مصادرة التأمينات النهائية في نطاق تنفيذ العقد الإداري

"دراسة مقارنة "

إعداد طالبة الدكتوراة إشراف الأستاذ

منار غسان مرهج الدكتور عمار التركاوي

قسم القانون العام– العلوم الإدارية والمالية

كلية الحقوق _ جامعة دمشق

ملخص البحث

إن أي إخلال من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام يعد بدوره إخلالا جسيما بالمرفق محل العقد، قد تنتج عنه اضطرابات اقتصادية واجتماعية بالغة الخطورة، بما يحتم على المشرع التدخل في مثل هذه الحالة لإيجاد وتوفير الضمانات الضرورية واللازمة لمعالجة مثل هذا الخلل الذي قد يقع فيها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد وزجره عنها، بتخويل جهة الإدارة سلطة فرض عقوبات عليه، تتناسب طبيعتها مع طبيعة وحجم التقصير أو الخطأ الذي قد يقع فيه المتعاقد ويعد جزاء مصادرة التأمين النهائي إحدى أهم الجزاءات المالية التي تستطيع الإدارة توقيعها على كل متعاقد نأكل عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، تهدف من خلال إيقاع هذا الجزاء على إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية بالكفاءة المطلوبة .

الكلمات المفتاحية : مصادرة التأمينات النهائية– تنفيذ العقد الإداري – التعويض

Confiscation of the final insurance within the execution of the administrative contract

"Comparative Study"

Prepared by: Manar Merhj Supervisor by: Dr Ammar Altrkawe

Abstract

Any breach on the part of the contractor in the management of the public facility is in turn a serious breach of the facility, the subject of the contract, which may result in very serious economic and social disturbances, which necessitates the legislator to intervene in such a case to find and provide the necessary and necessary guarantees to remedy such defects in which the contractor may fall With the administration during the implementation of the contract and its reprieve from it, by authorizing the administration authority to impose penalties on it, the nature of which is commensurate with the nature and size of the default or error that the contractor may fall into. By inflicting this penalty, it aims to force the contractor with the management to implement his contractual obligations with the required efficiency.

Key words: Final insurance confiscation – Implementation of administrative contract – compensation

❖ **المقدمة :**

تتمتع الإدارة كطرف في العقد الإداري بسلطات فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته العقدية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء مبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام وتأمين تسير المرفق العام بشكل كامل ومستمر، وليس فقط من أجل قمع المخالفة التعاقدية ،الأصل أن الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية يترتب عليه جزاء عن هذا الإخلال ذلك أن العقد يجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه من التزامات وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، بالتالي اخلال المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فيعرضه لجزاءات متنوعة ، ومن أبرز الجزاءات المالية التي تقوم الإدارة بفرضها بالإرادة المنفردة مصادرة التأمينات النهائية فهي تمثل المبلغ المالي المودع لدى الجهة الإدارية من قبل المتعاقد عند إبرامه للعقد لإثبات جديته في التعاقد ومواجهه لما قد يصدر عنه من إخلالات أثناء تنفيذ العقد ، فيحق للإدارة مصادرتها إذا أخل المتعاقد بالتزاماته سواء امتنع أو تأخر عن التنفيذ أو نفذ التزاماته بصورة غير مرضية .

❖ **إشكالية البحث :**

إن غاية الإدارة من فرض الجزاءات بحق المتعاقدين هي تحقيق الصالح العام وضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد بالتالي تثور تساؤلات حول مدى جدوى مصادرة التأمين النهائي لإرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية ؟هل تعد مصادرة التأمينات النهائية من الجزاءات الكافية للإدارة لاستخدامها في مواجهة المتعاقد الناكل بتنفيذ التزاماته ؟وبيان مدى إمكانية الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات النهائية و جزاء التعويض ؟

❖ **أهمية البحث :**

إن فرض جزاء التأمينات النهائية هو من أجل المحافظة على المال العام من الهدر الذي ينتج عن إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، كما تجعل المتعاقد مع الإدارة أكثر حرصاً على تنفيذ التزاماته التعاقدية بالكفاءة المطلوبة .

❖ **أهداف البحث :**

إن هدف الإدارة من تطبيق جزاء مصادرة التأمينات النهائية يرجع أساساً إلى ضمان استمرار سير المرفق العام ، وهي من الجزاءات المالية التي تفرضها الجهة الإدارية على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، وكضمانة لحسن تنفيذ العقد ودون الحاجة إلى وقوع ضرر ، وتهدف هذه الدراسة إلى التعريف بمصادرة التأمينات النهائية كوسيلة للضغط على المتعاقد معها للقيام بالتزاماته التعاقدية بالكفاءة المطلوبة ، لذا سنحاول من خلال هذا البحث أن نبين عدة أهداف بالتعرف على المفهوم القانوني لجزائي مصادرة التأمين ،وجواز الجمع بينها وبين جزاء اقتطاع التعويض في آن واحد من عدمه، كإحدى أبرز أنوع الجزاءات المالية التي تستطيع الإدارة توقيعهما على كل متعاقد يخل أو يقصر في تنفيذ التزاماته العقدية.

❖ **منهج البحث :**

المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج التحليلي الوصفي وفق قانون العقود السوري والمقارن مع قانون التعاقدات المصري الجديد مع إجراء دراسة تحليلية لبعض النصوص التشريعية الناظمة لكل من جزائي مصادرة التأمين والتعويض ، مقارنين ذلك مع بعض الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية التي جاءت بخصوص هذا الشأن .

❖ **خطة البحث :**

المبحث الأول : المفهوم القانوني لجزاء مصادرة التأمينات النهائية.

المطلب الأول :الطبيعة القانونية للتأمينات النهائية وخصائصها

المطلب الثاني :كيفية اداءالتأمينات النهائية وآثار عدم تسديدها

المبحث الثاني : جواز الجمع بين مصادرة التأمينات النهائية وجزاء التعويض .

المطلب الأول : مؤيدات تعويض العطل والضرر

المطلب الثاني : إمكانية الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات والتعويض

المبحث الأول

المفهوم القانوني لجزاء مصادرة التأمينات النهائية

تحرص جهة الإدارة ومنذ اللحظة الأولى لإبرام العقد على منح المناقصة للمتعاقد الكفؤ الذي تراه مقتدرًاً ماليًّاً ،والتأمينات باعتبارها مبالغ مالية تودع لجهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره وطبقا لذلك، يعد جزاء مصادرة التأمين أو كفالة حسن التنفيذ ، إحدى أبرز الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة أثناء مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وأكثرها شيوعاً بعد غرامات التأخير التي تفرض على المتعاقد المتأخر بتنفيذ العقد، كما أنه من بين الجزاءات التي تتخذ طابعًا نقدِيًا، والتي ينظر إليها على أنها ضمانة لصالح جهة الإدارة ضد الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد والتي تستطيع فرضها دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي أو حدوث ضرر [1].

سنعالج ضمن هذا المبحث كلاً من المفهوم القانوني لجزاء مصادرة التأمين وطبيعته القانونية وأهم الخصائص التي تميزه عن غيره من الجزاءات المالية الأخرى وصولا إلى الطريقة أو الكيفية التي يتم تحصيله بها وآثار عدم تسديدها وفق ما يلي :

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتأمينات النهائية وخصائصها

[1] – الحمادي ،مآل الله جعفر عبد الملك ، ضمانات العقد الإداري (الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري / المناقصة العامة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009، ص 255 .

سنقوم بدراسة المفهوم الجزائي لمصادرة التأمينات النهائية والطبيعة القانونية والخصائص المميزة لهذا الجزاء ، وصولاً إلى صور أداءها وكيفية ردها .

الفرع الأولى

مفهوم جزاء مصادرة التأمين

أولاً : تعريف جزاء مصادرة التأمين

يعرف البعض هذا الجزاء بأنه ضمان للإدارة تجاه المتعاقد معها من أجل تنفيذ ماالتزم به بالعقد الإداري فهو نهائي لأن المتعاقد يلزم به بعد رسو العطاء عليه، كضمان لحسن التنفيذ.[2]

وكمايُعرَّف على أنه :" ضمان لجهة الإدارة تتوقى به أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"[3].

كما يعرفه البعض الآخر على أنه :" استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد" [4].

بالتالي نعرف جزاء مصادرة التأمين التهائي بأنها مبالغ مالية يتم إيداعها لدى الإدارة ضماناً للأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته في العقد الإداري وتسمى كفالة حسن الأداء أو ضمان حسن التنفيذ وهذه الضمان يودعها المتعاقد مع الإدارة لمواجهة مسؤولياته الناتجة عن تقصيره وخطئه .

---

[2] د. مرعي ،محمد حسن ، الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة "، المركز العربي لنشر ، القاهرة ، 2018، ص ص 118.

[3] عياد،أحمد عثمان ،مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1973 ، ص 349

[4] النابلسي ، نصري منصور ،العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2010، الطبعة الأولى ، ص 213 .

فالتأمين النهائي يعتبر ضماناً لجهة الإدارة من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد حين يباشر تنفيذ العقد ،ولا يكون هذا الضمان حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص على ذلك في شروط العقد.

