدة الإعذار بهذه الغرامة ليست مطلقة، إذ ترد عليها عدة استثناءات يتعين بتوافر أحدها إعفاء الإدارة ضمناً من ضرورة إعذار المَقاول قبل فرض الغرامة عليه^٣.

ومن تلك الاستثناءات على سبيل المثال أن ينص العقد على إعفاء الإدارة صراحةً من إعذار المَقاول قبل فرض غرامة التأخير عليه، أو عدم جدوى الإعذار، أو غش المَقاول، أو

1) Fouad Abdallah El Attar – Le Marché De Travaux Publics – Etude Comparée de Droit Administratif Francais et Egyptien – Universite Du Caire – 1955 – p. 266.

٢) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة – تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا – منشأة المعارف – الاسكندرية – ٢٠٠٩ – ص ١١١.

٣) بلاوي ياسين بلاوي – الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري – دار الكتب القانونية – القاهرة – ٢٠١١ – ص ١١٨.

تتأثر المقاول عن العقد، أو حالات الضرر أو الاستعجال كوقت الحرب أو الكوارث الطبيعية وغيرها، فلا محل للإلزام الإدارة بضرورة إعدار المقاول قبل فرض الغرامة عليه^١.

في حين أننا لا نتفق وإعفاء الإدارة من الإعدار بالغرامة بالنص على ذلك صراحةً في العقد بشكل مطلق، ونرى أن ذلك يشكل انتهاكاً ل ضمانات المقاول تجاه هذه الغرامة، ونجد أنه من الملائم أن يكون النص على الإعفاء من الإعدار بالغرامة في ضوء توافر حالات الضرورة فقط.

ثانياً: أهمية الإعدار بغرامة التأخير بالنسبة للمقاول:

يعتبر الإعدار بغرامة التأخير من المبادئ العامة التي تفرضها قواعد العدالة، وتظهر أهمية التزام الإدارة بإعدار المقاول قبل فرض الغرامة عليه من ناحيتين، فمن ناحية يضمن الإعدار إعلام المقاول بعزم الإدارة بفرض هذه الغرامة عليه إذا ما استمر في تأخره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية خلال المواعيد المحددة، ومن ثم يمكن للمقاول بعد إعداره أن يصحح من هذا الإخلال وتنتهي عندئذ العلة من الإعدار عند هذا الحد، ومن ناحية أخرى ألا تترك الإدارة من جانبها استمرار الوضع لمدة طويلة دون أن تتخذ موقفاً صريحاً في هذا الشأن^٢.

يُعد النص في العقد على ما يوجب قيام الإدارة بإعدار المقاول قبل فرض غرامة التأخير عليه من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على تخلف الإدارة عن الالتزام بها عدم مشروعية الجزاء، ومن ثم يخضع قرار فرض هذه الغرامة لرقابة القضاء من ناحيتين، وهما المشروعية والملاءمة، ويملك القاضي في أحوال معينة إلغاء الجزاء غير الصحيح^٣.

وعلى الرغم من أهمية الإعدار باعتباره ضماناً مقررته لصالح المقاول المتعاقد مع الإدارة قبل فرض الغرامة عليه، إلا أن هذا الجزاء يُعد صحيحاً ولو لم يسبقه إعدار، وذلك إما بالنص الصراحةً في العقد على إعفاء الإدارة من إجراء هذا الإعدار أو بتوافر أحد الحالات الاستثنائية التي تعفي الإدارة من القيام بإجراء هذا الإعدار قبل فرض الغرامة^٤.

(١) د. مفتاح خليفة عبدالحمد - المعيار المميز للعقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ١٩٧-١٩٨

/ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٢٦٨-٢٨٧.

2) David Chappell and Vincent Powell Smith - The JCT Design and Build Contract - Second Edition Blackwell - Oxford - London - 1999 - p.199.

(٣) د. حسان عبدالسميع هاشم - المرجع السابق - ص ٣٧.

(٤) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً - المرجع السابق - ص ١١٥.

تتبين لنا أهمية إجراء الإعذار السابق لفرض غرامة التأخير على المقاول من عدة نواحي فمن ناحية أن يصل إلى علم المقاول عزم الإدارة بفرض هذه الغرامة عليه ومنحه مهلة كافية قبل اتخاذها لقرار الجزاء، ومن ناحية أخرى أن الإعذار كإجراء سابق لفرض هذه الغرامة قد يكفي في حد ذاته لتحقيق الغاية التي تسعى إليها الإدارة وهي التزام المقاول بالمواعيد دون أن تتم مجازاته بغرامة التأخير، أما بالنسبة للإدارة فتكمن أهمية قيامها بإجراء هذا الإعذار في إثباتها لإخلال المقاول والجزاء المقرر له إذا ما قام هذا الأخير بمواجهة قرار الإدارة بفرض الغرامة بالطعن عليها قضائياً، سواء من ناحية المشروعية أو الملاءمة.

هكذا يمكن القول إن الإعذار السابق لغرامة التأخير يشكل ضماناً مهمة للمقاول في عقد الأشغال العامة تجاه هذه الغرامة وليتمكن من إصلاح إخلاله بالتأخير من ناحية أخرى.

الفرع الثاني: الاتجاهات القانونية حول الإعذار في نطاق غرامة التأخير:

اختلفت الاتجاهات القانونية حول مدى إلزام الإدارة باتخاذ إجراء الإعذار في نطاق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، فذهب اتجاه إلى عدم إلزام الإدارة باتخاذ أي إجراء من شأنه إعذار المقاول بهذه الغرامة، في حين ذهب اتجاه آخر إلى إلزام الإدارة باتخاذها.

وسنعرض في هذا الفرع موقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه من إجراء الإعذار السابق لغرامة التأخير، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف المشرع:

نظراً لمقتضيات السرعة في اتخاذ الإدارة لقراراتها الموجبة لاستمرار السير المنتظم للمرافق العامة بما يكفل احترام المقاولين لمقتضيات سير تلك المرافق، وعدم مماطلتهم في منازعة الإدارة في مدى التزامها بالإجراءات الشكلية لفرض غرامة التأخير، ذهب المشرع المصري إلى جانب الأنظمة القانونية لعقد الأشغال العامة في الكويت إلى عدم اشتراط الإعذار في نطاق غرامة التأخير، في حين تبنت الأنظمة القانونية لهذا العقد في البحرين إلزام الإدارة بإخطار المقاول بالغرامة.

فقد نص المشرع المصري في المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والمادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون

الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ على حكم مقتضاه أن: " ... توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر ^١ .

يتبين لنا من هذا النص أن المشرع المصري لم يلزم الإدارة بتخاذ أي إجراء قبل فرض غرامة التأخير على المقاول، بل على العكس من ذلك، فقد نص صراحةً على عدم إلزام الإدارة بتنبيه المقاول أو إنذاره أو اتخاذ أي إجراء آخر، وبذلك يتأكد لنا أن المشرع المصري لم يجعل إعدار المقاول قبل فرض غرامة التأخير عليه أمراً وجوبياً.

إلا أن المشرع اشترط في المادة رقم (٨٤) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون قيام الإدارة بإنذار المقاول عند إخلاله بتنفيذ التزاماته المتفق عليها بالعقد قبل فرض جزائي سحب المشروع منه أو فسخ العقد وذلك بنصها على أنه: " إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته ولم يصلح ذلك خلال خمسة عشر يوم من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كان للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه ... ^٢ .

من نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع المصري قد قصر حالة إعدار المقاول على الجزاءات الضاغطة والفاسخة في العقد دون الجزاءات المالية، وكان على المشرع أن يشمل الجزاءات المالية وخاصة غرامة التأخير بما يحققه الإعدار من ضمانات للمقاول قبل إصدار الإدارة لقرار فرض هذه الغرامة، وذلك كي لا يفاجأ المقاول بفرض هذا الجزاء دون سابق إنذار مما قد يحثه على الإسراع إلى إصلاح إخلاله قبل فرض الغرامة عليه.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فلم ينص في قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ على ما يفيد إلزام الإدارة بإعدار المقاول من عدمه قبل فرض غرامة التأخير عليه بموجب عقد الأشغال العامة، إلا أن الفقرة الرابعة من المادة رقم (١٣) من نموذج الشروط الخاصة للمناقصة نصت على أنه: " إذا تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع المناقصة خلال الميعاد المتفق عليه، كان للوزارة الحق في أن توقع عليه غرامة تأخير عن كل يوم تأخير، وتستحق هذه الغرامة

(١) المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري والمادة رقم (٨٣) من لائحته التنفيذية - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري - المرجع السابق.

بمجرد حصول التأخير وبدون الحاجة إلى إنذار أو تنبيه وكذلك دون الحاجة إلى إثبات الضرر الذي يعتبر في جميع الأحوال محققاً^١.

كما نصت المادة رقم (٣٥) من الشروط العامة للمناقصة على أنه: " يجب على المقاول تنفيذ الأعمال خلال الفترة المحددة (وذلك ابتداء من تاريخ توقيع العقد) وفي حالة التأخر عن الموعد المحدد وقعت عليه غرامة تأخير بواقع ١/٢% (نصف بالمائة) عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع من قيمة كامل الأعمال المتأخر تنفيذها، بحيث لا تتجاوز غرامات التأخير في مجموعها ١٠% (عشرة بالمائة) من سعر العقد. وتستحق الغرامة بدون تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء وبدون حاجة لإثبات الضرر الذي يعتبر متحققاً بمجرد التأخير^٢.

من نصا هاتان المادتان نجد أن المشرع الكويتي لم ينظم مسألة الإعذار في التشريعات وترك أمر تنظيمها لشروط مناقصات عقود الأشغال العامة، حيث نصت هذه الشروط على عدم إلزام الإدارة بإنذار المقاول قبل فرض غرامة التأخير عليه، والإنذار هنا يقصد به الإعذار بهذه الغرامة، فهذه الشروط تنص صراحةً على أن يكون فرض هذه الغرامة بدون تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء، وبدون حاجة لإثبات حصول الضرر الذي يعتبر في جميع الأحوال محققاً.

بذلك، يتضح أن هذه الشروط تمنح للإدارة الحق في فرض الغرامة على المقاول مباشرة بمجرد تحقق التأخير الموجب لفرض هذه الغرامة، دون أن يتوقف فرضها على أي إجراء سابق كاشتراط إعذار المقاول.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فقد أحال بموجب المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ تنظيم أحكام الإنذار في نطاق فرض غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة إلى شروط العقد^٣.

(١) المادة رقم (١٣) نموذج الشروط الخاصة لمناقصة تقديم دراسة وتصاميم لمشروع تطوير ديكور أستوديو الأخبار بوزارة الإعلام بدولة الكويت - المرجع السابق.

(٢) المادة رقم (٣٥) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

(٣) المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ - المرجع السابق.

فنصت الشروط العامة لعقود الأشغال العامة في البحرين في الفقرة رقم (١/٤٧) من المادة رقم (٤٧) منها الخاصة بغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة على أنه: " إذا تأخر المقاول عن الانتهاء من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو أي جزء منها خلال الموعد المحدد لذلك ...، فإنه يجب عليه أن يدفع للإدارة مبلغ غرامة التأخير المحدد وفقاً للأسس المادية المنصوص عليها في العقد...، وذلك بعد قيامها بإخطاره بذلك ...".¹

وفقاً لما جاء بنص هذه الفقرة فإنه يتبين لنا أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة في البحرين نصت صراحةً على قيام الإدارة بإخطار المقاول بغرامة التأخير المستحقة عليه، مما يعني أن فرض هذه الغرامة لن يكون مباشرة بمجرد حصول التأخير دون التزام الإدارة بإخطار المقاول بذلك.

في هذه الحالة، نجد أن هذه الشروط لم تقضي بإعذار المقاول بجزاء غرامة التأخير قبل فرضها عليه صراحةً، بل أنها نصت على إخطاره بما يفيد إعلانه بأنها قامت بفرض الغرامة في مواجهته وعزمها على اقتضاء الغرامة منه.

لذا نؤيد اتجاه الأنظمة القانونية لعقود الأشغال العامة في البحرين من حيث إلزام الإدارة بإخطار المقاول بغرامة التأخير المستحقة للإدارة قبل اقتضاؤها منه، إلا أن هذه الشروط لم تنص صراحةً على إعذار المقاول بالغرامة قبل فرضها عليه ليتمكن بالمقابل من إصلاح إخلاله والتقيد بمواعيد تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ونخلص إلى أن الأنظمة القانونية في كل من مصر والكويت نصت صراحةً على عدم إلزام الإدارة باتخاذ أية إجراءات من شأنها إعذار المقاول قبل فرض غرامة التأخير، وذلك ما ينتقص من ضمانات جوهرية للمقاول تفيد بإعلامه بعزم الإدارة على فرض غرامة التأخير عليه وذلك حتى يسارع إلى إصلاح وضعه القانوني بالالتزام بالتنفيذ السليم للعقد تجنباً للخضوع لهذا الجزاء، في حين أن الأنظمة القانونية لعقود الأشغال في البحرين قد نصت فقط على إخطار المقاول باستحقاقها للغرامة ولم تنص بوضوح على إعذاره بها.

وهكذا يشكل الإعذار السابق لغرامة التأخير ضماناً للمقاول تجاه غرامة التأخير باعتباره يحث المقاول على الالتزام بإصلاح إخلاله والتقيد بمواعيد تنفيذ العقد، ومن ناحية أخرى يضمن

1) Sub-Clause (47/1) — Standard Contract Agreement and Conditions of Contract — Op.cit — P.52.

للمقاول عدم تعسف الإدارة في استعمالها لحقها في فرض هذه الغرامة بمجرد حصول التأخير الذي لا يقتربن بإثبات الضرر.

ثانياً: موقف القضاء:

ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى أن فرض غرامة التأخير يكون مباشرةً بمجرد حصول التأخير دون حاجة لإثبات الضرر أو اتخاذ أية إجراءات من شأنها إعدار المقاول مسبقاً بقرار فرض هذه الغرامة.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن بأنه: " ... من المبادئ المسلم بها أن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداءً من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن الإدارة في تحديدها لمواعيد تنفيذ العقد يفترض فيه أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير ... " ^١.

من هذا الحكم يتبين لنا اتجاه القضاء المصري إلى أن فرض الإدارة لغرامة التأخير يكون بمجرد حصول الضرر، وذلك يعني أن الإدارة غير ملزمة باتباع أية إجراءات قبل إصدارها لقرار فرض هذه الغرامة باعتبار أن الضرر قد تحقق بمجرد إخلال المقاول بالتأخير، وبذلك لن تكون هناك فرصة للمقاول لإصلاح هذا الإخلال الذي أدى إلى تحقق الضرر الافتراضي، وعليه فإنه يتم اقتضاء مبلغ الغرامة مباشرةً كتعويض اتفاقي عما قد يترتب عن التأخير من ضرر.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الكويتية في حكمٍ سبقت الإشارة إليه بأن: " ... الأصل في اقتضاء غرامة التأخير أن يتم توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر للجهة الإدارية... " ^٢.

يبين لنا هذا الحكم أن القضاء الكويتي سلك مسلك القضاء المصري من ناحية فرض غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة لإثبات الضرر، والبيان من ذلك أن اتجاه هذا القضاء حول سلطة الإدارة بفرض هذه الغرامة لا يلزمه باتخاذ أية إجراءات سابقة كالإعذار.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٦٠ - س ق ١٢ - جلسة بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢١ - مشار إليه في: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الثالث - المرجع السابق - ص ٧٥٨.

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية - الدائرة الإدارية الأولى - الطعن رقم ٢٠١٠/٣٥٠ إداري - تاريخ الجلسة ٢٠١٣/٦/١٩ - غير منشور.

ومن حيثيات حكم المحكمة الكبرى المدنية الأولى البحرينية - الدائرة الإدارية - الذي سبقت الإشارة إليه أنه: " ... وقد قامت المدعية بإرسال رسالة إلي المدعى عليها لبدء العمل في المشروع بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٥ على أن يكون تاريخ الانتهاء من المشروع هو ٢٠٠٨/٥/١٤، إلا أن المدعى عليها لم تقم بتنفيذ المشروع في الميعاد المتفق عليه مما حدا بالمدعية إلي إنذار المدعى عليها بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٩ بضرورة التقيد ببنود العقد لتوقف العمل بالمشروع وإلا ستضطر لسحب المشروع وإلغاء العقد وتوقيع غرامة التأخير ... كما أثبت الخبير المنتدب أن المدعى عليها لم تقم بإنجاز المشروع بالكامل خلال المدة المتفق عليها ... مما يحق معه للمدعية توقيع غرامة تأخير على المدعى عليها بما يعادل ١٠% من قيمة المشروع لتأخرها في تنفيذ كامل أعمال المشروع لمدة تجاوزت السنة ...^١."

وفقاً لما جاء بهذا الحكم من حيثيات تفيد بأن الإدارة - المدعية - قامت بإنذار الشركة المتعاقدة - المدعى عليها - بضرورة التقيد ببنود العقد نظراً لتوقف الشركة عن العمل بالمشروع وإلا ستضطر لسحب المشروع منها وإلغاء العقد وفرض غرامة التأخير، يتبين أن الإدارة لم تقم بفرض الغرامة بمجرد تأخر المقاول، بل قامت بتوجيه إنذار إلى هذا الأخير يتضمن الالتزام الواجب عليه القيام به، وهو التقيد ببنود العقد، والجزاء المقرر لإخلاله بهذا الالتزام وهو غرامة التأخير نظراً لتوقف عمل الشركة، ومن ثم سحب المشروع منها وتنفيذه على حسابها إذا لم تستجب للإنذار الموجه لها.

ويمكن القول أن قيام الإدارة بإنذار الشركة المدعى عليها بالتقيد ببنود العقد نظراً لتوقفها عن تنفيذ التزاماتها والجزاءات المقررة لذلك الإخلال، وهي غرامة التأخير وسحب المشروع منها على نحو ما تقدم يكون بمثابة إعدار للمقاول بفرض الجزاءات التعاقدية عليه، ومنها غرامة التأخير، إلا أن هذا الحكم لم يأتي بما يفيد إلزامية قيام الإدارة بإعدار المقاول بالغرامة المستحقة عليه قبل فرضها بحقه، وهكذا يتبين لنا الاتجاه القضائي البحريني نحو عدم إلزام الإدارة باتخاذ إجراءات الإعدار السابق لغرامة التأخير في مواجهة المقاول.

(١) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

ثالثاً: موقف الفقه:

اختلفت آراء الفقه حول مدى إلزام الإدارة باتخاذ إجراءات الإعذار السابق لفرض غرامة التأخير على المقاول بين مؤيد ومعارض، فبينما ذهب رأي إلى وجوب إلزام الإدارة باتخاذ الإعذار باعتباره ضماناً شكلية للمقاول، ذهب رأي آخر إلى عدم إلزام الإدارة باتخاذ هذا الإعذار، وساق لذلك العديد من الحجج، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

ذهب رأي من الفقه إلى أن الإعذار السابق لغرامة التأخير في العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة يعتبر من القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في هذه العقود، ويتم الاستناد في ذلك على قواعد القانون المدني التي تلزم المتعاقد بإعذار الطرف الآخر المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية^١.

فذهب رأي آخر من ذات الاتجاه إلى أنه يتعين على الإدارة مراعاة إعذار المقاول بغرامة التأخير قبل فرضها عليه، وعدم الانتقاص من ضمانه جوهرياً للمقاول تجاه هذا الجزاء الذي لا يقتدرن بإثبات حصول الضرر نتيجة التأخير^٢.

هنا يمكن القول إن إعذار المقاول بقرار الإدارة بفرض الغرامة عليه يفيد بأن يصل إلى علمه مضمون القرار بدلاً من أن يفاجأ بهذا الجزاء، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الإعذار السابق يستهدف تفعيل إخلال المقاول بالتزاماته ليبدأ معه استحقاق الإدارة لغرامة التأخير^٣.

بذلك فإن عدم التزام الإدارة بإجراء الإعذار السابق لفرض غرامة التأخير يشكل محلاً للانتقاد، باعتبار أن الغرامة هي جزاء يترتب عليه إخلال بالمركز المالي والقانوني للمقاول، ومن ثم فإن التزام الإدارة بالإعذار لا يترتب عليه ضياع حقها في اقتضاء الغرامة إذا ما استمر المقاول في التأخير.

في حين عارضت بعض آراء الفقه هذا الاتجاه، فاتجه رأي إلى أنه إذا كانت الضرورة تستوجب سرعة فرض الغرامة على المقاول وفقاً لما قدرته الجهة الإدارية لظروف تنفيذ العقد ومصصلحة المرفق العام أن هناك حالة الاستعجال لا تحتمل التأخير، أو بتوافر أي من الحالات

(١) في هذا المعنى أنظر: د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ٢٨٢.

(٢) د. عاطف سعدي محمد علي - المرجع السابق - ص ٣٩٤.

3) De Laubadère (A) - Op.cit - p. 112.

التي تشكل استثناءً من إلزام الإدارة بإجراء الإعذار بهذه الغرامة، فإنه لن يكون إلزاماً عليها القيام بإعذار المقاول في مثل تلك الحالات^١.

وذهب رأي إلى أن الإعفاء من الإعذار في حالة التأخير له ما يبرره لعدم جدواه إذا ما تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها، حيث أنه لن يكون بوسعه الوفاء بالتزامه في الميعاد، وساق البعض لذلك العديد من الحجج، ومنها أن الطبيعة الإدارية للعقد تتطلب ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن جهة الإدارة عند تحديد مدة تنفيذ العقد فهي تدرك تماماً أن التأخير يسبب إرباكاً لسير تلك مرافق^٢.

إلا أننا نرى بأن الإعذار كإجراء سابق لفرض غرامة التأخير لا ينتقص من حق الإدارة في فرض هذه الغرامة إذا ما تحققت إحدى الحالات الاستثنائية لقاعدة الإعذار، وعندها يمكن للإدارة أن تتجاوز عن إجراء الإعذار، لذلك فإننا لا نتفق وما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي من عدم وجود جدوى من إعذار المقاول بتأخره في تنفيذ التزاماته.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع وبعض أحكام القضاء وآراء الفقه من الإعذار السابق لغرامة التأخير، تبين لنا أن هذا الإعذار يشكل ضماناً جوهرياً للمقاول تجاه الغرامة التي لا تقتنر بإثبات حصول الضرر، ونظراً لعدم تنظيم المشرع البحريني لأحكام الإعذار بغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريعات وترك أمر تنظيمها لأحكام هذه الغرامة الواردة بالشروط العامة لعقود الأشغال، والتي من المحتمل أن تخضع للتعديل وفقاً للإرادة المطلقة للإدارة، أو ثم حذفها من تلك الشروط، لذا فإننا نأمل من المشرع أن ينص على قيام الإدارة بإعذار المقاول بغرامة التأخير عند تبنيه لتنظيم أحكام هذه الغرامة.

