مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 44 . العدد 1

1443 هـ - 2022 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

أ. د. ناصر سعد الدين	**رئيس هيئة التحرير**
أ. د. هايل الطالب	**رئيس التحرير**

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

د. محمد هلال	**عضو هيئة التحرير**
د. فهد شريباتي	**عضو هيئة التحرير**
د. معن سلامة	**عضو هيئة التحرير**
د. جمال العلي	**عضو هيئة التحرير**
د. عباد كاسوحة	**عضو هيئة التحرير**
د. محمود عامر	**عضو هيئة التحرير**
د. أحمد الحسن	**عضو هيئة التحرير**
د. سونيا عطية	**عضو هيئة التحرير**
د. ريم ديب	**عضو هيئة التحرير**
د. حسن مشرقي	**عضو هيئة التحرير**
د. هيثم حسن	**عضو هيئة التحرير**
د. نزار عبشي	**عضو هيئة التحرير**

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : 2138071 31 963 ++

. موقع الإنترنت : www.albaath-univ.edu.sy

. البريد الالكتروني : magazine@ albaath-univ.edu.sy

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
- طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
- **اذا كان الباحث طالب دراسات عليا:**

يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقته على النشر في المجلة.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:**

يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :**

يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.

- **اذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :**

يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث , وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):**

عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1- مقدمة

2- هدف البحث

3- مواد وطرق البحث

4- النتائج ومناقشتها .

5- الاستنتاجات والتوصيات .

6- المراجع.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب – الاقتصاد– التربية – الحقوق – السياحة – التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):**
- عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
3. أهداف البحث و أسئلته.
4. فرضيات البحث و حدوده.
5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
7. منهج البحث و إجراءاته.
8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
9. نتائج البحث.
10. مقترحات البحث إن وجدت.
11. قائمة المصادر والمراجع.

7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:

أ- قياس الورق 17.5×25 B5.

ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 – يمين 2.5- يسار 2.5 سم

ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8

ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20

. كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.

ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.

8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.

9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر, وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.

10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة (–) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة.

وفيما يلي مثال على ذلك:

–MAVRODEANUS, R1986– **Flame Spectroscopy**. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة, اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.

مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases **Clinical Psychiatry News** , Vol. 4. 20 – 60

ج. إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (20000) ل.س عشرون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (50000) ل.س خمسون الف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (3000) ل.س ثلاثة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

اسم البحث	اسم الباحث	الصفحة
تعويض الإدارة للمتعاقد في حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة	د. عمار التركاوي صبا شيبان	54-11
وضع المرفق العام تحت الحراسة في عقد الالتزام	د. عمار التركاوي صبا شيبان	89-45
عوارض تنفيذ الأحكام القضائية	الدكتور: عمران كحيل	134-91
دور اللامركزية المالية في دعم الاستقلال المالي للوحدات المحلية	د . نجم الأحمد عهد سليمان	162-135
آثار جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية	د. زهير حرح سجود الحمد	192-163

تعويض الإدارة للمتعاقد في حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

طالــب الدراســات العليــا: صبا شيبان

كلية: الحقوق – جامعة: دمشق

الدكتور المشرف: عمار التركاوي

الملخص

تعد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، أو ما يسمى (بالفسخ للمصلحة العامة) [1] من أبرز الخصائص التي يمتاز بها العقد الإداري عن غيره من العقود، وإحدى أخطر السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، لما يترتب عنها من وضع حد نهائي وفاصل في تنفيذ العقد الإداري، والتي تستطيع الإدارة مباشرتها بنفسها ودون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء، بل وحتى في غياب النص عليها. وأساس ذلك كله ومرده هو فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتحقيق الصالح العام، في ظل عقود أصبح تنفيذها غير ذي فائدة.

ويقابل هذه السلطة الخطيرة الممنوحة للإدارة حق للمتعاقد معها في الحصول على تعويض لما أصابه من ضرر جراء ذلك الإنهاء، وقد ينظم العقد الإداري كيفية وعناصر استحقاق هذا التعويض ولهذا يطبق القاضي شروط العقد فإذا خلا العقد من تنظيم لأوضاع منح هذا التعويض وعناصر تقديره ولم يرد بهذا الشأن نص

[1]- د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 102.

من القوانين أو اللوائح ذات الصلة بالعقد الإداري كان للقاضي تقدير ما يستحقه للمتعاقد من تعويض وفقا للقواعد العامة.

Abstract

The authority of the administration to terminate the administrative contract for reasons of public interest, or what is called (the termination in the public interest) is one of the most prominent characteristics that distinguishes the administrative contract from other contracts, and one of the most dangerous powers that the administration enjoys in confronting the contractor with it, because of its consequences From setting a final and definitive end to the implementation of the administrative contract, which the administration can conduct on its own without the need to resort to the judiciary, and even in the absence of a provision for it. The basis for all of this is the idea of ensuring the regular and steady functioning of public utilities, and achieving the public interest, in light of contracts whose implementation has become useless.

This dangerous authority granted to the administration is matched by the right of the contracting party with it to obtain compensation for the damage incurred by him as a result of that termination. A provision of the laws or regulations related to the administrative contract, the judge has the right to estimate the compensation owed to the contracting party in accordance with the general rules.

المقدمة:

إن قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " التي تسود النظام القانوني للعقود في القانون الخاص لا تسري على العقود الإدارية، فإذا كانت إرادة أحد الأطراف غير كافية وحدها لإنهاء العقد في القانون الخاص ولا تتم إلا باتفاق أطرافه، فإن النظام القانوني للعقود الإدارية يعطي الحق لجهة الإدارة وبإرادتها المنفردة سلطة إنهاء العقد إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، دون أن يتوقف هذا الحق على وقوع خطأ، أو تقصير من المتعاقد، وذلك وفقا لتقديرها وحدها [2]. وتعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، من أبرز الخصائص والميزات التي تمتاز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، وإحدى أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها. فالإدارة باعتبارها هي القوامة على خدمة المرفق العام بالحفاظ على سيره بانتظام واطراد على النحو الذي يكفل الصالح العام ومواكبة لتطوراته، فالإدارة قد ترى في بعض الأحيان ووفقا لسلطتها التقديرية أن العقد لم يعد ذا نفع بعد أن أصبح في مرحلة معينة لا يتلاءم مع احتياجات المرفق العام الذي أبرم لأجله، أو قد يصبح الاستمرار في تنفيذه يشكل خطرا على المصلحة العامة، لما في ذلك من تبديد للمال العام [3]، ما يخول لها سلطة إنهاءه بإرادتها المنفردة، وذلك كضمانة تستوجبها مقتضيات الصالح العام.

---

[2]- هند أحمد موسى أبو مراد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، 1999، ص 80.

[3]- إذ أنه لا يمكن إلزام الإدارة إلى الأبد بمقتضى عقود أصبحت غير مفيدة أو غير مطابقة لحاجيات المرافق العامة، راجع: خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتعويضات، ط1، القاهرة، 1994، ص 83.

ولا شك أن إنهاء العقد الإداري من دون خطأ من جانب المتعاقد وقبل نهاية مدته الطبيعية يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة إذا نفذ العقد بالكامل لذلك حرص القضاء على إقامة نظام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة وهو ما يتيح للمتعاقد الحصول على تعويض نتيجة فعل الإدارة.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في:

1- تحديد المقصود بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في ممارسة هذه السلطة.
2- تحديد الشروط والمبادئ العامة التي تحكم ممارسة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والوقوف على الآثار الناشئة عن ممارستها.
3- تبيان التعويض الذي سيحصل عليه المتعاقد في حال إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

إشكالية البحث:

تتلخص إشكالية البحث الرئيسية في التساؤل حول" ما **مدى قدرة الإدارة على ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة وحق المتعاقد في الحصول على التعويض في هذه الحالة؟ "**

ويتفرع عن مشكلة البحث الرئيسية الأسئلة الفرعية التالية:

1- ما المقصود بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة؟
2- ما الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة؟
3- ما الشروط الواجب توافرها لممارسة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة؟
4- ما الآثار والانعكاسات القانونية المترتبة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة؟
5- ما التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد في حال إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة؟

منهجية البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج النظري والتطبيقي المقارن للنصوص القانونية على ضوء آراء الفقه، وأحكام القضاء، والاستفادة من أحكام التشريعات المختلفة بالقدر الذي يحقق أهداف الدراسة.

خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة بالإضافة إلى أهم النتائج والتوصيات وكالآتي:

المبحث الأول: التعريف بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

المبحث الثاني: الأحكام القانونية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

المبحث الأول

التعريف بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانب المتعاقد معها هي سلطة مستقلة بذاتها. وتستطيع الإدارة ممارستها سواء نص عليها في العقد والقوانين والأنظمة أم لم ينص عليها.

ولبيان ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.

المطلب الثاني: طبيعتها القانونية.

المطلب الأول

مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري وأساسها القانوني

الأصل العام هو أن العقد الإداري ينقضي بانتهاء المدة المحددة له في العقد فمتى كان العقد محددا بمدة معينة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد. ولكن لجهة الإدارة خروجاً على الأصل الحق في إنهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية قبل حلول أجله، مادام يقتضيه الصالح العام، ومن هنا تظهر الأهمية البالغة التي تعتري سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ليتم التساؤل حول ما إذا كانت الإدارة تملك فعلا سلطة إنهاء العقد الإداري في أي وقت تشاء

حتى قبل انتهاء مدته؟ وإذا كان كذلك فما هو مفهوم هذه السلطة؟ (الفرع الأول)، وما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه؟ (الفرع الثاني) وهذا ما سنبينه وفق الآتي:

الفرع الأول

مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

نود أن نشير بداية إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد للمصلحة العامة تختلف عن الفسخ الاتفاقي، الذي يتفق عليه الطرفان في القانون الخاص، كما تختلف عن سلطة الإدارة في فسخ العقد كجزاء تفرضه على المتعاقد الذي ارتكب أخطاء جسيمة في تنفيذ العقد [4].

كما تعد سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة سلطة مستقلة عن سلطتها في التعديل.

[4]- د. موسى مصطفى شحادة، حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص 307.

إذ يرى جانب من الفقه أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة تعد صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، على أساس أن إنهاء العقد هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد [5].

إلا أن البعض الآخر يرى – ويؤيدهم الباحث – أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانبها لدواعي المصلحة العامة هي سلطة قائمة بذاتها ومستقلة عن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، وذلك لأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يترتب عليها انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة ومتعاقدها. ووضع نهاية قاطعة للعقد، على عكس الإدارة في تعديل العقد التي لا يترتب عليها انقضاء العقد، بل يستمر العقد وتظل الرابطة العقدية بين الإدارة ومتعاقدها قائمة، ويقتصر أثرها على زيادة أو انقضاء التزامات المتعاقد مع الإدارة من دون انقضاء العقد نفسه [6].

ولكن الرأي الأخير لا يعني إنكار سلطة الإدارة في تعديل مدة تنفيذ العقد، إذ أن سلطة الإدارة في التعديل يمكن أن تمس مدة تنفيذ العقد بإطالة المدة أو تقصيرها، ولكن هذه السلطة لا تؤدي إلى وضع نهاية للرابطة التعاقدية، وإنما تعطي الحق للمتعاقد في الحصول على التعويض إذا ما أصابه ضرر من جراء تعديل مدة تنفيذ العقد [7].

---

[5]- أ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2008 ص 710، د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973ص 263.

[6] - د. محمد صالح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، 1993، ص 436-437.

[7]- فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري في جلسة 2006/4/16 بأنه: " إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد في غير المدة المحددة اتفاقا لتنفيذه لسبب يرجع إلى الجهة الإدارية (التنفيذ في مدة أقل من المتفق عليها) فإن من حقه الحصول على قيمة أية أعباء إضافية تحملها نتيجة لذلك، وحق المتعاقد في الحصول على تعويضات كافية لتغطي ما زاد على تكلفة العقد "، أشار إليه محمد ماهر أبو العينين، وجيز الأحكام والفتاوى، ص 369.

ويقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل [8]، فالقضاء الإداري أقام نظام المسؤولية التعاقدية للإدارة بدون خطأ، والذي يتيح للمتعاقد الحق في التعويض عن الاستخدام لهذه السلطة، بشرط أن يصيب المتعاقد ضرر نتيجة إنهاء عقده [9]. فالتعويض هنا مقاسه الضرر، وهو يشمل عنصرين هما: الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، والكسب الذي فاته، ولكن إذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضررا للمتعاقد فلا محل للتعويض [10].

أما إذا نظم العقد أو القانون أو النظام مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن إنهاء عقده وعناصره، فإنه في هذه الحالة يجب إعمال شرط العقد أو نصوص القوانين والأنظمة حتى لو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض [11].

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

يجمع غالبية الفقهاء على أحقية جهة الإدارة في ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، شأنها في ذلك شأن السلطات الأخرى التي تحوزها الإدارة كسلطة الرقابة والتوجيه، وسلطة التعديل، وتوقيع الجزاءات، كونها في حقيقة الأمر ضمانات تم تخويلها لها من قبل المشرع لتسهر بذلك على حسن تنفيذ عقودها، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتحقيقا للمصلحة العامة.

---

[8]- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية. الحقوق، جامعة القاهرة،1973، ص 274.

[9]- د. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، 1993، ص 537.

[10]- د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ،2006ص 382.

[11]- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، مصر 2010، ص 402.

إلا أن الخلاف الذي حصل بين هؤلاء الفقهاء بخصوص سلطة إنهاء العقد الإداري يكمن في الأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه هذه السلطة، فمنهم من يرى أن حق الإدارة في ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري يقوم على فكرة الصالح العام (أولا) في حين يرى الاتجاه الثاني أن الأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية يقوم على فكرة السلطة العامة (ثانيا) بينما يرى اتجاه آخر أن الأساس القانوني لهذه السلطة مزدوج يستند إلى فكرة الصالح العام وامتيازات السلطة العامة في أن واحد (ثالثا).

أولا: الأساس القانوني القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل، وانتظامه بالمرافق العامة [12]، ذلك أنه قد يظهر بعد التعاقد أن المرفق لم يعد بحاجة إلى هذا العقد كونه لم يعد يلائم احتياجاته، أو أصبح يشكل عبئا ثقيلا عليه[13]، لذا فإنه من المصلحة العامة إزالة مثل هذا العبء عن طريق إلغاء العقد[14]، ومن جملة الفقهاء الذين يؤيدون قيام الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري على فكرة الصالح العام، ومقتضيات سير المرافق العامة بفرنسا الفقيه (PEQUIGNOT) والذي يرى أن:" للإدارة الحق في فسخ عقودها

[12]- يونس إسماعيل حسن كردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار. الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 53.

[13]- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 263.

[14]- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، د راسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2014، ص74.

إذا اقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة "[15].

كما يرى جانب من الفقه العربي وعلى رأسهم الدكتور سليمان محمد الطماوي أن: " للإدارة دائما أن تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة المنشودة "[16]. ويؤيده في ذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب بقوله أن: " للإدارة أن تنهي العقد أثناء فترة سريانه أو قبل انتهاءها بالرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ يستدعي ذلك، كلما اقتضت المصلحة العامة هذا الإنهاء من وجهة نظر الإدارة [17].

وعلى الرغم من تأسيس العديد من الآراء الفقهية مبادئها على فكرة المصلحة العامة، فقد ذهب جانب من الفقه إلى البحث عن أساس قانوني أخر يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام وقد كان لهذا الرأي أسانيده وحججه في ذلك نورد ذكرها في الآتي:

ثانيا: الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الامتيازات الاستثنائية المخولة لجهة الإدارة، والتي من بينها سلطة إنهاء العقد الإداري هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة

[15]- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، 2003، ص131.
[16]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص188.
[17]- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشو رات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 534.

العامة، استقلالا عن اشتراطات أطراف العقد [18]، وأن الأساس القانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي يكمن في هذه الفكرة. ونجد من أبرز الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي العميد فيدال الذي يرى أن: " سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق"[19]

ويوافقه في هذا الرأي الدكتور أحمد عثمان عياد بقوله أن: " سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها" [20]

ومما سبق ذكره من خلال الآراء الفقهية التي قيلت بشأن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة في استعمالها لسلطة إنهاء العقد بين مرجع لهذا الأساس إلى فكرة السلطة العامة، وبين قائل بأن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يكمن في فكرة المصلحة العامة، وجدنا في بعض الدراسات السابقة أنها قد أشارت إلى أن هناك بعضا من الفقهاء قد اتجه إلى الجمع بين كل من الفكرتين، وذهب إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد مزدوج يجمع بين الفكرتين في وقت واحد هما: فكرة امتيازات القانون

[18]- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص366.

[19]- مفتاح خليف عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 69.

[20]- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية. الحقوق، جامعة القاهرة،1973، ص 266.

العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد من ناحية، وفكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام من ناحية أخرى.

ثالثا: الأساس القانوني المزدوج القائم على فكرة المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لا يقوم إلا على أساس الجمع بين الفكرتين كما أشرنا إليه أعلاه، وعلى رأسهم الأستاذ أندري دي لوبادير والفقيه تيرينيه واللذان يريان أن الشخص العام المتعاقد يحكم رسالته في المصلحة العامة وحسن تنفيذ المرافق العامة، وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها أن ينهي من جانب واحد العقود التي هو طرف فيها ولو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدي [21].

وهو الشيء نفسه الذي يراه الدكتور محمد صلاح عبد البديع بقوله أن: "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند إلى الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وعلى فكرة السلطة العامة من ناحية أخرى".

وعلى ضوء ما سبق ذكره ومن خلال جميع الآراء الفقهية التي جاءت بشأن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة في استعمالها لسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، بين مرجع لهذا الأساس إلى فكرة السلطة العامة، وبين

[21]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 69.

قائل بأن الأساس القانوني لسلطة الإنهاء يكمن في فكرة المصلحة العامة، فإننا بدورنا نؤيد هذا الأخير كون أن الإدارة انصرفت نيتها منذ أول وهلة وأثناء إبرامها للعقد الإداري إلى تحقيق الصالح العام ومتطلبات سير المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وما امتيازات السلطة العامة إلا أداة تم وضعها بيد الإدارة لتحقيق ذلك.

إلا أن السؤال الذي يدور هنا: هل باستطاعة الإدارة ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة خارج النصوص التعاقدية أم لا؟

حتى يتسنى لنا الإجابة على هذا السؤال لابد لنا من استعراض جميع الآراء والمواقف الفقهية التي قيلت بشأن سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من مؤيدة ومعارضة، ومن ثمة التطرق إلى استعراض بعض الأحكام القضائية والتشريعات القانونية التي جاءت بخصوصها.

المطلب الثاني

موقف الفقه والتشريع والاجتهاد من سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة

لقد بات من الأمور المسلم بها أن الإدارة لدى تسييرها للمرافق العامة تسعى من خلال ذلك لهدف واحد ألا وهو تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الجماهير المتزايدة من خلال العقود التي تبرمها، إلا أنه وبالرغم من الصلة الوطيدة التي

تربط العقد الإداري بالمرفق العام، فإنه قد يصبح في بعض الأحيان تنفيذه مثلما أ رينا غير ذي جدوى أو فائدة تعود على سير المرفق العام مما يتنافى هو والمصلحة العامة. الأمر الذي يحتم على جهة الإدارة المتعاقدة التدخل لوضع حد نهائي له، لما قد يترتب عليه من أضرار تمس المرفق العام والمصلحة العامة على حد سواء إذا ما استمر الوضع على هاته الحالة، حتى ولو خلت نصوص العقد على تضمينه لحق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، فما هو موقف كل من الفقه والاجتهاد والتشريع من ذلك؟

الفرع الأول

موقف الفقه

لقد تضاربت آراء الفقهاء حول أحقية الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، حيث هناك من أيدها في ذلك (أولاً)، وهناك من رفض ذلك (ثانياً).

أولا: الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في إنهاء العقد حتى بدون نص

لقد استقر العديد من فقهاء القانون الإداري في كل من فرنسا ومصر وغيرهما على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد معها هي من النظام العام، باعتبارها حقا ثابتا لها في جميع العقود الإدارية التي تبرمها وسواء تم النص عليها في العقد أو لم ينص [22]. ومن أبرز الفقهاء الذين يؤيدون أحقية ممارسة جهة الإدارة لسلطتها في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة بفرنسا نجد الفقيه أندري دي لوبادير والذي يرى

[22]- نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 370.

بخصوص هذه السلطة أن القضاء قد أقر بطريقة واضحة وجود تلك السلطة العامة للإدارة في إنهاء عقودها الإدارية إنهاء انفراديا [23].

أما على صعيد الفقه العربي، يرى الدكتور ماجد راغب الحلو أنه:" باستطاعة الإدارة ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري حتى ولو لم يتم النص على ذلك صراحة ضمن شروط العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنها"[24].

ثانيا: الاتجاه المعارض لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بدون نص

من جملة الفقهاء الذين ينكرون وجود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري في حالة عدم النص عليها في العقد، الفقيه الفرنسي لوليبه والذي يرفض إعمال الإدارة لهذه السلطة في حالة عدم ورود نص صريح ينص عليها في العقد. كما يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانبها وحدها لدواعي المصلحة العامة، لا توجد كقاعدة من قواعد القانون العام، ولكنها في الواقع مجرد تطبيق للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة (1135) من القانون المدني الفرنسي بالنسبة لعقود القانون الخاص، والتي تقضي بأن الاتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها، بل تشمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون حسب طبيعة الالتزام، وهوما يعرف في القانون الإداري تحت اسم العادات الإدارية أو العرف الإداري.

[23]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 335.

[24]- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص131، لمزيد من الآراء الفقهية التي جاءت بهذا الشأن، راجع، محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، عوارض تنفيذ وانهاء العقد الإداري وقواعد المسؤولية العقدية في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى سنة 2004 - الكتاب الثالث - دار الكتب المصرية، 2003، ص241، رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 534، محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 239.

ويرى الفقيه J.Dufan أن: " سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ليست من النظام العام، فهي لا توجد إلا إذا كانت مدرجة صراحة في شروط العقد أو بمقتضى نص قانوني [25].

في حين يذهب الفقيهان Jeze وDu Laubadere إلى القول: " بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد من النظام العام، حيث إنها توجد دائما ولو لم ينص عليها صراحة في العقد نفسه، ولو لم يقررها نص في القانون، أي إن الإدارة تتمتع بهذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد الإداري نفسه على النص عليها[26].

كما نجد من الفقهاء من يحصر رفضه لممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة في حالة لم يرد نص في العقد يسمح لها بممارسة هذا الحق في عقد الالتزام فقط وعلى رأسهم الفقيه Dufau الذي يرى بأن: " الإدارة لا تملك فقط القدرة على التعديل من جانب واحد أثناء تنفيذ العقد للالتزامات والأداءات المنفذة بواسطة الملتزم، ولكنه محظور عليها أيضا أن تنهي عقد الالتزام قبل التاريخ المحدد في العقد، فالملتزم له حق مكتسب في استغلال المرفق العام طوال مدة عقد الالتزام، وانهاء عقد الالتزام لا يمكن أن.... يمارس إلا عندما يكون منصوصا عليه في كراسة الشروط الخاصة بعقد الالتزام، باستثناء الاسترداد القانوني المنظم بنص خاص"[27].

وفي سورية يرى بعض الفقه – ويؤيدهم الباحث – أن للإدارة أن تنهي عقودها الإدارية من دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك،

[25]- د. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، 1993، ص 422.

[26]- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3986، لسنة 35 قضائية، جلسة 1992/11/15.

[27]- مقتبس عن مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع نفسه، ص96.

من دون حاجة للنص عليها في القانون أو العقد، مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء [28].

إلا أنه بالرغم من إنكار جانب من الفقه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون نص، نرى أنه بإمكان الإدارة ممارسة هذه السلطة، حتى ولو لم يرد النص عليها في العقد، وهو الرأي الغالب لدى جمهور فقهاء القانون الإداري والمكرس من قبل كل من التشريع والقضاء الإداري كما سيتم توضيحه.

الفرع الثاني

موقف القضاء

تبنت العديد من الأحكام القضائية فكرة سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في العديد من الأحكام الصادرة عنها، حيث أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث بشكل حاسم على أن كل عقد إداري بإمكان الإدارة إنهائه إذا ما ارتأت عدم فائدته أو لم يعد مطابقا لسياستها الحالية وذلك حفاظا على المصلحة العامة، وهو ما أقر به صراحة في إحدى القرارات الصادرة عنه بتاريخ 1964/12/14والتي جاء فيها: " إن البلدة تملك الحق في أن تنهي عقد التزام المرافق العامة عندما ترى فائدة ذلك للمصلحة العامة "

وفي مصر أوضحت المحكمة الإدارية العليا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لا تستمد من نصوص العقد، وإنما من النظام العام، إذ قضت بأنه: " الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد وإنهائه إنما تستعمل حقا لها، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة

[28]- د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 507.

والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة[29]."

أخيرا وبعد الاطلاع على هذه القرارات القضائية في كل من فرنسا ومصر والتي جاءت مؤيدة لحق الإدارة في ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، تدخل المشرع بدوره للتأكيد على وجود هذه السلطة من خلال سن العديد من القوانين التي جاءت منظمة لها، ليكون ذلك بمثابة تكريس منه لهذه السلطة كما سيتم توضيحه.

الفرع الثالث

موقف المشرع

عرفت العديد من التشريعات العالمية التي تأخذ بالقانون الإداري النص على سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وذلك لقطع جميع الشكوك التي سادت بين فقهاء القانون الإداري بخصوص فحوى هذه السلطة، حيث نصت المادة /42/ من المرسوم رقم 71/50 المتضمن قانون الأشغال العامة الفرنسي الصادر على أنه: " يمكن بموجب قرار صادر من السلطة المختصة ودون إعذار مسبق من فسخ العقد سواء بسبب إنشاء نظام الإدارة المباشرة، أو لإبرام عقد جديد أو بسبب فسخ العقد، بعد توقيع عقد مماثل أو حتى بدون توقيع جديد، وذلك مع مراعاة أداء المبالغ المستحقة للمقاول في كافة الأحوال، ودون إلحاق أية أضرار بحقوقه التعاقدية".

[29]- أ.د سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص 254.

كما نص المشرع السوري صراحة [30] على سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة في نص المادة /60/ فقرة /أ/ من القانون رقم /51/ لعام/2004.

وعلى ضوء ما سبق، يمكننا أن نجزم بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري باتت من الحقوق المسلم بها لجهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، والتي بإمكان الإدارة استعمالها حتى وإن خلت نصوص العقد على تضمينها، وهو ما أيده كل من الفقه والقضاء والتشريع، ليتم التساؤل عما إذا كانت هناك شروط تخضع لها جهة الإدارة أثناء ممارستها لسلطة الإنهاء أم لا؟ وما هي أبرز المظاهر والصور التي تتخذها؟

المبحث الثاني

الأحكام القانونية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

بإمكان جهة الإدارة بما لها من امتيازات السلطة العامة -سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري - أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري وتفك الرابطة التعاقدية لضرورات تتماشى مع المصلحة العامة، فهي توجد بذاتها في جميع أنواع العقود الإدارية، حتى ولو أغفل النص على ذكرها، كما أنه بإمكان جهة الإدارة ممارستها دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك.

المطلب الأول

[30]- تنص الفقرة أمن الماد/60/ من القانون رقم /51/ لعام/2004/: (يحق لآمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائيا بناء على مقتضيات المصلحة العامة..)

شروط سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

وعليه، فإن ذلك كله يستدعي منا إبراز أهم الضوابط والشروط التي تخضع لها الإدارة أثناء ممارستها لهذا الحق (الفرع الأول)، واستعراض إحدى أبرز الصور والمظاهر التي تتخذها سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري (الفرع الثاني)

الفرع الأول

شروط ممارسة سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد ليست مطلقة للإدارة، فلا تستطيع هذه الأخيرة أن تستعملها دون قيد بل تخضع لشروط، إذ يشترط لمشروعية ممارسة الإدارة لسلطتها توافر شرطين، أولهما: أن يستند إنهاء الإدارة للعقد الإداري على توافر فكرة الصالح العام، أو صالح المرفق، وثانيهما: أن تتوافر الشروط اللازمة لصحة الأعمال المبنية على السلطة التقديرية [31]، والتي سوف نبينها وفق الآتي:

أولا: توافر شرط المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام

تقوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد على أساس محدود، وهو ضرورة تمكين الإدارة من إنهاء عقودها الإدارية التي لم تعد تتفق مع متطلبات المصلحة العامة، ومع احتياجات المرافق العامة.

ولقد بينت المحكمة الإدارية العليا في مصر المقصود بالمصلحة العامة، إذ أشارت إلى أنه: " يقصد بالمصلحة العامة في هذا المجال مصلحة المرفق العام والتجاوب مع حاجاته ومقوماته وما يصلح من شأنه، وليس مجرد الحصول على مقابل متالي

[31]- د. أحمد عثمان عياد، مصدر سابق، ص 267.

أكبر مما يدفعه المتعاقد مع الإدارة عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد إنهاء العقد الأول بإرادتها المنفردة، فالعلاقة بين طرفي العقد أياً كان نوعها يجب أن تقوم على أساس الثقة المتبادلة بين أطرافه، وحسن النية في التعامل والتعاون الصادق في تمثيل أهداف العقد [32] ".

وإذا كان تحقق شرط المصلحة العامة هو شرط أساسي يجب أن يتوافر في قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري من دون خطأ من المتعاقد [33]، فإن الأمثلة على تحقيق المصلحة العامة متنوعة ولا يمكن حصرها، ولذلك سوف نذكر أمثلة عدها القضاء الإداري من الحالات التي يتحقق فيها شرط المصلحة العامة [34].

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1930/6/6 في قضية ترسانات بناء السفن بإنهاء عقود توريد كاسحات الغام بعد توقف العمليات الحربية [35]، كما قضى ذات المجلس في حكمه الصادر في 1955/3/6 في قضية شركة كابل بفسخ عقد إصلاح وتحسين منشآت توصيل المياه في إحدى المدن لانقضاء احتياجات المدينة بسبب انضمامها إلى المشروع العام لتوصيل المياه وصيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة [36].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر المبدأ السابق، إذ قضت بأنه: " فإن ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجلها بسبب تغير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما

[32]- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 730، لسنة 23 قضائية، جلسة 12/6/ 1970، أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص 174.

[33]- د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص 387.

[34]- د. محمد صلاح عبد البديع، مصدر سابق، ص 501.

[35]- د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظري والتطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص563.

[36]- أشار إليه، د. أحمد عثمان عياد، مصدر سابق، ص 269.

أصابه من ضرر. والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر، ويمثل عنصرين جوهريين هما: الخسارة التي لحق المضرور والكسب الذي فاته [37].

كما قضت المحكمة ذاتها بأن: " حق الإدارة في فسخ العقد لا بد أن يثبت استخدامه للصالح العام، والفسخ للتعاقد مع آخر لتحقيق منفعة أكبر للإدارة، خطأ يبرر التعويض المقضي به عليها [38]."

ثانيا: توافر الشروط اللازمة لصحة الأعمال المبنية على سلطة تقديرية

ينبغي لصحة قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة أن يصدر القرار من السلطة المختصة، وغالباً ما تكون هذه السلطة هي ذاتها التي أبرمت العقد طبقاً لقاعدة توازي الاختصاصات، ما لم يوجد نص في العقد يحد سلطة أخرى تختص بذلك [39].

أما عن الشكل القانوني للقرار فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1963/1/25 في قضية " Socuete des alcools du Vexin " بإمكانية إنهاء الإدارة لعقودها الإدارية إما عن طريق إصدار قرارات فردية، أو عن طريق قرارات تنظيمية تصدر بإنهاء مجموعة من العقود الإدارية معاً

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يعتد بأثر التدبير العام والصادر بإنهاء مجموعة من العقود الإدارية إلا بعد صدور قانون يستند عليه وإقراره من السلطة المختصة،

---

[37]-. حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1520، لسنة 2 قضائية، جلسة 20/ 4/ 1957، أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، مصدر سابق، ص256.

[38]- 256حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1931، لسنة 49 قضائية، جلسة 2007/9/1، أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين، وجيز الأحكام والفتاوى، مصدر سابق، ص 373

[39]- حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1987/2/2 في قضية القناة التلفزيونية السادسة (Ste Tv6) بإلغاء المرسوم الصادر من الحكومة الفرنسية في 1986/7/30، والذي يتضمن إنهاء عقد الالتزام مع الشركة الأخيرة صاحبة امتياز استغلال القناة السادسة بالتلفزيون الفرنسي" "لعدم مشروعية هذا المرسوم، وذلك لأن هذا المرسوم قد اتخذته الحكومة استناداً إلى مشروع قانون لم يصدر بعد من البرلمان في تاريخ صدور هذا المرسوم، لمزيد من التفاصيل راجع د. محمد صلاح عبد البديع، مصدر سابق، ص 225.

كما أن هذا التدبير العام لا يعتد بأثره في إنهاء العقد الإداري إلا بعد انقضاء المدة المنصوص عليها في القانون ليبدأ سريانه [40].

إلا أنه لا يشترط لصحة قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة أن تقوم الإدارة قبل إصدار هذا القرار بالإعذار المسبق للمتعاقد [41].

إذ قضت محكمة القضاء الإداري في مصر: " فقد تحتفظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين، كأن تشترط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء بل ودون خطأ من جانب المتعاقد الآخر، وحق الإدارة في هذا الصدد تتمتع به من دون حاجة للنص عليه في العقد، ومن ثم يكون الدفع المبدى من المدعى عليه بعدم قبول دعوى الفسخ لرفعها قبل الأوان بمقولة أنه لم يعذر طبقاً للمادة 157 من القانون المدني على أساس متعين الرفض[42].

كما أن الإدارة لا تكون ملزمة بتسبيب قرار الإنهاء، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1917/11/16 في قضية Caledonienes: " بأنه ليس هناك أي نص قانوني يلزم الإدارة بتسبيب قراراتها الصادرة بإنهاء عقد التوريد."[43]

[40]- حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى المرقمة 1827-10، جلسة 1957/3/17، أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، مصدر سابق، ص 252.

[41]- أشار إليه: د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص 398.

[42]- حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى المرقمة 1827-10، جلسة 3/17/ 1957، أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، مصدر سابق، ص 252.

[43]- أشار إليه، د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص 398.

ويرى البعض أن هذا المبدأ لا بد أن يطرأ عليه بعض التغيير في فرنسا وذلك بعد صدور القانون في 1979/7/11 والذي يوجب في مادته الأولى تسبيب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضررا بالمواطنين [44].

إلا أن قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة تحقيقاً للمصلحة العامة لا يخضع لأحكام القانون الصادر في 11/ 7/ 1979، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 23/ 5/ 1986 في قضيته Thomas بخصوص قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي لعقد يتضمن شغل الدومين العام لدواعي المصلحة العامة، إن هذا القرار ليس له طابع الجزاء، ولا يلزم بالتالي أن يكون مسبباً [45].

وإن تسبب قرارات الإدارة يكون واجباً بالنسبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة والفاسخة من دون قرارات الإنهاء لدواعي المصلحة العامة [46].

خلاصة القول إن المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ نظام غير معروف في عقود القانون الخاص، وهي تتحقق عندما تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معا في نطاق العقد، إذ أقر القضاء الإداري للمتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيبه عند تنفيذه للعقد الإداري.

الفرع الثاني

الاسترداد كصورة من صور الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة

يعتبر عقد الامتياز أو عقد التزام المرافق العامة كما يطلق عليه عادة أحد أبرز أنواع العقود الإدارية التي تتجلى فيها مظاهر سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد

---

[44]- أ. د سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص 713.
[45]- أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع، مصدر سابق، ص 533.
[46]- د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2010، ص 221.

الإداري، إذ تستطيع الإدارة إنهاء هذا النوع من العقود قبل حلول موعد نهايته الطبيعية ودون صدور خطأ من جانب الملتزم، أو اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك. ويطلق على حق الإدارة في إنهاء عقد التزام المرافق العامة اصطلاح "استرداد الالتزام" والذي يمكن تعريفه على أنه: " قيام الإدارة بإنهاء عقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم، شريطة أن يتم تعويضه تعويضا عادلا، وبإجراء إداري صادر عن جهتها دون اللجوء إلى استصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك [47].

ويعد حق الاسترداد حقا من الحقوق الأصلية التي تتمتع بها جهة الإدارة، وفقا للنظرية التقليدية المعمول بها في عقود الالتزام [48]

وبناء على ذلك فإنه يحق للجهة الحكومية مانحة الالتزام أن تلجأ إليه حتى وان لم ينص على ذلك في صلب العقد [49]، وذلك متى اقتضى الصالح العام منها هذا الإنهاء، على أن تراعي الإدارة أثناء قيامها باسترداد الحقوق المالية المشروعة للملتزم، وذلك بالتوفيق بين سلطتها في تحقيق الصالح العام، التي لا يمكن لها التنازل عنها في إنهاء الالتزام وبين المصالح المالية للملتزم[50]، أو ما يقابله من حقوق مخولة لهذا الأخير تتجلى في تعويضه تعويضاً كاملا يغطي ما لحقه من ضرر وفاته من كسب وفقا للقواعد العامة [51].

---

[47]- يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 70.

[48]- ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل واعادة المشروع، دار النهضة العربية الحديثة، القاهرة، 2005، ص 290.

[49]- يونس إسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2015، ص 68.

[50]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 277.