ومن هذه التعاريف يتبين لنا أن اقتطاع التأمين النهائي يحقق أهدافاً عديدة منها:

1) فهو يضمن ملاءة المتعاقد مع الإدارة ، حيث إنه يثبت الوفر الموجود في خزينته، أو يثبت أن ائتمانه جيد .
2) وهو يضمن نية المتعاقد في تنفيذ العقد ، وفي حال ولم يقم بالتنفيذ، فإن هذا التأمين يجب أن يصادر لصالح خزينة الإدارة.
3) إذا كان التأمين المؤقت يضمن نية العارض في تنفيذ العقد فيما لو تم الإرساء عليه، فإنه لا يضمن التنفيذ الجيد للعقد، لأن هذا الدور يضطلع به التأمين النهائي[5].

ثانياً: نسبة أو قيمة التأمين

في مصر نصت المادة/ 40/ من قانون التعاقدات الجديد رقم/ 182/لعام 2018 على تحدد نسبة التأمين النهائي لكل حالة على حدى على صاحب العطاء الفائز أن يؤدي التأمين النهائي بالنسب وخلال المدة بالأحكام المبينة كما يلي :1- عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقى الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية ، خلال عشرة أيام عمل بنسبة (٥ %)من قيمة العقد تبدأ من اليوم التالى لإخطاره بقبول عطائها ، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوم عمل ، ويتم الإخطار بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد ، معه تعزيزه في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال ، ويجوز بمراقبة السلطة المختصة منح مهلة إضافية الأداء بما لا يجاوز عشرة أيام عمل . وفي حالات التعاقد بالاتفاق المباشر والتي تتطلب بحسب طبيعتها ضمان المتعاقد السلامة محل التعاقد ، فبحجز ما يعادل نسية 5%من مستحقاته .ولا يحصل من صاحب العطاء الفائز

[5]د. نوح مهند، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص570.

التأمين النهائي إذا ورد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية بصفة نهائية خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي وذلك إذا لم يكن لهذه الأصناف مدة ضمانات ، أما في الحالات التي تتطلب المتعاقد للامة محل العقد فيتم خصم نسبة (5%) من مستحقانه – عمليات شراء العقارات : تحجز نسبة(3%) من الثمن ، وترد إلى البائع فور التسجيل أو مضي عام من تاريخ تسليم العقار للجهة الإدارية أيهما أبعد لمواجهة إصلاح أي عيوب قد تظهر خلال هذه المدة3–حالات بيع المنقولات ، يجب على من ترسو عليه المزايدة أن يسدد نسبة (3 %) من قيمة ماترسو عليه فور الرسو 4–عمليات بيع العقارات والمشروعات : يجب على من ترسو عليه المزايدة أن يسدد نسبة (10 %) من قيمة مارسى عليه فور الرسو . 5–في حالة تأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات من يرسو عليه المزاد في العقود التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات أن يقدم نصب نهائيا بما يعادل (١٠ %) من القيمة الكلية الراسي بها المزاد عن مدة العقد ب تقديمه بواقع (١٠ %) من قيمة العقد عن الثلاث سنوات الأولى ، ويجدد هذا التأمين قيل بداية الثلاث سنوات التالية أو الفترة المتبقية من العقد أيهما أقل ، وذلك بمراعاة الزيادة السنوية في قيمة التعاقد المنصوص عليها بالعقد .

نلاحظ أن المشرع المصري كان مرناً بالتعديل الجديد ولم يضع نسبة واحدة ومحددة لتأمين النهائي لكافة التعاقدات حيث كانت في القانون القديم محددة بنسبة معينة وحدد نسبة التأمين وفق اعتبارات اقتصادية حسب طبيعة الشئ المراد التعاقد عليه أو موضوع العقد.

أما في سوريا فقد حدد المشرع نسبة التأمينات النهائية بـ (10%) من قيمة العقد وذلك وفق نص المادة /46/ من القانون 51 لعام 2004 فقد نصت المادة /48/ من القانون 51 لعام 2004:"على المتعهد المرشح تقديم التأمينات النهائية خلال مدة تحدد في دفتر الشروط الخاصة على ألا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه خطياً إحالة التعهد عليه وقبل توقيع العقد. ويمكن اعتبار التأمينات المؤقتة المقدمة تأمينات نهائية إذا قام المتعهد خلال المدة الآنفة الذكر بتسديد الفرق بين التأمينين فيما إذا كانت التأمينات المؤقتة أقل من التأمينات النهائية".

ويلاحظ أنه إذا كانت مصلحة الإدارة تفترض تقديم تأمين مرتفع قدر الإمكان، فإن مصلحة المتعاقد تتناقض مع هذه المصلحة الإدارية، لأن تقديم تأمين مرتفع القيمة سوف يؤدي إلى تجميد قسم هام من رأس المال المعتمد للعملية، مما يدفع المتعاقد إلى عكس النتائج الاقتصادية لهذا التجميد على التنفيذ ، كما أن المغالاة في التأمين قد تقود في بعض الأحيان إلى إحجام المشروعات والشركات الصغيرة عن الدخول إلى العملية التعاقدية مما ينعكس سلباً على مستوى المنافسة المطلوب من جهة، ويؤدي إلى منح المشاريع الكبيرة أفضليات غير مباشرة، تشكل في حد ذاتها خرقاً لمبدأ المنافسة الحرة من جهة أخرى.

ثالثاً تخفيض نسبة التأمين والإعفاء منه:

أجاز المشرع السوري في القانون /51/ لعام 2004 بموجب المادة /46/ إنقاص نسبة التأمينات المؤقتة والنهائية وكذلك الإعفاء منها حيث نص:

"1- يجوز لآمر الصرف إنقاص التأمينات المؤقتة والنهائية شريطة أن يذكر ذلك في دفتر الشروط والإعلان.

2- يجوز لآمر الصرف الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية في عقود توريد قطع التبديل وعقود أعمال الصيانة.

3- يجوز بموافقة مسبقة من الوزير الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية في الحالات الخاصة التي تقتضي طبيعتها ذلك".

ونلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع منح سلطة إنقاص التأمينات المؤقتة والنهاية لآمر الصرف، كما سمح له الإعفاء فقط في حالتين عقود توريد قطع التبديل وعقود أعمال الصيانة.

وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حيث أجاز للوزير بالنسبة للجهة العامة التابعة لوزارته الإعفاء من التأمينات في بعض الحالات الخاصة التي تقتضي طبيعتها الإعفاء، وذلك وفق السلطة التقديرية الممنوحة للوزير [6].

أما في مصر كان القانون /182/ ولائحته التنفيذية متشدداً في مجال الإعفاء من التأمينات النهائية ،[7] حيث لا مجال لإعفاء أي جهة كانت من تقديم هذا التأمين.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتأمينات النهائية وخصائصها

إن الغرض الأساسي من التأمينات في العقود الإدارية هو ضمان إنضباط المتعاقد مع الإدارة في أداء التزاماته التعاقدية ، كما وردت في شروط العقد ، ويتطلب استكمال الإدارة هذه السلطة وجوب تحقيق سبب استحقاقها إخلال أو تأخر في تنفيذ العقد الإدارية ومن ثم صدور قرار بمصادرتها ويعد هذا القرار افصاح لنية الإدارة بتوقيع هذا الجزاء وترجع هذه السلطة إلى حق الادارة في التنفيذ المباشر دون حاجة إلي حكم قضائي إذا كان مبلغ التأمين قد دفع مقدما ، وإن لم يكن كذلك فلادارة ان تطالب به أو ما تبقى منه ودياً او قضائياً وفي كل الأحوال يحق لجهة الإدارة أن تخصم ما تستحقه من أية مبالغ مستحقة ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدي أي جهة إدارية أخرى [8]، وأن الإدارة تقوم بتوقيع هذا الجزاء من غير الحاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد لحق بها بسبب التقصير الذي

---

[6] كما نصت المادة (45) من القانون رقم 2 لعام 2005الخاص بالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة على أنه:تعفى المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة التابعة لها من تقديم الضمانات والكفالات للإدارات والمؤسسات العامة والبلديات وجميع الهيئات والشركات العامة والمنشآت العامة التابعة للقطاع العام،وذلك بالنسبة للمناقصات التي تشترك بها والعقود التي تجريها أو التعهدات التي تنفذها.

[7] في قانون التعاقدات المصري القديم رقم /89/ لعام 1998، النهائي نصت المادة /19/ ن القانون ذاته على أنه:"لا يؤدى التأمين النهائي إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي رسا عليه توريدها وقبلته الجهة الإدارية نهائياً خلال المدة المحددة لأداء التأمين النهائي". أي أن يصبح التأمين النهائي لا لزوم له بعد تمام التوريد

[8] د. مرعي ،محمد حسن ، الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سبق ذكره ص 176

استدعى الجزاء ، إذ إن من المسلم به أن للإدارة الحق في مصادرة التامين عند وقوع الإخلال دون الحاجة لإثبات الضرر لا لأن هذا الركن غير مشترط أساساً ، بل لأنه ركن مفترض في كل عقد إداري غير قابل لإثبات العكس ، و بغير انتظار الحكم القضاء مما يميز جزاء مصادرة التأمين في مجال عقود القانون العام كنوع من التعويض الاتفاقي المقدر سلفاً بإتفاق الطرفين ودائما يستمر مع مقتضيات دوام سير المرافق العامة ، الأمر الذي يجعله مختلفا عن التعويض الإتفاقي في القانون المدني و بهذا الصفه تتفق مصادرة التامين تماما مع الغرامات التأخيرية [9].