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم - تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً - المرجع السابق - ص ١١٣.

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. نصرالدين بشير - المرجع السابق - ص ٩١ / د. مدحت أحمد يوسف غنايم - النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٨٩.

المطلب الثاني:

تسبب وإعلان قرار غرامة التأخير

يفيد تسبب وإعلان الإدارة لقرار فرض غرامة التأخير على المقاول في عقد الأشغال العامة بأن يصل إلى علمه مضمون القرار والأسباب التي دعت إلى اتخاذه حال إصداره، وذلك كإجراء شكلي يمكن المقاول من إبداء أوجه دفاعه بالرد على تلك الأسباب التي دفعت بالإدارة إلى إصدار هذا القرار بحقه.

وسنعرض في هذا المطلب تسبب وإعلان الإدارة لقرار غرامة التأخير، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تسبب الإدارة لقرار غرامة التأخير:

إن قيام الإدارة باتخاذ قرارات فرض كافة الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة لا يكون إلا بناءً على أسباب قدرت معها الإدارة أن حاجة المرفق تستلزم اتخاذ مثل تلك القرارات، وهذه الأسباب تتنمّل في إخلال المتعاقد بالتزاماته المتفق عليها بالعقد.

فما هو مفهوم تسبب الإدارة لقرار غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة؟ وهل يختلف تسبب القرار عن سبب القرار؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنعرض في هذا الفرع مفهوم تسبب القرار ومن ثم تسبب الإدارة لقرار فرض غرامة التأخير، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم تسبب القرار:

تملك الإدارة سلطة إصدار القرارات الإدارية كأحد الأساليب لتعبيرها عن إرادتها، والتي يُفترض أنها تسعى من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة، لذا فإن إصدار الإدارة لهذه القرارات يجب أن يكون لدوافع مشروعة تكون سبباً في إصدارها، والسبب في نطاق القرارات الإدارية هو مجموعة من العناصر الموضوعية المتعلقة بالقانون، أو الوقائع التي تكون أساساً لإصدار الإدارة

للقرار والمستقلة تماماً عن الباعث الشخصي لمصدر هذا القرار، فالإدارة تكون دائماً مقيدة
بوجوب تحقق السبب الحقيقي المبرر لإصدار القرارات الإدارية، وإلا كانت قابلة للإبطال^١.

ويختلف سبب القرار عن تسبیب القرار في أن الأول هو الحالة الواقعية، أو القانونية التي
تظهر فتدفع الإدارة إلى إصدارها للقرار، أما تسبیب القرار فإنه يوجب على الإدارة ذكر أسباب
إصدارها لهذا القرار والتقيد بتلك الأسباب^٢.

في هذا الشأن قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها في بيان مفهوم سبب القرار
بأن: "... القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع وفي القانون كركن من أركان
انعقاده وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني
ابتغاء تحقيق الصالح العام الذي هو غاية القرار، فإنه يُفترض في القرار غير المسبب أنه قائم
على سببه الصحيح، وإذا ذكرت الإدارة سبباً للقرار فإن هذا السبب يخضع لرقابة القضاء الإداري
ليتحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون..."^٣.

في الاتجاه ذاته قضت محكمة التمييز البحرينية في حكم لها بأن: "... متى كان القرار
الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره، والسبب هو الحالة الواقعية والقانونية التي تحمل الإدارة
على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني، وإن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبیب قراراتها، ويكون
القرار الغير مسبب محمولاً على قرينة الصحة التي تصاحبه ما لم ينقضها المتضرر منه، أما إذا
ذكرت الإدارة أسباباً لقرارها، فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الذي يختص برقابة قيام الوقائع
التي بني عليها وتقديرها..."^٤.

(١) د. صالح إبراهيم المتيوتي - القانون الإداري - الجزء الثاني - دراسة في ضوء القانون البحريني - كلية الحقوق - جامعة البحرين
- ٢٠٠٦ - ص ٦٣.

(٢) سعيد عبدالله الحميدي - قضاء الإلغاء والتعويض في القانون البحريني والقانون الكويتي والمصري - دار محمود للنشر والتوزيع -
القاهرة - بدون سنة نشر - ص ٢٨٢ / د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - القضاء الإداري - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري -
منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ١٤٩.

(٣) الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٣ - إداري - جلسة ٢٠٠٤/١/٥ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكويتي في ثلاثة وثلاثين عاماً -
الكتاب الأول - الجزء الأول - الاختصاص بالمنازعات الإدارية - المستشار ناصر معلا والمستشار جمال الجلاوي - مطبعة النظائر
- طبعة ٢٠١٥ - ص ٤٦٣-٤٦٤.

(٤) حكم محكمة التمييز البحرينية - الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٠٠٧ - القاعدة رقم (٢٤٦) - مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة
التمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين - السنة الثامنة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٧ - المكتب
الفني - وزارة العدل والشئون الإسلامية - مملكة البحرين - عبد العزيز فرحات ومصطفى غانم - ص ١١٨٥.

مما ذهب إليه القضاء الكويتي والبحريني نجد أن السبب كركن من أركان صحة القرار الإداري، وهو الحالة التي حثت الإدارة على إصدارها لقرارها الذي ينبغي أن يكون بقصد تحقيق المصلحة العامة كأثر قانوني نتيجة إصدار هذا القرار، فإذا كان القرار غير مسبب يُفترض أنه قائم على أهداف المصلحة العامة ذاتها، أما إذا كان القرار مسبباً، فللمخاطب بهذا القرار التمسك بتلك الأسباب أمام القضاء.

في حين قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها في بيان مفهوم تسبب القرار بأنه: "... يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وبين وجوب قيام القرار الإداري على سبب يبرره كركن من أركان وجوده وترتيب آثاره، فإذا ما أوجب القانون على الإدارة تسبب قرارها فعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيباً بعبء شكلي، أما إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزم الإدارة ذلك، ومن ثم فإن القرار الإداري سواء أكان لازماً تسببيه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون ذلك كركن من أركان وجوده ونفاذه..."^١.

يتبين لنا من هذا الحكم أن سبب إصدار قرار غرامة التأخير يختلف عن تسببيه، وذلك من ناحية أن أسباب إصدار الإدارة لهذا القرار هي الدوافع التي قدرت معها الإدارة أن حاجة المرفق تستدعي اتخاذ الإدارة لمثل هذا القرار، كالضرر المفترض حصوله نتيجة تأخر المرفق في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها، وهذه الدوافع توجد الأركان التي تقوم عليها صحة قرار فرض غرامة التأخير وترتيب آثاره، بينما يقصد بتسبب القرار هو إحاطة من يخاطبه علماً بالأسباب التي دفعت بالإدارة لإصدارها لهذا القرار.

نرى أن هذا العيب الشكلي يترتب عليه إهدار إحدى الضمانات الشكلية للمقاول في معرفة أسباب القرار والوقوف على تلك الأسباب، فلو تم تسبب القرار بذكر أسباب إصداره، فإن ذلك قد يمكن المقاول من إثبات انتفاء تلك الأسباب عند مواجهة لهذا القرار عن طريق القضاء، لذلك يتعين إذا ما لزم تسبب القرار أن يكون هذا التسبب كافياً.

مما تقدم نجد أن هناك اختلافاً واضحاً بين سبب القرار وتسببيه، وذلك ينعكس على الضمانة المقررة للمقاول من ناحية أن سبب القرار دائماً تحتفظ به الإدارة لنفسها وفقاً لسلطانها التقديرية التي قدرت معها أن حاجة المرفق تقتضي فرض مثل هذا الجزاء، في حين أن تسبب

(١) الطعن رقم ٣٤٧١ لسنة ٣٢ق - تاريخ الجلسة ١٢/٢٩/١٩٩٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٩٩٤.

القرار مقرر كضمانة للمقاول نفسه بمعرفة دافع الإدارة لاتخاذ مثل هذا القرار، والذي بالمقابل قد يكون في صالح المقاول أن يبدي وجهة نظره على تلك الأسباب.

ثانياً: تسبب قرار غرامة التأخير:

لابد وأن يكون قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاول صادراً لأسباب ودوافع مشروعة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة باعتبار هذا القرار قراراً إدارياً تسعى الإدارة من خلاله إلى إلزام المقاول المتأخر عن تنفيذ التزاماته بالتقيد بالمواعيد المتفق عليها في العقد فالمقصود بتسبب قرار فرض غرامة التأخير، ذكر سبب هذا القرار في متنه، والقاعدة في فقه القانون الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا إذا أوجب عليها المشرع ذلك، لذا فإن عدم تسبب القرار الصادر بفرض غرامة التأخير على المقاول لا يؤثر على مشروعيته من حيث المبدأ، وذلك باعتباره يصدر مصحوباً بقرينة السلامة، وعلى صاحب الشأن إثبات عكس ذلك^١.

وإذا كان السائد فقهاً وقضائاً أن جهة الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها بفرض هذه الغرامة إلا إذا ألزمها القانون بذلك بموجب نص يفيد بأن تصدر الإدارة قراراتها بفرض الغرامة مسببة، وفي هذه الحالة فقط يعتبر قرار الإدارة بفرض هذه الغرامة باطلاً إذا صدر دون أن يكون مسبباً^٢.

لذا فإن الإدارة تتمتع بقدر كبير من الحرية في عدم إلزامها بتسبب قراراتها بفرض غرامة التأخير على المقاول في ظل غياب النصوص التشريعية التي تلزمها بذلك، باعتبار أن سبب القرار دائماً يستند في تبريره إلى المصلحة العامة^٣.

ويرجع السبب في عدم إلزام الإدارة بتسبب قراراتها بفرض غرامة التأخير على المقاول إلى أنه طالما كان التسبب هو كضمانة شكلية، فإنه يمثل عبئاً على عاتق السلطة الإدارية لأن كتابة الأسباب في القرار على نحو يطابق الظروف من شأنه إلقاء عبء على عاتق الإدارة مصدرة القرار، أما في غير مقام النص فإن الإدارة لا تلتزم بتسبب قراراتها ويُفترض في قراراتها

(١) د. منصور إبراهيم العتوم - المرجع السابق - ص ٣٦٧.

(٢) الموسوعة القضائية في أحكام المحاكم الكويتية - المنازعات الوظيفية والإدارية - الكتاب الثاني - د. أحمد سعيد عبدالخالق - ١٩٧٥ - ص ٢٠-٢١.

(٣) د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٢١٨.

أنها صدرت بدافع المصلحة العامة ويقصد تحقيق أغراض مشروعة وقانونية، فعندما تقوم الإدارة بتسبيب قرار فرض هذه الغرامة فإن هذا التسبيب يخضع في تقديره وملاءمته لرقابة القضاء^١.

إلا أننا نرى أن تسبيب قرار فرض غرامة التأخير يكون بمثابة ضمانه تُمكن المَقول من معرفة السبب الذي على أساسه تم فرض الغرامة عليه، ليقوم بدوره بمواجهة تلك الأسباب، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات عدم صحة الأسباب التي تستند إليها الإدارة في تبرير إصدار هذا القرار أمام القضاء، والقضاء يملك فحص مدى مشروعية قرار الغرامة من عدمه، كما يمكن له مراقبة مدى ملاءمته للإخلال الصادر من المَقول.

وعلى الرغم من أهمية تسبيب الإدارة لقرارها بفرض غرامة التأخير على المَقول في مواجهة هذا الأخير بأسباب فرض الغرامة عليه لتمكينه من إبداء أوجه دفاعه على هذه الأسباب عند مواجهته بها، أو إثباته لانتفاء وجودها أمام القضاء، إلا أن المشرع البحريني لم يلزم الإدارة بذكر أسباب تلك القرارات، وكان على المشرع البحريني أن يلزم الإدارة بذكر سبب فرض غرامة التأخير على المَقول وهو التأخير، لتمكين هذا الأخير من معرفة أسباب الإدارة بإصدار قرار فرض الغرامة عليه، وإبداء أوجه دفاعه عند مواجهته بتلك الأسباب، كما أن تسبيب الإدارة لهذا القرار يفيد في إثباتها لصحة الأركان التي قام عليها القرار إذا ما لجأ المَقول إلى القضاء مختصاً هذا القرار.

(١) د. محمد عبداللطيف - تسبيب القرار الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ٣٥.

الفرع الثاني: إعلان الإدارة لقرار غرامة التأخير:

اختلفت الاتجاهات القانونية حول مدى إلزامية باتخاذ إجراء إعلان قرار غرامة التأخير من قبل الإدارة المتعاقدة مع المقاول بموجب عقد الأشغال العامة، والذي من شأنه إعلان قرار فرض الغرامة في مواجهة المقاول، فذهب اتجاه إلى أن الإدارة غير ملزمة باتخاذ أي إجراء من شأنه تنبيه أو إنذار المقاول بالغرامة، في حين ذهب اتجاه آخر إلى إلزام الإدارة باتخاذ هذا الإجراء.

وسنعرض في هذا الفرع موقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه من إجراء إعلان قرار غرامة التأخير، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: موقف المشرع:

خلا التشريع المصري وأنظمة عقد الأشغال العامة في الكويت مما يفيد إلزام الإدارة بتخاذ إجراء إعلان قرار فرض غرامة التأخير على المقاول، في حين سلكت الأنظمة القانونية لهذا العقد في البحرين مسلكاً آخر من حيث نصها على إلزام الإدارة باتخاذ هذا الإجراء.

فقد نص المشرع المصري في المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والمادة رقم (٨٣) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ على حكم موحد يقضي بأن: "... توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر..."^١.

وفقاً لنصا المادتان المشار إليهما يتبين لنا أن المشرع المصري ينص صراحةً على أن يكون فرض غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر - كالإعلان، وعبرة " أي إجراء آخر " تعني أي إجراء يفيد بإحاطة المقاول علماً بفرض هذه الغرامة عليه بما يشمل إعلانه، ومن ثم ليس إلزاماً على الإدارة أن تتخذ أية إجراءات من شأنها إحاطة المقاول علماً بقيامها بإصدار قرار فرض هذه الغرامة عليه.

وخلا قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ مما يفيد إلزام الإدارة بإعلان قرار فرض غرامة التأخير، في حين نصت المادة رقم (٣٥) من الشروط العامة للمناقصة على أنه: " يجب على المقاول تنفيذ الأعمال خلال الفترة المحددة (وذلك ابتداء من

(١) المادتان رقمي (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات - موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٥٤.

تاريخ توقيع العقد) وفي حالة التأخر عن الموعد المحدد وقعت عليه غرامة تأخير بواقع عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع من قيمة كامل الأعمال المتأخر تنفيذها، بحيث لا تتجاوز غرامات التأخير في مجموعها من سعر العقد. وتستحق الغرامة بدون تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء وبدون حاجة لإثبات الضرر الذي يعتبر متحققاً بمجرد التأخير^١.

من نص هذه المادة يتضح لنا أن ما جرى عليه العمل في دولة الكويت هو عدم إلزام الإدارة باتخاذ أي إجراء سابق لإصدار قرار فرض الغرامة في مواجهة المقاول، كتنبيهه أو إنذاره ومن هذه الإجراءات إعلان هذا القرار في مواجهته، ومن ثم يكون فرض هذه الغرامة مباشرة بمجرد إصدار قرارها في مواجهة المقاول، ولا تكون الإدارة ملزمة بإعلانه.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فقد ترك أمر تنظيم إجراءات فرض غرامة التأخير للشروط العامة لعقود الأشغال العامة التي نصت في الفقرة رقم (١/٤٧) من المادة رقم (٤٧) منها الخاصة بغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة على أنه: " إذا تأخر المقاول عن الانتهاء من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو أي جزء منها خلال الموعد المحدد لذلك ...، فإنه يجب عليه أن يدفع للإدارة مبلغ غرامة التأخير المحدد وفقاً للأسس المادية المنصوص عليها في العقد...، وذلك بعد قيامها بإخطاره بذلك...^٢."

وفقاً لنص هذه المادة نرى أن الشروط العامة لعقود الأشغال العامة في البحرين نصت صراحة على إلزام الإدارة باتخاذ إجراءات إخطار المقاول، ومن شأن قيام الإدارة بإخطار المقاول أن يكون قد تحقق الإعلان بعزم الإدارة فرض غرامة التأخير بحقه لأن يصل إلى علمه مضمون القرار الصادر، ولم تنص هذه الشروط على استبعاد هذا الإجراء.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع وأنظمة الدول محل المقارنة من إعلان الإدارة لقرار غرامة التأخير، نخلص إلى أن المشرع المصري وأنظمة عقود الأشغال العامة في الكويت قد نصت صراحة على عدم إلزام الإدارة باتخاذ أي إجراء سابق على فرض غرامة التأخير، ومن ثم يكون فرضها بمجرد حصول التأخير دون تنبيه أو إنذار، في حين أن المشرع البحريني ترك أمر تنظيم أحكام هذه الغرامة إلى الشروط العامة لعقود الأشغال العامة والتي نصت صراحة على

(١) المادة رقم (٣٥) من الشروط الخاصة للمناقصة رقم: و ك م / ٦٧ / ٢٠١٠ - ٢٠١١ - صيانة وإصلاح الكيبلات الزيتية ذات الضغط العالي وكيبلات القيادة والأعمال المدنية المتعلقة بهما - المرجع السابق.

2) Sub-Clause (47/1) Standard Contract Agreement and Conditions of Contract – Op.cit – P.52.

إلزام الإدارة بإخطار المقاول بفرض الغرامة عليه بما يفيد إعلان قرار فرض هذا الجزاء في مواجهته.

ونؤيد هذا الاتجاه لأنظمة عقود الأشغال العامة في البحرين بأن منحت المقاول إحدى الضمانات الشكلية لغرامة التأخير وهي إلزام الإدارة بإعلانه بقرارها بفرض الغرامة، وذلك حتى لا يُفاجأ بخسم الإدارة لغرامة التأخير منه ليكون على علم بما صدر بشأنه من قرار يقضي بفرض الجزاء عليه كجزاء الغرامة، ومن ناحية أخرى فإن اتخاذ هذا الإجراء يمكن الإدارة من الاحتجاج على المقاول بعلمه بمضمون هذا القرار، أما بالنسبة لما ذهب إليه المشرع المصري وأنظمة عقود الأشغال العامة في الكويت من عدم إلزام الإدارة باتخاذ أي إجراء من شأنه تنبيه أو إنذار ومنها إعلان قرار فرض الغرامة في مواجهة المقاول، فإننا لا نؤيد هذا الاتجاه باعتباره يشكل انتقاصاً من ضمانات شكلية للمقاول تجاه الغرامة، ومن ثم لن يكون للإدارة الاحتجاج على المقاول بعلمه بهذا القرار إذا ما ادعى عدم علمه بذلك.

ثانياً: موقف القضاء:

ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى أن فرض غرامة التأخير يكون مباشرةً بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار المقاول أو أي اتخاذ أية إجراءات من شأنها إعلان هذا القرار في مواجهة هذا الأخير حال إصداره بحقه.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "... من المبادئ المسلم بها أن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداءً من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن الإدارة في تحديدها لمواعيد تنفيذ العقد يُفترض فيه أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير..."^١.

يتبين لنا من هذا الحكم اتجاه القضاء المصري إلى أن فرض الإدارة لغرامة التأخير يكون بمجرد حصول الضرر، وذلك يعني أن الإدارة غير ملزمة باتباع أية إجراءات قبل إصدارها لقرار فرض الغرامة بحق المقاول بما من شأنه إعلانه بهذا القرار.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ٢٦٠ - س ق ١٢ - جلسة بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢١ - مشار إليه في: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الثالث - المرجع السابق - ص ٧٥٨.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم سبقت الإشارة إليه بأن: " ... الأصل في اقتضاء غرامة التأخير أن يتم توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر للجهة الإدارية...^١."

يبين لنا هذا الحكم أن القضاء الكويتي سلك مسلك القضاء المصري من ناحية أن إصدار قرار فرض غرامة التأخير يكون بمجرد حصول التأخير، بما معنى أنه ليس إلزاماً على الإدارة إعلان هذا القرار في مواجهة المقاتل بالغرامة.

ومن حيثيات حكم المحكمة الكبرى المدنية الأولى البحرينية - الدائرة الإدارية - أن: " ... المدعى عليها لم تقم بتنفيذ المشروع في الميعاد المتفق عليه مما حدا بالمدعية إلى إنذارها بتاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٩ بضرورة التقيد ببنود العقد لتوقف العمل بالمشروع وإلا ستضطر لسحب المشروع وإلغاء العقد وتوقيع غرامة التأخير ... كما أثبت تقرير الخبير المنتدب في الدعوى المشار إليها أن المدعى عليها لم تقم بإنجاز المشروع بالكامل خلال المدة المتفق عليها والتي تنتهي في ٢٠/٤/٢٠٠٩ مما يحق معه للمدعية توقيع غرامة تأخير على المدعى عليها بقيمة ٤٢٥,٢٠٦٥٤ دينار، وانتهى إلى أن المدعية قامت بسداد ٦١٥٣٢,٦٥٨ دينار للمدعى عليها مما يكون صافي مستحقات المدعية لدى المدعى عليها مبلغ وقدره ١٤٨١٨,١١٠ دينار...^٢."

وفقاً لما جاء بهذا الحكم من حيثيات تقيد بأن الإدارة - المدعية - قامت بإنذار الشركة المتعاقدة - المدعى عليها - بضرورة التقيد بتنفيذ العقد نظراً لوقف الشركة عن العمل بالمشروع وإلا ستضطر لسحب المشروع منها وإلغاء العقد وفرض غرامة التأخير، ومن ثم أثبت تقرير الخبير تأخر الشركة في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها، وقيام الإدارة بخضم غرامة التأخير من المبالغ المستحقة للشركة، فإنه يتبين أن هذا الإنذار يكون بمثابة إعلان للمقاتل بقرار الإدارة بفرض غرامة التأخير بحقه عن مدة تأخره في تنفيذ العقد، جاء متفقاً مع أحكام الفقرة رقم (١/٤٧) من المادة رقم (٤٧) من الشروط العامة لعقد الأشغال العامة، والتي ألزمت الإدارة بإنذار المقاتل بغرامة التأخير بعد تحقق مناط استحقاقها.

