التزام الادارة المتعاقدة بالشفافية في توقيعها للجزاءات التعاقدية-دراسة مقارنة-

أ.م.د.حسن محمد علي حسن البنان
Hasanalbanan59@gmail.com
جامعة الموصل/كلية الحقوق

THE COMMITMENT OF THE CONTRACTING ADMINISTRATION TO TRANSPARENCY IN ITS SIGNING OF CONTRACTUAL SANCTIONS -A COMPARATIVE STUDY-

Assist. Prof .Dr.Hassan Mohammed Ali Hassan ALBanan
Assistant Professor of Administrative Law
University of Mosul/collage of rights

المستخلص

تقوم جهات الادارة بتأمين احتياجاتها واحتياجات الافراد من خلال ابرام العقود الحكومية، وحتى لا تكون هذه العقود مدخلاً للفساد الاداري، اوسببا في اهدار الأموال العامة، كان لابد من احاطة ابرامها وتنفيذها بالضمانات التي تكفل حسن تنفيذها، ومن اهم هذه الضمانات: مراعاة مبدا الشفافية في ممارسة الاداء الحكومي بشكل عام وفي مجال العقود الإدارية على وجه الخصوص، والشفافية مصطلح حديث نسبياً، إلا أنه قد تحول الان من مجرد فكرة إلى مبدأ دستوري تراعيه التشريعات في اغلب البلدان، واصبح محلاً لجهود دولية عززت من قيمته، واصبحت للشفافية منظمة عالمية تنادي بتدعيمه، وتساعد الدول في العمل بمقتضاه في مجال الاداء الحكومي، وفي مجال العقود، فإن للإدارة سلطات اثناء تنفيذ العقد يجب ان تمارسها وفقاً لمقتضيات مبدأ الشفافية، ولاسيما سلطتها في فرض الجزاءات التعاقدية حتى نضمن ان يكون ذلك بعيداً عن شطط الإدارة وعن اساءة استعمالها للسلطة.

الكلمات المفتاحية:الادارة، العقود الحكومية، الشفافية،الاداء الحكومي،الجزاءات التعاقدية،اساءة استعمالها للسلطة.

Abstract

The management bodies ensure their needs and the needs of the revenues through the signing of government contracts, so that these contracts are not an introduction to administrative corruption, and implemented with guarantees to ensure their proper implementation. The most important of these guarantees are transparency in the performance of government performance in general Especially in the field of administrative contracts, transparency is a relatively recent term, but now it has changed from a mere idea to a constitutional one sponsored by legislation. It has become a place for international efforts that have strengthened its value. Transparency has become a global organization that calls for its support and helps states to work in the field of government performance, With regard to transparency in contracts, management has powers during the execution of a contract that must be exercised in accordance with the requirements of the principle of legality, in particular its authority to impose contractual clauses in order to ensure that this is far from excessive and abuse of power.

key words: The management،government contracts, transparency، government performance ،contractual clauses abuse of power

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين وعلى اله وصحبه اجمعين... وبعد.

سنوضح مقدمة البحث من خلال النقاط الاتية:

اولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: تقوم جهات الادارة بتأمين احتياجاتها واحتياجات من يتعامل معها والمستفيدين من خدماتها، من خلال ابرامها للعقود الادارية، وكي لا تكون هذه العقود مدخلاً للفساد، أو مضيعة للمال العام، كان لابد من احاطة ابرام العقود الادارية بمجموعة من الضمانات، والتي من اهمها التزام الادارة بمراعاة مبدأ الشفافية في ممارستها لأنشطتها ومنها ابرام العقود الادارية، والشفافية مصطلح جديد نسبياً، إلا انه سرعان ما تعزز وجوده في الانظمة التشريعية بعد ان أكدت عليه الدساتير، واصبح محلاً للجهود الدولية إلى

الحد الذي اصبح له منظمة قوامها الدول والشركات تحت مسمى (المنظمة العالمية للشفافية) مهمتها تنبيه الانظمة إلى خطورة الفساد على الاقتصاد، الأمر الذي انعكس على التشريعات الداخلية بتبني هذا المبدأ، وللشفافية عناصرها المتمثلة في وجوب تمكين الافراد من المعلومات والبيانات عن الاداء الحكومي، وعدم التكتم، والعلنية للإجراءات، وليست الشفافية لحماية المال العام من الهدر نتيجة للفساد فحسب، بل انها حماية وضمان للمتعاقد مع الادارة في التأكد من ان سلطة الادارة المتعاقدة في فرض الجزاءات عليه تمت ممارستها دون شطط ودون اساءة استعمال السلطة، من خلال التدابير التي تلتزم الادارة بها تنفيذاً لمبدأ الشفافية.

ثانياً: اهمية البحث: لا شك ان مبدأ الشفافية من اهم وسائل محاربة الفساد الاداري من خلال انتهاج العلانية والوضوح وعدم التكتم وتمكين الافراد والاجهزة الرقابية من المعلومات بسهولة ويسر.

ثالثاً: سبب اختيار موضوع البحث: هو حداثة مصطلح الشفافية وقلة البحث فيه، وانه أصبح سلوك منهجي، ومطلب دولي قبل ان يكون مطلب محلي، وان الشفافية تحولت من مجرد فكرة إلى مبدأ دستوري تحرص التشريعات على تضمينه في نصوصها.

رابعاً: هدف البحث: بيان مفهوم الشفافية وخصائصها وعناصرها في مجال العقود الادارية، والتزامات الادارة بمراعاته حين تمارس سلطتها في فرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد المقصر، وكيف يمكن حماية المتعاقد من شطط الادارة في هذا الخصوص؟

خامساً: نطاق البحث: فقط سنبحث في مظاهر مراعاة مبدأ الشفافية في نطاق سلطة الادارة في فرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد المقصر.

سادساً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في ايجاد الاجابات المناسبة عن التساؤلات التالية:

- إلى أي مدى كانت نصوص التشريعات العراقية المتعلقة بالعقود الادارية والتعليقات الصادرة بموجبها خاضعة لمبدأ الشفافية؟
- إلى أي مدى تمارس الادارة المتعاقدة سلطتها في فرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقدين معها وفقاً لمبدأ الشفافية؟

سابعاً: منهجية البحث: سنتبع المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والاحكام القضائية في كل من فرنسا ومصر والعراق.

ثامناً: هيكلية البحث: تناول البحث الموضوع من خلال مقدمة واربعة مباحث وعلى النحو التالي: المبحث الاول: مدلول الشفافية. المبحث الثاني: الشفافية في مجال العقود الحكومية. المبحث الثالث: التعريف بالجزاءات التعاقدية. المبحث الرابع: مظاهر الشفافية عند توقيع الجزاءات التعاقدية. اما الخاتمة فقد تطرقنا فيها إلى أهم الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الاول

مدلول مبدأ الشفافية

تقوم جهات الادارة بتأمين احتياجاتها واحتياجات من يتعامل معها، أو يستفيد من خدماتها، من خلال اللجوء إلى ابرام العقود الادارية، وحتى لا تكون هذه العقود مدخلاً للفساد ومضيعة للمال العام، كان لابد من احاطة ابرام العقود بمجموعة من الضمانات، والتي من اهمها التزام الادارة بمبدأ الشفافية، وللإلمام بهذا الموضوع يجب تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع وعلى النحو التالي: الفرع الاول: تعريف الشفافية. الفرع الثاني: عناصر الشفافية. الفرع الثالث: التمييز بين الشفافية وما يشتبه معها.

الفرع الاول

تعريف الشفافية

الشفافية مصطلح حديث نسبياً، لذا لا نجد الكثير ممن تصدوا لتعريفه وسنتعرض للتعريف اللغوي ثم للتعريف الاصطلاحي.

اولاً: الشفافية لغة: شيء يشف شفاف، وثوب شفيف اي رقيق، والثوب الشفيف: هو الثوب الرقيق الذي يرى ما تحته[١]، وهو الذي يستشف ما وراءه، اي يمكن ابصار ما وراءه، وعلى خلاف الشيء المعتم، ومن ثم رؤيتها ومعرفة حقيقتها[٢].

---

(١) مختار الصحاح، الامام محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، دارالكتب العلمية،بيروت،١٩٩٠،ص ١٤٧

(٢) فارس بن علوش السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري في القطاعات الحكومية، اطروحة دكتوراه،مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،٢٠١٠،ص ١٣

وفي اللغة الانكليزية كلمة (Trans) معناها عبر، أو وراء أو ما وراء، وكلمة (Transparency) تعني الشفافية، اي كون الشيء الشفاف و كلمة (Transparent) تعني شفافاً، صريحاً، وجلياً، وواضحاً[١]، وفي قاموس مكملان تعرف الشفافية بانها الطريقة النزيهة في عمل الاشياء التي يمكن للناس معرفة ما تقوم به بالضبط[٢].

وفي معجم مصطلحات اللغة الفرنسية (AIROUSF) وهو الذي يتيح الوصول الامثل للمعلومات وتسمح بالاطلاع عليها، وتكون كالزجاج فهي لا تحجب الرؤية[٣]، وهي نقيض التعتيم والسرية[٤]، وبذلك يشترك المعنى اللغوي العربي والاجنبي في ان الشفافية: هي الشيء الذي بإمكاننا ان ننظر من خلاله بسهولة، وعلى العكس منه الشيء المعتم والذي يدل على العتمة والتستر والابعاد عن الفهم والرؤيا[٥].

ثانياً: الشفافية اصطلاحاً: تختلف تعاريف الشفافية باختلاف المجال الذي تنشط فيه، فهي في رأي البعض "تدفق المعلومات وغزارتها، وعلانية تداولها عبر وسائل الاعلام كافة،، والتي تسهل من الاحاطة بأي ظاهرة"[٦].

وتعرف الشفافية في الادارة الحكومية وفقاً لرأي البعض "ان تكون الحكومة والاجهزة الادارية العامة في صندوق من زجاج، بحيث يرى الجميع ما تقوم به من اعمال وما تباشره من مهام، وتديره من برامج، وترتبط به من علاقات، والكيفية التي تمارس بها ذلك، كما يتضمن ايضاً الالتزام بأخلاقيات الخدمة العامة، وقواعد النزاهة الوظيفية، والابتعاد عن اساءة استخدام السلطة[٧].

---

(١) سامي الطوخي، النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس- الشفافية في ادارة الشؤون العامة، الطريقة للتنمية والاصلاح الاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٣٠٩.

(٢) د. عصام احمد البهجي، الشفافية واثرها في مكافحة الفساد الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٥.

(٣) اشار اليه ماجد شهاب الرمضان، التزام اطراف الرابطة العقدية بالشفافية في مجال العقود الادارية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة عين شمس، ٢٠١٦، ص ٨٤.

(4) http:www.luroussefr/dictionairesl/francaise,LaTransparence.

اشار اليه: ماجد شهاب الرمضان، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٥) فارس بن علوش بن بادي السبيعي، مصدر سابق، ص ١٣.

(٦) د. سامي الطوخي، المصدر السابق، ص ٣١٢.

(٧) د. رشا الطراونة و علي الفضايلة، اثر تطبيق الشفافية على مستوى المسائلة الادارية في الوزارات الاردنية المجلة الاردنية في ادارة الاعمال، المجلد (٥)، العدد (١)، ٢٠١٠، ص ٦٦.

كما عرفها البعض بالمعنى الواسع بانها "التزام الادارة باشراك المواطنين في ادارة الشؤون العامة التي تمارسها الادارة لصالح ولحساب المواطنين، مع الالتزام باتخاذ كافة الاجراءات والتدابير التي تضمن تزويد المعلومات الصادقة عن كافة خططها وانشطتها واعمالها ومشروعاتها وموازناتها ومداولاتها، واعلان الاسباب الواقعية والقانونية الدافعة لها، وتوضيح طرائق واجراءات مساءلة الادارة عن اوجه القصور أو المخالفة، واقرار حق عام بالاطلاع والوصول غير المكلف لمعلومات ووثائق الادارة كأصل عام[١].

وورد في المذكرة التطبيقية لبرنامج الامم المتحدة الالماني (MNDP) بعنوان الوصول إلى المعلومات، حيث اشار إلى: "ان اتاحة الحصول على المعلومات مثال مباشر للشفافية، لكن مجرد اتاحة المعلومات لا يعني الكثير اذا لم يكن الناس على علم بوجودها وبكيفية الوصول اليها، وكما لا يعني توافر المعلومات الشيء الكثير اذا كانت كلفة الوصول اليها غير معقولة (من حيث الوقت والمال)، واذا لم تكن المعلومات مواتية للمستخدم، فمن الاهمية بمكان اذا اريد للشفافية ان تكون ذات مغزى ان تؤخذ في الاعتبار الاحتياجات المعلوماتية للفقراء أو لغيرهم من الطبقات المهددة وكيفية وصول هؤلاء واولئك إلى المعلومات، ويمكن ان تكون المقابلات المباشرة وجهاً لوجه بين الجماعات المنظمة للفقراء وموظفي الحكومة المحلية امثلة جيدة للشفافية[٢].

ويشير ايثرنجتون (Hetherington) إلى ان الشفافية هي "السماح للضوء بالمرور بحيث يسمح برؤية الاشياء بوضوح، بحيث اذا وضع جودة الوضوح يمكن احتسابها وفهمها بسهولة[٣]، ويرى فيشر (Fisher) ان الشفافية هي التي تهتم بكشف الحقائق واتباع تعليمات وممارسات ادارية واضحة وسهلة، وايصال النقاشات والمفاوضات للعامة وكشف الاحكام المختلفة[٤]، ومن خلال ما تقدم وبعد استعراض كافة تعريفات الفقه للشفافية يمكن القول، ان

---

(١) د. سامي الطوخي، مصدر سابق، ص ٣١٧.

(٢) د. سامي الطوخي، مصدر سابق، ص315؛ د. رشا الطراونة و علي العضايلة، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٣) اشار اليه صدام محمد محمود الحيالي، دور الشفافية في تعزيز البعد الثقافي للمعلومات المحاسبية، مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، المجلد ٤، العدد (١٠)، سنة ٢٠٠٨، ص ١٢١.

(٤) اشارت اليه: يارا فاخوري،درجة ادراك وممارسة مديري المدارس الحكومية في محافظات جنوب الاردن لمفهوم الشفافية، رسالة ماجستير مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا،جامعة مؤتة، ٢٠٠٨،ص٧-٨

كل باحث يعرفها حسب اختصاصه، وينظر لها من منظوره الخاص، الا ان جميعهم اتفقوا ـ وبحق ـ ,على ان الشفافية تتجسد في مبدأ يجب تبنيه،والتأكيد عليه في التشريعات والدساتير وهو سلوك منهجي يجب اتباعه في كافة دوائر الدولة وهو يعني :التدفق المستمر للمعلومات ذات المصداقية بين مختلف المستويات الادارية، وكذلك الموضوعية في تقييم الاداء،وحل المشكلات،واتخاذ القرارات اللازمة، والوضوح، والمشاركة والعلانية والتمكين، والقانونية، والمكاشفة، والموضوعية، وهذه العناصر جميعاً تؤدي إلى مضمون الشفافية ولا نجد مثال لتجسيد اليات الشفافية اكثر من ابرام العقود الادارية وتنفيذها– كما سنرى لاحقاً– وسنعرض لمضمون عناصر الشفافية في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

عناصر الشفافية

اصبحت الشفافية الان منهج عمل بعد ان كانت مجرد وضوح الاجراءات في الدوائر الحكومية، ويمكن الحديث عن خصائصها على النحو التالي:

اولاً: الوضوح: يجب توضيح الدوائر الحكومية لأهدافها، ووسائلها، ومسوغات اتخاذها، ورؤيتها المستقبلية، ودورها في المجتمع.

