# الفصل الأول

## ماهية حق الإدارة في فرض الجزاءات

التمهيد

تختلف عقود القانون الخاص التي تحكمها قواعد القانون الخاص من الناحية الموضـــوعية اختلافاً جوهرياً عن عقود القانون الإداري، إذ إن العقود الإدارية تتجلى فيها امتيازات الســـلطة العامة، والتي لا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة[24].

وتستخدم الإدارة في مباشرة نشاطها وسائلا قانونية لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذه الوسائل القانونية، تتمثل في وسيلتين، الوسيلة القانونية الأولى تتمثل في تصرفات الإدارة بإرادتها المنفردة وتتم من جانبها وحدها فقط وهي القرارات الإدارية، و الوسيلة الثانية تكون ناتجًا عن تصرفات الإدارة مع غيرها من الأطراف وتكون من جانبين وبإرادتين متقابلتين ، تمثل إحداهما الإدارة والثانية تمثل إرادة من يتعاقد مع الإدارة وهذه الوسيلة هي العقود الإدارية[25]، ومن خلال العقود الإدارية تتفق الإدارة فيها مع الأفراد والهيئات الخاصـــة بموجب عقود تحدد فيها الحقوق والالتزامات الناشـــئة عن هذا العقد لكلا الطرفين[26].

وتتمثل الســـلطات التي تتوفر عليها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، في ســـلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد الإداري، وسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد، وسلطتها في فرض

(24) الطماوي، سليمان محمد، ( 1990)، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 26.

(25) النهري، مجدي، (2011)، مبادئ القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، ص 119.

(26) جمال الدين، سامي، (2004)، أصول القانون الإداري، تنظيم السلطة الإدارية والإدارية المحلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 64.

الجزاءات على المتعاقدين معها، وهي لا تستمد سلطتها هذه في فرض هذه الجزاءات من نصوص العقد بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها والمتمثلة في سلطتها في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها، والإدارة تقوم بفرض هذه الجزاءات بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضـــاء، حيث إن القانون لا يقيد الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته بالوســـائل المتعارف عليها بين المتعاقدين في القانون الخاص بل يمنحها ســـلطات معينة تتمثل في فرض الجزاءات الرادعة على المتعاقد لإجباره على التنفيذ طبقاً لشروط العقد المتفق عليها وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام[27].

ولبيان المقصود بالعقد الإداري وطبيعة سلطة الإدارة وخصائص وشروط استخدامها لسلطاتها في فرض الجزاءات، قسمت هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي :

المبحث الأول: العقد الإداري وطبيعة سلطة الإدارة

المبحث الثاني: خصائص وشروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات

(27) بسيوني، عبد الغني، (1991)، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 546 وما بعدها.

## المبحث الأول: العقد الإداري وطبيعة سلطة الإدارة

كما سبق يعرف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره ويكون هذا الشخص المعنوي العام قد اظهر نيته في الاخذ بأسلوب القانون العام وتستخلص هذه النية مما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القوانين العادية او غير مألوفة في تلك النصوص".[28]

وتقتضي طبيعة العقد الإداري الخاصة منح السلطات الاستثنائية للإدارة لتحقيق الصالح العام، وذلك لضمان تشغيل المرافق العامة بانتظام واطراد وهذا ما لا يتوافر في العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة ولا تخضع للقانون العام وإنما تخضع للقانون الخاص وبالتالي فإن سلطاتها فيها كغيرها من أطراف العقد وفق ما ينص عليه العقد وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ولبيان مفهوم العقد الإداري وطبيعة سلطة الإدارة، قسمت هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: العقد الإداري

المطلب الثاني: طبيعة سلطة الإدارة

(28) اسماعيل ، خميس السيد ، (1994)، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات، دار النهضة العربية الطبعة الاولى، ص 26 0

المطلب الأول: العقد الإداري

لا يختلف مفهوم العقد الاداري عن مفهوم العقد المدني فهو يعبر عن توافق ارادتين تتجهان الى احداث اثار قانونية معينة بأنشـــاء التزام أو تعديله، إلا ان ذلك لا يعني التطابق بينهما فالعقد الاداري يتميز بنظام قانوني خاص كونه يخضـع للقضـاء الاداري ويختلف من حيث نشـاطه واطرافه والاثار المترتبة عليه، وفيما يلي أتطرق لمفهوم العقد الإداري وخصائصه:

أولاً: تعريف العقد الإداري في الاصطلاح:

عرف جانب من فقهاء القانون العقد الاداري بأنه عمل قانوني شـــاركت في صـــنعه ارادتان متكاملتان ارادة الادارة وارادة المتعاقد معها وتقوم على فكرة التراضي [29]

ويذهب البعض الى ان العقد الاداري تتوافر فيه صـــفة العقد بالمعنى المعروف في القانون المدني فتعريف العقد عموما" يصدق بالنسبة للعقود الادارية كما هو الشأن في عقود القانون الخاص [30]

كما عرفه جانب اخر من الفقه بانه (عقد مبرم بين شـــخصـــين من اشـــخاص القانون العام ، بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه) [31]

(29) عبد الوهاب، محمد رفعت، (2005)، مبادئ واحكام القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت،ص 492 0

(30) الطماوي، سليمان محمد، (1991)، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ص 408 0

(31) حلمي، محمود، (1977)، العقد الاداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ص 3 0

ويخلص جانب من الفقه الى تعريف العقد الاداري بانه " عقد يبرمه شـــخص من اشـــخاص القانون العام مع شـخص اخر بقصـد تسـيير او تنظيم او المسـاهمة في تسـيير مرفق عام تظهر نية اطرافه للأخذ بأسلوب القانون العام" [32] .

وتأسـيسـاً على مسـبق يمكن القول بان العقد الإداري هو ذلك العمل القانوني الذي تتدخل بوسـاطته الإدارة في ممارسـة نشـاطها والذي يختلف عن باقي الأعمال الإدارية الأُخر انطلاقاً من كونه يقوم على أسس بسبب هيمنة السلطة العامة نتيجة لطابعه التعاقدي وانطلاقاً من انفراده بخصائص لا مثيل لها في مجال علاقات التعاقد القائمة بين الخواص[33] .

ويرى الباحث أن العقد الإداري هو عبارة عن توافق ارادتين الاولى لاحد اشـــخاص القانون العام والثانية لشخص معنوي او طبيعي خاص بقصد تنظيم او تسيير مرفق عام او ادارته يتميز بنظام قانوني خاص من حيث اسلوب التعاقد واجراءاته وشروطه.

ثانيًا : تعريف العقد الإداري في القانون والقضاء

1- تعريف العقد الإداري في القانون :

وبالنظر إلى دولة الإمارات العربية المتحدة والتي تتبع النظام القضائي الموحد نجد أنه لا يوجد بها قضاء إداري مستقل كما هو الحال في مصر وفرنسا ليقوم بدور نظير في بناء نظرية العقد الإداري، وهي تسير على نهج القضاء الموحد، كما هو الحال في الدول التي يوجد بها القانون الإداري بمعناه الواسع، ومع ذلك فإن أغلب أحكام العقد الإداري كما هي معروفة في بلاد القضاء الإداري مطبقة في دولة الإمارات،

(32) الفياض ، ابراهيم طه ،( 1981) ، العقود الادارية، مكتبة الفلاح، الكويت، ص 61 0

(33)الكرامي ، محمد ، (200)، القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، (د.ن)، ص 246 .

وذلك نظرًا لقيامها على أسس منطقية سائغة[34]، إذ ليس من المعقول أن تعامل الإدارة عندما تسعى بتعاقدها إلى تشغيل المرافق العامة وتحقيق الصالح العام على قدم المساواة مع من يتعامل معها مستهدفًا تحقيق مصالحه الخاصة.

وقد أكد المشرع الدستوري على خصوصية العلاقات الإدارية بما تتضمنه من علاقات تعاقدية تميزها عن غيرها، وكان دستور عام 1971 قد نص في المادة رقم (102) على أنه: "يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر، تنعقد في عاصمة الاتحاد الدائم لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية: 1- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد، سواء كان مدعيًا أو مدعًى عليه فيها" ([35]).

وباستقراء التشريع الإماراتي لا نجد أي تعريف للعقد الإداري ، إلا ما ورد في الفقرة 1/13من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمستودعات الاماراتي رقم 6 لسنة 2008 ان العقد الاداري هو مستند قانوني ثبوتي لعلاقة تمت بين الجهة الحكومية والمورد او المقاول سواء لتقديم خدمات او تنفيذ اعمال او توريد مواد واصناف.

وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات في مملكة الأردن ، فلم يجد نجد إلا تعريف العقد المدني في المادة (87) بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

2- تعريف العقد الإداري في القضاء:

([34]) الحلو ، ماجد راغب ،( 1990) ، مبادئ القانون الإداري في دولة الإمارات، دراسة مقارنة، ص 35.