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية - الدائرة الإدارية الأولى - الطعن رقم ٢٠١٠/٣٥٠ إداري - تاريخ الجلسة ٢٠١٣/٦/١٩ - غير منشور.

(٢) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٧٠٤٨ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٠١٣/١٠/٢٩ - غير منشور.

ثالثاً: موقف الفقه:

ذهبت بعض آراء الفقه إلى أن الإدارة عندما تصدر قرارها بفرض غرامة التأخير على المقاول، فإن هذا القرار يجب أن يكون مستوفياً للأمر الشكليّة اللازمة لإصداره، ولما كان قرار فرض هذه الغرامة فيه مساس بالمركز المالي والقانوني للمقاول، فعندما تصدر الإدارة هذا القرار يجب عليها إعلانه للمخاطب به لتجعله على علم بالغرامة المقرر فرضها عليه، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

وفي هذا الصدد ذهب رأي في الفقه إلى أن إعلان قرار فرض غرامة التأخير يقصد به مجموعة الإجراءات التي تسبق إصدار هذا القرار، والتي تهدف الإدارة من خلالها إلى تحقيق العلانية لصاحب الشأن بالقرار الصادر بحقه وتاريخ إصداره لأن يصل إلى علمه مضمون وحديثات القرار، سواء تم الإعلان بناءً على إدعائه بالعلم اليقيني، أو عند علمه بالقرار صدفةً، وذلك يُعد من الأمور المسلم بها كقاعدة ضرورية لإمكانية الاحتجاج على المقاول، وإلا وقع على عاتق الإدارة عبء إثبات علم المقاول بقرار فرض هذه الغرامة، فإذا ادعى المقاول عدم علمه بهذا لقرار، فقد صح هذا الادعاء، وإذا صح ادعائه سقط حق الإدارة في فرض هذه الغرامة عليه^١.

وفقاً لهذه الآراء نرى أنه يجب لصحة الإعلان أن يُقر المقاول المخاطب بالقرار بعلمه لمضمون القرار الصادر بشأنه، وإن كان عن طريق الصدفة، وإلا كان على الإدارة أن تثبت علم المقاول بما أصدرته بشأنه من قرارات، أو صح ادعاء المقاول بعدم علمه بمضمون القرار، مما يسقط معه حق الإدارة في فرض هذه الغرامة عليه.

واتجه رأي آخر في الفقه إلى أن القانون غالباً لا يشترط أن يتحقق إصدار قرار غرامة التأخير وفقاً لشكلية معينة لإعلانه، فلو تم في جلسة منعقدة مع صاحب الشأن، يكون الإعلان محققاً حتى لو رفض الأخير تسلّم الإعلان، وإلا فإنه لا يمكن الاحتجاج به على صاحب الشأن طالما لم يتم إعلانه، لذلك فإن غياب أو عدم كفاية الإعلان يرد على تنفيذ الجزاء وليس على مشروعيته، إلا أن الجزاء بحد ذاته يظل مشروعاً، فإن عدم اتخاذ إجراء الإعلان لا يؤثر على

(١) د. صالح إبراهيم المتيوتي - المرجع السابق - ص ٦٤ / د. نصرالدين بشير - المرجع السابق - ص ٢١٨.

القرار ذاته، فهو يمنع هذا التنفيذ من حيث المبدأ، أما إذا ألزم القانون الإدارة باتباع شكل معين لاتخاذ القرار، فإنه يجب الالتزام بالشكل الذي حدده القانون لإصدار هذا القرار^١.

وفقاً لهذه الآراء يتبين لنا أن إعلان قرار فرض غرامة التأخير على المقاول يكون وفقاً لأية طريقة تضمن وصول مضمون وحيثيات هذا القرار إلى علم المقاول المخاطب به، فليس للإعلان شكل معين طالما كان وسيلة تمكن المخاطب به من معرفة ما يتخذ ضده من جزاءات.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع في الدول محل المقارنة وبعض أحكام القضاء والفقه من قيام الإدارة بإعلان قرار فرض غرامة التأخير، نخلص إلى أن إعلان قرار فرض هذه الغرامة للمقاول حال صدوره، يُعد إشهاراً يفيد بأن يصل إلى علم المقاول مضمون وتاريخ هذا القرار، ومن ناحية أخرى يُعد تاريخ الإعلان هو التاريخ الرسمي لإصدار القرار، مما يُسهل على القضاء التأكد من مدى التزام المقاول بالتظلم منه خلال المدة المقررة، كما أن إعلان القرار لا يشترط شكل معين، سواء، تم بإعلان صاحب الشأن مباشرة في جلسة علنية أو بأية طريقة تضمن وصول مضمون القرار إلى علمه.

ونهيىب بالمشرع البحريني تضمين قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية ما يفيد إلزام الإدارة بإعلان قرار فرض غرامة التأخير حال إصداره بحق المقاول المتعاقد معها، وذلك كي لا يفاجئ المقاول بصدور قرار فرض الغرامة عليه باعتبار أن ذلك قد يؤدي إلى التأثير على مركزه المالي في العقد مما قد يؤدي إلى تراجع إمكانياته في استكمال تنفيذ الأشغال المتفق عليها بالعقد.

(١) في الفقه العربي أنظر: د. ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ٥٩-٦٠ / د. منصور إبراهيم العتوم - المرجع السابق - ص ٣٦٨.

وفي الفقه الفرنسي أنظر:

- De Laubadère (A) - Op.cit - p. 112.

المبحث الثاني: الضمانات الموضوعية لغرامة التأخير

تمهيد وتقسيم:

ذهب المشرع وبعض أحكام القضاء بجانب فريق من الفقه إلى أن المقاول يتمتع بموجب عقد الأشغال العامة بضمانات موضوعية يعفى بموجبها وجوباً من غرامة التأخير حال تحقق مناط استحقاقها مباشرة، دون أن يكون للإدارة حق اتخاذ أي من الإجراءات الشكلية في مواجهته بإخلاله في التأخير، كإعذاره أو تسبیب وإعلان قرار فرض الغرامة في مواجهته.

فوجود هذه الضمانات يتحقق إما نتيجةً لفعل الإدارة، كإخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية أو اسخدامها لسلطتها بموجب العقد على نحو يزيد من أعباء المقاول مما يؤدي إلى تأخره في تنفيذ التزاماته، أو نتيجةً لوجود قوة قاهرة أثناء تنفيذ المقاول لتلك الالتزامات تكون قد أدت إلى استحالة تنفيذها استحالة مطلقة، سواء كانت هذه الاستحالة في جزء من العقد أو بأكمله.

وسنعرض في هذا المبحث الضمانات الموضوعية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وسنقسمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

- المطلب الأول: إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة.
- المطلب الثاني: إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة القوة القاهرة.

المطلب الأول:

إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة

تقع مسؤولية تنفيذ عقد الأشغال العامة على الإدارة إلى جانب المقاول، فالإدارة صاحبة السلطة في هذا العقد فهي تقوم بدورها بتنفيذ التزاماتها مستخدمةً سلطاتها الاستثنائية على النحو الذي من شأنه تحقيق مصلحة المرفق العام، ومن ثم فإذا ما أدى فعل الإدارة إلى تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته، فإن مسؤولية هذا التأخير تقع على عاتق الإدارة، ومن ثم لا يعدو أن يكون لها الحق في فرض غرامة التأخير على المقاول.

وسنعرض في هذا المطلب فعل الإدارة المؤدي إلى تأخر المقاول، ومن ثم موقف المشرع والقضاء إلى جانب آراء الفقه من إعفاء المقاول نتيجة فعل الإدارة، وسنقسمه إلى أربعة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: فعل الإدارة المؤدي إلى تأخر المقاول:

ينص عقد الأشغال العامة على التزامات معينة إلى جانب سلطات الإدارة بموجب هذا العقد، يفترض عليها الالتزام بها لتمكين المقاول من الاستمرار بتنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

تُحدد الإدارة مدة سريان عقد الأشغال العامة وفقاً لتقديرها، وذلك نظراً لحجم وكميات الأعمال المطلوب من المقاول تنفيذها، والتي بناءً عليها تُحدد مواعيد تنفيذ الالتزامات التعاقدية لكلا الطرفين المتعاقدان، ومن ثم فإن أي إخلال من جانب الإدارة بتلك المواعيد، أو تغيير في كمية تلك الأعمال، أو استخدامها لسلطتها على نحو مبالغ فيه أو غير مشروع قد يؤدي إلى تأخر المقاول في التنفيذ نتيجة لفعل الإدارة¹.

من المبادئ المسلم بها في العقود الإدارية بصفة عامة أنها تخضع لأصل عام من أصول القانون العام يقضي بأن يكون تنفيذها وفقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما توجهه حسن النية، ويقصد بحسن النية في مجال التعاقد هو أن يراعي أطراف العقد حقوق بعضهم البعض

1) De Laubadère (A) – Op.cit – p.56.

وعدم الإضرار بها، وذلك يقتضي أن يكون تنفيذ العقد بالطريقة التي تتفق وما يتضمنه من التزامات^١.

وفقاً لهذا المبدأ نرى أن إخلال الإدارة بالعقد أو تنفيذها له على نحو غير المتفق عليه يشكل إخلالاً من جانبها بما يفرضه عليها العقد، مما من شأنه أن يؤدي إلى وقوع المفاوض في الإخلال بالتزاماته، فإذا اتفق كل من الإدارة والمفاوض على تحديد مدد تنفيذ العقد، كالمدة الإجمالية لسريان نفاذ العقد، والتي يُفترض أن تكون مدة معقولة تتناسب ومقتضيات التنفيذ والمدة المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد، بالإضافة إلى مواعيد تنفيذ الإدارة لالتزاماتها خلال هذه المدد، فإن هذا الاتفاق يُعد شرطاً جوهرياً يحكم التزامات طرفيه^٢.

لذلك لا يقتصر التزام الإدارة باحترام المدد المقررة لتنفيذ العقد على المدة الإجمالية للتنفيذ بل يمتد للمدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة بالعقد، كقيام الإدارة بتسليم موقع العمل أو الرسومات أو الخرائط للمفاوض أو صرف مستحقاته في المواعيد المتفق عليها^٣.

ومن ثم يضحى أنه من قبيل إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها كعدم قيامها بإخلاء أو تسليم موقع العمل للمفاوض، بالإضافة إلى المواد أو الرسومات والتصاميم اللازمة لتنفيذ العقد، أو عدم قيامها باتخاذ إجراءات نزع ملكية الأراضي التي سينشأ عليها المشروع، وقد يكون إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها بامتناعها عن منح المفاوض التصاريح اللازمة للتنفيذ^٤.

أما وقد تمارس الإدارة سلطتها في تعديل حجم الأعمال المتفق عليها في العقد على نحو يزيد من أعباء المفاوض دون أن تمد الموعد المقرر لإتمام التنفيذ نظراً لزيادة حجم تلك الأعمال بخلاف ما قد تم الاتفاق عليه، أو وقف الأعمال لأسباب لا تعود إلى المفاوض^٥.

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - مدى القوة الملزمة للعقد - دراسة مقارنة بين المادة ١١٣٤ مدني فرنسي والمواد ١٩٦/١٩٧/١٩٨ مدني كويتي - بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع - العدد الثالث عشر - دولة الكويت - أكتوبر ٢٠٠٥ - ص ٢٢.

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ٤٢٨ / د. عادل عبدالرحمن خليل - المرجع السابق - ص ٨٤ / د. محمد حسن مرعي الجبوري - المرجع السابق - ص ١٢٣ / د. محمد فؤاد الحريري - تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير - المرجع السابق - ص ٤٧٢ / د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ١٥١.

(٣) د. حسان عبدالسميع هاشم - المرجع السابق - ص ٧٩.

(٤) في هذا المعنى أنظر: د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٣١١ / تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الثالث - حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو أمجد للطباعة بالهرم - ٢٠١١ - ص ٢٥٨.

(٥) د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٢٥٧.

فإذا ما أدى إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها خلال المواعيد المتفق عليها أو ممارستها لسلطتها على نحو يزيد من أعباء المقاول إلى تأخره عن تنفيذ التزاماته على الرغم من حرصه على الالتزام بمواعيد التنفيذ، فإنه يتعين في هذه الحالة ألا يكون المقاول مسؤولاً عن هذا التأخير، وكذلك هو الحال بالنسبة لعدم قيام الإدارة بصرف مستحقات المقاول في المواعيد المتفق عليها، الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقد نظراً لتراجع إمكانياته نتيجة إخلال الإدارة بمواعيد صرف تلك المستحقات.

الفرع الثاني: موقف المشرع حول تأخر المقاول نتيجة فعل الإدارة:

نظم المشرع المصري والبحريني أحكام إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة، في حين خلا التشريع الكويتي والأنظمة القانونية لعقود الأشغال العامة في الكويت من تنظيم مثل هذه الأحكام، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

فقد نص المشرع المصري في المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على: " ... ويعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارج عن إرادته، ... وفي حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك.."^١.

وفقاً لنص المادة المشار إليها يتبين لنا أن المشرع المصري حرص على تنظيم أحكام إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما أحل بمواعيد تنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة فعل الإدارة.

هكذا فإننا نجد أن الأسباب الخارجة عن إرادة المقاول لا تقتصر على تلك التي توجد في الظروف التي قد يتعرض لها المقاول أثناء تنفيذه للعقد وتكون خارجة عن إرادة كلا الطرفين، بل قد تكون هذه الأسباب عائدة لفعل الإدارة المتعاقدة، حيث أن هذه الأخيرة تتمتع بسلطات استثنائية في العقد قد يشكل استخدامها على نحو مبالغ فيه إضراراً بالمقاول، كإصدار الأمر التغيير في حجم وكميات الأعمال على نحو يفوق قدرات المقاول.

(١) المادة رقم (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات - موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٥٤.

أما وقد يكون فعل الإدارة يُشكل إخلالاً من جانبها بتنفيذ العقد، فإذا ما تضمن هذا العقد التزامات خاصة بالإدارة فإن هذه الأخيرة يجب أن تلتزم بتنفيذها، وإلا كان إخلالها بتلك الالتزامات مما من شأنه وقوع المَقاول في الإخلال بالتأخير يُعتبر ضماناً موضوعية لإعفاء المَقاول من الخضوع لفرض الغرامة عليه، ومن ثم يحق لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن أية أضرار قد أصابته نتيجة إخلال الإدارة، ومنها التعويض عن غرامة التأخير التي قد تكون اقتضتها الإدارة على نحو غير مشروع حال تحقق وجود الضمانة الموضوعية.

في حين نظم المشرع البحريني أحكام إعفاء المَقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة ضمن أحكام الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية، فقد نص في الفقرة رقم (٢٥-٥-٥٤) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية على أنه:

" يجوز للجهة الحكومية المتعاقدة تمديد مدة العقد، على أن يتم ذلك بموافقة مستوى صلاحية أعلى من صلاحية المستوى الذي وقع العقد الأصلي، إذا كان التأخير ناتجا عن احد الأسباب المبينة أدناه: أ- تكليف المتعاقد معه بأعمال جديدة إذا صدر الأمر بها في وقت لا يسمح بأدائها في المدة المتفق عليها في العقد. ب- صدور أمر من الجهة الحكومية بإيقاف العمل لأسباب خارجة عن مسؤولية المتعاقد معها. ج- أي ظروف أخرى خارجة عن إرادة المتعاقد معه أو بسبب من الجهة الحكومية المتعاقدة على أن يكون بطلب منه مؤيدا بالمستندات الثبوتية المقبولة رسميا لدى الجهة الحكومية".

من نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع البحريني أجاز تمديد مدة العقد في حالات التأخير في التنفيذ التي تعود لفعل الإدارة المتعاقدة، وهي إما عند تكليف المَقاول بأعمال جديدة في الوقت الذي لا يسمح بأدائها، وليس في الأوقات العادية التي يُفترض فيها أن يكون زيادة تلك الأعمال أمر مألوفاً ومتعاقد عليه، ذلك أن مناط احتياجات المرفق العام تقتضي من الإدارة تقدير تلك الاحتياجات والتغيير في حجم وكميات الأعمال وفقاً لاحتياجات المرفق، كما نصت هذه الفقرة على جواز تمديد العقد عند صدور أمر من الإدارة بإيقاف العمل لأسباب خارجة عن مسؤولية المَقاول أو أية ظروف أخرى خارجة عن إرادته، أو بسبب فعل الإدارة ذاتها.

(١) الفقرة رقم (٢٥-٥-٥٤) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

ونصت الفقرة رقم (٢٥-٥-٥٥) من هذا الدليل على أنه: " إذا كان التأخير ناتجا عن غير الأسباب المشار إليها في الفقرة ٢٥-٥-٥٤ أعلاه فلا يجوز الإعفاء من الغرامة النهائية للتأخير إلا بالاتفاق مع وزارة المالية".

ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع البحريني سلك ذات مسلك المشرع المصري من ناحية إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة في الحالات التي ذكرها المشرع حصراً في الفقرة رقم الفقرة رقم (٢٥-٥-٥٤) سالفه الذكر.

وهكذا نجد أن المشرع البحريني نظم حالات إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما تأخر في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها بموجبه نتيجة فعل الإدارة، وفقاً للحالات التي ذكرها حصراً بأحكام الدليل المالي.

ولم ينظم المشرع الكويتي أحكام الإعفاء من غرامة التأخير لا في التشريعات ولا في الشروط الخاصة والعامة لعقود الأشغال العامة والمناقصات الخاصة بها.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع في الدول محل القارنة، وجدنا أن المشرع المصري والبحريني نظما أحكام تجيز بموجبها إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما أخل بمواعيد تنفيذ التزاماته نتيجة فعل الإدارة، سواء كان هذا الفعل يشكل إخلالاً من جانبها بالعقد أو نتيجة لاستخدامها لسلطتها بموجب هذا العقد على نحو أدى إلى تأخر المقاول، وخلا التشريع الكويتي وأنظمة عقود الأشغال العامة بالكويت والمناقصات الخاصة بها من تنظيم مثل هذه الأحكام.

(١) الفقرة رقم (٢٥-٥-٥٥) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

الفرع الثالث: موقف القضاء حول تأخر المقاول نتيجة فعل الإدارة:

ذهبت بعض أحكام القضاء في الدول محل المقارنة إلى وجوب إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما كان تأخره عن المواعيد المتفق عليها في العقد عائداً لفعل الإدارة ذاتها، سواء نتيجة لاستخدامها لسلطاتها بموجب عقد الأشغال العامة، أو كان إخلالاً من جانبها بتنفيذ العقد، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الأسباب التي تؤدي إلى امتداد مدة التنفيذ ولا تدخل ضمن مدد التأخير التي يتم حساب غرامة التأخير عنها هي الأسباب التي ترجع إلى جهة الإدارة ذاتها أو تلك التي لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة توقعها ..."^١.

مما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن الأسباب المؤدية لامتداد مدة تنفيذ العقد ولا تدخل ضمن مدد التأخير التي يحق للإدارة خلالها فرض غرامة التأخير على المقاول، هي تلك التي تؤدي إلى تأخر هذا الأخير في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بالعقد بفعل الإدارة المتعاقدة ذاتها.

هكذا فإنه وبناءً على ما ذهب إليه القضاء بهذا الحكم نجد أن أي إخلال من جانب الإدارة في تنفيذها لالتزاماتها بموجب عقد الأشغال العامة مما من شأنه تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فإنه يجب ألا يحتسب ضمن مدد التأخير التي يتم حساب غرامة التأخير عنها.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكم لها بأنه: " ... فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية أو في مدة تنفيذ المشروع فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ... فإذا ما قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات، ليس من العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل المتعاقد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٨٠٧ لسنة ٣٣ عليا - جلسة ١٥/٦/١٩٩٣ - العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ - الكتاب الثاني - تنفيذ العقد الإداري - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٣ - ص ٢٦١.

مع الإدارة وحده عبء التعديل وبالتالي لا يحق لجهة الإدارة أن تخصم منه أي مبلغ على ذمة غرامة التأخير...^١.

بهذا الحكم نجد أن المقاول يعفى من غرامة التأخير بفعل الإدارة المتعاقدة بغير خطأ منها، بل وفقاً لممارستها لسلطتها في تنفيذ عقد الأشغال العامة على نحو يزيد من أعباء المقاول مما يؤدي بالتالي إلى تأخره عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها بالعقد، لذا فإنه ليس كل فعل من قبل الإدارة يعفى المقاول بموجبه من غرامة التأخير يشكل إخلالاً بالعقد.

وجرت حيثيات حكم محكمة التمييز الكويتية على أنه: "... نتيجة تأخر الوزارة في تسليم الموقع فقد بدأت الأعمال بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٦، وقد قامت الوزارة وقبل انتهاء العقد ولأسباب خاصة بها بتمديد مدته من تاريخ ٢٠٠٤/٢/٥ حتى ٢٠٠٤/٨/٥ ثم إلى ٢٠٠٤/١١/٢٨، ثم ٢٠٠٥/٤/٦، وقد تسبب التمديد المذكور في إصابة الشركة بأضرار مادية تمثلت في تحملها خسائر وفوات تحقيق أرباح، كما أن تأخر الوزارة في تسليمها موقع المشروع أضر بها، فضلاً عن تنفيذ أعمال خارج نطاق العقد كلفت بها من الوزارة، وأنه على الرغم من ذلك، فقد قامت الأخيرة بتوقيع غرامات تأخيرية عليها دون سبب لذلك... ندبت المحكمة لجنة خبراء، وبعد أن أودعت تقريرها، حكمت المحكمة بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/٢٨ بإلزام الطاعن بأن يؤدي للشركة المطعون ضدها مبلغاً قدره ٢٣٨١ د. ك (إثنى عشر ألفاً وواحد وثمانون ديناراً كويتياً) ورفضت ما عدا ذلك من طلبات ...^٢.

