وضع المرفق العام تحت الحراسة في عقد الالتزام

طالــب الدراســات العليــا: صبا شيبان

كلية: الحقوق – جامعة: دمشق

الدكتور المشرف: عمار التركاوي

الملخص

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

Abstract

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

المقدمة:

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

أهمية البحث:

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

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

إشكالية البحث:

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

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

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الآتي:

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

منهجية البحث:

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

تقسيم البحث:

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

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

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

المبحث الأول

التعريف بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام

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

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

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

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

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

المطلب الأول

مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة

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

الفرع الأول

تعريف الوضع تحت الحراسة

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

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

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

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

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

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

-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-

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

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

الفرع الثاني

خصائص وضع المرفق تحت الحراسة

يتسم جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بعدة خصائص تتمثل في:

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني

شروط وإجراءات وضع المرفق تحت الحراسة

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

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

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

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

الفرع الأول

شروط وضع المرفق تحت الحراسة

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

أولاً: الخطأ الجسيم

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

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

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

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

ثانيا: القوة القاهرة [20]

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

-

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

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

الفرع الثاني

إجراءات وضع المرفق تحت الحراسة

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

أولاً: إعذار المتعاقد

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

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

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

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

والغاية من إعذار المتعاقد تهدف إلى:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- ✓ عدم وجود اتفاق أو نص بالعقد

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

- ✓ عدم الجدوى من الإعذار

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

- ✓ الضرورة والاستعجال

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

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

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

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

ثانياً: صدور قرار إداري بوضع المرفق تحت الحراسة

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

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

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

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

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

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

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة

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

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الثاني

طرق إدارة وضع المرفق تحت الحراسة والآثار المترتبة عليه

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

المطلب الأول

طرق إدارة وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام

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

الفرع الأول: إسناد إدارة المشروع إلى الإدارة.

الفرع الثاني: إسناد إدارة المشروع إلى متعاقد أخر.

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

الفرع الأول

إسناد إدارة المشروع إلى الإدارة

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني

إسناد إدارة المشروع إلى متعاقد آخر

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة

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

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

46_ ينظر: المرجع سابق، ص229.

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

-

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

الخاتمة

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

أولاً: النتائج

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

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

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

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

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

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

ثانيا: التوصيات

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

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

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

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

المراجع

أولا: الكتب:

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

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

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

ثانياً: الرسائل والأطروحات

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

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

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

ثالثاً: المجلات

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

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

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