أحكام غرامة التأخير في عقود المشاريع الإنشائية العامة في القانونين المصري والإماراتي

د. محمد السيد الدسوقي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون – جامعة عجمان

تمهيد:

تعد الغرامة التأخيرية في عقود المشروعات الإنشائية العامة بوجه خاص ، من أكثر الموضوعات التي تثار أمام المحاكم من الناحية العملية ، فأحكام القضاء في الدول المختلفة تختلف في أحكام هذه الغرامة نظرا لاختلافها في تحديد طبيعتها ، حيث يثور التساؤل دائما عما إذا كانت هذه الغرامة جزاءا أم تعويضا .

والواقع أن تشريعات بعض الدول كانت واضحة في اعتبار الغرامة التأخيرية جزاءا ، في حين أن البعض الآخر ترك أمر تحديد هذه الطبيعة وفقا لإرادة طرفي العقد الإداري ، غير أن تشريعات بعض الدول في تنظيمها لغرامة التأخير كانت صياغتها من الغموض بحيث اختلفت معها احكام القضاء في تحديد طبيعتها مما انعكس على أحكام هذه الغرامة .

ولا شك في أن تحصيل غرامة التأخير في عقود المشروعات الإنشائية العامة يجب أن يراعى فيها أن أحد طرفي العقد هو جهة إدارية ، مما يستوجب تنفيذ العقد في الموعد المتفق عليه لتعلقه بتسيير مرفق عام ، ولهذا فيجب ان تظهر الجهة الإدارية بمظهر السلطة العامة مما يستلزم فرض جزاءات على المتعاقد

معها حال إخلاله بالتزاماته .

ولكن فيما يتعلق بالتعويض الناتج عن تأخر المتعاقد في تنفيذ التزامه فيجب أن يقدر وفقا للقواعد العامة ، وإلا قضي للجهة الإدارية بتعويض يجاوز ما لحقها فعلا من أضرار .

لذلك فسوف نستعرض في هذا البحث اتجاه القضاء في بعض الدول بوجه عام، واالقضاء المصري والإماراتي بوجه خاص في تحديد طبيعة الغرامة التأخيرية في عقود المشروعات الإنشائية العامة ، ومن ثم أثر ذلك على أحكام تلك الغرامة . وذلك في محاولة للوصول إلى تطبيق صحيح للقواعد القانونية يراعى فيه كلا من طرفي العقد .

وقد قسمنا هذه الدراسة على النحو التالي :

المطلب الأول : ونتناول فيه الغرامة التأخيرية في القواعد العامة للعقود .

المطلب الثاني : الغرامة التأخيرية في عقود المشروعات الإنشائية العامة ما بين العقوبة والتعويض .

وسوف نتناول في هذا المطلب :

أولاً : طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون والقضاء المقارنين .

ثانياً : طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون المصري والإماراتي .

ثم ننهي هذا البحث بخاتمة وتوصيات .

المطلب الأول
الغرامة التأخيرية في القواعد العامة للعقود

من الأهمية بمكان بيان طبيعة الغرامة التأخيرية في القواعد العامة للعقود ، ذلك أنه يلزم الرجوع لهذه القواعد في الحالات التي لا تظهر الدولة فيها بمظهر السلطة العامة في عقود المشاريع الإنشائية العامة .

الغرامة التأخيرية كتعويض اتفاقي :

من المعلوم أن الغرامة التأخيرية هي إحدى صور الشرط الجزائي [١] متمثل في الصورة التي يكون فيها هذا الشرط جزاء لتأخر المدين في تنفيذ التزامه [٢]، كما أنه من المعلوم أن التزام المدين بالتعويض عن الضرر الناتج عن تأخره في تنفيذ التزامه لا يجد مصدره في هذا الشرط وإنما في إخلال المدين في تنفيذ التزامه العقدي والمتمثل في تأخره في هذا التنفيذ .

وهي كذلك إحدى صور التعويض الاتفاقي[٣]، حيث إنها اتفاق يتمثل مضمونه في تقدير مسبق للتعويض عن الضرر الناتج عن تنفيذ الالتزام . وسوف نتناول بإيجاز آثار الغرامة التأخيرية .

آثار الغرامة التأخيرية (كشرط جزائي عن التأخير في التنفيذ) [٤]:

تتنازع آثار الشرط الجزائي بوجه عام – وهو ما يسري على الغرامة

---

(١) ويعرف الشرط الجزائي بأنه : اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو عند التأخر فيه . راجع : د. جلال محمد إبراهيم – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – مكتبة الجامعة – ط ٢٠٠٦ /١٤٢٦هـ – ص ١٨٤ .

(٢) وتقابلها صورة الشرط الجزائي كجزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزامه أصلا .

(٣) راجع : الشهابي إبراهيم الشرقاوي – مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – مكتبة الجامعة – ص ٢٠٥ .

(٤) انظر في ذلك تفصيليا : د. جلال محمد إبراهيم – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – مكتبة الجامعة – ط ٢٠٠٦ /١٤٢٦هـ – ص ١٩٣ وما بعدها .

