الجزاءات المالية في العقد الاداري (دراسة مقارنة)*

د.حسن محمد علي حسن البنان
مدرس القانون الاداري
كلية الحقوق – جامعة الموصل

المستخلص:

تبرم الإدارة العامة بغية تنفيذ المهمات والمسؤوليات المنوطة بها العديد من العقود الإدارية وتخضع هذه العقود لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي ينظم و يحكم عقود الأفراد العاديين . ومن مظاهر هذا الاختلاف سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حاله إخلاله بالشروط التعاقدية ، فقد يمتنع عن تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً ، وقد يتأخر عن تنفيذه في الموعد المتفق عليه ، وقد ينفذه بشكل معيب ، لهذا تعددت وتنوعت هذه الجزاءات. وسوف يكون بحثنا في الجزاءات المالية وهي التعويض ومصادرة التأمينات ، والغرامة التأخيرية .

Abstract :

The general administration makes contracts in order to carry out tasks . such contracts are subject to a legal system different from that regulating and governing ordinary individuals. Among the aspects of this difference is the power of administration in imposing penalties on the one contracting with it in case of violating the terms of contract. The contract may refrain from executing the contract wholly or partially and he may delay from executing it in the specified time . and he may execute in defectively therefore such penalties have been

(*) استلم البحث في ٢٠١٢/٧/١٥ *** وقبل للنشر في ٢٠١٢/٩/٦

multiplied and varied . financial penalties , that is , compensation confiscating deposits , delaying fine.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين ... وبعد :

سنوضح مقدمة البحث من خلال النقاط الآتية :

أولاً : مدخل تعريفي بموضوع البحث : العقود الإدارية هي أحدى وسائل الإدارة في تسيير المرافق العامة ، ولكي يتصف العقد الذي تبرمه الإدارة بالصفة الإدارية يجب (كما يرى أغلب الفقهاء في كل من مصر وفرنسا والعراق) أن يتوافر له شرطان : الأول : أن يكون متصلاً بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره ، والثاني : أن تأخذ الإدارة فيه بأساليب القانون العام وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

ومن الشروط الاستثنائية التي تنص عليها الإدارة في عقودها الإدارية التي تعد خروجاً عن الشروط المألوفة بالعقود المدنية تضمين العقد الإداري بعض الجزاءات التي تتميز بذاتية ومقومات خاصة فرضتها أسس ونظام العقود الإدارية .

والجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد معها متعددة ، فمنها ما توقعه الإدارة أثناء سير العقد مثل الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة ، وبعض الجزاءات التي ينفسخ بموجبها العقد ، وكذلك جزاءات جنائية تطبق على المتعاقد في حالة التنفيذ المعيب للعقد أو إذا وضع نفسه تحت طائلة قانون العقوبات والقوانين المكملة له .

وتتنوع الجزاءات المالية التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد معها ، وهذه الجزاءات هي التعويض ومصادرة التأمينات والغرامة التأخيرية. والهدف من فرض هذه الجزاءات إجبار المتعاقد على تنفيذ ما التزم به في العقد دون تأخير أو تقصير وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد .

ثانياً : أهمية البحث وسبب اختياره : تأتي أهمية الموضوع من أن توقيع الإدارة للجزاءات ومنها المالية من أهم امتيازات الإدارة والتي يتم فرضها مباشرة ودون الرجوع إلى القضاء الأمر

الذي يستهدف دوام المرفق العام وانتظامه . وفي مقابل ذلك يكون للمتعاقد ضمانات لحماية حقوقه في مواجهة هذه السلطة المكفولة للإدارة .

وسبب اختيارنا للموضوع هو أننا الآن في العراق نشهد تزايداً كبيراً في إبرام العقود الإدارية التي لم تكن معروفة من قبل مثل عقود البوت بخصوص مطاري كربلاء والنجف ، وكذلك عقود إنتاج الطاقة الكهربائية في كردستان العراق ، وغيرها من العقود التي تظهر لنا مدى التعاون بين الإدارة العامة والقطاع الخاص بشأن الانتفاع من المرافق العامة ، وما ينشأ عنها من حالات تضطر فيها الإدارة إلى فرض الجزاءات على المتعاقد معها . الأمر الذي يلزمنا ببيان وتحديد النظام القانوني لفرض هذه الجزاءات . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن ندرة المؤلفات والبحوث والرسائل الجامعية التي تتناول هذا الموضوع في المكتبة العراقية تدفعنا للبحث فيه .

ثالثاً : هدف البحث : بيان وتحديد النظام القانوني لفرض الجزاءات المالية .

رابعاً : نطاق البحث : سيكون بحثنا في تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية والأساس القانوني لفرضها ، ومن ثم نبحث في نظامها القانوني وضمانات فرض هذه الجزاءات . وسيكون ذلك بشكل عام على كافة أنواع الجزاءات . إلا أننا سنفصل فيما بعد الحديث عن صور الجزاءات المالية وهي التعويض ومصادرة التأمينات والغرامات التأخيرية وسوف نستبعد من الدراسة التهديد المالي باعتبار أن الفقه والقضاء مستقرين على أن مجال هذا الجزاء هو العقود المدنية .

خامساً : مشكلة البحث : يتعلق النظام القانوني لفرض الجزاءات المالية بقواعد القانونين الإداري والمدني ولكل منهما خصائصه التي تميزه ، لذا يجب على الباحث دراسة جزئيات هذين القانونين والخروج بنظام قانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية .

سادساً : فرضية البحث : أن قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات الصادرة بموجبه رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ ، والشروط العامة للمقاولات بكافة أقسامها فضلاً عن القانون المدني . كل هذه القوانين والتعليمات والشروط غير كافية للإحاطة بالجزاءات المالية من كافة جوانبها تنظيماً وضمانات .

سابعاً : منهجية البحث : المنهاج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل ودراسة التشريع والفقه والقضاء على أساس المقارنة بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية في العراق وبين تلك السلطة في النظامين الفرنسي والمصري .

ثامناً : هيكلية البحث : يقتضي الإلمام بالموضوع تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على وفق الأتي :

المبحث الأول : مراحل تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات وأساسها القانوني

المبحث الثاني : النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقد الإداري وضمانات فرضها

المبحث الثالث : صور الجزاءات المالية

المبحث الأول

مراحل تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات وأساسها القانوني

مرت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بمراحل ثلاثة :

في المرحلة الأولى كانت الإدارة لا تستطيع أن تفرض سوى الجزاءات المنصوص عليها في العقد ، وفي المرحلة الثانية كان يمكن فيها للإدارة أن تستحصل على تعويض من الطرف المتعاقد معها بواسطة القاضي ، وفي المرحلة الثالثة اعترف القضاء فيها للإدارة بسلطة فرض الجزاءات بنفسها دون وساطة القاضي .

وبعد أن ننتهي من استعراض تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات نجد انه من اللازم أن نستكمل هذا الموضوع بالبحث في الأساس القانوني بسلطة فرض الجزاءات لذا سيكون هذا المطلب في فرعين وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات .

الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطه فرض الجزاءات .

المطلب الأول

مراحل تطور سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

سنعرض في هذا الفرع لتطور هذه السلطة من خلال ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : الاكتفاء بالجزاءات العقدية .

الفرع الثاني : فرض الجزاءات غير العقدية بوساطة القاضي .

الفرع الثالث : سلطه الإدارة في فرض الجزاءات غير العقدية بنفسها .

الفرع الأول

الاكتفاء بالجزاءات العقدية

حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كان المبدأ المقرر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد معها هي تلك المنصوص عليها في العقد الإداري فقط . وقد ظهر ذلك جليا من خلال حكمين :

الأول : صدر في ١٥ / ٧ / ١٨٨١ في دعوى D " Orleans a Rouen chemin de fer إذ قضى فيه : " انه من ناحية عدم تنفيذ الشركة الملتزمة لالتزاماتها في عقد الالتزام فأنها لا تلتزم بان تؤدي أية تعويضات للإدارة بسبب ذلك ، ما دام أن هذا العقد ينص صراحة على مجرد غرامات تطبق في حالات عدم تنفيذ الالتزامات التي ينص عليها ، وإسقاط الالتزام طبقاً لشكليات معينة ، ومصادرة التأمين المدفوع " [١].

---

(١) أورده : د . عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ١٧ ، ص ١٨ .

وفي حكم ثاني [١] صدر بتاريخ ١١ / ١ / ١٨٨٤في دعوة (level) إذ قضى المجلس : " بأنه لا يحق للإدارة المتعاقدة المطالبة بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من عدم التنفيذ في حاله خلو نصوص العقد من ذلك إذا العقد قد نص في المادة (٣٧) من دفتر الشروط على أن الملتزم يتحمل إسقاط الالتزام ما لم يوف بمختلف الالتزامات التي تقع عليه ، ولم يشترط العقد أي جزاء أخر ما لم يبدأ الملتزم الأعمال في المواعيد " .

ومن خلال الحكمين المذكورين يتضح أن الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية ، ومن ثم كان من المستحيل أن توقع جزاءات لم ينص العقد أو دفتر الشروط على حق الإدارة في توقيعها. وقد تعرض هذا القضاء لانتقادات من الفقهاء الفرنسيين فقد ذكر احدهم [٢] بأنه لا يمكن لأحد أن يعفي نفسه مقدماً من نتائج الأخطاء التي سوف يرتكبها .

وأضاف أخر [٣] بأنه من غير المقبول القول بأن الالتزامات المثبتة في العقد تكون مجردة من الجزاء في حالة مخالفتها على غير إرادة المتعاقدين ، إذ يجب تنفيذ كل التزام ، الأمر الذي يستلزم وجود جزاءات وهذا الأمر قد عولج في العلاقات بين الإفراد في مجال القانون الخاص مما يستدعي بالضرورة تنظيم فرض الجزاءات على مستوى القانون العام الذي سمته الرئيسية هي المصلحة العامة .

وقد دفعت هذه الانتقادات مجلس الدولة الفرنسي إلى تعديل هذا المبدأ القائل بالاكتفاء بالجزاءات ألعقديه وذلك بإمكانية فرض الجزاءات غير العقدية بوساطة القاضي .

---

(١) أورده : د. هارون عبد عزيز الجمل ، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كليه الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٧٩ ، ص٧ .

(٢) الفقيه كوبر (copper) أشار إليه : د. عبد المجيد فياض ، المصدر السابق ، ص ٣٠ .

(٣) الفقيه جيز (jeze) ، أشار إليه : المصدر نفسه ، ص ٣٤ .

الفرع الثاني

فرض الجزاءات غير العقدية بوساطة القاضي

أصدر مجلس الدولة الفرنسي في ٣١ / ٥ / ١٩٠٧ حكمه في دعوى دبلانك [١] Deplanque إذ ذكر فيه : (ولو أن دفتر شروط الالتزام لم ينص على جزاء للوقائع المنسوبة للمقاول بصفه صريحة ، فأنها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ لالتزامات ، ومن طبيعة تبرر منح تعويض بمدينة (تولوز) نظراً للضرر الذي لحقها من جراء ذلك) . وبهذا الحكم يكون مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن قضائه السابق الذي لم يكون يجيز فرض الجزاءات سوى العقدية منها . ويكون للإدارة أن تطلب التعويض بوساطة القاضي .

ويرى بعض الفقهاء [٢] بأنه على الرغم من أن قضاء مجلس الدولة قد أرسى مبدأ جديداً ، إلا انه لم يكن حلاً ناجعاً لتحرير الإدارة من **قيدين** : **الأول** : وجوب لجوء الإدارة إلى القضاء في حالة اتجاه إرادتهما للمطالبة بالتعويض عن أضرار تسبب فيها عدم تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته المنصوص عليها في العقد ، إذا لا يمكن أن تقدر الإدارة التعويض بنفسه ، من ثم تستحصله من المتعاقد معها بالتنفيذ المباشر .

والقيد الثاني : وجوب أن تكون الجزاءات المنصوص عليها في العقد والتي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها هي نفسها المؤشرة على المخالفات المحددة إزاء كل منها .

---

(١) أورده د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٢٧ . انظر في تفاصيل هذا الحكم والتعليق عليه من قبل مفوض الحكومة روميو (Romieu) ، د. محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر ، ص ٢١٤ وما بعدها .

(٢) د. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٣٣٧ . د. محمد عبد العال السناري ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ وما بعدها .

الفرع الثالث

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير العقدية بنفسها

تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي وحرر الإدارة من القيدين المذكورين سلفاً ، فقد حكم بتاريخ ١١ / ١٠ / ١٩٢٩ في دعوى شركة ملاحة جنوب الأطلنطي [١] بأنه : " إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر لدولة يكون من طبيعته ترتب الحق في التعويض ، فأنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تلتزم به الشركة " .

وبذلك اعترف القضاء الفرنسي بسلطة الإدارة في تحديد التعويض الذي تستحقه قبل المتعاقد بإرادتها دون حاجه للجوء إلى القاضي لاستصدار حكم بذلك .