[51]- وهو ما حكمت به المحكمة السلفادورية في قضية الشركة التجارية للسلفادور والتي قام بها النزاع بين حكومتي الولايات المتحدة الأميريكية والسلفادور بسبب قيام حكومة السلفادور بإغلاق الميناء في وجه حركة الاستيراد مما تسبب في إهدار حقوق صاحب الإمتياز)منح صاحب الإمتياز أحد الرعايا الأمريكيين إمتياز بإحتكار الملاحة

وعادة ما يأخذ استرداد الالتزام في الواقع العملي ثلاث صور يمكننا إجمالها في الآتي:

أولا: الاسترداد التعاقدي

وهو الاسترداد المنصوص عليه في وثيقة العقد، على النحو الذي يوضح كيفية مباشرة الإدارة لهذا الحق، والذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة [52].

ثانياً: الاسترداد التشريعي

ويتم هذا النوع من الاسترداد بتدخل من المشرع في بعض الحالات لاسترداد المشاريع المدارة عن طريق الامتياز أو إلغائها، إذ ليس من المستغرب ذلك، طالما أن عقد امتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون، لذا فإنه ومن الطبيعي أن يقرر المشرع لاعتبارات عديدة وبحسب تقديره استرداد أحد المرافق العامة، أو إلغاء الامتياز الممنوح لها [53].

ثالثا: الاسترداد غير التعاقدي

التجارية وتطوير الميناء لمدة 51 سنة من طرف حكومة السلفادور، وكانت غالبية رأسمال الشركة مملوكة لشركة السلفادور الأمريكية التجارية رغم تأسيسها في السلفادور(، وقد حكم في النزاع أن شركة
السلفادور الأميريكية ورعايا الولايات المتحدة الأمريكية المساهمين في الشركة أن لهم الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة إنهاء الإمتياز بطريقة غير مباشرة. نقلا عن نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 153.

[52]- نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد40، ملحق01، 2013، ص 1060.

[53]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص149.

وهو الاسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الالتزام، دون تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الامتياز، أو وجود نص صريح ضمن شروط العقد يجيز لها ذلك [54].

المطلب الثاني

آثار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

يقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة حقا للمتعاقد معها في الحصول على تعويض في أثر هذا الإنهاء المباغت للعقد الذي عول عليه في الحصول على ربح تنفيذه، لما لحقه من ضرر نتيجة هذا الانتهاء المبكر للعقد دون خطأ أو تقصير من جانبه [55]، حيث يكون بوسع المتعاقد اللجوء لقاضي العقد طالبا تعويضا لما أصابه من جراء ذلك الإنهاء من أضرار حيث لم يكن أثرا لخطأ من جانبه، وقد ينظم العقد الإداري كيفية وعناصر استحقاق هذا التعويض ولهذا يطبق القاضي شروط العقد فإذا خلا العقد من تنظيم لأوضاع منح هذا التعويض وعناصر تقديره ولم يرد بهذا الشأن نص من القوانين أو اللوائح ذات الصلة بالعقد الإداري كان للقاضي تقدير ما يستحقه للمتعاقد من تعويض وفقا للقواعد العامة [56].

الفرع الأول

[54]- انظر، حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 827.

[55]- الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص572.

[56]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مطبعة الجلال للطباعة، مصر، 2009، ص131، 132.

التعويض المقابل لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 20 /1990/3 بأنه " من المستقر عليه فقها وقضاء أنه للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، هذا مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقا، بل أنه مشروط بشرطين أولهما أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد. وثانيهما أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية (أي ألا يكون القرار مشوبا بالانحراف بالسلطة)"[57].

كما استقرت أحكام مجلس الدولة في مصر على التسليم بحق الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية وبإرادتها المنفردة، رغم عدم ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يستدعي هذا الإنهاء، وذلك تحقيقا للصالح العام، ومنها ما قضت به محكمة القضاء الإداري في أحد القرارات الصادرة عنها حيث أكدت بأن:"...العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة،.... ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الأخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على

[57]- المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (2289) لسنة 30 القضائية، الحكم الصادر بجلسة 1990/3/20، مجلس الدولة- المكتب الفني- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الخامسة والثلاثون - العدد الثاني (من أول مارس سنة 1990 إلى آخر سبتمبر 1990) صـ 1421، منشور في موقع بوابة مصر للقانون والقضاء.

خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها عن إرادة الطرف الأخر.

أولا: الضرر كشرط لحصول المتعاقد على التعويض

إن المتعاقد مع الإدارة لا يكون لديه مبررات الاعتراض على إنهاء الإدارة المتعاقدة معه قبل انتهاء مدته إذا كان من العقود محددة المدة أو قبل الانتهاء من تنفيذه مادام حقه في الحصول على العقد القيام بهذا الدور، ومع ذلك فإن استحقاق المتعاقد مع الإدارة لتعويض عن الإنهاء الإداري للعقد الإداري مناطه أن يكون قد أصيب بضرر بسبب ذلك الإنهاء، فلا مجال للتعويض إذا لم يرتب إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ضرر للمتعاقد مع الإدارة، ويجب على المتعاقد في هذه الحال إثبات الضرر للمطالبة بالتعويض نتيجة الإنهاء بالإرادة المنفردة [58]. والتعويض هنا مقياسه الضرر المباشر، وهو يشمل عنصرين جوهريين وهما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذّي فاته [59]. حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الشأن إلى خضوع التعويض للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد، فإذا انتفى هذا الضرر فلا محل للتعويض. كما لا يحصل المتعاقد مع الإدارة على تعويض عما سببه الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من ضرر إذا كان قد نص بالعقد على إعفاء الإدارة من هذا التعويض، الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة عن الإنهاء الانفرادي لتعاقده. ويراعى في تقدير التعويض الخسارة الواقعة والكسب الفائت ما لم يتفق طرفي العقد على خلاف ذلك وقد استبعد مجلس الدولة الفرنسي من التعويض الذي يمنحه المتعاقد عنصر الأرباح التي تفوت عليه نتيجة

[58]- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005، ص

[59]- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص381.

إنهاء عقده في جميع الحالات التي تثبت فيها أن هذا الإنهاء كان راجعا لظروف خارجية لا يد للإدارة فيها، بحيث جعلت من إنهاء العقد نتيجة لا يمكن بالفعل تجنبها ومرجع عدم استحقاق التعويض عن الكسب الفائت في هذه الحالة العدالة المجردة حيث كانت الإدارة مدفوعة في إنهائها للعقد بمؤثرات خارجية لم يكن بوسعها الاستمرار في التعاقد في ظل قيامها، ويقع على المتعاقد وحده عبء إثبات الضرر الذي أصابه بسبب الإنهاء الغير طبيعي للعقد الإداري، كما يتعين عليه إثبات هذا الضرر ثابتا ومحققا فإذا أخفق في ذلك لا يقضي له بتعويض[60].

ثانيا: كيفية استحقاق المتعاقد المتضرر للتعويض

لا شك أن إنهاء العقد الإداري من دون خطأ من جانب المتعاقد وقبل نهاية مدته الطبيعية يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة إذا نفذ العقد بالكامل، وبالتالي فإن إهدار حق المتعاقد دون تعويض يجافي المنطق، وعليه فموازنة هذه السلطة تقتضي الإقرار بحق المتعاقد بالمطالبة بالتعويض، ويكون التعويض وفق نصوص العقد أو القوانين واللوائح، أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللائحة كيفية استحقاق التعويض عند إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فيقوم القاضي بتقدير ما يستحقه من تعويض وفقا للقواعد العامة، ويقترب النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية من النظام المقابل له في عقود القانون الخاص فيما يتعلّق باشتراط توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة السببية بينهما، وفيما يتصل بتقدير التعويض أيضا[61].

كما أن التعويض يكون كاملا يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، والكسب الفائت يستثنى من التعويض في الحالات الاستثنائية كقيام حرب

[60]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها.

[61]- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، ط1، دار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ص112.

مثلا. من هنا فقد حرص القضاء على إقامة نظام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة وهو ما يتيح للمتعاقد الحصول على تعويض نتيجة فعل الإدارة، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار الفسخ يجب أن يتضمن قيمة التعويض حتى لو لم يكن المتعاقد قد تلقى أو طالب بهذا التعويض فالمتعاقد له الحق أن يعوض عليه بسبب الخسارة التي لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها والاستثمارات التي تم فسخها ويقع عليه عبء إثبات الخسارة التي حلت به بسبب الفسخ كما له الحق بالربح الفائت، هذه المبادئ الثابتة تكون دقيقة التطبيق في شأن عقود التزامات الأشغال العامة نظرا لأهمية النفقات التي يتم التصرف بها خلال العقد ونظرا لمدة العقد لذلك فإن الملتزم يعوض عليه عن الأموال الهالكة أو المستهلكة والتي تعود للإدارة وقد ينظم العقد ذاته أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض المستحق للمتعاقد على إنهاء عقده وعناصره وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القوانين واللوائح حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مدى استحقاق التعويض ومقدار عناصره فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد وفي هذه الحالة لا توجد قواعد محددة من أجل تحديد مبلغ التعويض ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناشئ للمتعاقد عن هذا الإنهاء المبتسر للعقد شاملا الربح وبذلك فإن المتعاقد لا يستحق التعويض في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة إذا نص العقد صراحة على ذلك أو إذا لم يلحق المتعاقد أي ضرر جراء إنهاء العقد، وفي مصر فقد قررت المحكمة الإدارية العليا أن فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له مقتضى كما أن التعويض يخضع للأحكام العامة

المقررة في هذا الصدد ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد فإذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضررا فلا محل للتعويض[62].

الفرع الثاني

أشكال التعويض المستحق للمتعاقد المتضرر وأسبابه

ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن التعويض المستحق للمتعاقد نتيجة إنهاء الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة يمكن أن يأخذ أحد الأشكال الآتية، ويعود لأسباب عدة نبينها وفق الآتي:

أولا: أشكال التعويض المستحق للمتعاقد المتضرر

يأخذ التعويض المستحق للمتعاقد نتيجة إنهاء الإدارة للعقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة أحد الأشكال التالية:

1- التعويض الاتفاقي والقانوني:

عندما يرد نص صريح في العقد الإداري والقوانين أو اللوائح يبين كيفية استحقاق المتعاقد مع الإدارة لمقدار التعويض عند إنهاء عقده بدون خطأ منه ولدواعي المصلحة العامة، فهنا يجب تطبيق هذا النص بصورة كاملة، لأن هذا النص يتناول كيفية تعويض المتعاقد مع الإدارة وتحديد مقداره، والكيفية التي يحسبها، فإذا اتفق الطرفان، مثلا، على حرمان

[62]- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، مصر 2010، ص401 وما بعدها.

المتعاقد من أي تعويض نتيجة إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة، هنا يجب إعمال شرط العقد [63].

وقد يتفق الطرفان على تقدير مبلغ جزافي كتعويض، أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل، مع استبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتته، أو اشتمال التعويض على العنصرين كليهما، أي تعويضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب.

2- التعويض القضائي:

في حال عدم تنظيم العقد مقدار التعويض المستحق يحق للمتعاقد المتضرر من إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة، اللجوء إلى القضاء المختص[64]، وأن يثبت إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض، أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية أو يحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض.

3- التعويض الكامل:

إذا سلم القاضي الإداري بقيام مسؤولية الإدارة نتيجة للخطأ الذي ارتكبته –أيا كان نوع الخطأ المرتكب - فإنه يقضي بالتعويض الذي يغطي كامل الضرر الذي وقع على المضرور.

[63]- مفتاح خليفة، عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص321-322.

[64]- د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2010، ص 337-378.

ويقصد بالتعويض الكامل عن الأضرار، التعويض الذي يغطي ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وهذان هما العنصران اللذان يقدر القاضي الإداري على أساسها التعويض [65].

إلا أن القانون السوري قد نص صراحة على أن التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يحسب على أساس التعويض العادل [66] أي على أساس الخسارة فقط دون حساب الربح الفائت.

ثانيا: الحالات التي يحق فيها للمتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض:

لا تستطيع الإدارة ممارسة سلطتها بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة من أجل أسباب لا تتعلق بالمصلحة العامة، وعليه فقد قرر القضاء والفقه بعض الأسباب على سبيل المثال لا الحصر لا يتوافر فيها شرط المصلحة العامة لتكون محلا لقرار الإنهاء وبالتالي فإن اتخاذها كمبرر فعل غير مشروع من قبل الإدارة يحق للمتعاقد مطالبتها بالتعويض، وهذه الأسباب هي:

1. الأسباب الشخصية.
2. الأسباب المتعلقة بحرية العقيدة الدينية.
3. الأسباب ذات الطابع السياسي والنشاط النقابي للمتعاقد.
4. الأسباب ذات الطابع المالي البحت [67].

وبعد استعراض ضوابط سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة يرى الباحث أن هذا الحق منبعه الدور المنوط بالإدارة في الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام مما يحقق

[65]- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الرحانة، الجزائر، 1997، ص140.

[66]- تنص الفقرة/ج/ من المادة/60/ من القانون رقم /51/ لعام /2004/: (يترتب على الفسخ أو وقف التنفيذ وفقا لأحكام هذه المادة حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلا، ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء)

[67]- د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، 2015، ص436-438.

المصلحة العامة، وبالتالي فعدم وجودها في العقد الإداري أو القوانين المنظمة لا يحول دون بسط سلطتها بالإنهاء للمصلحة العامة مع وجود قيد عدم إساءة استعمال هذه السلطة والتي تخضع لرقابة القضاء، ونرى أن على المشرع السوري تنظيم هذا الحق مع وضع الضوابط التي تمنع الإدارة من إساءة استعماله.

كما أن الأحكام القضائية في سوريا تواترت على التأكيد على هذا الحق كما هو الحال بالنسبة للقضاء المصري والذي يأخذ بنظام القضاء المزدوج.

خاتمة:

إن الإقرار لجهة الإدارة بممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ما هو إلا تغليب للمصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ذلك أن الاستمرار في تنفيذ بعض أنواع العقود الإدارية قد يصبح في بعض الأحيان غير ذي فائدة، ما ينجر عنه تبديد للمال العام، ما قد يعود بالضرر على مصلحة المرفق العام والمصلحة العامة على حد سواء، الأمر الذي يستدعي منه تدخل الإدارة لتضع حدا نهائيا لتنفيذ مثل هذه العقود حفاظا على المصلحة العامة، إلا أن هذه السلطة الخطيرة الممنوحة للإدارة يقابلها حق المتعاقد المتضرر في الحصول على تعويض عادل لما أصابه من ضرر بالمصلحة الشخصية كونه قد هيأ نفسه وقدراته الفنية، والتقنية، والمالية، والبشرية لتنفيذ العقد وأعطاه الأولوية على غيره من العقود.

وبعد الانتهاء من دراسة حق المتعاقد في التعويض إزاء سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة نسجل أهم النتائج والتوصيات وكالآتي:

أولا: النتائج

1- إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانب المتعاقد معها هي سلطة مستقلة بذاتها. وتستطيع الإدارة ممارستها سواء نص عليها في العقد والقوانين والأنظمة أم لم ينص عليها.

2- يقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة حقا للمتعاقد معها في الحصول على تعويض في أثر هذا الإنهاء المباغت للعقد الذي عول عليه في الحصول على ربح تنفيذه، لما لحقه من ضرر نتيجة هذا الانتهاء المبكر للعقد دون خطأ أو تقصير من جانبه.

3- إن استحقاق المتعاقد مع الإدارة لتعويض عن الإنهاء الإداري للعقد الإداري مناطه أن يكون قد أصيب بضرر بسبب ذلك الإنهاء، فلا مجال للتعويض إذا لم يرتب إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ضرر للمتعاقد مع الإدارة.

4- يجب على المتعاقد في هذه الحال إثبات الضرر للمطالبة بالتعويض نتيجة الإنهاء بالإرادة المنفردة.

5- نص القانون السوري صراحة على أن التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يحسب على أساس التعويض العادل أي على أساس الخسارة فقط دون حساب الربح الفائت.

ثانيا: التوصيات

1- على المشرع السوري تنظيم حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة مع وضع الضوابط التي تمنع الإدارة من إساءة استعماله.

2- يجب تعزيز دور رقابة القاضي على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري وذلك لتوفير المزيد من الضمانات القضائية التي تشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة.

3- لحماية المصلحة العامة والخاصة معاً حبذا لو يأخذ المشرع السوري باعتبار التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة. تعويضاً كاملا عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد أي التعويض الذي يغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

قائمة المراجع:

1- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

2- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية. الحقوق، جامعة القاهرة،1973، ص 266.

3- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

4- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

5- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتعويضات، ط1، القاهرة، 1994.

6- د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2010، ص 337-378.

7- ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، 2015.

8- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2008.

9- عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظري والتطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة،2006.

10- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مطبعة الجلال للطباعة، مصر، 2009.

11- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

12- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

13- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الرحانة، الجزائر، 1997.

14- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.

15- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، 2003.

16- ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل واعادة المشروع، دار النهضة العربية الحديثة، القاهرة، 2005.

17- محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.

18- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشو رات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005

19- محمد صالح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، 1993.

20- محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، 1993.

21- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، ط1، دار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع.

22- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

23- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة العربية للنشر، الإسكندرية، 2006.

24- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، عوارض تنفيذ وانهاء العقد الإداري وقواعد المسؤولية العقدية في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى سنة 2004، الكتاب الثالث، دار الكتب المصرية، 2003.

25- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي. القاهرة، 2007، ص 239.

26- مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

27- مفتاح خليف عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

28- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.

29- مفتاح خليفة، عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

30- موسى مصطفى شحادة، حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر.

31- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.

32- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، 2010.

33- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، مصر 2010، ص401 وما بعدها.

34- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

35- نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق01، 2013.

36- هند أحمد موسى أبو مراد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية.

37- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، د راسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2014.

38- يونس إسماعيل حسن كردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار. الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

39- يونس إسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

وضع المرفق العام تحت الحراسة في عقد الالتزام

طالــب الدراســات العليــا: صبا شيبان

كلية: الحقوق – جامعة: دمشق

الدكتور المشرف: عمار التركاوي

الملخص

يعد جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة من الجزاءات الإدارية الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتطبق الإدارة هذا الجزاء في عقد التزام المرافق العامة وهو يعد امتيازاً للإدارة تطبقه بحق المتعاقد حتى وإن لم يتم ذكره في العقد، وهو جزاء مؤقت ابتداءً تهدف الإدارة إلى إبعاد المتعاقد معها عن العقد والحلول محله في إدارة المرفق على نفقته وتحت مسؤوليته مع الحفاظ على الأدوات والآلات الموجودة داخل المرفق وعدم الإضرار بالموجودات التابعة للمتعاقد معها، وقد يتحول هذا الجزاء المؤقت إلى نهائي عندما يرتكب المتعاقد خطأ جسيم ترى الإدارة من خلاله عدم جدوى الاستمرار معه في تنفيذ التزامه فتسقط التزامه وتفسخ عقده، كذلك للإدارة سلطة تقديرية في إنذار المتعاقد معها قبل تطبيق الجزاء بحقه قبل صدور قرارها بالوضع تحت الحراسة، ولكن تراعي الإدارة ذلك باعتباره ضمان شكلي للمتعاقد يسبق توقيع الجزاء فتنذره قبل تطبيقه عليه، وكذلك إذا ما تضمن العقد فقره تشير إلى إنذار الإدارة للمتعاقد معها فهي ملزمة بتنفيذها بتوجيه إنذار قبل توقيع الجزاء.

Abstract

The penalty for putting the project under guard is the administrative pressure imposed by the administration as a result of the contractor's fault in the implementation of its contractual obligations. The administration applies this penalty in the concession contract for public utilities. It is a privilege for the administration to apply to the contractor even if it is not mentioned in the contract. The administration aims to remove the contractor from the contract and replace it in the management of the facility at his expense and under his responsibility while maintaining the tools and machines within the facility and not to damage the assets of the contractor، and may turn this temporary penalty to a final when the contractor made a mistake The management considers that it is futile to continue with the implementation of its commitment،and the commitment and dissolution of its contract is lost. The management also has discretion in warning the contractor before applying the penalty before issuing its decision on the situation under guard. However، the administration takes this into account as a formal guarantee for the contractor. Moreover، if the contract is accompanied by a paragraph referring to the management's warning to the contractor, it is obliged to implement it by warning before signing the penalty.

المقدمة:

من المعلوم أن الجزاءات في العقود الإدارية نوعان منها مالية، أي تقوم الإدارة بفرض غرامات مالية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته تجاه الإدارة أو مصادرة التأمينات التي يقدمها المتعاقد الأولية منها أو تأمينات حسن الأداء، والأخرى جزاءات غير مالية، ضاغطة، لا يكون هدف الإدارة فيها تحصيل مبلغ مالي من المتعاقد معها وإنما تلجأ لممارسة سلطتها التي تنطوي على وسائل قهر وإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته المحددة في العقد، وهذه الجزاءات الضاغطة مختلفة من عقد لأخر، ففي عقد الأشغال العامة يكون الجزاء سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد، وفي عقد التزام المرفق العام يكون وضع المرفق تحت الحراسة، وكلا الجزاءين تلجأ الإدارة لممارستها لهذه السلطات عندما يكون هناك إخلال من جانب المتعاقد معها ينطوي على قدر معين من الجسامة بحيث لا يمكن معها فرض جزاءات مالية بل لابد من تدخلها لحسم هذا التقصير من خلال وضع المرفق تحت حراستها وإدارتها المباشرة حتى تأمن تسيير المرفق بانتظام واستمرار. ويثير هذا النوع من الجزاءات بعض الإشكالات إذا ما لجأت الإدارة إلى تطبيقه بحق المتعاقد معها من حيث اختيار الطريقة المتبعة في إدارة المشروع بعد إبعاد الملتزم والإجراءات التي تتخذها تمهيداً لوضع المشروع تحت الحراسة والأسباب التي تدفع الإدارة إلى وضع المشروع تحت الحراسة مروراً بتحديد مفهوم هذا النوع من الجزاءات.

أهمية البحث:

يستمد البحث أهميته من أهمية العقد الذي تبرمه الإدارة مع المتعاقد معها، ويتميز هذا النوع من العقد بأن ينفق المتعاقد مبالغ مالية طائلة في تنفيذه طبقاً لنوع المرفق العام المتعاقد على إنشائه مع الإدارة، ففرض هذا الجزاء من قبل الإدارة دون

مراعاة الشروط العامة المنصوص عليها في العقد ودفاتر الشروط الملحقة بالعقد يؤثر على حقوق المتعاقد المالية والإدارية المنصوص عليها في العقد، فتكمن أهمية الموضوع، في مدى التزام الإدارة بالنصوص العقدية واللائحية عند تطبيقها لهذا النوع من الجزاء والذي قد يكون مقدمة لإنهاء التزام المتعاقد أو مصادرة أمواله؟

إشكالية البحث:

نظراً لكون الإدارة قوامة على المرفق العام فإنها منحت امتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها، تستطيع بمقتضاها أن تفرض عليه جزاءات في حالات معينة، ومن بين أهم الجزاءات الضاغطة نجد جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة الذي تستخدمه الإدارة ليس فقط في مواجهة إخلال المتعاقد بالالتزامات التعاقدية، وإنما لضمان سير المرفق العام م خلال التنفيذ الجيد للعقد، ومن ثم تلبية الحاجات العامة.

وعليه تثار إشكالية جوهرية حول **ما مدى تمتع الجهة المتعاقدة في فرض جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة؟ وما مدى فعالية هذا الجزاء في ضمان التنفيذ الجيد لعقد الالتزام؟** خصوصاً وأن هذا الجزاء الضاغط لم ينص عليه بصورة صريحة وواضحة في القانون السوري /51/ لعام /2004/ المتضمن قانون العقود الموحد، والمرسوم رقم /450/ لعام /2004/ المتضمن دفتر الشروط العامة كما نص على غيره من الجزاءات الضاغطة كجزاء سحب العمل والشراء على حساب المتعاقد. **كذلك هل يمكن للإدارة استعماله وقائيا تحت طائلة حماية النظام العام والمرافق العامة؟**

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الآتي:

1. بيان التنظيم القانوني لهذا الجزاء.
2. مدى قدرة الإدارة على الحلول محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.
3. مدى قدرة الإدارة على تطبيق الضمانات الشكلية عند تطبيقها لهذا الجزاء.
4. بيان مدى قدرة القضاء على الإلغاء والتعويض نتيجة خطأ الإدارة في تطبيق هذا الجزاء.

منهجية البحث:

اعتمد البحث المنهج المقارن في دراسة جزاء وضع المشروع تحت الحراسة، بالإضافة إلى بيان أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري الذي لهم الأثر الكبير على بيان هذا الجزاء والتنظيم القانوني له.

تقسيم البحث:

تم تقسيم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة بالإضافة إلى أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها البحث وكالآتي:

المبحث الأول: التعريف بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام.

المبحث الثاني: طرق إدارة وضع المرفق تحت الحراسة والآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول

التعريف بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام

بغية تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، تقوم الإدارة بدور مهم وفعال من خلال إشرافها على المشاريع التي تحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، وفي سبيل

تحقيق الإدارة لنشاطاتها، تلجأ إلى إبرام عدة عقود مع أشخاص القانون الخاص سواء أفراد أو شركات من أجل مساعدتها في تلبية الحاجات العامة.

ويعتبر عقد الالتزام من أشهر العقود الإدارية التي تعتمد عليها لممارسة نشاطاتها الاقتصادية، لكن

في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، فتتمتع هذه الأخيرة بسلطة فرض الجزاء عليه والمتمثل في وضع المرفق العام تحت الحراسة.

لتفصيل أكثر في هذا الجزاء تم التطرق إلى مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة كمطلب أول، أما المطلب الثاني فخصص لشروط وإجراءات وضع المرفق تحت الحراسة وفق الآتي:

المطلب الأول

مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة

يفرض مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام على صاحب الامتياز التقيد بشروط العقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه، فإذا تخلف وتعنت توقع عليه الإدارة المانحة للامتياز جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، وعليه لتفصيل أكثر تم تخصيص الفرع الأول لدراسة تعريف الوضع تحت الحراسة وطبيعته القانونية، أما الفرع الثاني فخصص لتبيان خصائص الوضع تحت الحراسة.

الفرع الأول

تعريف الوضع تحت الحراسة

بغية إشباع الحاجات العامة وسير المرافق العامة بانتظام تقوم الإدارة بإبرام عدة عقود إدارية، لعل أهمها عقد الالتزام أو ما يصطلح عليه بعقد الامتياز[1] الذي يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة، حيث تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز وهو الملتزم على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدمات وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق [2].

وعليه يعد عقد الامتياز (التزام المرافق العامة) من أشهر العقود الإدارية، ولعله من أهمها أيضا،

في الدول الغير اشتراكية، إذ يعتبر عقد الامتياز عقد إداري يتولى الملتزم – فرداً كان أو شركة – بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة في عقد الامتياز[3].

1_ يعد عقد التزام المرفق العام من العقود المتشابكة التي تحتوي على العديد من العقود، فهو يحتوي على عقود أشغال عامة، وعقود توريد، لذا فإنه مجال خصب لتوقيع العديد من الجزاءات الضاغطة، يراجع في تفاصيل ذلك: حماد عبد الرازق حمادة، عقد التزام المرفق العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،2011 ص 620.

2- للمزيد من التفاصيل حول عقد الإمتياز؛ أنظر: حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار
. الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

3- أ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 5008.، ص. 508 ؛ كما يعرف أيضا بكونه " عقد إداري، بمقتضاه يلتزم أحد الأفراد أو إحدى الشركات بتكليف من الدولة،

-

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ1965/3/25 بأنه: (التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح)[4]

إذا عقد الامتياز يمكن الإدارة من توكيل المتعاقد يقوم نيابة عنها بتنظيم وإدارة وتسيير واستغلال المرفق العام وذلك من أجل تحقيق الصالح العام. وعليه فإذا قصر الملتزم في تلك المهمة الموكلة إليه بارتكاب خطأ جسيما أو الإخلال بالتزاماته التعاقدية، فإنها تسارع إلى إدارة المرفق بنفسها ساحبة إياه من يد المتعاقد، أو أن تضع المرفق تحت حارس آخر[5]، وهو ما يعرف بوضع المرفق تحت الحراسة[6].

وطبقا للشروط التي تُوضع له، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور، مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة الزمن تقاضي الأرباح"؛ حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية،. الطبعة الأولى، 1961، ص 71، هامش رقم1.

[4]- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،2005، الطبعة الثانية، ص 73.

[5]- عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 10، ص 101.

[6]- في خصوص سلطة الإدارة بوضع المشروع تحت الحراسة يجدر بنا الوقوف عند حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي، ففي هذه القضية زعم المتعاقد في عقد الأشغال العامة بأن الإدارة لا تملك أن توقع علية جزاء الوضع تحت الحراسة على أثر وقف نشاطه، طالما أن وقف النشاط راجع للعديد من الأخطاء التي ارتكبتها الإدارة، وأن طبيعة العقد تكشف عن بوادر المشكلة فكما أن جزاء وضع المشروع تحت الحراسة يعني على سبيل الافتراض أن العقد المعني هو عقد امتياز فقد قدر مجلس الدولة أن هذا العقد الذي عهد إلى المتعاقد بمهمة بناء واستغلال مصنع لتدوير قمامة المنازل قد ذكر طريقة الوفاء بالحقوق المالية للمتعاقد(الأجرة المدفوعة بطريقة المدين في كل شهر) يعتبر عقد مقاولة أشغال عامة وليس عقد امتياز مرفق عام، ولكن أوضح قاضي العقد فيما بعد أن الأمر هنا لا يتعلق بعقد أشغال عامة، كما ذهب البعض، ولكنه عقد طويل المدة يشتمل بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة على ضمانات مماثلة للضمانات الممنوحة لأصحاب امتياز المرفق العام أو الأشغال العامة، وأشار مفوض الدولة أن الإدارة المحلية (المدينة) قد ارتكبت العديد من الأخطاء ويجب أن تسمح مثل هذه الأخطاء بملاحقة المسئولية العقدية للإدارة المحلية (المدينة) أو أن تؤدي هذه الأخطاء إلى تحمل الإدارة للآثار المالية المترتبة للوضع تحت الحراسة وأوضح أن النتيجة

وعلى هذا الأساس، يعد الوضع تحت الحراسة إجراء يهدف إلى إبعاد المقصر عن إدارة المرفق

العام مؤقتا، وتباشر السلطة مانحة الالتزام هذه الإدارة بنفسها أو عن طريق حارس تعينه، لتضمن

للمرفق سيره المنتظم والمستمر وفقا لتحقيق المصلحة العامة [7].

إذا فالوضع تحت الحراسة، هو جزاء من الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ صاحب الامتياز لالتزاماته الناجمة عن عقد الامتياز الإداري، فهو بذلك إجراء ضروري لتنظيم المرفق محل الامتياز، وذلك باعتبار أن الإدارة المانحة لهذا الامتياز هي المكلفة بتنظيمه ومراقبة سيره، وحتى يستمر المرفق في أداء خدماته للجمهور.

لذلك فان وضع الإدارة للمرفق محل عقد الامتياز تحت الحراسة الإدارية، هو جزاء تواجه به الإدارة إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته بشكل جسيم، وذلك من خلال رفع يده بشكل مؤقت عن إدارة المرفق [8].

ويقصد بالحراسة على المرفق العام أيضا رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لمدة محددة، وقيام السلطة مانحة الالتزام بمباشرة الإدارة بنفسها، أو بمن تختاره بغية

المترتبة على ارتكاب الإدارة المحلية للعديد من الأخطاء في تنفيذ العقد لا تبدو لنا ذات اثر على الوضع تحت الحراسة، وأوضح مفوض الدولة في قضية مدينة تولون في 23 يونيه 1944 أن القرارات الصادرة في شأن الوضع تحت الحراسة أو الاحتكار الإداري تعتبر شرعية منذ اللحظة التي تكون فيها هذه القرارات من الضرورة لضمان استمرار المرفق العام في حالة عجز أو وفاة أو عدم أهلية صاحب الامتياز وبالتالي لا شك في فعالية مثل هذه القرارات، راجع في ذلك، طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص 216- 217.

[7]- خلاف بيو، (الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد 6، سنة 2018،ص462.

[8]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، تنفيذ العقد الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2009،ص 87.

-

ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، ودون أن يؤدي ذلك إلى فسخ عقد الامتياز أو إسقاط حقوق الملتزم الأصلي، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع [9].

وعليه إذا ما ارتكب صاحب الامتياز مخالفات جسيمة لبنود العقد، والتي من شأنها أن تعرض استمرار وانتظام المرفق العام للخطر، فإنه يكون للإدارة المانحة للامتياز الحق في أن ترفع يده عن إدارة هذا المرفق، وتتولى إما هي إدارته بنفسها أو بواسطة شخص آخر تعينه، وذلك لمدة زمنية محددة إلى غاية زوال أسباب هذه الحراسة.

الفرع الثاني

خصائص وضع المرفق تحت الحراسة

يتسم جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بعدة خصائص تتمثل في:

1- يتعلق جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بالنظام العام ومقتضيات حسن سير المرافق العامة، حيث تستطيع الإدارة فرضه سواء نص عليه في العقد أو لم ينص عليه، وذلك لكون سير المرفق العام بشكل منتظم ومستمر يقع على عاتقها [10].

2- يتصف وضع المرفق تحت الحراسة بأنه جزاء مؤقت، أي هو عبارة عن إجراء وقتي يصدر من جانب الإدارة دون التجاء سابق إلى القضاء[11].

---

[9]- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2014، ص 134.

[10]- وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، 2000، ص 71-72.

[11]- أ.د سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 532.

3- تفرض الإدارة جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية بمقتضى قرار إداري صادر بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، وهذا الحق يمثل مظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع به الإدارة في نطاق العقود الإداري [12]

4- يتطلب وضع المرفق تحت الحراسة خطأ جسيما من قبل الملتزم، فإذا ارتكب هذا الأخير خطأ جسيما أدى ذلك إلى اضطراب المرفق العام أو هدده بالتوقف بشكل جزئي أو كلي، فلإدارة عندئذ الحق في وضع المرفق تحت الحراسة [13].

5- إن حق الإدارة المانحة للامتياز في وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، هو جزاء تباشره بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر.

6- يجب على الإدارة تحديد فترة الحراسة الإدارية في قرار فرضها، وإذا كانت هذه المدة محددة في العقد فليس لهذا التحديد صفة الإلزام بالنسبة للإدارة، فهي ليست ملزمة بإنهاء الحراسة الإدارية عند انتهاء مدتها، إذ يجوز لها إطالة هذه المدة إذا رأت ضرورة لذلك.

7- لا يشترط كقاعدة عامة إعذار صاحب الامتياز بوضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، وذلك نظرا للطابع الاستعجالي لهذا الجزاء، باعتباره يتطلب سرعة وفورية في توقيعه، ودون اللجوء للقضاء مسبقا، وذلك لما تتميز به إجراءات التقاضي من بطء قد يعرض سير المرفق العام للخطر.

[12]- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 101.
[13]- وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 72.

8- لا يجوز للإدارة المانحة للامتياز تضمين العقد شرطا بتنازلها عن حقها في إجراء فرض الحراسة [14].

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة

من خصائص عقد التزام المرافق العامة هو احتوائه على نوعين من الشروط منها عقدية تنظم بين الإدارة والمتعاقد معها، ومنها تنظيمه تخص الإدارة ذاتها وتنظمها وفقاً لسلطتها، والسؤال الذي يمكن أن يسأل هو: تحت أي من الشروط يقع وضع المشروع تحت الحراسة وما هي أثاره القانونية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أنه يجب التفرقة فيما إذا كان وضع المرفق تحت الحراسة نتيجة اتفاق عقدي، فانه لا يمكن للإدارة ممارسته إلا في ضوء الشروط المتفق عليها في العقد، كما لا يمكن للإدارة باعتبارها مانحة الالتزام التوسع في تطبيقه إلا بموافقة الملتزم، أما إذا مارست الإدارة وضع المشروع تحت الحراسة نتيجة الشروط اللائحية أو التنظيمية، فإن ذلك يمكنها من ممارسة هذا الإجراء من دون موافقة الملتزم ويكون ذلك نتيجة سلطتها التقديرية النابعة من الشروط اللائحية التي تجيز للإدارة حماية مصالح المرفق العام ودوام انتظامه واستمراره ولا يقدح في ذلك غياب ذكر هذا الإجراء في العقد فتمارسه الإدارة حتى في حالة غيابه عن العقد ومرجع ذلك هو السلطة المخولة للإدارة بموجب تنظيم سير المرافق العامة [15]، ونتيجة لأهمية نظرية المرفق العام اقتضى أن يكون سلطة

---

[14]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135.

15_ ينظر: د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 101.