ثانياً: الشرعية: يلزم ان تحظى الاجهزة الحكومية بالقبول من مختلف قطاعات المجتمع، ويجب ان تسعى ايضاً إلى تعزيز ثقة الاخرين بها.

ثالثاً: المشروعية: يجب ان تسعى الاجهزة الحكومية إلى اضفاء صفة المشروعية على كافة اجراءاتها واعمالها القانونية والمادية.

رابعاً: البساطة والوضوح: على الدوائر الحكومية ان تصبغ تصرفاتها بالبساطة والوضوح والبعد عن التعقيد والسعي وراء التحديث المستمر لآليات عملها.

خامساً: الاخلاقية المهنية: لابد وان تكون لدى الدوائر الحكومية مدونات للأخلاق المهنية تلتزم بها في عملها.

سادساً: الافصاح والعلانية: لابد وان تنشر المعلومات والبيانات، وتوفير ادلة يسترشد بها الجمهور والاجهزة الرقابية.

سابعاً: التمكين: يجب الوصول إلى المعلومات المطلوبة من كافة المستويات الادارية والمنتفعين والاجهزة الرقابية بكل سهولة ويسر ودون كلفة، وفي الوقت المناسب[١]، وقد طرح بعض الفقه– وبحق– عدة ضمانات يجب الالتزام بها لتحقيق مبدأ الشفافية، تتمثل فيما يأتي:

اولاً: انشاء جهة مفوضة للشفافية والمعلومات كمصدر للحصول على المعلومات.

ثانياً: تأمين حرية العاملين والمسؤولين في النشر واعلان البيانات المتعلقة بأعمالهم.

ثالثاً: العمل على ايجاد تنظيم فعال للمحافظة على البيانات والوثائق من التلف أو العبث.

رابعاً:وضح الية منضبطة ودقيقة لإتاحة الحصول على المعلومات مع مراعاة الجانب الامني.

خامساً: اتاحة التظلم والشكوى، وايجاد سبيل قضائي للطعن في حالة الاخلال بالشفافية.

سادساً: تقرير عقوبات رادعة في حالة عدم الاذعان، وايجاد نظام تقارير دوري عن اليات العمل[٢]،نخلص مما تقدم ان الشفافية حق من حقوق المواطنين تجاه الدولة من جانب، وهي التزام عليها بتمكين المواطنين من ممارسة هذا الحق من جانب اخر، ونضيف من جانبنا ضمانان نعتقد انهما سيكون لهما الاثر الكبير في ترسيخ مبدأ المشروعية وعلى النحو التالي:

الاول: التزام الادارة الحكومية بسياسة واضحة للنشر تتضمن ضبط وتوثيق كل ما يتعلق ببناء المؤسسة، وعملها من خلال نشر قرارات مجالس الادارة وكذلك اللوائح، وتبني عمليات نشر المعلومات الشفوية والكتابية والالكترونية.

ثانياً: التعهد بتوفير المعلومات والبيانات الصحيحة للجمهور والاجهزة الرقابية وتخصيص دائرة أو شخص للقيام بهذه المهمة وتوفير المعلومات وقت طلبها وبكل يسر، وكل هذا بشرط عدم اختراق الجانب الامني للمعلومة أو البيان.

---

(١) نعيمة محمد حرب، واقع الشفافية ومتطلبات تطبيقها في الجامعات الفلسطينية بقطاع غزة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية التجارة في الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠١١، ص ١٤- ١٥؛ اسيل هادي محمود، اسس الشفافية الادارية وعلاقتها بمكافحة الفساد الاداري، بحث مقدمة الى مجلة الادارة والاقتصاد في جامعة المستنصرية، العدد ٧١، سنة ٢٠٠٨، ص ٧٦- ٧٧؛ طاهر حسن الغالب و منصور العامري، المسؤولية الاجتماعية واخلاقيات الاعمال، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٤٣٨- ٤٣٩.

(٢) د. فارس بن علوش بن بادي السبيعي، مصدر سابق، ص ٣٥.

الفرع الثالث

التمييز بين الشفافية وما يشتبه معها

يعد الاعلام والادلاء بالبيانات من أكثر المصطلحات التي تتشابه مع الشفافية وسوف نبحثهما وعلى النحو التالي:

اولاً: التمييز بين الشفافية والاعلام: عرف بعض الفقه الاعلام بانه "تزويد الناس بالأخبار والمعلومات الصحيحة والحقائق الثابتة التي تساعدهم على تكوين رأي صائب في واقعة معينة"[١]، والاعلان هو نشر الحقائق والوقائع دون ما تبديل وتغيير ويكون من خلال النشر أو بالإذاعة أو التلفزيون أو استخدام الكتابة أو القول أو الرؤية، فالأعلام هو تقديم الحقائق المجردة وارتباطه بالحقيقة هو ما يربط الشفافية ايضاً فهي عنوان للحقيقة ايضاً،وهوحق اصيل للمواطن .وفي موضوع ذي صلة بالبحث يجب ذكر ان الاعلام في مجال العقود هو التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام كلا المتعاقدين في مواجهة الاخر بتقديم المعلومات الكافية والبيانات الواقعية، من اجل الوصول إلى ارضا كامل مستنير وواضح، بكل تفاصيل العقد محل الانعقاد من حيث ظروفه ووظيفته أو صفة احد الطرفين لزرع الثقة المتبادلة بين طرفي العقد[٢]، ومن اوجه الاختلافات بين الاعلام والشفافية: ان الاعلام هو قيام الجهاز الاعلامي برفد المتلقين بالمادة الاعلامية التي مصدرها الاخيرة الأجهزة الحكومية، فالجهاز الاعلامي هو وسيط بين الادارة والجماهير وهو يختار المادة التي يعلم بها المواطنين وحسب ضوابط تحددها منهاما هو مهم ؟ وما هو غير ذلك ؟بينما الشفافية هي التزام على الادارة الحكومية بتزويد المواطنين بكافة المعلومات والبيانات المطلوبة مباشرة ودون وسيط، وعلى قدم المساواة بينهم، فالفارق الجوهري هو ان الاعلام يمد المواطنين بما تسمح به الادارة من معلومات صادقة وحقيقية، بينما الشفافية هو التزام الادارة بالإيضاح عن كافة انشطتها واعمالها[٣]، نخلص ان الاعلام في مجال العقود الادارية يتطابق جزء منه مع الشفافية إلا ان الاخيرة تستلزم نطاق اوسع مما يتطلبه الاعلام المجرد، لذا تعد جزءا من مبدأ الشفافية.

(١) د. سامي الطوخي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.
(٢) د. عصام احمد البهيجي، مصدر سابق، ص ٣٥.
(٣) د. سامي الطوخي، المصدر السابق، ص ٩١.

ثانياً: التمييز بين الشفافية والادلاء بالمعلومات: الادارة ملزمة بالأدلاء بالمعلومات عن نشاطها، ويذهب بعض الفقه ـ وبحق ـ إلى ان اتاحة المعلومات ليست كافية، اذا لم يعلم الناس بوجودها أو السبل التي يجب سلوكها للوصول اليها،فضلاً عن انها لا تعني الكثير ايضاً في حالة ما اذا كان العلم بهذه البيانات والمعلومات تكلف الجهد والمال، والادلاء بالمعلومات هو واجب ضمني– في رأي البعض– في بعض العقود بوجوب تزويد أحد الطرفين الطرف الاخر بمعلومات تخص العقد. اما الشفافية فهي الالتزام المجرد بمعلومات البيانات الكافية وبشكل مجرد[١].وعليه يكون الادلاء بالمعلومات جزء من مبدأ الشفافية.

المبحث الثاني

الشفافية في مجال العقود الحكومية

استكمالاً لمقتضيات البحث يجب ان نبحث عن مفهوم الشفافية في مجال العقود الحكومية، بعد ان بحثنا فيه في نطاق الاداء الحكومي بشكل عام، وسيكون هذا المبحث في ثلاثة مطالب وعلى النحو التالي: المطلب الاول: الجهود الدولية لتعزيز شفافية الاداء الحكومي. المطلب الثاني: مفهوم الشفافية في مجال العقود الادارية. المطلب الثالث: التطور التشريعي للشفافية من فكرة إلى مبدأ دستوري.

المطلب الاول

الجهود الدولية لتعزيز شفافية الاداء الحكومي

عرف صندوق النقد الدولي شفافية الاداء الحكومي بانها "الانفتاح حول هيكل الحكومة ونشاطاتها ا لمالية للمدة الماضية والحالية والمستقبلية[٢]، ولأهمية الشفافية في مجال الاداء الحكومي اذدادت وتنوعت الجهود الدولية للتصدي لهذا المبدأ، ومن اهم هذه الجهود انشاء منظمات دولية تهتم بهذا الجانب، وسنبحث فيها في ثلاثة فروع وعلى النحو التالي: الفرع الاول: منظمة الشفافية الدولية، الفرع الثاني: مشروع شراكة الموازنة الدولي.
الفرع الثالث: مبادرة الشفافية في مجال الصناعات الاستخراجية.

---

(١) د. عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ٦٤- ٦٥.
(٢) اشار اليه: سناء احمد ياسين، شفافية الاداء الحكومي لدولة العراق، بحث مقدم إلى مجلة العلوم الاقتصادية والادارية، العدد (١٠١)، المجلد (٢٣)، لسنة ٢٠١٧، ص ٢٩٠.

الفرع الاول

منظمة الشفافية الدولية

منظمة الشفافية الدولية هي منظمة دولية غير حكومية مقرها الرئيسي في برلين وانشئت عام ١٩٩٣، لها مائة فرع في مختلف دول العالم، وتسعى المنظمة إلى لفت انتباه العالم إلى خطورة الفساد، والضغط على الحكومات لجعل قراراتها، ونتائج تنفيذ انشطتها شفافة، كما تدعو إلى التعاون مع القطاع الخاص ومنظمات المجتمع الدولي وبقية افراد المجتمع لفضح الفساد ومكافحته، وكذلك تمكين الافراد من الاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بالأداء الحكومي المالي المدرج ضمن الموازنة العامة أو نتائج تنفيذها أو الرقابة عليها وكذلك النفقات خارج نطاق الموازنة، وتبنت هذه المنظمة الدولية استراتيجية مكونة من عدة عناصر لتحقيق اهدافها[١]، وقامت منظمة الشفافية العالمية بالعديد من القياسات المتعلقة بمستوى الفساد الحكومي من خلال دراسات متخصصة اعدها الباحثون سواء عن مجمل الاداء الحكومي للدول، أو على مستوى قطاع معين، وقامت بأعداد ونشر هذه التقارير[٢].

الفرع الثاني

مشروع شراكة الموازنة الدولي

هي منظمة ابحاث غير هادفة للربح، ولا تنتمي إلى أية جهة حكومية، ومقرها واشنطن، ولها مكاتب في عدة دول، وتهدف إلى قياس وتقييم شفافية الاداء الحكومي المالي، من خلال التركيز على الموازنة العامة للدولة محل لقياسها وتحسين قدرة المجتمع المدني وافراد المجتمع على المشاركة في اعداد الموازنة، وتوفير التدريب، والدعم الفني لمنظمات

---

(١) تتجسد هذه العناصر:

أ- بناء تحالفات على المستوى المحلي والاقليمي والعالمي تضم الحكومات، ومنظمات المجتمع المدني، والقطاع الخاص من اجل نشر ثقافة الشفافية ومكافحة الفساد.

ب- دعم الفروع المختلفة للمنظمة لتحقيق اهدافها.

ج- العمل على جمع ونشر المعلومات ونشر وعي عام لمكافحة الفساد وخصوصاً في الدول النامية.

د- العمل على انشاء وسائل، وابتداع معايير لقياس مستوى الفساد والعم لعلى مكافحته. اشار اليها، سناء احمد ياسين، مصدر سابق، ص ٥٩٤- ٥٩٥.

(٢) فاطمة ساجي، الشفافية كأداة لتسيير المالية العامة، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في اطار مدرسة الدكتوراه في خصص المالية العامة، مقدمة الى جامعة ابي بكر بالقايد- تلكسمان- كلية العلوم الاقتصادية والتجارية،الجزائر،٢٠١٠،ص ٨٨؛ سناء احمد ياسين،مصدر سابق،ص٥٩٤- ٥٩٥

المجتمع المدني، المهتمة بالموازنة العامة، واعداد ادلة دراسات بحثية تتعلق بشفافية الموازنة العامة[١].

الفرع الثالث

مبادرة الشفافية في مجال الصناعات الاستخراجية

كان اول ظهور لهذه المبادرة في مدينة جوهانسبرج في ايلول ٢٠٠٢ ثم تحولت إلى تحالف دولي يضم عدد من الدول المتقدمة مثل الولايات المتحدة الامريكية، والمملكة المتحدة، والمانيا، وفرنسا وايطاليا[٢].

وتضم ايضاً اكثر من (٢٥) شركة عالمية متخصصة في مجال استخراج النفط والغاز والتعدين مثل اليكسون، ورويال، وتوتال، فضلاً عن مجموعة البنك الدولي، ومنظمات المجتمع المدني الممول غالبيتها من الشركات وحكومات تلك الدول مثل منظمة الشفافية الدولية، ومنظمة الشاهد العالمي، ويقع مركز هذه المبادرة في مدينة اوسلو، وعمل هذه المنظمة في مجال الصناعات الاستخراجية إلى وضع معايير عالمية للشفافية الطبيعية، فضلاً عن حماية المجتمع، والمستثمرين والاطراف ذات الصلة من أفة الفساد التي تحيط بالصناعات الاستخراجية.

ومن الجدير بالذكر ان الدول المنظمة ومنها العراق، تلتزم بأعداد تقارير تسمح من خلالها بالاطلاع على معلومات تتعلق بالتراخيص والعقود وكميات النفط المصدر إلى الخارج، والضرائب والرسوم والمبالغ الاخرى المتعلقة بالموارد الطبيعية التي تتلقاها من الشركات العاملة داخل البلد في مجال الصناعات الاستخراجية، ومقابل ذلك تلتزم الشركات بتقديم معلومات إلى البلد الذي تنشط فيه، وبعدها يحال الامر إلى شركات تدقيق عالمية لرصد حالات التناقض بين المعلومات التي يكون مصدرها الشركات من جانب والدول التي تعمل فيها هذه الشركات، ويتم عرض النتائج على الجميع[٣]، ومن الجدير بالذكر ان العراق صادق على الانضمام لهذه المبادرة، وبالرغم من ان هذه المبادرة قاصرة فقط على جانب

(١) د. سامي الاتروشي، دورة الموازنة العامة في العراق، ورشة عمل حول اعداد واقرار موازنة العام ٢٠٠٨ في العراق، لبنان، ٢٩-٢٠٠٨/٤/٣٠.

(٢) موقع مبادرة الشفافية للصناعات الاستخراجية في العراق: www.jeiti.org .

(٣) سناء احمد ياسين، مصدر سابق، ص ٥٩٨.

واحد فقط من النشاط الحكومي المتمثل في قطاع الصناعات الاستخراجية، إلا ان ذلك لا يمنع من تثمين هذه الخطوة الممتازة في تعزيز وتكريس لمبدأ الشفافية، نتمنى ان تعقبها خطوات اخرى شاملة لكافة قطاعات العمل الحكومي.

المطلب الثاني

مفهوم الشفافية في العقود الادارية

إذا كانت المصلحة العامة تقتضي اعطاء الادارة مركز أفضل من مركز المتعاقد معها، إلا انها تتطلب ايضاً فرض قيود على حرية الادارة في التعاقد، وفي اختيار المتعاقدين معها، وعلى ذلك تكون الادارة ملزمة بالسير وفق الضوابط المحددة وفقاً للنصوص القانونية الحاكمة، وجاءت كل هذه الضوابط والضمانات حماية للعملية التعاقدية من الفساد وحتى شبهته، لذا كان دور الشفافية عظمياً في تحقيق هذا الهدف.

تعمل الشفافية على توفير المعلومات الخاصة بالعقود من حيث الشروط وظروف التعاقد للمتنافسين جميعاً وعلى قدم المساواة فيما بينهم، فهل نجحت الشافية في تحقيق هذا الغرض؟ لا يمكن الاجابة على ذلك الا إذا اوضحنا مفهوم الشفافية في العقود الادارية، ما الذي نعنيه بالشفافية في مجال العقود الادارية؟ اجاب بعض الفقه على هذا السؤال بان عرف الشفافية في مجال العقود الادارية بانها "النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بان عملية اختيار المتعاقد مع الجهة الحكومية، قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة"[١]، وعرفها اخرون بانها "النظام الذي يتميز بقواعد واضحة وبأدوات تساعد على التحقق من ان هذه القواعد قد تم اتباعها، وادوات التحقق هذه تتاح للمراقين من ديوان المحاسبة، وللأطراف ذوي المصلحة مثل مقدم العطاء الخاسر الذي يرغب في معرفة اسباب عدم قبول عرضه أو لماذا لم يفز بالعقد"[٢]، ونظراً لحداثة هذا المصطلح لم نجد من الفقه من يتصدى لهذه المهمة، لذا أجد نفسي مدفوعاً للتعريف بالشفافية في مجال العقود بان اعرفها بانها "التزام الادارة المتعاقدة بالعلانية والوضوح والحياد،

(١) د. حسن عبد الرحمن السيد، الشفافية في قواعد واجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر- دراسة مقارنة في قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد التاسع والثلاثون، يوليو ٢٠٠٩، ص ٥٧.

(٢) د. حسن عبد الرحمن السيد،المصدر نفسه، ص ٩٩.

واتاحة كل المعلومات وتوفير البيانات المتعلقة بالعقد وظروفه في مرحلة ابرام العقد، والتزام الادارة بالقيام بسلطاتها بتجرد ودون تواطؤ مع المتعاقد وبناء على ما تقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود".

المطلب الثالث

التطور التشريعي للشفافية من فكرة إلى مبدأ دستوري

بدأ الحديث عن الشفافية كمجرد فكرة يستحسن ان تسعى الدولة من خلال اجهزتها الادارية إلى تفعيلها والاستفادة منها في اداءها الحكومي، إلا انه مع تطور الاوضاع وازدياد اهميتها تحولت إلى مبدأ دستوري تسعى الدول إلى اقرارها في دساتيرها وتشريعاتها، وسنتتبع هذا التطور من خلال الفروع التالية: الفرع الاول: التطور التشريعي في فرنسا. الفرع الثاني: التطور التشريعي في مصر. الفرع الثالث: التطور التشريعي في العراق.

الفرع الاول

التطور التشريعي في فرنسا

مرت فرنسا بمراحل عدة للوصول بالفكرة إلى ان اصبحت مبدأ دستورياً وعلى النحو التالي:

اولاً: القانون رقم (٣/٩١) الصادر في ١٩٩١/١/٣، والمتعلق بالعطاءات واجراءات التعاقد، واقتصر فقط تطبيق الشفافية الادارية صراحة على عقود الشراء العام دون غيرها.

ثانياً: القانون رقم (١٢٢/٩٣) الصادر في ١٩٩٣/١/٢٩ (قانون سابين) والذي وسع به المشرع الفرنسي من نطاق العقود الخاضعة للشفافية حيث اخضع عقود تفويض المرافق العامة لها من خلال هذا القانون إذ يجب التزام الجهات المتعاقدة بهذا النوع من العقود بمراعاة قواعد واجراءات المنافسة والعلانية والشفافية[١].

---

(١) يتعلق قانون سابين (Sapin) بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والاجراءات العامة الذي تم تطبيقه لأول مرة كقواعد اجرائية خاصة تحكم ابرام عقود وتفويض المرفق العام، واقر هذا القانون بما يسمى بالتقنية التفاوضية التي تتم بعد علانية كاملة ومنافسة مسبقة مما حقق التوفيق المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والاجراءات العامة من ناحية، وضرورة تمتع الادارة بالحرية الكاملة عند اختيارها لمتعاقدتيها في عقد التفويض بناء على ما يقتضه مبدأ الاعتبار الشخصي من ناحية اخرى، وقد انتقد بعض الفقه الفرنسي التطبيق على الادارة في عملية اختيار المتعاقدين لمخالفة ذلك للنص الدستوري والذي يمنح الهيئات المحلية حرية التعاقد، إلا أن الفقه المعاصر رد على هذا الانتقاد ومن=

ثالثاً: عقود الشراء المرقم (٢١٠/٢٠٠١) الصادر في ٢٠٠١، الزم المشرع بموجب هذا القانون الادارة بضرورة احترام شفافية الاجراءات، اضافة إلى احترام حرية المنافسة والمساواة بين المشرحين المتقدمين للتعاقد مع الادارة[١].

رابعاً: الشفافية من فكرة إلى مبدأ دستوري: قرر المجلس الدستوري الفرنسي في عام ١٩٩٤ عدم الاعتراف بالشفافية كمبدأ ذو قيمة دستورية حيث قرر "ان شفافية الانشطة العامة أو التي يتم ممارستها لحساب الاشخاص العامة لا تمثل في حد ذاتها مبدأ عاماً ذو قيمة دستوري...".

وتنفيذاً لذلك وردت الشفافية في النصوص القانونية كمجرد فكرة، إلا ان عام ٢٠٠٣ شهد تغير في موقف المجلس الدستوري، اذ قرر انه يجب على الادارة الالتزام بالمبادئ التي وضعها الدستور الفرنسي والمعايير الاوربية والدولية المطبقة، وان الاحكام المتعلقة بإجراءات التعاقد يجب ان تحترم ما نصت عليه المادتين (٦) و (١٤) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩ وعليه يجب على الادارة عند اتجاه نيتها لأبرام تعاقد ان تلتزم بمبادئ حرية الدخول في المنافسة والمساواة في المعاملة بين المرشحين وشفافية الاجراءات.

وبذلك التزم المشرع الفرنسي في القوانين التي تنظم تعاقدات الادارة بإلزام الادارة بالشفافية مستندة في ذلك إلى:

١: قرار المجلس الدستوري ٤٧٣/٢٠٠٣ في ٢٠٠٣,/٦/٢٦

=هؤلاء الفقه (Capus) الذي قال "ان التفاوض القائم على المنافسة والعلانية، لا يقيد الادارة في اختيار من تتعاقد معهم، وانما ينور عناصر الاختيار الحر لهذا المتعاقد".

Bene Capus, Droit administrative general. Paris. 2001, p. 10.

وأكد ذلك المعنى رئيس محكمة باريس الادارية بقوله "اذ يكفي ان ينتج عن المنافس في عقود تفويض المرفق العام وجود حالة تنافس بين المرشحين على مستوى جيد لاختيار المتعاقد...". اشار اليه د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقود امتياز المرفق العام، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ١٢٢. وللمزيد عن عقود تفويض المرفق العام يراجع؛ د. ابو بكر عثمان احمد، عقود تفويض المرفق العام- دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤؛ و د. شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الادارة في التعاقد- دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، ص ٧٠.

(١) د. ماجد شهاب الرمضان، مصدر سابق، ص ١٠٢.

٢: في عام ٢٠٠٤ اعطى المشرع الاداري بموجب التوصية ١٨/٢٠٠٤ للشفافية قيمة كبيرة حيث نص على وجوب الالتزام بمبدأ الشفافية في عقود الشراء العام والزم الدول الاعضاء باعتماده في مجال القوانين التي تنظم تعاقدات الجهات العامة، وتم تطبيق ذلك التوصية في قانون عقود الشراء العام ٩٧٥/٢٠٠٦ الصادر في ٢٠٠٦/٨/١.

خامساً: الامر ٦٥/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١/٢٩ المتعلق بعقود التزام المرافق العامة حيث الزم المشرع الادارة بالتوصية الاوربي الذي الزم الدول الاعضاء باحترام مبادئ حرية الدخول المنافسة والمساواة بين المرشحين وشفافية الاجراءات[١].

الفرع الثاني

التطور التشريعي في مصر

يتلخص التطور التشريعي في مصرفي تشريعين وعلى الوجه التالي:

١- القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨(قانون تنظم المناقصات والمزايدات):

لم يتطرق المشرع في هذا القانون لمبدأ الشفافية إلا انه الزم الادارة في المناقصات العامة والممارسات العامة بمبادئ العلنية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية الدخول في المنافسة[٢].

---

(١) المصدر نفسه، ص ١٠٥.

(٢) المادة (٢) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، وقد اكتفى المشرع المصري في هذا القانون بإيراد لفظ العلانية دون الشفافية، على الرغم من ورودها في تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتب لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والشؤون الاقتصادية لمجلس الشعب حيث جاء فيه "" صدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ قانون تنظيم المناقصات والمزايدات من خمسة عشرة عاماً، وخلال تلك الفترة حدث العديد من التطورات الاقتصادية في العالم وبخاصة في السنوات الاخيرة التي كثر فيها الحديث عن مبادئ مهمة مثل مبدأ الشفافية والعلانية والمساواة وغيرها من المبادئ التي اصبحت عرفاً مستقراً في الاقتصاد العالمي الذي نحن جزء منه، نتأثر به وبمتغيراته، بالإضافة إلى ما انتهجته الدول من سياسات ترمي إلى تشجيع القطاع الخاص وارساء مناخ الاقتصاد الحر لكل هذه الاعتبارات تقدمت الحكومة بمشروع القانون المعروض بإصدار قانون جديد ينظم المناقصات والمزايدات، بحيث يكون مسايراً لتلك التطورات الاقتصادية سواء منها العالمية أو الداخلية، ويحاول جاهداً القضاء على الثغرات التي اسفر عنها التطبيق العملي للقانون الحالي.

ومن اهم السمات الاساسية لمشروع القانون المعروض، والتي يمكن ان نطلق عليها فلسفة هذا القانون ما يلي:

- تحقيق مبدأي الشفافية والعلانية.
- تحقيق مبدأ المساواة (سواء كانت بين المتعاقدين فيما بينهم أو بين اجهزة الدولة فيما بينها دون استثناء).=

٢- القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠:

المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة الذي اشار صراحة إلى مبدأ الشفافية والذي "يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة..." [١].

الفرع الثالث

التطور التشريعي للشفافية في العراق

لم يتطرق الدستور العراقي النافذ٢٠٠٥ إلى مبدا الشفافية بشكل صريح إلا أن المادة (٢٧/اولاً) تنص على "للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن".

هذا التكليف الدستوري للمواطن يستلزم توفير امكانية الاطلاع على المعلومات والبيانات المطلوبة لممارسة الرقابة على اوجه إنفاق المال العام، والرقابة على الاداء الحكومي وقياس مدى فعاليته. إلا انه بوجه عام دأبت التشريعات العراقية على تعزيز مبدأ الشفافية وسوف نعرض لأهم هذه التشريعات وعلى النحو التالي:

١- قانون هيئة الشفافية في الصناعات الاستخراجية الصادر كانون الثاني ٢٠١٧والذي كان هدفه تشكيل هيئة تسمى (هيئة الشفافية في الصناعات الاستخراجية) وهي تفعيل لاشتراك العراق في مبادرة الشفافية في مجال الصناعات الاستخراجية، والتي ظهرت عام ٢٠٠٢ في مدينة جوهانسبرغ، والتي تحولت إلى تحالف دول من دول وشركات وكان العراق من المنضمين إلى هذه المبادرة، وبعد المصادقة على انضمام حكومة العراق إلى

- الفصل بين الاعتبارات المالية والفنية، مع اعطاء الاولوية للاعتبار الفني.
- مراعاة حقوق المتعاقدين.
- اضافة الممارسات إلى المناقصة العامة كأصل في التعاقد، وباقي الطرق جعلها مشروطة.
- خطة تحويل المناقصة إلى ممارسة.
- اخضاع الدراسات الاستشارية والاعمال الفنية لأحكام القانون.
- تعديل قيمة الحدود المالية بما يتشق والمتغيرات التي حدثت في القوى الشرائية للنقود.
- اخضاع شراء واستثمار العقارات للقانون.

اشار اليها: د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام- دراسة لائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص ٣٨٣.

[١] المادة (١٩) من القانون المذكور.

التحالف، شرعت الدولة من خلال القانون الصادر ٢٠١٧ إلى انشاء الهيئة المذكورة والتي من اهم اهدافها تداول المعلومات عن عائدات الصناعات الاستخراجية،، واطلاع المواطنين على ادارة موارد النفط والغاز والمعادن وغيرها[١]، وعرف هذا القانون معايير المبادرة بانها معايير الشفافية المعتمدة عالمياً لتعزيز حوكمة الموارد الطبيعية[٢]، وكذلك من اهدافها اطلاع الشعب على الايرادات المتأتية من الصناعات الاستخراجية وادارتها ومجالات انضمامها بما يساهم في الحوار المجتمعي للحصول على خيارات مناسبة وواقعية لتحقيق التنمية المستدامة، فضلا عن تشجيع ورفع مستويات الشفافية والمساءلة والمحاسبة في الصناعات الاستخراجية، ودمج معايير المبادرة من المسار الرئيسي لأعمال عمليات واجراءات وتعاقدات الصناعات الاستخراجية في العراق، ومن مهام المجلس المذكور (هيئة الشفافية) العمل على عدم تعارض مبادئ ومعايير المبادئ (الشفافية) مع القوانين والتعليمات النافذة في العراق[٣].

ونجد ان هذا القانون قد دعم مبدأ الشفافية وعزز من مكانته وبين مدى اهميته، وعلى الرغم من انه كان قاصراً على نطاق الصناعات الاستخراجية إلا انه خطوة صحيحة في الاتجاه الصحيح ستعقبها خطوات اخرى لتعميم هذا المبدأ الهام في كل قطاعات الاداء الحكومي، ومنها العقود الحكومية موضوع بحثنا.

٢- قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وهي من القوانين التي تناولت صراحة مبدأ الشفافية حيث ورد في مقدمته :ان قوانين العقود العامة لابد وان تطابق المعايير الدولية للشفافية، وامكانية التنبؤ بالذي سيحصل، والمساواة في المعاملة وكذلك وجود الية لحل النزاعات، وان تكون هذه المتطلبات خالية من الفساد والتدخل غير المشروع، وان ترتب عملية حصول الحكومة على السلع والخدمات بأفضل الاقيام، أخذاً في الاعتبار ان مبدأ المنافسة العادلة والعلنية والمكاشفة امر ضروري لاقتصاد العراق والتي هي هدف للتجارة الحرة تسعى له كل الامم.

---

(١) المادة (٢) الاهداف (اولاً وثانياً وثالثاً ورابعاً).
(٢) المادة (١) التعاريف (ثالثاً).
(٣) المادة (٤) اولاً وثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً وسادساً وسابعاً وثامناً وتاسعاً وعاشراً.

وقد ورد ايضاً في القسم الاول من هذا القانون على "يطبق هذا الامر على جميع عقود التعهدات التي تتعلق بالسلع والخدمات، وخدمات الاعمال...".

وقد حدد القانون مجموعة من المبادئ التي يجب على دولة العراق خلال وزارتها ومؤسساتها الفيدرالية الاخرى والاقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الاخرى لدولة العراق ان تقوم بالإنفاق العام وفق المبادئ الاساسية[١].

وورد في القسم (٤) (المنافسة الكاملة والعلنية) تحال العقود العامة وفقاً لأقصى مديات الاسس الممكنة للمنافسة وقبل المنافسة على احالة العقود العامة على سلطة التعاقد المنوط بها الصلاحية المذكورة في القسم (٣) من هذا الامر ان تقرر تحريرياً سعر احالة العقد لتكون عادلة ومعقولة واستناداً إلى الحقائق والظروف العامة[٢].

وفي القسم (٦) بعنوان الشروط المعيارية للعقود العامة ورد في الفقرة (٢) "...تدار المديرية بمعايير وممارسات راقية دولية مقبولة ومتبعة كالموجودة في هيئة الامم المتحدة بشأن قانون التجارة الدولية (يونسترال) قانون الموديلات، لغرض شراء السلع والانشاءات والخدمات، وانظمة الاتحاد الاوربي، ومتطلبات التجارة العالمية اتفاقية الشفافية في المشتريات الحكومية، ويمكن ان تستعمل هذه الانظمة دولياً على الممارسات التجارية المقبولة عموماً.

وقد صدرت التعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠٠٤ لتنفيذ قانون العقود الحكومية (٩٧) لسنة ٢٠٠٤ وورد فيها "المناقصة العامة: وينفذ هذا الاسلوب بإعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف انواعها لمن تتوفر فيهم الشروط للمشاركة،

---

(١) وتلك المبادئ هي:

أ- ان تكون اجراءات الدعوى تنافسية وتامة وعادلة وعلنية الى اقصى حد ممن وان تتضمن كذلك على سبيل المثال لا الحصر، الاعلان عن الدعوات بشكل واف، وكذلك اتباع الموضوعية في معايير تقييم العطاءات، والعلنية في فتح العطاءات.

ب- ان تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية، وان تسمح بإمكانية التنبؤ بالذي سيحصل، وان تتسم بالعدالة والمساواة.

ت- ان تتسم اجراءات التجهيز بالامانة، وعلى الحد الادنى للمعايير الاخلاقية، وعدم تنازع المصالح، وان يكون لمقدم العطاء الحق في الاعتراض، والاستئناف فيما يتعلق بالعطاء.

ث- آلية تسوية المنازعات المتعلقة بالعطاءات والحلول المناسبة لمثل هذه المنازعات.

انظر القسم (١) بعنوان قواعد العقود الحكومية العامة، صباح صادق جعفر الانباري، العقود الحكومية وتعليماتها، ط٢، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٤، ص ٣-٤.

(٢) انظر الاستثناءات على ذلك في القسم الرابع/١.

وان تتسم الاجراءات بالعمومية والشفافية والعدالة والعلنية والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقررة..."[١]. وبذلك نجد ان قانون العقود العامة رقم (٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الصادرة بموجبه حققت والى حد بعيد مزيد من الشفافية والتعزيز لمبدأ الشفافية، في مجال العقود الحكومية الا اننا نطالب حتى تكتمل الصورة ان يكون الاداء الحكومي بمستوى الاداء التشريعي فهناك فجوة كبيرة بين المستويين ولا نجد ان الحل في التشريع فهو وافٍ ومتكامل وانما تكمن الحلول وكما سنرى لاحقاً في أمور اخرى.

٣- قانون الادارة المالية والدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ المعدل:ورد في القسم الاول من هذا القانون ما يلي "تنشر معلومات الموازنة العامة وفق المعايير المقبولة دولياً، وان تقدم بطريقة تسهل التحليل أو تعزز الثقة بها" ومن المعروفة ان المعايير المقبولة دولياً هي العمل على تقرير مبدأ الشفافية في الاداء الحكومي كما تناولت الاقسام (٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٤) اجراءات ومراحل الموازنة العامة، الامر الذي يعزز من مبدأ الشفافية.

٤- قانون ديوان الرقابة المالية المرقم (٣١) لسنة ٢٠١١: تقضي المادة السادسة من هذا القانون على مجموعة من المهام عتى عاتق ديوان الرقابة المالية الاتحادي والتي يستشف منها حرص المشرع العراقي على تعزيز مبدأ الشفافية، كما ان المادة (٧/ثالثاً) الزمت الادارة تضمين خطة الديوان السنوية للأمور التي يعتبرها المشرع ضرورية للتحقق من الشفافية في الاداء الحكومي.

٥- قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣: لم نجد في هذا القانون ما يشير إلى مبدأ الشفافية[٢].

نخلص من كل ما تقدم في مجال التطور التشريعي في العراق، انه تقدم بخطوات ممتازة في الجانب التشريعي في تعزيز مبدأ الشفافية. والتوجيهات التشريعية للادارة واضحة وملزمة

---

(١) المادة (٣/اولاً) من تعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ المنشورة في جريدة الوقائع العراقية رقم ٤٣٢٥ في تموز ٢٠١٧.

(٢) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٦ في ٢٠١٣/٨/١٩، وانظر المواد (٧، ٩، ١٠، ١٢/ثالثاً/أ، ب، ورابعاً/ أ، والمادة ١٥/اولاً/أ، والمادة ١٦، والمادة ٢٩/اولاً، والمادة ٣٠، والمادة ؟؟؟؟/ثانياً، والمادة ٣٤، والمادة ٣٥، والمادة ٣٨.

بمراعاة مبدأ الشفافية بكل عناصره، وعلى الرغم من ذلك نجد ان الاداء الحكومي ولاسيما في مجال العقود الادارية لا يزال بعيداً عن تحقيق معدل مقبول من الشفافية كما سنرى.

المبحث الثالث

التعريف بالجزاءات التعاقدية

قد يرتكب المتعاقد مع الادارة اثناء تنفيذ العقد مخالفات متعددة، قد يمتنع عن التنفيذ، أو يتأخر فيه، أو ينفذ العقد بشكل معيب، أو يتعاقد من الباطن دون علم الادارة وبموافقتها، وغيرها الكثير من صور المخالفات، لذا كان من اللازم ان تمنح الادارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر، إلا ان هذه الجزاءات يجب ان تتواءم مع طبيعة المخالفات، بل وايضاً تتواءم مع طبيعة العقد محل المخالفة، ومن المؤكد ان الاعتماد على الجزاءات الواردة في القانون الخاص لا يمكن ان تؤتي ثمارها لاختلاف طبيعتها مع طبيعة الجزاءات في القانون العام، فضلاً عن عدم امكانية الاعتماد على الجزاءات الوارد في قانون العقوبات لنفس الاسباب المذكورة،من هنا كانت الحاجة ملحة لظهور نظرية الجزاءات التعاقدية وسلطة الادارة المتعاقدة في فرضها، إلا ان هذه السلطة محوطة بضوابط وقيود يجب مراعاتها عند ممارستها ومن اهم هذه الضوابط هي مراعاة مبدأ الشفافية عند فرض الجزاءات التعاقدية، وقبل ان تخوض في مظاهر هذا المبدأ وهو عنوان المبحث الرابع والأخير وجدنا انه يجب علينا الحديث عن الجزاءات الادارية التعاقدية، وللحديث عنها يجب ان يكون هذا المبحث في ثلاثة مطالب وعلى النحو التالي: المطلب الاول: مدلول الجزاءات التعاقدية. المطلب الثاني: الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية. المطلب الثالث: صور الجزاءات التعاقدية.

المطلب الاول

مدلول الجزاءات التعاقدية

الجزاء لغوياً: جزاء الامر عقباه والعقب: ما يعقب على كل شيء عقباه، والجمع عواقب والفعل حسنة أو سيئة، والعقاب والمعاقبة: ان يجزى المرء بما فعل سواء، والاسم، العقوبة، وعاقبة بذنبه معاقبة وعقاباً: أخذه به، وتعقب المرء اذا اخذه بذنب كان منه[1].

(1) لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، دار الكتاب المصري، مادة جزى

الجزاء اصطلاحاً: بمعناه الواسع هو الامر المترتب على مخالفة القواعد والاحكام، وهو لا يقتصر على العقوبة المنصوص عليها كجزاء لمخالفة القواعد القانونية انما يشمل ما ينص عليه المشرع من مكافآت لمن اتقن عمله[١].

وعليه فإن الجزاء هو رد فعل مناسب لتقويم سلوك غير مشروع في نظر من يفرض الجزاء[٢].

ولا شك ان القوانين من خلال قواعدها تقترن بصفة الالتزام، وعليه فالجزاء يطبق على من يخالف القاعدة القانونية، وان طبيعة هذا الجزاء يجب ان تتلاءم مع طبيعة القاعدة القانونية محل المخالفة فضلاً عن لزوم مواءمة الجزاء مع المصلحة المحمية والتي انتهكت بالمخالفة لذا نجد ان الجزاء الجنائي يختلف عن الجزاء المدني وعن الجزاء الاداري، ويتأتى ذلك من أن اختلاف طبيعة القاعدة القانونية محل المخالفات سبب الجزاءات لكل منها[٣].

ويتميز نظام الجزاءات التعاقدية بالأصالة، وهذا راجع لأسباب متعددة منها ان اللجوء للقاض يضر بالمصلحة العامة بسبب تأخير الحسم في الدعاوى فضلاً عن ان الادارة بطبيعة الحال تتميز بأن لها سلطة التنفيذ المباشر اي تنفيذ قراراتها بنفسها دون الحاجة إلى للجوء للقضاء، لذا تفرض الادارة الجزاءات التعاقدية بنفسها وهي تراعي طبيعة المخالفة

---

(١) د. سعيد عبد اللطيف، النظرية العامة للجزاء الجنائي، العقوبات والتدابير الاحترازية- دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية الطبعة الاولى، ١٩٩١، القاهرة، ص ٦.

(٢) د. امال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، ١٩٩١، ص ٢٢٩.

وأكدت المحكمة الادارية العليا هذا المعنى في احد احكامها بالقول "...من الامور المسلم بها في القانون الاداري، انه اذا ما أخل المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية، فلها ان توقع عليه جزاءات متنوعة..." حكم الادارية العليا في القضية رقم ٤٧٤ لسنة (٣٢) مجموعة الاربعون عاماً، ص ٦٣٦. اشار اليه: د. رأفت فودة، دروس في القانون الاداري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٨٦.

(٣) للتمييز بين انواع الجزاءات الادارية العامة والجزاءات الانضباطية والجزاءات التعاقدية راجع: ناصر حسين محسن ابو جمة العجمي، الجزاءات التي توقعها الادارة في غير مجال العقود والتأديب، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٥- ٣٠، وكذلك لبنى عدنان عبد الامير، الاختصاص الاداري في المنازعات الجزائية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ٢٠١٦، ص ٤ وما بعدها.

وطبيعة العقد وقيمته وموجبات سرعة فرض الجزاء والاسلوب المتبع حتى تضمن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[١]، وهو الهدف الرئيسي من اقرار الجزاءات التعاقدية[٢].

وتخضع سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الادارية المستمد اصوله من ضرورة الحرص على استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد، والذي يستلزم عدم التساهل مع المتعاقدين المخالفين لعقودهم مع الادارة، واجبارهم من خلال هذه الجزاءات على استمرارهم في العمل بالكيفية المطلوبة، لذا دأبت الادارة على تضمين بنود العقد للجزاءات التعاقدية توقعها في حالة مخالفة العقود، وهذا يعد امتياز للإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة[٣].

وأكدت احكام مجلس الدولة الفرنسي على ان سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد، تفرض العقوبات ولو لم ينص عليها، اما اذا نص على بعضها فذلك لا يقيد سلطة الادارة في فرض غيرها تحت رقابة القضاء[٤].

والامر خلاف ذلك في القضاء المصري، إذ أكدت المحكمة الادارية العليا في احد أحكامها على "...إذا توقع المتعاقدان خطأ ما وحددا له في العقد جزاء معين، فلا يجوز للادارة ان تخالف ما نص عليه العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة ان تخالفه أو تطبق من شأنه نصوص لائحية كانت ماثلة امامها عند ابرام العقد[٥].

وهذا نفس ما انتهجه القضاء العراقي، ففي حكم لمحكمة التمييز نص على "...وجد ان الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع واعمال خطط التنمية فيما يتعلق بنسب الغرامات التأخيرية هي توجيه للدوائر ذات العلاقة، اما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما

---

(١) د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الادارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٥٠.

(٢) د. سمير صادق، العقد الاداري، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٢٤.

(٣) د. محمد السيد زهران، الشروط الاستثنائية غير المألوفة في احكام القضاء الفرنسي، بحث مقدم الى مجلة ادارة قضايا الحكومة، عدد (٣)، س (١٢)، ١٩٦٨، ص ٧٤٢.

(٤) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات- دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٥ وما بعدها.

(٥) حكم الادارية العليا المرقم ١٨٩- ١٢ (ق والصادر في ١٩٦١/٤/٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الادارة العليا في اربعون عاماً (١٩٥٥- ١٩٩٥)، ص ٨٣.

تضمنه العقد فالعقد شريعة المتعاقدين، فاذا كان عقد المقاولة بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فان النص هو الذي يعمل به..." [١].

ولا نؤيد ما ذهب اليه بعض الفقه العراقي[٢] في عدم تأييدهم لاتجاه القضائيين المصري والعراقي بحجة ان الادارة كان يجب ان تتحوط وهي تحدد الجزاءات في العقد، وايضاً يخشى هذا الفقه من ان تكون المخالفة جسيمة والجزاء المرصود لها لا يتناسب مع جسامتها، إلا أن هذا القول مردود عليه. بانه يجب ان لا تتلاعب الادارة في بنود العقود حتى لا يفقد المتعاقدين معها الثقة في تعاملاتهم معها، وان تسعى الادارة إلى توضيح كل بنود العقد، وبالاتفاق مع المتعاقدين معها مراعاة لمبدأ الشفافية.

المطلب الثاني

الخصائص العامة للجزاءات الادارية

نظراً لأهمية الجزاءات التعاقدية، فأنها تخضع لنظام قانوني يختلف عن نظام الجزاءات في العقود المدنية، لذا فان للجزاءات التعاقدية خصائص ذاتية غير معروفة في قواعد الخاص. وسنبين هذه الخصائص وعلى النحو الاتي:

اولاً: امتياز المبادرة: المبدأ المستقر فقهاً وقضاءً ان للإدارة حتى فرض الجزاءات على المتعاقد المخالف بارادتها المنفردة، ودون انتظار لحكم القضاء ومستخدمة في ذلك سلطتها في التنفيذ المباشر، الامر الذي لا يمكن تصور وجوده في مجال العقود المدنية[٣].

ثانياً: تفرض الادارة الجزاء دون الحاجة إلى النص عليه في العقد: استقر مجلس الدولة الفرنسي على ان سلطة الادارة في توقيع الجزاء سلطة مستقلة عن نصوص العقد، فهي

---

(١) حكم محكمة التمييز العراقية ١٨١٩ الصادر في ١٩٨٦/١٠/٢٣. اشار اليه: د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٨، ص ٣٣٩

(٢) د. مازن ليلو راضي، العقود الادارية، ط١، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١٤٤؛ حسام محسن عبد العزيز، سلطة الادارة الجزائية في فرض الغرامة التاخيرية في العقد الاداري وضماناتها- دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٨، ص ٣٧.

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا المصري "للجهة الادارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي اذا أخطأ المتعاقد، وذلك بالارادة المنفردة من دون الالتجاء الى القضاء باعتباره امتياز للجهة الادارية لتعلق العقد الاداري بالمرفق العام..." الحكم المرقم ٦٤٣١ لسنة ١٩٤٢ جلسة ١٩٤٢/١١/٢١. اشار اليه حسام محسن عبد العزيز، مصدر سابق، ص ٤٤.

تفرض الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد. وسايره مجلس الدولة المصري من خلال اقرار لبعض المبادئ والتي منها:

اولاً: عدم وجود نص مع العقد لا يحرم الادارة من حقها في توثيق جزاء على المخالف.

ثانياً: ان النص على بعض الجزاءات لا يحرم الادارة من توقيع جزاءات اخرى.

ثالثاً: النص على جزاءات بخصوص مخالفات معينة، لا يقيد الادارة في فرض جزاءات اخرى على مخالفات اخرى[١].

وفي العراق اقرت محكمة تمييز العراق هذا المنهج في حكم لها اذا نصت على "...توقف المدعى عن إتمام العمل، يعد اخلالاً من جانبه بالتزاماته التعاقدية، ويكون اتجاه دائرة المدعى عليه إلى سحب العمل من المدعي اعمالاً لامتيازها في ايقاع هذا الجزاء في نطاق العقد الاداري...استناداً للقواعد الهامة التي يقوم عليها العقد الاداري ولو لم ينص عليها العقد..."[٢].

ثالثاً: جواز الجمع بين الجزاءات: يجوز الجمع بين جزاءات متعددة اذا ما تحقق السبب في فرض كل منها، فكل منها طبيعته الخاصة ووجهته وغايته[٣].

رابعاً: تعدد وتنوع الجزاءات: يرجع سبب تنوع الجزاءات التعاقدية إلى اختلاف صور المخالفات المستوجبة للجزاء، وكذلك اختلاف العقود وأهميتها، فللجزاءات التعاقدية خصائص تميزها عن بغية الجزاءات الانضباطية منها أو الادارية العامة[٤].

---

(١) اشار اليه: د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٥٣.

(٢) اشار اليه: بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية في القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

(٣) تطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بانه "ليس ما يمنع الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الاداري طالما قد تحقق السبب الواقع لتوقيع كل منها، فغرامة التأخير ليست مرتبطة بالضرر الذي يقع من جراء التأخير في تنفيذ العقد. اما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد ان يثبت عجزه عن التوريد (التقصير الجسيم)، ثم الغاء العقد عندما يتكرر التأخير، متفقاً مع نصوص العقد، ويكون ما يثيره المدعي العام من عدم جواز الجمع بين هذه الجزاءات غير سديد"، الحكم في الدعوى ٤١٨٦ لسنة (٩) ق ج ١٩٥٧/١١/٢٤، بند ١٧، ص ١٢٣.

(٤) قضت المحكمة الادارية العليا المصرية "...انه اذا أخل المتعاقد مع جهة الادارة بالتزاماته التعاقدية فلها ان توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية، ومنها بعض اساليب الضغط...". اشارت اليه رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية في فرض الجزاءات على المتقاعد معها- دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص١٣.

وتتنوع هذه الجزاءات منها مالية، واخرى غير مالية، ولها صور متعددة منها الفاسخة ومنها الضاغطة.

خامساً: عدم جواز قيام المتعاقد بإعاقة سلطة فرض الجزاءات: الغرض من توقيع الجزاءات التعاقدية، هو تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن تمتعت الادارة بخاصية تنفيذ الجزاءات التعاقدية دون الحاجة للجوء إلى القضاء، فان ذلك يعني وجوب عدم السماح للمتعاقد بإفراغ هذه المزية من محتوياته بان لايكون له طلب وقف تنفيذ الجزاء التعاقدي[١].

سادساً: للإدارة اختيار وقت فرض الجزاء دون حاجة لأثبات الضرر: لا تلتزم الادارة بفرض الجزاء في وقت معين، طالما لم يلزمها العقد بذلك، وقد اقرت المحكمة الادارية العليا المصرية بهذا المبدأ في احد احكامها اذ قررت "باستثناء حالة النص على الزام الادارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فان الادارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء حسب ما تراه صالحاً لضمان سير المرفق العام، ومن ثم فانه لا تثريب عليها اذا رأت في حدود سلطتها التقديرية ان تتريث في ايقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته،وقد يكون هذا التريث تحقيقاً لهذه المصلحة..."[٢].

---

(١) حكمت المحكمة الادارية العالية في مصر بان(لما كان توقيع هذه الجزاءات انما يهدف اساساً الى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العام، ومن حق جهة الادارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء... فانه لا وجه لاتخاذ أي اجراء يحول دون استعمال الجهة الادارية لهذا الحق باي، صورة من الصور مهما يكون من الادعاءات في هذا الشأن، ذلك لان المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الرابط القانوني التي تنشئ بين الافراد والادارة بل يجب ان تعلوا المصلحة العامة في هذا الامر الذي يتعلق بتسيير مرفق عام، وانما تتحول المصلحة الفردية الى تعويض اذا كان لذلك اساس من القانون)، الحكم في طعن المرقم(١١٠٩)لسنة (٨) ق في ٢٨/ ١٩٦٣ اشار اليه د. عليوه مصطفى فتح الباب، نظام العقود الادارية، الكتاب الاول لمرسوم بقانون رقم(٢٠) لسنة ٢٠٠٠، دراسة علمية- في ضوء الاحكام والفتاوى/ ادارة الفتاوى والتشريع بوزارة العدل، الامارات، ٢٠٠٣، ص٦٥٣.

(٢) د. ابراهيم محمد علي، اثار العقود الادارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٣ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧١- ٧٢.

وتملك الادارة فرض الجزاء على المتعاقد معها دون الحاجة إلى اثبات وقوع الضرر لان غرض العقوبة ليس عقاب المخالف، وانما يهدف إلى حسن سير المرافق العامة[١].

وفي العراق ذهبت محكمة التمييز إلى نفس الاتجاه اذا قضت "استقر قضاء محكمة التمييز على ان العقود ال الادارة ولمؤسسات الحكومية ذات طبيعة الاقتصادية العامة تعتبر من عقود المرافق العامة التي يفترض تحقيق الضرر بمجرد التأخير في انجازها ما لم يكن هناك سبب أو عذر قانوني مقبول..." [٢].

المطلب الثالث

صور الجزاءات التعاقدية

تتنوع الجزاءات وتتعدد صورها، بحيث يمكن للادارة توقيعها على المتعاقد معها اما اثناء تنفيذ العقد، ولا تؤثر على استمرار التنفيذ كالجزاءات المالية وغير المالية،وكذلك توجد الجزاءات الضاغطة التي تضغط بها الادارة على المتعاقد لدفعه للاستمرار بالتنفيذ،،وهناك ايضاً الجزاءات الفاسخة التي من شأنها انهاء الرابطة العقدية. وسنعرض لهذه الجزاءات من خلال ثلاثة فروع وعلى النحو التالي:الفرع الاول: الجزاءات المالية. الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة. الفرع الثالث: الجزاءات الفاسخة.

الفرع الاول

الجزاءات المالية

وهي المبالغ التي يحق للإدارة ان تطالب بها المتعاقد معها عن اخلاله بالالتزامات التعاقدية، وذلك لتغطية الاضرار الحقيقية التي لحقت بها جراء الخطأ الصادر من المتعاقد، أو توقيع العقوبة على المخالف بغض النظر عن الاضرار التي لحقت بها. وتتنوع صور الجزاءات المالية وعلى النحو التالي:

---

(١) بحثنا الجزاءات المالية في العقد الاداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الموصل، المجلد (١٢) العدد (٥٤) لسنة ٢٠١٢، ص ٣٩٨.

(٢) اشار اليه: بلاوي ياسين بلاوي، مصدر سابق، ص ٤٠.

اولاً: التعويض: ذهب بعض الفقه إلى عدم اعتبار التعويض من الجزاءات المالية باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص[١]. إلا أننا لا نقر بهذا الرأي ونؤيد ما ذهب اليه اغلب الفقه العراقي[٢]، وقليل من الفقه المصري[٣] في أن التعويض من الجزاءات التعاقدية وحجتنا في ذلك: انه طالما كان من المستقر فقهاً وقضاءً ان للإدارة سلطة فرض الجزاءات فانه لا ضير من الاقرار لها بسلطة فرض التعويض، ولا حكمة من استبعادها من الجزاءات، فضلاً عن ان فرض التعويض يعد تجسيد لسلطة الادارة في التنفيذ المباشر، ولا يتخوف من ذلك لوجود رقابة القضاء كضمانة للمتعاقد مع الادارة.

ان كان الفقه قد اجمع– تقريباً– على سلطة الادارة في فرض جزاء التعويض على المتعاقد، إلا ان المشرع والقضاء رفضا ذلك وقصرا التعويض على القضاء استناداً للقواعد العامة في القانون المدني[٤].

وأكدت محكمة التمييز العراقية ذلك في حكم لها إذ قضت "...لدى التدقيق والمداولة تبين ان حصول الضرر للدولة من تأخير انجاز الاعمال ذات المصلحة العامة أمر مفترض، إلا ان التحقيق عن مدة التأخير وما يعود منه للمقاول، ومقدار التعويض العادل الذي يقتضي الزام المقاول به يجب ان يقدر بمعرفة خبراء به،وطرح وتحديد كافة نقاط النزاع واقوال الطرفين حولها"[٥].

---

(١) د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٤٥؛ د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الادارية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٢٢٣. ومن الفقه العراقي، د. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، مكتبة الفلاح، الكويت، ص ٢٠٨.

(٢) د. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الاداري، مجلة بحوث مستقبلية الصادرة ع كلية الحدباء الجامعة، العدد الثالث، اذار ٢٠٠٧، ص ١٧٤؛ د، محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٤٣؛ د. فاروق احمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية الادارية العامة للعقود الادارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ١٣٦.

(٣) د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص ١٨٢.

(٤) المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) حكم محكمة التمييز العراقية، الاضبارة رقم ١١١/مدنية ثانية/ ١٩٧٥ في ١٩٧٥/٤/٢٨، مجموعة الاحكام العدلية، الاعلام القانوني، في وزارة العدل، العدد الثاني، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ٩١. اشار اليه بلاوي ياسين بلاوي، مصدر سابق، ص ٤٧.

ثانياً: الغرامة التأخيرية: عرفها البعض بانها "مبالغ اجمالية تقدرها الادارة مقدماً وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يخلو منها عقد اداري"[١].

اتفق الفقه على ان الغرامة التأخيرية ما هي الا وسيلة ضغط على المتعاقد معها، بهدف عدم التراخي في تنفيذ التزاماته، ولكن الاختلاف كان حول الطبيعة القانونية لها، حيث وصفها البعض بانها تعويضات جزائية مصدرها نصوص العقد، ولا يشترط لتطبيقها اثبات الضرر، كما انه لا يجوز للمتعاقد الدفع بعدم حدوث ضرر نتيجة لتقصير في تنفيذ التزاماته، أو ان مقدار الغرامة مبالغ فيه لعدم تناسبه مع الضرر الذي لحق بالإدارة المتعاقدة، فالضرر طبقاً لهذا الاتجاه مفترض، وذلك لأن التراخي في تنفيذ العقد ينطوي على الاخلال بالأنظمة والتعليمات التي رتبت الادارة شؤون المرفق وتأمين سيره على اساسها[٢].

نص المادة (٩/رابعاً/أ) من قانون العقود الحكومية العراقي رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ "تحدد الغرامات التأخيرية من قبل جهة التعاقد بنسبة لا تقل عن (١٠%) ولاتزيد عن (٢٥%) من مبلغ العقد وعلى جهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية في وثائق المناقصة والتعليمات إلى مقدمي العطاءات"[٣].

ثالثاً: مصادرة التأمين: هو جزاء اداري يرتبط بالعقد الاداري، ويفرض عند اخلال التعاقد بالتزاماته المنصوص عليها في العقد والتي تهدف إلى تحقيق الصالح العام من خلال انتظام سير المرافق العامة وان محل المصادرة هو مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لدى الجهات الادارية لضمان جديته في التعاقد معها، وقدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن اخلاله

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٤٩٠، والغرامة في اللغة تعني الخسارة في المال، ما يلزم اداءه تأديبيا، فيقال حكم القاضي على فلان بالغرامة، وتأخر الشيء، جعله بغير موضعه، وفي الوقت بعد انقضاءه، المعجم الوسيط، ابراهيم انيس واخرون، ج١، دون ناشر، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٣٩.

(٢) حسام محسن عبد العزيز، سطلة الادارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الاداري وضماناتها- دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠١٨، ص ٩٤- ٩٥.

(٣) واشارت المادة (٤٨) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية على "اذا عجز المقاول عن اكمال الاعمال خلال المدة المحددة بموجب المادة (٤٤) من هذه الشروط أو خلال المدة التي جرى تحديدها فعندئذ يجب على المقاول ان يدفع إلى صاحب العمل المبلغ المحدد في القسم الثاني من شروط المقاولة باعتبارها غرامة التاخير عن مدة التأخير...".

بالتزاماته المنصوص عليها في العقد، فاذا كان التأمين يعد ضمانة بحد ذاته، فان مصادرته هو الجزاء الذي لا يكون مشروعاً الا اذا تقرر لمواجهة مخالفة المتعاقد مع الادارة لبنود العقد[١].

وفي العراق نصت المادة (٩/اولاً/١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على تحديد قيمة التأمينات الاولية بنسبة لا تقل عن (١%) ولا تزيد عن (٣%) من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الاحالة في عقود التجهيز والخدمات والمقاولات بمختلف انواعها، ويجب الاخذ بعين الاعتبار عند حديد قيمة التأمين اهمية المناقصة، وان تقل النسبة كلما زاد مبلغ التكلفة.

وحددت المادة (٩/١/اولاً/ب) من تعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والتي نصت على "لا تقبل التأمينات الاولية لمقدمة العطاءات إلا اذا كانت على شكل خطاب ضمان أو صك مصدق أو سفتجة".

وفيما يتعلق بالتأمينات النهائية التي عرفها البعض بانها "مبلغ يلتزم بأدائه صاحب العطاء المقبول كضمان لتنفيذ التزاماته التعاقدية على النحو المنصوص عليها في العقد"[٢].

أكدت المحكمة الادارية العليا على ان "التأمين النهائي هو ما يقدمه المتعاقد بعد اتمام عملية المناقصة ضماناً لما ينتج عنه من اخطاء اثناء تنفيذ العقد لجهة الادارة تستطيع من خلالها تحصيل الغرامات أو التعويضات"[٣]. ووفقاً للمادة (٩/ثانياً/ أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) يقدم التأمين النهائي بما يساوي ٥% من مبلغ العقد من قبل المناقصة الفائزة، حيث نصت على "تقديم التأمينات النهائية على شكل خطاب

---

(١) د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٠٢.واكدت المحكة الادارية العليا في مصر هذا المعنى بقولها".مصادرة التأمين في هذه الحالة من قبيل الجزاءات التي تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها عند اخلاله بالتزاماته، ولما كانت هذه الجزاءات لا تستهدف في الواقع من الامر تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى سير المرفق العام، الطعن الصادر في ١٩٧٢/٦/١٧،م(س ١٧)،ص٥٧٦،اشار اليه زهراء هشام ابراهيم عبد الرحمن القزاز،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل،٢٠١٦، ص ١٩

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٧٦.

(٣) الطعن رقم ١٧٧٢ لسنة ٣٩ في ١٩٨٥/٥/٥ مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عام. اشارت اليه: زهراء هشام ابراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٨.

ضمان حسن التنفيذ للعقد بنسبة ٥ % من مبلغ العقد، بعد التبليغ بكتاب الاحالة وقبل توقيع العقد.

الفرع الثاني

الجزاءات الفاسخة

يعد جزاء الفسخ للعقد من أخطر الجزاءات التعاقدية التي تملك الادارة سلطة توقيعه على المتعاقد معها، لانه يستهدف انهاء الرابطة التعاقدية، ولا توقعها الادارة إلا في حالة الاخلال الجسيم بالعقد من قبل المتعاقد لإلتزاماته، الامر الذي يضر بالمصلحة العامة[١].

في العراق لم ينص دفتر الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٩٨، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على اعطاء الحق للادارة بفسخ العقد بمقدار ارتكاب المتعاقد لخطأ ما، إلا ان ذلك وارد في نصوص القانون المدني العراقي، والتي اجازت لرب العمل حق فسخ العقد اذا اخل المقاول بتنفيذ التزاماته المتعاقد عليها[٢].

ونذهب مع من ذهب في الفقه إلى انه اذا كان لرب العمل حق فسخ العقد في حالة الاخلال الجسيم وفقاً لقواعد القانون المدني، كان من باب أولى ان يكون للادارة نفس الحق[٣]، ولا سيما ان الخلل في العقود الادارية يصيب المرفق العام بالضرر، وتوقعه الادارة دون حاجة لاستصدار حكم قضائي،ودون ان يكون منصوص عليها في العقد باستثناء جزاء اسقاط الالتزام.

الفرع الثالث

الجزاءات الضاغطة

تتسم الجزاءات الضاغطة بانها جزاءات مؤقتة لا تنهي الرابطة التعاقدية بل تؤدي إلى تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً في حالة عجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته عن طريق قيام الادارة

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٨٩.

(٢) انظر المادتين ٨٦٨ و ٨٦٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) بلاوي ياسين بلاوي، مصدر سابق، ص ٥٥؛ د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ؟٢٠٠٩، ص ٤٥٨.

بذلك التنفيذ، أو من تراه مناسباً وبنفس شروط العقد المبرم مع المتعاقد الذي يبقى مسؤولاً عن التنفيذ امام جهة الادارة رغم حلولها محله في التنفيذ أو احلاله غيرها محله[١].

ويعد جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته احد تطبيقات التنفيذ العيني للعقد، ونجد لذلك مقابل في القانون الخاص، اذ ورد في القانون المدني العراقي "...في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً"[٢].

ونصت المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية في العراق على حق الادارة بعد انذار المقاول تحريرياً لمدة اربعة عشر يوماً بمباشرة تنفيذ اعمال المقاولة بنفسها، أو تعهد بالتنفيذ لمقاول اخر على حساب المقاول الاول وتحت مسؤولياته دون الرجوع إلى المحكمة في حالات وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر[٣].

ويعد كذلك وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام صورة اخرى من صور الجزاءات الضاغطة، وعلى الرغم من ان المشرع العراقي قد نظم احكام عقد الالتزام في القانون المدني في المواد من (٨٩١) إلى (٨٩٦) إلا انه لم نجد تطبيقات لعقد الالتزام في العراق.

والصورة الثالثة من صور الجزاءات الضاغطة نجدها في سحب العمل في عقود الاشغال العامة والذي تم تعريفه بانه جزاء بمقتضاه تحل الادارة المتعاقدة بنفسها أو عن

---

(١) بلاوي ياسين بلاوي، مصدر سابق، ص ٧١.
وفي حكم للمحكمة الادارية العليا "...انه مراعاة لطبيعة العقود الادارية التي يجب ان تنفذ بدقة لان سير المرافق العامة يقتضي ذلك، فانه للإدارة وسائل ضغط على المتعاقد المقصر، وذلك بان تحل هي نفسها محله، او ان تعمل على احلاله شخص اخر محله في تنفيذ الالتزام، وان هذا الاجراء لا يتضمن انهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل مسؤولاً امام جهة الادارة، وتتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته، ويعتبر المتعاقد من الناحية القانونية قد واصل التنفيذ، فيقع على عاتقه غرامة التأخير والمصاريف الادارية التي تكبدتها الادارة. الطعن رقم ١٢١١ لسنة (٣٢) ق، جلسة ١٩٩٤/٦/٧، اورده د. محمد ماهر ابو العينين العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٤، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨٧٣.
(٢) المادة (٢٥٠/اولاً) من القانون المدني العراقي (٤١) لسنة ١٩٥١ المعدل.
(٣) د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية المحقوق ف يجامع عين شمس، ١٩٧٩، ص ١٧١. وللمزيد عن هذا الجزاء يراجع القاضي بشار احمد الجبوري، السحب العمل في عقود المقاولات العامة- دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، ٢٠١٧.

طريق شخص اخر محل لمقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة الاشغال لحساب المقاول وتحت مسؤوليته[1].

المبحث الرابع

مظاهر الشفافية عند توقيع الجزاءات التعاقدية

تعد سلطة الادارة في توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها من اهم وسائل الادارة لضمان التنفيذ الجيد للعقود الادارية، وهي سلطة خطيرة يجب احاطة فرضها بمجموعة من الضمانات التي تكفل حماية المتعاقد معها من شططها. لذا كانت اهمية البحث في مبدا الشفافية كضمانة لعدم الحاق الضرر بالمتعاقد مع الادارة دون مسوغ، وكذلك حماية المال العام من الهدر، ولهذه الضمانة صور متعددة سنبحث في اهمها وعلى النحو التالي: المطلب الاول: عدم انحراف الإدارة عن غاية العقد الاداري. المطلب الثاني: عدم تواطؤ الادارة مع المتعاقد عند فرضها للجزاء. المطلب الثالث: ضرورة اعذار المتعاقد مع الادارة. المطلب الرابع: ضرورة تسبيب قرار فرض الجزاء التعاقدي.

المطلب الاول

عدم انحراف الادارة عن غاية العقد الاداري

الغاية من فرض الجزاء التعاقدي هو تحقيق المصلحة العامة وعدم تحقيقها يعني الانحراف بالسلطة، والانحراف بالسلطة له صورتين سنبحثهما تباعاً: الفرع الاول: الانحراف عن السلطة العامة.الفرع الثاني: الانحراف عن قاعدة تخصيص الاهداف.

الفرع الاول

الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة

منح المشرع رجل الادارة سلطات واسعة من اجل تحقيق المصلحة العامة المراد بلوغها، والهدف من العقد تحقيق المصلحة العامة، فاذا ابتغى رجل الادارة من العقد تحقيق اهداف تجافي المصلحة العامة اصبحنا امام صورة من صور الانحراف بالسلطة.

([1]) انظر في هذه الحالات في المادة (١/٦٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، والمادة (١/٤١) من الشروط العامة لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية، والمقابلة للمادة (١/٦٥) المذكور سابقاً، وحسنا فعل المشرع عندما اورد الحالات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

إلا اننا لغرض البحث في صور الانحراف بالسلطة يجب علينا البحث في مفهوم المصلحة العامة اولاً. لذا ستكون دراستنا في هذا الفرع على النحو التالي:

اولاً: مفهوم الصالح العام: الصالح العام هو الهدف الذي تسعى اليه كافة اجهزة الدولة وذلك لان الهدف من وجود الدولة هو تحقيق الصالح العام، والصالح العام فكرة نسبية زماناً ومكاناً، يصعب وضع تعريف جامع مانع للمصلحة العامة، فهي فكرة يكمن الوعي بها في ضمير كل فرد وكل جماعة، دون حاجة إلى صياغتها في عبارات محددة، حيث يجب ترك هذا المجال لوظائفها المتعددة، والتي يبرزها القاضي الاداري في رقابته للمشروعية الادارية[١].

ان الهدف من التصرف الاداري ليس هو المصلحة العامة بذاتها، وانما هو تحقيقها، وعليه ان كانت هناك عن اهداف من الممكن ان تحقق الصالح العام من خلالها، فعلى الادارة ان تختار من هذه الاهداف اكثرها تحقيقاً للمصلحة العامة، نظراً لما يعود على المجتمع من خدمات اضافية... [٢].

وتأكيداً للمعنى السابق قضت المحكمة الادارية العليا على ان "القرار الاداري يكون غير مشروع، اذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً ومؤكداً انها ادنى من اولويات الرعاية، من غايات قومية اسمى واجدر بتلك الرعاية".

ويعني ذلك ان تستهدف الادارة عندما تفرض قرار اداري بالجزاء التعاقدي الهدف الاكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، ويجب عند تحديد هذا الهدف ان نراعي النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي السائد، ذلك لانها المحددات التي يمكن من خلالها ترتيب الاهداف

---

(١) وعلى الرغم من صعوبة التعريف، إلا ان محكمة القضاء الاداري المصرية تصدت لهذه المهمة، بان حددت اطاره بقولها "لا يقصد بالصالح العام صالح فرد او فريق او طائفة من الافراد، فذلك محض صالح خاص، كما لا يقصد به مجموع مصالح الافراد الخاصة، فالجمع لا يمكن ان يرد إلا على اشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة، فلا يمكن اضافتها بعضها لبعض للخروج بنتائج للجميع، وانما المقصود بالصالح العام هو= = صالح الجماعة لكل مستقلة ومنفصلة عن احاد تكوينها". قضية رقم (٥٦٥) لسنة (٥٦) لسنة (٢٠) قضائية، جلسة ١٩٦٩/٧/٣، مجموعة احكام المحكمة في ثلاث سنوات، ص ٨٧٠.

(٢) د. سامي جمال الدين، الدعاوى الادارية والاجراءات امام القضاء الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ص ٣٥٩.

الاولى بالرعاية فمن المؤكد ان تكون اهداف الدولة ذات النهج الديمقراطي تختلف عن الدولة ذات النهج الشمولي.

ثانياً: صور الانحراف عن المصلحة العامة:

وهي عديدة ومتنوعة وسنبحثها على النحو التالي:

١- فرض الجزاءات التعاقدية لتحقيق غرض خاص أو شخص:

يكون فرض الجزاءات لغرض شخص من اكثر صور الانحراف عن المصلحة العامة وضوحاً، فاذا قام رجل الادارة بإيقاع جزاء الشراء على حساب المورد كجزاء ضاغط عليه بحجة انه لا يشتري من شركة معينة تخص احد معارفه، على الرغم من انه يقوم بالتوريد حسب شروط العقد. ويحدث ايضاً ان تسحب الادارة المقاولة من المقاول بحجة مخالفته لبنود العقد وتعهد بها إلى احد المقاولين من اقارب رجل الادارة.

في هاتين الصورتين خرقت الادارة مبدأ الشفافية اذا استهدفت من قرارها بفرض الجزاءات التعاقدية مصلحة شخصية وليس عامة.

ب فرض الجزاءات التعاقدية بهدف الانتقام: يكون فرض الجزاء لإشباع رغبة رجل الادارة في الحقد والكراهية على المتعاقد مع الادارة وفي حكم لمحكمة القضاء الاداري المصرية جسدت فيه هذه الصورة بقولها "القرار الاداري متى كشف عن بواعث تخرج به عن استهداف الصالح العام المجرد،إلى شفاء غل أو ارضاء هوى في نفس رجل الادارة، فانه يكون منحرفاً عن الجادة مشوباً بإساءة استعمال السلطة[١].

وتتحقق تلك الصورة من خرق لمبدأ الشفافية حين يقوم رجل الادارة بفسخ العقد مع المتعاقد (المقاول) الذي يكون له معه عداوة، فيقوم باستغلال اي خطا أو تقصير بسيط من قبل المقاول، وذلك اشباعاً لرغبته في الانتقال منه أو التشفي به بما سيلحق به من خسائر، وايضاً قد يختلق اسباباً غير موجودة اصلاً لتوقيع الجزاء انتقاماً منه لعدم ارساء العقد على احد اقاربه.

---

(١) قضية رقم (١١٥) لسنة (٦) ق جلسة ١٩٥٤/٥/١٩، السنة الثامنة، ص ١٤٦١ بند ٧٥٤.

ج توقيع الجزاء التعاقدي لأغراض سياسية أو جزئية: الغرض من قرارات الادارة ومنها قرارات فرض الجزاء التعاقدي تحقيق المصلحة العامة المجردة، دون مراعاة للاتجاهات السياسية أو الحزبية للمتعاقد المخالف، فاذا تجنبت الادارة هذا المبدأ (الشفافية المتمثلة في مراعاة مبدأ المساواة بين المتقدمين) اصبحت منحرفة عن استعمال السلطة اذا فرضت الجزاء تحت تأثير هذه الاعتبارات:

ثالثا: صورة مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف: وهذه الحالة اقل خطورة في نظر البعض ـ من سابقتها، ذلك لان رجل الادارة ما يزال يتصرف في نطاق الصالح العام، على الرغم من تحديد المشرع لهدف معين يجب على رجل الادارة السعي لتحقيقه، إلا انه في النهاية يعد قرار غير مشروع بسبب مخالفته لقاعدة تخصيص الاهداف.

ولكن كيف يمكن لنا تحديد هدف بعينه لرجل الإدارة كي يسعى لتحقيق؟ ايمكن ذلك في ظل صراحة النص المحدد للهدف، والذي يمكن ايضاً استخلاصه من روح التشريع، أو طبيعة الاختصاص، وان تعذر تحديد هذا الهدف كان للقاض دوراً في ابرازه والبحث عن ارادة المشرع وقصده.

ويقلل بعض الفقه وكما ذكرنا سلفاً من اهمية هذه الصورة قياساً على مخالفة الصالح العام لأسباب ذكرناها سابقاً[١]، إلا أننا لا نقر هذا الرأي لان مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف هي مخالفة لارادة المشرع واعتداء على مصلحة عامة حددها المشرع ورتب اولوياته على اساسها، واهدار الاعتبارات قدرتها السلطة التشريعية، واغتصاب لسلطتها مما يصل بقرار فرض الجزاء المتجاوز على قاعدة تخصيص الاهداف الى انه يصبح عمل مادي تصل به لدرجة العدم[٢]، ومن الامثلة التقليدية التي يسوقها الفقه لمجانية القرار لقاعدة تخصيص الاهداف ما يتعلق بمجال الضبط الاداري ومجال الوظيفة العامة. وفي مجال الضبط الاداري تقوم الادارة باصدار لوائح الضبط والتي قد تضمنها عقوبات جنائية توقع على من يخالف احكم هذه اللوائح، وهي تطبق على جميع الافراد سواء في مركز تعاقدي مع

(١) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص ٣٥٧.

(٢) نفس الاتجاه: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الاداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠، القاهرة، ١٩٦.

الادارة ام ليس كذلك، فاذا قامت الادارة المتعاقدة بفرض هذه الجزاءات على المتعاقد معها باعتبارها سلطة عامة . بغض النظر عن المركز التعاقدي لمن فرض عليه الجزاء التعاقدي اصبحت الادارة مخترقة لمبدأ الشفافية من خلال اعتداء رجلها على قاعدة تخصيص الاهداف[١].

المطلب الثاني

عدم تواطؤ الادارة المتعاقدة مع المتعاقد المقصر

تمنح الادارة سلطة توقيع الجزاءات التعاقدية لضمان التنفيذ الجيد للعقد الاداري، ويعد خرقاً لمبدأ الشفافية اذا تواطئت الادارة مع المتعاقد معها بسبب تقصيره من اجل مكاسب معينة، ولعل ابرز مثال على ذلك عدم فرض الادارة لجزاء الغرامة التاخيرية رغم تحقق اسبابها، وبهاذ الشأن قضت محكمة التمييز العراقية "ان الغرامة التاخيرية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزاماته في المدة المتفق عليها"[٢].

في مصر الزم المشرع الادارة عند تأخر المتعاقد عن التنفيذ خلال المدة المحددة في العقد، ان تفرض عليه غرامة تأخيريه لا تتجاوز نسبتها (٣%) من قيمة العقد مع المتعاقد في عقود التوريد، ولا تتجاوز (١٠%) بالنسبة لمقاولات الاعمال، و يتم فرض هذه الجزاءات بمجرد حصول التأخير، ودون حاجة إلى تنبيه أو انذار ودون اتخاذ اي اجراء اخر، ولا يقبل من المتعاقد اثبات عدم حدوث الضرر، وللإدارة اعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، بعد أخذ رأي ادارة إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة وذلك في حالتين: الأولى: اذا كان التأخير ناجماً عن ظروف خارجة عن ارادة المتعاقد .والثانية : حالة عدم وجود اضرار نتيجة للتأخير، والخرق يحدث هنا نتيجة اعفاء الادارة للمتعاقد من خلال الادعاء بعدم وجود اضرار،أو الادعاء ان التأخير ناتج عن ظروف خارجة عن ارادة المتعاقد[٣].

---

(١) د. علي محمد مصطفى، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٣٤٨.

(٢) الدعوى المرقمة (٤٥٥) الصادرة في ١٩٦٨/١١/١٠، منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز المجلد الخامس، ص ٣٤٢- ٣٤٣.

(٣) ماجد شهاب الروضان، مصدر سابق، ص ٥٢١- ٥٢٢.
ويشترط بعض الفقه وبحق- الشروط التالية لإمكانية الاعفاء:
أ- الا يكون للمتعاقد مع الادارة دخل في التأخير.

في فرنسا ذهب اغلب الفقه إلى عدم جواز التنازل عن توقيع الغرامة التاخيرية لان ذلك يعد تنازلاً عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة.

وأكد ذلك الفقيه "بوسك "بقوله "انه متى نشأ دين لصالح الدولة فانه يكن من حق البرلمان وحده ان يبرئ المدين من هذا الدين من دون مقابل"[١].

وفي العراق لم تتضمن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) اية اشارة لمسألة اعفاء المتعاقد من دفع الغرامة التأخيرية، إلا انه وحسب توجيهات وزارة التخطيط العراقية بان التنازل عن الغرامة معناه التصرف باموال الخطة الاقتصادية لغير اغراض الخطة وهذا لا يجوز، وكذلك ادلت بدلوها محكمة التمييز العراقية في احد احكامها بهذا الشأن بقولها "يعتبر التأخير في اداء العمل ضار في جميع الحالات،تستحق به الغرامة التاخيرية كاملة واستحقاقها بهذا هو نتيجة اصدار قرار اداري بموجب شروط العقد لا تمتلك الدولة النزول عنه والتفريط به لانه اصبح من حقوق الدولة التي لا يجوز التنازل عنها"[٢].

إلا أننا نرى اطلاق يد الادارة في اعفاء المتعاقد معها تسهيلاً لعمليات تنفيذ العقود الحكومية ومراعاة الادارة للمتعاقدين ذو السمعة الجيدة والاداء الجيد، على ان يجري ذلك وفق ضوابط صارمة منها :اخذ رأي دائرة العقود العامة أو مجلس الدولة لسد الطريق على الادارات الفاسدة لخرق مبدأ الشفافية[٣].

ولن يصيبنا الملل من تكرار الدعوة للمشرع العراقي بإخضاع منازعات العقود الادارية إلى محكمة القضاء الاداري لأنه الاجدر بنظرها دون القضاء العادي.

المطلب الثالث

ب- ان تأذن ادارة الفتوى المختصة بهذا الاعفاء.

ج- عدم حدوث ضرر للجهة الادارية من جراء تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته من كان له يد في هذا التأخير.

د. عاطف محمد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٤٠٤.

(١) اشار اليهما: د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص ١٧٧- ١٧٨.

(٢) انظر كتاب وزارة التخطيط العراقية المرقم (٧م٢/٥٥٩٤) الصادر في ١٩٦٩/٧/٦، اشار اليه بحثنا الموسوم الجزاءات المالية في العقد الاداري والذي سبقت الاشارة اليه، ص ٤٣١.
انظر حكم محكمة التمييز في قرارها المرقم ٣٥٥ الصادر في ١٩٦٦/١١/٢٦، اشار اليه محسن عبد العزيز، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٣) للمزيد عن هذا الموضوع يراجع بحثنا المشار اليه سلفاً، ص ٤٣٢.

ضرورة اعذار المتعاقد مع الادارة

تلتزم الادارة باتباع اجراءات شكلية معينة قبل توقعيها الجزاء على المتعاقد، ويترتب على اغفالها عدم مشروعية الجزاء[١].

ويعد الانذار الموجه إلى المتعاقد اجراء شكلياً تلتزم به الادارة لغرض منح المتعاقد مهلة زمنية معقولة لتنفيذ التزاماته[٢]، لذلك يجب تضمين الاعذار ضمن بنود العقد، وطريقة القيام به قبل فرض الجزاء التعاقدي[٣].

في فرنسا اكد مجلس الدولة الفرنسي على انذار المتعاقد قبل توجيه الجزاء التعاقدي، وقضى في احد احكامه "انه طبقاً للمبادئ العامة للقانون المطبقة بذاتها حتى في حالة عدم وجود نص ان الجزاء لا يمكن توقيعه قانوناً دون ان يحاط صاحب الشأن علماً بالاتهامات الموجهة اليه حتى يعد دفاعه... بحيث يتمكن من ان يبدي في هذا الموضوع ملاحظاته التي يقدر ضرورتها"[٤]، إلا انه استثناء من هذه القاعدة تعفى الادارة من توجيه الإنذار إلى المتعاقد معها، اذا ضمنت العقد شرطاً يعفيها منه، أو اذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة، أو ان المتعاقد بنفسه قد اعلن عن رفضه تنفيذ العقد[٥].

وفي مصر نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات على ضرورة قيام الادارة بإنذار المتعاقد في حالتي فسخ العقد، أو تنفيذها على حساب المتعاقد[٦].

---

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٦.

(٢) نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٩٧.

(٣) د. مصطفى سالم النجفي العقود الادارية والتحكيم، الطبعة الاولى، الافاق المشرقة ناشرون، الأمارات العربية المتحدة، ٢٠١١، ص ٢١٠.

(٤) اشار اليه: بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية القانونية للإدارة في تنفيذ العقود الادارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ١٧٧.

(٥) د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص ٩٤- ٩٥.

(٦) المادتين (٩٤ و ٩٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨.

وفي العراق الزمت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة٢٠١٤ بانذار المتعاقد قبل احالة العمل إلى المناقصة الاخيرة[١]، وأكدت ذلك الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية بان على الادارة انذار المقاول قبل سحب العمل منه"[٢].

إلا ان الشروط نفسها الم تتضمن الزام الادارة بانذار المتعاقد معها قبل توقيع اياً من الجزاءات التعاقدية باستثناء سحب العمل، وهذا يعني ان المشرع العراقي لم يكن له موقفاً موحداً بالنسبة لوجوب الانذار في كافة الجزاءات، لذا يرى بعض الفقه وجوب الإنذار في كافة صور الجزاء وفقاً لقواعد القانون المدني[٣].

ونؤيد ما يذهب اليه الرأي السابق باستثناء وجو ب الاعذار في جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة نظراً لطبيعة هذا الجزاء، وانه يستلزم مواجهة توقف المرفق العام وبالسرعة الممكنة الامر الذي يتناقض مع التأخير الذي يستغرقه الإنذار. ونرى ان الاعذار من اكبر الضمانات التي تقف سداً منيعاً في وجه الادارة المتعاقدة وهي تفرض جزاءاتها الادارية، فالأعذار بمثابة الاعلام لما تنويه الادارة من اجراءات في مواجهة المتعاقد معها،وهي من اهم خصوصيات الشفافية، التي هي دائماً ضد السرية والكتمان وعدم الوضوح والتعتيم. لذا لا ضير من ان يقوم المشرع بإضافة نص في تعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ تلزم الادارة فيها بانذار المتعاقد قبل توقيع اي جزاء تعاقدي باستثناء جزاء فرض الحراسة على المرفق العام.

المطلب الرابع

ضرورة تسبيب قرارات الجزاءات التعاقدية

تحرص الدولة المتقدمة على اتباع سياسة الوضوح الاداري، وبمقتضاها تنأى الاجهزة الحكومية بصفة عامة عن السرية والتعتيم، لذا يجب تمكين المتعاقدين مع الادارة من معرفة الاتهامات التي فرضت بسببها الجزاءات في مواجهتهم، ويعتبر التسبيب الوجوبي

(١) المادة (١٠/اولاً/أ/١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
(٢) المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العامة ١٩٨٨.
(٣) انظر المادتين (٢٥٦) و (٢٥٨) في القانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة ١٩٥١. د. خالد محمد مصطفى المولى، مصدر سابق، ص ١٧٩؛ فاروق احمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، مصدر سابق، ص ١٦٦.

للقرارات الادارية من اهم معالم سياسة الوضوح، والتي تعني بأن تقوم الادارة ببيان الاعتبارات الواقعية أو القانونية التي دفعتها لاتخاذ قرار فرض الجزاء التعاقدي.

ان التسبيب الوجوبي للقرارات الادارية المتضمنة فرض الجزاءات التعاقدية يفترض تغيير في سلوك الادارة، لأنها وان فعلت ذلك فأنها تراعي المخاطب بالقرار لذا فان الافراد بصفتهم مواطنين وليسوا متعاقدين من حقهم- فضلاً عن المتعاقدين- ان يعلموا اسباب فرض الجزاء حتى يقتنعوا به أو على اقل تقدير ان يفهموه، فما القول بالنسبة للمتعاقدين المفروض عليهم الجزاءات؟ وهذا هو جوهر الشفافية المطلوبة، يجب على الادارة ان تمنح الفرصة للمتعاقدين معها من ابداء دفاعاتهم، ولا يتم ذلك الا بتسبيب قرار فرض الجزاء التعاقدي.

في مصر والعراق الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها، الا اذا الزمها المشرع بذلك، الا انه يجب ذكر ان عدم الزام الادارة بالتسبيب لا يعني ان القرار الاداري الصادر دون سبب حقيقي وقائم، فالسبب في راي بعض الفقه هو "الاحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع رجل الادارة لاتخاذ القرار"[1].

وتبنت المحكمة الادارية العليا هذا التعريف بقولها في أحد احكامها "ان القرار الاداري سواء كان لازماً تسبيبه كاجراء شكلي ام لم يكن هذا التسبيب لازماً يجب ان يقوم على سبب يبرره حقاً وصدقاً، اي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن من اركان انعقاده باعتبار القرار الاداري تصرفاً قانونياً ولا يقوم اي تصرف قانوني بغير سبب، والسبب في ذلك القرار الاداري هو حالة قانونية تحمل رجل الادارة على التدخل بقصد احداث اثر قانوني"[2].

ويمكن ان نقول بهذا الشأن انه لا يمكن ان يقوم قرار اداري دون سبب يستند عليه، إلا انه يمكن قيام قرار اداري دون تسبيب مالم يكن ملزماً للإدارة، وكذلك فالعلاقة بين السبب والتسبيب لخصها احد الفقهاء بقوله: "باختصار اذا كان التسبيب عنصراً في القرار

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، ١٩٨٤، ص ٣٠.
(2) م.ا.ع.١٢ يوليو ١٩٥٨ المجموعة ١٩٦٥/٥، ص ١١٦٩، موسوعة المبادئ القانونية، نقابة المحامين، اشار اليه د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الادارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص٧.

(element) واساساً للرقابة على القرار (fundament) فان السبب هو على العكس من ذلك انه اساس القرار وعنصر من الرقابة عليه"[١].

نخلص من ذلك: انه اذا كان التسبيب يعين الافصاح عن الاسباب التي يستند اليها القرار، فان ذلك يؤكد وجود رابطة بينهما هذه الرابطة لها عناصرها وهي:

١- اذا كانت الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها كأصل عام فان كل قرار اداري يجب ان يستند إلى اسباب موجودة وحقيقية.

٢- تطورت الرقابة على السبب في نطاق السلطة التقديرية إلى الدرجة التي امتدت إلى عنصر الملائمة، الا ان الرقابة على التسبيب اقل حظوة اذ ان القاضي لا يطلب التسبيب الا على سبيل الاستثناء.

٣- ان التسبيب احد عناصر الشكل يتعلق بالمشروعية الخارجية بينما التسبب متعلق بالمشروعية الداخلية.

في فرنسا: الامر مختلف اذا ان الادارة لم تكن ملزمة قبل قانون ١٩٧٨/٧/١١ بتسبيب الجزاءات التي توقعها على الادارة، وانما كان ذلك من شأن البنود العقدية، الا ان الامر قد اختلف بعد صدور القرار المذكور، الذي توسع في ايراد حالات يجبب التسبيب بشأنها، واصبح التسبيب ملزماً في التطورات الادارية الفردية التي لا تكون في صالح الاشخاص الطبيعية أو المعنوية، ولا سيما تلك التي تفرض جزاءات ادارية تعاقدية[٢].

ويتطلب القانون المذكور ان يكون التسبيب مكتوباً ومتضمناً بيان اعتبارات الواقع والقانون الدافعة لاتخاذ القرار، كما تطلب المنشور الصادر في ١٩٧٩/٨/٣١ بشأن قانون ١٩٧٨/٧/١١ ان يكون التسبيب واضحاً ومحدداً تحديد نافياً للجهالة والغموض أو الاحالة بعبارات عامة إلى القوانين واللوائح المعمول بها[٣].