التأخيرية – عدد من الاعتبارات لعل أهمها إعتبارين متناقضين يتعلق أولهما : بكونه اتفاقا مما يترتب عليه خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة وبالتالي ينطبق عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي أيضا وجوب إعمال هذا الشرط وفقا لما اتفق عليه أطراف العقد ، مما يعني التزام المدين به دون النظر لحدوث ضرر أم عدم حدوث ضرر ناتج عن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي ، ووفقا لذلك لا تكون للقاضي ثمة سلطة تقديرية إزاء هذا الشرط بحيث لا يملك زيادته أو إنقاصه(١) .

أما الاعتبار الثاني فيتمثل في : أنه اتفاق منصب على تقدير التعويض ، ومن ثم فيجب أن تتوافر فيه سمات التعويض ، بحيث لا يستحق إلا إذا توافر شرط الضرر وأن مبلغ التعويض يكون محددا بقدر الضرر ، ويترتب على ذلك عدد من النتائج أهمها : أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه فإنه يفترض أن الدائن قد أصابه ضرر جراء هذا الإخلال ويفترض أيضا أن هذا الضرر مساو لمقدار التعويض الوارد بهذا الشرط(٢) ، وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس من قبل المدين.

ولكن هذا الافتراض يجب أن يقتصر دوره في إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر وإثبات مقداره، لأنه لا يتصور أن يجتاز ذلك الدور خاصة عندما يثبت المدين عدم حصول ضرر جراء التأخير، أو إثبات أن قيمة الشرط الجزائي تتجاوز مقدار الضرر الفعلي(٣). حيث إنه في هذه الحالات سيتوقف الحكم

---

(١) وقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الاعتبار حيث نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدني بأنه : " إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا معينا من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغا أو أقل " .

(٢) نقلا عن : د. جلال محمد إبراهيم – المرجع السابق ص ١٩٤ .

(٣) وسوف نرى لاحقا أهمية اقتصار دور الضرر المفترض عند هذا الحد عند تقييم اتجاه المحاكم لاعتبار الضرر الناتج عن التأخير مفترضا افتراضا لا يقبل إثبات العكس مما يخشى معه فرض الجهة الإدارية غرامة تتجاوز مقدار الضرر الفعلي الناتج عن تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزامه .

بالتعويض أو عدم الحكم به على وقوع أو عدم وقوع الضرر ، وكذلك الحال بالنسبة لمقدار التعويض فسوف يكون الحكم به طبقا لمقدار الضرر .

ونود الإشارة إلى أن المشرع المصري قد جمع بين محاسن كلا الاعتبارين السابقين حيث اعتد كقاعدة بالشرط الجزائي كما اتفق عليه أطراف العقد ، ولكنه أجاز للقاضي – في حالات محددة – سلطة انقاص مقداره بل وعدم الحكم بأية تعويضات [١]، كما أنه أجاز للقاضي أن يزيد من مقداره في حالة إثبات الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[٢] .

أما المشرع الإماراتي فقد منح القاضي سلطة مطلقة في التدخل لتقدير مقدار الشرط الجزائي، وذلك ليقيم التوازن بين الشرط الجزائي وبين التعويض المستحق، ليس ذلك فحسب بل نص على بطلان كل اتفاق يخالف ذلك [٣] .

عرضنا بإيجاز لمفهوم الغرامة التأخيرية في القواعد العامة للعقود ، وكما ذكرنا سابقا ، أن أهمية ذلك ترجع إلى أنه يلزم إعمال هذه القواعد عند تقدير قيمة التعويض عن الأضرار الناتجة عن تأخير المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزامه ، وذلك كما في القانون الإنجليزي الذي يترك تقدير طبيعة الغرامة التأخيرية لنية الطرفين المتعاقدين ، فإذا كانت هذه النية تتجه إلى أن الغرامة عبارة عن تعويض فيلزم في هذه الحالة إعمال القواعد العامة للتعويض الاتفاقي ، ولا يختلف الوضع في القانون المصري وذلك في حالة تطبيق نص المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والتي تقضي بأن توقيع الغرامة لا يخل بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من

(١) المادة ٢٢٤ مدني .
(٢) المادة ٢٢٥ مدني .
(٣) المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية .

أضرار بسبب التأخير[١].

المطلب الثاني
الغرامة التأخيرية في عقود المشروعات الإنشائية العامة ما بين العقوبة والتعويض

يثور التساؤل دائما عن طبيعة الغرامة التأخيرية في عقود الأشغال العامة وما إذا كانت جزاءا أم تعويضا ، هو ما سنتناوله من خلال استعراض أحكامها في كل من القانون والقضاء المقارنين، وكذلك في القانونين المصري والإماراتي .

أولاً : طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون والقضاء المقارنين :

تذهب أغلب النظم القانونية إلى وجوب وجود صلة منطقية بين غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد وبين الخسائر المتوقع حدوثها نتيجة للإخلال بالالتزام[٢]، ويدل على ذلك حرص الأطراف المتعاقدة على أن يتم تحديد قيمة مناسبة للغرامة وفقا للظروف المحيطة بالتعاقد .