الإدارة في وضع المشروع تحت الحراسة سلطة تنظيمية ولائحية لكي تمكن الإدارة قدر من التصرف في حماية المرفق وشؤونه، ويعد إجراء فرض الحراسة قاعدة من قواعد النظام العام لا يجوز للإدارة التنازل عنها أو عدم تطبيقها، فالإدارة مسؤولة عن سير المرفق ومن واجبها حماية المنتفعين بخدماته وهو ما يسمح للإدارة بممارسة كافة سلطاتها المتمثلة بفرض الرقابة على نشاط الملتزم ومن ثم إقصاؤه وحلولها بدلاً عن الملتزم في حالة عجزه وتقصيره[16]، ويمكن القول بأنه إذا كانت سلطة الإدارة في وضع المشروع تحت الحراسة هي نتيجة سلطة لائحية وتنظيميه فإن وضع المرفق تحت الحراسة يعد إجراء جزائياً موجوداً حتى لو لم يتم ذكره في العقد، ويمكن للإدارة تطبيقه بحق المتعاقد معها ولا يمكن له الاحتجاج على ذلك نتيجة عدم ذكره بين نصوص العقد فإن ذلك يكمن في سلطة الإدارة التي خولها المشرع ممارستها من أجل حماية المرافق العامة وتأمين سيرها بانتظام واستمرار[17] وما يتولد عن كون هذا الإجراء ذو طبيعة جزائية ووقتية هو ما ينتج عنه من آثار عندما تقوم الإدارة بنفسها أو بواسطة حارس ينوب عنها في إدارة المرفق مع إبقاء الملتزم مسؤولاً عن التزامه فمن خصائص هذا الجزاء أنه لا ينهي عقد الالتزام وإنما ترفع يد الملتزم مؤقتاً عن المرفق، كما أن الإدارة هي من تحدد المدة اللازمة لوضع المشروع تحت الحراسة وكذلك هي من تحدد انتهاء الحراسة على المشروع، وأيضا هي من تحدد المبالغ المالية التي تترتب بذمة الملتزم نتيجة تقصيره في ذلك، والإدارة عندما تمارس الحراسة على المشروع فإنها تستأثر بجميع تفاصيل هذه الحراسة في السيطرة على جميع ما يوجد داخل المشروع أو المرفق المدار بطريق الحراسة، ومن خلال ما تقدم يتبين

16_ ينظر: د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص171.

17_ ينظر: د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2010، ص224.

لنا الدور المميز والاستثنائي للإدارة في هذا الإجراء والذي لا يكون للملتزم أي دور فيه سوى أنه على رباط مع الإدارة في استمرار الرابطة العقدية باستمرارها وعدم زوالها، كل ذلك يؤيد الصفة الجزائية لوضع المشروع تحت الحراسة وانفراد الإدارة في تطبيقه بناء على سلطتها التنظيمية واللائحية[18].

والباحث من جانبه يؤيد هذا الرأي في أن يكون جزاء وضع المشروع تحت الحراسة جزاء ذات طبيعة وصفة جزائية نابع من شروط تنظيمية وليست عقدية كسائر الجزاءات الإدارية الضاغطة التي يمكن للإدارة تطبيقها بحق المتعاقد حتى لو جاء العقد خالياً منها وهو ما يعزز الدور الاستثنائي للإدارة في تنفيذ تعاقداتها الإدارية التي تكون منسجمة مع أهمية الحفاظ على المرافق العامة.

المطلب الثاني

شروط وإجراءات وضع المرفق تحت الحراسة

من شأن تقصير الملتزم بالتزاماته التعاقدية تعريض استمرار المرفق العام للخطر، الأمر الذي يدفع

بالسلطة المانحة للامتياز التدخل من أجل وضع المرفق تحت الحراسة كجزاء يفرض على الملتزم نتيجة تقصيره في تسيير هذا المرفق.

غير أن الجهة الإدارية لا تلجأ لهذا الجزاء إلا بعد توافر شروط وإجراءات معينة وهذا ما سنتطرق إليه وفق الفرعين الآتيين:

18_ ينظر: د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003، ص193.

الفرع الأول

شروط وضع المرفق تحت الحراسة

حتى تستطيع الإدارة وضع المشروع تحت الحراسة يجب توافر الشروط التالية:

أولاً: الخطأ الجسيم

للإدارة أن تقرر وضع المرفق المدار بطريق الامتياز تحت الحراسة لمدة تحددها، إذا تبين لها أن الملتزم قد ارتكب مخالفات جسيمة لعقد الالتزام مما يؤدي إلى تعرض استمرار المرفق العام للخطر، خاصة في حالة التوقف الكلي أو الجزئي عن تسيير المرفق نتيجة عجز الملتزم، أو عدم كفاءته أو قدرته، مما يهدد تأدية المرفق لخدماته بانتظام واطراد.

أيضا في حالة عدم إتباع الملتزم لتعليمات الإدارة الخاصة بكيفية سير المرفق، تأسيسا على أن

للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، فيخالف الملتزم تعليمات الإدارة ففي هذه

الحالة يحق لهذه الأخيرة وضع المشروع تحت الحراسة [19].

ثانيا: القوة القاهرة [20]

[19]- - منصور صنت غريبان الديحاني، سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد، رسالة مقدمة لاستكمال 1
متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008، ص 82.
[20]- - منصور صنت غريبان الديحاني، المرجع نفسه، ص8.

-

بإمكان الإدارة فرض الحراسة رغم عدم وجود خطأ من الملتزم، وذلك إذا طرأت ظروف تهدد المرفق بالتوقف دون أن يتمكن الملتزم من مواجهتها كإضراب لا ذنب له فيه، فتتدخل الإدارة لتمكين المرفق من الاستمرار.

وعليه نعتقد عدم الصواب في هذا الشرط، وذلك لوجود خلط ما بين أسباب وضع المشروع تحت الحراسة كإجراء وقائي، وبين حق الإدارة في فرضه كجزاء تمتلكه عندما تضع المشروع تحت الحراسة في حالة خطأ المتعاقد.

الفرع الثاني

إجراءات وضع المرفق تحت الحراسة

تلتزم الإدارة القيام ببعض الاعمال قبل إيقاع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، ومن هذه الأعمال توجيه إعذار للمتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بغية تنبيه بالمخالفات المرتكبة من قبل، كما يجب على الإدارة بعد إعذار المتعاقد وانتهاء المدة المحددة للإعذار من دون استجابة المتعاقد أن تقوم بإصدار قرار إداري بوضع المشروع تحت الحراسة بشرط أن يكون القرار الإداري الخاص بهذا الجزاء مستوفي لأركانه وشروطه.

أولاً: إعذار المتعاقد

يقصد بالإعذار هو إثبات حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية [21] إذ هو إجراء تمهيدي يقصد يسبق تطبيق إيقاع الجزاءات الإدارية [22]، أو قد يكون تنبيه

21_ ينظر: د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، سنة 1967، ص87.

المتعاقد لأجل العودة إلى الطريقة الصحيحة في تنفيذ العقد[23]، وليس للإعذار شكل محدد، بيد أن القواعد العامة قد حددت ما يجب أن يتضمنه الإعذار، إذ ينبغي أن يتضمن الإعذار ما يأتي:

1. بيان مواطن تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته والمخالفات المنسوبة إليه.
2. بيان الاصلاحات والاعمال الواجب أن يقوم بها المتعاقد لتجاوز المخالفات المنسوبة إليه.
3. بيان المدة الزمنية الخاصة بالإصلاحات المطلوبة [24]

والغاية من إعذار المتعاقد تهدف إلى:

1. إعطاء المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية فرصة للرجوع الى تنفيذ العقد بالطريقة المتفق عليها.
2. تنبيه المتعاقد ان للإدارة سلطة في التنفيذ المباشر للالتزام.
3. أن تثبت الإدارة بطريقة رسمية أن المتعاقد لم ينفذ التزاماته على الرغم من إعذاره [25]

أما طريقة الإعذار فلا توجد طريقة واحدة متبعة في الدول، إذ تختلف من دولة إلى أخرى بحسب القوانين والانظمة والتعليمات المتبعة فيها. ففي فرنسا تكون طريقة

22_ ينظر: د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، سنة 1975، ص93.

23_ ينظر: محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ط1، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الاردن، سنة2002، ص90.

24_ ينظر: عبد الله نواف العنزي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، سنة 2008، ص123.

25_ ينظر: د. نعمان جمعة، مجلة القانون والاقتصاد، بحث في الإعذار، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 57، السنة العاشرة، ص 53،54.

توجيه الإعذار إلى المتعاقد وفق الطريقة التي تختارها الإدارة للمتعاقد، كأن تكون تلك الطريقة هي إرسال رسالة إلى المتعاقد [26] وفي مصر تكون طريقة إعذار المتعاقد على وفق ما نص عليه قانون المرافعات أو يكون المتعاقد معذراً عند حلول الاجل المحدد للوفاء بالتزاماته من دون أن تتخذ الإدارة أي إجراء أو أن يتم إعذار المتعاقد حسب ما تضمنه العقد [27].

وأيضا في القانون السوري فقد نص القانون رقم /51/ لعام /2004/ في المادة /57/ منه: على اعتبار المتعهد معذرا بمجرد حلول الأجل المحدد في العقد أو دفاتر الشروط دونما حاجة لأي إجراء.

وإذا كانت القاعدة العامة في الإعذار تقضي بأنه إجراء تمهيدي يسبق فرض الجزاءات على المتعاقد، بيد أن يرد على هذه القاعدة استثناءات إذ بإمكان وضع المرفق تحت الحراسة من دون إعذار المتعاقد، فإذا أخل الملتزم مع الإدارة في التزاماته التعاقدية يعد مخطأ ويتوجب فرض عليه الجزاء من دون إعذاره مستندين رأيهم إلى ما جاء في نص المادة (1146) من القانون المدني الفرنسي التي عدت المدين كأنه معذر عندما تكون طبيعة العقد الملتزم به مرتبط بوقت معين وتقتضي طبيعة المتعاقد في عقد الالتزام المرفق العام بتنفيذ التزاماته بصورة مستمرة ومنتظمة، وأن هذا الامر يمكن الإدارة من استعمال سلطاتها في وضع المرفق

26 ـ Fouad – Alatter- le merche de travaux publics، these، paris،1953،p266.

27ـ تنظر: المادة (209) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

العام تحت الحراسة من دون الحاجة إلى إنذار المتعاقد لما يتطلبه إدارة المرفق من سرعة فورية لمواجهة حالة تهديد سير المرفق العام بانتظام واطراد [28]

أما في مصر وسورية فإننا لم نجد نص صريح يبين لنا عدم توجيه الانذار للمتعاقد في حالة فرض جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، بيد أنه يمكن فرض هذا الجزاء من دون إعذار المتعاقد في الحالات الآتية:

- ✓ عدم وجود اتفاق أو نص بالعقد

في حالة عدم وجود اتفاق أو نص بالعقد الإداري يقضي بإنذار المتعاقد صراحة أو ضمناً فهنا للإدارة وضع المشروع تحت الحراسة من دون الحاجة إلى إنذار المتعاقد [29]

- ✓ عدم الجدوى من الإعذار

إذا تبين للإدارة بأنه عدم الجدوى من الإعذار بفعل المتعاقد كأن يكون الإخلال بالتنفيذ مما لا يمكن إصلاحه، أو تكون الحالة المادية للمتعاقد تمنعه من تنفيذ التزاماته أو عند إقرار المتعاقد بعدم رغبته بتنفيذ التزاماته التعاقدية [30]

- ✓ الضرورة والاستعجال

28_ وهذا ما يراه جانب من الفقه الفرنسي مثل الفقيه (جيز ودي لوبادير) إذ يرى هؤلاء الفقهاء عدم الجدوى من الإعذار بالنسبة إلى بعض الجزاءات ومنها وضع المشروع تحت الحراسة ولقد برروا رأيهم بأن الطبيعة الجوهرية للالتزام بعمل يتميز بإدامة التنفيذ المستمر والمنتظم. ينظر: د. عبد المجيد الفياض، مرجع سابق، ص 95.

29_ ينظر: رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ الاشغال العامة، ط1، مطبعة الغري الحديثة، النجف، سنة 1976، ص 346.

30- نظر المادة (220) من القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948.

عند الضرورة والاستعجال التي يمكن أن تستخلص من ظروف تنفيذ العقد الإداري كالتنفيذ في الحرب والكوارث الطبيعية كالزلازل، فهنا للإدارة إيقاع الجزاء الإداري من دون حاجة إلى إعذار المتعاقد[31]

ثانياً: صدور قرار إداري بوضع المرفق تحت الحراسة

إن من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية هو القرار الإداري، إذ للإدارة إصدار قرار إداري بإرادتها المنفردة بفرض الجزاءات الإداري على المتعاقد متى ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية ومنها وضع المشروع تحت الحراسة.

وعرف مجلس الدولة المصري القرار الإداري بأنه: (إفصاح الإدارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة [32].

ويشترط في القرار الصادر بوضع المرفق تحت الحراسة أن يكون مستوفياً لشروطه وأركانه كافة [33]، تحت طائلة الطعن فيه من قبل المتعاقد أمام القضاء الإداري، فللمتعاقد الذي صدر القرار الإداري ضده بوضع المشروع تحت الحراسة أن يلجأ إلى القضاء للطعن فيه، حيث يخضع القرار الإداري الخاص بوضع المرفق تحت الحراسة للرقابة القضائية والتي تعدً ضمانه مهمة للمتعاقد مع الجهة الإدارية ويعد باطلاً كل شرط في العقد الإداري يمنع المتعاقد من اللجوء إلى القضاء للطعن في القرارات التي تصدر منها لمخالفته النظام العام.

31_ .تنظر الفقرة (2) من المادة (209) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

32_ ينظر الحكم الصادر في القضية المرقمة (38) لسنة 10 بتاريخ (7/يناير/1948)، نقلاً عن أ.د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1957، ص 133.

33_ ينظر: د. أنس جعفر، القرارات الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005، ص120 وما بعدها

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة

تخضع قرارات توقيع الجزاء التي تصدرها الإدارة ضد المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري إلى رقابة القضاء، باعتبارها ضمانة مقررة لصالح المتعامل المتعاقد.

على هذا الأساس يحق لكل ملتزم (صاحب الامتياز) الذي تم استبعاد الطعن أمام القضاء الإداري، في عدم مشروعية جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الموقع عليه، وذلك على أساس دعوى القضاء الكامل.

وفي هذا الإطار تشمل رقابة القاضي الإداري مشروعية قرار الجزاء من حيث الشكل والاختصاص أو مخالفة القانون، إلى جانب رقابة ملائمة من حيث مدى ملائمة جزاء الحراسة للخطأ المنسوب للملتزم [34].

وإذا تبث للقاضي الإداري أن الجزاء غير مشروع، ففي هذه الحالة يقتصر حكم القاضي على التعويض فقط دون الإلغاء [35]، لكن مجلس الدولة الفرنسي أجاز لقاضي العقد إلغاء قرار فرض الحراسة على المرفق لعدم مشروعيته، أو لعدم ملائمة الخطأ المرتكب من قبل الملتزم، أو إذا لم يكن هناك ما يبرره قانونا [36]، أما مجلس الدولة المصري فقد كان أكثر تميزاً في ذلك فقد منح المتعاقد الحق في طعن بقرار فرض المشروع تحت الحراسة وإلغاءه في حالة تعسف سلطة الإدارة في إصداره مع منحه الحق في تعويض المتعاقد تعويضا كاملاً[37].

34_ د. نجيب خلف أحمد، د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، سنة 2014، ص153

35- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 281.

36- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 138.

37_ د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2010، ص 296.

المبحث الثاني

طرق إدارة وضع المرفق تحت الحراسة والآثار المترتبة عليه

بينا فيما تقدم أن الإدارة تملك امتيازاً يخولها مواجهة المتعاقد المقصر في عقد الامتياز من فرض حراستها على المشروع وإبعاده منه مؤقتاً أو دائماً، ويكون ذلك الإبعاد متوقف على حجم وجسامة الخطأ والتقصير الصادر من المتعاقد مع الإدارة [38]،فهي صاحبة التقدير في ذلك بأن يكون الإبعاد مؤقت أو دائم، وتلجأ بعد فرض حراستها على المشروع إلى اختيار الطريقة التي تراها مناسبة في إدارة المشروع محل الالتزام، وهي إما أن تكون الإدارة من قبلها أي تحل محل المتعاقد المقصر أو أن تلجأ إلى اختيار متعاقد أخر تسند له مهمة إدارة المشروع محل الالتزام، ليرتب هذا الجزاء في نهاية المطاف آثاره القانونية. وعليه سنبين في هذا المبحث طرق إدارة وضع المرفق تحت الحراسة في المطلب الأول، لننتقل إلى بيان آثار هذا الجزاء في المطلب الثاني وكالآتي:

المطلب الأول

طرق إدارة وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام

سنبين في هذا المطلب طرق إدارة وضع المشروع تحت الحراسة في فرعين وكالآتي:

الفرع الأول: إسناد إدارة المشروع إلى الإدارة.

الفرع الثاني: إسناد إدارة المشروع إلى متعاقد أخر.

38_ ينظر: د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص495.

الفرع الأول

إسناد إدارة المشروع إلى الإدارة

تلجأ الإدارة بعد إبعاد المتعاقد معها عن المرفق محل الالتزام إلى فرض حراستها على المشروع، وتحل محل المتعاقد بنفسها في إدارة المرفق محل الالتزام، وللإدارة سلطة كاملة في التصرف بالمرفق من ناحية إدارته وتدبير شؤونه وحمايته والحفاظ عليه وكل ما يؤدي إلى سير المرفق بانتظام واطراد مع الحفاظ على حقوق الملتزم في عدم الإضرار به، كذلك عندما تقوم الإدارة باستغلال وإدارة المرفق بنفسها أن تضمن استمراره من خلال المحافظة على المنشآت والأدوات اللازمة لاستغلال المرفق لأنها تبقى مملوكة للملتزم، وتلتزم الإدارة بالعناية بهذه الأدوات وصيانتها أثناء حيازتها لها وإعادتها إلى الملتزم عند نهاية الحراسة وتكون الإدارة مسؤولة عن أي ضرر أو تلف يلحق بالمنشآت الموجودة داخل المرفق طالما أن الملتزم ما يزال مسؤول عن التزامه وأن إجراء الإدارة بفرض الحراسة هو إجراء مؤقت ما لم يصدر قرار من السلطة المختصة بإسقاط التزامه وإبعاده نهائياً عن المرفق[39]،واستغلال الإدارة للمشروع بنفسها يكون وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد أو دفاتر الشروط المحلقة بالعقد، ويكون من شأن ذلك عدم قيام الإدارة بخفض رسوم الانتفاع أو السماح بإجراءات تزيد من تكاليف الاستغلال أو أن تمنح نفسها امتيازات تضر بالملتزم وتؤثر على حقوقه ومستحقاته في العقد ويمكن للمتعاقد حق اللجوء إلى القضاء إذا ما لجأت الإدارة إلى الأضرار بحقوقه وتقليص حجم مستحقاته في حالات لا داعي لها[40]،وتقوم

39_ يرى العميد الطماوي أن وضع المشروع تحت الحراسة هو مقدمة لإسقاط عقد الالتزام أي بانتهاء الالتزام، ويكون ذلك بقرار صادر من الإدارة بحق الملتزم في إنهاء العقد محل الالتزام وإبعاد الملتزم كلياً عن المرفق المدار عن طريقه. يراجع في ذلك، أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص507.

40_ ينظر: د. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 482.

الإدارة أثناء إدارتها للمشروع بتحصيل رسوم الانتفاع من الخدمات التي يقدمها المرفق ويكون جميع هذه الرسوم والإيرادات التي بحوزة الإدارة أموال عامة لا يمكن للملتزم حجزها، غير أن ما تنفقه الإدارة أثناء إدارتها للمرفق ترجع بها على الملتزم في حال ارتكابه خطأ جسيم وبالتالي يدار المرفق على نفقته ومسؤوليته، ويتحمل جميع ما تنفقه الإدارة في سبيل إصلاحه وإعادته إلى وضعة الطبيعي، بينما تكون الإدارة هي المسؤولة عن ما يلحق المرفق من خسائر إذا كان الخطأ من قبلها وغير راجع للملتزم[41] وقد أقر الفقه الفرنسي للحكومة الحق بفرض الحراسة على المشروع واستغلالها للمرفق بالطريقة التي تحددها فيقول جيز (إن وضع المرفق تحت الحراسة إجراء صحيح وإن الشركة صاحبة الامتياز يجب أن تتحمل جميع تكاليف هذا الإجراء الذي تسببت فيه)، ويقول رينيه (إذا توقف استغلال المرفق كلياً أو جزئياً كان للإدارة أن تتخذ فوراً على نفقة الشركة ومسؤولياتها الإجراءات اللازمة لضمان سير المرفق مؤقتاً وهذا الاستيلاء المؤقت من جانب الدولة على المرفق هو وضعه تحت الحراسة) [42]، كذلك أقر القضاء الفرنسي وضع المشروع تحت الحراسة وخول الإدارة الإجراء المناسب الذي يساعدها على حماية المرفق وانتظام تقديمه للخدمات، وسار على نفس الاتجاه مجلس الدولة المصري فقد انتهى قسم الرأي والفتوى إلى (أن الحكومة بصفتها مانحة الالتزام لها سلطات عديدة تملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد فلها مثلاً أن تنفذ هذه الالتزامات على حسابه كما في حالة عدم قيام الملتزم شركة حديد الدلتا بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجه الذي ترضاه الحكومة، كما لها أن تتخذ ما تراه من التدابير لضمان سير المرفق في حالة توقف تشغيل الخطوط وكثير من هذه السلطات

41_ ينظر: د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص 225.

42_ ينظر: د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 192-193.

المخولة لمانح الالتزام يقتضي استعمالها رفع يد الملتزم من إدارة المرفق وقيام الحكومة بإدارته بنفسه أو بمن تعينه لذلك [43].

الفرع الثاني

إسناد إدارة المشروع إلى متعاقد آخر

إن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة يعد جزاء موقت، يقوم على استبعاد المتعاقد المتقاعس عن تنفيذ التزاماته لمدة مؤقتة مع استمرارية مسؤوليته بالتنفيذ، وللإدارة تنفيذ المشروع من قبلها أو أن تسند تنفيذه إلى حارس (أي إلى متعاقد آخر) وهذا الحارس يترتب في ذمته التزام وهو تنفيذ العقد، ويحل المتعاقد الجديد محل المتقاعد المتقاعس في التنفيذ من دون النفقات التي تترتب على عاتق المتقاعد الأصلي.

والسؤال الذي قد يطرح هنا ما المعيار الذي يتم على أساسه اختيار حارس، وبمعنى آخر متى يتم تنفيذ عقد الالتزام الموضوع تحت الحراسة الإدارية من قبل الإدارة ومتى يتم أحالته إلى متعاقد جديد؟

من خلال البحث والدراسة تبين لنا بأنه لا يوجد معيار ثابت ومحدد يتم من خلاله اختيار إحدى الطريقتين سالفتي الذكر لتنفيذ المشروع الموضوع تحت الحراسة. إذ للجهة الإدارية أن تنفذ العقد عن طريق العاملين لديها أو كادرها الوظيفي، أو أن تقوم الإدارة بإحالة العقد إلى متعاقد آخر عن طريق التعاقد معه بطريقة الامتياز.

كما ايضاً لو تسألنا إذا تم إحالة تنفيذ العقد إلى متعاقد آخر فهل تعد هنا الاحالة بمثابة عقد جديد يحل محل العقد موضوع الحراسة؟

43_ مشار إليه في مؤلف د.إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص104.

أن الإحالة لتنفيذ المشروع الموضوع تحت الحراسة يجب أن يكون على جزء من الأعمال المتعلقة بالمشروع وليس على جميعها وإلا عد بأنه عقد جديد وفسخ ضمني مع المتعاقد المتقاعس وهذا ما لا يتفق مع الطبيعة القانونية لهذا الجزاء الضاغط، والذي عدَ عقد المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته سارياً ويمكن الرجوع إليه بنفقات تنفيذ العقد، ولكون الإدارة تلجأ إلى هذا الجزاء حتى من دون خطأ من المتعاقد كأن يكون سبب وضع المشروع تحت الحراسة هو وجود قوة قاهرة تحول دون استطاعة المتعاقد الأصلي بتنفيذ التزاماته التعاقدية وبالتالي فإنه لا يمكن للإدارة أن تتعاقد مع متعاقد جديد وتفسخ العقد الموضوع تحت الحراسة [44]، ولا يعد تنفيذ العقد من قبل متعاقد آخر مندوب عنها، وإنما هو وبحسب تعبير القضاء الفرنسي مندوب عن المتعاقد الأصلي وتابع له ويعمل تحت حسابه. وينتقد الفقيه (جيز) هذا التعبير على أساس أن المتعاقد الأصلي لم يقم بنفسه اختيار هذا المتعاقد مندوباً عنه[45].

ويجوز للمتعاقد المنفذ أن يستعمل أدوات والآلات ومواد المتعاقد الأصلي بشرط أن يكون استعمالها من أجل تنفيذ المشروع أو انتظام سيره، ولا يمكن للمتعاقد الأصلي طلب استرداد المواد والآلات والأدوات أثناء عملية تنفيذ العقد من قبل المتعاقد الجديد، بيد أنه إذا ترتب على هذا الاستعمال ضياع أو تلف بسبب الاهمال أو التعمد فإن المسؤولية تتحقق هنا، كما لا يمكن للمتعاقد الاصلي التعرض للمتعاقد الجديد المنفذ للمشروع أو التدخل في طريقة تنفيذه للأعمال التي أحيلت

44_ ينظر: عبد الله نواف العنزي، مرجع سابق، ص110.

45_ ينظر: د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص229.

إليه، ويترتب على تنفيذ العقد من قبل متعاقد آخر أن يحترم العقود كافة التي أبرمها المتعاقد الأصلي، بالإضافة إلى تمتع المتعاقد الجديد بالسلطات الضرورية كافة التي تساعده على تنفيذ الأعمال كإبرامه عقود من الباطن[46].

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة

يترتب على قرار الإدارة بوضع المرفق المدار بطريق الامتياز تحت الحراسة الإدارية، مجموعة من الآثار القانونية تتمثل في:

1- إن وضع المرفق تحت الحراسة هو إجراء مؤقت بطبيعته لا يؤدي إلى إنهاء الالتزام، ويكون مصيره إما أن تعود إدارة المرفق إلى الملتزم الأصلي، وإما يؤدي به الحال إلى إسقاط الالتزام بفسخ العقد، ومجلس الدولة الفرنسي مستقر على انه لا يجوز للإدارة فسخ العقد من جانبها، فالحكم بفسخ العقد لا يكون إلا عن طريق القضاء.
2- من حق الإدارة - أثناء فترة الحراسة - أن تحصل رسوم الانتفاع بالمرفق، وكذلك كافة إيراداته، ويرى الفقه أن أموال هذه الإيرادات يجب أن تعتبر كأموال عامة على أساس أنها ترد من مرفق، وتخصص كذلك لتسيير مرفق عام، وتستخدم تحت إشراف جهة إدارية عامة، ومن ثم لا يستطيع دائنو الملتزم الحجز عليها[47].
3- في حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ الملتزم، تتولى الجهة المانحة للالتزام إدارة المرفق واستغلاله بنفسها أو بواسطة حارس تقوم

46_ ينظر: المرجع سابق، ص229.

47- منصور نصري النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010،ص 237.

-

بتعيينه، ويتم ذلك على حساب الملتزم الأصلي حيث يتحمل النفقات التي دفعتها الجهة المانحة لإدارة المرفق، كما يتحمل كامل الخسائر التي قد تلحق بالمشروع طوال فترة وضعه تحت الحراسة[48].

4- إذا قامت الإدارة بوضع المرفق تحت الحراسة لسبب لا دخل للملتزم فيه، ففي هذه الحالة تتحمل الجهة المانحة للالتزام كل نفقات إدارة واستغلال المرفق[49].

5- لا يجوز للإدارة أن تمتلك الآلات والعدد وكل ما يستخدمه الملتزم من أدوات تساعده في إدارة واستغلال المرفق، ولكن يجوز لها أن تستولي عليها بشكل مؤقت على أن تتحمل كامل المسؤولية عن ضياع أو تلف تلك الآلات والعدد[50].

6- يمكن لصاحب الامتياز المستبعد أن يطلب من الإدارة المانحة للامتياز إنهاء إجراء الحراسة الإدارية وذلك في أي وقت يرى فيه أنه باستطاعته إدارة المرفق من جديد، وبحسب ما هو متفق عليه في عقد الالتزام، وللإدارة المانحة للامتياز السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبه هذا، وذلك وفقا لما تراه مناسبا لتحقيق المصلحة العامة [51].

7- ينبغي على الإدارة التقيد بشروط عقد الالتزام، ومن تم لا يجوز لها أن تخفض الرسوم التي يدفعها المنتفعون أو أن تقوم بزيادة تكاليف الاستغلال [52].

---

[48]- أ.د سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 530.

[49]- أ.د سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 530.

[50]- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 209.

[51]- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2011، ص 150.

[52]- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 209.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة أحد أهم صور الجزاءات الضاغطة الي توقعها الإدارة في العقود الإدارية والمتمثل بسلطتها في وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام نسجل أهم النتائج والتوصيات التي ترتبت عن البحث وهي كالآتي:

أولاً: النتائج

1- وضع المرفق تحت الحراسة هو جزاء مؤقت تفرضه الإدارة على المتعاقد معها إذا ما ارتكب المتعاقد خطأ جسيم تقوم الإدارة بإبعاد المتعاقد عن تنفيذ العقد وتحل محله في تنفيذ إدارة المشروع على نفقته وتحت مسؤوليته.

2- لم يتم تضمين هذا الجزاء في القانون رقم /51/ لعام /2004/ وتعليماته التنفيذية والضوابط الملحقة بها باعتباره أحد الجزاءات الضاغطة اسوةً بجزاء سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد.

3- جزاء وضع المرفق تحت الحراسة جزاء ضاغط تستمده الإدارة من نصوص العقد، الهدف منه حماية المرافق العامة من التعطيل والتوقف، كما تستطيع الإدارة فرضه على المتعاقد حتى وإن لم تذكر نصوص العقد على فرضه وذلك بناءً على سلطتها التقديرية في حماية النظام العام ودوام استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد، ولا يمكن للمتعاقد الاحتجاج على الإدارة بعدم تطبيقه لعدم النص عليه في العقد إذا كان الخطأ من قبل المتعاقد أو بسبب العقوة القاهرة.

4- يشترط قبل إيقاع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة أن تقوم الجهة الإدارية المختصة بإصدار أمر إداري بإيقاع هذا الجزاء، على أن يكون

هذا الامر مستوفي لأركانه وشروطه لكيلا يكون محلاً للطعن فيه والغاءه، ولم تشترط تعليمات تنفيذ قانون العقود وضوابطها النافذة إعذار المتعاقد قبل ايقاع هذا الجزاء كونهما جاءتا خاليه من ذكر هذا الجزاء وكما أسلفنا ذكره في اعلاه. وبالتالي يستوجب الرجوع الى القواعد العامة أو العقد فيما يخص إعذار المتعاقد من عدمه.

5- تلجأ الإدارة عند وضع المرفق تحت الحراسة إلى حلولها محل المتعاقد إما بصفة مباشرة (تحت إدارتها المباشرة) وتقوم بإدارة المرفق وتبذل بذلك العناية اللازمة للحفاظ على موجودات المشروع والآلات والمواد من دون الاضرار بها، أو بصفة غير مباشرة بأن تحيل إلى متعاقد آخر بنفس الاسلوب والآلية المتبعة من قبل الإدارة عند اختيار المتعاقد الأول.

ثانيا: التوصيات

1- ضرورة إدراج هذا الجزاء في القانون السوري /51/ لعام /2004/ المتضمن قانون العقود الموحد، والمرسوم رقم /450/ لعام /2004/ المتضمن دفتر الشروط العامة خصوصاً وأن بلدنا اليوم سيشهد وعلى مجمل الأصعدة نشاط استثماري متنوع ومتعدد في القطاعين العام والخاص.

2- لحماية المصلحة العامة ولضمان استمرار المرفق العام بانتظام واستمرارية ينبغي تضمين أسباب الخطأ الجسيم الذي تراه الإدارة مبرراً لوضع المشروع تحت الحراسة، بحيث يتم إبعاد الملتزم نهائياً عن إدارة المرفق ولا يكون له سبب لمراجعة القضاء والطعن بقرار فرض الحراسة الذي قد يكون مقدمة لإسقاط الالتزام وتصفيته

3- ضرورة تضمين التعليمات والقوانين سالفة الذكر نص ينظم إعذار المتعاقد في حالة فرض جزاء وضع المشروع تحت الحراسة أسوة بجزاء سحب العمل، على أن يراعا تمديد فترة الإعذار بعد الاطلاع على نسب الإنجاز والأموال المنفقة من قبل المتعاقد على المرفق قياسا مع المدة الزمنية المحددة للإنجاز.

4- لحماية المصلحة العامة والخاصة معاً ضرورة إدراج إجراء قبل إيقاع هذا الجزاء وهو إجراء الكشف على محل العقد بعد إصدار الأمر الإداري الخاص بوضع المشروع تحت الحراسة لتثبيت واقع حال وجرد الموجودات في محل العقد، على أن يتم الكشف بحضور ممثل عن الجهة الإدارية والمتعاقد، وفي حالة عدم حضور الأخير يتم تبليغه بنتيجة الجرد لفسح المجال له بإبداء ملاحظاته أو اعتراضه خلال فتره تحدد بإخطار الجرد، بغية ألا تكون هذه الموجودات محل نزاع أمام القضاء.

المراجع

أولا: الكتب:

1. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
2. أحمد سلامه بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
3. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، سنة 1967.
4. أنس جعفر، القرارات الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.
5. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.
6. رأفت فودة، مصادر المشروعية ومنحنيتها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994.
7. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ الاشغال العامة، ط1، مطبعة الغري الحديثة، النجف، سنة 1976.

8. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2005.
9. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2011.
10. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، تنفيذ العقد الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2009
11. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، سنة 1975.
12. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة طبع.
13. فاروق احمد خماس، ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، من دون مكان للنشر، سنة 1999.
14. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة 1993.
15. محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ط1، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الاردن، سنة2002.
16. محمد علي جواد، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، من دون سنة طبع.
17. منصور نصري النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
18. نجيب خلف أحمد، د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، سنة 2014.

19. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2010.
20. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2014.

ثانياً: الرسائل والأطروحات

1. حماد عبد الرازق حمادة، عقد التزام المرفق العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة2011.
2. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، سنة2005.
3. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة2010.
4. عبد الله نواف العنزي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، سنة 2008.
5. فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، سنة2003.
6. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

8- منصور صنت غريبان الديحاني، سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008.

7. وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، 2000.

ثالثاً: المجلات

1- خلاف بيو، (الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد 6، سنة 2018.

2- عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 10.

3- نعمان جمعة، مجلة القانون والاقتصاد، بحث في الإعذار، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 57، السنة العاشرة.

عوارض تنفيذ الأحكام القضائية

الدكتور: عمران كحيل

كلية الحقوق-جامعة دمشق

الملخص

الحكم القضائي هو أقوى أنواع السندات التنفيذية لأنه يتكون بعد مروره بضمانات قضائية أقوى من الضمانات التي تمر بها باقي السندات التنفيذية، كالعقود الرسمية أو الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة التنفيذ.

أهم هذه الضمانات هي حجية الشيء المحكوم به التي يكتسبها الحكم، ولا يتمتع بها غيره من هذه السندات. هذا وينبغي تَمَتُّعُ الأحكام القابلة للتنفيذ بقوة الشيء المحكوم به حتى تكون قابلةً للتنفيذ؛ أي أن تكون قد وصلت إلى درجة استقرار كبيرة تجعل احتمال تَغَيُّرِ المراكز القانونية لأطرافها أمام محكمة الطعن قليلاً.

بناءً على ذلك فقد اشترط المشرع أن يكون قضاء الموضوع قد انتهى من النظر في النزاع حتى يمكنَ تنفيذ الحكم. لكن التطبيق العملي لهذه القاعدة غير معمول في عدد غير قليل من الحالات، إذ ترفض المحاكم، قبل انبرام الحكم، إعطاء المحكوم له صورة تنفيذية عن الحكم، وهو ما يُطلق عليه في الواقع العملي عبارة "أصل صالح للتنفيذ". يُعد هذا الأمر عارضاً واقعياً من عوارض تنفيذ الأحكام ليس له سند قانوني في التشريع السوري.

من جهة أخرى يتوقف تنفيذ الحكم إذا تَمَّ الطعن بالنقض فعلاً في هذا الحكم، وهذا حكم جديد استحدثه قانون أصول المحاكمات السوري الجديد، ولا نجد له مقابلاً في التشريع المصري أو الفرنسي أو اللبناني الذي أخذ عنها المشرع القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية. يشكل الطعن بالنقض إذاً عارضاً قانونياً أمام تنفيذ الحكم، سمح به المشرع على الرغم من درجة الاستقرار الكبيرة للحكم القضائي.

قد تتوقف إجراءات التنفيذ أيضاً بقرار صريح من محكمة الموضوع الناظرة في أصل الحق

كونها هي المُخَوَّلة بالنظر في الشروط الموضوعية للحق المطلوب تنفيذه. كما يمكن للإجراءات التنفيذية أن تقف إذا رأى رئيس التنفيذ، بسلطته التقديرية، أن الحق المذكور في السند التنفيذي غير ثابت الوجود.

سوف ندرس في هذا البحث عوارض تنفيذ الأحكام القضائية، مبتدئين بفكرة عدم إمكانية تنفيذ الحكم القضائي الذي لا يشتمل على الشروط القانونية اللازمة لتنفيذه، ولا سيما فكرة درجة الاستقرار التي يجب أن يكتسبها هذا الحكم قبل تنفيذه؛ ثم نتناول فكرة وقف تنفيذ الحكم سواءٌ أحصل ذلك بناءً على قرار من رئيس التنفيذ أم قرار من محكمة الموضوع الناظرة في دعوى أصل الحق، ونعالج أيضاً مسألة وقف التنفيذ بقوة القانون عندما يطعن المحكوم عليه بالنقض أو بإعادة المحاكمة، أو يتقدم الغير بدعوى اعتراض الغير على الحكم المطروح للتنفيذ.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، السند التنفيذي، حجية الشيء المحكوم به، أصل صالح للتنفيذ.

Abstract

The judicial ruling is the strongest type of executive bond because it is formed after passing through judicial guarantees that are stronger than the guarantees that the rest of the executive bonds pass through, such as official contracts or other papers that the law gives them the enforcement power.