وقد دعم الفقيه جيز (jeze) [٢] هذا التوجه القضائي إذ يرى أن الهدف بالنسبة للإدارة المانحة ليس تحقق فائدة مالية أو عقوبة الملتزم فالغالب أنها ليست هي الجهة التي تتحمل الضرر وإنما يتحمله المنتفعون بالمرفق . وهؤلاء لا يهمهم أن تحصل الإدارة على مبلغ من المال قل أو كثر ، فالمهم بالنسبة لهم هو سير المرفق العام بانتظام وان ينتفعوا بالخدمات المقدمة إليهم من المرفق العام المخصص لتأديتها لهم . وأضاف الفقيه بولاك (bolak) [٣] داعماً هذا التوجه بالقول بأن السماح للإدارة بأن تطبق بنفسها التعويضات دون اللجوء للقضاء يستبعد تماما مبادئ القانون المدني التي يكون اللجوء إلى القضاء بموجبها ضرورياً .

---

(١) أورده : المصدر نفسه ، ص ٣٣٨ .

(٢) أورده : د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص٣٨ .

(٣) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية

من المقرر أن الإدارة العامة بحكم تمتعها بمظاهر السلطة العامة وبحكم مسؤوليتها عن حسن سير المرافق العامة تتمتع بالعديد من الامتيازات التي لا يسمح بها القانون الخاص وأهم هذه الامتيازات : التنفيذ المباشر وهو يعني حق الإدارة في فرض الجزاءات بنفسها دون الحاجة للجوء إلى القضاء ويؤيد أغلب الفقهاء في فرنسا ومصر والعراق وجود هذا الحق ، ولكن على اختلاف فيما بينهم في المسوغ القانوني له . وهو ما سنعرض له من خلال فرعين ، وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس السلطة العامة .

الفرع الثاني : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس المرفق العام .

الفرع الأول

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس السلطة العامة

سنبحث في هذا الفرع موقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والعراق :

أولاً : موقف الفقه[1] والقضاء في فرنسا :

يرى العميد (Hauriou) هوريو أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة منها أن تفرض أي جزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليقضي لها بهذه الإجراءات.

(١) أورده : د.عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٥٣ وما بعدها .

ويرى (Vedel) فيدل أن من الامتيازات الرئيسية التي تملكها الإدارة تطبيق الجزاءات على متعاقدها المقصر بنفسها ، وبعض هذه الجزاءات ينتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة ويمكن تطبيقها منذ اللحظة التي تكون فيها ضرورية لضمان انتظام المرفق واستمراره.

ويذكر (Flume) فلام أن حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد يعتبر امتيازاً أصيلاً للسلطة العامة موجوداً من تلقاء نفسه لصالح الإدارة واختصاصاً متعلق بالنظام العام .

أما عن موقف القضاء في فرنسا فيظهر جلياً في الحكم الخاص بدعوة (Deplanque) دبلانك الذي يخلص إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توصف بأنها مستقلة عن النصوص التعاقدية ثم تطور هذا القضاء في دعوى شركة ملاحة جنوب الأطلنطي الذي أقر للإدارة بسلطة فرض الجزاءات الإدارية دون اللجوء إلى القضاء [١].

ثانياً : موقف الفقه والقضاء في مصر :

يرى البعض أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر يكمن في فكرة السلطة العامة بحجة ارتباط هذه الفكرة الوثيق بالعقد الإداري . إذ يمتد أثرها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد استثنائية ولو لم يكن منصوصاً عليها فيه ، لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تدمغ بها العقود التي تظهر فيها[٢].

ويؤكد آخرون أن فرض الجزاءات الإدارية هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وتطبيق لامتياز من أهم امتيازات الإدارة ، وهي سلطة التنفيذ المباشر[٣].

وبينت المحكمة الإدارية العليا أساس هذه السلطة بقولها " أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها ، وذلك بقصد

---

(١) د. أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧ ، ص ٣٣٨ .

(٢) د. محمد كامل ليلة ، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري ، دون دار نشر ، ١٩٦٢ ، ص ١٢٢ وما بعدها .

(٣) د. أحمد عثمان عياد ، المصدر السابق ، ص ٣٣٧ ، ص ٣٣٨ ، د. ثروات بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، دون دار نشر ، ١٩٦٨ ، ص ١٣٥ .

تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة ، كما أن الإدارة تعتمد في ابرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئتين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية ، مما يجعل سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذا حق توقيع جزاءات على متعاقدها بإرادتها المنفردة " [١].

ثالثاً : موقف الفقه في العراق :

يؤيد الباحث رأي بعض الفقهاء في أن الشرط الاستثنائي هو ذلك الذي يتسم بطابع السلطة العامة والتي لا يمكن النص عليه في عقود الأفراد . لأنه يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف في العقد [٢].

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس المرفق العام

سنبحث في هذا الفرع موقف الفقه في كل من فرنسا ومصر والعراق وعلى النحو التالي :

أولاً : موقف الفقه في فرنسا :

يرى (Jeze) جيز أن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري ، وعليه فإنه من المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حاسمة وفي هذا المجال يعجز القانون الخاص عن تقديم نظام ملائم نظراً لما تميزت به وسائل القانون الخاص من حتمية اللجوء للقاضي وما يتمتع به من سلطة تقديرية في السماح بإجراءات تعرقل حصول الدائن على تنفيذ فوري للإلزام ، بينما استخدام وسائل القانون العام يبين وبوضوح إرادة طرفي العقد الإداري في السماح للإدارة بتطبيق جزاءات القانون العام التي تهدف إلى أن تجعل من الممكن والسهل السير المستمر والمنتظم للمرافق العام [٣].

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ٢٥ / ٥ / ١٩٦٣ ، مجموعة ، س ٨ رقم (١١٦) ، ص ١٢٢٥ .

(٢) د. فاروق احمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، جامعة الموصل ، ١٩٩٢ ، ص ٤١ .

(٣) أورده : د.عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٥١ ، ص ٥٢ .

ثانياً : موقف الفقه في مصر :

يرى بعض الفقهاء [١] أن سلطة فرض الجزاءات تترتب على مبدأ وجوب سير المرافق العامة بانتظام واضطراد نظراً للعلاقة الوثيقة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام ، وباعتبار الإدارة مسؤولة عن تسيير هذا المرفق فأنه من اللازم أن تتخذ الإجراءات الكفيلة بإجبار متعاقدها على تنفيذ التزاماته ومن أهمها فرض الجزاءات .

ويؤيد آخرون[٢] هذا الاتجاه بالقول إن تطلب استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد ووجوب مقابلة قصور المتعاقد في تنفيذ التزاماته يستلزم فرض جزاءات .

ثالثاً : موقف الفقه في العراق :

يؤكد بعض الفقهاء [٣] أن أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات هو المرفق العام إذ يقول (يمكن القول أن أهم خصائص توقيع الجزاء الإداري إمكانية توقيع الإدارة له بنفسها وذلك بقرار تصدره من جانبها ، حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه في العقد ، لتعلق هذه السلطة أساساً بتنظيم وسير المرافق العامة) .

---

(١) د. توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دون دار نشر ، ١٩٥٥ ، ص ٧٩٤ ، د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دون دار نشر ، ١٩٦٣ ، ص ٣١٦ .

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٤ .

(٣) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨١ ، ص ٢٠٠ ، د. مصطفى سالم النجيفي ، العقود الإدارية والتحكيم ، الطبعة الأولى ، الأفاق المشرقة ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٢٠٥ .

إلا أن أغلب الفقهاء[١] يرون أن كلا الفكرتين سواء السلطة العامة أو مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام يلتقيان في نقطة واحدة وهي تحقيق المصلحة العامة.

ومن جانبنا نؤيد الرأي [٢] الذي يرى أن المرفق العام هو الأساس القانوني لفرض الجزاءات ذلك لأن استخدام طريق القانون العام يظهر بوضوح إرادة الطرفين المتعاقدين في السماح بتطبيق القواعد الخاصة الهادفة إلى أن تجعل من الممكن ومن الأسهل السير المستمر والمنتظم للمرفق العام الذي يتصل به العقد الإداري ، ومن هذه القواعد حق الإدارة بوصفها المسؤولة عن تسيير المرفق العام وضمان أفضل إشباع ممكن للمنتفعين من المرفق في اتخاذ الإجراءات السريعة والفعالة التي يجب أن تستجيب لاحتياجات هذا المرفق لمواجهة قصور متعاقدها عن تنفيذ التزاماته لتحقيق موضوع العقد أي ضمان سير المرفق العام والحيلولة دون تعطله .

(١) محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٣٢ ، د. خالد محمد مصطفى المولى ، الجزاءات المالية في العقد الإداري ، مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة ، العدد الثامن آذار ٢٠٠٧ ، ص ١٦٢ ، محمود خليل خضير ، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية ، دارسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٩٢ .

(٢) د.عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٦٦ وما بعدها .

المبحث الثاني

النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقد الإداري وضمانات فرضها

نظراً لأهمية الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته. كان من الضروري وضع نظام قانوني يحكم فرض هذا الجزاءات ، وفي مواجهة سلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات أقتضى وجود ضمانات للمتعاقد كفلها المشرع واقرها القضاء ، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو التالي :

المطلب الأول : النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقد الإداري .

المطلب الثاني : ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات .

المطلب الأول

النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقد الإداري

تخضع الجزاءات الإدارية لنظام قانوني يختلف عن نظام الجزاءات في العقود المدنية الأمر الذي سنبينه ، علماً أن دراستنا في هذا المطلب ستكون عن النظام القانوني للجزاءات بشكل عام ومن ثم نفصل النظام القانوني لصور الجزاءات المالية في موضعه في هذا البحث ، وعليه نقسم هذا المطلب إلى ستة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : امتياز المبادرة .

الفرع الثاني : سلطة الإدارة في فرض الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد الإداري .

الفرع الثالث : جواز الجمع بين الجزاءات المتعددة .

الفرع الرابع : عدم جواز اتخاذ أي إجراء لإعاقة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات .

الفرع الخامس : فرض الإدارة للجزاءات في الوقت المناسب دون الحاجة لإثبات الضرر .

الفرع السادس : تعدد وتنوع الجزاءات .

الفرع الأول

امتياز المبادرة

ويعني امتياز المبادرة حق الإدارة في فرض الجزاءات بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، الأمر الذي يجعل المتعاقد مع الإدارة في موقف المدعي دائماً . وهذا الامتياز لا نجد له نظيراً في القانون الخاص [١].

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية بإرادتها المنفردة على المتعاقد الممتنع أو المتقاعس عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، تجد تسويغاً لها في أهمية المحافظة على المرافق العامة وسيرها بشكل منتظم . إذ أن الاعتماد على قواعد القانون الخاص في وجوب استصدار حكماً قضائياً يستغرق وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة ، الأمر الذي لا يتناسب مع ضرورة اتخاذ الإدارة لإجراءات سريعة لعلاج تقصير المتعاقد معها ، ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام .

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر : " أن لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتياز للجهة الإدارية لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض ، وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية " [٢].

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد الإداري

ينص العقد عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للإدارة أن تفرضها على المتعاقد المقصر ، ولكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة فرض الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى و لو لم ينص عليها في العقد ، وإذا تضمن بعضها

---

(١) د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ١٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم (٦٤٣١) لسنة ١٩٤٢ جلسة ٢١ / ١١ ، أورده : د. نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، حلب ، دون تاريخ نشر ، ص ١٤٩ ، ص ١٥٠ .

فإن هذا لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما نص عليه العقد ، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن تفرض على المتعاقد المقصر جميع أنواع الجزاءات المقررة في حالة شروط فرضها ، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في ١٣ / ٣ / ١٩٠٧ في دعوى (Deplanque) ديبلانك [١] الذي سبق وأن اشرنا إليه .

وقد سار مجلس الدولة المصري في أحكامه على النهج الذي سلكه نظيره الفرنسي ويمكن إجمال المبادئ التي قررها بهذا الشأن فيما يلي [٢] :

(أ) : عدم وجود نص في العقد على جزاءات لا يحرم الإدارة من حقها في توقيع جزاء على المخالفة .

(ب) : إن النص على بعض الجزاءات لا يمنع الإدارة من توقيع جزاءات أخرى .

(ج) : النص على جزاءات بخصوص مخالفة معينة لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات أخرى على مخالفات أخرى .

(د) : إذا تم النص على جزاء على خطأ معين وضع له جزاء محدد يجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره .

في العراق أقرت محكمة التمييز ذات المبدأ في حكمها بتاريخ ٢٠ / ١ / ٢٠٠١ . إذ نصت على أن " ... توقف المدعي عن إتمام العمل يعد إخلال من جانبه بالتزامه التعاقدية، ويكون اتجاه دائرة المدعي عليه إلى سحب العمل من المدعي .. إعمالا لامتيازها في إيقاع هذا الجزاء في نطاق العقد الإداري ولو لم إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته. استناداً للقواعد العامة التي يقوم عليها العقد الإداري ولو لم ينص عليه العقد ... " [٣].

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٨١ .

(٢) د.سعاد الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٣ .

(٣) أورده : بلاوي ياسين بلاوي ، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ٢٠١١ ، ص ٣٨ .

الفرع الثالث

جواز الجمع بين الجزاءات المتعددة

يجوز الجمع بين جزاءات متعددة ما دام قد تحقق السبب المستوجب لكل منها . إذ تستقل الأسباب المؤدية لفرض هذه الجزاءات عن بعضها البعض من حيث الطبيعة والوجهة والغاية[١] . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها على أنه " ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الإداري طالما قد تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها . فغرامة التأخير ليست مرتبطة بإثبات الضرر الذي يقع من جراء التأخير في التنفيذ ، بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير وجزاء يوقع بسبب تأخير التوريد ، أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد (التقصير الجسيم) فإذا كان الثابت أن نصوص العقد تجيز بعد الاعذار توقيع الغرامة عن التأخير في التوريد ثم التنفيذ المباشر بالشراء على حساب المتعهد إذا لم يورد الأصناف المتعاقد عليها مع اقتضاء فرق الثمن والمصاريف الإدارية ، ثم إلغاء العقد عند العجز في توريد أكثر من رسالة . فيكون ما أجراه سلاح خدمة الجيش مع المدعي من توقيع الغرامة لتأخره في التوريد ، ومن الشراء على حسابه ، ثم إلغاء العقد عندما تكرر التأخير متفقاً مع نصوص العقد ويكون ما يثيره المدعي من عدم جواز الجمع بين هذه الجزاءات غير سديد " [٢] .

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، القرار الإداري _ العقد الإداري ، مكتبة الهداية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٤١٤ ، ص ٤١٥ .

(٢) محكمة القضاء الإداري ، السنة الثانية عشر ، قضية رقم (٤١٨٦) لسنة ٩ ق ، بتاريخ ٢٤ / ١١ / ١٩٥٧ – بند ١٧ ، ص ٢٣ ، أورده : المصدر نفسه ، ص ٤١٤ .

الفرع الرابع

عدم جواز اتخاذ أي إجراء لإعاقة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

لما كان توقيع جزاءات على المتعاقد يهدف إلى حق تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه لكي تتحقق المصلحة العامة وكذلك الإقرار بسلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات دون حاجة للجوء إلى القضاء فإنه لا يجب أن يحول بين الإدارة وبين استعمال حقها في توقيع الجزاءات التعاقدية أي إجراء وأي كانت صورته .

ويعني ذلك أنه على عكس الحال بالنسبة للقرارات الإدارية فإن القضاء لا يستطيع أن يأمر بوقف تنفيذ الجزاءات في حالات الطالبات المستعجلة [١].

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الإدارية العليا في مصر " لما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار بحكم من القضاء . فإنه لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأية صورة من الصور مهما يكن من أمر ما يدعيه المدعي في هذا الشأن عند نظر أصل الموضوع . وذلك أن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشا بين الإفراد والإدارة بل يجب أن تعلو المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بتسيير مرفق عام ، وإنما تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إذا كان لذلك أساس من القانون " [٢].

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري – المقومات – الإجراءات – الآثار ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، دون تاريخ نشر ، ص ٢٨٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، طعن (١١٠٩) لسنة ٨ ق ، بتاريخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٣ ، المجموعة ، السنة ٩ – بند ٢٩ ، ص ٣٢٨ . أورده : عليوة مصطفى فتح الباب ، نظام عقود الإدارة ، الكتاب الأول ، للمرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ ، دراسة عملية في ضوء الأحكام والفتاوى (إدارة الفتوى والتشريع بوزارة العدل – الإمارات – موسوعة الإمارات القانونية والإدارية ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٥١ .

الفرع الخامس

فرض الإدارة للجزاءات في الوقت المناسب دون حاجة لإثبات ضرر

إن الإدارة غير ملزمة بتوقيع الجزاء في وقت معين طالما لم يلزمها العقد بذلك فلها سلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب وحسب مقتضيات سير المرفق العام[١].

تملك الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين ، ذلك لأن هدف فرض الجزاءات الإدارية عند الإخلال في تنفيذ العقد ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما يهدف أساساً إلى حسن سير المرافق العامة بانتظام تحقيقاً للمصلحة العامة [٢]. وفي هذا الشأن حكمت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن " من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد ، لذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر " [٣].

---

(١) وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية تلك القاعدة إذا قررت انه " باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين ، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة . ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفئ إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته ، وقد يكون هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفي حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ ، كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين . ولا يملك المتعاقد المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه وأن تراخيها قد أساء إليه إذا لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره " حكم المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٩٦٧ ، الطعن رقم (٩٨٨) لسنة ٩ ق ، المجموعة س ١٢ ، ص ١٠٨٥ . أورده : د. إبراهيم محمد علي ، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٧١ ، ص ٧٢ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٧٠ ، ص ٧١ .

(٣) الحكم الصادر بتاريخ ٢١ / ٣ / ١٩٧٠ س ١٥ ، ص ٢٢٢ . أورده : د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٧٧ .

في العراق ذهبت محكمة التمييز في نفس الاتجاه إذ قررت في أحد أحكامها " ... استقر قضاء محكمة التمييز على أن العقود التي تبرمها الإدارة والمؤسسات الحكومية ذات الطبيعة الاقتصادية العامة تعتبر من عقود المرافق العامة التي تفترض تحقيق الضرر بمجرد التأخير في إنجازها ما لم يكن هناك سبب أو عذر قانوني مقبول ... " [١].

وقررت كذلك في حكم أخر لها " ... المحكمة لا تملك ولا يملك الخبراء بأي حال من الأحوال تخفيض مبلغ الغرامة لأنه خارج عن نطاق خبرتهم ولا يمكنهم أن يتصدوا إليه ، إذ أن المقاول في العقد الإداري بعد أن وافق على مبلغ الغرامة ليس له أن يناقش ذاك بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير لأن الضرر مفترض سلفاً في العقود الإدارية ... " [٢].

الفرع السادس

تعدد وتنوع الجزاءات

تتنوع الجزاءات التي تملك الغدارة فرضها على المتعاقد المقصود في إدارة التزاماته ، إلا أنه يمكن رد هذه الجزاءات إلى أربعة أنواع رئيسية :

أولاً : الجزاءات المالية : وهي عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته ، ويدخل في هذا النوع التعويض والغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات .

ثانياً : الجزاءات الفاسخة : والتي تنهي الرابطة التعاقدية .

ثالثاً : الجزاءات الضاغطة : والتي تستهدف إجبار المتعاقد المقصر أو المتخاذل عن الوفاء بالتزاماته .

رابعاً : الجزاءات الجنائية : والتي تطبق في حالات نادرة وتجمع هذه الأنواع فلسفة معينة تسيطر عليها جميعاً ، وهي أن هذه العقوبات تنطوي على معنى العقوبة ، ولا تتضمن على

---

(١) أورده : بلاوي ياسين بلاوي ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

(٢) أورده : د. إبراهيم طه الفياض ، تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية القضية (٥١٥) مدنية أولى / ٧٢ ، جلسة ١٥ / ١١ / ١٩٧٢ ، مجلس الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الثالثة ، العدد الأول ، ص ١٩٩ .

معنى التعويض كما هو الحال في الجزاء المدني ويرجع ذلك إلى أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي وإنما فيه مساس بالمرافق العامة التي تتصل بالعقد ، واتصال العقد بالمرفق وضرورة المحافظة على مبدأ سير المرفق العام بانتظام يوجب أن تكون الجزاءات المالية المترتبة على هذا الإخلال شديدة [١] .

وعليه يمكن القول أن الجزاءات الإدارية ليس الغرض منها تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما يسعى إلى تأمين سير المرافق العامة ، وبالتالي هي ليست عقوبة تفرض على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته ، ولكنها وسيلة لتأمين سير المرافق العامة .

المطلب الثاني

ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

تمثل سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد في العقد الإداري امتيازا كبيرا للإدارة غير معروف في العقود المدنية. وهذا لا يعني أن تكون هذه السلطة مطلقه دون ضمانات يتمتع بها المتعاقد في مواجهه سلطه فرض الجزاءات عليه . وعليه سنتناول هذه الضمانات بالشرح في ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : ضرورة أعذار المتعاقد

الفرع الثاني : رقابة القضاء على فرض الجزاءات

الفرع الثالث : عدم إمكانية فرض الجزاءات الجنائية

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين ، تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ١٤٦ ، ص ١٤٧ .

الفرع الأول

ضرورة إعذار المتعاقد

ضرورة أعذار المتعاقد قبل اتخاذ الجزاءات الإدارية بحقه يقصد بالأعذار طبقا للقواعد العامة إثبات حاله تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً [١] ، والهدف منه تنبيه المتعاقد إلى مخالفه شروط العقد وان ذلك سوف يؤدي إلى تقصير في التنفيذ مما يؤدي إلى الأضرار بالمرفق العام .

وسوف نبحث في قواعد الاِعذار في كل من فرنسا ومصر والعراق وعلى النحو التالي :

أولاً : الاِعذار في فرنسا : يسلم الفقه الفرنسي (من حيث المبدأ) بضرورة أعذار المتعاقد بعدم تنفيذ التزاماته ، وكذلك تعذره بالجزاء الذي سوف يفرض عليه في حاله عدم امتثاله.

ويفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة (كقاعدة عامة) أن تـنذر المتعاقد وتنبهه إلى خطئه قبل فرض الجزاء ، وبذلك يكون تاريخ الأعذار هو التاريخ المستحق للتعويض [٢].

وقد سمح القانون الفرنسي باستثناءات على قاعدة الاِعذار في بعض حالات وهي :

(أ) : إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بإعفاء الإدارة من الأعذار . [٣]

(ب) : يمكن استخلاص الإعفاء من الظروف الخاصة بكل دعوى فأن كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة كالتوريد في المواد العسكرية خلال زمن الحرب فان المتعاقد يعتبر معذراً بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ ، وعليه لا يستلزم أعذاره قبل فرض الجزاء.

(ج) : لا محل للاِعذار في حاله ما إذا قطعت الظروف بعدم جدواه [٤].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء (٢) ، ١٩٥٦ ، ص ٨٣ .

(٢) د.عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٣) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

(٤) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٤ .

(د) : ويجب أن يتضمن الأعذار بيان المخالفات التي ارتكبها المتعاقد مع الإدارة ، وكيفيه تفادي هذه المخالفات ويتضمن أيضاً تحديد المدة الواجب تصحيح هذه المخالفات خلالها [١].

(هـ) : ويسقط الأعذار إذا اتخذت الإدارة مسلكا ينم عن ما يخالف الهدف من الأعذار كالتفاوض مع المتعاقد بعد أعذاره من اجل استئناف الأعمال على أسس جديدة تنفيذا للعقد فإذا فشلت هذه الأسس فان الأعذار لا يعد قائما ويستلزم أعذاره من جديد[٢] .

ثانياً : الاِعذار في مصر : يرى بعض فقهاء القانون العام وجوب إعمال نصوص القانون المدني المتعلقة بالأعذار باعتبارها قواعد عامة . وعلى ذلك يلزم أعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء ضده.

وان الأعذار ليس ملزما في حالة إقرار المتعاقد بعدم نيته في تنفيذ التزاماته أو عندما يصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد أو بسبب الطابع العاجل للعمل المتفق عليه أو في حالة الغش ويجب تقييد الإدارة بفرض الجزاء ذاته المبين في الأعذار دون غيره[٣] .

بينما يرى البعض الأخر من الفقهاء بأنه ليس هناك ما يلزم الإدارة أن تعذر المتعاقد قبل فرضها للجزاءات [٤] . ولم يكن القضاء في مصر مستقرا بهذا الشأن فقد أقرت محكمه القضاء الإداري في قرر لها مبدأ وجوب أعذار المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بالجزاء قبل فرضه عليه مسترشدة بذلك بنصوص القانون المدني [٥]، ثم أقرت في قضاء أخر بان الأعذار ليس ملزما وإنما هو مستحسنا مما يحفز المتعاقد على تنفيذ التزامه . ثم عادت

---

(١) د. عبد المجيد فياض ، المصدر السابق ، ص ٩٥ .

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

(٣) د. فؤاد العطار ، عقد الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، كية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٢٥٢ أشار إليه : د. حسان عبد السميع هاشم ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

(٤) د. أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص ٣٦٨ .

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري الصادرة في ١٢ / ٦ / ١٩٥٣ . أورده د. عبد المجيد فياض ، المصدر السابق ، ص ٣٦٨ .

نفس المحكمة مرة أخرى وأقرت وجوب الأعذار قبل فرض الجزاء استنادا للمادة (١٥٧) من القانون المدني المصري [١]. وتتضمن لائحة المناقصات والمزايدات بعض النصوص التي تستوجب أعذار المتعاقد في أحوال معينه ، فقد قررت فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول إذا أخل بأي شرط من شروط ، أو أهمل أو اغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح اثر ذلك خلال خمسه عشر يوما من تاريخ إخطاره كتابه بالقيام بإجراء هذا الإصلاح [٢].

ثالثاً : الاِعذار في العراق : في الوقت الذي نصت فيه الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية على أن " ((لصاحب العمل)) بعد إعطاء ((المقاول)) إنذاراً أو إشعاراً تحريرياً لمدة أربعة عشر يوماً أن يسحب ((العمل)) ويضع اليد على ((الموقع)) و ((الأعمال)) أو يخرج ((المقاول)) منها في أي من الحالات التالية دون الرجوع إلى المحكمة ... "[٣]، لم تكن هناك نصوصاً أخرى تستوجب الاِعذار في فرض جزاء الغرامة التأخيرية على المقاول " .

وهذا يعني أن المشرع العراقي لم يكن له موقفا موحدا بالنسبة لوجوب الأعذار في كافة الجزاءات [٤] ، ويرى بعض الفقهاء وجوب إتباع قواعد القانون المدني التي تستوجب الأعذار حتى يكون التعويض مستحقا [٥]، ما لم ينص القانون على غير ذلك [٦].

ونحن مع الرأي [٧] الذي يرى وجوب أعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء باستثناء جزاء وضع المرفق تحت الحراسة نظرا لطبيعة هذا الجزاء ولأنه يقصد به مواجهه توقف المرفق العام بالسرعة الممكنة الأمر الذي لا ينسجم مع التأخير الذي قد يتسبب فيه إجراء الأعذار.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١١/ ١ / ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س١٠ ، ص١٤٠ .

(٢) م ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩.

(٣) م ٦٥ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط .

(٤) د. خالد محمد مصطفى المولى ، الجزاءات المالية في العقد الإداري ، دراسة مقارنه ، مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة ، العدد ١٨ آذار ٢٠٠٧ ، ص ١٧٩ ، د. فاروق احمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ ، د . مصطفى سالم النجيفي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .

(٥) م ٢٥٦ من القانون المدني العراقي .

(٦) م ٢٥٨ من القانون المدني العراقي .

(٧) د. فاروق احمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ ، ص ١٣٨ .

ونؤيد الرأي[١] الذي يذهب إلى القول بأن الأعذار لا يرقى إلى مرتبة الشرط الضروري لصحة فرض الجزاءات الإدارية ، ذلك أن ضرورة الأعذار في علاقات القانون الخاص ليست هي بالقدر نفسه في علاقات القانون العام نظرا لتغليب المصلحة العامة في هذه العلاقات على المصالح الفردية ، وان صفه الجوازية أو الوًجوبية على الأعذار مرهونة بمشيئة الإدارة وبقدر ما يحقق هذا الأعذار من مصلحة عامة .

الفرع الثاني

رقابة القضاء على فرض الجزاءات

من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد هو حقه في اللجوء إلى القضاء لرفع ما فرض عليه من جزاءات وهو حق مكفول قانوناً ولا نزاع فيه ، فضلاً عن كونه من النظام العام وأن أي شرط في العقد يقضي باستبعاده يعد باطلاً ولا أثر له[٢] .

ويلاحظ أن رقابة القضاء رقابة واسعة تشمل المشروعية والملائمة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى تتفاوت سلطة القاضي ضيقاً ووسعاً باختلاف الجزاء المفروض على المتعاقد ، وعليه ستكون دراستنا في هذا الفرع على النحو التالي :

أولاً : نطاق رقابة القضاء على سلطة فرض الجزاءات : تخضع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في العقود الإدارية للرقابة اللاحقة من جانب القضاء . ويلاحظ أن هذه الرقابة واسعة تشمل إلى جانب مشروعية قرار فرض الجزاء تشمل أيضاً تناسب الجزاء الذي فرض على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه :

(أ) : رقابة المشروعية : تعني المشروعية كل ما هو مطابق للقانون ولن يتحقق ذلك إلا بكفالة رقابة القضاء على نشاط الإدارة [١]. والرقابة على المشروعية تشتمل على عيوب الشكل الشكل والاختصاص والمحل الانحراف بالسلطة ومخالفة القانون [٢] .

([١]) د. إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .

([٢]) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٩٩ .

ويتحقق عيب الشكل : عندما لا تلتزم الإدارة بالإجراءات والشروط الشكلية المفروض إتباعها عند ممارستها لسلطتها في فرض الجزاءات . وعيب الشكل لا يتعلق بالنظام العام ، لذا لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إذا لم يثيره أصحاب الشأن الواقع عليهم عبء الإثبات [٣] .

ويتحقق عيب عدم الاختصاص : عندما يصدر القرار ممن لا يختص بإصداره قانوناً . وتعد قواعد الاختصاص من النظام العام وعليه يكون عيب الاختصاص من النظام العام لذا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه . إذا لم يثيره الخصوم . كما يجوز الدفع بهذا العيب في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب أيضاً عدم التوسع في تفسير قواعده [٤]. كما لا يجوز تصحيح القرار المعيب بعدم الاختصاص لاحق كالتصديق عليه ، أو بإقرار السلطة المختصة [٥]. **وبتحقيق عيب المحل** : عندما تخرج الإدارة على أحكام القانون سواء المكتوب أو غير المكتوب . لذا يعد عيب المحل من أكثر أوجه الإلغاء من الناحية العملية [٦].

أما عيب الانحراف بالسلطة : فأنه يتحقق في حالة استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أم أنها مغايرة للغاية التي حددها القانون [٧].

(ب) : رقابة الملائمة : تمتد رقابة القضاء لتشمل البواعث التي حدت بالإدارة إلى فرض الجزاء ، كما تتناول أسبابه ، فيقدر القاضي ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة ، وما إذا كان الجزاء الذي فرضته الإدارة عليه يتناسب مع الخطأ المنسوب إليه .

---

(١) د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٧١ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٣١٤ .

(٣) د. يحيى الجمل ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ٤٠٩ .

(٤) د. ماهر صالح علاوي ، المصدر السابق ، ص ٣١٦ .

(٥) بلاوي ياسين بلاوي ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .

(٦) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٥٦٤ .

(٧) د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٢٩٥ .

وفي حالة عدم تناسب الجزاء مع الوقائع المنسوبة للقاضي يمكن له أن يقضي بعدم صحة الجزاء المبالغ فيه ، ويعدل في الجزاءات المفروضة عليه بأن يفرض جزءاً أخف من الجزاء الذي فرضته الإدارة . إذا اتضح أن الخطأ المنسوب للمتعاقد لم يكن جسيماً أو كافياً لتوقيع الجزاءات المفروضة [١].

ثانياً : مدى سلطة القضاء على مواجهة الجزاءات غير المشروعة وغير الملائمة : يعد القضاء الإداري ضمانة هامة وضرورية لحماية حقوق المتعاقد من تجاوز الإدارة لحدود سلطاتها الجزائية ، إلا أن سلطات القاضي تختلف باختلاف الجزاءات غير المشروعة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد [٢]. ففيما يتعلق بالجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال كما أن للقاضي الحق بالتزام الإدارة بأن ترد للمتعاقد معها ما حصلته منه من تعويضات أو غرامات تأخيرية أو تأمينات قد صادرتها من دون وجه حق [٣].

وفيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض عنها ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات .

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذه المبادئ في أحد أحكامها " إذ قالت أن شطب اسم المتعهد من سجل الموردين لاستعماله الغش والتواطؤ يجب أن يستند القرار الصادر به إلى أساس من الواقع أو القانون . وانتفاء ذلك يجعل القرار فاقداً لركن السبب . ويترتب على ذلك توافر ركن الخطأ وانعقاد مسؤولية الإدارة " [٤].

---

(١) د. عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٢٥ .

(٢) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٦ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩ / ٤ / ١٩٨١ ، في القضية رقم (٢١١٥) لسنة ٣٠ ق . أورده : د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٧ .

الفرع الثالث

عدم إمكانية فرض الجزاءات الجنائية

إذا خالف المتعاقد مع الإدارة شروط العقد أو دفاتر الشروط فلا تملك الإدارة فرض الجزاءات الجنائية عليه من تلقاء نفسها . وعلى الرغم من أن الإدارة تملك إصدار لوائح الضبط وتستطيع أن تضمنها عقوبات جنائية تفرض على من يخالف أحكام هذه اللوائح إلا أن هذه اللوائح تطبق على جميع الأفراد سواء أكانوا في مراكز تعاقدية مع الإدارة أم من الغير ، وفرض هذه العقوبات ليس لمجرد مخالفة شروط العقد وإنما لمخالفة أحكام اللائحة .

إذا استخدمت الإدارة هذه السلطة ووضعت لائحة الضبط المتضمنة لجزاءات جنائية لغرض ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ، فإن تصرفها يكون منطوياً على إساءة استعمال السلطة ، ومن ثم جاز للمتعاقد الطعن فيه[١] .

في العراق أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل القرار رقم (١١٣٣) في ٤ / ١٢ / ١٩٨٤ وبموجبه منحت الإدارة الحق في اتخاذ بعض التدابير ضد المتعاقد معها بغية حملهم على تنفيذ التزاماتهم على الوجه المطلوب ، ومن هذه التدابير منح الوزراء ومن هم بدرجتهم والمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد على أسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ المشاريع والأعمال المحالة إلى عهدتهم بدون عذر مشروع . وتم إلغاء هذه الصلاحية بموجب أحكام دستور العراق ٢٠٠٥ [٢].

ويمكن للإدارة أن تفرض الجزاء الجنائي على المتعاقد في حالتين : الأولى : أن ينص القانون على اعتبار خطأ معين جريمة جنائية . والثانية : في حالة مخالفة الالتزامات المفروضة بمقتضى لوائح الضبط الإداري العام أو الخاص والمطبقة عليه شأن غيره من المواطنين [٣].

---

(١) د. عزيز الشريف ، دراسات في العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ١٥١ وما بعدها .

(٢) المادة (١٢) الفقرة (أ) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ .

(٣) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ .

المبحث الثالث

صور الجزاءات المالية

المقصود بالجزاءات المالية هي المبالغ التي تستطيع الإدارة أن تطالب بها لتغطية الأضرار الحقيقية التي لحقت بها جراء خطأ المتعاقد معها .

الجزاءات المالية نوعان : منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد ، ومنها ما يقصد به فرض عقاب على المتعاقد بقطع النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة .

وسوف نتناول في هذا المبحث صور هذه الجزاءات من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : التعويض .

المطلب الثاني : مصادرة التأمينات .

المطلب الثالث : الغرامة التأخيرية .

المطلب الأول

التعويض

في البدء يجب أن نقر بأن بعض الفقهاء [١] لا يدخل التعويض ضمن قائمة الجزاءات المالية باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص . إلا أننا نرى مع أغلب الفقهاء[٢] غير ذلك ونعتبره من الجزاءات المالية وحجتنا في ذلك أنه طالما أصبحت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر مستقرة فقهاً وقضاءاً ، فأنه لا ضير من الإقرار لها بسلطة فرض التعويض ، فضلاً عن انه ليس هناك من مسوغ لاستثناء هذه الجزاءات ، كما أن فرض

---

(١) د. أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ ، د. محمد عبد العال السناري ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ ، د. إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ٢٠٨ .

(٢) د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ ، د. محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ ، د. فاروق أحمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ ، د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

التعويض يعد إعمالاً لسلطة الإدارة في التنفيذ المباشر . ونضيف هنا أيضاً أن هذه السلطة في فرض التعويض تقابلها ضمانة هامة وهي رقابة القضاء على فرضها .

وللإلمام بموضوع التعويض سوف يكون هذا المطلب في ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : تعريف التعويض وشروطه .

الفرع الثاني : كيفية تقدير التعويض وتحصيله .

الفرع الثالث : جواز الجمع بين التعويض وجزاءات أخرى .

الفرع الأول

تعريف التعويض وشروطه

سنبحث في هذا الفرع تعريف التعويض ومن ثم شروطه وعلى النحو التالي :

أولاً : تعريف التعويض :

التعويض : هو المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حال سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي أخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال [١] .

ويرى بعض الفقهاء _ وبحق _ أن التعويض في العقود الإدارية له دور أقل من الدور الذي يلعبه في العقود المدنية ، إذ أن أي تعويضات مهما كانت قيمتها لا تعتبر دائماً عوضاً عادلاً عن الضرر الذي يحدث للإدارة وذلك لتعلق الفائدة من العقود الإدارية بأشخاص هم ليسوا أطرافاً في العقد بل منتفعين من خدمات المرفق الذي يتعلق به ذلك العقد ، فالأفراد هم المنتفعون من العقود الإدارية ولا يهمهم سوء الانتفاع بالخدمات[٢] .

---

(١) د. حسان عبد السميع هاشم ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

(٢) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

ثانياً : شروط فرض التعويض :

إن نظرية التعويض في العقود الإدارية تقترب من النظرية المقابلة في عقود القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، وفي اشتراط ركن الضرر ، ولكن تبتعد عنها فيما يتعلق بطريقة فرضها وكذلك كيفية التحصيل[١] .

ويشترط لفرض جزاء التعويض عدة شروط وهي :

(أ) : **الخطأ العقدي** : يعتبر المدين مخطئاً إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته ، فمجرد عدم قيامه بتنفيذ التزاماته يعتبر خطأ موجباً لمسؤوليتها التعاقدية ، ويلزم بتعويض الدائن بما أصابه من ضرر يستوي في ذلك أن يكون عدم تنفيذ الالتزام ناتجاً عن عمد أو عن إهمال أو تقصير .

(ب) : **تحقق الضرر** : يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر محققاً بسبب خطأ متعاقد مع الإدارة ، وتدور المسؤولية العقدية مع الضرر وجوداً وعدماً وشدة وضعفاً . فلا مسؤولية حيث لا ضرر . ويشترط في الضرر المطلوب التعويض عنه أن يكون ضرر مباشراً وهو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكابه ، ولا يستطيع المضرور توقعه بجهد معقول . ولا يكون الضرر مباشراً إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فيه طبقاً للمجرى المعتاد للأمور[٢].

(ج) : **عدم إمكانية التنفيذ العيني** : تهدف الجزاءات المالية إلى حث المتعاقد على تنفيذ ما التزم به مع الإدارة في العقد الإداري ، فإذا كان تنفيذ الالتزام ما زال ممكناً فلا يصير التنفيذ عن طريق طلب التعويض .

