مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 44 . العدد 6

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
سحب العمل كجزاء إداري والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة- دراسة مقارنة	الدكتور محمد العموري	50-11
الطبيعة القانونيّة لعقد الاستضافة على الشبكة	أحمد العوض د. محمد حاتم البيات	78- 41
الشراء على حساب المورد في عقد التوريد	د. محمد العموري جاسم الشعلة	102-79
فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة	د. محمد العموري جاسم الشعلة	146-103

سحب العمل كجزاء إداري والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة – دراسة مقارنة

إعداد الباحث جاسم الشعلة – كلية الحقوق – قسم القانون العام.

إشراف الدكتور محمد العموري

الملخص

تمنح الإدارة في مجال العقود الإدارية وخاصة عقود الأشغال العامة عقد المقاولة مركزاً مميزاً في مواجهة المتعاقد معها باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تسير المرافق العامة بانتظام واستمرار .فلها سلطة فرض الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة وبدون الحاجة إلى موافقة القضاء .ومن هذه الجزاءات جزاء سحب العمل من المتعاقد – المنصوص عليه في نظام العقود للجهات العامة في سورية رقم 51 لعام 2004 ، والتنفيذ على حساب المتعاقد متى أخل أو قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا أن الإدارة قد تتعسف في استعمال حقهما في سحب العمل من المتعاقد .مما يتطلب وجود ضمانة فعالة للمتعاقد من هذا التعسف، بداية من الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق التوفيق أو الوساطة وذلك من خلال قيام إدارة التعاقدات إعداد تصور عن موضوع

الخلاف وتقديم رأي فني ومالي وقانوني للسلطة المختصة.

Withdrawal of work as an administrative penalty and execution at the expense of the contractor in public works contracts – a comparative study

Prepared by researcher Jassem Al-Shula

Supervised by Dr. Mohamed Al-Amouri

Summary

In the field of administrative contracts, especially public works contracts, the administration gives the contracting a privileged position in the face of the contractor, as it is a public authority that aims to run public utilities regularly and continuously. It has the power to impose pressing penalties on the contractor with its own will and without the need for the approval of the judiciary. Among these penalties is the penalty of withdrawing the work from the contractor – stipulated in the Contracts System for Public Entities in Syria No. 51 of 2004, and implementation at the contractor's

expense when he fails or fails to implement his contractual obligations However, the administration may abuse their right to withdraw the work from the contractor. Which requires the existence of an effective guarantee for the contractor against this arbitrariness, starting with the agreement to settle the dispute through conciliation or mediation, through the Contracting Department preparing a conception of the subject of the dispute and providing a technical, financial and legal opinion to the .competent authority

المقدمة:

تستعين الإدارة في نشاطاتها الإدارية بوسائل متعددة ، فبالإضافة إلى الأعمال المادية التي لا تهدف من ورائها إحداث آثار قانونية ، هناك الاعمال القانونية والتي تسعى الإدارة من ورائها إحداث آثار قانونية وتتخذها بإرادتها المنفردة ومن جانب واحد كالقرارات الإدارية ، أو عن طريق العقود والاتفاقات التي تبرمها مع الأفراد وهذه العقود أما أن تكون عقود مدنية وهي تماثل العقود التي ينشئها الأفراد ومن ثم تخضع لأحكام القانون المدني ، ولا تتمتع الإدارة بموجبها بأي امتياز في مواجهة المتعاقدين معها، وإما تكون عقود إدارية تخضع للقانون العام ، أي تبرمها من مركز مميز على المتعاقد معها باعتبارها سلطة عامة فلها في ذلك[1].

1_توجيه المتعاقد والإشراف على تنفيذ العقد , بصورة تتعدى حق الرقابة والتوجيه والإشراف في العقود العادية

2_وتعديل شروط العقد وتعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة وأن تتولى التنفيذ بنفسها .

[1] د .عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ، مجلة الفكر، العدد العاشر، ص 93 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خضير، بسكرة 2014 م.

3 _توقيع الجزاءات على المتعاقد معها سواء نص عليها في العقد أو لم ينص فهذه الامتيازات الممنوحة للإدارة تمثل إحدى مظاهر السلطة العامة التي تحدد طبيعة هذه العقود ، ومن هذه الامتيازات سلطتها في فرض الجزاءات الضاغطة [2] التي تمكنها من إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيره محله[3])،مستهدفة حسن سير المرافق العامة.[4]

4 _ومن جملة هذه الجزاءات الضاغطة التي تحوزها جهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري ، هو سحب العمل في عقد المقاولات أو الأشغال العامة والذي يعتبر من أشد الجزاءات وقعاً على المتعاقد معها عند إخلاله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية . فماذا يقصد بسحب العمل ؟ وما هي الشروط ال واجب توافرها لتوقيعه ؟ وأهم الآثار التي قد تنتج عنه.

وللوقوف على هذه التفاصيل والإشكاليات والإجابة على التساؤلات وما جاءت به التشريعات من أحكام خاصة بموضوع دراستنا وعليه سنقسم دراستنا إلى مطلبين على النحو التالي:

[2] هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعم أ لً لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزاماته العقدية .للمزيد من التفصيل :د /مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية الطبعة الأولى، 2018 م، ص240

[3] د /سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الرابعة، 1984 م ص176

[4] د /عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية ، القاهرة، بدون سنة نشر، ص168

المطلب الأول : ماهية سحب العمل

المطلب الثاني :آثار سحب العمل كجزاء إداري

المطلب الأول

ماهية سحب العمل

يعتبر سحب العمل في عقود الأشغال العامة[5] أحد الحلول التي تتخذها الإدارة ضد المتعاقد المخل بالتزاماته ، وهي من أشد الجزاءات التي تفرض على المتعاقد ويعد سحب العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه من أهم تطبيقات فكرة التنفيذ العيني في مجال العقود الإدارية [6].وهذا ما أكدته المحكمة الادارية العليا [7].

بقولها":ولا يعتبر هذا الإجراء عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وانما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر، وتطبيقًا لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام تقوم الادارة به لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .ويحق للإدارة مطالبة المتعاقد بكافة تكاليف تنفيذ العقد وفقًا للشروط العقدية واللائحية."

[5] د /عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية(دراسة قانونية تحليلية تطبيقية) وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية،الطبعة الثانية، 1433 ه 2012 - م، ص. 27

[6])(6د /السيد أحمد محمد مرجان، التنفيذ العيني للعقود الإدارية سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد(دراسة مقارنة)،1434

[7])(الطعن رقم 3594 لسنة 36 ق.ع، جلسة 1995 / 5 / 16 ، الموسوعة الادارية الح، الجزء 49 ، ص. 263

وبناء على ما سبق يمكن للإدارة أن تجبر المتعاقد معها على تنفيذ العقد الذي امتنع عن تنفيذه أو تنفيذه على الوجه المطلوب، إذ أخل بتنفيذه، بأن تسحب منه العمل وتحل محله في إدارته أو تعهد به إلى غيره؛ إذن الجزاء في هذه الحالة، رغم طابعه المالي ، له هدف إكراهي، يتمثل في الضغط على المتعاقد حتى ينفذ ما التزم به، أو يؤديه بشكل ملائم، ولذا يعتبره الفقه من الجزاءات الضاغطة [8].وللإلمام أكثر بهذا الموضوع نتناول ماهيته في فرعين.

الفرع الأول

تعريف سحب العمل

يترك المشرع عادة وضع تعريفات لما يضعه من قوانين للفقه والقضاء ، ومن ثَم لم يرد في التشريعات السورية أو المصرية تعريف يوضح مفهوم سحب العمل على الرغم من الإشارة لمصطلح سحب العمل في النصوص التشريعية .في حين عرَّف البعض سحب العمل بأنه قيام الإدارة بتنفيذ العمل بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد في حالة إخلال المتعاقد الأصلي وتقصيره في تنفيذ التزاماته ولا يؤدي هذا الجزاء إلى إنهاء العقد بالنسبة

[8])(8د /عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، 2010 م، دار الجامعة الجديدة، ص 115 .

للمتعاقد المقصر لأنه يظل مسؤولاً أمام جهة الإدارة والعملية تتم على حسابه ومسؤوليته[9].

كما عرفه آخر بأنه (جزاء من الجزاءات التي تملك حق ممارستها ، فهو وسيلة ضغط واجراء قهري بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها أو عنه طريق مقاول آخر تعهد بذلك محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، لتنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير مسؤولية ، كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنه من إنجاز الأعمال[10].

وأيضا :هو ان تقوم الإدارة بنفسها، في حالة الخطأ الجسيم، مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقته لحسابه وعلى مسئولية المتعاقد وذلك كوسيلة للضغط عليه وحمله على تنفيذ التزاماته، مع بقاء العقد قائمًا[11].

ما هو إلا جزاء بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أو تعهد بالعمل إلى مقاول أخر، وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال على حسابه وعلى مسؤولية المقاول المقصر وذلك حرصًا على دوام سير المرفق وانتظامه [12].

[9] أحمد خورشيد حمد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، 1989 م، ص. 34

[10] عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تعرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماته التعاقدية ، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 21 سنة 2018 - م ، ص

[11] د /ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص174

وعليه فإن تخلف المقاول عن تنفيذ التزاماته ، يعطى الإدارة الحق في سحب العمل منه، وتضع العمل تحت إدارتها المباشرة، وتنفيذ العمل على حسابه وتحت مسؤوليته، لضمان تنفيذ العمل ولحرص الإدارة على استمرار وانتظام سير المرفق العام[13] وتلجأ الإدارة إلى التنفيذ بصورة مباشرة في حالات الضرورة والاستعجال وفي وقت يصعب البحث عن متعاقد آخر يوكل النية تنفيذ الأشغال العامة على حساب المتعاقد الاول.[14]

وجاء في نظام العقود للجهات العامة في سورية رقم 51 لعام 2004 في المادة 54 منه يحق لآمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه

عند عدم مباشرة المتعهد تنفيذ التعهد في الوقت المحدد..... وعندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائيا ثلث الكمية المتعاقد عليها ..... وإذا ثبت للجهة العامة ارتكاب المتعهد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة.....

وجاء في القانون المصري رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، في تعريف سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد حيث عُرف

[12] د /سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1437 ه 2016 - م، ص98

[13] فارس علي جانكير ، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي لحقوقية ، 2014م ص170

[14] محمد رفعت عبد الوهاب مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2002 م ، ص527

بالتنفيذ على حساب المتعاقد تارة بقوله في المادة 51 يجوز للجهة الادارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه، كما نصت المادة 101(لذات القانون) من اللائحة التنفيذية رقم 692 لسنة 2019 يتعين على المتعاقد بذل أقصى جهد للالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لما اشتمل عليه العقد، وفي حالة إخلاله بأي شرط جوهري تضمنته شروط العقد، فعلى إدارة التعاقدات استنفاد كافة البدائل الممكنة للوصول إلى حلول تتفق مع شروط العقد، وفي حالة عدم إمكانية التوصل إلى حلول منطقية فعلى الادارة المذكورة بما يحقق المصلحة العامة اتخاذ أحد الإجرائين الآتيين:

_1فسخ العقد.....

2_ التنفيذ على حساب المتعاقد ما دام أن الحاجة إلى تنفيذ هذه العملية مازالت قائمة

كما أن سحب العمل يجب أساساً في القانون المدني الليبي وذلك في المادة) 212 (التي تنص على 1 (":في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته،- جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً.

2_ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء.

من نص المادة أعلاه يتضح أنها تتفق مع ما ورد في المادة 103من لائحة العقود الإدارية الليبية النافذ رقم 563 لعام 2007 إلا أن ما يميز سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد ما بين القانون المدني ولائحة العقود الإدارية هو أن سحب العمل من المتعاقد وفق لائحة العقود الإدارية يكون بصدور قرار من الإدارة دون أخذ إذن من القضاء في حين نجده يستوجب اللجوء إلى القضاء لأخذ الإذن بالتنفيذ على حساب المتعاقد المخل بالتزاماته في القانون المدني.

ويُعد سحب العمل اجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء العقد ، بل يبقى ويستمر سارياً ويبقى المقاول مسؤولاً أمام الإدارة على الرغم من استبعاده بشكل مؤقت[15] .

فسلطة الإدارة في ممارسة هذا الجزاء يعد حقاً لها ، تمارسه دون حاجة إلى شخص عليه في العقد ، فهو مرتبط بالنظام العام : باعتباره ضمانة أساسية مخولة لجهة الإدارة ، لإجبار المقاول على اتمام التزامه وضمانة لسير المرفق العام بانتظام, واضطراد[16].

من خلال ما تقدم نجد أن سلطة الإدارة في سحب عمل المقصر ووضعه تحت الإدارة المباشرة هي إعمال لامتيازها في التنفيذ المباشر وتطبيق القواعد العامة الي يخضع لها نظام الجزاءات في العقود الإدارية.

[15])(17فارس على جانكير ، سلطة الإدارة المتعاقد في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ، المرجع السابق ، ص 175

[16] سعيد عبد الرازق باخيرة، سلطة الادارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، جامعة الجزائر 2008 - 2007، ص253 .

الفرع الثاني : شروط سحب العمل

يسلم فقهاء القانون العام في مصر، بحق الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بصفة عامة ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة بصفة خاصة على المتعاقد– المقصر في تنفيذ التزاماته وذلك بإرادتها المنفردة .ودون حاجة إلى اللجوء مسبقًا إلى القضاء وحتى دون الاستناد لنصوص العقد .وذلك إعمالاً لامتياز من أهم امتيازات الإدارة ألا وهو امتياز التنفيذ المباشر[17].

وقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ في حكم لها جاء به أن " الإدارة حينما قامت بسحب الالتزام من المدعي ومصادرة التأمين النهائي إنما كان ذلك بسبب إخلال المدعي بشروط العقد، وجزاء السحب من الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها، عند إخلاله بالتزاماته.[18]

إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً بدون قيد أو شرط، فهو من الجزاءات الخطيرة والمهمة، لذلك يشترط لكي تمارس الادارة سلطتها اتخاذ اجراءات ضغط مؤقتة حيال المتعاقد معها، فإنه يتعين أن ينسب إليه ارتكاب خطأ تعاقدي إضافة إلى ضرورة قيام الإدارة بإعذاره قبل اتخاذ الإجراء.

---

[17] د /سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص147

[18] المحكمة ا . 1972 / 6 / 17 د /عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام . التنفيذ . المنازعات في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، الطبعة الأولى ، 2000 م، ص281

وقد قسم الفقه تلك الشروط إلى نوعين ؛ شروط موضوعية :تتعلق بالمخالفة المستوجبة للجزاء(جسامة الخطأ)، وشروط شكلية :متصلة بالإجراءات اللازمة لاتخاذه (الإعذار) وسوف نتناول تلك الشروط على النحو التالي:[19]

الشروط الموضوعية:

وقوع خطأ جسيم من جانب المتعاقد–

يعرف الخطأ الجسيم بأنه هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالاً وهو أقرب للعمد، أما الخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه المتوسط والمعتاد من الناس[20] فلكي يتسنى لجهة الإدارة توقيع جزاء سحب العمل من المقاول .لابد أن يكون الخطأ جسيماً حتى يبرر للإدارة توقيع هذا الجزاء ، فالأخطاء البسيطة والتي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي لفرض الجزاء والحلول محل المقاول[21] ويحق للمقاول في حالة ما تم سحب العمل منه أن

[19])د /عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص303

[20] عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني ، ط3 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2010، ص 166.

[21] د /عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، ط 1 ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1975 ، ص 214

يطلب تحميل الإدارة مسئولية ما يترتب على الاجراء من نتائج، بالإضافة لحقه بالتعويض[22].

وجاء القانون رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، في المادة ":) 51 (يجوز للجهة الادارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه ."..كما نصت المادة) 101 (من اللائحة التنفيذية رقم 692 لسنة 2019 ، لذات القانون ": يتعين على المتعاقد بذل أقصى جهد للالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لما اشتمل عليه العقد، وفي حالة إخلاله بأي شرط جوهري تضمنته شروط العقد.

يتضح أن المشرع المصري سواء في القانون الملغي أو الحالي قد سكت عن تحديد كامل للإخلال بتنفيذ العقد، ومدى جسامته، واكتفى بذكر أمثلة لإعطاء الحق للإدارة في السحب والتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر، إلا أنه وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري يشترط فيه وجوبا وفي كل الأحوال أن يكون الإخلال بالتنفيذ جسيمًا، وعلى درجة من الأهمية، وحتى لو تعدد المتعاقدون المقصرون، والا كان الجزاء غير مشروع،

[22] د /هيثم حليم غازي ، سلطات الإدارة في العقود الإدارية(دراسة تطبيقية)، دار الفكر العربي الجامعي ، 2014 ، ص140

كأن لا ترقى المخالفة إلى درجة الخطأ الجسيم، أو أنها ذات أهمية ثانوية، فلا تعد حينئذ مبرراً كافيا لتطبيق السحب والتنفيذ على الحساب[23]

ويتم السحب بقرار يصدر من السلطة المختصة بعد خضوعه لرقابة قاضي العقد.

علماً بأن قاضي العقد يملك سلطة تقديرية واسعة لتحديد مدى خطورة الخطأ وكذلك مدى صحة اجراء الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة[24].

وأيضا ":كما يستفاد مما تقدم أنه يجوز للإدارة سحب العمل من المقاول في العديد من الحالات منها :إذا تأخر في البدء في العمل رغم استلامه الموقع خال من الموانع، أو البطء في سير التنفيذ لدرجة يظهر معها بغير شك أنه بهذا المسلك لن يستطيع إتمام التنفيذ خلال المدة المحددة لانتهائه، أو إيقاف العمل مدة متواصلة تزيد على خمسة عشر يوما بدون مبرر، أو انسحاب المقاول من مقر العمل بمعداته وإداوته، او بترك العمل كلية بالموقع .وفي اي من الحالات المتقدمة فإنه للجهة الادارية الحق في إصدار قرار بسحب الأعمال من المقاول شريطة إخطاره بهذا القرار بإخطار مكتوب يرسل بالبريد الموصى عليه مصحوبًا بعلم الوصول دون ما

حاجة لأي إجراء آخر.[25]

[23] د /السيد أحمد محمد مرجان، التنفيذ العيني للعقود الإدارية سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 74 ،. 75

[24] د .عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق ، ص215

وبالرجوع إلى نص المادة 51 50 (من قانون رقم 182 لسنة 2018 ، نجد أنه تضمن بيان الحالات التي يحق فيها لجهة الإدارة سحب العمل من المتعاقد معه ومن ثم إما ان تقوم بفسخ العقد وجوبيًا أو أن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه، وهذا الحالات هي:

1_إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد- .

2_إذا تبين وجود طواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار- .

- 3_ إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ويتم شطب اسم المتعاقد في الحالتين (1و 2) بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

وبالتالي فكل مخالفة من جانب المقاول لالتزاماته التعاقدية توجب توقيع الجزاء عليه من جانب الإدارة، وذلك يرجع إلى أن الخطأ في نطاق العقد الاداري بصفة عامة وعقد الأشغال العامة بصفة خاصة يتسم في غالب الأحوال بجسامة معينة لأن من شأن هذا الخطأ أن يؤدي إلى عرقلة سير المرفق العام.

[25])(30الطعن رقم 970 لسنة 49 ق.ع، جلسة/ 1 / 30 /2007

والملاحظ أن الأخطاء المبررة لسحب العمل من المقاول عادة ما يكون منصوصا عليها في كراسات الشروط بعبارات واسعة .ويكون من شأن تفسيرها حرفيًا توقيع هذا الجزاء على جميع الاخطاء الصادرة من المقاول حتى لو كانت قليلة الأهمية أو كان إخلال المقاول لالتزام يعتبر ثانويًا.

لذا لم يأخذ الفقه والقضاء بالتفسير الحرفي للنصوص التعاقدية واستوجبا أن يكون الخطأ المبرر لتوقيع جزاء سحب العمل إخلالا أو تقصيراً ذو جسامة كافية لالتزام ذو أهمية معينة.[26]

وذهب المشرع والقضاء والفقه الليبي إلى ذات النهج السابق، الخاص بالخطأ الجسيم الذي قد يرتكب من قبل المتعاقد مع الإدارة ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة (103) من لائحة العقود الإدارية الليبية التي جاء فيها ((يجوز للجهة المتعاقدة إلغاء العقد الإداري أو سحب العمل من المتعاقد وذلك في أي حالة من الحالات الآتية:

1_ إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك رغم تنبيه كتابه بذلك.

2_ إذا توقف العمل توقفاً مؤقتاً تاماً لمدة تجاوز) 24 / 1 (من المدة الإجمالية للعقد دون سبب مقبول من الجهة المتعاقدة.

[26])د /سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص154

3_ إذا انسحب من العمل أو تركه أو قام الدليل على عدم مباشرته للتنفيذ كما هو مقرر أو ثبت اضطراب أعماله على نحو لا يرجى معه التنفيذ السليم.

4_إذا تأخر تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ولم ترد الجهة المتعاقدة إعطاءه مهلة لذلك أو عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له.

5_ إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو في التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء فترة التنفيذ.

6_ إذا ثبت أنه قام بنفسه أو بواسطة غيرة وبطريق مباشر أو غير مباشر بتعاملات غير قانونية مع أحد موظفي الدولة أو أحد العاملين بالجهة المتعاقدة أو الجهة المشرفة على التنفيذ أو التواطؤ مع أي من هؤلاء أو شرع في شيء من ذلك للأضرار بالجهة المتعاقدة.

7_إذا أعسر المتعاقد أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه.

*8*_إذا أهمل جسمياً في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بأحد التزاماته الجوهرية المقررة في العقد ولم يباشر في إصلاح ذلك خلال مدة) 15 (خمسة عشر يوماً من تاريخ أخطاره كتابة بإجراء ذلك الإصلاح[27].

كما نصت المادة) 120 (من اللائحة النافذة على (إذا تم سحب العمل من المقاول بمقتضى حكم المادة (16،96،98، 103) يكون الجهة المتعاقدة وفقا لتقديرها وعلاوة على اقتضاء غرامة التأخير المستحقة ان تستعمل احد الحقوق الآتية:

*1*_أن تقوم بنفسها او بواسطة آخرين بتنفيذ الأعمال التي لم تتم كلها او بعضها، وذلك على حساب المقاول.

*2*_أن تطرح الاعمال التي لم تتم كلها او بعضها في مناقصة جديدة.

3_أن تتعاقد بطريق الممارسة مع أحد المقاولين لإتمام العمل أو تكلفة بذلك تكليفًا مباش اً ر إذا تحققت إحدى الحالات التي يجوز فيها التعاقد– بالتكليف المباشر ولا يحق للمقاول المطالبة بأي وفر يتحقق نتيجة استعمال أي حق من تلك الحقوق.)

كذلك نصت المادة) 32 (من نموذج عقد مقاولات الأشغال العامة الصادر بقرار اللجنة الشعبية العامة(سابقًا)رقم) 104 (لسنة) 1983 (على أن (في الحالات

[27])(34المادة) 103 (من لائحة العقود الإدارية الليبية رقم 563 لسنة 2007.