The most important of these guarantees is the authenticity of the ruled thing that is acquired by the ruling, which no other bond is enjoyed. In order for them to be enforceable, enforceable judgments must have the power of the being judged. It means, it has reached a high degree of stability that makes the legal positions of the parties before the court of appeal slightly likely to change.

Based on that, the legislator stipulated that the judiciary of the matter be completed from looking into the dispute so that the judgment can be executed. However, the practical application of this rule is not in effect in quite a few cases, as the courts refuse, before the judgment is concluded, to give the convicted person an executive copy of the judgment, which is called in practice the phrase " a valid source of execution ". This matter is considered a realistic objection to the execution of judgments that has no legal basis in the Syrian legislation.

On the other hand, the execution of the judgment will cease if the cassation has actually been happened in this judgment, this is a new rule introduced by the new Syrian law of procedures, we do not find a counterpart for it in the Egyptian, French or Lebanese legislation from which the legislator took the general rules related to the execution of the judicial rulings.

The cassation constitutes a legal objection to the execution of the judgment, which the legislator allows despite the high degree of stability of the judicial rulings. Execution procedures may also stopped by an explicit decision of the court that examines the origin of the right, as it is authorized to examine objective conditions of the right to be executed.

The executive procedures may also be stopped if the chief executive, with his discretion, believes that the right mentioned in the executive bond is not actual. In this research we will study the objection to the execution of judicial rulings, starting with the idea of the impossibility of execution to a judicial ruling that does not contain the legal conditions necessary for its execution, especially the idea of the degree of stability that this judgment must acquire before its execution, then we deal with the idea of stopping the execution of the judgment, whether it based on a decision from the chief executive or decision from the court of the subject that is examining the original right lawsuit, and we also study the issue of stopping the execution by the force of law when the convicted person appeals by cassation or for a retrial, or a third party submits a lawsuit that others object to the judgment subtracted for execution.

Key words: Judicial ruling, executive bond, authenticity of the ruled, valid source of execution.

مقدمة

لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً. هذه قاعدة تشريعية نص عليها قانون أصول المحاكمات السوري، وهي تحدد الأوان الطبيعي لتنفيذ الأحكام القضائية، فلا يمكن تنفيذ الحكم القضائي، من حيث المبدأ، إذا كان قابلاً للاستئناف وكانت طريق الاستئناف ما تزال مفتوحةً. فرضَ المشرع إذاً صدور الحكم بالدرجة الأخيرة، أي بدرجة التقاضي الأخيرة، حتى يمكنَ تنفيذه، أما قبل هذه الدرجة فلا يجوز التنفيذ الجبري إلا في حالات خاصة سمح فيها المشرع بتنفيذ بعض الأحكام المحددة على سبيل الحصر قبل الأوان الطبيعي للتنفيذ. ويجب فضلاً عن ذلك أن يشتمل الحكم القضائي على التزام معين يقع على عاتق المحكوم عليه القيام به، فإن لم يفعل يلجأ المحكوم له إلى دائرة التنفيذ حتى يحصل على حقه الموضوعي جبراً. لذلك فإن كلمة "الأحكام" الواردة في نص الفقرة /ب/ من المادة /275/ من قانون أصول المحاكمات ليست مطلقة بل مقيدة بهذين الشرطين، ويُعد كل منهما عارضاً يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم.

لكن المشرع ارتأى في حالات عدة عدم التقيد بشرط استقرار المراكز القانونية للأطراف، فسمح للمحكوم له بحكم محكمة الدرجة الأولى أن يطرحَ هذا الحكم أمام دائرة التنفيذ ويطلبَ تنفيذ مضمونه على الرغم من قابليته للطعن بالاستئناف. هذ وقد أطلق المشرع على هذه الحالات تعبير "النفاذ المعجل". والأصل أن استئناف الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لا يوقف تنفيذه لأن وقف تنفيذه يجعل الغاية من تنفيذه قبل الأوان غير ذات جدوى.

مع ذلك فقد سمح المشرع لمحكمة الاستئناف الناظرة في دعوى أصل الحق بتقدير الوضع الواقعي لأطراف النزاع وإصدار حكم بوقف تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، وذلك بناءً على طلب المحكوم عليه، لكن المحكمة ملزمة بحَمْلِ حكمها على ما يسوغه. يمكن القول إننا نصل في هذه الحالة إلى عدم تنفيذ الحكم.

من ناحية ثانية نكون أمام وقف تنفيذ للحكم المطروح أمام دائرة التنفيذ إذا وَجَدَ رئيس التنفيذ أن الحق الموضوعي الوارد في منطوق الحكم القضائي غير ثابت الوجود؛ إذ يوقف هذا القاضي إجراءات التنفيذ مؤقتاً ويحيل أطراف الملف التنفيذي إلى محكمة الموضوع للنظر في أصل الحق غير الثابت.

يكون وقف تنفيذ الحكم، من جهة أخرى، في مَعْرِضِ النظر في دعوى مخاصمة القضاة أو دعوى اعتراض الغير أو في حالة الطعن بإعادة المحاكمة.

أما الحالة الأكثر شيوعاً لوقف تنفيذ الحكم هي الطعن بالنقض بالحكم المطلوب تنفيذه، وقد استحدث قانون أصول المحاكمات الجديد حكماً جديداً لم يكن موجوداً في قانون أصول المحاكمات القديم[1]، جعل فيه الطعن الفعلي بالنقض موقفاً للتنفيذ بقوة القانون.

يطرح هذا التعديل تساؤلات حول القوة التنفيذية للأحكام القضائية التي انتهت محاكم الموضوع من النظر فيها، ولا سيما تراجع موقف المشرع الذي كان يسمح بتنفيذ الحكم على الرغم من قابليته للطعن بالنقض، وذلك اعتماداً على حجية الحكم التي اكتسبت قوة كبيرة بسبب انتهاء محاكم الموضوع من النظر فيها.

لكن التطبيق العملي للنصوص القانونية لا يأخذ بالحسبان الغاية الدقيقة للمشرع من النص التشريعي، الأمر الذي يؤدي إلى اضطراب العمل، وعدم تأصيله بصورة سليمة على أساس قانوني منطقي.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في وضع أساس نظري منطقي يسمح بتطبيق واضح للنصوص التشريعية التي تنظم تنفيذ الأحكام القضائية بوجه عام، وتلك التي تنظم وقف تنفيذ هذه الأحكام بوجه خاص.

[1] سوف نطلق عبارة "قانون أصول المحاكمات" على القانون رقم /1/ لعام 2016، وعبارة "قانون أصول المحاكمات القديم" على القانون رقم (84) لعام 1953.

يكتسب تأصيل القواعد القانونية المتعلقة بوقف تنفيذ الأحكام القضائية أهمية كبيرة من الناحية العملية، فوضوح الفكرة النظرية التي تُؤسَّسُ عليها القاعدة التشريعية يفضي إلى سهولة تطبيقها من قِبَلِ قضاة الموضوع من جهة، ودوائر التنفيذ من جهة أخرى، وينهي الخلاف حول المرحلة التي يمكن فيها طرح الحكم أمام دائرة التنفيذ.

إشكالية البحث

تتجلى إشكالية البحث في عدم التطبيق الصحيح للنصوص التشريعية التي تنظم مسألة وقف تنفيذ الأحكام القضائية؛ وتحديداً عدم الدقة في تحديد الوقت الذي يصبح فيه الحكم القضائي قابلاً للتنفيذ الجبري.

يرفض عدد غير قليل من المحاكم إعطاء المحكوم له صورة تنفيذية عن الحكم الصادر بالدرجة الأخيرة، والمسوغ الذي تعتمد عليه هذه المحاكم هو أن طريق الطعن بالنقض ما زال مفتوحاً، وذلك على الرغم من عدم وجود سند قانوني لهذا الموقف الذي تتخذه تلك المحاكم.

يعكس هذا الأمر عدم دقة العمل في عدد من المحاكم ودوائر التنفيذ، وذلك بسبب الاعتماد على مفاهيم اعتادت العملَ بها بصرف النظر عن المفهوم القانوني السليم الذي يجب أن يؤدي إلى إنزال النصوص القانونية منزلتها الصحيحة.

هدف البحث

يرمي هذا البحث إلى حل إشكاليته الرئيسة المتمثلة في عدم تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بوقف تنفيذ الحكم تطبيقاً صحيحاً، وذلك عَبْرَ تأصيل فكرة القوة التنفيذية للحكم القضائي، ولا سيما فكرة الأوان الطبيعي لتنفيذه. يؤدي هذا التأصيل إلى فهم النصوص القانونية الأخرى التي تنظم حالات عدم تنفيذ الأحكام ووقف تنفيذها، وهذا ما يشكل غاية أخرى للبحث لها نتائجها على الصعيدين النظري والعملي.

صعوبات البحث

أهم صعوبة في هذا النوع من البحوث هي ندرة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض بخصوص وقف تنفيذ الأحكام، وتكمن علة ذلك في أن أحكام محكمة الاستئناف الناظرة في القضايا التنفيذية تصدرُ مبرمةً؛ بناءً على ذلك لا يمكن صدور أحكام عن محكمة النقض إلا في دعاوى مخاصمة قضاة هيئة محكمة الاستئناف الناظرة في القضايا التنفيذية، وهي دعاوى قليلة، ونادراً ما يصدر فيها حكم لصالح المدعي فيها. ولا تسمح ندرة اجتهادات محكمة النقض في هذه الحالة أيضاً بتوحيد الاجتهاد القضائي وبالتالي طريقة العمل أمام دوائر التنفيذ، ولا سيما أن العمل بنص قانون أصول المحاكمات النافذ ما زال في سنواته الأولى. كل ذلك بالإضافة إلى أن امتناع عدد من رؤساء المحاكم عن إعطاء صورة تنفيذية للحكم الصادر بالدرجة الأخيرة في أثناء جريان مدة الطعن بالنقض هو موقف سلبي، ولا يمكن بالتالي الحصول توثيق لحالات الامتناع هذه، ولا سيما أنه لا جدوى من الناحية العملية من إثارة نزاع ما بشأن هذه الحالات.

مناهج البحث

سوف نعتمد مناهج أربعة في البحث، وهي الآتية:

المنهج الاستقرائي، إذ ننطلق من الجزئيات التي تتضمنها النصوص التشريعية لِنُكوِّنَ، نتيجة قراءتها، فكرة عامة عنها، الأمر الذي يسمح بتحليلها وصولاً إلى غاية المشرع من سَنِّهَا، مُعتمدِينَ في ذلك على **المنهج التحليلي**.

وسوف نعتمد على **المنهج المقارِن** بصورة جزئية، وعلى مستويين: المستوى الأول هو مقارنة بعض نصوص قانون أصول المحاكمات الجديد بنصوص قانون أصول المحاكمات القديم في سورية، وهذا يتضمن **منهجاً تاريخياً** خاصاً بتطور التشريع السوري في هذا الصدد، والمستوى الثاني هو مقارنة جزئية بين القانون السوري من جهة وكل من القانون الفرنسي والمصري واللبناني من جهة أخرى، ولا سيما فيما يخص الوقت الطبيعي لتنفيذ الأحكام، كل ذلك بهدف تقويم موقف المشرع السوري.

خطة البحث

سوف نتبع في هذا البحث الأسلوب اللاتيني في التقسيم المعمول به في البحوث القانونية، إذ نبدأ بمبحث أول يتناول عدم تنفيذ الحكم القضائي، فندرس مسألة منع تنفيذه لعدم توافر الشروط القانونية للتنفيذ والاستثناءات على هذا المنع؛ ثم ندرس في مبحثٍ ثان فكرة وقف تنفيذ الحكم القضائي، فنبدأ بدراسة سلطة رئيس التنفيذ في الوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ، ونَتْبَعُ ذلك ببحث وقف إجراءات التنفيذ المبني على نصوص تشريعية صريحة، كل ذلك وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: عدم تنفيذ الحكم القضائي

المطلب الأول: منع القانون تنفيذ الحكم القضائي لعدم توافر شرطيه

المطلب الثاني: التنفيذ استثناء قبل انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع

المبحث الثاني: وقف تنفيذ الحكم القضائي

المطلب الأول: الوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ بسبب عدم ثبات أصل الحق

المطلب الثاني: وقف إجراءات التنفيذ بناءً على نصوص تشريعية صريحة

الخاتمة

المبحث الأول: عدم تنفيذ الحكم القضائي

تنص المادة /275/ من قانون أصول المحاكمات السوري على ما يأتي:

" أ–التنفيذ الجبري لا يكون إلا لسند تنفيذي.

ب–الأسناد التنفيذية هي **الأحكام** والقرارات والعقود الرسمية وصكوك الزواج والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة التنفيذ. ج–...".

أرست الفقرة /أ/ من هذا النص التشريعي المبدأ في التنفيذ الجبري، وهو ضرورة حصول الدائن على سند تنفيذي كشرط لإمكانية الحصول على حقه عن طريق دائرة التنفيذ؛ أما الفقرة /ب/ منه فقد عددت أنواع الأسناد التنفيذية، ومن هذه الأنواع الأحكام.

المقصود بالأحكام هنا الأحكام القضائية الصادرة في المواد المدنية والتجارية وما في حكمها، كالمواد الشرعية[2]. لقد جاءت كلمة "الأحكام" في هذا النص مطلقة، الأمر الذي يوحي بإمكانية تنفيذ كل الأحكام الصادرة في هذه المواد؛ لكن الواقع خلاف ذلك لأن المنطق والقانون يفرضان شرطين يجب توافرهما في الحكم القضائي حتى يمكن تنفيذه جبراً؛ بعبارة أخرى منع القانون تنفيذ الحكم القضائي لعدم توافر شرطيه (المطلب الأول)، أحد هذين الشرطين ضرورة انتهاء محاكم الموضوع من نظر النزاع كما سنرى، مع ذلك سمح المشرع بتجاوز هذا الشرط في حالات النفاذ المعجل، مما يعني جواز التنفيذ استثناء قبل انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مَنْعُ القانون تنفيذ الحكم القضائي لعدم توافر شرطيه

قلنا إن كلمة الأحكام الواردة في المادة /275/ من قانون أصول المحاكمات مقيدة بتوافر شرطين، الأول هو احتواء الحكم على أداء محدد يقع على عاتق المدين القيام به، والثاني انتهاء محاكم الموضوع من نظر النزاع. بناءً على ما تقدم سوف نبدأ بدراسة فكرة عدم

[2] مكناس، جمال، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، طبعة عام 2013-2014، ص72. كحيل، عمران، أصول التنفيذ، منشورات جامعة الشام الخاصة، عام 2020-2021، ص 95.
هذا ويخرج عن نطاق هذا البحث تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بالعقوبات في المواد الجزائية، إذ يجري تنفيذها عن طريق دائرة تنفيذ الأحكام الجزائية بإشراف النيابة العامة، وليس عن طريق دائرة التنفيذ المدني.

إمكانية تنفيذ الأحكام التي لا تتضمن أداء محدداً (أولاً)، ثم نبحث في عدم جواز التنفيذ قبل انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع (ثانيا).

أولاً: عدم إمكانية تنفيذ الأحكام التي لا تتضمن أداء محدداً

لا يوجد نص تشريعي يفرض هذا الشرط وهذا أمر بدهي، كون الحكم الذي لا يتضمن أداء ما ليس بحاجة إلى تنفيذ، بعبارة أخرى يكون موقف المدين سلبياً يقتصر على احترام حجية الحكم الصادر[3]. مَثَلُ ذلك أن حكماً صدر بتثبيت عقد بيع بضاعة معينة، وكان تنفيذ العقد قد تم بين الطرفين، فاستلم المشتري البضاعة وقبض البائع ثمنها؛ في حال رَفَعَ المشتري دعوى بفسخ العقد بينما طالب البائع بتثبيته، فصدر الحكم بالتثبيت، فإن موقف طرفي العقد يقتصر على ضرورة احترام المراكز القانونية التي ثَبَّتها الحكم والتي تم التقيد بها فعلاً. بعبارة أخرى لا يوجد أداء ما يجب القيام به. والمثال التقليدي على الأحكام التي لا تتضمن أداء ما هي القرارات الصادرة بوصف حالة راهنة[4]، كوصف حال أرض زراعية أو دار سكن. لكن عدم وجود أداء في الحكم لا يعني أنه غير ملزم لأطرافه، بل هو ملزم لهم بمعنى أنه يجب عليهم احترام ما ورد فيه والتقيد بالمراكز القانونية التي رتبها[5]، وما هذا إلا أثر لحجية الحكم. بناءً على ذلك لا يجوز لأحد أطراف الحكم الصادر بوصف الحالة الراهنة إثبات عكس ما جاء فيه بالبينة الشخصية أو بأي طريق إثبات آخر[6].

ثانياً: عدم جواز التنفيذ قبل انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع

جاء في بداية الفقرة /أ/ من المادة /291/ من قانون أصول المحاكمات السوري ما يأتي: "أ–لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً ...".

[3] في حال كان الحكم الصادر لا يستوجب اتخاذ تدابير على أموال المحكوم عليه ولا على شخصه، كالحبس التنفيذي، فلا مجال لتقديم طلب بتنفيذه إلى دائرة التنفيذ، كالحكم الصادر برد الطعن بالنقض. في هذا المعنى انظر: الحجار، حلمي محمد، أصول التنفيذ الجبري – دراسة مقارنة، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية عام 2003، ص100، انظر أمثلة أخرى في الصفحة 101 من المرجع ذاته.

[4] من أجل أمثلة أخرى انظر: منلا حيدر، نصرة، طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع، مطابع فتى العرب – دمشق 1966، ص 86.

[5] شربا، أمل وَكحيل، عمران، أصول التنفيذ، منشورات جامعة دمشق عام 2019-2020، ص 102.

[6] لا يجوز تغيير المراكز القانونية التي يرتبها الحكم إلا عن طريق الطعن بالطرق التي يسمح بها القانون.

قيد المشرع كلمة الأحكام التي جاءت مطلقة في نص المادة /275/ المذكورة سابقاً بنص المادة /291/، فلم يسمح بتنفيذ الحكم قبل صدور حكم محكمة الاستئناف في موضوع النزاع. أي أننا أمام حالة عدم جواز تنفيذ حكم قضائي بسبب إمكانية النظر فيه من قبل محكمة موضوع، وهذا أحد عوارض تنفيذ الحكم القضائي الذي يتضمن أداءً معيناً.

يطلق جانب من الفقه على هذه الحالة تعبير "وقف تنفيذ الحكم"[7]، ويعبر الشراح عن ذلك بالقول إن للاستئناف أثراً موقفاً للتنفيذ. الواقع أن هذا العارض الذي يعترض تنفيذ الحكم القضائي ليس وقفاً للتنفيذ، بل هو حالة عدم تنفيذ، ذلك أنَّ تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى لم يبدأ ولا يجوز أن يبدأ بسبب غياب الشرط الوارد في نص المادة /291/، أي أنه ينبغي على رئيس التنفيذ أن يرد طلب تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى القابل للاستئناف، لا أن يبدأ بإجراءات التنفيذ ثم "يوقف تنفيذه" في حال الطعن بالاستئناف، وهذا ما يحصل بالفعل في الواقع العملي، فلا نجد حالات يتقدم بها محامو المحكوم لهم بأحكام محاكم البداية بطلبات تنفيذ في أثناء سريان مدة الاستئناف. الغاية التي يرمي إليها المشرع من هذا الشرط هي وصول الحكم إلى درجة استقرار كبيرة[8] يكون بعدها احتمال تَغَيُّرِ المراكز القانونية لأطراف الحكم ضئيلاً. من المنطقي أن تتحقق درجة استقرار كبيرة للحكم عند انتهاء درجتي التقاضي من النظر فيه، وبعبارة أخرى عند انتهاء طرق الطعن العادية، إذ لا يعود ثمةَ إمكانية للخوض في قناعة محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم بالدرجة الأخيرة، فتستقر المراكز القانونية للأطراف، ولا يمكن تغييرها إلا لخطأ في القانون[9]. وفي فرنسا لا يعد مجرد النطق بالحكم كافياً لجعله سنداً تنفيذياً، بل لا بد من أن يكون متمتعاً بقوة الشيء المحكوم به، من حيث المبدأ، ليكون سنداً تنفيذياً، أي ألا يكون قابلاً للطعن بأي طريق مُوْقِفٍ للتنفيذ[10]، أي ألا يكون قابلاً للطعن بطريق

[7] واصل، محمد وَأبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات (2)، منشورات جامعة دمشق، قسم الدراسات القانونية، طبعة عام 2007-2008، ص 146. أبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات المدنية-الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق – كلية الحقوق، طبعة عام 2013-2014، ص257.

[8] بهذا المعنى انظر: الحجار، حلمي محمد، أصول التنفيذ الجبري – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص106 وما يليها، وَخليل، أحمد، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان- بيروت، طبعة عام 2006، ص 38، ويشدد الدكتور خليل على مسألة استقرار المراكز القانونية لأطراف الحكم الموضوعي الذي يتضمن إلزاماً.

[9] لتفاصيل أكثر انظر: كحيل، عمران، أصول التنفيذ، المرجع السابق، عام 2020-2021، ص 97.

[10] Serge Guinchard et Tony Muossa, DROIT ET PRATIQUE DES VOIES D'EXECUTION, DALLOZ ACTION 2010\2011, P:15, n 112.05.

الاعتراض أو الاستئناف[11]، لكن يمكن تنفيذ الحكم جبراً على الرغم من إمكانية الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف في حالات النفاذ المعجل، إذ تنص المادة 500 من من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على ما يأتي: "الأحكام الحائزة لقوة الأمر المحكوم به هي تلك التي لا تقبل أي طريق طعن موقف للتنفيذ.

الحكم الذي يقبل الطعن بطريق موقف للتنفيذ يكتسب القوة ذاتها بانتهاء مدة الطعن في حال انقضت هذه المدة من دون حصول الطعن."[12].

وكذلك الأمر في القانون المصري فطريقا الطعن بالمعارضة وبالاستئناف، وهما طريقان عاديان للطعن، لا يسمحان بتنفيذ الحكم، ويشكلان عارضاً يقف في طريق تنفيذه. فالأصل في القانون المصري أن الأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم به هي التي تقبل التنفيذ الجبري، كونها لا تقبل المعارضة ولا الاستئناف[13]، مع ذلك يمكن استثناء تنفيذ

وقد اعتمد هذان الفقيهان على مفهوم السند التنفيذي كما جاء في قانون إجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي الصادر بالقانون رقم 650 لعام 1991، والنافذ منذ عام 1993. انظر الفقرة الأولى من المادة ل.3-111 من هذا القانون إذ جاء نصها كالآتي:

"Seuls constituent des titres exécutoires :
1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont
force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont **conféré force exécutoire**."

[11] Serge Guinchard et Tony Muossa, DROIT ET PRATIQUE DES VOIES D'EXECUTION, op.cite p:25, n 121.13.

من أجل تفاصيل أكثر حول مفهوم قوة الأمر المقضي به في القانون والفقه الفرنسيان انظر:

Donnier, Marc et Donnier, Jean-Baptiste, Voies d'exécution et procédures de distribution , Litec 7e édition 2003, 70, n 185.

يؤكد هذان المؤلفان أن المعارضة والاستئناف هما الطريقان الموقفان للتنفيذ في قانون الإجراءات المدني، بينما لا يُعد الاستئناف وقفاً لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية.

Donnier, Marc et Donnier, Jean-Baptiste, Voies d'exécution, op.cite, p:70 et s.

[12] L'article 500 du Code de procédures civiles français dispose que:
"A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution.
Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai.".

[13] أبو الوفا أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، نسخة عام 1984، ص52. جاء ذلك في المادة 465 من قانون المرافعات المصري التي تعكس هذه القاعدة، إذ جاء نصها على النحو الآتي: " لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف جائزاً إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه في القانون أو مأموراً به في الحكم. إنما يجوز بمقتضاها اتخاذ الإجراءات التحفظية.".

الأحكام المشمولة بصيغة النفاذ المعجل قبل الأوان الطبيعي كما جاء في المادة المذكورة سابقاً.

وفي القانون اللبناني فقد أخذ المشرع بالمبدأ ذاته، وهو عدم إمكانية تنفيذ الحكم قبل أن تنتهي محاكم الموضوع من النظر فيه، لكنه أطلق تسمية "الحكم القطعي" على الأحكام الصادرة بالدرجة الأخيرة، أي عندما تكون طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف قد انتهت[14]، إنما يمكن التنفيذ قبل الأوان الطبيعي في حالات النفاذ المعجل.

نستنتج بناء على ما تقدم أن الأحكام التي تتضمن أداءً محدداً والصادرة بالدرجة الأخيرة، أي بانتهاء طرق الطعن العادية، هي الأحكام القابلة للتنفيذ، وهي الأحكام المقصودة في المادة /275/ من قانون أصول المحاكمات السوري. من هنا فإنه يبدو من الأفضل تعديل صياغة المادة /291/ من القانون ذاته، وتوضيح فكرة صدور الحكم بالدرجة الأخيرة، ذلك أن الأحكام التي تتضمن أداءً ما والصادرة عن محاكم الأحوال الشخصية وأحكام محاكم الصلح في قضايا إيجار العقارات وقضايا العلاقات الزراعية قابلة للتنفيذ مباشرة كونها صادرة بالدرجة الأخيرة.

بعبارة أخرى إن تعديل النص القانوني على هذا النحو يؤدي إلى شموله إلى كل الأحكام الصادرة بالدرجة الأخيرة، سواءٌ أكانت صادرة عن محاكم الاستئناف أم عن بعض محاكم الدرجة الأولى.

الوقت الطبيعي لتنفيذ الأحكام، حسب كل من القانون السوري والفرنسي والمصري واللبناني، إذاً هو الوقت الذي تنتهي فيه محاكم الموضوع من النظر في النزاع، أي عند استنفاد طرق الطعن العادية فيها، وذلك بصرف النظر عن مرحلة الطعن بالنقض أو

[14] تنص المادة 564 من قانون أصول المحاكمات اللبناني على ما يأتي: " يكتسب الحكم القوة التنفيذية من تاريخ صدوره إذا كان قطعياً أو من التاريخ الذي يصبح فيه قطعياً ما لم يمنح المحكوم عليه مهلة للتنفيذ أو المحكوم له التنفيذ المعجل .".

أما مفهوم الحكم القطعي في القانون اللبناني فيمكن استنتاجه من نص المادة 691 من القانون ذاته، إذ جاء فيها ما يأتي: " في جميع الأحوال المبينة في المادة السابقة لا يقبل طلب الإعادة إلا إذا كان الطالب لم يستطع، بدون خطأ منه، التمسك، عن طريق استعمال طعن عادي، بالسبب الذي يتذرع به قبل أن يصبح الحكم قطعياً.". من أجل مفهوم الحكم القطعي، حسب رأي الفقه القانوني، في القانون اللبناني انظر أيضاً: خليل، أحمد، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص41.

إعادة المحاكمة كما سوف نرى، لكن المشرع سمح بتنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى على الرغم من صدوره بالدرجة الأولى وذلك على سبيل الاستثناء.

المطلب الثاني: التنفيذ استثناء قبل انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع

يوجد إمكانية لتنفيذ بعض الأحكام الصادرة بالدرجة الأولى، والقابلة للطعن بالمعارضة[15] أو الاستئناف، كما رأينا في كل من القانون السوري والفرنسي والمصري واللبناني، وقد ورد ذلك في القانون السوري في نهاية الفقرة /أ/ من المادة /291/ المذكورة سابقاً، إذا جاء نص هذه الفقرة بالصيغة الآتية:

" أ–لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه في القانون أو محكوماً به.".

استثنى المشرع من الوقت الطبيعي للبدء بإجراءات التنفيذ حالات النفاذ المعجل (أولاً)، أي أحكام محاكم الدرجة الأولى المشمولة بصيغة النفاذ المعجل[16]، لكنه أعطى لمحكمة الدرجة الثانية إمكانية وقف التنفيذ في حالات النفاذ المعجل (ثانياً).

أولاً: حالات النفاذ المعجل

واضح من التسمية التي أطلقها المشرع على هذه الحالات أن تنفيذ الحكم فيها يكون قبل الوقت الطبيعي للتنفيذ. لكن هذه الحالات استثناءٌ على القاعدة العامة التي تحدد وقت التنفيذ الجبري، لذلك عددها المشرع على سبيل الحصر، وينتج عن هذا الحصر أنه لا يجوز القياس على هذه الحالات ولا التوسع في تفسيرها، وإلا فإننا نجعل منها قاعدة عامة أخرى تتعارض مع القاعدة الأولى.

وقد وردت حالات النفاذ المعجل، القانوني منها والقضائي[17] في المواد /292/ و/293/ و/294/ و/295/ من قانون أصول الحاكمات الجديد؛ هذا وسوف نقسم هذه الحالات

[15] طريق الطعن بالمعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية لم يعد ممكناً في القانون السوري، وذلك بعد أن تم إلغاء الأحكام الغيابية في هذه المواد منذ نفاذ قانون أصول المحاكمات القديم رقم (84) لعام 1953.

[16] من أجل تفاصيل عن مسوغات سن المشرع لقواعد النفاذ المعجل انظر: مكناس، جمال، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص77 و78.

[17] كحيل، عمران، أصول التنفيذ، منشورات جامعة الشام الخاصة، المرجع السابق، ص 99 وص102.

تقسيماً غير تقليدي[18]، وذلك إلى فئتين: أحكام نافذة نفاذاً معجلاً غير متعلقة بالأسرة (1)، وأحكام متعلقة بالأسرة (2).

1-أحكام نافذة نفاذاً معجلاً غير متعلقة بالأسرة

تتعلق هذه الأحكام بحالات عدة وردت في المواد المذكورة سابقاً من قانون أصول المحاكمات وذلك على النحو الآتي:

أ-الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة

جاء النص القانوني المتعلق بتنفيذ الأحكام المستعجلة في الفقرة /أ/ من المادة /292/ المذكورة سابقاً بالصيغة الآتية: " النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون في الأحوال الآتية: أ-الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها وذلك ما لم ينص في الحكم على تقديم كفالة. ب-...".

يمكن، سنداً لهذا النص، تنفيذ أي حكم صادر عن قاضي الأمور المستعجلة أو قاضي محكمة الموضوع في الدرجة الأولى بأمر مستعجل تبعاً لدعوى أصل الحق[19]. هذا التنفيذ جائز على الرغم من قابلية هذا الحكم للاستئناف، ومسوغ ذلك تفادي وقوع ضرر يتعذر تدارك آثاره في المستقبل، وذلك تمشياً مع غاية المشرع من تنظيم القضاء المستعجل. بعبارة أخرى سوف يفقد الحكم المستعجل الغاية منه والمتمثلة في تفادي وقوع الضرر، إذا لم يكن بالإمكان تنفيذه فور صدوره، حتى أن الهيئة العامة لمحكمة النقض سمحت في أحد قراراتها، في ظل القانون السابق، بتنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل من غير حاجة إلى تبليغها، وسوف نتطرق إلى هذا القرار فيما يأتي.

[18] من أجل تقسيم تقليدي يراعي ترتيب ورود المواد في قانون أصول المحاكمات انظر: منلا حيدر، نصرة، طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع، المرجع السابق، ص 99. كحيل، عمران، أصول التنفيذ، منشورات جامعة الشام الخاصة، المرجع السابق، ص 99 وما يليها.

[19] بهذا المعنى انظر: مكناس، جمال، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 79.

ب–حالتا النفاذ المعجل القضائي الوجوبي بغير كفالة

نصت المادة /293/ المذكورة سابقاً على هاتين الحالتين على النحو الآتي: "تحكم المحكمة بالنفاذ المعجل بغير كفالة متى طُلِبَ إليها ذلك في الأحوال الآتية:

أ–إذا كان المحكوم عليه قد أقر بالالتزام.

ب–إذا كان الحكم قد صدر تنفيذاً لحكم سابق حاز قوة القضية المقضية أو مشمولاً بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنياً على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير، وذلك متى كان المحكوم عليه خصماً في الحكم السابق أو طرفاً في السند.".

المسوغ لتنفيذ حكم الدرجة الأولى على الرغم من قابليته للطعن بالاستئناف هو قوة المركز القانوني الذي منحه للمحكوم له؛ إذ يستند الحكم في الحالة الأولى من النص القانوني على دليل إثبات هو إقرار المدين المحكوم عليه، وهو دليل قوي يصعب معه تغيير المراكز القانونية لأطراف النزاع أمام محكمة الدرجة الثانية. وفي الحالة الثانية من النص يستند حكم محكمة الدرجة الأولى على حكم أو سند رسمي، الأمر الذي يعطي المحكوم له مركزاً قانونياً قوياً يجعل احتمال تغييره أمام محكمة الاستئناف احتمالاً ضئيلاً[20].

ج–حالتان من حالات النفاذ المعجل القضائي الوجوبي بكفالة جوازية

وردت هاتان الحالتان في الفقرتين /أ/ و/ج/ من المادة /294/ المذكورة سابقاً على النحو الآتي:

" تحكم المحكمة بالنفاذ المعجل مع الكفالة أو دونها في الأحوال الآتية:

أ–إجراء الإصلاحات العاجلة.

ب–...

ج–أداء أجور الخدم والعاملين لدى القطاع الخاص أو المشترك.".

[20] في هذا المعنى انظر: شربا، أمل وَكحيل، عمران، أصول التنفيذ، المرجع السابق، ص 100 و101.

سمح المشرع بتنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى القابل للاستئناف نظراً للعجلة[21]، وذلك حسبما ورد في الفقرة الأولى من هذا النص القانوني، أم علة هذا السماح بالنفاذ المعجل في الفقرة الثالثة من هذا النص فهي ضعف الحالة المادية للخدم والعاملين المشمولين بها.

هذا وقد استثنينا الفقرة /ب/ من هذا النص لأنها تتضمن أحكاماً متعلقة على الأغلب بالأسرة، والتي نتناولها في فقرة لاحقة.

د-حالتا النفاذ المعجل القضائي الجوازي

تنص المادة /295/ المذكورة سابقاً على حالتين يكون للمحكمة فيهما سلطة تقديرية في تشميل أو عدم تشميل حكمها بالنفاذ المعجل، إذ جاءت المادة بالصيغة الآتية:

" يجوز الحكم بالنفاذ المعجل بالكفالة أو دونها في الحالتين الآتيتين:

أ-إذا كان الحكم مبنياً على سند عادي لم ينكره المحكوم عليه.

ب-إذا كان الحكم صادراً في دعاوى الحيازة.".

ارتأى المشرع في الحالة الأولى أنه يمكن لمحكمة الدرجة الأولى أن تُشَمِّلَ حكمها بصيغة النفاذ المعجل إذا وجدت أن المركز القانوني الذي سوف يرتبه الحكم قوي، ويكون ذلك في حال تبين لها أن النزاع الموضوعي على السند العادي، الذي سوف يصدر الحكم بناءً عليه، لن يجدي نفعاً أمام محكمة الدرجة الثانية. أما في الحالة الثانية فيبدو أن المشرع أعطى للمحكمة هذه السلطة التقديرية لتمكينها من رد الاعتداء على حيازة العقار بسرعة معقولة[22]، وهي حالات يكون فيها للوقائع المادية دوراً كبيراً في تحديد مدى الاعتداء.

[21] يجدر التنويه إلى أن هذه "العجلة" لا تدخل في مفهوم الأمور المستعجلة التي ورد ذكرها كإحدى حالات النفاذ المعجل بحكم القانون في الفقرة /أ/ من المادة /292/ الواردة أعلاه. لتفاصيل أكثر انظر: كحيل، عمران، أصول التنفيذ، المرجع السابق، ص 105 و106.

[22] في هذا المعنى انظر: مكناس، جمال، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 83 و84، وَمنلا حيدر، نصرة، طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع، المرجع السابق، ص 109.

2-أحكام متعلقة بالأسرة

يوجد فقرتان في نصين قانونين من النصوص التي تنظم حالات النفاذ المعجل تتعلقان، في معظم الحالات، بالأسرة؛ الأولى هي الفقرة /ب/ من المادة /292/، والثانية هي الفقرة /ب/ من المادة /294/ من قانون أصول المحاكمات. تضم أولى هاتين الفقريتين الأحكام الصادرة بالنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير أو إراءته لوليه (1)، وتنظم ثانيهما مسألة تقرير نفقة مؤقتة أو نفقة واجبة (2).

1-الأحكام الصادرة بالنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير أو إراءته لوليه

جاءت صيغة هذه الفقرة من المادة /292/ المذكورة سابقاً على النحو الآتي:

"النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون في الأحوال الآتية:

أ-... ب-الأحكام الصادرة بالنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير أو إراءته لوليه.".

المُلاحَظُ أن الأحكام الواردة في هذه الفقرة تتعلق بالأسرة واستقرارها، لذلك فهي تصدر عن محاكم الأحوال الشخصية، فيما عدا الأحكام الصادرة بأجرة المسكن التي تصدر عن محكمة الصلح[23]. بناء على ما تقدم تكون الأحكام المتعلقة بالنفقة وبأجرة الحضانة والرضاع وتسليم الصغير وإراءته لوليه غير قابلة للطعن بالاستئناف، أي أنها صادرة بالدرجة الأخيرة، وتكون بالتالي قابلة للتنفيذ بمجرد صدورها، وذلك حسب القاعدة التي تحدد الأوان الطبيعي لتنفيذ الأحكام كما مر معنا في المطلب الأول من هذا المبحث؛

[23] تنص الفقرة الأولى من المادة /64/ من قانون أصول المحاكمات على ما يأتي:
"تختص محكمة الصلح مهما تكن قيمة المدعى به في الدعاوى الآتية:
أ-صحة عقد الإيجار وفسخه وتسليم المأجور وتخليته وجميع المنازعات التي تقع على تنفيذ العقد وعلى بدله مهما بلغ مقداره وفي دعاوى أجر مثل العقار أو المنقول مهما بلغ المقدار المدعى به.".