فالفقه الأنجلوأمريكي يعرف غرامة التأخير بأنها المبلغ الثابت المقرر بواسطة أطراف النزاع عند دخول العقد حيز التنفيذ إلى المدى الذي يسببه الإخلال بتنفيذ العقد من أضرار[٣] .

---

(١) وهو ما سنوضحه في المطلب الثاني بشيء من التفصيل .

(٢)

Ssatt M.Tyler,No (Easy)way:"Liqudating"stipulated damadged for contractor delaying public construction contracts, Duke law journal , vol., 44,p.357.

مشار إليه في : د. محمد عبد المجيد إسماعيل – – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – منشورات الحلبي الحقوقية –ص ٢١٧ .

(٣) راجع :د. محمد عبد المجيد إسماعيل – المرجع السابق –ص ٢١٦ والمراجع المشار إليها فيه .

غرامة التأخير في القضاء الأمريكي :

ينظر القضاء الأمريكي إلى غرامة التأخير باعتبارها تعويضا Liquidated damages وليس كعقوبة penalty ، ولا يغير من ذلك نص أطراف العقد على كون هذه الغرامات عقوبة ، ففي قضية (Shapiro v. grinspoon) قضت محكمة الاستئناف بولاية Massachusetts بأن قانون الولاية يسمح بالرقابة القضائية على مقدار الغرامة المحدد من قبل الأطراف ، على أن يؤخذ في الاعتبار الخسارة الفعلية التي تحققت وقت الإخلال [١].

غرامة التأخير في القضاء الإنجليزي :

الأصل في القضاء الإنجليزي أن غرامات التأخير هي تقدير حقيقي مسبق للضرر الذي لحق برب العمل نتيجة التأخير في تنفيذ الأعمال ، على أن يتم حسابها وقت إبرام العقد . حيث أكد مجلس اللوردات The Hous of Lords ذلك تأسيسا على أن المبلغ المنصوص عليه في العقد هو من قبيل التعويض . ولقد أشار اللورد Atkin أن هذه الغرامة تبدوا تعويضا مقدرا بالوقت الذي تأخر فيه المتعاقد في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه [٢].

ورغم ذلك فإنه يجب الرجوع إلى النية المشتركة لأطراف العقد لاستخلاص ما إذا كانت الغرامات التأخيرية عقوبة أم تعويضا ، فإذا كانت النية متجهة إلى ضمان تنفيذ العقد عن طريق دفع المتعاقد المتأخر مبلغا من المال كانت الغرامة عقوبة ، أما إذا كانت النية متجهة إلى تقدير مسبق للأضرار الناتجة عن التأخير فتكون الغرامة تعويضا [٣].

---

(١) وقد تواترت الأحكام على الأخذ بهذا الاتجاه . راجع الأحكام المشار إليها في : محمد عبد المجيد – السابق ص ٢١٨ وما بعدها .

(٢) نقلا عن : محمد عبد المجيد إسماعيل – المرجع السابق – ص ٢٢٤ .

(٣) المرجع السابق – ص ٢٢٧ .

غرامة التأخير في القانون اللبناني[١]:

تعد غرامة التأخير في القانون اللبناني ذات طبيعة جزائية ، فهي تترتب على المتعاقد مع الجهة الإدارية بمجرد تأخره في تنفيذ التزاماته ، ولذلك فإنه وفقا لما يراه ديوان المحاسبة : يكون للجهة الإدارية التنازل عن البند الجزائي إذا لم يترتب عن التأخير ضرر في تنفيذ الالتزام ، أما إذا ترتب ضرر فيلتزم المتعاقد مع الجهة الإدارية بتعويضها بمقدار هذا الضرر [٢] .

يتبين من العرض السابق اختلاف النظم القانونية في تحديد طبيعة غرامة التأخير في عقود الأشغال العامة – ومنها عقود الإنشاءات العامة – وقد كان هذا الاستعراض من الأهمية بمكان بحيث يساعدنا إلى التوصل إلى تحديد هذه الطبيعة في القانونين المصري والإماراتي ، ومن ثم اقتراح تعديل القواعد القانونية المتعلقة بها إذا دعت الحاجة إلى ذلك[٣] .

ثانياً : طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون المصري والإماراتي :

١- طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون المصري :

يمكن تحديد طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون المصري من خلال استعراض أحكام المحكمة الإدارية العليا والمتعلقة بالعقود الإدارية وكذلك من نص المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

---

(١) في بيان غرامة التأخير في عقود المشاريع الإنشائية العامة في القانون اللبناني أنظر : عبد الرؤوف جابر – منشورات الحلبي الحقوقية – ص ٥١٦ وما بعدها .

(٢) الرأي رقم ٣٩٦ بتاريخ ١٩٦١/٨/٧ الصادر من ديوان المحاسبة .

(٣) وهذه من مميزات الدراسة المقارنة .