اختلف الفقه الإداري في التكيف والطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات وفيما إذا كان من الضروري إدراج هذا الجزاء في العقد المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد ، [10] والسؤال الذي يثار بهذا الخصوص حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين وهل يعد تعويضاً اتفاقياً أم تختلف عنه؟ ان مصادرة التأمين عبارة عن شرط جزائي متفق عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ويختلف عن التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني وذلك لأن الإدارة تستطيع فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء ودون اثبات الضرر منها وبذلك تتشابه مع الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الإدارية وكل منهما فكرة قائمة بذاتها وهذا السبب الذي دفع القضاء الإداري إلى إعطاء الحق

---

[9] فكرة المرفق العام كأساس للغرامة التاخيرية من الفقه بإمكانية الإدارة توقيع الغرامة التأخيرية دون وساطة القاضي الإداري بحيث أنها من النتائج التي تترتب على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ، نظرا للصلة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة ، وأن الإدارة من حقها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزامه ومن أهمها فرض الغرامة التأخيرية لضمان تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام واستبعاد الخلل الذي يكون قد لحقه وأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الغرامة التأخيرية تكمن في فكرة السلطة العامة كلما أخل المتعاقد بالتزاماته ودون اللجوء إلى القضاء غير أن فكرة السلطة العامة لا يجب أن تستعملها الإدارة كوسيلة استبداد وتعسف وإنما يجب أن تكون وسيلة لتحقيق الخدمات التي تؤديها مأخوذ عن (1) Vedel (GEORGE) .Droit Administratif , 5ème édition , Presses universitaires de France , Paris , 1973 , P : 251 . (2) Chinot (Rene) . Le privilège d'exécution d'office de l'administration , Thèse , 1945 , P : 48 cl suiv

[10] – د. خليف ،عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، 2005،ص273

للإدارة في جواز الجمع بينهما[11] وتأسيساً على ما تقدم يتضح لنا بان مصادرة التأمين يعد احد الجزاءات المالية التي تملكها الادارة تجاه المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد ، ولا يعد تعويضاً وهذا ما اكده الفقه الفرنسي بوصفه أحد الجزاءات التي تملكها الادارة دون اللجوء الى القضاء[12] ويتطلب استعمال الادارة لهذه السلطة وجوب صدور قرار بالمصادرة ويعد هذا القرار إفصاحاً عن نية الادارة في توقيع هذا الجزاء، وترجع هذه السلطة إلى سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر وان الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد وهذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في1963/4/27 الذي تذهب فيه الى ((للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم القضاء))

موقف المحكمة الإدارية العليا المصرية في الموضوع إذ ذهبت في حكمها الصادر في /22 4 /1961 إلى أن (التكييف القانوني للتامين ... هو شرط جزائي يحدد مقدمة باتفاق الطرفين على قيمة التعويض عند الإخلال بشروط التعاقد) يتضح من حكم المحكمة إنها كيفت مصادرة التأمينات على أنها شرط جزائي يتفق عليه مقدما ليتضح أن مصادرة التأمين جراء ذو طبيعة اتفاقية ومن جانبنا نؤيد هذا الموقف ونرى أن مصادرة التأمينات عبارة عن شرط جزائي متفق عليه في العقد مقابل عدم إخلال المتعاقد بالتزامانه التعاقدية ، ذلك أن للإتفاقية أثر واضحة بالنسبة لسلطة الإدارة يتمثل في إمكانيتها من مصادرة التأمينات مباشرة و بتلها دون الحاجة لانتظار حكم قضائي .

أما في حالة عدم النص عليها مسبقا فإنه يتعين على جهة الإدارة اتخاذ إجراء بإيقاع جزاء التعويض على المتعاقد وكما هو معلوم إلى فرض جراء التعويض لا يكون إلا باستيفاء شروطه المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ووجوبا اللجوء إلى القضاء

---

[11] د. الجبوري ،محمود خلف ، العقود الادارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998ص126 .

(12)De Laubadère (ANDRE), Franck Moderne et Pierre Delvolvé. Traité des Contrats Administratifs, lome 2, 2ème édition, L.G.D.), 1984, De ،p136

لاستحصاله ونود أن نشير هنا إلى أن الأثر السابق للاتفاقية يدعم غرامة التأخير [13]، إذ تستطيع جهة الإدارة أن تصادر التأمين اقتضاء للغرامات التأخيرية في حالة تأخر المتعاقد عن التنفيد في المواعيد المحددة طبقا للاتفاقية ودون انتظار حكم قضائي ، ومن ثم فإن الاتفاقية يظهر أثرها ايضا في الحفاظ على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد إذ يظهر ذلك في أن جهة الإدارة تستطيع أن تتقطع ماتشاء من مقدار التأمين الذي تم إيداعه لديها مقدما إذا ما تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته وبشكل سريع يلبي حاجة المرفق [14].

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 1219 بتاريخ 1965/1/2 بأن " التأمين هو ضمان لجهة الإدارة تتوخى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري وضمان ملاءته لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره" ، كما أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض لاختلاف الأساس القانوني بينهما فالمصادرة جزاء يوقع على المتعاقد دون أن يحصل ضرر أما التعويض فأساس الحصول عليه هو إثبات الضرر الواقع على الإدارة.

نجد أن مصادرة التأمينات تعد شرط جزائي من شروط العقد الإداري، حيث جرى العرف على أن يتم النص عليه مسبق في العقد، وتتم المصادرة بقرار منفرد من الإدارة عن طريق التنفيذ المباشر دون الحاجة للجوء للقضاء ، لأن حق الإدارة في المصادرة مفترض وثابت سواء نص عليه في العقد أو لم يتم النص عليه، وعلى ذلك يجب على الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي تزيد عن مبلغ التأمين، إذ أن مصادرة التأمين لا يغني المتعاقد عن سداد ما يزيد من مبالغ نتيجة الضرر الواقع على الإدارة.

الفرع الثالث

[13] خضير ،محمود خليل ، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991، ص23

[14] – الهاشمي، رشا محمد جعفر ،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2010، ط 01 ، ص 31 .

خصائص جزاء مصادرة التأمينات النهائي

يتميز هذا النوع من الجزاءات عن غيره من الجزاءات المالية الأخرى بمجموعة من الخصائص يمكن أبرزها على النحو الآتي:

1- إن حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمينات يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط إيداع هذالضمان[15]

2- يكون تطبيق جزاء مصادرة التأمين كضمانة لمواجهة مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، في حين تطبق غرامة التأخير عادة لضمان ومواجهة أي تأخير قد يقع فيه المتعاقد بإجباره على تنفيذه في المواعيد المتفق عليها في العقد (ينصب جزاء مصادرة التأمين على محل العقد بينما جزاء توقيع غرامة التأخير ينصب على مدة التنفيذ)[16].

3- بإمكان الإدارة المتعاقدة وبناءً على سلطتها التقديرية أن لا تصادر الضمان في حالة ما ارتأت وعلى سبيل المثال لا الحصر أنه لم يلحقها ضرر ناجم عن إخلال المتعاقد معها بالتزاماته ، إلا أنه ليس باستطاعتها التنازل عنه مسبقا[17]،يتطلب جزاء مصادرة التأمينات لتوقيعه ضرورة صدور قرار اداري من جانب المصلحة المتعاقدة، ودون أن تكون هناك حاجة لتقرير من طرف القضاء[18].

4- تستطيع الإدارة مصادرة التأمين في حالة تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية من دون حاجة إلى نص [19]قانوني يخول لها ذلك تباشر الجهة الإدارية

---

[15]. الحلو،ماجد ارغب ،العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر ،2009، ص156.

[16] – النابلسي ،نصري منصور ، العقودالإرية (دراسة مقارنة)،المرجع سابق ذكه، ص 217.

[17] – عبد الحميد ، مفتاح خليفة ،المعيار المميز في العقود الإدارية، الإسكندرية، 2007، ص 204

[18]. الهاشمي،رشا محمد جعفر ،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010، ط 01 ، ص66-67.

[19] – عبد الحميد ،مفتاح خليفة ، مرجع سبق ذكره،ص 204.

جزاء مصادرة التأمينات حتى لو لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها ودون أن تكون ملزمة بإثبات هذاالضرر[20] ، حيث التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ، ولكنه لا يمثل الحد الأقصى [21].

المطلب الثاني
كيفية أداء التأمينات النهائية وآثار عدم تسديدها

سنتناول في هذا المطلب كيفية أو صور أداء التأمينات ، ثم نتكلم عن رد التأمين وآثار عدم تسديده وفق مايلي :

الفرع الأول
صور أداء التأمينات النهائية

تتعدد وتتنوع طرق أداء التأمينات، فقد كان المشرع المصري واضحاً ومرناً في تحديد كيفية أداء التأمينات حيث نص على أساليب عديدة:

1- يتم سداده بأية وسيلة يصدر بأنها قرار من وزير المالية ومنها وسائل الدفع الإلكتروني من خلال منظومة الدفع والتحصيل الإلكتروني

[20]. الشواربي ،عبد الحميد، العقود الإدارية في ضوء الفقه- القضاء- التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ،2003، ص41

[21] عثمان ، حسين عثمان ،محمد ،أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، دون سنة نشر ، ص 641 .