بعبارة أخرى نفاذ هذه الأحكام ليس نفاذاً معجلاً، بل هو نفاذ في الأوان الطبيعي، أي بعد انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع[24].

من هنا يكون إدراج هذه الأحكام ضمن القواعد الناظمة للنفاذ المعجل محلَّ نظرٍ، ولا سيما أن مدة الطعن بالنقض لا توقف التنفيذ كما سنرى لاحقاً.

بقي القول إن الحكم الصادر بالنفقة قد لا يكون متعلقاً بالأسرة، كالحكم بالنفقة الاتفاقية[25] أو بنفقة مؤقتة لتاجر مفلس[26]، وبالتالي فإنه قد يصدر عن محكمة البداية أو الصلح بالدرجة الأولى. مع ذلك يبدو لنا أن تفسير كلمة النفقة الواردة في الفقرة /ب/ من المادة /292/ على هذا النحو لا ينسجم مع غاية المشرع من هذا النص، فهذا الأخير متعلق بأحوال الأسرة أي بالأحوال الشخصية كما يظهر من أنواع النزاعات الواردة في هذه الفقرة.

2-الأحكام الصادرة بتقرير نفقة مؤقتة أو نفقة واجبة

تنص الفقرة /ب/ من المادة /294/ على هذه الأحكام، وقد جاءت بالصيغة الآتية:

" تحكم المحكمة بالنفاذ المعجل مع الكفالة أو دونها في الأحوال الآتية: أ... ب-تقرير نفقة مؤقتة أو نفقة واجبة.".

يوجد ملحوظتان على هذا النص القانوني، الأولى هي أن عبارة النفقة وردت في الفقرة /ب/ من المادة /292/ المتعلقة بحالات النفاذ المعجل بحكم القانون.

[24] أما فيما يتعلق بالنفقة المؤقتة الصادرة عن المحكمة الشرعية فيكون نفاذها معجلاً بموجب الفقرة /أ/ من المادة ذاتها كون الحكم الفرعي الصادر قبل الفصل في الدعوى كلها يُعَدُّ حكماً مستعجلاً.

[25] من غير المنطقي تنفيذ الحكم الموضوعي الصادر عن محكمة بداية أو صلح بنفقة اتفاقية تنفيذاً معجلاً، وذلك لعدم وجود مسوغ لهذا التنفيذ المبتسر.

[26] يبدو لنا أن تنفيذ حكم محكمة البداية بنفقة مؤقتة لتاجر مفلس يجب أن يكون معجلاً كونه قرار مستعجل ينضوي تحت الفقرة /أ/ من المادة /292/ المذكورة أعلاه، وليس تحت الفقرة /ب/ من هذه المادة، وهذا يعزز وجهة نظرنا الورادة في المتن في أن الأحكام الواردة في الفقرة /ب/ متعلقة بالأسرة فقط.

هذه سقطة من المشرع[27] كان يجب تفاديها عند تعديل عام 2010 وعند مناقشة مشروع القانون الحالي.

والملحوظة الثانية هي أن عبارة النفقة الواجبة تنصرف إلى الأحكام بالنفقة الصادرة عن محاكم الأحوال الشخصية كما مر معنا، وهي تصدر بالدرجة الأخيرة فتكون واجبة النفاذ نفاذاً طبيعياً وليس مستعجلاً. أما فيما يتعلق بالأحكام الصادرة بالنفقة المؤقتة فينبغي أن تكون نافذة نفاذاً معجلاً بحكم القانون كونها أحكام مستعجلة[28]، أي أنها يجب أن تنضوي تحت حكم الفقرة /أ/ من المادة /292/.

الأصل في حالات النفاذ إذاً أن تكون الأحكام واجبة التنفيذ فور صدورها[29] حتى لا تضيع الغاية التي توخاها المشرع، لذلك فإن الطعن فيها لا يوقف تنفيذها من حيث المبدأ، لكن يمكن وقف تنفيذها استثناءً.

ثانياً: وقف التنفيذ في حالات النفاذ المعجل

صحيح أن الطعن بالاستئناف لا يوقف تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، لكن المشرع منح محكمة الاستئناف سلطة تقديرية في وقف تنفيذ هذه الأحكام إذا وجدت مسوغاً لذلك. السند القانوني لهذه السلطة هو نص المادة /296/ من قانون أصول المحاكمات والتي وردت بالصيغة الآتية:

" يجوز للمحكمة المرفوع اليها الاستئناف أن تقرر وقف النفاذ المعجل إذا وجدت مسوغاً لذلك.".

[27] من أجل تفاصيل أكثر انظر: كحيل، عمران، أصول التنفيذ، المرجع السابق، ص 106، انظر أيضاً الهامش السابق.

[28] سواءٌ أكانت جزءاً من نفقة واجبة صدر فيها حكم عن القاضي الشرعي، على سبيل المثال، قبل الفصل في الموضوع، أم نفقة مؤقتة لتاجر صادرة عن محكمة البداية قبل حسم النزاع.

[29] القاعدة هي أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام إلا بعد تبليغها وذلك تطبيقاً لما نصت عليه المادة /286/ من قانون أصول المحاكمات، إذ جاء نصها على النحو الآتي: " لا يجوز تنفيذ الأحكام إلا بعد تبليغها إلى الخصم.". مع ذلك سمحت الهيئة العامة لمحكمة النقض، في ظل القانون السابق، بتنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل من غير حاجة إلى تبليغها، وقد علل الاجتهاد القضائي ذلك أن هذه الأحكام قابلة للتنفيذ على الرغم من قابليتها للطعن. نقض، هيئة عامة، قرار عدول عن اجتهادات سابقة، رقم 23/76 تاريخ1977/4/2، مجلة المحامون 1978، ص113. من أجل تفاصيل أكثر انظر: كحيل، عمران، أصول التنفيذ، المرجع السابق، ص97، ولا سيما الهامش رقم 121.

المسوغ الذي ينبغي أن تعتمد عليه محكمة الاستئناف في هذه الحالة هو المسوغ ذاته الذي حدا بالمشرع إلى مَنْعِ تنفيذ أحكام محاكم الدرجة الأولى القابلة للاستئناف، والذي يتجلى بعدم الوصول بالمراكز القانونية لأطراف الدعوى إلى درجة كبيرة من الاستقرار، واحتمال حصول ضرر قد يَتَعَذَّرُ تدارك آثاره من جراء التنفيذ المبتسر. بعبارة أخرى سمح المشرع لمحكمة الاستئناف، في هذه الحالة، بالعودة إلى إعمال شرط التنفيذ المتعلق باستقرار المراكز القانونية للأطراف.

بناء على ذلك تتخذ محكمة الاستئناف الناظرة في الموضوع القرار بوقف إجراءات تنفيذ الحكم المشمول بصيغة النفاذ المعجل، وذلك بناء على طلب صاحب المصلحة[30] إذا رأت أن ضرراً يتعذر تدارك آثاره سوف يقع نتيجة التنفيذ، وذلك بالنظر إلى وضع الأطراف بناءً على معطيات الدعوى أمامها، ولا سيما أن الاستئناف ينشر النزاع الموضوعي في كل المسائل المستأنفة.

أما إذا رأت محكمة الاستئناف أنَّ احتمال وقوع الضرر قليل أو أنه بالإمكان إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ المعجل، أو أن مبلغ الكفالة الذي سدده المحكوم له كافٍ لتعويض الطرف الآخر في حال فسخ حكم محكمة الدرجة الأولى، فإنها تَرُدُّ طلب وقف تنفيذ الحكم المشمول بصيغة النفاذ المعجل، وبذلك تتحقق غاية المشرع في إسعاف الخصم عبر حكم سريع التنفيذ.

يبدو لنا أنه يجب على محكمة الاستئناف أن تعلل قراراها في الحالتين، أي في حالة إصدار قرار بوقف التنفيذ أو بعدم وقفه، ولا سيما في الحالة الأولى، لأن هذا القرار يشكل استثناءً على المبدأ الذي يفيد أن استئناف الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لا يوقف تنفيذه.

[30] لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تصدر القرار بوقف التنفيذ من تلقاء ذاتها لأن في ذلك خرقاً لمبدأ الطلب ومساساً بحقوق أحد أطراف النزاع؛ بعبارة أخرى تكون محكمة الاستئناف قد حكمت، في هذه الحالة، بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبه هؤلاء أو أحدهم، وهذا سبب مجدٍ من أسباب الطعن بالحكم.

المبحث الثاني: وقف تنفيذ الحكم القضائي

ميزنا في المبحث الأول بين عدم تنفيذ الحكم القضائي ووقف تنفيذ هذا الحكم، وقلنا إن طريق الاستئناف ليس طريقاً موقفاً لإجراءات التنفيذ، بل طريق مانعٌ من البدء فيها، وهذا ما يحصل في الواقع العملي.

سوف ندرس في هذا المبحث الحالات التي تكون، أو يجب، أو يمكن أن تكون فيها، إجراءات التنفيذ قد بدأت لكن عارضاً حدث وأدى إلى وقفها؛ تنقسم هذه الحالات إلى قسمين، ففي بعض هذه الحالات يكون هناك وَقْفٌ مؤقتٌ لإجراءات التنفيذ بسبب عدم ثبات أصل الحق (المطلب الأول)، فيما يكون وقف إجراءات التنفيذ مبنياً على نصوص تشريعية صريحة (المطلب الثاني) في حالات أخرى.

المطلب الأول: الوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ بسبب عدم ثبات أصل الحق

تحدد الفقرة /أ/ من المادة /285/ من قانون أصول المحاكمات شروط الحق الموضوعي القابل للتنفيذ الجبري، فقد جاء نصها بالصيغة الآتي:

"لا يجوز تنفيذ سند يتعلق بحق غير ثابت الوجود أو غير معين المقدار أو غير مستحق.". ينبغي أن يكون الحق الموضوعي، أو أصل الحق، ثابت الوجود ومعين المقدار ومستحق الأداء، حتى يمكن الحصول عليه جبراً عن طريق دائرة التنفيذ. والذي يهمنا في هذا البحث هو شرط ثبات وجود أصل الحق، أي إننا سوف نفترض تحقق الشرطين الآخرين، ونوضح الحالات التي يمكن أن يقف فيها التنفيذ بسبب عدم ثبات أصل الحق.

التنفيذ الجبري لا يكون إلا لسند تنفيذي، هذا ما نصت عليه الفقرة /أ/ من المادة /275/ من قانون أصول المحاكمات، ومؤدى ذلك أن أصل الحق المطلوب تنفيذه ثابتٌ في السند التنفيذي، فمن غير المتصور حصول الدائن على حكم قضائي بأداء محدد من دون أن يكون هذا الأداء ثابتاً فيه[31]. لكن قد يطرأ عارض يؤثر على ثبات الحق الموضوعي

[31] القاعدة أن الأحكام القضائية تؤكد وجود الحقوق ولا تنشئها. لتفاصيل هذه الفكرة انظر: أبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات المدنية-الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 159 وما يليها.

الوارد في الحكم فيؤدي إلى وقف إجراءات تنفيذه. هذا وقد يُثار هذا العارض أمام رئيس التنفيذ، أو أمام محكمة الموضوع.

بناءً على ما تقدم سوف نبحث في وقف التنفيذ بناءً على السلطة التقديرية لرئيس التنفيذ (أولاً)، ثم نتناول حالة وقف التنفيذ بناءً على قرار المحكمة الناظرة في دعوى أصل الحق (ثانياً).

أولاً: وقف التنفيذ بناءً على السلطة التقديرية لرئيس التنفيذ

يكون أصل الحق ثابت الوجود في منطوق الحكم الذي يعد الجزء الذي يحوز الحجية والقابل للتنفيذ[32]، أي أنه الجزء الذي يحدد المراكز القانونية النهائية للأطراف، وبالتالي يكون الأداء المترتب على عاتق المحكوم عليه ثابتاً فيه؛ مَثَلُ ذلك تسديد مبلغ الدين أو تسليم البضاعة موضوع الحكم. بناء على ما تقدم فإن مسألة عدم ثبات الحق الموضوعي لا تُطرح، من حيث المبدأ، كون الدائن يملك حكماً قضائياً مؤكداً لهذا الحق. لكن الأمر ليس بهذه البساطة في كل الحالات، فقد يزعم المُنَفَّذُ عليهِ أمام رئيس التنفيذ أنه قام بوفاء مبلغ الدين أو تسليم البضاعة موضوع الحكم بعد صدوره، أي بعد صدور الحكم، وقد يبرز مخالصةً أو براءةَ ذمةٍ موقعة من المحكوم له تفيدُ هذا الوفاء. نكون هنا أمام زَعْمٍ بانقضاء الحق الموضوعي بعد حصول الدائن على السند التنفيذي وهو الحكم القضائي.

من جهة أولى لا يملك رئيس التنفيذ النظر في صحة هذا الوفاء لأنه أمر متعلق بأصل الحق وهذا يخرج عن اختصاصه النوعي، ومن جهة ثانية قد يرى رئيس التنفيذ، بناءً على سلطته التقديرية، أن الحق ليس ثابت الوجود على نحو كافٍ يسمح بمتابعة إجراءات التنفيذ، فيكون مضطراً إلى وقف التنفيذ بصورة مؤقتة وإحالة الأطراف إلى قضاء الموضوع لتأكيد الحق المتنازع عليه[33].

[32] أبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات المدنية-الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 69 و70. من أجل كيفية النطق بالحكم انظر: والي، فتحي، قانون القضاء المدني اللبناني –أصول المحاكمات المدنية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية -بيروت، الطبعة الأولى 1970، ص 870 وما يليها.

[33] في هذا المعنى انظر: الحجار، حلمي محمد، أصول التنفيذ الجبري – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 69 وما بعدها، وص307 وما بعدها. يجدر بالذكر أن الحق المطلوب الموضوعي المطلوب إثباته هو غير الحق الموضوعي الذي كان ثابتاً بالحكم القضائي قبل الزعم بواقعة الوفاء، فقد يكون المبلغ المطلوب في الدعوى التي

إن إعمال رئيس التنفيذ لسلطته التقديرية يقتصر على مسألة جدية ثبات أو عدم جدية ثبات أصل الحق، ولا يتعلق بصلب أصل الحق، فلا يمكنه التثبت من صحة الوفاء المزعوم. إن ادعاء الوفاء وإبراز براءة ذمة موقعة من الدائن قد يسوغ لرئيس التنفيذ إصدار قرارٍ بالوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ ريثما يصدر الحكم بالحق المتنازع عليه، لكن وقف التنفيذ قد يجري بصورة مختلفة أمام محكمة أصل الحق.

ثانياً: وقف التنفيذ بناءً على قرار المحكمة الناظرة في دعوى أصل الحق

يرفض رئيس التنفيذ وقف إجراءات التنفيذ عندما يرى أن أصل الحق ثابت وأن الشروط القانونية الأخرى لتنفيذه متوافرة، فيتابع إجراءات التنفيذ؛ يمكن للمنفذ عليه في هذه الحالة إقامة دعوى منع معارضة بالمبلغ أو البضاعة موضوع الحكم المطروح في التنفيذ مدعياً الوفاء، وطالباً من محكمة الموضوع الناظرة في هذه الدعوى إصدار قرار بوقف تنفيذ الحكم المطروح أمام دائرة التنفيذ.

تملك المحكمة النظر في صحة الوفاء كونها محكمة موضوع، وتملك أيضاً، بموجب سلطتها التقديرية، إصدار قرار فرعي قبل الفصل في الموضوع مضمونه وقف إجراءات التنفيذ، وقد صدر عن محكمة النقض قرارات عدة في دعاوى مخاصمة في هذا الشأن جاء في أحدها ما يأتي: "تقدير الأدلة للوصول إلى وقف التنفيذ هو من صلاحية محكمة الموضوع ولا يصل هذا التقدير إلى الخطأ المهني الجسيم." [34].

صدر فيها الحكم المطروح للتنفيذ تعويضاً عن ضرر نتيجة خطأ المدعى عليه، بينما يصبح التكييف القانوني للمبلغ الذي يعارض فيه المنفذ عليه في دعوى منع المعارضة دفعاً لغير المستحق، ويكون إذاً مستنداً إلى الإثراء بلا سبب.

[34] نقض، قرار 286، أساس مخاصمة260 تاريخ 2009/8/16، الألوسي، عبد القادر جار الله، مجموعة أحكام النقض في القضايا التنفيذية من عام 2003 حتى عام 2013، المكتبة القانونية، طبعة 2013، ص 526. انظر أيضاً: نقض، قرار 215، أساس مخاصمة 1528، تاريخ 2008/5/5، ونقض، قرار 37، أساس مخاصمة 1022، تاريخ 2009/3/2 في الصفحتين 525 و526 على التوالي من المرجع ذاته.

جاء في قرار آخر لمحكمة النقض أن: "القرارات المستعجلة لا تقبل المخاصمة كونها ذات طبيعة خاصة مؤقتة لا تحسم النزاع، ويمكن للمحكمة أن تصدر قراراً جديداً بوقف التنفيذ إذا طرأت أمامها ظروف تستدعي ذلك.". نقض، قرار 446، أساس مخاصمة 600، تاريخ 2012/5/7، الألوسي، عبد القادر جار الله، مجموعة أحكام النقض في القضايا التنفيذية، المرجع السابق، ص 530. يبرز هذا القرار السلطة الواسعة لمحكمة الموضوع، إذ يمكنها اتخاذ قرار وقف التنفيذ في أي وقت طالما أنها لم ترفع يدها عن الدعوى، وذلك بالنظر إلى الظروف التي قد تتغير أو تطرأ في أثناء سير الدعوى أمامها.

ويكون سندها القانوني هو السند ذاته الذي يعتمد عليه رئيس التنفيذ في حالة إصداره لقرار وقف التنفيذ بشكل مؤقت كما مر معنا، السند القانوني هو نص المادة /285/ المذكورة سابقاً، وتحديداً شرط ثبات الحق المطلوب التنفيذ لاقتضائه. وعند إصدار المحكمة حكمها الختامي الذي ينهي الدعوى كلَّها يُتابع طالب التنفيذ إجراءات التنفيذ إذا تبين لها أن المدعي المنفذ عليه غير محق في دعواه؛ أما إذا تبين أن الوفاء المزعوم وفاءٌ صحيح فلا محل عندئذٍ لمتابعة إجراءات التنفيذ بسبب انقضاء الحق الموضوعي. نلاحظ في نهاية هذا المطلب أن وقف الإجراءات كان بناءً على عدم ثبات أصل الحق المطلوب تنفيذه، وأنه يمكن إثارة هذا العارض من عوارض تنفيذ الحكم أمام رئيس التنفيذ أو أمام محكمة الموضوع؛ كل ذلك بالاعتماد غير المباشر على نص قانوني يحدد الشروط التي يجب توافرها في أصل الحق، وذلك على خلاف بعض الحالات التي نص فيها المشرع صراحةً على وقف التنفيذ.

المطلب الثاني: وقف إجراءات التنفيذ بناءً على نصوص تشريعية صريحة

أدرج المشرع في قانون أصل المحاكمات نصوصاً تحدد صراحةً الحالات التي يحصل فيها وقف تنفيذ للحكم، إذ توجد مواد قانونية تعطي المحكمة سلطة تقديرية في وقف أو عدم وقف التنفيذ؛ سوف ندرج هذه الحالات تحت مسمى وقف التنفيذ القضائي (أولاً)، ويوجد نصوص جعل المشرع وَقْفَ التنفيذ يقع فيها بقوة القانون، فنكون أمام حالات وقف تنفيذ قانوني (ثانياً).

أولاً: وقف التنفيذ القضائي

يجوز للمحكمة أن توقف التنفيذ بناءً على طلب المدعي في دعوى مخاصمة القضاة ودعوى اعتراض الغير (1)، وبناء على طلب الطاعن في الطعن بطريق إعادة المحاكمة (2).

1-وقف التنفيذ في دعوى المخاصمة ودعوى اعتراض الغير

يطلب المدعي وقف تنفيذ الحكم المطروح أمام دائرة التنفيذ عند تقديمه دعوى المخاصمة (أ)، وكذلك عند تقديمه دعوى اعتراض الغير (ب) على الحكم الذي مسَّ حقوقه والذي صدر في دعوى لم يكن ممثلاً فيها.

أ-وقف التنفيذ في معرض دعوى المخاصمة

نصت الفقرة /ب/ من المادة /472/ من قانون أصول المحاكمات على إمكانية وقف التنفيذ في معرض دعوى المخاصة، وذلك بالصيغة الآتية:

" تحكم المحكمة على وجه السرعة وفي غرفة المذاكرة وقبل تبليغ الخصوم الآخرين بجواز قبول الدعوى شكلاً بتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة وبوضع إشارة الدعوى إذا كانت متعلقة بعقار، وبوقف تنفيذ الحكم المخاصم مؤقتاً إذا طُلب إليها ذلك وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه.".

لم يكن قانون أصول المحاكمات القديم ينص على إمكانية وقف التنفيذ في معرض دعوى مخاصمة القضاة، أما القانون الجديد فقد أعطى للمحكمة الناظرة في دعوى المخاصمة سلطة تقديرية لوقف تنفيذ الحكم المُخاصم، ولا يكون ذلك إلا بناء على الطلب، لذلك قلنا إن الوقف هنا هو وقف قضائي، أي أن حكم المحكمة بالوقف ينشئ حالة، أو مركزاً إجرائياً مؤقتاً لم يكن موجوداً قبل إصدار قرار الوقف. لكن ذلك متوقف على السلطة التقديرية للمحكمة التي تبحث في احتمال وقوع ضرر بسبب التنفيذ يتعذر تداركه في المستقبل.

ب-وقف التنفيذ في معرض دعوى اعتراض الغير

حددت المادة /272/ من قانون أصول المحاكمات الجديد إمكانية وقف تنفيذ الحكم الذي رفعت بشأنه دعوى اعتراض الغير بصيغة أفضل من الصيغة التي جاءت في المادة 270 من قانون أصول المحاكمات القديم، إذ جاء نص المادة /272/ بالصيغة الآتية:

" أ-لا يترتب على تقديم اعتراض الغير وقف تنفيذ الحكم المُعْتَرَضِ عليه.

ب–يجوز للمحكمة الناظرة بالاعتراض أن تقرر في قضاء الخصومة وقف تنفيذ الحكم المعترض عليه متى كان يُخشى من التنفيذ وقوعُ ضررٍ جسيم يتعذر تداركه وذلك لقاء كفالة نقدية تقدرها المحكمة.".

ذكرت هذه المادة صراحةً أن تقديم دعوى اعتراض الغير لا يؤدي إلى وقف تنفيذ الحكم المُعترضِ عليه[35]، أي إنه لا يوجد حالة وقف تنفيذ قانوني. كما أضاف المشرع حكمين جديدين على حالة وقف التنفيذ هذه، اشترط في الأول منهما احتمال وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، واشترط أيضاً تقديم كفالة نقدية تقدرها المحكمة. تَشدَّدَ المشرع عبر هاتين الإضافتين في قرار وقف تنفيذ الحكم المعترض عليه، وهذا ينسجم مع الأصل المتمثل في ضرورة احترام حجية الحكم القضائي وقوته التنفيذية.

2–وقف التنفيذ في الطعن بطريق إعادة المحاكمة

نصت الفقرة /ب/ من المادة /245/ من قانون أصول المحاكمات الجديد على إمكانية وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بطريق إعادة المحاكمة، وذلك بالصيغة الآتية:

"ب–يجوز للمحكمة أن تقرر في الأحوال الأخرى في قضاء الخصومة وقف تنفيذ الحكم متى كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه وذلك لقاء كفالة نقدية تقدرها المحكمة.".

أعطى المشرع للمحكمة الناظرة في الطعن بإعادة المحكمة سلطة تقديرية في وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، لكن يؤخذ على هذا النص أنه لم يذكر، كما جاء في حالة اعتراض الغير، أن يكون هذا الوقف بناءً على الطلب. مع ذلك نرى أنه لا يمكن للمحكمة أن تحكم بوقف التنفيذ من دون تقديم طلب بهذا الخصوص، وإلا فإنها تكون قد حكمت بما لم يطلبه الخصوم.

[35] كان نص المادة 270 من قانون أصول المحاكمات القديم وارداً بالصيغة الآتية: " لا يترتب على تقديم اعتراض الغير وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك بناء على طلب الطاعن متى كان في مواصلة تنفيذه ضرر جسيم.".

أما الأمر الإيجابي والذي لم يكن موجوداً في قانون أصول المحاكمات القديم هو فرض كفالة على طالب وقف التنفيذ، فالنص الجديد لا يعطي سلطة تقديرية للمحكمة في هذا الشأن بل يلزمها بتحديد كفالة[36]، وهذا موقف سليم من المشرع يراعي حجية الحكم وقوته التنفيذية كما رأينا سابقاً.

ثانياً وقف التنفيذ القانوني

يوجد حالتان يكون فيهما وقف التنفيذ قانونياً أي بحكم (بقوة) القانون وليس بقرار المحكمة، أي أن المحكمة لا تملك سلطة تقديرية في هذا الخصوص، ويكون رئيس التنفيذ ملزماً بوقف التنفيذ في حال إبراز ما يفيد تقديم الطعن، سواءٌ أكان ذلك في إعادة المحاكمة المتعلقة بعين عقار (1)، أم عند تقديم الطعن بالنقض (2).

1-وقف التنفيذ في الطعن بإعادة المحاكمة المتعلقة بعين عقار

تنص الفقرة /أ/ من المادة /245/ من قانون أصول المحاكمات الجديد على ما يأتي:

"لا يترتب على طلب إعادة المحاكمة وقف تنفيذ الحكم إلا إذا كان متعلقاً بعين العقار.".

تنص هذه القاعدة على عدم وقف التنفيذ في حال الطعن بطريق إعادة المحاكمة، وهذا موقف يتمشى مع احترام حجية الأحكام القضائية وقوتها التنفيذية. لكن النص وَضَعَ استثناءً على هذه القاعدة بأن جعل الطعن بإعادة المحاكمة المتعلق بعين عقار موقفاً للتنفيذ بحكم القانون؛ بعبارة أخرى تتوقف إجراءات التنفيذ بمجرد إبراز ما يثبت تقديم طعن بإعادة المحاكمة في دعوى عينية عقارية[37].

يبدو أن مسوغ هذا الاستثناء هو الأهمية الكبيرة للعقارات، ولا سيما أن نتيجة الدعوى تؤثر على حق عيني عقاري، قد يكون حق الملكية أو الانتفاع، لذلك رأى المشرع ألا يجعل

[36] لم يأتِ قانون أصول المحاكمات القديم على ذكر الكفالة في معرض وقف الحكم المطعون فيه بإعادة المحاكمة، فقد كانت صيغة المادة 244 منه على النحو الآتي: " لا يترتب على طلب إعادة المحاكمة وقف تنفيذ الحكم ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك".

[37] لم يكن قانون أصول المحاكمات القديم ينص على هذه الحالة.

الحكم المتعلق بهذه الدعاوى سنداً تنفيذياً إلا عندما تستقر المراكز القانونية للأطراف بشكل نهائي.

2-وقف التنفيذ عند تقديم الطعن بالنقض

مر معنا أن الطعن بالاستئناف ومدة الطعن بالاستئناف يمنعان التنفيذ، لكن الحال ليست، أو ينبغي ألا تكون، كذلك فيما يتعلق بمرحلة النقض. بعبارة أخرى لا ينبغي لمدة الطعن بالنقض أن توقف تنفيذ الحكم القضائي، بل الطعن الفعلي بالنقض يوقف التنفيذ (أ). من جهة ثانية يوجد حالة خاصة للطعن بالنقض الموقف للتنفيذ هي حالة الطعن بالنقض نفعاً للقانون في الدعاوى العمالية (ب).

أ-الطعن الفعلي بالنقض يوقف التنفيذ

جاءت المادة /253/ من قانون أصول المحاكمات الجديد بصيغة تدل بوضوح على أنه إذا تَمَّ الطعن بالنقض فإن تنفيذ الحكم المطعون فيه يقف حكماً، أي بقوة القانون. ونصها هو الآتي:

" يترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم.".

نستنتج من صيغة هذه المادة، وبالتفسير بمفهوم المخالفة، أن تنفيذ الحكم القضائي لا يتوقف إذا لم يقع الطعن على الحكم المطروح أمام دائرة التنفيذ. يعزز هذا التفسير الصيغة التي جاء فيها نص الفقرة /أ/ من المادة /291/ من القانون ذاته، وصيغتها هي الآتية:

" أ-لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً، إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه في القانون أو محكوماً به.".

عبارة "ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً" تفيد بصورة قاطعة أن المبدأ هو أن مدة الطعن بالاستئناف لا تسمح بتنفيذ الحكم.

الفرق واضح بين نص المادة /253/ والمادة /291/، إذ مَنَعَ المشرع التنفيذ قبل وقوع الطعن بالاستئناف، لكنه لم يمنع التنفيذ قبل وقوع الطعن بالنقض، فصيغة المادة الأولى تسمح بتقديم طلب التنفيذ قبل الطعن بالنقض، أي في أثناء سريان مدته[38]. أما لو أراد المشرع مَنْعَ التنفيذ في أثناء سريان مدة الطعن بالنقض لَنَصَّ على ذلك صراحةً على غرار النَصِّ المتعلق بالاستئناف، ولأصبح نص المادة /253/ على النحو الآتي: "لا يجوز تنفيذ الأحكام ما دام طريق الطعن بالنقض جائزاً.".

يمكن تأصيل هذا الموقف للمشرع بناءً على فكرة الاستقرار الكبير للأحكام القضائية الصادرة بالدرجة الأخيرة التي تناولناها في المبحث الأول من هذه الدارسة، والتي تستند بدورها إلى الحجية الكبيرة التي أصبح الحكم القضائي متمتعاً بها نتيجة انتهاء النظر في الطعن المتعلق بشأنه من الناحية الموضوعية، إذ تَمَّ استنفاد طرق الطعن العادية الموقفة للتنفيذ.

نستطيع القول بعبارة أخرى، إن احتمال تَعديل المراكز القانونية لأطراف النزاع في الفترة بين انتهاء التقاضي أمام محاكم الموضوع ومرحلة النقض أقل بكثير من احتمال هذا التعديل في الفترة الواقعة بين درجتي التقاضي. تمكن علة هذا الفرق في أن محكمة الاستئناف هي محكمة موضوع تنظر في النزاع، حسب الأثرين الناقل والناشر للدعوى، في المسائل المستأنَفَةِ من جميع الوجوه، سواءٌ أتعلقت هذه المسائل بالواقع أم بالقانون؛ بينما يقتصر عمل محكمة النقض على النظر في مسائل القانون فقط.

وبالفعل فقد صدر في هذا الاتجاه قرار لمحكمة استئناف دمشق الأولى الناظرة في القضايا التنفيذية في 2016/3/30، أي بُعَيْدَ نفاذ قانون أصول المحاكمات الجديد؛ وقد ورد فيه ما يأتي: "وحيث أن المشرع أوضح بكلمة (وقف تنفيذ الحكم) بأن الحكم صالح

[38] لأن تنفيذ الأحكام غير جائز قبل تبليغها حسبما جاء صراحةً في المادة /286/ من قانون أصول المحاكمات الجديد، وبتبليغ الحكم تبدأ مدة الطعن بالنقض. وفي السياق ذاته يقول الدكتور أحمد أبو الوفا عن آثار الطعن في الأحكام ما يأتي: "بالنسبة إلى التنفيذ -القاعدة أن مجرد الطعن في الحكم لا يمنع تنفيذه أو يوقفه إذا كان قابلاً له، ...". والمقصود هنا الطعن بالنقض وغيره من طرق الطعن غير العادية، لأن الطعن بالمعارضة وبالاستئناف يوقفان التنفيذ بصراحة النص في القانون المصري كما مر معنا. أبو الوفا، أحمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، منشأة المعرف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 1968، ص467.

للتنفيذ وفي حال الطعن يوقف التنفيذ"، والمقصود الطعن بالنقض لأن هذه العبارة جاءت في معرض شَرْحِ المادة /253/ المذكورة[39].

لكننا نرى أن المشرع تراجع خطوة إلى الوراء في هذا الخصوص، فقد كان نص الفقرة الأولى من المادة /252/ من قانون أصول المحاكمات القديم لا يوقف التنفيذ من حيث المبدأ، إذ جاءت هذه الفقرة بالصيغة الآتية:

"لا يترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم إلا إذا كان متعلقاً بعين العقار.".

يبدو لنا أن موقف المشرع في القانون القديم أفضل منه في القانون الجديد، لأن عدم وقف التنفيذ بسبب الطعن بالنقض يتسق مع فكرة القوة التنفيذية للأحكام الصادرة بالدرجة الأخيرة، وهذه الفكرة تحديداً هي التي حدت وتحدو بشراح فقه أصول المحاكمات، إلى إعطاء اصطلاح "الأحكام الحائزة **قوة** الشيء المحكوم"[40]، وليس حجية الشيء المحكوم به، فالحجية تثبت لكل حكم قضائي حتى لو كان صادراً بالدرجة الأولى، بل حتى لوكان حكماً فرعياً صدار عن محكمة درجة أولى قبل الفصل في موضوع النزاع كله[41].

فحجية الشيء أو الأمر المقضي به تثبت لكل حكم قضائي بمجرد صدوره، أما قوة الأمر المقضي به فهي وصف يلحق بالحكم القضائي إذا أصبح غير قابل للطعن بطرق الطعن العادية[42]. يمكن تبرير تراجع المشرع السوري بالقول إنه فَضَّلَ الأخذ بالواقع العملي، الذي يَعْكِسُ الأعداد الكبيرة جداً للطعون بطريق النقض، على التأصيل النظري الأكاديمي الذي

[39] محكمة استئناف دمشق الناظرة في القضايا التنفيذية، أساس تنفيذي 2016/237، قرار رقم 187، تاريخ 2016/3/30. غير منشور.

[40] "الأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم به هي التي لا تقبل الطعن بالاستئناف، وإن كانت قابلة للطعن بالنقض وإعادة المحاكمة، وهي طرق الطعن غير العادية، بل ولو طُعن بها بإحدى هذه الطرق بالفعل. وتجب التفرقة بين قوة الشيء المحكوم به، وهي ما تقدم، وبين حجية الشيء المحكوم فيه...". أبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات المدنية-الجزء الثاني، المرجع السابق، ص .85. قرب ذلك انظر: رأي الدكتور أحمد أبو الوفا في الهامش رقم 37 من هذه الدراسة.

[41] في هذا المعنى انظر: زعلول، أحمد ماهر، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف، الطبعة الثانية 1999، ص 342 وما يليها.

[42] عبد الرحمن، محمد سعيد، الحكم الشرطي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص582.

يهتم بالتأصيل القانوني السليم[43]، والذي يرتكز، فيما يتعلق بموضوع هذا البحث، على فكرة القوة التي يجب أن تتمتع بها الأحكام الصادرة بالدرجة الأخيرة[44].

بقي أن نوضح أن عدداً غير قليل من القضاة لا يعطونَ صورةً تنفيذيةً عن الحكم الصادر عن محاكمهم بالدرجة الأخيرة إلا بعد تبليغه وانقضاء مدة الطعن بالنقض. لا يعكس هذا الموقف إرادةَ المشرع كما رأينا، بل يخالفه ويَحْرِمُ المحكومَ له من البَدءِ بإجراءات التنفيذ في أثناء مدة الاستئناف، وفي هذا هدر للوقت بما يتنافى مع إحدى الغايات الرئيسة لقانون أصول المحاكمات الجديد والمتمثلة بتسريع الإجراءات من دون المساس بالحقوق[45].

ب–الطعن بالنقض نفعاً للقانون في الدعاوى العمالية يوقف التنفيذ

تنص المادة /252/ من قانون أصول المحاكمات الجديد على ما يأتي:

" للنائب العام وقضاة النيابة العامة كُلٌ في دائرته أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام المبرمة الصادرة عن جهات القضاء العادي أياً كانت المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

أ–الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

ب–الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن ويرفع هذا الطعن بكتاب وتنظر المحكمة في الطعن في قضاء الولاية بغير دعوة الخصوم ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن، أما إذا كان الطعن يتعلق بدعوى عمالية فَيُعَدُّ الطعنُ في هذه الحالِ موقفاً للتنفيذ ويَفيدُ منه الخصوم وتُعاد الدعوى في حال نقضِ الحكم المطعون فيه إلى المحكمة التي أصدرته لاتباع قرار محكمة النقض.".

[43] بهذا المعنى انظر: كحيل، عمران، أصول التنفيذ، المرجع السابق، ص 97 و98.

[44] نعود هنا إلى الفكرة الفلسفية التي تعكس التعارض بين ما هو كائن وما يجب أن يكون، إذ نجد أن المسوغات ذات الطابع العملي تتفوق في حالات غير قليلة على الفكرة المنطقية الأصيلة. قرب ذلك انظر: لويد، دينيس، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، عالم المعرفة، تشرين الثاني 1981، ص 47 و48.

[45] راجع المذكرة الإيضاحية لقانون أصول المحاكمات السوري الجديد رقم /1/ لعام 2016.

من الطبيعي ألا يؤدي الطعن بالنقض نفعاً للقانون إلى وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لأن الحكم المطعون فيه هو حكم مبرم، فالطعن هذا لا يَصبُ في مصالح الأطراف بل يبتغي مصلحة القانون كما وردت في النص المذكور سابقاً. لكن إرادة المشرع اتجهت إلى استثناء الدعاوى العمالية من هذا المبدأ فقرر أن أطراف هذه الدعاوى يستفيدون من هذا الطعن، وطالما أنهم يستفيدون منه فمن المنطقي أن يحصل وقف للتنفيذ في هذه الحالة، أي أن المشرع قرر بقاء تطبيق القاعدة التي استحدثها في قانون أصول المحاكمات الجديد[46]، وهي أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ. كل ذلك حماية لأطراف الدعاوى العمالية.