ومما لا شك فيه ان كل من القانون الصادر في ١٩٧٨/٧/١١ وكذلك المنشور الصادر ١٩٧٩/٨/٣١، قد دعما مبدأ الشافية وعززا من فعاليته، اذ فرضا على الادارة

---

(١) د. محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص ١١.

(٢) د. علي محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٣) د. مدحت احمد محمد يوسف غنايم النظام القانون لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية ،القاهرة ،٢٠١٤، ص ٨٨

تسبيب قراراتها المتضمنة للجزاءات التعاقدية، الامر الذي يجعلنا نلتمس من المشرع العراقي تضمين قانون العقود العامة (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ أو تعليماته رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، نصوصا تلزم الادارة المتعاقدة بتسبيب قراراتها المتضمنة فرض جزاءات تعاقدية. ليس لكون التسبيب عنصر في القرار فقط واساس الرقابة عليه، بل لانه جزء اساسي من مبدأ الشفافية فهو اساس للرقابة على القرارات الادارية من قبل السلطات العليا والمعنيين والمواطنين والقضاء على حد سواء، لانه بواسطة التسبيب يمكننا الرقابة على اسباب القرارات ولن اكون مبالغاً اذ اكدت على ضمانة التسبيب كما اكدت من قبل على ضرورة الإنذار فضلا عن بقية الضمانات الاخرى اذ اجد فيها الحلول الرادعة والعلاجات الشافية للوقاية من افة الفساد في مجال العقود الإدارية عموما، وسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية على وجه الخصوص .

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والتوصيات التي نجدها ضرورية لاستكمال الغرض من الدراسة.

اولاً: الاستنتاجات: تتلخص فيما يأتي:

١- الشفافية مصطلح حديث نسبياً، لذا لا نجد الكثير ممن تصدوا لتعريفه، واختلفوا فيما بينهم لان كل منهم ينظر اليها من منظوره الخاص وحسب مجال اختصاصه، إلا ان جميعهم متفقون على انه سلوك منهجي يجب اتباعه في كافة انشطة الجهاز الحكومي، وهو يعني التدفق المستمر للمعلومات ذات المصداقية العالية بين مختلف المستويات الادارية،وكذلك الموضوعية في تقييم الاداء وحل المشكلات واتخاذ القرارات اللازمة فضلاً عن الوضوح والمشاركة والعلانية والتمكين من الاطلاع على البيانات والمكاشفة وهذه العناصر جميعاً تؤدي إلى مفهوم الشفافية.

٢- الشفافية حق من حقوق المواطنين تجاه الدولة من جانب، ومن جانب اخر هي التزام عليها بتمكين الافراد من ممارسة هذا الحق من خلال اتباع سياسة واضحة للنشر تتضمن ضبط وتوثيق كل ما يتعلق ببناء المؤسسة وعملها من خلال نشر قرارات

مجالس الادارات ونشر اللوائح فضلاً عن تعهد الادارة بتوفير المعلومات والبيانات للجمهور وتخصيص دائرة أو شخص للقيام بهذه المهمة.

٣- خاصية الشفافية هي الوضوح والشرعية والمشروعية والبساطة والوضوح والاخلاق المهنية والافصاح والعلانية والتمكين.

٤- تعدت الشفافية المشروع الوطني إلى الافاق الدولية من خلال منظمة الشفافية العالمية ومبادرة الشفافية في مجال الصناعات الاستخراجية وكذلك مشروع شراكة الموازنة الدولي وهذه الجهود الدولية دلالة على ان الشفافية مطلب دولي وتنبيه يفيد الاقتصاد العالمي فضلا عن اقتصاديات الدول.

٥- ظهر مصطلح الشفافية في فرسنا من خلال قانون (sapim) ولكن ليس باسمه الحالي بل ظهر من خلال عناصره المكونة له، ومن اهمها العلانية الذي يعد من اهم اجزاء الشفافية.

٦- أهم تطور حدث في الشفافية وتحوله من مجرد فكرة إلى مبدأ دستوري عام ٢٠٠٣ حيث تغير موقف المجلس الدستوري الفرنسي من الانكار الى إلى الاقرار بالشفافية كمبدأ دستوري من خلال المادتين (٦) و (١٤) من اعلان حقوق الانسان والمواطن

٧- لم يتطرق لا المشرع الدستوري المصري ولا المشرع الدستوري العراقي إلى مبدأ الشفافية الا ان تشريعاتهما العادية ولاسيما العراقية منها،حظيت بنصوص تلزم الادارة صراحة بالخضوع لمبدأ الشفافية صراحة أو ضمناً.

٨- انضم العراق إلى مبادرة الشفافية في الصناعات الاستخراجية وسن على اثرها قانون هيئة الشفافية في الصناعات الاستخراجية في كانون الثاني ٢٠١٧. وعلى الرغم من اقتصار القانون على ما يتعلق بالنفظ والغاز والمعادن إلا اننا نثمن موقف المشرع العراقي ونعتبرها خطوة صحيحة في المسار الصحيح نحو القضاء على الفساد.

٩- جاءت نصوص التشريعات العراقية فضلاً عن قانون هيئة الشفافية المذكور والمتمثلة في قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وكذلك الادارة المالية والدين العام رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤، وقانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ على

ذكر مبدأ الشفافية صراحة أو ضمناً وهذا مسلك محمود من المشرع العراقي الا أن ذلك كله لم يقف سداً منيعاً في طريق الفساد الاداري المستشري في مجال العقود .

١٠- جاءت الجزاءات التعاقدية متنوعة ولها خصائص تختلف بشكل كبير عن جزاءات القانون الخاص وذلك لاختلاف طبيعة المخالفات والمصالح المحمية في كلا القانونين.

١١- تعددت مظاهر الشفافية التي يجب العمل بها حين تقوم الاداررة بفرض الجزاءات التعاقدية.

١٢- من اهم مظاهر الشفافية هو العمل على عدم انحراف الادارة بالسلطة عن المصلحة العامة.

١٣- لصعوبة وضع تعريف جامع مانع للمصلحة العامة يمكن الاستعاضة عن التعريف بوضع محددات لها يبرزها القاضي في رقابته للمشروعية الادارية.

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي المشرع العراقي بأدراج نص في قانون العقود الحكومية يطلق بمقتضاه يد الادارة في اعفاء المتعاقد معها من دفع غرامة التاخير وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، بعد أخذ رأي اما دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط أو تخصيص هيئة مخصصة في مجلس الدولة العراقي لذلك.

٢- اضافة نص في تعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ تلتزم الادارة بمقتضاه بإنذار المتعاقد قبل توقيع اي جزءا تعاقدي باستثناء جزاء فرض الحراسة على المرفق العام.

٣- تضمين قانون العقود الحكومية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٤ نصاً يلزم الادارة المتعاقدة بتسبيب قراراتها المتضمنة فرض جزاءات تعاقدية.

٤- دعوة المشرع العراقي إلى استكمال ما بدأه في تطوير العمل بمجلس الدولة العراقي واستحداث محاكم في الدوائر الاستئنافية إلا اننا لن نمل من تكرار دعوته إلى اخضاع كافة منازعات العقود الادارية إلى رقابة محكمة القضاء الاداري لانه الاجدر بالنظر فيها من القضاء العادي.

المصادر

اولاً: المعاجم اللغوية:
١- مختار الصحاح، الامام محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.
٢- المعجم الوسيط، ابراهيم انيس واخرون، ج١، دون ناشر، القاهرة، ١٩٧٢.
ثانياً: الكتب
١- د. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، مكتبة الفلاح، الكويت، ٢٠٠٨.
٢- د. ابراهيم محمد علي، اثار العقود الادارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٣ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٣- د. ابو بكر عثمان احمد، عقود تفويض المرفق العام- دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٤- د. امال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٩٩١.
٥- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية القانونية للادارة في تنفيذ العقود الادارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
٦- حسام محسن عبد العزيز، سلطة الادارة الجزائية في فرض الغرامة التاخيرية في العقد الاداري وضماناتها- دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٨.
٧- د. حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرافق العامة، دراسة مقارنة في ظل القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون سنة نشر.
٨- د. رأفت فودة، دروس في القانون الاداري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٩- د. سامي الطوخي، النظام القانوني للحكومة تحت ضوء الشمس- الشفافية في ادارة الشؤون العامة، الطريقة للتنمية والاصلاح الاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
١٠- د. سامي جمال الدين، الدعاوى الادارية والاجراءات امام القضاء الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١.
١١- د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٢- د. سعيد عبد اللطيف، النظرية العامة للجزاء الجنائي، العقوبات والتدابير الاحترازية- دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية الطبعة الاولى، ١٩٩١، القاهرة.
١٣- د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
١٤- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، ١٩٨٤.
١٥- د. سمير صادق، العقد الاداري، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة، ١٩٨٥.
١٦- د. شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الادارة في التعاقد- دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣.
١٧- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الاداري، المركز القومي للاصدارات القانونية، ٢٠١٠.
١٨- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠.
١٩- د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٢٠- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات- دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.
٢١- د. عصام احمد البهجي، الشفافية واثرها في مكافحة الفساد الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.

٢٢- د. فاروق احمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية الادارية العامة للعقود الادارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢.
٢٣- القاضي بشار احمد الجبوري، السحب العمل في عقود المقاولات العامة- دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، ٢٠١٧.
٢٤- د. مازن ليلو راضي، العقود الادارية، ط١، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
٢٥- د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الادارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٢٦- د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الادارية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
٢٧- د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الادارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
٢٨- د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٢٩- د. مصطفى سالم النجفي، العقود الادارية والتحكيم، الطبعة الاولى، الافاق المشرقة ناشرون، الامارت العربية المتحدة، ٢٠١١.

البحوث والندوات:

١. د. رشا الطراونة وعلي الفضايلة، اثر تطبيق الشفافية على مستوى المسائلة الادارية في الوزارات الاردنية المجلة الاردنية في ادارة الاعمال، المجلد (٥)، العدد (١)، ٢٠١٠.
٢. صدام محمد محمود الحيالي، دور الشفافية في تعزيز البعد الثقافي للمعلومات المحاسبية، مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، المجلد ٤، العدد (١٠)، سنة ٢٠٠٨.
٣. سناء احمد ياسين، شفافية الاداء الحكومي لدولة العراق، بحث مقدم إلى مجلة العلوم الاقتصادية والادارية، العدد (١٠١)، المجلد (٢٣)، لسنة ٢٠١٧.
٤. د. سامي الاتروشي، دورة الموازنة العامة في العراق، ورشة عمل حول اعداد واقرار موازنة العام ٢٠٠٨ في العراق، لبنان، ٢٩-٢٠٠٨/٤/٣٠.
٥. د. حسن عبد الرحمن السيد، الشفافية في قواعد واجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر- دراسة مقارنة في قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد التاسع والثلاثون، يوليو ٢٠٠٩.
٦. حسن محمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقد الاداري، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد (١٢)، العدد (٢٤) لسنة ٢٠١٢.
٧. د. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الاداري، مجلة بحوث مستقبلية الصادرة ع كلية الحدباء الجامعة، العدد الثالث، اذار ٢٠٠٧.

الرسائل والاطاريح:

١- فارس بن علوش السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري في القطاعات الحكومية، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٠.
٢- ماجد شهاب الرمضان، التزام اطراف الرابطة العقدية بالشفافية في مجال العقود الادارية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة عين شمس، ٢٠١٦.
٣- يارا فاخوري، درج ادراك وممارسة مديري المدارس الحكومية في محافظات جنوب الاردن لمفهوم الشفافية، رسالة ماجستير مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا، جامعة مؤتة، ٢٠٠٨.
٤- فاطمة ساجي، الشفافية كاداة لتسيير المالية العامة، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في اطار مدرسة الدكتوراه في خصص المالية العامة، مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد- تلكسمان- كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، الجزائر، ٢٠١٠.

٥- د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي عقود امتياز المرفق العام، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.
٦- لبنى عدنان عبد الامير، الاختصاص الاداري في المنازعات الجزائية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ٢٠١٦.
٧- ناصر حسين محسن ابو جمة العجمي، الجزاءات التي توقعها الادارة في غير مجال العقود والتأديب، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.
٨- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية في القاهرة، ٢٠٠٩.
٩- د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ١٩٧٣.
١٠- زهراء هشام ابراهيم عبد الرحمن القزاز، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٦.
١١- د. علي محمد مصطفى، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
١٢- د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية المحقوق ف يجامع عين شمس، ١٩٧٩.

الدساتير والقوانين:

أ- الدساتير والقوانين العراقية والتعليمات:
١- دستور ٢٠٠٥ النافذ.
٢- القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣- الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية ١٩٨٨.
٤- الشروط العامة لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية ١٩٨٩.
٥- قانون الادارة المالية الدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤.
٦- قانون ديوان الرقابة المالية المرقم (٣١) لسنة ٢٠١١.
٧- قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣.
٨- قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وتعليماته عدد (٢) لسنة ٢٠١٤ المنفذة للقانون.
٩- قانون هيئة الشفافية في الصناعات الاستخراجية كانون الثاني ٢٠١٧.

ب- القوانين المصرية:
١- القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.
٢- القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة.

ت- القوانين الاجنبية والمنشورات:
١- القانون الصادر في ١٩٧٨/٧/١١ دون اسم.
٢- المنشور ١٩٧٩/٨/٣١ دون اسم.
٣- القانون رقم (٣/٩١) في ١٩٩١ المتعلق بالعطاءات واجراءات التعاقد الفرنسي.
٤- القانون رقم (١٢٢/٩٣) في ٩٣/١/٢٩ (قانون سابين).
٥- القانون رقم (٢١٠/٢٠٠١) في ٢٠٠١ قانون عقود الشراء.
٦- الامر ٦٥/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١/٢٩ قانون تفويض المرافق العامة.

المصادر الفرنسية:

1- Rene capus, droit ministrative general, paris, 2001.

الاحكام القضائية:

أ- الاحكام القضائية العراقية:

١- محكمة التمييز العراقية في الطعن رقم (٣٥٥) في ٦٦/١١/٢٦.
٢- محكمة التمييز العراقية في الدعوى ٤٥٥ في ١٩٦٨/١١/١٠.
٣- محكمة التمييز العراقية رقم ١١١/مدنية ثانية/ ١٩٧٥ في ١٩٧٥/٤/٢٨.
٤- محكمة التمييز العراقية في الطعن رقم (٨١٩) في ١٩٨٦/١٠/٢٣.
ب- الاحكام القضائية المصرية:
١- محكمة القضاء الاداري في القضية رقم (١١٥) لسنة (٦) ق جلسة ١٩٥٤/٥/١٩.
٢- محكمة القضاء الاداري في القضية رقم (٦٥) لسنة ١٩٥٦ (٢٠) ق. جلسة ١٩٦٩/٧/٣ مجموعة احكام المحكمة في ثلاث سنوات.
٣- حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم (١٨٩) لسنة (١٢) ق ١٩٦١/٤٨٠ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في اربعون عاماً من (١٩٥٥- ١٩٩٥).
٤- حكم المحكمة الادارية العليا في الدعوى ١٧٧٢ لسنة (٣٩) في ١٩٨٥/٥/٥، مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً.
٥- حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم ٤٧٤ لسنة (٣٢) ق مجموعة الاربعين عاماً.