([35]) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة المؤقت لسنة 1971 والمعدل بالدستور الدائم بالتعديل الدستوري رقم (1) لسنة 1996.

عرفته المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة العقد الإداري في حكمها الصـــادر بتاريخ 2005/3/26 " ولما كان العقد الإداري هو الذي يبرمه شـــخص معنوي من أشـــخاص القانون العام مع أي طرف آخر بتوافق إرادتيهما بإيجاب وقبول لإنشـاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضـي بين طرفيه بقصد دارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سوءا تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح... ..." [36].

ولـم يتطـرق القضـاء فـي الأردن لتعريف العقـد الإداري، حتـى إنـه لا يـتم عنـد نشـوء منازعـة متعلقـة بـه اللجـوء إلـى محكمـة العـدل العليـا سـابقًا حيـث إن قـانون محكمـة العـدل العليـا رقـم 12 لسـنة 1992 وضعت اختصاصات المحكمة على سبيل الحصر، ولم يكن من اختصاصها العقد الإداري، وحتى عند صدور قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 لم يعتبر أيضًا العقد الإداري من اختصاصات نظر المحكمة فيه[37]. و جاء في حكم لمحكمـة العـدل العليـا" أن النـزاع علـى الحقـوق يعـود للمحـاكم العادية، ولو كان متعلقًا بالعقود الإدارية".[38]

(36) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 372 لسنة 24 القضائية، الحكم الصادر بجلسة السبت الموافق 26 من مارس سنة 2005 – الدائرة الثانية، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة – وزارة العدل – السنة السابعة والعشرون 2005م، العدد الأول – من أول يناير حتى آخر مارس.

(37) الخلايلة ، محمد علي ،( 2012) ، القانون الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ص 262.

(38) محكمة العدل العليا, رقم (106 ) لسنة 1978.

ثالثًا : خصائص العقد الإداري

إن ما استقر عليه القضاء الإداري هو أن عقود الإدارة تخضع لعدة نظم قانونية، فليس كل عقد تبرمه الإدارة يعد عقداً إدارياً، وفي هذا الصدد تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر بوصفها محكمة تنازع: "إن العقود التي تكون الإدارة طرفًا فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، ولا هي من العقود المدنية بالضرورة، وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون الخاص أو العام" [39].

وكذلك نجد أن المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات قد اعترفت بوضوح باختلاف النظام القانوني لكل من العقود الإدارية والعقود المدنية والتي تكون الإدارة طرفًا في أي منها.[40]

وفي ذلك عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه" العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[41].

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، الذي ذهب إلى أن العقد الإداري" هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول

---

([39]) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 15 قضائية "تنازع"، صدر في جلسة 1994/12/17، منشور في مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو 1993 حتى آخر يونيو 1995، الجزء السادس، ص 911، 916.

([40]) حكمها في القضية 3 س3 ق.ع. م بتاريخ1976/4/7.

([41]) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في 30- 12-1967 القضية رقم 576 السنة 11ق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما ص 99.

المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام" [42]. ويبدو أن الرأي الغالب قد أستقر على أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي :

1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.

2- أن يتصل هذا العقد بمرفق عام.

3- أن تختار الإدارة وسائل القانون العام.

وأعرض بشيء من الإيجاز لهذه العناصر فيما يلي:

1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصًا معنوياً

يجب أن تتوافر صفة الأشخاص العامة وقت إبرام العقد وتوقيع وثيقته لاعتباره من العقود الإدارية، فلا يعد العقد إداريا إذا أبرم قبل توافر تلك الصفة أو بعد زوالها، كما أن زوال صفة الشخص العام بعد إبرام العقد عن الشخص الاعتباري واعتباره من الأشخاص الخاصة لا يغير من كون العقد من العقود الإدارية طالما أن العقد تم إبرامه عند توفر تلك الصفة.[43]

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يذهب رأي إلى أن غرف التجارة والصناعة بالدولة تعتبر من المرافق المهنية، وليست من قبيل المؤسسات الخاصة ذات النفع العام كما رأت دائرة الفتوى والتشريع في فتوى حديثة صدرت عنها تقرر أن: "غرفة تجارة وصناعة دبي وغيرها من غرف التجارة والصناعة بالدولة بصفة عامة، وكذلك اتحاد غرف التجارة والصناعة المنشأ بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1976،

---

([42]) طماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ، ص52.

([43]) شفيق ، جورجي،( 1996) ، معيار تمييز وتحديد العقد الإداري، ص 33 ؛ بدر ، أحمد سلامة ،( 2003م) ، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ص10.

بصفتها مؤسسات ذات نفع عام، تعتبر هذه الجهات جميعها من قبيل المؤسسات الخاصة، ويخضع العاملون فيها تبعًا لذلك للقانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم العمل" [44].

2- أن يتصل هذا العقد بمرفق عام .

هناك معنيان للمرفق العام، أحدهما عضوي والآخر مادي أو موضوعي، الأول يقصد به المنظمة أو الهيئة، مثل الجامعات والمستشفيات ومخافر الشرطة، بل والوزارات وفروعها بصفة عامة، فأما المعنى الموضوعي فيقصد به النشاط أو العمل الذي يمارسه المرفق تحقيقًا للنفع العام، ومن أمثلة ذلك التعليم وحماية الأمن، وكافة الخدمات التي تقدمها الحكومة للجمهور.[45]

وما بين المعنيين انقسم الفقه إلى اتجاهين في تعريف المرفق العام يعتنق كل منهما مدلولا من المدلولين الشكلي أو الموضوعي[46].

ويذهب قلة من الفقه إلى أن كلا من المعنيين يكمل الآخر للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام[47].

3- أن تختار الإدارة وسائل القانون العام .

إن احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في تعاقدات الأفراد هو الشرط الحاسم في تمييز العقود الإدارية، إذا ما وجد الشرطان السابقان.

---

([44]) الحلو، ماجد راغب، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، ص 88.

([45]) الحلو، ماجد راغب، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 102.

([46]) سلامة، أحمد بدر، (2010) ، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص15.

([47]) جعفر، محمد أنس،( 2003م) ، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص 28.

في حكم للمحكمة الإدارية العليا ســـابق لها بتاريخ 1993/2/9: "إن العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومتى كان ذلك فإن العقد يعتبر عقدًا إداريًا إذا كان أحد أطرافه شخصًا معنويًا.

لذلك يتميز العقد الإداري عن القرار الإداري ، حيث إن القرار الإداري في الأصـل عمل قانوني يصدر بإرادة الإدارة المنفردة، في حين أن العمل القانوني في العقد لا يظهر أثره إلا إذا تلاقت إرادة الإدارة وإرادة الفرد أو الجهة المتعاقدة معها. في حين أن العمل القانوني في القرار الإداري يظهر أثره دون تدَخل من جانب الأفراد، وبإرادة الإدارة وحدها رضي الأفراد أو لم يرضوا[48].

وقد استقرت المحكمة الإدارية العليا في أحكام قضـائية عديدة – من ذلك حكمها الصـادر في 2001/8/29 – على أن: "العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شـخصًـا معنويًا عامًّا، ومتصـلا بمرفق عام، ومتضمنًا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وإذا فقد العقد شرطا من الشروط التي يتحقق بتوافرها وصـــف العقد الإداري صـــار من عقود القانون الخاص" [49]، وقالت في حكم ســـابق لها بتاريخ 1993/2/9: "إن العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضـمينه شـروطًا اســـتثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومتى كان ذلك فإن العقد يعتبر عقدًا إداريًا إذا كان أحد أطرافه شخصًا معنويًا، وكان يتصل بتسيير مرفق عام (وهو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته،

---

([48]) كنعان، نواف سـالم (2004)، مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، النشـر العلمي جامعة الشـارقة، ص:183.

([49]) طعن رقم 5559 لسنة 43، قضائية عليا، جلسة 2001/8/29.

ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح، بل خدمة للصالح والنفع العام)، وأن يتضمن شروطًا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعبر عن أخذ الإدارة بأسلوب القانون العام، وإذا ما تبين للعقد صفة العقد الإداري اختص مجلس الدولة دون غيره بنظر المنازعة الناشئة عنه تطبيقًا للفقرة الحادية عشر من المادة 10 من القانون رقم 46 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة" [50].