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه : " من الأصول العامة للالتزامات والتي تسري على العقود الإدارية والعقود المدنية على حد سواء أنه إذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن فإن المدين يجبر عليه (المادتان ١١٩ ، ٢٠٣ مدني) وأنه لا قيام للمسؤولية العقدية في مجال التنفيذ العيني إذ أنه متى كان التنفيذ العيني ممكناً فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ .

---

(١) د. محمد سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٧ ، ص ٤٨٨ .

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .

ويبنى على ذلك أنه لا قيام للمسؤولية العقدية سواء كان محل الالتزام دفع مبلغاً من النقود إذ يكون التنفيذ العيني ممكناً دائماً " [١].

رابعاً : أعذار المتعاقد مع الإدارة : بالتطبيق للمادة (١١٤٦) من القانون المدني الفرنسي فإن التعويض لا يستحق إلا بعد اِعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك ، وطبقاً للمادتين (٢٥٦ و ٢٥٨) من القانون المدني العراقي فإن التعويض لا يستحق إلا بعد الاِعذار .

الفرع الثاني

كيفية تقدير التعويض وتحصيله

سمح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بأن تحدد بنفسها قيمة التعويض وتلزم المتعاقد الأخر بها . وكذلك سمح التشريع الفرنسي للإدارة بأن تلجأ إلى تحصيل التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة[٢]. إلا أنه لا يجوز للإدارة أن تقرر خصم التعويضات من التأمين المالي المقدم من المتعاقد إلا إذا كان هناك شرطاً عقدياً يسمح بذلك [٣].

أما عن الوضع في مصر فإن المادة (٢٦) من قانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات تنص على أنه " في جميع حالات فسخ العقد ، وكذلك في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية . كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة ، أو تستحق للمتعاقد لديها ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاتها لدى أي جهة إدارية أخرى لديها أي كان سبب الاستحقاق ، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية " . وعلى ذلك يكون المشرع المصري قد أجاز للإدارة أن تحدد التعويض بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستصدار حكم قضائي ، وكذلك منحها سلطة تحصيل هذه التعويضات بأسلوب أوامر الدفع .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٦٧ ، المجموعة _ س ١٢ ، ص ١٨٥ .

(٢) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٨٦ .

(٣) المصدر نفسه ، ص ١٨٤ .

وفي العراق لا يوجد سند قانوني أو أحكام قضائية تقرر للإدارة حق تقدير التعويض بمعزل عن القضاء . ونحن مع الرأي الذي يقول بإمكانية تضمين العقد شرطاً يخول الإدارة سلطة تقدير التعويض واستحصاله من المتعاقد المقصر معها من التأمينات النهائية المقدمة منه [١]. هذه السلطة تقابلها ضمانة للمتعاقد في إمكانية اللجوء للقضاء للنظر في صحة قرار فرض التعويض ومداه [٢]. وندعو المشرع العراقي إلى إدراج نص في قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ يمنح الحق فيه للإدارة بأن تدرج شرطاً في العقود الإدارية يمكنها من تقدير مبلغ التعويض المستحق لها .

الفرع الثالث

جواز الجمع بين التعويض وجزاءات أخرى

سنجيب في هذا الفرع على سؤال مفاده : هل يمكن للإدارة أن تجمع بين جزاء التعويض وجزاء مصادرة التأمينات ؟

في فرنسا اعتبر الفقه والقضاء الفرنسيين أن شرط مصادرة التأمينات المفروض في العقد لصالح الإدارة يعتبر بمثابة تقدير جزافي للتعويض عن عدم التنفيذ . وبذلك لا تكون الإدارة على حق في طلب أية تعويضات أخرى متميزة عن التأمينات والتي أصبحت من حقها [٣].

في مصر كان لجهتي القضاء رأيين مختلفين :

الأول : ترددت المحكمة الإدارية العليا بين مذهبين يرى أحدهما أن شرط مصادرة التأمينات المنصوص عليها في العقد هو في حقيقته تعويض اتفاقي أو شرط جزائي وبذلك يجب قصر التعويض عليه. بينما يرى المذهب الأخر أن مصادرة التأمينات تمثل الحد الأدنى للتعويض ،

---

(١) د. فاروق أحمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥.

(٢) د. محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ ، د. مصطفى سالم النجيفي ، مصدر سابق ، ٢٢٥.

(٣) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

وعليه يجب الحكم بالتعويض الكافي لجبر الأضرار إذا كانت قيمة التأمينات لا تفي وحدها به. على أنه يجب في حساب هذا التعويض مراعاة خصم هذه القيمة منه [١].

الثاني : تذهب محكمة النقض إلى أن مصادرة التأمينات المنصوص عليها في العقد تعتبر من الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته حتى ولو لم يلحقها أي أضرار نتيجة لهذا التقصير . وبذلك فإن مصادرة التأمينات لا تمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بها بسبب خطأ المتعاقد ، ولا يعتبر ذلك جمعاً لتعويضين عن فعل واحد لاختلاف الأساس القانوني لحق الإدارة في الحالين [٢].

ونذهب مع من ذهب من الفقهاء[٣]إلى تأييد حكم محكمة النقض المصرية ذلك لأن لكل من جزاء مصادرة التأمينات وجزاء التعويض طبيعته ووجهته وغايته المختلفة ومجاله المستقل وبذلك يمكن الجميع بينهما .

المطلب الثاني

مصادرة التأمينات

يعد جزاء مصادرة التأمينات من أهم صور الجزاءات المالية وأكثرها شيوعاً في المجال التطبيقي . وللإلمام بهذه الصورة من الجزاءات يلزم أن يكون هذا المطلب في ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : مدلول التأمينات

الفرع الثاني : التمييز بين جزاء مصادرة التأمينات عن ما يشتبه معه .

الفرع الثالث : ضوابط سلطة الإدارة في مصادرة التأمينات .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ، في ٢٥ / ٢ / ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٦ – رقم ١٠١ ، ص ٧٨٧ .

(٢) نقض مدني في ٣٠ / ٤ / ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ – رقم (٩٧) ، ص ٦١٤ . ، أورده : د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ١٨٨ .

(٣) د. نصري منصور نابلسي ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ ، د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ ، د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ١٨٩ .

الفرع الأول

مدلول التأمينات

التأمينات هي مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية لتتقي بها أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد . ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيرها[١].

التأمينات على نوعين : الأول : التأمينات الأولية : الغرض منها ضمان جدية المتقدم للتعاقد وحمله على ذلك . أما النوع الثاني : التأمينات النهائية : الغرض منها ضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته [٢].

في مصر حدد قانون المناقصات والمزايدات التأمين المؤقت (التأمينات الأولية) بأنها لا تقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال و ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك[٣]. وطبقاً للقانون المذكور يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع ما يكمل التأمين المؤقت (التأمينات الأولية) إلى ما يساوي قيمة التأمينات النهائية ، والتي تبلغ ٥٪ من قيمة مقاولات الأعمال و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى [٤].

وفي العراق حددت التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ التأمينات الأولية لمقدمي العطاء بمبلغ مقطوع بنسبة تتراوح بين ١,٥٪ إلى ٣٪ من الكلفة التخمينية لعقود التجهيز للسلع والخدمات

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ، في ٢ / ١ / ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٠ – رقم ٣٤ ، ص ٣١٣ .

(٢) د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٥ ، ص ٤٤٦ .

(٣) م ١٩ ، قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ .

(٤) م ١٠ من القانون أعلاه .

والمقاولات العامة بمختلف أنواعها [١]. وحددت التعليمات المذكورة قيمة التأمين النهائي بنسبة ٥٪ من مبلغ العقد يضاف للمبلغ الاحتياطي العام للمقاولة [٢].

الفرع الثاني

التمييز بين جزاء مصادرة التأمينات عن ما يشتبه معه

يختلف جزاء مصادرة التأمينات عن جزاء توقيع الغرامة التأخيرية في أن الأول يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد . بينما الثاني يواجه تأخير المتعاقد في تنفيذ الالتزام خلال الموعد المتفق عليه ، ويعني ذلك أن جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محل العقد . بينما جزاء توقيع الغرامة التاخيرية ينصب على مدة تنفيذه [٣].

في الوقت الذي يتفق فيه جزاء مصادرة التأمينات مع جزاء طلب التعويض في أن كليهما جزاءات مالية تتضمن معنى العقوبة ، وتلزم المتعاقد بدفع مبلغ من المال للإدارة . إلا أن الاختلاف بين الجزاءين يكمن في عنصر الضرر ، حيث أن الإدارة تستطيع مصادرة التأمينات إذا ما اخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية دون حاجة لإثبات حدوث الضرر . في حين أن فرض جزاء التعويض يستلزم من الإدارة إثبات وقوع الضرر [٤].

الفرع الثالث

ضوابط سلطة الإدارة في مصادرة التأمينات

لا تحتاج الإدارة في ممارسة سلطتها في مصادرة التأمينات اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم فيها.

---

(١) م ١٢ / أولاً / ب من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ لتنفيذ قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٢) م ١٢ / أولاً / ج من التعليمات أعلاه .

(٣) د. نصري منصور نابلسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ ، ص ٢١٠ .

(٤) المصدر نفسه ، ص ٢١٨ .

في فرنسا اعتبر الفقه والقضاء أنه من الجزاءات المالية التي يمكن فرضها على الملتزم عند إسقاط الالتزام فقدان التأمين (التأمينات) الذي سبق وأن دفعه الملتزم عند التعاقد حيث تنص كراسة الشروط عادة على أنه في حالة إسقاط الالتزام يصبح التأمين أو الجزء الباقي منه ملكاً للإدارة [١].

في مصر نص مشرعها على انه في جميع حالات فسخ العقد ، وكذلك في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائي من حق الإدارة [٢]. وعلى الرغم من ذلك فإنه يجوز للإدارة أن تصادر التأمينات بعد إتمام تنفيذ العقد لسبق تراخي المتعاقد أو تقصيره أو التنفيذ المعيب[٣].

في العراق لم يتضمن قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات الصادرة بموجبه نصاً بصدد الآثار المترتبة على فسخ العقد فيما يتعلق بأيلولة التأمينات النهائية إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه [٤] في أن فسخ العقد الإداري يخضع للقواعد العامة حيث يمكن للإدارة أن ترجع بالتعويض على المدين المخطئ والذي نتج عن خطئه إلحاق ضرر بالإدارة .

وفي هذا المقام نتمنى على دائرة العقود العامة الحكومية المنشئة بموجب القسم ٢ / أ / ١ من قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والمناط بها صلاحية إصدار الأنظمة الخاصة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين دوائر الدولة والمتعاقدين معها والآثار المترتبة على إخلال المتعاقدين بالتزاماتهم التعاقدية وذلك استناداً للمادة ١٦ / أولاً وثانياً من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ أن تضطلع بصلاحياتها وأن تصدر هذا النظام المذكور والذي من ضمنه تنظيم

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، مصدر سابق ، ١٩٨٩ ، ص ٤٢٩ .

(٢) م ٢٦ من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ، السنة السادسة طعن ، رقم (١١٢٧) لسنة ٥ ق بتاريخ ٢٢ / ٤ / ١٩٦١ ، بند ١١٥ ، ص ٨٩١ و ص ٨٩٢ أورده : د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٤٣٢ .

(٤) د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ .

الأمر المتعلق بأيلولة التأمينات الإدارية إلى الإدارة في حالة فرض جزاء فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد.

إن التامين المودع لضمان حسن تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكنه لا يمثل الحد الأقصى ويترتب على ذلك كما قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد إحكامها (لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض . ويعني ذلك أن عنصر الافتراض لا ينطبق هنا على حدوث الضرر فقط ، وإنما أيضاً على كون التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض ، ما لم ينص في العقد على نسبة معينة للتأمين المصادر فيتعين حينئذ على الإدارة احترام هذه النسبة وعدم تجاوزها [١].

إذا كانت قيمة التأمينات لا تفي وحدها بجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره بالإضافة إلى التأمين ، وحينئذ يخصم مبلغ التأمين من التعويض [٢].

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مصادرة التأمينات في حالة سحب الأعمال ، والتنفيذ على حساب المقاول فلها أن تصادر التأمينات أو لا تصادرها . فضلاً عن إمكانية تحديد مدى المصادرة ، وما إذا كانت تشمل قيمة التأمينات كلها أو جزء منها ، ولها أن تحدد أيضاً توقيت المصادرة حسب ما تقتضيها المصلحة العامة .

للإدارة حق مصادرة التأمينات في حالة تنفيذها للعقد على حساب المتعاقد . فماذا لو كان المتعاقد قد نفذ جزء من التزامه التعاقدي ؟ يجب العلم أن التأمين هو بمثابة تعويض اتفاقي يخضع لرقابة القضاء الذي له أن يعدل هذا التعويض وفقاُ للمادة (٢٣٤) من القانون المدني المصري .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ، في خمسة عشر عام (١٩٦٥ – ١٩٨٠) ، الجزء الثاني ، طعن رقم (٥٠٨) لسنة ٩ ق ، بتاريخ ١٨ / ١١ / ١٩٦٧ ، ص ٨٨٩ . أورده : د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، في خمسة عشر عام (١٩٦٥ – ١٩٨٠) ، الجزء الثاني ، طعن رقم (٥٠٨) لسنة ٩ ق ، بتاريخ ١٨ / ١١ / ١٩٦٧ ، ص ٨٨٩ . أورده : د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠ . أورده : المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

إجمالاً نجد أن سلطة القضاء في مواجهة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية غير المشروعة أو غير الملائمة هي [١] :

١ . الحكم بالإعفاء من هذه الجزاءات متى تبين أنها فرضت بشكل خاطئ .

٢ . تخفيضها إذا كانت مغالى فيها .

٣ . إلزام الإدارة برد ما حصلته من المتعاقد بصفة تعويضات أو غرامات أو ما تمت مصادرته من تأمينات إذا كان ذلك دون وجه حق .

في فرنسا ومصر يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية . إلا أن الوضع يختلف في العراق حيث أن القضاء العادي هو صاحب الولاية في النظر في هكذا منازعات . وأن محكمة القضاء الإداري لا يمكنها النظر فيها ذلك لأن البند (ثانياً) من المادة السابعة من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ (قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة) قصرت اختصاص المحكمة المذكورة على النظر في المنازعات المتعلقة بالقرار الإداري فقط . لذا نهيب بالمشرع تعديل نص هذه المادة ليشمل اختصاص المحكمة بالنظر في منازعات العقود الإدارية أيضاً . ليصبح النص المقترح بعد التعديل هو محكمة القضاء لإداري تختص بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والتعويض عنه وكذلك النظر في المنازعات الإدارية الخاصة بالعقود الإدارية .

المطلب الثالث

الغرامة التأخيرية

تتعدد وتتنوع الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته . ومن أهم هذه الجزاءات الغرامة التأخيرية ، ولأجل الإلمام بها نرى أن يكون هذا المطلب في ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول : تعريف الغرامة التأخيرية وطبيعتها القانونية .

---

(١) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

الفرع الثاني : خصائص الغرامة التاخيرية وتمييزها عن ما يشبهها .

الفرع الثالث : أسباب فرض الغرامة التأخيرية وحالات الإعفاء منها .

الفرع الأول

تعريف الغرامة التأخيرية وطبيعتها القانونية

تتعدد التعريفات التي قيلت في الغرامة التاخيرية سواء من الفقه أو القضاء وكذلك اختلفت الآراء بشأن طبيعتها القانونية وسوف نتناول ذلك بالشرح وعلى النحو التالي :

أولاً : تعريف الغرامة التأخيرية : يقصد بالغرامة التاخيرية أنها تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد ، توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته[١]. وقيل عنها أيضا أنها تعويض جزافي محدد في العقد ، ولا مصدر له سوى نصوص العقد ذاته ولا يشترط لتطبيقه إثبات الضرر [٢].

إلا أن بعض الفقهاء ذهب في اتجاه أخر إذا عرفها بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتنص على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معين ، ولاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد [٣].

وذهب أحد الفقهاء في نفس الاتجاه وعرفها بأنها مبالغ إجمالية محدده تنص عليها العقود الإدارية كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حاله تقصيره وإخلاله بالتزاماته [٤].

وجرى قضاء محكمة تمييز العراق على أن الغرامات هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها ، وليس لمقاول أن ينازع استحقاق

---

(١) د . أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ .

(٢) د . عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

(٣) د . سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٤) د . محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٨٣ .

الإدارة للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر والمبالغة في التقدير لدرجه لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي[١] .

يتبين من هذه التعريفات وجود اختلافا في الرأي حول الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية وهو ما سنبينه حالاً .

ثانياً : الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية : يتمحور الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للغرامة التاخيرية فيما إذا كانت الغرامة هي مجرد تعويض جزافي متفق عليه مسبقا أم هي جزاء اتفاقي .

الفريق الأول : يرى أن الغرامة التأخيرية هي تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته [٢] .

والفريق الثاني : يرى أن الغرامة التأخيرية هي جزاء مالي اتفاقي تملك الإدارة إيقاعه بحق المتعاقد المقصر ، فهي جزاء لمخالفة المتعاقد للشروط التعاقدية المتفق عليها وعليه يمكن للإدارة توقيعها حتى لو لم يلحق بها أي ضرر [٣].

ويؤكد أحد الفقهاء هذا المعنى بقوله : (إن الغرامات هي مبالغ إجمالية محدده تنص عليها العقود الإدارية كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بالتزاماته)[٤].

بينما يرى فريق ثالث [٥] اتجاه مغايراً لسابقيه محاولاً التوفيق بينهما إذا يرى في غرامة التأخير طبيعة مختلفة فنظام الغرامات المالية نظام شائع في العقود الإدارية ، وهو لضمان

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٤٢ حقوقية / ٦٥ في ٢٥ / ٧ /١٩٦٥ ، مجله ديوان التدوين القانوني ، العدد (١ – ٢) ، السنة ٢١ ،١٩٦٥ ، ص ٣١٢ وما بعدها .

(٢) د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص ١٤٥.

(٣) د. علي خطار شطناوي ، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة الرابعة والعشرون ، مارس / آذار ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٣ .

(٤) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .

(1) A . del (aubadere : traite des contrats administratife paris , L.G.D.J. , 1984 . Tom , 2 no 935 .

واحترام المتعاقد لالتزاماته وخصوصا احترام مدد التنفيذ ، وغرامة التأخير محددة القيمة حسب عدد أيام التأجير ، فتعد تعويضاً جزافيا وتهديداً إجرائياً في الوقت نفسه ولهذا لها طابع تعويضي وطابع تهديدي معاً .

ومن جانبنا نرى أن الغرامة التأخيرية هي جزاء مالي منفق عليه مسبقاً تفرضه الإدارة على المتعاقد لإخلاله لمدة التنفيذ من تلقاء نفسها دون الالتزام بإثبات حصول ضرر .

وبينت محكمة التمييز في العراق الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية في أحد أحكامها إذا تقول " أنها جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في الموعد المتفق عليه ، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يفترض الضرر واقعاً ، ويحق للإدارة أن توقع الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد " [١]. وفي حكم أخر لها " ... وعلى ضوء ما تقدم فان الإدارة تفرض هذا الجزاء حتما وان لم يترتب على إخلال المتعاقد أي ضرر ... " [٢].

وقضت محكمة القضاء الإداري في مصر بان " شرط تطبيق فكرة الغرامات أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء أو التعويض المقدر مقدماً ، والذي يلزم به المتعاقد الذي اخل بالتزاماته " [٣]. وحكمت المحكمة الإدارية العليا المصرية بان " غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد ... ولا يترتب استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة " [٤].

---

(١) محكمة تمييز العراق (٤٥٥) بتاريخ ١٠ / ١١ /١٩٦٨ ، ص ٣٤٢ . أورده : د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ ، ص ١٦٦ .

(٢) محكمة تمييز العراق ٢١١٣ / حقوقية / ٦٤ في ١١ / ٤ / ١٩٦٥ ، ص ١٢٦ أورده : د. خالد محمد مصطفى المولى ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ .

(٣) محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ١٩٨ ، المجموعة ، السنة ١٥ ، في ٢٥ / ٦ / ١٩٦١ ، ص ٢٦٨ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣١ ق ، جلسة ٣٠ / ٥ / ١٩٨٩ . الموسوعة الإدارية الحديثة ج ٣٥ ، ص ٤٢٦ .

الفرع الثاني

خصائص الغرامة التأخيرية وتمييزها عن ما يشبهها

تتميز الغرامة التأخيرية بخصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات وهذا يعني أن لها نظام خاص الأمر الذي سنبحثه وعلى النحو التالي :

أولاً : خصائص الغرامة التأخيرية : تتميز الغرامة التاخيريه بعدده خصائص وهي :

(أ) : الغرامة التأخيرية اتفاقية : بمعنى أن مقدارها يحدد مقدما في العقد ، وتلتزم الإدارة به فلا تستطيع زيادته ، حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد عن ما حدد في العقد . ويجب على الإدارة أن تطبق ما نص عليه في العقد وليس ما ورد في قانون أو لائحة .

فالعبرة بما تواضعت عليه إرادة الطرفين . ولان الخاص (ما ورد في العقد) يقيد العام (ما ورد في القانون أو اللائحة) [١] . وفي حالة خلو العقد من تحديد لمبلغ الغرامة يطبق ما ورد في لائحة المناقصات والمزايدات في مصر أو كراسة الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق ، وإن خلا العقد واللائحة في مصر أو كراسة الشروط في العراق يسترد القاضي سلطاته في تقدير المبلغ وفق قواعد المسؤولية .

ثانياً : الغرامة التأخيرية تلقائية : بمعنى أنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها وبمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاءا لها . ويتجسد ذلك في أن الغرامة تطبق بمجرد حصول التأخير دون حاجه إلى تنبيه أو أي إجراء أخر تطبيقاً لنص المادة ٢٣ / ٢ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٩ . والتي تقابلها المادة ٤٨ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والتي لم تشترط إنذار المتعاقد المتأخر عن تنفيذ التزامه . كما أن الغرامة توقع بمجرد حصول التأخير بغير ألزام على جهة الإدارة أن تثبت أن ضررا ما قد لحق بها من جراء ذلك ، كما لا يقبل من المتعاقد أن يدفع بعدم حدوث ضرر للإفلات من هذه الغرامة [٢].

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، ص ٢٩٢ ، ص ٢٩٣ .

(٢) د. نصري منصور نابلسي ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ .

ثالثاً : الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إدارية : وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه الخاصية في حكم صادر لها في ٢١ / ٩ / ١٩٦٠ حيث قالت " ... أن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ... " [١] .

وتعد صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير إجراء إداري انفرادي دون حاجة للالتجاء إلى القضاء للتثبت والتحقق من التأخير في تنفيذ العقد إعمالاً لأحد امتيازاتها وهو امتياز التنفيذ المباشر . وقد أكدت محكمة التمييز في العراق على هذه الخاصية بحكم لها إذا قالت " إن الغرامة التأخيرية تطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء ، وهو إجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها ، مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص " [٢].

رابعاً : لا محل للغرامة التأخيرية قبل انتهاء مدة العقد : إن تطبيق الغرامة التأخيرية لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد ، لذا فهو لا يعمل به إلا بعد دخول العقد حيز التنفيذ وفوات مدته دون إتمامه . فإذا لم يبدأ التنفيذ أو بدأ وأنهى العقد قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذ المتعاقد لالتزاماته فلا محل لها[٣] .

خامساً : الغرامة التأخيرية مستحقه مدة سير العمل كاملاً : لا يجوز تنزيل مدد العطلات والأعياد الرسمية من المدد التي تحسب لأغراض التغريم عنها [٤].

سادساً : التأخير في سداد الغرامة التأخيرية يستوجب الفوائد التأخيرية : متى استحقت غرامة التأخير ، أصبح المتعاقد المتأخر عن تنفيذ التزامه ملزماً بالوفاء بها ، فإذا قصر في ذلك يكون قد ارتكب خطأ يختلف عن خطأه الأصلي في عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وينتج عن

---

(١) أورده محمود خليل خضير ، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٦٨ .

(٢) حكم محكمة التمييز ١٥٨٧ في ١ / ٦ /١٩٨٧ بالاضبارة التمييزية ١٢٤٨ / إدارية ثانية . أورده : د. محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .

(٤) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

ذلك التزامه بأداء فوائد قانونية عن المبلغ المستحق طوال مدة التأخير في سداده ، باعتباره مبلغ معلوم المقدار ومستحق في ذمته من وقت قيام سببه ومن تاريخ المطالبة القضائية به طبقاً للمادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري التي تقابلها المادتين (٢٥٣ / ٢٥٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ

سابعاً : إن فرض الغرامة التأخيرية لا يخل بحق الإدارة في المطالبة بالتعويض عن ما أصابها من أضرار تجاوز قيمتها النسبة المنصوص عليها لغرامة التأخير وفقاً لنص المادة ٢٦ / ٣ من قانون المناقصات والمزايدات المصري .

وفي العراق لم نجد نصاً مماثلاً للنص السابق سواء في قانون العقود العامة أو التعليمات الصادرة في موجبها أو الشروط العامة للمقاولات بأنواعها. وهذا نقصاً تشريعياً يجب تداركه .

ثانياً : تمييز الغرامة التأخيرية عن ما يشبهها : تتشابه الغرامات التأخيرية مع بعض المفاهيم القانونية القريبة منها كالتعويض والشرط الجزائي ، لذا اقتضى التمييز بينها وبين هذه المفاهيم .

أولاً : التمييز بين الغرامة التأخيرية والتعويض يتشابه كلا المفهومين في أن كل منهما التزاماً قانونياً يلزم بمقتضاه المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة [1]. إلا إن كل منهما له نظامه القانوني الذي يجسد اختلاف كل منهما عن الأخر على النحو التالي :

(أ) : **من حيث الغاية** : الغرامة التأخيرية تكون غايتها ضمان تنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها المتفق عليها. بينما الغاية من التعويض هي جبر الضرر الذي أحدثه المتعاقد المقصر في أداء التزاماته .

(ب) : **من حيث المقدار** : مقدار الغرامة التأخيرية ثابت حسب النسب المتفق عليها في العقد أو القانون الذي تم التعاقد وفقا لأحكامه . بينما يكون مقدار التعويض متناسباً مع حجم الضرر الذي لحق بالمتعاقد .

(1) A . De laubader : op , cit p , 930 .

(ج) : من حيث الجهة المختصة بفرضها : تختص الإدارة بفرض غرامات التأخير بأوامر إدارية . بينما يختص القضاء بفرض التعويض بحكم قضائي [١].

(د) : من حيث شروط الاستحقاق : تفرض غرامات التأخير عند تأخير المتعاقد عن تنفيذ التزاماته. بينما لاستحقاق التعويض يجب إلحاق ضرر بالإدارة بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر[٢] .

(ه) من حيث أحقية الإدارة في التنازل : تنازل الإدارة عن حقها في الغرامة التأخيرية محل جدال كما أوضحنا سابقاً . بينما يمكن للإدارة التنازل عن المطالبة بالتعويض[٣].

ثانياً : التمييز بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي : إن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض اتفاقي متفق عليه مقدما يستحق في حاله إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته ، فيشترط لاستحقاقه نفس شروط التعويض بوجه عام من حصول ضرر للمتعاقد الأخر ، واعذار الطرف المخل بالتزاماته ، وصدور حكم به . ويمكن للقضاء تخفيفه إن كان مغالي فيه ولا يتناسب مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقد[٤]. بينما الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد هدفها ضمان تنفيذ هذا العقد في المواعيد المتفق عليها [٥]. وتستحق بمجرد حدوث التأخير ولو لم يترتب على التأخير أضرار ، وتفرض دون حاجة إلى اعذار المتعاقد أو أية إجراءات قضائية .

ونحن مع الرأي[٦] الذي انتقد توجه محكمة تمييز العراق في أنها لم تميز بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي [١] .

---

(١) د. حسان عبد السميع هاشم ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٢) د. علي خطار شطناوي مصدر سابق ، ص ٧٩ .

(٣) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(٤) د. حسان عبد السميع هاشم ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(٥) د. نصر الدين محمد بشير ، غرامة التأخير في العقود الإدارية وأثرها في تسيير المرافق العامة ، رسالة دكتوراه إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٦٤ .

(٦) د. محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ ، وص ١٤٣ ، د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٧٠ ، ص ١٧١ .

الفرع الثالث

شروط استحقاق الغرامة التأخيرية وحالات الإعفاء منها

يشترط لتوقيع الغرامة التأخيرية عدده شروط ، وتوجد حالات معينه للإعفاء من فرضها وهو ما سنبينه وعلى النحو التالي :

أولاً : شروط استحقاق الغرامة التأخيرية : يمكن الحديث عن هذه الشروط على النحو التالي :

(أ) : يجب أن ينص في العقد على حق جهة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به عن المدة المحددة للتنفيذ . وقد تواترت أحكام القضاء سواء المصري أو العراقي بهذا الصدد ففي مصر قالت محكمة القضاء الإداري في احد أحكامها " أن شرط تطبيق هذه القاعدة – فكرة الغرامات التأخيرية – أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء أو التعويض المقدر مقدما والذي يلتزم به المتعاقد الذي اخل بالتزاماته "[٢].

وفي العراق أكدت محكمة تمييز العراق على ذلك في أحد أحكامها إذ قضت أن " إذا تضمن العقد الإداري نصا خول الوزير الحق في فرض الغرامات التأخيرية على الشركة عند تأخرها في تسليم العمل في الموعد المقرر ، فللوزير فرض الغرامة التأخيرية عن مدة التأخير ، واستعماله هذا الحق استعمالاً جائزاً لا يرتب عليه ضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر لشركة خاصة وأنه لم يكن متعديا ، مادامت أن الشركة قد تأخرت فعلا عن تسليم العمل المتفق عليه في موعده "[٣] .

---

(١) انظر حكم محكمة التمييز الصادر في ٢٤ / ٥ / ١٩٦٨ ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٠ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٥ / ٦ / ١٩٦١، المجموعة ، السنة ١٥ ، رقم ١٩٨ ، ص ٢٦٨ .

(٣) قرار محكمة التمييز ، الرقم ٢٤٩ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ مجلة العدالة ، العدد ١ ، السنة ١ ، ١٩٧٥ ، ص ١٤١ .

ولا يقدح في ذلك أن يأتي العقد خالياً من نص يخول الإدارة حق فرض الغرامة التأخيرية ، طالما ورده هذا النص في قائمة الشروط الملحقة بالعقد . إذ تعتبر قائمة الشروط هذه جزءاً من العقد ومكملا له[١]. وقد أكدت محكمه تمييز العراق هذا التوجه إذا تقول في احد أحكامها " ... الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاولات يكمل بعضها بعضا وكلها ملزمة للطرفين ... " [٢].

ثانياً : لا تملك الإدارة المتعاقدة توقيع أي جزاء بحق المتعاقد إلا إذا ارتكب خطأ ما أو أخل بأحد الشروط التعاقدية . ويعد التزام المتعاقد باحترام مدد التنفيذ التزاماً أساسياً ، تحدد هذه المدد حسب مقتضيات حسن سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بها للجمهور على أكمل وجه [٣] . والمدة التي يعتبر فيها المتعاقد مع الإدارة متأخراً في تنفيذ العقد هي المدة المحصورة من تاريخ انتهاء الفترة المحددة للتنفيذ وتاريخ التسليم الفعلي للإدارة . ويجب الانتباه إلى أن احتساب فترة تنفيذ العقد تبدأ من استلام المتعاقد لموقع العمل وليس من تاريخ التعاقد [٤].

في مصر تحتسب غرامة التأخير بموجب اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والتي قدرت الغرامة التأخيرية بـ ١٪ كحد أدنى وبحد أقصى ١٠٪ من قيمة العقد [٥] .

وقد نصت اللائحة المذكورة أن " إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخيرية عن هذه المهلة بواقع ١٪ (عن كل

---

(١) م ١٣ / أولاً / من تعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٠٧ الصادر بموجب قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنه ٢٠٠٤ ، كما ورد في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية / القسم الثاني نصاً يعتبر شروط المقاولة بقسميها الأول والثاني من مستندات المقاولة التي سيجري تنفيذ الأعمال طبقا لما ورده فيها .

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤٣ هيئة عامة / ١٩٧١ في ٢٦ / ٦ / ١٩٧١ مجلة أحكام النشرة القضائية العدد ٢ ، السنة الثانية ، ١٩٧٢ ، ص ٢٦ .

(٣) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ ، ص ١٤٣ .

(٤) محمود خليل خضير ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ ، ص ١٣٨ .

(٥) م ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ .

أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع) من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبحد أقصى ٣٪ من قيمة الأصناف المذكورة " [١].

في العراق لم تتطرق المادة (٤٨) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية إلى تحديد الحد الأدنى والحد الأقصى للغرامة التأخيرية كما حددتها المادة الثانية من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٩٨ الملغية [٢]. إلا أن المادة ١٢ / ثانياً من تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ نصت على أن الحد الأعلى للغرامة التأخيرية من الجهة المتعاقدة هي نسبة (١٠٪) من مبلغ التعاقد أو المقاولة وعلى الجهة المنفذة تثبت تلك النسبة في الشروط التعاقدية ومستندات المناقصة ، وتحسب الغرامات التأخيرية وفق المعادلة التالية : مبلغ العقد / مدة العقد × ١٠٪ .

ونرى أن نص المادة الثانية من التعليمات الملغية المذكورة كانت موفقة في تحديدها للغرامة التأخيرية من ٥٪ إلى ١٠٪ كحد أدنى وكحد أعلى ، وهذا ما افتقدته المادة ١٢ / ثانياً من التعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٠٧ لذا نقترح تعديلها لتتضمن تحديد حدين أدنى وأعلى للغرامة التأخيرية .

ثانياً : حالات الإعفاء من فرض الغرامة التأخيرية : أن حالات التأخير في تنفيذ العقد الإداري التي يعفى فيه المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخيرية يمكن حصرها فيما يأتي :

١ . **القوة القاهرة** : لكي يتصف الحدث الذي يكون سبباً في التأخير في تنفيذ الالتزام من قبيل القوة القاهرة يجب توفر ثلاثة شروط مجتمعة [٣].

(أ) : أن يكون الحدث الخارجي غير متوقع ولا يمكن التنبؤ به .

(ب) : أن يكون الفعل مستقلاً كلياً عن إرادة المتعاقد وأن لا يكون باستطاعته تجنبه أو منعه .

(ج) : يجب أن يؤدي الفعل إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً .

([١]) م ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ .

([٢]) ألغيت بموجب المادة (١٨) من تعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٠٧ الصادرة استناداً للفقرة ١ من القسم ١٤ من قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ .

([٣]) محمود خليل خضير ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ ، د. نصري منصور نابلسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢.

في مصر نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على " ... ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة لمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصة في غير هذه الحالة بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التعاقد تأخير " [١].

في العراق قضت الشروط العامة على أنه " إذا وجدت بعد التعاقد ظروفاً استثنائية لا يد للمقاول فيها ولم يكن بالوسع توقعها أو تفاديها وترتب عليها تأخر إكمال الأعمال ضمن المدة المتعاقد عليها ، فأنه يجوز للمقاول أن يطلب تمديد مدة إكمال الأعمال المتعاقد عليها وبالتالي لا تفرض عليه غرامات تأخيرية " [٢].

ويلاحظ تعدد وتنوع وتشتت الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية والكيماوية والإنشائية الصادرة عن وزارة التخطيط . لذا نقترح تجميعها وإصدارها في شروط واحدة وذات أقسام متعددة منعاً لتشتتها .

٢ . التأخير بفعل الإدارة : يعفى المتعاقد من غرامات التأخير إذا كان تأخيره في التنفيذ عائداً لفعل الإدارة سواء كان الفعل يشكل خطأً أو إهمالاً أو تقصيراً أو كان استعمالاً لحقها في تعديل طبيعة العمل أو في كميته [٣]. ومن تطبيقات ذلك أن تتأخر الإدارة في إنجاز بعض الأعمال المطلوبة منها ، أو عدم أداء الإدارة الدفعات المالية المستحقة للمتعاقد أو تأخيرها إذا كان لذلك أثراً في إيجاد عقبة غير متوقعة ولا يمكن التغلب عليها ، وكذلك عدم قيام الإدارة بتسليم المقاول موقع العمل [٤].

في العراق نصت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية على أنه " يمكن للمقاول أن يطالب بتمديد مدة إكمال الأعمال إذا طرأت أي زيادة في الأعمال كماً أو نوعاً وكان من

---

(١) م ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ .

(٢) م ٤٥ / ١ / ج من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، والتي تقابلها المادة ٢٩ / ٣ / ج من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية ، والتي تقابلها المادة ٤٥ / ١ / ج من الشروط والمواصفات الخاصة بالأعمال الإنشائية لمديرية الأشغال العسكرية .

(٣) د. علي خطار شطناوي ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ .

(٤) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ .

شأن ذلك أن يؤثر على سير الأعمال بحيث لا يمكن إكمالها ضمن مدة إكمال الأعمال ، أو إذا كان تأخير إكمال الأعمال لأسباب وإجراءات تعود للإدارة أو لأية جهة مخولة قانوناً ، أو لأسباب تعود لمقاولين آخرين تستخدمهم الإدارة " [١].

٣ . **التمديد أو الإمهال الإداري** : قد تقتضي المصلحة العامة مراعاة حسن تعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد لذا يمكن أن تمهله بعض الوقت لاستكمال الأعمال إذا تعرض لصعوبات لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة إلا إنها تشكل صعوبات جديدة تعرقل تنفيذ العقد في المواعيد المحددة [٢].

٤ . **الإعفاء الإداري** : نجيب هنا عن التساؤل التالي : هل للإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير ؟

في فرنسا : قرر مجلس الدولة الفرنسي أن من حق الإدارة أن تطبق الغرامة التأخيرية كلياً أو جزئياً صراحة أو ضمناً لأن شرط الغرامة له طابع اختياري [٣]. ولم يساير الفقه هذا الاتجاه إذ يرى الفقيه (Bosque) بوسك أنه متى نشأ دين لصالح الدولة فإنه يكون من حق البرلمان وحده أن يبرى المدين من هذا الدين دون مقابل [٤]. وأكد على ذلك الفقيه (jeze) جيز إذ يرى انه من الخطأ أن تتنازل الإدارة دون مسوغ قانوني عن الغرامات المستحقة [٥]. لأن ذلك يعتبر تنازلاً عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة [٦].

---

(١) م ٤٥ / ١ / ج من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، والتي تقابلها المادة ٢٩ / ٣ / ج من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية ، والتي تقابلها المادة ٤٥ / ١ / ج من الشروط والمواصفات الخاصة بالأعمال الإنشائية لمديرية الأشغال العسكرية .

(٢) د. علي خطار شطناوي ، المصدر السابق ، ص ١١٢ .

(٣) د. نصري منصور نابلسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ .

(٤) أورده : د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .

(٥) أورده : د. خالد محمد مصطفى المولى ، مصدر سابق ، ص ١٦٩ .

(٦) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

في مصر ذهب مجلس الدولة إلى أن مجرد النص في العقد على الغرامة لا يكفي لتوقيعها وإنما يجب أن تفصح عن رغبتها في توقيعها وبذلك يحق لها الإعفاء الكلي أو الجزئي إذا وجد لذلك أسباباً معقولة [١].