لكن التساؤل الذي يمكن طرحه هنا هو الآتي: ما مسوغ السماح لأطراف الدعاوى العمالية من الاستفادة من الطعن مع أنه لمصلحة القانون؟ قد تكون الغاية هي حماية العمال كونهم الطرف الضعيف في عقد العمل، لكن النص شمل أطراف هذه الدعاوى وليس العمال فقط. يبدو لنا أن هذه الإشكالية تستحق أن تكون محوراً لبحث قانوني قادم.

[46] كان الطعن بالنقض نفعاً للقانون موقفاً للتنفيذ في ظل قانون أصول المحاكمات القديم، على الرغم من أن القاعدة العامة في ظله كانت عدم وقف التنفيذ في حال الطعن بالنقض، إذ كانت المادة 250 مكرر من القانون القديم تنص على ما يأتي:
" للنائب العام وقضاة النيابة العامة كل في دائرته أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام المبرمة الصادرة عن جهات القضاء العادي ... الأحوال الآتية: 1-... 2-...
أما إذا كان الطعن يتعلق بدعوى عمالية، فيعتبر الطعن في هذه الحالة **موقفاً للتنفيذ** ويفيد منه الخصوم وتعاد الدعوى في حال نقض الحكم المطعون فيه إلى المحكمة التي أصدرته لإتباع حكم محكمة النقض.".

الخاتمة

الغاية من الاحتكام إلى القضاء إقرار الحقوق عَبْرَ أحكامٍ قضائيةٍ وتنفيذ منطوق كل حكم وفق ما اشتمل عليه من التزامات وأداءات، لكن هذا التنفيذ غير ممكن إلا بعد استقرار المراكز القانونية بصورة كبيرة. إن صدور الحكم بالدرجة الأخيرة يعطيه هذا الاستقرار وبالتالي يمنحه القوة التنفيذية؛ وقد رأينا هذا المبدأ في كل من القانون السوري والفرنسي والمصري واللبناني، إذ لا يمكن تنفيذ الأحكام القضائية ما دام طريق الطعن الموقف للتنفيذ جائزاً، أو بعبارة أخرى ما دام هناك إمكانية للطعن بالحكم بطرق الطعن العادية، وهي الاستئناف في سورية، وهي المعارضة والاستئناف في كل من فرنسة ومصر ولبنان.

بناءً على ذلك يمكن تنفيذ الحكم الصادر بالدرجة الأخيرة، أو ما يسميه الفقه القانوني الحائز قوةَ الأمر المقضي به، وذلك على الرغم من قابليته للطعن بطرق الطعن غير العادية كالنقض وإعادة المحاكمة، وهذا ما دفع المشرع السوري إلى صياغة نص المادة /253/ من قانون أصول المحاكمات الجديد بطريقة تسمح بتنفيذ الحكم في مدة الطعن بالنقض، أي بعد تبليغه وقبل تقديم الطعن؛ لكن الواقع العملي يرينا امتناع عدد من القضاة عن إعطاء أصل صالح للتنفيذ في أثناء سريان مدة الطعن بالنقض، لذلك فقد حددنا في هذا البحث التأصيل القانوني السليم الذي يجب اعتماده في تحديد الأوان الطبيعي للتنفيذ، ورتبنا عليه نتائج ومقترحات على النحو الآتي:

النتائج

1-يعترض تنفيذ الأحكام القضائية عوارض عدة، بعضها يمنع تنفيذها، وبعضها الآخر يوقف هذا التنفيذ، فمدة الطعن بالاستئناف والطعن به عارضان يمنعان تنفيذ الحكم. أما الطعن الفعلي بالنقض، وليس سريان مدته، فهو العارض الذي يؤدي إلى وقف تنفيذ الحكم.

1-الأوان الطبيعي لتنفيذ الحكم القضائي الذي يتضمن أداءً محدداً هو الوقت الذي ينتهي فيه قضاء الموضوع من النظر فيه، أي الوقت الذي يحوز فيها قوة الأمر المقضي به،

أي عندما يكون صادراً بالدرجة الأخيرة، أو عند استنفاد طرق الطعن العادية بتفويت مدتها بغير طعن.

2-تنفيذ الحكم القضائي جائزٌ حتى لو كان طريق الطعن بالنقض جائزاً وذلك تطبيقاً لنص المادة /253/ من قانون أصول المحاكمات السوري الجديد.

3-امتناع بعض القضاة عن إعطاء صورة تنفيذية للحكم في أثناء سريان مدة الطعن بالنقض أمر لا يتفق وأحكام القانون السوري، ومما يدعو إلى التساؤل هو أن هؤلاء لا يمتنعون عن ذلك في أثناء مدة الطعن بإعادة المحاكمة، مع أن هذين الطريقين استثنائيان.

إن إعطاء هؤلاء القضاء، في أثناء مدة الطعن بالنقض، صورة تنفيذية للمحكوم له عن الحكم الصادر بالدرجة الأخيرة يؤدي إلى سرعة تبليغ الأحكام بهدف طرحها في التنفيذ، ويحثُّ المحكوم عليه على الطعن بالنقض، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة الإجراءات بما يحقق هدف المشرع.

4-عدم دقة المشرع في تنظيم النصوص المتعلقة بالنفاذ المعجل، إذ أدرج بعض الأحكام الصادرة بالدرجة الأخيرة، كالأحكام الصادرة عن محاكم الأحوال الشخصية، ضمن حالات النفاذ المعجل، مع أن نفاذ هذه الأحكام يجب أن يكون نفاذاً طبيعياً.

5-تراجَعَ المشرع في قانون أصول المحاكمات الجديد عن الفكرة التي تستند إلى التأصيل القانوني السليم للقوة التنفيذية للحكم القضائي، فقد جعل الطعن بالنقض موقفاً للتنفيذ وذلك بعد أن كان القانون القديم يسمح بتنفيذ الحكم على الرغم من الطعن فيه بالنقض.

6-استحدث المشرع نصاً قانونياً سمح بموجبه بوقف تنفيذ الحكم قضائياً في دعوى مخاصمة القضاة، أي إنه أعطى السلطة التقديرية في وقت التنفيذ إلى المحكمة الناظرة في هذه الدعوى.

7–عَدَّلَ المشرع بصورة جزئية أحكام وقف التنفيذ في حالة الطعن بطريق إعادة المحاكمة، فأبقى على حالة وقف التنفيذ القضائي، وأضاف إليها حالة وقف التنفيذ بقوة القانون في الدعاوى العينية العقارية.

8–عَدَّلَ المشرع بصورة جزئية أيضاً أحكام وقف التنفيذ في معرض دعوى اعتراض الغير، فأبقى على حالة وقف التنفيذ القضائي، لكنه أضاف كفالة وجوبية إلى هذه الحالة، حيث لم يكن القانون القديم ينص على وجوب تقديم كفالة في هذه الحالة.

9–الطعن بالنقض نفعاً للقانون غير موقف للتنفيذ، باستثناء حصول هذا الطعن في الدعاوى العمالية، إذ إنه من المنطقي أن يكون هناك إمكانية لهذا الوقف كون أطراف هذه الدعاوى يستفيدون، استثناءً، من الحكم الصادر نتيجة الطعن.

المقترحات

1–ضرورة إعطاء قضاة محاكم الموضوع للمحكوم لهم صوراً تنفيذية عن الأحكام الصادرة عن محاكمهم بالدرجة الأخيرة، وعدم الانتظار حتى انتهاء مدة الطعن بالنقض، وذلك بناءً على القوة التنفيذية التي اكتسبتها هذه الأحكام فعلاً. إن عمل القضاة بهذه الطريقة يؤدي إلى ربط الأساس النظري للمبدأ القانوني بالواقع العملي، وهو مطلب متبادل بين القضاة والأكاديميين القانونيين.

2–تعديل نص الفقرة /أ/ من المادة /291/ من قانون أصول المحاكمات النافذ بما يتناسب مع مفهوم حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي به، وبما يساهم في توحيد المصطلحات المتعلقة بدرجة حجية الحكم القضائي، لتصبح بالصيغة الآتية:

" أ–لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما لم تكن صادرة بالدرجة الأخيرة، إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه في القانون أو محكوماً به.".

3–تعديل أحكام النفاذ المعجل وذلك بحذف كل الأحكام التي تصدر بالدرجة الأخيرة لأن نفاذها يكون في الأوان الطبيعي، سواءٌ أكانت صادرةً عن محاكم الأحوال الشخصية أو عن غيرها من المحاكم.

4–عودة المشرع إلى المبدأ الذي كان مقرراً في قانون أصول المحاكمات القديم وهو عدم وقف التنفيذ في حالة الطعن بالنقض، إذ ينسجم ذلك مع الأصل الذي يفيد أن الأحكام الصادرة بالدرجة الأخيرة قابلة للتنفيذ كون المراكز القانونية للأطراف قد استقرت بصورة كبيرة، كما جاء في قوانين كل من فرنسة ومصر ولبنان.

5–تعديل نص المادة /253/ من قانون أصول المحاكمات النافذ بإعطاء السلطة التقديرية لمحكمة النقض في وقف تنفيذ الحكم بناءً على طلب صاحب المصلحة، مع ضرورة النص على تعليل قرارها إذا صدر بوقف التنفيذ، هذا من ناحية؛ والعودة إلى وقف التنفيذ بحكم القانون في حالة الطعن بالنقض في الدعاوى العينية العقارية فقط.

6–تعديل المادة /296/ من قانون أصول المحاكمات النافذ بالنص على ضرورة تعليل محكمة الاستئناف لقرارها بوقف تنفيذ الحكم مُعَجَّلِ النفاذ لتصبح على النحو الآتي:

" يجوز للمحكمة المرفوع اليها الاستئناف أن تقرر بحكم معلل وَقْفَ النفاذ المعجل إذا وجدت مسوغاً لذلك.".

المراجع:

أولاً: المراجع الخاصة:

1–أبو الوفا أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، نسخة عام 1984.

2–الألوسي، عبد القادر جار الله، مجموعة أحكام النقض في القضايا التنفيذية من عام 2003 حتى عام 2013، المكتبة القانونية، طبعة 2013.

3–الحجار، حلمي محمد، أصول التنفيذ الجبري – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية عام 2003.

4–خليل، أحمد، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، طبعة عام 2006.

5–شربا، أمل وَكحيل، عمران، أصول التنفيذ، منشورات جامعة دمشق عام 2019–2020.

6–كحيل، عمران، أصول التنفيذ، منشورات جامعة الشام الخاصة، عام 2020–2021.

7–مكناس، جمال، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، طبعة عام 2013–2014.

8–منلا حيدر، نصرة، طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع، مطابع فتى العرب –دمشق 1966.

9- Donnier, Marc et Donnier, Jean-Baptiste, Voies d'exécution et procédures de distribution, Litec 7e édition 2003.

10- Serge Guinchard et Tony Muossa, DROIT ET PRATIQUE DES VOIES D'EXECUTION, DALLOZ ACTION 2010\2011, P:15, n 112.05.

ثانياً: المراجع العامة

1-أبو الوفا، أحمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 1968.

2-أبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات المدنية-الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق – كلية الحقوق، طبعة عام 2013-2014.

3-زعلول، أحمد ماهر، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف، الطبعة الثانية 1999.

4-عبد الرحمن، محمد سعيد، الحكم الشرطي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان بيروت، الطبعة الأولى 2011.

5-لويد، دينيس، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، عالم المعرفة، تشرين الثاني 1981.

6-واصل، محمد وَأبو العيال، أيمن، أصول المحاكمات (2)، منشورات جامعة دمشق، قسم الدراسات القانونية، طبعة عام 2007-2008.

7-والي، فتحي، قانون القضاء المدني اللبناني -أصول المحاكمات المدنية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية -بيروت، الطبعة الأولى 1970.

ثالثاً: الاجتهادات القضائية السورية حسب ورودها في المتن

1-نقض، هيئة عامة، قرار عدول عن اجتهادات سابقة، رقم 23/76 تاريخ1977/4/2، مجلة المحامون 1978، ص113.

2-نقض، قرار 286، أساس مخاصمة260، تاريخ 2009/8/16.

3-نقض، قرار 215، أساس مخاصمة 1528، تاريخ 2008/5/5.

4-نقض، قرار 37، أساس مخاصمة 1022، تاريخ 2009/3/2.

5–نقض، قرار 446، أساس مخاصمة 600، تاريخ 2012/5/7.

6–محكمة استئناف دمشق الناظرة في القضايا التنفيذية، أساس تنفيذي 2016/237، قرار رقم 187، تاريخ 2016/3/30، غير منشور.

رابعاً: القوانين

1–قانون أصول المحاكمات السوري النافذ رقم /1/ لعام 2016.

2–قانون أصول المحاكمات السوري القديم رقم 84 لعام 1953

3–قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النافذ لعام 1975.

4–قانون التنفيذ الفرنسي الصادر بالقانون رقم 650 لعام 1991، والنافذ منذ عام 1993.

5–قانون المرافعات المصري النافذ والصادر عام 1968.

6–قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ والصادر عام 1983.

Kaemat almaraje

1- Abo Aleal, Ayman, oussoul almohakmat almadaniya. Aljza alhtni. Manshourat jamiat demashk, tabat am 2013-2014.

2- Abo Alwafa, Ahmad, oussoul almohakmat almadaniya, aldar aljamiya Bayrout, 1989.

3- Abo Alwafa, Ahmad, ejraat altanfiz bimoktada kanoun oussoul almohakmat almadaniya , aldar aljamiya Bayrout, 1984.

4- Alsayd sawi, Ahmad, sharh kanoun almourafat almadaniua wa altijarya, am 2000.

5- Haj Taleb, oussoul almohakamat almadania, aljze alawal, manshorat jameat alab, moudiriat alkotob aljamiea, 2006.

6- Khalil, Ahmad, altanfiz aljabri, Manshourat alhalabi alhoukokiya, lbnan-bayrout, am 2006.

7- Kahil, Omran, oussuol altanfiz, Manshourat jamiat alsham alkhassa, am 2020-2021.

8- Mknas, Jamal Aldyn, oussuol altanfiz fi almaouad almadanya wa altijaria, Manshourat jamiat demashk, tabat am 2013-2014.

9- Mounla Hayadar, tourok altanfiz aljabri wa ijraat altaouzii, matabi fata alarab, Dimashk 1966.

المحتوى

المبحث الأول: عدم تنفيذ الحكم القضائي

المطلب الأول: منع تنفيذ الحكم القضائي لعدم توافر شروط تنفيذه

أولاً: عدم إمكانية تنفيذ الأحكام التي لا تتضمن أداءً محدداً

ثانياً: عدم جواز التنفيذ قبل انتهاء محاكم الموضوع من النظر في النزاع

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام القضائية استثناءً قبل الانتهاء من النظر في الموضوع

أولاً: حالات النفاذ المعجل

ثانياً: وقف التنفيذ في حالات النفاذ المعجل

المبحث الثاني: وقف تنفيذ الحكم القضائي

المطلب الأول: الوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ بسبب عدم ثبات أصل الحق

أولاً: وقف التنفيذ بناءً على السلطة التقديرية لرئيس التنفيذ

ثانياً: وقف التنفيذ بناءً على قرار المحكمة الناظرة في دعوى أصل الحق

المطلب الثاني: وقف إجراءات التنفيذ بناءً على نصوص تشريعية صريحة

أولاً: وقف التنفيذ القضائي

ثانياً وقف التنفيذ القانوني

الخاتمة

دور اللامركزية المالية في دعم الاستقلال المالي للوحدات المحلية

طالب الدكتوراه: عهد سليمان كلية الحقوق – جامعة دمشق

اشراف الدكتور: نجم الأحمد

الملخص

الاستقلال الإداري للامركزية الإدارية يقتضي بأن يصاحبه استقلال مالي يؤكد المسؤولية المالية للمواطنين وإسهامهم في ميزانية وحداتهم بتمويلها بما تحتاجه من أموال بالقدر الذي تقدمه من خدمات، لذلك يعد التمويل اللامركزي ركناً من الأركان المهمة للنهوض بواقع الإدارة اللامركزية والمحلية وقدرتها على تنفيذ الاختصاصات المنوطة بها وإشباع حاجات المواطنين في نطاق عملها وكما يعتبر مؤشراً حقيقاً للتطورات التي تشهدها المجتمعات الحديثة وعنصراً أساسياً في صنع السياسات العامة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع.

الكلمات المفتاحية: اللامركزية المالية – التمويل المحلي – الموارد الذاتية – الاستقلال الإداري والمالي – الموازنة.

The role of fiscal decentralization in supporting the financial independence of local units

Abstract

Administrative independence of administrative decentralization requires that it be accompanied by financial independence that confirms the financial responsibility of citizens and their contribution to the budget of their units by financing them with the funds they need to the extent of the services they provide. Within the scope of its work, it is also considered a true indicator of the developments taking place in modern societies and an essential element in making the general economic and social policies of the society.

Keywords: financial decentralization - local financing - self-resources - administrative and financial independence - budget

مقدمة:

تعد اللامركزية المالية إحدى الأصناف الفرعية اللامركزية بصورة عامة، إذ يقتضي هذا الصنف أن تخصص موازنة مالية مناسبة لكل الوحدات الإدارية المكونة للدولة الواحدة والوصول إلى الأهداف المنصوص عليها دستوراً وقانوناً، والجاري حالياً هو أن تصنيف اللامركزية المالية لم يكن له أي اهتمام من قبل الفقهاء والقانونيين والقضاة، وبنفس الوقت لا يمكن للامركزية الإدارية أن يكتب لها النجاح من دون تطبيق اللامركزية المالية، حيث لا بد من إيجاد موازنة خاصة للوحدات المكونة للدولة، بحيث يمكّنها من النهوض بأعباء المهام الموكولة إليها بموجب الدستور والقانون، وحديثاً بدأت التوجهات العالمية في السير نحو اعتبار اللامركزية المالية أحد أنواع اللامركزية بالشكل العام إضافة إلى اللامركزية السياسية والإدارية ولامركزية السوق وعليه فقد تزايد الاهتمام باللامركزية المالية وآليات تطبيقها وبما يتفق مع التنظيم الدستوري والقانوني لآليات جمع وتوزيع وانفاق الموارد المالية في الدولة وعلى مختلف مستوياتها الحكومية والإدارية.

إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث حول التساؤل الآتي:

ما هو دور اللامركزية المالية في دعم استقلال الوحدات المحلية مالياً وإدارياً؟؟ وكيف تساهم اللامركزية المالية في خلق الموارد المحلية الذاتية للوحدات المحلية؟؟ وما هو موقف المشرع السوري من اللامركزية المالية؟؟

أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في تقديم دراسة متكاملة حول مدى تأثير اللامركزية المالية على استقلال الوحدات المحلية مالياً وإدارياً والبحث في الأساليب المتبعة لإيجاد مصادر محلية ذاتية كافية لتمويل الوحدات المحلية دون الحاجة إلى الإعانات وما قد يرافق هذه

الإعانات من رقابة مفرطة وبالتالي معرفة دور اللامركزية المالية في الوصول إلى تنمية محلية مستدامة مع توفير الضمانات الكافية للوحدات المحلية.

أهداف البحث:

1. تسليط الضوء على دور اللامركزية المالية في دعم استقلال الوحدات المحلية مالياً.
2. بيان أثر اللامركزية المالية في توفير الموارد المحلية الذاتية للوحدات المحلية.
3. تسليط الضوء على موقف المشرع السوري من اللامركزية المالية عبر القوانين ذات الصلة.

منهج البحث:

يهدف هذا البحث إلى اتباع المنهج التحليلي بهدف تحليل الأوضاع القانونية والإحاطة بالأساليب العامة للوصول إلى النتائج المطلوبة.

خطة البحث:

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للمركزية المالية.

الفرع الأول: مفهوم اللامركزية المالية.

الفرع الثاني: أهداف اللامركزية المالية.

المطلب الثاني: الإطار التطبيقي للامركزية المالية.

الفرع الأول: إيرادات اللامركزية المالية.

الفرع الثاني: السلطة المختصة بالإنفاق وأوجه الإنفاق في إطار اللامركزية المحلية.

الفرع الثالث: موقف المشرع السوري من اللامركزية المالية.

خاتمة.

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للامركزية المالية

تعد اللامركزية المالية إحدى تصنيفات اللامركزية بالشكل العام والتي تتمحور حول تخصيص موازنة مالية بما يلبي حاجات الوحدات المحلية، بحيث تكون الوحدات المحلية قادرة على تحقيق الأهداف التي وجدت لأجلها، واللامركزية المالية لا تقل أهمية عن اللامركزية السياسية والإدارية.

ومن المؤكد أن المال هو عصب الحياة، ولا يمكن لأي مسار إداري أو سياسي أن يكتب له النجاح إذا لم يخصص له الأموال الكافية للنهوض بالأعباء المكلف بها، لذلك سنتناول في هذا المطلب الحديث عن اللامركزية المالية من حيث المفهوم والدلالات والأهداف والخصائص حتى تكوّن لنا الفكرة الكافية عنها وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم اللامركزية المالية.

الفرع الثاني: خصائص اللامركزية المالية.

الفرع الأول

مفهوم اللامركزية المالية

يعرّف الفقهاء في المجال القانون الإداري اللامركزية الإدارية بأنها توزيع للوظيفة الإدارية بين السلطة المركزية المتواجدة في العاصمة وبين الوحدات الإدارية سواء كانت

مصلحية أو مرفقية أو إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية العامة بحيث تعمل هذه الوحدات تحت رقابة وإشراف السلطة المركزية[1].

في حين، فإن اللامركزية المالية تدور حول فكرة منح الوحدات المحلية المزيد من سلطة تحصيل الإيرادات العامة بما يضمن الاستقلال المالي لهذه الوحدات دون المساس بالإنفاق أو التحصيل ذات الطابع المركزي[2].

بمعنى أخر، تعني اللامركزية المالية توزيع وتقسيم الصلاحيات المالية بين السلطة المركزية والوحدات المحلية بحيث يخول للهيئات المنتخبة بعض مسؤوليات الإنفاق وبعض صلاحيات تعبئة الإيرادات المحلية لتمويل الأنشطة التي تقوم بها بما يكفل لهذه الهيئات الاستقلالية في صنع قراراتها المالية.

وبالتالي فإن اللامركزية المالية في هذه الحالة تضمن استقلال الوحدات المحلية وتفسح لها المجال لإدارة وتنمية مواردها المحلية مما ينعكس إيجاباً على مستوى أداء هذه الخدمات وجودتها، فضلاً عن سعي اللامركزية المالية لزيادة الموارد المحلية نظراً لأن الوحدات المحلية تكون أكثر قدرة وكفاءة على الوصول إلى دافعي الضرائب التي لا تصل إليهم السلطة المركزية، كما تعمل اللامركزية المالية على منح المزيد من حرية العمل للوحدات المحلية من خلال منحها حق تخطيط المشروعات على المستوى المحلي وزيادة حجم الاستثمار والعمل على توفير فرص العمل وبالتالي رفع مستوى المعيشة[3].

---

[1] د. الطماوي، سليمان، **الوجيز في القانون الإداري**، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1986، ص65.

[2] علي عدوي، محمد أحمد، **اللامركزية ودعم المشاركة السياسية الديمقراطية**، مؤسسة الأهرام الرقمي، 2010، ص1، متوفر على الرابط:

تاريخ الدخول 2021/7/1، وقت الدخول: 6:00 صباحاً http://www.dijital.ahram.org.eg

[3] عبد العظيم الشمري، منال السيد، **التحول نحو اللامركزية المالية في الدول النامية ومتطلبات التطبيق في مصر**، القاهرة، مصر، 2009، مقال متوفر على الرابط:

وعرف بعضهم اللامركزية المالية بأنها نقل المسؤولية المالية من الحكومات المركزية إلى الحكومات المحلية كما يجبر هذه الأخيرة على تقديم وتمويل عدد متزايد من الخدمات، كما تشير اللامركزية المالية إلى التنازل الرسمي لمهام الإنفاق والإيرادات (التحويلات الحكومية الدولية وموارد الضرائب الخاصة وغير الضريبية) إلى الحكومات المحلية[4].

وبناءً على ذلك، تدور فكرة اللامركزية المالية حول الأمور المتعلقة بقدرة الوحدات المحلية على امتلاك القدرات اللازمة لإعداد السياسات وتخطيط وإدارة مسؤولياتها، ومدى قدرتها على توفير المخصصات المحلية الكافية لتتمكن من تنفيذ مهامها على نحو فعال وجيد.

ومع ذلك، فإن الاستقلال المالي للوحدات المحلية هو استقلال نسبي وليس مطلق نظراً لخضوعها للقيود الآتية:

1. الوحدات المحلية ملزمة بالقواعد الدستورية وعدم مخالفة المبادئ العامة التي قررتها التشريعات المركزية عند قيامها بإعداد وتنظيم موازنتها المالية باعتبار أن الوحدات المحلية هي جزء من الأجهزة المكونة للدولة الواحدة.

2. لا يحق للوحدات المحلية فرض ضرائب أو رسوم من تلقاء نفسها من دون الالتزام بالدستور والقانون بهذا الخصوص.

تاريخ الدخول: 2021/7/1، وقت الدخول: 8:00 صباحاً http://www.alndom.com

[4] سمينة، نعيمة، **إصلاح نظام المالية المحلية كآلية للتنمية المحلية**، جامعة الشلف، الجزائر، متوفر على الرابط:

تاريخ الدخول: 2021/7/2، وقت الدخول: 12:00 مساءً S.Semina@univ-cllef.dz

3. ليس للوحدات المحلية حق الاقتراض العام سواءً محلياً أو أجنبياً بدون العودة إلى السلطة المركزية والجدير بالذكر، أن اللامركزية المالية لا يكتب لها النجاح في ظل مركزية إدارية شديدة تحصر كافة الأمور المالية في العاصمة، فهذا الأمر قد يشّل قدرة الوحدات المحلية على ممارسة الصلاحيات الممنوحة لها.

فالمركزية الإدارية من شأنها حصر الأمور الإدارية والمالية أيضاً بيد ممثلي السلطة المركزية في العاصمة، وبالتالي هي من تحدد حجم الإنفاق وآلية تحصيل الإيرادات اللازمة وكيفية توزيعها بما يتناسب مع السياسة المركزية وبالتالي تتحول الوحدات المحلية إلى أجهزة مركزية لتحصيل وجبابة الضرائب المحلية من دون أن يكون لها الحق في توظيفها بما يتناسب مع حاجاتها وقدرتها على استثمارها محلياً.

وتعود نشأة اللامركزية المالية إلى فكرة الخدمات العامة التي تقوم بتأمينها السلطة المركزية، حيث ينحصر دور الدولة في هذا المجال في تحقيق الاستقرار الاقتصادي والتخفيف من التفاوت في توزيع الدخل القومي وتحقيق العدالة الاجتماعية وتقديم السلع والخدمات العامة، وقد تم توزيع الأدوار بين السلطة المركزية والوحدات المحلية، بحيث تتولى السلطة المركزية وظيفة الاستقرار الاقتصادي وتحقيق العدالة في توزيع الدخل وتقوم الوحدات المحلية بتقديم السلع والخدمات العامة ومبرر ذلك هو أن الوحدات المحلية هي الأقرب لحاجات سكان هذه الوحدات وبالتالي تعمل على تأمين تلك السلع والخدمات بأعلى درجة ممكنة من الكفاءة الاقتصادية والإنصاف وهذا الأمر يتطلبه قدراً كبيراً من السيولة الكافية والتي يفضّل أن تكون محلية.

وبهذا نكون أنهينا الفرع الأول والذي تحدثنا فيه عن مفهوم اللامركزية المالية وسننتقل في الفرع الثاني للحديث عن أهداف اللامركزية المالية وفق الآتي:

الفرع الثاني

أهداف اللامركزية المالية

من الثابت أن اللامركزية المالية تسعى إلى تحقيق المصلحة المادية بين مكونات السلطة المركزية والمحلية وإن إقرار اللامركزية المالية من شأنه المساهمة بفعالية أكبر في إعداد وتنفيذ السياسات التنموية، إذ تتضمن تحديد إيرادات الوحدات المحلية وكيفية تحويل الأموال لها من السلطة المركزية، فضلاً عن خضوعها لمختلف أنواع الرقابة المالية استناداً لأحكام الدستور والقانون.

وبالتالي نستطيع أن نوجز أهداف اللامركزية المالية بما يأتي:

أولاً – تحقيق المصلحة المادية بين المستويات الإدارية المكونة للدولة:

ساعدت التطورات الأخيرة خاصة على صعيد التكنولوجيا وثورة المعلومات على خلق ظروف وأوضاع اجتماعية واقتصادية وشجعت فكرة اللامركزية الإدارية والمالية، ومن هذه الظروف الاعتراف بالطابع اللامركزي لاقتصاد السوق وازدهار الأسواق على أسس التعددية والتنافس بدلاً من التجانس وأن التفكير بهذه المصلحة ستعزز من جودة الخدمة العامة[5].

ثانياً – إعداد وتنفيذ السياسات التنموية المحلية:

تساهم اللامركزية المالية في إعداد وتنفيذ السياسات التنموية في الوحدات المحلية، حيث تمنح الوحدات المحلية صلاحية تحديد الضرائب المحلية وجبايتها وإنفاقها محلياً

[5] القبيلات، حمدي، **الرقابة الإدارية المالية على الأجهزة الحكومية**، دراسة محلية وتطبيقية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص15.

وبالتالي العمل على توظيف هذه الإيرادات بما يخدم المشاريع المحلية الإقليمية والتنموية وبما يتناسب مع إمكانات الوحدات المحلية وهذا الأمر يهدف في نهاية الأمر إلى دعم اللامركزية المالية والإدارية.

ثالثاً – تعمل اللامركزية المالية على تحديد إيرادات الوحدات المحلية وتحويل الأموال إليها من السلطة المركزية:

من شأن تطبيق اللامركزية المالية هو تحديد مصادر دخل الوحدات المحلية بعد دراسة أنواع الرسوم والضرائب والمداخيل التي يمكن أن تحصلها وكيفية تقسيم نسب الإنفاق وأنواع الرسوم والضرائب بين السلطة المركزية والوحدات المحلية وصلاحية كل منها في جبايتها وهذا الأمر يتطلب تحويل أموال من السلطة المركزية إلى الوحدات المحلية قد تكون على شكل (إعانات، سلفة، إلخ).

وكما تعمل اللامركزية المالية على فرض نظام الرسوم والضرائب المحلية خالياً من التعقيد بهدف تسهيل عملية جبايتها وأن يكون مستوى الرقابة المالية المركزية مقبولة بحيث لا يعيق عمل الوحدات المحلية الإقليمية في تنفيذ المشاريع التنموية والاستثمارية الخاصة بها[6].

رابعاً – تسعى اللامركزية المالية إلى خضوع الوحدات المحلية للرقابة المالية وفقاً للدستور والقانون:

حيث تهدف اللامركزية المالية من تطبيق الرقابة المالية إلى التأكد من حسن استعمال المال العام بما يتفق وأهداف التنظيم الإداري ومن تحقيق الغايات المحاسبية

[6] القبيلات، حمدي، **الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية**، مرجع سبق ذكره، ص23.

والالتزام بالسياسات والإجراءات المحاسبية والمالية والمحافظة على الموارد والممتلكات والتحقق من الالتزام بالتشريعات المعمول بها في تحصيل الإيرادات العامة وصرف النفقات العامة ضمن الأطر المحدد لها قانوناً وبما يتناسب ويتفق مع المصلحة العامة.

خامساً – وللامركزية المالية أهداف سياسية وإدارية ومالية:

فالهدف السياسي هو التحقق من تطبيق ما أقرته السلطة التشريعية فيما يتعلق بالميزانية ومدى استخدام الاعتمادات في الأوجه التي خصصت لها.

والهدف المالي هو التحقق من صحة الحسابات والتصرفات والإجراءات المالية وكشف الانحرافات والأخطاء المالية والاختلاسات ومراقبة ترشيد الإنفاق.

أما الهدف الإداري فيتمثل في التأكد من أن العمل الإداري يسير في الاتجاه الصحيح بما يخفض من النفقات المطلوبة وأن القرارات الإدارية تعمل على حسن سير العمل في كافة المراحل (التخطيط والتنفيذ والمتابعة).

وبالتالي وانطلاقاً من هذه الخصائص نستطيع القول بأن اللامركزية المالية يمكن تطبيقها في ظل اللامركزية الإدارية واللامركزية السياسية وفي ظل الدولة البسيطة والدولة الاتحادية، طالما تعمل على توزيع الإيرادات العامة بين المستويات الإدارية للدول وتخصيص نفقاتها ولكن الأمر يختلف إذا كانت الدولة ذات نظام اتحادي، حيث يتسم عملها بالطبيعة التشريعية والتنفيذية وتخضع لرقابة القضاء الدستوري، بينما في الدولة البسيطة تكون اللامركزية المالية ذات طبيعة إدارية وتخضع لرقابة القضاء الإداري[7].

[7] علي عدوي، محمد أحمد، **اللامركزية ودعم المشاركة السياسية الديمقراطية**، مرجع سبق ذكره، ص65.

وبهذا نكون قد أنهينا الحديث عن الأهداف التي تسعى إليها اللامركزية المالية بالشكل العام وسننتقل في المطلب الثاني للحديث عن الإطار التنظيمي والتطبيقي للمركزية المالية وموقف المشرع السوري منها وذلك وفق الآتي.

المطلب الثاني

الإطار التطبيقي للامركزية المالية

سنتناول في هذا المطلب البحث في الآلية التي تعمل من خلالها اللامركزية المالية سواء بتحديد الإيرادات المالية التي تقوم بتحصيلها ومن ثم معرفة السلطة المختصة بذلك وفق التشريعات الناظمة وكذلك الاطلاع على موقف المشرع السوري من ذلك وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: إيرادات اللامركزية المالية.

الفرع الثاني: السلطة المختصة بالإنفاق وأوجه الإنفاق في إطار اللامركزية المالية.

الفرع الثالث: موقف المشرع السوري من اللامركزية المالية.

الفرع الأول

إيرادات اللامركزية المالية

من الثابت أن وجود موارد مالية خاصة للوحدات المحلية من شأنها تمكين هذه الوحدات من أداء مهامها الدستورية والقانونية، فالموارد المالية الكافية تمكن الوحدات

المحلية من القيام بمسؤولياتها بالطريقة التي تراها مناسبة فهي عنصر مهم في تحقيق استقلال الوحدات المحلية[8].

وهذه الإيرادات المالية يجب أن تتسم بعدة أمور حتى تساهم في دعم استقلالية الوحدات المحلية وهي:

أولاً – أن تكون هذه الموارد محلية وأن يكون وعائها الوحدة المحلية التي سوف تستفيد من نسبة حصيلته وأن يكون تقدير الضريبة أو الرسم على المصدر وربطه وتحصيله بيد السلطة المحلية وكذلك إنفاق هذه الإيرادات يجب أن تكون بيد السلطة المحلية أيضاً[9].

ثانياً – أن تكون الموارد المحلية كافية بحيث تكون حصيلة غزيرة بالمقارنة بالنفقات اللازمة لإشباع الحاجات العامة[10].

ثالثاً – أن تكون الموارد المحلية مرنة بحيث تزيد حصيلتها بنسبة أو معدل متكافئ أو أكبر من معدل التضخم[11].

ولعل من أهم مصادر الإيرادات المالية هي الضرائب والرسوم والقروض والموارد الطبيعية.

1. الضرائب:

---

[8] Tisim, Landry, **L'autoria les administrative et finanicére des collectives**, territoriales décentralisées, these pour le doctorat droit public, université, Paris, 2010, p174.

[9] د. الزعبي، خالد، **التمويل المحلي للوحدات الإدارية المحلية**، بحث منشور في المنظمة العربية للعلوم الإدارية، سلطنة عمان، 1987، ص131.

[10] محمد موسى، مصطفى، **التنظيم الإداري بين المركزية واللامركزية**، الطبعة الأولى، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1992، ص384.

[11] د. بطارسة، سليمان، **التمويل المحلي**، دراسة تحليلية، بحث منشور في المنظمة العربية للعلوم الإدارية، القاهرة، 2004، ص67.

من الثابت أن الضرائب لها أهمية خاصة باعتبارها أحد المصادر الرئيسية لتمويل الدولة بشكل عام والتي يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة يساهم في تحمل التكاليف العامة دون مقابل خاص يعود له[12].

وبالتالي فإن الضرائب على المستوى المحلي هي التي تتقاضاها إحدى الهيئات العامة المحلية على سبيل الإلزام في نطاق الوحدة الإدارية التي تمثلها بهدف تحقيق منفعة عامة.

وبالرغم من النص الدستوري على عدم جواز فرض الضرائب إلا بقانون، إلا أن التشريعات الوطنية الناظمة للإدارة المحلية قد تضمنت ما يشير إلى حق المجالس المحلية بفرض الضرائب المحلية ضمن آلية معينة كأن يصدر عن المجلس المحلي كما هو الحال في سورية ومصر، حيث أجاز القانون رقم /43/ لعام 1979 الخاص بالحكم المحلي المصري والقانون رقم /107/ لعام 2011 الناظم للإدارة المحلية في سورية، أجازت للمجالس المحلية للمحافظات اقتراح فرض الضرائب المحلية بنسب معينة بحيث لا تتجاوز نسبة 10% من الضرائب المفروضة من قبل الدولة.

ولهذه الضرائب من حيث النتيجة أهمية كبيرة بالنسبة للوحدات المحلية كونها تؤمن لها السيولة الكافية لتنفيذ المهام المكلفة بها والتوسع في تنفيذ المشاريع الكبرى التي تساهم في تسريع وتيرة التنمية على المستوى المحلي، فضلاً عن حمايتها من الأسلوب الإعانات المركزية والذي عادل ما يكون مثقل بالشروط التي تحد من فعالية الوحدات المحلية.

