الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية

(دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور

محمد حسن مرعي

المركز العربي للنشر والتوزيع

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الجزاءات الجنائية والمالية

في العقود الإدارية

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية

«دراسة تحليلية مقارنة»

الدكتور
محمد حسن مرعي
كلية الكتاب الجامعة

الطبعة الأولى
2018 - 1439

المركز العربي للنشر والتوزيع
ثقافة بلا حدود

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

جميع حقوق الطبع محفوظة

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإليكترونية أم الميكانيكية بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو التسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر

رقم الإيداع

2017/11591

ISBN 978-977-6567-79-5

جمهورية مصر العربية

القاهرة - شبرا - 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى - منطي - شبرا الخيمة

00(20) 1282441890

00(20) 233518784

yasser261098@gmail.

www. ACBOOkZONE.COM

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

﴿فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾

صَدَقَ اللهُ العَظِيمُ

(سورة طه، الآية: رقم 114)

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المقدمة

- **توطئة:**

للعقود الإدارية أهمية كبرى في مجال العمل الإداري ذلك أنها تمثل إحدى أهم أعمال الإدارة القانونية الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة، وتقوم نظرية العقد الإداري على أساس تمكين جهة الإدارة من تحقيق حسن سير المرافق العامة على نحو يضمن دوام سيرها بانتظام واطراد، والعقد الإداري شأنه شأن كل عقد ينشئ التزامات يجب على أطرافه تنفيذها طبقاً للشروط المتعاقد عليها بما يتفق مع المبادئ المستقرة في العقود عامة وأهمها مبدأ حسن النية، وبطبيعة الحال ما يتفق مع سلوك الإدارة في تحقيق الصالح العام.

غير أن العقود الإدارية تتميز عن عقود القانون الخاص بطابع مختلف مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد، لذلك فأن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام الذي أبرم العقد لتسييره جعل من الطبيعي عدم تساوي المراكز القانونية لطرفي العقد، فالإدارة تشغل مركزاً أسمى من مركز المتعاقد ذلك بحكم سهرها على

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

تحقيق الصالح العام الأمر الذي استتبع معه منح الإدارة الكثير من الامتيازات والسلطات الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص منها حقها في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد وسلطتها في تعديله كذلك سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد إذا ما أخل في تنفيذ إلتزاماته.

وإن نظام الجزاءات في العقد الإداري يتميز بخاصية أساسية هي أن الإدارة - بعدّها قاعدة عامة - تستطيع أن تستخدم امتيازها في التنفيذ المباشر لتطبيق تلك الجزاءات ومن دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء إبتداءً، إذ إن الإدارة تستعمل هذا الحق انطلاقاً من تمتعها بالسلطة الآمرة وبحكم مسؤوليتها في المحافظة على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وتتنوع الجزاءات في العقود الإدارية إلى جزاءات ذات طبيعة ضاغطة وأخرى جزاءات فاسخة فضلاً عن الجزاءات ذات الطبيعة الجنائية والجزاءات ذات الطبيعة المالية، وفي بحثنا هذا سنقتصر على دراسة الجزائين الأخيرين (الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية) ذلك لما تحمله من أهمية بالغة تجعلها من أبرز ضمانات تنفيذ العقد الإداري على الوجه المطلوب.

وكما أشرنا آنفاً إن إلتجاء الإدارة إلى تطبيق الجزاء يكون بصورة مباشرة دون الرجوع إلى القضاء لمخاصمة المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، وهذا الأمر يحمل في طياته وفي الكثير من الأحيان احتمال انحراف الإدارة أو تعسفها في استخدام سلطتها في ذلك إذ قد تخرج عن الهدف الذي قرره المشرع لها مما يؤدي إلى الإخلال بمبدإ المشروعية الذي هو من أهم ركائز الدولة القانونية والذي من مقتضياته أن سيادة القانون لا تقتصر على علاقات الأشخاص الخاصة فيما

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

بينهم بل تشمل العلاقات التي تقوم بين الأشخاص الخاصة والدولة أيضاً وإن تأكيد هذا المبدإ في مجال العقود الإدارية لا يكون له وجود ومن ثم يعطيه أبعاداً عملية وقانونية إلا بوجود الرقابة القضائية على قرارات الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها إذ إن لها الدور الأكبر في رد الإدارة إلى جادة الصواب وإقامة التوازن بين سلطات الإدارة الواسعة من جهة وحق المتعاقد معها من جهة أخرى، تحقيقاً للعدالة المنشودة في المجتمع.

◙ أولاً: أهمية الدراسة:

تنبع أهمية دراسة الموضوع من ثلاثة جوانب هي:

1. الجانب النظري:

يتمثل في بيان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

2. الجانب العلمي:

يتمثل بإستجلاء الغموض الذي قد يشوب إمكانية الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية بصورة مباشرة على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته على الرغم من كونها جهة إدارية ومدى جدواها في ردع المتعاقد المخل، واستظهار مدى فاعلية الجزاءات المالية في تحقيق أكبر قدر من الضمان للجهة الإدارية المتعاقدة، وبيان موقف القضاء الإداري في تدعيم مشروعية هذين الجزاءين (الجنائية والمالية).

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

3. **الجانب العملي:**

ويتمثل في إبراز الأهمية العملية والقيمة التطبيقية للجزاءات الجنائية والمالية كأحد الشروط الإستثنائية في العقد الإداري والمثيرة للجدل، وتوضيح أهميتها العملية لواقعنا الحالي في العراق الذي يمر بظروف صعبة قد تغري أو تدفع المتعاقد إلى الإخلال بالتزاماته العقدية الأمر الذي يؤدي إلى قصور المرفق العام عن استمرار تقديم خدماته بانتظام واطراد.

وأزاء هذه الأهمية التي يحتلها هذين الجزائين في كونهما من أهم عوامل ضمان تنفيذ العقد الإداري على الوجه المطلوب وايضاً من سلطات الإدارة الخطيرة التي قد تتعسف في استخدامها الأمر الذي من شأنه إهدار مصالح المتعاقد المشروعة ومن ثم يمثل خرقاً لمبدإ المشروعية، لكل ذلك جاء اختيارنا لهذه الدراسة.

■ ثانياً: إشكالية الدراسة:

تتمحور إشكالية الدراسة حول:

1. مدى ضرورة وجود جزاءات جنائية يمكن أن تفرضها الإدارة على المتعاقد معها إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته على نحو معين يبرر ذلك، ومدى اقتراب الإدارة أو ابتعادها عن مبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة ألا بنص) أي هل في ذلك خرق للمبدأ المذكور أم لا ؟، مع الأخذ بنظر الإعتبار أن الحد الفاصل بين الإعتداء على الحقوق والحريات وتطبيق القانون هو مبدأ الشرعية، فإذا نص القانون على الجزاء المفروض كان متفقاً مع مبدأ الشرعية وإلا فهو اعتداء على الحقوق والحريات.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

2. مدى فاعلية الجزاءات المالية كضمانة رئيسة في تنفيذ العقد الإداري وتحقيق السير المستمر والمنتظم للمرفق العام، في حالتي النص عليها في صلب العقد الإداري أو عدم النص عليها فيه.

3. الكيفية التي يتم فيها تحديد الجزاءات الجنائية والمالية وفرضها وماينتج عنها من أمور قد تؤدي إلى إهدار الكثير من مصالح المتعاقد الأمر الذي قد يؤدي إلى نفور الكثير من المتعاقدين عن الأقدام على التعاقد مع الإدارة.

4. إن من ضمن ما تتطلبه الدولة القانونية هو تحقيق الموازنة بين ماتتمتع به الإدارة من امتيازات لتحقيق الصالح العام وبين الحقوق والحريات التي تكفلها القوانين للأشخاص، لذا لابد من بيان مدى تحقق مشروعية وملائمة الجزاءات الجنائية والمالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها من خلال بيان دور القضاء في ذلك.

ثالثاً: صعوبات الدراسة:

تتمثل صعوبات الدراسة في:

1. ندرة الأحكام القضائية الخاصة بالجزاءات الجنائية ذلك لقلة إستخدام الادارة لها ولاسيما في العراق.

2. صعوبة الحصول على المصادر الأجنبية بسبب عدم الإلمام بلغاتها من جهة وقلة ماهو موجود منها من جهة أخرى.

3. الوضع الأمني الذي كان عائقاً من الوصول للكثير من المكتبات ومن ثم الحصول على مصادر أكثر تثري موضوع البحث.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

◙ رابعاً: منهجية الدراسة:

إن لكل بحث علمي طبيعته الذاتية التي تميزه عن غيره من البحوث وفي ضوء هذه الحقيقة إن مناهج البحث وأدواته تتباين من بحث لآخر، وكما هو معلوم إن موضوع بحثنا ينحصر بين دفتي القانون الإداري إلا أنه ولتعلقه في الوقت نفسه بمبادئ ومفاهيم من القانون الجنائي والقانون المدني، لذلك عمدنا للبحث فيه من خلال منهجين علميين متكاملين بعضهما ببعض بغية إغناء موضوع البحث والإلمام بجميع دقائقه وتفصيلاته، ولتحقيق هذه الغاية اتبعنا:

1. **المنهج التحليلي الاستنباطي:**

ويقوم بالأساس على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها والوقوف على مواقف التشريعات ومذاهب القضاء واستنباط النتائج العملية من أدلتها التفصيلية.

2. **المنهج المقارن:**

ويتمثل بأجراء المقارنة العلمية بين مواقف التشريعات وآراء الفقهاء ومذاهب القضاء في الموضوع.

◙ خامساً: خطة الدراسة:

أما الخطة التي انتهجناها لدراسة الموضوع، فكانت تقسيمه على أربعة فصول، وعلى النحو الآتي:

1. نتناول في الفصل الأول دراسة الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية، وما يترتب على هذا الأساس من طبيعة استثنائية لتلك الجزاءات.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

2. أما الفصل الثاني فسندرس فيه النظام القانوني للجزائات الجنائية في العقود الإدارية، وضرورة وجودها بين ضمانات تنفيذ العقد الإداري، ومدى تماشي الإدارة في فرضها مع مبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

3. ونخصص الفصل الثالث لبحث النظام القانوني للجزائات المالية في العقود الإدارية من حيث الأهمية والجدوى من وجودها بين ضمانات تنفيذ العقد الإداري ومالها من أحكام وضوابط.

4. وأخيراً فلا تكتمل جوانب الموضوع أهمية إلا بتناولنا لجانب مهم يتمثل بدور القضاء في إرساء أسس المشروعية في فرض تلك الجزاءات، إذ يأتي الفصل الرابع ليناقش ويوضح موقف القضاء في تدعيم مشروعية الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية وآثاره

• **تمهيد وتقسيم:**

تذهب غالبية الفقه والقضاء الإداري إلى أن للإدارة الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويعد هذا الحق من الأمور التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، تمارسه الإدارة بإرادتها المنفردة من غير الحاجة إلى النص عليه في العقد أو دفاتر الشروط ودون الالتجاء إلى القضاء إبتداءً لتقريره[1].

ولكن الخلاف ظل قائماً حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة فرض الجزاء من جانب الإدارة، فيرى بعض الفقهاء أن هذه السلطة تبرر على أساس فكرة السلطة العامة ويذهب البعض الآخر إلى فكرة المرفق العام أساساً

(1) د.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 3، دار الفكر العربي، 1975، ص497.
و د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص663.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

صالحاً لتبرير هذه السلطة، بالإضافة إلى أن القضاء لم يستقر على فكرة معينة لتبرير هذه السلطة ومن ثم قيام نظام قانوني خاص بالجزائات في العقد الإداري، له خصائصه ومميزاته التي أملتها طبيعته (العقد الاداري) الاستثنائية، وهو ماسنعرضه ونبينه في هذا الفصل، وذلك في مبحثين:

- **نوضح في الأول:** أهم آراء الفقه والقضاء الإداري ومواقفهما من تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها وخلافها حول قيام هذه السلطة على أساس فكرة السلطة العامة أو فكرة المرفق العام، ونتبعها برأينا حول أي الفكرتين أصلح لقيام تلك السلطة.
- **ونعالج في المبحث الثاني:** الطبيعة الإستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية نبين فيه تعريف تلك الجزاءات وتكييفها القانوني وأهم الخصائص التي تتسم بها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري

للوصول إلى معرفة الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري تجب دراسة أهم ما كتب من آراء الفقهاء وما ذهب به القضاء من مذاهب في ذلك، إذ يتنازع هذا الموضوع رأيان:

- **يرى الأول:** أن أساس حق جهة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري يكمن في فكرة السلطة العامة، فالجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها إذا ماقصر في تنفيذ إلتزاماته هي - طبقاً لهذا الرأي - مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية.
- **أما الثاني:** فيرى أن هذا الأساس يكمن في مبدإ دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد، على اعتبار أن الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن تأمين دوام سير هذا المرفق، لذا فمن حقها - طبقاً لهذا الرأي - أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ شروط العقد المتصل بالمرفق العام على الوجه الأكمل.

كما أن القضاء قد تباين في مذاهبه بين إسناد حق الإدارة في ذلك للرأي الأول أم للرأي الثاني.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ولبيان كلا الرأيين ومواقف القضاء في الموضوع، قد حثثنا الجهود إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

- **نبين في الأول:** الرأي القائل بأن أساس حق الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري هو السلطة العامة.
- **ونوضح في الثاني:** الرأي الذي يسند حقها في ذلك إلى مبدإ دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد.
- **ونعالج في المطلب الثالث:** بيان رأينا في الموضوع.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري

تعرَّف فكرة السلطة العامة بأنها: مجموعة من الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة، وتهدف فكرة السلطة العامة في العقود الأدارية إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الشخصية وهي تمثل إهداراً لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية[1].

ويرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بإلتزاماته معها يكمن في فكرة السلطة العامة، ويبررون ذلك بالارتباط الوثيق بين العقد الإداري والسلطة العامة، إذ تلعب السلطة العامة دوراً أساسياً في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد إستثنائية حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها في العقد، وذلك أن للسلطة العامة خصائص وامتيازات معينة تطبع بها العقود التي تعقدها كما أن هذه الجزاءات التي تفرضها الإدارة من تلقاء نفسها على المتعاقد معها ماهي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، فضلاً عن ذلك إنها تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة في نطاق العقد الإداري قبل من يتعاقد معها وهو امتياز التنفيذ المباشر[2]،

(1) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص341.

(2) د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الجامعي للطباعة، القاهرة، 1962، ص122.
و د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص135.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وبناء على ذلك فأن الإدارة تستعمل سلطتها وإمتيازاتها لضمان احترام المتعاقد لالتزاماته وفرض الجزاء عليه كلما أخل بإحدى هذه الالتزامات ودون حاجة للجوء الى القضاء، وعلى ضوء ذلك:

- سنتطرق لأهم الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة السطة العامة في الفرع الأول من هذا المطلب.
- ونناقش بعض أحكام القضاء المتعلقة بهذا الخصوص في الفرع الثاني منه.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة السلطة العامة

أولاً: في الفقه الإداري الفرنسي:

يرى البعض من الفقه الفرنسي أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة فلها أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل متعاقدها المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات.

ويرى (ميشيل روسيه) إن العقد الإداري هو تصرف قانوني يتضمن سلطات غير مألوفة وأن السلطة العامة تظهر بوضوح في هذا المجال من القانون الإداري العقدي الذي يحكّم تنفيذ العقد، وتتمثل السلطة هنا بممارسة حق التصرف المنفرد المعترف به للإدارة المتعاقدة، ويكون في ثلاثة مظاهر هي سلطة الإدارة في الرقابة و سلطة تعديل و سلطة جزاء، وسلطة الإدارة في إتخاذ الجزاء من جانب واحد تعبّر عن فكرة أن المتعاقد الآخر قد تحمل بعض الإلتزامات وأن أي تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه، وهذا هو الهدف المطلق نفسه الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة سواء كانت تستهدف معاقبته أم تعويض المخالفات الضارة من متعاقدها أو إنها تريد إجباره على تنفيذ التزاماته اللازمه لتسيير المرفق العام، ومع ذلك فأن الأصالة تكمن في الوجود العام لهذه السلطة تلك السلطة التي لاتكون محددة أبداً بالجزاءات يمكن أن ينص عليها العقد بل توجد أيضاً حتى في حالة سكوت العقد ومن غير الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء باستثناء إسقاط الالتزام والتعويض[1].

(1) Geoges Dupuis, Droit adminstritif, em edition - Dulloz, paris, 1999, p406.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ويذهب (فيدل) إلى أنه من الامتيازات الرئيسة التي تملكها الإدارة في تطبيق الجـزاءات على متعاقدها المقصر بنفسها تنتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة.

ويرى فلام (أن حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد يعد إمتيازاً أصيلاً للسلطة العامة موجوداً من تلقاء نفسه لصالح الإدارة وإختصاصاً متعلقاً بالنظام العام)[1].

ثانياً: في الفقه الإداري المصري:

يذهب قسم من الفقهاء المصريين الى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بنفسها بإستعمال التنفيذ المباشر يكمن في فكرة السلطة العامة بحجة الارتباط الوثيق بالعقد الإداري، إذ يمتد أثرها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد استثنائية لم يكن منصوصاً عليها فيه، لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تدمغ بها العقود التي تظهر فيها[2].

ويرى آخرون أن السلطة العامة لها خصائصها المميزة التي تظهر بوضوح في مجال العقود الإدارية وأن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر هي من أهم مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق لأهم إمتيازاتها المتمثلة بامتياز التنفيذ المباشر[3].

وأيد هذا الرأي جانب آخر من الفقهاء إذ يرون أن الأساس القانوني لأهم إمتيازات الأدارة المتمثل بإمتياز التنفيذ المباشر هو السلطة العامة، وتفريعاً من ذلك تستعمل السلطة العامة امتيازاتها لضمان احترام المتعاقد لالتزاماته وتوقيع

(1) نقلاً عن د.عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص54.

(2) د. محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص122 ومابعدها.

(3) د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص35 ومابعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الجزاء عليه كلما أخل بإحداها دون حاجة للجوء الى القضاء، وإن هذا الحق إذ يعتمد على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام[1].

ثالثاً: في الفقه الإداري العراقي:

يذهب البعض من فقهاء القانون الإداري في العراق إلى القول بفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجـزاءات في العقد الإداري، ذلك أن الإدارة لا تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها فلها أن تصدر قرارات تنفيذية في مواجهة المتعاقد المقصر فهي تباشر في هذا النطاق أهم امتيازاتها وهو امتياز التنفيذ المباشر بعدّها سلطة عامة، وهكذا يبدو أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بالصالح العام[2].

(1) د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص341 ومابعدها.

(2) محمد عبدالله حمود الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983، ص63.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري من فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري

لقد أيد القضاء الإداري في عدد من أحكامه سواء في فرنسا أم في مصر فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري، وسنبين ذلك على التوالي مع الإشارة إلى موقف القضاء العراقي من ذلك.

أولاً: موقف القضاء الإداري الفرنسي:

يؤيد مجلس الدولة الفرنسي فكرة السلطة العامة أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاء في العقد الإداري، ومن أحكامه في ذلك حكمه الصادر في 27 / 11 / 1926، في قضية (Monot) التي قضى فيها بأن للإدارة في الكثير من الحالات بالإستناد الى سلطتها العامة أن تلجأ لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقاً لأهم امتيازاتها المتمثل بالتنفيذ المباشر[1]. وفي تحليل بسيط لهذا الحكم نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أسند سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس سلطتها العامة باستخدام أهم امتيازاتها المتمثل بالتنفيذ المباشر.

ثانياً: موقف القضاء الإداري المصري:

ذهب القضاء الإداري المصري في بعض أحكامه إلى إسناد سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري الى ماتتمتع به من سلطة عامة، إذ بينت المحكمة الإدارية العليا في قضاء لها بتأريخ 25 / 5 / 1963 أن الإدارة تعمل

(1) ذكره د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1973، المصدر السابق، ص504.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين غير متكافئتين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتعديله وكذلك حق توقيع جزاءات على معاقدها المقصر بإرادتها المنفردة[1]. يتضح أن المحكمة في هذا الحكم قد اعتبرت السلطة العامة هي الأساس الذي تقوم عليه سلطات الإدارة وامتيازاتها في العقد الإداري تحقيقاً للصالح العام أو مصلحة مرفق من المرافق.

ثالثاً: موقف القضاء الإداري العراقي:

كما هو معلوم أنه على الرغم من إنشاء قضاء اداري في العراق تطبيقاً للقانون رقم 106 لسنة 1989 الذي هو التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، إنه استثنى عقود الإدارة من اختصاصه وأبقاها من اختصاص القضاء العادي[2].

وقد أشار القضاء العراقي في بعض أحكامه وإن كانت قليلة إلى إسناد سلطة الإدارة في فرضها الجزاءات في العقود الإدارية إلى سلطتها في التنفيذ المباشر التي مرجعها السلطة العامة، ومن أحكامه في ذلك قضاء محكمة التمييز بتأريخ 26 / 11 / 1966 (أن عقود الإدارة هي عقود السلطة العامة التي من أجلها صدرت التشريعات العديدة لحمايتها من قوانين الاستملاك وقانون جباية الديون المستحقة للحكومة والنص على عدم جواز الحجز على الأموال العامة...)[3]،

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص63.

(2) سنورد تفصيل ذلك في الفصل الرابع من هذا البحث في ص141. ص145.

(3) حكمها المرقم 355 / ح / 966 في 26 / 11 / 1966 مشار إليه لدى رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص91.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وكذلك طبقت المحكمة قاعدة فرض جزاء مصادرة التأمين على المتعهد الذي يخل بتنفيذ إلتزاماته في تسليم الأشياء في الموعد المحدد حتى لو لم يحصل ضرر للإدارة بالاستناد لسلطة الإدارة العامة[1].

نستنتج مما تقدم أن القضاء الإداري قد ذهب في بعض أحكامه إلى إسناد سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية إلى سلطتها العامة، إلا أن ذلك في أحكام قليلة كما مر بنا من مواقف كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري، أما القضاء العراقي بخاصة فمن النادر وجود مثل هذه الاحكام فيه، وذلك لإسناده سلطة الإدارة في ذلك وفي أغلب أحكامه على أساس مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، كما سنشير إليه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(1) حكمها المرقم 732 / ح3 / 1966 منشور في مجلة القضاء، ع 4، س25، 1970، ص154.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

مبدأ انتظام سير المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية

يعرَّف المرفق العام بأنه: نشاط تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به شخص من أشخاص القانون الخاص تحت إشرافها المباشر لإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام[1] ويتمتع المرفق العام بحقوق وامتيازات خاصة، ومعنى ذلك أن السلطة التي يتبعها المرفق تتمتع في إدارته وتسييره بالحق في اللجوء إلى وسائل القانون العام بما يتضمنه من حقوق وامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص، ولكنها يمكن أيضاً أن تترك جانباً من هذه الوسائل وتلجأ إلى إدارة المرفق بوسائل القانون الخاص مختارة بذلك أن تقف مع الأفراد على قدم المساواة، وقد توفِّق بين الأمرين، ويذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى أن ما يميز العقد الإداري هو اتصاله بنشاط المرفق العام، ذلك أن مقتضيات دوام سير المرافق العامة هي وحدها تبرر مايخوّله النظام القانوني لهذه العقود من خروج عن القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص[2].

وعلى ضوء ذلك يؤسسون فكرتهم على أن أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته معها هو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

(1) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغدد، 1996، ص91.

(2) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص137.
و د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص149.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وسنبين بعض الآراء الفقهية ومواقف القضاء في ذلك في الفرعين الآتيين.

- **الفرع الأول:** أهم الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة المرفق العام.
- **الفرع الثاني:** موقف القضاء الإداري من فكرة المرفق العام.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

أهم الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة المرفق العام

أولاً: في الفقه الإداري الفرنسي:

يذهب جانب كبير من فقهاء القانون الإداري الفرنسيين الى القول إن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها هو السير المستمر والمنتظم للمرفق العام، وعلى رأسهم الفقيه (جيز) الذي يرى بأن دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الأداري، لذلك فمن المهم أن تكون لألتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة، وفي هذا الموضوع لا يقدم القانون الخاص حلاً ملائماً بالجزاءات المناسبة التي تحتاجها الإدارة، لما يتميز به نظام الجزاءات في هذا القانون من ضرورة تدخل القاضي ابتداءً مع سلطته التقديرية في قياس الأفعال وما يسمح به من الوسائل البطيئة في الإجراءات يجعل من المستحيل بالنسبة للدائن أن يحصل على تنفيذ فوري للالتزام، أما في العقد الإداري فان استخدام طريقة القانون العام تظهر بوضوح إرادة طرفيه (العقد الإداري) السماح للإدارة بتطبيق الجزاءات التي تهدف إلى أن تجعل من الممكن ومن السهل السير المنتظم والمستمر للمرفق العام[1]، فإحتياجات المرفق العام هي الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري. ومن مؤيدي هذا الرأي أيضاً الفقيه (دي لوبادير) والفقيه (بكينيو) اللذان يريان أن من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي والتنفيذ المباشر عندما تطبق الجزاء على المتعاقد المقصر بدون الحاجة لشرط صريح في العقد، فهذه الامتيازات هي ماتتعدى العقد استجابة

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص51.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

لحاجات ومستلزمات المرفق العام في سبيل دوام سيره بانتظام واطراد، ويرى (تشارلس دوباش) أن غاية المصلحة لا تقيد الإدارة بالعقد إلا في نطاق محدود، ولا يمكن أن تحول شروط العقد دون إستخدام الإدارة لسلطات ضرورية لتحقيق هذه الغاية[1].

ثانياً: في الفقه الإداي المصري:

يذهب أغلب فقهاء القانون الإداري في مصر إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها قائم على مبدإ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأن حقها في فرض الجزاءات هو أهم النتائج المترتبة على هذا المبدأ نظراً للصلة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة، أذ يرى جانب كبير من الفقه الإداري المصري أن الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن دوام سير هذا المرفق ومن حقها وواجبها أن تتخذ الأجراءات كافة التي تكفل حسن سير المرفق العام بشكل مستمر ومنتظم، لهذا وتبعاً لذلك تتخذ كافة الأجراءات السريعة والفعالة كافة التي تجعل المتعاقد معها ملزماً بتنفيذ التزاماته على أكمل وجه لضمان تنفيذ الألتزام المتصل بسير المرفق العام وإستبعاد الإخلال الذي يكون قد لحق به[2].

ثالثاً: في الفقه الإداري العراقي:

يذهب غالبية فقهاء القانون الإداري في العراق إلى اعتبار مبدأ دوام سير المرفق العام هو الأساس والمبرر القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ومنهم الدكتورعلي محمد بدير والدكتور عصام عبد الوهاب

(1) رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص137.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الأدارية، ط3، 1975، المصدر السابق، ص493.
ود. طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص396.

(2) د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1993، ص502.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

البرزنجي والدكتور مهدي السلامي، والدكتور فاروق أحمد خماس[1]، وأستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري الذي يرى أن السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية يسوغها إتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها، لذلك فهي مقررة لها بموجب القواعد العامة التي تحكّم العقود الإدارية وهي تتمتع بها سواء وردت في العقد أم لم ينص عليها فيه ولا يمكن للمتعاقد معها أن يحتج بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لأنها لا تنطبق على العقود الإدارية[2].

كذلك يرى الدكتور محمود خلف الجبوري أن الجزاءات في العقود الإدارية لاتنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ الإلتزامات التعاقدية بل تشمل ضمان وتأمين دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فضلاً عن ذلك، إن الإلتزامات المتقابلة وضمان الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة متبعة في عقود القانون الخاص لاوجود لها في العقود الإدارية، إذ تخضع الأخيرة لنظام قانوني خاص بها يخوِّل الإدارة اقتضاء حقوقها بصورة مباشرة دون عرض النزاع على القاضي لتلافي تعطيل سير المرفق العام وتلبية احتياجاته[3].

(1) د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبالله حمود الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1992، ص130وما بعدها.

(2) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص234.

(3) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 1998، ص113.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري من فكرة المرفق العام

أولاً: موقف القضاء الإداري الفرنسي:

أخذ مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بفكرة المرفق العام كأساس قانوني لإمكانية الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ونذكر على سبيل المثال حكمه في 30 / 5 / 1921 الذي أقر فيه أن للإدارة أن تصدر قراراً إدارياً بوضع المرفق تحت الحراسة إذا أختل سيره اختلالاً جزئياً أو كلياً وتستطيع الحكومة إتخاذ هذا الاجراء ولو لم يرد بدفتر الشروط اشارة اليه إذ إنه إجراء في المقام الأول من النظام العام ويصدر به في الغالب قرار من الإدارة مباشرة، وهذه الحراسة تفترض دائماً وقوع خطإ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض إستمرار المرفق وإنتظامه للخلل وهو أجراء يصدر من الإدارة دون إلتجاء سابق إلى القضاء ويترتب على هذا الأجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم[1].

كذلك حكمه بتأريخ 29 / 10 / 1926 إذ ذكر فيه أن للإدارة أن تضع المرفق العام المدار بطريقة الإلتزام تحت الحراسة إذا قصر الملتزم في تسيير المرفق العام، وتضعه تحت الحراسة أيضاً إذا كان ثمة مايهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم كإضراب لا ذنب له فيه[2].

(1) ذكره: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1975، مصدر سابق، ص525.

(2) حكمه في قضية (Vill De Stinne) مشار إليه في المصدر نفسه، ص523.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وأيضاً حكمه الصادر بتأريخ 23 / يونيو / 1914 والذي أكد فيه أيضاً أن للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بإلتزاماته بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد حتى ولو لم ينص عليه في العقد[1].

ثانياً: موقف القضاء الإداري المصري:

يذهب القضاء الإداري المصري في غالب أحكامه إلى إعتبار فكرة المرفق العام أساسا لسلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد المخل بإلتزاماته معها، ومن أحكامه في ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتأريخ 30 / 11 / 1963الذي يبين (أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ماخالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجبه، تستهدف أساساً تأمين دوام سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب إستحقاقه المنصوص عليه في العقد ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على أخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهو أتفاق ملزم لا يحصل الترخيص في إعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه)[2].

وكذلك حكمها المؤرخ في20 / 5 / 1967 إذ ذكرت فيه (ومن المقرر أن غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة لإلتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بإنتظام)[3].

(1) حكمه في قضية (Vill De Toulon)، مشار إليه في المصدر نفسه، ص520.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم1086، في30 / 11 / 1963، مشار إليه لدى د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص462.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2551، في 30 / 5 / 1989 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص289.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وأخيراً حكمها بتأريخ 28 / 12 / 1963 الذي وضح فيه أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدها ومنها فسخ العقد ومصادرة التأمينات وشطب الأسم وهي في هذا لا تستند الى العقد الإداري بل الى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية الذي تقضي بها طبيعة العقود الأدارية وأهدافها وقيامها على فكرة دوام سير المرافق العامة[1].

ثالثاً: موقف القضاء العراقي:

أشرنا فيماسبق أن العقود الإدارية بقيت من اختصاص القضاء العادي في العراق على الرغم من انشاء قضاء إداري فيه، إلا أنه وبالرغم من ذلك كان القضاء العراقي وفي الكثير من أحكامه يسند الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري الى فكرة المرفق العام وضرورة دوام سيره بانتظام واطراد، ومن أحكامه في هذا الشأن حكم محكمة التمييز الصادر بتأريخ 6 / 6 / 1973 إذ ذكرت فيه (ولما كان العقد المذكور هو من العقود الإدارية وأن الضرر يعد واقعاً بمجرد التأخير من تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام فأن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول...)[2].

أيضاً قرارها بتأريخ 8 / 10 / 1978 الذي بينت فيه (... أن سحب العمل هي وسيلة من وسائل الضغط التي تلجأ اليها الإدارة لإجبار المقاول على تنفيذ التزاماته بصورة مرضية بهدف حماية الصالح العام وهذه الوسيلة تستمدها الإدارة من طبيعة العقد الإداري وصلته بالمرافق العامة ومقتضيات دوام سيرها بانتظام واطراد)[3].

(1) ينظر: د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص63.

(2) حكمها رقم 622 / مدنية أولى / 972، في 6 / 6 / 1973 مشار إليه لدى رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص 92.

(3) حكمها المرقم 942 / مدنية أولى / 977 الصادر في 8 / 10 / 1978 مشار إليه لدى د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله حمود الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص141.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وأخيراً حكمها الصادر في 11 / 4 / 1965 الذي وضحت فيه (... أن العقود الإدارية قائمة على أساس المرفق العام ويتحقق فيها الضرر بمجرد التأخير في تنفيذها لحرمان المواطنين من الفائدة المتوخاة، ولا لزوم لإثبات الضرر)[1].

(1) حكمها المرقم1130 / حقوقية / 964 في 11 / 4 / 1965 منشور في مجلة محكمة التمييز التي يصدرها المكتب الفني في المحكمة، مجلد3، 1969، ص73.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

رأينا حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية

من خلال ما استعرضناه من آراء ومواقف للفقه والقضاء العراقي والمقارن حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، اتضح لنا أن وجهات النظر الغالبة تعترف بسلطة الإدارة لتطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة على متعاقدها المقصر دون وساطة القاضي ودون اشتراط النص على هذه السلطة في العقد، وواقع الحال أن تباين وجهات النظر في بيان الأساس القانوني لهذا الحق المكفول للإدارة سواء كان هذا الأساس يقوم على فكرة السلطة العامة التي يرتبط بها العقد الإداري أم على أساس مبدأ دوام سير وإنتظام المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد، بل يرجع الى خلاف أعم وأشمل يدور حول تحديد أساس القانون الإداري كله، أي بمعرفة ما إذا كان هذا القانون يجب أن يفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة وهو الأمر الذي أثار جدلاً عميقاً ومناقشة فقهية واسعة بين دعاة هذه الفكرة أو تلك.

ورأينا في الموضوع، يكون من خلال بسطنا لبعض المسلمات الموضوعية والمتمثلة في: أن قواعد القانون الإداري التي تحكم الإدارة تنظيماً ونشاطاً تمنحها من السلطات والامتيازات ما يمكنها من القيام بنشاطها الهادف لتحقيق النفع العام[1]، ومن هذه السلطات والامتيازات سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري التي لاتهدف فقط إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي

(1) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص10.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

تنشأ بين طرفي العقد، بل هدفها الأساسي هو الوصول لتنفيذ الإلتزام المتصل بدوام سير المرفق العام لتحقيق النفع العام.

أن العقود الإداريـة تتميز بطبيعة خاصة تختلف عن تلك التي تخضع لها عقود القانون الخاص ومرد ذلك هو ماتتصف به هذه العقود من اتصالها بدوام سير المرافق العامة.

إذا كان العقد الإداري شأن كل عقد ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفي العقد غالباً ماتكون منصوصاً عليها في العقد فأن عدم المساواة بين طرفي العقد تعد مع ذلك في مجال العقد الإداري أمراً مسلماً به بل إن عدم المساواة يعد هو العنصر المميز للعقد الإداري بالمقارنة بعقود القانون الخاص التي تسري عليها قاعدة المساواة بين طرفي العقد في الحقوق والالتزامات، وذلك - كما أشرنا لإتصالها بدوام سير المرفق العام[1].

إن المصلحة العامة للمجتمع التي تقوم على رعايتها جهة الإدارة في علاقاتها التعاقدية تعطي تمييزاً خاصاً لها عن المتعاقد الذي يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة.

إن فكرة السلطة العامة التي قال بها فقهاء القانون الإداري في فرنسا خلال القرن التاسع عشر لتحديد نطاق القانون الإداري وإعتبارها أساساً لتمتع الإدارة بالكثير من السلطات والامتيازات والتي من بينها سلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري قد تعرضت لنقد شديد وكان مآلها أن هجرها الفقه والقضاء ومن الأنتقادات التي وجهت اليها صعوبة التمييز بين نوعين من أعمال الأدارة وخلق

(1) د. نصرالدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007، ص56.

و د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص13.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

شخصيتين مختلفتين للدولة (سلطة عامة وأدارة عامة)، والأكثر من ذلك أنها حددت كثيراً من مجالات القانون الاداري[1] وأنها تقف عند الوسيلة دون الأهتمام بالغاية فضلاً عما تهيؤه من فرص لاستبداد الإدارة إعتماداً على السلطة العامة وتعسفها وشططها في إستعمالها[2].

إذا كان دور الدولة المحدود(الدولة الحارسة) قد جعل من الممكن بناء القانون الإداري على فكرة السلطة العامة، فإن إزدياد مهام الدولة وامتداد نشاطها الى العمل الاقتصادي جعل الفقه والقضاء يبحثان عن أساس جديد للقانون الإداري وقد اهتديا في بداية القرن العشرين الى فكرة المرفق العام لتكون هي الأساس في ذلك[3]، والعقد الأداري ليس عملاً من أعمال السلطة العامة، بل شأنه كعقد القانون الخاص لا يعدو أن يكون توافق إرادتين أيجاب وقبول لإنشاء التزامات عقدية تقوم على التراضي بين طرفيه، ولا يعني ذلك أن النظام القانوني الذي يخضع له لا يتضمن سلطات غير مألوفة، إذ أن استخدام طريقة القانون العام تظهر بوضوح إرادة الطرفين المتعاقدين في السماح بتطبيق القواعد الخاصة التي تهدف الى أن تجعل من الممكن ومن السهل السير المستمر والمنتظم للمرفق العام الذي يتصل به العقد[4].

ويتفرع من هذه المسلمات الموضوعية بطبيعة الحال حق الإدارة بعدِّها المسؤولة عن دوام سير المرافق العامة وضمان المصلحة العامة للمجتمع في اتخاذ الاجراءات السريعة والفعالة التي يجب أن تضمن تحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد، ويترتب على ذلك نتيجة مهمة محصلتها أن الإدارة تتمتع

(1) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص23.
(2) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص65.
(3) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، المصدر نفسه، ص23.
(4) د. عبدالمجيد فياض، المصدر نفسه، ص66 - ص67.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

بحقوق وسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد، بمعنى أن جهة الإدارة لاتستمد إمتيازاتها في نطاق العقود الإدارية من نصوص العقد بل من طبيعة المرفق العام وأتصال العقد به ووجوب الحرص على دوام سيره بإنتظام وإطراد.

ومن هنا نرى ضرورة وجود إمتياز التنفيذ المباشر ولو لم ينص عليه في العقد، إذ لا يمكن أن تحقق جهة الإدارة دوام سير وإنتظام المرافق العامة بدون وسيلة سريعة وفعالة تستند عليها لمواجهة المتعاقد معها وإلزامه بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد، ومن المسلم به أنه لايتحقق هذا الهدف مع تدخل القاضي إبتداءً لما يصاحب الدعاوي القضائية من تأجيلات تبطئ الفصل فيها، وبذلك يجب أن تتمتع الأدارة بأمتيازها في التنفيذ المباشر أي بحق إتخاذ الأجراء الجزائي بإرادتها المنفردة ويعد - بلا شك - جزءاً لا يتجزأ من بناء العقد الإداري الأمر الذي يؤيده غالبية الفقه والقضاء الأداري كحق لجهة الإدارة لفرض الجزاء الإداري وتنفيذه بإرادتها المنفردة، وأن ماتردد من إنكار لذلك الأمتياز (التنفيذ المباشر) فهو قليل ونادر جداً وقد وجه اليه النقد في حينه لعدم سلامة الرأي وضعف أسانيده[1].

وأساس حقها في ذلك في - نظرنا - هو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد الذي ينشأ لإشباع حاجات عامة وتحقيق نفع عام، وهذه الحاجات والمنافع مستمرة، الأمر الذي يقتضي إستمرار سير المرفق العام في العمل بانتظام لأشباعها دون انقطاع أو تلكؤ، لأن الأفراد قد رتبوا حياتهم اليومية على أساس وجود مرفق يؤدي لهم خدمة معينة فأي إنقطاع في سير المرفق يؤدي الى إرباك حياتهم اليومية، أي أنه مادامت الغاية دائمة فالوسيلة دائمة أيضاً.

(1) د. نصر الدين محمد بشير، المصدر السابق، ص57.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وبالنظر لما لدوام سير المرفق العام بعمله بانتظام واطراد من أهمية في حياة كل من يتلقى الخدمة منه وفي حياة المجتمع عموماً فأن القانون الإداري يركز عنايته الخاصة لتمكين الإدارة من تحقيق ذلك، فنجد معظم قواعد القانون الإداري مبنية على أساس تمكين الإدارة من تسيير مرافقها العامة بإنتظام وإطراد، ومن ضمن السلطات التي منحت للإدارة في سبيل ذلك هي سلطتها في فرض الجزاء في العقد الإداري كضمانة للحفاظ على سير المرفق العام، ولعلنا لا نغالي في ذهابنا الى القول بما ذهب اليه أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري أظهاراً لأهمية مبدأ دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد بأنه القلب الذي يضخ الدم إلى سائر مبادئ القانون الإداري الأخرى ويمدها بأسباب ومسوغات وجودها[1].

إذاً من كل ماتقدم نرى أن مبدأ دوام سير المرفق العام هو المبرر والأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

(1) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص94.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

الطبيعة الإستثنائية للجزائات في العقود الإدارية

يجد المرء نفسه وهو بصدد تناول طبيعة الجزاءات في العقود الإدارية بالبحث والتفصيل ملزماً بضرورة تحديد الكيفية التي ولدت فيها وماهو المعيار المميز لها بشكل يجعلها مثيرة للإهتمام، فالمرافق العامة منشأة لكي تسدي خدمات أساسية للجمهور الذي لا غنى له عنها لذلك كان لزاماً باسم المصلحة العامة أن تؤدي هذه المرافق خدماتها على نحو يمكّن الجمهور من الإستفادة منها، وهذا لايتحقق إلا بضمان دوام سيرها بإنتظام وإطراد، فأي تعطيل في سير تلك المرافق ينجم عنه أضرار بالغة الأهمية بأعمال الجمهور وحياته ومصالحه الأساسية من ناحية وإضطراب في النظام العام من ناحية أخرى، وأن التزامات المتعاقد تتصل بالصالح العام، لذلك فأن أي إخلال بهذه الالتزامات يشكل فضلاً عن الاخلال بإلتزام عقدي مساساً بالمرفق العام موضوع العقد، وبذلك يكون مقصراً ووجب أن تفرض عليه جزاءات من قبل الإدارة المتعاقدة بغية الإستمرار في تنفيذ الإلتزام المتعلق بالمرفق العام ولإزالة دواعي الإخلال والتقصير.

والجزاءات التي للإدارة فرضها على المتعاقد معها كثيرة ومتنوعة وما يهمنا هنا هو بيان الطبيعة الأستثنائية لتلك الجزاءات، ومن أجل تسليط الضوء عليها سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب:

- **نتناول في الأول:** تعريف الجزاءات في العقود الإدارية.
- **وفي المطلب الثاني:** نبين التكييف القانوني لها.
- **بينما نعالج في المطلب الثالث:** خصائص تلك الجزاءات.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

تعريف الجزاءات في العقود الإدارية

الجزاء لغة يأتي من الفعل جزى جزاه بمعنى صنع، ويجزيه جزاءً، وجازاه أي بمعنى وجزى عنه هذا أي قضى[1].

ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ السَّاعَةَ آتِيَةٌ أَكَادُ أُخْفِيهَا لِتُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا تَسْعَى﴾[2]، فإذا كان السلوك الآثم يمثل فعلاً فسيكون الجزاء عندئذ رداً على ذلك الفعل وليس معالجة له بل معالجة لآثاره إذ لا يعقل أن تأتي المعالجة بعد وقوع الفعل إلا مايتعلق منها بتغطية ما ينجم عنه(الفعل) من أضرار مادية أو أدبية وذلك من خلال طائفة الجزاءات، وأن وجهي الردع في العقوبة - بشكل عام - هما الردع الخاص للشخص المعاقب جزاءً لسلوكه، والردع العام لغيره بضرورة تجنب الإقدام على إتيان السلوك نفسه، من شأنهما أن يمنعا من إحتمالات وقوع حالات مماثلة في المستقبل، توخياً لاستقرار المجتمع واحترام تشريعاته النافذة، لذلك يتطلب علينا ونحن في مجال البحث في ميدان الجزاءات في العقود الإدارية حتمية التعرف على معنى هذه الجزاءات وتمييز نظامها عن الأنظمة الأخرى التي تبدو متشابهة معها، وقد يخلط القارئ بين الجزاءات في العقود الأدارية وبين أوضاع أخرى تتشابه معها في نقاط وتختلف عنها في نقاط أخرى، لذلك وجدنا ضرورة الوقوف أمامها قليلاً للكشف عن هذا الغموض، فالجزاءات التي تستخدمها الإدارة في العقود الإدارية تختلف عن الجزاءات في نطاق العقود المدنية ومرجع هذا الإختلاف إلى إتصال الأولى بالمرفق العام الأمر الذي يوجب أن تكون الجزاءات شديدة[3].

(1) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص77.

(2) سورة طه، الآية رقم (15).

(3) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، الأردن، 2003، ص359.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

فالإدارة تتمتع بالحق في إتخاذ إجراءات شديدة ضد المتعاقد الذي يخل بتنفيذ إلتزاماته ذلك بأن تتخذ هذه الإجراءات بنفسها ودون الإلتجاء الى القاضي وذلك بوسيلة القرار الفردي، مثلاً لها أن تقرر بنفسها إجراءات الضغط أو الفسخ بينما لا يملك المتعاقد معها إلا وسائل محدودة أقل بكثير من ذلك في حالة عدم تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها.

كما انها تختلف عن الجزاءات الإدارية كأسلوب من أساليب الضغط الإداري الذي تتخذه الإدارة بهدف صيانة النظام العام في أحد نواحيه، إذ على الرغم من التشابه بينهما في أن كلاهما تفرضهما جهة إدارية إلا أنهما يختلفان من حيث الغاية المتوخاة من فرض أي منهما، فالجزاءات الادارية تفرض كتدابير وقائية يراد بها إتقاء ما قد يحدث من أخلال أو اضطراب بالنظام العام، أما الجزاءات في العقود الإدارية فتفرض بعد وقوع الإخلال من المتعاقد إذ تفرض لمعالجة مانجم عن ذلك الإخلال من أضرار[1].

وأخيراً فأنها تتشابه مع العقوبات الانضباطية من حيث الجهة التي تصدرها كونها جهة إدارية، ولكن الإختلاف بينهما يكون في المفهوم والأصل، فمن حيث المفهوم نجد بأن العقوبات الإنضباطية تصدر لمواجهة مايقع من إخلال بالإلتزامات الوظيفية من جانب الموظف بمناسبة قيامه بإداء المهام الوظيفية المكلف بها أو أثناءها[2]، والتي تعد جريمة مستقلة أو قائمة بنفسها فلها معالمها التي تتميز بها وأركانها التي تقوم عليها التي تجعلها مستقلة تمام الاستقلال عن الاخلالات في العقود الإدارية، ومن حيث الأصل أن العقوبات الانضباطية لا تخضع لقاعدة

(1) رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص6.

(2) ينظر: شفيق عبد المجيد الحديثي، النظام الإنضباطي لموظفي الدولة في العراق، ط1، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، 1975، ص18.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

شرعية الجرائم والعقوبات (لا جريمة ولا عقوبة ألا بنص) تلك القاعدة المطبقة بالنسبة للجرائم الجنائية[1].

وفي معرض استعراضنا لكل ذلك يمكن أن نعرف الجزاءات في العقود الأدارية بأنها: الجزاءات التي تفرضها جهة إدارية مخولة بموجب القانون على المتعاقد معها في حالة إخلاله في تنفيذ شروط العقد.

ويبدو أن التشريع قد ترك للفقه مهمة تعريف الجزاءات في العقود الإدارية وهذه نتيجة منطقية لأنه ليس من صميم عمل المشرع وضع التعاريف الجامعة المانعة للمواضيع المختلفة، فقد خلت معظم التشريعات العربية ومنها العراق من تعريف جامع مانع لهذا النوع من الجزاءات واكتفت بتحديد أنواعها وأقسامها والنتائج القانونية المترتبة عليها ولم يعد حيال ذلك إلا العودة لشراح القانون وفقهائه لتلمّس أوجه التعاريف لديهم، ومن الجدير بالذكر أن الجزاء الإداري غدا طريقاً مألوفاً لتنفيذ القانون وظاهرة تفرضها متطلبات التوازن في الحياة اليومية بين واجب الأدارة في أداء دورها في تنفيذ القانون وحق الأفراد في التمتع بما يكفل لهم من حقوق.

ومن هنا لم يكن نظام الجزاءات في العقد الإداري أمراً بلا معالم ولم ينشأ عبثاً بلا هدف بل له معالم تحدده وأهداف تستوجبه، وهذه المعالم وتلك الأهداف هي التي تحددها ماهيته، ونظراً لأهمية الجزاءات التي يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد معها في العقود الإدارية كان من الواجب وضع نظام قانوني خاص بها له

(1) فالقانون الإنضباطي يخلو من تحديد مانع جامع لما يعد جرائم إنضباطية ولهذا فإن الإشارة إلى بعض الأفعال المحرمة على الموظف لا يعني عدم الإمكان من مؤاخذته على ماعداها، ذلك أن القانون عندما إكتفى بهذا التحديد أراد بذلك إفساح المجال للسلطة الإنضباطية من تقديرمايعد مخلاً بكرامة الوظيفة في كل حالة على حدى وتحت رقابة القضاء، ينظر المواد 4 و8 من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي رقم 14 لسنة 1991.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ذاتيته وقواعده التي تحكم هذه الجزاءات حتى لاتسيئ الإدارة إستخدامها ضد المتعاقدين معها[1]، وهذه الذاتية تتحدد في ضوء خصائص معينة تميزها عن الجزاءات الأخرى المعروفة في قواعد القانون الخاص.

(1) د. عبدالمجيد فياض، الصدر السابق، ص8.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

التكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية

يقصد بالتكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية: تحديد الصفات التي تتخذها أو الوصف الذي تنطبع فيه إذ تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، فيذهب بعض الفقهاء الى أنها عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها كإحدى الإمتيازات الممنوحة لها طبقاً للعقد الإداري، أما البعض الآخر فقد عدها تعويضاً جزافياً لجبر الضرر الحاصل للإدارة جرّاء إخلال المتعاقد في التنفيذ علماً أن الضرر مفترض وذلك لمساسه بالمرفق العام الذي يتصل به العقد، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنها إجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته.

ولأجل معرفة التكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية يقتضينا البحث في أربعة فروع، نبسط فيها أهم الآراء الفقهية التي قيلت في تكييف الجزاءات في العقود الإدارية.

- **أذ سنبين في الأول:** الرأي الفقهي القائل بأنها تعويض للأدارة.
- **وفي الثاني:** نوضح الراي الفقهي القائل أنها عقوبة للمتعاقد.
- **وفي الثالث:** نعالج الرأي الفقهي القائل بأنها أجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته.
- **وفي الرابع:** نبين رأينا في الموضوع.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

الجزاءات في العقود الإدارية تعويض للإدارة

يرى جانب من الفقه أن الجزاءات في العقود الإدارية هي تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته، وإذا كانت القاعدة العامة هي وجوب إثبات الضرر في سبيل إقتضاء التعويض مقابلها فأنه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترضاً بالمرفق العام، ويستدل ويدعم هؤلاء الفقهاء رأيهم هذا بالفتوى التي أبداها مجلس الدولة المصري في 10 / 5 / 1959 التي يذهب فيها الى (أن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقاً للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الإتفاقي يرتضيه الطرفان سلفاً نظير الضرر الناشئ)[1]. كذلك ما أكدته محكمة التمييز في حكمها الصادر في 13 / 4 / 1959 الذي جاء فيه(أن كل مشروع عام إذا لم ينجز خلال المدة المتفق عليها فإن الخزينة يلحقها ضرر وهو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من هذا المشروع)[2].

وحكمها الصادر في 6 / 6 / 1973 الذي جاء فيه(ولما كان العقد المذكور من العقود الإدارية وأن الضرر يبقى واقعاً بمجرد التأخير عن تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول أما مدة التأخير فأنها تخضع لرقابة القضاء)[3].

(1) مشار اليها لدى د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص453.

(2) حكمها المرقم 71 / ح / 959 في 13 / 4 / 1959 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص18.

(3) حكمها المنشور في مجلة قضاء محكمة التمييز، ع3، س1977، ص74.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أذاً فالقاعدة المسلم بها - وفقاً لهذا الرأي - أن كل خطأ سواءً كان إخلالاً بإلتزام عقدي أم بإلتزام فرضه القانون سبب ضرراً لغيره يلزم من إرتكبه بالتعويض، لذلك فأن التسليم بأن الجزاءات في العقود الإدارية هي جبر للأضرار التي لحقت بالإدارة يقودنا إلى أنها ليست تعويضاً ذي طابع مالي فقط بل قد يتخذ صوراً متعددة نتيجة للصور والأنواع المتعددة التي تتخذها الجزاءات في العقود الإدارية والتي قد تكون ذات طبيعة مالية مثل الغرامات والتعويض والمصادرة، أو تكون جزاءات ضاغطة مثل سحب العمل أو الشراء على حساب المتعاقد أو قد تكون فاسخة تؤدي الى نهاية العقد المبرم بين الإدارة والتعاقد.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

الجزاءات في العقود الإدارية عقوبة على المتعاقد

إن إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته يقتضي توقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة من أجل ردع المتعاقد وحمله على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية[1]، ويتماثل الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي في أنهما لهما خاصية ردع يقع على مرتكب السلوك الآثم، ويستوي في ذلك أن يتمثل ذلك السلوك في فعل أو إمتناع عن فعل، غاية الأمر أنه يمثل خرقاً لنص قانوني أو مخالفة لأمر إداري، ويتجلى التماثل بينهما تارة أخرى في أن السلوك الموجب لكل منهما ينطوي على إعتداء على مصلحة يحميها القانون بغض النظر عن طبيعة تلك المصلحة، لذا فمن الضروري أن تكون المصلحة الواقع عليها العدوان بالنسبة للجزاء الإداري مصلحة تستوجب حمايتها أياً كان صاحب تلك المصلحة، مثلاً سحب رخصة قيادة أدارياً بسبب سكر (وهذا إجراء ضبط إداري)، يمثل جزاءً على فعل آثم هدد مرتكبه مصلحة جديرة بالإعتبار تتمثل في حق مستعملي الطرق العمومية والسائق نفسه في الحياة[2].

(1) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بقرارها الصادر في 26 / 12 / 1962 الذي ذهبت فيه (لإن كان التنفيذ عيناً في المعاملات المدنية لايتم إلا عن طريق القضاء فأنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الإلتزام عيناً بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليتها فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده والزامه بفرق السعر عقوبة توقع على المتعهد وهو تطبيق لقاعدة الإلتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها، ومنعه من تعطيلها الذي يعرض المصلحة العامة للضرر أذا توقفت هذه المرافق) مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 19.

(2) ينظر د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص80 وما بعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ولعل هذا يدفعنا إلى القول بأن العبرة في التفرقة بين المصلحة التي يحميها الجزاء الإداري وتلك التي يحميها الجزاء الجنائي ليس صاحب المصلحة نفسه، بل في مدى أهميتها في نظر المشرع، فالمصلحة في الحالتين واحدة وإنما الاختلاف يكمن في طبيعتها ودرجة الإخلال فيها أي مدى عمقها ونطاق خطورة الاعتداء.

ومهما يكن من شأن تلك المسألة فأن الجزاء الإداري بطبيعته الردعية يستلزم لفرضه كالجزاء الجنائي أن يتوفر في المخالفة المستوجبة للجزاء الركن المادي والركن المعنوي معاً، سواء تمثل هذا الأخير في صورة العمد أم الخطأ فالمسؤولية التي تثور عنه ليست من قبيل المسؤولية الموضوعية التي يكفي لإثارتها مجرد وقوع المخالفة إكتفاءً بالركن المادي دون الركن المعنوي، ذلك لان طبيعته الردعية تأبى ذلك، هذا وأن الجزاءات التي من طبيعتها ترفض فكرة المسؤولية المفترضة التي ترفضها حالياً الكثير من المبادئ المعاصرة ليس في القانون الجنائي فحسب بل كل النصوص ذات الطبيعة الرادعة، هذا وتخضع النصوص التي لها هذه الخاصية لمبدأ مهم هو قرينة البراءة، وهذه القرينة تتنافى تماماً مع افتراض الخطأ في جانب المتهم، لأن هذا يعني افتراض الإدانة في حقه على نحو يأباه منطقها[1]، إلا أن ماتجدر الإشارة إليه أن هذه الجزاءات تختلف من حيث هدفها عن الجزاءات التي تطبق في العقود المدنية فبينما تستهدف الأخيرة إصلاح الأخطاء والمخالفات التعاقدية وتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به بحيث يترتب عليه إعادة التوازن إلى الالتزامات ولا يوجد فيه معنى العقوبة، أما الجزاء في العقد الإداري فإنه يستهدف بالإضافة الى معنى العقوبة ضمان دوام سير المرافق العامة وانتظامها وهذا مايجعل هذه الجزاءات وسائل تعمل على تنفيذ مضمون العقد بما يكفل للإدارة أن تستعمل بمناسبتها امتيازها بالتنفيذ

(1) د. عبدالعظيم مرسي، إفتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية في النظامين اللاتيني والأنكلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص297.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المباشر بما يمكنها من فرض هذا الجزاء بوسيلة القرار الفردي أي دون اللجوء إلى القضاء ابتداءً[1]، من كل ذلك يظهر أن التسليم بالقول أن الجزاءات الإدارية نفسها هي عقوبة للمتعاقد يعني ذلك خضوع الجزاء الإداري لذات المبادئ التي تخضع لها الجزاءات الرادعة سواء ما لزم منها لضمان شرعيتها الموضوعية أم ماكان مقصده مشروعيتها الإجرائية مثل مبدأ الشرعية ومبدأ شخصية الجزاء ومبدأ التناسب بين الجرم والجزاء.

(1) محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1991، ص84.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

الجزاءات في العقود الإدارية إجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته

يرى جانب آخر من الفقه الإداري أن الجزاء المفروض من قبل الإدارة هو إجراء يحمل بين طياته وسيلة لحمل المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته وأساس هذا الإختصاص يرجع إلى ضرورة ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن هذا المنطلق يرى أنصار هذا الرأي بان الإدارة تتمتع بصلاحية فرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يرجع أساسه الى ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد نظراً للعلاقة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة ولما كانت ألإدارة هي المسؤولة عن إدارتها والإشراف عليها فمن حقها أن تتمتع بسلطة فرض الجزاءات الإدارية ذلك لإجبار المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته على أفضل وجه[1]، وقد ذهبت محكمة التمييز الى تأكيد ذلك في العديد من أحكامها، من بينها حكمها الصادر بتأريخ 10 / 11 / 1968 الذي بينت فيه (أن الغرامة التأخيرية هي جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة في المدة المتفق عليها)[2]، وكذلك ماذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 2 / 1 / 1965 الذي بينت فيه (أن التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري... فلا يمكن تصور هذا الضمان مالم يكن للإدارة مصادرة هذا التأمين...)[3].

(1) عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص61.

(2) حكمها المرقم 455 / ح / 968، في 10 / 11 / 1968، منشور في مجموعة قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، 1968، ص342 - ص346.

(3) مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص21.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الرابع

رأينا في الموضوع

من كل ماتقدم فأننا نرى بأن التكييف القانوني للجزاءات في العقود الأدارية أنها إجراءات دافعة للمتعاقد لحمله على تنفيذ التزاماته أذ تعد بمجموعها وسائل حث له على تنفيذ ما هو موكول اليه من ألتزامات.

ذلك أن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لايستهدف فقط إعادة التوازن بين الطرفين ولا يتسم بطابع العقوبة فقط بل هو - فضلاً عن ذلك - تنفيذ الإلتزام على أكمل وجه الأمر الذي يضمن السير المستمر والمنتظم للمرفق العام الذي يمثل الأساس القانوني السليم الذي قامت عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري الذي تستخدم فيه الإدارة طريقة القانون العام الهادفة من ورائها إلى ضمان السير المستمر والمنتظم للمرفق العام وأن إحتياجات المرفق العام - كما أشرنا سابقاً - هي أساس جزاءات القانون العام، وميزة هذه الجزاءات أن الإدارة تتخذها على الفور من خلال امتياز التنفيذ المباشر الذي يمثل بدوره سنداً تنفيذياً مباشراً دون وساطة القاضي.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

الخصائص المميزة للجزاءات في العقد الإداري

إن الإدارة تراعي في الجزاءات المنصوص عليها في العقد الإداري ملائمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة في تنفيذه خلال وقت معين وبطريقة معينة حتى تكفل دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ذلك أن نظام الجزاءات في العقد الإداري لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الإلتزامات المتبادلة التي تنشأ بين طرفي العقد بل هدفه الأساسي هو الوصول إلى التنفيذ السليم للالتزام المتصل بالمرفق العام.

لذلك ونظراً لأهمية الجزاءات في العقود الإدارية كان لها خصائص ذاتية غير معروفة في قواعد القانون الخاص، وسنعمد إلى بيان هذه الخصائص في خمسة فروع نخصص كل فرع لبيان واحدة منها.

- **الفرع الأول:** سلطة الإدارة في فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة.
- **الفرع الثاني:** سلطة الأدارة في فرض الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.
- **الفرع الثالث:** حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر.
- **الفرع الرابع:** تعدد وتنوع الجزاءات.
- **الفرع الخامس:** خضوع ماتفرضه الإدارة من جزاءات في العقد الإداري لرقابة القضاء.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة

المبدأ المستقر فقهاً وقضاءً أن للإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر بإرادتها المنفردة ودون إنتظار لحكم القضاء بإستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص[1]، إذ لا وجود لهذا الأمر في نظرية العقود المدنية فالأشخاص العاديون لايمكنهم إجراء التنفيذ الجبري إلا من خلال الالتجاء للقضاء فحكم القاضي ضروري لاقتضاء حقوقهم، ومبرر سلطة الإدارة تلك هو ضمان حسن التنفيذ المتصل بدوام سير المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام ولا تستند الإدارة في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد بل إلى سلطتها الضابطة لضمان حسن سير المرافق العامة[2]، والأصل أن هذه القاعدة تشمل جميع الجزاءات الإدارية إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من ذلك جزاء إسقاط الإلتزام فجعل توقيعه بيد القضاء[3]، نظراً لما يتحمله الملتزم من نفقات باهضة في سبيل اعداد المرفق وتهيأته للاستغلال، ومن ثم فأن توقيعه يجب أن يناط بالقاضي وليس بالجهة المتعاقدة[4] وهذا هو الحال مع جزاء التعويض.

(1) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المؤرخ في 28 / 12 / 1963، مشار إليه لدى د. مطيع علي حمود جبير، المصدر السابق، ص460.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1086 في 30 / 11 / 1963 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص279.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدرسابق، ص453.

(4) د. علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص504.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أما مجلس الدولة المصري فلم يتبع مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص جزاء إسقاط الإلتزام إذ منح للإدارة الحق في فرض عقوبة إسقاط الإلتزام بدون الحاجة للإلتجاء إلى القضاء، وتترخص الإدارة في إختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء بحسب ماتراه صالحاً لضمان دوام سير المرفق العام ذلك طالما لم يلزم العقد الإداري بفرض الجزاء في وقت معين، والى ذلك أشار حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 20 / 5 / 1967 أذ بينت فيه (بأنه وبأستثناء حالة النص على الزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين فأن الإدارة تترخص في أختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان دوام سير المرافق العامة ومن ثم فأنه لا مسؤولية عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيئ بالحق من حيث النهوض بإلتزاماته وقد يكون هذا التريث تحقيقاً لهذه المصلحة)[1].

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 20 / 5 / 1967 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص8.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

سلطة الأدارة في فرض الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص، فلا وجود لهذه القاعدة في العقود الإدارية لإتصالها بمرفق عام، ومن ثم يجب أن لايكون احترامها سبباً يؤدي الى هدم مبدأ دوام سير المرفق العام وأنتظامه، لأنه من غير العدالة أن تقف الإدارة بعدِّها المسؤولة عن دوام سير المرفق العام مكتوفة الأيدي عن مواجهة خطر ناتج عن عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لألتزاماته أستناداً أن لهذا الخطأ جزاء معيناً في العقد، ويجب الالتزام به، فالتأخير أو الإهمال في التنفيذ قد يكون على درجة من الجسامة تجعل الغرامة المتفق عليها في العقد غير كافية، لذلك فللإدارة أن تفرض على المتعاقد الجزاء المناسب دون أن تكون مقيدة بالجزاء العقدي[1] وهذا هو الحال مع جزاء التعويض.

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن سلطة فرض الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى ولو لم ينص عليها العقد وفي حالة نص العقد على بعضها فإن هذا لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا مانص عليه، بل تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة تحت رقابة القضاء، ولعل هذا الأستقلال كان بعد حكم المجلس في 11 / 10 / 1929 [2] كما مر بنا سابقاً، ويأخذ القضاء الإداري المصري بالإتجاه نفسه من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 17 / 11 / 1957 بخصوص جزاء فرضته

(1) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص89 - ص90.

(2) أشرنا له في ص8 من هذا البحث.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الإدارة على المتعاقد المقصر رغم عدم النص على ذلك في العقد إذ تذهب فيه (... فليس بالذي يعتد به مايقوله المدعي في مذكرته، من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان مالم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ، في حالة نص أولم ينص في الشروط على هذا، الحق وإلا لم يكن هناك محل أصلاً لإشتراط دفع التأمين مع العطاء...)[1].

وتأسيساً على ماتقدم يتضح لنا أن العقد الإداري إذا سكت عن النص على بعض الجزاءات فلا يعني هذا أن الإدارة لا تستطيع فرض جزاءات لم ينص عليها في العقد، أو إذا نص العقد على بعض الجزاءات فلا يعني ذلك إقتصار حق الإدارة في فرض الجزاءات على مادون في العقد، بل يجوز للإدارة أن تفرض على المتعاقد في العقود الإدارية أياً من الجزائات سواءً كان منصوصاً عليها في العقد أم لا تحقيقاً لمصلحة المرفق، فسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن إتصاله بنشاط مرفق عام في سيره وتنظيمه.

(1) حكمها في القضية رقم 998 في 17 / نوفمبر / 1957 مشار إليه لدى د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1975، مصدر سابق، ص497.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر

إذ انه من ناحية فأن هذا الضرر مفترض كنتيجة لإخلال المتعاقد بإلتزاماته، ومن ناحية أخرى فأن الهدف من هذه الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه بل يكمن هذا الهدف بالدرجة الأولى في تأمين دوام سير المرافق العامة، وفي هذا تذهب المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها المؤرخ في 17 / 3 / 1962 إلى (أن الجزاءات التي تمتلك الإدارة فرضها على المتعاقد معها... أنما تستهدف أساساً تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد...)[1]. هذا كقاعدة عامة إذ أنه وبطبيعة الحال يستثنى منها جزاء التعويض الذي يشترط لقيامه تحقق ركن الضرر فيه.

(1) حكمها في الطعن المرقم 1987 في 17 / 3 / 1962 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص278.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الرابع

تعدد وتنوع الجزاءات

للإدارة حق فرض جزاءات متعددة على المتعاقد معها وهذا الحق مقرر لها مادامت الاسباب الموجبة لذلك موجودة، وبحسب ماتراه مناسباً وصالحاً لضمان دوام سير المرافق العامة، وأن نظام الجزاءات هذا هو نظام أساسي وأصيل، ولعل السبب في هذه الأصالة يرجع لعدة أسباب منها عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية أولاً، ولجوء الإدارة الى القاضي من شأنه تعطيل سير المرفق العام لبطء أجراءاته ثانياً، كذلك أنها تعد سلاحاً ووسيلة فعالة لضمان عدم إخلال المتعاقد بإلتزاماته والنتيجة المترتبة على ذلك هو تعدد وتنوع الجزاءات بين جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وجزاءات جنائية وجزاءات فاسخة. وهذا ماذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الذي ينص على مايأتي (ومن حيث إنه من الأمور المسلم بها في فقه القانون الإداري أنه إذا أخل المتعاقد مع جهة الإدارة بإلتزاماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعض أساليب الضغط...)[1].

وعلى ضوء ماسبق نستطيع القول بأن الإدارة المتعاقدة يمكن أن تلجأ لأنواع متعددة من الجزاءات بحسب ماتراه مناسباً وملائماً لحالة الإخلال التي ارتكبها المتعاقد.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص13.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الخامس

خضوع ما تفرضه الإدارة من جزاءات في العقد الإداري لرقابة القضاء

ويعد ذلك ضمانة ضرورية لحماية حقوق المتعاقد من تجاوز الإدارة لحدود سلطاتها الجزائية فهو يراقب الإدارة في توقيع الجزاء من حيث مشروعيته ومدى تناسبه مع حجم الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد[1].

والمبدأ العام في خصومة الرقابة القضائية على الجزاء في العقود الإدارية هو خضوعه لرقابة القضاء الكامل إذ يختص قاضي العقد وحده بالمنازعات المتعلقة به[2]، وتختلف مدى سلطة القاضي في مواجهة جزاءات الإدارة المالية عنها في حالة الجزاءات غير المالية، ففي حالة الجزاءات المالية يملك القاضي الحكم بتخفيفها أو الأعفاء منها وفقاً لظروف كل قضية على حدة، أما في الجزاءات غير المالية، كالشطب من السجلات ووضع المقاول تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد والفسخ، فأن القاضي يملك الحكم بالتعويض، إذا كان المتعاقد مع الإدارة قد لحقه الضرر نتيجة لفرض هذه الجزاءات[3].

وسنورد تفصيل ذلك في الفصل الرابع من هذا البحث.

(1) د. مطيع علي حمود جبير، المصدر السابق، ص463.

(2) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص100 - ص101.

و د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1983، ص460.

(3) د. مطيع علي حمود جبير، المصدر السابق، ص463.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الثاني
الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

• **تمهيد وتقسيم:**

من المبادئ المستقرة في العقود عامة مبدأ حسن النية الذي يلقي على المتعاقدين واجباً مشتركاً يتمثل بعدم الإخلال بإلتزاماتهم العقدية وتنفيذها على الوجه الذي تم الإتفاق عليه، وفي العقود الإدارية يضاف مبدأ آخر خاص بالقانون الإداري يتعلق بضرورة الحفاظ على دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، وعلى أساس هذه الضرورة منحت الإدارة عدة سلطات في العقد الإداري، من ضمنها سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل في تنفيذ التزاماته على نحو معين، ويلاحظ إن الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد معها هي اجراءات ضغط على المتعاقد في سبيل اتمام تنفيذ التزاماته على الوجه الأكمل، وإن كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدني، إذ أن جميع الجزاءات التي يفرضها القانون الأخير لا تكفي للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة وإخلاله بالصالح العام الذي عقد العقد لتحقيقه، إذ لابد من وجود جزاءات رادعه توقع على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته دون إتباع الإجراءات الضيقة والبطيئة في القانون المدني

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

لأن إجراءات هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والمرونة التي يستلزمها دوام سير المرفق العام وهذه هي العلة في إنطواء مثل هذه الجزاءات على معنى العقوبة بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعاقد المخل بمجرد قيام سببها.

ومن بين تلك الجزاءات الجزاءات الجنائية التي للإدارة فرضها على المتعاقد معها في حالات معينة حرصاً منها على ضرورة تنفيذ العقد الإداري بدقه تؤمن دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وسنتناول هذه الجزاءات في مبحثين:

- **يكون الأول:** بيان لماهية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.
- **ونعالج في المبحث الثاني:** علاقة الجزاءات الجنائية في العقد الإداري بمبدأ شرعية الجزاءات الجنائية والأدارية.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

ماهية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

إن لكل فكرة قانونية لفظاً يبرز معناه من خلال دقة وإحكام مدلولها القانوني ويكون بمثابة رمز مميز لها عما سواها في عالم القانون، إذ يكون لها كيانها المستقل والمتمركز في مفهومها الذاتي يبرز بواسطة الفن التشريعي أو الصناعة القانونية، وفي نطاق مدار بحثنا اقتضى أمر بيان ماهية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية تقسيم هذا المبحث على مطلبين:

- **نعمد في الأول:** إلى بيان تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.
- **أما المطلب الثاني:** فنخصصه لبيان الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية، وأهم ما تتجلى فيه من صور، وما يثيره وجودها من أهميه من تأمين دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

في ظل غياب تدخل تشريعي لبيان ماهية الجزاءات الجنائية وتعريفها في العقود الإدارية، الأمر الذي يظل مبهماً وغامضاً ذلك لأنها جزاء تفرضه جهة إدارية له طبيعة رادعة وزجرية بصفة أساسية، وهي بهذا المعنى يكون موضوعها فرض عقوبة على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته تجاه الإدارة، ذلك وللوصول إلى تعريف سليم للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية من وجهة نظرنا سنحث جهودنا إلى توضيح وتعريف لبعض المفاهيم التي من خلالها نحاول صياغة تعريف دقيق للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية بشكل يوضح معناها من حيث جهة الفرض والأهمية من الوجود والغاية التي تتوخاها الإدارة من فرضها على المتعاقد المخل، وذلك في ثلاثة فروع:

- **نوضح في الأول:** تعريف الجزاءات الجنائية العامه.
- **وفي الثاني:** نبين تعريف الجزاءات الإدارية العامة.
- ومن خلالهما نعالج تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية في **فرع ثالث**.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

تعريف الجزاءات الجنائية بشكل عام

تتلاقى أغلب أقلام الفقه الجنائي على تعريف الجزاء الجنائي بأنه: انتقاص أو حرمان من كل الحقوق الشخصية أو بعضها يتضمن إيلاماً ينال مرتكب الفعل الإجرامي كنتيجة قانونيه لجريمته ويتم توقيعها بإجراءات خاصة وبمعرفة جهة قضائية[1].

يتضح لنا من هذا التعريف إن الجزاء الجنائي يشتمل على جانبين الجانب الشكلي والجانب الموضوعي، أما الجانب الأول فيتمثل في النتيجة القانونية المترتبة كجزاء على مخالفة النصوص التجريمية، والتي تطبق بإتباع إجراءات خاصة بالدعوة الجنائية وبواسطة السلطة القضائية على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة، وأما الجانب الثاني فيركز على طبيعة العقوبة وأساس حق العقاب[2].

والجزاء الجنائي يختلف عن الجزاء المدني المتمثل بالتعويض إذ أن التعويض هو حق للمتضرر مقرر لمصلحته الخاصة مقابل ما أصابه من ضرر ناشئ عن فعل يطلق عليه (الجريمة المدنية) التي تترتب عليها (الدعوة المدنية) فإذا لم ينشأ ضرر للشخص من الفعل الواقع فلا محل للتعويض، ويختلف أيضا عن الجزاء التأديبي في أن الأخير يقتضيه ضمان تنظيم وسلامة لعمل الموظفين والمكلفين بخدمة عامة والذين يمارسون مهناً عامة فهوَ مقرر لمصلحة الهيئة التي ينتمي إليها مرتكب الفعل المخالف للواجبات التي تفرضها عليه صفته الوظيفية أو المهنية ويطلق على ذلك الفعل المخالف (الجريمة التأديبية أو الإنضباطية) والتي يترتب عليها (الدعوة التأديبية أو الإنضباطية)[3].

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص224.

(2) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص36.

(3) د. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ط1، مطبعة الفتيان، بغداد، 1998، ص299. و د. عوض بلال النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص13 ومابعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

تعريف الجزاءات الإدارية بشكل عام

يمكن تعريف الجـزاءات الإداريــة العامة بأنها: تلك الجـزاءات ذات الخصيصة العقابية التي توقعها جهة إدارية بواسطة إجـراءات إدارية محددة وهي بصدد ممارسة سلطاتها العامة، بهدف الحد من الأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات وردع مرتكبيها بغض النظر عن مركزهم القانوني، لتحقيق النفع العام[1].

وقد يصعب في بعض الأحيان تفرقة مفهوم الجزاءات الإدارية عن المفاهيم والمصطلحات القريبة منها، لذلك ينبغي عـدم الخلط بين الجـزاءات الإداريـة والإجـراءات التحفظية أو الوقائية التي تتخذها الإدارة كتلك التي تتخذها حيال جمهور الإفراد كإجراء وقائي من خلال سلطاتها في الضبط الإداري التي لا تكون لها سوى سمة وقائية، لان الجزاءات الإدارية تتميز عن تلك الإجراءات بأنها عقوبة على إخلال بالتزام أو سلوك لا يتطابق مع القوانين والانظمة، فالعقوبة الاداريه تفترض أن السلوك الشخصي لمرتكب المخالفة يظهر خطأ ما، ومن ثم يكون القصد من العقوبة الردع بعد وقوع الخطأ، فيكون الفاصل أو الفارق بينهما دقيقاً جداً، إذ يمكن أن تصدر العقوبة الإدارية أما نتيجة لمخالفة القوانين والانظمة وفي تلك الحالة تعد عقوبة، وإما أن تصدر بقصد الحفاظ على النظام العام والأخلاق العامة وفي هذه الحالة تعد من إجراءات الضبط الإداري ويرجع في التفرقة بينهما

(1) د. محمود نجيب حسني، الجزاءات غير الجنائية في الجرائم الإقتصادية، المجلة العربية للدفاع الإجتماعي، جامعة الدول العربية، القاهرة، ع11، 1981، ص111 - ص112.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

إلى تحليل دوافع القرار الإداري قبل أن يوصف بأنه عقوبة أو إجراء ضبط إداري، وغالبا ما يتم ذلك بمعرفة القاضي الإداري[1].

والعقوبة الإدارية تصدر من سلطة إدارية وليس من القضاء أو المحاكم مما يجعلها تتخذ شكل القرار الإداري أحادي الجانب، والإقرار للإدارة بسلطة توقيع الجزاء أدى إلى نشأة نظرية عدالة بدون قاضي أو حكم بدون قاضي[2]، والتي وفقاً لها تستطيع الإدارة توقيع العقوبة مباشرة، لأن احد المتعاملين مع الإدارة أو المرؤوسين قد خالف التزاماً معيناً مفروضا بواسطة القوانين أو الأنظمة فلا تغل يد الإدارة عن توقيع جزاءات إدارية على الأفراد، ذلك في بعض الجرائم قليلة الأهمية أو ذات الصبغة الاقتصادية شريطة أن يتوافر للفرد الحد الأدنى من الضمانات القانونية التي يوفرها القانون الجنائي[3]، ولا يقتصر استخدام الجزاءات الإدارية التي تقررها سلطة إدارية على الدول التي تأخذ بالفعل بنظام قانون العقوبات الإداري كألمانيا وايطاليا، إذ تمنح دول أخرى الإدارة سلطة تقرير الجزاءات دون أن يكون لها نظام متكامل للجرائم والعقوبات الإدارية كما هو الوضع في فرنسا ومصر.

(1) د. محمد سعد فودة، النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص65 - ص66.

(2) المصدر نفسه، ص 67.

(3) د. محمود نجيب حسني، الجزاءات غير الجنائية في الجرائم الإقتصادية، مصدر سابق، ص 112.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية واهم معالمها

أولاً: تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية:

من خلال ما تم عرضه من بيان وتوضيح لتعريف الجزاءات الجنائية العامة، والجزاءات الإدارية ألعامة التي يجوز للإدارة استخدامها وهي بصدد ممارستها لنشاطها، توضّحت لدينا ملامح تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية، ذلك لكونها تحمل خصائص وصفات لنوعي الجزاءات السابقة فهي من الناحية الإدارية تصدر من جهة إدارية وهي بصدد ممارستها لنشاطها الهادف لتحقيق النفع العام وفي الوقت ذاته تتميز بخصائص وصفات الجزاء الجنائي المترتب كنتيجة قانونية لفعل مجرَّم.

وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية بأنها:

نوع من الجزاءات ذات الطبيعة الجنائية مشتملة على صفات الجزاء الجنائي من الإيلام والردع العام والخاص وإسناد المسؤولية وغيرها، التي للإدارة فرضها على المتعاقد معها بمناسبة تنفيذ عقده وتكون خاضعة للمبادئ نفسها التي يخضع لها الجزاء الجنائي كالمساواة في العقوبة والشخصية والتناسب وغيرها، ويطلق على هذا النوع من الجزاءات بالجزاءات الجنائية، لأنها تدخل ضمن دائرة التجريم والعقاب، إذ توقع على نوع من السلوك الآثم للمتعاقد والذي يشكل جريمة وفي الوقت نفسه إخلالاً بالتزاماته العقدية، ومن ثم التأثير على دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد[1].

(1) د. علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص 505.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

فالإدارة تستطيع سواءً في فرنسا أم في مصر أم في العراق وفي معظم دول العالم إن تصدر أنظمة ضبط إداري قد تتضمن تدابير جنائية تفرض على من يخالفها إلا أن سلطتها في ذلك مقيدة بعدم استخدامها بشكل منحرف، ومن الأمثله على هذا الإستعمال المنحرف:

1. لا تستطيع الإدارة أن تضفي أنظمة الضبط على دفتر من دفاتر الشروط.

2. كما لا تستطيع أن تصدر أنظمة الضبط لا تستهدف من وراءها إلا إجبار المتعاقد على التنفيذ.

وغيرها من الأمثلة التي يظهر فيها الاستعمال المنحرف[1]، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 9 مارس 1930 الذي ألغى بموجبه اللائحه التي أصدرتها الإدارة بسبب اشتمالها على بنود توجب تنفيذ العقد تحت تهديد العقوبات الجنائية[2]. ولا شك إن المبادئ نفسها تطبق في مصر إذ أكدت المادة 88 من لائحة المناقصات والمزايدات رقم 9 سنة 1983 والتي ألزمت المقاول بأتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية[3].

أما في العراق فقد سار بالاتجاه نفسه إذ يؤكد اغلب الفقه انه لا يجوز للأدارة استخدام سلطات الضبط الإداري لأجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه السلطات لا تستخدم إلا لغرض محدد

ينظر أيضاً: رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص333.

و أحمد خورشيد حميدي ألمفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص 20.

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس ألعامه للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدر سابق، ص553.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص 108.

(3) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 316.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وهو حماية النظام العام وأن المتعاقد شأنه شأن غيره من المواطنين يقع عليه واجب إحترام القوانين و الإنظمة والتعليمات الصادرة في سبيل المحافظة على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة وإلى ذلك أشار قانون العقوبات العراقي[1].

ثانياً: معالم الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية:

من خلال التعريف السابق للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية اتضح لنا اتصافها بمعالم تحددها وأهم هذه المعالم:

1. أنها جزاءات توقعها سلطه إدارية:

يعد صدور الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية من قبل جهة إدارية من أهم الصفات التي تميزها عن الجزاءات الجنائية بشكل عام، وهذا أمر مسلم به، ذلك انه مبني في الأساس على الشروط التي يتوقف عليها اعتبار العقد إدارياً، وأهم هذه الشروط أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يعمل لتحقيق المصلحة العامة وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام وتستخدم الإدارة في العقد أساليب القانون العام، وبوجود هذه الشروط ترتبت عدة نتائج أهمها إن إتصال العقد بنشاط المرفق العام يجعل إلتزامات المتعاقد مع الإدارة أكثر إلزاماً منها في القانون المدني لذا فالقاضي الإداري يلزم المتعاقد ببذل أقصى ما بوسعه من عناية وحرص في تنفيذ التزاماته، إذن فوجود السلطة العامة طرفاً في العقد وإحتفاظها بإمتيازاتها ومقوماتها يخل في التوازن بين مركز الإدارة ومركز المتعاقد معها مما يجعلها في مركز أسمى من مركزه(المتعاقد)، لذا نجد أنه من الطبيعي أن تستخدم الإدارة امتيازاتها لضمان إحترام المتعاقد لإلتزاماته وان توقع الجزاء عليه كلما اخل بتلك الالتزامات، إذ الإدارة تتسلح بسلطة اتخاذ قرارات بالإرادة المنفردة

(1) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص 240.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ومن تلقاء نفسها وكذلك فهي تحتفظ بحق التنفيذ المباشر دون الحاجة لانتظار صدور حكم من القضاء[1].

2. للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية طبيعة رادعة:

تتسم هذه الجزاءات بخاصية الردع ذلك أنها تكون رادعاً لما يأتي به المتعاقد مع الإدارة من سلوك آثم يمثل مخالفة لنص قانوني أو لقرار إداري ويكون في ذات الوقت إخلالاً بشروط العقد، فقرار الإدارة بإيقاع مثل هذه الجزاءات يمثل رادعاً عن فعل يأتي به المتعاقد فيؤدي إلى التأثير بمصلحة جديرة بالإعتبار والحماية تتمثل في دوام سير المرفق العام بانتظام و أطراد، ويترتب اتصاف هذه الجزاءات بالردعية أن تكون خاضعة للمبادئ نفسها التي تخضع لها الجزاءات الردعية، سواءً ما لزم منها ضمان شرعيتها الموضوعية أم ما كان مقصده كفالة مشروعيتها الإجرائية، ونرى أن هذا الأمر له ما يبرره، فالجزاءات الردعية تتسم بنوع من القسوة أو على الأقل لها بالغ الأثر على من توقع عليه لذلك لزم أن تحاط بطائفة من الضمانات التي تحول دون الإنحراف في تطبيقها وتكفل في الوقت نفسه لمن يخضع لها أقصى حماية من العنف في إنزالها وهو ما حرصت عليه الدساتير والقوانين والأدل على ذلك إشارة المجلس الدستوري الفرنسي إلى ضرورة إخضاع الجزاء الإداري لتلك المبادئ[2].

(1) سوزان محمود جبار، السلطة التقديرية للإدارة في سحب العمل في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2005، ص 21.

ينظر أيضاً:

رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص 45.

و خالد مرموص خلف الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1987، ص 9.

(2) د. محمد سعد فوده، المصدر السابق، ص 80.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

3. الإيلام المقصود:

يعني الإيلام كما اشرنا سابقاً، حرمان من تنزل به العقوبة من كل حقوقه أوبعضها، والجزاءات الجنائية في العقود الإدارية تتضمن إيلاماً لمن تنزل به(المتعاقد المخل) والذي يعني مساساً بجزءٍ من حقوقه أما بالحرمان أو التقييد، ولا يكون هذا الإيلام عرضياً بل مقصوداً لتحقيق ما يتوخاه المشرع من ردع عام أو خاص وما تضمنه من أغراض[1].

4. شخصية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية:

يتصل مبدأ شخصية العقوبة بشخص المستحق لتوقيعها بفعله السلبي أو الايجابي في اقتراف الجريمة، وتفترض هذا المبدأ مقتضيات العدالة المجردة والتي تأبى إن يتحمل وزر فعلٍ ما من لم يأته أو يشارك في إتيانه[2]، وإذا كان هذا المبدأ ساريا في نطاق المسؤولية الجنائية فأنه يمتد أيضا ليشمل الجزاءات الجنائية الإدارية لإتحاد غايتهما في الردع العام والزجر الخاص، ذلك بوصفه من مبادئ النظام العقابي ألعام والتي يحكم تطبيقها وحدة الطبيعة بين نظامي العقاب الجنائي والإداري، لأن قوامهما إتيان فعل أو امتناع عنه إذ يشكل ذلك خطأً أو محلاً للتأثيم[3]، ونظراً لإرتباط مبدأ شخصية العقوبة (جنائية كانت أم إداريه) بحقوق الإنسان في أن لا يعاقب شخص عن فعل لم يقترفه فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة احترام هذا المبدأ، كما وجد صدى واسع في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية، إذ ذهبت إلى تأصيله مؤكدةً ضرورة احترامه في المجالين الجنائي والإداري ومن أحكامها في ذلك (... المسؤولية شخصية وكذلك العقوبة شخصية وهذا المبدأ يجد أصله في الشرائع السماوية وبصفه خاصة في الشريعة الإسلامية

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 226.

(2) د. أكرم نشأت إبراهيم، المصدر السابق، ص 299.

(3) د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندريه، 2008، ص 67.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ومن ثم فهو أصل عام من أصول المسؤولية العقابية ترددہ نصوص دساتير الدول المتمدنة القائمة على القانون وقداسة حقوق الإنسان...) ومن ثم فلا تجوز المساءلة في المجال العقابي إلا في مواجهة من إرتكبها[1].

5. التناسب بين الجزاء والمخالفة العقدية الإدارية:

مقتضى التناسب هو أن لا تغلو السلطة المعنية بتحديد الجزاء في اختيار ذلك الجزاء بل عليها أن تتخذ ما يكون على وجه اللزوم ضرورياً لمواجهة الخرق القانوني، و ما يترتب على اقترافه من آثار وما فيه من قدر متيقن من معقولية الردع للمخالف و زجر غيره من أن يرتكب الفعل نفسه، ومن هنا تكون ضوابط العقاب موضوعية، و يعد كل تجاوز لها استبداد ينبغي رفضه[2]، وتقدير خطورة ذنب المتعاقد أمر يستنتج من ظروف ارتكاب هذا الذنب وطبيعته ومدى إضراره بالمصلحة العامة و تأثيره السلبي في أداء الجهاز الإداري لواجبه تجاه أفراد المجتمع[3]، والتناسب بين العقوبة المقررة والمخالفة المرتكبة هو أحد الأصول العقابية التي تفرضها مقتضيات العدالة المجردة والرغبة في النأي بالعقوبة عن أن تكون وسيلة للتنكيل بالمخالف بإفراطها في شدة غير مبررة لا تصلح من شأن المخالف، و مما يجدر بالإشارة إليه إن عدم التناسب لا يعني فقط الإفراط في الشدة بل يشمل الإسراف في الشفقة أيضاً والذي ينطوي على تساهل غير مبرر مع المخالف بحيث لا تردعه العقوبة، الأمر الذي يغريه بمعاودة إرتكاب المخالفة أو التمادي فيها ذلك لأن الإفراط والتفريط في تقدير العقوبة الإدارية كلاهما ضد المصلحة العامة و لا يحقق الغاية من العقاب[4].

(1) حكمها المرقم 1154 في 25 / 1 / 1989، مشار إليه لدى د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، المصدر نفسه، ص 69.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، مصدر سابق،ص 77.

(3) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1270 في 5 / 11 / 1994 مشار إليه في المصدر نفسه، ص77.

(4) د. أمين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص 276.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية وأهم صورها وأهميتها

لبيان الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية وأهم صورها و أهميتها ارتأينا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع:

- **نبين في الأول:** الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.
- **ونوضح في الثاني:** أهم صورها.
- **ونعالج في الثالث:** ما لوجودها من أهمية في العقد الإداري.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

من خلال ما عرضناه سلفاً من معالم للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية اتضح وجود ملامح تقترب وتتشابه فيها مع كل من الجزاءات الإدارية العامة و الجزاءات الجنائية العامة، وفي هذا الفرع سنبحث فيما إذا كانت هناك ذاتية مستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية تميزها عما يتشابه معها من أوضاع، لها أهميتها وغرضها الخاص المبني على ضرورة وجودها كإحدى الجزاءات المقررة للإدارة توقعها على المتعاقد معها في حالات معينة، وفي هذا الإطار نجد أن الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية تتميز أيضا عن التدابير الزجرية التي تتخذ ضد من تربطه بالإدارة رابطة الوظيفة، وفضلاً عن ذلك يلزم عدم الخلط بينها وبين الجزاءات الخاصة التي تصدرها بعض التنظيمات التي لا يمكن إعتبارها إدارات، و سنوضح ما تقدم بالتفصيل الآتي:

أولاً: الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية والجزاءات الإدارية العامة:

كما هو معلوم إن الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية هي إحدى الجزاءات التي للإدارة إيقاعها على المتعاقد معها، وبشكل عام تقوم في وجودها على خصوصية الرابطة بين الأدارة والمتعاقد معها[1]، وعلى العكس من ذلك فأن توقيع العقوبة ألإدارية العامة يكون حيال كل من يخالف نص قانوني أو قرار إداري من المخاطبين به، إذ أن الجزاء الإداري يتسم بالعمومية ولا يقتصر توقيعه على من تربطهم بالإدارة الرابطة التعاقدية، وهذه السمة تمثل مظهر التباين الأساسي

(1) د. محمد سعد فوده، المصدر السابق، ص105.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

بين الجزاء الإداري العام والجزاءات التعاقدية وان كانا يشتركان في أن توقيعهما يكون أثراً لإرتكاب مخالفة للقانون بمعناه الواسع والذي تدخل القرارات الأداريه في إطاره بالنسبة للمخاطبين به[1].

ثانياً: الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية والجزاءات الجنائية العامة:

من أهم مظاهر التباين بين الجزاءات الجنائية في العقد الإداري و الجزاءات الجنائية العامة هو الجهة المختصة في إيقاع أي من الجزائيين، فجهة إصدار الجزاءات الجنائية في العقد الإداري تكون بطبيعة الحال جهة إدارية وهذا من أهم شروط اعتبار العقد إدارياً بأن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام يتمتع بسلطة إيقاع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزامه، في حين أن جهة فرض الجزاءات الجنائية العامة سلطة قضائية مختصة، فضلاً عن ذلك اختلافهما من حيث نوعية وخصوصية الخاضعين لأي من الجزائيين، فالجزاءات الجنائية في العقود الإدارية مقصود تطبيقها على تلك الطائفة من الأشخاص المتعاقدين معها أما الجزاءات الجنائية العامه فإنها تتصف بالعمومية ولا يقتصر تطبيقها على فئة معينة بل تمتد سلطه القضاء بتوقيعها على جميع الذين يخالفون النص القانوني المخاطبين به، هذا وكما يظهر اختلافهما من حيث المصلحة المحمية من وراء إيقاع كل منها[2].

(1) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، مصدر سابق، ص 21.

(2) د. محمد سعد فودة، المصدر نفسه، ص103.

و د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار العراق للطبع والنشر، سنة الطبع، بلا، ص351 ومابعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ثالثاً: الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية والجزاءات التأديبية:

تقترب كثيراً الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية من الجزاءات التأديبية التي توقعها الإدارة على موظفيها، ويتجلى هذا التقارب في اشتراكها من حيث جهة الفرض (سلطة إدارية)، وكلاهما يفرضان على طائفة معينة من الأشخاص والأفراد تربطهم بالإدارة علاقات خاصة (تعاقدية أو وظيفية) إذا ما أتيا بمخالفة تستوجب الجزاء، إلا انه وبالرغم من التشابه السابق بين كلا الجزاءين فأنهما يختلفان في نوع الجرائم أو السلوك الآثم الذي يستوجبهما، ففي الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية يكون السلوك إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد على نحو يشكل جريمة يعاقب عليها جنائياً أما في الجزاءات التأديبية فيكون السلوك الموجب لإيقاع الجزاء هو إتيان احد موظفي الدولة فعلا مؤثماً، كذلك يختلفان في أن الجزاءات التأديبية لا تكون إلا داخل مجموعات محددة (إدارات، نقابات، شركات) بهدف ضمان احترام القواعد المنظمة لتلك المجموعة وعلى ضوء رابطة الموظف بتلك المجموعة (الوظيفة) تنشأ للإدارة سلطة شرعية في إنزال العقاب على كل من يخل بواجبات الوظيفة أما في الجزاءات الجنائية في العقود الادارية لا يكون المتعاقد ضمن مجموعات محددة بل تنشأ شرعية سلطة الإدارة في فرض الجزاءات عليه من الرابطة العقدية بينهما وكون إتصال العقد بمرفق عام[1].

رابعاً: الجزاءات الجنائية والجزاءات الخاصة:

يلزم في معرض تمييز الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية عدم الخلط بينها و بين الجزاءات الخاصة التي لا يمكن اعتبارها صادرة من إدارات، ومن قبيل تلك الجزاءات ما تقرره البنوك في فرنسا بالمنع من إصدار شيكات لمدة لا تزيد عن السنة في بعض حالات المنع من إصدار شيكات بدون رصيد ومع ذلك فقد أقدم

(1) د. محمد سعد فودة، المصدرالسابق، ص105.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

مجلس الوزراء الفرنسي في 3 يوليو 1991 إلى إصدار قانون يمنح البنوك الحق في توقيع جزاءات مالية على كل من يصدر شيكاً بدون رصيد، فتقضي المادة (6) من ذلك القانون بإلزام كل من يصدر شيكا بدون رصيد قيمته إلف فرنك بدفع غرامه قدرها 120 فرنك وإلزامه بدفع غرامة قدرها 240 فرنكاً إذا كان الشيك بمبلغ 2000 فرنك وهكذا[1]، إذ يتضح الفرق بينهما من حيث جهة الإصدار والعمومية ونوع المخالفة المعاقب عليها ونوع الجزاء وطبيعة المصلحة المحمية من إيقاعه، إذ أن جهة الإصدار في الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية هي الإدارة أما في الجزاءات الخاصة الجهات غير الحكومية أو الأهلية (البنوك)، ومن حيث نوع المخالفة يكون الفرق في أن الجزاءات الجنائية لا يكون فرضها إلا في حالة الإخلال بالعقد الإداري على نحو معين أما في الجزاءات الخاصة فيكون فرضها حسب النظام الذي تأخذ به الجهة الخاصة، ونوع الجزاء يمثل فرقاً آخر إذ يتمثل في الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية بجزاء جنائي أما في الجزاءات التي تفرضها الجهات الخاصة بالجزاء المالي، ويختلفان أيضاً من حيث المصلحة المحمية من وراء فرض أي منهما ففي الجزاءات الجنائية في العقد الإداري تكون المصلحة هي التنفيذ السليم للعقد الإداري لتأمين إستمرار سير المرفق العام بإنتظام وإطراد أما في الجزاءات الخاصة فتكون تحقيق مصلحة الجهة الخاصة التي تفرض الجزاء.

الخلاصة، ومن كل ماتقدم من بيان للذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية وجدناها تمثل كيان مستقل عن كل ما يشتبه بها(الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية) من أوضاع قد تقترب معها في بعض الأمور إلا أن هذا الإقتراب لا يلغي وجودها كنظام له وجوده الخاص المستقل عن غيره من أوضاع.

(1) د. أمين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص 228.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

أهم صور الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

تتباين صور الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية تبعاً لتباين الأنظمة القانونية سواءً على مستوى التشريعات أم على مستوى الأنظمة والتعليمات و القرارات الإدارية، فقد تنص القوانين على اعتبار إلال معين من المتعاقد مع الإدارة جريمة يعاقب عليها جنائياً وفي هذه الحالة تكون الإدارة مجرد طرفاً في الدعوى ويستقل القضاء بفرض الجزاء، أو قد يكون ذلك الجزاء نتيجة مخالفته الالتزامات المفروضة بمقتضى أنظمة الضبط الإداري العام أو الخاص، أو أن المشرع قد يخول الإدارة بمقتضى نص صريح حق تنظيم مرفق عام يدار بطريق الإلتزام على وضع عقوبات معينة تفرض على من يخل بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذي تضعه الإدارة وتظهر أهم صور تلك الجزاءات في:

أولاً: السجن:

قد ينص القانون على اعتبار خلل معين للمتعاقد بإلتزاماته التعاقدية مع الإدارة جريمة يعاقب عليها جنائياً بعقوبة السجن ومن أبرز الأمثلة على ذلك مانص عليه قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل[1] إذ بين أنه (يعاقب بالسجن فترة لا تزيد على سبع سنين كل من اخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو إلتزام أو أشغال عامة ارتبط به مع الحكومة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات أو الشركات أو الجمعيات أو المنظمات أو المنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها

(1) المادة (116) منه.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

بنصب ما بأية صفة كانت وترتب على ذلك ضرراً جسيم أو أرتكب غش في تنفيذ هذا العقد...)[1].

كذلك ينص قانون العقوبات الفرنسي[2]على عقوبات مالية ومقيدة للحرية ومن ضمنها السجن إذا كانت الجريمة تمثل جناية، بالنسبة للجرائم المختلفة التي يرتكبها موردوا القوات المسلحة البرية والبحرية بمناسبة تنفيذ عقودهم، وطبقاً لهذه المواد يعد في نظر المشرع الجنائي الفرنسي تقصير المورد في إداء الخدمة المكلف بها والتأخير في تسليم التوريدات أو في تنفيذ الأعمال التي عهدت اليه بسبب إهماله والغش في طبيعة وجودة وكمية الأشياء الموردة جرائم (جنح، جنايات)[3].

ثانياً: الحبس:

قد تكون عقوبة المتعاقد مع الإدارة الحبس إذا ما أخل في تنفيذ التزاماته على نحو معين، والى ذلك أشار قانون العقوبات المصري في ذات المادة المذكورة آنفاً[4] أذ بينت (... وكل من استعمل أو ورّد بضاعة مستعملة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس أو الغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك مالم يثبت أنه لم يكن بمقدوره العلم بالغش أو الفساد...)[5].

(1) ينظر د. إبراهيم سيد أحمد، الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص9.

(2) المواد (430 - 433) منه.

(3) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص307.

(4) المادة (116).

(5) ينظر تفصيل ذلك: د. أبراهيم سيد أحمد، المصدر السابق، ص11.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

كذلك نص قانون العقوبات العراقي[1] النافذ على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات والغرامة أو أحدى هاتين العقوبتين كل من ارتبط مع الحكومة بعقد مقاولة أو عمل وكذلك وكيله أو أي عامل لديه، أفشى أمراً علمه بمقتضى عقد المقاولة أو العمل وكان يتحتم عليه كتمانه).

ونص أيضاً[2](يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخل بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بحرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات...)، ونود أن نشير إلى أن الحماية التي وفّرها المشرع لحماية سلامة المناقصات والمزايدات هي حماية للعقد الإداري ولكن بصورة غير مباشرة ذلك أنّه وكما هو معلوم أن المزايدات والمناقصات هي من وسائل إبرام العقد الإداري.

ثالثاً: الحجز:

للإدارة الحق في إصدار بعض القرارات الإدارية المتضمنة تدابيراً جنائية متمثلة بالحجز على المتعاقد معها بغية حمله على تنفيذ التزاماته بالشكل المطلوب مثال ذلك ما أصدره مجلس قيادة الثورة (المنحل) من قرارات أعطى فيها الحق للوزراء ومن هم في درجتهم والمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد على أسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ المشاريع والأعمال المحالة بعهدتهم بدون عذر مشروع[3].

(1) المادة (327) منه.

(2) المادة (336) ف (2) منه.

(3) قرارات المجلس المرقمة (113) في (21 / 6 / 1969) و (1333) في (4 / 12 / 1984) مشار اليهما لدى د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص28.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

رابعاً: الغرامة:

للأدارة أن تفرض الغرامة كجزاء جنائي على المتعاقد معها في حالة أرتكابه لإخلال معين في تنفيذ العقد الأداري، والى ذلك أشار قانون العقوبات الفرنسي بأمكانية فرض الغرامة الجنائية على موردي القوات المسلحة البرية والبحرية بمناسبة تنفيذ عقودهم بالنسبة للجرائم المختلفة التي يرتكبونها[1].

وعلى ذلك نص قانون العقوبات المصري[2]، إذ بين (... وكل من أستعمل أو ورّد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة... يعاقب بالحبس والغرامة أو أحدى هاتين العقوبتين مالم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد).

وما نص عليه قانون العقوبات العراقي أذ بين أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبالغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين كل من أرتبط مع الحكومة بعقد مقاولة أو عمل وكذلك وكيله أو أي عامل لديه أفشى أمراً كان يتحتم عليه كتمانه) ونص أيضاً(يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين...)[3].

خامساً: الوضع في القائمة السوداء:

هي صورة أخرى من صور الجزاءات الجنائية في العقود الأدارية التي للإدارة في العراق فرضها على المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته على نحو معين، صحيح أن هذه العقوبة غير موجودة ضمن نصوص قانون العقوبات إلا أنها من العقوبات الأقتصادية لاسيما أن السلوك الآثم الموجب لفرضها يحمل صفات السلوك المؤثّم قانوناً(الجريمة)، إذ نجد تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية في العراق لعام 1988 تنص على سلطة وزير التخطيط بناءاً على إقتراح

(1) المواد (430 - 433) منه.
(2) المادة (116) منه.
(3) المواد (327) و (336) منه.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

من الوزير المختص أو الجهة المنفذة وتوصية لجنة تسجيل المقاولين العراقيين إدراج أسم أي شركة مقاولة أو مقاول في القائمة السوداء لمدة لا تزيد على السنتين، وذلك في الأحوال الآتية[1]:

1. ثبوت رشوة أو الشروع في رشوة أحد منتسبي الحكومة أو التواطئ معه.
2. ثبوت القيام بتحريف أو تزوير للعطاءات أو أية وثيقة في مستند المقاولة.
3. ثبوت تقديم معلومات أو أمور مغايرة للحقيقة فيما يتعلق بالعمل المحال عليه بغية الأضرار بالمصلحة العامة.
4. مخالفته لشروط المقاولة والمواصفات الفنية المتعاقد عليها بقصد الأضرار بالمصلحة العامة
5. عدم الألتزام بآداب المهنة وذلك بأن يتبع أساليب المنافسة غير المشروعة.

وغيرها من الحالات التي على أساسها تقوم جهة الإدارة المختصة بإحالة الشركة المقاولة أو المقاول الى المحاكم لغرض فرض العقاب اللازم عليه بموجب القوانين النافذة.

الخلاصة، نخلص من كل ماتقدم من بيان لأهم صور الجزاءات الجنائية في العقود الأدارية أن المشرع الجنائي العراقي والمقارن قد أفردوا نصوصاً تشريعية تحمي العقد الإداري وتؤمن دوام سيره بأنتظام وأطراد، إلا أن ما نلاحظه هو أن المشرع العراقي لم يعالج ذلك إلا في نصوص بسيطة اقتصرت فقط على موضوع إفشاء المتعاقد للأسرار التي علمها المتعاقد بمقتضى عقدي المقاولة والعمل – دون العقود الأخرى –، وموضوع نزاهة المزايدات والمناقصات، على هذين الأمرين

(1) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص45.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

اقتصرت معالجة المشرع الجنائي العراقي ولم تمتد لحالات أصعب وأخطر من حالات الغش والتلاعب في التنفيذ مثل حالات توريد مواد منتهية الصلاحية وبخاصة في مجال الأدوية والمواد الغذائية ذات التأثير المباشر على حياة الناس، وكذلك حالات تنفيذ عقود الأشغال العامة بمواصفات غير حقيقية، وغيرها الكثير من حالات الخرق والمخالفات لشروط تنفيذ العقد الإداري الذي ترقى أهميته الى مستوى الضرورة بالنسبة لحياة الناس لأنه أحدى أهم وسائل إشباع حاجاتهم من خلال المرفق العام الذي عقد العقد أساساً لتأمين دوام سيره بانتظام واطراد في تقديم الحاجات العامة واشباعها، لذلك نرجو من مشرعنا الموقر ملاحظة هذا الموضوع ومعالجته بنصوص تشريعية تحمل في طياتها معنى العقاب والزجر تفرض على كل من تسول له نفسه (من موظفي لجان التعاقد والمتعاقدين) التلاعب والغش في تنفيذ شروط العقد الأداري، ذلك مع مراعاة شروط مبدأ المشروعية والملائمة في فرض الجزاء.

ونود أن نشير هنا الى أن صور الجزاءات الجنائية المنصوص عليها ضمن النصوص التشريعية التي تفرض على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته على نحو يعد جريمة، لا تستقل الأدارة بفرضها على المتعاقد بل يفرضها القضاء المختص ويقتصر دور الأدارة على كونها طرفاً فى الدعوى لا أكثر، أي أن فرضها يخرج عن اختصاص الأدارة لدخول ذلك في صميم عمل القضاء.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

أهمية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية

كما هو معلوم وكما أشرنا سابقاً إن أهم ما يميز العقد الإداري هو اتصاله بمرفق عام، وهذا الاتصال هو الذي يضفي صفة العقد الإداري على توافق الإرادات التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام خوله القانون الأداري أن يتخذ الإجراءات المناسبة التي تضمن إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته تجنباً لأي إخلال من أجل ضمان دوام سير المرفق العام، بإعتبار أن هذا الحق من النتائج المهمة المترتبة على هذا المبدأ إستناداً لطبيعة وظيفتها بهذا الخصوص، فإذا اتضح للإدارة أن المتعاقد قد أخل بواجبات وألتزامات تنفيذ العقد فأنها تستطيع أن تضع حداً لذلك بإتخاذ الاجراء اللازم وأيقاع الجزاء المناسب عليه، أذاً ضمان أستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد - وكما أشرنا سابقاً - هو أساس سلطات الإدارة في العقد الإداري ومن ضمن سلطاتها فيه امكانية فرضها الجزاءات على المتعاقد والتي تعد الجزاءات الجنائية أحداها، إذ إن أهمية الجزاءات (الجنائية) نابعة من أساس وجودها أصلاً وهو تأمين دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد أذ تتجلى هذه الأهمية في كونها تمثل عاملاً أساسياً وفعالاً في حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته بالشكل المطلوب، وتجدر بنا الأشارة هنا الى أهمية هذه الجزاءات في العراق، وهو يمر في الفترة الراهنة المتمثلة بحالة من الفوضى وعدم التنظيم وتفشي الفساد الإداري، وبالمقابل الحاجة إلى النهوض بالمستوى المعاشي للشعب وتطوير البنية التحتية والدعامات الأساسية لبناء المجتمع بتحقيق الأشباع للحاجات العامة إذ تبرز أهمية وجود جزاءات صارمة تؤمن تنفيذ العقود الإدارية طبقاً للشروط المتعاقد عليها ومن ثم دوام سير المرافق العامة

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

بأنتظام وأطراد في تقديمها للخدمات وتحقيق النفع العام، ومن أنعكاسات لوازم أشباع الحاجات العامة تسهيل الأستثمار الأجنبي والعربي في العراق[1] لتنمية النشاط التجاري ذلك تماشياً مع ما قدمه الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة الى مجلس الأمن الدولي بتأريخ 17 تموز 2003 [2] من أجل تفعيل وتطبيق مايحتاجه العراق من تطوير وتحويل لنظامه الأقتصادي من نظام مركزي لا شفافية فيه إلى نظام اقتصادي يتسم بالقدرة على النمو المستمر ذلك من خلال أبرام العقود الإدارية الداخلية والدولية والتي ستكون بالتأكيد بحاجة لضمانات وعوامل للنجاح تؤدي إلى تنفيذها بالشكل الصحيح فتبرز هنا انعكاسات صرامة الجزاءات ومدى فاعليتها في اجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته، وأنطلاقاً مما تقدم نرى ضرورة وجود أنظمة ضبط أداري متضمنة لجزاءات صارمة تحمي العقود الأدارية من الغش والتلاعب في تنفيذها.

(1) ينظر م 1 من قانون الإستثمار العربي المرقم 62 لسنة 2002، منشور في جريدة الوقائع العراقية، ع3959، في 2 / 12 / 2002، الملغي بموجب القانون رقم13 لسنة 2006.

(2) ينظر بهذا الصدد أيضاً، قرار مجلس الحكم المنحل رقم 44 بجلسته المنعقدة في 16 / 9 / 2003، الذي ينص على (الموافقة على مبدأ الإستثمار غير المشروطة لرأس المال الأجنبي والعراقي على السواء ويوصى بتقديم الدعم للاستثمار الوطني بقروض طويلة الأجل وبفوائد مخفضة وبشروط ميسرة)، مشار اليه لدى صباح صادق جعفر، قرارات مجلس الحكم النافذة لعام 2003، موسوعة القوانين العراقية، ط1، بغداد، 2004، ص9.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية ومبدأ الشرعية (الجنائية والإدارية)

أشرنا فيما سبق أن الجزاءات الجنائية هي إحدى أنواع الجزاءات التي للإدارة فرضها على المتعاقد معها بمناسبة تنفيذ العقد الإداري، إلا أنها تتميز عن الجزاءات الأخرى بأن لها طبيعة جنائية، وهذا الأمر أثار حفيظة الكثير من الفقهاء فتعرضوا له بالجدل والنقاش حول مدى تماشيها في فرض تلك الجزاءات مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ؟ وهل في فرضها لتلك الجزاءات خروج عن المبدأ المذكور أم أنهما يتوازيان ويسيران بشكل يحقق الغاية من فرض تلك الجزاءات ؟ وماهو مصدر سلطات الإدارة في فرضها هل هو العقد الأردي أوهو سلطتها في الضبط الإداري ؟ وهل نص القانون على مثل تلك الجزاءات أم للإدارة أمكانية فرضها على أساس ما تصدره من أنظمة ولوائح ؟.

وللإجابة عن كل هذه التساؤلات سنحث جهودنا إلى تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب:

- **نبين في الأول:** مبدأ الشرعية (الجنائية والأدارية) وأصله العام ونتائجه.
- **ونوضح في الثاني:** ماوفره المشرع من حماية للعقود الإدارية.
- **ونعالج في الثالث:** مدى إقتراب الإدارة أو ابتعادها عن المبدأ المذكور.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:30 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الجنائية والإدارية

كما هو معلوم يعد مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) من المبادئ الثابتة في القوانين العقابية التي تشتمل على عقوبات معينة لأفعال محددة سلفاً، وكما هو الحال في إعماله في قانون الجرائم والعقوبات الجنائية فهو معمول به في قانون الجرائم والعقوبات الإدارية، إذ نصت عليه قوانين العقوبات الإدارية بالنسبة للدول التي أخذت بقانون الجرائم والعقوبات الإدارية، أما بالنسبة للدول التي لم تأخذ بهذا القانون كنظام متكامل فقد أكدت على ضرورة احترام هذا المبدأ بالنسبة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على الأفعال التي يعدّها القانون جرائم.

ولتوضيح هذا المبدأ في كل من قانون الجرائم والعقوبات الجنائي وقانون الجرائم والعقوبات الإداري قسمنا هذا المطلب على فرعين:

- **نوضح في الأول:** مدلول المبدأ وأصله العام ونتائجه في القانون الجنائي.
- **ونبين في الفرع الثاني:** مدلوله وأصله العام ونتائجه في القانون الإداري.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

مبدأ الشرعية الجنائية

أولاً: مدلول المبدأ:

تعني الشرعية في المفهوم الفقهي الجنائي الحديث أن أساس قانون العقوبات هو التشريع فقط، وعليه لا يمكن أن يكون القياس أو المبادئ العامة للقانون أو العادة أساساً له ولا يمكن أن يحاكم شخص أو يعاقب ألا بموجب نص في القانون يجعل منه جريمة ويفرض على مرتكبه عقاباً.

فمبدأ الشرعية معناه أن الأفعال التي تعد جرائم هي المنصوص عليها في قانون العقوبات مسبقاً والمنصوص فيه أيضاً على العقوبات المقررة لها، شريطة أن يكون النص قد صدر قبل ارتكاب الفعل المراد المعاقبة عليه، فيجب أن يعلم الأفراد سلفاً من القانون ما هو محظور من أفعال قبل مطالبتهم بأن يحكموا تصرفاتهم على هواه[1]، أذاً فمبدأ الشرعية هو مبدأ أساسي في القانون الجنائي مقتضاه أنه لا يعد أي سلوك جريمة ولا تفرض على مرتكبه أية عقوبة أو تدبير إلا بسند شرعي، ومن آثار هذا المبدأ عدم رجعية القانون وعدم جواز القياس[2].

(1) د. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1996، ص40.

(2) طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، 2004، ص62.
ينظر أيضاً:
د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ساعدتجامعة بغداد على طبعه، 1992، ص35.
و د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1990، ص66.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ثانياً: الأصل العام لمبدأ الشرعية الجنائية:

تعود الأصول الأولى لمبدأ الشرعية الى الشرائع السماوية التي تؤكد كلها على أنه لا تكليف إلا برسالة وتبليغ، وهذا ما أكدته الشريعة الأسلامية السمحاء من أنه لا يمكن أن تكون جريمة أو عقوبة دون رسالة رسول يبشر وينذر، ومن النصوص القرآنية في ذلك قوله تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾[1]، وقوله تعالى ﴿رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾[2].

أما أصوله في القانون الوضعي فتعود الى وثيقة (العهد الأعظم) التي أصدرها الملك جون لرعاياه في بريطانيا عام 1216، ثم نقله مهاجروا الأنكليز الى أمريكا الشمالية، إذ نص عليه إعلان حقوق الأنسان الصادر في فلاديفيا عام 1774، وبعد قيام الثورة الفرنسية تبناه رجالها وأعطوه صياغة واضحة وأعطوه مفهوماً محدداً إذ نص عليه إعلان حقوق الأنسان والمواطن الصادر في 26 آب 1789، وقد تأصلت وترسخت حرمة هذا المبدأ وأصبح من المبادئ الجنائية العالمية عندما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة التمسك به في الأعلان العالمي لحقوق الأنسان الصادر في عام 1948، كما نص عليه الميثاق الذي صدر عن وزراء المجلس الأوربي في روما في عام 1950 بشأن صيانة حقوق الأنسان وحرياته الأساسية، وبعد ذلك أخذت به غالبية التشريعات الجنائية كما نصت عليه معظم دساتير العالم وأصبح من المبادئ الدستورية الراسخة[3]، ذلك لما يحمله هذا المبدأ من أهمية بالغة سواءً

(1) سورة الأسراء الآية (5).

(2) سورة النساء الآية (165).

(3) د. ماهر عبد شويش، المصدر السابق، ص67.
ينظر أيضاً:
د. أكرم نشأت إبراهيم، المصدر السابق، ص79.
و عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، ج1، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص97.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

على صعيد المصلحة الفردية أم على مستوى المصلحة العامة، فعلى المستوى الفردي تتجلى أهميته في قضائه على الأستبداد والظلم الذي كان سائداً ردحاً من الزمن لأنه عرّف الأفراد بالخطوط الفاصلة بين الأفعال المجرمة والأفعال المباحة مما يحقق لهم الأمن والطمأنينة والإستقرار في حياتهم ويحول دون إستبداد القضاة وتحكمهم فالقاضي ملزم ومقيد بالنصوص القانونية المراد تطبيقها كمصدر وحيد للقاعدة الجنائية، وعلى مستوى المصلحة العامة تكون أهميته في أن وظيفة التجريم والعقاب منوطة بيد المشرع وحده الذي يحدد الجرائم ويوضح العقوبات المقررة لها وهذا ما يؤكد العدالة والمساواة بين الأفراد دون تمييز إذ لم يكن له وجود قبل مبدأ الشرعية[1]، وقد أخذت به غالبية التشريعات الجنائية ومعظم دساتير العالم منها الدستور العراقي الحالي لعا 2005 وقانون العقوبات العراقي رقم 111 لعام 1969 [2]، كذلك الدستور المصري لعام 1971 وقانون العقوبات المصري رقم 58 لعام 1937 المعدل[3]، والدستور الأيطالي لعام 1948 وقانون العقوبات الإداري الأيطالي رقم 689 لعام 1981 [4]، والدستور الألماني لعام 1949 وقانون العقوبات الإداري الألماني1975 [5].

ثالثاً: نتائج المبدأ:

يترتب على إعمال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدة نتائج تتمثل في عدة التزامات تقع على عاتق كل من المشرع والقاضي والأفراد نتناولها بالتفصيل الآتي:

(1) د. محمد صبحي نجم، المصدر السابق، ص41.
و عبدالرحمن توفيق أحمد، المصدر السابق، ص97.
(2) م 19 فـ2 من الدستور العراقي الحالي، وم 1 من قانون العقوبات العراقي الحالي.
(3) م 66 من الدستور المصري، وم 5 من قانون العقوبات المصري المعدل.
(4) م 25 فـ2 من الدستور الإيطالي، وم 1 من قانون العقوبات الإداري الإيطالي.
(5) م103 فـ2 من الدستور الألماني، وم 1 و3 من قانون العقوبات الإداري الألماني.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أ. الألتزامات التي تقع على عاتق المشرع:

1. يجب بداية أن يلتزم المشرع بالتحديد الواضح والكافي لعناصر الفعل الإجرامي وألا يكون النص غامضاً أو واسعاً يسمح بتحكم القاضي.

2. التزام المشرع بعدم سنه لقوانين تسري بأثر رجعي على أفعال وقعت في الماضي كي لا يفاجأ الأفراد بها، وذلك إلا إذا كانت تلك القوانين أخف أثراً وأقل وطأةً من القوانين القديمة التي كانت تنظم الموضوع نفسه.

3. كما يجب أن يلتزم المشرع بالتحديد الدقيق للجزاء وأن يضع حداً أقصى له ليكون الأفراد على علم بما سيتعرضون له من عقاب إذا ما أقدموا على أرتكاب جريمة ما.

4. وأخيراً يجب أن يلتزم المشرع بتحديد الإجراءات الواجب إتباعها لنظر دعوى ما وتحديد الأختصاصات بالقدر الذي يكفل للأفراد الضمانات الكافية لحماية حرياتهم والدفاع عن حقوقهم، إذ يجب أن يخضع الأفراد لمحاكمة عادلة قبل أن يخضعوا لعقوبة ما[1].

ب. الألتزامات التي تقع على عاتق القاضي:

1. فاعلية مبدأ الشرعية يلزم القاضي بتحديد تكييف الأفعال التي ينظرها مما يعني البحث عن النص القانوني الذي ينطبق عليها.

2. يلتزم أيضاً عند النطق بعقوبة ما أن يثبت في حكمه وجود العناصر المكونة للفعل الإجرامي ومن ثم فلا متابعة أو إدانة بالنسبة لفعل لا يخضع لتكييف جنائي.

(1) د. أمين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص107.
و د. محمد سعد فودة، المصدر السابق، ص206.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

3. لايستطيع أن يقضي إلا بالعقوبة المنصوص عليها في القانون، بل أنه لا يستطيع أن يقضي بعقوبة تكميلية غير منصوص عليها بالنسبة للحالة التي ينظرها، كما أنه لا يستطيع أن يحدد طريقة معينة لتنفيذ العقوبة غير المنصوص عليها في القانون[1].

4. لايستطيع القاضي الجنائي القياس لأنه استحداث لنص جنائي يقع ضمن سلطة المشرع.

ج. الإلتزامات التي تقع على عاتق الأفراد:

يترتب على إعمال مبدأ الشرعية صدور قانون مكتوب يحدد الجرائم والعقوبات وبعد أن يتم التصديق عليه من الجهة المختصة فأنه ينشر بهدف علم الأفراد به، وعليه فأنه من اللحظة التي يتم فيها نشر القانون يصبح الأفراد ملتزمين بما جاء في هذا القانون وبناءً عليه فلن يعذر أحد بجهله بهذا القانون لذلك يمكن القول بمبدأ لا يعذر أحد بجهله بالقانون، وهو نتيجة منطقية لإعمال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[2].

(1) د.ماهر عبد شويش، المصدر السابق، ص77 و د. محمد صبحي نجم، المصدر السابق، ص 42.

(2) د. أمين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص107.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الإدارية

أولاً: مدلول المبدأ:

قبل الولوج في بيان مدلول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الإدارية كان لابد من بيان تعريف قانون العقوبات الإداري أو مايطلق عليه القانون الإداري الجنائي: وهو ذلك الفرع من القانون الذي يحدد الأفعال التي تعد جرائم إدارية ويحدد الجزاءات الإدارية الملائمة لها والتي توقعها جهة الإدارة، إذ يعني سلطة الإدارة في فرض جزاءات بدلاً من المحكمة[1].

إذن مدلول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الإدارية هو أن يتم تحديد الجرائم الإدارية وجزاءاتها بنص قانوني صريح صادر من سلطة مختصة، ولا يكفي أن يصدر النص مكتوباً بل يجب أن يكون تحديده للجريمة الإدارية والجزاء الإداري واضحاً ودقيقاً بحيث يسهل على الأفراد المخاطبين به فهمه وإدراكه ومن ثم تجنب مخالفته[2]، إذ أن مبدأ الشرعية لا يقتصر فقط على الجرائم والعقوبات التي ترد في قوانين العقوبات الجنائية بل يمتد كذلك لينطبق على جميع القوانين الرادعة، لذلك نرى أنه ليس من كمال المبدأ إقتصاره على شرعية الجرائم والعقوبات الجنائية بحيث لا ينطبق إلا في مجال واحد من مجالات قوانين الردع وهو مجال التجريم والعقاب، وذلك لأتساع نطاق القانون الرادع ليشمل ليس فقط قانون العقوبات بل كذلك كل قانون يقيد الحرية أو ينظمها، وإذا كان مبدأ

(1) د. محمد سعد فودة، المصدر السابق، ص 12.

و د. جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص95.

(2) د. أمين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص117.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الشرعية متفقاً عليه في نطاق الجرائم الجنائية فأنه لا يجوز التغاضي عنه بالنسبة للجرائم والعقوبات الإدارية، إذ تمس تلك العقوبات حقوق الأفراد وقد تنتقص من حرياتهم العامة الأمر الذي يتعين معه تحري وجود نص يقرر العقوبة التي أتجهت نية الإدارة إلى تطبيقها من عدمه ويهدف المبدأ في المجال الإداري إلى تأكيد التزامات السلطات الإدارية فيما تصدره من قرارات بالقانون، لما يمثله ذلك من حصن منيع لحماية حقوق وحريات الأفراد، فالجزاء الإداري يستلزم ألا تقدم الإدارة إلى إتخاذه إلا بناءً على نص قانوني بإعتباره أجراء مقيد لحرية المواطنين وأن المشرع هو وحده المنوط به الإختصاص في تحديد تلك الإجراءات، ولا يثور الحديث عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الإدارية إلا بالنسبة للإجراءات الصادرة من الإدارة التي تحمل طابع العقاب كنتيجة لمخالفة أدارية محددة سلفاً حال ثبوت أرتكابها، أما تلك التي لا تحمل معنى العقاب فيمكن إتيانها دون حاجة إلى نص يقر بها، لدخول مثل هذا الأمر في نطاق السلطة التنظيمية للإدارة[1].

ثانياً: الأصل العام لمبدأ الشرعية الإدارية:

رأينا أن الأصل العام لمبدأ الشرعية الجنائية يعود إلى الشرائع السماوية أولاً، ثم للدساتير والتشريعات الوضعية والمؤتمرات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان العالمية، وأن الشرعية الإدارية ترجع للأصل نفسه، إذ تناولته المؤتمرات الدولية والتي تؤكد كلها على أهمية إحترام مبدأ الشرعية الإدارية والنص عليه في مجال الأحكام العامة لقانون الجرائم والعقوبات الإدارية فقد أكدت نتائج المؤتمر التمهيدي من المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات الذي أنعقد في ستوكهولم عام 1987 على أهمية إحترام المبادئ الجوهرية للقانون ووجوب خضوع تحديد الجرائم الإدارية وجزاءاتها لمبدأ الشرعية[2]، وعلى صعيد الدساتير والقوانين

(1) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، مصدر سابق، ص56.

(2) د. أمين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص116 ومابعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

العقابية فقد نصت عليه غالبية الدساتير العالم - كما أشرنا سابقاً والتي شملت في أشارتها لمبدأ شرعية جميع القوانين الرادعة ومن ضمنها قانون الجرائم والعقوبات الإداري، أما بالنسبة للدول التي أخذت بنظام قانون الجرائم والعقوبات الإداري كالقانون الإداري الألماني والقانون الإداري الايطالي فقد حرصا على تضمينهما مواداً تؤكد على إحترام مبدأ الشرعية في نطاق هذا القانون[1]، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود حالات تختص بها الإدارة بفرض جزاءات إدارية في الدول التي لم تأخذ بعد بقانون الجرائم والعقوبات الإدارية يتضمن كل الأحكام العامة والإجراءات الخاصة بالجرائم الإدارية وجزاءاتها، كما هو الحال في كل من فرنسا ومصر والعراق، إذ أن للإدارة فيها فرض جزاءات إدارية طبقاً لقواعد القانون الإداري الهادفة لتحقيق النفع العام وحماية النظام العام كل هذا من غير تكريس ذلك في قانون يحصر الجرائم والعقوبات الإدارية.

ومن جانبنا نرجح ونتفق مع هذا الأتجاه ذلك أن القانون الإداري ينظم كيفية إشباع حاجات الناس من خلال تأمين دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد، وكما هو معلوم إن حاجات الناس متغيرة زمانياً ومكانياً ومن زمان لآخر في المكان نفسه، لذلك فأن حصر الجرائم والعقوبات الإدارية يؤدي إلى تقييد الإدارة بجزاءات معينة لجرائم معينة ومن ثم خروج الكثير من الجرائم من دائرة التجريم وإفلات الكثير من مرتكبيها من العقاب.

ثالثاً: نتائج المبدأ:

إن نتائج مبدأ الشرعية في قانون الجرائم والعقوبات الإداري هي نفسها التي تنطبق في مجال القانون الجنائي التقليدي.

(1) المصدر نفسه، ص111 ومابعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ومما يجدر التعقيب عليه هو أن من أهم نتائج المبدأ هنا التقييد التام للإدارة بالنصوص التشريعية الأمر الذي قد يخرج الكثير من الأفعال التي يجب أن تعد جرائم من دائرة التجريم، ومن ثم إفلات مرتكبيها من العقاب، ذلك وكما أشرنا سابقاً بسبب التطور السريع والمستمر لعمل الإدارة في تحقيق النفع العام بسبب تغير متطلبات إشباع الحاجات العامة.

بالإضافة إلى ضرورة صياغة النص بشكل دقيق وبخاصة في ما يتعلق بالعقوبات الإدارية الجنائية، وامتداداً لمبدأ الشرعية تخضع الإدارة لدى ممارستها سلطتها بفرض الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء ويكون القضاء الإداري هو المختص مالم يوجد نص خاص يحدد الجهة المختصة بذلك[1].

(1) د.محمد سعد فودة، المصدر السابق، ص206.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

الحماية الجنائية للعقود الأدارية

لاينظر إلى المتعاقد مع الإدارة بعدّه متعاقداً فقط بل بإعتباره مساعداً للإدارة في تسيير المرفق العام لذلك فهو مسؤول مسؤولية مباشرة عن التنفيذ السليم للعقد الإداري وقد حرَّم المشرع تصرفاته المخلة في التنفيذ بجزاءات معينة تفرض في حالات الإخلال بالتنفيذ، وشأنه في ذلك شأن الموظف العام الذي حرَّم المشرع تصرفاته الضارة بالمرفق العام.

إلا أن المشرع فضلاً عن ذلك وفرّ للعقد الإداري حماية جنائية من خلال مانصه في صلب قانون العقوبات من جزائات جنائية تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتنفيذ على نحو معين، فضلاً عن ذلك إذا ما منحت القوانين والأنظمة والتعليمات العامة والخاصة للإدارة من خلال التفويض التشريعي سلطة فرض جزاءات جنائية على المتعاقد المقصر بصفتها سلطة عامة تملك سلطات ضبطية للمحافظة على النظام العام والمسؤولة عن أدارة المرافق العامة وسيرها، أو قد يخول المشرع الإدارة بنص صريح حق تنظيم مرفق عام يدار بطريقة الالتزام مع وضع عقوبات معينة للإخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذي تضعه الإدارة إذ يمكن أن تفرض على المتعاقد هذه العقوبات وقتئذ أذا لم يحترم ذلك التنظيم.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وسنحث خطانا لتوضيح ذلك في ثلاثة فروع:

- **نبين في الأول:** الحماية الجنائية للعقود الإدارية الواردة في النصوص التشريعية.
- **أما في الثاني:** فسنوضح الحماية الجنائية الواردة في الأنظمة والتعليمات الخاصة بالضبط الإداري.
- **ونعالج في الثالث:** الحماية الجنائية الواردة في الأنظمة والتعليمات واللوائح الأخرى.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

الحماية الجنائية الواردة في النصوص التشريعية

قد ينص القانون على اعتبار بعض الإخلالات العقدية جرائم جنائية ويورد لها عقوبات معينة إلا أنه قد تباينت كيفية تحديد تلك المخالفات وعقوباتها في التشريع المقارن، ومن أمثلتها في القانون الفرنسي مخالفات الطرق بالنسبة لإلتزامات مرفق النقل وجرائم الموردين، كما يوجد في القانون المصري حالات مماثلة كالإخلال بقواعد المقاولة والتوريد إما القانون العراقي فهناك إشارة بسيطة لهذا الموضوع، كإفشاء الأسرار التي علمها المتعاقد بمناسبة عقدي المقاولة والعمل، وسنوضح ذلك بالتفصيل الآتي:

أولاً: في القانون الفرنسي:

1. مخالفات الطرق:

قد تستلزم إلتزامات المرافق العامة إشغال جزء من المال العام مثل مرفق النقل بالسكة الحديدية وغيره، ومن واجب الملتزم عدم الإضرار إطلاقاً بهذا المال وبطبيعة الحال يمكن للملتزم أن يعدل جزءاً من وعاء المال العام الذي يباشر عليه إستغلاله ولكن يجب أن يستوفي الترخيصات اللازمة لذلك وأن يتصرف تحت رقابة الإدارة وأن يتبع التعليمات التي وضعتها الإدارة من أجل المحافظة على المال العام، وتعد مخالفات الطرق من المخالفات التي نص القانون الفرنسي على جزاءات جنائية لها، منها ماتضمنته القواعد القانونية الخاصة بالمحافظة على هذا المال وينعقد الإختصاص بها للمحاكم الإدارية الإقليمية الفرنسية، ومن أمثلة النصوص التشريعية التي نصت على جزاءات جنائية القانون رقم 15 يوليو 1845 في شأن بوليس سكك الحديد، كذلك القانون رقم 11 يونيو سنة 1880 [1].

(1) Code adminstritif, Dalloz, Paris, 1998, p 297.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

2. جرائم الموردين:

يذهب المشرع الفرنسي إلى إعتبار الأخلالات المختلفة التي يرتكبها موردوا القوات المسلحة البرية والبحرية بمناسبة تنفيذ عقودهم جرائم (جنح، جنايات) إذ يرى أن تقصير المورد في إداء الخدمة المكلف بها أوالتأخير في تسليم التوريدات أو تنفيذ الأعمال التي عهد إليه بها بسبب إهماله أوالغش في طبيعة وجودة الأشياء الموردة، عدها جرائم طبقاً لنص المواد (433.430) والتي نص فيها على عقوبات مالية ومقيدة للحرية[1].

ثانياً: في القانون المصري:

يذهب المشرع المصري إلى تجريم بعض أخطاء المتعاقد مع الإدارة والتي تأخذ الشكل الجنائي، ومن ثم يخضعه لعقوبات جنائية وهو ما تضمنته المادة 116 مكرر من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل بالقانون رقم 120 لسنة 1962 إيماناً منه بحمايتها ورغبة في كفالة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، إذ جعل من الإخلال بتنفيذ بعض الإلتزامات التي تنشأ من عقود الإدارة جرائم جنائية، إذ نصت المادة المذكورة أعلاه على أن (كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الإلتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال إرتبط به مع الحكومة أو إحدى الهيئات والمؤسسات أو الشركات أو الجمعيات أو المنظمات أو المنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت وترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا إرتكب الجريمة في زمن الحرب وترتب عليها إضراراً بمركز البلاد الإقتصادي أو

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص307.
و أحمد خورشيد حميدي المفرجي، المصدر السابق، ص21.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

بمصلحة قومية لها وكل من استعمل أو ورّد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر ولم يثبت غشه لها أوعلمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس أو الغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك مالم يثبت أنه لم يكن بمقدوره العلم بالغش والفساد ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة ويعاقب بالعقوبة سالفة الذكر على حسب الأحوال، المتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الإلتزام أو الغش راجعاً إلى فعله)[1].

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع قد استهدف من وراء تدخله بالحماية الجنائية لتلك االعقود إلى تجريم الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقود الإدارية الواردة في النص لما تحمله من أهمية وما تمثله حمايتها من ضرورة في تلبية متطلبات المرفق العام.

ثالثاً: في القانون العراقي:

لم يرد في قانون العقوبات العراقي نص يعاقب المتعاقد مع الإدارة إذا ما أخل بتنفيذ إلتزاماته كما هو الحال في قانوني العقوبات الفرنسي والمصري، إلا أنه تطرق في بعض نصوصه إلى نزاهة المتعاقد إذا ما أفشى بعض أسرار العمل الذي عقد العقد لإنجازه والأحوال المتعلقة بالمناقصات والمزايدات التي تسبق التعاقد إذ نصَّ في المادة 327 على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من إرتبط مع الحكومة بعقد مقاولة أو عمل وكذلك وكيله أو أي عامل لديه أفشى أمراً علمه بمقتضى عقد المقاولة أو العمل وكان يتحتم عليه كتمانه)، وأيضاً في المادة 336 ف 2 إذ نصت على (يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أخل بطريقة

(1) د. إبراهيم سيد أحمد، المصدر السابق، ص 9.
و د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البيع B - O - T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص205.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بحرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بمالها بنصيب أو التي تجريها الدوائر الرسمية وشبه الرسمية)[1].

يتضح من خلال النصين السابقين أنهما يعالجان مسألة إفشاء بعض الإمور السرية التي يعلم بها المتعاقد مع الإدارة أو أحد مستخدميه بحكم عمله وإرتابطه بالإدارة بمقتضى العقد وذلك وحسب النص فقط في عقدي المقاولة والعمل دون العقود الإدارية الأخرى، وكذلك مسألة التدخل بطريق غير مشروع في إبرام العقود الإدارية، ولم تذكر فيها حالات الإخلال الاخرى في تنفيذ تلك العقود، من هنا نرى ضرورة أن يعالج الموضوع في العراق والأخذ بما سلكه المشرع المصري من النص على عقوبات جنائية على المتعاقد مع الإدارة المخل بإلتزاماته ذلك نظراً لأهمية العقد الإداري وضرورة تنفيذه على الوجه الذي يحمي ويؤمن دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد خصوصاً في الظرف الحالي الذي يمر به البلد وحاجة الإدارة الماسة لأن تكون وسائل نشاطها على على قدر من الجدية والإلتزام.

ونود أن نذكّر أن الحماية المقررة في النصوص التشريعية للعقود الأدارية والمتضمنة لجزاءات جنائية، لا يكون من اختصاص الادارة فرضها، بل يقتصر دورها على كونها طرفاً في الدعوى لا أكثر ويكون القضاء هو المختص في ذلك.

(1) قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

الحماية الجنائية الواردة في أنظمة ولوائح الضبط الإداري

من المسلم به أن الإدارة تستطيع أن تصدر أنظمة وقرارات لضبط إداري، عام بقصد صيانة النظام العام المتمثل في تحقيق الأمن العام وحياطة الصحة العامة وتوفير السكينة العامة، كما يمكنها أن تصدر أنظمة ضبط إداري خاص يكون في الغالب موضوعاً لتشريعات خاصة يتناول نشاطاً معيناً أو يستهدف غرضاً خاصاً خلاف الأغراض المذكورة، ومعلوم أن مخالفة الإلتزامات المفروضة بهذه الأنظمة تكون معاقباً عليها طبقاً للمادة 471 من قانون العقوبات الفرنسي والمقابلة للمادة 395 من قانون العقوبات المصري والمادة 16 ف1 من قانون العقوبات العراقي.

ويمكن أن تتضمن إجراءات الضبط الإداري هذه نصوصاً يشتمل تطبيقها على المتعاقد مع الإدارة أيضاً وقد تملي عليه أو تمنعه من هذا النشاط أو ذاك في سبيل تنفيذ العقد وهذه العلاقة بين سلطة الضبط الإداري والعقد تكوِّن اليوم نظرية مستقرة تسودها المبادئ الآتية:

1. أن سلطات الضبط الإداري تستطيع أن تتخذ لتحقيق الأهداف العادية للضبط (الأمن والصحة والسكينة) قرارات تنظيمية أو فردية بالنسبة للمتعاقدين مع الإدارة:

كما هو الشأن أزاء المواطنين الآخرين، أي أن سلطة الضبط يمكن أن تلزم المتعاقد بجميع إجراءاتها التي تفرضها على أي شخص في الظروف نفسها، مثلاً لها أن تمنع ملتزم مرفق المياه من أن يقدم للإستهلاك مياهاً غير صالحة ويمكن للمدير لكي يحقق النظام العام أن يتخذ إجراءات ضبط تصل حتى إلى حد

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الإغلاق المؤقت لمواقع عمل تنفيذ الأشغال العامة[1]، وعلى ذلك فإن صفة المتعاقد مع الإدارة لا تحمي من يحمل هذه الصفة من تطبيق قواعد الضبط الإداري طالما لم تخصه بالتطبيق بصفته هذه، بل يخضع لها شأن أي مواطن آخر، وأساس ذلك أن العقد الإداري لا يمكن أن يكون من غرضه أو من أثره إهدار حق السلطة العامة في الضبط الإداري العام بأن تتخذ حتى أزاء المتعاقد معها الإجراءات اللازمة لضمان الأمن والسكينة والصحة العامة، فإلتزام المتعاقد مع الإدارة بأن يخضع لهذه الإجراءات كبقية الأفراد الآخرين موجود بالرغم من قيام العقد الإداري وأن أي شرط فيه يتعهد له بالإعفاء من أنظمة الضبط الإداري يكون باطلاً وكون هذه الإجراءات تتعلق بمتعاقد مع الإدارة وتؤثر على شروط تنفيذ عقد إداري لايغير شيء من نظامها أو طبيعتها أو أساسها، كما قد ينص دفتر الشروط على إن من حق السلطات الإدارية أن تصدر لوائح وأنظمة لضبط تتعلق بتنفيذ العقد ففي هذه الحالة أيضاً تبقى سلطة الإدارة مؤسسة على الإختصاصات العامة لهذه السلطات وليس على دفتر الشروط الذي يقتصر فقط على تطبيقها[2].

ولكن في الواقع يجب تمييز إجراءات الضبط هذه عن الإجراءات التي تتخذها الإدارة بناءً على مالها من سلطات التدخل في تنفيذ العقد لمجرد الرقابة أو تعديل بعض نصوصه أو فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ومن جانبنا نذهب إلى تأييد الرأي الفقهي القائل إن الفرق الجوهري والأساسي بين هذه السلطة وتلك هو أن سلطة الضبط تتضمن نظاماً قانونياً يختلف عن نظام التدخلات في التنفيذ العقدي فليست السلطات المختصة بممارستها واحدة دائماً في الحالتين، كما أن أنظمة الضبط واجراءاته تكون لها جزاءات جنائية لا تتضمنها دائماً إجراءات

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص312.

(2) د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، 1961، ص102.

و أحمد خورشيد حميدي المفرجي، المصدر السابق، ص21.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

التدخل في العقد، وهذه قاعدة ضيقة جداً إذ أن السلطة الإدارية لا تستطيع أن تعطي شكل أوامر الضبط لإجراءات الرقابة أو الإجراءات التي تستهدف توقيع جزاءات بالنسبة للإلتزامات العقدية للمتعاقد، فلا يمكن أن تستخدم لهذا الغرض سلطة الضبط التي تملكها والتي لا يمكن إستخدامها إلا لتحقيق أهدافها الخاصة.

2. إذا كان أمر الضبط مشروعاً يجب تطبيق نظامه القانوني، دون النظام الذي يخضع له العقد:

وبطبيعة الحال إذا أدى أمر الضبط المشروع تماماً إلى تحميل المتعاقد بأعباء لم تكن مرتقبة قبل إبرام العقد ومن شأنها فقد التوازن المالي له فإن المتعاقد يستطيع في هذه الحالة أن يلجأ إلى قاضي العقد لا بطلب إلغاء الأمر ولكن بطلب إعادة التوازن المفقود عن طريق تعويضه تعويضاً كلياً عما لحق به من أضرار ذلك طبقاً لقواعد نظرية فعل الأمير، كما يمكنه أيضاً طلب التعويض إذا نتج عن تصرفات الضبط صعوبات تحول دون تنفيذ العقد[1]، وتطبيقاً لهذه القواعد يلزم قانون المناقصات والمزايدات المصري بأن تتبع جميع لوائح البوليس والصحة والمجالس البلدية ومجالس المديريات ومكتب العمل ومصلحة الآثار وغيرها ويتحمل المقاول مايتطلب ذلك من مصروفات بما في ذلك مصروفات إستحصال الرخصة[2].

كذلك نصت على ذلك الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق إذ نصت (على المقاول أن يمتثل في جميع الوجوه لأحكام القوانين والأنظمة أو المراسيم والأوامر وكذلك التعليمات والبيانات أو القرارات الصادرة من الإدارة المحلية أو الجهات الأخرى المخولة قانوناً ويضمن المقاول صاحب العمل في مواجهة جميع التعويضات والمسؤوليات مهما كان نوعها الناجمة عن عن خرق أي من تلك القوانين أو الأنظمة أو المراسيم أو الأوامر أو غيرها مما سبق ذكره)[3].

(1) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص315.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1975، مصدر سابق، ص553.

(3) المادة 27 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام 1988.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

الحماية الجنائية الواردة في أنظمة ضبط أخرى بناءً على قانون

يمنح المشرع أحياناً الإدارة بمناسبة تنفيذ بعض العقود سلطة إصدار أنظمة إدارية مدعمة بجزاءات جنائية تستهدف غرضاً آخر غير غرض الضبط يتعلق بالتنفيذ نفسه فقد يخولها الحق في تنظيم مرفق يدار بطريق الإلتزام مع وضع عقوبات معينة تفرض في حالة الإخلال بالقواعد التي تضعها الإدارة في هذا الخصوص، ففي هذه الحالة يكون للإدارة فرض هذه الجزاءات على الملتزم إذا لم يحترم هذا التنظيم.

ومن أمثلة ذلك في القانون الفرنسي القانون الصادر في 15 يوليو 1845[1] الذي عدَّ كل مخالفة للوائح الإدارية العامة التي تتعلق بضمان إستغلال السكك الحديدية والقرارات التي يتخذها المديرون بموافقة من وزير الأشغال العامة لتنفيذ هذه اللوائح جريمة جنائية معاقباً عليها بالعقوبات المبينة به، كذلك القانون رقم 15 يونيو سنة 1906 [2] الذي يقضي بمعاقبة وزير الكهرباء جنائياً بالعقوبات المنصوص عليها فيه عندما يعتدي على سلامة الطرق القومية أو الإقليمية أو الخاصة بالري أو على حرية مسيل المياه[3].

ومن تطبيقات ذلك في مصر القانون رقم 115 لعام 1957 في شأن تنظيم مرفق نقل البضائع في الطرق العامة والذي أجاز منح الإلتزام بهذا المرفق، فقد خوّل وزير المواصلات بتنظيم المرفق المذكور ووضع القواعد الخاصة بتسييره

(1) المادة 21 منه.

(2) المادة 24 منه.

(3) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص317.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وخوله في الوقت نفسه فرض عقوبات جنائية على كل مخالفة لأحكام هذه القواعد أو القرارات الصادرة تنفيذاً لها، كذلك القانون رقم 10 لسنة 1956 في شأن الملاحة الداخلية المعدل بالقانون رقم 57 لسنة 1962 إذ أتى بتنظيم مرفق النقل النهري وبين أن منح إستغلاله يكون بطريقة المزايدة كما خوّل وزير الأشغال العمومية والبلدية والقروية حسب الأحوال بنص صريح سلطة وضع القواعد المنظمة لإستغلال هذا المرفق ونص على عقوبات جنائية على كل مخالفة لأحكامه أو القرارات المنفذة له مالم تنص هذه القرارات على عقوبة أقل[1].

ومن تطبيقاتها في العراق القانون رقم 12 لسنة 1995 الخاص بصيانة شبكات الري والبزل، إذ نصَّت المادة 5 ف2 منه على أنه (... ويقصد بالمزارع لأغراض هذا القانون مالك الأرض أو صاحب حق التصرف فيها أو مستأجرها أوالفلاح الموزعة عليه أو المتعاقد مع الإصلاح الزراعي) ونصت المادة 11 ف2 منه على أنه (يخول كل من مدير عام الهيئة ومديري الري في المحافظات سلطة قاضي جنح لفرض الغرامة المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون وإذا تبين لأي منهم أن مخالفة المزارع تستوجب عقوبة الحبس فله توقيف المخالف...)، كذلك القانون رقم 71 لسنة 1978 لحماية الإنتاج الزراعي وتنميته المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1983 إذ نصّت المادة 14 ف1 منه على (يعاقب المستفيد من أراضي الإصلاح الزراعي والإستصلاح بغرامة عند ثبوت مخالفته التعليمات والأوامر الصادرة من الجهة المختصة)[2] ونصت ف2 منه على أنه (يخوّل المدراء العامون للهيئات العامة للزراعة والإصلاح الزراعي في المحافظات والمدراء العامون للمنشآت العامة الزراعية صلاحيات فرض الغرامة المنصوص عليها في الفقرة

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص319.

(2) إبراهيم المشاهدي، الوجيز في السلطات القضائية المخولة للإداريين، مطبعة الزمان، بغداد، 2002، ص71 - ص72.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

1من هذه المادة وإستبدالها بالحبس عند الإمتناع عن دفعها وفقاً لقانون إصول المحاكمات الجزائية على أن لا يخل ذلك بالصلاحيات الممنوحة لرؤساء الوحدات الإدارية بموجب أحكام هذا القانون)[1].

(1) ينظر تفصيل ذلك المصدر نفسه، ص59.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

مدى إقتراب الإدارة أو إبتعادها عن مبدأ الشرعية (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)

رأينا أن مبدأ الشرعية لا يقتصر فقط على قانون العقوبات الجنائية بل يمتد ليشمل إنطباقه جميع القوانين الرادعة، وأن ليس من كمال المبدأ إقتصاره على مجال التجريم والعقاب الجنائي ذلك لإتساع نطاق القانون الرادع ليشمل ليس فقط قانون العقوبات بل كل قانون يقيد الحرية أو ينظمها فضلاً عن انطباقه على قانون الجرائم والعقوبات الجنائية ينطبق أيضاً على قانون الجرائم والعقوبات الإدارية.

- **وأن مدلوله في المجال الجنائي يعني:** إن أي فعل من أفعال الأفراد وأي ضرب من ضروب سلوكهم لا يشكل جريمة تحت أي ذريعة إلا إذا وجد نص في قانون راهن يقرر إضفاء الصفة الجرمية على ذلك الفعل المعين ويحدد له الجزاء شريطة أن يكون النص قد صدر قبل إرتكاب الفعل المراد عقاب فاعله عليه.[1].
- **ومدلوله في المجال الإداري:** هوحصر الجرائم والعقوبات الإدارية في نصوص قانونية، فيختص القانون بتحديد الأفعال التي تعد جرائم إدارية وبيان أركانها وتحديد ما يناسبها من جزاءات.

(1) د. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص35.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وتبرز أهمية هذا المبدأ من خلال إعتباره ضمانة وصيانة لحرية الأفراد تجاه السلطة، ثم أن مبدأ الشرعية يعطي العقوبة أساساً قانونياً يجعلها مقبولة بإعتبارها توقع من أجل المصلحة العامة، كما أن مبدأ الشرعية يخدم مصالح المجتمع لأن وجود نص في القانون يحدد الجرائم ويبين العقوبات يخلق قوة رادعة تزجر من يحاول إتيان السلوك المجرّم، وبذلك فأن مبدأ الشرعية يعزز الدور الوقائي للقانون، وفضلاً عن ذلك إن ترك تحديد الجرائم والعقوبات يجعل الأمر متروكاً لأجتهاد القضاة وتحكمهم بحيث يجوز للقاضي الحكم بتجريم أي فعل ويفرض عليه مايشاء من جزاء، ثم أن المبدأ يحقق وحدة القضاء وعدم تناقض أحكامه إذ أن القضاء بوجود المبدأ يصبح ملزماً في الدولة بتطبيق نص القانون على جميع الأفراد وفي حالة عدم وجوده فإن أحكام القضاء سوف تختلف وتخضع لإجتهاداتهم الخاصة[1].

وأزاء أهمية هذا المبدأ وضرورة وجوده فقد حرصت على النص عليه معظم المواثيق الدولية وحقوق الإنسان العالمية وأخذت به أغلب الدساتير وجميع التشريعات العقابية المعاصرة، وفي مجال القانون الإداري نرى تطبيق ذلك في الدول التي أخذت بالفعل بنظام قانون العقوبات الإداري كألمانيا وإيطاليا، أما الدول التي لم تأخذ بهذا النظام فلا يعني ذلك عدم إمكانية الإدارة فرض الجزاءات الإدارية في حالات معينة مع مراعاة مبدأ الشرعية في ذلك.

وبصورة عامة نستنتج من كل ماتقدم عدم إمكانية فرض الجزاءات الإدارية إلا طبقاً لمبدأ الشرعية، وفي نطاق العقود الإدارية رأينا أن المشرع قد وفر حماية جنائية لها من إخلال المتعاقد على نحو معين وهذه الحماية مسحوبة من ضرورة تنفيذ العقد الإداري بشكل لا يؤثر في دوام سير المرفق العام، وقد حصر المشرع حالات الإخلال العقدي التي تفرض فيها جزاءات جنائية في حدود النصوص

(1) د. ماهر عبد شويش، المصدر السابق، ص 69.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

القانونية الصادرة من السلطة التشريعية وفي هذه الحالة يكون فرض تلك الجزاءات من قبل القضاء ويقتصر دور الأدارة على كونها طرفاً في الدعوى فقط، أما في حالة ورودها ضمن الأنظمة والتعليمات الصادرة من الإدارة بناءً على مايسمى بالتفويض التشريعي الذي تخوّل الإدارة بموجبه إصدار أنظمة وتعليمات مشتملة على عقوبات جنائية تفرض على المتعاقد معها في حالات إخلاله بإلتزاماته العقدية.

إذاً ومن خلال التفصيل السالف يتضح أن الإدارة تستطيع أن تفرض جزاءات جنائية معينة على المتعاقد معها إذا سمحت به الأنظمة والتعليمات أي أن ذلك محكوم بالمبدأ العام (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)[1]، وإن كل إتفاق على خلافه يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام وعلى هذا الأساس فإن عدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقود الإدارية لا يستتبع فرض جزاءات جنائية على المتعاقد المخل إلا إذا كان إخلاله يعد في الوقت نفسه جريمة يعاقب عليها القانون بمعناه الواسع (الدستور، القانون العادي، الأنظمة والتعليمات)، وعليه لا يجوز للإدارة أن تفرض مثل هذه الجزاءات على المتعاقد المخل بتنفيذ إلتزاماته على نحو لا يشكل إخلاله جريمة معاقب عليها جنائياً، ويعد باطلاً وضع شروط في العقد من قبل جهة الإدارة تبيح لها فرض مثل هذه الجزاءات حتى لو قبلها المتعاقد وذلك لمخالفتها للنظام العام[2].

وختاماً نرى أن الإدارة في فرضها الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية تقترب كثيراً من مبدأ (لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ومدى هذا الإقتراب هو إلى الحد الذي تتماشى فيه الإدارة مع المبدأ المذكور على التوازى الدائم الذي لا تقاطع بينهما، وتتجلى كيفية ذلك في أن المسؤولية الجنائية للمتعاقد مع الإدارة هي أمر

(1) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص44.
و رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص335.
(2) د. علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص505.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

إستثنائي لا يكون إلا في الحالات التي ينص عليها القانون وهو ما يتماشى مع المبدأ، ومن النتائج المترتبة على ذلك أن الجزاء الذي يفرض على المتعاقد مع الإدارة ليس مرده إلى العقد الإداري أو سلطة الإدارة كجهة متعاقدة، بل سببه إرتكاب المتعاقد لجريمة معاقب عليها قانوناً شأنه في ذلك شأن باقي الجمهور، إذ أن المتعاقد مع الإدارة لا تعفيه صفة التعاقد من إحترام القوانين والأنظمة والتعليمات، فالإدارة لا تملك بوصفها جهة متعاقدة أن توقع جزاءات جنائية على المتعاقد معها، أما إذا فرضتها بصفتها سلطة عامة أو سلطة ضابطة فهذا أمر مختلف[1]، وليس للإدارة أن تضغط على المتعاقد بوصفها جهة عامة كأن تستعمل سلطتها إستعمالاً سيئاً أو منحرفاً بقصد إجبار المتعاقد معها على القيام بتنفيذ إلتزاماته العقدية ولكن ليس ثمة مايمنع الإدارة من تنبيه المتعاقد معها على إتباع القوانين والأنظمة والتعليمات، فالإدارة لا تملك أن تفرض أي جزاء أو تدبير جنائي على المتعاقد معها مالم يوجد نص قانوني بذلك وأن الإدارة بممارستها لسلطة فرض مثل هذه الجزاءات تفرضها بوصفها سلطة عامة لا بصفتها جهة متعاقدة.

(1) د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مصدر سابق، ص104.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الثالث

الجزاءات المالية في العقود الإدارية

• **تمهيد وتقسيم:**

يستمد النظام القانوني للجزاءات في العقد الإداري ضرورته من مقتضيات تسيير المرافق العامة التي يجب ان تسير على الدوام بإنتظام وإطراد، والإدارة هي المسؤولة عن ذلك حتى وان عهدت بإدارة المرفق إلى ملتزم خاص، لذلك فان من أهم التزامات المتعاقد معها وأشدها هو أن يتكفل بدوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن الجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم العقدية لاتتلائم في مجال القانون العام ومع مقتضيات تسيير المرافق العامة، لان عدم تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها نتيجة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته سيترتب عليه في النهاية تعطيل المرفق وتوقفه، ومن بين ماتملك توقيعه الإدارة من جزاءات هي الجزاءات المالية في حالات التقصير أو الإخلال أو التراخي في تنفيذ العقد الإداري والتي سنتناول بيانها في هذا الفصل في مبحثين:

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

- **نوضح في الأول**: ماهية تلك الجزاءات في ثلاثة مطالب.
- **ونعالج في المبحث الثاني**: الطبيعة القانونية لتلك الجزاءات واستحقاقها واحكامها ومدى إمكانية الإدارة في الإعفاء منها في ثلاثة مطالب ايضاً.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفصْل الثالث 3

المبحث الأول

ماهية الجزاءات المالية في العقود الإدارية

تعد الجزاءات المالية في العقد الإداري من المواضيع الجوهرية والإساسية في إستعمال الإدارة لسلطتها وإمتيازها في التنفيذ المباشر بما يكفل لها الحق في اللجوء إلى القرار الإداري دون الحاجة إلى اللجوء إلى القاضي، وحيث أن الجزاءات المالية هي من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لإبراز سلطتها وإظهار حقها في ذلك تماشياً مع مبدأ استقرار وانتظام المرفق العام وضمان تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية، فأصبحت تعد من وسائل تحقيق الغرض المنشود من إبرام العقد الإداري وهو ضمان دوام سيره بانتظام واطراد، لذا ولتوضيح هذه الجزاءات، سنتناولها بالبحث في ثلاثة مطالب:

- **نبين في الأول:** تعريف هذه الجزاءات.
- **ونوضح في الثاني:** ما تنطوي عليه هذه الجزاءات من جدوى عملية.
- **ونعالج في الثالث:** ما تتجلى فيه من صور.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

تعريف الجزاءات المالية في العقود الإدارية

تتمتع جهة الإدارة بحق توقيع جزاءات ذات طبيعة مالية على المتعاقد معها وهذه الجزاءات هي عبارة عن: المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية[1]، ويستوي في ذلك أن يكون امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخره في تنفيذها أو نفذها بشكل غير مرضي أو في حالة إحلاله شخصاً آخر محله من دون موافقة الجهة الإدارية.

لذلك فان الإدارة ممكن أن تفرض على المتعاقد معها جزاءات مالية تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص، وتكون على نوعين، منها مايكون الغرض منه تغطية ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد وهو التعويض، ومنها مايقصد به توقيع عقاب على المتعاقد وحمله على تنفيذ إلتزاماته بصرف النظر عن أي ضرر لحق الإدارة وتتمثل بالغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات[2].

والأمر المسلم به هو أن الجزاءات في العقود الإدارية لاتنحصر في الحقيقة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أي أنها لا تستهدف تقويم إعوجاج سلوك المتعاقد المخل بقدر ماتتوخى تأمين دوام سير المرافق العامة ويقتضي سير هذه المرافق

(1) د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص116.
و أحمد خورشيد حميدي، المصدر السابق، ص14.

(2) د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص82.
وينظر أيضاً: محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص15.
و حسن عزيز عبد الرحمن، حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد، بحث منشور في مجلة العدالة، ع4، س4، 1978، ص698.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أن تنفذ العقود الإدارية بدقة[1]، ومن ثم فلا يملك المتعاقد مع الإدارة كما هو الشأن في عقود القانون الخاص أن يدفع بعدم التنفيذ أو يمتنع عن الوفاء بالعقد، إذ أن هذا الدفع المسلم به في القانون الخاص لايمكن للمتعاقد استخدامه قبل الإدارة إذا ما أخلت بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، لذا فأن المتعاقد معها يظل رغم ذلك ملزماً بالوفاء بتنفيذ التزاماته، ولا يعفيه من ذلك إلا استحالة التنفيذ نتيجة لتخلف الإدارة عن تنفيذ إلتزامها، والسبب في إستبعاد الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو ما ذكرناه أكثر من مرة من أن العقد الإداري يتصل بمرفق عام والمرفق العام يجب أن يسير على الدوام بإنتظام وإطراد، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف سير المرفق بسبب خطأ الإدارة أو تقصيرها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، ومن المفهوم أنه وان كان المتعاقد مع الإدارة لايملك الدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها، إلا انه من حق هذا المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد، هذا ونلاحظ أن قاضي العقد لايملك تكليف جهة الإدارة القيام بعمل ايجابي ومن ثم لايملك تكليفها بأن تقوم بتنفيذ التزاماتها وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز تكليف الإدارة بعمل ايجابي، ونود أن نشير هنا إلى أن هذا كمبدأ عام سواءً في فرنسا أم في مصر، أما في العراق فيرد عليه إستثناء إذ نصت (م / 7 / 2 / ح) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 على أنّه (تبتُّ المحكمة في الطعن المقدم إليها ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل القرار أو الأمر المطعون فيه مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي...) نلاحظ من هذا النص أن القضاء الإداري في العراق قد خوِّل سلطة تعديل القرار أو الأمر الإداري المطعون فيه، والتفسير اللغوي والقانوني لهذه السلطة هو أن محكمة القضاء الإداري تستطيع الحلول محل الإدارة في التصرف بالقرار الإداري تصرفاً يتناول الوقائع كما يتناول المسائل المتعلقة بالقانون أي أن

(1) د. طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص613.
و خالد محمد مصطفى المولى، المصدر السابق، ص164.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المحكمة تملك تغيير وتوجيه القرار الوجه التي ينبغي أن يكون عليها كما لوكانت الإدارة هي التي أصدرت ذلك القرار[1].

ومن جانبنا نتفق مع الرأي القائل بسلامة هذا المذهب[2] ذلك أنه يتناول إنزال الحكم وتحقيق العدالة وهذا هو مفهوم النص، ولكن ورغم ما تقدم قد ينطوي على نتائج ضارة ومقوضة لنشاط الإدارة تتمثل بالتدخل المباشر في نشاط الإدارة فضلاً عن أن عدم إلمام القاضي بمهام الإدارة قد يؤثر سلباً في تحقيق أهداف النشاط الإداري، لذلك ربما لا تستطيع المحكمة التعديل من الناحية الواقعية.

ومن الجدير بالذكر أن نظام التهديد المالي المعروف في عقود القانون الخاص لايطبق في مجال العقود الإدارية ويتحصل نظام التهديد المالي بأن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزاماته عيناً خلال مدة معينة فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، إذ أنه يلزم بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة زمنية أخرى أو عن أي مرة يأتي فيها عملاً يخل بإلتزاماته وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالإلتزام ثم يرجع إلى القاضي فيما تراكم على المدين من غرامات تهديدية، ويلاحظ أن الحكم على المدين بغرامة تهديدية يقصد به الضغط عليه والتغلب على عناده حتى يذعن ويقوم بتنفيذ التزامه وهو في النهاية يقف احد موقفين أما أن يحدث التهديد المالي فيه أثره فيعمد على تنفيذ التزامه وأما أن يصر على موقفه ويصمم على عدم التنفيذ، وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً عن التنفيذ

(1) ومن أحكامها في ذلك حكمها المرقم 8 / 91 في 29 / 1 / 1992 إذ قررت فيه إلزام وزير الزراعة بالتعاون مع المدعي على وفق المساحاة المستغلة، وأيضاً حكمها المرقم 60 / 92 في 27 / 11 / 1993 إذ حكمت بإلغاء رفض تسجيل سيارة من قبل إحدى الدوائر وألزمتها بتسجيلها بإسم المدعي، الحكمان مشار إليهما لدى ماجد نجم عيدان الجبوري، النظام القانوني لدعوى الإلغاء في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، 2000، ص316.

(2) المصدر نفسه، ص314 - 315.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أو عدم التنفيذ، فلا يكون هناك جدوى من استبقاء التهديد المالي بعد أن استنفذ أغراضه ومن ثم يجب أن تتحول الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي فيتعين على الدائن ان يلجأ الى محكمة الموضوع طالباً تصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله[1].

ذلك هو نظام التهديد المالي المعروف في عقود القانون الخاص الذي يستبعد تطبيقه في العقود الإدارية مؤسسا ذلك على ما تملكه الإدارة من سلطات تهديدية كافية اشد قسوة من نظام التهديد المالي تستطيع أن تمارسها في حالة ما إذا قصر المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته[2].

(1) تنص المادة (253) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على (إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين من التنفيذ جاز للمحكمة بناءً على طلب الدائن أن تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديديه إن بقى ممتنعاً عن ذلك).

كما ينظر: احمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامة التعاقدية، بحث منشور في مجلة المحاماة، ع 10، س 36، 1956، ص1638.

و د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص 95.

(2) ينظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي في 27 يناير 1933 في قضية (Le Ioir) مشار إليه لدى د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص353.

وينظر:

Agath van langet autres, Dictionave de droit adminstritif, 2, em edition, Dalloz, paris, 1999, p 85.

وينظر كذلك، حكم محكمة التمييز في القضية رقم 355 / ح / 966 الصادر في 26 / 11 / 1966 مشار إليه لدى محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص51.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية وجدواها العملية

تكمن أهمية الجزاءات المالية وجدواها التي تتضمنها العقود الإدارية في أن الكثير من المقاولات المتمثلة (بعقود الأشغال العامة وعقود الالتزام وعقود التوريد وغيرها...) تعد من ابرز القطاعات الاقتصادية من خلال ثقلها المتميز في التعامل والتفاعل مع مختلف الأنشطة الاقتصادية في المجتمع، وترتيباً على ذلك يكون لهذا النمط من المقاولات وزن بارز في تكوين اقتصادياته وتطويرها، ولها أثر مهم في التنمية، إذ أن تعثّر هذا القطاع أو ذاك في تأدية دوره يؤدي إلى عرقلة مسيرة التنمية وخاصة في المجتمعات النامية التي تعتمد على التخطيط المركزي في تطويرها، فضلا عن ذلك فان اتساع نطاق التعامل المحتم خصوصاً في العراق في وضعه الحالي وضرورة استبعاد العناصر غير المجدة وضمان التنفيذ السليم للمشاريع التنموية في مواعيدها المحددة يستلزم فرض جزاءات معينة تكفل للجهات صاحبة المشاريع الحصول على حقوقها في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه كتخلفه عن القيام بالعمل المتفق عليه أو التنفيذ المعيب لذلك العقد، لذا فان الجزاءات المالية تعد إحدى الشروط الأساسية لجميع العقود الإدارية كنوع من الجزاء الذي يتحمله المتعاقد مع الإدارة بسبب إخلاله في انجاز العمل في المدة المتفق عليها، ذلك أن الإخلال بهذه العقود يؤدي إلى عرقلة تنفيذ المشاريع التي تضعها الدولة في الخطة، وعليه تكتسب هذه الجزاءات صفة العقوبة والضغط في سبيل التنفيذ وحمل الأطراف المتعاقدة جميعاً على الانضباط والدقة في التنفيذ في مواعيدها المقررة[1]، وإذا

(1) عبدالرحمن العلام، موقف القضاء المدني إزاء العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع3، س1، مطبعة التضامن، بغداد، 1962، ص21 - ص22.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

كانت الجزاءات المالية هي ضمانة لتنفيذ العقد الإداري عيناً فإن أداء بعض هذه الجزاءات (الغرامات التأخيرية، التعويض) لايعفي المتعاقد الذي فرضة عليه من تنفيذ التزاماته عيناً أو استمرار الرابطة العقدية، وقد أكدت على ذلك الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق، إذ نصت (إن دفع أو إستقطاع الغرامات التأخيرية لايعفي المقاول من التزامه بإكمال الأعمال أو أي من التزاماته ومسؤلياته بموجب المقاولة...)[1]، وكما هو معلوم أن الجزاءات المالية شائعة الاستعمال في العقد الإداري لكن يجب أن تقدر بقدر الغاية منها إذ لايجوز المبالغة في تقديرها، لان غايتها فضلاً عن فرض العقاب على المتعاقد وتعويض الإدارة هي حمل الطرف المتعاقد على تنفيذ التزاماته، ومن ثم إن القصد منها ليس إرهاق هذا المتعاقد أو إرباكه مالياً أو إنهياره اقتصادياً، خصوصاً أنه ينظر إليه على أساس أنه معاون للإدارة في إتمام ماتريد أن تقوم به من نشاط، فكل هذا يعرقل خطة التنمية القومية ولايساعد على انجازها وغالباً مايتم هذا التقدير من خلال قوانين وأنظمة[2]، أو قد تلجأ الإدارة إلى وضع مبادئ هذا التقدير ضمن شروط عامة أو عقود نموذجية تضعها جهات مركزية في الدولة، ويترك أمر تحديد مقدارها إلى الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة وحسب جسامة العقد وأهميته وحجمه وكلفته، وهذا ماجرى عليه العمل في العراق[3].

وتبرز أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية من ضرورة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد لذلك كان من أبرز المبادئ الضابطة لهذه المرافق دوام سيرها بطريقة منتظمة، إذ يقتضي ضمان وجود هذا المبدأ وجود إجراءات

(1) ينظر المادة رقم (48) ف1 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام1988.
والمادة 30 ف1 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية في العراق لعام 1988.

(2) مثال ذلك ما نصت عليه لائحة المناقصات والمزايدات في مصر رقم9 لسنة 1983.

(3) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص57.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

سريعة في متناول الإدارة تستطيع أن تلجأ إليها مباشرة دون الرجوع إلى المحاكم لتضمن دوام سير هذه المرافق بانتظام واطراد، أضف إلى ذلك أن اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يجعل التزامات المتعاقد الآخر أشد صرامة وأكثر إلزاماً منها في عقود القانون المدني مما يستلزم بالضرورة بذل أقصى مافي وسعه من عناية وحرص في تنفيذ التزاماته، وعلة ذلك - كما سبق الإشارة - تكمن في ان أي إهمال أو تأخير أو تقصير في التنفيذ قد يخل في سير المرفق الذي ابرم العقد من اجله[1].

لكل ذلك وعلى صعيد التطبيق العملي وفي وضع العراق بوجه خاص ينبغي للادارات ترك تحديد مقدار تلك الجزاءات لطبيعة كل عقد وحجمه وجسامة الإخلال فيه ومتطلبات السرعة في التنفيذ وإعتبارها مستحقة الأداء بمجرد وقوع الخلل إذ يستقطع من المبالغ المستحقة من المتعاقد مع الإدارة أو قيدها ديناً بذمته وحسب مقتضى الحاجة[2].

(1) د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص 122.

(2) هذه الإعتبارات من ضمن ما قرره ديوان مجلس التخطيط في القرارات العامة والمؤشرات التنظيمية لمجلس التخطيط والهيئة التوجيهية الملغيان 1966 - 1983، ص157.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

صور الجزاءات المالية في العقود الإدارية

تشتمل الجزاءات المالية في العقود الإدارية على صور عديدة، منها الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض عن الأضرار، ويرى البعض أن النوع الأخير لايعد من قبيل الجزاءات الإدارية على أساس عدم خروجها عن كونها تطبيقا لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص[1].

والجزاءات المالية لا تقتصر على تعويض الضرر فقط، فقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن حدوث الضرر أو قد تعد ضماناً لانجاز المتعاقد مع الإدارة لعمله على أتم وجه[2].

وسنتناول بيان صور هذه الجزاءات في ثلاثة فروع:

- **نوضح في الأول والثاني:** صور الجزاءات التي تفرض بقصد توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر لحق الإدارة التي هي الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات.
- **وفي الفرع الثالث:** نعالج الصورة الثالثة المتمثلة بالتعويضات التي يقصد بها تغطية الضرر الحقيقي الذي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد.

(1) د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1998، ص262.

(2) د. سامي جمال الدين، إصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص664.
و د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003، ص719.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية

تعد الغرامات التأخيرية من أكثر الجزاءات المالية شيوعاً التي توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ العقد الإداري وتعرّف بأنها:

مبالغ إجمالية محددة سلفاً ومنصوص عليها مقدماً في العقد الإداري تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند تراخيه أو تأخره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية[1]، وبحسب ما تشير إليه تسمية هذا الجزاء فإن الغرامة التأخيرية تفرض عند تأخر المتعاقد في تنفيذ ما أتفق عليه مع الإدارة، إلا أن هناك من الفقهاء[2] من يوسع من حالات فرضها لتشمل التنفيذ المعيب للعقد الإداري، وهو توسع لا نتفق معه، وذلك لأن الغرامة التأخيرية هي جزء من جزاء أوسع هو الغرامات وهذه تشير إلى تعويضات محددة ومنصوص عليها مقدماً في العقد وترد على جميع العقود الإدارية، إذ يمكن الاتفاق على توقيعها في حالة الإخلال في نوع من الالتزامات، إلا أنه قد تلجأ الإدارة إلى فرض الغرامة جزاء للتأخير وعندئذ يطلق على هذا الجزاء الغرامة التأخيرية، ويرجع أساس فرضها إلى أن الإدارة هي التي تحدد مواعيد

(1) د. نصر الدين محمد بشير، المصدر السابق، ص 14.

- كما ينظركل من:

د. مطيع علي حمود جبير، المصدر السابق، ص 464.

و د. عبدالحميد الشواربي، المصدر السابق، ص 38.

و د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 265.

(2) د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص 118.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

خاصة لتنفيذ العقد إذ تكون حسب حاجة المرفق العام لهذه المواعيد[1]، لذلك تلجأ إلى فرضها على المتعاقد معها في سبيل حثه على تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد.

وسلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية ثابتة دون أن تلزم بإثبات أن ضرراً ما لحق بها من جراء هذا التأخير أو مقدار هذا الضرر، إذ أن الضرر في هذه الحالة مفترض بمجرد تحقق سبب إستحقاق الغرامة المنصوص عليها في العقد وذلك بقرينة قاطعة لا تقبل العكس، فالتراخي في تنفيذ العقد الإداري ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها[2]، والفكرة الأساسية منها هي إرغام الطرف المتعاقد مع جهة الإدارة على تنفيذ التزامه في الموعد المحدد أكثر منها تعوضاً للإدارة عن الضرر الذي يكون قد لحق بها[3].

(1) د. حسين درويش، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العدالة الإماراتية، أبو ظبي، ع19، س5، 1987، ص25.

(2) ينظر: حكم محكمة التمييز رقم 2113 / حقوقية / 964 في 11 / 4 / 1965، مجموعة قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، 1968، ص 128.
و كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 17 الصادر في 30 / 11 / 1963 مشار إليه لدى د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص346.

(3) د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص290.
و د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص265.
ينظر كذلك:
حكم محكمة التمييز رقم 42 / حقوقية / 956 في 25 / 7 / 1965، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع1و2، س 4، 1965 ص313 - ص316.
وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 1062، في 11 / 1 / 1953، مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المصدر نفسه، ص290.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

مصادرة التأمينات في العقود الإدارية

من بين الجزاءات المالية التي ينص عليها العقد الإداري هي حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد، كجزاء ينص عليه ضمن شروط العقد ومردها كما هو معلوم إلى مايتميز به العقد الإداري من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

ويقصد بالتأمينات: هي مبالغ من المال تودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تضمن بها جدية المتعاقد في تقديم العطاء وتتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤليات الناتجة عن تقصيره[1].

والتأمين على نوعين: تأمين مؤقت وتأمين نهائي.

والتأمين المؤقت عادة يكون نسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد وهو مايستدل به على جدية المتقدم بالعطاء فهو ضمانة للإبقاء على العطاء طوال المدة المقررة لسريانه ولسداد التأمين النهائي عند رسو العطاء، فيصادر إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل انتهاء فترة سريان العطاءات أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي.

(1) د. خالد محمد مصطفى المولى، المصدر السابق، ص174.
ود. عبد الحميد الشواربي، المصدر السابق، ص 40.
ود. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص 349.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أما التأمين النهائي فهو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري فهو نهائي لان المتعاقد يلزم بتقديمه بعد إحالة المناقصة عليه بصورة قطعية كضمان لحسن التنفيذ[1].

(1) حسن عزيز عبد الرحمن، المصدر السابق، ص704 - ص705.
و د. عبدالحميد الشواربي، المصدر السابق، ص40.
و د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص299.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

التعويضات في العقود الإدارية

القاعدة العامة تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يفرض على من ارتكبه دفع التعويض لمن لحقه الضرر سواءً كان ذلك الخطأ إخلالاً بإلتزام عقدي أم قانوني[1]، ويمكن طلب التعويض جزاء للإخلال بالالتزامات العقدية عندما لاينص العقد نفسه على جزاءٍ ما لمواجهة هذا الإخلال.

والأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص وتحديداً (القانون المدني) ثم انتقل بعد ذلك إلى مجال العقود الإدارية في مجال القانون العام، ويعد الجزاء الأصيل المقابل لإخلال المتعاقد بالتزاماته مما يُلحق الضرر بمشروع عام وهو بهذه المثابة يعد من الجزاءات المالية التي تهدف إلى تغطية الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة لتقصير المتعاقد وإخلاله بالتزاماته، إذن فالتعويض في مجال العقود الإدارية هو عبارة عن:

المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط على النص عن جزاءٍ مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال[2].

(1) د. فاروق احمد خماس ومحمد عبدالله حمود الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 134.
ود. خالد محمد مصطفى المولى، المصدر السابق، ص 171.
ود. عبدالحميد الشورابي، المصدر السابق، ص 38.

(2) د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص263.
ومحمود خليل خضير، المصدر السابق، ص 17.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ويرى البعض - كما أشرنا سابقاً - أن التعويض لايدخل ضمن الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة الواردة في المجموعة المدينة، إن هذا الرأي رغم وجاهته لم يصمد أمام اتجاه أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية، في مواجهة المتعاقد المقصر أصبح مبدأ مجمعاً عليه فقهاً وقضاءً [1].

لذلك نعتقد وانطلاقاً من التسليم أن للإدارة سلطة فرض الجزاءات الإدارية ضد المتعاقد معها بإرادتها المنفردة أن يدخل ضمن هذه الجزاءات جزاء التعويض إذ ليس هناك مبرر أو مسوغ قانوني من إستثنائه من القاعدة العامة بإناطة فرض الجزاءات الإدارية للإدارة وحدها وليس في الأمر أي ضير، إذ أن المتعاقد قادر على مقاضاة الإدارة إذا ما شاب تصرفها في تقدير التعويض وتحصيله عيوب أوأخطاء أو مبالغة.

(1) أحمد خورشيد حميدي المفرجي، المصدر السابق، ص18.
و رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 32.
و د. حسين درويش، سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، مصدر سابق، ص29.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للجزاءات المالية في العقود الإدارية وأحكامها

أشرنا فيما سبق إلى أن الجزاءات المالية في العقود الإدارية هي المبالغ التي يكون للإدارة استحصالها من المتعاقد إذا ما أخل بإلتزاماته التعاقدية وبيّنا إنها على نوعين، الأول يكون القصد منه توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن تحقق الضرر، أما الثاني فيكون القصد منه التعويض عن الضرر الذي لحق الإدارة من جراء خطأ المتعاقد معها.

وإستحصال هذه المبالغ لا يكون إلا وفق آلية معينة وعدد من الاجراءات التفصيلية التي تضمن حق الإدارة في إستحصال أكبر قدر من الضمان المؤمن لدوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتوضح في الوقت نفسه للمتعاقد امتدادات سلطات الإدارة تجاهه فيما يتعلق بالإخلال في تنفيذ العقد الإداري.

لكل ذلك كان من الضروري بيان أهم ضوابط هذه الجزاءات وأحكامها ومالها من طبيعة قانونية تميزها عما يتشابه معها من مفاهيم وأوضاع قريبة منها، إذ سنبين هذه الأحكام والضوابط في ثلاثة مطالب:

- **خصصنا الأول:** منها لبيان الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية وأحكامها.
- **والثاني:** لبيان الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات وأحكامها.
- **وعالجنا في المطلب الثالث:** الطبيعة القانونية للتعويضات وأحكامها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية في العقود الإدارية وأحكامها

لاشك أن ماتصبو إليه جهة الإدارة هو ضرورة تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وان أي تأخير في تنفيذ عقودها في الأوقات المحددة سيؤدي بالضرورة إلى اضطراب تلك المرافق، فجعلت جزاءً عقدياً يجابه عدم إلتزام المتعاقد بالتنفيذ طبقاً للمواعيد المتفق عليها سلفاً وأحاطته بخصائص تدعم ايجابيته في الردع الخاص والعام، فكانت غرامة التأخير بخصائصها الاستثنائية تمثل الجزاء المرن الضامن لسير المرافق العامة وأنتظامها بعيداً عن الإجراءات القضائية العادية التي تزيد الأمر تعقيداً فتطيل أمد التقاضي مما يؤدي إلى عكس ما ترجوه الإدارة والمجتمع بالنسبة لإنتظام تلك المرافق.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

- **نتناول في الأول:** الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية.
- **ونوضح في الثاني**: أهم ما تشتمل عليه غرامة التأخير من خصائص.
- **ونعالج في الثالث:** أهم شروط استحقاقها وضوابط تحصيلها وسلطة الإدارة في ذلك ومدى إمكانيتها في إعفاء المتعاقد منها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الاول

الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية

العقد الإداري هو عقد، والعقد وفقاً للتعريف الغالب هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواءً كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهاءه[1].

وهذا التعريف يصدق بالنسبة للعقود الإدارية، وأن ما يحتويه العقد من شروط وإلتزامات هي من بنود العقد، والغرامة التأخيرية إحدى بنود العقد الإداري التي توافقت جهة الإدارة والمتعاقد عليها[2]، وحق الإدارة في إشتراط توقيع الغرامة على المتعاقد في حالة تأخيره عن تنفيذ إلتزامه في المواعيد المحددة أمر ثابت لا خلاف عليه ولا يتعارض مع المبادئ العامة للقانون فقد اقتضت الضرورة والاعتبارات العملية لدوام سير المرافق العامة الاعتراف للإدارة بهذا الأسلوب جزاء عقدياً تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد[3]، إذن فالغرامة التأخيرية لها طبيعة عقدية، فهي من بنود العقد وينص عليها في صلبه كونها جزاء عقدياً، ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها:

أ. ليس للإدارة أن تطلب مايزيد على القيمة المحددة للغرامة بقصد تعويض الضرر الناتج عن التأخير، وليس من حق المتعاقد أن يطالب بإنتقاص قيمة الغرامة عن معدلها المنصوص عليها في العقد مدعياً أنها تزيد على قيمة الضرر الفعلي الناتج عن تأخيره.

(1) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، أثار الالتزام، المجلد الثاني، الجزء الثاني، ط2، دار النهضة العربية، 1982، ص42.

(2) د. نصر الدين محمد بشير، المصدر السابق، ص32.

(3) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 170 وما بعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ب. إن الغرامة التأخيرية تطبق كما نص عليها العقد ولاتوقع في فترة لاحقة لفسخ العقد[1].

ج. إذا لم ينص في العقد على الغرامة التأخيرية فلايعني ذلك إغفال مدد التأخير بل تطبق الإدارة نظام التعويض عن ضرر التأخير إذ لا يكون التنازل إلا إذا تنازلت الإدارة بوجه قطعي ودون أدنى شك عن التمسك بهذه المدد[2].

د. بما أن الغرامة تعويض جزائي عن التأخير في التنفيذ فأنه يمكن أن تجمع مع الجزاءات الضاغطة وكذلك مع الجزاءات الفاسخة[3].

ونود أن نشير إلى أن هناك من يثير بعض الإفتراضات التي توحي بتناقضها مع ما بيناه من طبيعة قانونية للغرامة التأخيرية بأنها جزاء عقدي، وسنتناولها بالرد على التفصيل الآتي:

1. انفراد جهة الإدارة بتوقيع غرامة التأخير:

لاشك أن هذا الإفتراض له وجاهته مادمنا نتعامل مع علاقة عقدية وطرفا العقد يتميزان بأن لكل منهما إرادة حرة وان العقد دائما يتميز بندية بين طرفيه، فلماذا إذاً تنفرد إحدى الإرادتين عن الإرادة الأخرى بفرض الجزاء ؟ وللإجابة عن هذا الإفتراض يجب أن نكون أمام حقيقة مؤكدة وثابتة بأن سلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير في مواجهة المتعاقد معها تخرج إلى حدٍ ما عن المألوف في الروابط العقدية في القانون الخاص، ومرجع ذلك إلى صلة العقد الإداري بالمرفق العام[4]، تلك الصلة التي جعلت العقد الإداري يتميز بخصائص ذاتية تؤدي إلى هدر

(1) د. خالد محمد مصطفى المولى، المصدر السابق، ص 167.
(2) المصدر نفسه، ص 168.
(3) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص 172 - ص173.
(4) د. نصر الدين محمد بشير، المصدر السابق، ص 34.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المساواة بين المتعاقدين تغليباً للمصلحة العامة، مما يمنحها الكثير من السلطات في هذا العقد من بينها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.

وممارسة الإدارة لهذه السلطات والامتيازات لا تنطوي على طابع معيب أو غير مشروع من جانبها بل على العكس من ذلك تماماً، إذ أنها مسؤولة عن تنظيم المرفق العام وفقاً لأفضل السبل، وهذه السلطات تعد من السمات الخاصة بطبيعة العقد الإداري والمتعاقدين مع الإدارة يعلمونها يقيناً[1].

إذاً فإن الإفتراض الأول الذي ينفي طبيعة غرامة التأخير في كونها جزاء عقدياً على اعتبار انفراد جهة الإدارة بفرضها، وحرمان المتعاقد من تلك السلطة لا يجد ما يبرره ولا يؤثر في طبيعة غرامة التأخير كونها جزاء عقدياً لما بيناه من الرد على هذا الإفتراض.

2. أما الافتراض الثاني فهو: قد ينص على غرامة التأخير في دفاتر الشروط، وهذه الدفاتر تحرر مقدماً ولا يملك المتعاقد مناقشتها.

أيضاً يمثل هذا الإفتراض اعتراضاً له ما يبرره على طبيعة غرامة التأخير كونها جزاء عقدياً. إذ أن دفاتر الشروط تحرر مقدماً، ويقتصر دور المتعاقد على قبولها كما هي، ونرى أن ما أشار إليه هذا الإفتراض لا ينال أيضاً من الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية كونها جزاء عقدياً للأسباب الآتية: -

أ. يعرف القانون الخاص طائفة من العقود التي تفرض شروطها على احد الطرفين المتعاقدين ومع هذا لها طبيعة عقدية وهي عقود الإذعان مع فارق بين عقود الإذعان في القانون الخاص وبين العقود الإدارية، فالشروط الواردة في دفاتر الشروط ولو أن الإدارة هي التي تستقل بتحريرها مقدماً أنها في

(1) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في 25 / 5 / 1963 مشار إليه لدى د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص34.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

حقيقة الأمر ملزمة للادارة، ولا تستطيع أن تعدل فيها أو تتحرر منها، وهذا بعكس عقود الإذعان التي يفرض فيها الطرف الأقوى على الطرف الأضعف بمطلق حريته مايريد من شروط.

ب. إن الشروط الواردة في دفاتر الشروط لا تلزم المتعاقد إلا إذا أشير إليها صراحة في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد، وبطبيعة الحال لا يتم إبرام هذا العقد إلا بعد موافقة المتعاقد التامة على كل بنوده التي من ضمنها الغرامات التأخيرية، مما يقطع بالصفة التعاقدية لغرامة التأخير كأحد الشروط الواردة في دفاتر الشروط ومن ثم في كونها جزاء عقدياً[1].

وعلى ذلك نرى أن الإفتراضين السابقين لا ينالان من الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية التي تقرر بأنها جزاء عقدي ومن ثم تؤكد على النتائج القانونية الخاصة بتلك الطبيعة وأهميتها في تناول النظام القانوني لغرامة التأخير وما يترتب على هذه الطبيعة من خصائص ذاتية للغرامة التأخيرية.

(1) د. نصر الدين محمد بشير، المصدر السابق، ص37.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

خصائص الغرامات التأخيرية

كان للطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية نتائج مهمة تعرضنا لها في الفرع الأول من هذا المطلب، وانتهينا معها إلى كون الغرامة التأخيرية جزاء عقدياً فكونت تلك الطبيعة بنتائجها نظاماً قانونياً له خصائصه التي تميزه عن غيره من الجزاءات وإن كانت في الغالب تستند إلى الطبيعة الاستثنائية للعقود الإدارية، واهم هذه الخصائص هي:

أولاً: الغرامات التأخيرية إتفاقية:

تحدد الغرامات التأخيرية مقدماً في العقد أما إذا لم تحدد فلا يجوز للإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به، وذلك بخلاف الإجراءات الأخرى التي يمكن توقيعها من غير حاجة للنص عليها في صلب العقد [1] وفي هذه الحالة تستطيع جهة الإدارة أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة لتأخر المتعاقد في التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في العقود المدنية، إلا انه في بعض الأحيان لا يحوي العقد الإداري نفسه نصا يخول الإدارة حق فرض الغرامة التاخيرية ولكن يرد هذا النص في قائمة الشروط الملحقة بالعقد فتعد جزءاً من العقد ومكملة له[2]، وعلى هذا النحو أكدت محكمة

(1) د.محمود حلمي، المصدر السابق، ص 86.
و فائق حطاب ضمد، الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وموقف القضاء العراقي منها، بحث منشور في مجلة العدالة، ع 4، س5، 1971، ص1068.
و د.محمد بكر حسين، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة الطبع بلا، ص 322.

(2) د.عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 170.
و د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص 86 وما بعدها.
و رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص 305.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

التمييز هذا الموضوع في حكمها الصادر في 26 / 6 / 1971 على أن (الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاولة يكمل بعضها البعض وكلها ملزمة للطرفين)[1].

ثانياً: الغرامات التأخيرية تلقائية:

ويتضمن ذلك أمرين:

إن الغرامة توقع بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار للمتعاقد أو اتخاذ أي إجراء آخر[2]، وبالرغم من ذلك إننا نرى من المستحسن إنذاره بما تعتزمه جهة الإدارة من توقيع الجزاء عليه، ففي هذا الإجراء ما قد يحول دون الاستمرار في التأخير والإبطاء، ذلك تماشياً مع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي[3]، إلا ان القضاء المصري ذهب إلى أنها تستحق بمجرد التأخير دون الحاجة للتنبيه[4]، أما بالنسبة للحال في العراق فقد ساير الاتجاه المعمول به في مصر وتمتع الإدارة بسلطة فرض الغرامات التأخيرية دون إلزامها بإنذار المتعاقد[5]، إلا في حالة ورود نص خاص بالعقد يلزم الإدارة بذلك، فيكون هذا النص ملزماً للإدارة لان القاعدة المسلم بها (إن الخاص يقيد العام)[6]، ونود أن نشير الى أن الواقع العملي في العراق جرى على إنذار المتعاقد قبل فرض الغرامات عليه.

(1) الحكم منشور في مجلة القضاء، ع 4 س 26، 1971، ص 221.
و ينظر كذلك حكمها المرقم 43 / هيئة عامة / 971 الصادر في 26 / 6 / 1971مشار إليه في النشرة القضائية، ع24، س2، ص 26.

(2) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص 293.

(3) د.عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص 174 ومابعدها.

(4) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 1062 الصادر بتأريخ 11 / 1 / 1956 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبدالباسط، المصدر نفسه، ص293.

(5) ينظر حكم محكمة التمييز رقم 723 / ح / 965 في 1 / 11 / 1965، منشور في مجموعة قضاء محكمة التمييز المجلد 3، سنة الطبع بلا، ص 532.

(6) ينظر م (8) من تعليمات تنفيذ ومتابعة أعمال ومشاريع خطط التنمية القومية 1988.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

إن الغرامة توقع بمجرد حصول التأخير وبغير إلزام جهة الإدارة بأن تثبت أن ضرراً ما قد لحق بها من جراء ذلك، كما انه لا يقبل من المتعاقد مع الإدارة أن يدفع بعدم حدوث ضرر كي لا يفلت منها[1].

ثالثاً: الغرامات التأخيرية تطبق بمقتضى قرار إداري:

تستحصل جهة الإدارة مبلغ الغرامة التأخيرية من المتعاقد بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة[2]، ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لإصدار قرار بذالك، وذلك تنفيذاً للإمتياز العام الذي تتمتع به الإدارة المتمثل بإمتيازها في التنفيذ المباشر الذي تتمتع به بصورة عامة وفي دائرة جزاءات العقد الإداري[3] بوجه خاص، وقد كانت محكمة التمييز ترى عدم شرعية ذلك وإنها تشترط في إستحصالها أن تحصل الإدارة على إذن من المحكمة المختصة[4]، غير أنها غيرت رأيها في أحكامها أللاحقة فلم تشترط لاستحقاق تلك الغرامات اللجوء إلى القضاء[5].

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1975، مصدر سابق، ص 510.
و د.محمود حلمي، المصدر السابق، ص 87.
و د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله حمود الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 131.

(2) يرى د.حسين درويش أن قرار الإدارة هذا لايعد من قبيل القرارات الإدارية ذلك لاستناد الإدارة في إصداره لنصوص العقد إذ هو إجراء صادر من الإدارة تنفيذاً للعقد. إلا أننا نرى أن قرارها هذا يعد قراراً إداريا مستوفياً لجميع أركانه بقصد إحداث اثر قانوني وهو توقيع الجزاء على المتعاقد المتراخي ثم أن هناك نوعاً من القرارات الإدارية تسمى بالمركبة وهو منها، ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز الصادر في 26 / 11 / 1966 في القضية رقم 355 / ح / 966 مشار إليه لدى رياض عبد عيسى، المصدر السابق، ص310.

(3) د. احمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص348.
و د.حسين عثمان، القانون الإداري، الدار الجامعية، الإسكندرية، سنة الطبع بلا، ص160.
و د.احمد سلامة بدر، المصدر السابق، ص 185.

(4) ينظر حكمها الصادر في 15 / 3 / 1958 منشور في مجلة القضاء، ع 3، س16، 1958، ص448.

(5) ينظر حكمها المرقم 42 الصادر في 25 / 3 / 1965 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع1 و 2، س1965، ص 313.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وينبغي عدم الخلط بين الغرامة التأخيرية ونظام الشرط الجزائي في القانون الخاص إذ تتميّز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي في أن الأخير هو تعويض جزافي متفق عليه مقدماً ويستحق في حالة إخلال احد المتعاقدين بالتزامه، وعليه يشترط لإستحقاقه ما يشترط لإستحقاق التعويض بشكل عام من وجوب حصول ضرر وخطأ وعلاقة سببه بينهما[1] لذا يستلزم من الدائن إثبات الضرر الذي أصابه من نكول المدين عن تنفيذ التزاماته، وهذا لا ينطبق على الغرامة التأخيرية ن إذ إن الضرر الذي يصيب الإدارة من عدم تنفيذ المتعاقد يكون مفترضاً ولا تكلف بإثباته كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصوله على أساس أن الإدارة في تحديدها لمواعيد معينة لتنفيذ العقد تكون قد قررت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد من دون أي تأخير، فضلاً عن أن الشرط الجزائي يجري الحكم به من القضاء الذي له أن يخفضه إذا ثبت لديه انه لا يتناسب والضرر الذي لحق بالمتعاقد في حين تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها بمقتضى قرار إداري، والشرط الجزائي يستوجب إنذار المدين بينما لا يستوجب ذلك في الغرامة التأخيرية[2].

(1) أحمد خورشيد حميدي، المصدر السابق، ص17.
و د.علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص503.
و د.عبدالغني بسيوني عبدا لله، المصدر السابق، ص560.

(2) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص101.ص102.
و محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين الإداري والمدني، بحث منشور في مجلة القضاء ع1 و 2، س39، لعام 1984.
و د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص 122.
و د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص298.
و ينظر كذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1772، في 5 / 2 / 1985 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المصدر نفسه، ص 295.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ونود أن نشير هنا إلى موقف القضاء العراقي من الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي، إذ لم يكن يفرق بينهما، وذلك في بعض أحكامه منها قرارها الصادر في 12 / 7 / 1965 [1]، وبعد ذلك بدأ القضاء العراقي بالتطبيق التدريجي لأحكام العقود الإدارية على الغرامات التأخيرية، فأخذت محكمة التمييز بالتفرقة بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي وذلك في حكمها الصادر في 25 / 7 / 1965 [2]، وتتابعت أحكام محكمة التمييز التي تفرق بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي.

(1) حكمها المرقم 210 / ح / 1965 الصادر في 12 / 7 / 1965 منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، مصدر سابق، ص127.

(2) حكمها المرقم 42 / ح / 965 في 25 / 7 / 1975 منشور في مجلة القضاء، ع2، س21، 1966، ص50.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

إستحقاق الغرامات التأخيرية والإعفاء منها

كي يكون لجهة الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد يجب أن تتوفر شروط معينة تستطيع الإدارة بوجودها ممارسة هذه السلطة وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وبالرغم من ذلك توجد حالات معينة يعفى منها المتعاقد من الغرامة التأخيرية، وسنبين كلا الأمرين على الوجه الآتي:

أولاً: شروط الإستحقاق:

1. تضمين العقد الإداري نصاً يعطي الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية:

معنى ذلك انه يجب أن يُنص في العقد الإداري على حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا ماتأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به عن المدة المحددة للتنفيذ - باعتبارها اتفاقية كما اشرنا سابقاً - [1]، وقد أكدت هذا الأمر محكمة القضاء الإداري في مصر في قرارها الصادر في 1 / 6 / 1961 إذ قررت بأن (شرط تطبيق هذه القاعدة - فكرة الغرامة التأخيرية - أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء مقدماً والذي يلتزم به المتعاقد الذي اخل بالتزاماته)[2]، وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في 15 / 2 / 1975 بأنه (إذا تضمن العقد الإداري بين الطرفين نصاً خول الوزير الحق في فرض الغرامات التأخيرية

(1) فائق خطاب ضمد، المصدر السابق، ص1070.
و محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص 130.

(2) حكمها المرقم 198 والمؤرخ في 1 / 6 / 1961 مشار إليه لدى د.أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص347.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

على الشركة عند تأخرها في تسليم العمل في الموعد المقرر فللوزير فرض الغرامة التأخيرية عن مدة التأخير واستعمال هذا الحق استعمالاً جائزاً لا يترتب عليه ضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر للشركة خاصة وانه لم يكن متعدياً ما دام أن الشركة قد تأخرت فعلاً عن تسليم العمل المتفق عليه في موعده...)[1].

وبناءً على ذلك لا تستطيع الإدارة فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد، إذا لم تتضمن شروط العقد الإداري نصاً يعطي الإدارة مثل هذا الحق، وفي مثل هذه الحالة تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة تأخر المتعاقد في التنفيذ وفقاً للقواعد المتبعة في العقود المدنية.

2. تأخر المتعاقد في تنفيذ شروط العقد:

إن الغرامة التأخيرية جزاء قصد به ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للأعمال المكلف بها في المواعيد المحددة ومن ثم فأن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها وهو التأخر عن هذه المواعيد، وأساس ذلك إن الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت إن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير[2]، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز بقرارها في 10 / 11 / 1968 إذ قررت(أن الغرامة التأخيرية هي جزاء قصد به وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المدد المتفق عليها)[3].

(1) حكمها المرقم 249 / هيئة عامة أولى / 1974، في 15 / 2 / 1975 منشور في مجلة العدالة، ع1، س1، 1975، ص141.

(2) د. فؤاد العطار، المصدر السابق، ص598.

(3) حكمها المرقم 455 / ج / 968 منشور في مجموعة قضاء محكمة التمييز، المجلد 5، سنة الطبع بلا، ص342 - ص346.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ونود أن نشير هنا انه في بعض الأحيان وخصوصاً في مقاولات الأشغال العامة قد ينص على مدة المقاولة، على سبيل المثال 6 أشهر اعتباراً من تاريخ المقاولة فهل يدخل في هذه المدة الفترة من تاريخ إبرام المقاولة إلى تاريخ تسليم موقع العمل للمقاول؟ خصوصاً أن الإدارة في الغالب تتأخر بعد إبرام المقاولة في تسليم موقع العمل للمقاول ومن ثم فهو لا يتمكن من مباشرة تنفيذ الأعمال الموكلة إليه مباشرة بعد الإبرام.

وعلى هذا التساؤل أجابت محكمة التمييز بقرارها الصادر في 6 / 11 / 1969 إذ قررت (إن الأساس الذي يدور عليه موضوع الدعوى هو: هل أن المميز عليهما قد تأخرا في إنجاز العمل أكثر من المدة المحددة له البالغة سنة ونصف السنة، أم أن التأخير عُزي إلى المميزين لتأخرهما في تسليم موقع العمل؟ ولدى الرجوع إلى وقائع الدعوى وجد أن تسليم موقع العمل كان بتاريخ 30 / 9 / 1967 فتبدأ مدة السنة والنصف من هذا التاريخ وليس من تاريخ الإحالة، لأن من التزامات المميزين تسليم موقع العمل للمقاول تسليماً فعلياً ولما كان ذلك لم يحصل بتاريخ الإحالة فلا يمكن افتراض وقوع التسليم لأن التسليم واقعة مادية لابد من حصولها فعلاً لكي يتمكن المقاول من المباشرة بالعمل، ولما كان هذا الأخير لم يكن للمقاولين يد فيه فلا ينسب إليهما تقصير في عدم قيامهما بالعمل في توقيته عند إحالة العمل عليهما، فلا يمكن الحكم بتعويض إلا إذا وجد إهمال من المقصر وكانت هناك علاقة سببية بين الإهمال أو الفعل والضرر وهذا لم يتحقق بالنسبة للمقاولين...)[1].

(1) حكمها المرقم 150 / م / 1969 الصادر في 16 / 11 / 1969 مشار إليه لدى رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص318.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ونرى هنا أن لا مبرر لما تذهب إليه الإدارة في العراق من إعتبار المدة من تاريخ رسو المناقصة إلى تاريخ التسليم الفعلي لموقع العمل مدة تمديد إضافية يعفى المقاول خلالها من الغرامة التأخيرية، ذلك لأن البدء الفعلي في تنفيذ المقاول يكون من تاريخ التسليم الفعلي لموقع العمل، ومن ثم فإن التأخير الذي يحصل بعد ذلك يسأل عنه المقاول أما التأخير الذي يحصل قبل ذلك فلا يمكن مساءلته عنه، وبناءً على ذلك كله فإن تأريخ تسليم المقاولة يجب أن يحتسب من تاريخ التسليم الفعلي لموقع العمل للمقاول، والمدة التي سبقت ذلك لا يمكن عدّها من المدة الإضافية التي تمنحها الإدارة في حالة إجراء أعمال إضافية أو بسبب صعوبات مادية غير متوقعة تدخل ضمن المدة الأصلية لتنفيذ المقاولة، وعلى ضوء ذلك إذا ثبت تأخر المقاول عن المدة المقررة كان للإدارة أن توقع جزاء الغرامة التأخيرية عليه [1].

ثانياً: الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

لقيام مسؤولية المتعاقد عن التأخير في تنفيذ العقد المعهود إليه تنفيذه في مدة معينة ينبغي أن يكون ذلك التأخير قد حدث بسببه وعليه فهو لايسأل عن التأخير الحادث بسبب أجنبي، وعلى هذا الأساس قررت محكمة التميز في حكمها الصادر في 3 / 2 / 1966 (بأنه إذا لم يكن للمتعاقد يد في تأخير تسليم العمل المتفق عليه فليس لجهة الإدارة إستقطاع المبالغ التقديرية المنصوص عليها في العقد) [2]، يبدو من ذلك أن المتعاقد إذا لم يكن من حقه إثبات عدم حصول الضرر للإدارة بسبب التأخير فأن ذلك لا يمنعه من إثبات حصول التأخير بفعل خارج عن إرادته، كأن يكون بفعل الإدارة نفسها أو بسبب أجنبي آخر لا يمت له بصلة، أي أن دفاع المتعاقد في عدم دفع الغرامة التأخيرية ينحصر في نطاق ركن الخطأ، لا ركن

(1) رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص318.

(2) حكمها الرقم 200 / ح / 966 في 3 / 2 / 1966 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، س2، ع1، 1963، ص118.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الضرر، لأن الضرر يفترض وقوعه دائماً عند تأخير تنفيذ العقود الإدارية، ويمكن حصر أهم الحالات التي يعفى فيها المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخيرية في:

1. تسبب الإدارة في التأخير:

لايكون للإدارة الحق في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها إذا كانت هي سبب تأخيره في تنفيذ العقد الإداري، ويترتب هذا الأمر سواءً كان فعل الإدارة يشكل خطأ من جانبها أو إهمالاً أو كان إستعمالاً منها لحق غير منازع فيه كإجراء تعديل في طبيعة العمل أو في كميته[1]، وعلى ذلك نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة رقم 1 لعام 2007 [2]، ونصت على ذلك أيضاً الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام 1988 في المادة (45) ف(1) وتقابلها المادة (29) ف(3) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية وكذلك المادة (45) ف(1) من الشروط والمواصفات الخاصة بالأعمال الإنشائية لمديرية الأشغال العسكرية، وعلى ذلك إستقرت أحكام محكمة التميز إذ قضت في قرارها الصادر في 24 / 1 / 1966 (إذا كان إيقاف العمل حصل بناء على طلب الجهة الإدارية لغرض الكشف على موقع العمل من قبل المهندس فلا يسال المقاول عن الغرامات التأخيرية)[3] كذلك حكمها الصادر في 4 / 4 / 1970 إذ أعفت فيه المقاول من الغرامة التأخيرية لان التأخير كان قد حدث بسبب الإدارة[4].

(1) د.عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص164 ومابعدها.
و د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، مسئوولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 124.
و كذلك ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 66 في 1 / 1 / 1961 مشار إليه لدى د. نصر الدين محمد بشير، المصدر السابق، ص116.

(2) المادة 6 منها.

(3) رقم الإضبارة 1584 / ح / 966 في 24 / 1 / 1966 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع 2، س 5، 1966، ص 172.

(4) القضية رقم 355 / إستئناف / 969 مشار إليه لدى رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص325.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وذهب في الاتجاه نفسه مجلس الدولة الفرنسي وذلك في حكمه الصادر في 4 ديسمبر 1968 في قضية (sieur saee)[1]..

كذلك كان في المعنى نفسه قضاء محكمة القضاء الإداري المصري وذلك في حكمها الصادر بجلسة 31 / مارس / 1957 [2].

ومن جانبنا نرى أن هذا المذهب سليم ومنطقي، ذلك لأنه لم يبدر من المقاول أي سبب للتأخير، بل كان التأخير بسبب الإدارة لذا لم يكن للمقاول ذنب يستحق العقاب عليه.

2. حالة الإعفاء نتيجة الظروف القاهرة:

إن المعنى الأصيل للقوة القاهرة هو الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، وطالما أن هناك استحالة في التنفيذ لايد للمتعاقد فيها وعدم إمكان توقع الحادث الفجائي مع استحالة دفعه، نرى أنه من العدل إذا توافرت القوة القاهرة بشروطها أن يعفى المتعاقد من مدّة التوقف عن التنفيذ حتى زوالها ومن ثم يعفى من الغرامة التأخيرية، فيكون الحادث القهري سبباً قانونياً لإعفاء المتعاقد من توقيع أي جزاء عليه، إلا أنه ومما تجدر ملاحظته أن إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته يقتصر فقط على مدّة حلول القوة القاهرة فإذا مازالت يعود عليه الالتزام بالتنفيذ الكامل حسب الشروط المتعاقد عليها[3]، ويجب أن يثبت أنه بذل عناية قصوى أقرب إلى التضحية والفداء منها إلى إسلوب العقد إذ أن ضمان المتعاقد لدوام سير المرفق العام وانتظامه وتعاونه مع الإدارة في ذلك وتوافر حسن النية في تنفيذ العقد كل تلك المبادئ القانونية تلزم

(1) الحكم منشور في مجلة العلوم الإدارية، ع1، س11، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970، ص194.

(2) حكمها في القضية رقم 1930 لسنة10 قضائية منشور في المصدر نفسه، ص195.

(3) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص163.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المتعاقد بان يبذل العناية القصوى لكي يعفى من التزامه[1]، فبوجود القوة القاهرة غير المتوقعة يكون التأخير قد حدث لسبب خارج عن إرادة المتعاقد بل خارج عن إرادة الإدارة وتوقعها أيضاً.

وأهم شروط القوة القاهرة هي:

أ. أن يكون الظرف القاهر غير متوقع من الطرفين ولا يمكن دفعه.

ب. أن يكون مستقلاً عن إرادة الطرفين.

ج. أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً [2].

وقد أخذت محكمة التميز بهذا السبب كأحد أسباب إعفاء المقاول من الغرامة التأخيرية، وذلك في حكمها الصادر في 13 / 7 / 1970 إذ بينت (يجب أن يؤخذ بنظر الإعتبار عند تقرير مدة التأخير الحوادث التي تعيق المقاول في تنفيذ التزاماته)[3] وإلى ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 11 / 1 / 1969 [4].

3. حالة حصول التأخير بفعل الغير: -

يعفى المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا كان التأخير حصل بفعل الغير كما لو كان تنفيذ العقد مناطاً بعدة متعاقدين وكان تأخر أحدهم في تنفيذ التزامه في

(1) د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص124. و د. مطيع علي حمود جبير، المصدر السابق، ص472.

(2) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص 162.

(3) القضية رقم 406 / إستئناف / 969 مشار إليه لدى رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص 325.

(4) الطعن رقم 147 في 11 / 1 / 1969 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص 310.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الوقت المقرر يعود إلى عدم قيام المتعاقد الآخر بانجاز العمل المنوط به أو لتأخره بتنفيذه وكان عمل المتعاقد الأول يعتمد على إكمال عمل الثاني[1]، وهذا هو ماقضت به محكمة التمييز في قرارها الصادر في 15 / 4 / 1959، إذ قضت بان (على المحكمة التحقق عن المدة التي ترك الخزان فيها في المحطة إذ أن هذه المدة لاتسأل الشركة عنها لان المسؤول عن هذا التأخير هو الجهة المسؤولة عن نقل الخزان والشركة ليست هي المسؤولة فان ظهر لها أن مدة التأخير المطالب بها عن بقاء الخزان في المحطة فلا تسأل الشركة عنها)[2]، ونرى أن هذه النتيجة منطقية إذ أنها تعد من مبادئ القانون العامة خصوصاً في المجال الجنائي ومبادئه مثل مبدأ شخصية العقوبة وغيرها وإن كان في القانون الجنائي إستثناءات معينة ترد عليه كحالة المسؤولية عبر الغير القائمة على أساس الخطأ المفترض.

4. حالة موافقة الإدارة على منح المتعاقد مهلة إضافية دون تحفظ:

إذا كان حق الإدارة ثابتاً بخصوص وجوب ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد وهي ماتقتضيه المصلحة العامة، فإن من حق المتعاقد معها أن يطلب مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته إذ يعد ذلك طلباً لتعديل شروط العقد والمدة المقررة لتنفيذه وبتحقق موافقة جهة الإدارة عليه يعد رسمياً على أن لا تبدي الأخيرة أي تحفظ على ذلك، ومن ثم لايحق لها فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد إذا تأخر في تنفيذ العقد عن المدة المحددة لذلك قبل التعديل وبذلك قضى مجلس الدولة المصري بتاريخ 21 / 9 / 1960 [3]، وكذلك محكمة التمييز إذ أكدت المبدأ نفسه في حكمها الصادر في 5 / 7 / 1989 [4].

(1) رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص 326.

(2) حكمها المرقم 720 / ح / 1959 منشور في مجلة القضاء، ع 5، س 17، 1959، ص 731.

(3) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 61 والمؤرخ في 21 / 9 / 1960 مشار إليه لدى د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص 121.

(4) حكمها المرقم 350 / ح3 / 989 الصادر في5 / 7 / 1989 مشار إليه لدى محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص169.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ومن جانبنا نذهب في الإتجاه نفسه ذلك أن منح الإدارة مهلة مدة معينة تعد سنداً قانونياً يعفيه من تحقق المسؤولية في جانبه وتأخر المتعاقد خلال هذه المدة إكتسب شرعيته بهذه الموافقة، ولكن يجب أن لا يتأخر عن مدة المهلة وإلا تحققت مسؤوليته وإستحقت الغرامة في ذمته.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات في العقود الإدارية وأحكامها

كما اشرنا سابقاً إن فلسفة تخويل الإدارة سلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري هي حمايةً لدوام سير المرفق العام وإستمراره في تقديم الخدمات للمجتمع تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ثم فإنها حريصة على تنفيذ عقودها بأقصى درجات الدقة وتوفير أكبر قدر من الضمانات التي تمكن الإدارة من حسن التنفيذ وأن الجزاءات المالية من أهم وسائل الإدارة في ذلك، إذ تفرضها على المتعاقد في حالة إخلاله أو تأخره في تنفيذ العقد ويكون ذلك من خلال إستقطاع جزءً من الأموال المودعة لديها كتأمينات مقدمة من المتعاقد لإثبات جديته في التعاقد ومواجهة ماقد يصدر عنه من إخلالات أثناء التنفيذ، من خلال إستنزالها من الأموال المستحقة للمتعاقد بذمتها.

لذلك كان من ضمن الجزاءات المالية هي مصادرة التأمينات التي يودعها المتعاقد لدى جهة الإدارة كضمان للإبقاء على العطاء طوال المدة المقررة لسريانه، ولسداد التامين النهائي عند رسو العطاء كضمان لحسن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

لما تقدم سنأتي على هذا الجزاء بالتوضيح والبيان في فرعين:

- **نبين في الأول:** الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات.
- **ونعالج في الثاني:** شروط استحقاقها وأهم أسباب الإعفاء منها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الاول

الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات

اختلف الفقه الإداري في التكيف والطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات، وفيما إذا كان من الضروري إدراج هذا الجزاء في العقد المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد، إذ ترى طائفة منهم وجوب الاتفاق عليه في العقد ابتداءً، في حين ترى طائفة أخرى أنه لا داعي من الإتفاق عليه بحجة انه سوف لايظل هناك محل لاشتراط التأمين النهائي مع العطاء[1].

وقبل أن نذهب إلى إبداء رأينا أو ترجيح أي من الرأيين السابقين ارتأينا عرض موقف المحكمة الإدارية العليا المصرية في الموضوع إذ ذهبت في حكمها الصادر في 22 / 4 / 1961 إلى (إن التكييف القانوني للتامين... هو شرط جزائي يحدد مقدماً باتفاق الطرفين على قيمة التعويض عند الإخلال بشروط التعاقد...)[2].

يتضح من حكم المحكمة إنها كيّفت مصادرة التأمينات على أنها شرط جزائي يتفق عليه مقدماً ليتضح أن مصادرة التأمين جزاء ذو طبيعة اتفاقية.

ومن جانبنا نؤيد هذا الموقف ونرى أن مصادرة التأمينات عبارة عن شرط جزائي متفق عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ذلك أن للإتفاقية أثراً واضحاً بالنسبة لسلطة الإدارة يتمثل في إمكانيتها من مصادرة

(1) د. عبدالحميد الشواربي، المصدر السابق، ص 40.
ود. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 273.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 834 الصادر في 22 / 4 / 1961 مشار إليه لدى د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص310.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

التأمينات مباشرة وبنفسها دون الحاجة لإنتظار حكم قضائي[1]، أما في حالة عدم النص عليها مسبقاً فإنه يتعين على جهة الإدارة اتخاذ إجراءاتها بإيقاع جزاء التعويض على المتعاقد، وكما هومعلوم إن فرض جزاء التعويض لا يكون إلا باستيفاء شروطه المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ووجوب اللجوء إلى القضاء لاستحصاله.

ونود أن نشير هنا إلى أن الأثر السابق للاتفاقية يدعم غرامة التأخير، إذ تستطيع جهة الإدارة أن تصادر التأمين اقتضاءً للغرامات التأخيرية في حالة تأخر المتعاقد عن التنفيذ في المواعيد المحددة طبقاً للاتفاقية ودون انتظار حكم قضائي، ومن ثم فإن الاتفاقية يظهر أثرها أيضاً في الحفاظ على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد إذ يظهر ذلك في أن جهة الإدارة تستطيع أن تستقطع ماتشاء من مقدار التأمين الذي تم إيداعه لديها مقدماً إذا ما تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته وبشكل سريع يلبي حاجة المرفق.

(1) المصدر نفسه، ص311.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

إستحقاق مصادرة التأمينات والإعفاء منها

اولاً: الإستحقاق:

إن الغرض الأساسي من التأمينات بنوعيها (المؤقتة والنهائية) في العقود الإدارية هو ضمان إنضباط المتعاقد مع الإدارة في أداء التزاماته التعاقدية كما وردت في شروط العقد، ويتطلب إستعمال الإدارة لهذه السلطة وجوب تحقق سبب إستحقاقها (إخلال أو تأخر في تنفيذ العقد الإداري) ومن ثم صدور قرار بالمصادرة ويعد هذا القرار إفصاحاً لنية الإدارة بتوقيع هذا الجزاء، وترجع هذه السلطة إلى حق الإدارة في التنفيذ المباشر دون حاجة إلى حكم قضائي إذا كان مبلغ التامين قد دفع مقدماً[1]، وإن لم يكن كذلك فللإدارة أن تطالب به أو بما تبقى منه ودياً أو قضائياً وفي كل الاحوال يحق لجهة الإدارة أن تخصم ماتستحقه من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى، وأن الإدارة تقوم بتوقيع هذا الجزاء من غير الحاجة لإلزامها بإثبات أن ضرراً ما قد لحق بها بسبب التقصير الذي استدعاه (الجزاء)، إذ إن من المسلَّم به أن للإدارة الحق في مصادرة التامين عند وقوع الإخلال دون الحاجة لإثبات الضرر لا لأن هذا الركن غير مشترط أصلاً، بل لأنه ركن مفترض في كل عقد إداري بفرض غير قابل لإثبات العكس، وهذه الخاصية فضلاً عن توقيع الجزاء بغير انتظار لحكم القضاء مما يميز جزاء مصادرة التأمين في مجال عقود القانون العام كنوع من التعويض الإتفاقي المقدر

(1) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 834 والمؤرخ في 27 / 4 / 1963 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص41.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

سلفاً بإتفاق الطرفين ودائماً بسند من مقتضيات دوام سير المرافق العامة، الأمر الذي يجعله مختلفاً عن التعويض الإتفاقي في القانون المدني وبهذا الوصف تتفق مصادرة التامين تماماً مع الغرامات التأخيرية [1].

وبالنسبة لإنذار المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بأن الإدارة سوف توقع عليه جزاء مصادرة التامين ثار خلاف حوله، فذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى ضرورة إنذار المتعاقد بالجزاء(مصادرة التأمينات) الذي سوف يطبق عليه، أما القضاء المصري فيذهب إلى أن من حق الإدارة مصادرة التأمينات دون حاجة لإتخاذ إجراءات إنذار المتعاقد[2].

أما رأينا في الموضوع، فنرى انه لما كانت مصادرة التامين هي في الحقيقة من الجزاءات المالية المقررة لتنفيذ العقد الإداري ضمان لدوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، إذ يصادر التأمين لأسباب متعددة فهو ضمان لتنفيذ العقد الإداري في مواجهة المتعاقد إزاء المسؤوليات التي قد يخضع لها من جراء عدم قيامه بالتنفيذ على الوجه الأكمل، ولتحصيل الجزاءات (الغرامات) و(التعويضات) وعلى ذلك فهو من الجزاءات التابعة لاقتضاء الغرامات أو التعويضات لذا فالإنذار به لابد أن تتوفر له المرونة، بمعنى انه إذا كان يراد بمصادرة التامين اقتضاء الغرامة التأخيرية حينئذ يجب تطبيق قواعد الإنذار المطبقة فيها، ففي فرنسا لا يتم اقتضاء الغرامة التأخيرية الا بعد الإنذار، ومن ثم فلابد من الإنذار لمصادرة التامين، وهذا على خلاف الأمر في مصر، إذ يتم اقتضاء الغرامة دون إنذار، ومن ثم فإن اقتضاء جزاء مصادرة التأمين كغرامات تأخيرية يتم دون إنذار، والأمر نفسه موجود في العراق إذ ساير الموقف المعمول به في مصر بأن لسلطة الإدارة فرض الغرامات التأخيرية دون إلزامها بإنذار المتعاقد إلا في حالة ورود نص خاص

(1) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص 23.

(2) د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص 313 – ص 314.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

في العقد يلزم الإدارة بذلك فيكون هذا النص ملزماً للإدارة لان القاعدة العامة تقضي (أن الخاص يقيد العام).

أما إذا كان المطلوب من مصادرة التأمين اقتضاء التعويض فيلزم الإنذار وذلك طبقاً للقواعد العامة اللازمة لاقتضاء التعويض، وبتلك المرونة في الإنذار بمصادرة التأمين تبعاً للغرض الذي يصادر من أجله يتحقق الأثر العام لدوام سير المرفق العام بالإنتظام والإطراد الذي يحقق المصلحة العامة وذلك نتيجة لاقتضاء الإدارة لحقوقها المالية كاملةً.

وسلطة الإدارة في مصادرة التأمينات سلطة تقديرية ومن ثم لاتدخل تحت رقابة القضاء الإداري إلا إذا خرجت عن مبدأ المشروعية واقترنت بإساءة استعمال السلطة، فللإدارة الحق في مصادرة التأمين إذا هي اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته كما يجوز مصادرته بدون فسخ العقد، وبعد إتمام التنفيذ إذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب أو تراخى في هذا التنفيذ أو قصر فيه[1].

ومما تقدم يثار التساؤل الآتي:

هل يجوز للإدارة أن تجمع بين مصادرة التأمين والتعويض ؟

في الواقع إن الفقه الإداري أجاز هذا الجمع كذلك القضاء الإداري أجاز الجمع بينهما، ولكن اشترط لهذا الجمع أن لايحظره العقد الإداري بنص صريح فيه وان الضرر الذي لحق الإدارة يجاوز قيمة التأمين المدفوع ذلك انه مادام السبب في كل من مصادرة التأمين والتعويض مستقلاً عن الآخر في الطبيعة، وأن الوجهة والغاية في كل منهما متباينة فلا تثريب إن اجتمعا معاً، إذ لايعد الجمع بينهما ازدواجاً محظوراً للتعويض، لان استحقاقه هو تطبيق للقواعد العامة أضف

(1) د. مطيع علي حمود جبير، المصدر السابق، ص 474.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

إلى ذلك إن مصادرة التأمين هو جزاء شرّع لمصلحة الإدارة ولغاية حسن سير المرافق العامة القائمة عليها، ومن ثم فلا يجب أن ينقلب عليها فيضر بها ومن ثم يضر بالصالح العام لو عدّ مانعاً من طلب التعويض وبالرغم من توافر مناطه ومسوغه، كذلك في مثل هذه الحالة ستبقى أضرار لم تكفِ قيمة التأمين المصادر في جبرها وهو ما لا تقبله المصلحة العامة[1]، إلا أن ذلك الجمع ترد عليه قيود - كما اشرنا - تتمثل في عدم النص صراحة في العقد على حظر الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض وهذا النص التعاقدي يرجح عن غيره، والقيد الثاني يتمثل في إستمرار الضرر قائما بعد مصادرة التأمين أي عدم كفاية مصادرة التامين لجبر الضرر ذلك لتجاوز قيمة الضرر لمقدار التأمين وهذا يعني أن كل حالة ستقدر على حدة بحسب شروط العقد المبرم وظروف وملابسات تنفيذه[2]. وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أنه يحق للإدارة أن تطالب المتعاقد معها بتكملة مايزيد على مبلغ التأمين الذي لايكفي للتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية، وهذا يستند إلى القواعد القانونية العامة أي إلى أحكام القانون الخاص والتي تقضي بان كل خطأ يترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض[3].

وإذا الغي العقد بتقصير في تنفيذ الالتزامات ولم يكن التأمين النهائي قد دفع بكامله فللإدارة الحق بالمطالبة بما تبقى منه لأنه شرط جزائي يحدد مقدماً قيمة التعويض عن الإخلال بشروط العقد.

(1) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 251 والمؤرخ في 16 / 1 / 1982 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص327.
و د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص120.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1180 والمؤرخ في 27 / 11 / 1965 منشور في مجموعة المبادئ والأحكام التي أصدرتها المحكمة في 15 سنة 1965 - 1980، ج2، ص1904.

(3) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 34 الصادر في 2 / 1 / 1965 مشار إليه لدى د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص 351.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ونود أن نشير هنا إلى أنه إذا ارتبطت مصادرة التأمين في نصوص العقد أو القانون بسبب معين فلا محل لتوقيعها لسبب غيره، فإذا نص في العقد مثلاً على أن يكون جزاء التأخير في إتمام العمل وتسليمه كاملاً في الميعاد المحدد هو توقيع غرامات تأخيرية فانه إذا أعملت الإدارة حقها في توقيع الغرامة التأخيرية فان الإدارة لاتستطيع والحالة هذه أن تطالب المدعي بأكثر من ذلك أي ليس لها أن تصادر التأمينات لغير هذا السبب، وأخيراً فان حق الإدارة بمصادرة التامين يجب أن لايشوبه التعسف أخذاً بمبدأ حسن النية وتحقيقاً للمشروعية [1].

ثانياً: الإعفاء من مصادرة التأمينات:

سبق أن ذكرنا أن لجهة الإدارة حق الإعفاء من غرامة التأخير إذا ماهي قدرت انه لم يلحقها ضرر، ويرتبط ذلك بسلطتها التقديرية ولما كان جزاء مصادرة التأمين ضمانة لتنفيذ العقد على أكمل وجه ليقوم المتعاقد بمسؤلياته وتحصيل الجزاءات (الغرامات) و (التعويضات)، من ذلك يتضح انه إذا كان الغرض من مصادرة التامين هو اقتضاء لغرامة التأخير ورأت الإدارة بما لها من سلطة تقديرية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير ومن ثم كان لها أن تعفيه من مصادرة التأمين، إذ أن توقيع مصادرة التأمين يرتبط بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة[2]، فلها أن تعفي المتعاقد منه إذا ماقدرت مثلاً انه لم يلحق بها ضرراً ما، والإعفاء من هذا الجزاء قد يكون صراحة أو ضمناً.

(1) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 401 الصادر في 23 / 12 / 1957 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص 333.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1127 الصادر في 22 / 4 / 1961 مشار إليه لدى د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص 316.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أما إذا كان المراد من مصادرة التأمين اقتضاء تعويض ضرر ما أصاب جهة الإدارة فالأمر يختلف عما ذكرناه بالنسبة لاقتضاء غرامة التأخير، إذ أن جهة القضاء هي الجهة المنوط بها الحكم به طبقاً لدرجة الضرر، وتقتضي جهة الإدارة مستحقاتها من التعويض من خلال مصادرة التامين المودع لديها بالمقدار الذي يحكم به القضاء إن كان لذلك مقتضى، أو أن تجد جهة القضاء انه ليس هناك مبرر للتعويض ومن ثم يستحق المتعاقد التأمين المدفوع[1].

يتضح مما سبق أن حق الإدارة في الإعفاء من مصادرة التأمين يكون فقط في حالة الإعفاء من غرامة التأخير، إذا لم يكن هناك سبباً آخر لاستحقاقه، وإعطاء حق الإعفاء لجهة الإدارة يحقق العدالة في مواجهة المتعاقد إذ إنها هي الجهة المنوط بها إدارة المرفق العام وهي الأدرى بالإعفاء من عدمه طبقاً لسلطتها التقديرية مما يحقق دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

(1) د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص 97.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للتعويضات في العقود الإدارية وأحكامها

لـلإدارة الحق في أن تقتضي تعويضاً عن الأضـرار التي لحقت بها نتيجة تقصير أو إهمال أو عدم وفاء من المتعاقد معها.

والتساؤل الذي يثار هنا هو عن مدى إمكانية تطبيق هذا الجزاء في نطاق العقد الإداري الذي هو عبارة عن عقد أيضاً ؟ وهل تكون الغاية فيه جبراً للضرر أم تكون فكرته هي إرغام الطرف المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه أكثر منها تعويضاً ؟ وهل تلتقي نظرية التعويض في القانون الخاص مع نظرية التعويض في القانون الإداري من حيث الطبيعة وشروط تحقق المسؤولية ؟ وما مدى سلطة الإدارة وإمكانيتها في استحصاله والإعفاء منه ؟.

للإجابة عن كل هذه التساؤلات عمدنا إلى تقسيم هذا المطلب على فرعين:

- **نبين في الأول:** الطبيعة القانونية للتعويضات في العقد الإداري.
- **ونعالج في الثاني:** شروط استحقاقها ومدى سلطة الإدارة في استحصالها والإعفاء منها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للتعويضات في العقود الإدارية

يعرف التعويض في القانون المدني العراقي بأنه (مبلغ من المال يحكم به على المدين في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته، وذلك لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر المتضرر وكذلك الحكم في حالة تأخره عن التنفيذ)[1].

إذاً فطبيعة التعويض في القانون الخاص هي، إصلاح الضرر وجبره ومحاولة إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل الإخلال أو التأخير في التنفيذ، أما في مجال العقود الإدارية فالأمر نفسه، إذ تتمثل طبيعته بأنه جزاء مالي يقابل الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد وإصلاحه ويمثل الجزاء العام الذي يمكنه تغطية جميع الجزاءات الإدارية خاصة الجزاءات المالية في جميع العقود الإدارية، وفضلاً عن ذلك يتصف تكييفه القانوني بأنه وسيلة للضغط على المتعاقد مع الإدارة وحمله على تنفيذ التزامه العقدي، لما يتسم به أداء المتعاقد مع الإدارة من سمةٍ خاصة قائمة على الهدف من التعاقد وهو دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فان إخلال المتعاقد مع الإدارة يعد إخلالاً بالمصلحة العامة التي تسمح للإدارة بالتعويض سواء كان تعويض عن الإخلال أم التأخير في التنفيذ، وعلى هذا الأساس فإن هذا الدور الضاغط للتعويض يفسر أهميته كجزاء في نطاق العقد الإداري، فهو جزاء مرن جداً ومن السهل تطبيقه وتناسبه مع مدى خطورة الخطأ[2].

(1) نص المادة 168 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(2) د. نصرالدين محمد بشير، المصدر السابق، ص 276.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ونود هنا أن نشير إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء[1] من أن التعويضات في العقود الادارية في القانون العام لها دور تعويضي أقل ممالها في القانون الخاص إلا أننا نرى أن للتعويض أهمية وأثراً كبيراً في العقود الإدارية، ذلك انه يحقق هدفه المزدوج السابق توضيحه بالنسبة لضمان دوام سير المرافق العامة من جهة وتغطية الأضرار الحقيقية التي لحقت الإدارة من جهة أخرى، وذلك على البيان الآتي:

إن المتعاقد مع الإدارة هو في النهاية يبغي الربح من أي تعاقدات يقوم بها وحرصه على تحقيق هذا الربح يجعله في سعي دؤوب من اجل تنفيذ التزاماته بحسن نية ورغبة منه في كسب ثقة الإدارة تمهيداً لكسب تعاقدات أخرى لذا فالمتعاقد المقصر يفقده التعويض هذا الربح الذي كان يسعى إليه، ومن جانب آخر فإن التقصير الذي ارتكبه يفقده ثقة جهة الإدارة به، فخوف المتعاقد من دفع قيمة التعويض والتي قد تكون مرتفعة والتي قد تؤدي إلى خسارة جميع أمواله فضلاً عن خسارة ثقة الإدارة بأعماله يجعل للتعويض ذلك الدور الضاغط على المتعاقد لتحقيق التزاماته بما يضمن دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

من كل ماسبق يأتي تأكيدنا على أهمية التعويض في مجال العقود الإدارية ورداً على الرأي القائل بأن التعويض في دائرة العقود الإدارية أقل أهمية من التعويض في مجال القانون الخاص، ونعزز رأينا هذا بأهم مظاهر أهمية التعويض في مجال العقد الإداري والمتمثلة في:

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص 181، بالاشارة الى الفقيه الفرنسي بيكينيو، نظرية العقد الإداري، ص 339 وما بعدها.
و حسن عزيز عبدالرحمن، المصدر السابق، ص 703.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

1. ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

2. تغطية الإضرار الحقيقية التي تلحق بالإدارة.

3. ضمان التزام المتعاقد بتوقيع جزاء عليه في حالة سكوت العقد أو كراسات الشروط عن النص على جزاءات مالية أخرى كغرامات التأخير.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

إستحقاق التعويضات والإعفاء منها

أولاً: الاستحقاق:

يقترب النظام القانوني للتعويض في العقد الإداري من النظام القانوني للتعويض في القانون المدني فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي توافر أركانه من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ولكن يختلف النظامان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات[1]، إذ يستحق التعويض في العقد المدني عند توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما إذ تتحقق المسؤولية ويترتب عليها آثارها ويجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه، وهذا الجزاء يطبق بالطريقة نفسها في العقود الإدارية فلا يحكم به إلا إذا ثبت أن هناك ضرراً قد لحق الإدارة، كما أن التعويض يقدر تبعاً لجسامة الضرر الذي أصاب الإدارة بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته[2].

إلا انه وعلى الرغم من هذا التشابه بين النظامين إنهما يختلفان من حيث إجراءات توقيعهما[3]، فقد تباين الأمر في كل من فرنسا ومصر والعراق فيما يتعلق بسلطة الإدارة في ذلك، فبالنسبة لفرنسا فأن مجلس الدولة الفرنسي لم يكتفِ بإعطاء الإدارة الحق باللجوء إلى القضاء لتقدير التعويض بل انه ذهب إلى ابعد من ذلك في إعطاء الإدارة سلطة تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر دفع تصدرها بإرادتها المنفردة، أما في مصر فأننا نلاحظ في نطاق التشريعات المطبقة

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1975، مصدر سابق، ص 503.

(2) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص 18.

(3) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص181.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

لديها خلوها من النص على تخويل الإدارة بهذا، لذلك يصبح من المتعين على الإدارة اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية [1].

أما في العراق فأن الإدارة تلجأ إلى القضاء في الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الإدارة إذ لايوجد في العراق مايعطي الإدارة الحق في تقدير التعويض وخصمه من مستحقات المتعاقد أو تأميناته دون مراجعة القضاء وقد أكدت ذلك محكمة تمييز العراق في قرارات عديدة منها قرارها الصادر في 16 / 9 / 1987 (... يشترط لإستحقاق التعويض صدور حكم قضائي به... والقاضي لا يحكم بالتعويض إلا في حالة الإخلال بالالتزام وثبوت ضرر جهة الإدارة وترتيب علاقة سببية بينهما وهذه هي القاعدة العامة لاستحقاق التعويض في القانون المدني)[2].

وفي الوقت نفسه لاتستطيع الإدارة المطالبة بالتعويض إلا بإنذار المدين ا، وهذا الاتجاه معمول به في فرنسا ومصر إذ أن التعويض لايستحق إلا بعد إنذار المدين ما لم ينص على غير ذلك[3].

ومن جانبنا نرى صواب هذا الاتجاه في ضرورة الإنذار الذي تتقيد به الإدارة قبل تحصيل التعويض وذلك بسبب الدور الضاغط الذي يمارسه التعويض على المتعاقد وفي الوقت نفسه فأن المتعاقد لا يؤاخذ على تراخيه في التنفيذ إلا من وقت إنذاره واعتباراً من هذا الوقت فقط يستحق التعويض العقدي.

(1) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 3 مارس 1957 مشار إليه لدى د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، 1975، مصدر سابق، ص505.

(2) محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص 20.

(3) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 186.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وهناك من يرى خطورة السلطة الممنوحة للقضاء في تقدير التعويض ومنها الحكم بتعويضات متفاوتة تفاوتاً كبيراً في قضايا وحالات متشابهة ظاهرياً، ورداً على ذلك نرى أن علاج تلك المخاطر لا يكون بتحويل هؤلاء القضاة إلى مجرد آلة لتطبيق النصوص القانونية التي يفترض فيها توقع كل شي، وفي الوقت نفسه إن منح القاضي تلك السلطة خير وسيلة لتمكينه من حسم اكبر عدد من القضايا وخاصة التي تتعلق بالتعويض وهناك العديد من القرارات الصادرة من القضاء التي تؤكد بأن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تقدير التعويض منها حكم محكمة التمييز الصادر في 18 / 5 / 1971 الذي تبين فيه (تقدير الأضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية)[1].

ثانياً: الإعفاء من التعويض:

إذا كان للإدارة الحق في إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير فهل تملك هذا الحق في إعفاء المتعاقد من التعويض ؟

لكي نوضح الإجابة عن هذا التساؤل نقدم مقدمة موجزة عن الإعفاء من غرامة التأخير:

- إن الإعفاء من غرامة التأخير يأتي من كون جهة الإدارة هي القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد وهي التي تقدر الظروف التي يتم فيها هذا التنفيذ وظروف المتعاقد وهو يتعاون معها على ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد فإذا كان لجهة الإدارة ذلك فهي تملك - بطبيعة الحال - أن تعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها، وأساس ذلك إذا هي قدرت سلامة الأسباب التي تدعو إلى ذلك، كما

(1) حكمها المرقم 381 / أستئنافية / 971 في 18 / 5 / 1971 النشرة القضائية ع2، س1، ص131.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

لو قدرت أن المصلحة العامة لم يلحقها ضرر من جراء التأخير وهذا ما سبق بيانه وأقره الفقه والقضاء الإداريان واستقرت عليه الآراء وذلك كمقابل لسلطة الإدارة التقديرية بما لها من سلطة التعديل لمدد التسليم خلال تنفيذ العقد وسلطتها في أن تمنح تأجيلات في التسليم وهي تفعل ذلك بدافع من المصلحة العامة للمرفق وحسن سيره بإنتظام وإطراد[1].

- كان لتلك المقدمة الموجزة أهميتها حتى يتضح أن التعويض على عكس غرامة التأخير وان جهة الإدارة لاتملك أن تتنازل عن حقها في التعويض متى ثبت لها، وذلك للأسباب الآتية:

أ. أحد شروط التعويض وأهمها هو توافر ركن الضرر، وهذا يتنافى مع الحكمة من الإعفاء في غرامة التأخير إذ إن الإعفاء منها يرتبط في كون المصلحة العامة لم يلحقها ضرر، والتعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه من المتعاقد قد سبب ضرراً.

ب. التعويض توقعه سلطة قضائية بناءً على طلب جهة الإدارة فإذا ثبت لها الحكم بالتعويض، ينشأ من ذلك ديناً لصالح الدولة ولايحق لجهة الإدارة إعفاء المتعاقد من التعويض بناءً على هذا الحكم وإلا تسبب عن ذلك الإضرار بالصالح العام وخسارة للخزانة العامة.

ج. التعويض الهدف منه تغطية أضرار حقيقية لحقت الإدارة، على خلاف غرامة التأخير كونها جزاءً عقديا الهدف منه الضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته في الوقت المحدد للعقد.

مما سبق اتضح أن الإعفاء من التعويض أو تخفيضه يخضع لسلطة القضاء فقط وذلك إذا ما تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه.

(1) د.عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 180.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفصل الرابع

دور القضاء في تدعيم مشروعية الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية

• **تمهيد وتقسيم:**

لقد استقر فقه القانون العام على أن الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية هو إخضاع تصرفات السلطات العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل نظام دولة القانون من جهة، وتعزز المبادئ التي ترتكز عليها من جهة أخرى.

وكما هو معروف إن العقود الإدارية هي من أنشطة الإدارة الرامية لتحقيق السير المستمر والمنتظم للمرافق العامة تلبيةً وإشباعاً لحاجات الجمهور، ولأجل ذلك خولت عدة سلطات في هذا الميدان من ضمنها سلطتها في إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصّر أو أخل في تنفيذ ماعليه من التزامات عقدية، إلا أن سلطتها في إيقاع تلك الجزاءات ليست مطلقة بل مقيدة بتحقيق الصالح العام، ومن ثم عدم جواز التعسف في استخدامها الأمر الذي يخل ويؤثر في الصالح العام.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ولضمان تحقيق ذلك خضعت سلطتها لرقابة القضاء التي تفرض على قرار الجزاء ضمن شروط محددة ومن ثم إصدار أحكام عادلة في ذلك، ولما كان بحثنا يدور حول الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية ارتأينا توضيح تلك الرقابة بما يخص هذين الجزاءين فقط ودور القضاء في تدعيم مشروعية فرضهما من قبل الإدارة على المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته.

ولبيان كل ذلك وتوضيحه سعينا إلى تقسيم هذا الفصل على مبحثين:

- **نبين في الأول:** القضاء المختص بنظر منازعات الجزاءات في العقود الإدارية ونطاق رقابته على قرار الجزاء الجنائي أو المالي.
- **أما في المبحث الثاني:** نتناول شروط فرض رقابة القضاء على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الاداري وأهم أنواع أحكامه في ذلك.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الأول

القضاء المختص بنظر منازعات الجزاءات في العقد الإداري ونطاق رقابته على قرار الجزاء الجنائي أو المالي فيه

تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وتصرفاتها الضمانة الحقيقية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم إذ إنها تعد تنبهاً وتحذيراً للإدارة مما يدفعها لاحترام القانون والخضوع لسلطاته ومعرفة أوجه النقص أوالقصور في أداء العمل الإداري وللإلمام بمعوقات العمل الإداري والعوامل التي أسهمت في انجازه ذلك فضلاً عن كشف التجاوزات غير القانونية ومحاسبة المخالفين لأحكام القانون والعمل على إلزام الجميع بأحكام المشروعية ومحاسبة كل من يخرج عليها.

إذاً فالرقابة القضائية هي الأسلوب الأكثر فاعلية لضمان احترام السلطات الإدارية لأحكام القانون فالقضاء هو الجهة التي يجب أن تراقب قرارات الإدارة وأعمالها وتوقيع جزاء البطلان أو الإلغاء في حالة خروجها عن القانون ولكن أي قضاء ؟ هل هو القضاء العادي أم القضاء الإداري المستقل المتخصص ؟ للإجابة عن ذلك نقول إن الرقابة قد توكل إلى القضاء العادي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد أو قد تكون من اختصاص القضاء الإداري الذي يكون عبارة عن جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

والرقابة في كلا النظامين تكون في نطاق معين يضمن الحماية اللازمة لحقوق الأفراد وحرياتهم.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وسنوضح ذلك في هذا المبحث الذي سيكون على مطلبين:

- **نبين في الأول:** القضاء المختص بنظر قرارات الجزاء في العقد الإداري.
- **ونعالج في الثاني:** نطاق رقابة القضاء على قراري الجزاء الجنائي والمالي في العقد الإداري.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

القضاء المختص بنظر منازعات الجزاءات في العقود الإدارية

بوجود الرقابة القضائية على الجزاء الذي توقعه الإدارة في العقد الإداري يتحقق أمان المتعاقد من أن حقوقه في مأمن من تجاوز الإدارة أو تعسفها في إستخدام سلطاتها، إذ تملك الشجاعة لوقف الإدارة عند الحدود التي رسمها لها المشرع، إلا أن الدول قد تباينت في إناطة أمر هذه الرقابة لأي من نوعي القضاء العادي أو الإداري تبعاً للنظام القضائي لديها الذي يكون موحداً أو مزدوجاً، إذ إنها لا تسلك اتجاهاً واحداً في تحديد الرقابة القضائية وتنظيمها على أعمال الإدارة، فقد يسند أمر الرقابة للقضاء العادي ذلك في الدول التي تأخذ بوحدة القضاء أي النظام القضائي الموحد الذي يفصل في جميع المنازعات بما فيها المنازعات الإدارية التي تكون بين الأشخاص والإدارة، أو يوكل أمر الرقابة إلى جهة قضائية معينة مستقلة للفصل في المنازعات الإدارية ألا وهي القضاء الإداري، وعلى الرغم من هذا التباين فإن القضاء سواءً كان إدارياً أم عادياً يمارس الرقابة على مشروعية القرار الإداري فإذا ما خالفت الإدارة حكم القانون عدّ عملها غير مشروع ويستوجب البطلان[1].

(1) د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص3 - ص4.

ود. حسين درويش، سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، مصدر سابق، ص28.

و جعفر ناصر حسين، المحاكم الإدارية في العراق، بحث منشور في مجلة القضاء، ع4، س42، 1987، ص 38 وما بعدها.

و د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص82.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وتشير القواعد العامة في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري إلى أن القاضي الإداري هو المختص أصلاً في الفصل في المنازعات الإدارية ذلك إنّ ترك النزاع بين الإدارة والأفراد لتفصل فيه الإدارة بنفسها لا يمكن أن يثبِّت الثقة في نفوس الأفراد، لأن من مقتضيات العدالة أن لا يكون الحكم خصماً في النزاع، لذا فأن الرقابة على الإدارة في كيفية ممارسة نشاطها يجب أن يعهد بها إلى القضاء ولكن أي نوع من القضاء ؟

اختلفت الدول بهذا الصدد تبعاً لظروفها الاجتماعية وتقاليدها التاريخية فبعضها عهدت بهذا الاختصاص للقضاء الإداري مسايرة بذلك الاتجاه الحديث للتنظيم القضائي، والبعض الآخر ظلت محتفظة به للقضاء العادي.

لذلك سوف نسلط الضوء على كلا الأمرين في فرعين:

- **نتناول في الفرع الأول:** القضاء العادي وهو مختص بنظر منازعات الجزاء في العقد الإداري.
- **ونبين في الفرع الثاني:** القضاء الإداري وهو مختص بنظر منازعات الجزاء في العقد الإداري.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

القضاء العادي

وفقاً لنظام القضاء الموحد يتولى القضاء العادي مهمة الفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والجزائية والإدارية على السواء، إذ يختص القضاء العادي بنظر المنازعات الإدارية مستنداً في ذلك على أسباب قانونية مستخدماً في الوقت نفسه وسائل قانونية مختلفة تمكنه من مواجهة أعمال الإدارة غير المشروعة وقد تفوق رقابته على أعمال الإدارة في مداها حدود المشروعية حتى تصل في بعض الأحيان إلى رقابة الملائمة، ومن الدول التي أخذت بنظام القضاء الموحد هي الدول الأنكلوسكسونية المتمثلة في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى.

أما العراق فقد كان من دول القضاء الموحد من تأريخ إنشاء المحاكم المدنية إلى سنة 1977 عندما صدر قانون تشكيل المحاكم الإدارية رقم140 لسنة 1977، إذ كان القضاء العادي يختص بالنظر في جميع المنازعات سواء كانت إدارية أم غير إدارية وهذا ما يستشف من منطوق المادة 29 من قانون المرافعات المعدل رقم 83 لسنة 1969 وقد تأكدت هذه الولاية في المادة 3 من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 بنصها

(تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعة والمعنوية العامة والخاصة إلا ما استثني منها بنص خاص)[1].

(1) ينظر بهذا الخصوص م 29 من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم 83 لسنة 1969 التي تنص على (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما أستثني منها بنص خاص).
و ينظر كذلك حكم محكمة التميز الصادر في 24 / 1 / 1966 الذي تذهب فيه (لاجناح على المحاكم =

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وجاء إنشاء المحاكم الإدارية في العراق تنفيذاً لما ورد في قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لسنة 1977، الذي أكد على إنشاء المحاكم الإدارية، ورغم تأكيد هذا القانون على ضرورة إنشاء محاكم خاصة تتولى الفصل في المنازعات التي تكون الوزارات أو المؤسسات العامة أو القطاع الاشتراكي طرفاً فيها[1].

إلا أن هذه المحاكم ظلت متأثرة بالطابع المدني الذي يسود النظام القضائي في العراق فلا تفرق بين المنازعات المدنية والمنازعات الإدارية فهي تدخل في اختصاصها أي نزاع تكون الإدارة طرفاً فيه دون النظر إلى طبيعة هذا النزاع، في حين أن الغرض من إنشاء القضاء الإداري في الدول التي أخذت به هو إنشاء قضاء مستقل تمام الاستقلال عن القضاء العادي ويختص بنظر المنازعات الإدارية فقط إذ ليست جميع المنازعات التي تقوم بين الهيئات الإدارية والأشخاص الأخرى ذات طبيعة إدارية ومن ثم لا يختص القضاء الإداري بها دائماً إذ يختص فقط بتلك التي يطلق عليها وصف (منازعات إدارية) أي أن الإدارة كانت أحد أطرافها مستخدمةً وسائل القانون العام، إلا أنه وبموجب القانون رقم 20 لسنة 1988 الغي القانون رقم 140 لسنة 1977 [2]، وعليه فأن قرار إلغاء هذه المحاكم قد أعطى الأمل لإمكانية إنشاء قضاء إداري حقيقي في قطرنا والذي بدوره مهَّد لمجيء القانون رقم 106 لعام 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 والمتضمن إنشاء محكمة القضاء الإداري[3].

= إذا ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس بقضاءها مهمة القضاء العادي...) مشار إليه لدى محمد عبد الله حمود الدليمي، المصدر السابق، ص28.

(1) يراجع في ذلك قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35، لسنة 1977، ص 64.
ينظر كذلك د. صالح محسوب، المحاكم الإدارية في العراق الواقع والآفاق، بحث منشور في مجلة القضاء، ع 1و2و3و4، 1982، ص 136 وما بعدها.

(2) د. عصام عبدا لوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، ع 1و2، 1990، ص 114.

(3) د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم 106 لسنة 1989، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد 9، ع 1و2، س 1990، ص 228.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وقد استبشر رجال القانون في العراق وعلى الأخص المعنيون منهم بدراسات القانون الإداري بصدور هذا القانون الذي انشأ أول مرة محكمة للقضاء الإداري في العراق التي انبثقت عن مجلس شورى الدولة وباشرت أعمالها في 10 / 1 / 1990 [1].

وأننا نأمل قيام قضاء إداري في العراق على ضوء التجربة التي حصلت في دول القضاء المزدوج وخاصة التجربة العربية في مصر لاسيما أن دستور العراق الحالي لعام 2005 أشار الى ذلك في م101 منه والتي نصت على أنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الأداري والأفتاء والصياغة والقيام بالمهام الأخرى، فمن هنا نطالب مشرعنا الموقر بتفعيل هذه المادة وتطبيقها على أرض الواقع وانشاء قضاء أداري متخصص في النظر في جميع المنازعات الأدارية بضمنها منازعات العقود الأدارية، إلا أننا لا نستطيع التغاضي عما حققه القانون رقم 106 لسنة 1989 والذي ظهر بعد انتظار طويل ولكننا نرى محدودية اختصاص محكمة القضاء الإداري إذ شمل اختصاصها النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية فقط، أما المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لا تدخل ضمن ولايتها والتي أقيمت على ضوء فكرتها أهم نظريات القانون الإداري، ذلك وإذا كانت الإدارة تنتهج في إبرام بعض هذه العقود وسائل القانون الخاص فإن القسم الغالب منها يبرم وفقاً لقواعد القانون العام كالشروط السابقة على التعاقد والشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص ومركز الإدارة المتميز عن مركز المتعاقد معها وهذا ما يجعل هذا النوع من العقود مختلفة تماماً عن عقود القانون الخاص، ولا ريب أن هذا الاختلاف يتطلب عند حدوث التنازع تطبيق قواعد خاصة وقضاءً متخصصاً يفصل فيما يتعلق فيها من منازعات ولاشك في مقدرة القاضي الإداري

(1) د. عصام عبدا لوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، مصدر سابق، ص 114.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:32 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

العراقي على ممارسة هذا الدور إذا ما أضيف هذا الاختصاص أوغيره من مواضيع الخصومات ذات الطبيعة الإدارية إلى ولايته[1]، فالولاية في العراق في هذا الاختصاص للقضاء العادي وعلى رأسه محكمة التمييز، ورغم أنه وجد أصلاً ليطبق قواعد القانون المدني بدأ يطبق قواعد القانون الإداري في بعض أقضيته على العقود التي تبرمها الإدارة، وأكدت محكمة التمييز في أحكامها على اختصاص المحاكم المدنية للنظر في منازعات العقود الإدارية ومن أحكامها في ذلك حكمها الصادر في 24 / 1 / 1966 إذ تذهب فيه (لا جناح على المحاكم إذا ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس في قضائها مهمة القضاء الإداري وان تلتزم في قضائها بما جرى به الفقه والقضاء الإداريان وما درج عليه من حلول للتوفيق بين المصالح العامة وبين حماية الأفراد وحقوقهم لأن ولاية المحاكم تتسع لجميع المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص)[2].

