# صور الجزاءات المالية
# المقترنة بالقاعدة القانونية الإدارية (دراسة مقارنة)

أ.م. د وليد حسن حميد الزيادي
كلية القانون جامعة القادسية
Waleed.Hassan@qu.edu.iq

سجى فيصل مشرف
كلية القانون جامعة القادسية
Law.mas.20.6@qu.edu.iq

تاريخ الاستلام :٢-٧-٢٠٢٢
تاريخ قبول النشر: ٩-١٠-٢٠٢٢

**المستخلص.**

يسلط البحث على جانب في غاية الأهمية للعقود الادارية إلا وهو الجانب الجزائي المالي بوصفه اكثر أنواع الجزاءات شيوعاً، كونه يعد امتيازاً للإدارة تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة اللجوء للقضاء، ويعرف الجزاء المالي بأنه المبالغ المالية المستحقة للإدارة في حال مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، ومنها هذه الجزاءات ما توقعها من باب العقاب وهي(الغرامة التأخيرية، مصادرة التأمينات)، ومنها ما يكون الغرض منها تأمين الاضرار التي لحقت بمرافقها الادارية وهي( التعويض، تحمل التكاليف الادارية)

**الكلمات المفتاحية : الجزاءات الادارية، الغرامات، مصادرة التأمين، التعويض، التحميلات الادارية ومصاريفها**

**Abstract**

The research sheds light on a very important aspect of administrative contracts ،which is the financial penal aspect as a privilege for the administration to decide on its own without the need to resort to the judiciary. It is (delay fine ،confiscation of insurances) ،including what is intended to secure damages to its administrative facilities ،which are (compensation ،bearing administrative costs.

**Keywords: administrative penalties ،fines ،insurance confiscation ،compensation ، administrative charges and their expenses**..

## المقدمة

**اولاً: أهمية البحث**

يمثل العقد الإداري أحد الركائز الإدارية القانونية المحققة للصالح العام وشأنها شأن كل عقد ينشأ مجموع من الالتزامات والحقوق لأطرافه ويحقق العقد الإداري مجموعة من التزامات تقع على عاتق المتعاقد المتفقة مع المبادئ العامة للعقود الإدارية والتي تقابلها مجموع صلاحيات للإدارة في حال التأخير وعدم التنفيذ الصحيح وهي صلاحية فرض الجزاء المالي، وبطبيعة الحال وكمبدأ عام فتمتلك الإدارة سلطة التنفيذ المباشر امام تلك الجزاءات على اختلافها وتنوعها.

**ثانياً: اهداف البحث**

يتجسد هدف البحث لمحاولة ابراز الجوانب القانونية للصلاحية الجزائية المالية في العقود الادارية التي وفرتها مجموع من القوانين والانظمة والتعليمات بوصفها امتيازاً خالصاً للإدارة.

**ثالثاً: اشكالية البحث**

تكمن الاشكالية في الآثار التي يرتبها المتعاقد على نفسه في حالة اخلاله وعدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية بالصورة المتفق عليها، وماهي تلك الاثار، وماهي خصائصها وشروط ايقاعها وماهي الطرق القانونية أو الاستثنائية التي يستبعد المتعاقد من ترتب تلك الاثار في حقه؟

**رابعاً: منهجية البحث**

سنتبع المنهج التحليلي المقارن للإجابة على اشكالية موضوع الدراسة.

**خامساً: خطة البحث**

سنتولى موضوع البحث عبر مبحثين، سنتناول في الأول منه الصور الجزائية المالية ذات الصفة العقابية وقسمناه الى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول منه الى الغرامة التأخيرية وفي المطلب الثاني الى مصادرة التأمينات، والمبحث الثاني سنبحث في الصور الجزائية المالية الغير عقابية، وسنتطرق في المطلب الأول منه على التعويض وفي المطلب الثاني على التحميلات والمصاريف الإدارية .

## المبحث الأول
## الجزاءات المالية التي تتخذ صفة عقابية

تقوم الإدارة وهي بصدد ممارستها لنشاطاته بإبرام عقود إدارية لتيسير مرافقها بانتظام واطراد، ومن الوسائل التي تحقق لنا المبدأ المذكور هي اقتران عقودها بجزاءات ومنها الجزاء المالي، وحينما قسمنا الجزاءات المالية الى جزاءات عقابية واخرى غير عقابية، كون أن الإدارة تلجأ الى فرض انواع من الجزاءات المالية لمجرد تأخير أو أخلال حتى لو لم يترتب عليهما ضرر، بمعنى أنها جزاءات عقابية، والغاية منها هو حث المتعاقد على تنفيذ التزامه بالصورة الصحيحة، وسنتناول صور الجزاء المالي العقابي وفقاً لما يأتي:

### المطلب الأول
### الغرامة التأخيرية

الغرامة الإدارية بصورة عامة هي جزاء إداري ينطوي على المساس بالذمة المالية "جزاء ذات طابع نقدي" للمتعاقد معها، تلجأ الإدارة لتوقيعه في أي صورة من صور الاخلال[١]، ومن صورها الغرامة التأخيرية في العقد الاداري، والتي تعد اكثر صور الغرامات المالية شيوعاً، وقد تناول فقهاء القانون الإداري تعريفها، فعرفها الأستاذ الدكتور حسان عبد السميع هاشم بأنها " مبلغ جزافي كتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته" [٢]، وعرفت من قبل الأستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب بنها مبلغ من المال محدد مسبقاً، ويفرض على المتعاقد اداؤه، اذا لم يقم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد [٣]، وبدورنا يمكن أن نورد تعريفاً لها، بأنها "جزاء يضم مجموع مبالغ مالية محددة مقدماً توقعه الإدارة في حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية " .

وأن هذا النوع من الغرامة يفرض بمجرد حصول تأخير، حتى لو لم يمس الإدارة جراء ذلك أي ضرر أو تعطيل في مرافقها، ولا يستطيع

المتعاقد حيال ذلك الاعتراض على شيء، وهذا النوع من الجزاءات لا يلزم الإدارة بإثبات الضرر، ولقد وردت الإشارة اليها لدى المشرع الفرنسي، فيتضمنها العقد وتتواجد في صلب العقد أو في ملحق خاص به وذلك عن طريق التحديد الجزافي أو المسبق للتعويضات، ولقد ورد النص على شرط جزائي في المادة( ١٢٢٦ ) من القانون المدني الفرنسي والتي مفادها "أنه شرط جزائي يلزم شخصاً في حال عدم تنفيذ التزامه بجعل مبلغ معين ضماناً لتنفيذ العقد " (٤)، ونجد مجالها في القانون المدني المصري في نص المادة "١٨"، الذي ينص على "التزام كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه في العقد فإن حاد أحدهما عن السبيل كان مسؤولاً عن خلاله بالتزامها العقدي وجب عليه حمله على الوفاء بهذا الالتزام وصار تحميله بما رتبه العقد من جزاءات كغرامة التأخير أمراً واجباً". (٥)، وقد حددت المادة "٩/ رابعا" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤" تحدد الغرامات التأخيرية من جهة المتعاقد بنسبة لا تقل عن "١٠٪" عشرة من المئة ولا تزيد عن "٢٥٪" خمسة وعشرين من المئة من مبلغ العقد" (٦)، ومن الملاحظ هنا أن المشرع العراقي قد حدد فرض الغرامة التأخيرية ووحدها على المتعاقدين سواء كان عقد مقاولة او عقد توريد او غيرها.

ويبدو مما تقدم فإننا لا نتفق مع هذا التحديد، والسبب في ذلك هي اختلاف طبيعة العقد الواحد عن العقد الاخر، وهنا بالضرورة يستلزم ان يكون تناسب بين طبيعة العقد وبين الية احتساب وفرض الغرامة التأخيرية.

اما بالنسبة إلى الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية، فقد أجمع الفقهاء والقضاء على أن الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقدية، إذ أن مصدرها العقد الإداري الناتج من اتفاق طرفين، وتتميز بجملة من الخصائص أولها أنها غرامة اتفاقية، لأنها تحدد بموجب عقد اداري، وانها تلقائية لأنها توقع مباشر عن حصول تأخير أو تباطؤ من جانب المتعاقد دون الحاجة الى اثبات الضرر من قبل الإدارة (٧)، وهذا الامر يؤدي بنا الى حقيقة الضرر في الغرامة التأخيرية وهو الخطأ المفترض(٨)، وايضاً تطبق بموجب قرار إداري تصدره الإدارة بموجب ارادتها المنفردة، ودون الحاجة للجوء الى القضاء، لأنه تطبيقاً لامتياز الإدارة العامة في التنفيذ المباشر في نطاق فرض الجزاءات للعقد الإداري بصورة خاصة.(٩)

وبعد التطرق الى مفهومها وطبيعتها واستحقاقها وخصائصها، سنتطرق الى حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية، ويوجد حالتين من الإعفاء، أحدهما جوازي والأخر وجوبي، ففي حالة الاعفاء الجوازي تظهر لنا جانب التعاون بين الإدارة وبين المتعاقد عندما تكون ظروف المتعاقد صعبة وشاقة، فتقوم غالباً الإدارة بدور التعاون الفعال بينها وبين المتعاقد ليصل الى تقديم مساعدات فنية، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أن تغض الإدارة النظر عن توقيع الغرامة التأخيرية في العقد بشرط أن تعبر عن ذلك بإرادتها الصريحة(١٠)، وكان الموقف في فرنسا وفق ما أكده مجلس الدولة الفرنسي هو حق الإدارة في أن تعفي المتعاقد من الغرامة التأخيرية أو تتنازل عن البعض منها لكن بشرط أن تعبر عن ذلك بإرادتها الصريحة، وكما ورد في

فتوى القسم الاستشاري مجلس الدولة الفرنسي الصادر في١٩٥٦/ ١٠/ ٢٣ ونص " أن الجزاءات المالية المنصوص عليها في العقود الإدارية نظير التأخير في تنفيذ أحكامها تستحق وتصبح واجب التوقيع لمجرد التأخير على أنه إذا قررت جهة الادارة المختصة لاعتبارات العدالة والصالح العام تقتضي تجاوز عن الغرامة كلها أو جزء منها في هذه الحالة يتعين عندئذ اتخاذ الإجراءات الواجبة قانونا للتنازل عن مال المستحق الدولة"[١١].

وفي مصر ووفق ما أكدته المحكمة الإدارية العليا، فأنه يجوز الاعفاء من الغرامة التأخيرية، لكن وفق شروط وحالات تقدرها الإدارة، إذ جاء ذلك في احدى قراراتها الصادرة في ٢١/ ١٢/ ١٩٦١ "أن اقتضاء الغرامات الإدارية المتعاقدة فيها مثلاً أن تعذرت الظروف التي يتم تنفيذ العقد فيها وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات اذا قدرت هي لذلك محلا". [١٢]

وفي العراق فلم نجد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية نص يفيد كحالة من حالات الاعفاء من الغرامة التأخيرية في الحالة الجوازية، وحتى عند مراجعة قرارات محكمة التمييز سنجدها تقرر الاعفاء لكن في حالات سنذكرها ضمن الاعفاء الوجوبي لاحقًا.

ووفق ما تقدمنا به سابقًا، فإننا نتفق بما جاء في القانون المصري والفرنسي ونقترح أن يكون هناك إضافة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق، بأن تحتوي على نص يبيح للإدارة سلطة الاعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية، وأن كان هنالك تحديد بمجموع من الضوابط والاحكام حتى نكون امام بعد من الغلو والاسراف في الاعفاء من الغرامة التأخيرية، وفي نفس الوقت يكون هنالك تعاون بين الإدارة والمتعاقد من جهة، وتقدير للحالات الإنسانية التي قد يقع بها المتعاقد من جهة أخرى.

اما الاعفاء الوجوبي منها، فيكون في ثلاث حالات وهي حالة القوة القاهرة، وحالة الإعفاء نتيجة ظروف التنفيذ، وحالة الاعفاء نتيجة خطأ الإدارة، سنتناولها على النحو الآتي: فبالنسبة الى القوة القاهرة[١٣] تعد سببًا من اسباب الاعفاء من الغرامة التأخيرية، ما دام ليس للمتعاقد سبب فيها، لكن وفق احكام خاصة أهمها أن تكون القوة القاهرة غير متوقعة ولا يمكن التنبؤ بها، فمتى ما حصل عكس ذلك يبطل سبب الإعفاء، وكذلك أن تكون مستقلة عن إرادة المتعاقد "أن لا يكون المتعاقد سببا في القوة القاهرة"، وأن تجعل هذه القوة تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولقد اخذ المشرعين "العراقي والمصري والفرنسي" بالقوة القاهرة سببًا للإعفاء في العديد من احكامها[١٤]، اما الحالة الأخرى وهي الإعفاء نتيجة ظروف التنفيذ يقصد بها حصول ظروف مشتركة بين المتعاقد وبين الإدارة، وهنا تلجأ الإدارة الى استخدام سلطتها التقديرية في الإعفاء، والاساس في ذلك أن الإدارة هي الاجدر في تقدير مدى خطورة التأخير، ففي فرنسا هذا ما اقره مجلس الدولة الفرنسي بأنه "شرط الغرامة له طابع اختياري، فيجوز الإدارة أن تطبقها ولها أن تعدل عنها صراحة او ضمنًا، وأنها اذا اعفت المتعاقد من الغرامة فلا يجوز أن تعدل عن الاعفاء" [١٥]، وهذا ما اقره المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات[١٦]، اما المشرع العراقي فلم يأخذ بها.

ونحن بهذا الصدد ندعو المشرع العراقي أن يحذو حذو نظيره المصري والفرنسي، دامنا امام حالة ظروف خارج نطاق الطرفين، والحالة الأخيرة من الإعفاء، هي نتيجة خطأ الإدارة وهنا لا يجوز من باب أولى أن يتحمل المتعاقد غرامة تأخيريه نتيجة الاعمال الضارة من جانب الإدارة، والتي تسببت في تأخير المتعاقد في تنفيذ التزامه او جعلت تنفيذها عسيراً [١٧]، لكن بشرط ان يثبت المتعاقد أن سبب التأخير في تنفيذ التزامه هي الإدارة وهذا ما اخذ به كل من التشريع المصري والعراقي. [١٨]

## المطلب الثاني

## مصادرة التأمينات

تُعرف المصادرة بأنها "تدبير عيني تتخذه الإدارة وتتجه به الى الشيء مباشر"[١٩]، ووفقاً لمحكمة النقض المصرية، فالمصادرة هي أجراء الغرض منه تملك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بجريمة جبراً وبغير مقابل[٢٠]، و التأمينات في نطاق العقد الإداري هي" مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة، تتوقى به اثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على المسؤوليات الناتجة عن تقصيره" [٢١].

وبدورنا يمكن أن نورد تعريفاً خاصاً بها، بأنها "مجموع مبالغ مالية تودع منذ بدأ لحظة تقديم العطاءات بصورة الأولية لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تأكيدً على جدية المتقدم، وتصادر بالصورة النهاية عند خطا المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الإداري.

والتأمينات في العقد الإداري تكون على نوعين، فهي اما تأمينات مؤقتة أو تأمينات نهائية حسب النطاق الزمني لتقديمه سواء قبل ابرام العقد الإداري او بعد رسو العقد، بالنسبة الى التأمين المؤقت أو ما يسمى بالابتدائي فهو ضمان مالي يتقدم به صاحب العطاء لجهة الإدارية المتعاقدة، لتأكد من جديته واثبات لحسن نيته، ويتقدم به قبل رسو العطاءات، وتعد ضمانة للإدارة في حال عدم التزام المتعاقد بالاستمرار في إجراءات التعاقد في حال رسو المناقصة عليه، هذا ولا يتم قبول العطاءات بدون تقديم تأمينات أولية من قبل المتعاقد، إذ أن تقديمها تعد من الشروط الرئيسة الدالة على تمكن ويسر الحال للمتعاقد من جهة، وجديته في الالتزام من جهة أخرى، وكان موقف فرنسا من التأمينات فأن مبلغ الكفالة يجب أن لا يتجاوز عموماً ٣٪ من مبلغ الصفقة الأساسي، و٥٪ عندما تكون الصفقة مقترنة بفترات ضمان. [٢٢]، وكذلك المشرع المصري تطرق الى التأمينات في المادة "٢٢" من قانون التعاقدات المصري [٢٣]، وقد تطرق المشرع العراقي للتأمينات الأولية بوصفها شرط أساسي للعطاءات في تعليمات تنفيذ العقود في المادة "٩/ اولا". [٢٤]

وما تجدر الإشارة اليه أن المشرع العراق في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد عفى من تقديم التأمينات الأولية أصحاب الشركات العامة[٢٥]، على عكس نظيره المصري والفرنسي فلم يقرر إعفاء كل جهة متقدمة ، هذا وإننا نتفق مع موقف المشرع الفرنسي والمصري بشأن عدم جعل استثناء لجهات معينة من تقديم التأمينات الأولية وندعو المشرع العراقي بتعديل المادة "٩" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية،

فلا داع للاستثناء لأنه يخل بمبدأ المساواة بين المتقدمين على أساس المقدرة المالية لهم.

اما التأمينات النهائية فهو الضمان المالي الذي يتقدم به من رست عليه المناقصة بعد اخطاره بقبول عطائه ضماناً منه لحسن تنفيذ العقد، نفهم من ذلك أن التأمينات المقدمة الأولية هي لتأكد من جدية وحسن نية المتقدم قبل رسو المناقصة عليه، في حين التأمين النهائي هي ضمانة للإدارة لتتلافى به أخطاء المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الإداري وبعد رسو المناقصة عليه ، وقد حدد المشرع العراقي قيمة التأمين النهائي في المادة "٩" في الفقرة "أ" من البند ثانياً في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم "٢" لسنة ٢٠١٤ بنسبة "٥٪" ، على عكس المشرع الفرنسي والمصري الذي حددها بنسب مختلفة تختلف حسب نوع العقد( ٢٦ ).

وبالنسبة للطبيعة القانونية لمصادرة التأمين فهنا اختلف فقهاء القانون الإداري حول تحديد هذه الطبيعة، **هل هي تعويض اتفاقي وشرط جزائي، ام هو جزاء يرجع إلى النصوص القانونية واجبة التطبيق او إلى الشروط التعاقدية الخاصة بموضوع العقد الإداري التي لا تحتوي على مخالفة للنظام العام واعمالا بقاعدة الخاص يقيد العام ؟**

للإجابة على هذا التساؤل، فنجد في فرنسا قد اتفق الفقه والقضاء على أن مصادرة التأمين هو شرط مقرر لصالح الإدارة، وهو بمثابة تقدير جزافي للتعويض في حال اخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وتستطيع أن تفرضه دون اللجوء للقضاء، ويعود ذلك الى سلطة الإدارة التي تمتاز بها، والتي تكون غير قابلة لتنازل في حال فرض الجزاءات، ( ٢٧ ) اما في مصر فيتفق الفقه والقضاء على أن مصادرة التأمين يعد شرط جزائي، تواجه الإدارة المتعاقد معها في حال الاخلال والنكول عند التنفيذ، وتستطيع فرض الجزاء بمصادرة التأمين النهائي بموجبي قرار اداري بإرادتها المنفردة دون الحاجة لحكم قضائي ودون الحاجة لأثبات ضرر وهذا ما اكدته الجمعية العمومية في مجلس الدولة الفرنسي بفتوى لها " ...أن الحكم الوارد في البند ٩٣ من المادة ١٣٧ من لائحة المخازن والمشتريات لا يخرج عن كونه شرطا جزائياً يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصر في حال الغاء العقد بسبب تقصيره _ وهو مصادرة التأمين"( ٢٨ )، وفي هذا الخصوص نجد أن المحكمة الإدارية العليا في العراق قد حسمت الجدل حول تلك الطبيعة في حكم جاء فيه " ان التكييف القانوني للتأمين هو شرط جزائي يحدد مقدما باتفاق الطرفين على قيمة التعويض عند الإخلال بشروط التعاقد" ( ٢٩ )، إذاً نفهم من ذلك وفق تحديد المحكمة إدارية العليا حول الطبيعة القانونية للمصادرة التأمين هو شرط جزائي يقتضي توقيعه على المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته بموجب العقد الإداري، وهنا نلاحظ التشابه بين مصادرة التأمين وبين الشرط الجزائي الموجود في عقود القانون الخاص، كونهما يفرضان على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، كما أنه مقداره يكون متفق عليه مسبقاً بين الطرفين، لكن الاختلاف بينهما يكمن في الجهة التي تفرض هذا الجزاء، فمصادرة التأمين يتم فرضه من قبل الادارة بإرادته المفردة دون الحاجة للرجوع إلى القضاء لإصدار حكم قضائي بفرض الجزاء، كما أن الادارة هنا تمتلك الحق في

إيقاع حتى لو لم يلحقها ضرر فيه، على العكس من الشرط الجزائي الذي يتم فرضه بموجب قرار قضائي صادر من محكمة مختصة، بناء على ضرر لحق المتعاقد الآخر. (٣٠).

اما بالنسبة الى حالات مصادرة التأمينات، ففي فرنسا فقد عدّ القضاء أن مصادرة التأمين تعد أحد الجزاءات المالية التي تمتلكها الإدارة لتفرض على المتعاقد عند اسقاط الالتزام، وهذا يعني أن التأمين الذي تقدم به المتعاقد يفقده بحسب ما نصت عليه كراسات الشروط ، إذ يصبح التأمين من حق الإدارة اسقاط الالتزام، وكذلك يحق لها مصادرة التأمين النهائي عند الفسخ الجزائي لعقد التوريد. (٣١)، اما قانون تنظيم التعاقدات المصري فقد كفل حق الإدارة لمصادرة التأمين النهائي في حالتين، وهي اما فسخ العقد، أو حالة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد، وتتحقق لنا الحالتين عندما يقوم المتعاقد في التنفيذ المخل لبنود وشروط العقد، اما المشرع العراقي فقد أكد على حق الإدارة تجاه المتعاقد في مصادرة التأمينات بمجرد حصول اخلال في تنفيذ التزامه او نكوله بصورتيه الابتدائي والنهائي (٣٢)، وتعد من حالات النكول الابتدائي (٣٣) هي امتناعه عن توقيع العقد بعد رسو المناقصة عليه، وتبليغه رسمياً خلال مدة"١٥" بضرورة التوقيع، فامتنع عن ذلك ودون عذر مشروع، أو قام بتقديم بيانات مخالفة للحقيقة، أو لم يقم بتقديم خطاب الضمان بحسن التنفيذ.

**والسؤال الذي يطرح هنا هل يكون هنالك مجال للإعفاء من مصادرة التأمين؟** الجواب يكون في صورة التفرقة فيما إذا كان الغرض من مصادرة التأمين هو اقتضاء لغرامة التأخير أو اقتضاءً للتعويض، وهنا بدورنا يجب أن نوضح أن غرامة التأخير تكون واجبة التطبيق كجزاء يفرض على المتعاقد بمجرد حصول تأخير، ويفرض بموجب قرار إداري ولا تكون الإدارة مجبرة على إثبات الضرر، على العكس من التعويض الذي يفرض من قبل القضاء، بعد أن تثبت الادارة ان ضرر ما قد لحق احد مرافقها العامة، هذا ويمكن ان تكون حالات اعفاء من الغرامة التأخيرية كما وضحنا مسبقاً، على عكس التعويض فلا يمكن أن نرى ذلك لان هذا القول يؤدي بنا الى قبول الادارة الضرر الذي يلحق بها وهنا تكون بصورة غير مقبولة امام الافراد المنتفعين من مرافقها، وتكون قراراتها قابلة لطعن لمجانبتها للمصلحة العامة، لذا كحالة أعفاء من مصادرة التأمين يجب أن ننظر اذا كان الغرض منها اقتضاء لغرامة التأخير، فتكون حالات الاعفاء بنفس حالات الاعفاء من غرامة التأخير مادام ذلك يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة ، اما اذا كان الغرض منها اقتضاء التعويض فلا يكون هناك محل للإعفاء ، لان التعويض مقترن بشرط الضرر، والذي منوط للجهة القضائية أن تقرر التعويض للإدارة حسب جسامة الضرر الملحق بمرافقها الإدارية، وعندما يحكم لها بالتعويض فتقوم الإدارة بأخذ مستحقاتها من خلال مصادرة التامين النهائي المتفق عليه بموجب العقد الإداري، او قد يجد القضاء أن ليس هنالك مبرر لتعويض الإدارة في حال لم يجد ضرر ما قد لحقها ، وبتالي لا يكون المتعاقد في صورة من مصادرة تأميناته المودعة لدى الجهة الإدارية.(٣٤)

وبناء على ما تقدم فإننا نتفق مع هذا الاتجاه من الاعفاء، فإذا كان الغرض من مصادرة التأمين

لتحصيل الغرامة التأخيرية ، فهنا يكون بالإمكان اعفاء المتعاقد منها، مادامت للإدارة سلطة تقديرية بالإعفاء عندما تقرر وبصورة صريحة بعدم ترتب اضرار نتيجة التأخير الذي حصل من جانب المتعاقد، على عكس فيما اذا كان الغرض من مصادرة التأمين هو تحصيل للتعويض الذي اقرته المحكمة لصالح الإدارة فهنا لامجال للإعفاء، طالما هنالك ضرر قد لحق الإدارة، ولا تستطيع الإدارة هنا استعمال سلطتها التقديرية بالإعفاء.

## المبحث الثاني
## الجزاءات المالية التي تخلو من الصفة العقابية

من بين الصور الأخرى للجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد هي الجزاءات المالية الخالية من الصفة العقابية، وقد تطرقنا سابقاً الى سبب تسمية صور الجزاءات بالعقابية والغير عقابية وقلنا عقابية فقط كونها تتخذ الصفة الردعية لتقويم انحراف سلوك المتعاقد حتى لو لم يحصل ضرر، اما في هذا المبحث سنجد صور مغايرة لصور الجزاء السابقة وايضاً خالية من الصفة العقابية، وتكمن حقيقة الاختلاف ما بين الاثنين في اختلاف غاية كل منهما، اذ في هذا النوع من الجزاءات تكون غايتها تعويضاً عن الضرر الذي لحق بالمرافق الادارية وتغطيته اكثر مما هي تقويمية وردعية، لذا سنتناول في هذا المبحث جزاء التعويض وجزاء تحمل المصاريف والتحميلات الإدارية وذلك بعد توزيعهما على المطلبين الآتين:

### المطلب الأول
### التعويض

يعد جزاء التعويض من الجزاءات الاصلية التي تستطيع الإدارة فرضها حتى لو خلت العقود الإدارية من الجزاءات المالية الأخرى، حتى تستطيع مواجهة المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية، ويعرف التعويض في نطاق العقود الإدارية بأنه: "مبلغ من المال يتحمله المخل بالتزام تعاقدي قانوني مقابل الضرر الذي احدثه بسبب ذلك الإخلال" (٣٥)، وأن الأصل في التعويض يمنح لجبر ضرر ينشأ بسبب اخلال أحد الطرفين بالعقد (٣٦)، ولا تستطيع الإدارة فرض قرار الجزاء بالتعويض دون اللجوء إلى القضاء، للمطالبة به عن الأضرار التي اصيبت مرافقها لأنه لا يوجد في العراق ما يعطي للإدارة الحق في تقدير التعويض، وخصمها من المستحقات المتعاقد أو من التأمينات دون اللجوء إلى القضاء، وفي نفس الوقت يتطلب من الادارة إنذار المدين، وهذا ما نص عليه القانون المدني الفرنسي(٣٧)، و المصري (٣٨) والعراقي (٣٩)، وبعد التأكد من أن هنالك ضرر قد أصاب المرافق الإدارية نتيجة خطأ المتعاقد، يكون التعويض خاضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص، في ظل وقائع الضرر التي تبين حجم الضرر الذي لحق بالإدارة وتكون للمحكمة صلاحية التخفيض من مقدار التعويض المحكوم به، إذا ارتأت أن هنالك مبالغة في قرار فرض الجزاء بالتعويض، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية في تخفيض مقدار التعويض المحكوم به إذا كان يزيد عما أصاب المشتكي من ضرر في العديد من الاحكام، ومنها قرارها الصادر بتأريخ ١٦/ ٩/ ١٩٨٧ الذي جاء فيه" يشترط لاستحقاق التعويض صدور الحكم القضائي به، والقاضي لا يحكم بالتعويض إلا في حالة الاخلال بالالتزام، وثبوت ضرر جهة الادارة وتترتب علاقة سببية بينهما،

ويدخل تقدير الضرر بسلطة القضاء، فهي بدورها تقوم بتقدير التعويض بناءً على اخلال بالتزام عقدي، ويكون مبرراً لطلب التعويض حتى لو لم ينص العقد على جزاء ما لمواجهة اخلال المتعاقد. (٤٠).

اما بالنسبة الى إيقاع الجزاء بالتعويض فهو مبني على شروط، أهمها شرط الخطأ العقدي الصادر من المتعاقد، إذ أن المسؤولية العقدية أساسها الخطأ، وقد عرفه البعض بأن الخطأ العقدي "هو اخلال بالتزام عقدي، أي اخلال احد المتعاقدين بالتزامه الناشئ من العقد، وهذا الالتزام اما إيجابي أو سلبي أو أن يكون الالتزام ببذل عناية (٤١)، وكذلك شرط تحقق الضرر الذي يعد ركن أساسي لتحقق تلك المسؤولية، وأن يكون الخطأ صادر من المتعاقد لحق بأحد المرافق الإدارية، ويشترط أن يكون الضرر مباشر، وبمعنى أن الضرر يترتب مباشر في صورة عدم تنفيذ التزامه، أو عدم قيامه بالعمل المطلوب منه أو تأخره بعكس المجرى الطبيعي لمواعيد تنفيذ التزام (٤٢)، ويستوي في ذلك أن يكون الخطأ قد ارتكب من المتعاقد نتيجة عمد أو اهمال، اما الشرط الأخير هو وجود علاقة سببية بين الخطأ من المتعاقد وبين الضرر المترتب للإدارة، فوجود رابطة بين الخطأ والضرر مهمة لتحقق المسؤولية العقدية. (٤٣)

وبالنسبة للأثبات ففي الاصل أن الإدارة غير مكلفة بذلك، ويقع التكليف على المدين "المتعاقد" اذا أراد صد هذا الادعاء بنفي وجود هذه العلاقة وهذا ما جاء بإحكام القانون المدني العراقي (٤٤)، اما طريقة تقدير التعويض فأنه يخضع إلى نظام تقديرها في القانون الخاص، إذ تكفل المشرع بتحديد عناصر التعويض والمتمثلة بما لحق الدائن " الإدارة" من خسارة وما فاته من كسب (٤٥).

**ويثار تساؤل مفاده مدى إمكانية التعويض بنسبة تزيد عن كلفة الضرر التي لحقت بالإدارة وقت حصول الضرر وإمكانية التعويض عن الضرر احتمالي؟**

للإجابة عن ذلك التساؤل، يمكن القول أن المتفق عليه وحسب السلطة التقديرية للقاضي فيمكن أن يحكم القاضي عند التعويض بنسبة تزيد عن مقدار الضرر وقت حدوثه ويعلو بالتعويض الى يوم صدوره، اما بالنسبة الى مدى إمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي فليس هنالك ما يحول دون ذلك بشرط أن يكون وقوع الضرر مؤكداً. بمعنى للقاضي سلطة الحكم بالتعويض نتيجة الضرر الذي لحق الإدارة من تهدم الأبنية مثلاً، واضافة الى ذلك بالإمكان ان يقدر القاضي تعويضاً عن الأبنية الآيلة لسقوط مادام سقوطها مؤكداً في وقت لاحق (٤٦).

**ومن خلال ما تقدم فإننا لا نتفق مع ذلك،** والسبب أن التسليم بما جاء في سياق الحديث سابقاً يجعل من المتعاقد في مركز ضعيف في العقد الإداري وخضوعه لمبادئ غير ثابتة، فعندما نقول مثلاً بإمكان القاضي أن يحكم بنسبة تزيد عن التعويض الحقيقي وقت حدوث الضرر وبإمكانه أن يقدر تعويض عن الضرر الاحتمالي، فنحن امام سلطة تقديرية للقاضي، والسلطة التقديرية تختلف من قاض الى اخر، فممكن أن يحكم على متعاقد ما وممكن لا يحكم على متعاقد اخر حسب قناعة القاضي، بالإضافة الى ذلك نحن نتكلم هنا امام متعاقد تعاقد مع الإدارة

ابتغاءً للربح، والتسليم بذلك يعني أن يتحمل المتعاقد مشقة فقط لكونها محتملة وهو في غنى عنها تماماً، لذا الاصح هو تحمل المتعاقد فقط التعويض عن الضرر الحقيقي الذي تسبب به للإدارة.

ومن نافلة القول لابد من التطرق الى طريقة تحصيل التعويض والاعفاء منها، فبالنسبة لتحصيل التعويض رأينا فأن المبدأ العام هو الاعتراف للإدارة بسلطة إيقاع الجزاءات الإدارية للمتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لكن وجدنا دور قواعد القانون الخاص بشكل ملحوظ في تطبيق احكام التعويض ولبيان طريقة تحصيل التعويض نجد الزاماً علينا التطرق لموقف الدول المقارنة، ففي فرنسا فان المشرع الفرنسي يسمح للإدارة في الكثير من الحالات بأن تلجأ الى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر الدفع، وتصدرها بإرادتها المنفردة وللمتعاقد الحق ان يطعن امام القضاء، ويحق للقاضي أن يقرر اعفاءه أو التخفيف من مقدارها، متى ما رأى بعدم صحة الأساس الذي استندت اليه الإدارة في فرضها أو قد بالغت في مقدارها، ويتم استقطاعها من التأمينات المودعة لديها اذا كان العقد يجيز ذلك[٤٧]، اما في مصر وحسب ما اشارت اليه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الى حق الإدارة في مطالبة المتعاقد بالتعويض عند الاخلال في تنفيذ العقد، لكن الإدارة لا تستطيع ان تفرض ذلك من تلقاء عند عدم وجود نص في العقد يسمح لها بذلك فتلجأ الى القضاء، ويتم الاستقطاع من قبل التأمينات المودعة لديها، اما في حالة عدم كفايتها فتقوم الإدارة بخصم مستحقاتها من الجهات الإدارية الأخرى ودون اتخاد أية إجراءات قضائية [٤٨]، ولقد ساير المشرع العراقي نظيره المصري ويطبق بشأن التعويض قواعد القانون المدني، فالإدارة لا تستطيع فرض التعويض مالم يلحقها ضرر نتيجة اخلال أو تقصير من المتعاقد، وكذلك يكون تقدير التعويض من اختصاص المحكمة في حال لم يكن التعويض محدداً في العقد او القانون [٤٩].

**وفي الختام ينهض تساؤل مفاده هل يمكن الاعفاء من جزاء التعويض كما في غرامة التأخير؟** للإجابة عن ذلك وكما هو معلوم أن الإدارة هي المسؤولة الوحيدة عن ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، فاذا كان بالإمكان أن تقدر سلامة التأخير من قبل المتعاقد ولم يترتب عليها ضرر معين فتعفيه من الغرامة التأخيرية، فهنا نحن على اختلاف تمام امام التعويض الذي يفرض بناء على ضرر لحق المرافق الإدارية، اذاً الغرض من التعويض تغطية الاضرار التي لحقت بها والذي يتم توقعيه من قبل القضاء بناء على طلب من الإدارة، لذا لا يمكن التنازل عن التعويض وقبولها بالتنازل يعني قبولها بالضرر الذي يلحق مرافقها وهنا تكون قد فتحت الجبهة الخاطئة على نفسها[٥٠].

## المطلب الثاني
## المصاريف و التحميلات الإدارية

تعد المصاريف الإدارية نوعاً آخر من أنواع الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة للمتعاقد معها نتيجة اخلال معين أو تقصير في تنفيذ التزاماته، وبموجب ذلك الاخلال تتولى الإدارة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المخل[٥١]، وتتحقق لنا حالة استحقاق المصاريف الإدارية في حالة وجود تقصير أو إخلال من قبل المتعاقد،

والـذي أدى تصـرفه إلـى التـأخير وأثبتـت الجهـة الإداريـة قـد لحقهـا اضـرار جـراء فعـل المتعاقـد، فيتحمـل هنـا كافـة المصـاريف الإداريـة كجـزاء اداري ضـده. (٥٢)، اذاً لابـد مـن تـوافر شـروط لاستحقاقها، وهـي وجـود اخـلال مـن قبـل المتعاقـد في تنفيـذ التزاماتـه، كـأن يكـون أخـل بطريقـة التنفيـذ أو في شـروطها أو في وقـت المحـدد لتنفيـذ، لـذا نجـد حـالات اسـتحقاقها أوسـع مـن حـالات اسـتحقاق الجـزاءات الأخـرى، والشـرط الاخـر هـو ادعـاء الإدارة بوجـود ضـرر جـراء ذلـك الاخـلال أو التقصير، لحقهـا أو لحـق مرافقهـا الاداريـة، والشـرط الأخيـر والأهـم هـو وجـود علاقـة سـببية بـين ذلـك الادعـاء وبـين فعـل المتعاقـد، كـان يكـون بصـورة تـأخير في تنفيـذ العقـد الإداري، لـذا للمطالبـة في المصـاريف الإداريـة يقتضـي وجـود ضـرر أو خسـارة مـن جـراء عمـل المتعاقـد، فتعـد المصـاريف الإداريـة هـي وسـيلة ضـغط علـى المتعاقـد لتنفيـذ التزامـه بالوجـه الصـحيح لضـمان سـير المرفـق بانتظـام و اطـراد، وكـان للمحكمـة الإداريـة العليـا في مصـر اتجـاه نحـو تحمـل المتعاقـد للمصـاريف الإداريـة في حالتين وهما :

١. يـتم اسـتحقاقها وقـت مـا تتحمـل الجهـة المتعاقـدة خسـائر واضـرار مـن تنفيـذ المتعاقـد الـذي سـيتم تنفيـذ المتبقـي مـن الالتـزام علـى حسابه.
٢. تكـون مسـتحقة حتـى لـو لـم يلحـق الإدارة أي ضرر من تقصير المتعاقد في تنفيذ التزامه. (٥٣)

وايضـاً نجـد في لائحـة قـانون المناقصـات والمزايـدات في المـادة "٨٤" (٥٤) قـد نصـت علـى المصـاريف الإداريـة، والتـي يتبـين لنـا مـن خـلال قـراءة هـذا الـنص أنـه بإمكـان الإدارة خصـم المصـاريف الإداريـة عنـد حالـة فسـخ العقـد أو تنفيـذها علـى حسـاب المقـاول ، وايضـاً مـا وردا في نـص المـادة "٩٤" (٥٥) مـن اللائحـة التنفيذيـة مـن نفـس القـانون الخـاص بعقـد التوريـد، ومـن خـلال مراجعـة النصـوص أعـلاه يتبـين لـلإدارة الحـق في خصـم مـا تسـتحقه مـن كـل قيمـة خسـارة لحقـت بهـا بمـا في ذلـك فـرق الأسـعار والمصـاريف الإداريـة مـن المتعاقـد وفي حـال عـدم كفايتهـا، وتقـوم بخصـمها مـن أي جهـة إداريـة أخـرى في حـال عـدم كفايتهـا ودون الحاجـة إلـى اتخـاذ إجـراءات قضـائية. وبهـذا يكـون المتعاقـد عرضـه لجـزاء المصـاريف الإداريـة عنـد اخلالـه بتنفيـذ التزاماتـه العقديـة، فتقـوم الإدارة بتنفيـذ تلـك الالتزامـات لتغطيـة المصـاريف التـي تكبـدتها الإدارة مـن جـراء ذلـك التنفيـذ، وبهـذا أكـدت الجمعيـة العموميـة في مجلـس الدولـة المصـري هـذا المعنـى في فتـوى لهـا جـاء فيـه "أمـا في مـا يتعلـق بالمصـاريف ففـي الاصـل أن هـذه المصـاريف لا تسـتحق في حالـة التنفيـذ علـى حسـاب المتعاقـد المقاصـر، الا إذا اثبـت الجهـة الإداريـة أنهـا قـد تحملـت خسـائر أو لحقتهـا اضـرار كمـا لـو قامـت بإعـادة المناقصـات مـن جديـد ومـا يقتضـي ذلـك مـن نشـر جديـد و تشـكيل لجنـة فـض المظـاريف واخـرى للبـت فيهـا ومـا يسـتتبع ذلـك مـن جهـد ونفقـات، مـا كانـت الإدارة تحملهـا لـو أن المتعاقـد معهـا قـد قـام بتنفيـذ التزاماتـه علـى النحـو المتفـق عليـه، كمـا يكـون اسـتحقاق هـذه المصـاريف في حالـة تحقـق منـاط اسـتحقاقها وفقـا لنسـب المحـددة مـن لائحـة قـانون المناقصـات والمزايـدات المصـري". (٥٦)، وفيمـا يتعلـق بـإبرام العقـد الإداري بـين جهتـين اداريتـين فـلا مجـال لتطبيـق هـذه الحالـة وفـق مـا اسـتقرت عليـه أحكـام القضـاء الإداري في مصـر،

وبالرجوع إلى قواعد حساب المصاريف الإدارية المنصوص عليها في اللائحة المالية الميزانية والحساب، نجد أن لائحة المناقصات المكملة لنصوص العقد المبرم بين جهتين إداريتين تتضمن تحديداً لقيمة المصاريف الإدارية الواجبة في حالة تحقق حالات استحقاقها، وقد افتت الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري بأنه لا محل للمطالبة بالمصاريف الإدارية بين الجهات الإدارية لبعضها البعض، الا عندما يتعلق الامر بتقديم خدمات معينة نزولا على حكم المادة "٥١٧" من اللائحة المالية للميزانية والحسابات[٥٧]، وتعد هذه المصاريف التي يتحملها المتعاقد تعويضاً قانونياً للإدارة عما لحقها من مصاريف إضافية تستحق مقابل إعادة الإدارة الإجراءات من جديد قبل اخلال المتعاقد ، سواء أكانت هذه الاجراءات تخص مزايدات أم مناقصات، أو ما يستلزمه من إجراءات اللجان وتشكيلها وفحص العطاءات والبت فيها، وما يستلزم ذلك من نفقات وجهد ووقت ما كانت الإدارة تتحمله لو نفذ المتعاقد التزاماته بالصورة الصحيحة، لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد. ولا يشترط أن تكون منصوص عليها في العقد ومتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد ابتداء، إذ تكون قيمة هذه المصاريف معلومة بعد إتمام الإحالة " إحالة تنفيذ العمل على المتعاقد الجديد"، وكذلك تستحق هذه المصاريف في الوقت الذي تتكبد فيه الإدارة خسائر نتيجة إعادة اعلان المناقصة ونشرها وتحملها مصاريف اللجان.[٥٨]، اما بشأن التحميلات الإدارية فقد ورد الإشارة إليه كجزاء بموجب المادة "١٠" في الفقرتين "٢، ٣" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .[٥٩]، وعند مراجعة نص هذه الفقرات نلاحظ ضوابط فرض الجزاء بتحمل المصاريف الإدارية والتي هي كالاتي.

١. أن يكون هنالك اخلال في المراحل النهائية من قبل المتعاقد في تنفيذ التزامه بموجب العقد إداري .
٢. يتم سحب العمل المطلوب إنجازه من قبل المتعاقد بموجب قرار إداري .
٣. يتم تشكيل لجنة تتولى تنفيذ الاعمال المتبقية للمتعاقد، ويكون الممثل فيها المتعاقد نفسه، الذي يتم تنفيذ الاعمال المتبقية على حسابه.
٤. يتم تحديد نسبة التحميلات الإدارية بمدة لا تزيد على ٢٠٪ من قيمة الالتزامات ويتم تثبيتها في العقد.

ولقد نظمت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق الملغاة رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ حالة نجدها في غاية الاهمية والتي تعد شرط في نفس الوقت حتى يتم فرض جزاء التحميلات الإدارية وهو أن يتم سحب العمل من المتعاقد وتشكيل لجنة الاسراع في التنفيذ على حساب المقاول نفسه، اما اذا تم التنفيذ على حساب مقاول اخر ودون وجود لجنة لا يحق لها فرض هذا الجزاء على المتعاقد الأول، بينما لا نجد مثل هذا التنظيم في تعليمات العقود رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ النافذ.[٦٠]

**ومن خلال ما تقدم فإننا لا نتفق** مع تحديد نسبة التحميلات الإدارية في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤، والسبب في ذلك احياناً يكون مجموع الاضرار التي تسببت للإدارة تزيد عن مجموع النسب المحددة ، على العكس كان الاصح ان يتم ترك النسب مفتوحة لتقدير القاضي

المختص على أن لا تزيد في كل الأحوال عن مجموع المبالغ المثبتة في العقد بخصوص الالتزام الذي اخل به المتعاقد.

اما في فرنسا، فإننا لم نجد نص يفيد الإشارة اليه لتحمل المتعاقد المصاريف الإدارية في حالة الاخلال أو التأخير، إذ اعتمدت فرنسا ووفق ما جاء في القانون المدني الفرنسي لجوئها الى التعويض أو لمصادرة التأمينات أو للغرامة، عن الاضرار التي لحقت بها في حالة كل تأخير أو خلل في تنفيذ التزامها او ضرر لحق بها والتي تم بيانها مسبقاً بالتفصيل.

## الخاتمة

بعد أن انتهينا بفضل الله تعالى من البحث في موضوع صور الجزاء المالي المقترنة بالقاعدة القانونية الادارية توصلنا الى جملة من النتائج والمقترحات والي سنعرضها على النحو التالي:

### أولاً: النتائج

١. تعد الجزاءات المالية في العقد الاداري احد الوسائل العملية لحماية الإدارة من اخلال المتعاقد بموجب التزاماته التعاقدية وبالتالي تعد ضمانة امام كل خرق ممكن أن يهدد سير المرافق العامة بأنتظام واطراد.

٢. اتضح لنا أن كل صورة من صور الجزاءات المالية لها خصائصها الذاتية التي تميزها عن غيرها وضروراتها العلمية، وبالتالي لهذه الخصائص لابد من توفر شروط معينة بكل جزاء لإمكانية ايقاعه على المتعاقد، وفي نفس الوقت تتوافر حالات الاعفاء بكل جزاء اذا كان سبب الاخلال والتأخير او الضرر نتج عن تدخلات أجنبية لا يد للمتعاقد فيها.

٣. اختلاف جزاء التعويض عن الغرامة التأخيرية فيتم فرض الجزاء الاخير في حالة الإخلال المتعاقد دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر الحق المرافق الإدارية على عكس جزاء التعويض فلا يمكن إيقاعه إلا بناء على ضرر فعلي وهنا يترك للقاضي حرية تقديره من أجل إصدار حكم به في كل من العراق ومصر، على العكس من فرنسا حيث اعطيت الادارة صلاحية تقدير التعويض دون الحاجة اللجوء للقضاء وبإمكانها اللجوء اليها اذا ارادت ذلك.

٤. تعد سلطة الادارة بفرض الجزاء المالي من النظام العام ، وتبعاً لذلك لا يجوز للإدارة التنازل عن كل صورة من صور الجزاء وكل اتفاق بهذا الخصوص بعد باطلاً .

### ثانياً: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي وضع حدين (الادنى والاقصى) لمبلغ الغرامة التأخيرية، والسبب في ذلك هو اختلاف نوع العقد وموضوع التعاقد الذي يختلف من عقد اداري الى اخر مما قد يسبب معه حرجاً على المتعاقد أو الادارة نفسها خاصة عندما يكون موضوع التعاقد من المشاريع البسيطة وذات التكلفة البسيطة .

٢. ضرورة النص في تعليمات العقود الادارية على شرط الاعذار قبل توقيع الجزاء المالي ضد المتعاقد وعدم الاكتفاء بما متعارف عليه في المبادئ الادارية العامة.

٣. ضرورة توافر صياغة دقيقة ومتكاملة لأنظمة وتعليمات العقود الادارية لمعرفة كل متعاقد ماله وما عليه، ليعد بذلك ضمانة مؤكدة للمتعاقد من تسلط الإدارة وغلوها في تقدير الجزاء.

٤. خلو تعليمات العقود الادارية العراقية النافذة من النص الصريح على تحميل المصاريف والتكاليف الإدارية، لذا نوصي بدورنا بضرورة تفعيل النصوص المنظمة لعنصر هذا الجزاء.

**الهوامش**

(١)د. عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، ط"١"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٦٩.

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٠.

(٣) د.محمد رفعت عبد الوهاب و د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٦٧

(٤) طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٥٤.

(٥) المادة "١٤٨" من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.

(٦) المادة"٩/ رابعا" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤

(٧) د.محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الغير مالية في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسراء، ٢٠١٤، ص ١٧.

(٨) لقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق فكرة الخطأ المفترض في قضائه المتواتر في مجالين أساسيين يتعلق الأول بمستعملي المنشآت العامة الذين يستفيدون من هذه الفكرة، عندما يكون ذلك الاستعمال مرجعا للضرر الذي يدعونه، ولإعفاء الإدارة من المسؤولية، يجب عليها أن تثبت أنها أدارتها بطريقة عادية وبدون ذلك تسأل عن إخلالها بالسير العادي لهذه المنشآت، وتلزم بالتالي بدفع التعويض فمن القرارات التي صدرت عن المجلس حديثًا القرار المتعلق بشركة الجنوب الغربي لحفر القنوات و الصادر بتاريخ ١٩٩٢/ ١٠/ ٢٨ ، وكذلك القرار حول –قضية حادث الدراجة النارية الناجم عن انحراف الطريق الصادر عن المحكمة الإدارية الاستئنافية بتاريخ ١٩٩٤/ ٣/ ٢٢ ، أما المجال الثاني فيتعلق بالمستشفيات العامة و التي يستفيد مستعملوها من المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، عندما يصابون بأضرار غير عادية بسبب العلاجات أو الأعمال الطبية التي ينبئ طابعها غير المتوقع عن وجود خطأ في تنظيم أو تسيير المرفق الصحي، فمن القرارات الصادرة على هذا النحو كذلك ما صدر عن مجلس الدولة بتاريخ ١٩٦٢/ ٠٢/ ٢٣ في قضية " Meier"

(٩) محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠٠٩، ص ١٠٩–١١٠.

(١٠) د.عبد المجيد فياض نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٧٨.

(١١) محمد كاك الله سمايل، سلطة الادارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها "دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين _ أربيل، ٢٠١٣، ص٥٦.

(١٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم ١٧٧٢ بتأريخ ٥/ ٣/ ١٩٨٥، س ٢٩، منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة ١٨، ص ٩٥٣.

(١٣) عرفها الفقه الفرنسي بأنها "الواقعة التي تنشأ باستقلال عن إرادة المدين ولا يكون باستطاعته توقعها او منع حدوثها لأنها واقعة خارجية، ويترتب عليها ان يستحيل عليه مطلقا الوفاء بالالتزامات" مشار اليه لدى هوزان عبد المحسن عبد الله، مفهوم القوة القاهرة واثاره في تنفيذ العقد "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد٢، تسلسل ٣٤، ٢٠٢١، ص ٥.

(١٤) قرار محكمة التمييز العراقية بتاريخ ١/ ٧/ ١٩٧١، أشار اليه محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، بحث منشور في مجلة القضاء العراقي، العدد"١–٢" السنة ١٩٨٤، ص ٩٤–٩٥ .

(١٥) د. حسن محمد علي حسن البنون، حسام محسن عبد العزيز. حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، سنة"٨"، المجلد "٥"، العدد ٣، ٢٠١٦، ص ٤٢٩.

(١٦) المادة "٢٣" من قانون المزايدات والمناقصات المصري رقم" ٨٩" لسنة "١٩٩٨ ".

(١٧) د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٧٠ .

(١٨) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم ١٠٨٦ الصادر في ١٩٦٣/ ١١/ ٣٠، السنة "٦"، الموسوعة الادارية الحديثة "١٨" ، ص ٩٦٣ و حكم محكمة التمييز العراقية عدد ١٤٣٣/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٢ الصادر في ١٦/ ٧/ ٢٠١٢مشار اليه لدى د.حسن محمد علي حسن البنون، حسام محسن عبد العزيز، نفس المرجع، ٧٢.

(١٩) د.عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٨٨ .

(٢٠) مجموعة احكام النقض، نقض ١٦/ ٣/ ١٩٨٣، مصر، القاهرة، السنة ٣٤قضائية، ص ٣٨٤.

(٢١) د.احسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية" دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص ١٠٤.

(٢٢) د. موريس نخلة، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت ١٩٨٦، ص ١٧٩ .

(٢٣) ينظر: المادة "٢٢" من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم " ١٨٢" لسنة ٢٠١٨.

(٢٤) ينظر: المادة "٩/ اولا/ أ" تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم "٢" لسنة ٢٠١٤.

(٢٥) ينظر: المادة "٩/ اولا/ د/ ه" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم "٢" لسنة ٢٠١٤.

(٢٦) المادة "٤٠" من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم " ١٨٢" لسنة ٢٠١٨، موريس نخلة. مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٢٧) د.فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية " دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة اكاديمي، العدد الخامس _ جوان، ٢٠١٦، ص ١١٠

(٢٨) د.احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ١٠٥

(٢٩) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٣٤ بتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٩٦١

(٣٠) د.عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١١٨ .

(٣١) د.فوزية سكران، مرجع سابق، ص ١٠٧ .

(٣٢) المادة "١٠/ أولا/ ب/ ١" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم"٢" لسنة ٢٠١٤

(٣٣) المادة "١٠/ أولا/ أ" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم"٢" لسنة ٢٠١٤

(٣٤) د.محمد حسن مرعي الجبوري، مرجع سابق، ص ١٢٨

(٣٥) د. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حال التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط"١"، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤، ص ١٥٤-١٥٥.

(٣٦) د.نبراس ظاهر جبر، علي حسين منهل، تشخيص الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد كمقدمة لتقدير التعويض " دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المدني العراقي"، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، المجلد ١٠، العدد ٣٢، ٢٠١٧، ص ٢٦٩-٢٩٤.

(٣٧) المادة " ١١٤٦" من القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

(٣٨) المادة " ٢١٨" من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨

(٣٩) المادة "٢٦٥" من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٤٠) د.فاروق احمد خماس و محمد عبد الله حمود الدليمي، الوجيز في نظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب، الموصل، ١٩٩٢، ص ١٣٤.

(٤١) عرفته ايضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه" عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئة من العقد أياً كان سبب ذلك ويستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئا من عمد او اهماله، او فعله دون عمد او اهمال" حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ١٣٢٠/ ١٣٤٠، لسنة ١٢، بتاريخ ١٥/ ٢/ ١٩٦٩، فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٤٢) د.عبد الله نواف العنزي، مرجع سابق، ص ٩١– ٩٢.

(٤٣) د.احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٤٤) المادة"١٦٥" من القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١

(٤٥) المادة"٢٠٧/ ١" من القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١ والمادة "٢٢١/ ١" من القانون المدني المصري رقم من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨

(٤٦) د.احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ١٢٤– ١٢٥.

(٤٧) د.إبراهيم محمد علي، اثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٥.

(٤٨) فاطمة ريغي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٩، ص ٥٩.

(٤٩) د.فارس علي جانكير، مرجع سابق، ص ١٦٤– ١٦٥.

(٥٠) د.محمد حسن مرعي الجبوري، مرجع سابق، ص ١٣٤–١٣٥.

(٥١) د.حسان عبد السميع هاشم، مرجع سابق، ص ٩٥

(٥٢) د.طارق سلطان، مرجع سابق، ص ١٨٢.

(٥٣) د.طارق سلطان، نفس المرجع، ص ١٨٣.

(٥٤) ينظر المادة "٨٤" من لائحة قانون المزايدات والمناقصات المصري رقم "٨٩" لسنة ١٩٩٨ والتي جاءت بها " في حالة فسخ العقد أو تنفيذها على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخص ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية".

(٥٥) المادة "٩٤" من نفس القانون والتي جاءت بها"..ما في هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها _ بما في ذلك فرق الأسعار والمصاريف الإدارية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالت عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الاداري".

(٥٦) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٢٢٦ بتاريخ ١٧/ ٦/ ١٩٨٧ جلسة ١٧/ ٦/ ١٩٨٧، ملف رقم ٣٢/ ٢/ ١٤٣٥، المبادئ القانونية التي اقرتها الجمعية العمومية في شأن العقود، ص ٨١٣.

(٥٧) فتوى رقم ٣٨ بتاريخ ١١/ ١/ ١٩٩٤، "جلسة ١٥/ ١/ ١٩٩٤"/ ٤٨، بخصوص عرض مقدم من الهيئة العامة لنقل الركاب في الإسكندرية في الممارسة المحددة لها جلسة ٤/ ١٢/ ١٩٩١، لتأجير الاتوبيس _ مجموعة العقود في ٤٠ عاما_ ص ٥٩٤ وما بعدها، مشار اليه لدى د.طارق سلطان، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٥٨) د.احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٥٩) المادة "١٠/ ثالثا" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ "يتحمل المقاول التحميلات الإدارية بنسبة لا تزيد على "٢٠٪" من كلفة الاعمال المخل بها في عقود المقاولات، وعلى جهة التعاقد تحديد هذه النسبة ابتداء في شروط المناقصة وتثبيتها في العقد".

(٦٠) المادة"١٧/ ثانيا/ ج" من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغى رقم "١" لسنة ٢٠٠٨ أذ نصت على أن "يجوز للجهات المتعاقدة احالة العقد إلى مقاول آخر إذا أخل بالتزاماته التعاقدية ويتحمل المتعاقد المخل فرقة البدلين عن تنفيذ العقد مع مصادره التأمينات الخاصة بحسن التنفيذ و مراعاة سياقات المطلوبة".

## المصادر والمراجع


**أولاً: الكتب القانونية**

١ .د.إبراهيم محمد علي، اثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٢ .د.احسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٢١.

٣.د.حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٤ .د.عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

٥ .د.عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.

٦ .د.عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

٧.د.عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، ط"١"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٨.د.فاروق احمد خماس و محمد عبد الله حمود الدليمي، الوجيز في نظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب، الموصل، ١٩٩٢.

٩ .فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حال التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط"١"، منشورات الحلبي الحقوقية٢٠١٤.

١٠ .د.محمد رفعت عبد الوهاب وماجد راغب الحلو، مبادئ قانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥.

١١ .د. موريس نخلة، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت ١٩٨٦ .

**ثانياً: الرسائل الجامعية**

١ .فاطمة ريغي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٩.

٢ .محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠٠٩ .

٤ .محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الغير مالية في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسراء، ٢٠١٤.

٥.محمد كاك الله سمايل، سلطة الادارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها "دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين _ أربيل، ٢٠١٣.

**ثالثاً: البحوث العلمية**

١.حسن محمد علي حسن البنون، حسام محسن عبد العزيز. حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، سنة"٨"، المجلد "٥"، العدد ٣، ٢٠١٦.

٢.فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية " دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة اكاديمي، العدد الخامس _ جوان، ٢٠١٦.

٣.نبراس ظاهر جبر، علي حسين منهل، تشخيص الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد كمقدمة لتقدير التعويض " دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المدني العراقي"، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، المجلد ١٠، العدد ٣٢، ٢٠١٧.

**رابعاً: الاحكام والقرارات القضائية القرارات**

١.حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٣٤ بتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٩٦١.

٢.حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم ١٠٨٦ الصادر في ١٩٦٣/ ١١/ ٣٠، السنة "٦".

٣.المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ١٣٢٠/ ١٣٤٠، لسنة ١٢، بتاريخ ١٥/ ٢/ ١٩٦٩.

٤.قرار محكمة التمييز العراقية بتاريخ ١/ ٧/ ١٩٧١.

٥.حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم ١٠٤ بتاريخ ٢٣/ ١٢/ ١٩٧٥.

٦.نقض ١٦/ ٣/ ١٩٨٣، مصر، القاهرة، السنة ٣٤قضائية.

٧.حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم ١٧٧٢ بتأريخ ٥/ ٣/ ١٩٨٥، س ٢٩.

٨.حكم محكمة التمييز العراقية عدد ١٤٣٣/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٢ الصادر في ١٦/ ٧/ ٢٠١٢.

٩.حكم محكمة استئناف الأنبار، ذي العدد ٨٠/ س/ ٢٠١١ بتاريخ ٢/ ٨/ ٢٠١٧ .

١٠.فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٢٢٦ بتاريخ ١٧/ ٦/ ١٩٨٧ جلسة ١٧/ ٦/ ١٩٨٧.

١١.فتوى رقم ٣٨ بتاريخ ١١/ ١/ ١٩٩٤، "جلسة ١٥/ ١/ ١٩٩٤"/ ٤٨.

**خامساً: التشريعات**

**أ. القوانين**

١.القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.

٢.القانون المدني العراقي رقم ٤لسنة ١٩٥١.

٣.القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

**ب. التعليمات**

١.تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغى رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

٢.تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

٣.التشريعات لائحة قانون المزايدات والمناقصات المصري رقم "٨٩" لسنة ١٩٩٨ .