ومن ذلك يتبين أن عقود الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد، ففي الدول التي تأخذ بالنظام المزدوج مثل مصر وفرنسا يوجد قانون إداري متميز ومستقل، ويوجد قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي يختص بنظر المنازعات الإدارية، وعلى الرغم من تلاقي إرادتين على إنشاء حقوق والتزامات متباينة كما هو الحال في العقد المدني فإن النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية يختلف اختلافاً جوهرياً عن النظام الذي يحكم العقود المدنية.[51]

وكما تقدم بيانه فإن دولة الإمارات العربية المتحدة والتي تتبع النظام القضائي الموحد وقد أكد دستور عام 1971 في المادة (102) منه على أنه: "يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر، تنعقد في عاصمة الاتحاد الدائم لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية: 1- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد، سواء كان مدعيًا أو مدعًى عليه فيها"[52].

---

([50]) طعن رقم 3703 لسنة 33، قضائية عليا، جلسة 1993/2/9.

([51]) جمال الدين، محمود سامي ،( 1990) ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، طبعة ، ص 183-184.

([52]) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة المؤقت لسنة 1971 والمعدل بالدستور الدائم بالتعديل الدستوري رقم (1) لسنة 1996.

وعندما صـــدر قانون إنشـــاء المحاكم الاتحادية رقم 6 لســـنة 1978 نص في مادته الثالثة على اختصـــاص المحكمة الاتحادية الابتدائية بالعاصـــمة بنظر جميع المنازعات الإدارية، ورغبة في التيســـير على المتقاضـــين وافق المجلس الوطني الاتحادي في أواخر يونيو من عام 1989 على ألا تســـتأثر هذه المحكمة وحدها بنظر المنازعات الإدارية، ليكون الفصـــل فيها مشـــتركًا بين كافة المحاكم الابتدائية الاتحادية، كل محكمة في نطاق اختصاصها الإقليمي.

وتســـتأنف أحكام المحاكم الاتحادية الابتدائية بصـــفة عامة أمام المحاكم الاســـتئنافية، وذلك وفقًا لنص المادة (12) من قانون السلطة القضائية الاتحادي رقم 3 لسنة 1983، ويجوز الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا في الأحكام الصـــادرة من محاكم الاســـتئناف في الأحوال التي حددها القانون الاتحادي رقم (17) لســـنة 1978 بشـــأن تنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض، وبذلك يمكن أن تنظر المنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة على ثلاث درجات كالمنازعات الأخرى.

هذا وقد تبنى المشـــرع العادي بعض أحكام العقود الإدارية كتلك المتعلقة بطرق إبرامها، مثل التعميم المالي رقم 16 لسـنة 1975 الصـادر من وزارة المالية في شـأن تنظيم طرق المشـتريات ومقاولات البناء، وقرار مجلس الوزراء رقم 17 لسنة 1976 في شأن نظام استخدام غير المواطنين.

وصـدر كذلك قرار مجلس الوزراء رقم 21 لسـنة 1976 بإنشـاء اللجنة الدائمة للمشـروعات الاتحادية بوزارة التخطيط، والتي تختص بتقدير الاحتياجات والمتطلبات التعاقدية للمشروعات الاستثمارية التي تضـمنتها الخطة، والقرار الوزاري رقم 14 لسنة 1978 والذي نصـت المادة الأولى منه على أنه: "لا يجوز للوزارات أن تقوم بشـراء أو اسـتيراد المواد أو إجراء مقاولات الأعمال إلا عن طريق إدارة المشـتريات بوزارة المالية والصناعة....".

وقرار وزير المالية والصناعة رقم 10 لسنة 1980 والذي أوجب من خلاله على الجهات الإدارية اتباع أساليب تعاقدية محددة تتمثل في المناقصة والشراء بالممارسة والشراء بالأمر المباشر.

وأخيرًا أتى القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000 في شأن نظام عقود الإدارة، وحل محل القرار الوزاري رقم 14 لسنة 1978 السابق الإشارة إليه.

وفي القضاء نجد أن المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات قد اعترفت بوضوح باختلاف النظام القانوني لكل من العقود الإدارية والعقود المدنية والتي تكون الإدارة طرفًا في أي منها.[53]

المطلب الثاني: طبيعة سلطة الإدارة

كما سبق بيانه بأن القانون الإداري يؤكدون على العقد الإداري: "عقد يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره، مستخدمًا وسائل القانون العام [54]،

فمن خلال هذا التعريف وكما تمت الإشارة إلى ذلك، فالعقد الإداري يستند إلى صفة أطراف العقد كعنصر أول، في حين أن العنصرين الأخيرين المتعلقين باتصال العقد الإداري بمرفق عام وتضمينه شروطا استثنائية يمثلان الجانب الموضوعي، وتعتبر العناصر الثلاثة متكاملة فيما بينها، ولا يكفي وجود أحدها دون الآخرين لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وقد أطلق جانب من الفقه على هذا تسمية المعيار المزدوج[55].

---

([53]) حكمها في القضية 3 س3 ق.ع. م بتاريخ1976/4/7.

([54])البنا، محمود عاطف، (2007)، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 28 وما بعدها، جمال الدين، محمود سامي، مرجع سابق، ص 188.

([55]) حسبو، عمرو أحمد، (2001)، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقًا لنظام الB.O. T، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، ص21.

وبالنظر للعنصر الثالث يتبين السلطات التي تتمتع بها الإدارة وهي تمارس دورها المنوط بها نظرا لارتباط العقد الإداري بالمرفق العام والصالح العام.

لذلك في حكم صادر بتاريخ 2014/1/29 عرفت المحكمة الاتحادية العليا العقد الإداري بأنه ".. ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري الحديث أن العقد الإداري يقوم على عنصرين أحدهما ثابت وهو المعيار العضوي بأن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام، وعنصر آخر متغير أو ما يسمى بالعنصر التعاقبي أو التخييري، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، أو إشراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، فتوافر أحدهما يسبغ الصفة الإدارية على العقد وتضحى قواعده هي الواجبة التطبيق على المتعاقدين" ... [56]

وبناءً على ما سبق أعرض فيما يلي لمفهوم سلطة الإدارة، ثم للسند القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات كما يلي :

أولاً: التعريف بمفهوم سلطة الإدارة

تعرف السلطة العامة بأنها " مجموعة من الامتيازات والسلطات والاختصاصات ومجموعة من الأساليب الفنية ومجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، فالإدارة لا تتساوى مع مراكز الأفراد وبالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القوانين الأخرى، فكل

([56]) المحكمة الاتحادية العليا، الطعنان رقما 483 و486 لسنة 2013 إداري، الحكم الصادر بجلسة 2014/1/29.

تصرف يتضمن مظهرا من نظام السلطة العامة يعد عملا إداريا يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري "[57].

هذه السلطة مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق للامتيازات التي تملكها جهة الإدارة تجاه الأفراد ومن بينها التنفيذ المباشر، حيث أن العقد الإداري مرتبط بالسلطة العامة وبالتالي فهو خاضع لظروف استثنائية ولو لم ينص عليها في العقد[58].

وتتمثل سلطات الإدارة في حقها في الرقابة والتوجيه، وحقها في تعديل العقد، وتوقيع الجزاءات، وفي إنهاء العقد[59]، وعلى ذلك أكدت إدارة الفتوى والتشريع بوزارة العدل في الإمارات بقولها " إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة[60].

ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وأن لها حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنها أكثر اتفاقا مع الصالح العام، فضلا على أن لها سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا الانهاء يقتضيه الصالح العام أيضا وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه[61].

---

(57) الدليمي ، سيف سعد مهيد (2017) ، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ص 14.

(58) سلطان ، طارق محمد عبد الرحمن ،( 2010) ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، (دراسة مقارنة)، دراسة النهضة العربية، القاهرة ، ص 129.

(59) عبدالباسط ،محمد فؤاد ،( 2006) ، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 25.

(60) الفتوى رقم 1518 الصادرة بتاريخ 1993/3/16، إدارة الفتوى والتشريع، وزارة العدل، دولة الإمارات العربية المتحدة.

(61) البلوشي ، أحمد جمعة نور محمد ،( 2016) ، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العلمية، الإمارات، ص 6.

وفي الأردن أنظمة المرافق العامة تضعها السلطة التنفيذية بقصد بإنشاء وتنظيم المرافق العامة ورسم القواعد التي تضمن سيرها بانتظام لتحقيق المصلحة العامة. ورغم أن دستور الأردن لم ينص صراحة على اختصاص السلطة التنفيذية في إصدار الأنظمة الخاصة بإنشاء وتنظيم المرفق العام، غير أنه يمكن استخلاص السند الدستوري لذلك من خلال المادة (120) من دستور المملكة والتي تقضي بأن "التقسيمات الإدارية في المملكة وتشكيلات دوائر الحكومة تعين بأنظمة يصدرها مجلس الوزراء بموافقة الملك"، لذلك يرى البعض أنه ارتبطت الصفة الإدارية للعقود التي تبرمها الدولة في البداية بإرادة المشرع، لأن وجود قضاء إداري يضفي الصفة الإدارية على هذه العقود، إلا أن هذا الشرط لم يكن موجودًا ، بل ولم يعد ضروريًا في الوقت الحالي وذلك لعدد من الأسباب، أن مفهوم العقود الإدارية أصبح يشمل كافة العقود التي تبرمها الإدارة بهدف تسيير المرفق العام، كما أن نطاق تطبيق القانون الإداري يقوم على المزج بين معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام مما يضفي الصفة الإدارية على هذه العقود، كما أن شرط ثبوت الصفة الإدارية على العقود التي تبرمها الإدارة هو وجود قانون إداري مستقل يحكم هذه العقود وليس في وجود قضاء إداري[62].