من حيثيات هذا الحكم يتبين أن الإدارة المتعاقدة قد تأخرت في تسليم موقع العمل للشركة التعاقدة معها - المقاول - مما أدى إلى الإضرار بها، كما ماطلت بتمديد العقد على نحو أدى إلى الإضرار بالشركة مما أدى إلى تحملها خسائر وفوات تحقيق أرباحها، ومن ناحية أخرى فقد قامت الإدارة بتكليف الشركة بتنفيذ أعمال خارج نطاق العقد، وعلى الرغم من ذلك، فقد قامت الإدارة بفرض غرامة التأخير على هذه الشركة دون سبب لذلك.

وبتضح مما ورد بهذه حيثيات أن الإدارة قد أخلت بعبء التزامات بالعقد مما أدى إلى تأخر المقاول - الشركة، وهي أن تأخر الإدارة في تسليم موقع العمل للمقاول يشمل إخلالاً من

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٣١٦ لسنة ٤٢٢ عليا - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٣ - العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ - الكتاب الثاني - تنفيذ العقد الإداري - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠٠٣ - المرجع السابق - ص ٢٦٤.

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية - بالطعن رقم ٤٤٠، ٤٦٤/٢٠٠٩ - إداري/١ - تاريخ الجلسة ٢٠١٣/٣/٢٧ - غير منشور.

جانبها سيؤول إلى تأخر المقاول عن البدء في تنفيذ العقد، وعلى الرغم من ذلك فقد قامت الإدارة بتمديد العقد وفقاً لسلطتها التقديرية في تنفيذ ما هو أصلح للمرفق العام، إلا أن التمديد كان على نحو غير معقول مما أدى إلى الإضرار بالمقاول على نحو أدى إلى فواته للأرباح التي كان من المفترض أن يحققها لولا هذا التمديد، ومن ثم يلزم تعويضه.

هكذا نجد أن الإدارة قد أخلت بأكثر من التزام بالعقد وتمديد العقد على نحو أدى إلى الإضرار بالمقاول، ومن ثم فإن الغرامة التي اقتضتها الإدارة من المقاول تُعتبر غير مشروعة، وهذا ما أثبتته تقرير لجنة الخبراء، والذي بناءً عليه قضت هذه المحكمة بالزام الإدارة بأن تؤدي للمقاول تعويضاً عن الأضرار التي تعرض لها نتيجة فعل الإدارة.

وهذا ما سارت عليه المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - البحرينية في حكم سبقت الإشارة إليه قضت فيه بأنه: " ... فإن المستقر عليه أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود يجب تنفيذها وفقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية في تفسير العقود وأن الأصل في تفسير العقود - مدنية كانت أو إدارية - وأن هناك التزاماً عقدياً وقانونياً على المقاول المتعاقد مع الجهة الإدارية أن ينفذ الالتزامات الموكولة إليه بتنفيذها بموجب العقد خلال المدة أو المدد المحددة لتنفيذها فإن تأخر عن ذلك وُقعت عليه غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة بالعقد ما لم يثبت أن هذا التأخير لأسباب لا دخل لإرادة المقاول فيها...^١ .

من هذا الحكم نجد أنه يحق للإدارة فرض غرامة التأخير على المقاول إذا تأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بالعقد، ما لم يثبت أن هذا التأخير لأسباب لا دخل لإرادة المقاول فيها.

نفهم من ذلك أن حق الإدارة في فرض غرامة التأخير على المقاول مقيد بأن يكون التأخير نتيجة إخلاله بالتزاماته ومواعيد التنفيذ المتفق عليها بالعقد، أما إذا كان التأخير عائداً لأسباب خارجة عن إرادة المقاول كفعل الإدارة، سواء بإخلالها بتنفيذ التزاماتها التي يفرضها عليها العقد أو استخدامها لسلطتها في العقد على نحو مبالغاً فيه مما أدى إلى الإضرار بالمقاول أو تأخره عن تنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فإنه لا يحق للإدارة أن تفرض عليه هذه الغرامة

(١) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

بل يجب عليها إعفاؤه منها نظراً لتحقيق وجود الضمانات الموضوعية التي أوجدها فعل الإدارة المتعاقدة.

الفرع الرابع: موقف الفقه حول تأخر المقاوول نتيجة فعل الإدارة:

يتجه الفقه بوجه عام إلى أن قواعد العدالة تقتضي أن يعفى المقاوول من غرامة التأخير إذا أثبت أنه بذل ما في وسعه للالتزام بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المحددة لذلك، إلا أنه لم يتمكن من ذلك بسبب فعل الإدارة، وفي هذه الحالة يكون التأخير في التنفيذ قد حصل لسبب خارج عن إرادته، مما يترتب عليه عدم مشروعية غرامة التأخير إذا ما تم فرضها عليه، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

ذهب رأي أحد الفقه إلى أن فعل الإدارة قد يشكل خطأ من جانبها أو نتيجة لاستخدامها لسلطتها بموجب عقد الأشغال العامة، ومن ثم يتعين معه انتفاء مسؤولية المقاوول عن التأخير إذا أدى ذلك الفعل إلى تأخر المقاوول عن تنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد، فإذا أثبت المقاوول أنه قد بذل ما في وسعه لتنفيذ التزاماته في تلك المواعيد إلا أنه قد تأخر عن تنفيذ التزاماته خلالها نتيجة لفعل الإدارة، فلا يحق للإدارة فرض غرامة التأخير عليه باعتبار أنها هي المتسببة في تأخره، ويستوي في ذلك أن يكون فعل الإدارة يشكل خطأ من جانبها أو إهمالاً أو تقصيراً أو كان استعمالاً منها لحق غير منازع فيه كإجراء تعديل في طبيعة الأعمال موضوع العقد أو كمينتها^١.

مما ذهب إليه هذا الرأي من أن أي تأخير من قبل المقاوول في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بالعقد نتيجة فعل الإدارة، سواء نتيجة استخدامها لسلطتها أو نتيجة إخلالها بتنفيذ العقد، فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء مسؤولية المقاوول عن التأخير، ومن ثم فلا يحق لإدارة فرض غرامة التأخير عليه.

واتجه رأي آخر من الفقه إلى أنه إذا أقرت الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المقررة لأن تنفيذها في تلك المواعيد غير لازم ولا يسبب لها إرباكاً، فإن إقرارها بذلك يُعد بمثابة إعفاء ضمني للمقاوول من فرض الغرامة عليه، بما لا يكون معه محل لفرض هذه الغرامة^٢.

1) Powell Smith & Furmston's – Building Contract Casebook – Third Edition – Blackwell – Oxford – London – 2000 – P. 362.

٢) د. ماجد راغب الحلو – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ١٥٤.

وفي ذات الصدد اتجه رأي ثالث إلى أنه إذا طلب المقاول من الإدارة إهماله مدة إضافية للتنفيذ ووافقت الإدارة على ذلك دون تحفظ من جانبها، ويستوي في ذلك أن يتفق الطرفان على تمديد الميعاد قبل انقضاء الميعاد الأصلي لانتهاء من التنفيذ أو بعد انقضائه، فإن المقاول يعفى من غرامة التأخير^١.

وكذلك الحال بالنسبة لموافقة الإدارة على تسلم الأعمال المسندة للمقاول ابتداءً في الميعاد المتفق عليه أو بعد انقضائه دون تحفظ منها، فلا يجوز لها بعد ذلك أن تفرض غرامة التأخير على المقاول، ولا ينال من ذلك مجرد الادعاء بأن التسليم الابتدائي لم يتم وفقاً للمطلوب^٢.

وهكذا فإن فعل الإدارة المؤدي إلى تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها، سواء كان نظراً لممارستها لسلطتها بموجب العقد أو إخلالها به كالخطأ من جانبها أو إهمالها أو تقصيرها، فإنه يجب عليها إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا أثبت هذا الأخير أن السبب في تأخره عائداً إلى فعل الإدارة ذاتها.

لذا ذهب رأي من الفقه إلى إن قيام الإدارة بفرض الغرامة على المقاول على الرغم من تسببها في تأخره عن تنفيذ العقد يُعد تعدياً منها على حقوقه، إذ يحق له في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإعفائه من هذا الجزاء، فمن المتعارف عليه أن المخل بالتزامه يتعرض لفرض الجزاء عليه، ولا يقتصر فرض الجزاء على المقاول وحده دون الإدارة، خاصة إذا ما أخلت هذه الأخيرة بالتزاماتها المتفق عليها في العقد، فهي تخضع لفرض الجزاء نتيجة لذلك^٣.

وهكذا نجد أن فرض الغرامة على المقاول في هذه الحالات تكون معه الغرامة غير مشروعة مما يحق للمقاول المطالبة قضائياً بإعفائه منها والتعويض عن أية أضرار قد تعرض لها نتيجة فعل الإدارة.

ويرى أحد الفقه أن الجزاءات التي يمكن أن تفرض على الإدارة ليست كثيرة وغير متنوعة كالتي تُفرض على المقاول، ومن ثم فهي لا تشمل الغرامات أو إجراءات الضغط أو الجزاءات الجنائية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المقاول لا يستطيع أن يفرض الجزاء على الإدارة بنفسه، ومن ثم فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل النفاذ، ومقاضاة الإدارة لتقصيرها في تنفيذ

(١) د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٢١٣.

(٢) د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٥١.

(٣) د. أحمد سلامة بدر - المرجع السابق - ص ٢١٠.

التزاماتها التعاقدية يخضع لقاعدة أن القاضي الإداري لا يملك أن يصدر أمراً للإدارة بإلزامها بالقيام بعمل معين أو حتى الوفاء بالتزاماتها، ومن ثم فلا يملك القاضي أن يوقع تهديدات مالية على المقصر لإجباره بتنفيذ التزاماته كما هو الحال في القانون الخاص^١.

فإذا كانت الإدارة قد خصمت غرامة التأخير وكان من الثابت أن التأخير يرجع إلى خطأ الإدارة ذاتها، ومن ثم تكون مسئولة عن تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته، وبذلك يكون جزاءها برد غرامة التأخير التي حصلت عليها خصماً من مستحقات المقاول، وتعويض المقاول عما أصابه من ضرر نتيجة خصم الغرامة منه وما أدى إليه تأخر الإدارة من أضرار أخرى بناء على طلب المقاول بالتعويض عن تلك الأضرار^٢.

ومن هذه الآراء يتبين أن فعل الإدارة المؤدي إلى تأخر المقاول بتنفيذ العقد، سواء كان نتيجة استخدامها لسلطتها أو نتيجة لإخلالها بالعقد، فإنه ليس للقاضي أن يحكم بمعاقبة الإدارة، وإنما يحكم بإعادة الحال كما كان عليه، كإعادة مبلغ الغرامة التي خصمته الإدارة من ضماناتها بموجب العقد، وتعويض المقاول عن أية أضرار قد لحقت به نتيجة فرض الغرامة عليه، إذا أثبت ذلك الحق أمام القضاء.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع وبعض أحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه، وجدنا أن فعل الإدارة يشكل ضماناً للمقاول في إعفائه من غرامة التأخير إذا ما تأخر عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها بالعقد نتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها في العقد على نحو يزيد من أعباء المقاول، أو نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، ففي كلا الحالتين يكون التأخير قد حصل لسبب خارج عن إرادة المقاول بما يحق له إعفاؤه من هذه الغرامة.

هكذا يشكل فعل الإدارة إحدى الضمانات الموضوعية لإعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها نتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها في العقد على نحو أدى إلى زيادة أعباء المقاول، أو نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

(١) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٧٢ وما بعدها.

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. محمد عبدالمجيد إسماعيل - القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - ص ٢٦١ / د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - دار الفكر الجامعي - بدون سنة نشر - ص ٢٢٩.

المطلب الثاني:

إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة القوة القاهرة

يُعد التزام المقاول بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها كأصل عام التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وبالتالي لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته عن عدم التنفيذ، أو التأخير فيه إلا إذا أثبت أن هناك قوة قاهرة حالت بينه وبين تنفيذ العقد قد جعلت من هذا التنفيذ أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة، ومن ثم لا يعدو أن يكون للإدارة الحق في فرض غرامة التأخير على المقاول.

وسنعرض في هذا المطلب مفهوم وشروط القوة القاهرة، ومن ثم موقف المشرع وأحكام القضاء إلى جانب آراء الفقه من إعفاء المقاول نتيجة وجود القوة القاهرة، وسنقسمه إلى أربعة أفرع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم وشروط القوة القاهرة:

قد تعترض المقاول عند تنفيذه للعقد ظروف تكون خارجة عن إرادته ولا تعود أسباب وجودها إلى الإدارة، يكون من شأن حدوثها استحالة تنفيذ المقاول لالتزاماته بموجب العقد استحالة مطلقة، مما يؤدي بالضرورة إلى تأخر المقاول في تنفيذ تلك الالتزامات عن المواعيد المتفق عليها.

فما هو مفهوم القوة القاهرة في مجال عقد الأشغال العامة؟ وما هي الشروط التي يترتب على تحققها وجود القوة القاهرة؟ هذا ما سنجيب عنه من خلال دراستنا لهذا الفرع، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم القوة القاهرة:

إن مفهوم القوة القاهرة في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة لا يختلف عنه في العقود المدنية، ففي كلا الحالتين تعد القوة القاهرة سبباً للإعفاء من المسؤولية التعاقدية والجزاء المقرر في حالة الإخلال بهذه المسؤولية، فالمعنى الأصيل للقوة القاهرة في مجال عقد الأشغال العامة هو الحادث المفاجئ أو الخارج عن إرادة الطرفين المتعاقدان، والذي

يؤدي حدوثه إلى استحالة استمرار المقاول في تنفيذ التزاماته استحالة مطلقة وليست استحالة نسبية، سواء كانت هذه الاستحالة تشمل العقد بأكمله أو في جزء منه^١.

ليس كل حادث مفاجئ يؤدي إلى عرقلة عملية تنفيذ المقاول للعقد يعتبر قوة قاهرة، بل يجب لاعتباره كذلك أن يكون هذا الحادث غير متوقع ويستحيل دفعه ومنع أثره، فإذا توافر كلا الأمرين في هذا الحادث، فإنه لا محل للتمييز بينه وبين القوة القاهرة، فكلاهما يصلح مانعاً من المسؤولية عن تأخر المقاول في تنفيذ العقد أو عدم القيام بتنفيذه وحكمهما واحد^٢.

إلا أن هناك حالات لا تصل في مداها إلى حد القوة القاهرة بمعناها الدقيق، وذلك إذا كان الحادث المفاجئ أو غير المتوقع والذي يستحيل دفعه أو تداركه لا يترتب عليه استحالة تنفيذ المقاول لالتزاماته استحالة مطلقة، بل يترتب عليه أن تصبح عملية التنفيذ مرهقة للمقاول بدرجة كبيرة، وهذه الحالة يطلق عليها الظروف الطارئة^٣.

وفي بيان مفهوم الحادث المفاجئ الذي يشكل حدوثه ظرف طارئ لا يصل في تأثيره على تنفيذ المقاول للعقد إلى حد القوة القاهرة، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: "... تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ومدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسائر التي لحقت به طوال فترة الظرف الطارئ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري ودوام سير المرفق العام الذي يخدمه..."^٤.

نجد من هذا الحكم أن الظروف الطارئة تتشابه إلى حد ما مع القوة القاهرة من حيث أنها حادث مفاجئ خارج عن إرادة الطرفان المتعاقدان وغير متوقع عند إبرام العقد ولا يملك كلا

(١) د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة - دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ١٦٤ / د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - الكتاب الثاني - المرجع السابق - ص ١٥٥.

(٢) وفي هذا المعنى أنظر: د. جميل الشراوي - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ٥٣٢ / د. عبد المجيد الفياض - المرجع السابق - ص ١٥٤.

(٣) لمزيد من التفصيل أنظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٥٤٠ وما بعدها.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٥٦٢ - س ق ١٠ / ٦٧ - س ق ١١ - جلسة بتاريخ ١١/٥/١٩٦٨ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثالثة عشرة - المرجع السابق - ص ٨٧٤.

الطرفان له دفعاً، ومن شأن حدوثه إلحاق خسائر بكلاهما، إلا أنها تختلف عن القوة القاهرة من حيث أنه يمكن للمقاول استكمال تنفيذ العقد في ظل تواجد هذه الظروف، فإمكانية الإدارة في إعادة التوازن المالي للعقد في هذه الحالة قد تحد من أثر الظروف الطارئة إلا إذا أثبت الحال استحالة استكمال التنفيذ في وقت لاحق نتيجة هذه الظروف، فعندئذ ينفسخ العقد وبقوة القانون.

ثانياً: شروط القوة القاهرة:

لابد من أن تتوافر عدة شروط لاعتبار الحادث المفاجئ المتسبب في تأخر المقاول هو قوة القاهرة يترتب على وجودها إعفاء هذا الأخير من غرامة التأخير، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

١ - عدم نسبة الفعل للمقاول:

يقصد بهذا الشرط ألا يكون لإرادة المقاول دخل في تحقق وجود القوة القاهرة، بمعنى أن تحقق وجود القوة القاهرة ليس بنتيجة لفعله، لأنه من غير المستساغ القول بأن المقاول يستطيع أن يخلق لنفسه عذراً للتحرر من تنفيذ التزاماته، كما يقصد بهذا الشرط ألا تقتزن القوة القاهرة بخطأ عقدي من جانب المقاول، بمعنى ألا يتحقق وجود القوة القاهرة بأخطاء المقاول ذاته عند تنفيذه للعقد، كالإهمال في الصيانة والاحتياطات الضرورية، وعدم مراعاة الأوامر المصلحية وتأخره في تنفيذ التزاماته^١.

هنا يمكن القول إن الحادث المفاجئ الذي أدى إلى تحرر المقاول من التزاماته والجزاء المترتبة على الإخلال بها، يجب ألا يكون للمقاول أي شأن في حدوثه، أما إذا أثبتت الإدارة أن هذا الحادث حصل بقصد من المقاول ذاته، ففي هذه الحالة لن يعتبر الحادث الحاصل قوة القاهرة، ولن يترتب على وجوده إعفاء المقاول من إخلاله بالتزاماته.

٢ - أن يكون حادثاً غير متوقع:

يشترط أن يكون الحادث المفاجئ الذي يمثل قوة القاهرة تعترض تنفيذ عقد الأشغال العامة وتؤدي إلى إعفاء المقاول من تنفيذ التزاماته غير متوقع من قبل كلا الطرفين ومستقلاً عن أرائتهما، وأن يستحيل عليهما دفعه أو الاستمرار في تنفيذ العقد استحالة مطلقة بمجرد تحققه^٢.

(١) د. هارون عبدالعزيز الجمل - المرجع السابق - ص ٤٤١-٤٤٢.

(٢) د. محمد حسن مرعي الجبوري - المرجع السابق - ص ١٣٦.

معنى ذلك، أن الحادث المفاجئ يجب ألا يكون بالإمكان توقعه، لا من قبل الإدارة ولا من قبل المقاول، فلو كان بالإمكان توقعه قبل حدوثه من قبل أي منهما، فلن نكون بصدد قوة قاهرة في هذه الحالة^١.

ونرى أن الإدارة والمقاول عند الشروع في عملية التعاقد يُفترض أنهما يضعان تصوراً شاملاً لأية أحداث قد تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد، ويجب ألا يكون الحادث المفاجئ الذي ترتب على حدوثه قوة قاهرة لكلا الطرفين من ضمن الأحداث المتوقعة.

٣- أن يجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً:

ليس كل حادث مفاجئ يعتبر قوة قاهرة إلا إذا جعل من تنفيذ العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة، فلا يعفى المقاول من تنفيذ التزاماته نتيجةً لصعوبات بسيطة أو ظروف مرهقة تعترض عملية التنفيذ، والاستحالة المطلقة لا تكون بالنسبة للمقاول وحده، بل تشمل الإدارة كذلك^٢.

هنا يمكن القول إن القوة القاهرة تمنع المقاول والإدارة من الاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من إصرارهم على ذلك، فالأمر لا يتوقف على عرقلة عملية التنفيذ فحسب، بل يؤدي إلى إيقافها كلياً عن الاستمرار، فلا تملك الإدارة في هذه الحالة إرغام المقاول على استكمال التنفيذ أو فرض الجزاءات عليه.

٤- إبلاغ المقاول للإدارة بوجود القوة القاهرة:

يشترط لإعفاء المقاول من غرامة التأخير المستحقة عليه نتيجة تأخره في تنفيذ التزاماته نظراً لوجود قوة قاهرة حالت بينه وبين تنفيذه لالتزاماته، أن يقوم فوراً بإبلاغ الإدارة بالظروف التي اعترضت عملية تنفيذه للعقد^٣.

ونرى أن تبليغ الإدارة هو أمر ضروري لإطلاع الإدارة على الظروف التي أدت إلى تأخر المقاول، والتي بناءً عليها تقدر ما إذا كانت هذه الظروف تُعتبر قوة قاهرة خارجة عن إرادة

(١) د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٨٢.

(٢) حمدي ياسين عكاشه - موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الثالث - المرجع السابق - ص ١٠٨.

(٣) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة في العقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقاً لأحدث تعديلات المناقصات والمزايدات - المركز القومي للإصدارات القانونية بجوار وزارة الداخلية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨ - ص ٢٩١.

كليهما أو أنها غير ذلك، فأولوية الإدارة في عقد الأشغال العامة أن تراعي مصلحة المرفق العام المتصل بالعقد، ومن ثم تعفي المقاول من غرامة التأخير عند تثبتها من وجود تلك الظروف، وإلا كانت غرامة التأخير هي جزاء المقاول إذا لم يتم بإعلام الإدارة بوجود هذه القوة، ومن ثم للمقاول أن يلجأ إلى القضاء ليتثبت من أحقيته في إعفائه من الغرامة التي فرضت عليه.

مما سبق نخلص إلى أنه يلزم لقيام حق المقاول في طلب الإعفاء من غرامة التأخير عند تمسكه بوجود قوة القاهرة حالت بينه وبين تنفيذ العقد توافر أربعة شروط، وهي عدم نسبة الفعل للمقاول، وأن يكون حادث غير متوقع، كما وأن يجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة وليست استحالة نسبية، وأخيراً أن يقوم المقاول بإبلاغ الإدارة فوراً حال تحقق وجود القوة القاهرة.