وفي العراق تعد الغرامة التأخيرية بعد تحققها من أموال الدولة ، والإعفاء عنها معناه التصرف بأموال الخطة الاقتصادية لغير أغراض الخطة حسب توجه وزارة التخطيط بهذا الشأن[٢] . وقد سبقت محكمة التمييز وزارة التخطيط في هذا التوجه إذ قضت في احد أحكامها " ويعتبر التأخير في أداء العمل ضاراً في جميع الحالات تستحق به الغرامة التأخيرية كاملة واستحقاقها هو نتيجة إصدار قرار إداري بموجب شروط العقد . لذا لا تملك الإدارة النزول عنه أو التفريط به لأنه أصبح من حقوق الدولة التي لا يجوز التنازل عنها " [٣].

ونحن مع الرأي [٤] الذي يذهب إلى القول أن من حق الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة نتيجة لذلك على تنفيذ شروط العقد أن تقدر ظروف تنفيذها وظروف المتعاقد المقصر ومدى جديته وسعيه الحثيث لإتمام العقد ضمن المدة المتفق عليها . وعليه يمكن للإدارة إعفاء المتعاقد المقصر من تطبيق الغرامة التأخيرية كلها أو جزء منها متى قدرت سلامة الأسباب التي تدعوها إلى ذلك ، وعلى رأس هذه الأسباب عدم إلحاق ضرر بالمصلحة العامة نتيجة التأخير .

وقد سار العمل في العراق على إناطة صلاحية الإعفاء من الغرامات التأخيرية بعد تحققها بمجلس التخطيط الملغى بموجب قرار له قوة القانون لأنها تعتبر جزءاً من أموال خطة التنمية

---

(١) د. خالد محمد مصطفى المولى ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ .

(٢) كتاب وزارة التخطيط المرقم (٧ / ٢ / ٥٥٩٤) في ٦ / ٧ / ١٩٦٩ . أورده : محمود خليل خضير ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .

(٣) حكم محكمة التمييز في القضية رقم (١٥٥ / ج / ١٩٦٥) بتاريخ ٢٦ / ١١ / ١٩٦٦ . أورده : د . رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، الطبعة الأولى ، مطبعة العراق الحديثة ، ١٩٧٦ ، ص ٣٢٩ .

(٤) د. عبد المجيد فياض ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ ، د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٤١٨ ، د. خالد محمد مصطفى المولى ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ ، د. نصري منصور نابلسي ، مصدر سابق ، ص ٢١٣ .

القومية [١]. وبعد إلغاء هذه الصلاحية أصبح الإعفاء من الغرامة التأخيرية الآن لا يتم إلا بقانون أو قرار له قوة القانون [٢]. ونقترح بهذا الصدد إطلاق سلطة الإدارة في إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية وفق ضوابط تضعها دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط بشرط أخذ رأي مجلس شورى الدولة .

٥ . حصول التأخير بفعل الغير : يحدث ذلك عندما يكون تنفيذ العقد مناط بعدة مقاولين وكان تأخر المتعاقد في تنفيذ التزامه راجعاً إلى ارتباط التزامه هذا بمقاول أخر لم يقم بتنفيذ التزامه في الموعد المتفق عليه [٣]. ومما تقدم يمكننا القول أن المتعاقد مع الإدارة لا يسأل عن التأخير في تنفيذ التزاماته إذا كان ذلك التأخير راجعاً إلى فعل الغير وبالتالي يعفى من الغرامة التأخيرية .

الخاتمة

بعد أن أنهينا بحمد الله تعالى بحثنا توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات :

أولاً : النتائج

١ . مرت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر معها بمراحل عديدة انتهت إلى إقرار سلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات بإرادتها دون الحاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك .

٢ . اختلف الفقه سواء في فرنسا أو مصر أو العراق حول الأساس القانوني لفرض الجزاءات وتمحور الخلاف بين مذهبين الأول : يراه في السلطة العامة ، بينما يراه الثاني : في المرفق العام . إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أن كلا الفكرتين يلتقيان في نقطة واجدة وهي تحقيق المصلحة العامة .

---

(١) محمود خليل خضير ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ١٧٧ .

(٣) د . رياض عبد عيسى الزهيري ، مصدر سابق ، ص ٣٢٦ .

٣ . نظراً لأهمية الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته . كان من الضروري وضع نظام قانوني يحكم فرض هذه الجزاءات والذي يتلخص في عدة نقاط من أهمها أن فرض الجزاءات يكون من قبل الإدارة بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء ولو لم ينص عليها في العقد كما انه يجوز الجمع بين جزاءات متعددة ، ولا يجوز اتخاذ أي إجراءات لإعاقة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ، وللإدارة سلطة تقديرية في أن تفرض الجزاءات في الوقت المناسب ودون الحاجة لإثبات الضرر .

٤ . في مواجهة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التي يمكن أن تفرضها دون اللجوء للقضاء يجب أن تتوافر ضمانات للمتعاقد المقصر الذي فرضت عليه هذه الجزاءات ، وهذه الضمانات هي : ضرورة اِعذار المتعاقد ، ورقابة القضاء على قرارات الإدارة المتعلقة بفرض الجزاءات ، وعدم إمكانية فرض الجزاءات الجنائية على المتعاقد .

٥ . لا يوجد في العراق سنداً قانونياً يمنح الإدارة أو أحكاماً قضائية تقر لها بسلطة تقدير التعويض بمعزل عن القضاء .

٦ . لم يتضمن قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات الصادرة بموجبه نصاً بصدد الآثار المترتبة على فسخ العقد فيما يتعلق بأيلولة التأمينات النهائية .

٧ . إعفاء المتعاقد المقصر من الغرامة التأخيرية لا يتم إلا بقانون أو قرار له قوة القانون . ونلاحظ هنا غياب الدور الاستشاري لمجلس شورى الدولة وكذلك دائرة العقود العامة التابعة لوزارة التخطيط في موضوع الإعفاء .

٨ . النتيجة الأهم في هذا البحث هو أن التشريعات والتعليمات والشروط التي تحكم سلطة فرض الجزاءات المالية لم تكن كافية لضمان تحقق مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد ، ولاسيما في حالة حدوث منازعات بين الإدارة والمتعاقد المقصر معها ، ومما يزيد الأمر تعقيداً هو غياب الحلول القضائية ولاسيما من قبل القضاء المدني وفي غياب قضاء متخصص وبسبب حرمان محكمة القضاء الإداري من النظر في هكذا منازعات .

ثانياً : التوصيات

١ . نوصي المشرع العراقي بتضمين قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ أو التعليمات الصادرة بموجبه نصاً يمنح الإدارة الحق في إدراج شرط في العقد يمكنها من تقدير مبلغ التعويض المستحق لها واستحصاله من المتعاقد المقصر .

٢ . تفعيل المادة ١٦ / أولاً / ثانياً / ثالثاً من تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الصادرة بموجي قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ، كي تضطلع دائرة العقود العامة المرتبطة بوزارة التخطيط بصلاحيتها في إصدار الأنظمة الخاصة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين دوائر الدولة والمتعاقدين معها والآثار المترتبة على إخلال المتعاقدين ، وكذلك إصدار أو تعديل الشروط العامة للمقاولات وشروط التجهيز للسلع والخدمات .

٣ . نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (٧) من قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ليمتد اختصاص محكمة القضاء إلى النظر ف منازعات العقود الإدارية .

٤ . نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة ١٢ / ثانياً من تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ ، لتتضمن حد أدنى وحد أعلى للغرامة التأخيرية .

٥ . نوصي المشرع العراقي بتجميع شروط أعمال المقاولات الهندسية والمدنية والكهربائية والميكانيكية والكيماوية والإنشائية في شروط واحدة ذات أقسام متعددة .

٦ . نقترح أن تكون للإدارة سلطة الإعفاء من الغرامات التاخيرية وفق ضوابط تضعها دائرة العقود العامة بشرط أن يسبق الإعفاء الحصول على الرأي الاستشاري من مجلس شورى الدولة.

قائمة المصادر

أولاً : باللغة العربية :

الكتب القانونية :

١ . د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨١ .

٢ . د. إبراهيم محمد علي ، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٩ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣,

٣ . بلاوي ياسين بلاوي ، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ٢٠١١ .

٤ . د. توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دون دار نشر ، ١٩٥٥ .

٥ . د. ثروات بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، دون دار نشر ، ١٩٦٨ .

٦ . د. حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٧ . د . رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، الطبعة الأولى ، مطبعة العراق الحديثة ، ١٩٧٦ .

٨ . د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

٩ . د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

١٠ . د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دون دار نشر ، ١٩٦٣ .

١١ . د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

١٢ . د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء (٢) ، ١٩٥٦ .

١٣ . د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

١٤ . د. عزيز الشريف ، دراسات في العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ .

١٥ .د. عمر حلمي ، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

١٦ . عليوة مصطفى فتح الباب ، نظام عقود الإدارة ، الكتاب الأول ، للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠ ، دراسة عملية في ضوء الأحكام والفتاوى (إدارة الفتوى والتشريع بوزارة العدل) ، الإمارات ، موسوعة الإمارات القانونية والإدارية ، ٢٠٠٣ .

١٧ . د. فاروق احمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية الإدارية العامة للعقود الإداري ، جامعة الموصل ١٩٩٢ .

١٨ . د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ٢٠٠٩ .

١٩ . د. محمد سعيد حسين أمين ، تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٢٠ . د. محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون دار نشر .

٢١ . د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، القرار الإداري _ العقد الإداري ، مكتبة الهداية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .

٢٢ . د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري – المقومات – الإجراءات – الآثار ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، دون تاريخ نشر .

٢٣ . د. محمد كامل ليلة ، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري ، دون دار نشر ، ١٩٦٢.

٢٤ . د . محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤ .

٢٥ . محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .

٢٦ . د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ .

٢٧ . د. مصطفى سالم النجيفي ، العقود الإدارية والتحكيم ، الطبعة الأولى ، الأفاق المشرقة ، عمان ، ٢٠١١ .

٢٨ . د. نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، حلب ، دون تاريخ نشر .

٢٩ . د. يحيى الجمل ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

الرسائل والأطاريح الجامعية :

١ . د. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٧٣.

٢ . محمود خليل خضير ، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية ، دارسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩١ .

٣ . د. فؤاد العطار ، عقد الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، كية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٥ .

٤ . د. نصر الدين محمد بشير ، غرامة التأخير في العقود الإدارية وأثرها في تسيير المرافق العامة ، رسالة دكتوراه إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ .

٥ . هارون عبد عزيز الجمل ، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كليه الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٧٩ .

البحوث المنشورة في الدوريات :

١ . د. خالد محمد مصطفى المولى ، الجزاءات المالية في العقد الإداري ، مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة ، العدد الثامن آذار ٢٠٠٧ .

٢ . د. إبراهيم طه الفياض ، تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية القضية (٥١٥) مدنية أولى / ٧٢ ، جلسة ١٥ / ١١ / ١٩٧٢ ، مجلس الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الثالثة ، العدد الأول .

٣ . د. علي خطار شطناوي ، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة الرابعة والعشرون ، مارس / آذار ، ٢٠٠٠.

الدساتير والقوانين والتعليمات :

دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ .

القوانين والتعليمات العراقية :

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
- قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
- التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧
- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط .
- الشروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية
- الشروط والمواصفات الخاصة بالأعمال الإنشائية لمديرية الأشغال العسكرية .

القوانين والتعليمات المصرية :

- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل .
- قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩.
- اللائحة التنفيذية للمناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٩ .

القرارات القضائية :

القرارات القضائية العراقية :

- قرار محكمة التمييز رقم ٤٢ حقوقية / ٦٥ في ٢٥ / ٧ /١٩٦٥ ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد (١ — ٢) ، السنة ٢١ ، ١٩٦٥ .
- قرار محكمة التمييز الصادر في ٢٤ / ٥ / ١٩٦٨ ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول ، ١٩٧٠ .
- قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤٣ هيئة عامة / ١٩٧١ في ٢٦ / ٦ / ١٩٧١ مجلة أحكام النشرة القضائية العدد ٢ ، السنة الثانية ، ١٩٧٢ .

- قرار محكمة التمييز ، الرقم ٢٤٩ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ مجلة العدالة ، العدد ١ ، السنة ١ ، ١٩٧٥ .

القرارات القضائية المصرية :

- حكم محكمة القضاء الإداري في ١١/ ١ / ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س١٠ .
- حكم محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم (٤١٨٦) لسنة ٩ ق ، بتاريخ ٢٤ / ١١ / ١٩٥٧ ، السنة الثانية عشر ، بند ١٧ .
- حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ١٩٨ ، المجموعة ، السنة ١٥ ، في ٢٥ / ٦ / ١٩٦١ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم (١١٦) ، جلسة ٢٥ / ٥ / ١٩٦٣ ، مجموعة ، س ٨.
- حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن (١١٠٩) لسنة ٨ ق ، بتاريخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٣ ، المجموعة ، السنة ٩ – بند ٢٩ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم ١٠١ ، في ٢٥ / ٢ / ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٦ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٩٦٧ ، الطعن رقم (٩٨٨) لسنة ٩ ق ، المجموعة س ١٢.
- حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم (٢١١٥) ، بتاريخ ١٩ / ٤ / ١٩٨١ ، لسنة ٣٠ ق.
- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣١ ق ، جلسة ٣٠ / ٥ / ١٩٨٩ . الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج ٣٥ .

ثانياً: باللغة الفرنسية :

- A.del aubadere : traite des contrats administratife paris , L.G.D.J. , 1984 .