ثانيًا : السند القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

يرى البعض أن الإدارة ينبغي عليها أن تلتزم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذلك فإنه إذا لم ينص في العقد على حق الإدارة في فرض هذه الجزاءات فليس للإدارة إلا أن تسلك طريق القضاء الذي يعد أصلاً من أصول التقاضي، وهذا لا يضر بالإدارة حيث أنها تمثل الطرف القوي في العقد[63].

---

([62]) خشمان ، مخلد توفيق مشاوش و الحسين، محمد يوسف ،( 2016) ، العقود الإدارية وجزاءات في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن، مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 43، ملحق3، ص 1346.

(63) القاضي، وليد سعود فارس ،( 2002) ، الجزاءات في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن، ص 8.

بينما يرى البعض أن السند القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة، ومنهم منهم من يرى أن سند سلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة المرافق العامة[64].

وأتقدم بتفصيل رأي كل فريق كما يلي :

1- السند القانوني طبقًا لفكرة السلطة العامة

لقد تطورت فكرة السلطة العامة في القانون الإداري بداية من المفهوم التقليدي القديم الذي كان يحصرها في قوة وسلطة البطش وإجبار المحكومين على الخضوع وطاعة أوامر وتوجيهات الحكام، إلى مفهوم السلطة العامة في القرن التاسع عشر، ليكون معناها حق استعمال سلطة وقوة الأمر والنهي بإرادة الإدارة المنفردة والملزمة، ولم تقف عند هذا الحد ، بل تطورت خلال القرن العشرين لتصبح فكرة قانونية تتضمن مجموعة الأساليب والامتيازات والالتزامات[65].

لذلك يرى البعض أن السند القانوني لسلطة الإدارة يكمن في فكرة السلطة العامة[66].

وعلى هذا الأساس فإن سلطة توقيع الجزاءات ليست محصورة في الجزاءات التي ينص عليها في العقد، بل توجد أيضاً وإن سكت العقد عن ذكرها، وذلك استناداً لفكرة السلطة العامة دون حاجة للجوء إلى القضاء[67].

وهكذا يرى جانب من الفقه أن سلطة الإدارة تقوم على فكرة السلطة العامة، أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام، حيث إن الصالح العام شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر من ان يكون أساسا

(64) سلطان، طارق محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 130.

(65) مفتاح ، عبد الحميد خليفة ،( 2007) ، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الإسكندرية، ص 80.

(66) بدوي ، ثروت، (1994) ، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ص 36.

(67) سلطان ، طارق محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 129.

قانونيا لها، إذ تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارة بامتياز التنفيذ المباشـــر على نطاق واســـع ، كما تستطيع أن تضع حدا للعقد بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة إدارية[68].

2- السند القانوني طبقًا لفكرة المرفق العام

يرى البعض أن الدولة مجموعة مرافق عامة تعمل لتلبية حاجات الجمهور، ويعتبرون أن فكرة المرفق العام هي جوهر القانون الإداري بشكل عام والعقد الإداري بشكل خاص [69] .

ويعد أســـاس ومبرر وجود أي مرفق عام هو تلبية الحاجات العامة للأفراد، تقوم الإدارة بإنشـــاء مرافق عامة التي تقتضيها الحاجة العامة للمواطنين وذلك لتحقيق المصلحة العامة[70].

إلا أن تدخل الدولة في العديد من النشـاطات الفردية بسـبب ظهور الأفكار الاشـتراكية وتطور الاختراعات وعدم قدرة الأفراد على القيام بكافة أوجه النشـــاط أدى إلى اتســـاع مجالات النشـــاط العام للدولة، وقيام الدولة بممارسة أنواع من النشاطات كانت فيما مضى تترك للأفراد سواء في مجال الصناعة والتجارة. وأدت الدولة في ممارسة هذه النشاطات بأساليب مختلفة عن أساليب إدارتها لمرافقها الإدارية، مما اقتضى إخضاع هذه النشاطات في بعض جوانبها للقواعد ذاتها التي يخضع لها الأفراد[71].

---

(68) مفتاح، عبد الحميد خليفة، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 81.

(69) عوابدي، عمار، (2000)، القانون الإداري –النظام الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 139.

(70) شيحا، إبراهيم عبد العزيز، (2006)، القضاء الإداري – ولاية القضاء الإداري – دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 47.

(71) المتولي ، محمد، (2004)، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 4، الفياض، إبراهيم طه، (1988)، القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ص 27.

وبذلك عجزت فكرة المرفق العام لتكون أساسًا لسلطة الإدارة بسبب التطورات التي طرأت على دور الدولة، ومن ثم زيادة تدخلها لتلبية الحاجات العامة [72].

غير أن محكمة نقض أبو ظبي أكدت على أن الأســـاس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاء، تســـتند إلى فكرة المرفق العام بقولها "أن فكرة المرفق العام هي الأســـاس القانوني لحق الإدارة في فر ض الجزاءات، حيث أنها تستهدف الحفاظ عل ى سير المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة فمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري تحقيقا لهذا الغرض وبالتالي فهي تمارس دورها عند إخلال المتعاقد بالتزاماته استناد لطبيعة العقد الإداري المرتبط بالمرفق العام وما له من شروط استثنائية وليس بصفتها سلطة عامة مجردة، فهي تمارس السلطة العامة في أوضاع أخرى ولا يجب أن تخلطها مع ممارستها لسلطات العقد الإداري، ويؤكد على هذا أن الإدارة لا تتمتع بهذه السلطات الاستثنائية في جميع عقودها، ومنها عقود التأجير التي لا تتصل بالمرفق العام ولا تتضمن شروطا استثنائية وبالتالي فهي تخضع للقانون الخاص. [73]

فللإدارة الحق في توقيع الجزاءات المختلفة على المتعاقدين معها إذا أخلو هم بنصـــوص العقد المبرم. وهذا الحق تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها ودونما حاجة لرجوعها لجهة القضاء، هذا مبدأ عام يرد

(72) البديري، إسماعيل صعصاع، (2007)، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد الثاني، ص 69.

(73) محكمة نقض أبوظبي، الطعن رقم 432 لسنة 2012 س 7 ق. أ، الحكم الصادر جلسة 2013/10/7 (مدني)، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية- السنة القضائية السابعة 2013 من أول يوليو حتى آخر أكتوبر، ج4.

عليه استثناء وحيد يتعلق بإسقاط الالتزام حيث يتطلب من الإدارة الحصول على حكم بالإسقاط من لدن القضاء [74].

ويذهب رأي إلى القول: "إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من قاضي العقد أن يحكم لها بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية. ومهما يكن من الأمر نستطيع القول بأن من حق الجهة الإدارية أن تلجأ للجهة القضائية لكي تقوم بفرض الجزاءات بدلاً منها لأن لجوء الإدارة للقضاء لن يضر المتعاقدين معها ولن ينقص من امتيازات الإدارة كونها تلجأ للقضاء باختيارها. ولكن هناك بعض الجزاءات يفضل أن تمارسها الإدارة بدون الرجوع لجهة القضاء وذلك اختصاراً للوقت الذي قد يطول باللجوء للجهة القضائية كغرامات التأخير [75].

## المبحث الثاني: خصائص وشروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات

تستطيع الإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقه سواء أكان ذلك بالامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه ضمن المواعيد المحددة أو قام بتنفيذ العقد بشكل مخالف للمواصفات أو قام بالتنازل عن تنفيذ العقد لمقاول آخر دون موافقة الإدارة، وحق الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ العقود هو ثابت للإدارة، لها

(74) الطماوي، سليمان محمد،، مرجع سابق، ص 500.

(75) الطماوي، سليمان محمد،، مرجع سابق، ص 502.

أن توقعه عليه بموجب قرار إداري دونما اللجوء إلى القضاء وتقوم الإدارة بفرض الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد[76].

فالإدارة تملك أن توقع عليه جزاءات مختلفة وهي لا تستمد سلطتها في فرض هذه الجزاءات من نصـــوص العقد الإداري بل من امتيازات الســـلطة العامة التي تملكها،. فإنها تتمتع بكثير من الامتيازات والرخص القانونية التي أجازها القانون العام ولا نظير لها في القانون الخاص، ومن هذه الامتيازات المقررة للإدارة سلطة العمل من جانب واحد، أي للإدارة السلطة في أن تؤكد حقوقها عن طريق اتخاذ تصرفات قانونية ملزمة للخاضعين لها[77].