الفرع الثاني: موقف المشرع حول تأخر المقاول نتيجة القوة القاهرة:

نظم المشرع المصري والبحريني أحكام إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة وجود القوة القاهرة أثناء تنفيذ العقد من قبل المقاول، في حين خلا التشريع الكويتي والأنظمة القانونية لعقود الأشغال العامة في الكويت من تنظيم مثل هذه الأحكام، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

فقد نص المشرع المصري في المادة رقم (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على: " ... ويعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارج عن إرادته، وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر....".^١

وفقاً لنص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع المصري حرص على تنظيم أحكام إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما أخل بمواعيد تنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة لأسباب خارجة عن إرادته.

فالأسباب الخارجة عن إرادة المقاول لا تقتصر على تلك التي تكون نتيجة لفعل الإدارة المتعاقدة، بل أن هذه الأسباب قد توجد ظروف قهرية خارجة عن إرادة كلا المتعاقدان وتعرض عملية تنفيذ المقاول للعقد، ومن ثم فلا يملك كلاهما لها دفعاً.

(١) المادة رقم (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات - موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٥٤.

فإذا ما تحققت شروط وجود القوة القاهرة أثناء تنفيذ المقاوَل للعقد على نحوٍ كانت معه استحالة استكمال تنفيذ العقد استحالة مطلقة، مما يكون معه استمرار المقاوَل بتنفيذ العقد في ظل وجود الظروف التي توجد فيها القوة القاهرة من شأنه أن يلحق به خسائر قد تكون فادحة، أو أدى وجود هذه الظروف إلى تأخره عن تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بالعقد، فيجب على الإدارة أن تعفيه من استكمال تنفيذ العقد ومن غرامة التأخير إذا ما تأخر في تنفيذه له، وذلك بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

هكذا نجد أن المشرع المصري منح المقاوَل الضمانات الموضوعية التي يعفى بموجبها من غرامة التأخير إذا ما تأخر حال تحقق وجود شروط القوة القاهرة.

أما بالنسبة للمشرع البحريني فقد نظم أحكام إعفاء المقاوَل من غرامة التأخير نتيجة وجود القوة القاهرة ضمن أحكام الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية، فقد نص في الفقرة رقم (٢٥-٥٤) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية على أنه:

" يجوز للجهة الحكومية المتعاقدة تمديد مدة العقد، على أن يتم ذلك بموافقة مستوى صلاحية أعلى من صلاحية المستوى الذي وقع العقد الأصلي، إذا كان التأخير ناتجا عن أحد الأسباب المبينة أدناه: ... ج- أي ظروف أخرى خارجة عن إرادة المتعاقد معه أو بسبب من الجهة الحكومية المتعاقدة على أن يكون بطلب منه مؤيدا بالمستندات الثبوتية المقبولة رسميا لدى الجهة الحكومية^١.

من نص هذه الفقرة يتبين لنا أن المشرع البحريني أجاز تمديد مدة العقد في حالات التأخير في التنفيذ التي تعود لأية أسباب خارجة عن إرادة المقاوَل، كالقوة القاهرة التي قد تعترض عملية تنفيذه للعقد، والتي لا تكون إرادة أي من الطرفين المتعاقدان سبباً في وجودها.

كما نص المشرع على جواز تمديد العقد عند حدوث أية ظروف أخرى خارجة عن إرادة المقاوَل المتعاقد معه أو بسبب فعل الإدارة ذاتها، ومن هنا يؤكد لنا المشرع أنه لا يفرق في النتيجة المترتبة على وجود القوة القاهرة أو التي تحدث بسبب الإدارة، وهي إعفاء المقاوَل من غرامة التأخير.

(١) الفقرة رقم (٢٥-٥٤) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

ونصت الفقرة رقم (٥٥-٥-٢٥) من هذا الدليل على أنه: " إذا كان التأخير ناتجا عن غير الأسباب المشار إليها في الفقرة ٥٤-٥-٢٥ أعلاه فلا يجوز الإعفاء من الغرامة النهائية للتأخير إلا بالاتفاق مع وزارة المالية".^١

من هذه الفقرة يتضح لنا أن المشرع البحريني سلك ذات مسلك المشرع المصري من ناحية إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة تحقق وجود القوة القاهرة عندما نص في الفقرة رقم (٢٥-٥٤) سالفه الذكر على عبارة " أي ظروف أخرى خارجة عن إرادة المتعاقد معه أو بسبب من الجهة الحكومية المتعاقدة ".

وهكذا نجد أن المشرع البحريني نظم حالات إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما تأخر في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها بموجبه نتيجة حدوث القوة القاهرة، وفقاً للحالات التي ذكرها حصراً بأحكام الدليل المالي.

ولم ينظم المشرع الكويتي أحكام إعفاء المقاول من غرامة التأخير نتيجة لحدوث قوة القاهرة حالت بينه وبين تنفيذه للعقد.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع في الدول محل القارنة وجدنا أن المشرع المصري والبحريني نظماً أحكاماً توجب على الإدارة إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما أخل بمواعيد تنفيذ التزاماته نتيجة لتحقيق وجود قوة القاهرة حالت بينه وبين تنفيذه للعقد على نحو أصبح معه استكمال تنفيذ العقد أمراً مستحيلاً نظراً للآثار التي ترتبت على حصول الظرف القاهرة، وخلا التشريع الكويتي وأنظمة عقود الأشغال العامة وشروط المناقصة بالكويت من تنظيم مثل هذه الأحكام.

(١) الفقرة رقم (٥٥-٥-٢٥) من أنظمة العقود بالدليل المالي الموحد للجهات الحكومية - المرجع السابق.

الفرع الثالث: موقف القضاء حول تأخر المقاول نتيجة القوة القاهرة:

ذهبت بعض أحكام القضاء في الدول محل المقارنة إلى وجوب إعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما كان تأخره في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها في العقد عائداً لوجود القوة القاهرة أثناء تنفيذه لتلك الالتزامات، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الأسباب التي تؤدي إلى امتداد مدة التنفيذ ولا تدخل ضمن مدد التأخير التي يتم حساب غرامة التأخير عنها هي الأسباب التي ترجع إلى جهة الإدارة ذاتها أو تلك التي لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة توقعها ...".

مما جرى عليه قضاء هذه المحكمة نجد أنه من الأسباب المؤدية لامتداد مدة تنفيذ العقد ولا تدخل ضمن مدد التأخير التي يحق للإدارة خلالها فرض غرامة التأخير على المقاول هي تلك التي تؤدي إلى تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها بالعقد لأسباب لا يمكن للمقاول والإدارة المتعاقدة معه توقعها.

لما كانت القوة القاهرة هي ظروف تعترض عملية تنفيذ العقد، ولم يكن بالإمكان توقعها من قبل كلا الطرفين المتعاقدين، وهكذا فإنه وبناءً على ما ذهب إليه القضاء بهذا الحكم نجد أن أية ظروف لم يكن بإمكان الطرفين المتعاقدان توقعها وكانت قد اعترضت عملية تنفيذ العقد وجعلت منه أمراً مستحيلاً مما أدى إلى تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، تعتبر قوة القاهرة يترتب على حدوثها عدم احتساب مدة تواجدها ضمن مدد التأخير التي يتم حساب غرامة التأخير عنها، ولا يشكل التأخير في هذه الحالة إخلالاً من قبل المقاول.

وقضت المحكمة ذاتها في حكم آخر بأن: " ... ومن حيث أنه من المقرر أن غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام وأنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها وبمجرد وقوع المخالفة التي تقرررت

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٨٠٧ لسنة ٣٣ عليا - جلسة ١٥/٦/١٩٩٣ - العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ - الكتاب الثاني - تنفيذ العقد الإداري - د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ٢٠٠٣ - ص ٢٦١.

الغرامة جزاء لها ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته وأنه لا يعفى منها إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزاماته يرجع إلى قوة قاهرة...^١.

بهذا الحكم يؤكد لنا القضاء أنه إذا أدى حدوث القوة القاهرة إلى إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها بالعقد، بما معناه أنه تأخر في تنفيذها، فإنه يعفى من الخضوع إلى جزاء غرامة التأخير إذا أثبت أن سبب إخلاله يعود إلى وجود قوة قاهرة حالت بينه وبين تنفيذه للعقد في تلك المواعيد.

وفي حكم للمحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - البحرينية سبقت الإشارة إليه قضت فيه بأنه: "... فإن المستقر عليه أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود يجب تنفيذها وفقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية في تفسير العقود وأن الأصل في تفسير العقود - مدنية كانت أو إدارية - وأن هناك التزاماً عقدياً وقانونياً على المقاول المتعاقد مع الجهة الإدارية أن ينفذ الالتزامات الموكول إليه تنفيذها بموجب العقد خلال المدة أو المدد المحددة لتنفيذها فإن تأخر عن ذلك وقعت عليه غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة بالعقد ما لم يثبت أن هذا التأخير لأسباب لا دخل لإرادة المقاول فيها...^٢.

من هذا الحكم وجدنا أنه يحق للإدارة فرض غرامة التأخير على المقاول إذا تأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بالعقد، ما لم يثبت أن هذا التأخير لأسباب لا دخل لإرادة المقاول فيها.

نفهم من ذلك أن حق الإدارة في فرض غرامة التأخير على المقاول مقيد بأن يكون التأخير نتيجة لإخلال هذا الأخير بالتزاماته ومواعيد التنفيذ المتفق عليها بالعقد، أما إذا كان التأخير عائداً لأسباب خارجة عن إرادة المقاول كالقوة القاهرة، والتي قد يؤدي وجودها إلى تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فإنه لا يحق للإدارة أن تفرض عليه هذه الغرامة، بل يجب عليها إعفاؤه منها نظراً لتحقيق وجود الضمانات الموضوعية التي أوجبتها القوة القاهرة باعتبارها أمراً قاهراً يستحيل دفعه.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٥٥١ س ٣١ ق - تاريخ الجلسة - ١٩٨٩/٥/٣٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٤٨٧.

(٢) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم ١٢٣٣٦ - ٢٠١٢ - تاريخ الجلسة ٢٤/٣/٢٠١٤ - غير منشور.

الفرع الرابع: موقف الفقه حول تأخر المقاو نتيجة القوة القاهرة:

يتجه الفقه بوجه عام إلى أن وجود القوة القاهرة أثناء تنفيذ المقاو للعقد، يشكل ضماناً في إعفائه من التزاماته ومن غرامة التأخير إذا ما كان تأخره عن مواعيد تنفيذ تلك الالتزامات عائد لأسباب وجود القوة القاهرة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

ذهب رأي أحد الفقه إلى أن القوة القاهرة ترتب آثارها حال حدوثها مباشرة، ويظهر ذلك من خلال ما تؤدي إليه من استحالة دفعها واستكمال تنفيذ العقد، وبذلك فليس للإدارة أن تجازي المقاو عند إخلاله بتنفيذ التزاماته نتيجة الظروف التي توجد القوة القاهرة، فبمجرد حدوث القوة القاهرة أثناء تنفيذ المقاو للعقد فإنه يستحيل عليه استكمال تنفيذ العقد، وبالتالي يترتب على ذلك أثراً مهماً بالنسبة للمقاو، وهو تحريره من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد طوال فترة وجود الظرف القاهر، وذلك باعتبار أن القوة القاهرة تعفي المقاو من مسؤوليته عن عدم تنفيذ تلك الالتزامات^١.

يتبين لنا مما ذهب إليه هذا الرأي أن وجود القوة القاهرة أثناء تنفيذ المقاو للعقد وما تجده من ظروف تؤدي إلى استحالة استكمال تنفيذه للعقد، تعتبر فترة إعفاء للمقاو من التزاماته التعاقدية ومسؤوليته عنها طوال فترة وجود الظرف القاهر.

واتجه رأي آخر من الفقه إلى أنه طالما كان وجود القوة القاهرة يعفي المقاو من مسؤوليته تجاه التزاماته التعاقدية، ففي الوقت ذاته يؤدي ذلك إلى تجريد الإدارة من سلطتها في فرض غرامة التأخير على المقاو باعتبار هذه الظروف التي توجد القوة القاهرة تشكل ضماناً موضوعية للمقاو في إعفائه من الغرامة، بل إن هذه الظروف تسمح للمقاو باللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد، مع ملاحظة أن أثر القوة القاهرة يكون مؤقتاً ولا يسري إلا خلال فترة توافر آثارها، فإذا زالت هذه الآثار عاد التزام المقاو بتنفيذ العقد^٢.

مما ذهب إليه هذا الرأي نجد أن وجود القوة القاهرة لا يؤدي إلى إعفاء المقاو من تنفيذ التزاماته التعاقدية فحسب، بل يعفي هذا الأخير من الخضوع إلى الجزاءات التعاقدية، ومنها غرامة التأخير، وبالتالي تجرد الإدارة من سلطاتها الاستثنائية في فرض الجزاءات التعاقدية أثناء وجود الظرف القاهر.

(١) د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - الكتاب الثاني - المرجع السابق - ص ١٥٥.

(٢) د. عزيزة الشريف - المرجع السابق - ص ٢٨٣-٢٨٤.

هذا ما يؤكد لنا أحد الفقه برأي ذهب فيه إلى أن حالات التأخير في التنفيذ التي تعود لقوة القاهرة، تعد سبباً لعدم استحقاق الإدارة لغرامة التأخير، وذلك نظراً لعدم توافر شروط هذا الاستحقاق، وليس مجرد إعفاء، ويجوز للمقاول أن يتمسك بالقوة القاهرة كظرف يحول دون فرض غرامة التأخير عليه^١.

بالتالي، فلا يمكن للإدارة أن تضمن العقد شرطاً يمنع من إعفاء المقاول من غرامة التأخير عند توافر شروط القوة القاهرة، طالما كان الإعفاء في هذه الحالة أمراً إلزامياً على الإدارة وليس اختيارياً^٢.

في هذا الصدد ذهب رأي من الفقه إلى أن الظروف الطارئة التي قد تعترض المقاول عند تنفيذه للعقد وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وتجعل تنفيذ العقد أمراً مرهقاً، لا تعفيه من تنفيذ التزاماته، ويتعين على الإدارة في هذه الحالة أن تعيد التوازن المالي للعقد، وإلا كان يحق لكلا الطرفين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد إذا تبين أن العقد لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة وأن اختلال التوازن المالي للعقد أصبح نهائياً بحيث لا يمكن إعادته^٣.

هنا يمكن القول إن ليس كل حادث مفاجئ وغير متوقع يعترض المقاول عند تنفيذه للعقد ويستحيل دفعه أو تداركه ويؤدي إلى عرقلة عملية التنفيذ يدخل ضمن مفهوم القوة القاهرة طالما لم يكن هناك استحالة مطلقة في استكمالته لتنفيذ العقد، سواء في عملية التنفيذ بأكملها أو في جزء منها.

لذا فإن حدوث القوة القاهرة يُعد سبباً لإعفاء المقاول من مسؤوليته المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ومن الجزاءات المقررة لذلك الإخلال، وبالتالي لا يشكل امتناعه عن عدم استكمال تنفيذ العقد إخلالاً من جانبه بالتزاماته التعاقدية، حيث أن استمرار وجود القوة القاهرة قد يؤدي إلى انقضاء الرابطة التعاقدية وانفساخ العقد بقوة القانون^٤.

ومن خلال استعراضنا لموقف المشرع وبعض أحكام القضاء وآراء الفقه من القوة القاهرة، وجدنا أن وجود هذه القوة أثناء تنفيذ المقاول للعقد يشكل ضماناً في إعفائه من غرامة التأخير إذا أدت الظروف التي توجد بها القوة القاهرة إلى جعل أمر تنفيذ العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة

(١) د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٢٥٨.

(٢) د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ١٦٧.

(٣) حمدي ياسين عكاشه - موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - الكتاب الثالث - المرجع السابق - ص ١١٧.

(٤) د. عادل عبدالرحمن خليل - المرجع السابق - ص ٩٠.

وليس استحالة نسبية، سواء في جزء من العقد أو بأكمله، بشرط أن يكون حدوث هذه القوة أمراً خارجاً عن إرادة كلا الطرفين المتعاقدان، وألا يكن بإمكانهما توقعه، وليس مجرد ظروف تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد، على أن يقوم المقاول بإبلاغ الإدارة فوراً للثبوت من وجود تلك الظروف ومدى تأثيرها على سير تنفيذ العقد.

هكذا يشكل وجود القوة القاهرة إحدى الضمانات الموضوعية لإعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها نتيجةً لاعتراض ظروف هذه القوة لعملية تنفيذ المقاول للعقد.

المبحث الثالث:

الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير

تمهيد وتقسيم:

يأتي دور الرقابة القضائية على قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاتل عند لجوئه إلى القضاء مختصاً هذا القرار، وينعقد الاختصاص بنظر هذه المنازعة للقضاء صاحب الولاية بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بصفة عامة، والذي له أن يراقب مدى مشروعية القرار الصادر من الإدارة بفرض هذا الجزاء، ومدى ملاءمته لجسامة إخلال المقاتل.

فلما كان موضوع المنازعة هو قراراً إدارياً صادراً لتنفيذاً لعقد أشغال عامة، فمن هو القضاء المختص بنظر منازعات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في أنظمة الدول محل المقارنة؟ وما هي ولاية القضاء بالفصل في هذه المنازعات؟ وأخيراً ما هو نطاق الرقابة القضائية على قرار هذا الجزاء؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، سنعرض في هذا المبحث القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير، ومن ثم رقابة القضاء المختص بهذه المنازعات، وسنقسمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير.

المطلب الثاني: رقابة القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير.

المطلب الأول:

القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير

يختص القضاء في أنظمة الدول محل المقارنة بشكل عام بنظر منازعات غرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، وولاية القضاء لنظر المنازعات الإدارية بصفة عامة هي إما ولاية قضاء الإلغاء أو ولاية القضاء الكامل بما يشمل الإلغاء والتعويض، فينעד الاختصاص بنظر هذه المنازعة للقضاء صاحب الولاية بالفصل فيها.

وسنعرض في هذا المطلب القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير في الدول محل المقارنة، وولاية القضاء المختص بالفصل فيها، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير:

يختلف الاختصاص القضائي بولاية المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنها منازعات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة باختلاف الأنظمة القضائية لكل دولة، فهناك أنظمة ينعد الاختصاص فيها بولاية هذه المنازعات لقضاء قائم بذاته مستقل عن القضاء العادي، ويسمى هذا النظام بالقضاء المزدوج، في حين ينعد الاختصاص بولاية هذه المنازعات في الأنظمة القضائية الأخرى للقضاء العادي، ويسمى هذا النظام بالقضاء الواحد.

وسنعرض في هذا الفرع القضاء المختص بنظر منازعات غرامة التأخير في الدول محل المقارنة، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: اختصاص القضاء المصري:

بصدور دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ أصبح مجلس الدولة قاضي القانون العام في نظر كافة المنازعات الإدارية، وأناط المشرع الدستوري بمجلس الدولة اختصاص الفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنها المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الأشغال العامة، حيث جاء نص المادة رقم (١٧٢) من الدستور بتحديد اختصاصات هذا المجلس، والذي نص على أن: " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية..."^١.

(١) أنظر نص المادة رقم (١٧٢) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١.

استناداً لهذا النص الدستوري أصدر المشرع العادي قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢، والذي نص في المادة رقم (١٥) منه على أنه : " فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة، تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما يستثنى بنص خاص "١.

مما استنتج أن يأتي قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ متفقاً مع إرادة المشرع الدستوري بعد أن أحيل إليه أمر تحديد اختصاصاته بالنص في المادة رقم (١٠) من هذا القانون على أن: " يختص مجلس الدولة دون غيره بالفصل في المسائل الآتية ...، البند الحادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر... "٢.

حدد المشرع المصري الاختصاص النوعي لمحاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال العامة في هذا القانون على أساس قيمة العقد، فنصت المادة رقم (١٣) على أن: " تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة (١٠) ... كما تختص بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية". ونصت المادة رقم (١٤) من هذا القانون على أن: " تختص المحاكم الإدارية ... (٣) بالفصل في المنازعات الواردة في البند الحادي عشر من المادة (١٠) متى كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز خمسمائة جنيه". أما المادة رقم (٢٣) من القانون ذاته فقد نصت على أن: " اختصاص المحكمة الإدارية العليا بالطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري... "٣.

وبصدور دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤، أعاد التأكيد على اختصاص مجلس الدولة في نظر كافة المنازعات الإدارية في المادة رقم (١٩٠) منه، والتي نصت على أن: " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية "٤.

فجميع النصوص القانونية المشار إليها تؤكد على أن المشرع المصري يأخذ بالنظام القضائي المزدوج، وذلك من خلال وجود هيئة قضائية مستقلة عن المحاكم العادية، وتختص بالفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنها منازعات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

(١) المادة رقم (١٥) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ - الموقع الرسمي لبوابة الحكومة - جمهورية مصر العربية - <http://www.Egypt.gov.eg>.

(٢) المادة رقم (١٠) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة - الموقع الرسمي لبوابة الحكومة - جمهورية مصر العربية - <http://www.Egypt.gov.eg> -

(٣) المواد أرقام (١٣) و(١٤) و(٢٣) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة - المرجع السابق.

(٤) أنظر نص المادة رقم (١٩٠) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤.

ثانياً: اختصاص القضاء الكويتي:

يأخذ النظام القضائي الكويتي بفكرة نظام القضاء الواحد، بمعنى أنه لا يوجد في هذا النظام جهة قضاء إداري قائمة بذاتها، وتختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وإنما أنشأ المشرع الكويتي دائرة إدارية بموجب المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٨٢، وتختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بشكل خاص.

نصت المادة رقم (١) من هذا القانون على أن: " تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية ...، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض". كما نصت المادة رقم (٢) منه على أن: " تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل. ونصت المادة رقم (٥) منه على أن: " تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود: ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة الأولى، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات، سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية ^١."

وجميع النصوص القانونية المشار إليها تؤكد على أن المشرع الكويتي يأخذ بالنظام القضائي الواحد، وهو اختصاص المحكمة الكلية بدائرة إدارية بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال العامة والطعون عليها.

ثالثاً: اختصاص القضاء البحريني:

خلا الفصل الرابع من دستور مملكة البحرين، المتعلق بالسلطة القضائية مما يفيد ازدواجية الهيكل القضائي، واكتفى بالنص على إحالة ترتيب المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وبيان وظائفها واختصاصاتها إلى القانون، فقد نص الدستور في الفقرة (أ) من المادة رقم (١٠٥) على أن: "... يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها ..."^٢.