وكذلك المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

طبيعة الغرامة التأخيرية وفقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا :

إن المتتبع لأحكام المحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق بالغرامة التأخيرية في عقود الأشغال العامة بوجه عام – ومن بينها عقود الإنشاءات العامة – يجد أنها جديرة بإلقاء الضوء عليها لاعتبارات عديدة ، وذلك من زاوية تحديدها لطبيعة الغرامة التأخيرية حيث تثور العديد من التساؤلات أهمها : هل الغرامة التأخيرية في عقود الإنشاءات العامة جزاء أم تعويض ؟ أم أن أنها ذات طبيعة مختلطة ؟ وما طبيعة الضرر المترتب على التأخير ، هل هو ضرر مفترض أم أنه ضرر محقق ؟ وإذا كان ضررا مفترضا فكيف بتم تقديره ؟ وكيف يمكن تفسير الإعفاء من الغرامة تأسيسا على عدم تحقق ضرر رغم اعتباره ضررا مفترضا ؟

وسوف نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال استعراض هذه الأحكام وذلك في السطور القادمة .

فأحكام المحكمة الإدارية العليا مستقرة على أن الغرامة التأخيرية جزاء ضاغط على المتعاقد مع الإدارة :

حيث تواترت الأحكام على أن غرامة التأخير جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرفق العام بانتظام ومناط توقيعها أن يكون التأخير راجعا إلى فعل المتعاقد مع الإدارة وتراخيه في إتمام تنفيذ الأعمال خلال المدة المقررة ويعفى منها إذا كان التأخير في تسليم الأعمال لأسباب ترجع للجهة الإدارية المتعاقدة أو لقوة قاهرة لا دخل له

فيها[1]. بيد أن اتفاق الأحكام على النحو السابق قد توقف عند اعتبار غرامة التأخير عبارة عن جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها عند تأخره في تنفيذ التزامه بشروط معينة .

الغرامة التأخيرية جزاء وتعويض اتفاقي عن ضرر مفترض حدوثه بمجرد التأخير:

فقد أضافت بعض الأحكام إلى عنصر الجزاء عنصرا آخر وهو أن: الغرامة التأخيرية تعويض اتفاقي عن ضرر مفترض حدوثه بمجرد التأخير فقد قضت بأنه:" من المبادئ المقررة في فقه القانون الإداري أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الاتفاقي، تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير، إلا أنه يجوز للطرف الآخر أن يثبت انتفاء ركن الخطأ، ومتى انتفى أحد أركان المسئولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه " [2].

(١) الطعن رقم 5628 لسنة 47 ق.ع – جلسة 9–١ –٢٠٠٧، والطعن رقم ٨٩٢١ لسنة ٤٨ ق.عليا، والطعن رقم٢٥٥١ لسنة ٣١ ق.ع جلسة ٣٠–٥–١٩٨٩، وفي ذات المعنى الطعن رقم٢/٦١ – ١٩٦٠/٩/٢١ ١٣١٧/١٣٦/٨ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما – ص ٤٨٩. وقد جاءت فتاوى قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بذات المعنى ومنها على سبيل المثال : فتوى رقم ١١٥٠ بتاريخ ١٩ / ١٠ / ١٩٩٧ ملف رقم ٣٢ / ٢/ ٢٨٢٥} و فتوى رقم ٤٣ بتاريخ ١٦/ ١ / ٢٠٠٢ ملف رقم ٧ / ٢ / ٢٠٦ .

(٢) طعن رقم 1226 لسنة 35 ق.ع جلسة 23–٤–١٩٩٦ .

لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير وبين إلزام المتعاقد بالتعويض :

في حين أن البعض الآخر من الأحكام يقرر أنه لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض : فغرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب على هذا التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار حيث يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه[١] .

مناقشة لأحكام المحكمة الإدارية العليا المتعلقة بالغرامة التأخيرية :

لعله من الواضح بعد استعراض الأحكام السابقة أن التساؤلات التي طرحناها سابقا لازالت قائمة ، والواقع أننا نتفق مع ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا في أن غرامة التأخير في عقود الإنشاءات هي جزاء توقعه الإدارة، وذلك لأن : غرامة التأخير ليست إلا مبالغ مالية يلتزم المتعاقد مع الإدارة بدفعها جزاء إخلاله بأحد التزاماته ، حتى ولو لم يترتب ضرر على هذا الإخلال ، وذلك على خلاف التعويض الذي يلزم لاستحقاقه حدوث ضرر [٢]. فغرامة التأخير كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا بحق هي : جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرفق العام بانتظام ومناط توقيعها أن يكون التأخير راجعا إلى فعل المتعاقد مع الإدارة وتراخيه في إتمام تنفيذ الأعمال خلال المدة المقررة .

كما أننا نتفق مع منح الجهة الإدارية السلطة في إعفاء المتعاقد منها وفق

---

(١) – الطعن رقم 3761 لسنة 41 ق.ع جلسة 28-10-1997 .

(٢) – د . أنس جعفر – العقود الإدارية – الطبعة الرابعة ٢٠٠٧ – دار النهضة العربية – ص ٢٢٥ .

ضوابط معينة منها موافقة إدارة الفتوى بمجلس الدولة .