وهذه الجزاءات التي تملكها الإدارة لفرضـها على المتعاقد معها إذا قصـر في تنفيذ التزاماته سـواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة.

وتعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.[78]

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضـرورة الحرص على سـير المرافق العامة بانتظام واطراد تسـتلزم التشـدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون

(76) حواطمة، خالد مصطفى، (2003)، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها– دراسة مقارنة، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، الأردن، ص 16.

(77) حواطمة، خالد مصطفى، مرجع سابق، ص 15.

(78) الفياض، إبراهيم طه، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص196.

الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقاً للمصلحة العامة.

وقد درجت الإدارة على النص في عقودها وفي الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بإيقاع الجزاءات، وعد القضاء الإداري في فرنسا ومصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطاً استثنائية باعتبارها امتيازا من امتيازات السلطة العامةً.

ولبيان خصائص وشروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات، قسمت هذه الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: خصائص استخدام الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات

المطلب الثاني: شروط استخدام الإدارة سلطاتها في فرض الجزاءات

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المطلب الأول: خصائص سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

يتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال بأحكامه أو التأخر في تنفيذه، إضافة إلى صفة المناقصة وشروط العقد العامة. (79)

استقر الفقه والقضاء الإداري على صياغة نظرية مستقلة بنظام الجزاءات في العقد الإداري لها مقوماتها التي تنبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة ووجوب سيرها بانتظام ونجد في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/3/17 الذي ورد فيه "أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في واقع الأمر تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك"(80). ومن الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية ما يلي:

1- حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها أو بإرادتها المنفردة:

تفرض الإدارة الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة تطبيقا لمبدأ عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، وهذه السلطة تعد حقا مسلما به فقها وقضا ء في العديد من دول العالم سواء التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج أو القضاء الموحد (81).

وعلى هذا قررت المادة (42) من القرار رقم (32) لسنة 2014 بخصوص لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، وكذلك المادة رقم (75) من القرار الوزاري رقم (20) لسنة 2000

(79) حسن ، عبد الفتاح ،( 1969) ، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية ص481 وما بعدها.

(80) سلطان، طارق محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 131.

(81) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 480.

بشأن نظام عقد الإدارة على حق الإدارة في التعويض بجانب فسخ العقد ومصادرة قيمة الضمان المصرفي والتنفيذ على حساب المورد أو المقاول في حال وجود أي من حالات الغش أو الخداع أو تقديم رشوة من قبل المور د، أو إذا ثبت تقديم المورد لأي معلومات غير صحيحة في نموذج تصنيف الموردين.

ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصـــرف والتي لا مقابل لها في القانون الخاص. ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها، دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال، وهذا الحق يغطي جميع أنواع الجزاءات التي توقع على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية (82).

2- تمتع الإدارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه العقد:

تعتبر الشـــروط الاســـتثنائية التي لا نظير لها عادة في العقود الخاصـــة معيار تمييز للعقد الإداري، وهي متعددة، كحق الإدارة في إدخال تعديلات على شـــروط العقد في أي وقت، وحقها في توقيع الجزاءات دون اللجوء للقضـــاء، وحقها في توقيع الجزاءات دون إثبات الضـــرر، وحقها في توقيع الجزاء التعاقدي دون نص يقرره العقد (83).

ولأن الإدارة تستند في سلطتها في توقيع الجزاءات على حقها كسلطة عامة وواجبها في تسيير المرفق العام، المستمد من حقها الأصيل من الدستور وليس من العقد، فللإدارة حق توقيع الجزاءات حتى

(82) الطماوي، سليمان محمد،، مرجع سابق، ص 500.

(83) خليفة، عبدالعزيز، (2009)، تنفيذ العقد الإداري وتسـوية منازعاته قضـاءا وتحكيما، منشـأة المعارف، الإسـكندرية، ص 78؛ الشريف، عزيزة،( 1981) ، دارسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ص 62.

ولو لم ينص عليها العقد وبذلك فهي تتمتع بتوقيع كافة الجزاءات حتى ولو اقتصـــر النص في العقد على بعض الأنواع[84].

لذلك استقر الفقه والقضـاء على أن سـلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات غير مرتبطة بنصـوص العقد الإداري، وعلى هذا فإن العقود الإدارية تنص في الغالب على الجزاءات التي يحق للإدارة توقيعها، كما أن النص على بعض الجزاءات لا يعني تقييد حرية الإدارة في الجزاءات الأخرى غير المنصوص عليها في العقد، وبالتالي فإنها تسـتطيع فرض جزاء غير منصـوص عليه في العقد ولكن تكون خاضـعة فيه لرقابة القضـاء [85].

وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات حيث قررت " وأن الإدارة تراعي في الشـــروط الجزائية المنصـــوص عليها في عقد ما ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات الســـرعة في تنفيذه في وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام ســـير المرفق العام، هذا فضـــلا عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدم ا بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد، ولا يمكن التسليم بأنه يوجد في ظروف تضطره إلى هذا القبول باعتبار أن جهة الإدارة وهي تعرض شروطها على من يرغب في التعاقد معها فإنما تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض، ومن ثم فإنه إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معين ا ووضعا له جزا ء بعينه، فإنه يجب أن تتقيد جهة

(84) خشـمان ، مخلد توفيق مشـاوش والحسين، محمد يوسـف، العقود الإدارية وجزاءات في فقه القضـاء الإداري الأردني والقضـاء المقارن، مرجع سابق، ص 1351.

(85) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 481-483.

الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه"[86].

نستخلص من ذلك أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد مستقلة تماماً عن العقد فهي نابعة من مبادئ القانون العام السائد في القانون الإداري، كذلك فإن النص على بعض الجزاءات لا يعني بالتأكيد حرمان الإدارة من ممارسة أنواع الجزاءات الأخرى، فمن باب أولى إذن أن سكوت العقد عن النص على جزاءات معينة لا يعني عدم وجودها تحقيقاً لمصلحة المرفق العام[87].

3- ضرورة أعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة:

يشترط البعض ضرورة إعذار المتعاقد مع أو إخطاره أو إنذاره بخطئه، وذلك قبل توقيع الجزاء عليه [88].

ويعني الاعذار وفقاً للقواعد العامة إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً [89]، وهذا يتفق مع قواعد العدالة وذلك من أجل تنبيه المتعاقد إلى مخالفته المضرة بالمرفق العام، وكذلك تنبيهه بأن الإدارة سوف تفرض عليه الجزاء المناسب إذا ما استمر على تقصيره، وإخلاله بالالتزام الواقع عليه ومن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة فرصة بعد اعذاره من أجل تصحيح خطأه[90].

---

(86) المحكمة الاتحادية العليا، مدني، الطعنان رقما ) 714 ( لسنة 22 ق و) 31 ( لسنة 23 القضائية، الحكم الصادر بجلسة 2004/1/27،، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة – وزارة العدل – العدد الأول – السنة السادسة والعشرون، 2004، ص 223.

(87) حواطمة، خالد مصطفى، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

(88) الشرقاوي، سعاد، (1974)، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الإدارة، جامعة القاهرة، ص 62.

(89) السنهوري، عبد الرزاق، (1990)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام)، الجزء الثاني، دار إحياء التراث، بيروت، ص 830.

(90) حواطمة، خالد مصطفى، مرجع سابق، ص 35.

كقاعدة عامة، فإن ضـــرورة الإنذار من قبل الإدارة إنما تكون في بعض أنواع الجزاءات دون اشتراطها لإمكان توقيع الإدارة لجزءات أخرى.

وعلى هذا – عدم الحاجة إلى إعذار المتعاقد – هذا أكدت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات بأن " غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصـــول الإخلال بالوفاء بالالتزام دون حاجة إلى اعذاره باعتبار أن العقود الإدارية القائمة على أســـاس فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المنتفعين من الفائدة المتوخاة". (91)

وبصـــفة عامة فإن للإدارة أن توقع الجزاء دون اشـــتراط الإنذار الســـابق إذا ما نص العقد على ذلك، أو كانت النصـوص القانونية تبيح ذلك، أو إذا اقتضـت الظروف الاسـتعجال، أو اقتضـى طابع الضرورة، أو طبيعة موضوع العقد بتوقيع الجزاءات دون سابق إنذار (92).

بل ويرى البعض أن موضوع الإعذار في يد الإدارة، وهو جوازي لها أن توجهه أو لا توجهه طبقًا لمقتضيات المصلحة العامة (93).