(١) المواد أرقام (١) و(٢) و(٥) من المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية - الموقع الرسمي لدول مجلس التعاون الخليجي - <http://www.gcc-legal.org>.
(٢) الفقرة (أ) من المادة رقم (١٠٥) من دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢، المعدل لسنة ٢٠١٢.

ولا يعدو أن يكون هذا النص، إلا توزيعاً للعمل بين مختلف المحاكم التي تتكون منها مجموعة السلطة القضائية، على أساس طبيعة المنازعة^١.

ونظم المشرع البحريني المحاكم التي يتكون منها نظامه القضائي بالمادة رقم (٦) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ وتعديلاته المحاكم المدنية، حيث نصت هذه المادة على أن: " تتكون المحاكم المدنية من محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف العليا المدنية والمحكمة الكبرى المدنية والمحكمة الصغرى، وتختص كل منها بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية..."^٢.

يتضح من هذا النص أن النظام القضائي في مملكة البحرين تبنى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بمنهج نظام القضاء الواحد الذي يقوم على أساس اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات الإدارية إلى جانب منازعات الأفراد، ولم يرد بهذا النص ما يفيد وجود هيكل قضائي مستقل يختص بالفصل في المنازعات الإدارية^٣.

فالمشرع البحريني خص المحكمة الكبرى المدنية بدائرة إدارية بموجب نص المادة رقم (٧) من القانون ذاته، والتي نصت على أنه: " فيما عدا أعمال السيادة، تختص المحكمة الكبرى المدنية - بدائرة إدارية - بالفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك "^٤.

وقد جاء هذا النص عاماً ليشمل تقرير ولاية هذه المحاكم للمنازعات الإدارية فيما عدا أعمال السيادة، الأمر الذي يترتب عليه عمومية النص لاختصاص الدائرة الإدارية بما يشمل الإلغاء والتعويض^٥.

(١) د. فاروق أحمد خماس - ولاية القضاء البحريني للمنازعات الإدارية - بحث منشور في مجلة الحقوق - المجلد السابع - العدد الأول - جامعة البحرين - مملكة البحرين - يناير ٢٠١٠ - ص ١٢.

(٢) المادة رقم (٦) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ - <http://www.legalaffairs.gov.bh>.

(٣) محمد عبدالله ماجد الكواري - القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين - مقال علمي منشور في مجلة دراسات دستورية - تصدرها المحكمة الدستورية - مملكة البحرين - المجلد الأول - العدد الثالث - يوليو ٢٠١٤ - ص ١٨٩.

(٤) المادة رقم (٧) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ - المرجع السابق.

(٥) د. بدر محمد عادل محمد - الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - ص ٢٧١-٢٧٢.

كما يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع البحريني أخذ بفكرة القضاء الإداري من حيث الموضوع، وذلك من حيث أنه ميز المنازعات الإدارية عن غيرها من المنازعات التي يتولى القضاء البحريني ولايتها بوصفه لها المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والحكومة، أو الهيئات والمؤسسات العامة، بالمنازعة الإدارية، ولم يستثن من ولاية هذه الدائرة في نظر المنازعات، سوى أعمال السيادة^١.

ومن ثم جاء القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣ بتشكيل الدائرة الإدارية وعدد المنازعات الإدارية التي تختص هذه الدائرة بنظرها في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه، حيث نصت هذه المادة على أن: " تختص الدائرة الإدارية بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها والمتعلقة بممارسة سلطتها، وهي على وجه الخصوص ١- الدعاوى المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية أو التعويض عنها. ٢- الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية..."^٢.

ويتبين لنا من هذا النص أن المشرع البحريني منح الدائرة الإدارية الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية الناشئة عن العقود الإدارية بصفة عامة ومنها منازعات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بولاية القضاء الكامل، وهما الإلغاء والتعويض.

من كل ذلك نخلص إلى أن النظام القضائي المصري يأخذ بنظام القضاء المزدوج، وخص مجلس الدولة بنظر كافة المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية كهيكل قضائي منفصل بذاته عن القضاء العادي، في حين أن النظام القضائي البحريني والكويتي تبنا نظام القضاء الواحد الذي يقوم على أساس اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات الإدارية إلى جانب منازعات الأفراد.

(١) د. فاروق أحمد خماس - ولاية القضاء البحريني للمنازعات الإدارية - المرجع السابق - ص ١٤.

(٢) القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣ بتشكيل الدائرة الإدارية بمملكة البحرين - غير منشور.

الفرع الثاني: ولاية القضاء المختص بنظر منازعات غرامة التأخير:

يحق للمقاوّل اللجوء إلى القضاء مختصاً بقرار الإدارة بفرض غرامة التأخير عليه ليقوم القضاء بدوره بالفصل في هذا النزاع، ولتحديد ولاية القضاء المختص بالفصل في منازعات غرامة التأخير، فإنه ينبغي أولاً تكييف هذا القرار مما إذا كان قابلاً للانفصال عن العقد أو غير قابل للانفصال عنه.

وسنعرض في هذا الفرع ما إذا كان قرار غرامة التأخير من القرارات القابلة للانفصال عن العقد أو من القرارات غير القابلة للانفصال عنه، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: القرارات القابلة للانفصال:

القرارات القابلة للانفصال هي التي تصدرها الإدارة عند رغبتها في إبرام أي من العقود الإدارية، وتتعلق هذه القرارات بالإجراءات السابقة لإبرام العقد، لذلك فهي لا تقتصر على المقاوّل فحسب، بل قد تخاطب الإدارة بها الغير^١.

من قبيل هذه القرارات قرار طرح المناقصة، وقرار استبعاد أحد المتنافسين، وقرار إلغاء المناقصة أو إرسالها على شخص معين، فهذه القرارات نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتطبق عليها كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية^٢.

لذلك ذهب رأي من الفقه إلى أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال هي القرارات التي تسهم في تكوين عقد من عقود الإدارة سواء كانت مدنية أم إدارية، وأن الطعن عليها يكون أمام القضاء الإداري بطبيعة الحال، باعتباره جهة الاختصاص العام في قضاء الإلغاء^٣.

وذهب رأي جانب آخر من الفقه إلى أن القرارات القابلة للانفصال هي عبارة عن تصرفات قانونية تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة في إطار عملية مركبة، لتكون هذه القرارات صالحة لترتيب

(١) د. محمد عبدالله حمود الدليمي - القضاء الإداري في مملكة البحرين - جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين - سلسلة الكتب القانونية (١٥) - ص ١٩٩.

(٢) د. عيد أحمد سلامة الغفلول و د. عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف - المرجع السابق - ص ٣٦٤.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ١٨٢.

أثر قانوني مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يؤثر على النتائج القانونية التي قامت الإدارة بتنفيذ هذه العملية من أجلها^١.

نرى أن ما ذهب إليه الرأي الأول في بيان مفهوم القرارات الإدارية القابلة للانفصال يعطي معنى أكثر وضوحاً مما ذهب إليه الرأي الثاني في بيان مفهوم تلك القرارات، وذلك من حيث صدور هذه القرارات بالإرادة المنفردة للإدارة بصفتها سلطة عامة، وأن المقصود بالانفصال هنا الانفصال عن العقد ذاته، بمعنى أن إصدار الإدارة لتلك القرارات لا يكون استناداً لنصوص العقد، بل تصدرها تنفيذاً لاستكمال الإجراءات اللازمة لإبرامه.

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها قضت فيه بأنه: " ... ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام هذا العقد أو تهئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن هذه الإجراءات تتم بقرار من السلطة المختصة، وله خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يبتغيها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتفصل عنه، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقود لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها^٢..".

يتبين لنا من هذا الحكم أن القضاء يفرق بين نوعين من القرارات التي تصدرها الإدارة، فمنها ما يكون تمهيداً لإبرام العقد بما يدخل في مفهوم الإجراءات السابقة على إبرامه، ومنها ما يكون صادراً استناداً للعقد، ومن ثم فإن القرارات التي تصدرها الإدارة وفقاً لسلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إبرامه إلا أنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتتفصل عنه، لذا يكون الطعن عليها بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء.

(١) القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى ٢٠٠٩ - الكتاب الأول - المفاهيم العامة - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو أحمد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٨ - ص ٩٦٧-٩٦٨.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية - حكم رقم ٣٢٠/٤٥٦ - س ق ١٧ - جلسة بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الأول - المفاهيم العامة - د. محمد ماهر أبو العينين - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١١ - ص ٩٨٨-٩٨٩.

كما قضت محكمة محكمة التمييز البحرينية بأن: " ... دعوى الإلغاء هي في حقيقتها
مخالفة للقرار الإداري المعيب، ومن ثم كان عمل قاضي الإلغاء ينحصر - في الأصل - في
إلغاء القرار إذا ما ثبت له عدم مشروعيته فحسب ..."^١.

من هذا الحكم نجد أن دعوى الإلغاء هي من الدعاوي التي تحمي المراكز القانونية العامة
من خلال التصدي للقرارات المخالفة للمشروعية الإدارية، لذلك فهي لا تمثل خصومة تتعلق
بحقوق شخصية، وإنما تخاصم القرار الإداري غير المشروع^٢.

وبما أن هذه الدعوى تحمي المراكز القانونية العامة فإنها تُعتبر من النظام العام، وللحكم
الصادر بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه حجية على الكافة، فعندما يحكم القضاء بإلغاء القرار
المنفصل فإن الأثر المترتب على ذلك هو اعتبار القرار المطعون فيه كأن لم يكن، وتبعاً لذلك
تنتفي الآثار التي ترتبت على إصدار هذا القرار كالأجراءات والتصرفات التي استندت إليه^٣.

ثانياً: القرارات غير القابلة للانفصال:

القرارات غير القابلة للانفصال هي القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقود الإدارية
بصفة عامةً ومنها عقد الأشغال العامة واستناداً إلى بنود هذه العقود، فهذه القرارات يختص
القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عنها لا على أساس اختصاصه بإلغاء القرارات الإدارية،
وإنما على أساس اختصاصه بولاية القضاء الكامل لنظر تلك المنازعات^٤.

في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: " ... القرارات
التي تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة استناداً إلى نصوص العقد لا تعد قرارات إدارية بمعناها
المستقر عليه حينما تكون تعبيراً عن الإرادة المنفردة للجهة الإدارية بما لها من سلطة بمقتضى

(١) حكم محكمة التمييز البحرينية - الطعن رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٤ - القاعدة رقم (٣٦) - مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز
- السنة السادسة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٥ - الجزء الأول - الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية
لغير المسلمين - المكتب الفني - وزارة العدل والشؤون الإسلامية - مملكة البحرين - عبد العزيز فرحات و مصطفى غانم -
ص ١٢٦.

(٢) د. رمزي هيلات - منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة القانونية -
العدد الثالث - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين - يناير ٢٠١٥ - ص ٣٦٠-٣٦١.

(٣) القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى ٢٠٠٩ - الكتاب
الأول - د. محمد ماهر أبو العنين - ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٩٧٠.

(٤) د. عيد أحمد سلامة الغفلول و د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف - المرجع السابق - ص ٣٦٤.

القوانين واللوائح، وإنما تُعد إجراءً من إجراءات العقد وبالتالي تكون مخاصمة هذا الإجراء وإن سمي قراراً بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد وليس بدعوى الإلغاء...^١.

هذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية في حكمها بأنه: " ... يخرج عن نطاق هذا القرار الذي يكون محلاً لدعوى الإلغاء كل ما يصدر عن جهة الإدارة استناداً إلى أحكام العقود التي تبرمها مع الأفراد والشركات بمعنى أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً لعقد إداري، كالقرارات الصادرة بتوقيع أي من الجزاءات العقدية إنما يدخل في نطاق العقد، وتكون المنازعة المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعة حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء بحسبان أن دعوى الإلغاء هي جزء لمخالفة المشروعية وأن الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية تخرج عن نطاق ولاية الإلغاء"^٢.

من هذه الأحكام يتأكد لنا أنه لما كان أساس إصدار قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاول بالاستناد إلى بنود العقد، ومن ثم فهو يدخل في منطقة العقد ولا يقبل الانفصال عنه، لذا تكون المنازعة الناشئة عن قرار فرض هذه الغرامة هي منازعة حقوقية لا تدخل ضمن اختصاص قضاء الإلغاء، إنما تثير المنازعة الماثلة ولاية القضاء الكامل الذي له أن يبسط رقابته على مدى مشروعية هذا القرار ومدى ملاءمته للإخلال الصادر من قبل المقاول.

وقضت محكم التمييز البحرينية في حكم لها بأنه: " ... وحيث إن من المقرر أن دعوى إلغاء القرار قد لا تتلازم مع دعوى التعويض عنه، فقد يستغلق على صاحب الشأن طريق دعوى الإلغاء لسقوط حقه في رفعها، بينما تكون دعوى التعويض متاحة له، إذ هي تخضع لمدد التقادم المنصوص عليها في القانون التي من الممكن ألا تكون قد انقضت..."^٣.

من هذا الحكم نجد أنه لما كانت دعوى الإلغاء مقيدة بميعاد معين للطعن عليها، ومن ثم فإذا ما تأخر صاحب الحق في رفع دعوى الإلغاء ليتثبت القضاء من مدى صحة إدعائه

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٣٨٣٧ - س ق ٥٠ - جلسة بتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٥ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الأول - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٢٣.

(٢) الطعن رقم ٣٩٤ لسنة ٢٠٠٧ - إداري - تاريخ الجلسة ٢٠١١/٦/١٥ - موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكويتي في ثلاثة وثلاثين عاماً - الكتاب الأول - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٤١٠.

(٣) حكم محكمة التمييز البحرينية - الطعن رقم - (١٠٢ لسنة ٢٠٠٨ - القاعدة رقم (٢٠٦) - مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز - السنة التاسعة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٨ - الجزء الأول - في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين - المكتب الفني - وزارة العدل والشئون الإسلامية - مملكة البحرين - عبد العزيز فرحات و مصطفى غانم - ص ٩٥٦.

والقضاء إما بإلغاء القرار - إن كان لذلك مقتضى، أو تأييده، فإن هذا القرار يتحصن بفوات ذلك الميعاد، إلا أن دعوى التعويض لا تتحصن بميعاد للطعن عليها كدعوى الإلغاء، وإنما تخضع لمدد التقادم وفقاً للقانون.

وفي فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ذهبت فيها إلى أن: " ... القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذاً له تدخل في منطقة العقد ولا يتقيد سحبها بمواعيد الإلغاء، ويجوز 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...^١."

وتؤكد هذه الفتوى على ما ذهبت إليه الأحكام السابقة من أن القرارات التي تصدرها الإدارة استناداً للعقد كقرارها بفرض غرامة التأخير لا يتقيد سحبه بميعاد الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى القوانين واللوائح، لذلك فإن للإدارة سحب قرار غرامة التأخير في أي وقت، باعتبار أن هذا القرار من القرارات التي لا تتحصن بميعاد معين للطعن عليها بالإلغاء.

ولما كان قرار غرامة التأخير الصادر استناداً لبنود عقد الأشغال العامة لا يدخل ضمن الإجراءات التمهيدية التي تسبق عملية إبرام العقد، بل يتم إصداره استناداً إلى بنود العقد المبرم بين الإدارة والمقاول، لذا فهو يدخل في منطقة العقد ولا يقبل الانفصال عنه، ويكون الطعن عليه بالإلغاء والتعويض أمام القضاء الكامل لتعلقه بحقوق شخصية للمقاول، والذي له أن يراقب مدى مشروعية وملاءمة قرار الغرامة لإخلال المقاول، لذلك فإن هذا القرار لا يعتبر قراراً إدارياً قابلاً للانفصال عن العقد، ومن ثم لا ينعقد الاختصاص بنظر الطعن عليه لقضاء الإلغاء.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - الفتوى رقم ٢٣/٢/٧٨ - تاريخ الجلسة ١٩٩٢/٢/٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٥٣٤.

المطلب الثاني:

رقابة القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير

تدخل المنازعات الناشئة عن قرار الإدارة الصادر بفرض غرامة التأخير على المقاول ضمن ولاية القضاء الكامل أمام قاضي العقد، ويراقب القاضي في حدود سلطته القضائية مدى مشروعية هذا القرار ومدى ملاءمته لإخلال المقاول، ليقضي إما بمشروعية أو عدم مشروعية هذا القرار أو بعدم مشروعية الجزء الزائد عن الحد الملائم لإخلال المقاول، وتعويض هذا الأخير - إذا كان لذلك مقتضى.

وسنعرض في هذا المطلب رقابة القضاء المختص بمنازعات غرامة التأخير على مشروعية وملاءمة قرار الإدارة بفرض هذه الغرامة، وسنقسمه إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الرقابة على مشروعية قرار غرامة التأخير:

يراقب قاضي العقد مدى مشروعية قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاول، وذلك من خلال التحقق من مدى التزام الإدارة بالأركان اللازمة لإصدار هذا القرار.

وسنعرض في هذا عيوب مشروعية قرار غرامة التأخير والرقابة عليها، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً: عيب عدم الاختصاص:

يقصد بالاختصاص هو السلطة، أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها مصدر القرار في إصداره للقرار من النواحي النوعية والزمنية والمكانية، فالنظام القانوني في كافة أفرع القانون المختلفة يقوم على فكرة الاختصاص التي هي ثمرة مبدأ فصل السلطات، وتوزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة^(١).

يتحقق عيب عدم الاختصاص بإصدار قرار فرض غرامة التأخير على المقاول في عقود الأشغال العامة، عند إصدار الإدارة لهذا القرار من غير السلطة المختصة قانوناً بإصداره؛ لأن

(١) د. ماجد راغب الحلو - القرارات الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ١١٧.

التساهل في قواعد الاختصاص يؤدي إلى الالتفاف على ضمانات المقاول وحقوقه بموجب العقد وذلك على اعتبار أن احترام قواعد الاختصاص هو بذاته ضمانة جوهرية للمقاول؛ لذا فإن قرار فرض الغرامة يخضع - كغيره من القرارات الإدارية - للالتزام بهذه القواعد، ويُعد غير مشروعاً إذا صدر من غير السلطة المختصة نوعياً وزماناً ومكاناً بإصداره^١.

لذلك فإن القرار الصادر بفرض الغرامة يعتبر مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا كان قد صدر من غير السلطة المختصة، أو المختص قانوناً بإصداره، ويُفترض أن المختص بإصدار القرار هو ذاته المختص بإبرام العقد، طالما لم ينص العقد، أو القانون على خلاف ذلك^٢.

هنا يمكن القول إنه لا يمكن تخويل السلطة المختصة بإصدار قرار فرض غرامة التأخير على المقاول لشخص آخر نظراً لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز لهذه السلطة أن تتنازل عن اختصاصها إلا إذا كان القانون يسمح بتفويض هذا الاختصاص لغير هذه السلطة وفي الحدود التي رسمها القانون.

ثانياً: عيب الشكل:

يقصد بالشكل المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على قرارها الصادر بفرض غرامة التأخير على المقاول وفقاً للقواعد الشكلية واجبة الاتباع في إصدار القرارات الإدارية، كإعذار المقاول بقرار فرض الغرامة عليه، أو تسبيب، أو إعلان هذا القرار، سواء وردت هذه القواعد في القانون، أو في العقد ذاته^٣.

تكمن أهمية هذه القواعد في احترام الإدارة للإجراءات والضمانات الشكلية للمقاول تجاه غرامة التأخير، وذلك من حيث أن تلك الضمانات تحث الإدارة على التروي عند إصدارها لهذا القرار لحين استكمال تلك الإجراءات^٤.

(١) د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٢٦٠.

(٢) رشا محمد جعفر الهاشمي - الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة بغداد - ٢٠٠٥ - ص ١٣٩-١٤٠.

(٣) د. بدر محمد عادل محمد - المرجع السابق - ص ٦٨٣.

(٤) د. جمال عباس أحمد عثمان - العقد الإداري وقضاء الإلغاء - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - بدون سنة نشر - ص ١٩٧.

ويتحقق عيب الشكل عند عدم التزام الإدارة بتلك القواعد حال إصدارها لقرار فرض غرامة التأخير على المكاوول على نحو يهدر حق المكاوول في التمتع بالضمانات الشكلية المقررة له تجاه هذا القرار، ومن ثم يكون هذا القرار مشوب بعيب الشكل مما يتعين إلغاؤه^١.

فاتباع الإجراءات الشكلية من قبل الإدارة حال إصدارها لقرار فرض غرامة التأخير لا يشكل انتهاكاً للضمانات الشكلية للمكاوول تجاه هذه الغرامة، ومن ثم فإن هذا القرار لا يكون مشوب بعيب الشكل.

ثالثاً: عيب الانحراف بالسلطة:

يقصد بالانحراف بالسلطة إساءة استعمال السلطة ذاتها، وكلاهما متصلاً بنفسية ونوايا مصدر القرار وما أراد تحقيقه في النهاية بإصداره لهذا القرار، والذي يهدف من خلال إصداره له للانحراف عن الغاية من هذا القرار، وهي تحقيق المصلحة العامة^٢.

ويتحقق عيب الانحراف بالسلطة، أو إساءة استعمالها إذا ما قام مصدر القرار بممارسة سلطته التي خولها له القانون في تحقيق أهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة، أو الهدف المخصص لهذا القرار قانوناً، وذلك لقاء مصلحة شخصية، سواءً لمصدر القرار ذاته، أو لشخص آخر، لذلك يتصل هذا العيب بعنصر الغاية في القرار^٣.

ففي نطاق عقد الأشغال العامة تسعى الإدارة من خلال إصدارها لقرار فرض غرامة التأخير على المكاوول إلى تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في دوام استمرار إنشاء وسير المرفق العام موضوع العقد بانتظام واطراد، فليس الهدف من إصدار هذا القرار هو معاقبة المكاوول أو الإضرار به، أو الإساءة إليه أو الانتقام منه، فإذا ما سعت الإدارة إلى تحقيق غاية أخرى تتعارض مع المصلحة العامة، عندئذ يكون هذا القرار معيباً بعيب الانحراف بالسلطة، وبالتالي يفقد هذا القرار مشروعيته^٤.