التي يجوز فيها إلغاء العقد يكون للطرف الأول بدلًا من الإلغاء ان يقوم بعد إخطار الطرف الثاني بكتاب مسجل دونما حاجة إلى القضاء أو اتخاذ أي اجراء آخر بسحب العمل وتنفيذ الأعمال التي لم تتم(كلها أو بعضها)سواء بنفسه أم بواسطة متعاقد آخر عن طريق المناقصة أو الممارسة أو التعاقد المباشر وذلك على حساب

الطرف الثاني وتحت مسئوليته، وأن يسترد منه جميع ما تكبده من مصروفات وخسائر(زيادة على قيمة العقد)بالخصم من التأمين المودع لديه أو من أية مبالغ

مستحقة له(قبله أو لدى أية جهة أخرى.)

ولا يخل ذلك بحق الطرف الأول في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة أو في مطالبة الطرف الثاني بالتعويض عما يلحقه من أضرار بسبب سحب العمل وما تكبده من مصروفات زيادة على قيمة العقد.)

ويلاحظ أن هذه الأسباب على سبيل المثال لا الحصر فيجوز للإدارة سحب العمل في غيرها.[28]

وجاء في نص المادة 54 من نظام العقود للجهات العامة في سورية رقم 51 لعام 2004 يحق لآمر الصرف ان يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه

[28] د /مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها.

1- عند عدم مباشرة المتعهد تنفيذ التعهد في الوقت المحدد وفق أحكام هذا النظام او دفاتر الشروط

2- عند يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائيا ثلث الكمية المتعاقد عليها او ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات متتالية

3- إذا ثبت للجهة العامة ارتكاب المتعهد اعمال الغش أو التلاعب او الرشوة

4- إذا اخل المتعهد بالتزاماته وامتنع عن إصلاح خطأه خلال المدة التي تحددها الجهة العامة

5- إذا اخل المتعهد ببرنامج العمل الموضوع بحيث يخشى ألا ينجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية

6- إذا اعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ التعهد

الشروط الشكلية

أولاً :الإعذار

أول قيد يقابل جهة الادارة عند مباشرتها لسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر هو ضرورة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاءات، ويتجلى الغرض من هذا الاعذار هو بيان جهة الادارة للمتعاقد في اتجاها إلى توقيع الجزاء عليه فيسرع إلى تنفيذ ما التزم به قبل توقيع أي جزاء عليه .ويجب أن يكون الإعذار قبل توقيع الجزاء ، ولا

يعفي الإدارة من هذا الالتزام إلا نص صريح في العقد او دفاتر الشروط أو القانون يعفيها من هذا الإعذار[29].

ومن ثم يجب ضرورة اعذار المتعاقد قبل التوقيع جزاء السحب متى تأكد للإدارة بأن المتعاقد معها قد أخل بالتزاماته المنصوص عليها بالعقد، ولم يراع المواصفات والأصول الفنية، فإنه يجب على رب العمل أن يقوم بإعذاره وتنبيه بأنه يقوم بأعماله بصورة مخالفة لشروط العقد، وعليه بإصلاح الأعمال المعيبة إذا كان ممكناً خلال مدة معينة[30].

ويكون إعذار المدين من خلال توجيه إنذار ويتمثل مضمون الإنذار في دعوة المتعاقد مع الادارة لتدارك الخطأ العقدي المنسوب إليه والا اعملت الادارة سلطتها في سحب العمل منه .ويجب أن يكشف الانذار عن اتجاه نية الإدارة إلى إعمال التنفيذ على حساب المتعاقد .فلا يكفي أن تردد الإدارة في هذا الشأن التزاماته العقدية بصفة عامة، بل يجب أن يكشف الإنذار بعبارات قاطعة لا تحتمل اللبس أو الغموض عن اتجاه نيتها لإعمال هذا الجزاء في حالة عدم تداركه لخطأه.[31]

وهذا ما اكدته محكمة القضاء الاداري إلى ضرورة إعذار المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته في حكمها الصادر بجلسة 21 من يونيه سنة 1953 في الدعوى رقم 719 لسنة 5 ق

[29])(36د /جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، ، المكتب العربي الحديث، 2007 م ، ص. 402

[30] مريم محمد أحمد ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية(دراسة مقارنة) الطبعة الأولى ، دار الحقانية القاهرة ، 2016 ، ص227

[31])(39د /أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا، الطبعة الثالثة 2017 ، ص156.

حيث قالت :إذا كان العقد المبرم بين المدعي ومصلحة المباني صريحا في إنهاء الاعمال م وضوع العقد خلال ستة أشهر من تاريخ الإذن للمدعي بالبدء في هذه الأعمال أي أنه التزم محدد لتنفيذه أجل معين، والأصل فيه أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة 120 من القانون المدني الملغي والمادة 218 من القانون المدني الجديد إذ أن المسئولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها بإعذار المدين، كما يجب أن يتم هذا الإعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا صريحا جازما بالتنفيذ[32].

ويُعد الإعذار من أهم الضمانات الشكلية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة ، فهو شرط جوهري في القانون الفرنسي، وعدم التزام الإدارة به يعد عيباً في الشكل، يؤدي إلى بطلان وضع المقاولة تحت الإدارة مباشرة.[33]

وفي مصر فإن القواعد العامة في العقود الإدارية، تولت تحديد هذه الشروط، وأيضا جاءت نص المادة) 51 (من القانون الحالي ..": ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة، يُخطر به المتعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد

[32])(41د /جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 404

[33] سعيد عبد الرازق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء العقد الإداري ، مرجع سابق، ص256

السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، مع تعزيزه في الوقت ذاته بالبريد الالكتروني او الفاكس بحسب الأحوال على عنوانه المبين في العقد."..

كما أن لائحة قانون المناقصات المصري الملغي رقم 98 / 1367 – – المعدل بالقانون رقم 2005 / 5 بينت هذه الشروط، على نحو يمكن تحديدها في شرطين :الإعذار، والمهلة الزمنية[34].

وقد نصت الفقرة ب من القانون رقم 51 لعام 2004 في سوريا على ما يلي

ينذر المتعهد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة ولمدة تحدد في الانذار قبل سحب التعهد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة أ من ذات المادة المذكورة أنفا

وللمتعهد أن يقدم اعتراضاته للجهة العامة خلال هذه المدة وفي جميع الاحوال يبقى المتعهد مسؤولا عن التنفيذ خلالها وعلى الجهة العامة أن تبت في الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوم من تاريخ تسجيل الاعتراض في ديوان الجهة العامة

واذا كان النص يبين شروط الإعذار، فإن القواعد العامة تكفلت بتحديد الشكل الذي ينبغي أن يكون عليه، ومن ثمَ يجب أن يتضمن الإعذار ما يلي:

_المخالفات المنسوبة للمقاول

[34] د /عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص123

_الأعمال التي يجب القيام بها سواء كانت محدده مثل العيوب الواجب إصلاحها .أو تمس العقد في مجموعة مطالبته بأن يحسن التنفيذ– .

_أن ما تنوي الإدارة اتخاذ عند عدم استجابته هو وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة.[35]

ثانياً :المدة الزمنية

أغفل المشرع المصري في القانون الحالي مدة 15 (يوما)التي كانت مقررة في القانون الملغي التي كانت تنص في المادة) 84 (من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات ,والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 من ضرورة إعذار المقاول كتابة قبل سحب العمل منه في حالة إخلاله بأحد شروط العقد أو إغفاله أداء أحد التزاماته المقررة إذا لم يمتثل لهذا الإعذار ويصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما[36].

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن إعفاء الإدارة من ضرورة إعذار المقاول قبل توقيع الجزاءات عليه، في الحالات التالية:

1_إذا نص في العقد أو كراسة الشروط نصا صريحًا بإعفاء الادارة من الإعذار، وفي هذا الاطار ينبغي تفسير العقد تفسيرا ضيقًا.

[35] للمزيد من التفصيل :د /هيثم حليم غازي ، سلطات الإدارة في العقود الإداري ، مرجع سابق ، ص 143 ، وأيضا : د /عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات الإدارية، مرجع سابق، ص124

[36] د /سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص12

*2*_ إذا كانت الظروف تتضمن بعدم جدوى الإعذار، كما لو قام المتعاقد طواعية بالإعلان صراحة عن نيته عدم تنفيذ العقد، او عدم مقدرته على تنفيذها، وهو تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني .وكذلك إذا وقع من المقاول أخطاء فنية لا يمكن تداركها او إصلاحها.

*3*_إذا كانت الظروف تضفي على العقد طابع الاستعجال، كما هو الحال في عقود التوريد التي تبرم في زمن الحرب بشأن المهمات العسكرية.

*4*_إذا أعفى المشرع جهة الإدارة من الإعذار، وهو ما نص عليه المشرع المصري بالنسبة لغرامة التأخير.

*5*_ إذا كان تنفيذ العقد يتضمن مدة محددة وانتهت تلك المدة فلا حاجة لإعذار المقاول.[37]

أما بالنسبة المشرع الليبي فقد تطلب هو الآخر إنذار المتعاقد مع الإدارة قبل قيامها بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة إذ نص في مادته) 101 (من لائحة العقود الإدارية على.

[37])(للمزيد من التفصيل :خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة إبرام تنفيذ انتهاء(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2017 – – – م، ص 205 ، وأيضا د /سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الاشغال العامة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 348 وما بعدها.

1 .فيما عدا غرامة التأخير لا يجوز توقيع الجزاء على المتعاقد قبل إنذاره وانقضاء المدة الكافية التي يحددها له الطرف الأول لتنفيذ التزاماته ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

2 .يكون الإنذار بخطاب مسجل يرسل إليه على العنوان المبين بالعقد دون حاجة إلى اتخاذ أي اجراء آخر.

3 . يجوز للجهة المتعاقدة توقيع الجزاء دون الحاجة إلى إنذار إذا كانت ضرورة تنفيذ العقد في موعد لا تسمح بإنذار وانقضاء مدة على هذا الإنذار أو إذا– – كان هناك ضرر من استمرار المخلفة[38].

المطلب الثاني

الآثار القانونية لسحب العمل كجزاء إداري

يترتب على سحب العمل جملة من الآثار وخاصة فيما يتعلق بمسؤولية المقاول اتجاه تنفيذ التزاماته العقدية، إذا أن قرار الادارة بسحب العمل من المتعاقد المقصر هو اجراء تتخذه الإدارة لمواجهة إخلاله الجسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولمعرفة آثار هذا السحب بالنسبة لطرفيه الإدارة والمقاول سنتناول ذلك في فرعين.

[38])(47المادة) 101 (من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007م.

الفرع الأول

آثار سحب العمل على جهة الإدارة

لعل أهم الآثار القانونية التي يمكن أن تنشأ عن قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول ووضعه تحت إدارتها المباشرة تلك الآثار التي يمكن حصر أهمها فيما يلي :

1_تملك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لتنفيذ الأعمال التي عجز المقاول عن إدائها نتيجة إخلاله أو إهماله لالتزاماته ، وعدم قيامه بإصلاح أثر- ذلك الإخلال أو الإهمال بعد إنذاره ، فلها أن تنفذ العقد بنفسها أو تعهد بها إلى مقاول آخر[39].

2_وهذا ما أكدته المادة) 51 - (من القانون المصري رقم 182 لسنة 2018 ، التي منحت جواز الحق للجهة الادارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بالشروط الجوهرية للعقد، مع تسبيب القرار القاضي بالفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد , وهو ما أكدته المادة 54 من القانون 51 لعام 2004 السوري

[39] المادة) 120 (من لائحة العقود الإدارية الليبية رقم) 563 (لسنة 2007 م .والتي جاء فيها(إذا سحب العمل من المقاول .... كان للجهة المتعاقدة ، وفقاً لتقديرها المطلق وعلاوة على اقتضاء غرامة التأخير المستحقة، أن تقوم بتنفيذ الأعمال التي تتم كلها أو بعضها سواء بنفسها أو بواسطة متعاقد آخر عن طريق المناقصة أو التكليف المباشر ، وذلك على حساب المقاول ، ودون أن يكون له الحق في
المطالبة بأي وفر يتحقق نتيجة لإنخفاض القيمة التي تم التنفيذ بها على حسابه عن الأسعار المتفق عليها في العقد)

إلا أنه يجب أن يكون تنفيذ العمل على حساب المتعاقد وفقا للشروط والمواصفات التي تم التعاقد بموجبها مع المتعاقد الذي سحبت منه الأعمال ثم حددت أسلوب تنفيذ الأعمال المسحوبة على حساب المتعاقد[40].

– 3 _يحق للجهة المتعاقدة عند سحب العمل احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات ومواد غير ذلك، وأن تستعملها في اتمام العمل دون أن تكون مسؤولة... عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها[41] .

– 4_ كما يحق للإدارة عند حجزها لتلك المواد والآلات (أثناء تنفيذها للعقد على حساب ومسؤولية المقاول)أن تلجا الي بيع هذه المواد والآلات الخاصة بالمقاول ، بعد انتهاء العمل ضماناً لاستيفاء حقها من المقاول، دون أيه مسؤولية عن أيه خسارة تلحق المقاول . واسترجاع ما تكبدته من مصاريف وخسائر من جزاء سحب العمل من المقاول المقصر ويتم ذلك بالخصم من التأمين المودع لديها.[42]

[40] د /عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية(دراسة قانونية تحليلية تطبيقية)وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذي، مرجع سابق، ص126

[41] الفقرة الأولى من المادة) 121 (من لائحة العقود الإدارية الليبية رقم 563 لسنة 2007 وفي ذلك المعنى انظر الفقرة الثانية من المادة) 84 (من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة199

[42] الفقرة الثانية والثالثة من المادة) 121 (من لائحة العقود الإدارية الليبية السابق ذكرها ، وتقابلها المادة) 84 (من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية الملغي- – .

5_كما نصت المادة) 102 – (من اللائحة التنفيذية رقم 692 لسنة 2019 لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر ":في حالة فسخ العقد، أو التنفيذ على الحساب يتم عمل جرد وتحرير كشف بالأعمال التي تمت وبالآلات والادوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل والتي يكون قد أوردها المتعاقد بمكان العمل.

6_ أن جزاء سحب العمل من المقاول ما هو إلا اجراء عارض ومؤقت لا يترتب عليه إنهاء العقد ، بل يبقي العقد قائماً ومسَتمراً[43] وفي الوقت نفسه إذا كان(لا يجوز للإدارة أن تجمع بين جزائي فسخ العقد وسحب العمل، نظراً إلى أن الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية ، وهو ما يتعارض مع طبيعة جزاء سحب العمل [44]فإن الجمع ما بين سحب العمل و الجزاءات الأخرى ، كغرامة التأخير ، والتعويض يكون ممكناً.[45]

7_وبإمكان الإدارة إنهاء اجراءات سحب العمل من المتعاقد معها، وذلك بإعادة الأعمال لإكمال تنفيذها ، خاصة إذا ما أبدى المقاول القدرة الكافية ،– والضمانات اللازمة لتنفيذ العمل وفي الموعد المحدد له ، وطبقاً لشروط ومواصفات عقد المقاولة ، وللإدارة صلاحية قبول أو رفض هذا الطلب وفقاً لسلطتها التقديرية

[43] فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ، مرجع سابق ، ص187

[44])(54حكم محكمة القضاء الإداري المصري ، الصادر في 1957 / 1 / 13 ، الطعن رقم 493 ، لسنة 6 ق ، السنة 11 ،

[45] سعيد عبد الرازق باخيرة ، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص259

في هذا الشأن[46] .

الفرع الثاني : آثار سحب العمل على المتعاقد

بداية يرتب عقد الأشغال العامة للمقاول عدة حقوق؛ استيفاء القيمة المالية لما أداه من أعمال طبقا لنص المادة) 116 (من لائحة العقود الادارية الليبية، بعد حصر المنفذ منها ومطابقتها لشروط العقد، وتصرف للمقاول عن الأعمال المنجزة فقط، طبقًا لنص المادة) 119 (من لائحة العقود الإدارية، وبحد أقصى % 95 من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلًا، وبشرط أن تكون مطابقة للمواصفات المحددة بالعقد، كما يجوز صرف قيمة ال 5% الباقية مقابل خطاب ضمان، وفيما يتعلق بالمواد الموردة فعلًا والتي يحتاجها المقاول، تُصرف له قيمة 75% منها، بشرط أن تكون بحالة جيدة ومطابقة للشروط الواردة بالعقد، ومقبولة من الجهة المتعاقدة[47] .

ولكن في حالة إخلاله بالعقد فيجوز للجهة الإدارية أن تصدر قراراً بسحب العمل من المقاول المخل بالتزاماته العقدية ، وسيلة لضمان التنفيذ العيني من قبل الإدارة للمشروع على حساب المقاول ، فهو ليس فسخاً للعقد أو إنهاء له بل يبقى العقد قائماً ومستمر باعتبار أن العقد تبادلي فإنه وكما هو بالنسبة للإدارة صاحبة المشروع ، فهو يرتب آثار بالنسبة للمقاول لذا تناول ذلك في النقاط الآتية:

[46] فارس علي جانكير ، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ، ص18

[47] د /مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص80

1_عدم استحقاق المتعاقد لقيمة الأعمال التي قام بها أو الجزء الذي نفذه مما تعاقد عليه إلا بعد تصفية الحساب بإتمام العقد من قبل جهة الإدارة بصورة كاملة ، كما لا يرد له التأمين الذي دفعه ، وذلك أن هذا التأمين يحجز من قبل الإدارة ضماناً لسداد نفقات التنفيذ[48] .

2_تحمل المتعاقد المقصر للمصروفات الإدارية، التي تستخدم لإتمام العمل المخل به من قبله وهذه المصروفات عبارة عن نسبة النفقات الإدارية عند سحب العمل-

من قيمة الأعمال المتبقية[49].

3_يتحمل المتعاقد المقصر الفروقات التي تنشأ عن اختلاف الأسعار بين العقد الذي نفذ به العمل والعقد من الجديد في حالة ما سلم لمتعاقد آخر[50])

4_وللمقاول المقصر حق مراقبة تنفيذ الأعمال التي سحبت منه وذلك باعتباره متحملاً تكاليف تنفيذ ما تبقى من أعمال دون أن يحق له التدخل في عملية التنفيذ-

سواء قامت بها الإدارة أو المتعاقد الآخر .[51]

[48] د .عبد الله نواف العنزي ، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص13

[49])مريم محمد حمد ، سلطة الإدارة في توقيع الجزءات ، مرجع سابق ، ص. 240

[50] مريم محمد أحمد ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ، مرجع سابق ، ص241

[51] مريم محمد أحمد ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، مرجع سابق ، ص245

5_كما يكون للمتعاقد المقصر كافة الحقوق المترتبة على العقد ، لا سيما ماله من حق المطالبة بفسخ العقد إذ توافرت أحدى الحالات المنصوص عليها بالعقد وله أن يطالب بإنهاء قرار السحب وإعادة الأعمال اليه لإتمام تنفيذها إذ ثبت أن له القدرة الفعلية على استئناف تنفيذها بشكل صحيح وفقاً لعقد المقاولة .[52]

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع(سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد كأحد الجزاءات الضاغطة في عقود الأشغال العامة)كجزاء لإخلاله بالتزاماته توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والتوصيات:

أولًا :الاستنتاجات

[52] د .عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص132

. 1 _يتم فرض الجزاء الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة ، ومن تلقاء نفسها ، ودون الحاجة سواء إلى النص عليه في العقد أو اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بذلك ، وذلك بسبب اتصال العقد الإداري بمبدأ انتظام سير المرافق العامة.

. 2 _يُعد قرار سحب العمل أو التنفيذ على حساب المتعاقد اجراء مؤقت وليس نهائي، فهو ليس فسخاً للعقد أو إعفاء المقاول من التزاماته، بل يبقى العقد ويستمر سارياً ويبقى المقاول مسؤولاً أمام الإدارة على الرغم من استبعاده عن تنفيذ العقد.

. 3_إن سلطة الإدارة ليست مطلقة في سحب العمل من المتعاقد معها بل هي مقيدة بوقوع خطأ جسيم من المتعاقد، ووجوب الإعذار من قبل الإدارة.

. 4_تملك الإدارة سحب العمل من المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته بشكل جزئي أو كلي وفقاً لطبيعة العقد المبرم بينهما، وتقوم الإدارة بتنفيذ أعمال العقد المسحوب بنفسها، أو أن تعهد به إلى مقاول آخر.

. 5 _عدد المشرع الليبي حالات سحب العمل بالمادة) 103 (من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007 ،`; كذلك فعل المشرع السوري في المادة 54 من القانون رقم 51 لعام 2004 في حين اشار إليها المشرع المصري بشكل مقتضب بالمادة 50 (،) 51 من القانون رقم 182 لسنة 2018 ، نجد أنه تضمن بيان الحالات التي يحق فيها لجهة الإدارة سحب العمل من المتعاقد معه ومن ثم إما ان تقوم بفسخ العقد وجوبيًا أو أن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه.

. 6_يترتب على قرار الإدارة بسحب العمل عدة آثار منها ما يتعلق بالإدارة مصدره قرار السحب، والآخر يتعلق بالطرف الثاني في العلاقة العقدية وهو المتعاقد مع الإدارة.

. 7 _أن المقاول لا يستطيع المطالبة باحتساب قيمة الأعمال التي قام بها قبل سحب العمل منه، إلا بعد تصفية الحساب بإتمام العقد من قبل جهة الإدارة بصورة كاملة

ثانيا : التوصيات:

. 1 _على المشرع الليبي, والسوري انتهاج المشرع المصري في قانونه الجديد 182 لسنة 2018 بالمادة بالمادة) 51 (وذلك بالزام الإدارة بتسبب قرار سحب العمل من المتعاقد "ويكون قرار الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة."

. 2_جاءت حالات سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في القانون المصري على سبيل المثال تاركًا الخطأ الجسيم، لتقدير القضاء، على خلاف المشرع الليبي والسوري

الذي عدد الحالات على سبيل الحصر .لذا نقترح على المشرع المصري اجراء تعديل واعادة صياغة النص بوضع مبدأ عام يجيز للإدارة سحب العمل عند قيام الخطأ الجسيم حسب تقديرها دون التقيد بتلك الحالات المذكورة.

3_من المستحسن أن يحدد المشرع للإدارة أو المتعاقد الآخر سقف زمني لتنفيذ العمل المسحوب من المتعاقد الأول بعد قرار السحب، وذلك للحد من التراخي في التنفيذ الذي قد يضر بالمرفق العام، وتحقيق مصلحة كلاً من الإدارة في سحب العمل والمتعاقد المسحوب منه العامل في الحصول على قيمة ما أنجزه وتم تنفيذه من أعمال.

قائمة المراجع:

.1_السيد أحمد محمد مرجان، التنفيذ العيني للعقود الإدارية سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد(دراسة مقارنة)، 1434 هـ 2013 – م.

2_أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا، الطبعة الثالثة، 2017 – م.

. 3_جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، 2007 م، المكتب العربي الحديث.

. 4_خليفة صالح أحواس، القانون الإداري الليبي الحديث ، مكتبة طرابلس العلمية العالمية،. 2019

. 5_خليل صالح السامرائي ، عقد الأشغال العامة ابرام تنفيذ انتهاء(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2017 – – – م.

. 6_سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1437 هـ- 2016م.

. 7_سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف، بالإسكندرية، 2002

. 8_أصول القانون الإداري تنظيم القانون الإداري والإدارة المحلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الجزء الثاني،. 1996

. 9_سعيد عبد ال ا رزق باخيرة ، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، جامعة الج ا زئر ، 2008 – 2007 م.

. 10سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الرابعة ، مطبعة جامعة عين شمس 1984 .م

. 11_عبد الحكم فودة، الموسوعة الشاملة في الدفوع والدفاعات في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء ال ا ربع الدفوع الإدارية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الاسكندرية، بدون سنة– نشر.

. 12_عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تعرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماته التعاقدية، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 21، سنة 2018 م.

. 13_عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الابرام. التنفيذ . المنازعات في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، الطبعة الأولى م، 2000 م.

. 14_عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، 2010 م، دار الجامعة الجديدة.

. 15_عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجير في نظرية الالتزام في القانون المدني ، ط 3 ، المكتبة القانونية ، بغداد ،. 2010

. 16_عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، ط 1 ، دار الفكر العربي، القاهرة ،. 1975

. 17_عدنان عمرو، القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 200418.

. 18عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

. 19عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية(دراسة قانونية تحليلية تطبيقية)وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، 1433 هـ 2012 – م.

. 20 _فارس علي جانكير ، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري منشو ا رت الحلبي الحقوقية ، 2014 م.

. 21 _محمد رفعت عبد الوهاب مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2002 م.

. 22_محمد سعيد حسين أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها ، 1992م، دار الثقافة الجامعية.

. 23_محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشو ا رت المكتبة الجامعة الليبية، الطبعة الخامسة،. 2010

. 24_مصطفى عبد الحميد عباد ، المصادر الارادية للالتزام في القانون المدني الليبي ، منشو ا رت جامعة قاريونس ،. 1995

. 25_مريم محمد أحمد ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)الطبعة الأولى ، دار الحقانية القاهرة ،. 2016

. 26_مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2018 م.

. 27 _أحمد محمود، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2017 م.

. 28_ هيثم حليم غازي ، سلطات الإدارة في العقود الإدارية(دراسة تطبيقية)، دار الفكر العربي الجامعي ،. 2014

. 29 _أحمد خورشيد حمد المفرجي ، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ،. 1989

. 30 _حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ الت ا زمه(دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير، 2011 م، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

. 31 _أسامة طه حسين، نجيب خلف أحمد، الجزاء الإداري العقدي، مجلة العلوم القانونية والسياسية الع ا رقية، المجلد الثامن، العدد الثاني،. 2019

. 32_عبد القادر د ا رجي ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية بحث منشور في مجلة المفكر ، العدد العاشر. 2014

. 33_عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تعرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ،العدد 21 ، سنة 2018 .

. 34_لائحة العقود الإدارية الليبية رقم 563 لسنة2007

. 35 _اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة. 1998

. 36_ القانون رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

. 37 _قرار رقم 692 لسنة 2019 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة. 2018

. 38 _الجريدة الرسمية العدد 5 مكرر(د)في 8 فبراير سنة2017 .

الطبيعة القانونيّة لعقد الاستضافة على الشبكة

طالب الماجستير: أحمد عبدالله العوض

قسم القانون الخاص – كلية الحقوق – جامعة دمشق

بإشراف الاستاذ الدكتور: محمد حاتم البيات

الملخص

يتناول هذا البحث دراسة الطبيعة القانونيّة لعقد الاستضافة على الشبكة ، والذي يُعتبر من العقود الجديدة التي فرضتها المعاملات في شبكة الانترنت، حيثُ أنَّه لا يتمّ حجز موقع على شبكة الانترنت بدون إبرام هذا العقد وتحديد شروط وأحكام حجز هذه المساحة الافتراضيّة على الشبكة.

وإنَّ دراسة الطبيعة القانونيّة لعقد الاستضافة على الشبكة تتطلّب بالضرورة تحليل مفهوم هذا العقد عن طريق تعريفه ودراسة كيفيّة إبرامه، والخصائص المميزة له، والآثار المُترتّبة على هذا العقد من التزامات ومسؤوليّات تقع على عاتق أطرافه.

بالإضافة إلى ضرورة العمل على التمييز بينه وبين العقود الإلكترونيّة المُشابهة لهذا العقد، وذلك من أجل تحديد طبيعته القانونيّة، ولدراسة فيما إذا كانت طبيعة تقديم خدمة الاستضافة هي إعارة أو مقاولة أو ايجار.

وقد خلصت الدراسة إلى بعض النتائج والمقترحات التي تهدف إلى إيجاد نظام قانوني خاصّ لعقد الاستضافة استناداً إلى أهميّته من الناحية العمليّة وانتشار إبرامه بشكل كبير في معاملات التجارة الإلكترونيّة. وكذلك ضرورة حماية أصحاب المواقع من تعسّف شركات ومزوّدي خدمات الاستضافة، وجعلهم مسؤولين بالتضامن مع أصحاب المواقع الإلكترونيّة عن المحتويات غير المشروعة للمواقع التي يتمّ حجزها لدى مزوّد الاستضافة.

الكلمات المفتاحيّة: عقد الاستضافة– متعهد الاستضافة – الموقع الإلكتروني– خدمة استضافة المواقع – مزوّد الخدمات

The legal nature of the information housing contract

student preparation "master": Ahmed abdalla ALawd

Supervising Doctor: Muhamed hatem ALbaeat

Damascus university- College of Law

Department of Private Law

Abstract

This research deals with studying the legal nature of the information housing contract, which is considered one of the new contracts imposed by transactions on the Internet, as no website is seized without concluding this contract and determining the terms and conditions for reserving this virtual space on the network.

The study of the legal nature of the information housing contract necessarily requires analyzing the concept of this contract by defining it and studying how to conclude it, the characteristics that distinguish it, and the implications of this contract in terms of obligations and responsibilities that fall on the shoulders of its parties.

In addition to the necessity of working to distinguish between it and electronic contracts similar to this contract, in order to determine its legal nature, and to study whether the nature of providing the information shelter service is a return, contract or rent.

The study concluded with some results and proposals that aim to create a special legal system for the information housing contract based on its practical importance and the wide spread of its conclusion in e-commerce transactions. As well as the need to protect the owners of the sites from the abuse of companies and providers of information shelter services, and make them responsible, in solidarity with the owners of the websites, for the illegal contents of the sites that are reserved with the information shelter provider.

Keywords: informational shelter contract - information shelter provider - website - web hosting service - service provider

المقدّمة

إنَّ ظهور شبكة الإنترنت وما رافقها من ازدياد في عدد المواقع التي يتمّ حجزها في الفضاء الإلكتروني، كان بسبب ما تتمتّع به شبكة الإنترنت من تخطي لحدود الزمان والمكان. حيثُ أنَّه يتمّ حجز هذه المراقع لعدة أغراض شخصيّة وحكومية وتجاريّة... الخ.

ولكي يتمّ حجز موقع إلكتروني لا بدَّ من إبرام عقد مع إحدى شركات استضافة المواقع الإلكترونيّة، وذلك من أجل الحصول على مساحة افتراضيّة في الفضاء الإلكتروني في الشبكة الافتراضيّة، لأنَّ صاحب الموقع الإلكتروني سيقوم بتصميم صفحاته الخاصّة به أو بنشاطه، ولكن لا يمكنه الاكتفاء بذلك لإتاحة هذه الصفحات عبر شبكة الإنترنت، فهو يحتاج حتماً إلى من يُؤمن له مساحة كافية في الفضاء الإلكتروني لعرض صفحات الموقع بشكل دائم على شبكة الإنترنت. والتي يمكن أن يستخدمها لأمور شخصيّة أو لتقديم خدمات أو عرض سلع وبضائع...الخ.

ولتحقيق ذلك يقوم صاحب الموقع بإبرام عقد مع شخص يُؤمّن له الاستضافة على خادمه ، ويوفّر له مساحة على حاسباته الآليّة المرتبطة على الدوام بشبكة الإنترنت، بحيثُ تضمن عرض موقعه وما تحتويه صفحاته على مدار الساعة، حتّى يمكن لأيّ شخص في أيّ مكان من العالم الولوج إليه في أيّ وقت كان، وذلك مقابل مبلغ مالي دوري متفق عليه، يُقدّمه صاحب الموقع للشخص الذي يُقدم له خدمة الاستضافة. وقد اصطلح تسمية هذا العقد بـ "عقد الاستضافة"، والشخص الذي يقوم بهذه المُهمّة هو متعهد الاستضافة أو مزوّد خدمة الاستضافة.

ونتيجة للأهميّة البالغة لعقد الاستضافة وانتشاره الشائع في عصرنا الحالي، وكونه أولى خطوات الحصول على موقع في شبكة الانترنت، كان لا بُدَّ من البحث في الطبيعة القانونيّة لعقد استضافة الموقع الإلكتروني، وذلك من خلال التعرّف على كيفيّة إبرام هذا العقد والآثار المترتّبة عليه، بالإضافة إلى تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

أهميّة الدراسة وأهدافها

تتجلّى أهميّة البحث في حداثة الموضوع من ناحية, وانتشار استخدامه من ناحية أخرى، بالإضافة إلى ندرة دراسة هذا البحث في بلادنا، فلا بدَّ من إلقاء الضوء عليه، نظراً لازدياد إبرام عقود استضافة المواقع الإلكترونيّة، وهذا يكون عند الاستضافة لدى مزوّد خدمة الاستضافة، الذي يضع عدداً من الشروط لاستضافة المواقع الإلكترونيّة، وما على صاحب الموقع إلَّا الموافقة عليها، مقابل الحصول على هذه الخدمة. بالإضافة إلى غياب التنظيم القانوني الذي يبيّن تكييف هذا العقد وينظّمه بشكل كامل، وبناءً على ذلك فإنَّ الدراسة تهدف إلى:

- إلقاء الضوء على آليّة إبرام عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة
- دراسة الالتزامات المترتّبة على عاتق كلّ من صاحب الموقع ومتعهد استضافة الموقع الإلكتروني.
- تكييف عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة.
- التركيز على الطبيعة الخاصّة لعقد الاستضافة.

منهج البحث

سيتمّ الاعتماد على المنهج التحليلي النقدي من أجل الوصول للأهداف المرجوة من هذه الدراسة.

إشكاليّة البحث

بالرغم من ازدياد ظاهرة حجز المواقع الإلكترونيّة بشكل ملحوظ، وبالتالي ازدياد إبرام عقود الاستضافة من أجل الحصول على خدمة الاستضافة، لا نجد تشريعات ناظمة لهذا العقد تحدّد طبيعته القانونيّة. فظهور هذا النوع الجديد من العقود طرح العديد من التساؤلات، حول التكييف القانوني لهذا العقد، حيث حصل خلط بينه وبين غيره من العقود المشابهة. ونتساءل بهذا الصدد: كيف يتمّ إبرام هذا العقد؟ وماهي الآثار المُترتّبة عليه؟ وبماذا يتميّز عن غيره؟ وهل يعدّ عقد الاستضافة عقد إيجار أم عقد مقاولة؟ وبماذا

يختلف عن العقود المشابهة؟ هذه التساؤلات وغيرها سنحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث.

خطّة البحث

المبحث الأول: مفهوم عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة

المطلب الأول: تعريف عقد الاستضافة

المطلب الثاني: آثار عقد الاستضافة

المبحث الثاني: تكييف عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة

المطلب الأول: تمييز عقد الاستضافة عن بعض العقود المُشابهة

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصّة لعقد استضافة المواقع الإلكترونيّة

المبحث الأول

مفهوم عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة

يُستخدم عنوان الموقع الإلكتروني والذي يبدأ بـ (WWW.) للوصول إلى شبكة الإنترنت عبر الحاسوب الذي يعود لمتعهّد استضافة الموقع.

وتقوم العديد من الشركات التجاريّة وأصحاب العلامات التجاريّة في مختلف أنحاء العالم بإبرام عقود استضافة (Hosting contract) وبالفرنسيّة (contra d'hébergement)[1]، مع أحد مزوّدي خدمات الإيواء المعلوماتي أو مع أحد مزوّدي خدمات الاستضافة أو إحدى شركات استضافة المواقع الإلكترونيّة[2]. ويتمّ ذلك بهدف الحصول على مساحة افتراضيّة في الفضاء الإلكتروني مقابل مبلغ مالي دوري، وبحيثُ يتمّ استخدامها للتواصل مع عملائهم والحصول على سمعة تجاريّة على المستوى الدولي، من خلال وسيلة سريعة وبأقل تكلفة من الوسائل التقليديّة.

ولا يُعدّ عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة بالتأكيد من العقود المُسمَّاة، وهو عقد له ميَّزاته وخصوصيّاته، لذلك سنتعرَّف على مفهوم هذا العقد من خلال تعريفه "المطلب الأول"، وبيان آثاره في "المطلب الثاني".

---

(1) See, Kari Anne Lang-Ree, Some comments on the relationships between trademark law and Domain names within the. No Domain, The article was published in the journal Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, NIR 6/2010. Published at: <http://www.norid.no/domenekonflikter/domeneklagenemnda/en-NIR-varemerkerett-og-domenenavn.pdf>, (last visited: 1April 2021. 06 :30am). p.1.

(2) التعريف بشركات استضافة المواقع هي شركات تتولّى تخزين التطبيقات والسجلّات لدى الخادم الخاص بها المتّصل بالشبكة على الدوام، ضمن المساحة التي تخصّصها لكلّ موقع، وتقوم بإمداد عملائها بالوسائل التقنيّة التي تمكّنهم من الوصول إلى مواقعهم وإدارتها. ويتمّ ذلك عن طريق إبرام عقد مع صحاب الموقع بحيثُ تلتزم بتخصيص مساحة له حسب الاتّفاق. راجع بهذا المعنى: أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدّمي خدمات الإنترنت (دراسة تحليليّة مقارنة). جامعة آل بيت، الأردن، مجلّة المنارة، المجلّد(13)، العدد(9)، 2007، ص327–328.

راجع بهذا المعنى Dr.Philippe Gillièron, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, publié sur le site: <http://www.gillieronavocat.ch/media-27.pdf> (last visited: 1April 2021. 05 :10am).

المطلب الأول

تعريف عقد الاستضافة

إنَّ عقد الاستضافة هو نوع من أنواع عقود تقديم الخدمات الإلكترونيّة[3]، يقوم بهِ متعهد الاستضافة الذي يوفر خدمات تخزين المعلومات والإشارات والكتب والأصوات والصور, أو أيّ رسائل من نوع آخر عبر شبكة الانترنت. ويُعرّف عقد استضافة المعلومات على أنَّه: "عقد من عقود تقديم خدمة المعلومات الإلكترونيّة، يضع بمقتضاه متعهد الاستضافة تحت تصرّف العميل الإلكتروني بعض إمكانياته، إذ يُخصّص له حيزاً من القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاصّ بهِ والمُتّصل بشبكة الإنترنت ممَّا يُتيح له حريّة التصرُّف بالمعلومات الموجودة في الموقع، وذلك لقاء مقابل مالي"[4].

وقد عرَّفت المادة/14/ من التوجيه الأوروبي حول "التجارة الإلكترونيّة" والمادّة (2/1-6) من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي" خدمة الاستضافة بأنَّها: "عبارة عن نشاط يُمارسه شخص طبيعي أو معنوي، يهدف إلى تخزين مواقع إلكترونية وصفحات ويب على حاسباته الآليّة الخادمة بشكل مُباشر ودائم مقابل أجر أو بالمجان، ويضع من خلاله تحت تصرّف عملائه الوسائل التقنيّة والمعلوماتيّة التي تُمكنهم في أيّ وقت من بثّ ما يريدون على شبكة الإنترنت من نصوص وصور وأصوات وتنظيم المؤتمرات والحلقات النقاشيّة وإنشاء روابط معلوماتيّة مع المواقع الإلكترونيّة الأخرى... ومن الوسائل التي يقدّمها متعهد الإيواء لعملائه تخصيص مساحة قرص أو شريط مرور لبث المعلومات التي يرغبون بنشرها على شبكة الإنترنت، وتزويد العميل بحساب خاصّ يتضمّن مفتاح دخول للتعريف به، وتزويده ببرنامج خاصّ يُمكنه من الاتّصال بمتعهد الإيواء وإضافة أو حذف أو تغيير ما يريد من معلومات"[5].

---

[3]. وقد عرف التوجيه الأوربي حول الخصوصية والاتّصالات الإلكترونية رقم (58) لسنة 2002 المعدل، عقد تقديم الخدمة المعلوماتيّة في الفقرة/13/ من الديباجة بأنه: "علاقة تعاقديّة بين العميل ومقدم الخدمة، في مدّة معينة من أجل الحصول على الخدمة وذلك من خلال بطاقات إعادة الدفع".

[4] كاظم ناصر عبد المهدي، المسؤوليّة المدنيّة لوسطاء الإنترنت. جامعة القادسيّة، العراق، مجلّة القادسيّة للقانون والعلوم السياسيّة، العدد(2)، المجلد(2)، 2009، ص241.

[5]. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمُقدّمي خدمات الإنترنت (دراسة تحليليّة مقارنة). مرجع سابق، ص325.

ومن خلال تعريف عقد استضافة الموقع الالكتروني يمكن لنا أن نستنتج كيفيّة إبرامه، والخصائص التي يتمتع بها هذا العقد، ولذلك سنتحدث في هذا المطلب عن كيفيّة إبرام هذه العقود(أولاً)، وكذلك عن الخصائص المميزة لإبرام عقد الاستضافة(ثانياً).

أولاً: إبرام عقد الاستضافة

غالباً ما يتمّ إبرام عقد الاستضافة عن طريق الوسائل الإلكترونيّة من قِبَل طرفيه، وتشترط أغلب شركات استضافة المواقع في بنود العقد على أنَّ تتعامل مع أيّ شخص يُريد استضافة موقعه، على أنَّه كامل الأهليّة القانونيّة، وهو مسؤول عن صحة المعلومات التي أدخلها حول عمره وأهليّته القانونيّة.

إنَّ صاحب الموقع غير مُجبر على إبرام العقد مع شركة استضافة أو مُتعهد استضافة مُعيّن، فهو يقوم بعمليّة بحث على الشبكة ، وينتقي من بين شركات ومُتعهدي مُقدّمي خدمة الاستضافة الأفضل والأكثر مُلائمة له والأقل سعراً، ليستضيف موقعه على خادمه.

وقد عرَّف المُشرّع السوري مُقدِّم خدمات الاستضافة على الشبكة على أنَّه: "مُقدِّم الخدمات الذي يُوفِّر مُباشرة أو عن طريق وسيط البيئة والموارد المعلوماتيّة اللازمة لتخزين المحتوى بغية وضع موقع إلكتروني على الشبكة ويُسمَّى اختصاراً المُضيف"[6].

ومع ذلك يُعدّ عقد الاستضافة من عقود الإذعان، لأنَّ صاحب الموقع الراغب بالتعاقد مع مُتعهد استضافة سيضطر في سبيل الحصول على مساحة مُحدَّدة على الشبكة لعرض موقعه للجمهور طوال الوقت، للموافقة على جميع الشروط التي يُعدّها مُتعهد الاستضافة مسبقاً.

فهو لا يملك إلَّا الموافقة عليها والتوقيع على العقد أو رفضها بشكل كلّي وعدم إبرام العقد، دون أن يكون له أيّ حقّ في تعديل بنود العقد. فهو عندما يقبل شروط وثيقة

---

[6]. المادّة/1/ من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومُكافحة الجريمة المعلوماتية الصادر بالمرسوم رقم(١٧)، عام 2012. وكذلك المادّة/1/ من القانون الخاصّ بالإعلام الإلكتروني في سورية الصادر بالمرسوم رقم(108)، عام2011.

الاستضافة، لا يُناقش بنود العقد بِمَا أنَّه بحاجة إلى استضافة موقعه فهو مُضطر للخضوع لهذه الشروط.

إلَّا أنَّه في الوقت الحالي أثبت الواقع العملي عكس ذلك، فنتيجة لازدياد عدد شركات استضافة المواقع الإلكتروني، نجد نوع من المنافسة الشديدة بينها، حيثُ تحرص كلّ شركة على عرض أسعار أقل وخصومات دائمة، بالإضافة إلى خدمات أكثر لجذب الراغبين في الحصول على مساحة افتراضيّة للتعاقد معها.

حتّى أنَّها قد تُخصِّص مساحات صغيرة للاستضافة المجانيّة، وذلك بهدف الدعاية، أو قد تُعطي مزايا إضافيّة تُميّزها عن بقيّة الشركات كتصميم موقع مجاني، أو تخصيص عدد أكبر من قوائم البريد الإلكترونيّة وحسابات البريد.

وبالتالي فصاحب الموقع تتوفَّر أمامه العديد من الخيارات، ويستطيع إيجاد وانتقاء السعر والمزايا الأنسب له، دون أن يكون مُرغَماً على أيّ خيار مُحدَّد منها.

مثال ذلك شركة (silaset.com)، وهي شركة تعمل على استضافة وتصميم المواقع الإلكترونيّة ، وتُقدِّم هذه الشركة مزايا إضافيّة لاستضافة البريد الإلكتروني مع تصميم مجاني للموقع، باشتراكات سنويّة مناسبة[7].

كما يُبيّن عقد الاستضافة بدقّة مساحة القرص الصلب المُخصَّصة لصاحب الموقع، ويُحدِّد التزامات مُتعهد الاستضافة بالإضافة إلى التزامات صاحب الموقع كاحترام القوانين ودفع سعر مُعيَّن مُقابل الحصول على الخدمة[8].

ويتمّ ذلك عادةً من خلال عرض مجموعة من الحزم، تتضمَّن كلّ حزمة خدمات مُختلفة عن الأخرى من ناحية المساحة وعدد القوائم البريديّة والحسابات البريديّة، ومبلغ الاشتراك الدوري المُخصَّص لكلّ حزمة، بحيثُ يقوم الراغب بالحجز بانتقاء الحزمة

---

[7]. راجع، الحزم المتاحة على موقع الشركة <www.silaset.com> (تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/3/1، 20:00).

[8]. حاتم بسباس، الموقع الإلكتروني: نظامه في ظلّ التشريع التونسي. محاضرة ختم تمرين أُلقيت في 12حزيران 2007، منشورة على الرابط التالي: <http://www.chawkitabib.info/spip.php?article476> (تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/3/5، 20:30).

الأنسب لهُ والموافقة على الشروط، ومن ثمَّ الحصول على المساحة لاستضافة موقعه على شبكة الإنترنت.

ثانياً: خصائص عقد الاستضافة

يتمتّع عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة بخصائص مميّزة به، فهو يتمّ عن بعد، وهو يعدّ عقد استهلاك وكذلك يعتبر تجاري بالنسبة لمُقدّم خدمة الاستضافة.

1. عقد الاستضافة هو عقد الكتروني

إنّ عقد الاستضافة هو عقد الكتروني أي يتم إبرامه من خلال استخدام وسائل إلكترونيّة، فهو من العقود المُبرمة عن بعد، والتي تُبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن مُختلفة من أنحاء العالم، ولكن يتمّ الاتّفاق وتوقيع العقود عبر وسائل الاتّصال الحديثة(الانترنت)، حيثُ لا يُوجد حضور مادّي لأطراف العقد في مجلس العقد، ولكن يُعتبر مجلس العقد قد انعقد، وذلك لوجود اتّصال مُباشر فيما بينهم وانعدام الفترة الزمنيّة بين تعبير كلّ منهما عن إرادته ووصول هذا التعبير للطرف الأخر، وذلك على الرغم من اختلاف المكان والزمان[9].

2. عقد الاستضافة هو عقد استهلاك

يُعدّ عقد الاستضافة من عقود الاستهلاك. وعقد الاستهلاك هو العقد الذي يُبرمه المستهلك من أجل إشباع حاجاته ورغباته اليوميّة وكلّ ما يحتاجه من خدمات، ولا يقتصر على العقود الفوريّة، وإنَّما يشمل كذلك العقود التي تأخذ مدّة زمنيّة، كمَا في عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة، والذي يُعدّ أحد أطرافه مستهلكاً. فهو يُبرم بين طرفين أحدهما مستهلك وهو مُستخدم شبكة الانترنت، وهو الطرف الضعيف في العقد الذي لا يملك الخبرة الفنيّة بشأن الخدمات الإلكترونيّة المُقدَّمة له، أمَّا الطرف الثاني هو المهني (متعهد الاستضافة) الذي يملك الخبرة الكافية في مجال عمله[10].

---

[9]. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص68-75.

[10]. ايمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته- الجوانب القانونيّة لعقد التجارة الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندريّة- مصر، 2008، ص66.

ويترتَّب على اعتبار عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة من عقود الاستهلاك، التشديد من التزامات ومسؤوليّات الطرف المهني، وذلك من أجل تحقيق الحماية للطرف الضعيف المستهلك من الاستغلال، ومن هذه الالتزامات التي تقع على مُتعهد الاستضافة هي التزامه بإعلام المُستخدم واتّخاذ الحيطة والحذر وسنتناول التزامات ومسؤوليّات متعهد الاستضافة في المطلب الثاني من هذا المبحث.

3. عقد الاستضافة تجاري بالنسبة لمُقدِّم الخدمة

عدّ المُشرِّع السوري في قانون التجارة التوريد من الأعمال التجاريّة[11]، وبذلك فإنَّ عقد الاستضافة هو تجاري بالنسبة لمُقدّم خدمات الاستضافة، لأنَّ خدمة الاستضافة تُعدّ عملاً تجارياً لأنَّ مُتعهد الاستضافة يقوم بتقديم أو توريد خدمة الاستضافة للمُستخدم من خلال تسكين وتخزين المعلومات التي تُنشر عبر الانترنت في القرص الصلب لحاسبه، ومن ثمّ يُخصِّص للمُستخدم مساحة من هذا القرص ويُتيح له الاطّلاع عليها والتصرُّف بها وذلك مُقابل مبلغ مادّي.

أمَّا بالنسبة لمُستخدم شبكة الانترنت صاحب الموقع الإلكتروني، فقد يكون عقد الاستضافة مدنيّاً أو تجاريّاً، وذلك بحسب صفة المُتعاقد، فإذا لم يكن المُستخدم تاجراً فإنَّ عقد الاستضافة يكون بالنسبة إليه عملاً مدنيّاً. مثال ذلك، الباحث والمحامي فالعقد يكون في هذه الحالة عقداً مدنيّاً. وفي هذه الحالة فإنَّ عقد الاستضافة يُعتبر من العقود المُختلطة، إذا تمَّ التعاقد بين مُتعهد الاستضافة التاجر والمُستخدم الذي يقوم بعمل مدني.

أمَّا في حالة كان المُستخدم تاجراً يكون عقد الاستضافة بالنسبة إليه عقداً تجاريّاً. مثال ذلك، يُعدّ عملاً تجاريّاً عمل أصحاب مكاتب السياحة والسفر، حيثُ يقومون بالحجز للعملاء عن طريق شبكة الانترنت من أجل الحصول على الربح، وبذلك يُعدّ عقد الاستضافة بالنسبة لهم تجاريّاً.

ويترتَّب على اعتبار عقد استضافة الموقع الإلكتروني عقد تجاري خضوعه لإحكام تختلف عن الأحكام التي يخضع لهَا العقد المدني، وذلك من حيثُ الاختصاص

---

[11]. المادّة/6/ من قانون التجارة السوري رقم(33)، عام2007.

القانوني والفوائد واكتساب صفة التاجر وانتفاء صفة التبرُّع...الخ، وغيرها من الأحكام الأخرى الخاصَّة بالعقود التجاريّة[12].

4. عقد الاستضافة هو عقد اذعان

إنَّ الأصل في التعاقد أن يتمّ عن طريق التفاوض بين أطراف العقد، إذ يتفاوض الأطراف بخصوص بنود العقد على نحو يُحقّق مصالحهما، وهذا يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة وحريّة التعاقد، والذي يقضي بأنَّ من وجه إليهِ الإيجاب له الحريّة في مناقشة الموجب في إيجابهِ وفي الاتّفاق معه على شروط التعاقد. ولكن هناك نوع من العقود يُستبعد فيها كلّ مناقشة بين المتعاقدين، فيكون من المستحيل على المُتعاقد الآخر أن يُناقش شروط التعاقد، فهو لا يملك إلَّا التسليم بهذهِ الشروط جملة دون إمكانيّة تعديلها أو رفضها أو المُفاوضة عليها. فهو من عقود الإذعان وعلى صاحب الموقع أن يوافق على الشروط التي وضعها مزوّد الخدمة أو يرفضها ويبحث عن مضيف آخر في الشبكة الإلكترونيّة.

وربما يعود السبب في ذلك على أساس التفاوت المعرفي الكبير بين طرفيهِ، فكلّ منهما يكون في مركز مختلف عن الآخر، مما يُمكّن مقدم خدمة الاستضافة من فرض شروطهِ, وما على الراغب في إنشاء موقع إلكتروني سوى أن يقبلها من دون القدرة على المناقشة.

المطلب الثاني

آثار عقد استضافة الموقع الإلكتروني

يترتَّب على إبرام عقد استضافة الموقع الإلكتروني التزامات تقع على عاتق كلّ من المُضيف مُزوّد الخدمة، والمُستفيد صاحب الموقع(أولاً). وكذلك يترتّب مسؤوليّات على كليهما(ثانياً).

[12]. عزيز العكيلي، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1995، ص59-60.

أولاً: التزامات أطراف العقد:

سنعرُض تباعاً التزامات صاحب الموقع وشركة الاستضافة.

1. التزامات صاحب الموقع:

يلتزم صاحب الموقع الإلكتروني في عقد الاستضافة بالتزام رئيس، يَتمثَّل في دفع مبلغ مُعيّن مُقابل خدمة الاستضافة التي يُقدّمها له مزوّد هذه الخدمة لمُدّة مُعيّنة يتمّ تحديدها في العقد المُبرَم بينهما.

بالإضافة إلى التزامه بجميع بنود العقد، كأن يفرض عليه مُتعهّد الاستضافة عدم نشر محتويات غير مشروعة أو ممنوعة من النشر، ويحتفظ مُتعهد الاستضافة بحقِّه في حذف كلّ ما هو مُخالف لبنود العقد المبرم بينهما.

وتفرض أغلب شركات الاستضافة على صاحب الموقع الالتزام بعدم محاولة الدخول غير المسموح إلى مواقع أخرى تستضيفها الشبكة من المخدّم نفسه، ونشر برامج ضارّة أو برامج تجسّس، وكلّ ما يتعلَّق بالقرصنة أو الأعمال الضارّة بالخادم الخاصّ بالشركة، تحت طائلة إلغاء الاستضافة دون سابق إنذار.

وقد وضعت الهيئة الوطنيّة لخدمة الشبكة مُعطيات لاستضافة المواقع الإلكترونيّة[13]، كمَا ألزمت صاحب الموقع بعدم نشر أيّ معلومات تتعارض مع قوانين سورية، وعدم استغلال الصلاحيّات المعطاة له كمُحاولة الدخول إلى مواقع أخرى عبر الخادم أو نشر فيروسات ضارّة.

2. التزامات شركة الاستضافة:

تتولَّى شركة الاستضافة تخزين التطبيقات والسجلّات لدى خادمه المُتّصل بالشبكة على الدوام، ضمن المساحة المُخصَّصة له، وإمداد عملائه بالوسائل التقنيّة التي تُمكّنهم من الوصول إلى موقعهم وإدارته[14]. كمَا تُحافظ على سريّة المعلومات الخاصّة بصاحب الموقع.

---

[13]. المادّة (11/15) من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري رقم(4)، عام2009.

[14]. كاظم ناصر عبد المهدي، المسؤوليّة المدنيّة لوسطاء الإنترنت، مرجع سابق، ص240.

وقد يتضمَّن العقد صيانة دوريّة تقوم بها الشركة بشكل دوري، بالإضافة إلى التزامها بجميع ما هو منصوص عليه في العقد، وتختلف هذه الالتزامات من شركة إلى أخرى، بحيثُ يكون لكلّ شركة شروطها الخاصّة.

ولا يجوز لمُقدِّم خدمات الاستضافة على الشبكة أن يسمح بأيّ تغيير على المحتوى المخزن لديه، إلَّا من قِبَل صاحب هذا المحتوى أو المسؤول المَعني بهذا المحتوى أو بطلب أو بموافقة من أحدهما[15].

ثانياً: مسؤوليّة أطراف العقد:

سنعرض تباعاً مسؤوليّة كلّ من صاحب الموقع ومُتعهد الاستضافة.

1. **مسؤوليّة صاحب الموقع:**

يُعدّ صاحب الموقع مسؤولاً عمَّا ينشره في موقعه، وهو مسؤول عن الأضرار التي يُسبّبها للغير نتيجة لِمَا ينشره في موقعه، وغالباً ما تُلقي شركات الاستضافة المسؤوليّة المترتّبة على النشر بأكملها على عاتق صاحب الموقع.

2. **مسؤوليّة مُتعهد الاستضافة:**

هناك خلاف حول مدى مسؤوليّة شركة الاستضافة عن مراقبة محتوى المعلومات التي يقوم بنشرها صاحب الموقع الإلكتروني، فقد ذهب الرأي الأول إلى عدم مسؤوليّته[16]، مُدعمين رأيهم بأنَّه يقتصر دور مُتعهد الاستضافة على توفير مساحة مخصّصة للموقع، ولكن هذا الموقف مُنتقد، لأنَّه بإمكان مُتعهد الاستضافة مراقبة الموقع فنيّاً.

---

[15]. المادّة(4/أ) من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتيّة في سورية.

[16]. عبد الفتاح كيلاني، مدى المسؤوليّة القانونيّة لمُقدِّمي خدمة الإنترنت، ص500. بحث متوفّر على الرابط: <http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2.pdf> (تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/3/15، 13:15).

وبينما ذهب رأي آخر إلى تطبيق أحكام مُمارسة مهنة الصحافة عليه، واعتبار مُتعهد الاستضافة بمثابة مُدير تحرير، وما دام هو الناشر فهو مسؤول عن بثّ المحتويات غير المشروعة[17].

وهذا ما أيَّده القضاء الفرنسي في قضيّة عارضة الأزياء الفرنسيّة (لندا لاكوست)، والتي تقدَّمت للمحكمة ضدَّ أربعة من مُتعهدي الاستضافة بسبب نشر صور تُظهرها بشكل فاضح دون أخذ موافقة منها. وجاءَ قرار المحكمة بإدانتهم، وحدّد الالتزامات المفروضة على مُتعهدي الاستضافة، والتي حصرها قرار المحكمة بثلاث التزامات، وهي: الالتزام بإعلام صاحب الموقع الإلكتروني بعدم نشر محتويات تُشكّل اعتداء على الغير، وأيضاً الالتزام باليقظة أيّ مُراقبة مشروعيّة المعلومات التي يتمّ نشرها على الموقع، والالتزام بوقف بثّ المضمون الإلكتروني غير المشروع، والذي يُشكّل اعتداء على حقوق الغير[18].

ولكن الهيئة الوطنيّة لخدمات شبكة الانترنت في سورية ألقت بكامل المسؤوليّة عمَّا يتمّ نشره في صفحات الموقع على عاتق صاحب الموقع، وقامت بإعفاء المُضيف من أيّة مسؤوليّة.

وقد أكَّد المُشرّع السوري على أنَّ مُقدِّم خدمات الاستضافة على الشبكة غير مسؤول عن مُراقبة المحتوى المخزن لديه، وبالمُقابل يتوجّب عليه أن يسحب أيّ جزء من هذا المحتوى من التداول أو يمنع الوصول إليه خلال مهلة أربع وعشرين ساعة في إحدى الحالات التالية[19]:

- ورود طلب من صاحب ذلك المحتوى أو المسؤول المعني بهذا المحتوى.
- ورود أمر من السلطة القضائيّة المُختصّة.

---

[17]. يوسف أكمل يوسف السعيد، المسؤوليّة الجنائيّة لمُقدِّمي المواد الإباحيّة للأطفال عبر الإنترنت. جامعة المنصورة كليّة الحقوق، مصر، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، العدد(50)، تشرين الأول2011، ص32.

[18]. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدّمي خدمات الإنترنت (دراسة تحليليّة مقارنة). مرجع سابق، ص 327-328.

[19]. م (4/ب) من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتيّة في سورية. وكذلك المادة/59/ من قانون الخاص بالإعلام الإلكتروني في سورية، الصادر بالمرسوم رقم (108) عام 2011.

- حصول معرفته الفعليّة بالطابع غير المشروع لذلك المحتوى.
- الإخلال بأحد شروط العقد.

ونرى بأنّه يجب اعتبار شركة الاستضافة مسؤولة بالتضامن عمَّا يتمّ نشره في حال علمها وقدرتها على حذف المحتوى غير المشروع ولم تقم بذلك. وذلك بسبب أنَّ شركة الاستضافة لها القدرة على مُراقبة المواقع الإلكترونيّة التي تقوم باستضافتها من خلال الحاسوب الخادم، كمَا يُعدّ من صلاحيتها حذف المحتويات التي تُخالف عقد الاستضافة. لذلك فإنَّ عدم قيامها بذلك يُعرّضها للمسؤوليّة.

المبحث الثاني

تكييف عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة

إنَّ عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة له طبيعة خاصّة تميزه عن غيره من عقود التجارة الإلكترونيّة التي يقترب منها، فهو لا يدخل تحت أي عقد منها، لذلك سنقوم بتمييز هذا العقد عن العقود المشابهة له (المطلب الأول)، ومن ثم تحديد الطبيعة القانونيّة الخاصّة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تمييز عقد الاستضافة عن بعض العقود المُشابهة

لكي يتمكَّن صاحب الموقع الإلكتروني من عرض موقعه الإلكتروني وإدارته عبر شبكة الإنترنت، يقوم بإبرام عدّة عقود هامَّة إضافةً إلى عقد الاستضافة، بحيثُ يقترب عقد الاستضافة من بعضها لدرجة الخلط بينها، إلَّا أنَّه له خصائص تُميّزه عن غيره من العقود المشابهة له.

سنقوم بتمييز عقد استضافة الموقع الإلكتروني عن عقد الوصول إلى الانترنت(أولاً) وعقد إنشاء الموقع الإلكتروني(ثانياً)، وعقد توريد المعلومات (ثالثاً) وعقود الإعلانات التجاريّة تِباعاً(رابعاً).

أولاً: تمييز عقد الاستضافة عن عقد الوصول إلى الانترنت

يُعرَّف عقد الوصول للإنترنت بأنَّه: "عقد بين الشخص الراغب بالاشتراك بالخدمة وبين الجهة التي تُقدِّم خدمة الوصول إلى الإنترنت يُمثّلها (مُتعهد الوصول)، يلتزم فيه الأخير بإتاحة الوسائل التي تُمكّن المشترك من الدخول إلى شبكة الإنترنت من خلال حاسوبه الشخصي مُقابل أداء مبلغ مالي يدفعه راغب الاشتراك"[20].

ويُعدّ هذا العقد من أكثر عقود التجارة الإلكترونيّة شيوعاً، وهو الخطوة الأولى للدخول إلى الشبكة. وبذلك يختلف عن عقد الاستضافة في أنَّ الأخير يلتزم فيه المضيف بتقديم خدمة الاستضافة لصاحب الموقع الإلكتروني على جزء من الموارد أو المساحات على أجهزته ومحرّكات الأقراص الصلبة[21].

أمّا في عقد الدخول إلى الشبكة، فمُتعهد الوصول يقوم بدور فنّي بحت في توصيل العميل الى الإنترنت، ولا علاقة له بِمَا يتمّ نشره[22]، ويتماثل مع عقد الاستضافة في أنَّه من عقود الإذعان بحيثُ لا يتفاوض المشترك مع المُتعهد، فإمَّا أن يقبل شروطه وإمَّا أن يرفضها.

ثانياً: تمييز عقد الاستضافة عن عقد إنشاء الموقع الإلكتروني

إنَّ عقد استضافة الموقع الإلكتروني يختلف تماماً عن عقد إنشائه، فمُتعهد الاستضافة لا يعمل على تصميم وإنشاء الموقع لصاحبه، وإنَّما فقط يُؤمِّن لهُ مساحة تُمكِّن صاحب الموقع من إطلاع الجمهور على صفحات موقعه الإلكترونيّة

وفي حين أنَّ إنشاء الموقع الإلكتروني يتمّ من قِبَل أشخاص يعهد إليهم صاحب الموقع بالقيام بتصميمه لأحد المهنيين المختصّين في مجال المعلومات. فيقوم هذا الأخير بتصميمه حسب الاتّفاق بينه وبين صاحب الموقع، حيث يُمكِّن الزوّار من الدخول إلى

---

[20]. مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2003، ص55.

[21] Dr.Philippe Gillièron, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, <http://www.gillieronavocat.ch/media-27.pdf>. تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/3/20، 22:00

[22]. عبد الفتّاح البيومي حجازي، الحكومة الإلكترونيّة بين الواقع والطموح، دار الفكر الجامعي، الاسكندريّة، ط1، 2008، ص212.

الموقع والتجوّل فيه للعثور على الخدمات المطلوبة، مُقابل أجر مُعيَّن يدفعه له صاحب الموقع. وقد تكون هذه الخدمات سلع تجاريّة، أو خدمات فنيّة أو أيّ نوع آخر...الخ، ويُكيّف هذا العقد على أنَّه عقد مقاولة[23]، لأنَّه يُعدّ من عقود تقديم خدمات يلتزم فيها المُصمِّم بالقيام بعمل لحساب صاحب الموقع مُقابل أداء مالي.

ثالثاً: تمييز عقد الاستضافة عن عقود توريد المعلومات

يُقصد بتوريد المعلومات نشرها على شبكة الانترنت، بحيث يقوم مُتعهد توريد المعلومات بتحميل المساحة المُستأجرة التابعة لمُتعهد الاستضافة وجمعها ونشرها على الشبكة، ويشبه في ذلك مدير النشر ورئيس التحرير في الصحف المكتوبة. ويَتميَّز مورّد المعلومات عن مُتعهد الاستضافة في أنَّ هذا الأخير يقوم بتأجير المساحة ومن ثمَّ يعمل على الاتّفاق مع مورّد المعلومات ليقوم بدوره في نشرها على الشبكة[24].

ومن الجدير بالذكر بأنَّ ازدياد عدد المواقع بشكل يصعب على المستهلك أو المُتصفّح الوصول إليها، فيقوم صاحب الموقع بالتعاقد مع مُزوِّد مُحرّكات البحث الذي يقوم بإدخال موقعه إلى فضاء البحث الذي يتدخّل به مزوّد البحث، ويُدعى هذا العقد بـ "عقد الإحالة"[25].

وتضع مُحرّكات البحث شروط وكيفيّة إدراج الموقع ضمن الفضاء المُخصَّص لها، وعدم قيام صاحب الموقع بذلك سوف يجعل من موقعه غير معروف. ونتيجة لتعقّد أعمال البحث وتطوّرها نشأت مؤسَّسة وسطاء الإحالة والتي تضمن ربط أصحاب المواقع بمزوّدي البحث بمقابل مالي.

---

[23]. محمد أطويف، الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونيّة، بحث منشور على موقع العلوم القانونيّة، <http://www.marocdroit.com> (تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/4/1، 15:00).

[24]. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدّمي خدمات الإنترنت "دراسة تحليليّة مقارنة"، مرجع سابق، ص334.

[25]. محمد أطويف، الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق.

ويرى البعض بأنَّ الوسيط هو وكيل لصاحب الموقع الإلكتروني[26]، وبالتالي تصنيف هذه العلاقة ضمن عقود الوكالة، ويُعرَّف عقد الوكالة على أنَّه: "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكِّل"[27].

رابعاً: تمييز عقد الاستضافة عن عقود الإعلانات التجاريّة

يقترب عقد استضافة الموقع الإلكتروني من عقود الإعلانات التجاريّة من حيث أنَّ كلّ من العقدين يعمل على عرض الموقع الإلكتروني للجمهور[28]، ولكن يختلف عنها من جوانب أخرى ففي عقد الإعلانات التجاريّة يتمّ حجز مساحة من موقع آخر مُقابل مبلغ مالي وليس من الخادم كعقد الاستضافة، فمن خلال موقع آخر يتمّ الإشارة إلى موقعه كنوع من الدعاية والشهرة، بهدف كسب عدد أكبر من الزائرين لموقعه الإلكتروني[29]، فيقترب هنا من عقد إحالة الموقع الإلكتروني.

ومن الجدير بالذكر أنَّه عندما يرغب صاحب الموقع إذا كان بهدف التجارة بإبرام عقد الإعلان التجاري لمتجره لابدَّ وأن يقوم بإبرام عقد استضافة لمتجره مسبقاً، ولا يحتاج عقد الاستضافة بالضرورة أن يتبعه عقد إعلان تجاري للموقع الإلكتروني.

---

[26]. حاتم بسباس، الموقع الإلكتروني: نظامه في ظلّ التشريع التونسي، مرجع سابق.

[27]. القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم/84/ 1949م. المادّة /665/.

[28]. ذكرى عباس علي، العقد الإلكتروني والمنازعات الناشئة عن تنفيذه، جامعة ديالى، العراق، مجلّة الفتح، العدد الثاني والأربعون، تشرين الأول2009، ص143.

[29]. الترويج لموقع أو صفحة على الإنترنت، مقال منشور على الإنترنت على الرابط التالي: <http://www.machro3.com> (تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/4/2، 14:30).

المطلب الثاني

الطبيعة الخاصّة لعقد استضافة المواقع الإلكترونيّة

لتحديد طبيعة عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة، لا بُدَّ أن نعرف فيما إذا كانت هذه الخدمة يتمّ تقديمها بمُقابل(أولاً) أم بالمجان(ثانياً).

أولاً: وجود بدل مقابل خدمة الاستضافة

ذهب البعض إلى القول بأنَّ عقد الاستضافة هو عقد مقاولة[30]، لانَّ مُتعهد الاستضافة يتعهد بالقيام ببعض الخدمات مُقابل مبلغ من المال، وبذلكَ يقترب من عقد المُقاولة الذي يُعرَّف على أنَّه: "عقد يتعهَّد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يُؤدّي عملاً لقاء أجر يتعهّد به المُتعاقد الآخر"[31].

إلَّا أنَّ هذا المذهب مُنتقد، حتَّى وإن كان المُضيف يلتزم في بعض الأحيان بتقديم خدمات إضافيّة، غير توفير مساحة على خادمه لصاحب الموقع، مثل تقديم مساعدة تقنيّة له أو توفير خدمات البحث الآلي أو تقديم خدمات البريد الإلكتروني وخدمات مُتعلّقة بالإحصاء وغيرها[32].

وهذه الخدمات تمثّل بالقيام بعمل مِمَّا يجعلها تقترب من عقد المُقاولة، إلَّا أنَّها خدمات ثانويّة والتزام المُتعهد الأساسي هو توفير مساحة من خادمه المُتّصل بالشبكة على الدوام لصاحب الموقع. ولا يُمكن بدونها أن ينعقد عقد الاستضافة، ولا يُمكن أن يُتاح الموقع أمام متصفّحي شبكة الإنترنت.

إذاً، لا يُمكن القول بأنَّ عقد الاستضافة هو عقد مقاولة، لأنَّ هذه الخدمات ليست هي أساس التعاقد، وهي غير كافية وحدها لإبرام عقد الاستضافة، وإنَّما هي فقط

---

[30]. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدّمي خدمات الإنترنت "دراسة تحليليّة مقارنة"، مرجع سابق، ص325.

[31]. المادّة /612/ من القانون المدني السوري.

[32]. رشا محمد تيسير خطاب، مها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، جامعة الإمارات العربيّة المتحدة، مجلس النشر العلمي، مجلّة الشريعة والقانون، السنة(25)، العدد(46)، 2011، ص374.

خدمات تقنيّة لمُساعدة وجذب أصحاب المواقع. فصاحب الموقع سيتّخذ قراره بالتعاقد مع المُتعهد الذي يُقدّم خدمات أفضل بأنسب الأسعار.

وبالنتيجة فإنَّ عقد الاستضافة هو أقرب ما يكون إلى عقد الإيجار الذي يعرّف بأنَّه "عقد يلتزم المؤجّر بمقتضاه أن يُمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء مُعيّن مدّة مُعيّنة لقاء أجر معلوم"[33].

حيثُ أنَّ مزوّد خدمة الاستضافة يُقدّم منفعة لصاحب الموقع الإلكتروني لمُدّة مؤقّتة مُقابل دفع مبلغ معيّن، وذلك لأنَّه يسمح لصاحب الموقع بالانتفاع من أجهزته مع الاحتفاظ بملكيّته لها ويتنازل عن حيازته لبعض خدمات هذه الأجهزة، وخدمة الاستضافة هي بمثابة تأجير لجزء من القرص الصلب العائد لمُتعهد الاستضافة الذي هو (المؤجّر) لصاحب الموقع الإلكتروني وهو (المستأجر) مُقابل مبلغ دوري يدفعه صاحب الموقع (بدل الإيجار).

وفي حال كان النشاط تجاري أي يريد صاحب الموقع أن يجعل منه متجراً إلكترونيّاً يعرض سلعه للجمهور، في هذه الحالة يُمكننا أن نُطلق عليه عقد إيجار محل تجاري إلكتروني، والذي يُقابله عقد إيجار محل تجاري في التجارة التقليديّة.

ومن المُمكن القول بأنَّ عقد الاستضافة هو عقد مُركَّب عندما يقدّم المضيف خدمات إضافيّة يتعهّد بالقيام بها إضافة إلى توفير مساحة مخصّصة لصاحب الموقع. ولكن من الأفضل اعتباره عقد إيجار حتّى وإن كان هناك خدمات إضافيّة، فهي لا تتعدَّى أن تكون خدمات تبعيّة بالنسبة للانتفاع بالمساحة المُخصَّصة لصاحب الموقع[34].

ثانياً: تقديم خدمة الاستضافة مجاناً

بعض شركات الاستضافة تقوم بتخصيص مساحة معيّنة لكلّ مشترك تكون مجانيّة، وضمن خدمات محدودة، وهذه الخدمات قد تكون عبارة عن بريد إلكتروني، مثل

[33]. المادّة /625/ من القانون المدني السوري.

[34]. مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص60.

شركة: (Google, yahoo, Hotmail)، أو عبارة عن مساحة إعلانيّة مجانيّة أو موقع مساحته التخزينيّة صغيرة.

وإنَّ استضافة موقع مجاني لدى مُتعهد الاستضافة لا بدَّ فيها من الموافقة على بنود العقد، وتوقيع عقد الاستضافة، فمن المُمكن أن تكون خدمة الاستضافة دون مقابل، وهذا ما أكَّده كلّ من التوجيه الأوروبي حول التجارة الإلكترونيّة[35]، والقانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الفرنسي"[36]، عندما عرَّفت خدمة الاستضافة على أنَّها:

"عبارة عن نشاط يُمارسه شخص طبيعي أو معنوي يهدف إلى تخزين مواقع إلكترونيّة وصفحات ويب على حاسباته الآليّة الخادمة بشكل مباشر ودائم مقابل أجر أو بالمجَّان ويضع من خلاله تحت تصرّف عملائه الوسائل التقنيّة والمعلوماتيّة التي تمكّنهم من بث ما يريدون على شبكة الإنترنت".

وكذلك الأمر يُمكن نشر نصوص وصور وأصوات, وتنظيم المؤتمرات واللقاءات والمحاضرات النقاشيّة وإنشاء الروابط المعلوماتيّة على أيّة مواقع إلكترونيّة أخرى[37].

ومن الجدير بالذكر، أنَّ هذه الخدمة تكون مجانيّة ظاهرياً، إلَّا أنَّ شركات الاستضافة تلجأ إليها في الحقيقة لتحقيق مصالح تجاريّة بهدف الدعاية والشهرة لها، وهذا ما يحقّق لها ربح بشكل غير مباشر. حيث أنَّه كثيراً ما يقوم صاحب الموقع بعد قيامه بتجربة الحجز المجاني –إذا أقتنع بخدمات وموثوقيّة الشركة– بحجز مساحة أكبر بمقابل ثمن لدى نفس الشركة. ومثال ذلك، شركة (freewebpage) تُقدِّم استضافة مجانيّة بمساحة (150MG)، وخدمات محدودة. وإذا أراد صاحب الموقع الحصول على مساحة

---

[35]. رشا محمد تيسير خطاب، مها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص373

[36]. المادّة 6-1/2 من القانون الفرنسي رقم 575/2004 حول "الثقة في الاقتصاد الفرنسي".

Loi nº 2004/575 du 21 juin 2004 sur la Confiance dans l´économie numérique, JO, 22 juin 2004, p.11168.

[37]. خالدة الحمصي، عقد الخدمة المعلوماتيّة، رسالة أُعِدَت لنيل درجة الماجستير في القانون، كليّة الحقوق، جامعة حلب، سورية، 2015، ص11.

أكبر وخدمات أكثر فيتوجب حينها دفع مبالغ دوريّة مقابل استضافة موقعه لدى هذه الشركة[38].

ويختلف تقديم الاستضافة مجاناً عن عقد الاستضافة بمُقابل أيضاً، بأنَّ الأولى لا يُمكن أن تُكيَّف على أساس أنَّها عقد إيجار أبداً، وذلك بسبب غياب الثمن المقابل للانتفاع، لأنَّه هذا الثمن هو عنصر هام وجوهري في تكوين عقود الإيجار.

وبدون الثمن يتحوّل عقد الاستضافة إلى عقد إعارة، حيثُ يعرّف عقد الإعارة على أنَّه: "عقد يلتزم به المعير أن يسلّم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدّة معيّنة أو في غرض معيّن على أن يردّه بعد الاستعمال"[39]. بحيثُ يتمثّل في إعارة جزء من مساحة القرص الصلب العائد لمُتعهد الاستضافة (المُعير) لصاحب الموقع الإلكتروني (المُستعير)[40].

ومن الجدير بالذكر، أنَّه سواء أكان صاحب الموقع مستأجراً أم مستعيراً للمساحة الافتراضيّة، فإنَّه يترتّب عليه الالتزام ببنود العقد واستعمال الجزء المُخصّص له وفقَ ما جاء في بنود العقد الذي قام بالتوقيع والموافقة على شروطه وسياسته، وبالمقابل فإنَّ مُتعهد أو شركة الاستضافة سواء أكانت مُؤجّرة أو مُعيرة، فإنَّها تلتزم ببنود العقد المُتفق عليها.

ولكن هذا لا يعني أن تكون الخدمات هي نفسها عندما تكون مجانيّة وبالمقابل، فالاستضافة المجانيّة غالباً ما تكون محدودة الخدمات، ولا تتعدَّى أن تكون عبارة عن خدمات رمزيّة هدفها الدعاية والتعريف بالموقع لترغيب أصحاب المواقع بإبرام عقود الاستضافة معها، وتستفيد أيضاً في عرض إعلانات عائدة لها ضمن المواقع المجانيّة التي تستضيفها مجاناً.

---

[38]. موقع الشركة <http://www.freewebpage.org/upgrade-member.html> (تاريخ الزيارة الأخيرة: 2021/4/3، 16:00)

[39]. المادّة /625/ من القانون المدني السوري.

[40]. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمُقدّمي خدمات الإنترنت (دراسة تحليليّة مقارنة)، مرجع سابق، ص326.

كمَا يُمكن أن يكون صاحب الموقع هو نفسه المُضيف، حيثُ يُمكن للتاجر أن يستضيف موقع متجره الإلكتروني لدى خادمه الخاصّ به وهنا ينعدم وجود العقد.

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث إلى أهميّة عقد استضافة المواقع الإلكترونيّة، فهو يُعتبر أولى العقود التي يقوم بإبرامها الراغب في إنشاء موقع على شبكة الانترنت، وكذلك له أهميّة كبيرة في التجارة الإلكترونيّة في حال رغبة التاجر في مُمارسة الأنشطة التجاريّة عبرَ الموقع الإلكتروني. ومن خلال تحليل مفهوم العقد وآليّة إبرامه وخصائصه، وكذلك البحث في طبيعته الخاصَّة التي تُميّزه عن غيره من العقود المُشابهة له، توصّلنا إلى عدّة نتائج وتوصيات، أهمّها:

أولاً: النتائج

- عقد الاستضافة هو من عقود الإذعان لغياب التفاوض بين مُتعهد الاستضافة وصاحب المتجر الإلكتروني، فلا يقوم الأخير إلَّا بالموافقة على الشروط أو رفضها. فهو لا يملك أيّ حقّ بالمفاوضة.
- عقد الاستضافة هو تجاري دائماً بالنسبة لمتعهد خدمة الاستضافة، ويكون مدني أو تجاري بالنسبة لصاحب الموقع بحسب صفته.
- عقد استضافة المتجر الإلكتروني عقد مُلزم لجانبين حيثُ يترتَّب عليه التزامات ومسؤوليّات لكلّ من صاحب الموقع الإلكتروني، ومُتعهد الاستضافة.
- يتمتّع عقد الاستضافة بخصائص تميّزه عن غيره من العقود المُحيطة به في بيئة التجارة الإلكترونيّة، وهي عقود هامّة ولازمة لتحقيقه.
- ألقت الهيئة الوطنيّة لخدمات شبكة الانترنت في سورية كامل المسؤوليّة عمَّا يتمّ نشره في صفحات الموقع على عاتق صاحب الموقع، وقامت بإعفاء متعهد الاستضافة من أيّة مسؤوليّة.
- يُمكن توصيف عقد الاستضافة على أنَّه عقد إيجار، وحتّى وإن وجدت خدمات أخرى يُقدّمها مُتعهد الاستضافة، فهذا لا يجعل من عقد الاستضافة عقد مقاولة.

ثانياً: التوصيات

- إيجاد تنظيم قانوني خاصّ بعقد استضافة المتجر الإلكتروني كونه عقد مستقلّ بذاته يتميَّز عن غيره من العقود.
- ضرورة توفير حماية لأصحاب المواقع الإلكترونيّة، حتّى لا يقعوا ضحيّة الشروط التعسفيّة التي يضعها مُتعهد الاستضافة. فقد يُقلّل مُتعهد الاستضافة من التزاماته أو يُشترط إعفائه من المسؤوليّة عن محتوى الموقع إذا كان يُشكِّل اعتداء على حقوق الغير.
- وضع قواعد قانونيّة تُحدِّد التزامات الأطراف وتُبيّن مدى مسؤوليّة كلّ منها على مشروعيّة المحتوى المنشور، لتوفير أكبر قدر مُمكن من الحماية والثقة للمستهلكين وزوَّار المتجر الإلكتروني.
- ضرورة إعطاء مُتعهد الاستضافة صلاحيّة حذف المحتويات التي يتمّ نشرها على المواقع التي يقوم بإيوائها إذا كانت غير مشروعة أو تُشكّل اعتداء على حقوق للغير، ولكن ضمن حدود مُعيّنة حتّى لا يتمّ الاعتداء على حريّة صاحب الموقع في حقّه بالتحكُّم بموقعه الخاصّ به بنفسه.
- ضرورة اعتبار شركة الاستضافة مسؤولة بالتضامن عمَّا يتمّ نشره في حال علمها وقدرتها على حذف المحتوى غير المشروع ولم تقم بذلك. لأنَّ شركة الاستضافة لها القدرة على مُراقبة المواقع الإلكترونيّة التي تقوم باستضافتها.
- وضع قواعد قانونيّة خاصّة بالمتجر الإلكتروني –أيّ في الحالة التي يكون هدف الموقع تجاري– وبعقد استضافته تواكب تطوّر وسائل الاتّصال الإلكترونيّة.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر:

1. قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومُكافحة الجريمة المعلوماتيّة، المرسوم رقم(١٧) لعام 2012.
2. القانون الخاصّ بالإعلام الإلكتروني في سورية، المرسوم رقم/108/لعام 2011
3. قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري، رقم/4/لعام 2009.
4. قانون التجارة السوري رقم(33) لعام2007.
5. القانون الفرنسي حول الثقة في الاقتصاد الفرنسي رقم (575/2004) لعام 2004.
6. القانون المدني السوري، المرسوم التشريعي رقم/84/ لعام 1949.

ثانياً: المراجع باللغة العربيّة:

(أ). الكتب:

1. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2002.
2. أيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته– الجوانب القانونيّة لعقد التجارة الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندريّة– مصر، 2008.
3. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
4. عبد الفتّاح البيومي حجازي، الحكومة الإلكترونيّة بين الواقع والطموح، دار الفكر الجامعي، الاسكندريّة، ط1، 2008.
5. عزيز العكيلي، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.

(ب). الرسائل العلمية

1. خالدة الحمصي، عقد الخدمة المعلوماتيّة، رسالة أُعِدَت لنيل درجة الماجستير في القانون، كليّة الحقوق، جامعة حلب، سورية، 2015.

(ج). الأبحاث العلميّة

1. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمُقدّمي خدمات الإنترنت (دراسة تحليليّة مقارنة). جامعة آل بيت، الأردن، مجلّة المنارة، المجلّد(13)، العدد(9)، 2007.
2. كاظم ناصر عبد المهدي– المسؤوليّة المدنيّة لوسطاء الإنترنت. جامعة القادسيّة، العراق، مجلّة القادسيّة للقانون والعلوم السياسيّة، العدد الثاني المجلد الثاني، كانون الأول، 2009.
3. يوسف أكمل يوسف السعيد، المسؤوليّة الجنائيّة لمُقدِّمي المواد الإباحيّة للأطفال عبر الإنترنت. جامعة المنصورة كليّة الحقوق، مصر، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، العدد(50)، تشرين الأول2011.
4. رشا محمد تيسير خطّاب، مها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة، مجلس النشر العلمي، مجلّة الشريعة والقانون، السنة(25)، العدد(46)، 2011.
5. ذكرى عباس علي، العقد الإلكتروني والمنازعات الناشئة عن تنفيذه، جامعة ديالى، العراق، مجلّة الفتح، العدد الثاني والأربعون، تشرين الأول 2009 .

(د). المراجع الإلكترونيّة

1. حاتم بسباس، الموقع الإلكتروني: نظامه في ظلّ التشريع التونسي. محاضرة ختم تمرين أُلقيت في 12حزيران 2007، منشورة على الرابط التالي: <http://www.chawkitabib.info/spip.php?article476>

2. عبد الفتاح كيلاني، مدى المسؤوليّة القانونيّة لمُقدِّمي خدمة الإنترنت، بحث متوفّر على الرابط:
<http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2.pdf>

3. محمد أطويف، الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونيّة، بحث منشور على موقع العلوم القانونيّة، <http://www.marocdroit.com>

ثالثاً: المراجع باللغة الاجنبيّة

1. Kari Anne Lang-Ree, Some comments on the relationships between trademark law and Domain names within the. No Domain, The article was published in the journal Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, NIR 6/2010. Published at:

<http://www.norid.no/domenekonflikter/domeneklagenemnda/en-NIR-varemerkerett-og-domenenavn.pdf>

2. Philippe Gillièron, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, publié sur le site: <http://www.gillieronavocat.ch/media-27.pdf>

الشراء على حساب المورد في عقد التوريد

دراسة مقارنة

إعداد الباحث جاسم الشعلة – جامعة دمشق كلية الحقوق_ قسم القانون العام

إشراف الدكتور محمد العموري.

الملخص

تمنح الإدارة في مجال العقود الإدارية مركزاً مميزاً في مواجهة المتعاقد معها باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار .فلها سلطة فرض الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة وبدون الحاجة إلى موافقة القضاء .ومن هذه الجزاءات جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد المنصوص عليه في نظام العقود للجهات العامة في سورية رقم 51 لعام 2004.

كلمات مفتاحية : العقد الإداري– المورد – الجزاءات.

Purchase at the supplier's expense in the supply contract

Comparative study

Prepared by researcher Jassem Al-Shula -

.Supervised by Dr. Mohamed Al-Amouri

Summary

In the field of administrative contracts, the administration is given a distinguished position in the face of the contractor, as it is a public authority that aims to run public utilities regularly and continuously. It has the power to impose pressing penalties on the contractor with its own will and without the need for the approval of the judiciary. Among these penalties is the purchase penalty at the supplier's expense in the supply contract stipulated in the Contract .System for Public Entities in Syria No. 51 of 2004

.Keywords: administrative contract - supplier - penalties

مقدمة:

تستعين الإدارة في نشاطاتها الإدارية بوسائل متعددة ، فبالإضافة إلى الأعمال المادية التي لا تهدف من ورائها إحداث آثار قانونية ، هناك الاعمال القانونية والتي تسعى الإدارة من ورائها إحداث آثار قانونية وتتخذها بإرادتها المنفردة ومن جانب واحد كالقرارات الإدارية ، أو عن طريق العقود والاتفاقات التي تبرمها مع الأفراد وهذه العقود أما أن تكون عقود مدنية وهي تماثل العقود التي ينشئها الأفراد ومن ثم تخضع لأحكام القانون المدني ، ولا تتمتع الإدارة بموجبها بأي امتياز في مواجهة المتعاقدين معها، وإما تكون عقود إدارية تخضع للقانون العام ، أي تبرمها من مركز مميز على المتعاقد معها باعتبارها سلطة عامة فلها في ذلك[1].

1_توجيه المتعاقد والإشراف على تنفيذ العقد , بصورة تتعدى حق الرقابة والتوجيه والإشراف في العقود العادية

2_وتعديل شروط العقد وتعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة وأن تتولى التنفيذ بنفسها .

[1] د .عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ، مجلة الفكر، العدد العاشر، ص 93 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خضير، بسكرة 2014 م.

3 _توقيع الجزاءات على المتعاقد معها سواء نص عليها في العقد أو لم ينص فهذه الامتيازات الممنوحة للإدارة تمثل إحدى مظاهر السلطة العامة التي تحدد طبيعة هذه العقود ، ومن هذه الامتيازات سلطتها في فرض الجزاءات الضاغطة [2] التي تمكنها من إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيره محله[3])،مستهدفة حسن سير المرافق العامة.[4]

4 _ومن جملة هذه الجزاءات الضاغطة التي تحوزها جهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري ، هو الشراء على حساب المورد في عقد التوريد فنظراً لأهمية نشاط الإدارة الذي تقوم به لسد الحاجات العامة والذي يفرض عليها توفير مواد معينة بصفة مستمرة ، لهذا تلجأ إلى عقود التوريد حيث تتفق الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لتوريد أشياء وسلع معينة لازمة لاستمرارية سير المرفق العام.

لذا فإذا أخل المورد بالتزاماته التعاقدية تفرض عليه الجهة المتعاقدة جزاء يتمثل في الشراء على حسابه.

[2] هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزاماته العقدية .للمزيد من التفصيل :د /مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية الطبعة الأولى، 2018 م، ص240

[3] د /سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الرابعة، 1984 م ص176

[4] د /عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية ، القاهرة، بدون سنة نشر، ص168

وعليه لتفصيل أكثر في هذا الجزاء ، خصص المطلب الأول لمفهوم الشراء على حساب المورد في عقد التوريد ، أما المطلب الثاني فتطرق إلى تبيان شروط الشراء على حساب المورد والآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول

مفهوم الشراء على حساب المورد

إلى جانب سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ، يمكن للإدارة المتعاقدة توقيع جزاء الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته ، الذي يمثل صورة الجزاء الضاغط بالنسبة لعقد التوريد.

وعليه ولتفصيل أكثر تطرق الفرع الأول تعريف الشراء على حساب المورد ، أما الفرع الثاني فخصص لتبيان خصائص الشراء على حساب المورد.

الفرع الأول

تعريف الشراء على حساب المورد

بغية ممارسة الادارة لنشاطاتها المختلفة فهي تلجأ دائماً لإبرام عدة عقود إدارية التي تتسع مجالاتها وتتعدد أنواعها باعتبارها الاداة الوحيدة التي منحت لها لتلبية حاجاتها ومن أهم العقود المبرمة عقد التوريد الذي يكتسي أهمية بالغة في تحقيق النفع العام.

إذ يعتبر عقد التوريد اتفاق بين الادارة وأحد الاشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من منقولات وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه وبقصد تحقيق مصلحة عامة.[5]

ويعرف عقد التوريد أيضاً على أنه اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعا أو مواد محددة الاصناف في تواريخ مستقلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الطرفين.[6]

كما عرفه القضاء الاداري المصري على انه عقد التوريد الاداري بانه اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد او تلك الشركة بتوريد اشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.[7]

تأسيساً على ما سبق يكتسي عقد التوريد أهمية بالغة ومحورا اساسيا في دفع عجلة التنمية لذا تبذل الادارة قصارى جهدها في عملية اختيار المورد قصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها.

ومن المبادئ والاجراءات الرئيسة التي ينبغي تطبيقها لضمان أن البضائع المسلمة بموجب عقد التوريد تمثل لمواصفات الفنية المطلوبة التي تم الاتفاق عليها ، وتعتمد

[5] عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 90-91.
[6] هيثم حليم غازي ، المرجع السابق ، ص 148.
[7] خالد سليمان أسود العنتري ، عقد التوريد دراسة مقارنة بين القانون الاردني والكويتي رسالة ماجستير ، قانون عام جامعة الشرق الاوسط ، حيزران ، 2012 ، ص14

الادارة على عملية المعاينة والفحص بغية التأكد من مدى مطابقتها للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط وذلك تمهيدا لاستلامها النهائي.[8]

لذا وفي حالة اخلال المورد بالتزاماته المتفق عليها بموجب دفتر الشروط وبمعايير الجودة ، تقوم الجهة الادارية معاقبته من خلال تطبيق جزاء الشراء على حسابه والذي يقصد به الاجراء الذي تتخذه الجهة صاحبة المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها الذي تخلف عن توريد الاصناف المتعاقد عليها في المدة المحددة أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة وذلك بشراء هذه الاصناف على نفقته وتحت مسؤوليته.[9]

كما يعرف الشراء على حساب المورد أيضا على أنه جزاء من الجزاءات الاكراهية تفرضه الادارة في عقود التوريد على المورد المقصر بقصد ارغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية ولمنع تعطيل المرفق العام حتى يقوم بدوره في اشباع الحاجات العامة بشكل منتظم ومستمر[10].

[8] فوزية هاشمي ، المرجع السابق ، ص388.

[9] سعيد عبد الرزاق باخبيره ، سلطة الادارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الاداري دراسة مقارنة اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام جامعة يوسف بن خدة كلية الحقوق ، الجزائر 2008/2007 ص 262.

[10] سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 538

إذا فالشراء على حساب المورد يرتبط بطبيعة عقد التوريد ، حيث يحق للإدارة المتعاقدة في حالة تقصير المتعاقد معها في توريد الاصناف المتفق عليها أن تقوم بهذا الاجراء على حسابه وتحت مسؤوليته حتى ولو لم ينص عليه في العقد.[11]

ويعد الشراء على حساب المتعاقد المقصر أحد تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام ، فالأصل العام أن المورد يلتزم بتنفيذ التزاماته إذ يلتزم بتوريد المواد حسب الاصناف المتفق عليها ، وفي المواعيد المحددة .

فإذا امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزاماته المحددة بالعقد جاز للادارة القيام بهذا التنفيذ تحت حساب ومسؤولية المورد المقصر دون انهاء العقد الاصلي[12] وذلك ضمانا لسير المرفق العام على النحو الذي يحقق الصالح العام.

ويرى قضاء المحكمة الادارية العليا بمصر ان التنفيذ على حساب المورد يجعل هذا الاخير يتحمل زيادة الاسعار وذلك تطبيقا لقاعدة التنفيذ العيني[13] أما اذا نفذت الالتزامات بثمن أقل من ثمن الصفقة الاصلية فان فرق النفقات يكون لصالح الادارة ولا شأن للمورد بها.

[11] عبد المجيد فياض المرجع السابق ص 238-239
[12] نصري منصور النابلسي ، المرجع السابق ص 236.
[13] هيثم حليم غازي ، المرجع السابق ص 148.

الفرع الثاني

خصائص الشراء على حساب المورد

حتى تتمكن الجهة الادارية من التفرقة بين جزاء الشراء على حساب المورد ومسؤولية المورد وغيره من الجزاءات التي تدخل تحت طائفته لا بد من وجود خصائص تميزه وتتمثل في :

1_ يتميز الشراء على حساب المتعاقد المقصر بأنه اجراء مؤقت تتمكن الادارة بمقتضاه من الحلول محل المتعاقد المقصر أو احلال متعاقد اخر[14] ويكون ذلك من اجل استمرارية المرفق العام.

2_ يتميز جزاء الشراء على حساب المورد بأنه ارادي بمعنى ان الجهة المتعاقدة توقعه بنفسها على حساب المتعاقد المقصر دون الحاجة للجوئها الى القضاء للحكم بفرضه.[15]

[14] علي خطار الشنطاوي ، المرجع نفسه ، ص57
[15] علي خطار الشنطاوي ، المرجع نفسه ، ص57

3_ يتميز هذا الاجراء أنه ذو طبيعة عقابية أي معاقبة المتعهد المقصر ومجازاته على اخلاله بالتزاماته التعاقدية فهو إرغام المتعاقد واجباره على احترام التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة.

4_ ان جزاء الشراء على حساب المورد يصدر بقرار اداري تصدره الجهة الادارية بإرادتها المنفردة [16].

5_ يعد جزاء الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته من وسائل التنفيذ العيني التي ترغم المتعامل المتعاقد على اداء التزاماته التي قصر فيها.

6_ تلتزم الجهة الادارية كقاعدة عامة بإعذار المورد بتقصيره قبل قيامها بالشراء على حسابه ذلك أن الجزاء يتميز بخاصية الإعذار قبل التوقيع.

7_ تمتلك الادارة حق توقيع هذا الجزاء الضاغط سواء تم النص عليه في العقد أو لم ينص عليه وعادة ما تتضمن دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء[17].

[16] رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ، ص87
[17] عبد القادر دراجي ، المرجع السابق ، 103

المطلب الثاني

شروط الشراء على حساب المورد والآثار المترتبة عليه

يعد الشراء على حساب المورد من الجزاءات الضاغطة التي توقعها الجهة المتعاقدة على كل مورد أخل او تقاعس في تنفيذ التزاماته لذا وحتى لا تتعسف الادارة في توقيع هذا الجزاء لا بد من توفر شروط معينة (الفرع الاول) حتى يرتب هذا الاخير اثاره (الفرع الثاني) غير انه وان كانت الجهة الادارية توقع هذا الجزاء بنفسها الا ان قرارها يخضع للرقابة القضائية (الفرع الثالث)

الفرع الاول

شروط الشراء على حساب المورد

قبل توقيع جزاء الشراء على حساب المورد وفقا لامتيازاتها ينبغي لتطبيقه توافر شروط تتمثل في :

أولا: حدوث خطأ جسيم من المورد يشترط القضاء الاداري لممارسة الادارة سلطاتها في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر بالوفاء بالتزاماته ان يكون اخلاله من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الاجراء [18].

إذا لصحة قيام الادارة بالشراء على حساب المورد يشترط ان يكون هذا الاخير قد قصر في تنفيذ التزاماته المستحقة الاداء تقصيراً جسيماً لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته كعجز المورد على توريد كل الكميات المطلوبة أو تأخر في توريدها في الميعاد المحدد في العقد أو ورد أصناف ليست بنوعية والجودة المطلوبة[19] ، الامر الذي يجعل اخلاله هذا يعرض المرفق العام للخطر وهذا ما جرى عليه مجلس الدولة الفرنسي استناداً الى مبادئ القانون العام وعدم النص عليه في العقد لا يعني حرمان الادارة من فرضه.[20]

هذا مع الاخذ بعين الاعتبار أنه ليس كل خطأ صادر من المورد يستوجب فرض هذا الاجراء فبمجرد التأخير ليس كافياً لتبرير اللجوء الى تطبيق جزاء الشراء على حساب المورد المقصر ، وانما يجب ان يكون التأخير سببا في تخلف المورد بتنفيذ التزاماته لذلك يرى الفيه Jeze اذا كان المبدأ العام يجيز للدائن ان يطلب من المحكمة الترخيص له في حالة عدم التنفيذ ان يقوم على نفقة المدين فأنه من باب اولى وفي دائرة المصلحة العامة تمتلك الادارة هذه القدرة ضمانا لسير المرافق العامة على خير وجه فيكون لها

[18] رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ، ص86
[19] هيثم حليم غازي ، المرجع السابق ص150
[20] رشا محمد جعفر الهاشمي ، المرجع السابق ، ص86

الحق ان تقرر تنفيذ عقد التوريد على نفقة المتعهد ومسؤوليته من دون وساطة القضاء ومن دون اشتراط لنص على مثل هذه السلطة في العقد.[21]

ومن الاخطاء التي تبرر الشراء على حساب المورد العجز ومسؤوليته ما يلي :

_ التأخير الجسيم على تسليم الاصناف المتعاقد عليها.

_ الامتناع او العجز عن تنفيذ عقد التوريد.

_ تنفيذ العقد على وجه غير مرض كعدم مطابقة الاصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها أو احلال المتعهد لغيره دون موافقة الادارة.

_ الاهمال في تنفيذ الالتزامات التي فرضتها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام الخطر[22].

وذكرت هذه الاخطاء على سبيل المثال وليس سبيل الحصر على الرغم من بعض تشريعات الدول الاخرى اشارت في نصوصها الى بعض الافعال التي بناء عليها يحق للإدارة توقيع جزاء الشراء في الصفقات العامة أما في غير ذلك فان الادارة المتعاقدة السلطة التقديرية في تقدير مدى جسامة الفعل الذي بموجبه تقرر جزاء الشراء.[23]

[21] فوزية سكران ، المرجع السابق ، ص 130
[22] فوزية سكران ، المرجع السابق ، ص 131
[23] ربيحة سبيكي ، المرجع نفسه ص 132

وهو ما نصت عليه المادة 54 من القانون رقم 51 لعام 2004 في سورية

ثانيا وجوب اعذار المورد

نظراً لأهمية الجزاء الذي توقعه الادارة على المورد المقصر في تنفيذ التزاماته يجب على المصلحة المتعاقدة اعذار المورد قبل الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته اذ بهذا الاعذار فإن الادارة تمنح مهلة للمورد حتى يصلح الخلل الذي تسبب فيه وتدارك الامر لتنفيذ التزاماته وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

وعليه يرى الفقه الفرنسي على ضرورة اعذار كل مورد يخل بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة في العقد في الحال ، بخطاب مسجل بعلم الوصول بأنه يتنفذ التزامه قبل انقضاء المهلة المحددة بهذا الخطاب وأنه في حال عدم التنفيذ بمعرفته فأنه سيجري الشراء على نفقته وتحت مسؤوليته.

وعلى هذا الاساس يعد شرط الاعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى آثار القانونية المترتبة على المورد المستبعد لهذا فقد سار المشرع السوري على نهج نظيره الفرنسي في الحرص على وجوب اعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء عليه ولا يوجد سبب الى استبعاد هذا المبدأ اذ يجب على الادارة بالتقيد بشرط الاعذار[24] .

الفرع الثاني الاثار المترتبة عن الشراء على حساب المورد

[24] الفقرة ب من المادة 54 من القانون رقم 51 لعام 2004

تتعدد الاثار التي ترتب عن قيام الجهة الادارية بالشراء على حساب المورد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية :

1_ الشراء على حساب المورد المقصر هو اجراء لا يترتب عليه انهاء عقد التوريد فالعقد يظل قائماً ومنتجاً لأثاره القانونية بين اطرافه ويتم الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته[25] ففي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد فان الادارة تقوم بشراء الاصناف التي لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها.[26]

2_ تحمل المورد كل النتائج والاثار التي تترتب من جراء قيام الادارة بالشراء على حسابه وتحت مسؤوليته [27]ولا يلزم ان ينص العقد على ذلك ولكن اذا اجريت العملية بثمن اقل من ثمن العقد الاصلي فان الفرق يكون من حق الادارة ولا شأن للمورد به[28] ولا يمكنه المطالبة به حتى لا يستفيد منه.

3_ تعتبر الادارة عند اجرائها للشراء على حساب المتعاقد المقصر وكيلا عنه في هذا الشأن فتلتزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في اعمالها الخاصة وتؤكد على ذلك المحكمة الادارية العليا المصرية في حكم صدر عنها بالقول ان جهة الادارة

[25] هيثم حليم غازي ، المرجع السابق ، ص151
[26] سليمان الطماوي ، المرجع السابق ص 538-539
[27] فوزية سكران ، المرجع السابق ، 138.
[28] عباد صوفية ، المركز القانوني للمتعامل في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية ، المرجع السابق ص161

وقد قامت بتنفيذ العقد على حسابه وتكون ملزمة بشروط المزايدة الاولى ومدتها بنفسها عدا السعر الذي تحدده المزايدة الثانية لأنها في ذلك تقوم بدور الوكيل فتلتزم بما نص عليه في المادة 704 من القانون المدني من ان تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في اعمالها الخاصة.[29]

4_ تقتصر مسؤولية المورد الجديد فقط على وجود التوريدات التي تضمنها التنفيذ على حساب المورد الذي تم استبعاده فهو ليس مندوباً لهذا الاخير او وكيلا عنه كما انه لا يقوم بالتوريد لحسابه[30].

5_ لا يجوز للإدارة ان تتعسف في استعمال حقها في التنفيذ العيني ، ويعد تعسفا منها في استعمالها لهذا الحق أو تأخيرها أو تجاوزها المدة المعقولة.[31]

6_ لا يجوز للجهة المتعاقدة الجمع بين جزائين أي بين الشراء والانهاء ذلك ان الشراء على حساب المورد المقصر في تنفيذ التزاماته يكون تحت طائلة استمرار الرابطة التعاقدية لكن انهاء التعاقد يعني زوالها والجمع بينهما يعني انهاء العقد ثم استمراره في ذات الوقت منتجاً لأثار معينة وهذا لا يمكن التسليم به حسبما ذهب اليه قضاء محكمة

[29] فوزية سكران ، المرجع السابق ، 137.
[30] جلول بن سديرة ، المرجع السابق ص109
[31] فوزية سكران ، المرجع السابق ، 140.

الادارية العليا في هذا الشأن على انه لا يكون مقبولاً قانونا ان تلجأ إلى توقيع الجزائين معاً على المتعاقد المقصر جزاء التنفيذ على حسابه وجزاء انهاء العقد.[32]

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد

نظراً للانعكاسات السلبية التي يحدثها التنفيذ غير الجيد للعقد او التراخي في تنفيذه على استمرارية المرفق العام وتلبية الحاجات العامة فإن جميع التشريعات منحت للإدارة المتعاقدة توقيع جزاءات ضاغطة على المتعامل المتعاقد لإكراهه على التنفيذ.

وقد خول المشرع السوري والمقارن للمصلحة المتعاقدة في حال اخلال المورد عن تنفيذ التزامه التدخل والشراء على حسابه وتحت مسؤوليته سواء بنفسها او بالتعاقد مع مورد اخر.

[32] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما ، المرجع السابق ص94-95.

فيكون توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر بالإرادة المنفردة للجهة المتعاقدة دون حاجة لحكم قضائي عن طريق اصدار قرار اداري من الجهة المختصة.

ولضمان حقوق المتعاقد من جهة ورقابة الادارة عند توقيع الشراء على حساب المورد المقصر فقد اجاز القانون والقضاء الاداري للمتعاقد اللجوء للقضاء المختص للطعن في قرار الادارة.

اذ يمارس القاضي الاداري رقابته على قرار الجهة الادارية بتوقيع الجزاء على المورد اذ يبسط رقابته في هذا الصدد من زاويتي المشروعية والملائمة.[33]

وترتكز رقابة القاضي على قرار توقيع الجزاء على البحث في مدى شرعية هذا القرار من عدمه وذلك من خلال ابراز مختلف العيوب التي قد تشوب هذا القرار وتجعله غير مشروع بتوفر جميع الشروط الشكلية والاجرائية المقررة قانونا.

كما تمتد هذه الرقابة ايضا الى البواعث التي ادت بالإرادة الى توقيع هذا الجزاء وكذلك الاسباب ليقرر القاضي اذا كان المورد قد أخطأ بالفعل وما اذا كان الجزاء يتناسب مع الخطأ المنسوب للمورد من عدمه.

[33] نصري منصور النابلسي ، المرجع السابق ، 274.

لهذا فالقضاء الاداري لا يملك سلطة الغاء التدبير الصادر من قبل الجهة الادارية في مواجهة المورد لكنه يستطيع فقط ان يبحث عما اذا كان التدبير قد صدر في ظروف من شأنها ان تنشئ للمورد الحق في التعويض من عدمه.[34]

الخاتمة:

من أجل إنجاز وتحقيق أهدافها في السياسة العامة للدولة وإشباع الحاجات العامة المادية منها والمعنوية لأفراد المجتمع, تلجأ الإدارة العامة للقيام بالعديد من العمليات

الإدارية وإبرام العديد من العقود , وذلك من خلال الاعتراف لها بأهلية التعاقد مع أشخاص القانون الخاص لمساعدتها في تلبية حاجاتها.

لهذا يخضع تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لمبدأ وجوب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن شأنها شأن العقود المدنية ومن ثم فإذا أخل المتعامل أثناء تنفيذ التزاماته المحددة بموجب العقد المبرم ودفتر الشروط , تفرض عليه جزاءات لإرغامه على التنفيذ.

[34] نصري منصور النابلسي ، المرجع السابق ، 274-275

ولعل من أهم الجزاءات الضاغطة في العقود الادارية جزاء الشراء على حساب المورد, ومن خلال دراستنا لهذا الجزاء الضاغط الذي تفرضه الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها توصلنا لعدد من النتائج لعل أبرزها

1- إن الشراء على حساب المورد جزاء ضاغط تفرضه الإدارة على المتعاقد معها , وهو من الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة ولا يمكن التنازل عنها ,لأن الغرض منه تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على حسن سير المرفق العام واستمراره بانتظام.

2- إن تطبيق جزاء الشراء على حساب المورد على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته, لا يعني إنهاء الرابطة العقدية بل تبقى قائمة منتجة لآثارها.

3- لما كانت سلطة الإدارة في توقيع جزاء الشراء على حساب المورد تعد من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة , لذا أقر القضاء الإداري ضمانات لحماية المتعاقد مع الإدارة حتى لا يقع تحت سيطرة الإدارة وتعسفها في استعمال حقها في فرض هذا الجزاء

وفي ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي تم التوصل إليها بعد هذه الدراسة فإننا نوصي:

بضرورة تعديل بعض مواد القانون رقم 51 لعام 2004 الناظم لعقود الجهات العامة في سورية وبالأخص المواد 54 و55 منه ليتماشى مع الأوضاع

الاقتصادية الراهنة, وبتوسيع الضمانات المقررة لصالح المتعاقد مع الإدارة وذلك بهدف تشجيع المتعاقدين للمشاركة في التنمية الاقتصادية.

قائمة المراجع والمصادر:

المراجع العامة:

- سليمان الطماوي , الاسس العامة للعقود الإدارية , دار الفكر العربي , القاهرة, الطبعة الثالثة, 1975
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة , الأسس العامة للعقود الإدارية , دار الفكر الجامعي, الاسكندرية طبعة 2005
- عمار بوضياف, شرح تنظيم الصفقات العمومية, جسور للنشر والتوزيع, الجزائر, طبعة 2011
- منصور نصري النابلسي, العقود الإدارية دراسة مقارنة, مكتبة زين الحقوقية والادبية ,لبنان, الطبعة الاولى2010

المراجع المتخصصة:

- رشا محمد جعفر الهاشمي ,الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, الطبعة الاولى 2010
- فوزية سكران , سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, طبعة 2017.

أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير:

- سعيد عبد الرزاق باخبيرة, سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة, أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام, جامعة بن يوسف بن خدة, كلية الحقوق, والعلوم السياسية, الجزائر, 2007– 2008
- عبد المجيد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة, رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق, جامعة عين شمس, كلية الحقوق, مصر, 1974.
- ربيحة سبكي, سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون, فرع

قانون الإجراءات الإدارية, جامعة مولود معمري, كلية الحقوق والعلوم السياسية, تيزي وزو, 2013.

فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

دراسة مقارنة

إعداد الباحث جاسم الشعلة – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

إشراف الدكتور محمد العموري

الملخص : يرتب العقد الإداري التزامات متبادلة على الطرفين(المتعاقد والإدارة)، ويحق للإدارة أن تفسخ التعاقد مع الطرف الآخر، بإرادتها المنفردة في حال ارتكب الطرف الآخر أي فعل جسيم يترتب عليه خروج العقد الإداري عن الغاية التي وجد من أجلها، وهي تحقيق المصلحة العامة. كما أنه قد يترتب على فسخ العقد الإداري من قبل الإدارة حصول الضرر للمتعاقد مع الإدارة، وهو ما يجعل الإدارة ملتزمة بتعويض المضرور عند فسخها للعقد بإرادتها المنفردة. وجاء هذا البحث ليبين حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وحق المتعاقد مع الإدارة بالمقابل المادي والتعويض؛ إذ تمحورت مشكلة البحث في مدى سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة. وتتجلى أهمية البحث في أنه من البحوث القليلة التي تنظر إلى فسخ العقد الإداري من

جانب الإدارة بإرادتها المنفردة.

Termination of the administrative contract by the unilateral will of the administration

Comparative study

.Prepared by researcher Jassem Al-Shula -

Supervised by Dr. Mohamed Al-Amouri

The administrative contract entails mutual obligations on the two parties (the contracting party and the administration), and the administration has the right to terminate the contract with the other party, at its own will, in the event that the other party commits any serious act that results in the administrative contract departing from the purpose for which it was created, which is to achieve the public interest. The termination of the administrative contract by the administration may result in harm to the contracting party with the administration, which makes the administration obligated to compensate the injured when it terminates the contract at its own

will.This research came to show the administration's right to terminate the administrative contract at its own will, and the right of the contractor with the administration in return for material consideration and compensation The research problem centered on the extent of the administration's authority to terminate the .administrative contract by unilateral will

The importance of the research is that it is one of the few studies that looks at the termination of the administrative contract by the ;administration unilaterally.

المقدمة:

أصبحت الواجبات التي تقع على عاتق الدولة أكثر اتساعاً في الوقت الحالي، ويعود السبب في ذلك إلى تطور احتياجات الأفراد، مما دفع الدولة بأن تعهد بإنشاء بعض المشروعات العامة والمرافق العامة إلى بعض الأفراد أو الشركات، تحت رقابتها وإشرافها، ويعتبر العقد الإداري الآلية التي تمكن الدولة من القيام بهذه المهمة؛ إذ يعبر العقد الإداري عن اتفاق الدولة مع الأفراد والشركات.

كما أن العقد الإداري يعتبر من أكثر الوسائل استخداماً من قبل الإدارة في سبيل تحقيق الخدمات العامة للأفراد، وهناك اختلاف بين العقد الإداري والعقد المدني، في أن الدولة هي الطرف الأقوى بقوة القانون، فهي التي تمتلك امتيازات السلطة العامة، كما أن المتعاقد مع الإدارة هو الطرف الضعيف، الذي لا يمتلك السلطة لمواجهة سلطة الإدارة في العقد الإداري، وهذا ما يؤثر في تنفيذ العقد الإداري في بعض الأحيان، على خلاف العقود المدنية في القانون الخاص القائمة أساساً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

كما أن الإدارة تمتلك العديد من الوسائل القانونية التي تمكنها من التأثير بشكل مباشر على تنفيذ العقد الإداري، وهذه الوسائل لا مقابل لها في العقود المدنية، ومن أبرز الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في العقد الإداري، سلطة فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة، حيث يحق للإدارة فسخ العقد الإداري وفق إرادتها المنفردة، ويكون الفسخ في

هذه الحالة مستنداً إلى أسس قانونية، وله عدة أنواع، منها الفسخ القضائي والفسخ القانوني، والفسخ الاتفاقي أيضاً.

إن فكرة التوازن المالي تكون عرضة للخلل في حال قامت الإدارة بفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهو ما قد يلحق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة، مما يتطلب تقديم التعويض العادل للمتعاقد مع الإدارة، بحيث يصبح طرفا العقد على قدر المساواة في الحقوق والواجبات؛ لذلك جاء هذا البحث ليبين النهاية المبسترة 1 للعقد الإداري، بالفسخ من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، من خال مبحثين، نبين في المبحث الأول منهما أنواع فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة لإدارة، وفي المبحث الثاني، سلطة الإدارة بفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة نتيجة إخال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في العقد الإداري، وحق المتعاقد مع الإدارة في التعويض.

أولاً –مشكلة البحث:

تتجلى مشكلة البحث في مدى حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

ثانياً :أهمية البحث:

1 النهاية المبسترة للعقد الاداري :هي نهاية العقد الاداري نهاية غير طبيعية، حيث يتم انهاء العقد الاداري قبل أوانه، ويكون الانهاء في هذه الحالة عن طريق الفسخ، ويكون إما باتفاق الطرفين، أو بقوة القانون، أو الفسخ عن طريق القضاء، أو الفسخ الاداري.

1الأهمية النظرية :تتمثل أهمية البحث من الناحية النظرية في البحث بشروط حق الإدارة بفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وبيان حالاتها وشروطها.

2الأهمية التطبيقية :تتمثل أهمية البحث من الناحية التطبيقية في أنه يساعد المتعاقدين مع الإدارة على التعرف على حقهم في التعويض عن الأضرار التي تصيبهم نتيجة فسخ الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة.

ثالثاً –أهداف البحث:

1_التعريف بحق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة سواءً في حالة ورود نص في العقد الإداري يتيح ذلك، أو ورود النص على ذلك في القوانين واللوائح.

2_تحديد الحالات التي يحق للإدارة فيها فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة. .

3_بيان حق المتعاقد مع الإدارة في المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر نتيجة فسخ الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة.

رابعاً –منهج البحث:

تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن.

خامساً –تقسيم البحث:

المطلب الأول :أنواع فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة.

الفرع الأول :الأنواع المنصوص عليها في العقد والقوانين والأنظمة.

الفرع الثاني :الأنواع الغير منصوص عليها في العقد والقوانين والأنظمة.

المطلب الثاني :فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة كجزاء لخطأ المتعاقد مع الإدارة

والتعويض عن الفسخ.

الفرع الأول :الفسخ كجزاء تفرضه الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد.

الفرع الثاني :التعويض لإنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة.

المطلب الأول

أنواع فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

هناك نوعين لفسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، النوع الأول :أن يكون الفسخ قد تم النص عليه صراحةً في العقد الإداري بين الإدارة والمتعاقد معها، أو أن يكون الفسخ

منصوص عليه في القوانين والأنظمة، أما النوع الثاني :أن يكون الفسخ بدون وجود نص في العقد أو القانون يتيح الفسخ.

كما أن الفسخ يؤدي إلى انتهاء الرابطة التعاقدية، وبمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها، ويعد أخطر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة ضد المتعاقد، لوقوع أخطاء جسيمة منه لا تترك أملاً أو فائدة من استمرار العلاقة العقدية2.

وسنبين في هذا المطلب هذين النوعين من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول :الأنواع المنصوص عليها في القوانين والأنظمة.

الفرع الثاني :الأنواع غير المنصوص عليها في العقد والقوانين والأنظمة.

الفرع الأول :الأنواع المنصوص عليها في العقد والقوانين والأنظمة

سنبين في هذا الفرع أنواع الفسخ المنصوص عليها في العقد الإداري والقوانين والأنظمة، على النحو التالي:

أولاً –الفسخ المنصوص عليه في العقد الإداري.

2 د .سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991 م، ص459

قد ينص العقد الإداري بشكل صريح على حق الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة، وفي حال ورود مثل هذا النص في العقد فلا تثور أية مشكلة، أو صعوبة؛ إذ إن العقد في هذه الحالة يخضع للقاعدة العامة(العقد شريعة المتعاقدين)، كما أن النص الصريح في العقد الإداري على حق الإدارة في فسخ العقد كجزاء يترتب على وقوع مخالفات معينة من قبل المتعاقد مع الإدارة لا يعني عدم تمكن الإدارة من فسخ العقد بإرادتها المنفردة في حال ارتكاب المتعاقد مع الإدارة لمخالفات أخرى غير واردة في العقد، لأن الإدارة لا تستند في فسخها للعقد في حال ارتكاب المتعاقد معها للمخالفات على نصوص العقد، بل أنها تستمد هذا الحق من الطبيعة القانونية للعقد الإداري، فليس باستطاعة الإدارة أن تتنازل بشكل كلي أو بشكل جزئي عن سلطتها في العقد الإداري؛ إذ ينحصر مفعول الشروط الواردة في العقد الإداري في حق المتعاقد مع الإدارة في طلب التعويض عن الأضرار التي تلحق به نتيجة إخلال الإدارة بالالتزامات العقدية الواردة في العقد الإداري3.

ثانياً –الفسخ المنصوص عليه في القوانين والأنظمة.

3 د .عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة :الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1

2008 .م، ص27

قد تنص بعض القوانين والأنظمة بشكل صريح على حق الإدارة بإرادتها المنفردة بفسخ العقد الإداري في عدة حالات تحددها القوانين والأنظمة بشكل حصري، والمثال على هذه الحالات ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة) 15 (من دفتر عقود المقاولة الموحد يحق لصاحب العمل إنهاء العقد في أي وقت : » في المملكة الأردنية، والتي نصت على أنه لما يخدم مصلحته، بحيث يصدر إشعاراً للمقاول، ويعتبر الإنهاء نافذاً بعد مرور28 (يوماً من بعد تاريخ تسلم المقاول للإشعار المذكور، أو من تاريخ إعادة ضمان الأداء إليه من قبل صاحب العمل، أيهما لاحق، إلا أنه لا يحق لصاحب العمل أن ينهي العقد بموجب هذه المادة ليقوم بتنفيذ الأشغال بنفسه أو للترتيب لتنفيذها من قبل مقاول آخر.4

ومثال آخر ما ورد في القانون المصري رقم)9 (لسنة 1983 م بشأن إصدار قانون 28تنظيم المناقصات والمزايدات في جمهورية مصر العربية حيث خولت المواد27 (، الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة كما هو الحال في نصوص لائحة المزايدات والمناقصات الجديدة5.

4 دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية :الجزء الأول، وزارة الأشغال العامة والإسكان، دائرة العطاءات الحكومية، الجزء الأول، الشروط العامة (فيديك) 1999 الطبعة الثانية، عمان.

5 قانون رقم 9 لسنة 1983 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات

كما ورد في تشريعنا السوري فيما يتعلق بالعقود العامة التي يكون فيها مركز المتعاقد مع الإدارة يشوبه الشك، ومن الممكن أن يلحق بالإدارة مساءلة حول مدى ملاءمة المحافظة على العلاقات التعاقدية، حيث تنص المادة) 62 (من المرسوم التشريعي رقم 228 لسنة 1969 م بشأن نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري في الجمهورية العربية السورية على ذلك إذ حددت الحالات التي يحق فيها للإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة وهي حالات(وفاة المتعهد في حال كانت مؤهلاته محل اعتبار عند التعاقد– حالة إفلاس المتعهد –حالة التصفية القضائية.)

وهو ما أكدته المادة 59 من القانون رقم 51 لعام 2004 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سورية

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه استثناء على مبدأ الضرورة بالوفاء الشخصي بالالتزامات في العقد الإداري، فإن المادة) 77 (من اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري بينت أنه في حال توفي المتعهد أو المقاول، يحق لإدارة في هذه الحالة فسخ العقد الإداري، مع رد التأمين، كما يحق لها السماح لورثة المقاول المتوفي الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري، في حال وجدت أنه من الممكن الاستمرار بالتنفيذ على الرغم من وفاة المتعهد أو المقاول، لكن هذه المادة وضعت شرطاً لذلك يتمثل في تعيين

الورثة وكيلاً قانونياً عنهم، وأن توافق السلطة المختصة على الوكيل، وفي حال كان العقد الإداري موقعاً مع أكثر من متعهد أو مقاول، وتوفي أحدهم، هنا يكون من حق الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة، مع رد التأمين، كما لها أن تطالب باقي المتعهدين والمقاولين بتنفيذ العقد6.

وتنص المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات في جمهورية مصر العربية على يفسخ العقد في الحالتين الآتيتين : » :أنه

1_إذا ثبت أن المتعاقد مع الإدارة قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب .في تعامله من الجهة المتقاعدة أو في حصوله على العقد.

2_إذا أفلس المتعاقد مع الإدارة أو أعسر ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص .عليها من سجل الموردين أو المقاولين وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية «.بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية كما تنص بعض العقود أو القوانين واللوائح على حق الإدارة في فسخ العقد، فقد يتضمن العقد شرطاً أو نصاً يعترف لإدارة بحقها في فسخه كجزاء لمخالفة معينة يرتكبها المتعاقد أو خطأ جسيم أو لعدم قيامه بالوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد وغيرها

6 د .مفتاح خليفة عبد الحميد :إنهاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 ، ص 112

من الأسباب الأخرى، التي لا صلة لها بخطئه، كأن يفقد المتعاقد أهليته المدنية أو البدنية7.

وقد تنص القوانين أو يرد نص في اللوائح أو الأنظمة على حق الإدارة في فسخ العقد، فالمادة 75 من نظام عقود الإدارة رقم 20 لسنة 2000 ، في دولة الإمارات العربية المتحدة قضت بإعطاء الوزارة سلطة حق فسخ العقد، ومصادرة التأمين النهائي عند ارتكاب المتعاقد خطأً جسيماً لا يمكن تلافيه أو إصلاحه، كحالة الغش أو التلاعب أو الرشوة، وحالة عدم دفع التأمين النهائي، وغيرها من الحالات التي تبرر فسخ العقد .فهذه المخالفات تؤدي إلى حل الرابطة التعاقدية، ويكون الفسخ جزاءً لإخال المتعاقد بالتزاماته، كذلك قضت الفقرة(ج / مادة) 77 في نظام عقود الإدارة رقم 20 لسنة 2000 في دولة الإمارات العربية يجوز للوزارة المعنية فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي ومطالبته » المتحدة على أنه بالتعويض الازم:

وجدير بالذكر أن تلك الحالات قد وردت على سبيل المثال لا الحصر لأن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقد الإداري إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

7 في الحقيقة فإن وجود نص في العقد يعترف للإدارة بحقها في فسخ العقد كفقدان أهلية المتعاقد المدنية والبدنية يمكن أن يكون له مثيل في عقود القانون الخاص، وبالتالي فلا يشكل ميزة أو خاصية للعقود الإدارية.

كما قضت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن(:العقد المبرم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وأحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، بل إن المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد نفسه بأن يتصل بتسيير مرفق عام وأن تظهر الإدارة نيتها في الأخذ في شأنه بأسلوب القانون العام، بأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ويعتبر هذا الشرط من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية فالإدارة تضمن عقودها الإدارية عادةً شروطاً تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها، وفسخ العقد بإرادتها المنفردة قبل نهايته الطبيعية، وتوقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء8.

الفرع الثاني

الأنواع غير المنصوص عليها في العقد والقوانين والأنظمة

اعترف مجلس الدولة الفرنسي، بحق الإدارة في فسخ العقد الإداري، وإنهاء عقودها، حتى وإن لم ينص على ذلك في العقد أوفي القوانين واللوائح .فحق الإدارة في الفسخ العقد الإداري، أمر مسلم به، باعتباره حقاً ثابتاً لها، حتى وإن لم يرتكب المتعاقد أي خطأ .

8 1976 .، (((/ 4 / 82 طعن رقم 3 ق، المحكمة الاتحادية العليا، المكتب الفني، مجموعة الأحكام، ص 82

ونهج مجلس الدولة المصري، نفس النهج، وسلم في أحكامه بهذا الحق لإدارة كقاعدة عامة تشمل جميع العقود الإدارية،9 ودون حاجة إلى نص .وجعل من هذا الحق المسلم به، طابعاً مميزاً للعقود الإدارية10.

ولهذا فإن الإدارة تستطيع فسخ العقد دون وقوع أي خطأ من جانب المتعاقد معها، فهو حق معترف به من جانب القضاء، حتى ولو لم ينص عليه القانون، طالما كانت حاجة المصلحة العامة، ومقتضيات سير المرافق العام تستلزم ذلك، بحيث لم يعد يحقق العقد الهدف الذي أبرم من أجله .إلا أن حقها في فسخ العقد الإداري مقيد بهدف تحقيق المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام .ويخضع استعمالها لامتياز الفسخ لرقابة القضاء.11

9 من العقود الإدارية التي تنطبق عليها قاعدة الفسخ، عقود الأشغال العامة، عقد التوريد، عقود التوظيف، عقود الامتياز، عقود استغلال المال العام.

10 أعاد علي الحمود القيسي :العقد الإداري وفقاً لنظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة .الجامعة، الشارقة، 2013 م، ض11

11 د .ناصر خليل جلال، عقود البوت بين القانون الخاص والعام وأثره على استقطاب الاستثمارات، بحث منشور عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية » في بحوث المؤتمر الدولي العلمي السنوي الثاني عشر، بعنوان. ، «التقليدية والنظم القانونية المستحدثة الجزء الأول، جامعة الإمارات، إبريل 2006 م، ص 117

وهناك بعض الحالات التي يحق فيها للإدارة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أن تنص عليها القوانين والأنظمة، ودون أن يكون منصوص عليها في العقد، وسنبين تلك الحالات على النحو التالي:

أولاً –سلطة الإدارة بالفسخ بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد مع الإدارة.

تتميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص بأنها تمنح الإدارة سلطةً في إنهاء العلاقة التعاقدية بإرادتها المنفردة، ويتم ذلك دون حاجة الإدارة للجوء للقضاء، حتى وإن لم يكن هناك نص اتفاقي في العقد الإداري، أو نص قانوني أو لائحي بذلك، كما أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة لا تقتصر على نوع معين من العقود الإدارية، بل تمتد لتشمل جميع أنواع العقود الإدارية دون استثناء12.

ويعود السبب في منح الإدارة هذا الحق إلى تحقيق مقتضيات المصلحة العامة، فكلما اقتضت المصلحة العامة فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة فلها الحق في ذلك؛ إذ إن القضاء الإداري جاء واضحاً في هذا الخصوص؛ لأنه اعترف بحق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة في حالة عقود الالتزامات، متى كان تحقيق المصلحة العامة يقتضي هذا الفسخ13.

12 د .أنس جعفر :العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 م، ص1

13 د .عبد العزيز عبد المنعم خليفة :مرجع سابق، ص334

كما أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدة العقد، هي سلطة قد اعترف بها الفقه القانوني الإداري أيضاً، على الرغم من تشكيك بعضهم، فقد انتقد بعض الفقهاء هذا الحق بالنسبة إلى أنواع معينة من العقود، مثل عقود امتياز المرفق العام، فيرى الفقيه(بينوا14)أنه لا مشكلة في منح الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص القانون أو العقد على ذلك، ويرى أن الحق في فسخ العقد الإداري هو من قواعد القانون العام فيما يخص العقود الإدارية، حيث أنها تبدو أكثر وضوحاً في قرارات واجتهادات مجلس الدولة الفرنسي15.

ثانياً –أساس سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد.

إن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد معها، تأتي من الفكرة العامة التي تبيح حق الإدارة في الفسخ بإرادتها المنفردة، القائمة على مبدأ(تمكين الإدارة)، وإن هذا المبدأ ينص على ضرورة تمكين الإدارة في العقد الإداري، على الرغم

14 BENOIT Francis, De l’inexistence d’un pouvoir de modification unilatérale dans les

contrats administratifs franinexistence d

15 د.أنس جعفر مرجع سابق ص261

من الشروط التعاقدية الواردة في العقد الإداري؛ إذ إن فكرة وضع نهاية للعقد الإداري أصبحت غير فاعلة وغير مجدية، ولا تتلاءم مع حماية حقوق أطراف العقد، كما أن هذا الأساس يستند إلى فكرة أن سلطة الإدارة في الفسخ ماهي إلا إحدى مظاهر سلطة التعديل التي تمتلكها الإدارة في العقد الإداري، أي أنه لابد من استناد حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ الطرف المتعاقد معها إلى أساس قانوني شبيه للأساس القانوني الذي تستند إليه سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري؛ لأنه انقسم الفقه الإداري في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات :الاتجاه الأول يرفض إعطاء الإدارة الحق في تعديل العقد الإداري، وهو يرى تعميم هذا الاتجاه على فكرة إعطاء الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، أما الاتجاه الثاني فهو مؤيد لموضوع منح الإدارة سلطة التعديل

في العقد الإداري، وهو بذلك يمنح الإدارة سلطة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، أما الاتجاه الثالث، فهو يرى ضرورة أن يقتصر حق الإدارة بالتعديل والفسخ على أنواع معينة من العقود الإدارية، مثل عقد الأشغال العامة، وعقد التزام المرفق العام، وبذلك يكون هذا الاتجاه وسطياً بين الاتجاهين السابقين.

كما أن الفقه المصري أخذ بالاتجاه الذي يمنح الإدارة سلطة التعديل والفسخ في العقد الإداري، حتى ولو لم ينص العقد الإداري والقانون على ذلك، ويستند القائلون بهذا الرأي

إلى فكرة حماية الصالح العام، فالإدارة عندما تفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يكون المتعاقد معها مخطئاً فإن فعلها هذا يقوم على فكرة حماية الصالح العام16.

وسنبين هنا الأساس الذي تم الاعتماد عليه في تحديد مشروعية حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة؛ إذ إن هناك أساسين نذكرهما فيما يلي:

1_حق الإدارة في الفسخ بإرادتها المنفردة تحقيقاً للصالح العام. .

يؤسس بعض فقهاء القانون الإداري أساس حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلى فكرة تحقيق الصالح العام، حيث أن متطلبات حسن سير المرافق العامة بانتظام قد تبين أن المرفق العام لم يعد بحاجة للعقد الإداري، وعليه فإن المصلحة العامة للمجتمع تتطلب فسخ العقد الإداري، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه ومنهم الأستاذ(بينكو) أنه يحق للإدارة أن تفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة في حال أصبح المرفق العام يعمل بانتظام ومن غير الممكن الإبقاء على العقد الإداري الذي يشكل عبئاً على حسن سير المرفق العام، ويرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أنه يحق للإدارة أن تفسخ

16 د. أحمد سلامة بدر: العقود الادارية وعقد البوت , مكتبة دار النهضة العربية , القاهرة 2003 , ص 200 ومابعدها

العقد الإداري بإرادتها المنفردة في حال أصبح المرفق العام منتظم العمل، وأصبح العقد الإداري يشكل عائقاً لعمل المرفق العام، وفي حال أصبح العقد الإداري لا يحقق الغاية المنشودة منه17.

2_حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة استناداً لفكرة السلطة العامة.

تقوم فكرة السلطة العامة على جميع النشاطات الإدارية التي تمارسها الإدارة، عندما تستخدم وسائل القانون العام غير مألوفة في القانون الخاص، فالإدارة هي السلطة العامة التي تكون مكلفة برعاية مقتضيات المصلحة العامة، سواءً وفق العقود الإدارية أو خارجها، حيث تقوم الإدارة بشكل عام على ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الأفراد18.

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة تستند إلى امتيازات استثنائية للإدارة العامة؛ لأن هذه السلطة ما هي إلا نتيجة طبيعية لممارسة الإدارة سلطتها العامة بشكل مستقل عن التزاماتها التعاقدية، ويستند أنصار هذا

17 د. مفتاح خليفة عبد الحميد : إنهاء العقود الإدارية, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية 2007 ص219

18 د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية , دار الفكر العربي , القاهرة 2007,ص 42

الرأي إلى أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد معها، هي إحدى أنظمة السلطة العامة التي تمكن الإدارة من أن تقرر بإرادتها المنفردة فسخ العقد الإداري، في حين أن الفسخ لا يمكن أن يكون إلا لوجود مبررات تتعلق بالصالح العام، فالإدارة في هذه الحالة تستند إلى فكرة مقتضيات الصالح العام وامتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي، والتنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام من الممكن أن تعتبر شرطاً من شروط ممارسة الإدارة لهذه السلطة ولا يمكن الاستناد لها كأساس قانوني19.

الأساس التوافقي لسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد معها.

إن المؤيدين لهذا الاتجاه يرون أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة تستند إلى فكرة الامتيازات القانونية في القانون العام، التي تمكن الإدارة من الاحتفاظ بالعقد الإداري إضافةً إلى تحقيق الاحتياجات الضرورية لاستمرار المرفق العام وانتظامTERNEYRE(والفقيه20)DELAUBADERE(عمله، ومن المؤيدين لهذا

19 د. أحمد عثمان عيد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية, القاهرة , 1988ص 258

20 DE LAUBADERE Andre`, Traite` e`lementaire du droit administratif 6eme ed LGDJ Paris p999

الاتجاه وهم يرون أنه من حق الإدارة فسخ العقد الإداري من جانب واحد حتى ولو لم ينص القانون أو العقد على ذلك، وذلك بحكم ما تمتلكه الإدارة من سلطة لتحقيق المصلحة العامة، وحسن سيرها بانتظام21.

ثالثاً –القيود الواردة على سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة بدون خطأ

المتعاقد معها.

.أ_ أن يكون لدى الإدارة ظروف تستدعي الفسخ، وأن يكون أول تلك الظروف تحقيق المصلحة العامة، وفي حال وجدت الإدارة أن العقد الإداري أصبح دون فائدة في حسن سير المرفق العام بانتظام، أو أن العقد الإداري أصبح لا يحقق المصلحة العامة المبتغاة منه، وعلى الرغم من ذلك فإن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري من جانب واحد ليست مطلقة، حيث أنها سلطة تقديرية تحددها الإدارة بما يحقق الصالح العام، ومن الأسباب التي تبرر هذا الفسخ هو أن تزول الأغراض التي تعاقدت من شأنها الإدارة،

---

21 د نذير بن محمد الطيب نظرية العقود الادارية ,معهد الادارة العامة , الرياض ,2006,ص 139

فالإدارة في هذه الحالة لها الحق في فسخ العقد الإداري متى شاءت، لأن استمرار العمل لا يحقق المصلحة العامة22.

.ب_ أن تكون سلطة الفسخ من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة تحت رقابة القضاء، ويحق للقاضي الإداري تحري الأسباب التي دفعت الإدارة لفسخ العقد الإداري من جانب واحد، ويكون فسخ الإدارة للعقد الإداري غير مشروع إذا لم يستند لأسباب ومسوغات قانونية، أو في حال كان قرار الفسخ لتحقيق المصلحة الخاصة ليس لتحقيق المصلحة العامة.

.ج_ تكون الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادة منفردة محدودة، تقتصر فقط على التثبت من مشروعية مسوغات الفسخ، وليس للقاضي الإداري الحق في البحث في مدى ملاءمة فسخ العقد وتحقيق المصلحة العامة، كما أن قرار الإدارة في فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة ليس بالضرورة أن يكون مسبباً، ولكن جرى التعديل على هذا الموضوع في فرنسا بعد صدور قانون 1979 الذي أوجب في

22 د. محمود خلف الجبوري , العقود الإدارية , دار الثقافة للنشر, عمان ,2010.ص 133

مادته الأولى تسبيب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضرراً بالمواطنين ولا مقابل لهذا القانون في مصر حتى الآن.23

.د_ في حال تأكد القاضي الإداري من أن فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة لإدارة كان غير مشروع، هنا يتوجب على القاضي إبطال قرار الفسخ، وهذه هي القاعدة العامة، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يرفض إلغاء القرارات التي تصدر عن الإدارة بخصوص فسخ العقد الإداري، ويستند في ذلك إلى أن الإدارة هي صاحبة الاختصاص وأن لها الحرية المطلقة بالتصرف بخصوص الأعمال التي ينطوي عليها العقد الإداري فحق المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة يقتصر على التعويض فقط24.

ومنه يتضح أن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري من طرف واحد، دون وجود خطأ من المتعاقد معها، يخضع لعدة شروط يمكن أن نصفها بالقيود، هي أن تكون غاية الإدارة من فسخ القرار الإداري بإرادتها المنفردة هو تحقيق المصلحة العامة، وأن يكون لدى الإدارة المبرر للفسخ، أي أن تكون الإدارة قد استندت إلى أن الظروف التي انعقد بها العقد الإداري قد تغيرت، وأن يكون قرارها بالفسخ مشروعاً وغير تعسفي. تتمتع جهة

23 د. محمود خلف الجبوري ,مرجع سابق ص135

24 د. أنس جعفر , العقود الادارية, دراسة مقارنة, دار النهضة العربية, القاهرة . 2003 , ص28

الإدارة تجاه المتعاقد معها بسلطة إنهاء العقد الإداري أياً كان نوعه دون خطأ من المتعاقد معها،(أو كما سبق كجزاء على خطأ المتعاقد)متى اقتضت مصلحة المرفق ذلك، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ودون حاجة للنص على ذلك في العقد.

وتخضع هذه السلطة للقواعد والضوابط والقيود الآتية:

1_إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ودون خطأ من جانب. المتعاقد معها لا تحتاج للنص عليها في العقد صراحةً، ولا تحتاج لإعذار المتعاقد قبل استخدامها25.

2_إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية قبل نهاية أجلها وفقاً لمقتضيات. المصلحة العامة لا يمكن الاحتجاج في مواجهتها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ إذ إنه حق مقرر لإدارة بغير حاجة إلى النص عليه في العقد، أو إلى موافقة الطرف الأخر26.

25 محكمة القضاء الاداري في الدعوى في جلسة 2 ديسمبر سنة 1952, المجموعة , السنة 7 , ص760

26 المحكمة الادارية العليا في جلسة 3 ديسمبر سنة 1977, المجموعة, 1965. 1980. الجزء 2, ص1924, وفي جلسة 4 يونيو سنة 1972 المجموعة , السنة 17 , ص576

3_إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية قبل نهاية أجلها وفقاً لمقتضيات المصلحة. العامة لا تخل بحق المتعاقد معها في التعويض إن كان له مقتضى 27.والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر، وهو يشمل عنصرين جوهريين هما :الخسارة التي لحقت المضرور والمكسب الذي فاته28.

4_إن حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليس سلطةً تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادت .ولكنها سلطة تقديرية تستهدف المصلحة العامة، وتستعملها تحت رقابة القضاء29.

كما يجوز لجهة الإدارة حل الرابطة العقدية كجزاء لإخال الطرف المتعاقد معها بالتزاماته، وتوقع ذلك الجزاء دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي، ولكن نظراً إلى خطورة هذا الجزاء اشترط القضاء ضرورة أن يكون الخطأ الصادر عن المتعاقد مع الإدارة جسيماً (وذلك يتم تحت رقابة القضاء، وقد يكون تحديد جسامة الخطأ بناءً على اتفاق بالعقد أو بنص القانون، أو بتقدير الإدارة تحت رقابة القضاء .)ويجب إعذار المتعاقد قبل توقيع

27 المحكمة الادارية العليا في جلسة 11 ابريل سنة 1970 في الطعن رقم 954 لسنة 12 سنة 1968 المجموعة 1965 _ 1980 الجزء 2 ص 1924

28 المحكمة الادارية العليا في جلسة 20 أبريل سنة 1957 المجموعة , السنة 2 ,ص 937

29 راجع الدكتور محمد عبد العال السناري , مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق , دار النهضة العربية ,ص 245

جزاء الفسخ، إلا إذا نص العقد على خاف ذلك، ويجوز توقيع جزاء الفسخ رغم سبق قيام جهة الإدارة بتوقيع بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد30.

وتطبيقاً لذلك حكم القضاء الإداري في الكويت بإلغاء قرار وزير التجارة والصناعة رقم 30لسنة 2006 بفسخ عقود (B .O. T.) المبرمة مع الهيئة العامة للصناعة.31

ويترتب على الفسخ إنهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، وأن يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يجوز لجهة الإدارة أن تطبق جزاءات إدارية أخرى بجانب الفسخ الإداري إذا توافرت شروط تطبيقها32.

30 المحكمة الإدارية العليا في جلسة 9 يناير سنة 1971 في الطعن رقم 523 لسنة 11 قضائية

31 انظر الحكم الصادر في القضية رقم 940, 2006 إدارة 3 بتاريخ 25 , 12 , 2006 في الدعوى المرفوعة من شركة المخازن العمومية ضد وزير التجارة والصناعة , حكم غير منشور ,د ياسر أحمد كمال الصيرفي , النظام القانوني لعقد البوت ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص , جامعة الكويت 2015 ص 22

32 المحكمة الادارية العليا في 1 ديسمبر سنة 1973 المجموعة السنة 19 ص 28 وفي جلسة 19 ديسمبر سنة 1970 المجموعة السنة 16 ص78

المطلب الثاني

فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة كجزاء لخطأ

المتعاقد مع الإدارة وآثار الفسخ

نبين في هذا المبحث فسخ العقد الإداري من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، كجزاء تفرضه الإدارة على المتعاقد معها في حال ارتكابه لخطأ يتعلق بتنفيذ العقد وآثار الفسخ من خلال مطلبين على النحو الآتي:

الفرع الأول:الفسخ كجزاء تفرضه الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد.

الفرع الثاني التعويض لإنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة.

الفرع الأول

الفسخ كجزاء تفرضه الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد

يعتبر فسخ الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة كجزاء تفرضه الإدارة على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ الالتزامات العقدية المترتبة عليه، وفي حال ارتكابه للخطأ أثناء تنفيذ العقد، حيث يعتبر هذا الفسخ نهاية مبسترة للعقد الإداري، ويكون السند القانوني لهذا

الفسخ هو تحقيق المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام، وهذا ما يجعل الفسخ مختلفاً عن بقية الجزاءات الأخرى التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، والتي تكون في أغلبها ذات طبيعة مؤقتة؛ لأن الفسخ ينهي العقد الإداري ويعتبر سبباً من أسباب انقضائه33.

كما يعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة لإدارة من العقوبات الإدارية كما أنه من أخطرها على الإطلاق؛ لأنه ينهي العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، دون اللجوء إلى للقضاء، ودون موافقة المتعاقد مع الإدارة؛ لأن القانون منح الإدارة هذه السلطة كقاعدة عامة، في حال توافرت الشروط القانونية لذلك، حتى وإن لم يتم إدراج الفسخ في العقد الإداري، وفي حال تقاعس المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ الالتزامات العقدية فعلى الإدارة إنذاره بذلك، وفي حال عدم اكتراثه بالإنذار في الفترة المحددة، يحق للإدارة فسخ العقد الإداري من طرف واحد، حمايةً للمصلحة العامة، ولا يحق للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على هذا الفسخ، لذلك فإن قيام الإدارة بفسخ العقد بإراداتها المنفردة يشمل جميع العقود الإدارية مع ضرورة توفر بعض الشروط في الحدود التي يسمح بها القانون ومن أبرز

33 د. محمود خلف الجبوري مرجع سابق , ص 119

تلك الشروط الإخلال الخطير من قبل المتعاقد مع الإدارة والذي يهدد سير المرفق العام بانتظام.

ويعتبر الفسخ من قبل الإدارة في مقدمة الجزاءات التي يحق للإدارة إيقاعها على المتعاقد معها في حال ارتكابه خطأً يهدد سير المرفق العام بانتظام ويهدد المصلحة العامة؛ إذ يتم الفسخ في هذه الحالة من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، بقرار تصدره الإدارة، وهناك استثناء يتعلق بعقود الامتياز، التي لا يحق لإدارة فسخها إلا بحكم قضائي، لأن الفسخ في هذه العقود يترتب عليها ضرر جسيم للمتعاقد مع الإدارة، حيث أنه يحق للإدارة فسخ العقد سواءً كان منصوص على الفسخ في العقد الإداري أو لم ينص العقد على ذلك، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد اشترط وجود الخطأ الجسيم من قبل المتعاقد مع الإدارة حتى تتمكن الإدارة من فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ومن الأمثلة على الخطأ الجسيم في هذه الحالة قيام الجهة المتعاقدة مع الإدارة بوقف تنفيذ العقد الإداري، أو التنازل عنه، أو التعاقد بالباطن، أو ارتكابه الغش، أو الامتناع عن تنفيذ أوامر الإدارة، وتكون مهمة القضاء في هذه الحالة محددة في تقدير قيمة التعويض الذي يستحقها المتعاقد مع الإدارة نتيجة ما لحق به من ضرر جراء فسخ الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة، دون أن يكون للمحكمة سلطة في إلغاء قرار الفسخ، كما أن فسخ العقد من قبل الإدارة في هذه الحالة يختلف كجزاء تفرضه الإدارة على المتعاقد معها، بسبب إخلاله بشروط العقد، عن الفسخ حفاظاً على مقتضيات المصلحة العامة؛ لأن الإدارة تتمتع، في

حالة الفسخ لمقتضيات المصلحة العامة، بسلطة تقديرية ولا يتوقف حق الإدارة في الفسخ في ذلك على وقوع خطأ من المتعاقد، لأنها تبتغي المصلحة العامة من إبرامها للعقد الإداري، وعليه فإنه وفي حالة انتفاء هذه المصلحة في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد الإداري فلها السلطة المطلقة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة، لأن الغاية من العقد الإداري في تحقيق المصلحة العامة قد انتهت، كما أن الإدارة في هذه الحالة تكون ملتزمة بتعويض المتعاقد مع الإدارة عما يلحق به من ضرر نتيجة الفسخ من جانب واحد 34.

وقضت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن العقد المبرم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وأحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، بل إن المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد نفسه بأن يتصل بتسيير مرفق عام وأن تظهر الإدارة نيتها في الأخذ في شأنه بأسلوب القانون العام، بأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ويعتبر هذا الشرط من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارة عن نظام العقود المدنية فالإدارة تضمن عقودها الإداري ة

34 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة , مرجع سابق ص 334

عادة شروطاً تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها، وفسخ العقد بإرادتها المنفردة قبل نهايته الطبيعية، وتوقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ثم انتهت المحكمة إلى أنه ومثل هذه الشروط الاستثنائية لم يتضمنها التعاقد المبرم، ومن ثم فإنه لا يعتبر عقداً إدارياً بالمعنى المعروف في فقه القانون العام، وبالتالي لا يسوغ للإدارة تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه كلياً قبل الأوان بحجة مقتضيات الصالح العام؛ لأن هذه السلطات ترجع إلى طبيعة العقد، فإذا كان العقد إدارياً كان للإدارة أن تمارس هذه السلطات أما إذا ثبت أن العقد القائم في هذا الخصوص ليس عقداً إدارياً وإنما هو عقد مدني من عقود القانون الخاص أصبح لا مجال بعد ذلك لتطبيق قواعد القانون الإداري.35

وهنا تجدر بنا الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري للمصلحة العامة قبل أن تنتهي مدته، تحتم على الإدارة إخطار المتعاقد معها قبل الفسخ، في حال كان العقد الإداري ينص على فترة زمنية محددة للإخطار، وفي حال عدم التزام الإدارة بذلك تكون قد ارتكبت خطأً يرتب مسؤوليتها، عما يلحق بالمتعاقد معها من ضرر، كما أن للإدارة

35 طعن رقم 3 ق جلسة 7 .4.1976 ومشار اليه في بحث بعنوان الاتجاهات القضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي في دولة الامارات العربية المتحدة , مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل لدولة الامارات العربية المتحدة العدد 103 يوليو 2000 ص11

الحق في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، سواءً نص العقد على ذلك أم لم ينص، دون الحاجة للجوء الإدارة للقضاء36.

الفرع الثاني

التعويض لإنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة

مثلما يكون على المتعاقد الالتزام بالتنفيذ بحسن نية، فإنه يجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية، فلا يجوز لها أن تتعسف في عدم قبول بعض الأعمال التي قام بها المتعاقد في عقد شغل عام أو عدم قبول مواد وسلع في عقد توريد إذا كانت الشوائب التي تلحق بهذه وتلك لا تؤثر في صلاحيتها للاستعمال، وإزاء سلطة الإدارة في تعديل مضمون العقد فنياً أو زمنياً، فإن ذلك مرهون بتوافر عدة شروط من قبل مع عدم التعسف في استعمال أية سلطة من هذا النوع37.

36 د. محمود خلف الجبوري مرجع سابق ص 121

37 محكمة عجمان الاتحادية الابتدائية الدعوى رقم 3178 لسنة 2017 تجاري كلي جلسة 15 _1_2018

والجدير بالذكر أنه يجوز لجهة الإدارة حل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف المتعاقد معها بالتزاماته، وتوقع ذلك الجزاء دون حاجة إلى استصدار حكم القاضي38.

ولكن نظراً إلى خطورة هذا الجزاء اشترط القضاء ضرورة أن يكون الخطأ الصادر عن التعاقد مع الإدارة جسيماً(وذلك يتم تحت رقابة القضاء، وقد يكون تحديد جسامة الخطأ بناءً على اتفاق بالعقد أو بنص القانون، أو بتقدير الإدارة تحت رقابة القضاء)، ويجب إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك، ويجوز توقيع جزاء الفسخ رغم سبق قيام جهة الإدارة بتوقيع بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد 39ويترتب على الفسخ إنهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، وأن يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يجوز لجهة الإدارة أن تطبق جزاءات إدارية أخرى بجانب الفسخ الإداري إذا توافرت شروط تطبيقها40.

ويستحق المتعاقد مع الإدارة بعض التعويضات في حالات معينة منها حالة وقوع أضرار للمتعاقد نتيجة أخطاء ترتكبها الإدارة أو نتيجة عدم تنفيذ الإدارة لبعض التزاماتها تجاهه،

38 د. احمد سعيد الهاشمي الرقابة القضائية على اعمال الادارة في دولة الامارات العربية المتحدة المجلس الوطني للاعلام ابو ظبي 2011 ص 157

39 حكم المحكمة الادارية العليا في مصر جلسة 9 يناير 1981 في الطعن رقم 523 لسنة 24 قضائية

40 حكم المحكمة الادارية العليا في مصر جلسة 13 مارس 1983 في الطعن رقم 662لسنة 26 قضائية

ومن هذه الحالات هي حالة تأخر الإدارة في تسليم موقع العمل إلى المقاول، أو عدم تقديم التسهيلات التي التزمت بها الإدارة إلى المتعاقد ليبدأ في تنفيذ العمل في عقود المقاولات، أو التأخير في تسليم رسائل التوريد لمدة غير معقولة في عقود توريد البضائع41.

وفي حالة أداء المتعاقد لأعمال إضافية غير منصوص عليها في شروط التعاقد من تلقاء نفسه ودون طلب من الإدارة فإن له حق مطالبتها بالتعويض على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب42.

وفي حالة تعرض المتعاقد لصعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، مما يترتب عليها زيادة الأعباء والتكاليف المالية لتنفيذ العقد، كأن يقابل المقاول أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة أرضاً صخرية ذات طبيعة مادية استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد43.

41 د. غازي كرم القانون الاداري الافاق المشرقة ناشرون عمان الطبعة الثانية 2013 ص 273

42د. غازي كرم القانون الاداري المرجع السابق ص 273

43 د. غازي كرم القانون الاداري المرجع السابق ص 275

ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن تحترم الادارة التزاماتها التعاقدية، ومن أولى هذه الالتزامات العمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه، وتلتزم الإدارة، عند تنفيذ العقد، باحترام كافة الشروط الواردة فيه، وذلك وفقاً لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود، وعليها أن تنفذ شروط العقد بأكملها، وإن كان يحق لها أن تنقص أو تزيد فيه إعمالاً لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها في حدود معينة، وأن مخالفة الإدارة لالتزاماتها في العقد الإداري يؤدي إما إلى التزامها بدفع التعويض، أو إلى فسخ العقد على مسؤوليتها44.

فيتوجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد عما لحق به من خسائر بسبب فسخها للعقد الإداري بإرادتها المنفردة، ويقدر التعويض وفقاً لقواعد القانون المدني، التي تمثل القواعد العامة، وفيما، يتعلق بعبء إثبات الضرر يتعين التمييز، بين حالتين45:

الحالة الأولى –مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، بدون سبب مشروع والتي يكون إثبات الضرر فيها أمراً سهل الإثبات؛ إذ يعتبر عدم تنفيذ الإدارة لموجباتها التعاقدية، خطأ نشأ عنه ضرر أصاب الملتزم.

44 د. جابر جاد نصار المرجع السابق ص 156

45 د. جهاد زهير ديب الحرازين المرجع السابق ص 65

والحالة الثانية –وهي مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، أعمالاً لسلطتها المشروعة في تعديل العقد .وفي هذه الحالة يتشدد القضاء في إثبات الضرر الذي يصيب المتعهد، نتيجة إجراء التعديات المشروعة.

وفيما يتعلق بفسخ العقد، فإن القضاء يراقب وجود خطأ عقدي جسيم من قبل الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية .ويقدر درجة جسامة المخالفة، كعدول الإدارة عن المشروع دون سبب مشروع، أو تأخرها تأخراً ملحوظاً في البدء بتنفيذ العقد، ونظراً إلى خطورة فسخ العقد يجب أن يكون تأخر الإدارة عن التنفيذ خطيراً، وعلى نحو يجاوز القدر المعقول.

ويتوجب على الملتزم متابعة التنفيذ، حتى ولو أقام الدعوى، إلى أن يصدر الحكم بالفسخ، وبدون أن يكون له حق الدفع بعدم التنفيذ، وإلا تعرض للمسؤولية46.

وإذا كان الملتزم محقاً في دعواه يحكم له بتعويض كامل يغطي ما لحق به من خسارة وما فاته من كسب، ويقدر التعويض بتاريخ النطق بالحكم، مع فوائد التأخير من تاريخ الحكم، وليس من تاريخ إقامة الدعوى، طالما أن مبلغ التعويض غير محدد بتاريخ اقامة الدعوى.

46 . د سليمان الطماوي المرجع السابق ص 385

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في أحد أحكامها بقولها المبلغ المحدد في عقد المقاولة والذي يدفعه المقاول في حالة التأخير هو من الجزاءات المالية التي يلجأ إليها صاحب العمل في الموعد المتفق عليه، وهذا الجزاء ليس بمنجاة من الرقابة القضائية لحماية المتعاقد الآخر من التعسف ومخالفة القانون.47

وقضت المحكمة في حكم آخر بقولها إن غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصول الإخلال بالوفاء بالالتزام دون حاجة إلى إعذاره باعتبار إن العقود الإداري القائمة على أساس فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المنتفعين بهذه المرافق من الفائدة المتوخاة.48

الخاتمة:

إن للإدارة الحق في أن توقع الجزاءات على المتعاقد معها، وإن من أشد الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد هي عقوبة فسخ العقد الإداري، وتتمثل خطورة الفسخ في أنه

47 حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 30 لسنة 12 مدني بتاريخ 16_ 10_ 1990

48 حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين رقم 86 و123 مدني بتاريخ 25- 2 -1992

يعمل على إنهاء العقد الإداري قبل انتهاء الوقت المحدد له؛ لذلك يتجه الفقه إلى إحاطة هذا الجزاء بقدر كبير من الضمانات حمايةً للمتعاقد مع الإدارة.

أولاً –النتائج.

1– تبين لنا من هذا البحث، أن سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة،. هي من السلطات المهمة لتحقيق المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام، سواءً كان الفسخ يستند إلى العقد الإداري، أو إلى القوانين واللوائح والأنظمة، وسواءً كان الفسخ بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة أو بدون خطأ منه، كما أنه يوضح أهمية السلطة الممنوحة للإدارة في فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة، كما أنه يوضح الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه السلطة.

2– إن قيام الإدارة بفسخ العقد الإداري يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، كما أن من أهم مبررات منح الإدارة هذه السلطة هو حماية المصلحة العامة وتغليبها على المصلحة الخاصة، كما أن هناك العديد من الضوابط القانونية التي تنظم حق الإدارة في فسخ العقد الإداري من طرف واحد.

ثانياً –التوصيات.

1- ضرورة أن يتم تنظيم قواعد تعويض المتعاقد مع الإدارة عما يصيبه من ضرر نتيجة فسخ الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة، وخاصةً عند قيام الإدارة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون هذا الفسخ مبرراً.

2- ضرورة سن تشريع إداري ينظم العلاقة بين المتعاقد والإدارة يحدد الحالات التي يحق فيها للإدارة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً -الكتب العامة:

1د .أحمد سلامة بدر :العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة 2003م. .

2د .أحمد سعيد الهاشمي :الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلس. الوطني للإعلام، أبو ظبي، 2011 م.

3د .أحمد عثمان عياد :مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 م. .

4أعاد علي الحمود القيسي :العقد الإداري وفقاً لنظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة. الجامعة، الشارقة، 2013 م.

5د .أنس جعفر :العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 م. .

6دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية :الجزء الأول، وزارة الأشغال العامة والإسكان، دائرة العطاءات. الحكومية، الجزء الأول، الشروط العامة(فيديك) 1999 الطبعة الثانية، عمان.

7د .سليمان الطماوي :الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991 م. .

8د .عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة :الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008. م .، القاهرة، ط1

9 .المحامي عبد الهادي عباس :العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل، دمشق، 1993

10د .غازي كرم :القانون الإداري، الآفاق المشرقة ناشرون، عمان، الطبعة الثانية، 1434هـ 2013 – م. . 11د .محمد عبد العال السناري :مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، بدون تاريخ، دار. النهضة العربية.

12. د .محمود خلف الجبوري :العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2010 م.

13د .محمود عاطف البنا :العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007 م. .

14. د .مفتاح خليفة عبد الحميد :إنهاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007

15د .نذير بن محمد الطيب :نظرية العقود الإدارية، معهد الإدارة العامة، الرياض، 2006م. . ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة16 B. O. T د .ياسر أحمد كامل الصيرفي :النظام القانوني لعقد_. الكويت، 2015 م.

ثانياً –الندوات والمحاضرات:

17د .ناصر خليل جلال، عقود البوت بين القانون الخاص والعام وأثره على استقطاب الاستثمارات، بحث. عقود البناء والتشييد بين القواعد » منشور في بحوث المؤتمر الدولي العلمي السنوي الثاني عشر، بعنوان القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة الجزء الأول، جامعة الإمارات، أبريل 2006 م.

ثالثاً –اللوائح والقوانين:

18قانون رقم 9 لسنة 1983 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات

رابعاً –أحكام المحاكم:

19المحكمة الإدارية العليا في الأول من ديسمبر سنة 1973 م، المجموعة، السنة19 ( )، ص 28 ، وفي جلسة. 19 (. ديسمبر سنة 1970 م، المجموعة، السنة(16

20المحكمة الإدارية العليا في جلسة 3 ديسمبر سنة 1977 م، المجموعة، 1965 م – 1980م الجزء)2 (، ص. 1924 (. ، وفي جلسة 4 يونيو سنة 1972 م، المجموعة، السنة17 (

21المحكمة الإدارية العليا في جلسة 11 إبريل سنة 1970 م، في الطعن رقم) 954 (لسنة) 12 (سنة. 1968 م، المجموعة، 1965 م 1980 –م الجزء)2 (، ص 1924 ، وفي جلسة 4 يونيو سنة 1972 م، المجموعة، السنة17 (

22 (.المحكمة الإدارية العليا في جلسة 20 إبريل سنة 1957 م، المجموعة، السنة (
. 2 23المحكمة الإدارية العليا في جلسة 9 يناير سنة 1971 م في الطعن رقم (
) 523لسنة) 11 (قضائية .

24 .حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر :جلسة 9 يناير 1981 في الطعن رقم523
لسنة 24 قضائية. .

25_حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 13 مارس 1983 ، في الطعن رقم
662لسنة 26 قضائية. .

26 / 4 / .1976طعن رقم 3 ق، جلسة. 7 ، المحكمة الاتحادية العليا،
المكتب الفني، مجموعة الأحكام

27 (. _محكمة القضاء الإداري في الدعوى في جلسة 2 ديسمبر سنة 1952 م،
المجموعة، السنة. 7 (2018م

28 / 1 / .محكمة عجمان الاتحادية الابتدائية، الدعوى رقم 3178 لسنة 2017 تجاري
كلي، جلسة15