ورغم ذلك فإننا لا نتفق مع الأحكام التي تقضي بربط الغرامة التأخيرية كجزاء بفكرة الضرر المفترض ، ويرجع عدم اتفاقنا مع هذا الاتجاه إلى عدة أسباب نبينها على النحو التالي :

١- إن فكرة التعويض عن الضرر المفترض – كما بينا في المطلب الأول – يقتصر دورها – عند الحكم بالتعويض وليس تحصيل الغرامة كجزاء – على إعفاء الدائن من إثبات الضرر المترتب على تأخير تنفيذ الالتزام وإعفائه أيضا من إثبات مقدار هذا الضرر ، بما لا يخل بحق الطرف الآخر في إثبات العكس ، دون أن تتجاوز ذلك إلى الحد الذي يلتزم فيه الطرف المتأخر في تنفيذ التزامه إلى دفع تعويض عن ضرر لم يحدث أو أن يدفع تعويض يجاوز قيمة الضرر ، وإلا فإن الأخذ بغير ذلك يترتب عليه صعوبة بالغة عند تقييم التعويض الذي تستحقه الإدارة عن الأضرار التي لحقتها نتيجة تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه، وذلك لأن هذا التقييم يكون مؤسسا على ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب ، ففكرة الضرر المفترض تبلغ من الغموض مبلغا يحول دون التقدير الحقيقي لعناصر الضرر الذي أصاب الإدارة جراء تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزامه.

ولكن قد يُرَّد على ذلك بأن العقود الإدارية – ومنها عقود الإنشاءات العامة – لها من الخصوصية بحيث يمكن معها قبول فكرة الضرر المفترض لتبرير تفعيل الغرامة المتفق عليها في العقد على المتعاقد المتأخر ، على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق

تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون تأخير(١).

والواقع أن خصوصية العقد الإداري – بوجه عام – وسبب اختلاف بعض أحكامه عن الأحكام العامة للعقود يجب أن تنحصر في الحدود التي جعلته يتميز بتلك الخصوصية ، دون أن تمتد إلى الحالات التي يجب فيها تطبيق القواعد العامة للعقود ، فإذا كانت فكرة الغرامة مقبولة كجزاء توقعه الجهة الإدارية باعتبارها سلطة تقوم على تسيير مرفق عام ضمانا لحسن هذا التيسير ، إلا أن الوضع يكون مغايرا عند تعويض الإدارة عما لحقها من أضرار حيث يكون التقدير خاضعا لقواعد التقدير المقررة في القواعد العامة للعقود ، ومما يحول دون ذلك القول بأن الضرر مفترض وإلا ترتب على ذلك نتيجة تأباها كل من قواعد العدالة والمنطق القانوني السليم ، ألا وهي تجاوز قيمة التعويض مقدار الضرر الناتج عن التأخير ، خاصة أن جهة الإدارة تقوم بخصم تلك الغرامة من مستحقات المتعاقد معها ومن مصادرة التأمينات المقدمة منه .

٢ – ومن ناحية أخرى فإن فكرة الضرر المفترض تجد صعوبة في قبولها في الحالات التي بثبت فيها عدم حدوث ضرر للجهة الإدارية ناتج عن تأخير المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته ، وذلك كما في الحالة التي يتأخر فيها المقاول في تنفيذ عقد إنشاء مستشفى لم تكن الجهة الإدارية تنوي تشغيلها إلا بعد فترة تتجاوز مدة التأخير . فلا يتصور في مثل هذه الحالات تكييف الغرامة بأنها تعويض عن ضرر مفترض ، ولهذا فقد نصت المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ – ومن قبلها المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية للقانون الملغي رقم ٩

(١) – حكم المحكمة الإدارية العليا ٢/٦١– ١٩٦٠/٩/٢١ – ١٣١٧/١٣٦/٥ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما – ص ٤٨٩ .

لسنة ١٩٨٣ – على جواز إعفاء المتعاقد من الغرامة عند عدم حدوث ضرر نتيجة لتأخير المتعاقد في تنفيذ التزامه .

ولعل هذا هو ما دعا بعض الأحكام إلى القضاء بأنه : لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض ، فغرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب على هذا التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار حيث يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه[١] .

٣- وعلى ذلك فإننا نرى أن فكرة الضرر المفترض يمكن قبولها فقط فيما يتعلق بإعفاء الدائن من الإثبات ، أي إذا كان الغرض منها هو إعفاء الدائن من إثبات حدوث الضرر وكذلك إعفائه من إثبات مقدار الضرر عند تقدير التعويض ، وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس وفقا للقواعد العامة ، أما فيما يتعلق بالغرامة التأخيرية كجزاء موقع على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزامه مع الإدارة فهو افتراض غير قابل لإثبات العكس بل يخضع لتقدير الجهة الإدارية ، لأنه كما سبق أن بينا ، أن الجهة الإدارية حينما حددت موعدا للانتهاء من تنفيذ العقد يكون وفق ما تراه من أن حسن تسيير المرفق العام يقتضي الانتهاء من التنفيذ في هذا الموعد وإلا كان هناك ضرر .

أسباب اختلاف الأحكام في تحديد دور الغرامة التأخيرية :

ونرى أن السبب في التباين بين الأحكام السابقة يرجع لعدم وضوح نص المادة

(١) – الطعن رقم 3761 لسنة 41 ق.ع جلسة 28-10-1997 . سبق الإشارة إليه .