إذاً فالقضاء الإداري الذي نشأ حديثاً في العراق تنتظره مهمة كبيرة وجليلة ونأمل أن يقوى عوده ويشتد عضده من خلال ملائمة ما وضعه القضاء الإداري في البلدان الأخرى مع ظروف مجتمعنا[3].

وبناءً عليه فإن إنشاء القضاء الإداري في العراق يعد حاجة ملحة تنزل منزلة الضرورة إذ انه الحارس لحقوق الأفراد والأمين العام لها وانه وإن كان قد جاء بعد انتظار طويل إلا أننا لا نستطيع أن نهمل ما حققه من إنجازات في خلق قواعد ونظريات القانون الإداري، وعلى الرغم من أن تجربته بحاجة إلى وقفة تأمل وإعادة

(1) د. فاروق احمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم 106 لسنة 1989، مصدر سابق، ص231 - ص233

(2) حكمها المرقم 1584 / 966 الصادر في 24 / 1 / 1966، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع 1 و 2، 1965، ص314.

(3) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البيّن في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية مجلد 9، ع 1 و 2، 1990، ص92.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

نظرإلا إن نوافذ القدرة لم تغلق من قبل مشرعنا العراقي بل تركها مفتوحة من اجل دفعه في طريق التقدم والرقي وعلى الجميع مساندته ومده بكل أسباب القوة.

ومن هذا المنطلق ندعوا مشرعنا إلى إعادة النظر في اختصاصات محكمة القضاء الإداري وجعلها شاملة للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وهذا لا يتم إلا عن طريق تقليص الاستثناءات التي ترد على اختصاصات المحكمة من اجل بسط رقابتها على أعمال الإدارة بما يعود بالنفع على المجتمع ويدفعه في طريق التقدم خطوات وخطوات.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

القضاء الإداري

إن إنشاء قضاء إداري متخصص في أقضية الإدارة كان وليد ظروف تاريخية خاصة بفرنسا قبل قيام الثورة الفرنسية 1789، وكان الهدف من هذا الإنشاء هو منع القضاء العادي من التدخل في شؤون الإدارة ومنع عرقلة نشاطها والإصلاحات التي تقوم بها[1]، وهذا الاتجاه جاء انعكاساً لمبدأ الفصل بين السلطات لذلك أصبحت الإدارة تجمع بين صفتين الإدارة العاملة والإدارة القاضية، وأمام عدم منطقية هذا الوضع الذي أدى إلى إهدار حقوق الأفراد بادرت الثورة إلى إنشاء مجلس الدولة إلا أن قرارات هذا المجلس لم تكن باتّة بل يتوقف نفاذها على تصديق رئيس الدولة ومع هذا الأمر لم يعد ذلك ضمانة أكيدة إذ بقيت هذه الأقضية تحت رحمة الإدارة العليا، لذلك تم في مرحلة لاحقة منح مجلس الدولة السلطة الكاملة والباتة للنظر في المنازعات الإدارية والفصل فيها بصورة نهائية استكمالاً لسلطاته وذلك بموجب قانون 24 أيار 1872 [2].

وعلى هذا الأساس أصبح هناك ازدواج قضائي في فرنسا إذ يوجد نوعان من المحاكم هي المحاكم العادية التي تكون محكمة النقض في قمتها والمحاكم الإدارية وعلى رأسها مجلس الدولة[3].

(1) د. طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص 49.

(2) د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص 63 - ص 69.

(3) د. طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص126 - ص 128.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أما في مصر فعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي أنشأ فيها مجلس دولة في عام 1946 والذي عدَّ مستقلاً عن القضاء العادي مختصاً بنظر المنازعات الإدارية، ثم تعاقبت القوانين بتنظيم هذا المجلس وآخرها القانون رقم 47 لعام 1972، وأصبحت أحكامه لها ولاية الإلغاء والتعويض (القضاء الكامل)، وبذلك ظهر القضاء الإداري في مصر واستقلت منازعات الإدارة بعيداً عن القضاء العادي و أقضيته القائمة على حماية الحرية الفردية، ولكن ظهور الاشتراكية وانتشارها أدى إلى الحد من سلطات الأفراد وامتيازاتهم وإلى دعم مصالح الإدارة لأنها تمثل المصالح ذات الصفة العامة[1]، وبذلك فان اتجاهات أحكام مجلس الدولة سارت نحو تقوية إمتيازات الإدارة حيال الأفراد ومصالحهم الخاصة[2].

وبعد استعراضنا للتطور التاريخي للقضاء الإداري لكل من فرنسا ومصر يثار التساؤل الآتي هل يجوز الطعن بالعقد الإداري مباشرةً ؟

- **إجابتنا عن هذا التساؤل ستكون كالآتي:**

إن الإدارة كما هو معلوم تقوم بإصدار قرارات إدارية بمناسبة إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه وعندما تصدر هذه القرارات تخاطب فيها المتعاقد معها وتخاطب بها الغير، وهذا يؤدي إلى أن المتعاقد قد يلجأ إلى المحكمة واستدعاء ولايتها من أجل إلغاء هذه القرارات إذا رأى فيها إجحافاً لحقوقه، ومجلس الدولة الفرنسي يتمسك بقاعدة عامة مفادها هو عدم جواز قبول الطعن بالإلغاء الموجه ضد العقد الإداري نفسه، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة لان القضاء الفرنسي أجاز الطعن بالإلغاء للغير فقط وذلك في القرارات المنفصلة وتبنى هذه النظرية بحكمه الشهير في قضية (Martin) والصادر في 4 أغسطس 1905 [3].

(1) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 44.

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 49 وما بعدها.

(3) د. مصطفى كمال وصفي، المصدر السابق، ص10 - ص14.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أما في مصر نجد أن القضاء الإداري قد تأثر بالنظرية الفرنسية من خلال الأخذ بنظرية القرارات المنفصلة وبرغم ذلك التأثر تختص محكمة القضاء الإداري في مصر بمنازعات العقد الإداري اختصاصاً شاملاً وقد صدر عنها العديد من الأحكام مؤكدة ذلك منها حكمها الصادر في 18 نوفمبر1956 الذي تذهب فيه (متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت منازعة خاصة في إنعقاد العقد أم تنفيذه أم بإنقضائه فأنها تدخل كلها في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء...)[1] يتبين من ذلك أن لمحكمة القضاء الإداري الفصل في المنازعات الخاصة بالقرارات الإدارية التي تتصل بالعقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة إلى أن يقتصر في شأنها على الإلغاء ويكون لها تفريع على ذلك إن تراقب موافقة القرار للقانون وان تتجاوز هذا الحد إلى رقابة الوقائع.

إذاً ليس للمتعاقد الذي يريد الطعن بالعقد إلا أن يسلك سبيل القضاء الكامل لأنه من التصرفات الصادرة عن إرادتين من جهة ولوجود طريق طعن مقابل (دعوى موازية) من جهة أخرى، إلا أنه يجوز لغير المتعاقد أن يرفعها إذا ما سبب لغيره أضراراً، لذلك ليس ثمة ما يمنع من قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير في القرارات المتصلة بالتعاقد ذلك لأن هذه القرارات يمكن فصلها والتعامل معها بذاتها.

وخلاصة القول، أن القرار الصادر بفرض الجزاء الجنائي أو المالي على المتعاقد هو من قبيل القرارات الإدارية ولكنه لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء من المتعاقد لان له دعوى أخرى للمنازعة في هذا القرار هي دعوى القضاء الكامل التي تحقق له مزايا أكثر أما غير المتعاقد فمن حقه أن يطعن في هذا القرار بالإلغاء فيما إذا توافرت المصلحة والصفة فيه.

(1) عبدالرحمن نورجان الأيوبي، القضاء الإداري حاضره ومستقبله، مطابع الشعب، بغداد، 1965، ص 182.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

نطاق رقابة القضاء الإداري على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري

من المسلم به أن رقابة القضاء على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري تعد من قبيل القضاء الكامل، لأن مهمة القاضي فيه لا تنحصر عند حدود الإلغاء بل تمتد لبحث الوقائع وحسم جميع عناصر النزاع ويتناول القرارات من حيث المشروعية والملاءمة سواءً من حيث الشكل أم الاختصاص أم مخالفة القانون أم التعسف في استخدام السلطة فلا تقف عند هذا الحد بل تمتد لتشمل البواعث والأسباب الدافعة للتصرفات لذلك فأن القاضي يبحث معاً وفي آن واحد الوقائع والقانون[1]، ذلك أن للقاضي سلطات واسعة بصدد الفصل في دعوى القضاء الكامل ويبدو ذلك من الاسم نفسه أي من عبارة القضاء الكامل التي توحي بأن القضاء الآخر قضاء الإلغاء ليس كاملاً وشاملاً بل محصوراً ومحدداً لأمر واحد هو إلغاء القرار الإداري[2]، فالقاضي في دعوى القضاء الكامل يستطيع في قضاء العقود بناء على طلب صاحب الشأن أن يحكم بإلغاء القرارات الإدارية التي اتخذتها الإدارة لفرض الجزاء الجنائي أو المالي على المتعاقد معها، فضلاً عن ذلك يستطيع أن يحكم على الإدارة بالتعويض إذا ما توافرت شروطه، ومن المسلم به أنه إذا كان للقاضي الحكم بالتعويض عن تصرف الإدارة إلا أنه ليس له إلزامها القيام بعمل[3].

(1) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 102.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدر سابق، ص460.

(3) د. محمد كامل ليله، المصدر السابق، ص169 - ص170.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

إذن فالإدارة وهي بصدد توقيع الجزاء الجنائي أو المالي على المتعاقد معها لا تتمتع بالسلطة المطلقة، ذلك لأن المصلحة العامة تتعارض وكل إطلاق للسلطة لذا فان الإدارة إزاء ممارستها لهذه السلطات الخطيرة خاضعة لرقابة القضاء، والقاضي الإداري عندما يمارس رقابة القضاء الكامل لا يقف عند حدود رقابة المشروعية للقرارات الجزائية بل يتعداه إلى بحث ملائمتها.

ومن أجل توضيح نطاق الرقابة القضائية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي الصادر من الإدارة على المتعاقد معها.

سوف نقسم دراستنا في هذا المطلب إلى فرعين:

- **نبين في الأول:** منهما رقابة المشروعية على قرار الجزاء.
- **ونعالج في الثاني:** رقابة الملائمة عليه.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

رقابة المشروعية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري

إذا كان مبدأ المشروعية يلزم الإدارة بالخضوع للقواعد القانونية الملزمة والعمل في نطاقها حمايةً لحقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الإدارة، إلا إن ذلك لا يعني تقييد نشاطها بقيود صارمة تؤدي إلى عرقلة أعمالها وسلب روح الابتكار منها لتتحول بالنتيجة إلى آلة صماء لاحياة فيها تؤدي أعمالها بصورة آلية في نطاق ما يفرضه عليها القانون، لذلك يتعين إعطاءها قدراً من الحرية بغية مباشرة أعمالها بما تمليه عليها الظروف والأحوال حتى تتمكن من السير في أعمالها بوجه سليم يحقق الصالح العام[1].

والرقابة على أعمال الإدارة أمر لازم في كل دولة يسود فيها مبدأ المشروعية والسبب في ذلك أن مبدأ المشروعية يعني خضوع الكافة في الدولة لإحكام القانون[2]، والإدارة تملك إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون أو غير الملائمة وتملك أيضاً تعديلها أما القاضي فإذا تبين له أن العمل أو القرار المطعون فيه غير مشروع اقتصرت سلطته على الحكم بإلغائه أو التعويض عنه دون أن يكون له الحلول محل الإدارة، إذ ليس له أن يصدر الأوامر للإدارة، ذلك كقاعدة عامة أما في العراق فترد عليها إستثناءات[3].

(1) د. محسن خليل، المصدر السابق، ص547 - ص553.

(2) د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، سنة الطبع بلا، ص35.

(3) لمزيد من التفاصيل عن هذه الإستثنائات ينظر الفصل الثالث من هذا البحث، ص89 - ص90.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ورقابة المشروعية تختلف باختلاف طبيعة سلطات الإدارة كونها تقديرية أو مقيدة ففي حالة كون سلطتها مقيدة كان للقاضي أن يحكم بإلغاء تصرفها الذي خرجت فيه عن الالتزامات التي يقررها العقد أو ينص عليها القانون، أما في حالة كونها تقديرية فأنه يمارس الحد الأدنى من الرقابة أي لا يستطيع أن يتدخل ويستخدم سلطته الرقابية على السلطة التقديرية للإدارة كما هو الحال فيما إذا كانت سلطتها مقيدة، معنى ذلك إن القاضي ليس له تخطي حدوده وترك دوره كقاضي وإدخال نفسه في المجال المحجوز للإدارة وتنصيب نفسه رئيساً إداريا وذلك من المبادئ الثابتة لنظام الفصل بين السلطات، وإذا كان للإدارة سلطة توقيع الجزاء الجنائي أو المالي على المتعاقد معها فأن ذلك لا يكون إلا عن طريق إصدارها قراراً إدارياً (قرار الجزاء)[1]، وقد ثار خلاف حول التكييف القانوني لهذا القرار هل يعد قراراً إداريا أم لا ؟.

في رأينا إن القرار الصادر بتوقيع الجزاء الجنائي أو المالي أو أي جزاء آخر على المتعاقد مع الإدارة هو من قبيل القرارات الإدارية التي تصدر من جهة إدارية بقصد إحداث اثر قانوني وهو توقيع الجزاء على المتعاقد معها ولا يقبل الطعن فيه بالإلغاء من قبل المتعاقد لان - و كما اشرنا سابقاً - له دعوى أخرى للمنازعة في هذا القرار هي دعوى القضاء الكامل التي تضمن له مزايا أكثر أما غير المتعاقد فمن حقه أن يطعن في هذا القرار إذا ما توافرت فيه المصلحة والصفة[2]، وأن التسليم بأن قرار الجزاء الجنائي أو المالي هو من قبيل القرارات الإدارية يقودنا إلى القول بأن هذا القرار يخضع للمبادئ نفسها والقواعد العامة التي تخضع لها القرارات الإدارية من حيث خضوعها لرقابة القضاء إذ تكون رقابة المشروعية على جميع أركان القرار المتمثلة بالاختصاص والسبب والشكل والإجراءات والمحل والغاية أو الهدف من إصدار القرار.

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1977، ص229.

(2) د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص 87.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

رقابة الملائمة على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري

تمتد رقابة القضاء على قرار الجزاء الجنائي أو المالي الذي تصدره الإدارة على المتعاقد معها إلى نطاق واسع فهي بالإضافة إلى إشتمالها للرقابة على مشروعية القرار يستقل القضاء أيضاً بتقدير مدى تناسب الجزاء وملاءمته مع الخطأ أو المخالفة التي ارتكبها المتعاقد[1]، وقد قطع القضاء الإداري الفرنسي خطوات تطور واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة لتشمل رقابته على تقدير الإدارة للوقائع وملاءمة قرارها للصالح العام فأنشأ في هذا النطاق نظريتين: (نظرية الغلط البيّن في التقدير) و(نظرية الموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري) وبواسطة هاتين النظريتين اخذ يلغي القرارات الإدارية التي يشوبها الغلط البين من جانب الإدارة في تقدير الوقائع[2].

أما في مصر فأن القضاء الإداري رغم عدم مجاراته للتطور الذي حصل في القضاء الإداري الفرنسي انه قد أنشأ نظرية (الغلو) في مجال الرقابة على القرارات الإدارية، ويعد حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 11

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدر سابق، ص460.
و ينظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم 62 بتاريخ 13 / 5 / 1961 مشار إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في 10 سنوات (1955.1965)، ص1406.

(2) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البيّن في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، مصدر سابق، ص 188.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

تشرين الثاني 1961 نقطة تحول جوهرية في موقف القضاء الإداري المصري من الرقابة على ملاءمة القرار الإداري، وبعد هذا الحكم أطرد قضاء المحكمة على مراقبة ملاءمة الجزاء المفروض وعدم غلو الإدارة في فرضه[1].

وبالنسبة للحال في العراق نجد بأن قضاءنا العراقي قد ساير القضاء الإداري الفرنسي والمصري في الاتجاه المتقدم في رقابة ملاءمة القرارات الصادرة من الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها وهذا واضح من قرار محكمة التمييز الصادر في 8 / 3 / 2004 والذي تذهب فيه إلى أنه (... ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض وجد أن التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه...)[2].

والتساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هو عن الأساس القانوني لرقابة الملائمة ؟

والإجابة عن هذا التساؤل تكون من خلال الذهاب بالقول إلى أن هذه الرقابة تدخل في نطاق أو إطار رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري وذلك بوصف إن ملاءمة هذه القرارات هي شرط لمشروعيتها، وهذا ما تؤكده الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري المصرية ومنها حكمها الذي تذهب فيه (انه وان كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من اجلها تتدخل لإصدار قرارها إلا انه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيته ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصاً فيما يتصل بالحريات العامة

(1) مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البيّن في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، مصدر سابق، ص 199.

(2) ينظر حكم محكمة التميز المرقم 129 / م3 / 2004 في 8 / 3 / 2004 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص129.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره فلا يكون العمل الإداري مشروعاً إلا إذا كان لازماً)[1].

وعلى ذلك فأن الأساس القانوني لرقابة الملاءمة هو أن الإدارة عند اتخاذها لقرار الجزاء الجنائي أو المالي تبرز سلطة القضاء في إقامة موازين القسط في أمور عديدة، منها مقدار خطورة المخالفة على المصالح المعتبرة بغض النظر عن نوعها ومقدار ما يناله الجزاء من حق أو حرية أساسية، وعلى قدر وصوله إلى نقطة التوازن المرجوة يقدر توفيقه في الوصول إلى التناسب، الذي لا يكون معه الجزاء قاسياً بالقدر الذي يمثل معه اعتداءً على حرية أو حق جدير بالاهتمام والرعاية ولا يكون في الوقت نفسه واهياً مما يؤدي إلى هدر مصالح أساسية.

إذ أن مضمون التناسب أو الملاءمة من المبادئ المنصوص عليها في إعلانات حقوق الإنسان والمواطن والتي تؤكد على وجوب أن تكون العقوبة المختارة ضرورية بشكل قاطع وصريح وإعمال هذا المبدأ لا يقتصر على نطاق العقوبات الجنائية فالإعمال يكون حتى في نطاق الجزاءات الإدارية أيضا[2].

إذاً ومن كل ما تقدم نرى انه إذا كان القاضي الإداري قد مضى برقابته إلى آفاق جديدة فبسطها على ملاءمة القرارات الصادرة من الإدارة لإيقاع الجزاءات الجنائية أو المالية صار تبعاً لذلك يراقب مدى التناسب بين قرار الجزاء ومحله أي بين الجزاء والمخالفة المستحقة له، فالقاضي في رقابته على الإدارة يردُّ الوضع إلى درجة الموازنة إذا كان الجزاء المفروض من الإدارة مغالياً فيه ولا يتناسب مع مقدار الخطأ، ذلك بهدف عدم السماح للإدارة بأن تثرى على حساب المتعاقد معها أو أن تستخدم سلطتها دون داعي أو مبرر، ومهما يكن من أمر فإن دخول تقدير الجزاء في نطاق السلطة التقديرية للإدارة لا يعني بالضرورة أن لا تنصرف رقابة

(1) مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 128.

(2) د. محمد سعد فوده، المصدر السابق، ص 207 وما بعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

القضاء إليها، بل لا يعني في الواقع أكثر من ترك قدر من حرية التصرف للإدارة بوصفها الأقرب للوقائع اليومية ومن ثم الأكفأ على تقدير بعض الأمور التقديرية التي تختلف من حالة إلى أخرى، ومن ثم فإذا كان تقدير الجزاء من الأمور المتروكة للإدارة فان للقضاء أن يتدخل ويفرض رقابته إذا جاء تقدير الإدارة هذا مفرطاً وبعيداً عن كل حد معقول سواءً كان بالتشديد أم بالتخفيف على حدٍ سواء[1].

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 436 - ص 437.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المبحث الثاني

شروط فرض الرقابة القضائية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري وآثارها

إذا كان للقضاء سلطة ممارسة الرقابة على قرارات الجزاء الصادرة من الإدارة على المتعاقد معها كإحدى الضمانات الأساسية لتحقيق مبدأ المشروعية وخضوع الكافة لحكم القانون، إلا أن هذه السلطة لا تكون إلا بتوافر شروط معينة تكون بمثابة النوافذ التي من خلالها تمتد سلطة القضاء لبسط رقابته على قرارات الجزاء والتي ينتج عنها حكم عادل يحقق مشروعية ذلك الجزاء ومدى ملاءمته للمخالفة التي كانت سبباً لاتخاذه إلا إن ذلك الحكم لا يكون على نوع واحد بل يتخذ عدة أنواع.

إذاً ولتوضيح أهم شروط رقابة القضاء على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري وأهم أنواع أحكام القضاء الناتجة عن تلك الرقابة ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

- **نبين في الأول:** شروط فرض رقابة القضاء على قرار الجزاء.
- **ونعالج في الثاني:** أهم أنواع أحكام القضاء الناتجة عن تلك الرقابة.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الأول

شروط فرض الرقابة القضائية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري

إذا كانت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية تمثل امتيازاً كبيراً للإدارة، وفي الوقت نفسه سلطة أصيلة لأنها توجد حتى ولو لم ينص عليها العقد أو ملحقاته، إلا إنها سلطة غير مطلقة بل يرد عليها بعض القيود وتتمثل هذه القيود بالشروط الواجب توافرها لإعمال سلطة الإدارة في فرض الجزاء وبصدور قرار الجزاء هذا يكون خاضعاً لرقابة القضاء، إذاً شروط فرض الجزاء هي نفسها شروط تحقق ولاية القضاء في الرقابة، ذاك لأن الرقابة القضائية تلحق التصرف الإداري بمجرد صدوره.

ونظراً لأهمية الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية كان من الواجب وضع نظام قانوني يحكم هذه الجزاءات حتى لا تسيء الإدارة استخدامها، لذلك درج العمل على تحديد بعض الشروط التي يجب تحققها لإعمال سلطة الإدارة في فرض الجزاء إذ بتحقق هذه الشروط يصدر قرار الجزاء الذي يكون خاضعاً لرقابة القضاء. وسنتناول شروط فرض الرقابة القضائية التي تتحقق بمجرد صدور قرار الجزاء من الإدارة في ثلاثة فروع:

- **نبين في الأول:** اختصاص الإدارة في إصدار قرار الجزاء الجنائي أو المالي.
- **ونوضح في الثاني:** مخالفة المتعاقد مع الإدارة على نحو يوجب إيقاع الجزاء الجنائي أو المالي عليه، ونعالج في الثالث الضرر الناتج عن المخالفة كشرط للتعويض.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

إختصاص الإدارة في إصدار قرار الجزاء الجنائي أو المالي

إن استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاء الجنائي أو المالي لا يكون إلا من خلال إفصاحها عن إرادتها بذلك وهذا الإفصاح بطبيعة الحال لا يكون إلا بقرار إداري منها يمثل إرادتها، ومن المتفق عليه أن القرار الإداري يقوم على خمسة أركان هي: الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، وإن أي ركن من هذه الأركان يجب أن تتوافر فيه شروط صحة حتى يكون القرار صحيحاً ومشروعاً.

والذي يهمنا هنا هو ركن الاختصاص الذي يقوم على أن أي قرار إداري لا يمكن أن يتخذ من قبل أي جهة إدارية من غير أن تكون مختصة قانوناً بإصداره، ويحتل الاختصاص مكانة مهمة في دائرة الجزاءات الإدارية، ذلك أنه يمثل الوسيلة المستخدمة لمعرفة صفة الجزاء، وهذه المسألة ترتكز على أمرين مهمين يتجلى الأول في معرفة ما إذا كانت تلك الجهة من أشخاص القانون العام أم لا ؟، ويتمثل الثاني بالجزاء أيدخل في نطاق ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة أم لا ؟[1]، وعلى ضوء ذلك ووفقاً للقواعد العامة يجب ألا يصدر قرار الجزاء إلا من المختص بذلك قانوناً شخصياً وموضوعياً وزمانياً ومكانياً، إذ يترتب على ذلك نتيجةً تتجلى بأنه لا يجوز لغير من حدده المشرع ممارسة الاختصاص، وهذا الأصل يرد عليه استثناء تستوجبه اعتبارات عملية معينة يتمثل في تفويض الاختصاص إلى شخص أو جهة أخرى، وإذا كان للتفويض أحكام وقواعد عامة ضابطة يخضع لها فأنها

(1) أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص 67 وما بعدها.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

في نطاق الجزاءات الإدارية تزداد وذلك كصمام أمان ضماناً لمصلحة المخالف، ولابد أيضاً من الإلتزام بالحيدة والموضوعية فإن المفوض إليه يلتزم بأن تتوافر فيه الصفة نفسها وإلا كان التفويض مصيره البطلان، لأن المفوض إليه لا تتوافر فيه الشروط الواجبة لممارسة الاختصاص، ومن جهة أخرى إن التفويض لا يجوز إلا بنص له ذات قوة النص المقرر للاختصاص لذلك فإنه وفي نطاق الجزاءات العقدية الإدارية يجب أن لا يجري إلا بنص يميزه وفقاً للشروط والضوابط التي يحددها، وبالنتيجة لا يمكن ممارسة التفويض إستناداً إلى عبارات مرسلة وألفاظ مبهمة غير منضبطة، وإلا كان باطلاً ويبطل تبعاً لذلك قرار الجزاء المستند عليه[1].

وتأسيساً على كل ما تقدم لكي يكون قرار الجزاء مشروعاً يجب أن يصدر عن جهة إدارية مختصة بإصداره أي يجب أن يصدر من جهة مخولة قانونياً بإصداره فإذا ما صدر الجزاء عن جهة أخرى غير مختصة يكون عملها مشوباً بعيب عدم الاختصاص مما يعرضه للإلغاء بل قد يصل الأمر هنا إلى حد الإنعدام.

(1) Hubert, Gerald,Hubrech,Droit public economique,Dalloz, Paris - 1997,p326.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

مخالفة المتعاقد

من شروط مباشرة الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات في العقد الإداري أن يخل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ومن ثم لا يجوز توقيع جزاء عليه إلا بمناسبة ماصدر منه من خطأ سبق وقوعه، والأخطاء العقدية في نطاق القانون الإداري لا تختلف في جوهرها عنها في القانون المدني ومع ذلك تتميز بأن هنالك الكثير من الأفعال التي تعد خاطئة في القانون الإداري غير معروفة في القانون الخاص ولا تتضمن جزاءً كما إن هذه الأخطاء تتميز بأنها تقدر بشدة لا يعرفها القانون الخاص لان الخطأ في نطاق العقد الإداري ليس فقط خطأ عقدياً بل خطأ مرفقي أي خطأ ضد المرفق العام لما يحدثه من خلل به[1]، ومن ضمن ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني تميز الأول بالإلتزامات المرتبطة بطبيعته النابعة من إتصاله بالمرفق العام كإلتزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصياً، والتزامه الجاد في إحترام مدد التنفيذ المقررة في العقد والتزامه بتنفيذ واجباته بطريقة سليمة وعناية تامة، وان يلتزم بمبدأ حسن النية في التنفيذ، وأن يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة، وأخيراً أن ينفذ التزاماته وفقاً للشروط المحددة في عقده وما يصاحبه من وثائق لاسيما دفاتر الشروط[2] كل ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار سلطات الإدارة في الإشراف والرقابة والتعديل وسلطتها في فرض الجزاءات، فصلة العقد الإداري بالمرفق العام تلزم الإدارة بان تراعي اعتبارات خاصة فيما يخص المتعاقد مثل الكفاءة المالية والمقدرة والخبرة وحسن السمعة... الخ.

(1) د. عبدالمجيد فياض، المصدر السابق، ص122.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدر سابق، ص395.
و ينظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 5 يوليو 1969 مشار إليه في المؤلف نفسه، ص396.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

وهذه الاعتبارات لا تراعيها الإدارة عند إختيار المتعاقد معها فحسب بل عند تنفيذ العقد أيضا، لذلك فان الاعتبار الشخصي مسألة مهمة وما يترتب عليه هو عدم جواز التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة أو بترخيص منها[1]، كما لا يجوز التعاقد من الباطن على جميع الأعمال (في حالة الموافقة على ذلك) بل على جزء منها مقابل ذلك تتمتع الإدارة بهذا الخصوص بسلطة تقديرية تخضع لمعقولية السبب المانع ويملك القاضي بهذا الخصوص سلطة فحص مشروعية تصرف الإدارة ويمارس رقابته إلى دواخل العمل الإداري و ملاءمته الموضوعية[2].

كما أنه من المقرر إن التزام المتعاقد بمدد التنفيذ يعد التزاماً جوهرياً وله آثاره على سير المرفق العام وانتظامه ومن ثم مواجهته بالجزاءات وغالباً ما تكون هذه الجزاءات الغرامات التأخيرية التي ينص عليها في العقد وفي حالة خلو العقد من النص على الغرامات فللإدارة أن ترجع على المتعاقد بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، فضلاً عن ذلك إن من يتعاقد مع الإدارة يجب أن يكون أميناً على المصلحة العامة بحيث يقوم بتنفيذ التزامه بحسن نية باعتباره من المبادئ العامة الأساسية في النظام القانوني بوجه عام وفي تكوين وإنشاء العلاقات التعاقدية بوجه خاص وهذا المبدأ يجب أن يكون رائد المتعاقدين عند إنشاء الرابطة العقدية، وان هذه الجوانب الموضوعية تقضي بها المحاكم حسب الأحوال مع الأخذ بنظر الاعتبار إن هذا المتعاقد يساهم مع الإدارة من أجل إدارة المرفق العام مما يتطلب فيه أن يقوم بتنفيذ التزامه العقدي من خلال بذله عناية خاصة غير اعتيادية لدى اشتراكه بتنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق العام[3] وهذا الأمر سوف ينعكس

(1) المصدر نفسه، ص397 - ص398.

(2) د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص 164.
و ينظر كذلك م 4 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام 1988.

(3) د. محمود خلف الجبوري، المصدر نفسه، ص 172.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

على الأعمال المنفذة من قبله التي يجب أن تنسجم مع الغرض الذي يبرم من اجله العقد، كما إن النقطة الجوهرية التي لابد أن نؤكد عليها بهذا الصدد هي ضرورة معرفة محل العقد بصورة تامة من قبل المتعاقد أي بمعنى أنه على المتعاقد أن ينفذ التزامه طبقاً لنصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة حتى يقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب، والأصل أن إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي يعد في ذاته خطأً موجباً للمسؤولية وبذلك لا يدرء عنه هذه المسؤولية إلا إذا تبين أن الالتزام استحال بسبب أجنبي كأن يكون هناك قوة قاهرة أو حادث فجائي وكذلك فعل الإدارة، إذ تعد جميعها مبررات قانونية للخطأ العقدي في نطاق العقد الإداري[1].

وتأسيساً، على ما تقدم فان المتعاقد مع الإدارة يقتضي أن يعلم بانه يقوم بتنفيذ التزاماته وفقاً لأحكام وقواعد قانونية تعد أكثر تشدداً من تلك التي يجري تطبيقها في عقود القانون الخاص بحيث لا يكون العقد مصدره الوحيد بل أيضاً ماهو منصوص عليه في دفاتر الشروط العامة أو النصوص الآمرة في القوانين والتعليمات التي تنظم التعاقد، والنتيجة المترتبة عليه هي أن التزامات المتعاقد تجاه الإدارة لا يمكن حصرها من جميع النواحي وفي الوقت نفسه فإن الإخلال بها يعد خطأً عقدياً يبرر توقيع الجزاءات عليه لإتصال العقد بإدارة مرفق عام لذا فإن مقتضيات هذا المرفق تجعل تقدير هذه الأخطاء وقياسها تتم بصورة مشددة[2].

وينظر كذلك م 150 من القانون المدني العراقي التي تنص على (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقةٍ تتفق مع حسن النية).

(1) ينظر بهذا الصدد حكم محكمة التميز المرقم 177 والمؤرخ في 2 / 6 / 1973 الذي تذهب فيه إلى أنه (يسأل المقاول عن الأضرار الحاصلة في العمل نتيجة لتنفيذ التصميم ولا يعفيه من المسؤولية ظهور هذه الأضرار بعد تسلم رب العمل للعمل ما دامت العيوب خفية وقد أقام الدعوى ضمن المدة القانونية) منشور في النشرة القضائية، ع2، س4، 1975، ص 152.

(2) ينظر حكم محكمة التميز المرقم 886 / م3 / الصادر في 31 / 1 / 2004 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص152.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

الضرر كشرط لاقتضاء التعويض

كما هو معلوم إن الإدارة تملك سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية سواء في حالة إمتناعه عن التنفيذ أو تأخره فيه أو ربما نفذ لكن على خلاف ما اتفق عليه أو عهد بالعمل إلى غيره دون موافقة الإدارة، وهذه السلطة لا تلاحظ إلا في دائرة العقود الإدارية التي يخضع تنفيذها لقاعدة رئيسية وجوهرية مؤداها إن المتعاقد مع الإدارة ملتزم بتنفيذ التزاماته على نحو لا يتعارض مع دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالمتعاقد مع الإدارة عندما ابرم عقداً معها اقتضى تعاونه لضمان دوام سير المرفق على الوجه الأكمل لذا فإن التزاماته لا تقتصر على تنفيذ ما ورد في العقد بل تمتد إلى كل ما يعد ضرورياً لضمان دوام سير هذا المرفق وفقا للهدف المحدد له[1]، ومما تجدر ملاحظته انه إذا كان إخلال المتعاقد بالتزاماته يترتب عليه مسؤولية عقدية فأن هذه المسؤولية العقدية تختلف في نطاق العقد المدني عما هو عليه في نطاق العقد الإداري، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الضرر مفترض نظراً لتأخر إيصال الخدمة العامة للمواطنين، وبذلك فأن العقود الإدارية تتميز بنظام خاص تخول الإدارة فيه فرض جزاءات تضمن بها تنفيذ العقد في حالة تقصير المتعاقد، وأخيراً فان هذه الجزاءات تفرض بالإرادة المنفردة للإدارة دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء أو لإثبات وقوع الضرر في جانب الإدارة معها استناداً لفكرة الضرر المفترض[2]، باستثناء التعويض لأنه مرتبط مع الضرر وجوداً وعدماً حتى

(1) رياض عبد عيسى الزهيري، المصدر السابق، ص 284.

(2) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 21مارس 1970 الذي تذهب فيه (... لذا فان الغرامات التي تنص عليها تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر) مشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدر سابق، ص 452.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

انه يقدر وفق جسامة الضرر وهذا ما دفع الكثير في اعتباره أنه لا يدخل ضمن قائمة الجزاءات الإدارية وأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة الواردة في القانون الخاص ودليلنا في ذلك ما أوردناه من تفصيل في موضوع جزاء التعويضات، وعلى ذلك سار القضاء الإداري المصري منذ عام 1957 عندما شرعت لائحة المناقصات والمزايدات التي نصت على (إن الإدارة تستحق الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر)[1].

أما القضاء العراقي فحاول جهده أن يتبنى المبادئ التي وردت في القضاء الإداري المصري ولكن ظل يرى أن الضرر في التأخير مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس، ومع ذلك يذهب إلى أنه لا يجوز فرض هذا الجزاء إذا كان سبب التأخير لايد للمقاول فيه، ومن أحكامه في ذلك حكمها الصادر في 25 / 7 / 1965 والذي جاء فيه (يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في تلك العقود من تلقاء نفسها دون الحاجة لصدور حكم بها وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاءً لها، كما لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقة في ذمتها للمتعاقد المتخلف، فلا يتوقف الأمر في القضاء بها على ثبوت وقوع الضرر للإدارة من جراء إخلال المقاول بالتزاماته وليس للمقاول أن ينازع في استحقاق الإدارة للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي ولكن هذا لا ينفي رقابة القضاء على ما يثيره المتعاقد مع الإدارة حول التأخير أو قيام أسباب خارجية لايد لهذا المتعاقد فيها مما ترتب عليه التراخي في تنفيذ الالتزام أم صيرورته مرهقاً...)[2].

(1) المادة 93 منها، كذلك ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1889 الصادر في 2 / 4 / 1993 الذي تذهب فيه (غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، تعد صورة من صور التعويض الإتفاقي إلا إنها تتميز عنه بافتراض وقوع الضرر بمجرد حدوث التأخير) مشار إليه لدى، رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 154.

(2) حكم محكمة التميز المرقم 42 / حقوقية / 965 في 25 / 7 / 1965 مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص237 - ص 238.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

اتضح لنا من كل ما تقدم أن الضرر متحقق بمجرد حصول الإخلال الأمر الذي يستوجب إيقاع الجزاء الخاص به والمنصوص عليه في صلب العقد الإداري، وفي حالة عدم النص على جزاء معين للأخلال الواقع من المتعاقد يصار إلى إيقاع جزاء التعويض الذي لا يكون إلا بتحقق شروطه وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المطلب الثاني

ولاية القضاء في رقابته على

قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري

بعد تحقق الشروط اللازمة لبسط القضاء لرقابته على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري يكون من الطبيعي أن ينظر ما يقدم أمامه من طعون في هذا القرار ومن ثم تصدر أحكامه التي تكون نتيجة لتلك الولاية، إلا أن أحكامه في ذلك لا تأخذ شكلاً واحداً بل عدة أشكال أو أنواع حسب ما يراه القاضي من لزوم تحقق المشروعية في القرار وضرورة وجود التناسب والملائمة بين الجزاء وحجم الخرق أو المخالفة المرتكبة من قبل المتعاقد.

لذا ولتوضيح ذلك سنصرف الأبصار إلى تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع:

- **نبين في الأول:** حكم إلغاء لقرار الجزاء.
- **ونوضح في الثاني:** حكم التعويض عن قرار الجزاء.
- **ونعالج في الثالث:** حكم تعديل قرار الجزاء.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الأول

حكم إلغاء قرار الجزاء

عندما يشوب قرار الجزاء الجنائي أو المالي عيب في احد أركانه أو شروط صحته، شأنه في ذلك شأن القرارات الإدارية الأخرى يكون باطلاً - أياً كانت درجة البطلان - ولا يملك قاضي الطعن عند ذلك إلا الإستجابة لطلب الطاعن والحكم بإلغائه إذا قدم من غير المتعاقد ذلك أن للمتعاقد دعوى أخرى موازية تحقق له امتيازات أكثر فلا يجوز له تقديم الطعن بإلغاء قرار الجزاء، وأثر هذا الحكم هو منع الإدارة عن تنفيذ الجزاء الملغي، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها الصادر في 12 يوليو 1958 الذي تذهب فيه (... لا محل للعودة لبحث مشروعية القرار ولا لفحص أسبابه ومبرراته والظروف التي أحاطت بإصداره بعد إذ قضى عليه حكم الإلغاء بأنه قرار مخالف تماماً لحكم الدستور والقانون وقد حاز ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به في ظل قانون مجلس شورى الدولة رقم 9 لسنة 1949 وتحققت جميع الآثار المترتبة عليه)[1]، وبالنسبة لسريان هذا الحكم فانه يسري من وقت اتخاذ قرار الجزاء، وهناك العديد من الأحكام الصادرة من القضاء الإداري بهذا الخصوص ومنها حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 4 / 4 / 1971 والذي تذهب فيه (... يتعين لوصم المتعاقد مع الإدارة بالغش والتلاعب في تنفيذ التزاماته وتوقيع الجزاءات المقررة لذلك في العقد... الأمر الذي لم يقم عليه الدليل في الدعوى الحالية لذلك يكون القرار الصادر من محافظة الشرقية بمصادرة التامين النهائي وبشطب اسمه من بين المتعهدين الذين

(1) حكمها المرقم 597 الصادر في 12 يوليو 1958، مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 168.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

يتعاملون مع المديرية وعدم السماح لهم بالدخول في مناقصات أو ممارسات أو مزايدات قرار غير قائم على سند صحيح من القانون ويتعين إلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار)[1].

ويلاحظ من الأحكام السابقة امتلاك القاضي سلطة إلغاء القرارات غير المشروعة الصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد إلا انه يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يفرق من حيث الرقابة على قرار الجزاء في عقد الالتزام من ناحية وفي باقي العقود الإدارية من ناحية أخرى[2].

وقد انتقد الدكتور سليمان محمد الطماوي هذه التفرقة التي قررها مجلس الدولة الفرنسي ويرى أن لا محل لها ولا مبرر، وحجته في ذلك هي أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق ما هو إلا مرحلة من مراحل تطوره، ويستطرد قائلاً بأنه يفضل التسوية بين جميع العقود الإدارية في هذا الصدد وهذا ما أكده، إذ يذهب بالقول إن المبدأ الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي لا يتسم بالعدالة لان هناك عقوداً إدارية لا تقل أهمية عن عقود الالتزام مثل بعض عقود الأشغال العامة التي تتعلق بمشروعات ضخمة كإنشاء سد عظيم وإقامة جسرٍ ضخم أو إستصلاح مساحات واسعة من الأراضي[3].

ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الدكتور سليمان محمد الطماوي في رأيه، ذلك لان هنالك من العقود الإدارية ما لا تقل أهمية عن غيرها من العقود في تقديم خدمات الحياة الضرورية وإشباع حاجات عامة لذلك يجب أن تراعى في الرقابة القضائية مع غيرها على حدٍ سواء.

(1) ينظر حكم المحكمة في القضية رقم 331 الصادر في 4 / 4 / 1971 مشار إليه لدى طاهر طالب التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1976، ص 203.

(2) د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص117. ص119.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، 1984، مصدر سابق، ص 547.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

أما في العراق فانه في نطاق إلغاء قرارات الجزاء المعيبة الصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد الإداري فأننا نجد أن القضاء العراقي يقرر ولايته العامة للنظر في الأضرار التي أصابت المتعاقد أو غيره بسببها وهذا ما تؤكده محكمة التميز بقرارها الصادر في 2 / 3 / 1968 الذي تذهب فيه إلى (... إن للمحاكم الولاية العامة للنظر في كل ضرر يلحق الأشخاص من القرار الإداري المخالف للقانون...)[1].

(1) ينظر حكم محكمة التميز المرقم 1335 / ح / 967 بتأريخ 2 / 3 / 1968 مشار إليه لدى طاهر طالب التكمجي، المصدر السابق، ص 227.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثاني

حكم التعويض عن قرار الجزاء

إن قيام الإدارة بتنفيذ قرار الجزاء الجنائي أو المالي قد يحدث ضرراً للمتعاقد تتفاوت جسامته تبعاً لأثره وقدر ما يناله من الحق أو الحرية التي يرد عليها، وحين يحكم بعدم مشروعيته فلا شك أن هذا يكون معناه أن الضرر الذي رتبه يثير لا محالة مسؤولية الإدارة، هنا لابد أن يقع التلازم بين عدم المشروعية والمسؤولية لان عدم المشروعية يمثل ركن الخطأ اللازم لقيام المسؤولية، ويراعى في تقدير التعويض ما صدر عن الإدارة من أخطاء أو أعمال أدت إلى حدوث الخطأ وترتب على ذلك ضرر، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها المؤرخ في 21 / 12 / 1966 الذي تذهب فيه (... من حيث أن الضرر الذي أصاب المؤسسة نتيجة لخطأ كل من الإدارة والمؤسسة معاً فالفرض بأن المؤسسة عالمة بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذي لا يعذر أحد بالجهل به... ويتمثل خطأ الإدارة بكونها طرحت المناقصة على أساس عيّنة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية مع ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية... وإذا كان الخطأ مشتركاً كان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض...)[1].

والتعويض يجب أن يكون مقابل جميع ما أصاب الشخص من أضرار (أي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب) وتقدير التعويض يكون حسب جسامة الضرر لا مع مقدار الخطأ ويرجع السبب في ذلك إلى أن التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية يقدر على أساس الخطأ ثم الضرر والعلاقة السببية، أما في نطاق

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 21 / 12 / 1966 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 171.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المسؤولية العقدية فأنه يقدر على أساس الضرر ثم الخطأ والعلاقة السببية بينهما، والقاضي يتولى تحديد مقدار التعويض ويكون في هذه الحالة مقيداً بالا يتجاوز ما طلبه المضرور إستناداً للمبدأ القائل (إن القاضي لا يجوز أن يحكم إلا في حدود طلبات المدعي بحيث لا يكون التعويض إلا مقابل الضرر الفعلي) وفي حالة وجود نظام قانوني خاص يختص بتقدير التعويض يتقيد القاضي في هذه الحالة بهذا النظام[1].

وإذا كان القاضي يملك سلطة تقدير التعويض فهو يحدد مقداره وشكله ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص، هو هل أن تقدير التعويض وقت الضرر أم على أساس الحكم في الدعوى، وخاصة أن العقود في حالة تذبذب ارتفاع وانخفاض في ظل الظروف الاقتصادية الحالية ؟

إجابتنا عن هذا التساؤل هي أنه لما كان الحكم بالتعويض ليس منشئاً بل كاشف يقرر حالة موجودة إذ أن التعويض الكامل يتطلب من القاضي أن يقدر الضرر وقت إصلاحه لا وقت وقوعه.

وتأسيساً على ما تقدم نجد أن الإدارة بكل ما تمثل من مصالح عمومية ونتيجة لاحتكاكها المباشر بالأفراد قد يولد فعلها أو تصرفها ضرراً بالأفراد ومن ثم توجب مساءلتها عن تعويض من أصابهم الضرر وهذا التعويض يكون شاملاً لما سببه الفعل من خسارة وما فات المضرور من كسب، وأكدت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 11 / 1 / 1966 الذي تذهب فيه (متى كان طلب الطاعن الذي طلبه أمام محكمة الموضوع لما لحقه من خسارة ولم يدخل في هذا التقدير ما فاته من كسب وكانت محكمة الموضوع لا تلتزم بتقدير التعويض إلا في حدود عناصره المطلوبة فأنه لا يقبل الحكم بالقصور بأنه لم يقدّر التعويض

(1) رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 172.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

عن الكسب الفائت الذي لم يطلبه الطاعن)[1]، وكذلك موقف مجلس الدولة الفرنسي إذ يذهب في حكمه الصادر في 27 نوفمبر 1968 (إن عدم حصول التسليم النهائي لأعمال تعهدات الجمعية النقابية للتعمير بأن يكون تحت رعايتها يجعلها تحتفظ بصفة رب العمل دون شك ينتج عن هذا انه من حق المقاول مطالبتها بالتعويض عما وقع منها من أخطاء في أداء مهمتها كمرفق عام...)[2].

أما بالنسبة للحال في العراق فإن المشرع العراقي كبقية المشرعين يعد الالتزام بالتعويض هو التزام بتحقيق نتيجة (غاية) ما لم يثبت أن الإخلال كان قد نشأ عن سبب أجنبي وقد أصدرت محكمة التمييز بهذا الخصوص أحكاماً عديدة منها قرارها الصادر في 28 / 2 / 2004 الذي تذهب فيه (... لدى النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لفقدان البندقية المسلمة إلى تابعه لأعمال حراسة مواقع دائرة المميز بتقصير من التابع حيث أدين جزائياً بمقتضى أحكام المادة 219 من القانون المدني يكون المميز مسؤولاً عن أفعال تابعة ويكون ملزماً بالتعويض)[3].

(1) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية المرقم 348 في 11 / 1 / 1966 والمشار اليه في المصدر نفسه، ص 174.

(2) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27 نوفمبر 1968 والمشار إليه في مجلة العلوم السياسية والقانونية، ع1، حزيران، 1976، ص 197.

(3) ينظر حكم محكمة التمييز المرقم 62 / م3 الصادر في 28 / 2 / 2004 مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص175.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفرع الثالث

حكم تعديل قرار الجزاء

حين يجيز المشرع الطعن بقرار الجزاء الجنائي أو المالي بطريقة دعوى القضاء الكامل فان القاضي في هذه الحالة يمد رقابته لأبعد مما تصل إليه رقابة الإلغاء إذ إن المجال يكون متسعاً أمامه لا للقضاء بالألغاء فحسب على اعتبار أن دعوى القضاء الكامل تعد إحدى الضمانات في نطاق الجزاءات في العقود الإدارية فالقاضي في هذه الدعوى لا يراقب تقدير الجزاء من حيث علاقته بالوقائع فيلغيه، إذا تثبت من عدم تناسبه مع خطورتها، بل يعدله ليصل به إلى الحد المقتضى قانونياً فيخفض منه أو يقلل من مدته أو يخفف من شدته إلى الحد الذي يراه مناسباً ولكن مع التقيد بمبدأ (إن الطاعن لا يضار بطعنه) ومقتضى إعمال هذا المبدأ في نطاق الجزاءات الإدارية أنه لا يجوز لقاضي الطعن تشديد الجزاء المطعون فيه بأي صورة من الصور سواءً بأن يضيف إليه جزاءً آخر أم يزيد مدته عما قررته الإدارة أو يرفع قيمته إن كان جزاءً مالياً أو يفرض التزامات أخرى غير التي تطلبها الإدارة حتى لو كان القانون يتطلب ذلك.

واستناداً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أن سلطة القاضي تتباين وتتفاوت عند مواجهته للجزاءات غير المشروعة أو المغالى فيها من جزاء إلى آخر فهي تتسع في بعض الأحيان وتضيق في الجزاءات الأخرى[1]، إذ نجد سلطة القاضي بالنسبة للجزاءات المالية تتمثل بالإعفاء منها متى تبين له أنها وقعت خطأ، أو تخفيضها إذا كانت مبالغاً فيها، أو رد ما حصلت عليه الإدارة إذا حصلت عليه دون وجه حق، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري الفرنسية في حكمها الصادر

(1) رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 177.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

في 14 أبريل 1971 والذي تذهب فيه إلى (... إلغاء قرار مصادرة التأمين ورد قيمته للمتعاقد...) كذلك حكمها الصادر في 22 مايو 1966 والذي قررت فيه (... فمن حق المتعاقد إسترداد الغرامة الموقعة عليه لعدم صحة المخالفة المنسوبة إليه) [1].

أما في العراق فنلاحظ أن منازعات العقود الإدارية لم تزل خاضعة لاختصاص القضاء العادي على خلاف ما هو معمول به في فرنسا ومصر ومع ذلك نجد أن طلب تعديل القرار الإداري قد يقترن بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها القرار بالمدعي وقبول ذلك من محكمة التمييز رهين بتحقق عدم مشروعية القرار الإداري لان المسؤولية هنا تقوم على أساس فكرة الخطأ وهذا العنصر لا يتوافر إذا كان القرار الذي أصدرته مشروعاً، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرارها الصادر في 28 / 4 / 1999 الذي تذهب فيه إلى (إن المدعي قد التزم مع المدعي عليه إضافة لوظيفته بتنظيف النفايات ورفعها من الشوارع والمناطق التجارية والصناعية المبينة في العقد المبرم، فلا يحق للمدعي عليه أن يطالب ما لم يلتزم به الطرف الآخر في العقد، لان العلاقة بينهما يحكمها العقد)[2]، يظهر من هذا الحكم أن محكمة التميز قد أقرت تعديل قرار الجزاء كجزاء موازٍ بشكل لا يضار به الطاعن.

ومن جانبنا نؤيد هذا الاتجاه كونه يعد منفذاً لإعادة التناسب بين المخالفة والعقوبة إلى حدها الطبيعي إذ وجدنا من كل ما تقدم أن للقاضي سلطة إصلاح الجزاء أو تقويمه أو تعديله ولكنه (لا يملك كقاعدة عامة إصدار تكليف للإدارة بعمل) وهو نوع من الالتزام أو التقييد الذاتي لمجلس الدولة الفرنسي فرضه

(1) الحكمان مشار إليهما لدى د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص 105.

(2) ينظر حكم محكمة التميز المرقم 43 / موسعة أولى / 999 المؤرخ في 28 / 4 / 1999 المنشور في الموسوعة العدلية، ع67، 2000، ص 3.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

على نفسه لأسباب تاريخية وتابعه فيها نظيره المصري رغم التباين في الظروف والتفاوت في أصل النشأة، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 17 مايو 1950 الذي يذهب فيه (... إن القانون إذ خوّل هذه المحكمة سلطة إلغاء القرارات الإدارية... وبهذه المناسبة ليس للمحكمة أن تحل محل الإدارة في إصدار أي قرار أو أن تأمرها بأي أمر...)[1].

(1) مشار إليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، المصدر السابق، ص 179.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الخاتمة

الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية (نظرة مستقبلية)

وبعد... فقد اتضح لنا ونحن نصل إلى نهاية المطاف في هذه الدراسة أهمية وجود الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية ودورها المهم والفعال في حمل المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته طبقاً للشروط المتعاقد عليها، الأمر الذي يوفر قدراً أكبر من الأمان لاستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وقد بينا تلك الأهمية في كل مفصل من مفاصل البحث من خلال تعريف القارئ بها والكيفية والأحكام التي يتم من خلالها فرض تلك الجزاءات، فضلاً عن ذلك عمدنا إلى استكمال توضيح نظامها ببيان وجود الرقابة القضائية على الإدارة في فرضها ونطاق تلك الرقابة، وذلك من خلال رقابة مشروعية قرار الجزاء ومدى ملاءمته للإخلال المرتكب من قبل المتعاقد لما تحققه تلك الرقابة من توفير الأمان للمتعاقد وحثه على الإقدام للتعاقد مع الإدارة.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الخاتمة

فانبثقت من كل ذلك دراسة مقارنة من خلال عرض ومناقشة الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية والنصوص التشريعية التي وردت في هذه المقارنة.

ونشير إلى حقيقة مهمة هي أنه لما كان مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد هو الأساس الذي تقوم عليه فلسفة الجزاءات الجنائية والمالية وجميع الجزاءات في العقد الإداري بل وتقوم عليه جميع مبادئ القانون الإداري واحكامه، إذ بوجوده أصبحت الإدارة تتمتع بالسلطات والامتيازات التي تجعلها في موقع أسمى وأقوى من المتعاقد معها، الأمر الذي يوفر لها فرص التعسف والشطط في استخدامها لتلك السلطات، لذا نرى ضرورة التأكيد على ضمان القضاء الإداري وكفالته وتوفير الأجواء القانونية الصحيحة له للعمل في ظلها، وضمان تنفيذ القانون الذي ينشئ القضاء الإداري دون إستثناءات عليه، ذلك أنه يمثل القانون الثاني في الدولة بعد الدستور والقانون الأساسي الضامن للحقوق والحريات العامة.

وأمام هذه الحقيقة لايسعنا إلا صرف الأبصار إليها والتي تبرِّز لنا ضرورة الاهتمام بالقضاء الإداري في العراق بما يعزز فاعليته في مد ولايته لنظر منازعات العقود الإدارية وتحقق الرقابة القضائية على قرارات الجزاءات في العقد الإداري.

وحريّ بنا في الختام إيراد بعض النتائج التي توصلنا إليها من خلال إعداد هذه الدراسة والتي تمثل أساساً أبعاداً تطويرية لنظام الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية ودور القضاء في تدعيم مشروعيتها وملائمة فرضها على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، صحيح أن بعضهم قد أشار إليها في بحوث ودراسات سالفة، الا أننا ننطلق في إيرادها هنا من خلال تمسكنا بضرورة بيان النظام القانوني للجزاءات الجنائية والمالية وأهمية وجودها وفاعلية دورها في تأمين دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد، مع توضيح رقابة القضاء عليها بما يحقق مشروعيتها ومدى ملاءمتها للإخلال المرتكب من المتعاقد، فضلاً عن الإشارة لما وفقنا إليه الله سبحانه وتعالى من توصيات وجدناها تنزل منزلة الضرورة لإثراء موضوع البحث.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الخاتمة

◙ أولاً: النتائج:

1. 1. تطورت نظرية الجـزاءات في العقد الإداري من خـلال مرورها بمراحل تطور وتحول من وضعها الجامد المتمثل بتقيد الإدارة بفرض ماينص عليه العقد ودفاتر الشروط من جزاءات على المتعاقد المخل، وهذا الوضع لا يلائم أو يلبي احتياجات دوام سير المرفق العام بانتظام واطـراد، الأمر الذي دفع الفقه والقضاء الفرنسي إلى صياغة نظرية خاصة بنظام الجـزاءات في العقد الإداري تتمثل بعدم كفاية العقد في ذاته، ثم تلت ذلك خطوة جبارة في هـذا التطور متمثلة باستقلال الإدارة في فرض الجـزاءات في العقد الإداري دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء ابتداءً.

2. رأينا أنه على الرغم من أن هناك إجماعا في آرا الفقه والقضاء الإداري ومواقفهما على الإعتراف للإدارة بتطبيق الجزاءات بإرادتها المنفردة باستخدام امتيازها في التنفيذ المباشر دون وساطة القاضي ودون الحاجة لإشـتراط النص على الجـزاء في العقد الإداري، أن الخلاف ثار حول الأساس القانوني لسطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري، وتبين لنا أن هذا الخـلاف يعود إلى خلاف أعـم وأشمل، هو الخلاف حول أساس القانون الإداري برمته وما إذا كان هذا القانون هو قانون السلطة العامة أم قانون المرافق العامة، وكان لكل رأي حججه وأسانيده، ومن جانبنا ذهبنا إلى ترجيح الـرأي القائل بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري هو مبدأ دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد وهو ذاته أساس القانون الإداري.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

3. ظهر لنا أن الجزاءات في العقد الإداري تتسم بنظام قانوني خاص بها يميزها عن غيرها من الجزاءات الإدارية ويضع لها من الأحكام والضوابط التي من خلالها تتحقق أهداف الإدارة في دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتضمن في الوقت نفسه حقوق المتعاقد المشروعة، وعلى هذا الأساس صار لها تكييفها القانوني الخاص بها، وحول هذا التكييف ثار خلاف فقهي، إذ يرى البعض أنها تعويض للإدارة، وآخر يرى أنها عقوبة على المتعاقد، وثالث يرى أنها إجراء لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته، ومن جانبنا رأينا أن تكييفها السليم أنها إجراءات دافعة للمتعاقد في سبيل حثه وحمله على تنفيذ التزاماته، وعلى ضوء هذا التكييف تحققت لها خصائص معينة مبنية على هذا التكييف.

4. من خلال تعريف الجزاءات الجنائية العامة والجزاءات الإدارية العامة اتضحت لنا معالم الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية كإحدى الجزاءات التي للإدارة فرضها على المتعاقد معها، لها مدلولها الخاص وصورها التي تتباين من بلد لآخر تبعاً لتباين الأنظمة القانونية بين الدول، ولها معالمها الذاتية التي تحقق لها ذاتيتها المستقلة عما يتشابه معها من أوضاع، وأن لوجود جزاءات جنائية رادعة في العقد الإداري أهمية كبرى على صعيد تنفيذ شروط العقد الإداري من خلال ردع المتعاقد وزجر غيره ممن تسول له نفسه من المتعاقدين من الإخلال بالعقد الإداري، الأمر الذي يحقق الغاية من إبرامه وهي تأمين دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

5. إن مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لا يقتصر فقط على الجرائم والعقوبات التي ترد في قوانين العقوبات الجنائية بل يمتد كذلك لينطبق على جميع القوانين الرادعة بضمنها قانون الجرائم والعقوبات الإداري.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

6. نظراً لأهمية العقد الإداري في تسيير المرافق العامة فقد وفّر له المشرع حماية جنائية من خلال النص على جزاءات جنائية يكون للإدارة فرضها على المتعاقد معها إذا ما أخل في تنفيذ التزاماته على نحو معين، ولكن ذلك يحكمه المبدأ العام (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) أي في حدود النصوص القانونية أو الأنظمة والتعليمات الصادرة من الإدارة طبقاً لسلطتها في الضبط الإداري، وبذلك تقترب الإدارة كثيراً من مبدأ الشرعية وتتماشى معه على التوازي دائماً ولا يعد فرضها لتلك الجزاءات خرقاً أو مخالفةً لذلك المبدأ.

7. اتضح لنا وجود فراغ تشريعي في قانون العقوبات العراقي النافذ من اعتبار بعض حالات إخلال المتعاقد مع الإدارة جرائم يجب النص على جزاءات جنائية صارمة لها، وإن كان قد نص على بعض حالات الإخلال كإفشاء الأسرار والإخلال بالمزايدات والمناقصات، إلا أن ذلك غير كافٍ إذ أن هناك حالات كثيرة من حالات الإخلال يجب تغطيتها قانونياً.

8. تبين من خلال البحث أن للجزاءات المالية في العقود الإدارية مدلولها الخاص الذي تتميز به، وصورها التي تظهر بها، وأهميتها العملية كإحدى وسائل حماية العقد الإداري من إخلال المتعاقد مع الإدارة.

9. وتبين أيضاً أن للغرامات التأخيرية طبيعة تعاقدية لها نتائجها التي أفرزت لها خصائص ذاتية لها ضرورتها العملية تمثلت بضرورة توفّر شروط إستحقاقها التي استلزمتها طبيعتها التعاقدية وخاصيتها الاتفاقية، وهذه الطبيعة وتلك الخصائص أوجبت لها شروطاً معينة لاستحقاقها، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك كان للإدارة إعفاء المتعاقد منها إذا كان التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

10. رغم الخلاف الذي ثار حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات أننا ذهبنا إلى ترجيح الرأي القائل بأنها شرط جزائي له انعكاساته التي أظهرت خصائصه المتمثلة بالاتفاقية والتلقائية ولا يلزم لفرضها إثبات الضرر أو اللجوء إلى القضاء إلا إذا كان تحصيل مصادرة التأمينات يتم لإستحقاق التعويضات فيلزم حينئذ إثبات وجود الضرر والحكم بالتعويض من قبل القضاء وفي هذه الحالة لا يجوز الإعفاء منها، ويجوز ذلك إذا تم تحصيلها (مصادرة التأمينات) كغرامات تأخيرية أو لسبب آخر، وإذا ارتبطت مصادرة التأمينات بسبب معين فلا يجوز فرضها لسبب غيره.

11. ظهر أن للتعويضات في العقد الإداري الطبيعة القانونية نفسها للتعويضات في العقد المدني إلا أنها في العقد الإداري تضاف لها صفة أخرى أنها وسيلة ضغط لإجبار المتعاقد على الوفاء بإلتزاماته، وأن شروط استحقاقها هي الشروط نفسها الموجودة في القانون الخاص، ولا يمكن للإدارة الإعفاء منها.

12. من الممكن الجمع بين مصادرة التأمينات والتعويض ولكن بشروط هي أن لا يحظر العقد الإداري هذا الجمع بنص صريح، وأن يكون الضرر الذي لحق الإدارة يجاوز قيمة التأمين المدفوع.

13. كما تبين من خلال البحث أن الدول قد تباينت في إناطة الاختصاص القضائي بنظر منازعات الجزاءات في العقود الإدارية للقضاء العادي أم للقضاء الإداري تبعاً لظروفها الاجتماعية والتأريخية والتي أملت عليها تنظيم قضائي معين.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

14. كان العراق حتى وقت قريب من دول القضاء الموحد إلا أنه وبموجب قانون التعديل الثاني رقم 106 لعام 1989 لقانون مجلس شورى الدولة المرقم 65 لعام 1979 أنشأ فيه قضاء إداري، ولكن الذي يلاحظ على هذا القضاء هو كثرة الإستثناءات التي أدخلت على اختصاصه وأهمها منازعات العقود الإدارية إذ استثنت لتبقى من اختصاص القضاء العادي.

15. ظهر لنا أن رقابة القضاء على قرار الجزاء في العقد الإداري لا تقتصر على رقابة مشروعيته فقط بل تمتد لتشمل مدى ملاءمته للإخلال المرتكب من قبل المتعاقد.

16. كما تبين أنه لصدور قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري لابد من توافر شروط معينة بتحققها يكون للإدارة الحق في إعمال سلطتها في إصداره، وبعد صدوره يكون خاضعاً لرقابة القضاء، إذاً شروط إعمال رقابة القضاء تتحقق بتحقق شروط إصدار قرار الجزاء، لذا لابد من توافر شروط معينة لإصدار القرار الإداري المتضمن للجزاء وبمجرد صدوره يكون خاضعاً لرقابة القضاء، إلا أن الملاحظ هو عدم إمكانية المتعاقد الطعن بقرار الجزاء بالإلغاء مباشرة ذلك لأن له دعوى أخرى للمنازعة فيه، هي دعوى القضاء الكامل التي تحقق له مزايا أكثر، أما غير المتعاقد فمن الجائز له الطعن بقرار الجزاء بدعوى الإلغاء ذلك إذا ما توافرت فيه المصلحة والصفة.

17. من نتائج ولاية القضاء على قرار الجزاء الجنائي والمالي في العقد الإداري إصداره أحكاماً معينة أهمها: الحكم بإلغاء قرار الجزاء وإعتباره كأن لم يكن، أو الحكم بالتعويض عنه، أو الحكم بتعديله.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

18. تبرز الرقابة القضائية على قرارات الجزائات في الحالات التي تتقيد فيها سلطة الإدارة في فرض الجزاء إذ يكون للقاضي النظر في مدى مشروعية وملائمة قرار الجزاء للإخلال المرتكب من المتعاقد، ولكن في الحالات التي ينص فيها على تخويل الإدارة إختيار الجزاء المناسب للإخلال يكون للقاضي في هذه الحالة الحد الأدنى من التدخل والنظر في مدى ملائمة هذا القرار.

◙ ثانياً: التوصيات:

وهنا نأتي على إيراد أهم ما مارأيناه ضرورياً من توصيات تخص موضوع البحث:

1. نرى أن تكون صياغة العقود الإدارية من الوضوح والدقة بالشكل الذي يسمح لمقدمي العطاءات معرفة مالهم وما عليهم، ونرى أن ذلك لا يكون إلا من خلال إعتماد أشخاص متخصصين ممن تتوافر فيهم الخبرة القانونية النظرية والعملية في إعداد العقود الإدارية وصياغتها وتنفيذها.

2. ضرورة إعذار المتعاقد المخل في التنفيذ قبل فرض أي من الجزاءات عليه، والنص على ذلك في تعليمات تنفيذ العقود الأدارية وأن يتضمن الأعذار مدة كافية تفسح له المجال من تدارك مابدر منه من إخلال، ذلك زيادة في إطمئنان المتعاقدين مع الإدارة، وبالشكل الذي لا يخل بمدأ دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، لاسيما أن ذلك موجود على صعيد الواقع العملي.

3. ملئ الفراغ التشريعي في قانون العقوبات العراقي من خلال إعتبار حالات معينة من الإخلال بتنفيذ شروط العقد الإداري جرائم (مخالفات، جنح، جنايات) والنص على جزاءات جنائية لها تتفاوت شدة وتخفيفاً حسب

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

جسامة الإخلال الذي إرتكبه المتعاقد في تنفيذه لشروط العقد الإداري، إسوة بما سارت عليه التجارب الناجحة في كل من قانون العقوبات الفرنسي وقانون العقوبات المصري، وذلك نظراً لأهميتها في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد تستلزم تحصينها بضمانات صارمة من أي أخلال أو تأخير في تنفيذها كعقود توريد مستلزمات الحياة الضرورية مثل الغذاء والدواء، وعقود الأشغال العامة الضخمة مثل مشاريع السدود وبناء الدور والشقق السكنية وغيرها من العقود التي تستوجب الدقة والإتقان والأمانة بالتنفيذ، للضرورة الملحة التي يحتلها وجود الجزاءات لمثل تلك العقود كإحدى ضمانات تنفيذها وبخاصة في الوقت الحاضر في العراق وهو يمر بحالة من الفوضى وتفشي الفساد الإداري في جميع أنحاء الجهاز الإداري الأمر الذي استوجب توفير حصن منيع يحمي العقد الإداري من العبث والإخلال والتلاعب في شروط تنفيذه (سواءاً من الجهة المسؤولة عن التعاقد التي تمثل الأدارة أو من قبل المتعاقد نفسه) لتعلقه بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ونود أن نشير هنا إلى أن الكثير من المبادئ والأحكام والاستثناءات الواردة في القانون الأداري قررت حفاظاً على ديمومة سير المرفق العام منها على سبيل المثال تحريم الإضراب وتنظيم استقالة الموظف، إذ أنها تعد حالات استثنائية من تقييد الحقوق والحريات التي كفلها القانون للأفراد في العمل والتعبير عن الرأي، إلا أنه تم تقييدها بقيود معينة وفي حالات محددة، لأن من شأن ترك تقييدها يؤدي الى الأخلال في سير المرفق الذي يكون مصحوباً بإختلال مماثل في حياة الأفراد ونظام معيشتهم، وكذلك الحال بالنسبة لنظريتي الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي الاستثنائيتين اللتين قُررتا أيضاً حفاظاً على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، من هنا جاءت نظرية العقد الإداري بشروطها الأستثنائية الغير معروفة في القانون الخاص باعتبارها من وسائل دوام سير المرفق العام، لذلك وكما أشرنا

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

سابقاً أكثر من مرة منحت الإدارة الكثير من السلطات والامتيازات ومن ضمنها الجزاءات التي تفرضها في حالة إخلال المتعاقد في تنفيذه لشروط العقد، لذلك نرى ضرورة وجود جزاءات جنائية تفرض على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته.

4. في ظل وضع العراق الحالي نرى ضرورة أن يترك للقضاء مهمة تحديد الجزاءات المالية وفقاً لطبيعة كل عقد وحجمه وجسامة الإخلال فيه ومتطلبات السرعة في التنفيذ وإعتبارها مستحقة الأداء بمجرد وقوع الخلل، إذ يستقطع من المبالغ المستحقة للمتعاقد لدى الإدارة أو قيدها ديناً في ذمته وحسب مقتضى الحاجة ونرى ضرورة ابعاد الإدارة عن هذه المهمة لان الإدارة ولاسيما في الوضع الحالي تحوم حولها الشبهات ويشوب عملها الغموض والفساد الأداري.

5. نطالب مشرعنا الموقر بتفعيل نص المادة 101 من دستور العراق الحالي والتي تنص على إنشاء مجلس دولة يتولى مهمة القضاء الإداري في العراق والنظر في المنازعات الإدارية ولاسيما منازعات العقود الأدارية، إذ أن القضاء الإداري أكثر كفاءةً وقدرةً على الفصل السليم في منازعات العقود الإدارية.

ولابد لنا في الختام من القول، إن الإنسان قلما يخلو من السهو والنسيان، إذ أنهما من علامات نقصه وعدم كماله، فالكمال فقط لله المتفرد بكل صفات الكمال والجمال، ودعوانا منهُ جلَّ وعلا أن يكلل أعمالنا بلطفه ويكملها بكماله وأن يوفّق وينصر هذه الأمة ويحقق وحدتها لما يحبه ويرضاه، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين وأفضل الصلاة وأزكى التسليم على سيدنا محمد الطاهر الأمين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الغر الميامين وعلى من تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: المصادر باللغة العربية:

أ: الكتب القانونية:

1. إبراهيم المشاهدي، الوجيز في السلطات القضائية المخولة للإداريين، مطبعة الزمان، بغداد، 2002.

2. د. إبراهيم سيد أحمد، الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005.

3. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البيع B - O -T، دار النهضة العربية القاهرة، 2003.

4. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

5. د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

6. د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2008.

7. د. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ط1، مطبعة الفتيان، بغداد، 1998.

8. د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

9. د. جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

10. د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، 1961.

11. د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006.

12. ـــــ، القانون الإداري، الدار الجامعية، مكان وسنة الطبع بلا.

13. خليل إبراهيم المشاهدي، العقود الحكومية العامة وتعليمات تنفيذها، مكتبة الصباح، بغداد، 2007.

14. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1998.

15. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

16. د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

17. شفيق عبدالمجيد الحديثي، النظام الإنضباطي لموظفي الدولة في العراق، ط1، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، 1975.

18. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973.

19. ـــــ، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.

20. ـــــ، مبادئ القانون الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.

21. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

22. د. عبدالمجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 1975.

23. د. عبدالحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

24. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام بوجه عام، آثار الإلتزام، المجلد الثاني، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

25. د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

26. عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، ط1، ج1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.

27. د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003.

28. د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

29. ـــــ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2007.

30. ، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

31. د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

32. د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

33. عبد العظيم مرسي، إفتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية في النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

34. د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1993.

35. عبد الرحمن نورجان الأيوبي، القضاء الإداري العراقي حاضره ومستقبله، مطابع الشعب، بغداد، 1965.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

36. د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله حمود الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1992.

37. د. فؤاد العطار، القانون الإداري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

38. د. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، 1992.

39. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

40. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1977.

41. ـــــ، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

42. أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1996.

43. ـــــ، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991.

44. د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة لقانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1990.

45. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

46. د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة الطبع بلا.

47. د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968.

48. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

49. د. محمد سعد فودة، النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

50. د. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1996.

51. محمد علي جواد، محكمة القضاء الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، سنة الطبع بلا.

52. د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

53. د. محمد فؤاد عبدالباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

54. ـــــ، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

55. د.محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الجامعي للطباعة، القاهرة، 1962.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

56. د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، مكان وسنة الطبع بلا.

57. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

58. د. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثارها في تسيير المرفق العام، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007.

59 . د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، الأردن، 2003.

ب: الرسائل الجامعية والأطاريح:

1. أحمد خورشيد حميدي المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1989.

2. خالد مرموص خلف الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1987.

3. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1976.

4. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2005.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

5. سوزان محمود جبار، السلطة التقديرية للإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2005.

6. طاهر طالب التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1976.

7. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، 2004.

8. محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 1991.

9. ماجد نجم عيدان الجبوري، النظام القانوني لدعوى الإلغاء في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، 2000.

10. محمد عبدالله حمود الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

ج: البحوث والمقالات:

1. أحمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامة التعاقدية، بحث منشور في مجلة المحاماة، ع10، س36، 1956.

2. جعفر ناصر حسين، المحاكم الإدارية في العراق، بحث منشور في مجلة القضاء، ع4، س42، 1987.

3. د. حسين درويش، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العدالة الإماراتية، أبو ظبي، ع19، س 5، 1978.

4. ـــــ، سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، بحث منشور في مجلة العدالة الإماراتية، أبو ظبي، ع16، س4، 1977.

5. د. حسن عزيز عبدالرحمن، حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها، بحث منشور في مجلة العدالة، ع4، س4، 1987.

6. د. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، ع18، 2007.

7. د. صالح محسوب، المحاكم الإدارية في العراق الواقع والآفاق، بحث منشور في مجلة القضاء، ع1 و 2 و3 و4، 1982.

8. عبد الرحمن علام، موقف القضاء المدني أزاء العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ع3، س10، مطبعة التضامن، بغداد، 1962.

9. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، ع1 و2، 1990.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

10. د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم 106 لسنة 1989، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد9، ع1 و2، 1990.

11. فائق خطاب ضمد، الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وموقف القضاء العراقي منها، بحث منشور في مجلة العدالة، ع4، س5، 1971.

12. أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البيّن في تقدير الوقائع، معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد 9، ع1 و2، 1990.

13. محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، بحث منشور في مجلة القضاء ع 1 و2، س39، 1984.

14. مصطفى كمال وصفي، الإجراءات القضائية في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، ع7، 1968.

15. د. محمود نجيب حسني، الجزاءات غير الجنائية، في الجرائم الإقتصادية، بحث منشور في المجلة العربية للدفاع الإجتماعي، جامعة الدول العربية، ع11، يناير، 1981.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

د: الدوريات:

1. جريدة الوقائع العراقية، ع3959، في 2 / 12 / 2002.
2. مجلة القضاء، ع4، س26، 1971.
3. مجلة القضاء، ع3، س16، 1958.
4. مجلة القضاء، ع2، س21، 1966.
5. مجلة القضاء، ع5، س17، 1959.
6. مجلة العلوم السياسية والقانونية، ع1، حزيران، 1976.
7. مجلة العلوم الإدارية، ع1، س11، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970.
8. مجلة ديوان التدوين القانوني، ع1 و2، س4، 1965.
9. مجلة ديوان التدوين القانوني، ع1، س2، 1963.
10. مجلة ديوان التدوين القانوني، ع2، س5، 1966.
11. مجلة قضاء محكمة التمييز، ع3، 1977.

هـ: الدساتير والقوانين والأنظمة:

1. الدستور العراقي الحالي لعام 2005.
2. الدستور المصري لعام 1971.
3. الدستور الإيطالي لعام 1948.
4. الدستور الألماني لعام 1949.
5. القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

6. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لعام 1969.

7. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لعام 1969 المعدل.

8. قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لعام 1977.

9. قانون الإستثمار العربي رقم 62 لعام 2002، الملغي بموجب القانون رقم 13 لسنة 2006.

10. قانون صيانة شبكات الري والبزل رقم 12 لعام 1995.

11. قانون حماية وتنمية الإنتاج الزراعي رقم 71 لعام 1978 المعدل بالقانون رقم 14 لعام 1983.

12. قانون العقوبات المصري رقم 58 لعام 1937 المعدل.

13. قانون المزايدات والمناقصات المصرية رقم 9 لعام 1983، ولائحته التنفيذية.

14. قانون الناقصات والمزايدات المصرية رقم 83 لعام 1998.

15. قانون العقوبات الإداري الألماني لعام 1975.

16. قانون العقوبات الإداري الإيطالي رقم 689 لعام 1981.

17. قرارات مجلس الحكم النافذة لعام 2003، صباح صادق جعفر، موسوعة القوانين، ط1، بغداد، 2004.

18. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام 1988.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

19. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية في العراق لعام 1988.

20. تعليمات تنفيذ ومتابعة أعمال ومشاريع خطط التنمية القومية في العراق لعام 1988.

21. القرارات العامة والمؤشرات التنظيمية لمجلس التخطيط والهيئة التوجيهية في العراق الملغيان 1966 - 1983.

و: مجموعات الأحكام:

1. النشرة القضائية ع1، س1، 1970.

2. النشرة القضائية ع2، س1، 1971.

3. النشرة القضائية ع2، س4، 1975.

4. موسوعة القوانين العراقية، ط1، بغداد، 2004.

5. الموسوعة العدلية، 2000.

6. مجموعة قضاء محكمة التمييز، مجلد 5، 1968.

7. مجموعة قضاء محكمة التمييز، مجلد 3، 1969.

8. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في 10 سنوات 1955 - 1965.

9. مجموعة المحكمة الإدارية العليا المصرية في 15 سنة، ج2، 1965 - 1980.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

■ ثالثاً: المصادر باللغة الأجنبية:

1. Agath van langet autres, Dictionaihede droit adminstritif, Dalloz, paris, 1999.

2. code adminstritif, dalloz, paris, 1998.

3. Hubert, Gerald, Hubrecht, droit public economique, dalloz, paris, 1997, p 326.

4. Geoges Dupuis, Droit adminstritif, em edition, Dalloz, paris, 1999.

5. Jean, marc pexrical, Droit adminstritif, L, G, D, J, paris, 1997.

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	7
الفصل الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية وآثاره.....	15
المبحث الأول: الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.....	17
المطلب الأول: فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.....	19
الفرع الأول: الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة السلطة العامة.....	21
الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.	24
المطلب الثاني: مبدأ انتظام سير المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية.....	27
الفرع الأول: أهم الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة المرفق العام.....	29
الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من فكرة المرفق العام.....	32
المطلب الثالث: رأينا حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية.....	37
المبحث الثاني: الطبيعة الإستثنائية للجزائات في العقود الإدارية.....	43

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: تعريف الجزاءات في العقود الإدارية.....	45
المطلب الثاني: التكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية.....	49
الفرع الأول: الجزاءات في العقود الإدارية تعويض للإدارة.....	51
الفرع الثاني: الجزاءات في العقود الإدارية عقوبة على المتعاقد.....	53
الفرع الثالث: الجزاءات في العقود الإدارية إجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته.....	56
الفرع الرابع: رأينا في الموضوع.....	57
المطلب الثالث: الخصائص المميزة للجزاءات في العقد الإداري.....	59
الفرع الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة.....	61
الفرع الثاني: سلطة الأدارة في فرض الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.....	63
الفرع الثالث: حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر.....	65
الفرع الرابع: تعدد وتنوع الجزاءات.....	66
الفرع الخامس: خضوع ماتفرضه الإدارة من جزاءات في العقد الإداري لرقابة القضاء.....	67
الفصل الثاني: الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.....	69
المبحث الأول: ماهية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.....	71
المطلب الأول: تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.....	73
الفرع الأول: تعريف الجزاءات الجنائية بشكل عام.....	75
الفرع الثاني: تعريف الجزاءات الإدارية بشكل عام.....	76
الفرع الثالث: تعريف الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية واهم معالمها	78
المطلب الثاني: الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية وأهم صورها وأهميتها.....	85
الفرع الأول: الذاتية المستقلة للجزاءات الجنائية في العقود الإدارية..	87
الفرع الثاني: أهم صور الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.....	91
الفرع الثالث: أهمية الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية.....	97

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية ومبدأ الشرعية (الجنائية والإدارية)	99
المطلب الأول: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الجنائية والإدارية	101
الفرع الأول: مبدأ الشرعية الجنائية	103
الفرع الثاني: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الإدارية	108
المطلب الثاني: الحماية الجنائية للعقود الأدارية	113
الفرع الأول: الحماية الجنائية الواردة في النصوص التشريعية	115
الفرع الثاني: الحماية الجنائية الواردة في أنظمة ولوائح الضبط الإداري	119
الفرع الثالث: الحماية الجنائية الواردة في أنظمة ضبط أخرى بناءً على قانون	122
المطلب الثالث: مدى إقتراب الإدارة أو إبتعادها عن مبدأ الشرعية (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)	125
الفصل الثالث: الجزاءات المالية في العقود الإدارية	129
المبحث الأول: ماهية الجزاءات المالية في العقود الإدارية	131
المطلب الأول: تعريف الجزاءات المالية في العقود الإدارية	133
المطلب الثاني: أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية وجدواها العملية	137
المطلب الثالث: صور الجزاءات المالية في العقود الإدارية	141
الفرع الأول: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية	143
الفرع الثاني: مصادرة التأمينات في العقود الإدارية	145
الفرع الثالث: التعويضات في العقود الإدارية	147
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجزاءات المالية في العقود الإدارية وأحكامها	149
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية في العقود الإدارية وأحكامها	151
الفرع الاول: الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية	153

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: خصائص الغرامات التأخيرية.....	157
الفرع الثالث: إستحقاق الغرامات التأخيرية والإعفاء منها.....	162
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات في العقود الإدارية وأحكامها.....	171
الفرع الاول: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات.....	173
الفرع الثاني: إستحقاق مصادرة التأمينات والإعفاء منها.....	175
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتعويضات في العقود الإدارية وأحكامها	181
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتعويضات في العقود الإدارية.....	183
الفرع الثاني: إستحقاق التعويضات والإعفاء منها.....	186
الفصل الرابع: دور القضاء في تدعيم مشروعية الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية.....	191
المبحث الأول: القضاء المختص بنظر منازعات الجزاءات في العقد الإداري ونطاق رقابته على قرار الجزاء الجنائي أو المالي فيه.....	193
المطلب الأول: القضاء المختص بنظر منازعات الجزاءات في العقود الإدارية	195
الفرع الأول: القضاء العادي.....	197
الفرع الثاني: القضاء الإداري.....	202
المطلب الثاني: نطاق رقابة القضاء الإداري على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري.....	205
الفرع الأول: رقابة المشروعية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري	207
الفرع الثاني: رقابة الملائمة على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري	209
المبحث الثاني: شروط فرض الرقابة القضائية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري وآثارها.....	213

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: شروط فرض الرقابة القضائية على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري.....	215
الفرع الأول: إختصاص الإدارة في إصدار قرار الجزاء الجنائي أو المالي	217
الفرع الثاني: مخالفة المتعاقد.....	219
الفرع الثالث: الضرر كشرط لاقتضاء التعويض.....	222
المطلب الثاني: ولاية القضاء في رقابته على قرار الجزاء الجنائي أو المالي في العقد الإداري	225
الفرع الأول: حكم إلغاء قرار الجزاء.....	227
الفرع الثاني: حكم التعويض عن قرار الجزاء.....	230
الفرع الثالث: حكم تعديل قرار الجزاء.....	233
الخاتمة الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية (نظرة مستقبلية)	237
المراجع والمصادر.....	247
الفهرس.....	261

Copyright © 2018. . All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

EBSCO Publishing : eBook Collection (EBSCOhost) - printed on 11/29/2018 6:33 PM via ARABIAN GULF UNIVERSITY
AN: 1678943 ; .; :
Account: s5900691