2-الدفع النقدي في خزينة الجهة الإدارية صاحبة العلاقة بموجب إجراء رسمي يُثبت رقمه وتاريخه في العطاء، وذلك دون أن تحسب فائدة على هذه المبالغ.[22]

3-خطاب الضمان[23]: يتم أداء التأمين النهائي بموجب خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المعرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغا يوازي التأمين المطلوب . وعندما يرد لإحدى الجهات الإدارية خطابات ضمان عن التأمين المستحق من أحد المصارف المرخص لها في إصدار خطابات الضمان أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقرارا على خطابات الضمان بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المحدد لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف في إصدارها فإذا تبين عند مراجعة الإخطارات لدى البنك المركزي أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة الإدارية فورا المطالبة المصرف بأن يؤدي إلبها في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان .

كما وتقبل خطابات الضمان من البنوك الخارجية بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المحلية المعتمدة على أن يتعهد المصرف المحلى بأن يدفع للجهة الإدارية مبلغا يوازى التأمين المطلوب وأنه ملتزم بأدائه بأكمله دون الالتفات إلى أي معارضة من صاحب العطاء.[24]

---

[22] المادة /82/ من اللائحة التنفيذية رقم /296/ لعام 2019لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون /182/لعام 2018.

[23] خطاب الضمان: هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله /الآمر/ بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة، ولا يتوقف على شرط آخر، وغالباً ما يكون ذلك لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من التعهد /خطاب الضمان/ متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو مشروع ويرجع البنك بعد ذلك على العميل بما دفعه عنه للمستفيد.

راجع: د. الطاس، هيثم خطابات الضمان، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الثالث، مطبوعات هيئة الموسوعة العربية، 2010، ط1، ص383.

[24] المادة /82/ من اللائحة التنفيذية رقم /296/ لعام 2019لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون /182/لعام 2018

4–المقاصة: يجوز لصاحب العطاء الفائز سداد التأمين النهائي خصما من مستحقاته الصالحة للصرف من عمليات أخرى في ذات الجهة الإدارية وفي الوقت المحدد للسداد ويكون التأمين النهائي ساريا لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك . كما يجوز بموافقة السلطة المختصة وبناء على طلب صاحب العطاء [25].

كما يمكن استبدال التأمين النهائي المسدد منه باحدى صور السداد الأخرى المنصوص عليها بهذه المادة بشرط ألا تنقطع مدة سريان التأمين وعدم الإخلال بمسؤوليته طبقا للغرض المقدم عنه التأمين.

أما في سوريا فقد نصت المادة /46/ من القانون 51 لعام 2004 الفقرة:

"هـ – يكون أداء التأمينات المؤقتة والنهائية إما نقداً يدفع في أحد صناديق الجهة العامة أو في حسابها المصرفي إن وجد أو كفالة أو حوالة مصرفية أو شيك مؤشر عليه بالقبول (شيك مصدق) من المصارف المقيمة المعتمدة من الجهات العامة المختصة في الجمهورية العربية السورية".

وعلى ذلك فقد تعددت صور أداء التأمينات، فهي إما أن تدفع نقداً إلى أحد صناديق الإدارة بموجب إيصال رسمي، يثبت عليه موضوع المناقصة وتاريخها والقيمة المدفوعة، والإدارات التي ليس لها صندوق يعتبر صندوق الخزينة العامة هو الصندوق الخاص بها.

ويمكن أن تدفع التأمينات المؤقتة أيضاً على شكل شيك مؤشر عليه بالقبول من قبل المصرف المسحوبة عليه لصالح الإدارة، ولا يشترط أن يكون صاحب الشيك هو صاحب العرض نفسه، طالما كان الشيك صادراً لأمر الإدارة المعنية، وبالتالي يمكن صرفه في أي وقت تشاء الإدارة [26]

كما نصت المادة /48/ من القانون 51 لعام 2004 على إمكانية استبدال التأمينات:

---

[25] المادة /82/ من اللائحة التنفيذية رقم /296/ لعام 2019لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون /182/لعام 2018

[26] د. الحسين محمد يوسف – د. نوح مهند ، العقود الإدارية ، منشورات جامعة دمشق ، 2012، ص166.

"وإذا كانت التأمينات المؤقتة قد قدمت بكفالة مصرفية فيجب استبدالها بكفالة جديدة تعادل قيمة التأمينات النهائية".

ومن الملاحظ بأن المشرع السوري لم يذكر حالة المقاصة الواردة في القانون المصري إذا كان للعارض أموال أو رصيد لدى الجهة العامة التابع لها العرض أو المناقصة، كما يلاحظ أن المشرع المصري قد أدخل إلى صور أداء التأمينات النهائية وسيلة الدفع الكتروني وهي من الوسائل المهمة والرائج والسريعة في الوقت الحالي .

الفرع الثاني

رد التأمين وآثار عدم تسديده

أولاً – رد التأمين:

في مصر التأمين النهائي الذي يقدمه صاحب العطاء المقبول فيجب الاحتفاظ به بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان ،وقد أوجب قانون التعاقدات المصري الجديد وبأن رد التأمين النهائي في الحالات المنصوص عليها بالقانون اللائحة التنفيذية بالوسيلة ذاتها التي تم أداؤه بها ، كما يجب أن تتضمن مستندات الطرح صور سداد ورد التأمين النهائي على وجه التحديد (27)، ويكون التأمين النهائى ضامنا لتنفيذ العقد ، وتم الاحتفاظ به إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقا للشروط (28).

ويكون التأمين التهانى ضامثا لتنفيذ العقد ، وبجب رده أو ما تبقى منه فور انتهاء مدة الضمان المحددة بالعقد بغير طلب خلال عشرة أيام عمل ما لم تعد مدة التعاقد ، والا التزمت الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي ، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك . وإذا تجاوزت قيمة التأمين

(27) المادة /82/ من اللائحة التنفيذية رقم /296/ لعام 2019لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون /182/لعام 2018

(28) المادة /82/ من اللائحة التنفيذية رقم /296/ لعام 2019لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون /182/لعام 2018

المؤقت التأمين النهائى وجب رد الزيادة فورا بغير طلب . وفي جميع حالات عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية .[29] وكان المشرع المصري في القانون القديم أوجب رد التأمين أو ما تبقى منه بغير توقف على طلب خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد تنفيذ العقد بصفة نهائية[30]

يلاحظ أن المشرع المصري في القانون الجديد كان صارماً بضرورة رد التأمين النهائي بعد انتهاء فترة الضمان و بالزام الجهة الإدارية بإن تؤدي قيمة مصاريف التأخير برد التأمين وإحالة المتسبب بالتأخير برد التأمين للتحقيق وتحميله مصاريف ذلك ، وهذا يشعر المتعاقد أن حقه مصان ويجعل التعامل مع الجهة الإدارية أكثر مرونة وكان المشرع المصري موفق في هذه النقطة حيث يكون بذلك التأمين النهائي قد أدى الغرض الذي وضع من أجله وهو كفالة حسن التنفيذ .

وفي سوريا نصت المادة /47/ من القانون 51 لعام 2004:

"ب– تعاد التأمينات النهائية إلى أصحابها بعد الاستلام النهائي بالنسبة للتوريدات والخدمات، أما بالنسبة للأشغال فتعاد التأمينات النهائية كلها بعد الاستلام المؤقت، إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات تستوجب حجز هذه التأمينات".

يلاحظ أن المشرع السوري وأوجب رد التأمين النهائي بعد انتهى فترة الضمان بالنسبة لعقود التوريد حيث يتم الرد بعد الاستلام النهائي والأشغال بعد الاستلام المؤقت هذا بمثابة تفريط بحق الجهة الإدارية ويفقدها حقها بمصادرة التأمينات النهائية والتي تعتبر أهم ضمانات لتأكد من أن التنفيذ قد تم على أحسن وجه ، كذلك لم يحدد مدة معينة لرد التأمينات بعد انتهى فترة الضمان .

ثانياً – آثار عدم تسديد التأمين:

[29] المادة /40/ من القانون رقم /182/ لعام 2018

[30] المستشار طنطاوي ممدوح ، المناقصات والمزايدات، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، ط1، 2005، ص298.

في مصر حالة عدم أداء صاحب العطاء التأمين النهائي في المدة المحددة[31] :

وإذا لم يقم صاحب العطاء الفائز بسداد التأمين النهائي يتم اتخاذ أحد الإجرائين التاليين بما يحقق مصلحة الجهة الإدارية وهما : ١ – الغاء العقد ٢ – التنفيذ بواسطة أحد العطاءات التالية له في الترتيب بشرط أن يكون في حدود القيمة التقديرية وفي جميع حالات عدم سداد التأمين النهائي يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية ، كما يكون لها أن تخصم قيمة أية خسائر فعلية تلحق بها تسبب فيها صاحب العطاء الفائز وفي حالة عدم كفايتها لديها ؛ يتم خصمها لدى أية جهة إدارية أخرى مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري .)