2. الرسوم:

---

[12] د. أحمد حشيش، عادل، **أساسيات المالية العامة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1992، ص151.

الرسم هو مبلغ نقدي تقضيه الدولة جبراً من بعض الأشخاص لقاء ما تقدم له من نفع خاص يعود له[13]، وتلجأ الوحدات المحلية إلى فرض الرسوم المحلية لقاء بعض الخدمات التي تقدمها لدافعيها بهدف ترشيد استخدام الموارد المحلية المحددة وتنظيم العمل ضمن نطاق الوحدات المحلية، كأن تفرض رسوم على مخالفات البناء أو على بعض المهن التجارية والصناعية والتي تشكل في نهاية الأمر إيراداً مهماً للوحدات المحلية.

3. القروض:

انطلاقاً من حق الوحدات المحلية في أن يكون لها موارد مالية كافية بالشكل الذي يحقق لها الاكتفاء الذاتي وبما يدعم الاستقلال المالي لها، فإن للوحدات المحلية وفي إطار اللامركزية المالية حق الاقتراض سواء داخلياً أو خارجياً ضمن إجراءات معينة، سواء بهدف سد الحاجة إلى إيرادات عاجلة إلى حين توفير السيولة أو بهدف تغطية نفقات بعض المشاريع الكبرى والتي تحتاج إلى مبالغ كبيرة.

4. الموارد الطبيعية:

قد تمتلك الأقاليم المحلية موارد طبيعية مهمة كالبترول والذهب والتي من شأنها أن تؤدي إلى فوارق هائلة في ثروة الوحدات المحلية، وقد تسبب هذه الموارد خلافات بين الوحدات المحلية والسلطة المركزية في الدولة البسيطة وبين الولايات والحكومة الاتحادية في الدولة الاتحادية، حيث تمتلك بعض الأقاليم والولايات موارد طبيعية ضمن حدودها الإدارية وبالتالي من حقها أن تقوم باستثمارها بما يتفق مع حاجاتها المحلية، وقد تساعد هذه الموارد وتوفرها في أقاليم معينة على تحقيق تنمية شاملة في حال تم الاستخدام الرشيد الصحيح ضمن قواعد معينة تتفق مع السياسة العامة للدولة.

---

[13] د. أحمد حشيش، عادل، **أساسيات المالية العامة**، مرجع سبق ذكره، ص136.

ولعل وجود هذه الموارد قد تدفع العديد من الأقاليم إلى التفكير في الانفصال أو الطموح بحكم ذاتي مستقل عن السلطة المركزية وما قد يترتب على ذلك من نزاعات مع الدولة الأم كما حدث في إقليم كتالونيا في إسبانيا وإقليم كردستان في العراق ولذلك قد تشكل اللامركزية المالية خطراً على الدولة بشكل أو بآخر لذلك تنظر السلطة المركزية إلى اللامركزية المالية نظرة الحذر والترقب.

وبعد الاطلاع على الإيرادات المكونة للامركزية المالية والتي تضم الضرائب والرسوم والقروض والموارد الطبيعية، لا بد من معرفة السلطة المختصة بالإنفاق وأوجه هذا الإنفاق وذلك وفق الآتي.

الفرع الثاني

السلطة المختصة بالإنفاق وأوجه الإنفاق في إطار اللامركزية المالية

يحدد الدستور الناظم للدولة السلطة المختصة بإنفاق الموارد المالية وكما يحدد المجالات التي يجب الإنفاق فيها أو قد يحيل ذلك إلى التشريع الوصفي، ولكن من المتعارف عليه أن السلطات المركزية هي من تتولى الإنفاق على الخدمات الأساسية والسيادية التي تخرج عن نطاق المجالس المحلية.

ومع ذلك، فقد يمنح الدستور السلطات المحلية إنفاق الموارد المالية كما هو الحال في كندا أو سويسرا والنمسا، وكما ينظم القانون توزيع صلاحيات النفقات والإيرادات بين الوحدات المحلية لتفادي النتائج السلبية للعجز المالي، حيث يتم التوزيع العادل للإيرادات المحصلة على المستوى الوطني بين الحكومات الوطنية والإقليمية والمحلية وتحديد النصيب العادل لكل إقليم من النصيب الإقليمي من تلك الإيرادات مع الأخذ بعين الاعتبار كل من المصلحة الوطنية والاحتياجات الموضوعية للسلطة المركزية ومصالحها وكانت ضمن قدرة الأقاليم والبلديات على تقديم الخدمات الأساسية وأداء المهام الموكولة

إليها وتعزيز القدرة والكفاءة الضريبية للأقاليم والبلديات وتلبية احتياجات هذه الهيئات من النفقات التنموية وغيرها بحيث تتمكن من أداء المهام والواجبات المحلية.

وقد نصت التشريعات الناظمة على حق الوحدات المحلية على إنفاق إيراداتها ولكن ضمن الموازنة المنظم لها والتي توضع عادةً لسنة ميلادية واحدة تبدأ من أول كانون ثاني وتنتهي في الواحد والثلاثين من كانون الأول كما هو الحال في سورية ومصر.

حيث تحدد في الموازنات الخاصة بالوحدات المحلية النفقات والإيرادات الخاصة بالوحدات المحلية وبما لا يتعارض مع القانون المالي العام للدولة ويقوم المكتب التنفيذي للوحدة المحلية بإعداد هذه الموازنات بالتنسيق مع الجهات ذات الصلة في الوحدات الإدارية والتي تمر بإجراءات معينة حتى تصبح نافذة[14].

أما أوجه الإنفاق فهي تتم في النفقات الاستثمارية التي من شأنها تحقيق الزيادة في الموجودات الثابتة في المشاريع العائدة لها وفق الأنظمة والقوانين الناظمة وكما تنفق في سبيل سد الحاجات العامة لسكان الوحدات المحلية سواء كانت (خدمات عامة محلية – رواتب وأجور – تعويضات، تحقيق الرفاه الجماعي) وتنفق أيضاً في قطاع الصحة والتعليم والنقل ومن ثم يتم توظيف الفائض لخدمة المشاريع الكبرى التي تهم الوحدة المحلية والتي قد تشكل النواة للعمل على المستوى الوطني[15].

وبالتالي، فإن الاعتراف للوحدة المحلية بأن يكون لها موازنات مستقلة عن الموازنة العامة للدولة تتضمن الإيرادات والنفقات الخاصة بها وكيفية تحصيلها وجبايتها وتوظيفها في خدمة الوحدة والتصرف باستقلالية في ذلك هو أحد أهم الجوانب اللامركزية المالية

---

[14] محمد موسى، مصطفى، **التنظيم الإداري بين المركزية واللامركزية**، مرجع سبق ذكره، 395.

[15] د. بطارسة، سليمان، **التمويل المحلي – دراسة تحليلية**، مرجع سبق ذكره، ص73.

والتي تسعى من خلالها إلى ضمان الاستقلال المالي للوحدات المحلية وتعزيزها بما يوفر لها القدرة والفعالية على مواجهة التحديات المحلية بكفاة وفعالية.

وبقي عليها معرفة موقف المشرع السوري من اللامركزية المالية وذلك في الفرع الآتي.

الفرع الثالث

موقف المشرع السوري من اللامركزية المالية

تخضع الإدارة المالية في سورية إلى العديد من النصوص التشريعية من أهمها القانون المالي للوحدات الإدارية رقم /1/ لعام 1994 والمعدل بالقانون رقم /18/ لعام 2007 والقانون رقم /35/ لعام 2007 الخاص بموازنات المحافظات السنوية وقانون الإدارة المحلية رقم /107/ لعام 2011 والقانون المالي الأساسي لعام 2006.

وقد كان القانون المالي للوحدات الإدارية رقم /1/ لعام 1994 والمعمول به حتى بداية 2007 المصدر الرئيسي لتمويل الوحدات المحلية إلا أن هذا القانون لم يعد قادر على تلبية الاحتياجات المتزايدة للوحدات الإدارية لأن الرسوم الواردة فيه أصحبت ذات مردود ضئيل ولم تعد حيلته كافية لتنفيذ المشاريع الخدمية التي ازداد تكاليفها، وقد صدر القانون رقم /18/ لعام 2007 والذي ضم تعديلات على القانون السابق والذي جاء كخطوة لتحقيق الاستقلالية المالية لهذه الوحدات وتأمين الموارد الذاتية الخاصة التي تساعد الوحدات المحلية في عدم اعتمادها على الإعانات المركزية وتمكنها من تنفيذ خططها ومشاريعها الخدمية والاستثمارية.

ومن خلال القراءة السريعة للقانون رقم /107/ لعام 2011 والذي تضمن أحكام خاصة لتنظيم الشؤون المالية للمجالس المحلية فإنه قد حدد الإيرادات والنفقات وقواعد إعداد الموازنة والعلاقات الناظمة بينهم وفق ما يأتي:

أولاً – مصادر التمويل:

هناك مصدران للتمويل يتمثلان في الموارد الذاتية والتي تشمل الموارد الناتجة عن الضرائب والرسوم المحلية والأصلية أو المضافة إلى الضرائب والرسوم القومية، إضافة المداخيل الخاصة الناتجة عن تشغيل واستثمار المرافق المحلية المختلفة، بينما تتمثل الموارد الخارجية النوع الثاني لمصادر التمويل وهي ناتجة عن المساعدات المالية التي تقدمها الدولة إلى البلديات لدعم ميزانياتها إضافة إلى القروض والهبات والوصايا والتركات[16].

ثانياً – النفقات:

تحدد مجالات إنفاق الوحدة الإدارية المحلية في الأوجه الآتية:

– النفقات الاستثمارية التي تستهدف زيادة في الموجودات الثابتة في المشاريع العائدة لها وفق الأنظمة والقوانين الخاصة باستثمارات الأموال العامة.

– نفقات الرواتب والأجور والتعويضات والنفقات الإدارية وما يماثلها والعائدة للمجالس المحلية والأجهزة المرتبطة بها

– نفقات تأمين الخدمات المحلية المختلفة وغيرها من المشاريع العائدة للوحدة المحلية.

– أقساط سداد القروض والتسهيلات الائتمانية والفوائد المترتبة عليها.

– عجز المؤسسات والشركات التابعة لها والمشاريع ذات الحسابات المستقلة.

[16] المواد /134– 140/ من قانون الإدارة المحلية السوري رقم /107/ لعام 2011.

– النفقات الأخرى التي تترتب عليها وفق القوانين والأنظمة النافذة[17].

وبحسب المادة /144/ من قانون الإدارة المحلية رقم /107/ لعام 2011 توضع لكل وحدة إدارية موازنة تتضمن واردات ونفقات هذه الوحدة وفق الأسس المطبقة في وضع الموازنة العامة المنصوص عليها في القانون المالي الأساسي، وقد نص قانون موازنة المحافظات في المادة /2/ على أنه يكون لكل محافظة موازنة سنوية لمشاريعها المحلية مستقلة عن موازنة المحافظة التي ترد في قانون الموازنة العامة للدولة، وتشمل موازنة المحافظة موازنة الوحدات الإدارية على تطبيق القواعد الفنية بخصوص تقدير الإيرادات والنفقات، وتعد مشاريع الموازنات وفق تبويب ينسجم مع أسس التبويب المبينة في القانون المالي الأساسي والأحكام الصادرة عنه، كما تعد الاقتراحات المتعلقة بالموازنات وفقاً للخطة المالية العامة وللمبادئ والتعليمات التي ترد في قواعد إعداد الموازنة العامة، وكما تطبق في إعداد مشاريع موازنات البلديات والبلدات المؤشرات التي تعطى من المكتب التنفيذي لمجلس المحافظة، وبحسب المادة /145/ من قانون موازنة المحافظات فإن موازنة المحافظة وموازنة كل وحدة إدارية تعد من قبل المكتب التنفيذي لهذه الوحدة بالتنسيق مع لجنة الموازنة في المجلس، حيث تقر الموازنة من قبل المجلس وتصدق الموازنات على الشكل الآتي:

– موازنة المحافظة والمدن الداخلة بالخطة العامة للدولة من قبل الوزير بعد موافقة وزير المالية وترسل نسخة منه إلى هيئة تخطيط الدولة للاطلاع.

– موازنة المدن خارج الخطة العامة للدولة تصدق من قبل وزير الإدارة المحلية.

– موازنة الوحدات المحلية الاخرى تصدق من قبل المكتب التنفيذي لمجلس المحافظة[18].

---

[17] المادة /143/ من قانون الإدارة المحلية السوري رقم /107/ لعام 2011.

والجاري حالياً في سورية هو اعتماد أغلب الوحدات المحلية بشكل رئيسي على الإعانات التي تمنحها السلطة المركزية لها وبالتالي من حق السلطة المركزية مراقبة عمليات إنفاق تلك الإعانات وهذا سيؤدي بدوره إلى عدم استقلالية الوحدات المحلية لأن ذلك سيهدد مبدأ الشخصية الاعتبارية للوحدات المحلية، ومن الثابت أن الوحدات المحلية وهيئاتها غير مستقلة إدارياً لأنها غير مستقلة مالياً بسبب وجود رقابة شديدة وأن نسبة الإعانات تشكل حوالي /60%/ من واردات الوحدات المحلية الإجمالية، ولكن يشترط أن تنفق هذه الإعانات على المشاريع الإنتاجية أو الاستثمارية أو خدمات أخرى يحتاجها المجتمع وبالتالي فإن المشرع السوري قد أخذ باللامركزية المالية لكن على نحو ضيق جداً وفرض رقابة شديدة عليها لضمان السير العام والمنتظم للوحدات المحلية في إطار السياسة العامة للدولة.

خاتمة:

بعد الانتهاء من هذا البحث تبين لنا أن اللامركزية المالية تنحصر في الجانب المالي للوحدات المحلية وهي ضرورة لا بد منها لكي تتوازى مع الاستقلال الإداري، وتشكل ضمانة حقيقية من جملة الضمانات الواجب توفرها دستوراً وقانوناً لنصل إلى أجهزة إدارية محلية قادرة على أداء المهام المحددة قانوناً، فالمال هو عصب الحياة وبدون أن تتوفر السيولة الكافية سواء بالاعتماد على الموارد الذاتية أو الخارجية فإن الوحدات المحلية ستبقى أجهزة مركزية تنفذ التعليمات والتوجيهات كيفما تشاء السلطة المركزية.

[18] المواد /144-145/ من قانون الإدارة المحلية السوري رقم /107/ لعام 2011.

وبعد الاطلاع على مفهوم اللامركزية المالية وأهدافها وإيراداتها والسلطة المخولة بالإنفاق وموقف المشرع السوري منها توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وفق الآتي.

أولاً – النتائج:

1. اللامركزية المالية كما اللامركزية الإدارية من شأنها توفير وتعزيز استقلال الوحدات المحلية إدارياً ومالياً.

2. السلطة المركزية ما زالت تنظر بعين الحذر والترقب تجاه اللامركزية المالية خشية ما حدث في العراق وإسبانيا وإيطاليا، وسعي الأقاليم إلى الانفصال والمطالبة بحكم ذاتي لكثرة مواردها.

3. الموارد المالية الذاتية للوحدات المحلية كفيلة بأن تنقل واقع المحليات إلى مستوى متقدم من التنمية في حال تم استثمارها بالشكل الصحيح والجاري حالياً هو إبقاءها جامدة بدون استثمار.

4. تغطي السلطة المركزية عجز الوحدات المحلية مالياً عبر الإعانات المركزية وهي من شأن ذلك تقييد عملها والحد من فعاليتها وقدرتها على العمل بصورة أكثر فعالية.

5. العنصر المهم في نجاح اللامركزية المالية هو قناعة السلطة المركزية بحتمية الاستقلال المالي للوحدات المحلية عبر البحث عن المزيد من الموارد الذاتية ودعمها والتخفيف من الإعانات المركزية وشروطها.

6. الوحدات الإدارية المحلية جميعها لم تطبق قاعدة العمل المنتج لزيادة مواردها المحلية الذاتية.

ثانياً –التوصيات:

1. ضرورة إعطاء الحرية للوحدات المحلية في تأمين بعض المصادر المحلية الذاتية بغية قيامها بالاختصاصات المنوطة بها على أكمل وجه، فزيادة المصادر الذاتية لا يمكن أن تحقق إلا باتباع قاعدة العمل المنتج لتلك الوحدات المحلية والاعتماد على الذات.

2. لا بد أن يكون هناك توزيع عادل للمؤسسات الاقتصادية بين الوحدات المحلية بمستوياتها كافة، حيث تملك بعض الوحدات المحلية الإمكانات التي تساعدها على استقطاب عدد كبير من المؤسسات والنشاطات الاقتصادية الخاصة بالإضافة إلى الكثير

من المؤسسات والشركات الحكومية وهذا كله يسهم في زيادة موارد تلك الوحدات المحلية الذاتية.

3. ضرورة خلق أسلوب التعاون بين الوحدات المحلية بغية تحقيق ذلك التوازن في التنمية لجميع الوحدات المحلية.

4. ضرورة النص دستوراً وقانوناً على الاستقلال المالي للوحدات المحلية وتوفير الضمانات الكافية في مواجهة السلطة المركزية ومنع تعسفها في استعمال حقها في الرقابة.

5. ضرورة إجراء مراجعة شاملة في القوانين المتعلقة بالشأن المالي بما يضمن الاستقلال المالي للوحدات المحلية.

قائمة المراجع:

أولاً – المراجع العربية:

الكتب:

1. القبيلات، حمدي، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

2. د. الزعبي، خالد، التمويل المحلي للوحدات الإدارية المحلية، منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية، سلطنة عمان، 1987.

3. د. الطماوي، سليمان، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1986.

4. د. بطارسة، سليمان، التمويل المحلي – دراسة مقارنة، منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية، القاهرة، 2004.

5. د. أحمد حشيش، عادل، أساسيات المالية العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1992.

6. محمد موسى، مصطفى، التنظيم الإداري بين اللامركزية والمركزية، الطبعة الأولى، منشورات الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1992.

القوانين:

1. قانون الإدارة المحلية السوري رقم /107/ لعام 2011.

2. قانون الحكم المحلي المصري رقم /43/ لعام 1979.

3. قانون رقم/35/ لعام 2007 الخاص بموازنات المحافظات في سورية.

أهم الأبحاث المنشورة على الإنترنت من خلال الروابط الآتية:

1. علي عدوي، محمد أحمد، اللامركزية ودعم المشاركة السياسية الديمقراطية، مؤسسة الأهرام الرقمي، 2010، متوفر على الرابط:

http://www.dijital.ahram.org.eg.

2. سمينة، نعيمة، إصلاح نظام المالية المحلية كآلية للتنمية المحلية، جامعة دمشق، الجزائر، متوفر على الرابط:

s.semina@univ-clee.dz.

3. عبد العظيم الشمري، منال السيد، التحول نحو اللامركزية المالية في الدول النامية ومتطلبات تطبيقها في مصر، القاهرة، 2009، متوفر على الرابط:

http://www.alndom.com.

ثانياً – المراجع الأجنبية (الفرنسية):

1. Tisim, Landrt, L'autria les administrative et financiére des collectives tevrtovia les décentralisées, these pour, le doctorat droit public, université, Paris, 2010.

References

First - Arabic references:

books:

.1 Al-Qabilat, Hamdi, Administrative and Financial Control over Governmental Agencies, an analytical and applied study, House of Culture for Publishing and Distribution, Amman, 2010.

.2 Dr. Al-Zoubi, Khaled, Local Funding for Local Administrative Units, Publications of the Arab Organization for Administrative Sciences, Sultanate of Oman, 1987.

.3 Dr. Al-Tamawi, Suleiman, Al-Wajeez in Administrative Law, a comparative study, Ain Al-Shams University Press, Cairo, Egypt, 1986.

.4 Dr. Batarseh, Suleiman, Domestic Finance - A Comparative Study, Publications of the Arab Organization for Administrative Sciences, Cairo, 2004.

.5 Dr. Ahmed Hashish, Adel, The Basics of Public Finance, first edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Beirut, 1992.

.6 Muhammad Moussa, Mustafa, Administrative Organization between Decentralization and Centralization, first edition, Publications of the Egyptian General Book Organization, Cairo, 1992.

Laws:

.1 Syrian Local Administration Law No. 107 of 2011.

.2 Egyptian Local Government Law No. 43 of 1979.

.3 Law No. 35 of 2007 regarding provincial budgets in Syria.

The most important research papers published on the Internet through the following links:

.1 Ali Adawy, Mohamed Ahmed, Decentralization and Support for Democratic Political Participation, Al-Ahram Digital Foundation, 2010, available at the link:

http://www.digital.ahram.org.eg.

.2 Samina, Naima, Reforming the Local Financial System as a Mechanism for Local Development, Damascus University, Algeria, available at the link:

s.semina@univ-clee.dz.

.3 Abdel-Azim Al-Shamry, Manal Al-Sayed, The shift towards financial decentralization in developing countries and the requirements for its implementation in Egypt, Cairo, 2009, available at the link:

http://www.alndom.com.

Second - Foreign references (French):

1. Tisim, Landrt, L'autria les administrative et financiére des collectives tevrtovia les décentralisées, these pour, le doctorat droit public, université, Paris, 2010.

آثار جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية

إعداد: سجود الحمد
طالبة ماجستير في قسم القانون الخاص
كلية الحقوق/ جامعة دمشق/ سورية.

إشراف: د. زهير حرح
أستاذ في قسم القانون الخاص
كلية الحقوق/ جامعة دمشق/ سورية.

الملخّص

تُشكل جائحة فايروس كورونا المستجد أزمة صحيّة غير مسبوقة , خلّفت العديد من الآثار السلبية التي أثرت على الاقتصاد بشكل عام , وعلى الالتزامات التعاقدية بشكل خاص, ولا بدَّ لنا من اللجوء إلى القانون الذي يُعدُّ السلاح الأول لمواجهة تلك الآثار .

يهدف هذا البحث إلى معرفة التكييف القانوني الصحيح لجائحة كورونا, من خلال شرح نظريّتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وبيان شروط تطبيق كل نظرية على حدى, ومناقشة أثر الجائحة على الالتزامات التعاقدية الذي يكمُن باستحالة أو صعوبة تنفيذ الالتزام؛ بسبب المرض أو الاجراءات القسرية المُتخذة للحدِّ من انتشاره, ومتى يمكن للمدين أن يحتج بها لدفع المسؤولية عن نفسه؟, مع الاستعانة بأهم الاجتهادات القضائية الحديثة الصادرة عن المحاكم الفرنسية والمصرية والمتعلقة بوباء كورونا.

الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة, القوة القاهرة, فايروس كورونا–covid

The effects of the Corona pandemic on the implementation of contractual obligations

ABSTRACT

The Spread of Corona virus pandemic constitutes an unprecedented health crisis, which had left many negative effects that affected the economy in general, and contractual obligations in particular, and we must resort to the law, which is the first and effective weapon to counter these effects. This research aims at understanding the correct legal adaptation of the Corona pandemic, by explaining the two theories of the spread conditions and the majeure force and stating the conditions of applying each theory separately, and discussing the impact of the pandemic on contractual obligations that is the impossibility or difficulty of implementing the obligation; Because of the disease or the coercive measures taken to limit its spread, and when can the debtor invoke them to pay the responsibility for himself? , With the help of the most important and modern judicial jurisprudence issued by the French and Egyptian courts related to the Corona epidemic.

Key words: Emergency circumstances, Force majeure, Covid-19 corona virus.

المقدمة

شهد القرن الحالي تفشِّي فايروس كورونا الذي غزا جميع بقاع الأرض في العالم, فلا تكاد تخلو أي دولة من هذا الوباء, وتطور هذا المرض إلى تهديد عالمي صريح، فأصبح جُلّ اهتمام الدول إيجاد لقاح أو علاج فعال لإيقاف تطوره وانتشاره السريع والمخيف على العالم, لما له من تداعيات سلبية على جميع الأصعدة والنواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والصحية, حيث صنفت منظمة الصحة العالمية في شهر آذار من عامنا الحالي فايروس كورونا على أنَّه جائحة عالمية يجب مواجهتها والحد من انتشارها ولا سيما بعد فشل الدول في السيطرة عليها, وظهر الفايروس تحديداً في دولة الصين، الدولة الأكثر سكاناً في العالم، وأودى بحياة الآلاف خلال وقت وجيز من تاريخ ظهوره, وتزامناً مع زيادة معدلات الإصابات والوفيات في العالم ؛ لجأت الدول إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات الاحترازية والوقائية, كما أن بعض الدول أعلنت حالة الطوارئ وإيقافاً شاملاً لمعظم جوانب الحياة ؛ الأمر الذي أدى إلى انتكاس الاقتصاد العالمي بسبب تلك الجائحة, وهذا ما أثار الكثير من التساؤلات حول أثر ذلك على العقود والاتفاقيات .

فالأوبئة الصحيَّة واقعة مادية صرفة , لها آثار سلبية واضحة يمكن رصد ملامحها على العلاقات القانونية بوجه عام وعلى العلاقات التعاقدية بوجه خاص, حيث تتصدّع هذه الروابط نتيجة ركود أو شلل يصيب بعض القطاعات الاستثمارية, ما يجعل من المستحيل أو على الأقل من الصعب تنفيذ بعض الالتزامات أو تأخير تنفيذها .

إشكالية البحث:

إنّ التساؤل الأهم والذي يُعدُّ إشكالية بحثنا يتجلى بمعرفة التكييف القانوني الصحيح لانتشار فايروس كورونا, فهل يُعدُّ وجوده ظرفاً طارئاً أم قوة قاهرة أم إنّه واقعة مادية طبيعية؟

أهمية البحث :

مع كل كارثة وباء كان يتجدد النقاش القانوني سواء على المستوى الدولي أو الوطني حول الأثار المترتبة على انتشار هذا الفايروس على المعاملات والعقود المدنية, ووباء كورونا أثَّر بشكل كبير على جميع نواحي الحياة, وقد يؤدي إلى إعادة النظر في مدى كفاية النظريات المقررة لحفظ توازن العلاقات العقدية في مرحلة تنفيذ العقد, وعلى الرغم من أن هدف الإجراءات الاحترازية التي فرضتها الدول لمواجهة انتشار الفايروس هو حماية البشرية إلا أنّ تأثيرها في مجال العقود أصبح واضحاً للكافة.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى بيان مفهوم نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وبيان شروط تطبيق كل نظرية على حدة والبحث في مدى توافقهما مع فايروس كورونا, حيث إنَّ معرفة التكييف الصحيح يُجدِي نفعاً كبيراً في مجال تحديد مسؤولية الأطراف المتعاقدة وبيان مصير تلك العقود والقدرة على تحديد المسؤولية المترتبة على كلا الطرفين.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: عادل مبارك المطيرات: "**أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة والظروف الطارئة", لعام 2001**؛ تناولت هذه الدراسة البحث في مفهوم الجائحة من وجهة نظر العديد من الفقهاء, وعددت أنواعها وأسبابها وشروطها, وتطرقت لشرح الجوائح التي يكون سببها الأوبئة الخارجة عن إرادة الإنسان, كما وضحت مفهوم نظرية الضرورة ونظرية الظروف الطارئة, والحلول التي يجب اللجوء إليها في حال توافر شروط تلك النظريتين.

الدراسة الثانية: خميس صالح المنصوري: "**نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن الاقتصادي للعقد**", **لعام 2017؛** تناولت هذه الدراسة البحث في نظرية الظروف الطارئة بشكل مفصل وواسع بدءاً من التشريعات القديمة مروراً بالتشريعات الحديثة, كما درست أحكام هذه النظرية في الشريعة الإسلامية, وبيّنت شروط تطبيقها وأثرها على العقد وعلى تحقيق التوازن الاقتصادي, موضحة سلطة القاضي المخولة له في تعديل العقد عند تحقق شروطها.

الدراسة الثالثة: فواز صالح: "**المصادر الإرادية للالتزام**", **لعام 2020؛** تناولت هذه الدراسة البحث في مفهوم العقد وأركانه وشروطه على اعتبار أنّه من الالتزامات الذي يعدّ مصدرها الإرادة, وبيّنت بشكل واضح ودقيق مفهوم نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة, وأحكامهما وشروط تطبيق كل نظرية على حدة, مقارنة مع القانون الفرنسي بذكر بعض أوجه الاختلاف والتشابه, وتوضيح أثرهما على العقود إما بأن يصبح الالتزام مرهقاً للغاية, أو باستحالة تنفيذ العقد استحالة تامة.

وبمقارنة هذه الدراسات مع البحث؛ نجد الجديّة والخصوصية في بحثنا هذا, لجهة حداثة الموضوع ولا سيما انعدام وجود أية رسالة أو كتاب تخصّص بالبحث في هذا الموضوع, ومن جهة أخرى لبيان أثر انتشار فايروس كورونا على تنفيذ العقود, وذلك اعتماداً على تكييفه القانوني الصحيح.

منهج البحث:

سوف نعتمد المنهج التحليلي العلمي والوصفي معاً أثناء عرض أفكار البحث وذلك بهدف الإحاطة بالجوانب المختلفة لفايروس كورونا وأثره على الالتزامات التعاقدية, داعمين ذلك بالاجتهادات

والنصوص القانونية وسنحاول تسليط الضوء على التكييف القانوني لفايروس كورونا وأثره على الالتزامات التعاقدية.

مخطط البحث:

المبحث الأول : جائحة كورونا بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: مفهوم نظرية القوة القاهرة

المبحث الثاني: آثار جائحة كورونا على تنفيذ العقود

المطلب الأول: الآثار القانونية لتكييف انتشار الفايروس كظرف طارئ

المطلب الثاني: الآثار القانونية لتكييف انتشار الفايروس كقوة قاهرة

المبحث الأول: جائحة كورونا بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة

مع انتشار جائحة كورونا والأثر الكبير الذي خلَّفته على الصحة العامة سواء بالنسبة لعدد الإصابات الهائل والذي يتزايد بسرعة أو بالنسبة لعدد الوفيات على مستوى الأفراد , إلا أنّ أثارها لم تقتصر على ذلك فقط , بل كان لها تأثير كبير على اقتصاديات الدول والالتزامات التعاقدية .

وكما ذكرنا سابقاً أنَّ منظمة الصحة العالمية صنفت وباء كورونا على أنَّه جائحة , فما المقصود بالجائحة ؟ وما المقصود بالتكييف القانوني لتلك الجائحة؟ .

بدايةً ينبغي علينا أن نوضح معنى التكييف القانوني : "هو إجراء أولي لتحليل واقعة ما من الناحية القانونية وإضفاء الوصف القانوني الصحيح عليها حتى يتمكَّن القاضي من ترتيب آثارها القانونية والإلزام طرفيها بها".[1]

ويمكن تعريفه أيضاً بأنَّه:" تحديد طبيعة موضوع النزاع لمعرفة الأحكام القانونية التي يخضع لها العقد, من أجل الفصل في نزاع يتعلق به[2].

أما الجائحة : هي الوباء[3] الذي ينتشر عبر منطقة جغرافية شاسعة , وفي العادة تكون المنطقة كبيرة جداً لدرجة أنها تشمل قارات متعددة أو في جميع أنحاء العالم. كما أنها هي النازلة العظيمة التي تجتاح المال من سَنَةٍ أو فتنةٍ, فهي شدة, والجوح : تعني الاستئصال , فكل معاني الجائحة تدور في فلك الهلاك[4]. والتي تكون خارجة عن توقعات الأطراف أو إرادتهم.

كما عرَّف المرسوم التشريعي رقم 7 لعام 2007 الوباء أو الفاشية: هي وقوع حالات من مرض ما في مجتمع أو منطقة جغرافية محددة بزيادة واضحة عن المتوقع الطبيعي لهذا المجتمع أو المنطقة الجغرافية.[5]

وقبل البحث في تكييف فايروس كورونا على أنّه قوة قاهرة أم ظرفاً طارئاً لا بدّ لنا من أن نوضح مفهوم نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول) ومن ثم نُبيّن مفهوم نظرية القوة القاهرة (المطلب الثاني).

[1] صالح, فواز, (2021/2020), القانون المدني (المصادر الإرادية للالتزام) , منشورات جامعة دمشق , كلية الحقوق, ص 347.

[2] ديب, فؤاد, (2014), القانون الدولي الخاص تنازع القوانين, منشورات جامعة دمشق, كلية الحقوق, ص70.

[3] هو حالة مرضية تحدث عندما يصاب عدد كبير جداً من الناس في المجتمع بمرض معين وفي الوقت ذاته.

[4]المطيرات, عادل مبارك ,(2001), **أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة والظروف الطارئة** , أطروحة دكتوراه , كلية دار العلوم , قسم الشريعة الإسلامية , جامعة القاهرة , ص43 .

[5] المادة /1/ من المرسوم التشريعي رقم /7/ لعام /2007/ الخاص بالأمراض السارية والوقاية منها والإبلاغ عنها ومكافحتها.

المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يُلزِم نص المادة 148/1 من القانون المدني السوري أطراف العقد بمضمونه[1], حيث تتضمن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي يُعدُّ نتيجة حتميّة لمبدأ سلطان الإرادة, فلا يجوز لأحد الأطراف أن ينفرد بتعديل العقد أو إنهائه بشكل فردي ودون إنذار مسبق, ويُفرَض هذا المنع أيضاً على القاضي فلا يحقُّ له أن يُعدّل العقد أو ينقضه وإنما تنحصر وظيفته بتفسير العقد تبعاً لنية الأطراف المتعاقدة, الأمر الذي يستدعي تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد بحسن نيّة مع التقيُّد بمضمون العقد.

ولأنّ اعتبارات العدالة وتحقيق الصالح العام هو الهدف الأسمى الذي يسعى له المُشرّع , فقد خرج في حالات محددة عن هذا الأصل بقصد تخفيف الشروط العقدية إذا تبيَّن أنها غير عادلة في ظل الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد, حيث منح المُشرِّع السوري للقاضي سلطة تعديل مضمون العقد استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة . ووفقاً لذلك سوف نوضح تعريف نظرية الظروف الطارئة (أولاً) وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (ثانياً).

أولاً : تعريف نظرية الظروف الطارئة

لم يُبيّن القانون المدني السوري المقصود بالظروف الطارئة الواردة في نص المادة 148 مدني سوري وإنما اكتفى بذكر خصائص تلك الظروف, وحسناً فعل؛ بسبب جمود النص التشريعي من جهة, ومن جهة أخرى ما يُعدّ ظرفاً استثنائياً أو طارئاً اليوم قد لا يكون كذلك في المستقبل.

وبرأينا أن الظروف الطارئة: هي حالة عامة غير طبيعية , لم يتوقع حدوثها من قبل الطرفين في أثناء التعاقد, ومن شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام المُتّفق عليه مُرهِقاً لدرجة تخرج عن الحد المألوف أو المعقول والذي يُلحِق خسارة مالية فادحة بالمدين.

[1] نصت المادة 148/1 على أنَّ : " العقد شريعة المتعاقدين , فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين , أو للأسباب التي يقررها القانون".

وللظروف الطارئة مصادر عدة:[1]

1. مصادر طبيعية : هي الظروف التي يكون مصدرها الطبيعة وتحدث دون تدخل من الإنسان كالأوبئة.

2مصادر بشرية: هي الظروف التي يكون مصدرها فعل الإنسان كالحروب.

3. المصادر التشريعية: هي الظروف التي يكون مصدرها التشريع مثل التشريعات الخاصة بتحديد الأسعار الجبرية للسلع.

4. المصادر الاقتصادية : كزيادة الأسعار بطريقة مبالغ فيها مما يؤدي لغلاء المعيشة غلاءً فاحشاً.

ثانياً : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد نصَّ المشرع في الفقرة الثانية من المادة 148 في القانون المدني السوري[2]على شروط عدة, لا بدَّ من توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة , وهي كالآتي :

1. اختلاف وقت انعقاد العقد عن تنفيذه

تُقسم العقود من حيث طبيعتها الزمنية إلى عقود فورية وعقود مستمرة أو زمنية , فالعقود المستمرة هي العقود التي يّعدُّ الزمن عنصراً أساسياً فيها ويدخل في تحديد محلها, وهي المجال الرّحب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة, إلا أنَّه من الممكن أن تُطَبَّق هذه النظرية في نطاق العقود الفورية إذا اتفق

[1]المنصوري, خميس, (2017), **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن الاقتصادي للعقد** , أطروحة دكتوراه ,جامعة الإمارات العربية المتحدة, ص 41-40.

[2] نصت المادة 148/2 على أنّ :" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنَّ تنفيذ الالتزام التعاقدي , وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة , جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يُرَد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك".

الطرفان المتعاقدان على تأجيل تنفيذ الالتزامات , فالشرط الأساسي في العقد لتُطَبق عليه النظرية هو التراخي في التنفيذ.[1]

ومن غير الممكن أن تتأثر العقود الفورية التي يُنفذ أطرافها الالتزامات المترتبة عليهم دون تراخي أو تأجيل بالأوبئة أو بالكوارث بالطبيعة, لأن الغاية من التعاقد قد تمّت.

2. أن يكون الظرف استثنائياً عاماً

الظرف الاستثنائي: هو الظرف الذي يندر حدوثه، فهو أمر غير متوقع بحسب المألوف في الحياة.[2]

والعلة باشتراط الظرف الاستثنائي هي تمييزه عن الحادث العادي المألوف, ويؤخذ بالحسبان ظرفا الزمان والمكان, فما يعدُّ ظرفاً استثنائياً بمكان قد لا يكون كذلك ببلد آخر[3]. وذلك مثل قيام حرب أو زلزال.