(91) المحكمة الاتحادية العليا – الطعنين 86،123 مدني الصادر بتاريخ 1992/2/25.

(92) عبدالقادر، دراجي،( 2017) ، ســلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم الســياســية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد العاشر، ص 95.

(93) حافظ ، محمد (1998)، القرار الإداري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 123.

4- لا يجوز للمتعاقد الوقوف أمام سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

لأن الهدف من ذلك منح الإدارة القدرة على تنفيذ العقد لضمان سير المرفق بانتظام وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة، فلا يتطلب اللجوء إلى القضاء لإيقاف سلطة الإدارة في فرض الجزاءات.

وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية بمصر "لما كان توقيع الجزاءات إنما يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار حكم من القضاء، فإنه لا وجه لاتخاذ أي إجراء ي حول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأية صورة من الصور مهما يكن من أمر يدعيه المدعي في هذا الشأن عند نظر أصل الموضوع"(94).

5- حق توقيع الجزاءات في أي موعد دون حاجة لإثبات الضرر:

فليست الإدارة ملزمة عند توقيع الجزاء الالتزام بوقت معين ما دامت لم يلزمها العقد ذلك، فلها سلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب حسب مقتضيات سير المرفق العام (95).

وأيضًا توقع الجزاءات دون الحاجة لإثبات ضرر معين، لأن الهدف من الجزءات الإدارية ليس معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه ولكن تهدف أساسًا إلى حسن سير المرفق العام بانتظام تحقيقا للمصلحة العامة(96).

(94) المحكمة الإدارية العليا، الطعن 1109 لسنة 8 ق، بتاريخ 1963/12/28، المجموعة، السنة 9، بند 29، ص 328.

(95) البنان ، حسن محمد علي، مرجع سابق، ص 399.

(96) عبدالعزيز ، حسام محمد، (2018) ، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 47.

لذلك تتميز الجزاءات الإدارية بأن موعد توقيعها بيد الإدارة، فلا يوجد ما يلزم الإدارة بأن توقع على المتعاقد معها جزاء ما ارتكب في وقت معين، فهي حرة في اختيار التوقيت المناسب لذلك، ضماناً لاستمرار سير المرفق العام، وأيضًا لها سلطة تقديرية في تحديد الجزاء الملائم غير أن هذه السلطة ليست مطلقة من أي قيد، فينبغي احترام النصوص التعاقدية المتفق عليها [97].

6- خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء:

إن حق منح الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته نابعة من مراعاة المصلحة العامة ضمانًا لسير المرفق العام بانتظام وحسن تنفيذ العمل والدقة في مواعيد التسليم وعدم الإخلال في تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد إلا أن هناك قيوداً على فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة مثل الاعذار المسبق للمتعاقد مع الإدارة ومراقبة القضاء لها[98].

إن رقابة القضاء لهذه السلطة من قبيل القضاء الكامل إلغاء وتعويض كافة المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، ولكن في حالة كون هذه الجزاءات مستندة إلى قوانين ولوائح فإن اختصاص القضاء يكون فقط بنظر الطعن لإلغاء قرار توقيع الجزاء، إلا في حال طلب التعويض إضافة لإلغاء القرار فيكون اختصاص القضاء الكامل، وكذلك يضاف لذلك أن رقابة القضاء تمتد لمشروعية الجزاء الموقع على المتعاقد من حيث الشكل والاختصاص وإساءة استعمال السلطة أو التعسف أو الانحراف بالسلطة، كما تمتد أيضًا إلى مراقبة ملاءمة توقيع الجزاء وتناسبه مع خطأ المتعاقد[99].

(97) سلطان، طارق محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 137.

(98) حواطمة، خالد مصطفى، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

(99) الطماوي، سليمان، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 946؛ طارق سلطان، مرجع سابق، ص 103.

وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال، وتمثل ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون [100].

على أنه إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء. وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط، فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية [101].

أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها الإدارة، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات [102].

والواقع أن للمتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء إلى القضاء وهذا الحق مكفول بحكم القانون، هو من النظام العام، بمعنى أنه أي شرط ينص في العقد على استبعاده يعتبر باطلاً. وأن صاحب الولاية في النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية هو القضاء الإداري ومن خلال مراقبته لمدى الجزاء الصادر عن الإدارة بحق المتعاقد معها [103].

ورغم أن القضاء الأردني اعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرفق العام والمصلحة العامة، إلا أنه أناط نظر المنازعات المتعلقة بالعقود بالمحاكم العادية، ويتضح ذلك من بعض أحكام القضاء في ذلك، حيث أكدت المحكمة بقولها ".. .. لقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على أن المنازعات الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو بتنفيذه أو انقضائه أو فسخه أو

(100) سلطان، طارق محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 139.
(101) الطماوي، سليمان محمد،، مرجع سابق، ص 502.
(102) الطماوي، سليمان محمد،، مرجع سابق، ص 508.
(103) حواطمة، خالد مصطفى، مرجع سابق، ص 41.

إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية"[104]. وكذلك قضـــت بأن "النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقًا بعقود إدارية، ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل قد وردت على سبيل الحصر، ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها"[105].

غير أن الإدارة ملزمة في ظل سـلطتها بالشـروط التي حددها القانون لإصـدار قرارها، من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل والسبب، وبالتالي يكون قرارها صحيحا مادام تصرفها قد تم على النحو المحدد بالقانون [106].

لذلك قضـي بأن "الإدارة عندما تتصـرف في العمل بمقتضـى مالها من سـلطة تقديرية لا يجوز لها أن تتمتع بسلطة تحكمية بل سلطة تحد منها حدود المشروعية المختلفة، بمعنى أن رجل الإدارة يجب عليه أن يسعى إلى تحقيق الهدف الذي ارتآه القانون، فإن خالف مصدر القرار هدف القانون كان القرار معيبا من ناحية الغاية، وأصبح بالتالي مشوبًا بعيب الغلو في استعمال السلطة"[107].

المطلب الثاني: شروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات

تتمثل شـروط اسـتخدام الإدارة لسـلطاتها في فرض الجزاءات في شـروط تتعلق بإخلال المتعاقد معها في تنفيذ العقد الإداري، أو عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصياً، وكذلك تأخره عن تنفيذ العقد في المدة المحددة:، وكذلك هناك الشـــروط المتعلقة بالإدارة والتي تتمثل في ضـــرورة إنذار المتعاقد، ومراعاة

(104) محكمة العدل العليا، قرار رقم 79/40، مجلة نقابة المحامين، سـنة 1980، ص 275، أشـار إليه نواف كنعان، كتابه (القضـاء الإداري)، ص 316.

(105) محكمة العدل العليا، قرار رقم 77/106، مجلة نقابة المحامين، سنة 1978، ص 953، أشار إليه نواف كنعان، مرجع سابق نفس الصفحة.

(106)كنعان ، نواف، (2009)، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 313.

(107) محكمة العدل العليا، قرار رقم 76/24، مجلة نقابة المحامين، سنة 1976، ص 1805.

قواعد المشـروعية في توقيع الجزاءات، وحق المتعاقد في الدفاع عن نفسـه، وأعرض لكل منها في التفصـيل التالي مخصصًا فرعًا مستقلاً للشروط المتعلقة بالمتعاقد، وفرعًا لتلك المتعلقة بالإدارة:

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالمتعاقد مع الإدارة

لكي تتمكن الإدارة من استعمال سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها يجب أن يصدر من المتعاقد خطأ في الالتزامات المتعلقة به بموجب العقد الإدارة وأهم الصـور التي تسـتوجب تطبيق الجزاء على المتعاقد ما يلي:

1) إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته:

معلوم أن الجزاءات المقررة في القانون الخاص لا تصـــلح لحمل المتعاقد مع الإدارة على القيام بتنفيذ ما التزم به وفق العقد، على العكس مما يقرره مجال القانون العام ومقتضيات سير المرفق العام، لأن عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها نتيجة تقصـــير المتعاقد معها وإخلاله بالتزاماته ســـيترتب عليه في نهاية المطاف توقف المرفق العام وتعطله والالتجاء إلى القضـــاء من أجل إيقاع الجزاء على المتعاقد وما يتخلله ذلك من إجراءات قد تطول مما سيؤدي بطبيعة الحال إلى إيقاف المرفق العام وتعطله[108].

وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات بأن " غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة بغض النظر عن أي ضـرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصـول الإخلال بالوفاء بالالتزام دون حاجة إلى

(108) الحلو، ماجد راغب، العقود الادارية والتحكيم، مرجع سابق، ص 11.

اعذاره باعتبار أن العقود الإدارية القائمة على أساس فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المنتفعين من الفائدة المتوخاة".[109]

لكن القاعدة العامة توجب أن لا يجازى المتعاقد مع الإدارة إلا بسبب ما ينسب إليه من خطأ، والخطأ العقدي عبارة عن إخلال بأحد الالتزامات المدرجة في العقد أو الناتجة عنه ومفهوم الخطأ في القانون الإداري يتشابه مع مفهومه في القانون الخاص، ولكن الاختلاف بينهما يكمن بمعيار عام فالخطأ في العقد الإداري يتصف بجسامة معينة يؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام[110].

ولقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بأن " وأن الإدارة تراعي في الشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد ما ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام، هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدم ا بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد"[111].

الإدارة وهي تعرض شروطها على من يرغب في التعاقد معها فإنما تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض، فعند تقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد الإداري على أي وجه من الأوجه، سواء بامتناعه عن تنفيذ جميع التزاماته أو تأخره في

(109) المحكمة الاتحادية العليا – الطعنين 86،123 مدني الصادر بتاريخ 1992/2/25.

(110) القاضي، وليد سعود فارس، مرجع سابق، ص 14.

(111) المحكمة الاتحادية العليا – الطعنين 714 لسنة 22 ق و31 لسنة 23 القضائية، جلسة 2004/1/27، مطبوعات جامعة الشارقة، وزارة العدل، العدد الأول، السنة السادسة والعشرون، ص 223.

تنفيذها أو تنفيذها بشكل سيء أو إحلاله غيره في تنفيذ التزاماته دون موافقة الإدارة أو استعمال الغش والتلاعب والتدليس، فإن للإدارة الحق في أن توقع عليه جزاءات[112].

2) عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصياً:

اتجاه إرادة المتعاقد إلى إضافة عنصر الاعتبار الشخصي في عقد من العقود التي لا يعتد فيها بهذا الاعتبار على خلاف الأصل فيه، أن تتضمن شروط هذا العقد اشتراط ما يترتب على الاعتداد بالاعتبار الشخصي من آثار، سواء في ذلك وجوب تنفيذ المتعاقد بنفسه لالتزاماته المتعلقة بصفة فيه اعتد بها المتعاقد الآخر، فمثلاً في عقد المقاولة تكون مهنة المقاول وتخصصه في نوع العمل محل المقاولة موضع اعتبار في التعاقد لما لها من تأثير في حسن تنفيذ العمل، وخاصة إن كان هذا العمل يقتضى مهارة فنية خاصة تتعلق بمهنة المقاول[113].

ويتميز العقد الإداري بأنه يهدف إلى تسيير المرفق العام، بهدف تحقيق المصلحة العامة، ومن هنا يجب على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بتنفيذه شخصيًا، وبطريقة سليمة وعناية تامة، ملتزمًا بمبدأ حسن النية في التنفيذ، وعلى مسئوليته الخاصة، وفقا للشروط المحددة في العقد[114].

فصلة العقد بالمرفق العام، يلزم الإدارة بمراعاة اعتبارات خاصة فيما يخص المتعاقد، مثل الكفاية المالية والقدرة وحسن السمعة والخبرة إلى آخر هذه الاعتبارات، وكذلك يجب على الإدارة مراعاة ذلك

---

(112) شحادة ، موسى مصطفى، (2006)، حقوق وسلطة الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة كلية الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، العدد (2) ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص 166.

(1) السنهورى، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 53.

(114) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص 395.

عند التنفيذ أيضًا لذلك فإن الاعتبار الشخصي في مثل هذه العقود مهمة جدًا[115]. فالصفات الشخصية للمقاول التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل سمعة المقاول وحسن الخلق والمعاملة[116].

ومن الجدير بالذكر أن الاعتداد بشخصية المتعاقد في مثل هذه العقود لا يقتصر على وقت انعقاد العقد حسب بل يمتد هذا الاعتداد كذلك إلى تنفيذ العقد، فالعقد يعتمد في انعقاده وتنفيذه على شخصية العاقد، وشخصية المتعاقد في هذا النوع من العقود تكون هي الباعث الدافع إلى التعاقد[117].

ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل أو التعاقد مع الباطن مع الغير إلا ضمن ضوابط معينة، ويجب أن يكون بموافقة تحريرية مسبقة مع الإدارة، كما لا يجوز للمتعاقد إحلال الغير في جميع الأعمال، وإنما على جزء منها تبعًا لموافقة الإدارة. [118]

وبناءً على ما تقدم إذا ما قام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن العقد للغير ، أو تعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة فقد ارتكب خطأ عقديًا يبرر للإدارة فرض الجزاءات عليه، إضافة إلى أن المتعاقد الأصلي يكون مسئولاً عن أخطاء المتعاقد من الباطن[119].

---

(115) مبارك ، سعد عبدالكريم ،( 1990) ، مسئولية المقاول الثانوي وفقًا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، بغداد، ص 54.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، ( ) ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، مرجع سابق، ف 147، ص 258.

(117) مرقس ، سليمان ، (1998)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص363- 364.

(118) الجبوري ، محمود خلف، (2010)، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ص 164.

(119) الحلفي ، هشام محمد محمود ،( 2017) ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد 23، العدد 97، ص 972.

في عقد المقاولة إذا اقترن اشتراط منع المقاول من المقاولة من الباطن –خروجًا على الأصل، الذى يبيح المقاولة من الباطن[120]– بظروف لا تدع مجالاً للشك على اعتداد رب العمل باعتبارات شخصية معينة تتعلق بشخص المقاول.

3) تأخر المتعاقد عن تنفيذ العقد في المدة المحددة:

من المقرر أن التزام المتعاقد مع الإدارة باحترام مدة التنفيذ التزام جوهري، فإذا أخل في هذا الالتزام فإن ذلك يؤثر على سير المرفق العام وانتظامه ، ومن ثم تتم مواجهة المتعاقد بجزاءات غالبًا ما تكون مالية ينص عليها في بنود العقد، فإذا خلا العقد من هذه البنود فللإدارة الرجوع على المتعاقد بالتعويض وفقا للمسئولية العقدية[121].

وعلى ذلك نصت المادة 91 من القرار الوزاري رقم 20 الصادر بتاريخ 2000/2/22 بشأن عقد الإدارة في الإمارات على أنه "يجب على المقاول أن ينهي جميع الأعمال الواردة في العقد طبقًا للشروط تمامًا، وفي الميعاد المحدد فيه، فإذا تأخر عن إنجاز الأعمال في الميعاد المحدد فرض عليه غرامة تأخير ...."

وتبدأ مدة التنفيذ من التاريخ المحدد بالعقد إذ لم ينص العقد على تاريخ محدد للبدء في التنفيذ فتحسب من تاريخ إعلانه، أما في عقود الأشغال فتبدأ مدة التنفيذ من تاريخ التصديق على العقد من

---

(1) جمعة ، وليد فاروق ،( 2000) ، حماية المقاول من الباطن في إطار عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ، ص3، عبد القادر ، أشرف عبد العظيم ،( 2007) ، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص3-5.

(121) خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم ،( 2004) ، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ، ص 273.

قبل السلطة المختصة، وتتحمل الإدارة المسؤولية إذا لم تصدر الأمر بالتنفيذ، وقد جرت العادة بأن مدة الإنجاز تكون محددة ضمن بنود الصفقة من خلال مادة تتضمن مدة الإنجاز[122].

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالإدارة

تتمثل الشـــروط التي تقع على عاتق الإدارة لفرض الجزاءات مع المتعاقد معها إذا أخل بواجباته فيما يلي:

1) شرط يتعلق بضرورة إنذار المتعاقد:

يتوجب على الإدارة إنذار المتعاقد قبل فرض الجزاء بحقه وهذا مسلم به بالنسبة لبعض الجزاءات مثل جزاء غرامة التأخير وأعذار المتعاقد مع الإدارة في حال اقترافه لخطأ ما يعد ضـرورة لا غنى عنها كونه ينبه المتعاقد إلى ضرورة تفادي الخطأ ويجعله ينفذ التزاماته التعاقدية على أحسن وجه ممكن مما يخدم حسن ســـير المرفق العام. وهذا الرأي يقول به البعض بضـــرورة إعذار المتعاقد مع الإدارة أو إخطاره أو إنذاره بخطئه، وذلك قبل توقيع الجزاء عليه[123].

ولكن لهذه القاعدة استثناءات ولعل من أبرزها وجود نص في العقد يسمح للإدارة بفرض الجزاء دون سابق إنذار، وأيضًا وجود ظروف خاصة ، في حال ما إذا يعطى ملحق العقد للمتعاقد مهلة إضافية فيعد الملحق نوعًا من الإنذار، وتعفى الإدارة من توجيه الإنذار وفقاً لطبيعة العقد كما هو الحال في عقود التوريد المواد لوحدات من الجيش ، ويمكن إعمال قاعدة الإنذار في دائرة جزاءات العقود الإدارية باعتبار أنها قواعد عامة[124].