وعلى ذلك للإدارة الخيار بين إلغاء العقد وبين تنفيذه على حسابه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطاءه.

وبالنسبة لسوريا لم يذكر القانون /51/ لعام 2004 جزاء عدم تسديد التأمين المؤقت أو النهائي ولكن نصت المادة (31) الفقرة ط منه في حال لم يوقع المتعهد المرشح على العقد خلال ثلاثين يوماً من تبلغه أمر المباشرة خطياً ، وذلك دون الإخلال بحق الجهة الإدارية مطالبته بتعويض عن العطل والضرر عند الاقتضاء[32]، وتصادر التأمينات النهائية في حال أخل المتعاقد بالتزاماته العقدية ولاسيما إذا تبلغ أمر المباشرة ولم يقم بالبدء بالتنفيذ

وفي هذا السياق نجد أن التأمينات تعد كفالة مالية كضمان للإدارة وذلك حتى تتوقى بها أثار الأخطاء التي من شأنها أن يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري ومدى تحمل قدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن أخطائه التي يرتكبها، فمصادرة التأمنيات كجزاء مالي يتمثل في إستحواذ وحجر الإدارة المتعاقدة على ضده التأمينات، وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته في أثناء التنفيذ، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بمصادرة هذه التأمينات بإ رادتها المنفردة، حتى ولو لم يترتب عن إخلاله وقوع ضرر لها ودون أن تكون هناك حاجة للجوء الى القضاء لاستصدار حكم يقضي بذلك.

---

[31] المادة /82/ من اللائحة التنفيذية رقم /296/ لعام 2019لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون /182/لعام 2018

[32] د. الحسين، محمد يوسف ، د. نوح ،مهند ،القانون الإداري ، منشورات جامعة دمشق ،2012،،ص326

كما نجد أن المشرع قد ألزم الجهة الإدارية على أن تحرص على ايجاد الضمانات الضرورية، سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية، والتي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة وبما يكفل لها حسن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها، وكل ذلك بهدف الوصول إلى نتيجة تتمثل في إبرام العقد مع متعاقد مأمون من جميع الجوانب ،وحتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها في مضمون العقد ،ولن يتأتى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية متمثلة بالتأمينات النهائية .

المبحث الثاني

جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمينات النهائية

تعد التعويضات الجزاء الأصيل والطبيعي للإخلال بالالتزامات التعاقدية ،وذلك إذا لم ينص العقد على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال من المستقر فقهاً وقضاءً أن كل إخلال بالتزام تعاقدي أو بالتزام فرضه القانون ويسبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض ولكن ماهو الحال في حال اجتمع جزائي مصادرة التأمين النهائي والتعويض معاً سنقوم بمعالجة هذا وفق مايلي :

المطلب الأول

مؤيدات تعويض العطل والضرر

لابد من التعرف بدايةً على مفهوم جزاء التعويض ،ومن ثم شروط الحكم بالتعويض لتميزه عن جزاء مصادرة التأمين النهائي وفق الآتي :

الفرع الأول

مفهوم جزاء التعويض

ويتشابه جزاء التعويض في نظرية العقود الإدارية إلى حدٍّ كبير مع فكرة التعويض في عقود القانون الخاص، الأمر الذي دفع بعض فقهاء القانون الإداري إلى القول بأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة المعمول بها في نطاق القانون الخاص وبالتالي ليس بالإمكان الأخذ بفكرة أنه من بين أنواع الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية [33]، وذلك لتقارب فكرة التعويض في العقود الإدارية منها في قواعد القانون الخاص مثلما أشرنا إليه، إلا أن هناك فارقا بينهما دفع البعض الآخرمن الفقهاء إلى تصنيفه ضمن حلقة الجزاءات الإدارية التي تحوزها جهة الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري يكمن في طريقة تحديد قيمته وكيفية تحصيله، بما يبرز أحد أوجه الضمان المخولة لجهة الإدارة فيه، وهو ما عبَّر عنه الدكتور سليمان محمد الطماوي في قوله :" إن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بطريقة تحديده وكيفية تحصيله"[34].

ويعرف التعويض بأنه فرض مبلغ مالي على من أخل بالالتزامات التعاقدية وأدى إلى وقوع ضرر بحق الآخر ، ويعتبر هذا التعويض بمثابة تقييم مالي للضرر الحقيقي الذي أصاب الطرف المتعاقد [35].

يتفق غالبية فقهاء القانون العام في تعريفهم للتعويض على أنه: "عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد لجبر الأضرار الناتجة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية، في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي أخر كالغرامات

---

[33] المقصود من هذه الضمانات : غرامات التأخير والتأمينات .

[34] الطماوي ، محمد سليمان ،مرجع سبق ، ص 487-488 .

[35] د. الحسين ، محمد ، د نوح ، مهند ، العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ، ص250

لمواجهة هذا الإخلال[36]، أو بعبارة أخرى هو عبارة عن : " مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي أخر مثل الغرامات لمواجهة هذا الإخلال[37]

يلاحظ من خلال هذه التعريفات تتضح لنا أصالة جزاء التعويض كجزاء إداري تستطيع الإدارة توقيعه على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وذلك إذا لم تنص بنود العقد أو دفاتر الشروط على جزاءات مالية أخرى لمواجهة هذا الإخلال، وجبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير الطرف الأخر[38]، باعتبارها السمة أو الخاصية الأساسية التي يمتاز بها عن غيره من الضمانات المالية الأخرى، وبالتالي فإن التعويض في مثل هذه الحالة يستتبع بالضرورة قيام المسؤولية العقدية للمتعاقد والناتجة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية .

يتضح لنا أن التعويض الذي يحكم به القضاء للمتعاقد المتضرر، يتطلب قيام الخطأ التعاقدي والضرر الناشئ عنه، ومن ثم العلاقة السببية بينهما كما أنه ليس في إمكان الإدارة أن تستحق التعويض عما لحقها من ضرر إلا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد أو دفتر الشروط[39].

إلا أنه وبالرغم من ذلك فإن بعض الفقهاء من يرى أنه من الصعب جدا تقدير الأضرار التي تصيب الإدارة المتعاقدة لعدة اعتبارات منها أن الضرر الذي قد يصيب الإدارة قد لا يقتصر أثره على المرفق محل التعاقد فحسب، وإنما قد يمتد إلى التأثير بشكل سلبي على قدرة

---

[36] – الطماوي، سليمان محمد ،الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سبق ذكره ، ص 487 .

[37] الهاشمي، رشا محمد جعفر ،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ، مرجع سبق ذكره ، ص 31 .

[38] الجمل ،هارون عبد العزيز ،الجزاءات في عقود الأشغال ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، 1979 ، ص 101

[39] - الجمل ،هارون عبد العزيز، مرجع سبق ، 102ص

الإدارة ذاتها في أدائها لمهمتها في تسيير المرافق العامة، ناهيك عن امتداد الآثار التي قد تصيبها إلى مرافق أخرى[40].

الفرع الثاني

شروط الحكم بالتعويض

إن مؤيدات العطل والضرر هي عبارة عن مبلغ نقدي يفرض بحق المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية أو القانونية وأدى بالنتيجة إلى وقوع ضرر على الإدارة ، يحق للإدارة في هذه الحالة الحصول على تعويض عن جميع الأضرار التي لحقت بها نستخلص [41]من ذلك أنه لايجوز فرض هذا المؤيد إلا إذا وقع المتعاقد في خطأ أدى إلى حصول أضرار وهذا الأمر يستوجب أولاً على الإدارة أن تثبت وقوع الخطأ ، حجم الأضرار حتى يحق لها فرض مثل هذا الجزاء

لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها الجزائية بطريق التعويض، لابد من توافر عدة شروط، وإن كانت هذه الشروط المعمول بها في العقود الإدارية شأنها شأن تلك الشروط المعمول بها في عقود القانون الخاص باستثناء شرط السبب، إلا أنه لابد علينا توضيحها وذلك على النحو التالي:

1- الخطأ العقدي

من المبادئ المستقر عليها للحكم بالتعويض اشتراط حدوث خطأ عقدي من المتعاقد يترتب عليه ضرر مباشر لجهة الإدارة المتعاقدة، ويعرف الخطأ العقدي على أنه : " إخلال بالتزام عقدي أي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد، وهذا الالتزام إما أن يكون إيجابيا

[40] دراجي، عبد القادر ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، جانفي 2014 ، ص98.

[41] د. الحسين ، محمد ، د نوح ، مهند ، العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ، ص251

أو أن يكون التزاما ببذل عناية، أي بمعنى هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته"[42].

ومما يتوجب على الإدارة مراعاته للأخذ بهذا الشرط أن يكون الضرر الناجم عن الخطأ العقدي متوقعا في سببه ومقداره ومداه طبقا للمجرى العادي للأمور[43]، إذ لا توجد في نظرية الجزاءات العقدية في القانون الإداري ما يفيد عن السبب كشرط للتعويض في القواعد العامة[44].

2- الضرر

يعتبر الضرر أحد الأركان الأساسية الذي تقوم عليها المسؤولية العقدية، وعليه يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر محققا بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة، فلا مسؤولية حيث لا ضرر[45] وسواء انصرفت إليه نية المتعاقد أم لا، إذ يكفي في ذلك لقيام المسؤولية تحققه بذاته، شريطة أن يكون مباشرا، كونه يعد نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه المتعاقد وبين الضرر الذي لحق بالإدارة[46]، وهو ما يجعله يختلف عن الجزاءات المالية الأخرى، إذ باستطاعة جهة الإدارة توقيع أي من الجزاءات المالية الأخرى سواء غرامات التأخير أو

---

[42] السنهوري ،عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 ، ط01 ، ص 735 – 736 .

[43] – حماده، عبد الرزاق ،النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية) دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2012 ، ص 619 .

[44] – العنزي ،عبد الله نواف ، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية – مصر، 2010، ص 92

[45] البنان ،علي حسن ، الجزاءات المالية في العقد الإداري ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12 ، العدد 54 ، العراق ، 2012 ، ص 411 .

[46]عبد الحليم، مجدوب ، مدى إمكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الإدارية ، مقال نشر في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – الجزائر العدد 30 ، 2019،ص 51.

مصادرة التامين النهائي إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، دون حاجة منها لإثبات حصول ضرر قد أصابها جراء ذلك .

وإذا كان التأمين ضماناً لجهة الإدارة شرع لمصلحتها، فلا يتصور أن يكون التأمين قيداً عليها أو "مانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للأضرار الأخرى التي تكون لحقتها من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ شروط العقد الإداري كغرامة التأخير.

فمن المسلم به أن لجهة الإدارة الحق في توقيع غرامة التأخير على المتعهد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته في المواعيد. ومن المسلم به أيضاً أن لها الحق في مصادرة التأمين عند وقوع الإخلال، وذلك دون حاجة لإثبات ركن الضرر"[47].

3-علاقة السببية بين الخطأ والضرر

يكاد يكون الاتفاق شبه تام في المسؤولية العقدية أنه لكي يتم الحكم بالتعويض لابد من توافر عناصر المسؤولية الثلاثة، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، كما يجب على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه، ويجب للحكم بالتعويض بيان العناصر المكونة للضرر ومقدارها، فلا يصح القضاء بالتعويض بصورة مجملة من دون بيان عناصر الضرر التي هي أساس التعويض، كأن يكون الضرر راجعا إلى سبب خارجي [48].

4-كيفيات تقدير وتحصيل التعويض

يشارك التعويض غيره من الجزاءات التعاقدية مجال القانون العام، خاصية حق الإدارة في اقتضائه مباشرة، وبغير حاجة إلى اللجوء للقضاء، ومما هو جار عليه العمل في مجلس الدولة الفرنسي أن عملية تحصيل قيمة مبلغ التعويض تكون بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء[49]، مع منح المتعاقد الحق في

---

[47] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1772-29 (1985/2/25) 588/87/30 مذكور لدى د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص90.

[48] القزاز، ضرار ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة (فرنسا – مصر – سوريا)، مجلة جامعة البعث ، المجلد 39 ، العدد 51 ، سوريا ، 2017 ، ص 164.

[49] عياد، أحمد عثمان ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية مرجع سبق ذكره ص 352

الاعتراض على عملية التقدير، كما أنه لا يجوز لها أن تخصم مبالغ التعويضات من التأمين المالي المقدم من قبل المتعاقد معها إلا إذا وجد نص صريح في العقد يسمح لها بذلك[50].

وهو ما أشارت إليه المادة 100 من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 975 – 2006 والتي نصت على أنه :" في حالة فسخ العقد وترتب على ذلك تعويض فإن عجز أطراف العقد عن التوصل إلى اتفاق حول مبلغ التعويض في غضون ستة أشهر من تاريخ فسخ العقد ، فيحق للسلطة المتعاقدة اقتراح مبلغ التعويض [51].

أما بالنسبة للوضع لدى المشرِّع المَصْرِّي وبخلاف نظيره الفرنسي يرى بعض الفقهاء بأن الإدارة ملزمة باللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها، لأنه لا يوجد نص يعطي الحق للإدارة في تقدير التعويض وخصمه من مستحقات المتعاقد أو التأمينات التي قام بإيداعها لديها من دون الرجوع إلى القضاء[52] .

والنظام القانوني لهذه العقوبات قريب من النظام المدني فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض . وفي اشتراط ركن الضرر ، ولكن يختلف النظامين فيما يتعلق بكيفية التحصيل التعويض على عكس الغرامات لا يحكم بها القاضي إلا إذا أثبتت الادارة حصول الضرر ، كما يقدر التعويض وفقاً جسامة الضرر مع مراعاة خطة كل من الطرفين وذلك كله وفقا للقواعد وقد أباح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة أن نحدد مقدار التعويض ، وعلى أن يكون للمتعاقد أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء ، وتستطيع الإدارة أن تحصل التعويضات بإرادتها المتفردة

---

[50] عبد الحليم، مجدوب ، مدى إمكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ، ص 51

[51] القزاز ،ضرار ، مرجع سبق ذكره، ص 165 .

[52] - إلا أننا نجد وبالعودة لقانون المناقصات والمزايدات المصري القديم خلاف ذلك، حيث نصت المادة 26 من القانون رقم 89 لسنة 1998 أنه :" في جميع حالات فسخ العقد، ... وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاتها لدى أي جهة إدارية أخرى لديها أيا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة للجوء إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية " ، وبذلك يكون المشرع المصري قد أجاز لجهة الإدارة تحديد قيمة التعويض بنفسها دون حاجة منها إلى استصدار حكم قضائي، أنظر : اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات القديم منشور على الموقع الإلكتروني : www.monofeya.gov.eg تاريخ الزيارة : 2021/5/07

، ولها أن تعدل عن استعمال حقها ، وتترك تقدير التعويض القضاء ، ولا توجد في مصر أو كذلك في سورية أية نصوص تشريعية تجيز للإدارة استعمال هذا الأسلوب بالتقدير الانفرادي لمبلغ التعويض وتحصيله بأسلوب التنفيذ الجبرتي ، ولكن على الإدارة إذا ما تضررت من تصرفات المتعاقد أن تطالب بالتعويض أمام القاضي الإداري [53]

ولقد عقب البعض على ذلك بالإشارة إلى ضرورة الاستفادة من نصوص دفاتر الشروط الإدارية العامة، على أن تقتطع قيمة التعويض من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، وبخلاف ذلك فمن ضمانة، ولا يحول ذلك من دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد، وأن تقوم الإدارة نفسها بتقدير نسبته مع إتاحة الطريق للمتعاقد معها إلى منازعتها في ذلك أمام القضاء في حالة ما إذا أراد ذلك[54].

المطلب الثاني

إمكانية جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض.

اتجه كل من الفقه والقضاء الإداري، في بادئ الأمر إلى أنه في حالة ما نص العقد على مصادرة التأمين كجزاء في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنه لا يجوز لجهة الإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ولو فاقت نسبة الأضرار قيمة التعويض[55]، إلا أنهما عدلا عن رأيهما ليرتئي كل منهما إلى أنه ليس هناك مانع من أن تجمع الإدارة بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض، في حالة ما إذا تجاوزت نسبة

[53] د. الحسين محمد، د.نوح مهند ، العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص250، ولدى د. العموري محمد ، العقود الإدارية ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، 2018، ص94

[54] عبد الحليم، مجدوب ، مدى إمكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره،ص 53.

[55]غازي ،هيثم حليم ، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2014 ، ط 01 ، ص 128

الأضرار قيمة التأمين النهائي ولم يحظر نص هذا الجمع في العقد الإداري صراحة[56] وفيما يلي، بيان موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع، على النحو الآتي :

أولاً – موقف القضاء الإداري :

قضت المحكمة الإدارية العليا بجمهورية مصر العربية في حكم لها صادر بتاريخ 1994/10/25 أن :" التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد، إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه بحيث لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التأمين إلا أنه لا يمثل الحد الأقصى .

فإن كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فإنه لا محل للمحكمة بالتعويض ما لم يتفق على غير ذلك .

أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها لجبر الضرر، فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره بالإضافة إلى التأمين[57].

حكمها الصادر في 1961/4/22 الذي تذهب فيه ((ان مصادرة التأمين لا ترتبط بالضرورة بفسخ العقد، فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد أو تقصيره أو التنفيذ على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد او غير ذلك)) ويلوح من العرض السابق جملة من المبادئ القانونية التي قررها القضاء الاداري وجرى ايضاً العمل بها في الحياة العملية بخصوص التأمينات ومنها جواز الجمع بين مصادرة التأمينات والتعويض في حالة فسخ العقد الإداري، [58]لا يجوز الجمع بين إلغاء العقد ومصادرة التأمين وبين التنفيذ على حساب المتعاقد وتحميله الخسائر والتعويضات لان الجميع بين الامرين يعني انحلال

---

[56] غازي ،هيثم حليم ، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية) ، المرجع السابق ، ص 128

[57] – حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1994/10/25 ، مقتبس عن : مآل الله جعفر عبد الملك الحمادي ، المرجع السابق ، ص 269 .

[58] د. الجبوري ،محمود خلف ، العقود الادارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998ص126 .

العقد واعتباره كأن لم يكن ، وفي الوقت نفسه عده العقد قائماً منتجاً لآثاره، وهو يؤدي الى حصول الادارة على تعويض مزدوج[59].

تعد التأمينات في بعض الاحيان بمثابة رسوم مالية تمثل جزءاً من قيمة استخدام ادوات المرفق واندثار الآلة وهذا ما يمكن ملاحظته في عقود التزام المرافق العامة والأمر نفسه لعقود الأشغال العامة عندما يستعير المقاول او يستأجر من الإدارة بعض الأدوات اللازمة لتنفيذ المقاولة إذ يكون باستطاعتها الاحتفاظ بمقدار من التأمينات المودعة لديها كتعويض عن اندثار الآلات[60] كما قضت في حكم أخر لها وبصورة واضحة عما هي عليه في الحكم الأول ما يلي : " ... ومادامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة ، فلا تثريب إن أجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا ، حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على استحقاق التعويض حيث أن هذا الاستحقاق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة ، على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع ، وأن يكون

---

[59] د. السيد ،محمد مدني، القانون الاداري الليبي، دار النهضة العربية ، القاهرة 1964-1965، ص450.

[60] والجدير بالذكر (ان استخدام الادارة التأمينات بمثابة رسوم ماليه وضمان على الالات والادوات التي يستخدمها المقاول يقترب من فكرة العربون في القانون الخاص، فالعربون قد يستخدم للدلالة على ثبوت العقد أي ما دفع منه يعد بدء في التنفيذ في العقد ، فهنا لا التباس بينه وبين التأمين ، لانه يعد في هذه الحالة تاكيد على انعقاد العقد . اما اذا كان العقد من العربون احتفاظ كل من المتعاقدين بحق العدول عن العقد ، فقد يختلط في هذه الحالة بالتأمينات، ويحمل على انه تقدير لتعويض كحالة الرجوع عن العقد ، ولكن هنالك ثمه فروق جوهرية بينهما تتجلى في جهة فرضها والاساس والنتيجة التي يؤولان اليهما ، فالادارة تنفرد في فرض التأمينات على المتعاقد وتستند في ذلك إلى الضرر المفترض ولا تخضع التأمينات للقاعدة المطبقة في العربون (برد العربون من دفعه ورده مضاعفا لمن قبضه) لان الادارة تقوم بمصادرة التأمينات لتتولى اثار اخلال المتعاقد لذلك فالعربون يعد البدل في التزام بدلي اما مصادرة التامينات فهي التزام اصلي) راجع د. الطائي، محمد علي ، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، ع1-2 ، س39 ، 1984 ، ص102-103.

الضرر مجاوزا قيمة التأمين المصادر، أما إذا كانت مصادرة التامين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك[61].

وفي حكم المحكمة الإدارية العليا السورية : (إن التأمين النهائي الذي يدفعه الإدارة يقصد به أن يكون ضمانا لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر منه حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري ، كما يضمن ملاءمة المتعاقد معها من مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري ، ومن الضمان تحصل الإدارة غرامة التأخير و التعويضات والمبالغ المستحقة على المتعاقد نتيجة لتقصيره ، أو إخلاله بتنفيذ موجبات العقد .) [62]

وقد تكللت هذه الاجتهادات موقف شديد الوضوح ، لما يبرر مصادرة التأمينات النهائية من قبل الإدارة ، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا : مصادرة تأمينات العقد النهائية هي الجزاء الوفاق لتقاعس المتعهد في تنفيذ العقد دون مبرر مقبول ، [63]

ومما يمكن استخلاصه من هذه الأحكام هو أن حق الإدارة في مصادرة التأمين لا يحرمها من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، والتي تجاوز مقدار التأمين، ويراعى أن رجوع الإدارة بالتعويضات على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية التأمين لا يستند إلى أحكام العقد، وإنما إلى القواعد القانونية العامة، أي إلى أحكام القانون الخاص التي تقضي بأن : " كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض.

---

[61] حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 2074 لسنة 32 ق ، جلسة 1991/1/7 ، أورده الدكتور :عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام / التنفيذ / المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 276 – 277 .

[62] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٢ في الطعن ١١٩ لسنة ١٩٧٩ م مجموعة المبادئ السنة ١٩٧٩، وقرارها رقم ١٩٧ في الطعن رقم 17 لسنة ١٩٨٢ ، مجموعة المحامي المهايني مصباح في أحكام المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاما ، الجزء الثالث ، مؤسسة النوري ، دمشق ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٧٨ .

[63] حكم المحكمة الإدارية العليا قرارها رقم ١٩٠ في الطعن 14.5 لسنة ١٩٩٣ م السنة ١٩٩٣ ، المهايني ،مصباح مرجع سبق ذكره.

ثانياً – موقف الفقه :

أما عن موقف الفقه اتجاه ذلك، يرى الدكتور ماجد راغب الحلو أنه : يجوز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين إذا تجاوز الضرر قيمة التأمين ولم يحظر العقد الإداري هذا الجمع صراحة، وذلك لأن التعويض يختلف عن مصادرة التأمين، فالتعويض يمثل جبرا لضرر تعاقدي طبقا للقواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على حد سواء، ومصادرة التأمين تعتبر جزاءا ماليا للإدارة بإمكانها توقيعها في العقود الإدارية لوحدها.

وبالتالي فإنه لا يعتبر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين ازدواجا محظورا للتعويض، غير أنه إذا ما تم تقدير التعويض الذي يجبر الضرر الذي أصاب جهة الإدارة، فإن مبلغ التأمين يخصم من قيمة التعويض إذا كانت هذه القيمة تزيد عليه[64].

كما يرى الدكتور هارون عبد العزيز الجمل أن :" الجزاءات التي ينص عليها العقد لا تعالج إلا الخطأ عندما يكون محدودا أما في حالة الخطأ الجسيم فليس من المعقول أن يكون التأمين مانعا للإدارة من اقتضاء التعويضات التي تستحقها الإدارة نتيجة الأضرار الفعلية التي سببها تقصير المتعاقد معها والذي يترتب على هذا الأمر الإخلال بسير وانتظام المرفق العام[65] .

وهو ما نميل إليه بدورنا، على اعتبار أن كلا من الجزاءين له طبيعته القانونية وخصائصه التي تميزه عن الآخر، وبالتالي فليس هناك مانع من أن تجمع بين كل من الجزاءين في أن واحد .

ثالثاً – موقف المشرع :

لايوجد نص قانوني في القانون المصري الجديد أو القانون السوري يجيز الجمع بين مصادرة التأمينات النهائية واقتطاع التعويض غير أنه تجدر بنا الإشارة، إلى أنه حتى يتسنى للإدارة الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض، فإن كلاً من الفقه والقضاء يشترط على الإدارة توافر شرطين جوهريين للقيام بذلك هما :

---

[64] – الحلو، ماجد راغب ، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 190 .

[65] الحلو ، ماجد راغب ، المرجع السابق ذكره ، ص 190

1-ألا يكون قد ورَّد نصٌ أو بندٌ يَحظرُ إمكانية جواز الجمع بين جزائي مصادرة التأمين والتعويض في العقد أو دفتر الشروط[66]، غير أنه في حالة ما إذا كانت مصادرة التأمين جابرة للضرر كله، فإنه ليس بإمكان الإدارة في مثل هذه الحالة أن تجمع بينهما ما لم يتفق على خلاف ذلك.

2–أن يكون الضرر الذي لحق الإدارة والناجم عن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية أكبر من قيمة التأمين باعتبار أن التأمين يمثل كما سبقت منا الإشارة إليه الحد الأدنى للتعويض، ولذا إذا كانت قيمته أقل من التعويض فحينئذ يتوجب الأمر على الإدارة مصادرته وإلزام المتعاقد بفرق القيمة ، كما أن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى التي تمتلكها على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين لا يستند إلى أحكام العقد بل إلى المبادئ القانونية العامة – أحكام القانون الخاص – والتي تقضي بأن كل خطأ يترتب عنه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهذه القواعد لا تتعارض مع فكرة التامين في العقود الإدارية[67]

فإن لجهة الإدارة حق مصادرة التأمين النهائي واقتطاع التعويض في آن واحد ، وكلاهما من الجزاءات المالية التي تنطوي على معنى العقوبة، ولكنهما يختلفان في عنصر الضرر ، ذلك أن جهة الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائي، بمجرد إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية دون مطالبتها بإثبات الضرر، ودون النظر إلى مدى كفاية مبلغ التأمين النهائي لجبر الأضرار التي تصيب جهة الإدارة، وبالنسبة لجزاء التعويض فيلزم لتوقيعه تعرض جهة الإدارة لأضرار مادية تزيد قيمتها على قيمة التأمين النهائي، وبذلك فإن جزاء مصادرة التأمين النهائي يدور وجودا وعدما مع الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه المتعاقد وهو بصدد تنفيذ التزاماته التعاقدية، في حين يدور جزاء التعويض وجودا وعدما مع خطأ المتعاقد و الضرر الذي يصيب الإدارة وعلاقة السببية بينهما.

---

[66] عبد الحليم، مجدوب ، مدى إمكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ،ص 51.

[67] – عياد ،أحمد عثمان ، مرجع سبق ذكره ص 351 .

❖ الخــاتمة :

بعد التعريف بجزاء مصادرة التأمينات النهائية وخصائصها والدور الذي تلعبه في نطاق تنفيذ العقود الإداري نخلص إلى مجموعة من النتائج والمقترحات نستعرضها كما يلي :

أولاً- النتائج :

1- إن فرض جزاء مصادرة التأمينات النهائية هي من أجل المحافظة على المال العام من الهدر الذي ينتج عن إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، كما يجعل المتعاقد معها أكثر حرصاً على تنفيذ التزاماته التعاقدية بالكفاءة المطلوبة

2- لجهة الإدارة المتعاقدة الإشراف على إجراءات التعاقد ومتابعتها في مختلف مراحل إبرام العقد وتنفيذ العقود الإدارية واعطاها حق مصادرة التأمينات النهائية كجزاء لإخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ دون اللجوء إلى القضاءأو إثبات وقوع ضرر.

3- مصادرة التأمينات النهائية هي من الجزاءت المالية التي تتضمنها العقود الإدارية وتفرضها الإدارة مباشرة إن رأت ضرورة لذلك دون اللجوء إلى القضاء ودون الحاجة إلى أن تثبتها جهة الإدارة في الشروط التعاقدية أو مستندات المناقصة .

4-يمكن توقيع جزاء مصادرة التأمينات النهائية إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته حتى ولو لم ينص العقد على ذلك ، إذ تخضع هذا الجزاء للقواعد العامة في القانون الإداري والتي هي مرتبطة بالمرفق العام وبالمصلحة العامة .

5-مكن المشرع الإدارة من فرض جزاء مصادرة التأمينات النهائية كضمانة لحسن تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للالتزامات العقدية على أكمل وجه وهو بهذا الموقف يبين أهمية إنجاز العقد في الوقت المحدد كحاجة الإدارة إليه ولتقديم خدمة للجمهور وحرصاً من المشرع على حسن الإنجاز في الآجال المحددة ، ومنح الإدارة وسيلة تمكنها من الضغط على المتعاقد معها في حال لم يقوم أو أخل بالتزاماته المطلوبة .

6- نجد أن المشرعين السوري والمصري على الرغم من الاختلاف بينهما في نسب التأمين المؤقت والنهائي ،اتّفقا من حيث المبدأ على وجوب تقديم ضمان مالي ،يؤكد جدّية العارض من جهة ويضمن التنفيذ الجيد للعقد من جهة أخرى.

7- يمكن استبدال التأمين النهائي بنظام اقتطاع الضمان كما فعل المشرع الفرنسي الذي لا يقوم على أساس الاستيفاء المسبق للتأمينات النهائية ضماناً لحسن تنفيذ العقد ، إنما يقوم على أساس احتفاظ الإدارة بمبلغ من مستحقات المتعاقد ضماناً لحسن تنفيذ التزاماته ، وذلك وفق نسبة محددة ،ولا يمكن أن يفرض إلا إذا كان العقد يستوجب مدة للضمان.

8- من شأن الإدارة أن تقوم بمصادرة التأمين دون حاجة إلى نص قانوني يخولها هذا الحق وذلك بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر – بإمكان جهة الإدارة مصادرة التأمين النهائي دون حاجة إلى إثبات أن ضررا قد أصابها جراء خطأ صادر من المتعاقد معها استنادا إلى الضرر المفترض، في حين يرتبط جزاء التعويض بحجم الضرر وجودا وعدما .

9- لا تزال إشكالية التعويض تثير جدلا في الوسط الفقهي، فبالرغم من اعتراف بعض التشريعات المقارنة لجهة الإدارة حق تحصيل التعويض بإرادتها المنفردة مثلما هو معمول به في التشريع الفرنسي، نجد أن هناك من أعرض عن ذلك وأوجب على جهة الإدارة اللجوء إلى القضاء لتحصيله .

10- ليس هناك مانع يمنع من أن تجمع الإدارة بين كل من جزائي مصادرة التأمين النهائي والتعويض في آن واحد، ومتى قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، مادام لا يوجد هناك نص يحظر على جهة الإدارة هذا الجمع، وذلك بغرض تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وباضطراد ، وهو ما أكده كل من الفقه والقضاء.

ثانياً : المقترحات :

1-كان حرياً بالمشرع السوري لو أنه حدد نسبة التأمين وفق اعتبارات اقتصادية حسب طبيعة الشئ المراد التعاقد عليه أو موضوع العقد أفضل من تحديد نسبة ثابتة تطبق على جميع العقود.

2-يتعين على المشرع السوري إعادة النظر بطرق أداء التأمينات النهائية ، مع التأكيد على ضرورة إدخال الدفع بالطريقة الالكترونية ، لما توفره من جهد وسرعة وبعد عن الروتين بالتعامل

3-ضرورة وضع مدة لإعادة التأمينات النهائية إلى المتعاقد بعد انتهاء فترة الضمان والتأكد من التنفيذ على أكمل وجه، مما يحفظ حقوق المتعاقد مع الإدارة ويمنع التراخى ، حيث تكون التأمينات النهائية قد أدت الغرض الذي وضعت من أجله .

❖ **مصادر البحث:**

1- القانون السوري رقم /51/ لعام 2004 الخاص بنظام العقود للجهات العامة.

2- القانون رقم 2 لعام 2005بشأن المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة.

3- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /89/ لعام 1998

4- قانون التعاقدات المصري الجديد رقم/ 182/لعام 2018 ولائحته التنفيذية رقم /296/ لعام 2019

❖ **مراجع البحث :**

أولاً –الكتب

1. د. الجبوري،محمود خلف ، العقود الادارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998
2. د. الحسين ،محمد يوسف – د. نوح ،مهند ، العقود الإدارية ، منشورات جامعة دمشق ،2006
3. د. الحسين ،محمديوسف ، د. نوح مهند ،القانون الإداري ، منشورات جامعة دمشق ،2012
4. د.الحلو، ماجد ارغب ،العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر ،2009
5. حماده ،عبد الرزاق ، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية) دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2012

6. الحمادي ، مآل الله جعفر عبد الملك ، ضمانات العقد الإداري (الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري / المناقصة العامة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009
7. خضير، محمود خليل ، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991
8. خليف ،عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية ،دار الكتب القانونة ، المحلة الكبرى ، 2005
9. د.السنهوري ،عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998
10. السيد ، محمد مدني، القانون الاداري الليبي، دار النهضة العربية ، القاهرة 1964-1965.
11. الشواربي،عبد الحميد، العقود الإدارية في ضوء الفقه- القضاء- التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ،2003
12. الطماوي ،سليمان محمد ،الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ،دار الفكر الجامعي ، القاهرة ،1991
13. العنزي ،عبد الله نواف ، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية – مصر، 2010
14. مفتاح ،عبد الحميد خليفة ،المعيار المميز في العقود الإدارية، الإسكندرية، 2007
15. عثمان، حسين عثمان ،محمد ،أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، دون سنة نشر .
16. د.العموري محمد ، العقود الإدارية ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، 2018
17. مجموعة المحامي المهايني مصباح في أحكام المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاما ، الجزء الثالث ، مؤسسة النوري ، دمشق ، ٢٠٠٥
18. غازي، هيثم حليم ، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2014

19.المستشار طنطاوي، ممدوح ، المناقصات والمزايدات، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، ط1، 2005

20.النابلسي، نصري منصور ،العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2010

ثانياً–الرسائل العلمية :

1. الجمل ،هارون عبد العزيز ،الجزاءات في عقود الأشغال ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، 1979
2. عياد،أحمد عثمان ،مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1973
3. مرعي ،محمد حسن ، الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة "، المركز العربي لنشر ، القاهرة ، 2018
4. د.نوح ،مهند، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001
5. الهاشمي، رشا محمد جعفر ،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2010

ثالثاً– المقالات والأبحاث العلمية :

1. البنان ،علي حسن ، المالية في العقد الإداري ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12 ، العدد 54 ، العراق ، 2012
2. دراجي ،عبد القادر ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، جانفي 2014

3. القزاز ،ضرار ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة (فرنسا – مصر – سوريا)، مجلة جامعة البعث ، المجلد 39 ، العدد 51 ، سوريا ، 2017
4. الطائي ،محمد علي ، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، ع1–2 ، س39 ، 1984
5. د. الطاس ،هيثم ، خطابات الضمان، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الثالث، مطبوعات هيئة الموسوعة العربية، 2010
6. عبد الحليم، مجدوب ، مدى إمكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الإدارية ، مقال نشر في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – الجزائر العدد 30 ، 2019

❖ **المراجع اللغة الأجنبية:**

1. Chinot (Rene) . **Le privilège d'exécution d'office de l'administration** , Thèse، 1945.
2. De Laubadère (ANDRE), **Franck Moderne et Pierre Delvolvé**. **Traité des Contrats Administratifs**, lome 2, 2ème édition, L.G.D.), 1984.
3. Vedel (GEORGE) .**Droit Administratif** , 5ème édition , Presses universitaires de France , Paris , 1973.