(١) بلاوي ياسين بلاوي - المرجع السابق - ص ٢١٦.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب - القضاء الإداري - (إجراءات القضاء الإداري) - مطبعة التوني - الاسكندرية - ١٩٩٧ - ص ٥٨٢.

(٣) د. عمر حلمي فهمي - طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣ - ص ١٢٤.

(٤) فارس علي جانكير - المرجع السابق - ص ١٠٢.

لذلك نرى أن قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير يجب ألا يكون لدوافع غير مشروعة، فالهدف من هذا الجزاء هو كفالة إنشاء وسير المرفق العام بانتظام بما يحقق المصلحة العامة، وليس تحقيق إيراد مالي للإدارة القائمة على تنفيذ العقد.

رابعاً: عيب مخالفة القانون:

يقصد بعيب مخالفة القانون هو عيب المحل في القرار الإداري، والمحل هو الأثر القانوني المباشر الذي يترتب على إصدار هذا القرار، ويعد الأثر صحيحاً متى كان متفقاً مع أحكام القانون ويكون باطلاً متى كان مخالفاً له، لذا فإن عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يشوب محل القرار، سواء كانت المخالفة مباشرة، أو غير مباشرة، ويتحقق هذا العيب عندما يكون القرار مخالفاً لأحكام القانون، أو شروط العقد، فلا يجوز للإدارة أن تفرض الجزاء بخلاف ما هو متفق عليه بالعقد، أو أن يكون مخالفاً لأحكام القانون^١.

ولتجنب عيب مخالفة القانون عند إصدار الإدارة لقرار فرض غرامة التأخير على المقاتل يجب أن يكون هذا القرار تطبيقاً صحيحاً للنصوص العقد أو القانون - بطبيعة الحال، فإذا لم يتحقق الإخلال الذي تثيره الإدارة لتبرير إصدار هذا القرار، فإن قرارها يكون مخالفاً للقانون^٢.

يتبين من ذلك أن إصدار الإدارة لقرار فرض غرامة التأخير دون الاستناد إلى نص يجيز ذلك، سواء في العقد أو القانون، فإن هذا القرار يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون، ومن ثم يفقد هذا القرار شرعيته مما يتعين على القاضي إلغائه.

(١) د. عبدالملك يونس محمد - أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها - دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ٢٠١٢ - ص ١٤٥-١٤٧.

(٢) د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ١٠٣-١٠٤ / د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ٤٨٨.

الفرع الثاني: الرقابة على ملاءمة قرار غرامة التأخير:

يراقب قاضي العقد مدى ملاءمة قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاول لإخلاله بالتأخير في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها، فإذا ما تحقق من مغالاة الإدارة في الغرامة التي اقتضتها من المقاول، فلقاضي العقد أن يقضي بعدم مشروعية الجزء المبالغ فيه، أو يستبدل غيره به، أو تعويض المقاول عما أصابه من ضرر نتيجة ذلك، وذلك كما سنبينه على النحو الآتي:

إن إصدار الإدارة لقرار فرض غرامة التأخير على المقاول المتأخر في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها بموجب عقد الأشغال العامة، يجب أن يكون ملائماً للتأخير الحاصل من جانب المقاول، إلا أنه قد يحدث أن تتعسف الإدارة بإصدار قرار فرض هذه الغرامة بحق المقاول على نحوٍ مبالغ فيه، وهنا تكمن الغاية من رقابة قاضي العقد لملاءمة هذا القرار لإخلال المقاول بالتأخير^١.

ويراقب قاضي العقد مدى ملاءمة هذا القرار لجسامة التأخير من قبل المقاول في تنفيذه لالتزاماته عن المواعيد المتفق عليها في العقد، وهذا يعني أن رقابة الملاءمة تقتضي بأن يتحقق القاضي مما إذا كان تأخر المقاول يتناسب ونسبة الغرامة المفروضة عليه من عدمه، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تتفق وطبيعة المنازعة الناشئة عن غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، ومن ثم له أن يقضي بتحقيق التناسب بين نسبة الغرامة المفروضة على المقاول وإخلاله بالتأخير^٢.

وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز البحرينية بـ: " ... أن استخلاص الفعل المكون للخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهو مما تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة التمييز ما دام استخلاصها سائغاً، كما أن تقدير التعويض هو من إطلاقاتها بحسب ما تراه مناسباً مستهدية في ذلك بكافة الظروف والملابسات في الدعوى وحسبها أن تبين في الحكم عناصر الضرر الذي قضت بتعويضها ..."^٣.

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد - إنهاء العقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ٧٠.

(٢) د. محمد فؤاد الحريري - مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين - المرجع السابق - ص ٣٠٢ / د. عبدالله نواف العنزي - المرجع السابق - ص ٢٧٣.

(٣) حكم محكمة التمييز البحرينية - الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٠٠٧ - القاعدة رقم (١١٧) - مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز - السنة التاسعة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٥٥٣.

من هذا الحكم يتبين لنا أن سلطات قاضي العقد في منازعات غرامة التأخر تمتد إلى التحقق من وجود الخطأ والعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر، ومن ثم تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر الحاصل.

فإذا تبين للقاضي عدم تناسب نسب غرامة التأخير التي اقتضتها الإدارة مع إخلال المقاول، فله أن يقضي بعدم مشروعية نسب الغرامة المبالغ فيها ومدة التأخير المحسوبة تبعاً لتلك النسب، وعدم أحقية الإدارة في اقتضاؤها، وتعديل هذا القرار ورد مبلغ الغرامة المبالغ فيه للمقاول، وكذلك تعويض المقاول إذا تسبب تصرف الإدارة بإلحاقه بضرر بمركزه المالي^١.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بأنه: ... ومن حيث أنه عن تعويض المطعون ضده بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه عن توقيع غرامة التأخير دون وجه حق فإن الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية لم ترتكب خطأ يستوجب مسئوليتها عن التعويض حين اجتهدت في تفسير نصوص القانون والخطأ في تفسير نصوص القانون أو في تأويله لا يثير في حد ذاته وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - مسئولية جهة الإدارة ولو ترتب عليه ضرر للمتعامل معها ويكفي لجبر الضرر الذي أصاب المطعون ضده في الطعن المائل الحكم برد مبلغ غرامة التأخير السابق خصمه منه. وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى تعويض المطعون ضده بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه فإنه يكون قد خالف صحيح حكم القانون مما يتعين معه والحالة هذه تعديله في هذا الشق منه والقضاء برفض طلب التعويض عن خطأ جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير ...^٢.

وفقاً لاتجاه القضاء بهذا الحكم يمكن القول أنه عندما يتبين لقاضي العقد عدم تناسب نسبة الغرامة وإخلال المقاول بالتأخير في تنفيذ العقد على نحو تكون معه هذه النسب مبالغاً فيها، ومن ثم القضاء بعدم أحقية الإدارة في اقتضاء تلك النسب ورد المبالغ المخصومة من المقاول بتعاً لذلك، فإن القاضي يتأكد كذلك من مدى تحقق الضرر الذي يكون قد لحق بالمقاول بناءً على إدعائه بذلك - بخلاف الضرر الحاصل نتيجة خصم الغرامة على نحو مبالغ فيه، فإذا لم يتبين للقاضي أن تصرف الإدارة أدى إلى الإضرار بالمقاول، لن يكون هناك محلاً للتعويض

(١) في هذا المعنى أنظر: د. عبدالمجيد الفياض - المرجع السابق - ص ١٨٥ / د. طارق سلطان - المرجع السابق - ص ٤٩١ / د. عمر حلمي فهمي - المرجع السابق - ص ١٢٥-١٢٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٤٢٧٨ لسنة ٤١ ق - جلسة بتاريخ ٢٠٠٠/١/٢ - تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة - الكتاب الأول - د. محمد ماهر أبو العينين - ٢٠١١ - المرجع السابق - ص ٢٣.

في هذه الحالة، أما إذا تبين للقاضي أنه ثم هناك ضرر، فيحكم بتعويض المقاول عن هذا الضرر.

كما يمكن للقاضي أن يقضي بالاستبدال بهذا الجزاء جزاءً آخر إذا اتضح أن الخطأ المنسوب للمقاول لا يتعلق بالتأخير في التنفيذ عن المواعيد المحددة لذلك^١.

وفي هذه المرحلة نرى أهمية إعداز المقاول بفرض غرامة التأخير وتسببها لهذا القرار، ليتثبت القاضي من مدى تناسب الغرامة مع إخلال المقاول.

من خلال دراستنا للرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، تبين لنا أن هذا القرار يخضع لرقابتي المشروعية والملاءمة لتعلقه بحقوق شخصية للمقاول، فقاضي العقد يراقب أولاً مدى مشروعية هذا القرار واستهدافه لتحقيق مصلحة المرفق العام، وذلك من ناحية توافر الأركان اللازمة لإصداره من عدمه، فإذا تبين للقاضي عدم مشروعية هذا قرار نظراً لما أشابه من عيوب المشروعية وهي إما عدم اختصاص مصدر القرار بإصداره، أو مخالفته للقواعد الشكلية اللازمة لإصداره، أو انحراف القرار عن الغاية من إصداره وهي تحقيق المصلحة العامة، أو مخالفته للقانون، فللقاضي أن يحكم بعدم مشروعية هذا القرار ومن ثم إلغائه وإعفاء المقاول من الغرامة.

أما إذا تبين للقاضي مشروعية هذا القرار فإنه يكون قد اتفق وصحيح القانون ومرتباً لآثاره، ومن ثم يراقب القاضي مدى ملائمة لجسامة الإخلال الصادر من قبل المقاول بالتأخير وما إذا كانت نسب اقتضاء الغرامة تتناسب وجسامة هذا التأخير من عدمه، فإذا تبين له أن قرار الغرامة مبالغاً فيه، فيمكن للقاضي أن يقضي بعدم مشروعية الجزء المبالغ فيه، ومن ثم إلغاء هذا الجزء من القرار فقط أو تعديله، وفي كلا الحالتين، فإذا ما صدر حكم بعدم مشروعية القرار أو جزء منه، يجب على الإدارة أن ترد للمقاول المبالغ الي خصمتها منه وتعويضه إذا ما قضى الحكم بذلك.

بذلك، نخلص إلى أن الرقابة القضائية تعد أهم ضمانات المقاول تجاه قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير عليه، فللقاضي إما أن يقضي بعدم مشروعية القرار إذا ما أشابه أحد عيوب المشروعية، ومن ثم إلغائه، أو أن يقضي بعدم مشروعية الجزء المبالغ فيه لمبلغ الغرامة الذي اقتضته الإدارة عند مراقبته لمدى ملاءمة هذا القرار لإخلال المقاول بالتأخير.

(١) د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ٢٢٠ / بلاوي ياسين بلاوي - المرجع السابق - ص ٢٢٠.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة، ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريع البحريني والمقارن، فاستعرضنا في الفصل الأول، ماهية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وذلك من خلال بيان مفهوم وخصائص غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وأساسها القانوني، وأسسها المادية والزمنية.

وتناولنا في الفصل الثاني ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، من خلال بيان مفهوم وصور التأمين النهائي، وماهية مستحقات المقاول، ومفهوم معدات وأدوات المقاول، وسلطة الإدارة تجاه هذه الضمانات ما بين موقف المشرع والقضاء والفقه.

أما الفصل الثالث، فتناولنا فيه ضمانات المقاول تجاه غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، وذلك من حيث بيان الضمانات الشكلية والموضوعية لهذه الغرامة، واختتمنا هذا الفصل بالرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير.

وقد أتاحت هذه الدراسة تسليط الضوء على مفهوم وأهمية غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة وضماناتها بالنسبة للإدارة والمقاول المتعاقد معها، التي تكفل للإدارة اقتضاء الغرامة المستحقة على المقاول المتأخر عن مواعيد تنفيذ التزاماته، وتكفل لهذا الأخير التزام الإدارة بالتريث قبل إصدارها لقرار فرض هذه الغرامة في مواجهته، وتمكينه من الدفاع عن حقوقه بموجب هذا العقد، وأخيراً التزام الإدارة بالتقيد بحدود المشروعية عند استخدامها لسلطتها في فرض هذه الغرامة التي لا تقتزن بإثبات حصول الضرر نتيجة التأخير.

ونخلص من دراستنا ل ضمانات غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في التشريع البحريني والمقارن، إلى جملة من النتائج والتوصيات، نوردتها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

(١) يمكن تعريف غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بأنها تعويض جزافي محدد مسبقاً في العقد عن الضرر المفترض وقوعه نتيجة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته عن المواعيد المتفق عليها، يتم اقتضاؤه مباشرة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إثبات

حصول الضرر كجزاء مالي ينتقص من الحقوق المالية للمقاول لحثه على الالتزام بالتقيد بتلك المواعيد، ضماناً لاستمرار إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

(٢) تتميز غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بعدة خصائص تحقق الغاية التي تسعى إليها الإدارة من خلال هذا الجزاء وهي ضمان استمرار إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهي تعد بندا تعاقدياً سواء ورد النص عليها في العقد أو في التشريعات، ومن ثم تُفرض بموجب قرار من الإدارة مباشرة بمجرد حصول التأخير دون حاجة لإثبات الضرر.

(٣) يُعد إصدار الإدارة لقرار فرض غرامة التأخير أمراً ضرورياً من ناحية أنه يجعل الغرامة مستحقة الاقتضاء من تاريخ إصدار هذا القرار، ومن ثم تلتزم الإدارة بهذا التاريخ وليس لها أن تطالب بالغرامة بعد انتهاء العقد على فترة سابقة، أي بعدما تنتهي العلة من فرضه.

(٤) إن الأساس القانوني لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة هو أساس تعاقدي وغير تعاقدي في الوقت ذاته، فالعقد يجب أن يتضمن ضمن بنوده بندا يجيز للإدارة فرض غرامة التأخير، أو أن يحيل العقد ذاته للنصوص التشريعية التي تجيز ذلك، وتجد الإدارة أساساً آخر في تضمين العقد هذا الجزاء من ناحية اعتبارها سلطة عامة تسعى إلى تحقيق مصلحة المرفق العام الذي تهدف إلى إنشائه وتسييره من خلال هذا التعاقد، فإذا ما انتفى أحد الأساسين، تعذر على الإدارة أن تسعى إلى فرض هذه الغرامة.

(٥) ترتبط الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بتأخر المقاول عن بدء سريان ميعاد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، سواء كانت هذه الأسس محددة في العقد، أو في التشريعات، ومن ثم يبدأ سريان الأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير من تاريخ تأخر المقاول عن هذا الميعاد، ويظل تصاعد نسب هذه الغرامة وفقاً لتلك الأسس بالتزامن مع استمرار مدة التأخير إلى نهاية المدة المحددة لفرض هذه الغرامة.

(٦) يجسد التأمين النهائي مدى قدرة المقاول المالية والفنية لتنفيذ عقد الأشغال العامة ومواجهته للمسؤوليات والالتزامات الناشئة عن هذا العقد، كتعويض الإدارة عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة إخلاله، أو اقتضاؤها لمستحققاتها المالية كغرامة التأخير وغيرها مما يستحق لها، لذلك فقد ألزمت تشريعات الدول محل المقارنة الفائز بالمناقصة بتقديم هذا التأمين باعتباره ضماناً للإدارة لاقتضاء الغرامة، وأن سلطتها في خصم الغرامة من هذا التأمين نافذة مباشرة.

٧) تشكل مستحقات المقاول في عقد الأشغال العامة في أنظمة الدول محل المقارنة ضماناً للإدارة لاقتضاء غرامة التأخير، وذلك من حيث خضوع هذه المستحقات لسلطة الإدارة في الحجز على مبلغ هذه الغرامة ومن ثم خصمها مباشرة قبل الإذن بصرف مستحقات المقاول، سواء كانت هذه المستحقات لدى الجهة المتعاقدة ذاتها أو لدى جهة إدارية أخرى.

٨) سلك النظام القانوني لعقود الأشغال العامة في البحرين مسلكاً مغايراً للنظام القانوني لهذه العقود في كل من مصر والكويت، وذلك من حيث أن النظام القانوني البحريني لم يجيز للإدارة أن تحجز على مستحقات المقاول لدى الجهات الإدارية الأخرى ومن ثم خصم غرامة التأخير وغيرها مما يستحق لها من مستحقات المقاول، وذلك بعكس النظامين المصري والكويتي اللذان أجازا للإدارة ذلك، وهذا ما يمثل تقييداً لسلطة الإدارة في البحرين تجاه مستحقات المقاول لدى الجهات الإدارية الأخرى، وبالتالي ستضطر للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار نتيجة عدم كفاية التأمين النهائي ونفاذ مستحقات المقاول بموجب العقد.

٩) تعد معدات وأدوات المقاول المحتجزة بموقع العمل ضماناً للإدارة لاقتضاء غرامة التأخير، وتمتع الإدارة في أنظمة الدول محل المقارنة بسلطة الحجز على هذه المعدات والأدوات نتيجة لسحب المشروع من المقاول، ومن ثم للإدارة أن تطالب المقاول بكافة مستحقاتها ومنها غرامة التأخير، وإلا كان لها بيع هذه المحجوزات لاقتضاء الغرامة دون أدنى مسئولية نتيجة البيع، أما إذا استوفت الإدارة كافة مستحقاتها لدى المقاول فإنه يتعين عليها أن تسلم المحجوزات للمقاول لأن الحجز وقع على سبيل الضمان.

١٠) تكمن أهمية إعدار المقاول بغرامة التأخير في إعلام المقاول بعزم الإدارة على فرض الغرامة عليه ليسارع إلى إصلاح وضعه القانوني بالالتزام بالتنفيذ السليم للعقد تجنباً للخضوع لهذا الجزاء، وهكذا يشكل الإعدار ضماناً للمقاول في مواجهة غرامة التأخير ومن احتمال تعسف الإدارة في استعمالها لحقها في فرض هذه الغرامة بمجرد حصول التأخير الذي لا يقترب بإثبات الضرر، إلا أن الأنظمة القانونية في الدول محل المقارنة لم تلزم الإدارة بإعدار المقاول بهذه الغرامة.

١١) تتمثل أهمية تسبب الإدارة لقرارها بفرض غرامة التأخير على المقاول في مواجهة هذا الأخير بأسباب فرض الغرامة عليه لتمكينه من إبداء أوجه دفاعه تجاه هذه الأسباب عند مواجهته بها، أو إثباته لانتفاء وجودها أمام القضاء، وقد خلت الأنظمة القانونية لعقود الأشغال العامة بالدول محل المقارنة مما يفيد إلزام الإدارة بتسبب قراراتها الصادرة بفرض هذه الغرامة.

١٢) تبدو أهمية إعلان قرار غرامة التأخير على المقاول حال صدوره في أنه يُعد إشهاراً يفيد بأن يصل إلى علم المقاول المخاطب بالقرار مضمون وتاريخ إصدار هذا القرار ويُعد تاريخ الإعلان التاريخ الرسمي لإصدار القرار مما يُسهل على القضاء مهمة التأكد من التزام المقاول بالنظم منه خلال المدة المقررة، وهكذا يشكل الإعلان ضماناً للمقاول تجاه غرامة التأخير، إلا أن أنظمة الدول محل المقارنة لم تلزم الإدارة باتخاذ إجراءات إعلان قرار فرض الغرامة عند إصداره.

١٣) يشكل فعل الإدارة في أنظمة الدول محل المقارنة إحدى الضمانات الموضوعية لإعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما حصل التأخير نتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها في العقد أو نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها بموجب العقد، ففي كلا الحالتين يكون التأخير قد حصل لسبب خارج عن إرادة المقاول مما يحق معه إعفاؤه من هذه الغرامة.

١٤) يشكل وجود القوة القاهرة أثناء تنفيذ المقاول للعقد في أنظمة الدول محل المقارنة إحدى الضمانات الموضوعية لإعفاء المقاول من غرامة التأخير إذا ما أدى وجودها إلى استحالة تنفيذه للعقد استحالة مطلقة وليست استحالة نسبية، سواء في جزء من العقد أو بأكمله، على أن يكون حدوث هذه القوة أمراً خارجاً عن إرادة الطرفين، ولم يمكن بإمكانهما توقعه، وإبلاغ المقاول للإدارة فوراً بذلك.

١٥) إن قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير على المقاول في عقد الأشغال العامة لا يعد من القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، بل أنه يصدر بالاستناد إلى بنود العقد، ومن ثم فهو يدخل في منطقة العقد ولا يقبل الانفصال عنه، ويكون الطعن عليه بالإلغاء والتعويض أمام القضاء الكامل لتعلقه بحقوق شخصية للمقاول، والذي له أن يراقب مدى مشروعية وملاءمة قرار الإدارة بفرض هذه الغرامة لإخلال المقاول بالتأخير.

١٦) تُعد الرقابة القضائية في أنظمة الدول محل المقارنة أهم ضمانات المقاول تجاه قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير عليه، فللقاضي إما أن يقضي بعدم مشروعية القرار إذا ما أشابه أحد عيوب المشروعية، ومن ثم إلغائه، أو أن يقضي بعدم مشروعية الجزء المبالغ فيه لمبلغ الغرامة الذي اقتضته الإدارة عند مراقبته لمدى ملاءمة هذا القرار لإخلال المقاول بالتأخير.

١٧) ضمانات الإدارة لاقتضاء غرامة التأخير بموجب عقد الأشغال العامة تفوق ضمانات المقاول بالنسبة لهذه الغرامة في أنظمة الدول محل المقارنة، ومع عدم وجود توازن بين ضمانات

المقاول والإدارة تجاه هذه الغرامة، فإن ذلك ما قد يجعل الإدارة تتعسف في استعمالها لسلطتها في مواجهة المقاول بهذا الجزاء.

١٨) لا يتمتع المقاول بضمانات شكلية تجاه غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في أنظمة الدول محل المقارنة، ومع تفعيل تلك الضمانات، فإن ذلك كفيل بأن يضمن كافة حقوق المقاول تجاه هذه الغرامة، أما بالنسبة لضمانات الإدارة تجاه الغرامة في أنظمة الدول محل المقارنة، فإنها كفيلة بأن تضمن كافة حقوق الإدارة في اقتضاء الغرامة المستحقة على المقاول.

ثانياً: التوصيات:

١) نهيب بالمشروع البحريني تنظيم أحكام غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة وأحكام الإعفاء الجوازي والوجوبي منها ضمن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني.