---

(122) القاضي، وليد سعود فارس ، مرجع سابق، ص 16.

(123) الشرقاوي، سعاد ، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 62.

(124) الطماوي، سليمان محمد،، مرجع سابق، ص 506 وما بعدها.

وللإدارة أن توقيع الجزاء دون اشـــتراط الإنذار الســـابق إذا ما نص العقد على ذلك، أو كانت النصوص القانونية تبيح ذلك ، أو إذا اقتضت الظروف الاستعجال ، أو اقتضى طابع الضرورة، أو طبيعة موضوع العقد بتوقيع الجزاءات دون سابق إنذار(125).

وفي حكم للمحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات قضـــت بأن " غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة بغض النظر عن أي ضـرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصـول الإخلال بالوفاء بالالتزام دون حاجة إلى اعذاره باعتبار أن العقود الإدارية القائمة على أســاس فكرة المرافق العامة يتحقق الضــرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المنتفعين من الفائدة المتوخاة".(126)

2) مراعاة قواعد المشروعية:

قررت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات " بأنه من المقرر في الفقه والقضـــاء إلى أنه إن كان لجهة الإدارة إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصـالح العام يقتضـي ذلك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، فإنه يجب أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشـروط اللازمة لمشروعية أعمالها المبنية في سلطتها التقديرية"(127).

فيجب أن يكون القرار الخاص بتوقيع الجزاء وفق الإجراءات والأشـــكال التي يحددها العقد أو القانون المنظم للعلاقة بين الإدارة والمتعاقد، كما يجب أن يصـــدر من الجهة التي أبرمت العقد بحســـب الأصل ، أو جهة أخرى في حال ورود نص في العقد يبين ذلك(128).

---

(125) عبدالقادر، دراجي ، مرجع سابق، ص 95.

(126) المحكمة الاتحادية العليا – الطعنين 123،86 مدني الصادر بتاريخ 1992/2/25.

(127) المحكمة الاتحادية العليا – الطعن رقم 32 لسنة 2012 إداري، بتاريخ 2012/4/11.

(128) العبادي ، ذنون ســـليمان يونس (2015)، مظاهر الســـلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة ، ص 446.

لذلك فإن رقابة القضـــاء الإداري هي من قبيل القضـــاء الكامل. فجميع المنازعات التي تتعلق بالجزاء ينظر فيها قاضـي العقد فتمتد رقابته إلى رقابة مشـروعية القرار سـواء من حيث الشـكل أو مخالفة القانون أو الاختصـاص أو إساءة استعمال السلطة وتشـمل كذلك رقابة ملائمة القرار فتبحث في إثبات الجزاء ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ المرتكب[129].

3) حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه:

إذا كان على الإدارة عند إصـدار قرارها بإيقاع الجزاء متوافقًا مع مبدأ المشـروعية، فيجوز أيضًـا للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء المختص للطعن في صحة قرار الإدارة، بإثبات عدم مشروعية القرار مثل أن ينفي وقوع تأخير من جانبه، أو عدم اختصاص من أصدر القرار، ولكن لا يجوز له إقامة طعن على عدم حدوث ضرر[130] .

فحق الدفاع شـرط مهم وضـمانة يتمتع بها المتعاقد، وهذا الحق نابع من فلسـفة مؤداها رفض توقيع الجزاء ما لم يسـبقه تحقيق، فلذلك يضـمن هذا المبدأ للمتعاقد الرد على التهم الموجهة إليه وإثبات ذلك بشتى طرق الإثبات من شهود أو وثائق أو مستندات أو ردود شفوية، وفي ذات الوقت على الإدارة أن تقوم ببيان الأخطاء المنسـوبة للمتعاقد معها، وفي حال تجاهل هذا البيان عد الجزاء باطلاً. وعلى المتعاقد مع الإدارة الالتزام في استخدام حق الدفاع حدود معينة ، كأن يتم تحديد فترة زمنية معينة للمتعاقد

(129) الشـلماني ، حمد محمد حمد (2015) ، امتيازات السـلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسـكندرية ، ص 174 وما بعدها.

(130) حمامدة ، أشـرف محمد ،( 2018) ، الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السـعودي، مجلة المنار للبحوث والدراسـات القانونية والسياسية، العدد السادس، سبتمبر ، ص 54-55.

يقوم بالدفاع عن نفسه خلالها، وإذا لم يقم بذلك فإن حقه يسقط، وإذا رفض الدفاع عن نفسه فإنه يكون بذلك قد تنازل عن حقه [131].

فيجب أن يكون القرار الخاص بتوقيع الجزاء وفق الإجراءات والأشكال التي يحددها العقد أو القانون المنظم للعلاقة بين الإدارة والمتعاقد، كما يجب أن يصدر من الجهة التي أبرمت العقد بحسب الأصل، أو جهة أخرى في حال ورود نص في العقد يبين ذلك[132].

لذلك فإن رقابة القضاء الإداري هي من قبيل القضاء الكامل. فجميع المنازعات التي تتعلق بالجزاء ينظر فيها قاضي العقد فتمتد رقابته إلى رقابة مشروعية القرار سواء من حيث الشكل أو مخالفة القانون أو الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة وتشمل كذلك رقابة ملائمة القرار فتبحث في إثبات الجزاء ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ المرتكب[133].

3) حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه:

إذا كان على الإدارة عند إصدار قرارها بإيقاع الجزاء متوافقًا مع مبدأ المشروعية، فيجوز أيضًا للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء المختص للطعن في صحة قرار الإدارة، بإثبات عدم مشروعية القرار مثل أن ينفي وقوع تأخير من جانبه، أو عدم اختصاص من أصدر القرار، ولكن لا يجوز له إقامة طعن على عدم حدوث ضرر[134] .

---

(131) القاضي، وليد سعود فارس ، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

(132) العبادي، ذنون سليمان يونس (2015)، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص 446.

(133) الشلماني، حمد محمد حمد (2015)، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 174 وما بعدها.

(134) حمامدة ، أشرف محمد، (2018)، الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، سبتمبر، ص 54-55.

فحق الدفاع شـــرط مهم وضـــمانة يتمتع بها المتعاقد، وهذا الحق نابع من فلســـفة مؤداها رفض توقيع الجزاء ما لم يســـبقه تحقيق، فلذلك يضـــمن هذا المبدأ للمتعاقد الرد على التهم الموجهة إليه وإثبات ذلك بشتى طرق الإثبات من شهود أو وثائق أو مستندات أو ردود شفوية، وفي ذات الوقت على الإدارة أن تقوم ببيان الأخطاء المنســـوبة للمتعاقد معها، وفي حال تجاهل هذا البيان عد الجزاء باطلاً. وعلى المتعاقد مع الإدارة الالتزام في استخدام حق الدفاع حدود معينة، كأن يتم تحديد فترة زمنية معينة للمتعاقد يقوم بالدفاع عن نفســـه خلالها، وإذا لم يقم بذلك فإن حقه يســـقط، وإذا رفض الدفاع عن نفســـه فإنه يكون بذلك قد تنازل عن حقه (135).

الخلاصة

تتمتع الإدارة بامتيازات اســـتثنائية تخول لها الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، وهي بذلك تتوفر على وسيلتين قانونيتين. تتمثل الأولى التصـرفات الانفرادية بإرادتها المنفردة من خلال قراراتها الإدارية والثانية في مباشـــرتها لأعمالها بواســـطة العقود الإدارية التي تتعاقد فيها مع الأشـــخاص المعنوية الخاصة. وهنا تكون للإدارة اليد العليا في فرض سلطتها بواسطة الإشراف والرقابة الإدارية، وسلطتها في تعديل بنود العقد، وفرد الجزاءات على المتعاقدين المقصرين معها.

فمن خصـــائص الإدارة في العقود الإدارية الحق في توقيع الجزاء على المتعاقد معها بنفســـها أو بإرادتها المنفردة، وهي تتمتع بهذه الخاصـــية حتى ولو لم ينص العقد على ذلك. غير أنها لا بد وأن تراعي بل وتلتزم بإخطار ذلك المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، وهذا لا يخول لذلك المتعاقد الوقوف أمام ســـلطة الإدارة في توقيع الجزاء.

(135) القاضي، وليد سعود فارس، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

لكن لابد أن تتوفر مجموعة من الشـــروط لتوقع الإدارة الجزاء على المتعاقد وهي أن يخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته، أو عدم التزام المتعاقد من تنفيذ العقد شخصيا، أو تأخره في تنفيذ العقد في المدة المحددة والمتفق عليها.

إن هذه الصـــلاحيات والخصـــائص لا تعفي القضـــاء من بســـط رقابته على الإدارة في توقيع الجزاءات، ولا تمنع المتعاقد مع الإدارة من سلوك مسطرة التظلم الإداري أو الطعن القضائي.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA