جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون العام

الجـــزاءات الضاغـــطـــة في العقـــود الإداريـــة

« دراسة مقارنة »

بين النظامين المصري والكويتي

رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون

إعداد

ماجد ملفي زايد الديحاني

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ أنور أحمد رسلان رئيساً ومشرفاً
(أستاذ القانون العام – العميد السابق لكلية الحقوق
جامعة القاهرة)

الأستاذ الدكتور/ مصطفى محمود عفيفي عـضـــواً
(أستاذ القانون العام – العميد السابق لكلية الحقوق
جامعة طنطا)

الأستاذ الدكتور / جابر جاد نصار عـضـــواً
(أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة)

٢٠٠٨م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقُلْ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾

صدق الله العظيم

سورة التوبة آية [١٠٥]

إهـداء

إلى روح والـدي الـذي وافـاه الأجـل قـبل مناقشـة هذه الرسالة، وكان عوناً لي في إعدادها.

إليك يا أبتاه ثمرة عونك

مع أطيب الدعاء لك بالرحمة والغفران

شكر وتقدير

الحمـــد لله وحـــده، والصلاة على من لا نبي بعده، أما وقد فرغت من إنجاز هذا العمـــل بتوفيق من الله وحده، فما توفيقي إلا بالله، ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله، فإنـــه لمـــن دواعـــي ســـروري أن أتـــوجه بأسمى معاني الشكر والامتنان والاعتـــراف بالجمـــيل لأستاذنا الجليل الدكتور / أنور أحمد رسلان، وأنـــه لشـــرف لي أن يرأس لجنة الحكم على رسالتي، فهو أحد أعمدة القانون الإداري فـــي الوطن العربي، كما أتوجه إليه بالشكر على تفضله – رغم كثرة مشاغله– بقـــبول الإشراف على هذه الرسالة، فشملني بعلمه الغزير وخلقه الرفيع، فأضاء لي طريق البحث وساعدني على التقدم فيه، وكان لتوجيهاته السديدة الأثر البالغ فـــي إثـــراء هذه الرسالة على النحو الذي أتمنى أن تكون عليه، فله مني جزيل الشكر ووافر التقدير والتحية، ومتعه الله بموفور الصحة والعافية.

وأنـــه لشرف لي أن يتفضل الأستاذ الدكتور/ مصطفي محمود عفيفي بقبول الاشتراك في مناقشة وتقييم هذه الرسالة، فعلمه الغزير وأستاذيته الفذة أخرجت أجـــيالاً من الأساتذة، فله مني أسمى آيات الشكر والتقدير والاحترام، ومتعه الله بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص الشكر العميق للأستاذ الدكتور/ جابر جاد نصار الذي أثرى ولـــم يزل يثري المكتبة القانونية العربية بالأعمال العلمية القيمة، لتفضله بقبول الاشتراك في مناقشة وتقييم هذه الدراسة فجزاه الله خير الجزاء، ومتعة بموفور الصحة والعافية.

مقدمة

يعـــد العقد الإداري أحد الوسائل القانونية للإدارة لمباشرة نشاطها وهي في سبيلها إلى تحقيق المصلحة العامة ولكن بالرغم من ذلك لا تعد جميع عقود الإدارة عقوداً إدارية، لأنه في إمكان الإدارة أن تعقد عقوداً مدنية مثلها في ذلك كأشخاص القانـــون الخاص والفاصل ما بين عقود الإدارة الإدارية وعقود الإدارة المدنية هو ســـلطات الإدارة: تجاه المتعاقد معها، والتي تتضح فيما يتضمنه العقد من شروط اســـتثنائية حيث أنه العقد الذي يتضمن هذه الشروط التى تعطي للإدارة سلطات لا تمنحها لها العقود المدنية يعد من العقود الإدارية.

ولـــذلك يعـــرّف العقد الإداري[1]: على أنه العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العـــام لتسيير مرفق عام مستخدمة في ذلك أساليب القانون العام فيما تتضمنه من شروط استثنائية، وعلي ذلك يكون المعيار المميز للعقد الإداري هو:

أولا: أن تكون الإدارة طرفاً فيه.

ثانياً: أن يتصل العقد بمرفق عام.

ثالثا : أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية.

ولكون العقد الإداري يتصل بالمرفق العام يكون المتعاقد مع الإدارة معاوناً لهـــا في تسيير المرفق العام حيث ينبغي عليه أن يبذل أقصى جهد ممكن في سبيل الـــوفاء بالتزاماتها التعاقدية وذلك بهدف السير المنتظم للمرفق العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري وإن أهمل أو تقاعس المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري يكـــون لـــزاماً علـــى الإدارة اللجـــوء إلى تنفيذ وتطبيق الشروط الاستثنائية التى يتضمنها العقد بما فيها من سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها لضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

---

[1] د/ محمود عاطف البنا ــ العقود الإدارية ــ دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ الطبعة الأولى ــ ٢٠٠٧ ــ ص٢٨ .

وتتـــنوع الجـــزاءات التـــى تملـــك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إلى جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وفسخ العقد وجزاءات جنائية.

وســـوف يـــتم تناول ماهية الجزاءات في العقود الإدارية مستعرضين مدى سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها سواء أكان منصوصاً عليها أو غيـــر منصـــوص عليها موضحين الخصائص العامة لهذه الجزاءات من منظور اخـــتلافها عن الجزاءات في العقود المدنية ودور الإرادة المنفردة لجهة الإدارة في توقـــيعها، وخضوع هذه الأخيرة لمبدأ المشروعية إبان استعمالها لسلطتها في ذلك ثـــم الحـــديث عـــن بـــيان أنواع الجزاءات في العقود الإدارية التي تتباين ما بين جـــزاءات جنائـــية وأخرى مالية وثالثة مفادها التنفيذ العيني على حساب المتعاقد المقصر ورابعة فحواها إنهاء العقد كلية عن طريق فسخه.

ثـــم يـــتم التطـــرق بعد ذلك إلى مفهوم الجزاءات الضاغطة وخصائصها والغـــرض مـــن توقيعها وتمييزها عن نظيرتها الجنائية وكذا المالية وجزاء فسخ العقد مستعرضين صور هذه الجزاءات في العقود الأساسية والتي تتمثل في فرض الحراســـة علـــى المرفق العام في عقد الالتزام مبينين مفهوم هذا الفرض وطبيعته القانونية وآثاره ثم يتم التطرق بعد ذلك إلى سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه في عقد الأشغال العامة موضحين فكرة السحب وشروطها وآثارها ثم نعرج فـــيما بعـــد لبيان الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري مع استبيان شـــروط ذلك وطبيعته القانونية وآثاره ثم يجرنا الحديث بعد ذلك لحصر الضمانات المقررة للمتعاقد اتجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة مفتتحين حديثنا بالتـــزام الإدارة احتـــرام القـــواعد العامة للمشروعية الإدارية مع بيان مفهوم هذه المشـــروعية وتطبـــيقاتها مارين بتوضيح مدى التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قـــبل توقيع الجزاء الضاغط عليه، ومفهوم هذا الاعذار والحالات التي تعفي فيها الإدارة مـــنه والأثر القانوني المترتب عليه، مختتمين الحديث ببيان رقابة القضاء على سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء الضاغط ومدى هذه الرقابة وسلطة القاضي إزاء طعون المتعاقد مع الإدارة بخصوص هذه الجزاءات.

فهـرس الرسـالة

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	١
الباب التمهيدي: ماهية الجزاءات في العقود الإدارية.	٣
الفصـل الأول: مـدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.	٥
المبحث الأول: الجزاءات المنصوص عليها.	٧
المبحث الثاني: الجزاءات غير المنصوص عليها.	١١
الفصل الثاني: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية.	٢٠
المـبحث الأول: اخـتلاف الجـزاءات فـي العقود الإدارية عن الجزاءات في العقود المدنية.	٢٤
المـبحث الثانـي: سـلطة الإدارة فـي توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.	٢٩
المـبحث الـثالث: خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية لمبدأ المشروعية.	٣٨
الفصل الثالث: أنواع الجزاءات في العقود الإدارية.	٤٢
المبحث الأول: الجزاءات الجنائية.	٤٦
المبحث الثاني: الجزاءات المالية.	٥٧
المبحث الثالث: التنفيذ العيني على حساب المتعاقد.	٩٣
المبحث الرابع: فسخ العقد.	٩٨
الباب الأول: مفهوم الجزاءات الضاغطة	١٠٩
الفصل الأول: مفهوم الجزاءات الضاغطة وخصائصها.	١١٢

المبحث الأول: مفهوم الجزاءات الضاغطة.	١١٤
المبحث الثاني: خصائص الجزاءات الضاغطة	١١٩
المبحث الثالث: الغرض من توقيع الجزاءات الضاغطة.	١٢٧
الفصل الثاني: تمييز الجزاءات الضاغطة عن بعض الجزاءات الأخرى.	١٣٢
المبحث الأول: التمييز بين الجزاءات الضاغطة والجزاءات الجنائية.	١٣٥
المبحث الثاني: التمييز بين الجزاءات الضاغطة والجزاءات المالية.	١٣٨
المبحث الثالث: التمييز بين الجزاءات الضاغطة وفسخ العقد.	١٤٠
الباب الثاني: صور الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية	١٤٣
الفصل الأول: فرض الحراسة على المرفق العام في عقد الالتزام.	١٤٦
المبحث الأول: مفهوم فرض الحراسة.	١٥١
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحق الإدارة في فرض الحراسة على المرفق العام.	١٥٦
المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على فرض الحراسة.	١٦٠
الفصل الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.	١٦٥
المبحث الأول: مفهوم سحب العمل من المقاول.	١٦٨
المبحث الثاني: شروط سحب العمل من المقاول.	١٧٢
المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على سحب العمل من المقاول.	١٧٨
الفصل الثالث: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري.	١٨٥

المبحث الأول: شروط الشراء على حساب المورد.	١٨٨
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشراء على حساب المورد.	١٩٣
المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على الشراء على حساب المورد.	١٩٥
الباب الثالث: ضمانات المتعاقد تجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة.	٢٠٣
الفصل الأول: التزام الإدارة باحترام القواعد العامة للمشروعية الإدارية.	٢٠٥
المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية.	٢٠٧
المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ المشروعية.	٢١١
الفصل الثاني: التزام الإدارة بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء الضاغط.	٢١٩
المبحث الأول: مفهوم الإعذار.	٢٢١
المبحث الثاني: حالات تعفى فيها الإدارة من إعذار المتعاقد.	٢١٩
المبحث الثالث: الأثر القانوني المترتب على الاعذار.	٢٣٢
الفصل الثالث: رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة.	٢٣٩
المبحث الأول: رقابة القضاء على سبب توقيع الجزاء.	٢٤٦
المبحث الثاني: رقابة القضاء على التكييف القانوني.	٢٥٣
المبحث الثالث: رقابة القضاء على ملاءمة توقيع الجزاء.	٢٥٩
التوصيات والمقترحات	٢٦٧
خاتمة الرسالة	٢٦٨
قائمة المراجع	٢٧٣
فهرس الرسالة	٢٨١

ملخص الرسالة

الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية

"دراسة مقارنة"

بين النظامين المصري والكويتي

تتـــنوع الجـــزاءات التي توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها ما بين جزاءات مالية وإمكانـــية فســـخ العقد وأخرى ضاغطة وتتميز هذه الأخيرة بإستهدافها إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه عيناً مع الإبقاء على الرابطة التعاقدية ومن ثم فيظل المتعاقد مسئولاً أمـــام الإدارة وتتـــنوع أشكال هذه الإجراءات بحسب طبيعة العقد فهي في عقد الامتياز تتمثل في فرض الحراسة على المرفق محل الالتزام وفي عقد الأشغال العامة تتمثل في ســـحب العمـــل مـــن المقاول والتنفيذ على حسابه وفي عقد التوريد الإداري تتمثل في الشـــراء علـــى حســـاب المـــورد على انه يشترط لتوقيعها حدوث خطأ جسيم منسوب للمـــتعاقد ويقابـــل ذلك ضمانات المتعاقد وهي التزامات على جهة الإدارة باعذاره قبل مجازاتـــه واحتـــرام القواعد العامة للمشروعية الإدارية وذلك كله تحت رقابة القضاء والذي يبسط رقابته على سبب توقيع الجزاء وتكييفه القانون ومدى ملاءمته.