٢) نأمل من المشروع البحريني الأخذ بمثل تنظيم المشروع المصري للأسس المادية والزمنية لغرامة التأخير في عقد الأشغال العامة عند تناوله لتنظيم أحكام الغرامة في القانون.

٣) نوصي الجهات الإدارية في مملكة البحرين أن تحرص على تضمين غرامة التأخير بعقودها الإدارية بصفة عامة ومنها عقد الأشغال العامة، وإلا ستضطر الإدارة للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض إذا ترتب ضرر نتيجة التأخير من قبل المقاول، وذلك في ظل نقص التنظيم التشريعي للغرامة في عقود الأشغال العامة بمملكة البحرين.

٤) نهيب بالمشروع البحريني الأخذ بمسلك المشروع المصري من ناحية إتاحة الفرصة للفائز بالمناقصة لطلب خصم قيمة التأمين النهائي المطلوب منه تقديمه من مستحقاته لدى الجهة الإدارية صاحبة المناقصة عن أية عقود جارٍ تنفيذها من قبله، على اعتبار أن القانون البحريني لا يجيز الخصم من مستحقات المتعاقدين لدى الجهات الإدارية الأخرى، وذلك للتسهيل من عملية إداع التأمين من قبل المقاول والإسراع في استكمال إجراءات التعاقد، ومن ناحية أخرى ضمان حصول الإدارة على مبلغ التأمين خلال المدة المحددة.

٥) نأمل من المشروع البحريني تنظيم أحكام سلطة الإدارة في الحجز والخصم لاقتضاء غرامة التأخير وغيرها مما يستحق لها من مبالغ لدى المقاول من التأمين النهائي المقدم منه ومستحقاته بموجب العقد ذاته، أو أية تأمينات ومستحقات بموجب عقد آخر مع الجهة الإدارية ذاتها، أو

لدى أية جهة إدارية أخرى ضمن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات البحريني، وذلك ضماناً للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير وغيرها من مستحققاتها المالية.

٦) نصي المشرع البحريني بتنظيم أحكام سلطة الإدارة في الحجز على كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت مؤقتة ومبانٍ وآلات وأدوات ومواد وخلافه والاحتفاظ بها ضماناً لحقوقها ولها في سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسئولية نتيجة البيع وعدم حصرها في حالة سحب المشروع من المقاول فقط، وتنظيم هذه الأحكام في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني.

٧) نهيب بالمشرع البحريني تنظيم أحكام الضمانات الشكلية للمقاول تجاه غرامة التأخير، والتي من شأنها إلزام الجهات الإدارية بالتريث في إصدارها لقرار فرض الغرامة بحق المقاول واتباع إجراءات معينة لفرضها على نحو يضمن تمكينه من إصلاح إخلاله بالتأخير، ودفاعه عن حقوقه بالرد على أسباب هذا القرار، بالإضافة إلى أن يصل إلى علمه مضمون القرار حال صدوره، ويتحقق ذلك بالزام الإدارة بإعذار المقاول بالغرامة، وتسببها لقرار الغرامة، وإعلان هذا القرار حال صدوره في مواجهته.

٨) نصي مجلس المناقصات والمزايدات البحريني تحديث العقود النموذجية المعتمدة من قبله وإصدار تعميم لكافة الجهات الحكومية بالالتزام بنماذج تلك العقود.

٩) نأمل من وزارة العدل والشئون الإسلامية بمملكة البحرين إصدار موسوعة للأحكام الصادرة في منازعات العقود الإدارية وتثبيتها على الموقع الإلكتروني للوزارة.

١٠) نقترح على هيئة التشريع والإفتاء القانوني إصدار مجموعات خاصة بالفتاوى القانونية الصادرة من قبلها في شأن العقود الإدارية وتثبيتها على الموقع الإلكتروني للهيئة.

تمت ويحمد الله،

الباحث

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١ - المراجع العامة:

إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٨١.

إبراهيم عبدالعزيز شيجا:

- القضاء الإداري - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٦.

- الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في مملكة البحرين - الكتاب الأول - بدون دار نشر - الطبعة الأولى - ٢٠١٢.

- الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في مملكة البحرين - الكتاب الثاني - بدون دار نشر - الطبعة الأولى - ٢٠١٢.

إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٣.

أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقد البوت - B.O.T - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣.

أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٣.

السيد محمد مدني: القانون الإداري الليبي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٤/١٩٦٥.

جابر جاد نصار: العقود الإدارية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥.

جميل الشرفاوي: النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢.

جورجي شفيق ساري: المبادئ العامة للقانون الإداري - القواعد القانونية للنشاط الإداري للدولة - الكتاب الثاني - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.

حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٣.

سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧.

سعيد عبدالله الحميدي: قضاء الإلغاء والتعويض في القانون البحريني والقانون الكويتي والمصري - دار محمود للنشر والتوزيع - القاهرة - بدون سنة نشر.

سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي - القاهرة - ٢٠١١.

صلاح الدين فوزي: قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - المشاكل العملية والحلول القانونية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٢.

عادل عبدالرحمن خليل: المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤/١٩٩٥.

عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات وآثار الالتزام - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤.

عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة:

- الأسس العامة للعقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤.

- الأسس العامة للعقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ٢٠٠٥.

- الأسس العامة في العقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحدث تعديلات المناقصات والمزايدات - المركز القومي للإصدارات القانونية بجوار وزارة الداخلية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨.

- الأسس العامة للعقود الإدارية - (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) - دار الفكر الجامعي - بدون سنة نشر.

عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت - مكتب الدراسات والاستشارات القانونية - وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق - الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٨.

عيد أحمد سلامة الغفلول وعبدالمعتمد عبدالحاميد إبراهيم شرف: محاضرات في العقود الإدارية - بدون دار نشر - ٢٠٠٥/٢٠٠٦.

ماجد راغب الحلو:

- القرارات الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٩.

- العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٩.

- العقود الإدارية والتحكيم - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤.

محمد أنس قاسم جعفر:

- العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠.

- العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣.

محمد رفعت عبدالوهاب:

- مبادئ وأحكام القانون الإداري - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٣.

- القضاء الإداري (إجراءات القضاء الإداري) - مطبعة التوني - الاسكندرية - ١٩٩٧.

محمد عبدالله حمود الدليمي: القضاء الإداري في مملكة البحرين - جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين - سلسلة الكتب القانونية (١٥).

محمد فؤاد عبدالباسط: العقد الإداري (المقومات - الإجراءات - الآثار) - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٦.

محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية - مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٨.

محمود عاطف البنا: العقود الإدارية - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧.

فاروق خماس: القانون الإداري (١) - القسم الثاني - كلية الحقوق - جامعة البحرين.

صالح إبراهيم المتيوتي: القانون الإداري - الجزء الثاني - دراسة في ضوء القانون البحريني - كلية الحقوق - جامعة البحرين - ٢٠٠٦.

٢ - المراجع المتخصصة:

أحمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاءات والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) - دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب التطبيق - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.

أيمن محمد جمعة: عقد الأشغال العامة في مصر ودول الخليج العربية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٥.

بدر محمد عادل محمد: الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى - ٢٠١٠.

بلاوي ياسين بلاوي: الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري - دار الكتب القانونية - القاهرة - ٢٠١١.

ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧.

جورجي شفيق ساري: تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري - الطرق والمعايير التقليدية والحديثة في التشريع والقضاء والفقہ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦.

حسان عبدالسميع هاشم: الجزاءات المالية في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢.

حمد محمد حمد الشلماني: امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق - الاسكندرية - ٢٠٠٧.

عبدالمك يونس محمد: أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها - دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ٢٠١٢.

عبدالرؤف جابر: ضمانات المشاريع الإنشائية العامة - دراسة قانونية مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠٠٣.

سمير صادق: العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا - الهيئة العامة للكتاب - ١٩٩١.

عبدالعزیز عبدالمنعم خليفة:

- مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية - القرارات والعقود الإدارية في الفقہ وقضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٧.

- تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٩.

- دعوى التعويض الإداري في الفقہ وقضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٩.

عبدالله نواف العنزي: النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠١٠.

عبدالمجيد الفياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى - ١٩٧٥.

عمر حلمي فهمي: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣.

مازن ليلو راضي:

- العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤ - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٣.
- دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٢.

مال الله جعفر عبدالمك الحمادي:

- ضمانات العقد الإداري - الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري - دراسة مقارنة بين القانون البحريني والقانون المصري وقانون اليونسترال - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٩.
- حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٤.

محمد باهي أبو يونس: الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية في القانون الفرنسي - دراسة للإصلاح القضائي الجديد بالاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - ٢٠٠٠.

محمد حسن مرعى الجبوري: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠١٤.

محمد سعيد الرحو: النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية - دراسة تحليلية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٧.

محمد عبدالعال السناري: وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة نشر.

محمد عبداللطيف: تسبيب القرار الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦.

محمد عبدالمجيد إسماعيل:

- القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٠.
- الطبيعة القانونية لغرامة التأخير في قانون المناقصات والمزايدات المصري - دراسة نقدية تحليلية مقارنة بين النظام القانوني المصري وأحكام القضاء الانجليزي - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - القاهرة - ٢٠٠٨.
- تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة مع دراسة نقدية تحليلية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ونظرات في قانون المناقصات والمزايدات المصري - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٠.
- دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١٤.
- عقود الأشغال العامة الدولية والتحكيم فيها - دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٣.

محمد فؤاد الحريري: تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير - دراسة مقارنة بين مصر وعقود الفيديك - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١١.

محمد ماهر أبوالعينين:

- الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ٢٠٠٤/١٩٨٠ - جزء خاص بالأحكام والفتاوى غير المنشورة - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٣.

- القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩:

- الكتاب الأول: المفاهيم العامة - دار أبو أحمد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٨.
- الكتاب الثاني: امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٨.

- تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة:
- الكتاب الأول: المفاهيم العامة - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١١.

- الكتاب الثاني: امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١١.

- الكتاب الثالث - حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١١.

مدحت أحمد يوسف غنايم:

- النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - ٢٠٠٨.

- النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة - ٢٠١٤.

مفتاح خليفة عبد الحميد:

- إنهاء العقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٧.

- المعيار المميز للعقد الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٧.

نصرالدين بشير: غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠٧.

نعيم مغيب: عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة - دراسة في القانون المقارن - بدون دار نشر - الطبعة الثالثة - ٢٠٠١.

هيثم حليم غازي: سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠١٤.

شعبان أحمد رمضان: نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠١٠.

٣- الأبحاث والمقالات المنشورة في الدوريات العلمية:

إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مدى القوة الملزمة للعقد - دراسة مقارنة بين المادة ١١٣٤ مدني فرنسي والمواد ١٩٦/١٩٧/١٩٨ مدني كويتي - بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع - العدد الثالث عشر - دولة الكويت - أكتوبر ٢٠٠٥.

رمزي هيلات: منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء - دراسة مقارنة -
بحث منشور في مجلة القانونية - العدد الثالث - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني -
مملكة البحرين - يناير ٢٠١٥.

علي إسماعيل مجاهد: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة -
بحث منشور في مجلة القانونية - العدد الأول - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني -
مملكة البحرين - يناير ٢٠١٤.

علي خاطر شنطاوي: صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها - بحث
منشور في مجلة الحقوق - العدد الأول - السنة الرابعة والعشرون - مجلس النشر العلمي -
جامعة الكويت - دولة الكويت - مارس ٢٠٠٠.

فاروق أحمد خماس: ولاية القضاء البحريني للمنازعات الإدارية - بحث منشور في مجلة
الحقوق - المجلد السابع - العدد الأول - جامعة البحرين - مملكة البحرين - يناير ٢٠١٠.

محمد عبدالله ماجد الكواري: القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين - مقال علمي منشور
في مجلة دراسات دستورية - تصدرها المحكمة الدستورية - مملكة البحرين - المجلد الأول -
العدد الثالث - يوليو ٢٠١٤.

محمد فؤاد الحريري: مبادئ المناقصات والمزايدات والعقود الحكومية في مملكة البحرين - بحث
منشور في مجلة القانونية - العدد الرابع - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة
البحرين - يناير ٢٠١٥.

منصور إبراهيم العتوم: النظام القانوني لغرامة التأخير - بحث منشور في مجلة الشريعة
والقانون - كلية الحقوق - تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة - السنة السابعة والعشرون
- العدد الثالث والخمسون - يناير ٢٠١٣.

يزيد أنس نصير: توقع الإخلال والإخلال المسبق في العقد - دراسة مقارنة - بحث منشور في
مجلة الحقوق - العدد ٤ - السنة ٣١ - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - دولة الكويت
- ديسمبر ٢٠٠٧.

٤ - الرسائل العلمية:

- بن شعبان علي: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة منتوري - الجزائر - ٢٠١٢.
- جمال عباس أحمد عثمان: العقد الإداري وقضاء الإلغاء - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - بدون سنة نشر.
- رشا محمد جعفر الهاشمي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة بغداد - ٢٠٠٥.
- شافي طالب محمد العجمي: التنظيم القانوني لغرامة التأخير في العقد الإداري - دراسة مقارنة بين مصر والكويت - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - كلية الحقوق - ٢٠١٤.
- طارق سلطان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة بني يوسف - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٠.
- عاطف سعدي محمد علي: عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ٢٠٠٥.
- فارس علي جانكير: سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري - رسالة ماجستير - جامعة بيروت العربية - ٢٠١٤.
- محمد سعيد أمين: الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٨٣.
- محمد صلاح عبدالبدیع السيد: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - الطبعة الأولى - ١٩٩٣.
- مطيع علي حمود جبير: العقد الإداري بين التشريع والقضاء - دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليميني - رسالة دكتوراه - الجامعة الأردنية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٦.

هارون عبدالعزيز الجمل: النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩.

٥- الدساتير:

دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١.

دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢، المعدل لسنة ٢٠١٢.

دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤.

٦- التشريعات:

القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي.

قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

المرسوم بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٨٢.

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني.

المرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون السلطة القضائية.

اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.

اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الصادرة بالقرار رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨.

القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣ بتشكيل الدائرة الإدارية بمملكة البحرين.

القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ.

الدليل المالي الموحد للجهات الحكومية البحريني.

٧- مجموعات الأحكام والموسوعات:

المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة - دائرة الشئون القانونية - وزارة شئون مجلس الوزراء والإعلام - دولة البحرين - الإصدار الأول - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠.

الموسوعة الإدارية الحديثة - مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة - الجزء ٣٥ - الطبعة الأولى - نعيم عطية وحسن الفكاهاني - ١٩٩٤-١٩٩٥.

الموسوعة القضائية في أحكام المحاكم الكويتية - المنازعات الوظيفية والإدارية - الكتاب الثاني - أحمد سعيد عبدالخالق - ١٩٧٥.

مجلة القضاء والقانون - مجلة دورية تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز بدولة الكويت - عن الفترة من ١٩٩٣/١/١ إلى ١٩٩٣/٥/٣١ - نوفمبر ١٩٩٧ - السنة الحادية والعشرون - الجزء الأول.

مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز - السنة السادسة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٥ - الجزء الأول - الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين - المكتب الفني - وزارة العدل والشئون الإسلامية - مملكة البحرين - عبد العزيز فرحات ومصطفى غانم.

مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين - السنة الثامنة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٧ - المكتب الفني - وزارة العدل والشئون الإسلامية - مملكة البحرين - عبد العزيز فرحات ومصطفى غانم.

مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز - السنة التاسعة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٨ - الجزء الأول - في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين - المكتب الفني - وزارة العدل والشئون الإسلامية - مملكة البحرين - عبد العزيز فرحات ومصطفى غانم.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات - من نوفمبر ١٩٥٥ إلى نوفمبر ١٩٦٥ - الجزء الثاني - من " س " إلى " و " - أحمد سمير أبو شادي.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثالثة عشرة - من أول أكتوبر سنة ١٩٦٧ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٨ - المكتب الفني - طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بالقاهرة.

موسوعة القوانين المصرية الحاكمة للعقود الإدارية - المستشار سامح سيد محمد - الطبعة الأولى - دار أبو أمجد للطباعة بالهرم - ٢٠٠٩.

موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - مشكلات تنفيذ العقود الإدارية - الكتاب الثالث - المستشار حمدي ياسين عكاشه - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١٥.

موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية - نهاية العقد الإداري ومشكلات ضمانات تنفيذه وتسوية منازعاته - الكتاب الرابع - المستشار حمدي ياسين عكاشه - دار أبو المجد للطباعة بالهرم - ٢٠١٥.

موسوعة مبادئ القضاء الإداري الكويتي في ثلاثة وثلاثين عاماً - الكتاب الأول - الجزء الأول - الاختصاص بالمنازعات الإدارية - المستشار ناصر معلا والمستشار جمال الجلاوي - مطبعة النظائر - طبعة ٢٠١٥.

٨ - المعاجم:

مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - الجزء الأول - من أول الهمة إلى آخر الضاد - المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر - استانبول - تركيا - بدون سنة نشر.

ثانياً: المراجع الإنجليزية:

Brian Eggleston: Liquidated Damages and Extensions of Times in Construction Contract – Second Edition – Blackwell – London – 1997.

David Chappell: Construction Contracts – Questions and Answers – Second Edition – Spon Press – London and New York – 2011.

David Chappell and Vincent Powell Smith: The JCT Design and Build Contract – Second Edition – Blackwell – Oxford – London – 1999.

Hugh Clamp: The Shorter Forms of Building Contract – Third Edition – Oxford – Blackwell – London – 1993.

Powell Smith & Furmston's: Building Contract Casebook – Third Edition – Blackwell – Oxford – London – 2000.

Scott M. Tyler: No (Easy) Way Out “Liquidating” Stipulated Damages for Contractor Delaying Public Construction Contracts – Duke Law Journal – vol. 44 – Duke University School of Law – United State of America – 1994.

Standard Contract Agreement and Conditions of Contract – Building and Engineering Works – Ministry of Works – Kingdom of Bahrain – 2009.

ثالثاً: المراجع الفرنسية:

André De Laubadère : Traité des contrats administratifs – Franck Modern et Pierre Delvolv  Tome second – L.G.D.J – Paris – 1984.

Daniel Chabanol et Jean Pierre Jouguelet : Marchés Publics de Travaux – Droites et obligations des signataires – Deuxième Edition – Le Moniteur – Paris – 1994.

Jean Dufau : Le Droit des Travaux Publics – Définition des travaux et ouvrages publics – Formation éxecution et contentieux des marchés de travaux publics – Tome 1 – Editions du Moniteur – Paris – 2e édition – 1988.

Jean Rivero et Jean Waline : Droit administratif – 18  édition – Dalloz – Paris – 2000.

Fouad Abdallah El Attar : Le Marché De Travaux Publics – Etude Comparée de Droit Administratif Français et Egyptien – Université Du Caire – 1955.

Francois sabiani : Marchés publics de Travaux – et contrats voisins – 5 édition – Belfond – Paris – 1995.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي لوزارة المالية – جمهورية مصر العربية – <http://www.mof.gov.eg>
- الموقع الرسمي للجنة المناقصات المركزية – دولة الكويت – <http://www.ctc.gov.kw>
- الموقع الرسمي لوزارة الأشغال العامة – دولة الكويت – <http://www.mpw.gov.kw>
- الموقع الرسمي لمجلس المناقصات والمزايدات – مملكة البحرين – <http://www.tenderboard.gov.bh>
- الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني – مملكة البحرين – <http://www.legalaffairs.gov.bh>
- الموقع الرسمي لوزارة المالية – مملكة البحرين – <http://www.mof.gov.bh>
- الموقع الرسمي للبوابة الإلكترونية الرسمية الكويتية – دولة الكويت – <https://www.e.gov.kw>
- الموقع الرسمي لبوابة الحكومة – جمهورية مصر العربية – <http://www.Egypt.gov.eg>

Abstract

This dissertation studies the Penalty for Delay in public works Contracts in Bahraini legislation compared with Kuwaiti and Egyptian legislations. And we reviewed the jurisprudence with an accurate analysis of the judgments issued by the Bahraini, Egyptian and Kuwaiti judiciary in that regard.

The study focuses on the subject through defining the penalty for delay in public works contracts and it was concluded with a summary that this penalty is paid to the administration for any potential damage occurring as a result of the delay. In addition, it is a penalty imposed on the contractor, who has been late in implementing the required duties and exceeded the agreed upon time frame. The study is followed by legal basis of this penalty in reference to jurisprudence belief as well as the judiciary view, and it was found that this is basically a contractual basis source contract and non-contractual basis lies in the idea of public power and public facility, and then we highlighted the material and time for a penalty, which escalates. They required foundations for consistently imposed.

We highlighted the power of the administration to impose the penalty in reference to legislation and judiciary view as well as jurisprudence belief. Further protection includes the performance bond which is submitted by the contractor prior to the contract, also, seize the contractor's tools and equipment. The administration has the authority to deduct the penalty from that performance bond, or it may seize a part of the contractor's dues, which is equivalent to the penalty imposed upon the contractor, it may also sell seized equipment or tools at the site in order to collect the penalty.

Moreover, these guarantees benefit the contractor in the sense that the contractor is made aware of the consequences at the beginning, which can be considered as a reminder of any consequence that might be taken against him in case of delays. In addition, it brings to his attention the importance of delivering the work at the agreed upon time frame. The contractor may be exempted from this penalty when presenting reasonable evidence, which prove the delay, occurred due to unforeseen events, or events caused by the administration, or force majeure.

Finally, we sum up the study by clarifying the judicial role in legitimizing these penalties and its suitability against the contractor for a breach of contract.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College of law

Department of public law



**GUARANTEES OF PENALTY FOR DEALY
IN PUBLIC WORKS CONTRACT
IN BAHRAINI LEGISLATION AND
COMPARATIVE**

A Thesis Submitted in partial fulfillment of the Requirements
for the Master Degree in Public Law (Administrative Law)

Submitted by

Khalifa Mohammed Khalifa AL Dhahrani

University number: 20133339

Supervised by

Prof. Doctor Mohammed Ahmed Abdulnaem

Public Law Professor

University of Bahrain

Kingdom of Bahrain

May 2017