٢٣ من قانون تنظيم المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ [١] ومن قبلها المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية للقانون الملغي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ –، حيث إنها قد صيغت بطريقة يشوبها الغموض فهي رغم أنها لم تشترط حدوث ضرر لاستحقاق غرامة التأخير ، فإنها أنها أجازت للسلطة المختصة (بالجهة الإدارية) إعفاء المتعاقد إذا لم ينتج عن التأخير ضرر ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد زاد من هذا الغموض نصها على أن توقيع الغرامة لا يخل بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض عما أصابها من أضرار بسبب التأخير .

والواقع أننا نرى أن تلك المادة يجب أن يعاد النظر في صياغتها بحيث تكون واضحة في بيان اتجاه المشرع المصري من الغرامة التأخيرية من ناحية كونها جزاء يترتب على مجرد تأخير المتعاقد مع الجهة الإدارية عما ينتج عن هذا التأخير عادة من الإخلال بحسن سير المرفق العام ، مع إعطاء السلطة لجهة الإدارة بإعفائه منها في حالة تقدير الإدارة عدم حدوث هذا الإخلال .

ومن ناحية أخرى يجب بيان ما إذا كان مقدار الغرامة يدخل في حساب قيمة التعويض الناتج عن الأضرار التي قد تنتج عن التأخير أم أن التعويض عن ذلك

---

(١) حيث تنص تلك المادة على أنه : " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة ، إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية بحيث لا يجاوز مجموعة الغرامة (٣%) من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، و(١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر ، ويعفى المتعاقد من الغرامة ، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصة – عدا هذه الحالة – بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها ، إعفاء المتعاقد مع الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر .

ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير .... "

التأخير يختلف عن الغرامة كجزاء مالي توقعه الإدارة على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بالعقد الإداري .

ولكن بما أن هذه المادة هي المطبقة بالفعل فإننا نرى أنها يجب أن تفهم على النحو التالي :

– القاعدة أنه في الحالة تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته يلزم هذا الأخير بدفع الغرامة التأخيرية لحدوث ضرر محقق متمثل في الإخلال بحسن سير المرفق العام ، لأنه من المفترض أن الجهة الإدارية حينما حددت موعدا لانتهاء العقد فإن ذلك الموعد وفق تقديرها يكون هو الموعد الذي يحقق حسن سير المرفق العام .

– أما الاستثناء فيكون في الحالة التي تقدر غيها الجهة الإدارية أنه لم يترتب ثمة ضرر ناتج عن هذا التأخير .

– وأخيرا وفيما يتعلق بنص المادة المذكورة على أنه : " ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير " ، فقد يفهم من ظاهره أن مقدار الغرامة لا يدخل ضمن مقدار التعويض عن التأخير [١] ، وقد يفهم منه أن التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير لا يقتصر فقط على مقدار الغرامة ، بل يمكن استكمال مقداره برجوع جهة الإدارة على المتعاقد المتأخر، على أن يخصم مقدار الغرامة منه . وهذا الفهم الأخير هو ما نراه متفقا مع قصد المشرع [٢] لأنه جعل هناك

(١) وهو ما دعا بعض الأحكام السابق الإشارة إليها إلى تقرير مبدأ لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض .

(٢) وإن كنا نرى أنه يجب الفصل بين الغرامة التأخيرية في عقود الإنشاءات العامة عن مقدار التعويض عن التأخير . وهو ما سنوضحه لاحقا .

رابطة بين توقيع الغرامة وبين وقوع الضرر حين نص في المادة المذكورة على أنه : " وللسلطة المختصة ..... بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها (أي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة) إعفاء المتعاقد مع الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر".

٢- طبيعة الغرامة التأخيرية في القانون الإماراتي :

يستقر القضاء الإماراتي على أن عقود الأشغال العامة هي عقود إدارية لاحتوائها على خصائص العقود الإدارية ومنها احتفاظ جهة الإدارة لنفسها بحق المطالبة بالمصاريف الإدارية للمقاولة أي النفقات الضرورية التي تصرفها الإدارة حينما تقوم بنفسها باستكمال الأعمال التي لم ينفذها المقاول أو تطرحها في مناقصة جديدة أو تعهد إلى مقاول آخر بطرق الممارسة[١] .

أما فيما يتعلق بطبيعة غرامة التأخير فنلاحظ أنه رغم أن المحكمة الاتحادية العليا لم تجزم مسألة بيان طبيعة الغرامة التأخيرية حيث قضت بأن هذه الغرامة – وغيرها من الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد حال تقصيره أو تأخره في الوفاء بالتزاماته بالدقة الواجبة وبالمقدار المحدد في تلك العقود – هي جزاء شرع للضغط على المتعاقد بقصد إرغامه على تنفيذ التزامه أو عوضا عن التأخير بالتزاماته التي تعهد إليه لإتمام المشروع العام [٢]. إلا أنها في أحكام أخرى بينت بوضوح أن هذه الغرامة هي تعويض عن ضرر مفترض طالما نص عليها العقد ولكن بينت أن هذه الغرامة تختلف عن مثيلتها في عقود المقاولات في نطاق القانون الخاص حيث تخضع للقواعد العامة التي تمنح القاضي سلطة تقدير

(١) انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعنين ٦٦٧ لسنة ٢١ ق و ٦٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ٢٠٠١/٦/٢٠ .