ويُشترط أن يكون الظرف الطارئ عاماً , فمثلاً الوباء في بلد ما, يُعدُّ ظرفاً طارئاً عاماً، ومن أبرز الأمثلة الحالية فايروس كورونا, حيث إنه وباء عام لم يستثنِ أي بلد من بلاد العالم .

3. أن يكون الظرف غير مُتوقع

فإذا كان الحادث الطارئ مُتوَقع أو من الممكن توقعه أو باستطاعة المتعاقد دفعه ببذل جهد معقول, فلا مجال لتطبيق النظرية, فمثلاً إذا أبرم متعاقدان عقد بيع في سورية وتمَّ الاتفاق على سعر محدد ولكن بعد فترة من انعقاده اختلف سعر العملة فهذا لا يُعدُّ ظرفاً طارئاً لأنه من الممكن توقعه وخاصة في ظل الظروف التي تعيشها البلاد. أما بالنسبة لوباء كورونا فهو يُعدّ من الظروف الطبيعية الطارئة

[1]السنهوري, عبد الرزاق, بلا عام نشر, **الوسيط في شرح القانون المدني , نظرية الالتزام بوجه عام , ج/1** , دار إحياء التراث العربي . بيروت , لبنان, بند 420 , ص 524.

[2]عظيمان, عبد المحسن مبارك عبد المحسن,(2020), **سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي (فيروس Covid-19نموذجاً),** مجلة الفنون والأدب وعلوم الانسانيات والاجتماع , العدد 53, , ص 193.

[3] صالح, فواز, مرجع سابق, ص360-359.

ومن غير الممكن للأشخاص المتعاقدة أن يتوقعوا حدوث مثل هذا الوباء, على خلاف المعرفة المُسبقة بانتشار هذا الفايروس ولو في منطقة أخرى أو بلد آخر.

4. أن يصبح تنفيذ الالتزام مُرهِقاً بسبب الظرف الطارئ

إذا أثّر الحادث على الالتزام بحيث أصبح مستحيلاً فلا مجال لتطبيق النظرية لأنه أصبح من قبيل القوة القاهرة, لأن الظرف الطارئ من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لدرجة تتجاوز الحد الطبيعي أو المألوف . حيث إن الإرهاق في تنفيذ الالتزام يؤدي إلى إخلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة .

ويحق للقاضي بناء على طلب المدين في حال توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول , ويكون ذلك تبعاً للظروف التي تتعلق بالعقد , حيث يوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة .

كما أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها, سواء أكان الاتفاق سابق على العقد أم لاحق له فهو باطل .

وبتطبيق شروط نظرية الظروف الطارئة سالفة الذكر على جائحة فايروس كورونا المستجد نجد أنّ هذا الفايروس بطبيعة الحال حادث طارئ لم يكن في وسع الأطراف المتعاقدة توقعه, فضلاً عن أنّه حادثاً عاماً اجتاح بلدان العام أجمع, تاركاً أثاراً سلبية في مختلف المجالات.

المطلب الثاني : مفهوم نظرية القوة القاهرة

صحيح أن العقد شريعة المتعاقدين, وأنَّه ملزم لأطرافه، إلا أنه من الممكن للمدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن الضرر وقع لسبب أجنبي أو أنَّ إخلاله بالالتزام كان لسبب خارج عن ارادته, وبالتالي يُعفى من المسؤولية سواء أكانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية .

ولبيان العلاقة بين فايروس كورونا والقوة القاهرة , وإذا كان بالإمكان أن نُطلق وصف القوة القاهرة على هذا الوباء, لابدّ لنا من بيان مفهوم النظرية(أولاً), وشروط تطبيقها(ثانياً) .

أولاً : تعريف نظرية القوة القاهرة

لم يُعرّف القانون المدني السوري القوة القاهرة , وإنما نصّ في المادة 216 مدني سوري على مفهومها بالطبيعة الآتية: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه , مالم يُثبت أنَّ استحالة تنفيذ الالتزام قد نشأت بسبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين بتنفيذ التزامه).

وفي إطار تكييف الجائحة بالقوة القاهرة عرّفها الفقهاء بأنَّها:" كل آفة غير متوقعة وغير مقدورة الدفع تؤثر في محل العقد , فتؤدي إلى استحالة تنفيذه وفسخه."[1]

كما يمكن تعريفها بأنّها : كل أمر لا يستطيع الانسان أن يتوقعه كالزلازل, ومن شأنه أن يجعل الالتزام مستحيلاً . ولا التزام بمستحيل.

وذهب الفقهاء إلى أن القوة القاهرة والظرف الطارئ مصطلحان مترادفان, فإذا دلَّت القوة القاهرة على استحالة دفع الحادث , فإن الظرف الطارئ يدل على عدم إمكانية التوقع, إلا أن جانب آخر من الفقهاء يرى ضرورة التمييز بين المصطلحين , ويكون ذلك استناداً إلى الحادث نفسه فإذا كان الحادث خارجياً ومن غير الممكن توقعه أو دفعه فهو قوة قاهرة و أما إذا كان داخلياً بالنسبة إلى الشيء فهو ظرف طارئ.[2]

ولكن ما هي الشروط الواجب توافرها حتى يمكن للأطراف المتعاقدة التذرع بالقوة القاهرة كسبب لإعفائهم من الالتزامات العقدية المترتبة عليهم بموجب العقد؟

هنالك شروط عدة لا بدَّ من أن تتحقق لنطبق نظرية القوة القاهرة, وسنوضحها بالتفصيل.

---

[1] الإفتيحات, ياسر عبد الحميد, (2020), **جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية** , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, السنة الثامنة , ملحق خاص , العدد6 , ص782.

[2] صالح, فواز , مرجع سابق , ص 388-387.

ثانياً : شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

هنالك جملة من الشروط يجب توافرها في الحادث المفاجئ حتى يُعدّ قوة قاهرة , وهي الآتية:

1. عدم إمكانية توقع الحادث, والمعيار في ذلك موضوعي فلا يكفي أن يكون عدم التوقع من المدين فقط وإنما من أكثر الناس حيطة وحذر .

ففي حالة جائحة فايروس كورونا تنطبق هذه الحالة , فسرعة انتشار الفايروس وعدم وجود لقاح له يشكلان حادث مفاجئ , بشرط أن يكون العقد قد تمّ قبل انتشار الفايروس , أو على الأقل قبل إعلام الجمهور بخطره وعدم القدرة على السيطرة عليه, أما في حال إبرام العقد بعد تفشي الفايروس وإعلانه على أنّه وباء فمن غير الممكن التذرع به كقوة قاهرة .

ويُستدل على ذلك ما قضت به محكمة استئناف(نانسي) الغرفة الخامسة بتاريخ 5 أيار لعام 2020 , حيث رأت أن المستأنف الذي يطلب تأجيل تنفيذ التزامه المترتب عليه بموجب العقد متذرعاً بوباء كورونا على أنّه قوة قاهرة ليس على حق , لأنه قدّم العرض بالتعاقد بتاريخ 30 من كانون الثاني 2020 وكان ذلك لاحقاً على إعلان منظمة الصحة العالمية عن وباء كورونا, ولاحقاً على إعلان إيطاليا وفرنسا عن إجراءات قسرية تتعلق بالحد من انتشار الفايروس, أي أنه عالم بوجود الفايروس وبالآثار السلبية التي من الممكن أن يُخلفها.[1]

2. عدم إمكانية توقع الحادث لا يكفي لقيام القوة القاهرة، وإنما لا بدَّ من **عدم إمكانية دفع الحادث**, ويقصد بذلك استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة, ليس فقط بالنسبة للمدين وإنما بالنسبة لأي شخص يكون في موقف المدين ذاته, ويقصد باستحالة التنفيذ : هو أن يصبح الوفاء بالالتزام عيناً مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.[2]

---

[1]إشراقية, أحمد, (2020), **الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني** , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ,السنة الثامنة , ملحق خاص /العدد 6 , ص742.

[2] البيات, محمد حاتم – أبو العيال, أيمن, (2012), **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام), منشورات جامعة دمشق** , كلية الحقوق, ص535.

على خلاف الظرف الطارئ فالالتزام لا يكون مستحيل التنفيذ وإنما مرهقاً لدرجة فادحة لا يستطيع أن يتحمله المدين.

3. أن يكون الحادث خارجياً أي ألا يتسببه المدين أو يساعد بوقوعه , فلا يكفي توافر الشرطين السابقين وإنما من الضروري توافر الشروط السابقة جميعها حتى يُعفى من المسؤولية.

بدايةً يمكن اعتبار فايروس كورونا قوة قاهرة كونه وباء وليس للمدين يد فيه, ولكن التساؤل يثار حول الإصابة بفايروس كورونا هل يعد قوة قاهرة في معرض تنفيذ العقد؟

يعود أمر تقديره فايروس كورونا إلى قاضي الموضوع, ولا سيما أن بعض الأشخاص قد يصابون بالمرض دون أن تظهر عليهم أية أعراض, وبالمقابل هناك أشخاص مصابون يحتاجون لعناية فائقة قد تستمر لأشهر لتجاوز هذا المرض والعودة إلى حياتهم الطبيعية, مع الإشارة إلا أنَّ الإصابة بوباء كورونا لا يمكن عدَّه قوة قاهرة إلا إذا ظهرَ الوباء بعد إبرام العقد وقبل الوقت المحدد لتنفيذ العقد, أمَّا إذا كان معلوماً من قبل الطرفين قبل إبرام العقد فلا يعدُّ قوة قاهرة, وفي قضية مشابهة عُرضت أمام إحدى المحاكم الفرنسية اشترطت لحسبان مرض القلب قوة قاهرة أن يكون مفاجئاً لا يمكن للمدين دفعه وتوقعه, إذ صدر حكم حديث عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19/9/2019 والذي يتعلق بعقد الوعد بالبيع المتبادل, حيث لم يتمكن أحد الأطراف من الحضور أمام كاتب العدل للتوقيع على عقد البيع النهائي وذلك بسبب مرض في القلب أصابه, وقررت المحكمة أن المرض وَحدَهُ لا يمكن أن يعدّ قوة قاهرة, لأن تشخيص المرض تمَّ في 26/1/2016 في حين أنّ الموعد المتفق عليه لتأكيد البيع النهائي أمام كاتب العدل كان بتاريخ 31/3/2016 أي بعد شهرين, ولذلك رأت المحكمة أن المرض وحده لا يمكن التذرع به كقوة قاهرة, حتى لو لم يتسبب به المدين, وإنما لا بدَّ من توافر الشروط الأخرى التي تتجلى بعدم توقع الحادث وعدم إمكانية دفعه.[1]

[1] قرار [(Civ. 3e, 19 Septembre 2019, n°18-18.921, AJDI 2019. 819

يمكن الاطلاع على حيثيات القرار باللغة الفرنسية من خلال الرابط الآتي:

https://beta.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039157072

وإن كان الظرف الطارئ يتفق مع القوة القاهرة بأن يكون الحادث مفاجئ, ولا يد للمدين فيه, إضافة إلى عدم إمكانية توقعه أو دفعه , إلا أن الحادث في الظرف الطارئ يكون عاماً ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، أما الحادث في القوة القاهرة فقد يكون عاماً وقد يكون خاصاً, إضافة إلى أنه يجعل الالتزام مستحيلاً[1] .

وبعد أن بيَّنا شروط كلا النظريتين نجد أنّ أحكامهما تنطبق على جائحة كورونا, واتضّح لنا أن وجود وانتشار فايروس "كورونا" هما حدثان غير متوقعان، حيث يعتبر هذا الفيروس حسب منظمة الصحة العالمية، فصيلة كبيرة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للإنسان والحيوان معاً، وتظهر أعراضه لدى البشر على شكل مرض في الجهاز التنفسي حيث تتراوح حدته بين نزلات البرد المعروفة إلى الأمراض الأشد سوءاً مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية والمتلازمة التنفسية الحادة الجسيمة وهي التي تعرف ب"السارس"، و هو مرض مُعد لم يكن هناك أي علم بوجوده، كما أنه يستحيل على أي شخص دفع ضرره في هذه الأيام العصيبة التي يمر فيها العالم، و ليس للمدين يد في إثارته ، إضافة إلى أنَّه ذو مصدر أجنبي عن المدين عموما .

ولكن الأثر الذي تُخلِّفه نظرية الظروف الطارئة على العقود مُختلف عن أثر نظرية القوة القاهرة , والتساؤل يثور حول إمكانية مدى اعتبار فايروس كورونا تطبيقاً عملياً لنظرية الظروف الطارئة أم لنظرية القوة القاهرة؟.

هذا ما سنوضحه في المبحث الثاني مع الاستشهاد بأحكام قضائية تتعلق بتكييف وباء كورونا وأثره على العقود.

---

last updated 1/12/2020

[1] الحراكي, أحمد – حرح, زهير – الشماط, كندة, (2018/2019), **المدخل إلى علم القانون** , منشورات جامعة دمشق, كلية الحقوق, ص291.

المبحث الثاني : آثار جائحة كورونا على تنفيذ العقود

أثّر انتشار فايروس كورونا بشكل كبير على الاقتصاد إذ ولّد ركوداً اقتصادياً كبيراً بسبب الاجراءات المتخذة بوقف النشاطات كافة وفرض الحجر الصحي، الأمر الذي يُنبئ بأزمة اقتصادية وانهيار الاقتصاد العالمي والذي يُعدّ من أكبر الأخطار التي يجب مواجهتها .

فمثلاً لقد تأثر القطاع السياحي في سورية بشكل كبير, حيث يوجد ما يقارب من 700 منشأة وُضعت في الاستثمار خلال السنوات الثلاثة الماضية, والتي اضطرت إلى التوقف عن العمل نهائياً أو العمل بطاقة متدنيّة, إضافة إلى الخسارة الكبرى التي لحقت القطاع الصناعي في سورية نتيجة توقف أغلب المنشآت عن العمل.[1]

ولم تقتصر آثار الانتشار السريع للفايروس على المجالات الاجتماعية والصحيّة والاقتصادية بل أُثّر أيضاً على العلاقات القانونية بشكل عام وعلى العلاقات التعاقدية بشكل خاص , وخصوصاً بالنسبة للأفراد والمقاولات التي تربطهم علاقات تعاقدية يكون مصدرها العقد نفسه المنشئ للالتزام , الوضع الذي يخلق تصادماً بين مبدأ القوة المُلزمة للعقد وواجب احترام وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه , وبين حتميّة الرضوخ لجائحة كورونا.

ومن جهة أخرى أثرّت جائحة كورونا بشكل غير مباشر على تنفيذ العقود ويظهر ذلك من خلال تذرع أحد المتعاقدين بوقوع الجائحة وتضخيم آثارها بقصد التهرب من تنفيذ التزاماته العقدية بحسبان أن العقد بات مستحيلاً ومن غير الممكن تجنب الفسخ, على الرغم من أنّه قادر على إيجاد الحلول لإنقاذ العقد من الفسخ ولكنه يُظهر خلاف ذلك وبسوء نيّة. فكيف يمكن للقضاء حل هذه الإشكالية ولا سيما بسبب صعوبة إثبات سوء النيّة في ظل تقشي الفايروس؟

برأي أن الموضوع يحتاج إلى تدقيق كبير من قبل القضاء, ولا سيما أنّه سيواجه منازعات عدة من هذا النوع.

[1] الاقتصاد السوري بعد كورونا , 22/4/2020, متوفر على الموقع التالي : https://al-akhbar.com/syria/287463 آخر زيارة : 3/6/2021.

ولتوضيح أثر فايروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية لا بدَّ من البحث في اتجاهين وهما: الآثار القانونية لتكييف انتشار الفايروس كظرف طارئ (المطلب الأول), الآثار القانونية لتكييف انتشار الفايروس كقوة قاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الآثار القانونية لتكييف انتشار الفايروس كظرف طارئ

لاحظنا أن جميع المقومات أو الشروط الواجب توافرها في الظرف الطارئ تتوافر في وباء كورونا, بحسبان أنّه حادثاً استثنائياً طارئاً لا يمكن توقعه وذلك بالنسبة للعقود التي أُبرمت قبل ظهوره وانتشاره, لأن بمجرد الإعلان عنه أصبح معلوم للكافة ولا يمكن التذرع به على أنّه ظرف طارئ.

إلا أن التساؤل المطروح بهذا الصدد يدور حول التوقيت الذي يُعتد به لظهور فايروس كورونا المستجد, فهل هو توقيت إعلانه في دولة الصين؟ أم توقيت إعلانه في الدولة محل إبرام العقود والمعاملات التجارية؟

لا شك أنّنا أمام إشكالية معقدة ومهمة لأنها المعيار الفاصل بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بسبب هذا الوباء, وعلى الرغم من أنَّ منظمة الصحة العالمية أعلنت عن تفشيه في 30 كانون الثاني لعام 2020 إلا أنني اقترح بأن نعتد بالوقت الذي أعلنت عنه الصين, لأنه من المتوقع انتشار الفايروس بسرعة كبيرة بين دول العالم ولا سيما أنّ الإجراءات الاحترازية لمنع انتشاره كإغلاق الحدود قد اتخِذَت بعد مدة من انتشاره, لذلك فمن المتوقع انتقال الفايروس بين دول العالم.

على أي حال بمجرد توافر الشروط التي نصّت عليها المادة(2/148) من القانون المدني السوري والتي تمَّ ذكرها سابقاً, فإنّ تنفيذ الالتزام سوف يكون مرهقاً إلى درجة جسيمة دون أن تصل لحد الاستحالة, مع الأخذ بالحسبان أن معيار الإرهاق الذي يقع فيه المدين هو معيار مرن وليس محدد, ويعود أمر تقديره إلى قاضي الموضوع.

وعلى الرغم من أنّ الوباء حادث غير متوقع إلا أنَّ هنالك عقود عدة استمرت بشكل طبيعي دون أن يشعر المدين بأي ضغط أو إرهاق كعقود الشركات الطبية وعقود الخدمات الالكترونية[1]. وفي المقابل هناك التزامات تعاقدية يكون محلها غير قابل للهلاك ويمكن التراخي في التنفيذ, إلا أن الوضع الاقتصادي السيئ الذي خلفته جائحة كورونا والاجراءات المفروضة تُصعِّب تنفيذ الالتزام المفروض على المدين, وأبرز مثال على ذلك المدينين بأداء قروض استهلاكية، فهم عاجزين عن أداء الأقساط المتفق عليها شهرياً بسبب توقفهم عن العمل جرَّاء فرض حالة الحجر الصحي, حيث يتمكن المدين في هذه الحالة من الدفع بوجود ظرف طارئ طالباً بموجبه من القاضي تعديل الالتزامات المُرهقة وإعادة التوازن العقدي بما بتناسب مع الظروف الراهنة التي يعيشها العالم بأكمله بسبب الوباء.[2]

لذلك فإن التأخير في تنفيذ الالتزام بحالة انتشار الوباء لا يمكن أن يُعد دائماً قوة قاهرة, طالما أنَّه لا يجعل التنفيذ مستحيلاً, وهذا ما ذهبت إليه محكمة (تولوز) الفرنسية بتاريخ 3/10/2019 حيث قضت أن انتشار وباء انفلونزا الطيور لا يُعد عذراً لتبرير التأخير, على اعتبار أنَّ مثل هذه الأوبئة يمكن مقاومتها لتنفيذ الالتزام من خلال الأداء, وخاصةً عدم فرض حالة الطوارئ التي تفرض المكوث في المنزل وعدم الخروج منه.[3] بينما في حالة وباء كورونا تمَّ فرض حالة طوارئ في دول العالم كافة, وتطبيق إجراء الحجر الصحي لمنع تفشي الفايروس, وبرأي أنه يعدُّ قوة قاهرة ولا سيما بأنَّه سبباً كافياً لجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً في ظل هذه الظروف.

[1] أبو طالب, بكر, (2020), **أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة فيروس كورونا المستجد(19)-covid**, مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية, المجلد 6, عدد خاص (جائحة كورونا covid-19 وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والإقليمية والدولية), ص13.

[2] زكرياء, مولاي, (2020), **تأثير فيروس كورونا covid-19-على تنفيذ الالتزامات التعاقدية** , حوليات جامعة الجزائر 1, المجلد :34 /عدد خاص :القانون وجائحة كوفيد 19 ، ص 343.

[3] اشتاتو, سعيد – عينيبة, سامي,(2020), **فيروس كورونا: أزمة صحية أم قوة قاهرة !** , مجلة دولية علمية مُحكَّمة (الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا . مؤلف جماعي), عدد أيار, ص312.

ولقد نص المشرع السوري على أنَّ نظرية الظروف الطارئة من النظام العام **ولا يجوز الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان** وذلك وفقاً للمادة (148/2) مدني سوري, ويجوز التمسك بتطبيقها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف, إلا أنه لا يحق للقاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه ولو توافرت شروطها, وإنما تُقيَّد سُلطته بطلب من المدين[1], وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي (بعد تعديلات عام 2016) على شرط آخر من شروط تطبيق نظرية الظرف الطارئ مؤداه **ألا يكون هناك اتفاق على تحمل تبعة تغير الظروف.** [2]

فقد لوحظ من نص المادة (1195)[3] أنَّه نصٌّ تكميلي وليس آمراً , وفي حال اتفق الأطراف على تحمل تبعة الظروف الطارئة فلا يحق لهم التذرع بحدوث ظرف غير متوقع, أي بمثابة استغناء عن التدخل القضائي في حال الظروف الطارئة غير المتوقعة. وبرأي أن هذا النص فيه خطورة كبيرة على العقود وظلم للمدين ولا سيما أكبر مثال على ذلك جائحة كورونا, فلا يحق للمتعاقد أن يتمسك بنص المادة 1195 مدني فرنسي للمطالبة بمراجعة العقد وتعديله في حال كان هناك اتفاق مُسبق على تحمل تبعة الظروف غير المتوقعة, لذلك اقترح على المشرع الفرنسي بأن يجعل هذا النص أمراً وليس مكملاً كما فعل المشرع السوري.

---

[1] صالح, فواز , مرجع سابق, ص367-366.

[2] قاسم, محمد حسن, (2018), **قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد من 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي**, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, ص81.

[3] [**ART.1195**" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

هذا في حال اتجهت السلطات القضائية إلى تكييف فايروس كورونا على أنّه ظرف طارئ, ولكن ها هو الأثر الذي يُخلفه انتشار فايروس كورونا على العقود في حال تمّ تكييفه على أنّه قوة قاهرة؟.

المطلب الثاني: الآثار القانونية لتكييف انتشار الفايروس كقوة قاهرة

سبق وشرحنا أنّ فايروس كورونا لا يشكل بذاته قوة قاهرة وإنما القوة القاهرة تظهر بسبب خصوصيّة الوباء والتدابير المتخذة لمنع تفشيه, وعلى الرغم من أنّ هذه الإجراءات الاحترازية هدفها حماية البشرية من تفشي هذا المرض المُخيف؛ فقد بات تأثيرها في مجال العقود واضحاً للكافة, حيث انعكس ذلك على العقود بشكل مباشر وأصبح تنفيذ الالتزام معقد للغاية إن لم يكن مستحيلاً.

وفي حال الاتفاق على أن فايروس كورونا قوة قاهرة فإن ذلك سوف يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلة استحالة جزئية أو مطلقة, وسوف يتحلل المتعاقدان من الالتزامات المترتبة عليهم دون دفع أي تعويض , ويُعد الفايروس في هذه الحالة سبباً لانقضاء الالتزام ونفي المسؤولية عن المدين.(وذلك تطبيقاً لنص المادة 216 من القانون المدني السوري).

أي إنّ القوة القاهرة إما أن تُبرِء المدين من تنفيذ الالتزام بشكل نهائي في حال أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً, أو أنّها تؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت حتى يزول الحادث المفاجئ , بشرط ألا يكون التأخير في التنفيذ مُبرِر لفسخ العقد عندها ينفسخ العقد بحكم القانون ويبرأ المتعاقدين من الالتزامات المترتبة عليهم .

وهذا ما نصت عليه المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي بصياغته الجديدة لعام 2018 بأنَّ القوة القاهرة تقوم في المسائل التعاقدية عند وقوع حادث غير متوقع من المدين ولا يمكن دفعه أو تجنب آثاره بتدابير ممكنة.[1] إذ فرَّقت بين الاستحالة المؤقتة التي تُوقف تنفيذ العقد مؤقتاً, وبين الاستحالة الدائمة التي تؤدي إلى فسخ العقد.

[1] صالح, فواز, مرجع سابق, ص 390.

ولا بدَّ من الإشارة إلى أنَّه إذا كانت استحالة التنفيذ جزئية بسبب كورونا فإن المدين يبقى مسؤولاً عن تنفيذ الجزء الأخر من الالتزام , إضافة إلى أنه من واجب المدين إثبات توافر القوة القاهرة بجميع وسائل الإثبات .

وقد أوضح السيد "برونو لومير " وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي في 29/2/2020 بأنّ : الفايروس التاجي . كوفيد 19. هو حالة قوة قاهرة بالنسبة للشركات ومشتريات الدولة , الأمر الذي يعني عدم فرض أي عقوبة في حال التأخر بتنفيذ الاستحقاقات التعاقدية , ويمكن للمدين التّذرع بذلك لنفي المسؤولية عنه[1]. وبرأي أن تكييف جائحة كورونا على أنّها قوة قاهرة ليست من صلاحيات وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي؛ لأن ذلك من صلاحيات المشرع والسلطة القضائية استناداً لمبدأ فصل السلطات.

أما القضاء السوري فلم يصدر حتى الآن حكماً قضائياً لتكييف جائحة كورونا على أنها ظرف طارئ أم قوة قاهرة, بينما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن جائحة كورونا من قبيل القوة القاهرة , حيث صَدر في فرنسا العديد من الأحكام الحديثة والتي تخص فايروس كورونا المستجد بشكل مباشر , ومنها القرار الصادر عن محكمة استئناف (كولمار) الفرنسية في 12 آذار 2020 , والتي تبيّن لها أن فايروس كورونا بحد ذاته لا يُعدّ قوة قاهرة وإنما خطر العدوى وعدد الاصابات والوفيات وعدم وجود لقاح له هو الذي يشكل قوة قاهرة . كما صدر عن المحكمة ذاتها قرارين في 16 آذار 2020 رأت فيهما أن سرعة انتشار المرض والعدوى الناتجة عنه إضافة إلى إجراءات الحجر وقرارات إغلاق المحلات وإيقاف النشاطات يشكل قوة قاهرة.[2]

[1] منصور, جلطي, (2020), **الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد-COVID 19على الالتزامات التعاقدية** , حوليات جامعة الجزائر 1, المجلد:34 ,عدد خاص :القانون وجائحة كوفيد 19، تموز, ص 494.

[2] إشراقية, أحمد, مرجع سابق, ص 738_737.

وهناك قرار حديث أيضاً صادر عن محكمة استئناف (دوي) الفرنسية في4 آذار 2020 اعتبرت أن إلغاء رحلة جوية من قبل السلطات الإيطالية بسبب المخاطر الناتجة عن وباء كورونا يُعدّ قوة قاهرة.[1]

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد وضعت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة حيثيات الحكم الصادر في الدعوى (رقم 37214 لسنة 74 ق بتاريخ 28 حزيران لعام 2020), بتأييد قرار نقيب أطباء الأسنان بتأجيل إجراء انتخابات التجديد النصفي للنقابة والتي كان من المقرر إجراؤها في 26 آذار, حيث عدّت فايروس كورونا من قبيل القوة القاهرة المانعة من إجراء الانتخابات في موعدها, حرصاً على سلامة مواطنيها, لأن الحياة الإنسانية على حدِّ تعبيرها هي أغلى ما يمكن للحكومات والدول والمجتمعات والمؤسسات المحافظة عليها.[2]

ولذلك فإننا نجد أن القاضي هو سيد الموقف والقول الأول والأخير يعود له, حيث يقع على عاتقه أمر تقدير ما إذا كانت جائحة كورونا تُعد قوة قاهرة أم ظرفاً طارئاً , حيث أنّ فايروس كورونا يخضع لكلا النظرتين, ومعيار خضوعه هو مدى تأثيره على العقد المراد تنفيذه, إما أن يكون التأثير هو إرهاق المدين إرهاقاً شديداً كأن يتسبب بارتفاع تكلفة الانتاج ارتفاعاً باهظاً, فيعتبر من قبيل الظرف الطارئ, أو يتسبب باستحالة تنفيذ العقد مثل تصدير المواد محل التعاقد بسبب إغلاق حدود البلاد فيعتبر من قبيل القوة القاهرة.

[1] Diaz, Clément, Avocat, (2020), **LE COVID19 CONSTITUE-T-IL UN CAS DE FORCE MAJEURE POUVANT JUSTIFIER L'INEXÉCUTION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE?**,. Available at: https://www.village-justice.com/articles/covid19-constitue-cas-force-majeure-pouvant-justifier-inexecution-une,35480.html, last updated 3 /6/2021.

[2] الشربجي,محمود, (2020), **نشر حيثيات تأجيل انتخابات التجديد النصفي لنقابة أطباء الأسنان بسبب كورونا** . متوافر على الرابط التالي : https://www.masrawy.com/news/news_cases/details/2020/7/8/1827253/ , أخر زيارة 3/6/2021.

النتائج والمناقشة:

وفي الختام يمكننا القول إنّ انتشار فايروس كورونا وما تلا ذلك من إجراءات احترازية مشددة وطارئة تُصنف على أنّها حادث استثنائي غير مُتوقع, ومن شأنه أن يؤثر على تنفيذ الالتزام التعاقدي (بأن يصبح تنفيذ الالتزام مُرهقاً أو مُستحيلاً), أضف إلى ذلك أنَّ الأيام أو الأشهر القادمة سوف تشهد العديد من النزاعات التعاقدية الناشئة عن آثار الجائحة, ولذلك يمتلك الأطراف الذين عجزوا عن تنفيذ التزامهم أو تأخروا في التنفيذ, جرَّاء الاجراءات القسرية المتخذة للحدّ من انتشار الفايروس والسيطرة عليه, مجموعة من الوسائل القانونية لدفع المسؤولية عنهم ومواجهة آثار الوباء. وقد توصلنا إلى **مجموعة من النتائج:**

1. إنَّ القوة القاهرة ليست حالة عامة يمكن أن يُعلن عنها بتقرير أو بمرسوم, وبالتالي فإن تكييف جائحة كورونا على أنَّها قوة قاهرة أو ظرف طارئ مرهون بتوافر شروط إعمال كل نظرية ودرجة تأثير الفايروس على الالتزام التعاقدي, فللقاضي سلطة تقديرية في تكييف الوقائع في كل دعوى على حدة, وبالرغم من أن أغلب السلطات القضائية في العالم اتجهت إلى تكييف كورونا على أنّه قوة قاهرة إلا أن ذلك لا يُعدّ مرجعاً عاماً نَستنِد عليه، لأن ظروف ووقائع القضية المعروضة على القاضي هي التي تُحدِد ذلك.

2. إن تاريخ إبرام العقد أو تاريخ تجديده يجب أن يكون قبل انتشار جائحة كورونا والإعلان عنها, حتى يتمكن المدين من دفع المسؤولية التي ترتبت عليه لعدم تنفيذ التزامه.

3. لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد أحكام نظرية الظروف الطارئة عند إبرام العقد, أما بالنسبة لنظرية القوة القاهرة فمن الممكن الاتفاق بين الأطراف على تحمل تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .

4. أن يلتزم القاضي قبل معالجة الخلل الذي طرأ على العقد بمراعاة الظروف المحيطة بالعقد وتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين في حالة الظرف الطارئ.

5. لا يمكن التنبؤ بمستقبل وباء كورونا ولا بمدى تأثيره على العقود, وإنَّما حاولنا جاهداً تفسيره ودراسته وفقاً لحالات القوة القاهرة والظروف الطارئة, مستندين إلى الأحكام القضائية المتعلقة بالحروب والأوبئة التي مرَّت سابقاً.

الاستنتاجات والتوصيات:

1. دعوة الأطراف المتعاقدة إلى تضمين عقودهم بنوداً إلزامية تتعلق بحل النزاعات الناشئة عن الأوبئة والآثار الاقتصادية الناجمة عنها بوسائل وديّة, كإعادة التفاوض والتوفيق والوساطة, إذ تتمتع تلك الاجراءات ببساطتها وسرعتها وحفاظها على استمرار العلاقات التعاقدية.

2. نوصي الأطراف المتعاقدة –سواء في العقود الداخلية أو الدولية– على العمل بشكل جدي لإيجاد حلول مُرضية للطرفين بهدف تنفيذ العقد بأقل الخسائر الممكنة في ظل هذه الظروف العصيبة, بدلاً من البحث عن خيارات وحلول أشد قسوةً عليهم مثل فسخ العقد أو استحالة التنفيذ.

3. السعي لدعم وتطوير وتحديث الشبكات الالكترونية والتأكيد على أهميتها؛ بسبب الدور الكبير الذي لعبته خلال تفشي وباء كورونا, والعمل على إنشاء قاعدة بيانات تتضمن جميع المراسيم والقوانين و الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم السورية وتحديثها بشكل مستمر, بحيث يتمكن القضاة والباحثين في القانون من مواكبة كل جديد, وذلك من خلال:

أ– الاستعانة في مرفق القضاء بفنيين متخصصين في التكنولوجيا الرقمية لإبتكار برامج وتطبيقات خاصة بالمحاكم القضائية على مستوى دولة سوريا بأكملها.

ب– تدريب الإداريين والعاملين في المحاكم على استعمال تلك البرامج بشكل صحيح.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

1) بيات, محمد حاتم – أبو العيال, أيمن, (2012), **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**, منشورات جامعة دمشق, كلية الحقوق.

2) حراكي, أحمد – حرح, زهير– الشماط, كندة, (2019/2018), **المدخل إلى علم القانون** , منشورات جامعة دمشق, كلية الحقوق.

3) ديب, فؤاد, (2014), **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**, منشورات جامعة دمشق, كلية الحقوق.

4) سنهوري, عبد الرزاق, بلا عام نشر , **الوسيط في شرح القانون المدني** , نظرية الالتزام بوجه عام, ج/1 , دار إحياء التراث العربي . بيروت , لبنان.

5) صالح, فواز , (2021/2020), **القانون المدني (المصادر الإرادية للالتزام)** , منشورات جامعة دمشق , كلية الحقوق.

6) قاسم, محمد حسن, (2018), **قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد من 1100 إلى 1231–7 من القانون المدني الفرنسي**, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان.

ثانياً: الرسائل

1) المطيرات, عادل مبارك ,(2001), **أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة والظروف الطارئة** , أطروحة دكتوراه , كلية دار العلوم , قسم الشريعة الإسلامية , جامعة القاهرة.

2) المنصوري, خميس, (2017), **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن الاقتصادي للعقد**, أطروحة دكتوراه ,جامعة الإمارات العربية المتحدة.

ثالثاً: المجلات

1) أبو طالب, بكر, (2020), **أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة فيروس كورونا المستجد (covid-19),** مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية, المجلد 6, عدد خاص (جائحة كورونا -covid 19 وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والإقليمية والدولية),22 – 1 .

2) إشراقية, أحمد, (2020), **الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني** , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية,السنة الثامنة , ملحق خاص /العدد 6 ,767_731 .

3) اشتاتو, سعيد – عينيبة, سامي,(2020), **فيروس كورونا: أزمة صحية أم قوة قاهرة !** , مجلة دولية علمية مُحكَّمة (الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا . مؤلف جماعي), عدد أيار, 306_313.

4) إفتيحات, ياسر عبد الحميد, (2020), **جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية** , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, السنة الثامنة , ملحق خاص , العدد6 , 769– 801.

5) زكرياء, مولاي, (2020), **تأثير فيروس كورونا covid-19على تنفيذ الالتزامات التعاقدية** , حوليات جامعة الجزائر1, المجلد :34 /عدد خاص :القانون وجائحة كوفيد 19 ،352–332.

6) عظيمان, عبد المحسن مبارك,(2020), **سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي (فيروس Covid-19نموذجاً)**, مجلة الفنون والأدب وعلوم الانسانيات والاجتماع , العدد 53, 205_189.

7) منصور, جلطي, (2020), **الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد-COVID 19على الالتزامات التعاقدية**, حوليات جامعة الجزائر 1, المجلد:34 ,عدد خاص :القانون وجائحة كوفيد 19، تموز, 502_484 .

رابعاً: مواقع الويب

1) الاقتصاد السوري بعد كورونا , 2020/4/22, متوافر على الموقع الآتي: https://al-akhbar.com/syria/287463.

2) الشربجي,محمود, (2020), **نشر حيثيات تأجيل انتخابات التجديد النصفي لنقابة أطباء الأسنان بسبب كورونا** . متوافر على الرابط التالي : https://www.masrawy.com/news/news_cases/details/2020/7/8/1827253/.

3) قرار (Civ. 3e, 19 Septembre 2019, n°18-18.921, AJDI 2019. 819), يمكن الاطلاع على حيثيات القرار باللغة الفرنسية من خلال الرابط الآتي:

https://beta.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039157072

آخر زيارة بتاريخ: 2020/6/2.

خامساً: المراسيم

المرسوم التشريعي رقم /7/ لعام /2007/ الخاص بالأمراض السارية والوقاية منها والإبلاغ عنها ومكافحتها.

سادساً: القوانين

1) القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1949 .

2) القانون المدني الفرنسي لعام 2016.

Foreign websites:

[1] Diaz, C. Avocat, *LE COVID19 CONSTITUE-T-IL UN CAS DE FORCE MAJEURE POUVANT JUSTIFIER L'INEXÉCUTION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE?.* 2020. <https://www.village-justice.com/articles/covid19-constitue-cas-force-majeure-pouvant-justifier-inexecution-une,35480.html>

[2] Civ.3e, 19 September 2019, n°18-18.921, AJDI 2019. 819

<https://beta.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039157072>

Last Updated : 2/6/2021.