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٢٠ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٦ .

التعويض عن ضرر محقق [١].

والوقع أنه كما بينا سابقا قي تعليقنا على أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر فإننا نرى أن فكرة التعويض عن الضرر المفترض يجب أن تقتصر على إعفاء الجهة الإدارية من إثبات حدوث ضرر جراء تأخير المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه وإعفائه أيضا من إثبات مقدار هذا الضرر .

وعلى ذلك فإنه يجب تحديد طبيعة هذه الغرامة ، فهي إما أن تكون جزاءا وبالتالي لا مجال لمناقشة المتعاقد مع الإدارة لمدى حدوث ضرر من عدمه أولمقدارهذه الغرامة ، تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وإعمالا لخصوصية العقد الإداري التي تستلزم فرض مثل هذه الجزاءات . وإما أن تكون تعويضا وعندئذ يمكن قبول فكرة أنه تعويض عن ضرر مفترض ولكن في الحدود التي ذكرناها – وهي إعفاء الجهة الإدارية من إثبات حدوث ضرر جراء تأخير المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه وإعفائه أيضا من إثبات مقدار هذا الضرر – دون أن يحرم المتعاقد مع الإدارة في إثبات عدم حدوث ضرر ناتج عن تأخره في تنفيذ التزامه أو في المنازعة في مقدار الضرر وبالتالي في قيمة التعويض عن هذا الضرر .

رأينا فيما يتعلق بطبيعة الغرامة التأخيرية :

بينا فيما سبق أنه من الأهمية بمكان تحديد طبيعة الغرامة في عقود الأشغال العامة بوجه عام، لأنه من خلال استعراضنا لقوانين بعض الدول نجد أن هذه الطبيعة تتسع لأن تكون جزاءا ولأن تكون تعويضا .

ورغم أننا نرى أنه يلزم فصل الغرامة التأخيرية في عقود الإنشاءات العامة

---

(١) الطعن ١٦٧ لسنة ٢٠ قضائية – جلسة ٢٠٠٠/٣/٥ .

عن مقدار التعويض عن التأخير، تأسيسا على أن الغرامة – من وجهة نظرنا – يجب أن ينظر إليها كجزاء تلجأ إليه الجهة الإدارية للضغط على المتعاقد معها لتنفيذ التزامه في الوقت الي تقدر الجهة الإدارية أنه هو الوقت الملائم لحسن تسيير المرفق العام ، دون أن يقع عليها عبء إثبات وقوع ضرر أو مقدار هذا الضرر. إلا أننا نرى أنه لاضير من يستقر قانون دولة ما كون الغرامة التأخيرية جزاء أم تعويضا .

ولكننا نرى أن ينبغي أن تتناسب أحكام هذه الغرامة مع طبيعتها التي تم الأخذ بها ، وذلك على النحو التالي :

– إذا اعتبر قانون ما أن الغرامة جزاء ، فيجب أن تطبق أحكام هذا الجزاء دون خلطها بأحكام التعويض ، وعلى ذلك يكفي لاستحقاقها تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه – طالما أن الإدارة لم يكن لها دور في هذا التأخير – دون أن يطلب من الإدارة إثبات وقوع ضرر وفي ذات الوقت لا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب إعفاءه من هذه الغرامة لعدم حدوث ضرر أو أن ينازع في مقدار الغرامة لزيادتها عن مقدار الضرر الناتج عن تأخره .

– أما إذا اعتبرت الغرامة تعويضا ، فيلزم أن يخضع هذا التعويض للقواعد العامة ، من حيث وجوب توافر عناصر المسؤولية العقدية ومن حيث تناسب التعويض مع مقدار الضرر ، ولا ينفي ذلك إعفاء الجهة الإدارية من اثبات وقوع الضرر ومن اثبات مقداره ، دون أن يخل ذلك بحق المتعاقد في إثبات العكس .

الخاتمة والتوصيات

حاولنا في هذا البحث تحديد طبيعة الغرامة التأخيرية في عقود الإنشاءات العامة، لما في ذلك من أهمية بالغة في تحديد حقوق والتزامات كل من الجهات الإدارية والمتعاقدين معها، واستعرضنا بإيجاز طبيعة هذه الغرامة في القواعد العامة في العقود، ثم طبيعتها في قوانين بعض الدول كالولايات المتحدة وانجلترا وكذلك لبنان .

ونظرا للتشابه بين الأحكام القضائية المتعلقة بالغرامة التأخيرية في العقود الإدارية بوجه عام في كل من مصر والإمارات العربية المتحدة ، فقد استعرضنا طبيعة هذه الغرامة في القانون المصري .

وبينا كيف أن أحكام القضاء المصري قد تواترت على أن هذه الغرامة هي جزاء توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزامه سواء حدث ضرر للإدارة أم لا ، حيث إن هذا الضرر مفترض ، وقد بينا أنه رغم اتفاقنا مع هذه الأحكام من حيث منح الحق للجهة الإدارية في تحصيل هذه الغرامة سواء حدث ضرر أم لا – مع إعطاء الجهة الإدارية سلطة الإعفاء منها إذا هي قدرت ذلك – إلا أننا من ناحية أخرى لا نتفق معها انطلاقا من عدم قبولنا لفكرة الضرر المفترض على النحو الذي تقصده هذه الأحكام ، إذ كيف يفسر إعفاء المتعاقد مع جهة الإدارة من الغرامة إذا لم يترتب ضرر على تأخره في تنفيذ التزامه ، ومن ناحية أخرى فقد بينا أن مجال إعمال فكرة الضرر المفترض هو : تقدير التعويض حيث يلزم إعفاء جهة الإدارة من إثبات وجود ضرر ناتج عن تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزامه ، ومن إثبات مقدار هذا الضرر .

كما بينا اتفاقنا مع بعض الأحكام التي قضت بعدم التلازم بين توقيع غرامة

التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض : فغرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب على هذا التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار حيث يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه .

ومن خلال هذا البحث تبين أن السبب في اختلاف الأحكام بشأن الغرامة التأخيرية – في القانون المصري – إنما ترجع لعدم الدقة في صياغة المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، وعلى ذلك فإنها تحتاج إلى إعادة صياغتها بطريقة أكثر وضوحا في التعبير عن إرادة المشرع .

التوصيات :

١ – إننا نرى أن غرامة التأخير في عقود الإنشاءات العامة جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرفق العام بانتظام ومناط توقيعها أن يكون التأخير راجعا إلى فعل المتعاقد مع الإدارة وتراخيه في إتمام تنفيذ الأعمال خلال المدة المقررة ، وعلى ذلك فلا داعي لاستخدام فكرة التعويض عن الضرر المفترض ، حيث إن مصدر هذا الجزاء هو رضا المتعاقد مقدما بتوقيعه عليه حال تأخره في تنفيذ التزامه .

٢– على المشرع أن يحدد بدقة طبيعة هذه الغرامة ، على أن تتناسب أحكامها مع طبيعتها ، فهي إما أن تكون جزاءا وبالتالي فجب أن تطبق أحكام هذا الجزاء دون خلطها بأحكام التعويض، بحيث يكفي لاستحقاقها تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه –طالما أن الإدارة لم يكن لها دور في هذا التأخير– دون أن يطلب من الإدارة إثبات وقوع ضرر وفي ذات الوقت لا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن

يطلب إعفاءه من هذه الغرامة لعدم حدوث ضرر أو أن ينازع في مقدار الغرامة لزيادتها عن مقدار الضرر الناتج عن تأخره، وذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وإعمالا لخصوصية العقد الإداري التي تستلزم فرض مثل هذه الجزاءات [١].

وإما أن تكون تعويضا وبالتالي اخضع أحكامها للقواعد العامة، من حيث وجوب توافر عناصر المسؤولية العقدية ومن حيث تناسب التعويض مع مقدار الضرر وعندئذ يمكن قبول فكرة أنها تعويض عن ضرر مفترض ولكن في الحدود التي ذكرناها – وهي إعفاء الجهة الإدارية من إثبات حدوث ضرر جراء تأخير المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه وإعفائه أيضا من إثبات مقدار هذا الضرر – دون أن يحرم المتعاقد مع الإدارة في إثبات عدم حدوث ضرر ناتج عن تأخره في تنفيذ التزامه أو في المنازعة في مقدار الضرر وبالتالي في قيمة التعويض عن هذا الضرر .

٣- إعادة النظر في صياغة المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري بحيث تكون واضحة في بيان اتجاه المشرع من الغرامة التأخيرية من ناحية كونها جزاء يترتب على مجرد تأخير المتعاقد مع الجهة الإدارية عما ينتج عن هذا التأخير عادة من الإخلال بحسن سير المرفق العام ، مع إعطاء السلطة لجهة الإدارة بإعفائه منها في حالة تقدير الإدارة عدم حدوث هذا الإخلال .

مع بيان ما إذا كان مقدار الغرامة يدخل في حساب قيمة التعويض الناتج عن الأضرار التي قد تنتج عن التأخير أم أن التعويض عن ذلك التأخير يختلف عن الغرامة كجزاء مالي توقعه الإدارة على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بالعقد الإداري.

(١) ولا يمنع ذلك دون حرمان الجهة الإدارية من سلطتها التقديرية في إعفاء المتعاقد من الغرامة .

مراجع البحث

- الشهابي إبراهيم الشرقاوي – مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – مكتبة الجامعة.
- أنس جعفر – العقود الإدارية – الطبعة الرابعة ٢٠٠٧ – دار النهضة العربية .
- جلال محمد إبراهيم – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – مكتبة الجامعة – ط ٢٠٠٦ /١٤٢٦هـ .
- عبد الرؤوف جابر – ضمانات المشاريع الإنشائية العامة – منشورات الحلبي الحقوقية .
- محمد عبد المجيد إسماعيل – – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – منشورات الحلبي الحقوقية .
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما .