# جامعة السرق الأوسط MIDDLE EAST UNIVERSITY

الجزاءات المالية في العقد الإداري

"دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني"

The Financial Penalties in the Administrative Contract A Comparative Study Between the Iraqi and the Jordanian Legislations

> إعـــداد فارس مخلف خلف الدليمي

إشـــراف الدكتور محمد علي الشباطات

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

قسم القانون العام كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط نيسان/2016 م

# بسم الله الرحمن الرحيم

# ﴿ فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلُ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَى اللَّهُ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا")

صدق الله العظيم سورة طه الآية 114

#### التفويض

أنا (فارس مخلف خلف الدليمي) أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات أو المنظمات أو المؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: فارس مخلف خلف

التأريخ: 2016/4/2م

التوقيع:

### قرار ثجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها:

((الجـزاءات الماليـة فـي العقـد الإداري)), دراسـة مقارنـة بـين التشـريعين العراقي والأردني. وأجيزت بتاريخ: 2016/4/2م

التوقيع:	الصفة:	الأسم:
	رئيساً	1- د. أحمد محمد اللوزي
The state of the s	عضوأ ومشرفأ	2- د. محمد علي الشباطات
and from	عضواً خارجياً	3-أ.د. فيصل عقله الشطناوي

#### الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين على توفيقه وفضله، والصلاة والسلام على أشرف الخلق نبيك سيدنا محمد الفاتح لما اغلق والخاتم لما سَبق ناصر الحق بالحق والهادي على سراطك المستقيم وعلى أله حق قدره ومُقداره العظيم محمد المصطفى صلى الله تعالى عليه وسلم تسليما.

وبعد أن أكملت دراستي هذه فإنه لزاماً على أن أنسب الفضل لأهله لا يسعني إلا وأن أقف وقفة أحترام وإجلال لكل من ساهم في ظهور رسالتي هذه بالشكل الذي هي عليه الآن.

وفي البداية أنقدم بالشكر والعرفان للأستاذ الفاضل الدكتور محمد علي الشباطات لتفضله مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة أولاً ولما أولاه من رعاية وما أبداه من خلق رفيع ومن تشجيع وتعاون مخلص ومن توجيهات علمية قيمة وانتقادات بناءة أضاءت أمامي دروب البحث وكانت زاداً علمياً أعانني على إنجاز هذه الرسالة.

كما أتوجه بالشكر والثناء إلى عمادة كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط التي أعتز بالأنتساب إلى حرمها الجامعي وأساتذتي الأفاضل كافة وأخص بالذكر منهم الأستاذ الدكتور عبد الجبار البياتي والأستاذ الدكتور نزار العنبكي والأستاذ الدكتور محمد الجبور والأستاذ الدكتور سليم الحتامله الذين نهلت من معرفتهم العلمية خلال مدة الدراسة فيها والتي كان لها الأثر الأكبر في توجيهي وإرشادي وحثي حتى وصلت إلى ما أنا عليه الآن،

وما دمنا في موضوع الشكر فيجب ألا ننسى أن نتوجه بالشكر الجزيل إلى كافة موظفي ومنتسبى مكتبات كلية القانون في جامعة بغداد ومكتبة كلية الحقوق في جامعة النهرين

ومكتبة كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط ومكتبة كلية الحقوق في الجامعة الأردنية ومكتبة جامعة العلوم الإسلامية ومكتبة شومان الذين قدموا لي من العون وكل التسهيلات لمواصلة البحث، فأسأل الله أن يوفقهم جميعاً.

كما أتقدم بالفضل والعرفان إلى بلدي العراق أرض الرافدين والحضارات أرضه وشعبه الذي نشأت وترعرعت وتعلمت فيه، والذي عانى على مدار عقود بكثير من المحن والفتن والحروب والصعوبات، إلا أنه أثبت إرادته للحياة واستطاعته لتقديم الكفاءات في مختلف العلوم، كما أتقدم بوافر الإمتنان إلى بلدي الثاني المملكة الأردنية الهاشمية على كل التسهيلات التي قدمت الينا لإكمال دراستنا والتي احتضنتنا بدفئها وطيب عطائها وخيرها. حفظ الله العراق وحفظ الله الأردن وجميع البلاد العربية والأسلامية.

وأخيراً أتقدم بعظيم الشكر والإمتنان إلى الأساتذة الأفاضل الذين وافقوا على قراءة هذه الرسالة ومناقشتها حيث ستثرى الرسالة بملاحظاتهم القيمة، أملاً أن يكون موضوع بحثي هذا قد حظي مني بما يستحقه من جهد وأن تكون آراؤهم نبراساً هادياً وحافزاً لي على طريق العلم ومواصلة البحث.

وختاماً أتوجه بالشكر والعرفان لكافة الأهل والأصدقاء وأخص منهم بالذكر الأخوة (قصي ومروان احمد يوسف) والأخ والصديق (ميثاق قحطان) وكل من مد لي يد العون والمساعدة ، داعياً المولى عز وجل أن يوفق الجميع ويرزقهم حسن الخاتمة أنه نعم المولى ونعم النصير.

# الإضواء

إلى بلدي العراق الجريح حيث نشأت فيه وتعلمت الناني الأردن الذي أكرمني في إكمال دراساتي العليا الى بلدي الثاني الأردن الذي أكرم الله مثواه وأسكنه فسيح جناته الى روح والدي الطاهرة أكرم الله مثواه وأسكنه فسيح جناته إلى من تحت قدمها تكن الجنة والدتي العزيزة أطال الله في عمرها وألبسها ثوب الصحة والعافية.

إلى سندي واحبتي أخوتي وأخواتي.

إلى من ساندني وازرني في دربي نحو النجاح والعطاء وتحملت العناء زوجتي ورفيقة دربي. الى قرة العين ومهجة الفؤاد.. إليكم يا معنى الحياة.. (محمد وطه وعبدالكريم) رعاكما الله إلى قرة العين ومهجة الفؤاد.. إليكم يا معنى الحياة..

إليكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي المتواضع

الباحث..

# قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
ĺ	صفحة العنوان
ب	التفويض
ح	قرار لجنة المناقشة
٦	الشكر والتقدير
و	الإهداء
ز	قائمة المحتويات
ك	الملخص باللغة العربية
ن	الملخص باللغة الانكليزية
1	الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها
1	أولاً: التمهيد
4	ثانياً: مشكلة الدراسة
5	ثالثاً: أهداف الدراسة
5	رابعاً: أهمية الدراسة
6	خامساً: أسئلة الدراسة
6	سادساً: حدود الدراسة
7	سابعاً: محددات الدراسة
7	ثامناً: مصطلحات الدراسة
8	تاسعاً:الإطار النظري
10	عاشراً: الدراسات السابقة
12	إحدى عشر: منهجية الدراسة
14	الفصل الثاني: سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية وأساسها
	القانوني وماهيتها
15	المبحث الأول: سلطة الإدارة واساسها القانوني بتوقيع الجزاءات في العقود الإدارية
16	المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها
20	الفرع الاول: انواع الجزاءات الإدارية
23	الفرع الثاني: القيود التي ترد على حق الادارة في توقيع الجزاءات
25	المطلب الثاني: الاساس القانوني لسلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات في العقد الإداري

28	الفرع الاول: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات
31	الفرع الثاني: فكرة المرفق العام أساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات
34	المبحث الثاني: الخصائص العامة للجزاءات الإدارية
35	المطلب الاول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات بإراداتها المنفردة
38	المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد
41	المطلب الثالث: ضرورة اعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه
48	المطلب الرابع: تعدد وتنوع الجزاءات
49	المطلب الخامس: خضوع قرارات الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء
51	المبحث الثالث: ماهية الجزاءات المالية
54	المطلب الاول: تعريف الجزاءات المالية
56	المطلب الثاني: أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية وجدواها العلمية
58	المطلب الثالث : شروط توقيع الجزاءات المالية
76	الفصل الثالث: صور الجزاءات المالية في العقد الإداري
77	المبحث الاول: الغرامات التأخيرية
78	المطلب الاول: تعرف الغرامات التأخيرية وطبيعتها القانونية
78	الفرع الاول: تعرف الغرامة التأخيرية
80	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية
83	المطلب الثاني: خصائص الغرامة التأخيرية وتمييزها عن ما يشبهها
84	الفرع الاول: خصائص الغرامات التأخيرية
93	الفرع الثاني: تمييز الغرامة التأخيرية عن ما يشبهها
99	المطلب الثالث: شروط فرض الغرامة التأخيرية وضوابط تحصليها وحالات
	الاعفاء منها
100	الفرع الاول: شروط استحقاق الغرامة التأخيرية
104	الفرع الثاني: كيفية احتساب غرامة التاخير
107	الفرع الثالث: حالات الاعفاء من فرض الغرامة التأخيرية
116	المبحث الثاني: التعويض
<u> </u>	

117	at an entre entre en tomatt to
	المطلب الاول: تعرف التعويض وشروطه
117	الفرع الاول: تعريف التعويض
118	الفرع الثاني : الشروط التي تحكم التعويض
121	المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض وتحصيله
123	المطلب الثالث: الإعفاء من التعويض ومدى جواز الجمع بين التعويض ومصادرة
	التأمينات
123	الفرع الاول: الإعفاء من التعويض
124	الفرع الثاني: مدى جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمينات
126	المبحث الثالث : مصادرة التأمينات
127	المطلب الاول: ماهية التأمينات والطبيعة القانونية لها
127	الفرع الاول: ماهية التأمينات
133	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات
135	المطلب الثاني: خصائص جزاء مصادرة التأمينات
139	المطلب الثالث: استحقاق مصادرة التأمينات والاعفاء منها وتميزها عن ما
	لشبهها
139	الفرع الاول : استحقاق مصادرة التأمينات
145	الفرع الثاني: الإعفاء من مصادرة التأمينات
146	الفرع الثالث: تميز جزاء مصادرة التأمينات عن ما يشبهها
147	المبحث الرابع : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة
148	المطلب الاول: حق المتعاقد بالحصو على المقابل المالي
150	الفرع الاول: الثمن
152	الفرع الثاني : الرسم
154	المطلب الثاني : حق المتعاقد في أعادة التوازن المالي للعقد
155	الفرع الاول : نظرية الظروف الطارئة

159	الفرع الثاني: نظرية عمل الأمير
162	الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
164	المطلب الثالث : حق المتعاقد في ان تحترم الإدارة التزاماتها العقدية
168	المطلب الرابع: الحق في اقتضاء تعويض
168	الفرع الاول: التعويض على اساس خطأ الإدارة
169	الفرع الثاني: التعويض على اساس الاثراء بلا سبب
172	الفصل الرابع: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية
	ونطاقها
176	المبحث الاول: نطاق الرقابة القضائية على قرار الجزاءات المالية
179	المطلب الاول : الرقابة القضائية على مشروعية الجزاءات
196	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على ملائمة الجزاءات التعاقدية
201	المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية
204	المطلب الاول: اختصاص القضاء الكامل لرقابة الجزاءات
209	المطلب الثاني: اختصاص القضاء العادي او القضاء الموحد برقابة
	الجزاءات
217	المبحث الثالث: مسؤولية الإدارة عن الاستخدام الغير المشروع في توقيع الجزاءات
219	المطلب الاول: الانحراف بتوقيع الجزاء وعدم مراعاة الإجراءات من الناحية الشكلية
230	المطلب الثاني: الانحراف بتوقيع الجزاء او عدم مشروعيته من الناحية
	الموضوعية
235	الفصل الخامس: النتائج والتوصيات
235	أولاً: النتائج
238	ثانياً: التوصيات
240	قائمة المصادر

### الجزاءات المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني

## إعداد الطالب فارس مخلف خلف الدليمي

# إشراف الدكتور محمد على الشباطات

#### الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى بحث جانب مهم من جوانب العقود الإدارية إلا وهو موضوع ( الجزاءات المالية في العقود الإدارية) وهذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية نظراً لتوسع مهام الدولة المختلفة من أجل تنظيم مختلف الحياة الأقتصادية والأجتماعية والعملية وتنفيذ المشاريع الكبري التي تقع على عاتقها فإنها تلجأ إلى عدة أساليب لتنفيذها على أتم وجه ، للإدارة سلطة فرض جزاءات مالية على المتعاقد معها الذي يقصر في تتفيذ التزامات التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون الحاجة اللجوء إلى القضاء ، وهذه الجزاءات هي عبارة عن مبالغ مالية التي يحق لـلإدارة مطالبة المتعاقد بها عندما يخل بالتزاماته التعاقدية والتي تكون على نوعين منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي لحق الإدارة نتيجة الخطأ الصادر من المتعاقد وهذه هي التعويضات ، ومنها ما يكون الغرض منه توقيع عقباب على المتعاقد، ويتمثل ذلك بالغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات, وتملك الإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين، ويستوي أن يكون تقصير المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو بعظها متمثلاً بإمتناعه عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو يتأخر في تنفيذها أو يكون تنفيذه لها تنفيذاً سيئاً أو على وجه غير مرض أو يكون قد أحل غيره في محله في تنفيذه هذه الإلتزامات دون موافقة الإدارة ، ويلاحظ أن الغرض من هذه الجزاءات لا ينحصر على تنفيذ هذه الإلتزامات فحسب وإنما يشمل أضافة إلى ذلك تأمين سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد، وكما إن الإلتزامات المتقابلة وضمان الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة متبعة في القانون الخاص لا وجود لها في العقود الإدارية ، حيث تخضع هذه الأخيرة لنظام قانوني خاص بها يخول الإدارة أقتضاء حقوقها تجاه المتعاقد بصورة مباشرة ، دون عرض النزاع على القضاء. وإن موضوع الجزاءات المالية من المواضيع المهمة التي تحظى بإهتمام الباحثين والدارسين للقانون الإداري، خاصة وأن الجزاءات المالية تعتبر من أهم الجزاءات في العقود الإدارية.

إذ تتاولت هذه الدراسة الوسائل والأساليب التي تملكها سلطة الإدارة لتوقيع الجزاءات المالية في العقود الإدارية، وبينت الضوابط التي تخضع لها الإدارة في ممارسة سلطتها بتوقيع الجزاء، حتى لا تحيد عن الغاية المرسومة لها وهي تمارس تلك السلطة والتي تتمثل بتحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة ، وتحقيق مبدأ المشروعية في ممارسة سلطتها الضابطة بفرض الجزاءات المالية ، فكانت الغاية من تلك الدراسة المتواضعة أن نستخلص بعض النتائج المهمة التي توصلنا إليها ومن أهمها:

إن لسلطة الإدارة حق توقيع الجزاءات المالية بإرادتها المنفردة دون أنتظار لحكم من القضاء بأستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر، ومبرر تلك السلطة 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 الضبابطة لضمان سير المرفق العام، كما وأنها تستطيع فرض الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد، وحقها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون الحاجة لإلزامها بالإثبات وقوع الضرر كونه مفترض كنتيجة لإخلال المتعاقد بإلتزاماته، وليس للمتعاقد مع الإدارة حق الدفع بعدم التنفيذ فهذا الحق المقرر للأفراد في عقود القانون الخاص لا يوجد في العقود الإدارية ولا يستطيع

المتعاقد التمسك به ومبرر ذلك لأتصاله بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بأنتظام وإطراد، وبناء على ذلك على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ إلتزاماته بالرغم من أخطاء الإدارة طالما أن هذا التنفيذ ممكناً، وتستطيع الإدارة أن تلجأ لأنواع متعددة من الجزاءات بحسب ما تراه مناسباً وملائماً لحالة الإخلال التي أرتكبها المتعاقد، وأخيراً خضوع ما تفرضة الإدارة من جزاءات في العقد الإداري لرقابة القضاء ليتحقق عن مدى مشروعية ذلك الجزاء ومدى ملائمته للمخالفة التي كانت سبباً لإتخاذه ومنع الإدارة من التعسف والأنحراف بسلطتها.

ومن أهم التوصيات التي خرجت بها تلك الدراسة هي: نظراً لعدم وضوح موقف المشرع الأردني والعراقي من فكرة الجزاءات المالية , توصي الدراسة كلاً من المشرع العراقي والأردني أن يتجه إلى مواكبة ما هو مستقر في الانظمة المقارنة المتقدمة كالتشريع المصري والفرنسي من حيث الأعتراف للإدارة المتعاقدة بممارسة سلطة تعديل شروط العقد وإنهاؤه بإرادتها المنفردة في أي وقت قبل نهاية مدته ، ونأمل بإعطاء مهلة كافية أمام المتعاقد كالإعذار وتنبيه المتعاقد لإزالة أسباب المخالفة وجعلها من تقدير الإدارة لأن طبيعة عقد الإلتزام الذي يتطلب السير المنتظم للمرفق العام.

الكلمات المفتاحية: الجزاءات الإدارية ، الغرامات التأخيرية ، التعويضات ، مصادرة التأمينات.

# The Financial Penalties in the Administrative Contract a Comparative Study between both Iraqi and Jordanian Legislations Prepared by

# Faris Mokhlif Khalaf Al- Dulamimi Supervised by

#### Dr. Mohammed Ali Al Shobatat

#### **Abstract**

This study aimed at discussing an important side from the sides of the administrative contracts, it is the subject of the financial penalties in the administrative contracts this subject is at a great significance due to the enlargement of the different tasks of the state for the sake of organizing the different sides of the economic, social and practical life and carrying out the great projects, that are of its response. The state resorts to numerous methods to implement them as far as possible.

The administration has the power to impose financial penalties on the contractor who violates his contractual obligations individually. These penalties are amount of money; the administration has the right to claim for them from the contractor when he violates his contractual obligations. Which are two types: of which the intention to cover the real damage to the administration as a result of the error from the contractor. These are the compensations, the other purpose is to punish the contractor, this is representing in the fines of delay and confiscation of the insurances. The administration has the right to punish the contractor without the need to prove the default. It is equal when the contractor defaults in implementing his contractual obligations or part of them, by refusing to implement all of his obligations or delays in implementing them, or he implements them poorly or unsatisfactorily or placed others on behalf of himself in implementing Justification of that power is to guarantee the good execution related to permanent track of public utilities to achieve the public interest.

Administration doesn't lean on this power on the texts of the contract, but to its controlling power to guarantee the track of the public utility. It can impose penalties without the need to word them in the contract, and its right to impose the penalty on the contractor with it, without the need to oblige it of proving the occurrence of harm being supposed as a result of the contractor's violation of his obligations. And the contractor has no right to depend by executions. This right decided for individuals in contracts of private law, does not exist in the administrative contracts, and the contractor cannot take hold of it, because of its connection with the public utility, which should regularly move and track.

The recommendations deduced by tat study are: due to obscurity of the Jordanian and Iraqi legislator's stand from the concept of financial penalties, the study recommends both the Jordanian and Iraqi legislators to direct to escort the settled advanced comparative regulations, like the Egyptian and French legislations from part of confession to the contracting administration to practice the authority of modifying the conditions of the contract and terminate it all by its single will at any time before the termination of its duration. We hope to grant the contractor enough delay like the excuse and attracting attention to deface causes of violation and leaving to the administration estimation, because the nature of obligation contract demands regular motion of the public utility

Keywords: administrative penalties, delay fines, Compensations and Confiscation of Insurance.

**Keywords:** penalties, fines, compensations, Insurance

#### الفصل الأول

#### خلفية الدراسة وأهميتها

#### أولاً- التمهيد:

تُعد العقود الإدارية إحدى الوسائل المهمة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها العامة وعندما تكون الإدارة طرفاً في العقد يتركز إهتمامها على تتفيذه بأحسن وجه إذ تملك الإدارة أمتيازات وحقوق ما قد تفوق أرادت المتعاقد معها ، ولعل من أهم هذه الأمتيازات هي نظرية الجزاءات التي منحه أياه القانون ، ويستمد النظام القانوني للجزاءات التعاقدية من مقتضيات تسيير المرافق العامة ويجب أن تسير بأنتظام وأطراد، والإدارة هي المسؤولة عن ذلك حتى وأن عهدت بإدارة المرفق إلى ملتزم خاص، والجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية كالدفع بعدم التنفيذ أو الإلتجاء إلى القضاء للحكم بجزاءات على المتعاقد المقصر، لاتتلائم في مجال القانون العام لأرتباطه بالمرفق العام ، وأن إخلال المتعاقد في التزاماته سيترتب عليه في النهاية تعطل المرفق وتوقفه ، والإلتجاء إلى القضاء وما يتضمنه من إجراءات قد تطول ستؤدى أيضاً إلى تعطيل المرفق وتوقفه ، ومن هنا تميزت جزاءات النظام القانوني للعقود الإدارية. والجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ من المال التي يحق لـلإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بإلتزاماته التعاقدية سواءً أمتع عن تنفيذ إلتزاماته بالكامل أو أخل بتنفيذها أو نفذها على وجه غير مرضِ أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة وتكون أما غرامات تأخيرية أو التعويض أو مصادرة التأمين ، وتعتبر سلطة الإدارة من المستلزمات الأساسية في أكثر العقود الإدارية ، وتتمثل هذه السلطة في أكثر من ناحية من نواحي تنفيذ العقد، فللإدارة على سبيل المثال سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، وسلطة تعديل شروط بنود العقد الإداري من جانب واحد، ولها أن تنهي العقد إذا رأت أن تنفيذ العقد لا يتم بالطريقة التي تم الأتفاق عليها وكذلك فإن للإدارة سلطة فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها الذي أخل بإلتزاماته التعاقدية (وهي موضوع بحثنا الرئيسي).

حيث أن للإدارة سلطة فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقديـة بـأي وجـه مـن الوجـوه ، سـواءً كـان بالإمتـاع مـن جانبـه عـن تنفيـذ العقـد أو بتأخره في التنفيذ أو بالتنفيذ غير المرضى أو بإحلال غيره في التنفيذ دون موافقة الإدارة ، فللإدارة في كل هذه الحالات الحق بأن تفرض على المتعاقد معها جزاءات لا يألفها الأفراد في عقود القانون الخاص بل من غير الجائز أن ترد في تلك العقود، ذلك أن العقود الإدارية وان أتفقت مع غيرها من العقود أنها تنشئ حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفي العقد يكون منصوصاً عليها في العقد في الأغلب ، فإن عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري يبدو أمراً مسلماً به ، بل إن عدم المساواة هذه هي المميزة للقانون الإداري وهو القانون الذي يخضع له العقد الإداري ، وهذا يرجع إلى أن القانون الخاص يكون أطراف العقد فيه أو بعضهم من الأفراد، بينما في القانون الإداري تتواجد الإدارة في مواجهة الفرد بصفتها تمثل مصالح الجمهور وليس بأعتبارها مجرد طرف ذي شأن في العقد، وحيث أن المبدأ العام يقضى بتنفيذ العقود بحسن نية بما يلقى على المتعاقدين واجبأ مشتركأ بعدم الإخلال بإلتزاماتهم التعاقدية فإنه يضاف إلى ذلك المبدأ مبدأ أخر خاص بالقانون الإداري يتعلق بضرورة الحفاظ على سير المرفق العام وأنتظامه ، فمن

أجل هذا المبدأ تعتبر إلتزامات الأطراف في العقد أكثر صرامة مما هي عليه في القانون الخاص كما أن مصالحهم الخاصة تتوارى أمام المصلحة العامة.

ولذلك فإن الإخلال بالإلتزام التعاقدي الناجم عن عقد إداري يترتب عليه جزاءات شديدة فنظام الجزاءات المالية في العقود الإدارية لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين إلتزامات الطرفين ، كما لا يتسم بطابع العقوبات كجزاء رادع ، وإنما الهدف الأساسي منه هو الوصول إلى تنفيذ الإلتزام الضروري لسير المرفق العام ، فإنتظام سير المرفق العام يتظلب تنفيذ الإدارية المتصلة به بدقة ، والعقود الإدارية تتميز بنظام خاص لجزاءاتها، بحيث يعطي للإدارة الوسائل الفعالة التي تضمن بها تنفيذ العقد إذا عجز المتعاقد معها عن تنفيذه رغماً عنه. وللإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وهي تستهدف بذلك ضمان أستمرار سير المرفق العام بأنتظام وإطراد، كما أن نظام الجزاءات المالية في العقود الإدارية يكفل للمتعاقد مع الإدارة ضمانات لحماية حقوقه في مواجهة السلطة المكفولة للإدارة.(1)

ونظراً لأهمية العقود الإدارية وتعلقها بإدارة المرافق العامة فقد أختار الباحث الجزاءات المالية في العقد الإداري لما للعقود الإدارية أهمية في المؤسسات الحكومية وإتصالها بالمرفق العام والمصلحة العامة. ونظراً لقلة المراجع في المكتبة العربية للأبحاث والكتب المتخصصة بالعقود الإدارية وخاصة في إطار البيئة القانونية الأردنية والعراقية والمقارنة ومن ضمنها تلك التي تبحث في الجزاءات المالية في العقد الإداري. لذا سوف يحاول

1- شحادة، موسى (1999) أهمية العقد الإداري، مجلة أبحاث اليرموك، مجلد 25، العدد3، جامعة اليرموك، إربد

<sup>-</sup> الأردن، 1999، ص57 -<del>ص</del>91.

الباحث معالجة الموضوع بدراسة قانونية تحليلية وصفية مقارنة لإضافة شيء إلى الأبحاث القانونية، المتخصصة في هذا المجال.

#### ثانياً -مشكلة الدراسة:

نظراً لأهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية وللبحث فيها، خاصة وأن هناك العديد من المشاكل التي تحول إلى عدم إلتزام المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية على أحسن وجه وعدم إلتزامه بالإجراءات والشروط اللززمه بفعالية التي تضعها الإدارة العامة كشروط في تنفيذ العقد مما يجعله يفقد حصانته أمام الإدارة عند أخلاله بهذه الإلتزامات المنصوص عليها في العقد تجاه الإدارة مما يخول الإدارة بإستخدام حقها في توقيع الجزاء المناسب ومنها الجزاءات المالية كفرض غرامات التأخير والتعويض ومصادرة التأمين ، وتُعد أساليب الإدارة بتوقيعها الجزاءات من أهم الطرق في الوقت الحاضير حيث تندخل الإدارة بإتفاق مع أفراد وشركات لتنفيذ مختلف أعمالها وفقاً لإجراءات وشروط خاصة تضعها الإدارة لتكفل عن طريقها حسن تنفيذ هذه الأعمال بالشكل المطلوب لتضمن بذلك تحقيق الصالح العام ، وما هو الأساس القانوني لممارسة الإدارة سلطتها بفرض الجزاءات على متعاقبيها. كل هذه التساؤلات التي تثيرها هذه الدراسـة أظهـرت مشـكلة أن عـدم تتفيـذ أعمـال ومشـاريع الخطـة الأقتصـادية فـي المواعيـد المقررة لها يلحق الضرر بالأقتصاد الوطني للبلد، وأن عدم إلتزام المقاول بتأريخ البدء والإنتهاء يؤدي إلى زيادة المشاكل بين رب العمل وبين المقاول ومن جهة أخرى يؤدي إلى عرقِلة تتفيذ المقاولة.

#### ثالثاً: أهداف الدراسة:

#### تأتى هذه الدراسة لتحقيق الأهداف التالية:

- 1- بيان سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات والأساس القانوني بتوقيعها.
  - 2- بيان خصائص الجزاءات المالية في العقد الإداري.
    - 3- التركيز على أهمية وشروط الجزاءات المالية.
- 4- بيان صور الجزاءات المالية والأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيعها.
- 5- بيان حق المتعاقد في مواجهة الإدارة في أعادة التوازن المالي للعقد وحصوله على المقابل المالي.
- 6- بيان نطاق رقابة القضاء الإداري على الجزاءات المالية وأختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات.

#### رابعاً: أهمية الدراسة:

تندرج أهمية هذه الدراسة في كونها:

- 1- الجانب النظري يتمثل في بيان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية في العقد الإداري كونه موضوعاً بغاية الأهمية لاتصاله بسير المرافق العامة .
- 2- الجانب العلمي تتمثل أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية وبيان مدى فاعلية الجزاءات المالية في العقد الإداري وتحقيق ضمان تنفيذ العقد الإداري ، كونه قد أصبح يحتل مكاناً مهما في كافة مجالات الحياة في الدولة بعد أن أنتهجت الدولة نظام الخصخصة في المؤسسات العامة ، لذلك كان لزاماً البحث والأهتمام بدراسة هذا الموضوع.

3- إن موضوع الجزاءات المالية في العقد يُعد من الموضوعات المهمة وأفتقار مكتباتتا المحلية إلى تلك الدراسات المهمة ، وأقتصرت الدراسات في هذا الموضوع على الناحية النظرية القانونية.

4- محاولتها التعرف على أهم الوسائل والإجراءات المتبعة في تنفيذ العقد الإداري بفعالية ، وعدم التنفيذ السليم لشروط العقد، يؤدي إلى عرقلة سير المرفق العام ، من خلال التشخيص السليم للمشكلة ، والتعرف على أبعادها ووضع الحلول لها.

#### خامساً: أسئلة الدراسة:

ستحاول هذه الدراسة الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- ما حق الإدارة في فرض الجزاءات والأساس القانوني لها ؟
- ما خصائص وشروط فرض الجزاءات المالية على المتعاقد مع الإدارة؟
  - ما المقصود بالجزاءات المالية في العقد الإداري؟
- ما صور الجزاءات المالية والأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيعها ؟
  - ما حق المتعاقد في مواجهة الإدارة في إعادة التوازن المالي للعقد ؟
    - ما نطاق رقابة القضاء الإداري على الجزاءات المالية ؟

سادساً: حدود الدراسة: تتمثل حدود الدراسة فيما يلي:

الحدود الموضوعية: تقتصر هذه الدراسة على توصيف الجزاءات المالية في العقد الإداري وأساسها القانوني ورقابة القضاء على مشروعيتها.

الحدود المكانية: ستقتصر هذه الدراسة على القوانين والتشريعات في العراق والأردن والتي تتعلق بالجزاءات المالية والقوانين المقارنة.

الحدود الزمانية: نأمل أن تتضع معالم هذه الدراسة مع نهاية الفصل الدراسي الثاني للعام الدراسي 2015-2016.

#### سابعاً - محددات الدراسة:

لا توجد محددات تمنع من تعميم نتائج هذه الدراسة والإفادة منها، لأن موضوعها من الموضوعات المهمة والحيوية، والتي تنظم العلاقات التعاقدية، لا سيما العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها.

#### ثامناً - مصطلحات الدراسة:

العقد الإداري: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. (1)

الجـزاءات الماليـة: وهـي الجـزاءات التـي تفرضـها الإدارة علـى المتعاقـد إذا قصـر المتعاقـد مع الإدارة فـي تنفيـذ إلتزاماتـه التعاقديـة، وهـي لا تسـتمد سـلطتها فـي فـرض هـذه الجـزاءات المالية من نصوص العقد بل من إمتيازات السلطة العامة التي تملكها. (2)

الغرامات التأخيرية: هي عبارة عن مبلغ من المال محدد سلفاً ويفرض على المتعاقد أداؤه إذا لم يلتزم بتنفيذ إلتزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد، والأصل أن يتضمن العقد الإداري شرطاً خاصاً ينظم غرامة التأخير ويحدد مقدارها. (3)

2- عياد، أحمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص334.

<sup>1-</sup> زين الدين، بلال أمين (2011) المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية في مصر وفرنسا، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ص383.

 $<sup>^{3}</sup>$ عبد الوهاب، محمد رفعت (2005) مبادئ وأحكام القانون الإداري، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، -525.

التعويض: وهو عبارة عن مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها من المتعاقد معها إذا أخل بالتزامات التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي أخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال.(1)

مصادرة التأمينات: وهي عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة لتتوقى بها أثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، وغالباً ما يكون التأمين نسبة معينة من قيمة العطاء. (2) تاسعاً - الإطار النظري:

يُعد موضوع الجزاءات المالية في مجال العقود الإدارية من المواضيع الدقيقة والمهمة نظراً لكون هذه الجزاءات تُعد بمثابة من الإمتيازات الممنوحة لجهة الإدارة التي تستطيع من خلالها تنفيذ عقودها مع المتعاقدين بطريقة تضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتبرز أهمية هذه الجزاءات كونها تمثل جانب المصلحة العامة وتملك الإدارة سلطة فرض الجزاءات على من يتعاقد معها، وأن الجزاء المالي لايتجسد بالتعويض فقط وإنما هنالك صور أخرى للجزاء المالي يمكن أن تفرضه الإدارة على المتعاقد المخل بتنفيذ إلتزامه اتجاهها ومن أهم صورها الغرامات التأخيرية وهي مبالغ إجمالية محددة تنص عليها العقود الإدارية كجزاء توقعه على المتعاقد معه في حالة تقصيره وإخلاله بإلتزاماته ، والتعويض عبارة عن مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بإلتزاماته التعاقدية في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن المتعاقد معها إذا أخل بإلتزاماته التعاقدية في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي ، أما مصادرة التأمينات وهي مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة

<sup>1-</sup> الهاشمي، رشا محمد (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ص32.

<sup>2-</sup> الخلايلة، محمد على (2015) القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص308

تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصير المتعاقد.

وإن الآثار التي يرتبها العقد من إلتزامات أو حقوق، إنّما تقتصر على المتعاقدين وحدهما، ولا تنصرف إلى غيرهما إلا في أحوال معينة، وتلك هي قوة العقد الملزمة فيما يتصل بالأشخاص. وأما الآثار التي يرتبها العقد، وفق ما تضمنته من إلتزامات وحقوق فهذه هي القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع ولما كان هذا اللزوم لا يُحقق في بعض الأحيان الهدف المرجو منه، فقد أقر القانون استثناءً على هذا اللزوم بأن أجاز لأحد طرفي العقد أن يُنهيه أو يعدل من بنوده، كما أعطى هذه المكنة لغير طرفي العقد، فقد يتص يتدخل القضاء في بعض الحالات وينص على إنهاء العقد أو التعديل فيه، كما قد ينص على إعطاء هذه المكنة للقاضى وفي حدود معينة.

وبناء على ماتقدم ستتضمن الدراسة خمسة فصول، الفصل الأول سيتضمن المقدمة ومشكلة الدراسة وأهدافها وأهميتها وحدود ومحددات ومصطلحات الدراسة والأطار النظري والدراسات السابقة ومنهجية الدراسة. أما الفصل الثاني سيتناول سلطة الإدارة في توقيعها الجزاءات المالية وأساسها القانوني وماهيتها، أما الفصل الثالث سيتناول صور الجزاءات المالية، أما الفصل الرابع سيتناول رقابة القضاء الإداري على الجزاءات المالية ونطاقها. وأخيراً الفصل الخامس سيتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلت اليها الدراسة.

#### عاشراً: الدراسات السابقة:

1- القاضي، وليد سعود فارس (2000) الجزاءات في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن.

وتبرز أهمية هذه الدراسة للحيلولة دون توقف أو تعطيل أو أضطراب المرافق العامة للإدارة، وتناولت هذه الدراسة في الفصل الثاني الجزاءات الغير مالية وأوضحت أن هذه الجزاءات تخلو من الصفة المالية وتناولت الجزاء في صفات الإلتزام في عقود الإلتزام، لتسيير المرافق العامة والجزاءات الرادعة وأوضحت أن هذه الجزاءات أخطر الجزاءات الإدارية على الإطلاق. وحق الإدارة في ممارسة سلطة الضبط الإداري لحث المتعاقد معها لتنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

وتتفق الدراسة الحالية مع الدراسة السابقة في توقيع الجزاءات من حيث سلطة الإدارة بتوقيعها لضمان حسن تنفيذ عقودها الإدارية على أتم وجه ولكن الدراسة الحالية تضمنت توقيع الجزاءات المالية وما يترتب عليها من صور وأنواع هذه الجزاءات ورقابة القضاء على الإدارة حين فرضها للجزاء على متعاقديها من زاويتي المشروعية والملائمة.

2- حواطمة، (2003) بعنوان سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة عمان العربية ، عمان ، الأردن.

تضمنت هذه الدراسة مقارنة لبيان سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله في إلتزاماته التعاقدية وتوضيح الأسس القانونية التي تتمثل في تمتع الإدارة تطبيق الإجراءات الجزائية بإرادتهاالمنفردة كما بينت هذه الدراسة الخصائص المشتركة للجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بإلتزاماته كما تتاولت هذه الدراسة مبررات فرض الجزاءات على المتعاقد المتمثلة في ضمان حسن

التنفيذ وعالجت الدراسة دور القضاء في البت في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة بأنها تناولت الجزاءات المالية بالتفصيل ومدى حق القضاء في مراقبة مشروعية الجزاءات المتخذة بحق المتعاقد مع الإدارة من زاويتي المشروعية والملائمة ومدى أختصاص القضاء بالفصل بين المنازعات الناشئة في العقود الإدارية.

تناولت هذه الدراسة جانب من جوانب الجزاءات الإدارية التي تملكها سلطة الإدارة وهي جزاءات الضغط تتميز الجزاءات الضاغطة التي توقعها الإدارة على المتعاقد بقصد إرغامه على تنفيذ العقد، عن طريق حلولها محله أو بإحلال الغير محله في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتمتاز بإنها مؤقتة تلجأ اليها الإدارة بقصد ضمان حسن سير المرافق العامة، ولا تؤدي تلك الجزاءات إلى إنهاء الرابطة العقدية، بل يبقى المتعاقد المقصر مسؤولاً أمام جهة الإدارة، إذ يتم التنفيذ على مسؤوليته ولحسابه.

تتفق الدراسة ودراستنا من حيث إنهما ينتميان إلى طائفة الجزاءات الإدارية حيث لهما نفس الخصائص المشتركة من حيث سلطة الإدارة بتوقيع تلك الجزاءات بإرادتها المنفردة وأن لم ينص عليها في العقد، وتختلف كون دراستنا تضمنت الجزاءات المالية وهي الأكثر شيوعاً وخطورة ودون حاجة لإلتزام الإدارة بإثبات الضرر الذي يلحقها من جراء تقصير المتعاقد كون الضرر مفترض بمجرد التأخير وأيضاً تكون التأمينات بمثابة ضمانه للإدارة تتوقى بها إذ ما قصر المتعاقد بتنفيذ إلتزامه.

4- المشهداني، محمد صبار محمد (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الأسراء، عمان، الأردن.

تضمنت هذه الدراسة الجزاءات الإدارية غير المالية حيث تناولت وسائل أخرى من الجزاءات الإدارية مثل الجزاءات الضاغطة والهدف منها إرغام المتعاقد والضغط عليه بغية تنفيذ التزاماته بموجب العقد وتتمثل في سحب العمل في عقود المقاولات والشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد ووضع المشروع تحت الحراسة في عقود الإلتزام. والجزاءات الجنائية حيث تستطيع الإدارة أحياناً فرض بعض الجزاءات الجنائية على المتعاقد معها وتستمد قدرتها في فرض هذه الجزاءات لا بصفتها طرفاً بالعقد وإنما بصفتها سلطة عامة. وتقسم الجزاءات الإدارية بجزاءات مالية وجزاءات غير مالية

تتفق الدراسة مع دراستنا من حيث سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء بقصد ضمان تنفيذ العقد ودوام حسن سير المرفق العام وأجبار المتعاقد أو الملتزم بالإسراع والحرص على قيام ما أوكل اليه على أتم وجه، وتختلف كون دراستنا تناولت الجزاءات المالية المتمثلة بغرامة التأخير ومصادرة التأمينات والتعويض، ومدى سلطة الإدارة في توقيعها وحالات الإعفاء منها، ومدى مسؤولية الإدارة في أستخدامها غير المشروع في فرض الجزاء.

#### إحدى عشر: منهجية الدراسة:

1- المنهج الوصفي التحليلي: سيقوم الباحث بأستخدام كل من المنهج الوصفي التحليل النصوص القانونية الناظمة لتوقيع الجزاءات المالية في العقد الإداري وبيان مدى سلطة الإدارة في حقها بفرض هذه الجزاءات من خلال سلطتها التقديرية كونها القوامة على حسن تنفيذ العقود الإدارية، ومن خلال قيام الباحث

بمسح أكبر قدر من الدراسات المتعلقة بالقانون الإداري في التشريعين الأردني والعراقي مع مقارنتها مع التشريعات الأخرى لإزالة اللبس والغموض الذي يواجه بعض الأحكام.

2- المنهج المقارن: بهدف تسليط الضوء على سلطة الإدارة بفرضها الجزاء والإطار القانوني والقضائي من خلال المقارنة بين القوانين ذات العلاقة في البلدين، ونصوص أخرى ذات صلة بموضوع البحث، وفي سبيل تحقيق ذلك يمكننا الأستتارة بالتشريعات المقارنة والمبادئ القانونية التي أرستها محاكم التمييز والأجتهادات القضائية، والشروحات الفقهية، لإيضاح مواضع اللبس والغموض التي تفتقر إليها النصوص موضوع التعليق.

#### الفصل الثاني

## سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية وأساسها القانونى وماهيتها

تُعد الجزاءات المالية في العقد الإداري من المواضيع الجوهرية والأساسية في إستعمال الإدارة سلطتها وامتيازها في التنفيذ المباشر بما يكفل لها الحق في اللجوء إلى القرار الإداري دون الحاجة اللجوء إلى القضاء ، حيث أن الجزاءات المالية هي من الوسائل التي تلجـأ اليهـا الإدارة لإبـراز سـلطتها وأظهـار حقهـا فـي ذلـك تماشـياً مـع مبــدأ أستقرار وانتظام المرفق العام وضمان تنفيذ المتعاقد التزاماته التعاقدية ، وبهذا تستطيع الإدارة في مجال تنفيذ هذا العقد إجبار المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، ويستمد النظام القانوني للجزاءات في العقد الإداري ضرورته من مقتضيات تسيير المرافق العامة التي يجب أن تسير على الدوم بإنتظام وأطراد، أن الجزاءات المالية هي نوع من عـدة جـزاءات توقعهـا الإدارة بحـق المتعاقـد معهـا فيمـا إذا أخـل بالتزاماتـه التعاقديـة منهـا الجـزاءات الضاغطة (وسائل للضغط والأكراه) والجـزاءات الفاسخة (إنهاء الرابطة التعاقديــة) والجــزاءات الجنائيــة (العقوبــات الجنائيــة) وســوف تخــتص هــذه الدراســة فــي الجزاءات المالية وهي من أهم الجزاءات الإدارية حيث لها أثر مباشر في أستنهاض همة المتعاقد وإجباره على متابعة عمله.

وبناءً على ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث. المبحث الأول سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني في العقود الإدارية، المبحث الثاني خصائص الجزاءات في العقد الإداري، المبحث الثالث ماهية الجزاءات المالية.

#### المبحث الأول

## سلطة الإدارة وأساسها القانوني بتوقيع الجزاءات في العقود الإدارية

تهدف نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لإلتزاماته التعاقدية بصورة سليمة تضمن سير المرافق العامة فإخلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر على سير المرفق بأنتظام واطراد ، كما أن من شأن الطابع الملزم لأي عقد أن يرتب جزاء على مخالفة شروطه وتفاوت الجزاء تبعاً لجسامة المخالفة والعقد الإداري يخضـع بـدوره لهـذه القاعـدة فـإذا ثبـت تقصـير فـي جانـب المتعاقـد مـع الإدارة فـي الوفـاء بالتزامات العقدية ، يكون للإدارة أن توقع عليه الجزاءات التي تمتاز بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها. <sup>(1)</sup> قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته في العقد مخالفات متعددة ، فهو قد يمتنع عن التنفيذ أو يقوم بتنفيذ مخالف للمواصفات أو يتأخر عن المواعيد المحددة ففي حالة مثل هذه المخالفات من جانب المتعاقد مع الإدارة ، لم يتـرك القـانون الإداري الإدارة فـي مثـل هـذه الظـروف للقواعـد المطبقـة فـي القـانون الخـاص التي لا تسمح إلا بمجرد الألتجاء إلى القضاء أو مجرد الدفع بعدم التنفيذ، فمثل هذه القواعـد المقـررة فـي القـانون الخـاص فـي مواجهـة المتعاقـد المقصــر غيــر كافيــة لحمايــة مصلحة المرفق العام الذي تمثله الإدارة المتعاقدة ، لهذا فالقانون الإداري يعطى الإدارة حق توقيع جزاءات مباشرة على المتعاقد معها الذي يخالف قواعد العقد.(2) وبالتالي فإنه من حق الإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية لسير المرفق العام. (3)

<sup>1-</sup> الشلماني، حمد محمد حمد (2007), امتيازات السلطة العامة في العقد الاداري, دار المطبوعات الجامعية, ص167.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - عبد الوهاب، محمد رفعت (2005) مبادئ واحكام القانون الإداري، مصدر سابق، ص 524

<sup>3-</sup> هشام، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقود الآدارية, مصدر سابق, ص 50.

وبـذلك سـيتم تقسـيم هـذا المبحـث إلـي مطلبـين نتنـاول فيهـا التـالي: المطلـب الأول سـلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، المطلب الثاني الأساس القانوني لسطلة الإدارة في توقيع الجزاءات.

#### المطلب الأول

#### سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

أستقر الفقه القضاء الإداريين على أن للإدارة حق توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقب معها الذي يقصس في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون الحاجة اللجوء إلى القضاء ، والإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد بل إلى إمتيازات السلطة العامة التي تملكها وعلى الأخص سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة وضمان استمرارها وأنتظامها تحقيقاً للمصلحة العامة. (1) قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه إلتزاماته في العقد مخالفات متعددة ، فهو قد يمتنع عن التنفيذ أو يقوم بتنفيذ مخالف للمواصفات ، ففي حالـة مثـل هـذه المخالفـات مـن جانـب المتعاقـد مـع الإدارة تمتلـك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواءً تأخر في تنفيذ العقد أو أمتنع عن التنفيذ أو نفذ الإلتزام على غير الوجه المطلوب وخالف الشـروط المتضـمنة للعقـد أو أحـل غيـره محلـه دون موافقـة الإدارة ، وهـذا الحـق أيضــاً مقرر للإدارة ولو لم ينص على ذلك في العقد لان الهدف منه ضمان سير المرفق العام محل التعاقد بأنتظام واطراد، وتستطيع الإدارة أن توقع جزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى أثبات ضرر، إذ أن الضرر مفترض وقوعه كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته

<sup>1 -</sup> كنعان، نواف (2012) الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الشارقة، الأفاق المشرقة ناشرون، ص335.

التعاقدية. (1) وللإدارة سلطة واسعة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، ومن صور هذا الإخلال الإهمال في التنفيذ أو سوء التنفيذ أو الغش أو التأخير عن المواعيد المحددة ، وتختلف الجزاءات التي تفرضها الإدارة في العقد الإداري عن ما يمكن إيراده من جزاءات في القانون المدني ، وهذا الأختلاف يظهر جلياً في السمات الآتية للجزاءات التي تفرضها الإدارة: (2)

- 1- إن هذه الجزاءات لا تفرض فقط تعويضاً عن ضرر وإنما تتجه أيضاً إلى التنفيذ الفعلي للعقد خدمة للصالح العام، ولحمل المتعاقد مع الإدارة على حسن التنفيذ وأحترام المددة في العقد.
- 2- وحق فرض الجزاءات في القانون الإداري حق قانوني معترف به للإدارة حتى ولو لم ينص صراحة عليه في العقد، لا بل أكثر من هذا فإنه ليس للإدارة التتازل عن حقها في فرضها بموجب نص في عقد من عقودها.
- 3- إن هذه الجزاءات تفرض بإرادة المنفردة للإدارة دون الحاجة للجوء إلى القضاء لإثبات الخطأ من جانب المتعاقد معها، فالضرر مفترض افتراضاً قانونياً غير قابل لإثبات العكس لأتصال العقد بالمرفق العام والمصلحة العامة.
- 4- وأخيراً للمتعاقد مع الإدارة حق الطعن أمام القضاء في إجراءات الإدارة في توقيع الجزاء أو الغرامة.

فإذا أخل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية سواء بإمتناعه عن تنفيذ العقد أو القيام بتنفيذ العقد بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها أو التأخر عن المواعيد المحددة لمراحل

<sup>1 -</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) القانون الإداري، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص 306.

<sup>2-</sup> الجبوري، ماهر صالح علاوي (2009) الوسيط في القانون الإداري، جامعة الموصل، دار ابن الأثير الطباعة والنشر، ص 442.

التنفيذ. (1) فيكون للإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية عليه ، وفي حالة أستعماله الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو مخالفة تعليمات الإدارة أو المهندس المشرف أو عدم تمكينه من مزاولة هذا الأشراف فإن الإدارة تستطيع أيضاً كأصل عام توقيع جزاءات عليه. (2) وبما أن المتعاقد مع الإدارة هو متعاون معها في إدارة المرفق العام ، ويعتبر أي إخلال منه لإلتزاماته التعاقدية ليس خطأ عقدياً فقط ولكنه أيضاً خطأ ضد المرفق العام ذاته ، ولمواجهة هذا الإخلال فإن الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية والتي تخضع لنظام قانوني مغاير تماماً لما هو في العقود المدنية. (3)

وتقسم الجزاءات التي تملكها الإدارة إلى نوعين من حيث مصدرها والى عدة أنواع من حیث موضوعاتها:<sup>(4)</sup>

الأول: من حيث المصدر هناك الجزاءات العقدية والجزاءات الغير عقدية.

فالجزاءات العقدية: هي الجزاءات التي تنبع من العقد أي يكون منصوص عليها فيه، كان المبدأ السائد في الفقه والقضاء الفرنسي أن الجزاءات التي يجوز توقيعها على المتعاقد هي تلك التي ينص عليها في العقد دون غيرها، أما في حالة عدم وجود نص في العقد يخول الإدارة أستعمالها للجزاء تجاه المتعاقد معها، فلم يكن من الجائز قانوناً أن تستعمل من عندها سلطة توقيع جزاء كما أن القضاء هو الآخر لا يجوز له أن يفترض وجود تلك السلطة بيد الإدارة ، فلم يكن أمام الإدارة إلا طريق واحد هو إلغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعات ذلك الالغاء.

<sup>1 -</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص143.

على، ابراهيم محمد (2003) آثار العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص62.

<sup>3 -</sup> الحلفاوي، حمدي حسن (دون سنة نشر) ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقود الإدارية، مصدر سابق، ص368.

<sup>4 -</sup> الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص130.

وأما الجزاءات غير العقدية: فهي الجزاءات التي لا يكون منصوصاً عليها في العقد إنما تستلزمها ضرورات المصلحة العامة وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف في أول حكم صادر له عام 1907 حيث قضى المجلس بأنه لما كانت نصوص العقد تحدد التزامات كل من الطرفين ولما كان الإخلال بتلك الإلتزامات يجب أن يترتب عليه توقيع جزاء، فإذا لم ينص العقد على الجزاء الواجب إيقاعه في حالة الإخلال بالإلتزام الناشئ عن العقد جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المضار أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الإخلال بنصوص العقد.

الثاني: وأما من حيث الموضوع فتستطيع الإدارة فرض أنواع متعددة من الجزاءات حسب النظام القانوني الذي تسير بمقتضاه، فقد تكون هناك جزاءات مالية كالتعويض والغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات، أو تكون كوسائل ضغط مثل وضع المشروع تحت الحراسة وسحب العمل والشراء على حساب المتعاقد والحلول محله، وكذلك لها سلطة تعديل العقد من جانب واحد ولها سلطة فسخ العقد وأسقاط الإلتزام، وتضاف أنواع أخرى من الجزاءات مثل الجزاءات الجنائية. (1)

ومن جانب أخر فإن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ليست مطلقة، فلا تستطيع توقيع عقوبات جنائية أو تأديبية بحق المتعاقد معها، ويجب عليها قبل توقيع الجزاء إنذار المتعاقد إلا إذا نص العقد صراحة على غير ذلك أو في حالة الظرف الاستثنائية، كما أن هذه السلطة تمارس تحت رقابة القضاء من حيث مشروعية هذه الجزاءات وملاءمتها أي مدى تناسب الجزاء مع الخلل الذي وقع من المتعاقد. (2)

. 131م سابق، مصدر سابق، ص(2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص(2010)

<sup>2 -</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) القانون الإداري، مصدر سابق، ص307.

وتتنوع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها، فمنها جزاءات ذات طبيعة مالية وأخرى غير مالية تتمثل فيها وسائل الضغط والإكراه التي تستهدف إجبار المقصر على الوفاء بإلتزاماته أو قد تتمثل بفسخ العقد أي إنهاء الرابطة التعاقدية، وقد تكون جزاءات جنائية في حلات نادرة، وقد ترد بعض القيود على حق الإدارة في توقيع الجزاءات لذا سوف نتاول هذا من خلال الفرعين التاليين الفرع الأول أنواع الجزاءات الإدارية، الفرع الثاني القيود التي ترد على حق الإدرة في فرض الجزاءات

#### الفرع الأول

#### أنواع الجزاءات الإدارية

قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري عدة مخالفات ، فقد يمتنع المتعاقد عن التنفيذ أو يقوم بتنفيذ مخالف لدفاتر الشروط ، أو يتأخر عن المواعيد المحددة في العقد أو يعمد إلى الغش أثناء التنفيذ، وفي جميع هذه الحلات تتعدد الجزاءات التي يمكن لـ الإدارة توقيعها ضد المتعاقد معها، وتتنوع الجزاءات التي يمكن لـ الإدارة توقيعها ضد المتعاقد معها، وتتنوع الجزاءات التي يمكن لـ الإدارة أن تقرضها على المتعاقد معها وتطبق والعقد مستمر والا يكون من أثرها إنهاءه وهي الجزاءات المالية كغرامة التأخير ومصادرة التأمين والتعويض، وجزاءات أخرى غير مالية كالجزاءات الضاغطة كوضع المرفق تحت الحراسة وسحب العمل من المقاول والشراء على حساب المورد ، والبعض الآخر من الجزاءات ينتهي بها العقد وهي الجزاءات الفاسخة وتتمثل في أسقاط الإلتزام بالنسبة لعقد الإلتزام والفسخ الجزائي بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد التوريد، وأخيراً جزاءات جنائية.

وسوف نكتفي بتعريف الجزاءات الإدارية فقط. وبما أن موضوع دراستنا يتناول الجزاءات المالية في العقد الإداري لذا سوف يقوم الباحث بدراستها بشيء من التفصيل في الفصول اللّحقة من هذه الدراسة.

1-الجرزاءات المالية: وهي عبارة عن مبالغ مالية يلتنزم المتعاقد الذي أخل بإلتزاماته التعاقدية بأن يدفعها للإدارة، وغالباً ما يتم الأتفاق عليها في العقد، وتشمل الجزاءات المالية الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض. (1)

2-الجزاءات الضاغطة: تستهدف هذه الجزاءات إرغام المتعاقد على الوفاء بإلتزاماته عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو أن تعمل على إحلال شخص أخر محله في تنفيذ إلتزام، وذلك لأن أول ما يعني الإدارة في هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد لضمان سير المرفق بأنتظام وإطراد، وتعتبر وسائل الضغط التي تلجأ اليها الإدارة جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة، وأنما تتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته. (2)

3-الجزاءات الفاسخة: يعرف الفسخ الجزائي للعقود الإدارية بأنه الجزاء الشديد الجسامة الذي توقعه الإدارة على متعاقدها الذي أخل بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية إخلالاً فادحاً، مما يستدعي أستبعاده من دائرة تنفيذ العقد، فتقرر الإدارة إنهاء العقد معه بموجب قرار إنفرادي من جانبها وحدها، وبناءً على سلطتها التقديرية، فيترتب على هذا الجزاء إنهاء العقد، وايقاف المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ الأعمال محل العقد. (3)

<sup>1 -</sup> الخلايلة، محمد على (2015) القانون الإداري، مصدر سابق، ص307.

<sup>2 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) السس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص433.

<sup>3 -</sup> نابلسي، أنصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 277.

4-الجنزاءات الجنائية: تستطيع الإدارة أحياناً فرض بعض أنواع الجزاءات الجنائية على المتعاقد معها وتستمد قدرتها في فرض هذه الجزاءات لا بصفتها طرفاً في العقد وانما بصفتها سلطة عامة فتقوم بممارسة نشاط ضبط إداري على المتعاقد معها، إلا أنه من غير الجائز أن تمارس الإدارة جزاءات على الإلتزامات العقدية بل يجب أن تتحصر على الإلتزامات التنظيمية في العقد. (1) وهي أنتقاص أو حرمان من كل الحقوق الشخصية أو بعضها يتضمن إيلاما ينال مرتكب الفعل الإجرامي كنتيجة قانونية لجريمته ويتم توقيعها بإجراءات خاصة وبمعرفة جهة القضاء. (2) والأصل العام والذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نـص، وبالتـالي فإنـه لا يجـوز لـلإدارة كقاعـدة عامـة أن توقـع عقوبـة جنائية على متعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها ، إذا لم يوجد نـص تشـريعي عـام بتلـك الجـزاءات ، كمـا أن الإدارة لا تسـتطيع أن تضـمن العقـد شـروطاً تفرض مثل هذا الجزاء حيث لا يمكن أن تدرج مثل هذه الشروط في مفهوم (الشروط الاستثنائية) لأنها غير مشروعه لمخالفتها للنظام العام ، غير أن الإدارة في فرضها لنوع معين من الجزاءات الجنائية فإن قدرتها هنا لا تستمد بصفتها طرفاً بالعقد وانما بصفتها سلطة عامة تقوم بممارسة نشاط ضبط إداري على المتعاقد معها. (3)

<sup>1 -</sup> الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 146.

<sup>2 -</sup> الجبوري، محمد حسن مرّ عي (2014) الجزاءات الجنائية والمالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 61.

<sup>3 -</sup> بدير، على محمد، والسلامي، مهدي ياسين، والبرزنجي، عصام عبد الوهاب (1993) مبادئ واحكام القانون الإداري، بغداد، مديرية دار الكتب للطباعة ، ص 505.

## الفرع الثاني

#### القيود التي ترد على حق الإدارة في توقيع الجزاءات

إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معين وترتيب جزاء محدد له ، وجوب التقيد بما ورد في العقد، لا يجوز المحكمة لأن تقضي على غير مقتضاه وبيان ذلك " أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود يتم بتوافق إرادتين إلى إحداث أثر قانوني معين وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية إلى أشخاص بذواتهم ، فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعا له جزاء بعينه ، فإنه يجب أن تتقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته ، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه. (1)

وإن حدود سلطة توقيع الجزاء في عقود التوريد إذا أستوجبت توقيع أحد جزاءات ثلاثة فلا يجوز للإدارة الجمع بينهما "إذا كان النص الوارد في العقد يقضي بمصادرة التأمين وتوقيع غرامات وحساب فروق الأسعار فإن هذا النص يتعارض مع النصوص الواردة بلائحة المخازن الصادر بها قرار مجلس الوزراء بتاريخ 6 / يونية/ 1948 حيث تنص المادة (137) فقره (53) على أن للحكومة عند التأخير في التوريد إتخاذ أحد الإجراءات الثلاث إما إعطاء مهلة التوريد مع توقيع غرامة أو الشراء على حساب المتعهد، أو الغاء العقد ومصادرة التأمين إذ يستفاد من ذلك أنه ليس للحكومة الجمع بين هذه الإجراءات الثلاثة. (2)

 <sup>1 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن 501-14 بتاريخ 19/2/17-1971/11/13 اشار اليه،
 عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر) العقود الإدارية في التطبيق العملي، الإسكندرية، منشأة المعارف،
 ص 240

 $<sup>^2</sup>$  - محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 3،996ق بتاريخ 5.6/5/13 (1957/368/1952، أشار اليه، عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر) العقود الإدارية في التطبيق العملي، مصدر سابق، 241.

وتتلخص القيود التي ترد على حق الإدارة بتوقيع الجزاءات فيما يلى:(1)

1- أياً كان مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فإن ذلك لا يمكن أن يصل إلى حد توقيع جزاءات جنائية، حتى لو كان إخلاله بالتزاماته يشكل جريمة.

2- يجري القضاء الإداري الفرنسي على أنه يجب على الجهة الإداري المتعاقدة قبل توقيع الجزاء أن تقوم بإعذار المتعاقد بضرورة تنفيذ إلتزاماته، غير أن الإدارة تعفى من إنذار المتعاقد في الحالتين، الأولى إذا نص صراحة في العقد على عدم الترام الإدارة بهذا القيد، والحالة الثانية إذا توافرت حالة أستعجال، كحالة الحرب مثلاً تستدعى سرعة التنفيذ.

3- إذا توقع المتعاقدان في العقد خطأ معين ووضعا له جزاءً محدداً فإن الإدارة يجب أن تتقيد بذلك. وتقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الصدد أنه " إذا ما توقع المتعاقدان في العقد خطأ معيناً ووضعا له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه لائحة المناقصات لأن الأحكام التي تضمنتها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد ". (2)

4- أن أستعمال الإدارة لحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها يخضع لرقابة قاضي العقد للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف، وذلك من ناحيتي مشروعية الجزاء في ذاته ومن ناحية مدى تناسبه مع درجة إخلال المتعاقد بإلتزاماته.

<sup>1 -</sup> عبد الباسط، محمد فؤاد (دون سنة نشر) القانون الإداري، مصدر سابق، ص846.

<sup>2 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن 1020 لسنة 9ق بتاريخ 1967/4/8، مجموعتها في 15 سنة ج2، ص1882، اشار اليه، عبد الباسط، محمد فؤاد (دون سنة نشر) القانون الإداري، مصدر سابق، 848.

#### المطلب الثاني

## الأساس القانوني لسلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات في العقد الإداري

المبدأ المستقر في الفقه والقضاء أن للإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون حاجة اللجوء إلى القضاء ، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان أستمراره وأنتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة ، والإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام. (1) وبذلك يعتبر حق الإدارة في إصدار القرارات التنفيذية كأسلوب لممارسة النشاط الإداري مظهراً من مظاهر السلطة العامة ، ويترتب على ذلك أن الإدارة تستطيع أن توقع على المتعاقد معها بسبب تقصيره في تنفيذ العقد، جزاءات تتناسب ومدى تقصيره وأن لم يكن منصوصا عليها صراحة في العقد وهذه الجزاءات تصدرها وتنفذها مباشرة دون اللجوء القضاء وذلك بأستعمال أمتيازها في التنفيذ المباشر. (2)

وحق الإدارة في تنفيذ قراراتها بنفسها، تنفيذاً جبرياً دون الإلتجاء إلى القضاء يطلق عليه الفقه والقضاء بأمتياز التنفيذ المباشر.<sup>(3)</sup>

وأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها تغليب المصلحة العامة وضمان إستمرار سير المرافق العامة ولا تحتاج إلى نص يقررها، وهذا ما أشارت اليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "أن الإدارة تعمل في أبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وأمتيازات لا يتمتع بمثلها المعاقد معها، كما أن الإدارة

<sup>1 -</sup> عياد، احمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص334.

 $<sup>^{2}</sup>$ - فياض، عبد المجيد(1975) نظرية الجزاءات في العقد الاداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص53.  $^{3}$ - الحلو، ماجد راغب (1996) القانون الادارى، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص618.

تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ، فكفتا المتعاقدين غير متكافئتين تغير متكافئتين تغييباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذلك حق توقيع الجزاءات على متعاقديها وذلك بإرادتها المنفردة ". (1)

وأن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن أستمرار المرافق العامة. (2)

ويُعد مبدأ إعتماد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون حاجة إلى نص عقدي بذلك هو من المبادئ الهامة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي ويعتبر تطور هام في القضاء حين عدل عن نظريته القائلة بكفاية العقد في ذاته وما تضمنه من نصوص جزائية وهذا المبدأ بحكمه الصادر في 1907/5/31 في قضية (Deplangue) دبلانك مقرراً بأنه " أن عدم النص في العقد الإداري على جزاء معين لمخالفة بذاتها من المتعاقد مع الإدارة لا ينهي بقاء تلك المخالفة دون جزاء ، وإنما يمكن لقاضي العقد توقيع الجزاء المطابق للقواعد العامة ". ثم تلي ذلك بإعتراف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بحقها في توقيع الجزاء خارج نصوص العقد مع خضوع قرارها بتوقيع الجزاء اللرقابة اللرقابة اللاحقة

ومن المعروف أن المتعاقد مع الإدارة أنما هو متعاون معها في إدارة المرفق العام ويعتبر

<sup>1-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1963/5/25، السنة8، ص324، اشار اليه، عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر) العقود الإدارية. مصدر سابق، ص 1225.

<sup>2 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1963/12/28 لسنة 9، ص 324، اشار اليه، عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر) العقود الإدارية في التطبيق العملي، مصدر سابق، ص238.

<sup>3 -</sup> السُناري، محمد (1996) وسائل التَّعاقد الإداري وَّحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، القاهرة، دار النهضة العربية، ص255.

ذاته ولمواجهة هذا الإخلال فإن الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية والتي تخضع لنظام قانوني مغاير تماما لما هو مقرر في العقود المدنية وذلك بأستعمال أمتيازاتها دون الحاجة للجوء إلى القضاء ، حتى ولو لم ينص عليها في العقد ، على أساس أن الإدارة لا تستند في مباشرة تلك السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام ، ومرجع ذلك كله ضمان تنفيذ حسن العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان أستمراره وأنتظامه تحقيقا للمصلحة العامة. (1)

ويرى الباحث أن هذه السلطة تتعلق بالنظام العام ولاتملك الإدارة التتازل عنه وإن كل التزام عقدي يقابله جزاء وأن خلو العقد من النص على جزاءات معينة لمخالفة الإلتزامات العقدية لايعني عدم وجود جزاء ويحق للإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية لتأمين سير المرفق العام وتخضع هذه الإجراءات لرقابة القضاء ، ولايوجد خلاف في الفقه والقضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر دون حاجة للألتجاء إلى القضاء ، وذلك لضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان أستمراره وأنتظامه تحقيقا للمصلحة العامة ، أنما الخلاف يكون في الفقه حول الأساس القانوني لهذه السلطة ، فذهب البعض إلى أن الأساس القانوني للسلطة يكون في في فكرة السلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وسنتناول بيان هذه الآراء الفقهية وذلك من خلال الفرعين التاليين: الفرع الإول فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ، الفرع الثاني فكر المرفق العام أساس لتوقيع الجزاءات في العقد الإداري.

1- الحلفاوي، حمدي حسن (2002) ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الإداي، مصدر سابق، ص368.

# الفرع الأول

# فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

أن الأساس القانوني لسطلة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية يكمن في فكرة السلطة العامة ، فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته ، هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، وهي تطبيق وإعمال لإمتياز من أهم إمتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبل الأفراد وهو أمتياز النتفيذ المباشر، من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة وتهدف فكرة السلطة العامة في الدولة وتهدف فكرة السلطة العامة في الدولة وتهدف الشخصية العامة في العقود الإدارية إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الشخصية وهي تمثل إهداراً لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية. (1) ويرى البعض من الفقه الفرنسي أن من حق الإدارة أستعمال إمتيازها في النتفيذ المباشر ويرى البعض من الفقه الفرنسي أن من حق الإدارة أستعمال إمتيازها في النتفيذ المباشر المرافق العامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة، فلها أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل متعاقدها المقصر في على القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات. (2)

ويرى البعض الأخر أن الأساس القانوني لسلطة الادارة في تطبيق الجزاء بنفسها بأستعمال أمتيازها في التنفيذ المباشر يكمن في السلطة العامة ، ويبررون ذلك بالأرتباط الوثيق بين العقد الإداري والسلطة العامة ، إذ تلعب السلطة العامة دوراً أساسياً في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد أستثنائية حتى لو لم يكن منصوصاً عليها في العقد ، لأن

2 -الجبوري، محمد حسن مرعى (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ...، مصدر سابق، ص24.

<sup>1-</sup> عياد، احمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، مصدر سابق، ص341.

السلطة العامة لها خصائص معينة تطبق بها العقود التي تبرمها، كما أن هذه الجزاءات التي تفرضها الإدارة من تلقاء نفسها على المتعاقب معها ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، فضلاً عن ذلك إنها تطبيق واعمال لأمتياز من أهم أمتيــازات السـلطة العامــة التــي تملكهـا الإدارة فــي نطــاق العقــد الإداري قبـل أن يتعاقــد معهــا وهو أمتياز التنفيذ المباشر .(1)

ويذهب البعض من فقهاء القانون الإداري في العراق إلى القول في فكرة السلطة العامة كأساس لسطلة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري ذلك أن الإدارة لا تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها فلها أن تصدر قرارات تتفيذية في مواجهة المتعاقد المقصر فهي تباشر في هذا النطاق أهم أمتيازاتها وهو أمتياز التنفيذ المباشر بعدها سلطة عامة ، وهكذا يبدو ممارسة هذه السلطة مقيدة بالصالح العام. (2)

وأما موقف القضاء الإداري العراقي وكما هو معلوم أنه على الرغم من أنشاء قضاء إداري في العراق تطبيقا للقانون رقم (106) لسنة 1989 الذي هو التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979.

وكذلك الحال بالنسبة لقانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014 أنه أستثنى عقود الإدارة من أختصاصه وأبقاها من أختصاص القضاء العادي.

وقد أشار القضاء العراقي في بعض أحكامه وأن كانت قليلة إلى أسناد سلطة الإدارة في فرضها الجزاءات في العقود الإدارية إلى سلطتها في التنفيذ المباشر التي مرجعها السلطة العامة, ومن أحكامه في ذلك قضاء محكمة التمييز بتاريخ 1966/11/26 " أن عقود الإدارة هي عقود السلطة

بغداد، ص63.

<sup>1-</sup> بدوي، ثروت (1968) مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص135.

الدليمي، محمد عبدالله محمود (1989) سلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية, رسالة ماجستير، جامعة

العامة التي صدرت من أجلها التشريعات العديدة لحمايتها من قوانين الأستملاك وقانون جباية الديون المستحقة للحكومة والنص على عدم جواز الحجز على الاموال العامة ".(1)

وسلطة الإدارة في أتخاذ قرار الجزاء بمفردها تعبر عن فكرة قبول المتعاقد معها تحمل بعض الإلتزامات ، وعلى أن أي مخالفة يرتكبها يجب أن يعاقب عليها ، وهو نفس الهدف الذي تسعى الإدارة اليه عندما تمارس سلطتها بتوقيع الجزاءات ، وسواء في ذلك أن كانت تريد تعويض الضرر الذي أصيبت به من جراء خطأ المتعاقد ، أو محاولة منها في إلزامه بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية لضرورة تسيير المرفق العام ، أو كانت رغبة منها في معاقبة المتعاقد المقصر ، وأن هذه السلطة ليست مقيدة بجزاءات الواردة في العقد ، بل هي توجد بحكم القانون استناداً إلى فكرة السلطة العامة التي بموجبها تستطيع جهة الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر لضمان أنتظام المرفق العام وأستمراره ، حق وأن لم ينص عليها العقد دون اللجوء بأستثناء جزاء إسقاط الالتزام .(2)

وأصحاب هذا الرأي الذين يرون أن السلطة العامة هي الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، حيث أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته، والتي هي بالتالي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق وإعمال بأمتياز من أهم أمتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة من قبل الأفراد، وهو أمتياز التنفيذ المباشر وأصحاب هذا الرأي يؤيدون فكرتهم بحجة الأرتباط الوثيق بين سلطة جهة الإدارة وتطبيق الجزاء بالعقد الإداري. (3)

<sup>1-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية، المرقم 355/ح/966 في 1966/11/26 اشار اليه الزهيري، رياض عبد عيسى (1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، مصدر سابق، ص 91.

<sup>2 -</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص54.

<sup>3-</sup> بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الاداري وأثرها في تسيير المرفق العام، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ص44.

## الفرع الثاني

# فكرة المرفق العام أساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

يُعرف المرفق العام بأنه نشاط تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به شخص من أشخاص القانون الخاص تحت أشرافها لإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام. (1)

ويرى أصحاب هذه الفكرة أن الأساس القانوني لحق الإدارة يقوم على مبدأ أستمرار وأنتظام المرفق العام، الذي يتصل به العقد، وبأعتبار أن الإدارة مسؤوله بطبيعتها ووظيفتها على سير هذا المرفق، ومن حقها وواجبها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار متعاقدها على تنفيذ إلتزاماته، ومن أهمها فرض الجزاء عليه لضمان تنفيذ الإلتزام المتصل بسير المرفق العام، وينتقدون فكرة السلطة العامة بأن أساساً قانونياً صالحاً للسلطة الجزائية المعترف بها للإدارة في نطاق العقد الإداري، بأنها ذات أساس ضيق إذا السلطة العامة عند الوسيلة دون الأهتمام بالغاية. (2)

فضلاً عما تهيئه من فرص لاستبداد الإدارة أعتماداً على السلطة العامة وتعسفها وشططها في أستعمالها في الوقت الحالي الذي كثر فيه تدخل الدولة في شتى النواحي ويضيف أصحاب هذا الرأي إلى أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف مواجهة تقصير المتعاقد بالتزاماته فحسب وإنما تهدف إلى ضمان السير المنتظم للمرفق العام. (3) أن السلطات والأمتيازات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإداري يسوغها أتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها ، لذلك فهي مقررة لها بموجب القواعد العامة

<sup>1 -</sup> الجبوري، ماهر صالح علاوي (1996) مبادئ القانون الإداري، بغداد، دار الكتب للطباعة والنشر، ص91.

 $<sup>^{2}</sup>$ - فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص65.  $^{3}$ - فياض، عن الجبوري، محمد حسن مر عي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص $^{4}$ 0.

التي تحكم العقود الإدارية وهي تتمتع بها سواء وردت بالعقد أو لم ينص عليها فيه ولا يمكن للمتعاقد معها أن يحتج بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لأنها لا تطبق على العقود الإدارية. (1)

وأخذ مجلس الدولة الفرنسي بالعديد من أحكامه بفكرة المرفق العام كأساس قانوني لإمكانية الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقب معها في حكمه الصادر بتاريخ 23/ يونيو/ 1914 الذي أكد فيه " إن للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزامات بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بأنتظام واطراد حتى ولو لم ينص عليه في العقد". (2)

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بالقول " ...إن للجهة الإداريـة الحـق فـي فسـخ العقـد ومصـادره التـأمين وشـطب الأسـم، وهـذه ليسـت إلا جـزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها، إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا أستعمل الغش أو التلاعب في معلوماته لها، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها فكرة دوام سير المرفق العام وضمان أستمراره وأنتظامه ". (3)

وفي العراق فإنه لم يرد في أحكام القضاء العراق ما يشير إلى تحديد الأساس القانوني الـذي تقـوم عليـه سلطة الإدارة فـي توقيـع الجـزاءات علـي المتعاقـد معهـا فيمـا إذا أخـل بالتزاماته التعاقدية.

2 - الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص61.

<sup>1 -</sup> الجبوري، ماهر صالح علاوي (1996) مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، 234.

<sup>3 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن 1109 لسنة 8 القضائية، جلسة 1963/12/28، اشار اليه، فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص63.

إلا أنه وبالرغم من ذلك كانت محكمة التمييز العراقي وفي الكثير من أحكامها تسند الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري إلى فكرة المرفق العام وضرورة دوام سيره بأنتظام وإطراد. ومن أحكامها بهذا الشأن حكم محكمة التمييز العراقية الصادر بتاريخ 6/6/1973 إذ ذكرت فيه "...ولما كان العقد المذكور من العقود الإدارية، وأن الضرر يُعد واقعاً بمجرد التأخير في تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام، فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول.". (1) وحكمها الصادر في العام، فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول.". (1) وحكمها العادرية التي تستهدف تسير مرفق عام ، فالضرر فيها يكون مفترضاً طبقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ". (2)

كما قررت في ذات المبدأ في حكم لها بتاريخ 1966/11/21 حيث تقول "ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل أنشاء مرفق عام متوسله في ذلك بأسلوب القانون العام وشروط غير مؤلوفة من إجراء مناقصة وأشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية فإنه يكون عقداً إدارياً ".(3)

وقد جاء في القضاء الأردني في تحديد أساس فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة بفرض الجزاءات من خلال محكمة العدل العليا الأردنية قد أعطت الحق للإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها على أساس ضمان أستمرار سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد حيث قضت: " 1-يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن

 $<sup>^{1}</sup>$  - نقلاً عن الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزءات الجنائية والمالية في العقد الإداري، مصدر سابق، 0.3

<sup>2-</sup> انظر حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 112/م/1966 المنشور في مجلة القانون المقارن، العدد الاول، س1967، ص183-190.

 $<sup>^{3}</sup>$  - حكم محكمة التمييز العراقية، القرار رقم 2537/ $\sigma$ / بتاريخ 1966/11/21. اشار اليه، الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق،  $\sigma$ 42.

العقد المدني أذ أنه يقوم على إشباع حاجات المرفق العام حتى يسير بأنتظام واستمرار ، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام. 2-إن جهة الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تستهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرافق العامة وإنجاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه ".(1)

وبالتالي فأن الفقه والقضاء مستقران على مبدأ ثبوت حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وبدون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط ذلك في العقد، إلا أن الأختلاف هو في الأساس القانوني لهذا الحق وسلطته ورأي الباحث يسير في الفكرة التي تقول بأن المرافق العامة، هي الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في توقيع الجزاء الإداري، لأن جهة الإدارة تفرض هذا الجزاء لخدمة المصالح العامة، الناتجة عن سير تلك المرافق بأنتظام وإطراد.

# المبحث الثاني

## الخصائص العامة للجزاءات الادارية

تتميز الإدارة في فرض الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا ما أخل بالتزامه التعاقدي بالإمتاع عن التنفيذ أو التقصير فيه بعدد من السمات تميزها عن تلك التي توقع في أطار تنفيذ العقود المدنية ، فالإدارة تستطيع توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة حتى في حال عدم وجود نص في العقد، حيث تملك الإدارة حق توقيعها دون

<sup>1 -</sup> حكم محكمة العدل العليا الأردنية، رقم 97/181، في 1997/9/24، المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، المجلد الأول، أيلول 1997، العدد3، ص 493، اشار اليه، المشهداني، محمد صبار (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأسراء، ص14.

حاجة لحكم قضائي ، وتلتزم الإدارة بإنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ، وكذلك حقها في توقيع الجزاء في الوقت الذي تراه مناسباً دون حاجة لإثبات الضرر ، وتخضع الإدارة لرقابة القضاء في توقيع الجزاءات الإدارية ، وبما أن للجزاءات المالية أهمية في العقود الإدارية كان لها خصائص عدة منها ما تشترك فيها مع بقية الجزاءات الإدارية .

لذلك سوف نخصص هذا المبحث لدراسة الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية في خمسة مطالب وهي على التوالي: المطلب الأول سلطة الإدارة في فرض الجزاء بإرادتها المنفردة، والمطلب الثاني سلطة الأدارة في توقيع الجزاء ولو لم نص عليه في العقد، والمطلب الثالث ضرورة إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه، والمطلب الرابع تعدد وتنوع الجزاءات، والمطلب الخامس خضوع ما تفرضه الإدارة من جزاءات لرقابة القضاء.

# المطلب الأول سلطة الادارة في فرض الجزاء بإرادتها المنفردة

إن الإدارة تتمتع بحرية في التصرف لاوجود لها في القانون الخاص، حيث إنها تستطيع أن توقع الجزاءات بنفسها ودون الحاجة إلى الرجوع للقضاء ، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال. (1) إن سلطة الإدارة بتوقيع جزاءات إدارية بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها الممتنع أو المتقاعس عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو الذي يعمد إلى الغش أو التلاعب في تنفيذ العقد الإداري تجد تبريرها في أهمية المحافظة على المرافق العامة وسير هذه المرافق بشكل منتظم ، فالقاعدة المتبعة في العقود المدنية هي ضرورة إستصدار حكم قضائي عند إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد، وقد تتطلب وقت طويل

\_\_\_

<sup>1 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص411، حيث اورد قراراً لمحكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1957/3/17 تقول فيه (ومن حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، فإنه يتعين الافصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولا بد من صدور قرار إداري).

واجراءات معقدة لا تتناسب أطلاقاً مع ضرورة المحافظة على سير المرفق العام المصلحة العامة ، ومن غير المقبول لجوء الإدارة لأنتظار قرار قضائي لمعالجة خلل تتفيذ العقد، بل لا بد لـلإدارة من أتخاذ قرارها بالسـرعة المطلوبـة ويبقـي المتعاقد المتضـرر من قرار الإدارة أن يراجع القضاء الإداري المختص الـذي يحكم بـالتعويض فـي حالــة عـدم مشروعية قرار الإدارة. (1) وبذلك تتميز الجزاءات بكونها وسائل تعمل على تحقيق موضوع العقد ، الأمر الذي يكفل للإدارة أن تستعمل بمناسبتها أمتيازها في التنفيذ المباشر بما يمكنها من توقيع الجزاء، يستوي عندها أي جزاء بوسيلة القرار الفردي ودون حاجة اللجوء إلى القضاء ابتداءً.<sup>(2)</sup> فإن الإدارة لا تلجأ إليه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، ذلك لان الإدارة لو كان لها الحرية في أستخدام التنفيذ المباشر كيفما شاءت دون الإلتجاء إلى القضاء لكان ذلك أعتداء على حقوق الأفراد بشكل فعلى. (3) ومن ناحية أخرى فإنه حين تقرر الإدارة توقيع الجزاء تترخص في أختيار الوقت المناسب لذلك طالمًا لم يلزمها العقد بوقت معين ، وبهذا تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن " بأستثناء حالة النص على الزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد في وقت معين فإن الإدارة تترخص في أختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء على إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته المنصوص عليها في العقد بحسب ما تراه أصلح لضمان سير المرفق العام ". (4)

<sup>1-</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، دراسة مقارنة، لبنان، منشورات زين الحقوقية، ص148.

<sup>2-</sup> الشريف، عزيزة (1982) دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص 151.وكذلك عياد، أحمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 334 .

<sup>3-</sup> الزعبي، خالد سماره (1999) القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنه، مصدر سابق، ص 218.

 $<sup>^{4}</sup>$ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم 988 لسنة 9ق بتاريخ 5/20 /1967 أشار اليه، عبد الباسط، محمد فؤاد (بدون سنة نشر) القانون الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 844.

وقد نظم المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (89) لسنة 1998 سلطة الادارة في توقيع الجزاءات بنفسها في اكثر من موقع، فالمادة (23) ورد فيها " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد في الميعاد المحدد له ، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة أضافية لإتمام التنفيذ على أن تقع عليه غرامة عن مدة التأخير، وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو أتخاذ أي إجراء أخر." وتقضي المادة (25) من القانون ذاته بأنه " يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تتفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه، ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة ". وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها " أن لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي الذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون المتعاقد بالتعويض، وينتج عن هذا الجزاء أنهاء الرابطة التعاقدية ".(1)

أما في العراق فإن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني والمعدة من قبل وزارة التخطيط (1988) نصت على أنه لصاحب العمل (جهة الإدارة) " أن يسحب العمل ويضع اليد على الموقع والأعمال ويخرج المقاول منها دون الرجوع إلى المحكمة في حالات أوردتها المادة (65) من الشروط (على سبيل المثال لا الحصر) وذلك بعد إعطاء المقاول انذاراً أو اشعاراً تحريرياً لمدة اربعة عشر يوما ".

وفي الأردن ومن خلال الرجوع إلى نص المادة (68) من تعليمات العطاءات الحكومية وشروط الأشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008 نجد أن للإدارة أن تفرض الجزاء

 <sup>1 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم 6431لسنة 42، جلسة 2000/11/21، ابو العينين، محمد
 ماهر، الأحكام والفتاوى والأحكام الصادرة من مجلس الدولة حتى عام 2004، الجزء الرابع، ص 449، اشار
 اليه، نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص149

بنفسها على المتعهد المقصر معها وذلك " إذا نكل المتعهد عن تتغيذ إلتزاماته بموجب العقد أو قصر في ذلك أو تأخر في تقديم اللوازم المحالة عليه ، للجنة العطاءات شراء اللوازم أو الخدمات موضوع العقد بنفس المواصفات والخصائص ، أو بديلاً عنها بذات الخصائص والأستعمالات ، ولا تقل عنها سوية من أي مصدر أخر على حسابه ونفقته وتحميله فروق الأسعار والنفقات الإضافية وأي خسارة أو مصاريف أو عطل أو ضرر يلحق بالدائرة المستغيدة أو دائرة اللوازم العامة دون الحاجة إلى أي إنذار ولا يحق للمتعهد الاعتراض على ذلك".

## المطلب الثانسي

# سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد

ينص العقد عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد معها معها المقصر في التزاماته، وأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد، ولا يشترط لوجودها أن تتضمنها أحكام العقد بل هي موجودة وأن لم ينص عليها العقد، أو نص على بعض الجزاءات دون البعض، وهذا ما إستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه المؤرخ في 13/مايو/1907 الصادر في قضية (دبلانك).(1)

ويترتب على ذلك أن هذه الحقوق التي تثبت للإدارة لا يجوز لها أن تتنازل عنها في نصوص العقد الذي تبرمه. وهذا ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1963/12/28 وقالت فيه " تحقيقاً لغايات هذه السلطة

<sup>1-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الادارية، مصدر سابق، ص414.

وأهدافها تتمتع الدولة بأمتياز وسلطان ينتفي معهما كل طابع تعاقدي ضماناً لحسن سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد ... وهي حقوق لا تملك الإدارة التنازل عنها كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمس الحق الأصلي أو تخل بشروط عقدية لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نطاقاً قانونياً خاصاً لأنه متعلق بمرفق عام فهي تملك تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إدارته بل أنه لها أن تنهي العقد نفسه قبل الأوان متى أقتضت المصلحة العامة ذلك أيضا ".(1)

وقد أستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى وأن لم ينص عليها في العقد كما ذكرنا سابقا.

وأن النص إلى بعضها لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ذلك بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة وهو ما قضى به مجلس الدولة بهذا المبدأ الجديد في حكمة في قضية قضية القضاء الإداري المصرية سنة 1907 " المشار إليه سابقاً ".(2) وهو ما أخذت به محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادرة بتاريخ 17/ نوفمبر / 1957 وذلك في خصوص حكمها الصادر بشأن جزاء فرضته الإدارة على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزامه رغم عدم وجود نص في العقد على هذا الجزاء حيث قالت " ومن ثم فليس الذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة

<sup>1-</sup> أشار إلى حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ،عزيزة الشريف (1982) دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 153. وكذلك عبد الباسط محمد فؤاد (1989) أعمال السلطة الإدارية، مصدر سابق، ص 413.

<sup>2-</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي ، بتاريخ 1907/5/31 ، اشار اليه الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاء اتالجنائية والمالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص52.

التأمين لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع العطاء ".

وهذه القاعدة تتضمن الأحكام الأتية: (1)

أ- أن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الإدارة من الحق في أن تستبدل به غيره.

ب- أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها.

ت- أن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات عن
 المخالفات الأخرى.

ث- ولكن إذا توقع العقد خطأ معين ووضع له جزاء بعينه، فيجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره.

والإدارة لا تتقيد بنصوص العقد إلا بالنسبة للجزاءات المالية ، أما الجزاءات الإدارية الأخرى فإن الإدارة تفرضها حتى مع عدم وجود نص ، وأن الأساس القانوني لسطلة الإدارة في توقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة ، فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ إلتزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، وايضاً تطبيق وأعمال لإمتياز مهم من أمتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبل الأفراد ، وهو أمتياز التنفيذ المباشر. (2) أن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء

<sup>1 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، 414-415.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - عياد، احمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، 342، أشار اليه، نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 156.

على المتعاقد معها لا يشترط أن ينص عليها العقد، حتى يمكن لها أن تفرضها كونها سلطة مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن أتصالها بنشاط مرفق عام مكلفة بتسبيره وتنظيمه. (1) ومع أنه يبدو أن القضاء والمشرع الأردني والعراقي لم يعالجا أستقلال سلطة الإدارة في فرض الجزاءات عن العقد الإداري ، فإنه يمكن القول أن الإدارة تتمتع بهذه السلطة في الأردن والعراق بغض النظر عن نصوص العقد تماشياً مع المبادئ العامة المستقرة في القانون الإداري التي يتم الأستئناس بها بشكل عام في الأردن والعراق.

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

## المطلب الثالث

# ضرورة إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه

إن إنذار المتعاقد مع الإدارة قبل فرض الجزاء عليه هو التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد وتوضح له فيه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري ، وتأمره فيه بضرورة الإلتزام بتنفيذ العقد وفق القواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له ، تحت طائلة أتخاذ الإجراء القانوني المناسب. (2) والإعذار أمر تفرضه قواعد العدالة وذلك من أجل تنبيه المتعاقد

2 - نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص157

<sup>1 -</sup> نصار، جابر جاد (2000) الوجيز في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 342.

المقصر إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق العام ، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يصحح من هذه المخالفة وتنتهي المشكلة ، وكما أن الإعذار يعني إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه مناسباً إذا ما أستمر في ممارسة تقصيره وإخلاله بالإلتزام الواقع على عاتقه. (1)

والأعذار لا يستلزم شكلاً محدداً والإدارة غير ملزمة بأن تذكر المتعاقد بكافة التزاماته التي أخل بالوفاء بها، إلا أن الإدارة إذا ما عدلت عن الإعذار بعد توجيهه فيجب أن يكون هذا العدول صريحاً ولا يكفي في هذا الصدد مجرد التراخي أو مرور وقت طويل بين الإعذار وبين توقيع الجزاء وذلك وفق ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.

فمجلس الدولة الفرنسي يضع قيداً مؤداه أن الإدارة لا تستطيع أن توقع جزاءات على المتعاقد معها إلا بعد إعذاره بتنفيذ إلتزاماته، ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست مطلقة فقد سمح مجلس الدولة الفرنسي بأستثناءات على هذه القاعدة، وهي تتمثل بما يلي:(3)

أ- تعفى الإدارة من الإعذار إذا ما تضمن العقد شرطاً بهذا المعنى أو في حالة ما إذا ورد حكم به في دفاتر الشروط أو في نص من النصوص.

ب- كذلك أعفى مجلس الدولة الفرنسي الإدارة من شرط الإعذار إذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة ، ومثال ذلك توريدات المواد العسكرية خلال فترة الحرب والتي يجب أن تسلم في مواعيدها ، فبمجرد حلول الموعد يعتبر هذا الحلول بذاته إعذاراً للمتعاقد كي يقوم بالوفاء بالإلتزام الواقع عليه.

2- الجمل، هارون عبد العزيز (1979) النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص 202.

-

<sup>1-</sup>نصار، جابر جاد (2000) الوجيز في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 236.

 $<sup>^{2}</sup>$ - الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص $^{3}$ 

ج- ولكن الإعذار ليس له شكل محدد وليست الإدارة ملزمة بأن تذكر المتعاقد بكافة تفاصيل إلتزاماته التي قصر في الوفاء بها ، كما أن الإدارة إذا عدلت عن الإنذار بعد توجيهه فإنه يتعين عليها أن تعيده من جديد إذا أرادت العودة إلى التمسك بالخطأ المنسوب إلى المتعاقد، ولكن يجب أن يكون العدول صريحا ونتيجة موقف إيجابي من الإدارة ، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد التراخي أو مرور وقت طويل بين الإعذار وبين توقيع الجزاء.

د- حالة عدم جدوى الإعذار وبهذا ذهب مجلس الدولة الفرنسي في 29/ يونيو/1945 في قضية (Ville de Bressuire) فقد قرر عدم ضرورة الإعذار نظراً لأن المتعاقد قد أعلن من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد، باعتباره لاغياً. (1) لا ضرورة للإنذار إذا كانت الظروف المحيطة بإتخاذه نقطع بعدم جدوى ذلك الإنذار وعدم فائدته ولأسباب ترجع إلى المتعاقد نفسه وذلك عندما يعلن الماتزم نفسه عن عدم قدرته نهائياً على أستغلال المرفق. (2)

وأما في مصر فقد أتجه القانون المصري بالنسبة لإعذار المتعاقد معها فقد نصت المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 على أنه " إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال (15) يوماً من تأريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في إتخاذ أحد الإجرائيين التاليين وفقا لما تفتضيه المصلحة العامة: " أ-

1 - عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر) العقود الإدارية في التطبيق العملي، مصدر سابق، ص248.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - مجلس شورى الدولة اللبناني، القرار رقم 164 بتاريخ 1995/12/14، اشار اليه، نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 164.

فسخ العقد. ب-سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلنة عنه ". وكذلك بالنسبة للمادة (83) من نفس القانون أعلاه فإنها تعفي جهة الإدارة من إنذار المتعاقد عند توقيع غرامة التأخير عليه وقد نصت " فإذا تأخر المقاول جاز للسلطة المختصة إذا أقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير أعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي". وجاء بالمادة (94) من نفس القانون أعلاه تخول للجهة الإدارية في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في المبعاد المحدد إعطاء المورد مهلة إضافية للتنفيذ مع توقيع غرامة التأخير عليه، فالإدارة تقرر توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار للمورد. كما تنص نفس المادة " في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في المبعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية، فعلى الجهة الإدارية أن نتخذ أد المبعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية، فعلى الجهة الإدارية أن نتخذ أد الإدرائيين التاليين: " أ-شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه...ب إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف."

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها "لم تعتد بالإعذار كالجراء لازم قبل توقيع الجزاء، ولكنها فضلت إنذار المتعاقد المقصر بأنها تعتزم إيقاع الجزاء عليه ومن شأن ذلك أن يحول دون الأستمرار في الإبطاء في تنفيذ العقد ".(1)

ثم عادت تلك المحكمة في قضاء لاحق لها ورفضت الأخذ بمبدأ الإعذار قبل أن تقوم

الإدارة بفسخ العقد وهو الإجراء الذي تنص عليه المادة (157) من القانون المدني المصري. (1)

أما موقف التشريع الأردني بالنسبة للإنذار نجد أن الإدارة غير ملزمة بإعذار المتعاقد معها المقصر والذي أخل بإلتزامه التعاقدي، فقد نصت المادة (66) من تعليمات العطاءات الحكومية وشروط الأشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008 فإنها تنص على أنه " إذا نكل المتعهد عن تنفيذ إلتزاماته بموجب العقد أو قصر في ذلك، أو تأخر في تقديم اللوازم المحالة عليه... دون الحاجة إلى إنذاره، ولا يحق المتعهد الأعتراض على ذلك ". وقد اشترطت بعض التشريعات في الأردن بضرورة إعذار المقاول قبل توقيع الجزاء عليه، وهذا ما جاء في المادة (2/15) من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الأنشائية الأردني لسنة 2010 " لصاحب العمل بعد أشعار المقاول خطياً لمدة (14) يوماً أن ينهي العقد ويقصي المقاول من الموقع ".

ومن ناحية أخرى ومن خلال ملاحظة المادة (1/63) من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الأنشائية الأردني الجزء الأول نرى إنها أوجبت على صاحب العمل (الإدارة) إنذار المقاول خطياً لمدة (14) يوماً قبل أن تقصي المقاول عن المشروع وتحل محله بأن تكمل الأشغال التي قصر في تنفيذها بنفسها أو أن تستخدم أي مقاول أخر لغاية أكمالها وذلك عند إخلاله بالحالات المذكورة وفق نص هذه المادة.

أما في القانون العراقي فقد نص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في المادة (1/177) "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب

\_\_\_

 $<sup>^{1}</sup>$ - حكم محكمة القضاء الإداري المصري، في 17 مارس سنة 1957، ص 273، أشار إليه، فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 97.

عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد الإعذار أن يطلب فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى". وأيضاً فقد إشارة المادة (65) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية ضرورة قيام الإدارة بإعذار المقاول قبل فرض الجزاء عليه، حيث نصت على أنه " لصاحب العمل بعد إعطاء المقاول إنذار أو إشعاراً تحريرياً لمدة أربعة عشر يوماً أن يسحب العمل ويضع اليد على الموقع والأعمال ويخرج المقاول منها ". والي ذلك ذهبت محكمة تمييز العراق في حكم لها بينت فيه " يتعين على الإدارة قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حال تقصيره أو إهماله بتنفيذ التزاماته، إعذاره قبل توقيع الجزاء وذلك لكي يكون المتعاقد المقصر على جلية من أن نية الإدارة إلى توقيع هذا الجزاء، فيعمل على تنفيذ ما هو مطلوب منه بدفع التقصى المنسوب اليه ويثبت للإدارة عدم التقصير كي يستطيع دفع الجزاء.(1)

ونصت المادة (1/869) من القانون المدنى العراقى على أنه " إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا أنقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لـرب العمـل أن يطلب أمـا فسـخ العقد وأمـا أن يعمد بالعمل إلى مقاول أخر على نفقة المقاول الأول، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ويجوز فسخ العقد في الحال إذا أصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً ". وهو ما أخذت به الشروط العامة للمقاولات إعمال الهندسة المدنية بقسيمها الأول والثاني

 <sup>1 -</sup> حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية، 174/م2004/3 بتاريخ 2/4/4/5 الحكم غير منشور، اشار اليه، المشهداني، محمد صبار محمد(2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة الأسراء، ص53.

المعدة من قبل وزارة التخطيط لسنة 1988 حيث أشارت المادة (1/65) منها إلى ضرورة قيام الإدارة بإعذار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه.

ويرى الباحث بضرورة أن تنص التشريعات في العراق والأردن المتعلقة بالعقود الإدارية بإعذار المتعلقد مع الإدارة قبل فرض الجزاء عليه والسير على ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي المتمثل بضرورة إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه وهو أمر تقتضيه مبادئ العدالة وأيضاً ضمان دوام سير المرفق وأعطاء المتعاقد فرصة لأكمال ما عهد اليه من أعمال وأختصار إجراءات جديدة ربما تعمل على تأخر في أحتياج المرفق لها كأن تكون مواد ضرورية وملحة ومن جانب أخر تشجيع المتعاقدين بأن هناك مرونه وفرص له في حالت أغفاله وتأخره في أنجاز ما أوكل اليه وبأمكانه تدراكه.

## المطلب الرابع

## تعدد وتنوع الجزاءات

تستطيع الإدارة الجمع بين جزاءات متعددة ما دام قد تحقق السبب الذي يستوجب كلاً منها ، إذ أن كل سبب من الأسباب التي تؤدي إلى توقيع هذه الجزاءات يستقل عن الأخر في الطبيعة والوجهة والغاية ، وليس ثمة ما يمنع الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الإداري طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها ، فغرامة التأخير ليست مرتبطة بإثبات الضرر الذي يقع من جراء التأخير في التنفيذ بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير وجزاء يوقع بسبب التأخير في التوريد ، أما الشراء على حساب المتعهد

بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد (حالة التقصير اليسير) بينما الغاء العقد يكون عن تكرار العجز في التوريد (التقصير الجسيم). (1)

للإدارة حق فرض جزاءات متعددة على المتعاقد معها وهذا الحق مقرر لها ما دامت الأسباب الموجبة موجوده، وبحسب ما تراه مناسبا وصالحا لضمان دوام سير المرفق العام، وهذا النظام أساسي وأصيل يرجع لعدت أسباب منها عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية ، وهذا مرجعه لسببين التاليين: (2)

الأول: ولجوء الإدارة إلى القاضي من شأنه تعطيل سير المرفق العام لبطئ إجراءاته الثاني: كذلك أنها تُعد سلاماً ووسيلة فعاله لضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته والنتيجة المترتبة على ذلك هو تعدد وتنوع الجزاءات بين جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وجزاءات فاسخة. وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الذي ينص على ما يأتي " من حيث أنه من الأمور المسلم بها في الفقه القانون الإداري إذا أخل المتعاقد مع جهة الإدارة في إلتزاماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعد أساليب الضغط ". (3)

وقد أجاز قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر الجمع بين الجزاءات في بعض الأحوال لعدم تنافرها مع بعضها كما هو الحال بالنسبة لإجازته الجمع بين جزائي فسخ التعاقد ومصادرة التأمين.

 $<sup>^{1}</sup>$  - حكم محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم4186 لسنة 9ق بتاريخ1957/11/24، السنة12، بند17، ص23 أشار اليه، عبد الباسط، محمد فؤاد (دون سنة نشر) القانون الإداري، مصدر سابق، ص445  $^{2}$  - الجبوري، محمد حسن مرعى (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود

الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص54

 $<sup>^{5}</sup>$  -حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، اشار اليه، الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، مصدر سابق، 000 سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، 000

#### المطلب الخامس

# خضوع قرارت الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء

تخضع جهة الإدارة لرقابة القضاء فيما توقعه من جزاءات بحق المتعاقد معها إذا ما أخل بإلتزاماته ، ورقابة القضاء للإدارة رقابة واسعة فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل أو الأختصاص أو مخالفة أحكام القانون أو الأنحراف بالسلطة والتعسف فيها، كما تشمل ملائمة القرار بالبحث في بواعث جهة الإدارة في إصدار الجزاء وأسبابها ومدى تناسب الجزاء الذي وقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب اليه. (1) وتبرز أهمية إخضاع قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء بأنه إذا أخطأت الإدارة أو تعسفت في أستعمال سلطة توقيع العقوبات فإن المتعاقب يمكنه اللجوء إلى القاضي الإداري للحكم بعيدم مشروعية قبرار الإدارة أو عيدم وجود ما يبرره ، وبالتالي الحصول على التعويض المناسب. (2) ويعتبر ذلك بمثابة ضمانة ضرورية لحماية حقوق المتعاقد من تجاوز الادارة لحدود سلطتها الجزائية فهو يراقب الإدارة في توقيع الجزاء من حيث مشروعيته ومدى تناسبه مع حجم الخطأ الـذي يرتكبه المتعاقد وتختلف لدى سلطة القاضي في مواجهة جزاءات الإدارة المالية عنها في حالــة الجــزاءات غيــر الماليــة ففــي الجــزاءات الماليــة يملــك القاضــي الحكــم بتخفيفهــا أو

<sup>1 -</sup> أحمد، جمال عباس (2007) النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الإدارية في الفقة وقضاء مجلس الدولة، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث، ص405.

<sup>2 -</sup> أحمد، منصور محمد (2000) مفهوم العقد الإداري وقواعد أبرامه، القاهرة، دار النهضة الحديثة، ص 472.

الإعفاء منها وفقا لظروف كل قضية على حدى ليس كما في الجزاءات الغير مالية كالتنفيذ على حساب المتعاقد ووضع المقاول تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل.(1)

أن رقابة القضاء على الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فهي تُعد التوازن ما بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وبين حقوق المتعاقد معها، فهي تُعد الضمانة الهامة للمتعاقد، فالسلطة الواسعة التي تتمتع بها الإدارة والمتمثلة بحق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، تقابلها مسؤولية مالية عما يصيب المتعاقد من أضرار نتيجة ممارسة هذه السلطة، فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء من ناحيتي المشروعية والملائمة. (2)

وأن من حق المتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى القضاء وذلك من أجل الطعن في القرار الصادر بفرض الجزاء وهذا الحق مكفول بحكم القانون ولا جدال فيه ، فهذا الحق هو من النظام العام وأي شرط ينص في العقد على أستبعاده يعتبر باطلاً ولا وجود له. (3) ولكن سلطات القاضي ليست واحدة في مواجهة الجزاءات الغير مشروعة أو القاسية ، ففيما يتعلق بالجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو بالإعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال ، وأما فيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ اليها الإدارة ، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بالغائها في جميع الحالات. (4)

1

<sup>1 -</sup> الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص55.

<sup>2-</sup> جبير، مطيع علي حمود (2006) العقد الاداري بين التشريع والقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ص

<sup>3 -</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص99.

<sup>4 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 419.

ويرى الباحث ضرورة فصل القضاء العادي عن القضاء الإداري وإعطاء الإداري وإعطاء الإداري وذلك لما القضاء الإداري صلاحية الأختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري من طبيعة خاصة لتعلقه بسير المرافق العامة بأنتظام، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن القضاء الإداري ومن خلال مراقبته لمدى ملائمة الجزاء الصادر عن الإدارة بحق المتعلقد معها فإن الحكم الصادر عنه أقرب إلى الصواب وذلك لمعرفته بطبيعة المنازعات الناشئة عن العقد الإداري أكثر من القضاء العادي. ولأهمية الموضوع سوف نتناوله في فصل لاحق نبين فيه مدى رقابة القضاء على الإدارة والمحاكم المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة في العقود الإدارية.

#### المبحث الثالث

## ماهية الجزاءات المالية

تتمتع جهة الإدارة بحق توقيع جزاءات ذات طبيعة مالية على المتعاقد معها إذا أرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ إلتزاماته في العقد مخالفات معينة كان يمتنع عن التنفيذ أو يقوم بتنفيذ العقد مخالف لمواصفات شروطه أو يتأخر عن المواعيد المحددة له أو يتنازل عن تنفيذ العقد لمقاول من الباطن دون موافقة الإدارة ، فإن القانون يعطي للإدارة حق توقيع جزاءات مالية عليه ، تشتمل الجزاءات المالية على أنواع عديدة منها الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض ، عن الإضرار ويرى البعض إلى أن النوع الأخير لا يُعد من الجزاءات الإدارية كونه يُعد تطبيقاً لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص. (1) وهذه الجزاءات هي عبارة عن مبالغ مالية محددة سلفاً تُلزم الإدارة بها القانون الخاص. (1)

<sup>1 -</sup> الضاهر، خالد خليل (1997) القانون الأداري، الكتاب الثاني، ط1، عمان، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، ص 262.

المتعاقد الذي يخل بإلتزاماته التعاقدية وتختلف الجزاءات المالية في العقود الإدارية عن الشرط الجزائي أو التعويض الأتفاقي في القانون الخاص في أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من جانب القضاء وبغير حاجة إلى أثبات ما لحقها من ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد. (1) ويستوي في ذلك أن يكون أمتنع عن تتفيذ إلتزاماته بالكامل أو تأخره في تتفيذها أو نفذها بشكل غير مرضي أو في حالة إحلاله شخص محله من دون موافقة الجهة الإدارية ، لذلك فإن الإدارة ممكن أن تفرض على المتعاقد معها جزاءات مالية تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص ، وتكون على نوعين منها ما يكون الغرض منه تغطية ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد وهو التعويض ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد وحمله على تنفيذ إلتزاماته بصرف النظر عن أي ضرر لحق الإدارة وتتمثل بالغرامات التأخيرية ومصادرة

والأمر المسلم به هو إن الجزاءات المالية لا تتحصر في الحقيقة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أي سلوك المتعاقد المخل بقدر ما تتوخى تأمين دوام سير المرافق العامة، ويقتضي سير هذه المرافق أن تنفذ العقود الإدارية بدقة. (3) ومن ثم فلا يملك المتعاقد مع الإدارة كما هو الشأن في عقود القانون الخاص أن يدفع بعدم التنفيذ أو يمتنع بعدم الوفاء بالعقد، إذ أن هذا الدفع المسلم به في القانون الخاص لا يمكن للمتعاقد أستخدامه قبل الإدارة إذ ما أخلت بتنفيذ إلتزاماتها التعاقدية.

وجولية، المنصورة، دار الفكر والقانون، ص 53. 2 - محمود، حلمي (1974) العقد الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ص82.

<sup>3 -</sup> طعيمة، الجرف (1963) القانون الاداري، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص613.

أما في نطاق العقود الإدارية فأن الجزاء المالي لا ينحصر في التعويض فقط أنما في صور عديدة يمكن أن تقرضه الإدارة على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية تجاه الإدارة، ومنها الغرامات التأخيرية ومصادرة خطاب الضمان النهائية والتهديد المالي والتعويض. وأن الجزاء المالي ما هو إلا مبالغ ماليه تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتثبيتها بالعقد مسبقا والتي تلزم من يتعاقد معها بدفعها فيما إذا ثبت إخلاله في التزاماته العقدية تجاه الإدارة، دون حاجة لإثبات وقوع ضرر على الإدارة لأن الضرر يُعد مفترضا في هذه الحالة افتراض غير قابل لإثبات العكس وتكمن العلة في ذلك إتصال العقد بالمرافق العامة، لذلك تتجه الإدارة لضمان حسن تثبيت العقد من خلال إلزام المتعاقد المخل بدفع مثل هذه المبالغ فيما إذا أخل في إلتزاماته التعاقدية مع أستمرار العقد فهي لا تنهيه. (1)

وبناءً على ما تقدم فقد أثرنا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول تعريف الجنزاءات المالية، والمطلب الثاني أهمية الجنزاءات المالية وجدواها العملية، والمطلب الثالث شروط توقيع الجزاءات المالية.

<sup>1-</sup> الشيخلي، عبدالقادر (1994) القانون الإداري ، عمان، دار بغدادي، ص 133.

#### المطلب الاول

#### تعريف الجزاءات المالية

عرف الفقيه الطماوي الجزاءات المالية بأنها عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد إذا أخل بإلتزاماته التعاقدية، وهي نوعان منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة. (1)

وعرفها البعض الأخر بأنها عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بها عندما يخل بإلتزاماته التعاقدية ، وتكون أما على شكل تعويض الغاية منه تغطية ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد ، وأما غرامات تأخيرية أو مصادرة التأمينات يقصد بها توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ من جانبه وأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تتحصر في الحقيقة بضمان تنفيذ الإلتزامات التعاقدية وإنما تشمل كذلك ضمان وتأمين سير المرفق العام بأنتظام وإطراد. (2) والجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ مالية يلتزم المتعاقد الذي أخل بإلتزاماته بأن يدفعها للإدارة وغالباً ما يمتم الأتفاق عليها بالعقد أو أن يتكفل المشرع بالنص عليها في الأنظمة ذات العلاقة بالعقود الإدارية ، ولا تحتاج الإدارة إلى تدخل القضاء بتوقيع هذا النوع من الجزاء كما في العقود المدنية وذلك بخلاف الأمر في العقود المدنية. (3)

وعرفت أيضاً بأنها مجموعة من العقوبات المالية التي تقرها الإدارة كرد فعل عقابي تجاه المتعاقد معها، الذي يخل أو يقصر في إلتزاماته التعاقدية التي أدت إلى منع

<sup>1-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الاسس العامة للعقود الادارية، مصدر سابق، ص919.

<sup>2-</sup> الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الادارية ، ط1، مصدر سابق، ص133 .

<sup>3-</sup> الخلايلة ، محمد علي (2015) القانون الاداري الكتاب الثاني ، ص 307.

أو تأخر أو إساءة تتفيذ في عمل المرفق العام تؤثر سلباً في الوصول إلى المصلحة العامة المرجوة من التنفيذ السليم وبحسن نية لبنود العقد الإداري. (1)

كما بوسع الإدارة توقيع جزاءات مالية على المتعاقد معها لمواجهة الآثار السلبية لتوقفه عن الوفاء بإلتزامه التعاقدي بصورة تعوق المرفق العام محل التعاقد عن أنهاء خدماته للمنتفعين بها، وتتمثل تلك الجزاءات في الغرامات التأخيرية وحق الإدارة بمصادرة التأمين النهائي والتعويضات. (2) وتتميز الجزاءات المالية في العقود الإدارية بأنها ذات طبيعة مادية مالية وتهدف هذه الجزاءات إلى تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد في العقد الإداري أو توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي جزاء يلحق بالإدارة وهي متنوعة مثل غرامة التأخير والمصروفات الإدارية والفوائد ومصادرة التأمين والتعويض. (3)

ويتضح للباحث من هذه التعاريف أن الجزاءات المالية التي من حق الإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بإلتزاماته المبرمة معهه تتمثل بالمبالغ التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بها عندما يقصر بالتزامات التعاقدية ، وأن هذه الجزاءات لا تتحصر في الحقيقة بضمان تنفيذ الإلتزامات التعاقدية وانما تشمل كذلك ضمانة سير المرفق العام بأنتظام واطراد ، وأن هذه الجزاءات على نوعين منها ما يقصد به إيقاع عقوبة على الملتزم المخل بالتزامات التعاقدية معها وحمله على تنفيذ التزامات بدقة وتتمثل بالغرامات التأخيريـة ومصادرة التأمينـات ، ومنهـا مـا يكـون الغـرض منـه تغطيـة ضـرر قـد لحـق الإدارة

 <sup>1-</sup> القفطان ، فوزى على (2011) الجزاءات المالية في العقد الادارى ، رسالة ماجستير ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، القاهرة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ص17 .

<sup>2-</sup> خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2010) تنفيذ العقد الإداري وتسوية مناز عاته قضاء وتحكيماً، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 97.

<sup>3-</sup>هاشم، حسان عبدالسميع (2002) الجزاءات المالية في العقود الادارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص56.

نتيجة وهو التعويض ، حيث تمتلك الإدارة نظام قانوني يخولها أقتضاء حقوقها تجاه المتعاقد المخل بصورة مباشره دون عرض النزاع على القضاء ، ومن ثم فلا يملك المتعاقد مع الإدارة كما هو الشأن في القانون الخاص أن يدفع بعدم التنفيذ أو يمتع عن الوفاء بالعقد ، لذا فإن المتعاقد ملزم بالوفاء بنتفيذ إلتزاماته ولا يعفيه من ذلك إلا أستحالة التنفيذ بسبب تخلف الإدارة عن تنفيذ إلتزامها ، ويعود السبب في أستبعاد الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لاتصاله بالمرفق العام ، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف سير المرفق بسبب خطأ الإدارة أو تقصيرها في تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية ، إلا أن من حق هذا المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد وأن هذه الجزاءات متمثلة بالتعويضات والغرامات التأخيرية ومصادرة التأمين .

#### المطلب الثاني

# أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية وجدواها العملية

أن الجزاءات المالية تُعد أحدى الشروط الأساسية لجميع العقود الإدارية كنوع من الجزاء الذي يتحمله المتعاقد مع الإدارة بسبب إخلاله في أنجاز 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 الإنضباط والدقة في التنفيذ في مواعيدها المقررة. (1) وإذا كانت الجزاءات المالية هي ضمانة لتنفيذ العقد الإداري عيناً فإن أداء بعض هذه الجزاءات ( التعويض ، مصادرة التأمينات ، الغرامات التأخيرية ) لا يعفي

<sup>1-</sup> الغلام، عبدالرحمن (1962) موقف القضاء المدني، ازاء العقود الادارية، مجلة ديوان التدوين القانوني، بغداد، مطبعة التضامن ع(3)، ص21-22.

المتعاقد الذي فرضه عليه من تنفيذ إلتزاماته عيناً أو أستمرار الرابطة العقدية وقد أكدت على ذلك الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق، إذ نصت المادة (48) فقرة (أ) على " أن دفع أو أستقطاع الغرامات التأخيرية لا يعفي المقاول من إلتزامه بإكمال الإعمال أو أي من إلتزاماته ومسؤولياته بموجب المقاولة ".

وتبرز أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية من ضرورة دوام سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد ، لذلك من أبرز المبادئ الضابطة لهذه المرافق دوام سيرها بطريقة منتظمة ، إذ يقتضى ضمان وجود هذ المبدأ ووجود إجراءات سريعة في متناول الإدارة تستطيع أن تلجأ اليها مباشرة دون الرجوع إلى المحاكم لتضمن دوام سير هذه المرافق بأنتظام وإطراد، إضافة إلى ذلك أن أتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يجعل التزامات المتعاقد الأخر أشد صرامة وأكثر إلزاما منها في عقود القانون المدني مما يستلزم بالضرورة بذل أقصى ما بوسعه من عناية وحرص في تنفيذ إلتزاماته ، وعلة ذلك كما سبق الأشارة تكمن في أن أي إهمال أو تقصير أو تأخير في التنفيذ قد يخل في سير المرفق الذي أبرم العقد من أجله. (1)

لكل ذلك وعلى صعيد التطبيق العملي في الأردن بوضع عام وفي العراق بوجه خاص ينبغي للإدارات ترك تحديد مقدار تلك الجزاءات بطبيعة كل عقد وحجمه وجسامة الإخلال فيه ومتطلبات السرعة في التنفيذ وأعتبارها مستحقة الأداء بمجرد وقوع الخلل، إذ يستقطع من المبالغ المستحقة من المتعاقد مع الإدارة أو قيدها دينياً بذمته وحسب مقتضى الحاجة.

1- بدوي، ثروت (1968) مبادئ القانون الاداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص122.

<sup>.</sup> روب وروب المحدد حسن مرعي (2014) سلطة الادارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص115.

#### المطلب الثاالث

# شروط توقيع الجزاءات المالية

لجهة الإدارة الحق في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها المخل بإلتزاماته العقدية ودون الحاجة في اللجوء إلى القضاء مقدما سواءً نص العقد على هذا الحق أو لم ينص عليه، إلا أن ممارسة الإدارة لهذا الحق في توقيع الجزاءات يتطلب وجود عدة شروط منها ما يتعلق بإرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يبرر فرض هذه الجزاءات عليه ووجود ضرر الحق بالإدارة من جراء هذا الخطأ وأن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر وأخيراً ضرورة أعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه.

وسنتناول دراسة هذا الموضوع في الشروط التالية:

#### الشرط الاول: وقوع خطأ جسيم من المتعاقد:

أن توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر يفترض خطأ المتعاقد في تنفيذ العقد المبرم مع الادارة ، ويعرف الخطأ العقدي بأنه عدم قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية أياً كان السبب ويستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمده أو إهماله أو دونهما. (1) وإذا كان لجهة الإدارة الحق في أن تفرض بعض أنواع الجزاءات المالية بمجرد وجود الخطأ العقدي ، مثل الغرامات التأخيرية فإنها عند توقيعها للبعض الأخر من الجزاءات المالية يستازم أن يكون الخطأ الواقع من المتعاقد معها خطأ جسيماً ، ومن شأنه أن يؤثر سلباً على حسن سير المرفق العام ، كما وأن صورة الخطأ ودرجة جسامته التي يتطلبها توقيع الجزاءات على المتعاقد تختلف بأختلاف العقد الإداري ، ويقصد بالخطأ في فقه القانون هو الإخلال بواجب قانوني والخطأ لا يتحقق إلا بتوافر عنصرين. (2)

<sup>1-</sup> حكم المحكمة الإدارية, الطعن 3466 لسنة 36 القضائية -جلسة2002/2/19, منشور في مجلة المحاماة, نفاية المحاميين، مصر العدد الثالث. 2003 ص 383.

<sup>2-</sup> القفطان، فوزي على عبد الله (2011) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص31.

الأول: عنصرمادي -وهو عدم القيام بالواجب المرضى والمطلوب في العقد.

الثاني: عنصر معنوي -وهو نسبة هذه الواقعة إلى المكلف بهذا الواجب بأن يكون قد تخلف عن القيام بواجبه رغم أنه كان في الوسع أن يستبينه وأن يقوم به، ولا يلزم المتعاقد مع الإدارة بتحمل الجزاء المالي كالتعويض، مثلا إذا ثبت أن سبباً أجنبياً لا يد له فيه قد جعل التنفيذ مستحيلاً، إذ يفسر أنتفاء المسؤولية في هذه الحالة بأنتفاء الخطأ بوصفه ركناً جوهرياً من أركان المسؤولية، فالمدين لم يخطأ بالرغم من أنه لم ينفذ إلتزامه على الوجه المرضى.

وقد جاء بالمادة (168) من القانون المدني العراقي نصت على أنه" إذا استحال على الملتزم بالعقد، أن تنفيذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الإلتزام بالتزامه ما لم يثبت أن أستحالة النتفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه ". ويذهب بعض الفقهاء أن المقصود بالخطأ الجسيم هو الخروج عن السلوك المألوف للشخص العادي إلى حد يسمح بتوافر سوء النية، والخطأ الجسيم بهذا المعنى يعادل الغش الذي ينتفى معه حسن النية.

وتذهب محكمة تميز العراق بقرارها المؤرخ في 1970/1/30 إلى أن الخطأ الجسيم يفترض سوء النية والإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حداً يجعل له أهمية خاصة. (2) وعلى الرغم من عدم وجود مفهوم واضح ومحدد للخطأ الجسيم ، فأن الإدارة ونظراً لما تتمتع به من سلطة تقديرية في توقيع الجزاء على المتعاقد معها هي التي تحدد درجة جسامة الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد ، فإذا كان الخطأ بسيطاً ولم يتجاوز كونه تأخير محدد في فترة مدة تنفيذ العقد ، كان جزاء الغرامات التأخيرية هو العقاب الواجب

<sup>1-</sup> طلبة، انور (2005) دعوى التعويض، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ص427

<sup>-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية، الاضبارة 153 /مدنية/1971، مجلة القضاء نقابة المحامين العراقيين، السنة 2- حكم محكمة الأول والثاني، ص269.

تطبيقه على المتعاقد مع الإدارة ، ويحسب كما هو مدون بالعقد وبأحتساب غرامة تأخيرية عن كل يوم ما لم يثبت المتعاقد السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة الحادث المفاجئ وفعل الغير وفعل الادارة. (1)

أما إذا كان الخطأ الذي تسبب به المتعاقد من الجسامة بحيث لا يمكن تغطية ضرره على الإدارة، مع الأستمرار بفرض الغرامات التأخيرية والتي عادة ما تكون محددة بنسب معينة من قيمة العقد، حيث حدد قانون العقود الحكومية العامة وتعليمات تنفيذها رقم (1) لسنة 2014 في العراق في المادة (9/رابعاً) على " تحدد الغرامات التأخيرية من الجهة المتعاقدة بنسبة لا تتجاوز (10%)ولا تزيد على (25%) من مبلغ العقد وعلى الجهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في وثائق المناقصة والتعليمات إلى مقدمي العطاءات.

وفي المادة (10/أولاً/أ، ب) من نفس التعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (1) لسنة 2014، والتي تشير إلى الأثار القانونية الناجمة عن إخلال المتعاقبين بالتزاماتهم التعاقدية والتي تقع مسؤوليتهم عنها قبل توقيع العقد في حالة نكول المشارك في المناقصة الفائز عن توقيع العقد بعد إنذاره رسميا بضرورة توقيع العقد خلال مدة (15) يوما من تاريخ تبليغه ، ففي مثل هذه الأحوال توقع بحقه الجزاءات المالية المتمثلة بمصادرة التأمينات الأولية الخاصة بالمناقص الناكل ، وأحالة المناقصة إلى المرشح الثاني ، ويتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد مع مصادرة تأميناته الأولية هذا بشرط أن يكون النكول عن التوقيع عن العقد أثناء نفاذ عطاءاتهم الخاصة بالمناقصة.

1- اشارت المادة (211) من القانون المدنى العراقي (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كأفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان...).

فقي مثل هذه الأحوال يكون لجسامة الخطأ ، تأثيراً كبيراً في نوع وكم الجزاءات المالية التي يتم توقيعها بحق المتعاقد المخل بإلتزاماته ، فإذا ما كان أستمرار المتعاقد مع الإدارة مصراً على تأخير الأعمال ، وتجاوز مدة التنفيذ عن (20%) من مدة العقد وتجاوز نسبة الغرامات نسبة الـ (10%) المسموح بها ، يكون الخطأ معتمداً ويصير إلى الإضرار بشكل أكبر بالإدارة ، وجسامة الخطأ كبيرة تؤثر في حسن سير المرفق العام بأنتظام وإطراد ، وأن إمتناع المناقص الفائز والذي تتم الأحالة اليه عن التوقيع على العقد فإنه يكون متسبب بخطأ جسيم ولا يمكن لـ الإدارة التغاضي عنه ، وبالتالي تقوم بمصادرة تأميناته الأولية وإحالة تنفيذ العقد إلى المناقص الذي يليه بالسعر ، ويتحمل الناكل الأول قسمة فرق البدلين " أي الفرق بين السعر المقدم من قبله والسعر المقدم من قبل المناقص الثاني بليه".

وقد الـزم المشـرع الاردنـي فـي المـادة (1/أ) مـن تعليمـات عطـاءات الاشـغال الحكوميـة رقـم (71) لسنة 1987 على المناقص الـذي تقـرر إحالـة العطـاء عليـه أن يقـدم كفالـة حسـن تنفيـذ خـلال أسـبوعين مـن تـاريخ تبليغـه وذلـك تمهيـدا لتوقيـع العقـد، وإذا لـم يحضـر هـذا المناقص خـلال تلـك الفتـرة يعتبـر مسـتنكفاً وتتخـذ بحقـه الإجـراءات القانونيـة المنصـوص عليهـا فـي وثـائق العطـاء بمـا فيهـا مصـادرة كفالـة المناقصـة. (١) وكمـا جـاء فـي المادة (2/15) مـن دفتـر عقد المقاولـة الموحد للمشـاريع الإنشـائية فـي الأردن لسـنة 2010 أن لصـاحب العمـل (الإدارة) الحـق بإنهـاء العقد وإقصـاء المقـاول مـن الموقـع فـي حـالات أوردتها المادة المذكورة ، في حال قيام المقاول بارتكاب أياً من تلك الحالات.

وكذلك قضت محكمة تمييز العراق في قرارها الصادر في 1988/5/28 أن توقف المقاول عن

<sup>1-</sup> مادة (16/أ) من تعليمات عطاءات الاشغال الحكومية (الاردنية) رقم (71) لسنة 1987.

العمل رغم إنذاره بلزوم الإسراع بالعمل وأنجازه في الموعد المقرر خطأ من جانبه يترتب عليه جواز أستكمال الإدارة لإمتيازاتها بسحب العمل. (1) وقد أعطى المشرع المصري للإدارة حق التنفيذ على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروط العقد وبغض النظر عن جسامة ذلك الإخلال ، إلا أن أتجاه المحاكم في مصر على خلاف ذلك ، حيث أشترطت أن يكون الإخلال الصادر من المتعاقد لتبرير التنفيذ على حسابه هو الإخلال الجسيم ، وإلى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه " ومن حيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق الإدارة في حالة تقصير المتعاقد معها تقصيراً جسيماً حقها في التنفيذ على حسابه أو فسخ العقد...". (2)

### انتفاء الخطأ الجسيم:

أن بإمكان المتعاقد مع الإدارة أن ينفي عنه مسؤولية الخطأ الجسيم إذا أثبت أن الخطأ قد وقع بسبب أجنبي، سواءً عن طريق أثبات أن الخطأ الجسيم قد وقع نتيجة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو بفعل الإدارة نفسها. (3) القوة القاهرة والحادث الفجائي مترادفان من حيث المعنى والأثر فكلاهما يقعان خارج إرادة المتعاقد ، وليس بإمكانه توقعه أو لا يمكن توقي نتائجه أو تلافي حدوثه بحيث يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً ، كذلك يُعد سبباً أجنبياً إذا أثبت المتعاقد أن الخطأ الجسيم قد وقع بفعل الغير. (4)

وقد جاء في القانون المدني المصري في المادة (165) حيث نصت فيه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن 6725لسنة45 القضائية، جلسة 4/6/2002 اشار الية ابو العينين، محمد ماهر ص911

\_

<sup>1-</sup> محكمة تمييز العراق، الاضبارة 1239/م3 منقول / 1988 في 1988/5/28، غير منشور

<sup>3 -</sup> أبراهيم، تامر محمد (2000) الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ص81

 $<sup>^{4}</sup>$  - المشهداني، محمد صبار محمد (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري، دراسة مقرنة، رسالة ماجستير، عمان، جامعة الأسراء، كلية الحقوق، ص48.

نص أو أتفاق على غير ذلك ".

وكذلك تم الإشارة إلى السبب الأجنبي في القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (211) منه على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر، كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو أتفاق على غير ذلك ". وبذات النص جاءت المادة (261) من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الأتفاق بغير ذلك ".

#### الشرط الثاني: الضرر:

إذا كانت تلقائية الجزاءات المالية تأتي من كونها توقع على المتعاقد المقصر دون ضرر فما هو المقصود بالضرر هذا. تجيب على ذلك المادة (321) من القانون المدني المصري في الفقرة الثانية " إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" أي في المسؤولية العقدية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم. (1)

1 - السنهوري، عبد الرزاق (1981) الوسيط في القانون المدني، المجلد الاول ، العقد ، ص936.

أن الأساس القانوني لحق الإدارة في المطالبة في التعويض يستند إلى القواعد العامة التي تلزم من أرتكب خطأ بتعويض كافة الإضرار الناتجة عن هذا الخطأ وبقدر قيمة الضرر. (1)

وهذا ماجاء في نص المادة (256) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 "كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". ووفقاً لما جاء لتعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الإشتراك فيها الأردني رقم (1) لسنة 2008 في المادة (68) منه "لا يحول توقيع الغرامة الواردة في المادة (68) دون حق لجنة العطاءات في الرجوع على المتعهد بقيمة العطل والضرر الناتج عن تأخر المتعهد في تنفيذ ما التزم به دون سابق إنذار وذلك بتسبيب من الدائرة المستفيدة بناء على تقرير من لجنة فنية يشكلها أمين عام الدائرة المستفيدة لهذا الغرض ". وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها " يعد الضرر الذي يلحق بالإدارة العامة نتيجة تأخر المتعهد بتوريد المواد أو البضائع المحالة عليه والتي التزم بتوريدها بموجب عقد إداري ضرراً مفترضاً غير قابل لإثبات العكس نظراً لطبيعة العقد وعلاقته بالصالح العام ولما له تأثير في حسن طرراً المرفق العام". (2)

أن فكرة الضرر تمثل نقطة أرتكاز لممارسة الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات باعتبارها الأساس الذي تستند اليه لتحقيق هذا الغرض.

فمن المعلوم أن الإدارة تملك سلطة تنفيذ الجزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ إلتزاماته العقدية، سواء في حالة إمتناعه عن التنفيذ أو تأخره أو ربما

<sup>1-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص190.

<sup>2 -</sup> حكم محكمة التمييز الأردنية، رقم 925/1996 بتاريخ 8/6/أ1996، مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، العدد الخامس، ص1428

نفذها على خلاف ما أتفق عليه أو عهد بالعمل إلى غيره دون موافقة الادارة. (1) وهذه السلطة لا تلاحظ إلا في دائرة العقود الإدارية التي يخضع تنفيذها لقاعدة رئيسة وجوهرية مؤداها أن المتعاقد مع الإدارة ملتزم بتنفيذ إلتزاماته بحيث لايتعارض مع سير المرافق العام بأنتظام وأستمرار.

فالمتعاقد مع الإدارة عندما أبرم عقداً معها يقتضي تعاونه لضمان سير المرفق العام بأنتظام وإطراد، لذا فإن إلتزاماته لا تقتصر على تنفيذ ما ورد في العقد وإنما تمتد إلى ما يعد ضرورياً لضمان سير هذا المرفق وفق الهدف المحدد له.

ومما تجدر ملاحظته أنه إذا كان إخلال المتعاقد بإلتزاماته يترتب عليه مسؤولية عقدية فإن هذه المسؤولية العقدية تختلف في نطاق العقد المدني عما هو عليه في نطاق العقد الإداري، ويرجع السبب إلى أن الضرر مفترض نظراً لتأخر إيصال الخدمة العامة للمواطنين وبذلك فإن العقود الإدارية تتميز بنظام خاص في فرض جزاءاتها التي تعطيها الوسائل الفعالة التي تضمن بها تنفيذ العقد في حالة تقصير المتعاقد. (2)

وأخيراً فإن هذه الجزاءات تفرض بالإرادة المنفردة للإدارة ودون حاجة للجوء إلى القضاء أو لإثبات خطأ المتعاقد معها أستناداً إلى فكرة الضرر المفترض بأستثناء التعويض لأنه مرتبط مع الضرر عدماً ووجوداً حتى أنه يقدر وفقاً لجسامة الضرر، وهذا ما دفع الكثير إلى عده لا يدخل ضمن قائمة الجزاءات الإدارية وأعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة الواردة في المجموعة المدنية. وإذا كان الضرر المفترض هو الأساس الذي تستند إليه الإدارة في فرض الجزاءات فإنه مع ذلك ثمة أختلاف في قرينه إثبات هذا

<sup>-</sup>1- الزهيري، رياض عبد عيسى(1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، النجف الاشرف، مطبعة العزي، ص284

<sup>2-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الاسس العامة للعقود الادارية، مصدر سابق، ص452.

الضرر وعلى ما يبدو أن القضاء الإداري الفرنسي قد أسس حكمه القاضي بحق الإدارة في فرض الجزاءات على أساس الضرر المفترض دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر بقرينة قابلة لإثبات العكس وليس قاطعه أستناداً إلى المادة (1152) من القانون المدني الفرنسي وقد سار القضاء الإداري المصري على هذا الأتجاه بالرغم من نص المادة (216) مدني مصري التي تقضي بخلاف ذلك وأستمر الأمر هكذا حتى عام 1957 عندما شرعت لائحة المناقصات والمزايدات التي تنص في المادة (93) بأن " الإدارة تستحق الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر ".(1)

أما القضاء العراقي فحاول جهده أن يتبنى المبادئ التي وردت في القضائيين الإداريين (المصري والفرنسي) وأكد أن الضرر في التأخير غير قابل لإثبات العكس ومع ذلك يذهب بأنه لا يجوز فرض هذا الجزاء " إذا كان سبب التأخير لا يد للمقاول فيه ".

لذلك فإن من تطبيقات محكمة التمييز التي تحدد موقف القضاء العراقي تجاه الضرر. فقد جاء في حكمها الصادريتأريخ 1965/7/25 والذي جاء فيه ما يلي "يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في تلك العقود من تلقاء نفسها دون حاجة لصدور حكم بها وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها، كما لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقه في ذمتها للمتعاقد المتخلف فلا يتوقف الأمر في القضاء بها على ثبوت وقوع الضرر للإدارة من جراء إخلال المقاول بالتزاماته ".(2)

<sup>1-</sup> القشطيني، سعدون ناجي(1975) دراسة في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي، بغداد، مطبعة المعارف، ص72. اشار اليه، الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة.... مصدر سابق، ص 149.

<sup>2-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 42و-654/حقوقية/65 في 1965/7/25 واشار اليه ، الجبوري، ماهر صالح علاوي (1996) مبادئ القانون الاداري، مصدر سابق، ص237-238.

وحكمها الصادر في 1965/4/19 حيث تقول "أن العقود الإدارية التي تقوم على أساس فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد تأخير المواطنين من الفوائد المتوخاة من المشروع ولا لزوم لإثبات الضرر". (1) وحكمها الصادر في 1974/8/14 حيث تقول " لما كان من العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة ، لهذا فإن الضرر يعتبر واقعا لتعلقه بمصالح طائفة من أفراد الشعب وهم المرضى من الناس ، ولا عبرة بقول الشركة المميزة بأنه لم يحدث ضرر لأن الضرر في هذه الحالة مفترض". (2)

#### الشرط الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

أن الأساس القانوني لفرض الجزاءات المالية كما أوضحنا سابقاً يرتكز على شرطي الخطأ الصادر في المتعاقد الموكل اليه، القيام بالأعمال التي تحتاجها الإدارة كشرط أول، ومن ثم فإن الشرط الثاني يستوجب حدوث ضرر لحق بالإدارة يستوجب التعويض. أما الشرط الثالث هو أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر كما تؤكد ذلك المادة (1/221) من القانون المدني المصري والتي تنص على أن " التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وفاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء به ".

# مفهوم العلاقة السببية:

أن تحديد معنى العلاقة السببية من أدق المسائل التي تثيرها دراسة المسؤولية وترجع قصة هذا الأمر إلى موضوعين:(3)

<sup>1-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 2193/م/964 مؤرخ في 1965/4/19 اشار اليه الدليمي، محمد عبد الله حمود (1989)، مصدر سابق، ص30.

<sup>2-</sup> حكم محكمة التمييز المرقم 622/مدنية اولى/1972 اشار اليه الدليمي محمد عبد الله حمود (1989)، مصدر سابق، ص 30.

<sup>3-</sup> القفطان، فوزي على (2011) الجزاءات المالية في العقد الأداري، مصدر سابق، ص39

الموضوع الأول: أنه يندر أن ينفرد الخطأ بأحداث الضرر بل الغالب أن يكون الخطأ أحد عوامل متعددة ساهمت في وقوعه.

الموضوع الثاني: أن الخطأ قد يتسبب بعدة أضرار تتعاقب في الوقوع الواحد تلو الأخر، فهل تتوافر السببية في كل ضرر منها، فتكون المسؤولية معها جميعاً مهما بعدت صلتها بالخطأ. ويقصد بعلاقة السببية بأنها الرابطة المحققة والمباشرة ما بين الفعل المنتج للمسؤولية والضرر الواقع. (1)

أنتفاع علاقة السببية: عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي يدرأها عنه إلا إذا ثبت هو أن عدم التنفيذ رجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو من المتعاقد الأخر، وهو ما أشارت اليه المادة (125) من القانون المدني المصري " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم ذاته إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه ".

# الشرط الرابع: يجب على الإدارة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه:

يتوجب على الإدارة قبل توقيع أي جزاء على المتعاقد المقصر أن توجه له الإعذار بضرورة تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، ويتم ذلك بتنبيهه إلى أوجه التقصير وإنذاره بالجزاء الذي ستتخذه بحقه إذا أستمر بهذا التقصير ولم يعالجه.

ويقصد بالإعذار طبقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ إلتزاماته أثباتاً قانونياً، وهو تنبيهه إلى أنه متأخر في تنفيذه تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار

\_\_\_\_

<sup>1 -</sup> السرحان، عدنان ابر اهيم، وخاطر، نوري حمد (2005) شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتتزيع، ص429.

وإعذار المتعاقد مع الإدارة هو وضعه في مركز المتأخر في تنفيذ الإلتزام إذا لم يوف به خلال المدة المحددة بالإعذار. (1)

والإعذار من الشروط الأساسية لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها المقصر في حالة عدم حضوره لتوقيع المناقصة بعد رسو المناقصة علية أو في حالة تماديه في التأخير عن إتمام العمل وكل هذه الأسباب تدعو الإدارة إلى سحب العمل منه ومصادرة التأمينات القانونية العائدة للمتعاقد لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة في أستعمالها لسلطتها في توقيع الجزاءات. (2)

أن إلتزام الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه ليس إلتزاماً مطلقاً، بل ترد عليه بعض الأستثناءات التي بموجبها تعفى الإدارة من توجيه الإعذار السابق للمتعاقد المقصر إذا ما أتجهت نيتها إلى توقيع الجزاء عليه، ومما تقدم سيقسم هذا الشرط إلى الفقرات الاتبة:

## اولاً: وجوب إعذار المتعاقد:

على الإدارة عند إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ومخالفته لشروط العقد أن تقوم بإعذاره قبل توقيع الجزاء عليه، ودعوته لإصلاح أخطائه وإنذاره بالجزاء الذي سيوقع عليه إذا لم يصحح أخطائه، وتظهر أهمية الإعذار للمتعاقد من ناحيتين. (3) أولهما: تنبيهه إلى مخالفته وتقصيره التي قد تضر بالمرفق العام، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يتدارك أمره ويقوم بتنفيذ إلتزاماته بصورة صحيحة.

2- خليل، عادل عبد الرحمن(1995) المبادئ العامة في اثار العقود الأدارية وتطبيقاتها، القاهرة، النهضة العربية للطباعة والنشر، ص312.

<sup>1-</sup> بلاوي ، ياسين بلاوي (2011) الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري ، مصدر سابق، ص115 .

 $<sup>^{-}</sup>$  ابر اهيم ، ثامر محمد (2000) الجزاءات الادارة في عقد الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل، كلية القانون، 0.00

ثانيهما: أن الإعذار يتضمن إنذار المتعاقد المقصر بتعرضه للجزاء الذي تراه الإدارة مناسباً بحقه إذا أستمر في مخالفة شروط العقد. (1)

ويُعد الإعدار من الإجراءات السابقة أو التمهيدية لممارسة الإدارة سلطتها بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فقد أشارت الأحكام القديمة لمحكمة القضاء الإداري المصدرية إلى ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه بأعتبار أن ذلك من الأصول التي يجب مراعاتها في أطار العقود الإدارية كما هو الحال في العقود المدنية.

إما اللآئحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات بالقانون رقم (89) لسنة 1998 فقد أشار في المادة (84) منه على وجوب إعذار المقاول بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد قبل سحب العمل منه في حالة إخلاله بشروط العقد. وهذا ما أشترطته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1994/2/8 يشترط لسحب العمل من المقاول إخطاره بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى إجراء أخر".(2)

حيث جاء في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وفي المادة (1/17) " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد الإعذار أن يطلب فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى".

وفي المادة (1/869) " إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد , فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له ، فإذا أنقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة

2- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية، الطعن رقم 4393 لسنة 37، جلسة 1994/2/8.

\_

<sup>1-</sup> نصار، جابر جاد (2000) الوجيز في العقود الادارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص286.

جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد واما أن يعمد بالعمل إلى مقاول أخر على نفقة المقاول الأول ، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ". وهو ما أخذت به الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية بتقسيمها الأول والثاني المعدة من قبل وزارة التخطيط لسنة 1988 حيث أشارت المادة (1/65) منها إلى ضرورة قيام الإدارة بإعذار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه.

وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية بقولها "...الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاولة يكمل بعضها بعضاً وكلها ملزمة للطرفين فالنص الوارد في الشروط العامة يلزوم بتوجيه رب العمل إنذاراً إلى المقاول في حالة إخلاله لم يلغ بما ورد في الشروط الخاصة من جواز قيام رب العمل بالعمل على حساب المقاول مادام النص الخاص لم يعف رب العمل من توجيه الاندار ".<sup>(1)</sup>

أما بالنسبة لموقف القانون الأردني من مبدأ الإعذار، فمن خلال النظر في أحكام التشريع الأردني فإننا نجد أن الإدارة غير ملزمة بإعذار المتعاقد معها المقصر والـذي أخـل بإلتزاماتـه التعاقديـة، فبـالرجوع إلـي نـص المـادة (66) مـن تعليمـات العطـاءات وشروط الأشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008 فإنها تنص على أنه " إذا نكل المتعهد عن تنفيذ التزاماته بموجب العقد أو قصر في ذلك، أو تأخر في تقديم اللوازم المحالة عليه...دون الحاجة إلى إنذاره، ولا يحق للمتعهد الأعتراض على ذلك ".

وبالطبع فإن للإنذار وقت محدد يحتسب من تأريخ التبليغ، ففي مصر فإن المادة (84) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998 سالفة الذكر حددت المدة التي

<sup>1-</sup> محكمة تمييز العراق، الاضبارة 43 هيئة عامة 1971 ، جلسة 1971/6/26 النشرة القضائية، المكتب الفني في محكمة التمييز العدد الثاني ، السنة الثانية 1972، ص26 .

تمنحها الإدارة للمقاول القيام بالإعمال الواردة بالأعذار وأصلاح أثر إخلاله بشروط العقد (بخمسة عشر يوماً) تبدأ من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد .

أما في العراق فمثلاً المادة (1/65) من الشروط العامة لمقاولات إعمال الهندسة المدينة المشار اليها أعلاه حددتها بفترة أربعة عشر يوماً تبدأ من تاريخ الإنذار أو الأشعار فإن أنتهت المدة دون قيام المقاول بإصلاح مخالفته الواردة بالإعذار، فيكون للإدارة الحق في توقيع الجزاء عليه وسحب العمل منه.

أما في الأردن أوجبت المادة (1/63) من فتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الأنشائية على صاحب العمل إنذار المقاول خطياً لمدة (14) يوماً قبل أن تقصي المقاول عن المشروع وتحل محله .

ويجب أن يتضمن الإنذار بالطبع الملاحظات التي تعدها الإدارة مخالفات وهي محسوبة على المتعاقد معها والتي توجب بالتالي عليه أصلاحها أو تحسين طريقة تنفذها والإجراء الذي تتعزم الإدارة اتخاذه بحق المتعاقد معها في إمتناعه عن الأنصياع لطلباتها.

وبالتالي على المتعاقد مع الجهة الإدارية الإلتزام بإصلاح هذه المخالفات المدرجة في الإعذار، فإذا قام بعمل ما متوجب عليه ومطلوب منه، ففي هذه الحالة لايحق للإدارة أن تقوم بسحب العمل منه حيث أن الغاية المرجودة من سحب العمل قد أنعدمت لأن السبب أنعدم أيضاً، وأن أكتشفت الإدارة لاحقا وجود مخالفات أخرى غير التي وردت بالإعذار السابقة، إذ تقتضي هذه الحالة قيام جهة الإدارة بتوجيه إعذار أخر للمتعاقد معها يتضمن المخالفات الجديدة.

وإن المدة التي تمنحها الجهة الإدارية في الإعذار، لابد وأن تكون كافية حتى يستطيع تنفيذ الإعمال المطلوب منه إصلاحها، وبما إنها هي المسؤولة والساعية من أجل حسن تنفيذ وسير المرفق العام، لذا فمن الأجدى والأفضل أن يترك لها تقدير هذه المدة، وعدم تقيدها بسقف محدد فهي الأعرف بمقدار المدة التي يتطلبها إصلاح المخالفات التي يرتكبها المتعاقد.

ولا يتطلب أن يتخذ الإعذار شكلاً محدداً وإنما يجوز للإدارة أن تبلغه للمتعاقد أي طريقة، ففي مصر وطبقاً للقواعد العامة في المادة (219) من القانون المدني المصري فإن إعذار المدين يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على أتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل للوفاء بإلتزاماته دون حاجة لإتخاذ أي إجراء.

أما في العراق بموجب المادة (257) من القانون المدني فيكون إعذار المدين بإنذاره، ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي أخر، كما يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل للوفاء بإلتزاماته العقدية ودون حاجة إلى إنذار إذا ما أتفق الطرفان في العقد على ذلك.

ويرى الباحث من الواضح من جميع هذه الامور أنه يتعين على الإدارة عند إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ومخالفته لشروط العقد أن تقوم بإعذاره قبل توقيع الجزاء عليه ودعوته لتصحيح أخطائه حيث أنه للإعذار أهمية من حيث تنبيه المتعاقد إلى مخالفاته وتقصيره الذي قد يضر بالمرافق العامة حيث يمكن له بعد إعذاره أن يلاحظ خطئه وتقصيره وبالتالي يتدارك أمره، وكذلك فإن الإعذار يتضمن تنبيه المتعاقد مع الإدارة المقصر في عمله في أحتمال تعرضه للجزاء إذا أستمر في مخالفة شروط التعاقد.

# ثانياً: الإعفاء من الإنذار

كما يتبين لنا أن إعذار المتعاقد مع الإدارة المقصر في أداء الواجب الموكل اليه، مسبقاً قبل فرض الجزاء عليه، يعتبر القاعدة العامة في نطاق الفقه والقضاء الإداري في فرنسا، لكن مجلس الدولة الفرنسي يضع على هذه القاعدة بعض الأستثناءات وبالتالي تعفى الإدارة من توجيه هذا الإنذار، في عدة حالات منها إذا أتفقت الإدارة سلفاً مع المتعاقد على إعفاءها من توجيه الإنذار له، أو أن طبيعة العقد والظروف المحيطة به تقتضى هذا الإعفاء، أو أن الإعذار لا محل له لأنه عديم الجدوى ولا فائدة منه. (1)

حيث يجوز الإعفاء من الإعذار إذا أتفق الطرفان على ذلك في العقد إلا أنه يجب أن يكون الإعفاء من الإنذار واضحا. (2)

كما أنه لا محل للإعذار إذا كانت الظروف تقطع بأنه لا فائدة منه، ومثل هذه الأحوال أن يعلن المتعاقد عدم رغبته في تنفيذ العقد ، فإن الإعذار هنا يكون على غير ذات الموضوع. (3) وهناك حالات أخرى لا يتطلب فيها الإعذار مثلا عندما يكون تنفيذ العقد يغلب عليه طابع الضرورة الملحة مثل توريد مهمات تتعلق بالمجهود الحربي خلال وقت الحرب أو الحالة التي تتطلب أتخاذ إجراء جزائي سريع لضمان أستمرار وأنتظام المرافق العامة من خطر يهدده كما في حالة وضع المرفق تحت الحراسة. (4)

وأن القانون الأردني حيث أجاز للإدارة فرض هذا الجزاء على المتعاقد معها دون الحاجة إلى إعذاره في المادة (69) من تعليمات العطاءات وشروط الأشتراك فيها رقم (1)

<sup>1-</sup> شنطاوي، على خطار (2000) صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها, مجلة الحقوق, جامعة الكويت, العدد (1) السنة 24، ص126.

<sup>2-</sup> فياض، عبدالمجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الاداري، مصدر سابق، ص94.

<sup>3 -</sup> هاشم، حسان عبدالسميع (2002) الجزاءات المالية في العقود الادارية، القاهرة، دار النهضة العربية،

<sup>4-</sup> فياض، عبد المجيد (1983) العقد الإداري في مجال التطبيق, المكتبة القانونية, ص173.

لسنة 2008. والغرامة التأخيرية لا يشترط لفرضها أثبات أن الإدارة قد تضررت من جراء تأخير المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته في الموعد المحدد.

وكذلك المادة (257) من القانون المدني العراقي" يكون إعذار المدين بإنذاره ويجوز أن يتم الإعذار بطلب كتابي أخر كما يجوز أن يكون مرتباً على أتفاق يقظي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى إنذار ".

وقد جاءت المادة (258) من القانون المدني العراقي بتعديد حالات تقول بعد الضرورة لإعذار المدين فيها مثل كون محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع أو إذا كان محل الإلتزام رد شيء، يعلم المدين أنه مسروق أو إذا صرح المدين أنه لا يريد القيام بالتزامه.

ومفاد هذا كله أن قاعدة وجوب الإعذار ليست متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز الأتفاق على أن يقوم المدين يجوز الأتفاق على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامات التعاقدية دون حاجة إلى إعذار وبمجرد حلول أجل تنفيذ هذه الإلتزامات كان للدائن الرجوع عليه بالتعويض دون حاجة لاتخاذ أي إجراء، ويتحمل الدائن أثبات الإعفاء من الإعذار فقد يكون وأرداً بالعقد أو في ورقة منفصلة عنه. (1)

ويرى الباحث بضرورة وجوب إنذار الإدارة للمتعاقد معها المقصر في تنفيذ العقد ، الإداري ، لكي يتمكن من تعديل المتعاقد لمسلكه الخاطئ ويرجع إلى حسن تنفيذ العقد ، كما هو منصوص عليه مع الإدارة أو أن يكون على غير علم بهذا التقصير أو أن يكون لديه من المشاكل مما يعرضها على الإدارة فتتعاون معه على حلها، ويتعين أن يكون الإعفاء من الإعذار واضحا بذكره في عبارة دقيقة في العقد ودون لبس ، ومع هذا كله يحسن إنذار المتعاقد بما تعتزمه جهة الإدارة من توقيع الجزاء عليه ، ففي هذا الإجراء ما قد يحول دون أستمرار في التأخير والأبطاء.

\_

<sup>1-</sup> بلاوي ، ياسين بلاوي (2011) الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مصدر سابق، ص124.

### الفصل الثالث

## صور الجزاءات المالية في العقد الإداري

تشتمل الجزاءات المالية في العقود الإدارية على عدة صور تتمثل بالغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض عن الأضرار، ومن المسلم به أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى لو لم ينص عليها في العقد. والمقصود بالجزاءات المالية: هي تلك المبالغ التي يحق للإدارة أن تستحصلها من

المتعاقد الذي يخل بإلتزامات التعاقدية. (1) والجزاءات المالية لا تقتصر على تعويض الضرر فقط ، فقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه أو قد تُعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه. (2) وتشتمل الجزاءات المالية على أنواع عديدة منها الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض عن الأضرار ويرى البعض إلى أن النوع الأخير لا يُعد من الجزاءات الإدارية لأنه يخرج عن كونه تطبيقاً لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص.(3)

ومن خلال ماتقدم ستقسم دراسة هذا الفصل إلى ثلاث مباحث رئيسية، نوضح من خلالها صور الجزاءات التي تفرض بقصد توقيع العقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر لحق الإدارة والمتمثلة بالغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض الذي يقصد من توقيعه تغطية الضرر الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد. ومثلما تمتلك الإدارة حقوق في مواجهة المتعاقد

و الطباعة، ص262.

<sup>1-</sup>الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص461.

<sup>2-</sup> درويش، حسين (دون سنة نشر) النظرية العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص30. 3-الظاهر، خالد خليل(1997) القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع

معها فإن الأخير يتمتع بحقوق متماثلة، تتمثل في حق المتعاقد في مواجهة الإدارة لذا سنتطرق إلى مبحث رابع نتناول فيه حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة بشكل موجز للأهمية.

## المبحث الأول

## الغرامات التأخيرية

تُعد غرامة التأخير من أكثر الجزاءات المالية شيوعاً ومن أهم الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ العقد الإداري، متمثلة بمبالغ مالية محددة سلفاً في العقد وتستطيع الإدارة تحصيليه من المتعاقد المقصير في أنجاز العمل وتسليمه في المواعيد المحددة بمجرد حدوث التأخير من جانب المتعاقد دون أثبات حصول الضرر ودون الحاجة إلى حكم قضائي. فالمتعاقد مع الإدارة متى ما قصير في تنفيذ إلتزاماته سواءً بالإمتناع عن التنفيذ أو قام بالتنفيذ على وجه سيء أو أحل غيرة في المتزاماته دون موافقة الإدارة، فأن للإدارة أن توقع عليه جزاءات تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص ودون الرجوع الى القضاء.(1)

لذلك أرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وعلى النحو التالي: المطلب الأول تعريف الغرامة وطبيعتها القانونية، المطلب الثاني خصائص الغرامة التأخيرية وضوابط التأخيرية وتميزها عن ما يشبهها، المطلب الثالث شروط فرض الغرامة التأخيرية وضوابط تحصلها وحالات الإعفاء منها.

\_\_\_

<sup>1-</sup>عبد الرحمن، عباس ادعين (2014) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، كلية المستقبل م22ع3.

# المطلب الأول

# تعريف الغرامة التأخيرية وطبيعتها القانونية

سنبحث في هذا المطلب بيان تعريف الغرامة التأخيرية ومن ثم بيان طبيعتها القانونية، ولذلك سنقسم المطلب إلى فرعين:

## الفرع الأول

### تعريف الغرامة التأخيرية

تعتبر الغرامات التأخيرية من أبرز صور الجزاءات المالية وهي مبالغ مالية مالية يذكر مقدارها في العقد كجزاء لإخلال المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته التعاقدية فيذكر مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير، وللإدارة حق إستيفاء الغرامات بمجرد تأخر المتعاقد عن المواعيد المحددة ودون الحاجة لإثبات الضرر. (1)

وهي مبلغ من المال محدد سلفاً في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، وإذا لم تحدد هذه الغرامة في العقد فإن المشرع يحددها في الأنظمة التي تحكم العقود الإدارية، وذلك ضماناً لتنفيذها في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد. (2) ويقصد بها بأنها تعويض جزائي يكون من حق الإدارة توقيعه دون أن تلتزم بإثبات أن ضرراً ما لحق بها، بل أن الضرر يكون مفترضاً دائماً عن مجرد التأخير. (3)

<sup>1 -</sup> الجبوري، ماهر صالح علاوي (2009) الوسيط في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص445.

<sup>2-</sup> القبيلات، حمدي (2010) القانون الإداري، ج2-طأ ، عمان، دار وائل للنشر، ص149.

<sup>3-</sup> الجُبُوري، محمود خُلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص135.

وعرفت أيضاً بأنها مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال، تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ إلتزاماته العقدية، وذلك ضماناً لأنتظام سير المرفق العام. (1)

وعرفها العميد الطماوي هي عبارة عن مبالغ أجمالية تقوم الإدارة بتقديرها مقدماً، وتنص على فرضها على المتعاقد معها متى ما قصر في التزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ. (2) وقيل عنها أيضاً إنها تعويض جزافي محدد في العقد ولا مصدر له سوى العقد ذاته ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر. (3) ويطلق على هذه المبالغ تسمية (الغرامات التأخيرية) لأن الإدارة تلجأ إليها جزاءً للتأخير في تنفيذ العقد ويرجع أساس فرضها إلى أن الإدارة تحدد مواعيد خاصة لتنفيذ العقد وبناءً على ذلك تقدر حاجة المرفق إلى هذه المواعيد ولذا إلى فرضها على المتعاقد معها لحثه على تنفيذ إلتزاماته في الميعاد المحدد ، فغرامة التأخير في العقد الإداري تجد أصلها في القانون الخاص إذ تسمى بالغرامة التهديدية أو التهديد المالى \*.(4)

دار الفكر الجامعي، ص14. 2- الطماوي، سليمان محمد(2012) الاسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص422.

<sup>3-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص168.

<sup>\*-</sup> التهديد المالي هو (الحكم على المدين بناءً على طلب الدائن بمبلغ معين عن كل يوم – أو أية وحدة زمنية يتأخر فيها حتى يقوم المدين بالتنفيذ أو يتضح إصراره على عدم التنفيذ).

<sup>4-</sup> الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ص23

#### الفرع الثاني

# 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 إلتزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه. (1) 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 أشتراط توقيع الغرامة على المتعاقد معها في حالة تأخيره عن تنفيذ إلتزامه في المواعيد المحددة أمر ثابت لا خلاف عليه ولا يتعارض مع المبادئ العامة للقانون فقد أقتضت الضرورة والأعتبارات العملية لدوام سير المرافق العامة الأعتراف للإدارة بهذا الأسلوب كجزاء عقدي تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد. (3)

من خلال ما تقدم يتبين وجود أختلاف في الرأي حول الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية، ويتمحور هذا الخلاف حول إذا ما كانت الغرامة مجرد تعويض جزافي متفق عليه مسبقاً أم هي جزاء اتفاقي.

يرى الفريق الأول: أن الغرامة التأخيرية هي تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد معها الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته. (4)

أما الفريق الثاني: فيرى أن الغرامة التأخيرية هي جزاء مالي اتفاقي تملك الإدارة توقيعه

\_

<sup>1 -</sup> السنهوري، عبد الرزاق احمد(1982) الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، ج2، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، ص42.

ي على الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، مصدر الدين محمد (3007) عرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، مصدر الدين مدي 32

<sup>3 -</sup>فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص170، أشار إليه، الجبوري محمد حسن مرعي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص122.

<sup>4-</sup> عياد، أحمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص145.

بحق المتعاقد المقصر، فهي جزاء لمخالفة المتعاقد للشروط التعاقدية المتفق عليها، وعليه يمكن للإدارة توقيعها حتى لو لم يلحق بها أي ضرر. (1)

بينما يرى الفريق الثالث: أتجاهاً مغايراً لسابقيه محاولاً التوفيق بينهما أذ يرى في غرامة التأخير طبيعة مختلفة، فنظام الغرامات المالية نظام شائع في العقود الإدارية، وهو لضمان وأحترام المتعاقد لإلتزاماته وخصوصاً أحترام مدد التنفيذ، وغرامة التأخير محددة القيمة حسب عدد أيام التأخير، فتعد تعويضاً جزافياً وتهديداً إجرائياً في الوقت نفسه ولهذا لها طابع تعويضي وطابع تهديدي معاً. (2)

والطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية منصوص عليها في العقد الإداري ، أي إنها ذات طبيعة عقدية ، كجزاء عقدي وتعويض أتفاقي في آن واحد تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لما إلتزم به في العقد وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها في 1993/4/20 الذي ذهبت فيه " أن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وإنها صورة من صور التعويض الأتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، فهي مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها ".(3) وبينت محكمة التمييز في العراق الطبيعة القانونية لغرامة التأخير في أحد أحكامها إذ تقول " إنها جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته في الموعد المتفق عليه ، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يفترض الضرر واقعاً ، ويحق للإدارة أن توقع

جامعة الكويت، العدد الاول، السنة الرابعة والعشرون، ص73. 2-البنان، حسن محمد علي(2012) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد12 العدد54، ص422.

 $<sup>^{3}</sup>$ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم 1889 لسنة 32 ق عليا -جلسة 1993/4/20 الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 35، -0411.

الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد". (1) وفي حكم أخر لها تقول فيه "... وعلى ضوء ما تقدم فإن الإدارة تفرض هذا الجزاء حتماً وأن لم يترتب على أخلال المتعاقد ضرر...". (2)

وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية بأن الضرر الذي يلحق بالإدارة نتيجة تأخر المتعهد في تنفيذ التزاماته هو ضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس لأنه يتعلق بالمصلحة العامة وفي ذلك حيث قررت " يعد الضرر الذي يلحق بالإدارة نتيجة تأخر المتعهد بتوريد المواد والبضائع المحالة عليه والتي إلتزم بتوريدها بموجب عقد أداري ضرراً مفترضاً غير قابل لإثبات العكس نظراً لطبيعة العقد وعلاقته بالصالح العام ولما له تأثير في حسن سير المرافق العامة ".(3)

إذاً فالغرامة لها طبيعة عقدية فهي من بنود العقد وينص عليها فيه كونها جزاء عقدي وبالتالي يترتب عليها النتائج التالية: (4)

1- أنها تطبق على المتعاقد في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته دون أشتراط ثبوت ضرر لحق من جراء هذا التأخير حيث لا تلتزم الإدارة بإثبات هذا الضرر.

2- ليس من حق الإدارة ان تطلب ما يزيد عن القيمة المحددة للغرامة بقصد تعويض الضرر الفعلى الناتج عن التأخير، وليس من حق المتعاقد أن يطالب بإنقاص قيمة

.

<sup>1-</sup> نقلاً عن البنان، حسن محمد علي (2012) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، مصدر سابق، صدر سابق، ص22.

<sup>2-</sup> المولى، خالد محمد مصطفى (2007) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة، العدد الثامن، ص167.

<sup>3-</sup>قرار محكمة التمييز الاردنية رقم825 لسنة 1996، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، العدد الخامس، لسنة 1998، ص1428.

<sup>4-</sup> بشير، نصر الدين محمد(2007) غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، مصدر سابق، ص33.

الغرامة عن معدلها المنصوص عليها في العقد مدعياً إنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلى الناتج من تأخيره.

3- أذا لم ينص على غرامة التأخير في العقد لا يعني ذلك أغفال مدد التأخير إنما تطبق الإدارة نظام التعويض عن ضرر التأخير، حيث لا يكون التنازل إلا إذا تتازلت الإدارة بوجه قطعي ودون أدنى شك عن التمسك بهذه المدد.

4- بما أن الغرامة تعويض جزافي عن التأخير في التنفيذ، فإنه يمكن أن تجمع مع الجزاءات الضاغطة وكذلك مع الجزاءات الفاسخة.

## المطلب الثاني

## خصائص الغرامة التأخيرية وتمييزها عن ما يشبهها

لقد حاول كلاً من فقهاء وكتاب القانون الإداري تحديد خصائص الغرامات التأخيرية ومن جانب أخر لعب القضاء دوراً كبيراً في تحديد هذه الخصائص ومميزاتها والتي تميز بها عن غيرها من الجزاءات بما يبين بأن لها نظام قانوني خاص يميزها عن باقي الجزاءات كالتعويض والغرامة التهديدية والشرط الجزائي وغيرها، وهذه الخصائص غير معروفة في قواعد القانون الخاص.

ومن خلال ذلك سنبحث في هذا المطلب بيان خصائص الغرامة التأخيرية ومن ثم تمييزها عن ما يشبهها، ولذلك سنقسم المطلب إلى فرعين الفرع الأول سيبين خصائص الغرامة التأخيرية والفرع الثاني تمييزها عن ما يشبهها.

# الفرع الأول

## خصائص الغرامات التأخيرية

كان للطبيعة القانونية للغرامات التأخيرية نتائج مهمة كون الغرامة التأخيرية جزاءً عقدياً فكونت تلك الطبيعة بنتائجها نظاماً قانونياً له خصاصه التي تميزه عن غيره من الجزاءات إذ تتميز غرامة التأخير في العقود بعدد من الخصائص، ومن أهم هذه الخصائص هي:

## أولاً: غرامة التأخير أتفاقية

اتفاقية لأنها تحدد مقدما في الأتفاق فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فلا يجور للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد ، وإذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بحالة عدم التنفيذ لأحكام الإلتزام فإن للإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد ، ومصادرة التأمين وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعهد المقصر. (1) بمعنى أن مقدارها يحدد مقدما في العقد أما إذا لم تحدد فلا يجوز للإدارة فرض غرامات تاخيرية على المتعاقد إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به وذلك بخلاف الإجراءات الأخرى التي يمكن توقيعها من غير حاجه للنص عليها في صالب العقد ، وفي هذه الحالة تستطيع جهة الإدارة أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة لتأخير المتعاقد في التنفيذ وفق القواعد العامة في العقود المدنية ، على أنه في بعض الأحيان لا يحوي العقد

\_\_\_

<sup>1-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الاسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سايق، ص426.

الإداري نفسه نصباً يخول الإدارة حق فرض الغرامات التأخيرية ولكن يبرد هذا النص في قائمة الشروط الملحقة بالعقد فتعد جزء من العقد ومكملة له. $^{(1)}$ 

وعلى هذا النحو أكدت محكمة التمييز العراقية في هذا الموضوع في حكمها الصادر في 1971/6/26 على أن " الشروط العامة خاصة بالمقاولة مكمل بعظها البعض وكلها ملزمة للطرفين". (2) وأيضاً ما أشارت اليه محكمة التمييز في حكم أخر في قرارها المرقم 710 / حقوقية 1959 في 1959/4/13 حيث جاء فيه " أن كل مشروع عام إذا لم ينجز خلال المدة المتفق عليها فإن الخزينة يلحقها ضرر هو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من هذا المشروع ".(3)

وكذلك ذهب القانون الأردني في المادة (1/47) الجزء الأول من دفتر عقد المقاول الموحد للمشاريع الأنشائية " أن غرامة التأخير التي يجب أن يدفعها إلى الإدارة نتيجة إخلاله وتأخره عن تسليم الأشغال، والإدارة أن تخصم هذه الغرامات من المبالغ المستحقة أو التي تستحق للمقاول بنفسها دون الحاجبة للجوء إلى القضاء ". وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية بحق الإدارة بتوقيع الغرامات التأخيرية بقرار منها بدون الحاجة لإنذار المتعاقد معها ودون الحاجة اللجوء للقضاء مقدما. حيث قضت في حكم لها " بان وزارة التمويل طبقا لشروط الأتفاقية توقيع الغرامات على الشركة الموردة في حالة التأخيرأو عدم توريد اللحوم المتفق على تريدها في المواعيد المحددة ".(4)

<sup>1 -</sup> الزهيري، رياض عبد عيسى (1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير منشورة، كلية القانون جامعة بغداد، ص305.

الحكم منشور في مجلة القضاء ع4 س26, 1971, ص221 المشار اليه في النشرة القضائية ع 24. 3- حكم محكمة التمييز العراقية رقم 710/حقوقية/سنة 1959 بتأريخ 1959/4/13. اشار اليه، خضير، محمود

خليل (1991) غرامة التأخير في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص70.

<sup>4 -</sup> حكم محكمة التمييز الار دنية، حقوق 1033مجلة نقابة المحاميين الار دنيين، العدد 6، سنة 1996، ص1433.

أي أن الغرامـة التأخيريـة تسـتحق ويصـبح لجهـة الإدارة الحـق فـي فرضـها علـى المتعاقد بمجـرد تأخره في تنفيذ الإعمال المنوطـة بـه ومـن دون أن تكلف الجهـة الأداريـة بإثبات وقوع الضرر نتيجة لهذا التأخير لأن الضرر هنا مفترض بقرينـة غيـر قابلـة لإثبات العكس، إذأن كـل تأخير فـي تنفيـذ العقد الإداري يترتب عليـه الإضـرار بالمصـلحة العامـة التي تعمل الإدارة من أجل تحقيقها. (1)

ويرى الباحث بأن الإدارة تتمتع بهذا الحق ولو لم ينص عليه في العقد لأن أقدام الأفراد على التعاقد مع الجهات الإدارية لا يلغي المصدر الأتفاقي للغرامات التأخيرية حتى مع علمهم بأن الأنظمة الإدارية أو الشروط العامة التي يخضع لها تسمح الإدارة بفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد إذا تأخر عن تنفيذ إلتزاماته.

## ثانياً: الغرامات التأخيرية التلقائية

بمعنى أنها تطبق بمجرد حصول التأخير وبغير الزام جهة الإدارة بأن تثبت أن ضرراً ما قد لحق بها من جراء ذلك ، وكذلك لا يمكن رفعها إلى فئة أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين ، كما أنه لا يقبل من المتعاقد مع الإدارة أن يدفع بعدم حدوث ضرر كي لا يفلت منها. (2) ولا يشترط لتوقيع الغرامة تحقيق وقوع الضرر، فمجرد التأخير يكفي في ذاته لتطبيق الغرامة تلقائياً أي أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضرراً قد أصابها. (3) تطبق ضرراً بجهة الإدارة المتعاقدة بمجرد التأخير، حتى ولو لم يثبت أن هذا التأخير قد ألحق ضرراً بجهة الإدارة المتعاقدة ، فللجهة الإدارية الحق في أستيفاء غرامة التأخير دون إلتزامها بإثبات أنه قد أصابها .

<sup>1 -</sup> حلمي، محمود (1974) العقد الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ص254.

<sup>2-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 426.

<sup>3 -</sup> نابلسيّ، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص192.

ضرراً جراء هذا التأخير، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر، حيث أن الضرر مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس بمجرد التأخير على أعتبار أن جهة الإدارة حينما حددت موعداً معيناً لتنفيذ العقد ، قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد. (1)

وبمعنى أخر أنه يحق لـ الإدارة أن توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون الحاجة إلى تتبيه أو إنذار المتعاقد أو أتخاذ أي إجراء أخر. (2)

وأن القضاء المصري ذهب إلى أنها تستحق بمجرد التأخير دون الحاجة إلى التنبيه. (3)

وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الأردني سار بذات الأتجاه الذي يقضي بتمتع الإدارة بسلطة فرض الغرامات التأخيرية دون إلزامها بإنذار المتعاقد. (4) أما بالنسبة للحال في العراق فقد ساير الأتجاه المعمول به في مصر وتمتع الإدارة بسلطة فرض الغرامات التأخيرية دون إلزامها بإنذار المتعاقد ، إلا في حالة ورود نص خاص بالعقد يلزم الإدارة بذلك فيكون هذا النص ملزما للإدارة لأن القاعدة المسلم بها " أن الخاص يقيد العام ".(5)

ويود الباحث أن يشير إلى أن الواقع العلمي في العراق جاري على إنذار المتعاقد قبل فرض الغرامات عليه، ويذهب رأي الباحث إلى ضرورة أن تحيط الإدارة المخالف علماً بما تنوي اتخاذه في مواجهته قبل حدوثه، بقصد تدارك الموقف وتصحيح وضع

 <sup>1 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعنين 260-267 لسنة 12ق، جلسة 1970/3/21 أشار الية، خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص289.

<sup>2 -</sup> فياض، عبد المجيد (1983) العقد الاداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ص 174.

 $<sup>^{2}</sup>$  عبد الباسط، محمد فُواد (2005) العقد الإداري، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص $^{2}$ 

<sup>4 -</sup> المادة (68) من تعليمات العطاءات الاردني لسنة 2008.

<sup>5-</sup> الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) الجزاءات المالية في العقد الاداري، مصدر سابق، ص127.

المخالفات درئاً لتدخلها بإتخاذ ما من شأنه إزالة أسباب المخالفة وهو في هذه الحالة يكون بمثابة إنذار كما تمهيداً لإنزال الجزاء به.

# ثالثاً: الغرامات التأخيرية (مرنة) تطبق بمقتضى قرار إداري:

تستحق الغرامات التأخيرية بمجرد صدور قرار إداري من جهة الإدارة دون الحاجة لإستصدار حكم قضائي بتوقيعها ، كما تستطيع الإدارة أستنزال قيمتها من المبالغ التي تكون مستحقه للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى.(1) أي إنها تطبق بمقتضى قرار إداري دون الحاجة للجوء إلى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء، وهو إجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري عليه العمل في القانون الخاص ، حيث يتعين تدخل المحاكم التبي تمتلك الأنتقاص من التهديد المالي إذا قدرت أنه مغالي فيه ، فجهات الإدارة تخرج عن هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار إداري منها ومن هنا تتميز بأنها مرنة. (2) وأن كان للإدارة صلاحية توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذ ما أخل أو قصر في تتفيذ التزاماته ، فإنه يتعين على الإدارة الإفصاح عن رغبتها في أستعمال سلطتها في فرض الجزاء ، فلا بد من صدور قرار إداري بتوقيع الغرامات المالية ، ولا يكفي مجرد النص عليها لتصبح أستحقاقاً آمراً مقضياً تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء.<sup>(3)</sup> وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه الخاصية في حكم لها بتاريخ 1960/9/21 حيث قالت " .. أن الغرامات التي ينص

<sup>1 -</sup> فهمي، عمر حلمي (1993) آثار العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص110.

<sup>2-</sup> الطمآوي ، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق ، ص426 .

<sup>3 -</sup> صادق، سمير (1991) المعقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، القاهرة، دار الفكر العربي، ص197، اشار اليه، نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص193.

عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط أستحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها..".(1)

فستحصل جهة الإدارة مبلغ الغرامات التأخيرية من المتعاقد بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة ، دون الحاجة اللجوء إلى القضاء لإصدار قرار بذلك ، وذلك تنفيذاً للأمتياز العام الذي تتمتع به الإدارة المتمثلة بأمتيازها في التنفيذ المباشر الذي تتمتع به التنفيذ العامة وفي دائرة جزاءات العقد الإداري. (2) وأن هناك خاصية تتمتع بها متمتع به بصورة عامة وفي دائرة جزاءات العقد الإداري. (2) وأن هناك خاصية تتمتع بها العقد ، مستمدة سلطتها في ذلك من أمتيازات السلطة العامة التي تملكها ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان أستمراره تحقيقاً المصلحة العامة ، والإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام. (3) كما أن الإدارة تملك حق توقيع جزاء غرامة التأخير بنفسها ، دون أنتظار لحكم القضاء وتتمتع بهذا الحق حتى ولو لم ينص عليه في العقد ، ولا يجب أن يحول بين الإدارة وبين أستعمالها حقها في توقيع الجزاءات التعاقدية أي أجراء أياً كانت صورته. (4) والأساس القانوني لجهة الإدارة في فرض

<sup>2-</sup> عياد، احمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص348. <sup>2</sup>- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها في325/12/28 المجموعة رقم 1109، س8ق، ص325

قد حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها في1963/12/28 المجموعة رقم 1109، س8ق، ص256 الشار اليه، بشير، نصر الدين محمد(2007) غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، مصدر سابق، ص41.

<sup>4 -</sup> عبد الباسط، محمد فؤاد (1989) أعمال السلطة الإدارية، الإسكندرية، مكتبة الهداية، ص113.

الجزاءات الإدارية يتنازعه رأيان سواءً في مصر أو فرنسا وكل هذين الرأيين يؤيد وجهة نظر أحكام صادرة من القضاء الإداري تؤيد رأيه. (1)

السرأي الأول: يرى أنه يمكن الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في فكرت السلطة العامة، فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ إلتزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق وأعمال لأمتياز من أهم أمتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبل الإفراد وهو أمتياز التنفيذ المباشر.

الرأي الثاني: يرى أن الأساس القانوني لحق جهة الإدارة يقوم على مبدأ أستمرار وأنتظام المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد، وباعتبار أن الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن سير هذه المرافق ومن حقها ومن واجبها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار متعاقدها على تنفيذ إلتزاماته ومن أهمها فرض الجزاءات عليه لضمان تنفيذ الإلتزام لسير المرفق العام.

وهذا الأساس أن كان يوضح مشروعية سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاء ، إلا أن الدلالة الأخرى التي يوضحها أن جهة الإدارة هي التي توقع جزاء غرامة التأخير بنفسها دون أنتظار حكم قضائي والحصول منه على سند تنفيذي وعلى ذلك فغرامة التأخير توقعها الإدارة بقرار إداري لذا يجب أن يقوم القرار الإداري الصادر بخصوص توقيع غرامة التأخير على الأركان الخمسة المتعارف عليها بجميع القرارات الإدارية وهي ركن السبب والشكل والاختصاص والمحل والغاية وهذه القرارات هي قرارات إدارية تنفيذية ، تعطى الحق لجهة الإدارة في تنفيذها قسراً ويكون على المتعاقدين أن يطعنوا أو

\_

<sup>1-</sup> بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، مصدر سابق، ص 48.

يتخلصوا من أثار هذه القرارات بدعوى يرفعونها أمام القضاء. (1) حيث للمتعاقد أن ينازع أمام قاضي العقد في صحة الغرامة الموقعة ضده ويجب، أن تتحصر مجادلته في ركن الخطأ وليس في الضرر، إذ يمكنه التحلل منها إذا ثبت أن التأخير في التنفيذ لم يكن ناتجاً من فعله وإنما الفعل مرجعه خطأ الإدارة. (2)

تظهر مرونة غرامة التأخير حيث أقتضائها منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة بأعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد ، لذا فلها مثلاً أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من غرامة التأخير كلها أو بعضها ، وهذا الحق ثابت لجهة الإدارة رغم ما يعترضه من آراء تقيده ، وذلك كونها قد تكون حقاً أساسياً لمواجهة تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته ، ولكن قد تمر بالمتعاقد أحداث خارجية عن طرفي العقد لم يتوقعاها تؤثر في ميعاد التنفيذ، وليس من العدالة أن يتحمل المتعاقد وحده ذلك لمجرد أنه ملزم بميعاد التنفيذ. (3)

## رابعاً: تستحق الغرامة عن التأخير بمجرد أنقضاء الفترة المحددة في العقد

تستحق الغرامة التأخيرية بمجرد أنقضاء الفترة المحددة في العقد ودون حاجة اللي التنبيه بأستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص، إذ يتعين الإنذار بأستحقاقها حتى ولو تضمن العقد شرطاً جزائياً عن التأخير، ومن جهة أخرى تجيز مبادئ القانون الإداري خصم الغرامات عن التأخير

\_\_\_

<sup>1-</sup> الطماوي، سليمان محمد (1984) النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، ص52.

<sup>2-</sup>فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص176.

<sup>3-</sup> بشير ، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير .. ، مصدر سابق، ص102 .

بواسطة جهة الإدارة عند إجراء الحساب الختامي مع المتعهد من المبالغ المستحقة له بمقتضى عقد الإلتزام. (1)

ويقصد الإعذار طبقاً للقواعد العامة وضع المدين قانوناً في حالة التأخر في تنفيذ إلتزامه، أي تنبيهه على أنه في وضع متأخر في التنفيذ وأن القانون سيرتب عليه بعض الآثار، فمجرد التأخير في التنفيذ يعتبر مقصراً. (2)

ولا يشترط لتوقيع الغرامة التأخيرية إنذار المتعاقد معها أو تتبيهه بذلك لأن أي إخلال أو تأخير في تنفيذ العقد يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة، والى تأخير تنفيذ خطة التنميـة التـي تتطلب الدقـة والإلتـزام والإسـراع فـي أنجـاز المشـاريع والمرافـق العامـة، وبهـذا فهي تختلف عن الشرط الجزائي الذي يشترط لأستحقاقه إعذار المدين. (3)

وتتقيد جهــة الإدارة فــي ســلطتها التقديريــة فــي قراراتهـا بالنســبة لتوقيــع غرامــة التــأخير بالآتى: (<sup>4)</sup>

1- إذا نص العقد الإداري على جزاء غرامة التأخير، كونها جزاء مالي لا ينبغي لجهة الإدارة كقاعدة أن تطبق جزاء أخر إلا في حالة الضرورة كتعرض المرفق العام للخطر.

2- لا تستطيع جهة الإدارة أطلاقا أستخدام سلطة الضبط الإداري لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا ما يؤكده مجلس الدولة الفرنسي والفقه في كل من مصر وفرنسا.

<sup>1 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص426.

<sup>2 -</sup> خضير ، محمود خليل (19914) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص71.

<sup>3 -</sup> الزهيري، رياض عبد عيسى (1976) مظاهر السلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، مصدر سابق، ص303.

<sup>4-</sup> بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير..، مصدر سابق، ص48.

### الفرع الثاني

### تمييز الغرامة التأخيرية عن ما يشبهها

تتميز الغرامة التأخيرية بطابع خاص يجعلها تختلف عن المصطلحات المشابهة لموضوعها في القانون المدني كالشرط الجزائي والتعويض والغرامات التهديدية، سنتناول في هذا الفرع تمييز الغرامة التأخيرية عن ما يشابهها وفق الآتي:

### أولا: الفرق بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي:

في عقود القانون الخاص قد يتفق الطرفان مقدماً على وضع شرط في العقد يحددان بموجبه مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه إلى الدائن في حالة عدم تنفيذه لإلتزامه أو تأخره في تنفيذه ، ويسمى هذا بالشرط الجزائي وهو عبارة عن تعويض جزائي يشترط لأستحقاق التعويض ومن شروطه حدوث ضرر للدائن وخطأ من جانب المدين وعلاقة سببية بينهما ووجوب الإعذار ، أما الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية فهي وأن كانت وسيلة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ إلتزامه في العقد ، إلا أن أستحقاقها لا يكون مبنياً على وجود الضرر بالذات لأن الضرر مفترض بمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية كون العقد الإداري متصل بنشاط المرفق العام. (1)

ويمكن معرفة الفرق بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي من خلال ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بتاريخ1960/9/21 حيث جاء فيه " أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود

\_

<sup>1-</sup> نقلاً عن الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص139.

المدنية ذلك إن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه فيشترط لأستحقاقه ما يشترط لإستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الأخر وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم به ، وللقضاء أن يخفضه إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد بيد أن الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي الحرص على سير المرفق العام بأنتظام واطراد ".(1)

وينبغي عدم الخلط بين الغرامات التأخيرية ونظام الشرط الجزائي في القانون الخياص إذ تتميز الغرامات التأخيرية عن الشرط الجزائي في أن الأخير هو تعويض جزافي متفق عليه مقدماً في حالة إخلال أحد الطرفين بإلتزامه، وعليه يشترط لأستحقاقه ما يشترط لأستحقاق التعويض بشكل عام من وجوب حصول ضرر وخطأ وعلاقة سببيه بينهما. (2)

بالإضافة إلى ذلك فإن الغرامات التأخيرية تطبق بمقتضى قرار إداري دون الحاجة للإلتجاء إلى القضاء لتوقيع هذا النوع من الجزاءات ، أي تستطيع الإدارة فرضها بإرادتها المنفردة كجزء من سلطتها من التنفيذ المباشر لأنها أمر مفترض في العقود الإدارية دون الحاجة للنص عليها في العقد ، أما بالنسبة للشرط الجزائي فإن للقضاء حق التدخل في دائرة الشرط الجزائي فيتولاه تعديلاً زيادة ونقصان في الحالات التي يحددها القانون حرصاً على تناسب تقدير التعويض الأتفاقي مع الضرر، كما أن الغرامات

<sup>1-</sup>حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 61 لسنة 2ق من 1960/9/21، أشار إليه درويش، حسين(1977) مصدر سابق، ص136 وكذلك اشار اليه، حواطمة، خالد مصطفى(2003) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مصدر سابق، ص83.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>-المفرجي، احمد خورشيد حميدي (1989) سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الاشغال العامة، رسالة ماجستير منشورة، كلية القانون جامعة بغداد، ص17.

التأخيرية تستحق بمجرد أنقضاء الفترة المحددة في العقد دون الحاجة إلى التنبيه بأستحقاقها أو إعذار المقاول بدفعها ، وبهذا تختلف عن الشرط الجزائي الذي يشترط لأستحقاقه إعذار المدين لأنه أتفاق بين الطرفين ويجب أن تتوفر فيه شروط التعويض كالإعذار في حالات وجوبه. (1)

### ثانياً: التمييز بين الغرامة التأخيرية والتعويض:

التعويض أو التعويض القضائي يكون عن طريق دعوى تقيمها الإدارة على المتعاقد أمام القضاء بعد إعذاره، تطلب فيها من القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته الواردة بالعقد الإداري. (2)

كما يجب الإشارة إلى أنه إذا كان التعويض ضماناً عن مدة التأخير التي لم ينص عليها في العقد إلا أنه يختلف عن غرامة التأخير فيما يلي: (3)

1-يقوم القاضي بنقدير التعويض والحكم فيه، على خلاف غرامة التأخير تقدرها جهة الإدارة وتوقعها دون أنتظار لحكم القضاء.

2-يجب أعذار المتعاقد ومطالبت بتنفيذ الإلتزام وبخاصة في التعويض عن تأخر المتعاقد في التنفيذ، على عكس غرامة التأخير فإنه لا يلزم الإعذار قبل توقيعها.

3- ضرورة توافر الضرر المباشر لأستحقاق التعويض ، حيث تلترم جهة الإدارة بإثبات الضرر بإثبات هذا الضرر، على خلاف غرامة التأخير لا تلترم جهة الإدارة بإثبات الضرر الناتج عن التأخير.

-

<sup>1-</sup> الطائي، محمد علي (1984) طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، رسالة الماجستير منشورة، مجلة القضاء، بغداد، العدد الأول والثاني، السنة 39، ص112.

<sup>2-</sup> هاشم، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص77.

<sup>3-</sup>بشير ، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، مصدر سابق، 163.

4- مقدار التعويض يغطي تقريباً الإضرار الحقيقية ، على خلاف غرامة التأخير فهي مبلغ لا يرتبط بمقدار الضرر.

### ثالثاً: تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية:

تعرف الغرامة التهديدية والتي تسمى بالإكراه المالي الحكم على المدين بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية عن كل وحدة زمنية أو عن كل مرة يخل فيها بالتنفيذ إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه عن ميعاد معيين تحدده المحكمة بقصد حمله على التنفيذ العيني دون أن يعتبر تعويضاً عن التأخير فيه. (1) والأصل أن يقوم المدين بتنفيذ العيني دون أن يعتبر تعويضاً عن التنفيذ في هذه الحالة بالتنفيذ العيني الأختياري ، فإذا أمتنع المدين عن التنفيذ وكان هذا لا يزال ممكناً جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء لإجباره عليه وهذا النوع من التنفيذ يقال له التنفيذ الجبري. (2)

فالغرامة التهديدية بهذا المعنى هي وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً وذلك بأن يقوم القاضي بإصدار قرار بذلك بناء على طلب من الدائن بالزام المدين الممتنع عن تنفيذ إلتزامه بتنفيذه عينياً في مدة محدده وإلا فإنه يلزم بدفع مبلغ محدد من المال كتعويض عن كل يوم أو اسبوع أو شهر يتأخر فيه إلى أن يقوم بتنفيذ التزامه. (3)

وقد جاء في المادة (213) من التقنين المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 على ما يأتي " 1-إذا كان تنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به

<sup>1-</sup> العتوم، منصور إبراهيم (2011) النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عمان الاهلية، الاردن، ص95.

<sup>3 -</sup> البكري، عبد الباقي (1980) شرح القانون المدني العراقي، بغداد، دار الكتب للطباعة والنشر، ص68.

المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن أمتنع عن ذلك. 2- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة ".

وكما نصت (253) من القانون المدني العراقي على أنه " إذا كان التنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وإمتتع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن بقي ممتعاً عن ذلك ". وأيضاً ما قضت به المادة (254) من نفس القانون حيث نصت على أن " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين ".

وأما المشرع الأردني فإنه لم يأخذ بنظام الغرامة التهديدية، مستنداً بذلك إلى ما جاء بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المادة (360) والتي وردت تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض حيث نصت على أنه " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ". وتقابلها ايضاً المادة (214) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 حيث جاءت بنفس المضمون والمعنى.

ويشترط في الألتجاء إلى وسيلة التهديد المالي الحكم بالغرامة التهديدية الشروط التالية: (1) الإلا التنفيذ العينى لا يزال ممكناً.

ثانياً: أن يكون التنفيذ العيني لهذا الإلتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم.

ثالثاً: أن يلجاً الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني.

رابعاً: وهناك من يضيف شرطاً رابعاً وهو إلا يكون في الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبى للمؤلف.

ولا بد من أن يكون الإلتزام أو الإمتناع عنه من تدخل المدين شخصياً ، بالإضافة إلى لجوء الدائن للقضاء للمطالبة بتوقيع الغرامة التهديدية. (2) وعندئذ يرجع الدائن إلى المحكمة لتحكم له ، بصرف النظر عما تراكم من غرامة تهديدية بالتعويض الحقيقي الذي يستحقه والذي يغطي ما أصابه من خساره وما فاته من كسب أخذه في حكمها مدى التعنت الذي بدا من المدين بعين الأعتبار. (3) وتتميز الغرامة التهديدية بأنها تحكمية لا مقياس لها إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته وهي إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ إلتزامه عيناً فلا يشترط فيها أن تكون مقاربة للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الإلتزام ، فيجوز أن يتجاوز مقدارها مقدار الضرر الذي لحق بالدائن ويجوز أن يحكم بها دون وجود ضرراً ما، ذلك لأن

<sup>1 -</sup> البدراوي، عبد المنعم (1968) احكام الالتزام، بيروت، 37، اشار الية خضير، محمود خليل (1991) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص112.

العرامات التحيرية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص112. 2 - الفار، عبد القادر (2005) أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

<sup>3-</sup> الجبوري، محمود خلف (1998) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص125.

الغرض منها ليس تعويض الدائن عما لحقه من ضرر وإنما الضغط على المدين المماطل والتغلب على تعنته وكما أنها لا تعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين الذا فلا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أمواله بل ينبغي أنتظار التصفية النهائية التي يتعلق عليها مصير الغرامة التهديدية التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ. (1) وتتميز الغرامة التهديدية بأنها تهديدية ووقتية ذلك أن الحكم بالتهديد المالي لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ابل يبقى معلقاً ومهدداً للمدين ليحمله على تنفيذ التزامه ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي. (2)

### المطلب الثالث

# شروط فرض الغرامة التأخيرية وضوابط تحصلها وحالات الإعفاء منها

من أجل منح جهة الإدارة الحق في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها 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 الغرامات التأخيرية. لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع الفرع الأول شرروط أستحقاق الغرامة التأخيرية والفرع الثاني كيفية إحتساب غرامة التأخير، والفرع الثالث حالات الإعفاء من فرض الغرامة التأخيرية.

<sup>1 -</sup> خضير، محمود خليل (1991) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 113.

<sup>2 -</sup> البكري، عبد الباقي (1980) شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 74.

### الفرع الأول

### شروط استحقاق الغرامة التأخيرية

وتعد الغرامات التأخيرية من الجزاءات المالية المهمة التي تتمتع بها الإدارة، لذلك يجب أن تتوفر شروط معينة حتى تستطيع الإدارة ممارسة هذه السلطة لاستحقاق الغرامة التأخيرية وإتخاذ الإجراءات اللآزمة وهي لا تخرج عن ثلاثة شروط تتمثل.

1- أن يتضمن العقد الإداري نصاً يعطى الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ إلتزاماته المنوطة به عن المدة المحددة للتنفيذ وهذا يرجع إلى طبيعة الغرامات التأخيرية كونها أتفاقية ، وبناءً على ذلك لا تستطيع الإدارة فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها ، إذا لم تتضمن شروط العقد الإداري نصاً يعطى للإدارة مثل هذا الحق وفي مثل هذه الحالة تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة تأخر المتعاقد في التنفيذ وفقاً للقواعد المتبعة في العقود المدنية بعد أن ثبت خطأ المتعاقد معها والضرر الذي أصابها ومقدار هذا الضرر. (1) وفي بعض الأحيان لا يتضمن العقد الإداري ذاته نصماً يخول الإدارة فرض الغرامة التأخيرية ولكن يرد هذا النص في الشروط العامة الملحقة بالعقد أو بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية فتعتبر هذه الوثائق جزءاً من العقد ومكملة له وبالتالي يصبح من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد لتأخره في تنفيذ إلتزامه العقدي. (2) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق في حكم لها بتاريخ 1975/2/15

<sup>1-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص186.

<sup>2-</sup> عياد، احمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، مصدر سابق، ص347.

بأنه "إذا تضمن العقد الإداري بين الطرفين نصاً خول الوزير الحق في فرض الغرامات التأخيرية على الشركة عند تأخرها في تسليم العمل في الموعد المقرر فللوزير فرض الغرامة التأخيرية عن مدة التأخير ، وأستعمال هذا الحق أستعمالا للوزير فرض الغرامة التأخيرية عن مدة التأخير ، وأستعمال هذا الحق أستعمالا جائزاً لا يترتب عليه ضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر للشركة خاصة وأنه لم يكن متعدياً ما دام أن الشركة قد تأخرت فعلاً عن تسليم العمل المتفق عليه في موعده". (1)

وبهذا قد قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها بأنه " إذا تأخرت الشركة المتعهدة في تسليم اللوازم التي تعهدت بتوريدها فإن رئيس هيئة الأركان المفوض بالتغريم يملك فرض الغرامة ولو جرى تمديد مدة التسليم عملاً بالمادة (19) من نظام اللوازم والإنشاءات للقوات المسلحة رقم (38) لسنة 1971 ".(2)

2-تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد أو مخالفة بنودة: تتضمن العقود الإدارية غرامات لإلزام المتعاقد معها بالمحافظة وإلتزام بمدة التنفيذ وهو ما يعرف بغرامة التأخير، وقد تتضمن غرامات للمحافظة على النوعية والجودة حسب الواصفات المتفق عليها، وعند مخالفة المتعاقد لشروط العقد تقرر الإدارة تغريمه وفقاً لبنود العقد، كذلك يمكن أن تفرض الغرامة عند عدم تنفيذ العقد. (3) ولما لأهمية تحديد مدد التنفيذ فأنه يتم النص عليها عادة في العقود بشكل واضح وبصورة تنسجم مع طبيعة العقد ونوعه ، فقد يتم تحديدها بفترة زمنية معينة تبدأ بتاريخ معين كما في عقود الأشغال العامة ، وقد ينص العقد على مراحل النتفيذ ، بحيث تبدأ كل مرحلة عقود الأشغال العامة ، وقد ينص العقد على مراحل النتفيذ ، بحيث تبدأ كل مرحلة

<sup>1-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية، المرقم249/هيئة عامة أولى /1974، منشور في مجلة العدالة ع1، ص141.

 <sup>-</sup>حكم محكمة التمييز الأردنية، رقم (83/41)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 7 سنة 1984، ص 910.

<sup>3-</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص195.

بتأريخ وتنتهي بتأريخ معين. (1) لا تملك الإدارة توقيع أي جزاء بحق المتعاقد إلا إذا أرتكب خطأ ما أو أخل بأحد الشروط التعاقدية ، ويعد إلتزام المتعاقد بأحترام مدد التنفيذ التزامأ أساسيا وتحدد هذه المدد حسب مقتضيات حسن سير المرافق العامة وأنتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بالجمهور على أكمل وجه ، والمدة التي يعتبر فيها المتعاقد مع الإدارة متأخراً في تتفيذ العقد هي المدة المحصورة من تأريخ أنتهاء الفترة المحددة للتنفيذ وتأريخ التسليم الفعلي للإدارة ، ويجب الأنتباه إلى أن أحتساب فترة تتفيذ العقد تبدأ من أستلام المتعاقد لموقع العمل وليس من تأريخ التعاقد.(2) والغرامة التأخيرية هي جزاء قصد به ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للإعمال المكلف بها في المواعيد المحددة وبالتالي فإن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها وهو التأخير عن هذه المواعيد، وأساس ذلك أن الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير .<sup>(3)</sup> وهذا ما أشارت اليه محكمة التميين العراقية بقرارها المؤرخ في 1968/11/10 بقولها " أن الغرامة التأخيرية هي جزاء قصد بـه ضـمان وفـاء المتعاقـد مـع الإدارة بالتزامـه فـي المـدد المتفـق عليهـا ". (4) أما في الأردن فقد جاء في تعليمات تنظيم العطاءات وشروط الأشتراك فيها رقِم (1) لسنة 2008 في المادة (31) منه حيث نصت على أنه " عند عدم تحديد

 <sup>1 -</sup> العتوم، منصور ابراهيم (2013) النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، ،
 ص958.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>- البنان، حسن محمد علي(2012) ، مصدر سابق، ص428.

<sup>3-</sup> شطناوي، علي خطار (2000) صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الكويت، جامعة الكويت ع1 س24.

م 342اشار اليه، الجبوري، محمد حسن مرعي(2014) الجزاءات الجنائية والمالية في العقد الإداري...، مصدر سابق، ص132.

موعد لتوريد اللوازم في دعوة العطاء ، فعلى المناقص أن يُبين بالتحديد موعد التوريد وإذا لم يحدد موعد التوريد في الحالتين يعتبر التوريد حالاً ، وتعني كلمة حالاً خلال أسبوع من تأريخ أمر الشراء (الاتفاقية) ".

وبهذا ذهبت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها حيث قضت أنه ".. تُستحق غرامة التأخير بواقع (15%) وفقاً لأحكام عقد المقاولة في حال تأخر المقاول عن أنجاز العمل خلال المدة المضروبة في العطاء...". (1)

3- حصول الضرر: أن الضرر مفترض في تأخر تنفيذ العقد الإداري بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، فالتراخي في تنفيذ العقد الإداري ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق العام وتأمين سيره على أساسها، وعليه فإن كل تأخير في تنفيذ العقد الإداري يترتب عليه ضرر هو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من المرفق العام ، فكل تأخير في تنفيذ العقد يؤدي حتماً إلى الإضرار أو الإخلال بنظم الإدارة وأجهزة الدولة وبالتالي إهدار المصلحة العامة. (2) وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية بأن الإدارة غير ملزمة بإثبات حصول الضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته إذ قضت " وحيث أن المميزة أخلت بإلتزاماتها بتوريد الكميات المتعاقد عليها في المواعيد المحددة ولم يثبت عدم وقوع الضرر فلا يرد قولها بأن عبئ إثبات وقوع الضرر على عاتق

أ - تمييز - حقوق (1107-2005) الصادر في تأريخ 8/4/2005 منشورات مركز عدالة.
 الجبوري, محمود خلف(2010) العقود الادارية, مصدر سابق, ص 139.

\*

الجهة المستوردة طالما أن شروط مدة التأخير وفرض الغرامة المتفق عليها في محله وموافقاً للقانون ".(1)

### الفرع الثانى

### كيفية إحتساب غرامة التأخير

سبق وأن ذكرنا أن غرامة التأخير تُستحق بمجرد التأخير في تنفيذ العقد في الموعد المحدد له، أما تحديد كيفية إحتساب هذه الغرامة فيكون بالرجوع إلى نصوص القوانين التي تحدد ذلك. قد تم تحديد الحد الأدنى والأقصى للغرامة التأخيرية من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم (1) لسنة (2014) كما حددتها المادة (9/ رابعاً/أ) من هذه التعليمات حيث جاء فيها "تحدد الغرامة التأخيرية من جهة التعاقد بنسبة لا نقل عن (10%) عشرة من المئة ولا تزيد على (25%) خمسة وعشرين من المئة من مبلغ العقد وعلى جهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية في وثائق المناقصة والتعليمات إلى مقدمي العطاءات. وتطبق المعادلة الآتية عند إحتساب هذه الغرامة

مبلغ العقد (مبلغ العقد الأصلي + - أي تغير في المبلغ)

\_\_\_\_\_\_ X (10-25%) =غرامة اليوم الواحد مدة العقد الكلية (مدة العقد الآصلية+- أي تغير في المدة)

 $^{1}$  - حكم محكمة التمييز الأردنية ، رقم 99/2141، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 10-11 سنة 2001، ص 2206.

\_

وجاء في المادة (9/رابعاً/ب) من نفس التعليمات يتم تخفيض الغرامات التأخيرية حسب نسب الأنجاز للإلتزامات التعاقدية المحددة في منهاج تنفيذ العقد والتي صدرت فيها

شهادة تسلم أولي للعمل المنجز أو السلعة المنجزة أو الخدمة المطلوبة مطابقة ومهيأة للأستخدام حسب شروط التعاقد وتطبق المعادلة كالآتي:

قيمة الالتزامات غير المنفذة

عرامة اليوم الواحد (25-10) X =غرامة اليوم الواحد

مدة العقد الكلبة

المدنية إلى تحديد الغرامة التأخيرية.

وأما في التشريع الأردني نجد أن بعضها حدد الكيفية التي يتم بها أحتساب غرامة التأخير، فقد نصت تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1987 في المادة (5) الفقرة (ب) على ما يلي "يحدد في ملحق نموذج العرض للمناقصة مدة تنفيذ العطاء وقيمة غرامة التأخير عن كل يوم على أن تكون تلك الغرامة متناسبة مع قيمة العطاء ومدة تنفيذه ويمكن الأسترشاد بالمعادلات التالية لتقدير قيمة الغرامات التأخيرية على أن تحدد في وثائق العطاء ".

1- للتأخير الذي لا يتجاوز (10%) من عدد أيام التنفيذ المتعاقد عليها تحسب قيمة الغرامة اليومية لكل يوم تأخير غير مبرر بما يعادل (10%) من معدل الإنتاج اليومي الذي يحصل عليه بقسمة قيمة العطاء عند توقيع الأتفاقية على مدة التنفيذ المبينة في عرض المناقصة أو في العقد وتحدد بوضوح في ملحق عرض المناقصة.

2- للتأخير الذي يتجاوز (10%) من عدد أيام التنفيذ تضاعف الغرامة وتحدد القيمة بوضوح في ملحق عرض المناقصة.

كما نصت المادة (68) من تعليمات العطاءات الأردني رقم (1) لسنة 2008 على كيفية أحتساب غرامة التأخير بقولها "إذا تأخر المتعهد عن تنفيذ ما إلتزم به في الموعد المحدد بالعقد فللجنة العطاءات أن تفرض عليه غرامة مالية بصرف النظر عن الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ لا تتجاوز (05%) نصف بالمائة من قيمة اللوازم التي تأخر المتعهد في توريدها عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع ... وعلى أن يتم فرض غرامة التأخير وفق الصلاحيات التالية:

- 1- إذا كانت مدة التأخير ستين يوماً أو أقل فإن صلاحية فرض الغرامة لأمين عام الدائرة المستفيدة.
- 2- إذا زادت مدة التأخير عن ستين يوماً فإن صلاحية فرض الغرامة تكون للجنة العطاءات.

أما في مصر تختلف نسبة الغرامة بحسب نوع العقد الإداري الذي أخل المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بإلتزاماته التعاقدية بالمواعيد المحددة في العقد ومن خلال الرجوع إلى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 في المادة (83) منه ، نجد أنها حددت كيفية أحتساب الغرامة في عقود المقاولات "على أنه إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة عن التسليم المؤقت في المواعيد المحددة جاز للسلطة المختصة إذا أقتضت المصلحة العامة ذلك إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير أعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الأبتدائي ، وذلك بواقع (1%) عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (10%)

عن قيمة العقد وتحسب الغرامة عن قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الأنتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة ، أما إذا رأت الجهة الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط ".

أما بالنسبة إلى عقود التوريد فقد حددت المادة (94) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري كيفية أحتساب غرامة التأخير كما يلي " إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد فيجوز للسلطة المختصة إذا أقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (1%) عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبحد أقصى (3%) من قيمة الأصناف المذكورة).

### الفرع الثالث

#### حالات الإعفاء من فرض الغرامة التأخيرية

لإدارة أن تلجأ إلى أسلوب التنفيذ المباشر في العقود الإدارية كما يجوز لها أن تفرض على المتعاقد معها غرامة تاخيرية، فإذا كان هذا الحق جائزاً لها فإنه قد يجد هذا التأخير سبباً يبرره فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه فيكون من باب أولى الإعفاء منها.

ويمكن حصر أهم الحالات التي يعفى فيها المتعاقد مع الادارة من الغرامات التأخيرية، في الآتي:

### أولا: حالة الإعفاء نتيجة القوة القاهرة

ويقصد بالقوة القاهرة هو الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه والذي يودي إلى أستحالة التنفيذ أستحالة مطلقة ، وطال ما أنه هنالك أستحالة في التنفيذ لايد للمتعاقد

<sup>1-</sup>خليفة، عبد العزيز عبد المنعم(2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص286-287.

فيها وعدم أمكان توقع الحادث الفجائي مع أستحالة دفعها، فإنه من العدل إذا توفرت القوة القاهرة بشروطها إن يعفى المتعاقد من مدة التوقف عن التنفيذ حتى زوالها ومن ثم يعفى من الغرامة التأخيرية ، فيكون الحادث القهري سببا قانونية لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من توقيع الجزاء عليه ، إلا أنه مما يجدر ملاحظته أن إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته يقتصر فقط على مدة حلول القوة القاهرة فإذا مازالت يعود عليه الإلتزام بالتنفيذ الكامل حسب الشروط المتعاقد عليها. (1) وتُعد القوة القاهرة سبباً من أسباب إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامات التعاقدية سواء أكان العقد إدارياً أو مدنياً ، لهذا لا يمكن فرض الغرامات بحق المتعاقد المقصر إذا كان ضحية قوة قاهرة. (2)

وقد أخذت محكمة التميز العراقية بهذا السبب كأحد أسباب إعفاء المقاول من الغرامة التأخيريـة وذلك في حكمهـا الصادر في 1970/7/13 إذ بينت فيـه " يجب أن يأخـذ بنظـر الأعتبار عن تقرير مدة التأخير الحوادث التي تعيق المقاول في تنفيذ إلتزاماته ".(3)

ومن خلال أستقراء أحكام محكمة التمييز الأردنية نجد أنها أيضا أخذت بالقوة القاهرة كسبب يعفي المتعاقد مع الإدارة من فرض الغرامة التأخيرية عليه فقد جاء في حكم لها " أن إصابة محركات الباخرة الناقلـة للبضـاعة موضـوع العطـاء ممـا أضـطر أصحابها إلى قطرها إلى ميناء المصدر ، وأضطر المحال عليه إلى نقلها الى باخرة أخرى هو من قبيل الحادث الفجائي والسبب الأجنبي الذي لا يد للمتعهد فيه وخارج عن إرادته وهو يأخذ حكم القوة القاهرة ، وأنه لن يترتب عليه أستحالة التنفيذ وانما ترتب عليه

<sup>1</sup>خضير، محمود خليل (1991) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ص163.

<sup>2-</sup>نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص201.

<sup>3 -</sup> نقلاً عن الجبوري، محمد حسن مر عي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص137.

وقف تنفيذ العقد خلال مدة عطل الباخرة وقطرها مما يشكل أستحالة وقتية في تنفيذ العقد، بـالمعنى المقصـود مـن المـادة (247) مـن القـانون المـدني وبالتـالي لا يجـوز مسـاءلة المتعهد عن التأخير في تسليم البضاعة بسبب خارج عن إرادته ولم يكن بإمكان تحاشيه، وعليه ولما لم يرد في أوراق الدعوي ما يفيد أرتكاب المتعهد بالتوريد أي خطأ في تنفيذ العقد أو تقصيره في التنفيذ إضافة على أن وزارة التموين استلمت البضاعة ولم تستعمل حقها في فسخ العقد نتيجة لتأخير التسليم وفقاً للمادة (247) المشار اليه فيكون الحكم بالزام المتعهد بالغرامة عن التأخير مخالفاً لإحكام المواد (202-247-448) من القانون المدني". (1) ونجد في مضمون المادة (448) من القانون المدنى الأردني رقم (43) لسنة 1976 القوة القاهرة على أنها " ينقضي للإلتزام إذا أثبت المدين أو الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ". وإذا حالت قوة قاهرة بين المتعاقد وبين أداء لإلتزامه التعاقدي في الميعاد قوة قاهرة لم يكن يتوقعها وقت التعاقد، فإنه يشترط لاستفادة المقاول بهذا الظرف الطارئ في إسقاط حق الإدارة في مطالبته بأداء غرامة التأخير أن يقوم بإبلاغ الإدارة فوراً عند حدوث حادث يرى أنه سيكون سبباً في تأخير إنهاء الأعمال. <sup>(2)</sup>

### ثانياً: الإعفاء بحالة حصول التأخير بفعل الغير

يعفى الملتزم (المتعاقد) مع الإدارة من غرامة التأخير إذا حصل هذا التأخير بفعل الغير، ويحدث ذلك عندما يكون تنفيذ العقد مناطاً بعدة مقاولين وكان تأخر أحدهم في تنفيذ التزامه في الوقت المقرر يعود إلى عدم قيام المتعاقد الأخر بإنجاز العمل المنوط به أو تأخره بتنفيذه وكان

<sup>1-</sup> حكم محكمة التمييز الأردنية، رقم 96/825 بتاريخ 1996/16/19، مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، العدد5 لسنة 1989، ص1428.

<sup>2 -</sup> خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، 291.

عمل المتعاقد الأول يعتمد على إكمال عمل الثاني ، كما لو أدى عدم إكمال الأنفاق المراد أنشائها من قبل أحد المقاولين في تأخر تبليط الذي يراد أنشاء تلك الأنفاق عليه والذي عهد به إلى مقاول أخر غير المقاول الذي عهد إليه إنشاء تلك الأنفاق. (1) هذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر بتأريخ 1959/4/15 إذ قضت فيه " على المحكمة التحقق عن المدة التي ترك الخزان فيها في المحطة إذ أن هذه المدة لا تسأل الشركة عنها المسؤول عن هذا التأخير هو الجهة المسؤولة عن نقل الخزان والشركة ليست هي المسؤولة فأن ظهر لها أن مدة التأخير المطالب بها عن بقاء الخزان في المحطة فلا تسأل الشركة عنها ".(2)

# ثالثاً: الإعفاء من غرامة التأخير بفعل الإدارة نتيجة التعديل الإداري:

يعفى المتعاقد من غرامات التأخير إذا كان تأخيره في التنفيذ عائداً لفعل الإدارة سواء كان الفعل يشكل خطأ أو إهمالاً أو تقصيراً أو كان أستعمالاً لحقها في تعديل طبيعة العمل أو في كميته ، وأن سبب الإعفاء من غرامة التأخير نتيجة فعل الإدارة مرجعه عدم تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها العقدية لما تعهدت به للمتعاقد معها كأن تكون قد التزمت بتقديم أرشادات أو بيانات معينة له ثم تأخرت في الوفاء بما تعهدت به. (3) وقد يكون الإجراء الذي تتخذه الإدارة المتعاقدة غير مؤثر بشكل مباشر على شروط العقد ، ولكنه يؤدي إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعه عند التعاقد ، وتؤدي إلى زيادة في مدة التنفيذ مما يؤخر وقت تنفيذ

<sup>1 -</sup> الزهيري، رياض عبد عيسى (1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات عقود الأشغال العامة، مصدر سابق ص326.

<sup>2-</sup> الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مصدر سابق ص164.

<sup>3 -</sup> عبد الباسط، محمد فؤاد (1989) اعمال السلطة الإدارية، مصدر سابق، ص426.

العقد ويعطيه الحق في عدم توقيع غرامة التأخير عليه. (1) ففي مصر إذا مارست الإدارة سلطتها في تعديل العقد بما يزيد زيادة جسيمة من أعباء المتعاقد دون أن تمد الأجل المحدد أصلاً للتنفيذ وفي ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر " إن التعديل يتطلب بطبيعته إفساح الأجل أمام المتعاقد ومن ثم فإنه في هذه الحالة لو ذهبت جهة الإدارة إلى عدم مد أجل العملية أو قررت أجلاً جديداً لا يتناسب مع جسامة الأعمال الجديدة ، فإن قرارها في هذه الشأن يخضع لرقابة قاضي العقد ، لا لكي ينزع عن جهة الإدارة حقها في توقيع الغرامة أو ليراقب سلطتها التقديرية في توقيعها ، إنما هو يتدخل امتداداً لسلطاته في تحقيق التوازن المالي للعقد بما يترتب عليه إفساح الأجل أمام المتعاقد مع جهة الإدارة إلى الحد الذي يراه مناسباً ، ومن ثم أبطال الغرامة متى كانت قد تقررت عن فترة تدخل في حدود هذا الأجل.<sup>(2)</sup> وأما في فرنسا هناك من الحالات ما يكون فعل الإدارة أستعمالاً كاملاً لمطلق حقها الثابت الذي لا نزاع فيه ، ويُعد سبباً مبرئاً لتأخير المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته ، مما يعطي الحق لإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير ، ومثـال ذلـك تعـديل الإدارة لطبيعـة الأشـغال وكميتهـا ، أو تـأمر الإدارة المتعاقـد معهـا بـإحلال مواد أكثر جودة من تلك التي كانت محل الأتفاق في العقد ، ويجب أن يكون التعديل عملاً مطلقاً من جانب الإدارة لكي يصلح سبباً مبرئاً ، ولا يكون بناء على طلب المتعاقد لتسهيل انجازه العمل. (3) وأما في العراق نجد ما نصت به الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية المدنية في العراق لعام 1988 في المادة (45) فقره (1) وتقابلها المادة (29) ف(3) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية

<sup>1 -</sup> بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري واثرها في تسيير المرفق العام، مصدر سابق، 114.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - حكم محكمة القضاء الإداري المصري، السنة 24، رقم 927 بتاريخ 1970/3/1، س 22 ق، ص240.

<sup>3 -</sup> بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري ....، مصدر سابق، ص118.

والكيماوية ، وعلى ذلك إستقرت أحكام محكمة التمييز إذ قضت في قرارها الصادر في 1970/4/4 إذ أعفت فيه المقاول من الغرامة التأخيرية لأن التأخير كان قد حدث بسبب الإدارة. (1)

وكما أن محكمة التمييز الأردنية أخذت بمبدأ إعفاء المتعاقد مع الإدارة من فرض غرامة التأخير عليه إذا كانت الإدارة هي السبب في تخلف المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته حين قضت في حكم لها " إذا تضمن عقد التوريد أنه في حالة تأخير تبليغ الأعتماد المستندي للمصدر لمدة تزيد عن عشرة أيام من تأريخ توقيعه عقد التوريد فإن مدة التأخير تتسحب على مواعيد الشحن دون غرامات وطالما أن هذا الشرط وضع لمصلحة المحال عليه التوريد لا يخالف القانون أو النظام العام فهو ملزم للإدارة وعليه فأن تأخرت الإدارة في فتح الأعتماد توجب إحتساب مدة التأخير لمصلحة المحال عليه العطاء دون فرض غرامات عن فترة التأخير في توريد البضاعة الواردة ضمن فترة تأخير فتح الاعتماد ".(2)

ويرى الباحث أن ما ذكر أعلاه بخصوص إعفاء الملتزم من الغرامة كون الإدارة هي من تسببت بالتأخير سليم ومنطقي ذلك لأنه لم يبدر من المقاول أي سبب للتأخير بل كان التأخير بسبب الإدارة لم يكن للمقاول ذنب يستحق العقاب عليه.

### رابعاً: التمديد أو الإمهال الإداري:

قد تقتضي المصلحة العامة مراعاة حسن تعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد ، يمكن أن تمهله بعض الوقت لأستكمال الإعمال إذا تعرض لصعوبات لا ترقى المواعيد إلى درجة القوة القاهرة إلا إنها تشكل صعوبات جديدة تعرقل تنفيذ العقد في المواعيد

<sup>1-</sup> الزهيري، رياض عبد عيسى (1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات عقود الأشغال العامة، مصدر سابق، ص 325.

عبي، على 920. 2- تمييز حقوق اردني رقم 96/825، مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، العدد 5 صادر بتاريخ 1998/6/19، ص 1428.

المحددة. (1) أن الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العراق معناه التصرف بأموال الخطة الأقتصادية لغير أغراض الخطة وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في حكمها المرقم 355/حقوق/1965 في 1965/11/26 الذي ذهبت فيه إلى " يعتبر التأخير في أداء العمل ضياراً في جميع الحيالات تُستحق به الغرامية التأخيريية كاملية وأستحقاقها بهذا هو نتيجة إصدار قرار إداري بموجب شروط العقد لا يملك الدولة النزول عنه أو التفريط به لأنه أصبح من حقوق الدولة التي لا يجوز التنازل عنها ".(2) ومع ذلك نجد كثيراً من أحكام محكمة التمييز العراقية تؤكد وجوب الإعفاء من الغرامة إذا كان هنالك سبب يحول بين المتعاقد وبين تنفيذه إلتزامه ومنها قراراها الصادر في 1971/7/1 الذي تذهب فيه " ما دام المقاول قد دفع بأن التأخير كان لسبب أجنبي فإذا ثبت إن التأخير كان لسبب أجنبي سقط عنه التعويض بموجب المادة (168) مدنى عراقي وهذا الحكم القانوني لا يعطله كون العقد إدارياً ".<sup>(3)</sup> وبهذا المعنى تذهب المحكمة إلى القول ".. وذلك لأن الخبراء بينوا أسباب التأخير فما كان فيها أجنبياً لا يد للمقاول فيه اعتبروا التأخير فيه مشروعاً وما لم يكن ذلك اعتبروا التأخير فيه غير مشروع ".(4)

أن موقف القضاء العراقي كان موفقاً بخصوص عدم جواز الإعفاء من الغرامة إذا كان التأخير ناجماً عن المتعاقد لأن الغرامة بمجرد صدورها من الإدارة تصبح من حقوق الدولة التي لا يجوز التنازل منها.

<sup>2</sup> - حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 355/ح/1965 بتاريخ 1966/11/26 اشار اليه الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص115.

<sup>1-</sup> شطناوي، علي خطار (2000) صلاحية الإدارة بفرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مصدر سابق ص112.

 $<sup>^{3}</sup>$  -انظر حكم محكمة التمييز العراقية الصادر في 1971/7/1 اشار الية الطائي، محمد على (1984) طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، بحث منشور في مجلة القضاء، مجلد 9 ، العدد الأول والثاني، السنة 95.

<sup>4 -</sup> الطائي، محمد على (1984) طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، مصدر سابق، ص96.

أما فيما يتعلق بموقف القانون الأردني من الإعفاء من غرامة التأخير، فإنه من خلال النظر في حالة النصوص التشريعية نجد أنه أخذ بحالة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير وذلك في حالة وجود القوة القاهرة التي حالت دون تنفيذ العقد وقد نصت على ذلك تعليمات تنفيذ العطاءات الأردني رقم (1) لسنة 2008 في الفقرة الأولى من المادة (82) على أنه " يكون من المتفق عليه أن المتعهد لا يتحمل الأضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة ". ولكن يُلزم المتعهد بموجب ما نصت عليه المادة (82) بالفقرة (ب) من نفس التعليمات التي أوضحت " في كل الأحوال عند وجود القوة القاهرة – على المتعهد تقديم أشعار خطي وفوري إلى الجهة المختصة بالظرف والأسباب التي تمنع من تنفيذ الإلتزام أو التأخير في الوفاء به وتقديم كل ما يثبت ذلك ".

وأن موقف القانون المصري من حالات الإعفاء من الغرامات التأخيرية فإنه بالرجوع إلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 فإننا نجد أن للإدارة وبموجب المادة (23) من القانون المذكور أن تعفي المتعاقد معها من غرامة التأخير وذلك بعد أخذ رأي أدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة المصري إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ، وللسلطة المختصة عدا هذه الحالة بعد أخذ رأي الإدارة المشار اليها إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا لم ينتج عن التأخير ضرر. (1) وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها بتأريخ 21/ديسمبر /1961 الذي جاء فيه "..أن أقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة

 $<sup>^{-1}</sup>$  المادة (23) من قانون الناقصات والمزايدات المصري رقم 86 لسنة 1998 .

الإدارية المتعاقد فيها مثلاً أن تعذر الظروف التي يتم تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات إذا هي قدرت أن لذلك محلاً ".(1)

ويرى الدكتور عبد المجيد فياض " أنه لا حجة في القول بأن إعفاء الإدارة متعاقدها من الغرامة يعنى تنازلاً عن دين محقق الوجود مملوك للدولة يتم بغير الطريق المرسوم له، لأننا لسنا إبداء دين نشأ من علاقة مديونية عادية، وانما أمام جزاء عقدي يقصد به في المقام الأول حث المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته في مواعيدها المقررة ".(2) ومن هنا يثار تساؤل هل للإدارة أن تعفى المتعاقد معها من غرامة التأخير إذا كان التأخير ناجماً عنه وليس بسبب أجنبي؟ أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في نطاق العقد الإداري في إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا تأخر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ، وهذا ما أستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي إلا أن محكمة المحاسبات في فرنسا أنتقدت هذا الرأي أستناداً إلى أن الغرامة تصبح من أموال الدولة بمجرد الإخلال الذي يبرر وقوعها. (3) وهذا ما أكدته فتوى القسم الأستشاري بمجلس الدولة الفرنسي في بقولها " بأن الجزاءات المالية المنصوص عليها في العقود الإدارية نظير التأخير في تتفيذ أحكامها تُستحق وتصبح واجبة الأداء بمجرد التأخير، والتجاوز عن الغرامة كلها أو جزء منها هو تنازل عن مال مملوك للدولة يجب أن تتخذ في شأنه الإجراءات المفروضة في هذه الحالة". (4)

<sup>2 -</sup> فياض، عبد المجيد(1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص180.

<sup>3-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الاسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 467.

<sup>4-</sup> هاشم، حُسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص69.

### المبحث الثاني

#### التعويض

القاعدة العامة تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يفرض على من أرتكبه دفع التعويض لمن لحقه الضرر سواءً كان ذلك الخطأ إخلالاً بإلتزام عقدي أم قانوني ، ويمكن طلب التعويض جراء للإخلال بالإلتزامات العقدية عندما لا ينص العقد على جزاء ما لمواجهة هذا الإخلال ، وأن من المسلم به أن للإدارة فرض الجزاءات المالية ضد المتعاقد معها بإرادتها المنفردة عند إخلاله في إلتزاماته التعاقدية ويدخل ضمن هذه الجزاءات جزاء التعويض ، وإناطة فرض الجزاءات المالية للإدارة وحدها ليس في الأمر أي ضير، حيث أن المتعاقد قادر على مقاضاة الإدارة إذا شاب تصرفها في تقدير التعويض وتحصيله عيوب أو أخطاء أو مبالغة.

ويرى بعض الفقهاء أن التعويض لا يدخل ضمن قائمة الجزاءات المالية بأعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص، وأن هذا الرأي رغم وجاهته لم يصمد أمام أتجاه أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية في مواجهة المتعاقد المقصر أصبح مبدأ مجمعاً عليه فقهاً وقضاءً.(1)

وللإحاطة بموضوع التعويض سيقسم هذا المبحث ألى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول تعريف التعويض والقواعد التي تحكمه، وفي المطلب الثاني كيفية تقدير التعويض وتحصيله، وفي المطلب الثالث الإعفاء من التعويض ومدى جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمينات.

\_\_\_

<sup>1-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص182، وكذلك الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص134.

### المطلب الأول

### تعريف التعويض وشروطه

سنبحث في هذا المطلب تعريف التعويض ومن ثم شروطه، ولذلك سيقسم إلى هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول تعريف التعويض، وأما الفرع الثاني شروطه.

# الفرع الأول تعريف التعويض

فالتعويض هو عبارة عن المبالغ التي يحق لـالإدارة أن تطالب المتعاقد معها بها وذلك إذا ما أخل بإلتزاماته التعاقدية مع سكوت العقد أو دفاتر الشروط على النص على جزاء مالي أخر كالغرامات لمواجهة هذه الإخلال. (1) والتعويض هو من الجزاءات المالية التي تهدف إلى تغطية الضرر الذي تتعرض له الإدارة جراء تقصير المتعاقد معها ، وهو له طابعاً ضاغطاً والسبب في ذلك لأن الخوف من دفع مبلغ من المال يجعل المتعاقد يفضل تنفيذ إلتزاماته طواعية وهذا الدور الضاغط للتعويض يعطي له أهمية في نطاق العقد الإداري بأعتباره جزاء مرن يسهل تطبيقه وتناسبه مع مدى خطورة الخطأ. (2) إلا أن من يذهب خلاف هذا الرأي بقوله "أن التعويض في الحقيقة جزاء مالي يقصد به تغطية الأضرار التي تلحق الطرف المتعاقد المضار قد لايكون مقابلاً حقيقياً لقيمة الضرر ولا سيما ما يلحق المرافق العامة ، لكنه جزاء ذا طبيعة إدارية أي ليس من نوع

\_

الجزاءات التي تستطيع الإدارة أن تفرضها بإرادتها المنفردة ".(3)

<sup>1-</sup> دي لوبادير، العقود الإدارية، الجزء الثاني، ص145، اشار اليه، بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري...، مصدر سابق، ص 263.

<sup>2-</sup> الشريف، عزيزة (1982) دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص164.

<sup>3-</sup> الفياض، إبر أهيم طه (1981) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص208.

# الفرع الثاني

### الشروط التى تحكم التعويض

من المسلم به أن التعويض في العقود الإدارية معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية، فهو يشمل كافة العقود الإدارية. (1) إن نظرية التعويض في العقود الإدارية تقترب من النظرية المقابلة في عقود القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، وفي اشتراط ركن الضرر ولكن تبتعد عنها فيما يتعلق بطريقة فرضها وكذلك كيفية التحصيل.(2)

وهناك عدة قواعد أو شروط أساسية تحكم التعويض منها.

### أولا: الخطأ العقدى:

يعرف الفقه الخطأ العقدي بأنه إخلال بالتزام عقدي، أي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد، والإلتزام العقدي الذي يُعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية أما أن يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو إلتزام ببذل عناية. (3) فالمدين يعتبر مخطئاً العقدية أما أن يكون إلتزاماته ، فبمجرد عدم قيامه بتنفيذ إلتزاماته يعتبر خطئاً موجباً المسؤوليته التعاقدية ، ويلزم بتعويض الدائن بما أصابه من ضرر ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناتجاً عن عمد أو عن إهمال أو تقصير. (4)

<sup>1-</sup> الجمل، هارون عبد العزيز (1979) النظام القانوني للجزاءات في عقد الشغال العامة، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، ص101

<sup>2-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 487.

<sup>3-</sup> هاشم، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية. ، مصدر سابق، ص 114.

<sup>4-</sup> البنان، حسن محمد على (2012) الجزاءات المالية في العقود الادارية، مصدر سابق ص114.

### ثانياً: تحقق الضرر

أن الغاية من التعويض هي جبر الضرر التي أحدثها إخلال المتعاقد بإلتزاماته ، وذلك فإن التعويض بعكس الغرامات المالية لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص ، ويقدر التعويض وفقاً لجسامة الضرر الذي تحملته الإدارة ، يشترط لأستحقاق التعويض أن يكون الضرر محققاً بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة ، وتدور المسؤولية العقدية مع الضرر وجوداً وعدماً ، فلا مسؤولية حبث لا ضرر ، ويشترط في التعويض المطلوب التعويض عنه أن يكون ضرراً مباشراً وهو الذي يكون نتيجة طبيعة الخطأ الذي أرتكبه ، ولا يستطيع المضرور توقعه بجهد معقول ولا يكون الضرر مباشراً إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير فيه طبقاً المجرى المعتاد للأمور . (2) وكذلك أن تحقق الضرر هو ما يصيب الدائن من أذى نتيجة للمدين بإلتزامه العقدي وهو يشمل الضرر المباشر المتوقع الذي يسببه المدين للدائن .(3)

### ثالثاً: لا محل للتعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكناً

أن الهدف من فرض الجزاءات المالية حث المتعاقد على تنفيذ ما إلتزم به مع الإدارة في العقد الإداري فإذا ما كان تنفيذ الإلتزام ممكناً فلا يصير التنفيذ عن طريق طلب التعويض. وبهذا قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه " من الأصول العامة للإلتزامات والتي تسري على العقود الإدارية والعقود المدنية على حد سواء أنه إذا أمكن التنفيذ العينى وطلبه الدائن فإن المدين يجبر عليه ، وأنه لا قيام للمسؤولية العقدية

<sup>1 -</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الأدارية، مصدر سابق، ص185.

<sup>2-</sup> هاشم، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 115.

<sup>3 -</sup> سلطًان، أنور (2005) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة (1) عمان، دار النقافة للنشر والتوزيع، ص 285

في مجال التنفيذ العيني ، إذ أنه متى كان التنفيذ العيني ممكناً فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ ، ويبنى على ذلك أنه لا قيام للمسؤولية العقدية سواء كان محل الإلتزام دفع مبلغاً من المال إذ يكون التنفيذ العينى ممكناً دائماً ".(1)

### رابعاً: أعذار المتعاقد مع الإدارة

أن من المسلم به وكقاعدة عامة لا يجوز للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية إلا بعد أن تقوم بإعذاره.

وقد جاء في المادة (256) من القانون المدني العراقي حيث نصت " لا يُستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

وكذلك تنص المادة (246) من القانون المدني الأردني حيث نصت "1-في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه. 2-ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ بالحال أو تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال أن كان له مقتضى ".

ولم تكن الإدارة في فرنسا تتمتع بسلطة توقيع جزاء التعويض دون إستصدار قرار مسبق من القضاء بهذا الشأن، غير أنه وبعد صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الاطلنطي في 1929/10/11 حدث تطور هام في هذا الشأن، إذ سمح المجلس للإدارة بأن تحدد بنفسها قيمة التعويض وتلزم المتعاقد به. (2) وكذلك نصت المادة (218) من القانون الدني المصري على أنه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ". وبهذا ايضاً قد نصت المادة (1146) من القانون الفرنسي بنفس

2 - نابلسى، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص185.

<sup>1-</sup> نقلا عن، البنان، حسن محمد علي (2012) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق ص412.

القول. وبهذا فإن الإعذار هو شرط لأستحقاق التعويض وسواء أكان ذلك التعويض عن عدم التنفيذ أو تعويضاً عن التأخير وهو ما أخذ به القضاء في مصر وفرنسا كما أن غالبية فقهاء القانون الخاص أقروه. (1)

ويرى الباحث بضرورة إعذار المتعاقد معها قبل تحصيل التعويض منه وعلى هذا الأساس وإعمالاً لمبدأ وجوب الإعذار المسبق قبل فرض أي جزاء، فإنه من حيث المبدأ يجب على الإدارة أن تعذر المتعاقد معها بجزاء التعويض قبل القيام به، وذلك بسبب المدور الضاغط الذي يمارسه التعويض على المتعاقد وفي الوقت نفسه فإن المتعاقد لا يؤاخذ على تراخيه في تنفيذ العقد إلا من وقت إعذاره وابتداءً من هذا الوقت يستحق التعويض.

### المطلب الثاني

### كيفية تقدير التعويض وتحصيله

هناك خلافاً جوهرياً بين التعويض في نطاق القانون العام والخاص ، والسبب في هذا الأختلاف هو الأمتيازات التي تتمتع بها الإدارة ومن أهمها أمتياز التنفيذ دون اللجوء اللى القضاء مقدماً ، فبموجب هذا الأمتياز المقرر للإدارة تستطيع أن تحدد مقدماً التعويض الذي تستحقه عند إخلال المتعاقد معها بالتزامات التعاقدية على أن ينازع المتعاقد مع الإدارة في هذا التقرير أمام القضاء أن أراد ذلك هذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي. (2) ويمكن لقاضي العقد أن يقرر إعفاءه من هذا التعويض فيما إذا ثبت عدم

- الجمل، هارون عبد العزيز (1979) النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، مصدر سابق، ص 106.

<sup>1-</sup> الجمل، هارون عبد العزيز (1979) النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مصدر سابق، ص116.

صحة الأساس الذي بني عليه ، ويجب أن يراعي عند تقرير التعويض مقدار مساهمة الإدارة بخطئها في إحداث الضرر بحيث يتم أنزال قيمة التعويض بما يعادل نصيب هذا الخطأ من جانب الإدارة ، ومن المقرر أن التعويض طبقاً للقواعد العامة يشمل ما أصاب الإدارة من خسارة وما فاتها من كسب. (1)

أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، لم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بإعطاء الإدارة الحق باللجوء إلى القضاء لتقدير التعويض بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك بإعطاء الإدارة سلطة تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر دفع تصدرها بإرادتها المنفردة وفي حالة غياب النص الذي يخول الإدارة فرض جزاء التعويض على المتعاقد معها يتعين على الإدارة أن تقوم باللجوء إلى القضاء وذلك حتى تتمكن من الحصول على التعويض الذي تستحقه الإدارة. (2) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر 1966/12/21 الذي تذهب فيه ".. فإن المحكمة تقدر التعويض المستحق المؤسسة في ذمة الإدارة بمراعات مدى جسامة الخطأ الذي أرتكبه كل منها ". (3)

أما في العراق فإن الإدارة تلجأ إلى القضاء للحكم بالتعويض عن الإضرار التي تصيب الإدارة ، لأنه لا يوجد في العراق ما يعطي الإدارة الحق في تقدير التعويض وخصمه من مستحقات المتعاقد أو تأميناته دون مراجعة القضاء. (4) ومن خلال الرجوع للقضاء العراقي فإن محكمة التمييز قد أكدت في حكم لها على مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير التعويض إذ تقول

<sup>1-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص184.

<sup>2 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص462-463.

<sup>3-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصري الصادر 1966/12/21 اشار اليه هاشم، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 119.

<sup>4-</sup> الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، مصدر سابق ص34.

بأنه " تقدير الإضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية ". (1) ولم يقتصر الأمر على ذلك بل أعطت نفسها الحق في التدخل لتخفيض مقدار التعويض المحكوم به أذ كان يزيد عن ما أصاب المشتكى من إضرار ". (2)

وقد جاء في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 في المادة (256) منه حيث نصت "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

### المطلب الثالث

# الإعفاء من التعويض ومدى جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمينات

سنبحث في هذا المطلب الإعفاء من التعويض ومدى جواز الجمع بينه وبين مصادرة التأمينات، ولذلك سيقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في المطلب الأول الإعفاء من التعويض، والمطلب الثاني مدى جواز الجمع بينه وبين مصادرة التأمينات.

# الفرع الأول

### الإعفاء من التعويض

أن التعويض على عكس غرامة التأخير وأن جهة الإدارة لا تملك أن تتنازل عن حقها في التعويض متى ثبت لها، وذلك للأسباب التالية. (3)

أولا: أن أحد شروط التعويض وأهمها هو توافر ركن الضرر، وهذا يتنافى مع الحكمة من الإعفاء من غرامة التأخير، إذ أن الإعفاء منها يرتبط في كون المصلحة العامة لم يلحقها

<sup>1-</sup>حكم محكمة التمييز العراقية 381/تمييزية/973 في 971/5/18 النشرة القضائية ع2 س1971،1،

ص131.

<sup>-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية 720/ تمييزية/973 في1973/12/29 النشرة القضائية ع4، س4،1973 ، ط4،1973 ، ص104. - ص104.

 $<sup>^{3}</sup>$  - بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري واثرها في تسير المرفق العام، مصدر سابق، ص 296-297.

ضرر، والتعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه من المتعاقد قد سبب ضرراً.

ثانياً: أن التعويض توقعه سلطة قضائية بناءً على طلب من جهة الإدارة، فإذا ثبت لها الحكم بالتعويض ينشأ عن ذلك ديناً لصالح الدولة ولا يحق لجهة الإدارة إعفاء المتعاقد معها من التعويض بناءً على هذا الحكم وإلا تسبب عن ذلك الإضرار بالصالح العام وخسارة للخزينة العامة.

ثالثاً: التعويض الهدف منه تغطية إضرار حقيقية لحقت الإدارة على خلاف غرامة التأخير كونها جزاءً عقدياً الهدف منه الضغط على المتعاقد لتنفيذ إلتزاماته في الوقت المحدد للعقد.

ويتضح مما سبق أن الإعفاء من التعويض أو تخفيضه يخضع لسلطة القضاء فقط وذلك إذا ما تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه.

# الفرع الثاني مدى جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمينات

يتفق حق جهة الإدارة في فرض جزاء التعويض عن الأضرار التي تصيبها من جراء خطأ المتعاقد مع مصادرة التأمين النهائي في أن كليهما من الجزاءات المالية التي تتضمن معنى العقوبة والتي تلزم المتعاقد بدفع مبلغ من المال للإدارة ، حيث إن الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائي إذا ما أخل المتعاقد معها بإلتزاماته التعاقدية ، دون حاجة لإثبات حصول الضرر، أما جزاء التعويض فليزم لتوقيعه إصابة جهة الإدارة

بأضرار مادية جسيمة تزيد قيمتها عن قيمة التأمين النهائي. (1) وقد ذهب معظم الفقهاء أنه يجوز الجمع بين التعويض وبين مصادرة التأمين لكي تتمكن الإدارة من أقتضاء كامل قيمة الأضرار التي تسبب بها المتعاقد ، ما لم ينص العقد صراحة على العكس ، وذلك لأن مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حال الأخلال بشروط العقد ، لذلك ليس من المجدي بالنسبة للمتعاقد أن يثبت أن مقدار التعويض اللزم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين ، ويستند التعويض التكميلي الذي قد يستحق للإدارة بالإضافة إلى مبلغ التأمين إلى أحكام القانون الخاص القواعد العامة في المسؤولية العقدية. (2)

ومن الجائز قيام جهة الإدارة المتعاقدة بالجمع بين مصادرة التأمين النهائي ومطالبة المتعاقد معها بالتعويض ، وذلك حين تزيد الأضرار الناجمة عن الإخلال بالإلتزام التعاقدي عن قيمة التأمين النهائي ، وذلك على أعتبار أن هذا التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة. (3) فإذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفي وحدها لجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره ، ولا يدخل في حساب هذا التعويض ما تكون جهة الإدارة قد حصلت عليه من فروق أسعار تكبدتها نتيجة للتنفيذ على حساب المتعاقد أو ما حصلت عليه من غرامات تأخير ومصاريف إدارية ، حيث أن ذلك لا يعدو أن يكون أسترداد النفقات فعليه تحملتها الإدارة لإتمام العمل المسحوب من المقاول ومن ثم فلا يعد من قبل التعويض المستحق لها عن إخلال المتعاقد بإلتزامه التعاقدي ، والذي يجب أن يتم تقديره وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ، وذلك

<sup>2 -</sup> الحلو، ماجد راغب (2007) العقود الأدارية، القاهرة ، الدار الجامعية، ص156.

 $<sup>^{2}</sup>$ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1772 لسنة 29ق، جلسة 1985/2/5 أشار اليه، خليفة، عبد العزيز عبد المنعم(2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، 2940.

بالتعويض الكامل عما أصابها من أضرار ويشمل ذلك ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب. (1) وقد قضت المحكمة الإدارية في مصر تبرير ذلك الجمع بين التعويض ومصادرة التأمينات بأنه "... وما دامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة ، فلا تثريب إن أجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين أستحقاق التعويض ، إذا لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً محظوراً ، حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على أستحقاق التعويض حيث أن هذا الأستحقاق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بإلا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر مجاوزاً قيمة التأمين المصادر ، أما إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك ". (2)

# المبحث الثالث مصادرة التأمينات

إن من بين الجزاءات المالية التي ينص عليها العقد الإداري هي حق الإدارة في مصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد كجزاء ينص عليه ضمن شروط العقد ومردها كما هو معلوم إلى ما يتميز به العقد الإداري من طابع خاص مناطه أحتياجات المرفق العام الذي يستهدف القعد وتسييره وتغليب وجهة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

ومن أجل الإحاطة بهذه الصورة من الجزاءات آثرنا أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نتباول في المطلب الأول ماهية التأمينات والطبيعة القانونية لها، والمطلب الثاني خصائص جزاء مصادرة التأمينات ، والمطلب الثالث أستحقاق مصادرة التأمينات والإعفاء منها وتمييزها عن ما بشبهها.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1019 لسنة 19ق، جلسة 1966/12/10 اشار اليه خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق ص295.

. –

 $<sup>^{-}</sup>$  حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعنين 1911،5500 لسنة 43ق، جلسة 2000/10/31 .

### المطلب الأول

# ماهية التأمينات والطبيعة القانونية لها

سنبحث في هذا المطلب بيان مدلول التأمينات ومن ثم بيان الطبيعة القانونية لها، ولذلك سيقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول ماهية التأمينات وفي الفرع الثاني الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات.

# الفرع الأول

### ماهية التأمينات

التأمينات هي عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة المتعاقدة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره. (1) ومصادرة التأمين هي أستيلاء الإدارة على مبالغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد ، وتختلف مصادرة التأمين عن الغرامة المالية كون من الجائز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض لجبر كل الضرر الذي أصاب الإدارة ، مالم ينص العقد صراحة على عكس ذلك ، كون مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة الإخلال بشروط العقد. (2)

فالتأمين يقرر في الأساس لتعويض الإدارة في حالة عدم تنقيذ المتعاقد معها لإلتزاماته التعاقدية ، فمصادرة التأمين في حقيقة الأمر تمثل جزاء ينص عليه في العقد

<sup>1-</sup> عياد، احمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 349.

<sup>2-</sup> المصري، زكريا (2014) العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ص54.

بحيث أن الجهة الإدارية تملك أن توقعُه على المتعاقد الذي يخل ويقصر في إلتزامه التعاقدي حتى ولو لم يلحقها ضرر، والهدف من هذا الجزاء هو الحرص على أستمرار سير المرفق العام وضمان جدية العطاء ويشكل ايضاً وسيلة تستوفي الإدارة بها ما تستحق لها من مبالغ لدى المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ إلتزاماته. (1) والتأمين على نوعين تأمين مؤقت وتأمين نهائي والتأمين المؤقت عادة ما يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد وهو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء ، أما التأمين النهائي فهو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما إلتزم به في العقد الإداري وهذه التأمينات تعد نهائية لأن المتعاقد يلزم بتقديمها بعد إحالة المناقصة اليه بصورة قطعية ضماناً لحسن التنفيذ. (2)

والتأمين المؤقت أو (الأولي): هو مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية تتوقى به آثار الأخطاء التي ترتكبها صاحب العطاء عند أنسحابه أو نكوله عن المناقصة أو المزايدة أو الممارسة وضمان لجدية مساهمته وسلامة قصده، وله عدة صور منها.(3)

- 1- التأمين النقدي وهو الصوره الأولى لدفع قيمة التأمين لجهة الإدارة ويتم سداد التأمين بالعملة ذاتها التي حددتها كراسة الشروط، وقد تكون عملة أجنبية إذا كانت المناقصة دولية. (4)
- 2- الصكوك في القانون المصري تقبل الصكوك كتأمينات أولية ترفق بالعطاءات على وفق للشروط الآتية " أ- أن يكون الصك مقبول الدفع من المصرف المسحوب عليه ومؤشراً

\_

<sup>1-</sup> الطماوي ، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص463.

 $<sup>^2</sup>$  - عبدالرحمن ، حسن عزيز (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري ، الإسكندرية ، دار الفكر العربي ص-705-705 .

<sup>3 -</sup> سويد، جلال سعود سالم (2013) عدم ابرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة، مصدر سابق، ص 124

<sup>4 -</sup> نصار، جابر جاد (2000) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 67.

عليه بذلك ، وإذا كان الصك مسحوباً على مصرف أجنبي فيجب أن يؤشر عليه بأنه مقبول الدفع من أحد المصارف المعتمدة لدى جهة الإدارة. ب-يمكن في حالة وجود ضمانات تقدر الإدارة كفايتها وجديتها قبول الصكوك العادية من دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من المصرف المسحوب عليه ".(1)

3- خطاب الضمان كذلك يؤدي التأمين بموجب خطاب ضمان صادر من إحدى المصارف المحلية المعتمدة غير مقترن بقيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب ، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب من دون الألتفات إلى أي معارضة من مقدم العطاء. (2)

4- المقاصة إذ يجوز دفع التأمين الأولى عن طريق خصم قيمة هذا التأمين من مبالغ مستحقة لمقدم العطاء لدى الإدارة، ولكن هذا موقوفاً على أن تكون هذه المبالغ صالحة للصرف وقت تقديم العطاء، ويشترط أن يطبق ذلك فيما يخص المبالغ المستحقة لدى الإدارة المعنية أو المزايدة، وليس فيما يخص المبالغ المستحقه لصاحب الشأن لدى إدارات أخرى.<sup>(3)</sup>

التأمين النهائي: " هو ما يودعه من رسى العطاء عليه بعد إخطاره بقبول عطائه ضماناً لملائمته إزاء المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء عدم قيامه بتنفيذ العقد على

 <sup>1 -</sup> المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

<sup>2 -</sup> المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

<sup>3 -</sup> نوح، مهند مختار (2005) الإيجاب والقبول في العقد الإداري، بيروت، منشورات الحلبي، ص578.

الوجه الأكمل، ولتحصيل الغرامات والتعويضات وغير ذلك من المبالغ التي تستحق على المقاول أو المتعهد طبقاً لنصوص العقد...". (1)

ففي الأردن فقد حددت تعليمات العطاءات رقم (1) لسنة 2008 في المادة (8) منه على المناقص أن يرفق في عرضه تأميناً مالياً على شكل كفالة بنكية أو شيك مصدق صادر عن أحد البنوك أو المؤسسات المرخصة والعاملة في المملكة وبنسبة لا تقل عن (3%) من قيمة اللوازم الواردة في عرضه ويجوز للجنة قبول النقص في تأمين الدخول بما لا يزيد عن (2%) من قيمة هذا التأمين. وكما جاء في المادة التاسعة من نفس التعليمات أنه " تعاد تأمينات الدخول في العطاء إلى مقدميها من المناقصين وفي حال أستخدام الوسائل الإلكترونية يتم طلب إلغاءها من الجهة المنشئة لها واعلام المناقص الكترونيا ".

وقد جاء في المادة (10) أيضاً " يعتبر المناقص ملتزم بتقديم تأمين حسن التنفيذ للعطاء المحال عليه على شكل كفالة بنكية أو شيك مصدق صادر من أحد البنوك أو المؤسسات المرخصة والعاملة في المملكة بمبلغ لا يقل عن (10%) من القيمة الإجماليـة للـوازم المحالـة عليـه أو مـن القيمـة التـي تقـدرها لجنـة العطـاءات للقـرارات غيـر محددة القيمة يقدمه قبل توقيعه على أمر شراء الاتفاقية ويجوز قبول تأمين واحد للدخول بالعطاء وحسن التنفيذ لنفس العطاء مع مراعات كفاية قيمة التأمين برفع قيمته بحيث لا تقل عن 10% من القيمة الإجمالية للوازم المحالة عليه أو من القيمة التي تقدمها لجان العطاءات للقرارات غير محددة القيمة على أن يتضمن التأمين نصاً صريحاً بذلك ".

 <sup>1 -</sup> حكم محكمة القضاء الإداري المصري، رقم 1408 لسنة 10ق بتاريخ 1957/2/24، بند 159، ص231، اشار اليه، بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير فيالعقد الأداري واثرها في تسيير المرفق العام، مصدر سابق، ص298.

وجاء في المادة (13) من التعليمات المشار إليها بالفقرة (أ) -يقدم تأمين الصيانة على شكل كفالة بنكية أو شيك مصدق صادر عن بنك أو مؤسسة مرخصة وعاملة في المملكة بنسبة لا تقل عن (3%) من قيمة اللوازم المكفولة ويعاد هذا التأمين إلى المتعهد بعد أن يقدم براءة ذمة من الدائرة المستفيدة.

(ب) – إذا كانت اللوازم الموردة بحاجة إلى تركيب وتشغيل كالأجهزة والمعدات والآت ولم تقدم الدائرة المستفيدة بالطلب من المتعهد القيام ببدء التركيب والتشغيل بعد أستلام الوازم وإدخالها إلى المستودعات أصولياً فتبدأ فترة الصيانة المجانية بعد (120) يوم من تأريخ تنظيم ضبط تسليم الوازم أصولياً.

(ج) – عند انتهاء مدة الصيانة المجانية الواردة بقرار الإحالة تعتبر كفالة الصيانة المقدمة من المتعهد مفرجاً عنها حكماً بعد مضي (120) يوم في حالة عدم ورود أي إشعار خطى من الدائرة المستفيدة.

(د)- لا يطلب تأمين صيانة الوازم التي ليست بحاجة إلى صيانة على أن تقوم الجهة المستفيدة بتحديد ذلك في طلب الشراء وأن يتم تحديد ذلك في قرار الإحالة.

ونصت المادة (14) من نفس التعليمات في الفقرة (أ) تأمين سوء المصنعية يقدم المتعهد ضمانة خطية من سوء المصنعية مصدقة من كاتب العدل تحتوي رقم قرار الإحالة وبكامل قيمة الوازم المضمونة مضافاً اليها (15%) من قيمتها إلا إذا ورد خلاف ذلك في دعوة العطاء.

وأما في العراق فقد حددت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 في المادة (9) أولاً الفقرة (أ) تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة لا تقل عن (1%) ولا تزيد عن (3%) من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الإحالة في عقود التجهيز

السلع والخدمات والمقاولات العامة بمختلف أنواعها وأن يراعى في هذا التحديد أهمية المناقصة وأن تقل هذه النسبة كلما زاد مبلغ الكلفة التخمينية.

- (ب) لا تقبل التأمينات الأولية لمقدمي العطاءات إلا إذا كانت على شكل خطاب ضمان أو صك مصدق أو فستجه.
- (ج) تقدم التأمينات الأولية من قبل مقدم العطاء أو أي من المساهمين في الشركة أو الشركة الشركات المشاركة بموجب عقد مشاركة لمصلحة جهة التعاقد ويتضمن الإشارة لأسم ورقم المناقصة.
- (د) تعفى الشركات العامة من تقديم التأمينات الأولية وخطاب ضمان حسن التنفيذ المنصوص عليها في هذه التعليمات.
- (ه) يعفى مقدمو العطاءات المشاركون في مناقصات المقرر أحالتها بأسلوب المناقصة المحدودة أو (المرحلة الثانية) أسلوب المناقصة بمرحلتين أو أسلوب الدعوة المباشرة أو أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد) أو أسلوب الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة من تقديم التأمينات الأولية.

وكما أشارت المادة(9) ثانياً من نفس التعليمات الفقرة (أ) - تقدم التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان حسن التنفيذ بنسبة 5% من مبلغ العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وقبل توقيع العقد. والفقرة (ب) - يجوز للشركات الأجنبية تقديم التأمينات النهائية خلال (21) يوم من تأريخ توقيع العقد بعد موافقة اللجنة المركزية للمراجعة ومصادقة الإحالة في جهة التعاقد. والفقرة (ج) - لا تطلق التأمينات النهائية إلا بعد صدور شهادة القبول النهائي وتصفية الحسابات ويجوز أطلاق أجزاء من مبلغ خطاب حسن ضمان حسن

التنفيذ بعد التسليم النهائي لتلك الأجزاء وصدور شهادة القبول لها بما يؤيد كونها مؤهلة للاستخدام.

وفي مصـر حـدد قـانون المناقصـات والمزايـدات رقـم (89) لسـنة 1998 فـي المـادة (19) منه التأمين المؤقت (التأمينات الأولية) بأنها لا تقل عن (1%) من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال و (2%) من قيمة العطاء فيما عدا ذلك، وبموجب المادة (26) من نفس القانون أعلاه يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع ما يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي قيمة التأمينات النهائية والتي تبلغ (5%) من قيمة الأعمال و (10%) من قيمة العقود الأخرى.

# الفرع الثاني

## الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات

أختلف الفقه الإداري حول التكييف والطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات ، وفيما إذا كان من الضروري إدراج هذا الجزاء في العقد المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد ، إذ ترى طائفة منهم وجوب الأتفاق عليه في العقد ابتداءً ، في حين تري طائفة أخرى لا داعى من الأتفاق عليه بحجة أنه سوف لا يبقى هناك محل لأشتراط التأمين النهائي مع العطاء.<sup>(1)</sup> ويُعد التأمين النهائي ضماناً لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر بتنفيذ العقد ، ولا يكون هذا الضمان حقيقياً ما لم يكن للإدارة حـق مصـادرة التـأمين ، أي اقتضـاء قيمتـه بطريقـة التنفيـذ المباشـر مـن دون حاجـة إلـي الإلتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ ، سواء نص أو لم ينص على ذلك في شروط

<sup>1-</sup> الشورابي، عبد الحميد (2003) العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص40.

العقد. (1) وكما أن التأمين النهائي يُعد ضماناً لجهة الإدارة إذ لا يجوز لها أن تتغاضي عنه ، وذلك حرصاً على مصلحة المرفق العام وأنتظام سيره ، إذ أنه وأن شرع هذا التأمين لصالحها فمعنى ذلك لأنها قائمة على المرفق العام الذي تديره ، ومن ثم فإن المصلحة العاملة تقتضلي مصادرة التأمين النهائي إذا ما أخل المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته تجاهها، ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة أن تتغاضى عن ذلك. (2)

أن مصادرة التأمينات تشبه الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد المدني في كونهما يفرضان على المتعاقد مقابل إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية ويختلف عن التعويض الأتفاقي المنصوص عليه في القانون المدنى وذلك لأن الإدارة تستطيع فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء ودون أن تلزم بإثبات أن ضرراً ما لحق بها من جراء الإخلال بشروط العقد ، وبذلك تتشابه مصادرة التأمينات مع التعويض في نطاق العقود الإدارية ولكل منهما فكرة قائمة بذاتها وهذا السبب الذي دفع القضاء إلى إعطاء الحق للإدارة في جواز الجمع بينهما. (3)

وبناءً على ما تقدم تكمن الطبيعة القانونية في أنه تعويض أتفاقي وشرط جزائي بين المتعاقد والإدارة كحد أدني للضرر المتوقع حدوثة إذا ما أخل المتعاقد بما التزم به في العقد الإداري، وهو حق للإدارة وقد حددت المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكم لها بأن التأمين شرط جزائي وذلك

<sup>1 -</sup> سويد، جلال سعود سالم (2013) عدم إبرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص110.

<sup>2 -</sup> الحمادي، مال الله جعفر عبد الملك (2010) ضمانات العقد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص

<sup>3-</sup> الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 144

بقولها " إن التكييف القانوني للتأمين النهائي في هذه الحالة هو أنه شرط جزائي يحدد مقدماً باتفاق الطرفين قيمة التعويض عن الإخلال بشروط التعاقد...".(1)

وفي حكم أخر لها حيث ذهبت فيه "وإذا كان التأمين ضماناً لجهة الإدارة شرع لمصلحتها فلا يتصور أن يكون التأمين قيداً عليها أو مانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للإضرار الأخرى التي تكون لحقتها من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ شروط العقد الإداري كغرامة التأخير، فمن المسلم به أن لجهة الإدارة الحق في توقيع غرامة التأخير على المتعهد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية في مواعيدها، ومن المسلم به ايضاً أن لها الحق في مصادرة التأمين عند وقوع الإخلال وذلك من دون حاجة لإثبات ركن الضرر ".(2)

## المطلب الثاني

## خصائص جزاء مصادرة التأمينات

يتميز جزاء مصادرة التأمينات بالخصائص الآتية:(3)

1- إن حق الإدارة في مصادرة التأمين عند التقصير المتعاقد معها في التنفيذ يقوم حتى ولو لم ينص عليه العقد. وبهذا الأتجاه أستقر القضاء الإداري في مصر حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه " فليس بالذي يعتد به ما يقول به الدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم تنص على حق الوزارة في مصادرة التأمين في حالة تخلف من يرسو عليه العطاء عن تنفيذ ما تعهد به ، ذلك أنه ما

\_

<sup>1-</sup> هاشم، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص101.

<sup>2-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، المرقم251 جلسة25في 1991/1/26اشار الية، سويد، جلال سعود سالم(2013) عدم ابرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة، مصدر سابق، ص 110.

<sup>3 -</sup> عبد الباسط، محمد فؤاد ( دون سنّة نشر) القانون الإداري ، مصدر سابق، ص858.

دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق ، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لأشتراط دفع تأمين العطاء.(1)

- 2- أن لـلإدارة الحـق فـي توقيع جـزاء مصـادرة التأمينات بإرادتها المنفـردة دون أنتظـار لحكـم القضـاء. (2) وقـد جـاء فـي المـادة (29) مـن قـانون المناقصـات والمزايـدات المصـري يمكن أن تقوم بخصـم مقداره مباشـرة حيـث نـص بأنـه " مما يكون مستحقاً للمتعاقد لديها أو لدى جهة إدارية أخرى من مبالغ...."
- 3- إن الإدارة تقوم بتوقيع هذا الجزاء دون الحاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء إخلال المتعاقد معها. وهذا ما أسقر عليه القضاء حيث جاء في محكمة القضاء الإداري المصري " فالضرر هنا إذن مفترض وبذلك يتميز جزاء مصادرة التأمين كتعويض جزافي مقدر سلفاً باتفاق الطرفين عن التعويض الذي يرتبه الشرط الجزافي في عقود القانون الخاص. (3)
- 4- التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة أقتضاؤه ولكنه لا يمثل الحد الأقصى. (4)

ويترتب على ذلك:

4 - عبد الباسط، محمد فؤاد (1989) أعمال السلطة الإدارية، مصدر سابق، ص430.

 $<sup>^{1}</sup>$  -حكم محكمة القضاء الإداري المصري، قضية رقم 1998 اسنة 10 ق بتأريخ 17/نوفمبر/1957، السنة 12، بند 14، ص 18.

 $<sup>^2</sup>$  - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية ، السنة الحادية عشر ، قضية رقم  $^2$  662 لسنة  $^2$  بتاريخ  $^2$  1957/4/7 بند  $^2$  232 ،  $^2$  بند  $^2$  340 لسنة  $^2$  10 بتاريخ  $^2$  1957/4/7 بند  $^2$  232 ،  $^2$  10 بتاريخ  $^2$  1957/4/7 بند  $^2$  232 ،  $^2$  10 بتاريخ  $^2$  1957/4/7 بند  $^2$  232 ،  $^2$  10 بتاريخ  $^2$  1957/4/7 بند  $^2$  232 ،  $^2$  24 بتاريخ  $^2$  1957/4/7 بند  $^2$  24 بتاريخ  $^2$  25 بند  $^2$  25 بند  $^2$  25 بند  $^2$  26 بند  $^2$  27 بند  $^2$  28 بند  $^2$  28 بند  $^2$  28 بند  $^2$  29 بند  $^2$  29 بند  $^2$  20 بند  $^2$ 

<sup>3 -</sup> حكم محكمة القضاء الإداري المصري، حكم 1957/4/7، وانظر ايضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر في خمسة عشر عاماً (1965-1970) الجزء الثاني، طعن رقم 1027 لسنة 15 بتاريخ1978/1/28، ص1919.

- "أنه لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض ". (1) ومعنى ذلك الأفتراض لا ينصب هنا على وقوع الضرر فقط وإنما ايضاً على كون التأمين يمثل الحد الأدنى لتعويضه، ولكن إذا نص العقد على نسبة معينة للتأمين المصادر فيتعين على الإدارة أحترام هذه النسبة وعدم تجاوزها، إذ "أن حق الجهة الإدارية في مصادرة التأمين ليس حقاً مطلقاً بل يقف عند حدود معينة..." فإذا عينت هذه الحدود مثلاً في العقد بعدم تجاوز قيمة التأمين المصادر (10%) من قيمة ما لم يورد، فإن الإدارة إذا جاوزتها وصادرت التأمين كله تكون قد خالفت شروط العقد. (2)
- إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله، فلا محل للحكم بتعويض أخر الإ إذا أتفق على غير ذلك، وإذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجبر الضرر، فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره بالإضافة إلى تأمين، وفي مثل هذه يخصم مبلغ التأمين من التعويض. (3) ولا يعتبر ذلك من قبيل الجمع المحظور بين تعويضين بإعتبار أن لكل من التعويض ومصادرة التأمين طبيعته وغايته المستقلة ، كما لا يشترط الجمع بين التعويض والتأمين أن ينص على أمكانية ذلك في العقد ، إذ أن الجمع يجد سنده في القواعد العامة. (4)

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في خمسة عشر عام (1965-1980) ، الجزء الثاني، طعن رقم 508 لسنة 9 ق بتاريخ 1967/11/18 ، ص1889.

 $<sup>^2</sup>$  - حكم المحكمة الإدارة العليا المصرية، في خمسة عشر عام، طعن 1136 لسنة 15 ق بتاريخ 1957/2/22، 0

حكم المحكة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 508 لسن 9 ق، بتاريخ 1967/11/18 وانظر ايضاً بنفس المجموعة، طعن رقم 108 بتاريخ 1969/6/21، ص 1891.

 $<sup>^{4}</sup>$  - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة التاسعة، طعن رقم 1316 لسنة 7 ق بتاريخ 1964/2/22، بند  $^{4}$ 5، ص $^{6}$ 5.

5- إذا الغي العقد لتقصير في تنفيذ إلتزامات ولم يكن التأمين النهائي قد دفع بكامل ، فللإدارة الحق في المطالبة بما تبقى منه بأعتبار أنه شرط جزائي يحدد مقدماً قيمة التعويض عن الإخلال بشرط العقد.

6- أن جزاء مصادرة التأمين توقعه الإدارة إذا أضطرت إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته ، ولكن يجوز لها أيضاً أن توقعه دون فسخ العقد وبعد التنفيذ إذا لم يكن التنفيذ موافقاً لما تم الأتفاق عليه. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر " أن مصادرة التأمين عند التقصير في تنفيذ إلتزام من إلتزامات العقد. لا ترتبط بالضرورة بفسخ العقد، فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد المبعاد المحدد أو غير ذلك ".(1)

7- إذا ارتبط جزاء مصادرة التأمين في نصوص العقد أو القانون بسبب معين فلا محل لتوقيع لغيره.

8- أن حق الإدارة في مصادرة التأمين إذا كان لا يجوز لها أن تتنازل عنه مقدماً ، مثله في ذلك مثل سائر الجزاءات التعاقدية ، إلا أن توقيع هذا الجزاء فعلاً يرتبط بسلطتها التقديرية

9- أن استعمال الإدارة لحقها في مصادرة التأمين يجب أن إلا يشوبه التعسف أخذاً بمبدأ وجوب توافر حسن النية في تتفيذ العقود الإدارية.

\_\_\_\_

 $<sup>^{1}</sup>$  - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة السادسة، طعن رقم 1127 لسنة 5 ق بتاريخ 1961/4/22، بند 115، 017، 018.

#### المطلب الثالث

## أستحقاق مصادرة التأمينات والإعفاء منها وتمييزها عن ما يشبهها

سنبحث في هذا المطلب بيان أستحقاق مصادرة التأمينات ومن ثم بيان الإعفاء منها وما يميزها عن ما يشبهها، سيقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول أستحقاق مصادرة التأمينات، وفي الفرع الثاني الإعفاء منها، وفي الفرع الثالث تمييزها عن ما يشبهها.

# الفرع الأول

# أستحقاق مصادرة التأمينات

إن التأمينات بنوعيها (المؤقتة والنهائية) الغرض الأساسي منها في العقود الإدارية هو ضمان جدية المتقدم للتعاقد مع الإدارة وحمله على الوفاء بالتزاماته التعاقدية كما وردت في شروط العقد، ويتطلب أستعمال الإدارة لهذه السلطة وجوب تحقق سبب أستحقاقها إخلال أو تأخر في تتفيذ العقد الإداري، ومن ثم صدور قرار بالمصادرة ويُعد هذا القرار إفصاحاً لنية الإدارة بتوقيع هذا الجزاء ، وترجع هذه السلطة إلى حق الإدارة في التتفيذ المباشر دون الحاجة إلى حكم قضائي إذا كان مبلغ التأمين قد دفع مقدماً. (1) وأن لم يكن كذلك فللإدارة أن تطالب به أو تبقى منه ودياً أو قضائيا وفي كل الأحوال يحق لجهة الإدارة أن تخصم ما تستحقه من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جه إدارية أخرى، وأن الإدارة تقوم بتوقيع هذا

<sup>1-</sup>الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، مصدر سابق، ص 41.

الجزاء من غير الحاجة لإلزامها بإثبات أن ضرراً ما لحق بها بسبب التقصير الذي أستدعاه الجزاء. (1)

فمن المسلم به أن للإدارة حق في مصادرة التأمينات عند وقوع الإخلال دون الحاجة لإثبات الضرر لا لأن هذا الركن غير مشترط أصلا بل لأنه ركن مفترض في كل عقد إداري بفرض غير قابل لإثبات العكس وهذه الخاصية فضلاً عن توقيع الجزاء بغير أنتظار لحكم القضاء مما يميز جزاء مصادرة التأمينات في مجال القانون العام كنوع من التعويض الأتفاقي المقدر سلفاً بأتفاق الطرفين ودائماً بسند من مقتضيات دوام سير المرافق العامة ، الأمر الذي يجعله مختلف عن التعويض الأتفاقي في القانون المدنى وبهذا الوصف تتفق مصادرة التأمينات تماماً مع الغرامات التأخيرية. (2)

وسلطة الإدارة في مصادرة التأمينات سلطة تقديرية ومن ثم لا تدخل تحت رقابة القضاء الإداري إلا إذا خرجت على مبدأ المشروعية وأقترنت بإساءة أستعمال السلطة، فللإدارة الحق في مصادرة التأمين إذ هي أضطرت إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته 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 فيها النسبة لإنذار المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية ثار خلافاً حوله، فذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى ضرورة إنذار المتعاقد بجزاء مصادرة التأمينات الذي سوف

 $<sup>^2</sup>$ - خضير، محمود خليل(1991) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مصدر سابق, ص23.  $^3$ - جبير، مطيع علي محمود(2006) العقد الإداري بين التشريع والقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية،  $^3$ - حبير، مطيع علي محمود(2006) العقد الإداري بين التشريع والقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية،  $^3$ - حبير، مطيع علي محمود(2006)

يطبق عليه ، أما القضاء المصري فيذهب فإن من حق الإدارة مصادرة التأمينات دون حاجة لإتخاذ إجراءات إنذار المتعاقد. (1)

أما في القانون المصري فمن خلال أستقراء المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 نجد أن المادة (26) من هذا القانون قد إجازة للإدارة مصادرة التأمين النهائي دون الحاجة الى إعذار المتعاقد معها المخل بإلتزاماته التعاقدية بمصادرة التأمين.

وأما بالنسبة لموقف القانون الأردني فقد أوضحت المادة (16) الفقرة (ب) من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1987 إلى أن على المناقص إذا تقرر إحالة العطاء عليه أن يقدم كفالة حسن التنفيذ خلال أسبوعين من تاريخ تبليغه تمهيدا لتوقيع العقد ، واذا لم يحضر هذا المناقص خلال تلك الفترة فيعتبر مستتكفاً وتتخذ بحقه الإجراءات القانونية المنصوص عليها في وثائق العطاءات بما فيها مصادرة كفالة المناقصة ، ووفقاً لتعليمات العطاءات وشروط الأشتراك فيها الأردني رقم (1) لسنة 2008 فإن التأمينات والكفالات التي يمكن للإدارة طلبها من المتعاقد تشمل تأمينات الدخول في العطاء ، تأمينات حسن التنفيذ ، وتأمين الصيانة ، وضمانة سوء المصنوعية ، فقد جاء في المادة (8-9-10-11-13-14) من التعليمات وقد تم الشارة اليها. فقد نصت المادة (9) الفقرة (أ) منه " تعاد تأمينات الدخول في العطاء إلى مقدميها من المناقصين وفي حالة أستخدام الوسائل الإلكترونية يتم طلب الغائها من الجهة المنشئة لها وأعلام المناقص الكترونياً بذلك ووفقاً لما يلى " 1- إلى الذين لم تجر الإحالة عليهم بعد تصديق القرار من المرجع المختص بناء على طلبهم الخطى. 2- إلى الذين أنتهت مدة سريان عروضهم ولم يرغبوا بتمديدها بناء على طلبهم الخطي. 3- إلى الذين جرت

<sup>1-</sup> بشير، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري...، مصدر سابق، ص313.

الإحالة عليهم بعد توقيعهم على أمر الشراء (الاتفاقية) وتقديم تأمين حسن التنفيذ ". ونصت الفقرة (ب)-على أنه " إذا أستنكف المناقص عن الإلتزام بعرضه، أو لم يقم بإتمام المتطلبات اللازمة للتعاقد وتوقيع أمر الشراء أو ما يقوم مقامه خلال المدة التي يحددها المدير العام أو الأمين العام أو من يفوضه، أو لم يقم بتقديم تأمين حسن التنفيذ خلال عشرة أيام من تبلغه إشعار الإحالة تصادر لجنة العطاءات قيمة تأمين الدخول أو أي جزء منه أيراداً للخزينة، بما يتناسب وقيمة المادة أو المواد التي أستتكف عنها بما لا يقل عن (3%) من قيمة هذه اللوازم. وجاء في الفقرة (ج) -على أنه " إذا تبين أن المناقص قدم معلومات غير صحيحة أو مغلوطة أو غش أو تلاعب بالمعلومات أو الوثائق المقدمة من قبله لغايات المشاركة بالعطاء يحق للجنة العطاءات أتخاذ الإجراءات القانونية بحقه بما في ذلك مصادرة قيمة تأمين الدخول أو أي جزء منه إيراداً للخزينة، وفي أي من الحالات الواردة بالفقرات (ب،ج) أعلاه للجنة الحق بحرمان المناقص من الأشتراك بالعطاءات للمدة التي تراها مناسبة. وقد نصت المادة (11) من تعليمات العطاءات رقم (1) لسنة 2008 على أن " إذا أستنكف المتعهد من توريد اللوازم المحالة عليه أو قصر في تنفيذ العقد فعلى لجنة العطاءات التي إحالة العطاء اتخاذ الإجراءات بحق المتعهد بما في ذلك مصادرة قيمة تأمين حسن التنفيذ. ويلاحظ على النصوص السابقة أن المشرع لم ينص على ضرورة إعذار المتعاقد قبل ومصادرة التأمين مما يعنى أنه لم يستوجب إعذار المتعاقد قبل فرض جزاء مصادرة التأمين عليه ". وكذلك نجد أيضًا أن المادة (36) الفقرة (أ/ب) من نظام اللوازم والأشغال في الجامعة الأردنية قد نصت على أنه في حالة تخلف المتعهد في تنفيذ العطاء الذي أحيل كلياً أو جزئياً أو خالف أي شرط من العقد فيحق للجنة أن تتخذ في حقه الإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة أو أياً منها وصادرة بعض أو كل المبلغ الذي دفعه المتعهد ككفالة أو تأمين حسن التنفيذ واللجنة لا تكون ملزمة بتوجيه أي أخطار أو إنذار إلى المتعهد المستكف أو المتخلف قبل مصادرة الكفالة أو تأمين حسن التنفيذ ومن خلال أستقراء هذه النصوص نجد أن الإدارة غير ملزمة بتوجيه الإعذار إلى المتعاقد معها قبل مصادرة التأمين.

وأما في القانون العراقي فقد تضمنت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 في المادة (10) الفقرة اولاً (أ) - يعد المناقص الفائز ناكلاً عند تحقق الحالات الآتية:

1- إمتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وبعد إنذاره رسمياً بتوقيع العقد خلال (15) من تأريخ إنذاره دون عذر مشروع قانوناً.

2- عند تقديمة لبيانات غير حقيقية وبطرق غير مشروعة ومخالفة لشروط المناقصة.

3- عدم تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ.

الفقرة (ب)- في حالة نكول المناقص تتخذ الإجراءات الآتية:

1- مصادرة التأمينات الأولية الخاصة بالمناقص الناكل.

2- إحالة المناقصة على المرشح الثاني ويتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد.

3- في حالة نكول المرشح الأول والثاني فلجهة التعاقد إحالة المناقصة على المناقص الثالث ويتحمل كل من الناكلين الأول والثاني فرق البدلين وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما ومصادرة التأمينات الأولية للمرشحين الأول والثاني.

4- في حالة نكول المرشح الثالث يتم مصادرة التأمينات الأولية له ويتم أعادة الإعلان عن المناقصة ويتحمل المناقصون الناكلون الثلاثة فرق البدلين وكل حسب سعره المقدم مع مصادرة التأمينات الأولية للمناقصين الثلاث الناكلين.

5- تطبق على المناقصين الناكلين الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذا البند عند حدوث النكول أثناء فترة نفاذ العطاءات الخاصة بالمناقصة.

وجاءت الفقرة ثانياً (أ) – من نفس المادة " إذا أخل المقاول في المراحل النهائية لتنفيذ العقد تشكيل لجنة إسراع لتنفيذ الأعمال المتبقية على حساب المقاول ويكون المقاول ممثلاً فيها وتفرض التحميلات الإدارية المنصوص عليها في الفقرة (ه) من هذا البند". وليضاً تضمنت الفقرة ثالثاً من نفس المادة " يتحمل المقاول المخل التحميلات الإدارية بنسبة لا تزيد على (20%) من كلفة الأعمال المخل بها في عقود المقاولات وعلى جهة التعاقد تحديد هذه النسبة أبتداء في شروط المناقصة وتثبيتها في العقد ". وأما مقدار هذه التأمينات فقد جاء في المادة السابعة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية العراقية لسنة 1988 وفق النسب الآتية من مبلغ المقاولة مضافاً اليها مبلغ الأحتياط العام للمقاولة:

- (8% عن النصف مليون الأولى)
- ( 6% عن النصف مليون الثاني )
  - ( 5% عن المليون الثاني )
- (4% عن المليون الثالث فأكثر ).

ويرى الباحث ضرورة إعذار المتعاقد مع الإدارة قبل مصادرة التأمين وذلك من أجل إعطاء المتعاقد فرصة لتصحيح الخلل الصادر عنه من أجل ضمان تنفيذ العقد الإداري،

ذلك أن الغاية من فرض الجزاءات الإدارية هو ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري المتصل بسير المرافق العامة.

#### الفرع الثانى

## الإعفاء من مصادرة التأمينات

أن لجهة الإدارة حق الإعفاء من غرامة التأخير إذا ما هي قدرت لا يلحقها ضرر ويرتبط ذلك بسلطتها التقديرية ولما كان جزاء مصادرة التأمينات ضمان لتنفيذ العقد على أكمل وجه ليقوم المتعاقد بمسؤولياته وتحصيل الجزاءات (الغرامات والتعويضات) ومن ذلك يتضح أنه إذا كان الغرض من مصادرة التأمينات هو أقتضاء لغرامة التأخير ورأت الإدارة بما لها من سلطة تقديرية إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير ومن ثم كان لها أن تعفيه من مصادرة التأمين ، أذ أن توقيع مصادرة التأمين يرتبط بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة. (1) أن حق الإدارة في مصادرة التأمين إذا كان لا يجوز لها أن تتنازل عنه مقدماً في ذلك مثل سائر الجزاءات التعاقدية ، إلا أن توقيع هذا الجزاء فعلاً يرتبط بسلطتها التقديرية. (2) فلها أن تعفى المتعاقد منه إذا ما قدرت مثلاً أنه لم يلحق بها ضرر ما ، والإعفاء من هذا الجزاء قد يكون صراحة أو ضمناً ، وعلى ذلك قضى بأنه "إذا كان الثابت أن للمدعى الملتزم بالتوريد في ذمة جهة الإدارة مبلغ التأمين ولم تقم الوزارة بمصادرته لأنها لم تقل بأن ضرراً ما قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المعنى لإلتزاماته فإنه يتعين القضاء له باسترداد هذا المبلغ. (3)

 $<sup>^{-1}</sup>$  حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 1127، لسنة 5ق ، في 1961/4/22، ص891-892، اشار اليه، بشير، نصر الدين محمد(2007) مصدر سابق ص316.

<sup>2 -</sup> عبد الباسط، محمد فؤاد ( بدون سنة نشر ) القانون الإداري، مصدر سابق، ص861.

 $<sup>^{8}</sup>$  - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، قضية رقم  $^{1}$ 060 لسنة  $^{8}$ 0 نياريخ  $^{1}$ 1956/4/1 السنة  $^{1}$ 10، بند 275، اشار اليه، عبد الباسط، محمد فؤاد ( دون سنة نشر ) القانون الإداري، مصدر سابق، ص862.

أما إذا كان المراد من مصادرة التأمين اقتضاء تعويض ضرر ما أصاب جهة الإدارة فالأمر يختلف عما ذكرناه بالنسبة لأقتضاء غرامة التأخير، إذ أن جهة القضاء هي الجهة المنوط بها الحكم به طبقا لدرجة الضرر وتقتضي جهة الإدارة مستحقاتها من التعويض من خلال مصادرة التأمين المودع لديها بالمقدار الذي يحكم به القضاء أن كان له مقتضى، أو تجد جهة القضاء أن ليس هنالك مبرر للتعويض أو من ثم يستحق المتعاقد التأمين المدفوع. (1)

#### الفرع الثالث

#### تميز جزاء مصادرة التأمينات عن ما يشبهها

# تمييز مصادرة التأمينات عن الغرامة التأخيرية:

إن جـزاء مصـادرة التأمينات يختلف عـن جـزاء توقيع الغرامـة التأخيريـة ، إذ أن الاول يواجـه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد ، بينما الثاني يواجـه تأخير المتعاقد في تنفيذ الإلتـزام خـلال الموعـد المتفـق عليـه ، ويعنـي ذلـك أن جـزاء مصـادرة التأمينات ينصب على مدة تنفيذه. (2) ينصب على مدة تنفيذه. الغرامـة التأخيريـة ينصب على مدة تنفيذه في نصب على مدة تنفيذه في حين يتفـق مصـادرة التأمينات مع جـزاء طلـب التعـويض في أن كليهما جـزاءات ماليـة تضـمن معنى العقوبـة ، وتلـزم المتعاقد بـدفع المتعاقد بـدفع مبلـغ من المال لـلإدارة ، إلا أن الأخـتلاف بـين الجـزاءين يكمـن فـي عنصـر الضـرر ، حيـث أن الإدارة تسـتطيع مصـادرة الأخـتلاف بـين الجـزاءين يكمـن فـي عنصـر الضـرر ، حيـث أن الإدارة تسـتطيع مصـادرة

\_

<sup>1-</sup> الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) الجزاءات الجنائية والمالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص470. 2- على، عاطف سعدي محمد (2005) عقد التوريد الإداري، القاهرة، دار الحريري للطباعة، ص470.

التأمينات إذا ما أخل المتعاقد معها بإلتزاماته التعاقدية دون حاجة لإثبات الضرر، في حين أن فرض جزاء التعويض يستلزم من الإدارة إثبات وقوع الضرر. (1)

#### المبحث الرابع

## حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

يهدف المتعاقد مع الإدارة بطبيعة الحال إلى تحقيق كسب مادي معين من العملية التعاقدية التي يتعاقد عليها، ومن ناحية أخرى فإنه كونه يشارك الإدارة في تسيير مرفق عام يستدعي مساعدته في تنفيذ إلتزاماته وفي الأستمرار فيها لأن في ذلك ضماناً لمصلحة المرفق ، ويستتبع ذلك أن يكون له حق أولى في مطالبة الإدارة بتنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد وبتمكينه من أداء إلتزاماته ، كما يكون له الحق في مطالبة الإدارة بالتعويضات اللازمة في بعض الحالات لحفظ التوازن الأقتصادي والمالي للعقد ، ولمواجهة الظروف غير المتوقعة وقت التعاقد التي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً له خاصة وأنه لا يتمتع بحق الدفع بعدم التنفيذ ، ويقع باطلاً أي شرط في العقد من مقتضاه إعفاء الإدارة مطلقاً من مسؤوليتها تجاهه. (2)

أن العقد الإداري رغم تميزه ببعض الخصائص التي تميزه عن بعض العقود المدنية والتجارية هو عقد يلتزم طرفاه بما يتضمنه من شروط ، والإدارة رغم تمتعها ببعض الأمتيازات والسلطات في مواجهة المتعاقد معها ، ملزمة بتنفيذ العقد وملزمة على الأخص بإعطاء المتعاقد معها حقوقه المقررة بالعقد كاملة ، وتخضع عقود الإدارة لما تخضع له كافة العقود بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجه حسن النية والأصل

<sup>1-</sup> البنان، حسن محمد علي حسن (2014) الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 416.

<sup>2 -</sup> عبد الباسط، محمد فؤاد (1989) أعمال السلطة الإدارية، مصدر سابق، ص459.

إلا يتمتع المتعاقد مع الإدارة إلا بالحقوق التي يستمدها من العقد نفسه ، على خلاف الجهة الإدارية التي يستند هدفه مباشرتاً بالمصلحة العامة. (1)

وحقوق المتعاقد مع الإدارة هي نتاج إلتزاماته في تنفيذ العقد على النحو المحقق لأهداف الإدارة المبتغات من إبرام العقد، وأهم حق للمتعاقد هو حقه في تقاضي قيمة العقد أو الثمن المتفق عليه أي حقه في الحصول على المقابل النقدي والذي يتمثل عادة في قيمة الإعمال أو الأصناف محل التعاقد وما يكلف به من أعمال إضافية أو تغييرية. (2)

لذلك أرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب من خلال المطلب الأول حق المتعاقد بالحصول على المقابل المالي، والمطلب الثاني حق المتعاقد في أعادة التوازن المالي للعقد، والمطلب الثالث حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية، والمطلب الرابع الحق في أقتضاء تعويض.

## المطلب الأول

## حق المتعاقد بالحصول على المقابل المالي

يعتبر هذا الحق من أهم حقوق المتعاقد وهو الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد، فالهدف الأول للمتعاقد من أبرام العقد الإداري هو الحصول على الربح لما سيقوم به من أعمال أو يقدمه من خدمات أو يورده من مواد للإدارة ، فهو في عقد الأشغال المبلغ المتفق عليه ، أما في عقد التوريد فهو الثمن وأما في عقد الأمتياز فهو رسم ، وفي حين يأخذ في عقد الوظيفة

2- عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر ) العقود الادارية في التطبيق العملي، الإسكندرية، منشاة المعارف، ص302.

<sup>1-</sup> حلمي، محمود (1977) العقد الإداري، مصدر سابق، ص106.

العامة الراتب الشهري. (1) والمقابل المالي هو المقابل النقدي أو المادي لما نفذه المتعاقد من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة ، ويُعد الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقود الإدارية من الحقوق الأولية والأساسية للمتعاقد مع الإدارة ، كون المتعاقد يسعى إلى تحصيل الربح من خلال تعاقده مع الإدارة ، ويتحقق ذلك عند أستلامه للمقابل النقدي بدل تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية. (2)

والأصل في العقود الإدارية أن دفع المقابل المالي للمتعاقد لا يكون إلا بعد تنفيذ التزامات التعاقدية ذلك أن الإدارة لا تدفع للمتعاقد معها أي مقابل مالي إلا مقابل خدمات أو أعمال أو لوازم قدمت فعلاً، وتطبيقا لهذا الأصل فإنه يفترض إلا يدفع ثمن اللوازم للمتعهد في عقد التوريد إلا بعد تنفيذ العقد وتسليم اللوازم للإدارة المستفيدة وفقا للشروط والموصفات.

لكن الفقه يميز بين نوعين للمقابل النقدي وذلك لنوع الخدمة التي يلتزم بها المتعاقد بتقديمها فإذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة فإن الإدارة هي التي تلتزم بايداع المقابل النقدي للمتعاقد ويتخذ المقابل في هذه الحالة المقابل النقدي صوراً مختلفة وفقاً لطبيعة العقد ، فهو ثمن في حالة عقود التوريد والنقل والأشغال العامة وما جرى مجراها ، وهو مرتب في حالة عقود التوظيف وما شابهها وهو فائدة في حالة عقود القرض ، أما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرتاً كما هو الشأن في عقد الأمتياز فإنه يحصل على المقابل النقدي في صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين. (4)

1- القبيلات، حمدي (2010) القانون الأداري، مصدر سابق، ص 156.

<sup>2 -</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص429.

 $<sup>^{3}</sup>$  - كنعان، نواف (2012) الوجيز في القانون الإداري الأردني، الشارقة، الأفاق المشرقة ناشرون ،  $^{3}$ 

<sup>4-</sup> الطماوي، سليمأن محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص89. ـ

من حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي لا يقتصر على الأعمال المتعاقد على الأعمال المتعاقد عليها فقط بل يمتد إلى الأعمال الأضافية الأخرى التي تم تكليفه بها. (1)

ومن أجل إعطاء صورة واضحة عن حقوق المتعاقد في المقابل المالي في العقود الإدارية هو الثمن في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، والرسم في عقد الإلتزام، وهو ما سنتناوله من خلال الفرعيين التاليين الفرع الأول الثمن، والفرع الثاني الرسم.

# الفرع الأول

#### الثمن

الثمن هو المحور الأساسي في العقد ولهذا فإن الثمن يحدد بمعرفة الطرفين غالباً عند إبرام العقد ، فالعقد يعتبر المصدر الأساسي لتحديد الثمن لأن الشروط الخاصة بتحديد الثمن هي شروط تعاقدية ، ولذلك يرى البعض أنه في حالة عدم ذكر الثمن في العقد يعتبر العقد معدوماً. (2) والأصل أن يحدد الثمن في العقد الإداري بأتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها لذلك فإن الشرط الخاص بتحديد الثمن يعتبر شرطاً تعاقدياً ، بل هو الشرط التعاقدي الأصيل وقد يحدد الثمن بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد. (3) ولكن يحدث في بعض الأحيان أن لا يذكر الثمن في العقد على نحو تام وإنما على بعض أجزاءه فقط كما هو الحال في تعديل العقد، ففي عقود الأشغال العامة وفي حالة عدم التوصل إلى أتفاق على أسعار مناسبة بين المتعاقد والإدارة فإنه يكون للمهندس بموجب الشروط العامة للمقاولات العراقية أن يحدد مثل هذه

 <sup>1 -</sup> محمد، حسين عبد العال (2004) الرقابة الإدارية بين علم الادارة والقانون الاداري، دراسة تطبيقية مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ص49.

<sup>3 -</sup> المصري، زكريا (2014) العقود الإدارية ما بين الالزام والواقع العملي، مصدر سابق، ص 73

الأسعار على النحو الذي يراه معتدلاً ومناسباً ، غير أن تقدير المهندس لهذه الأسعار ليس مطلقاً حيث يحق للمتعاقد أن يعترض على تلك الأسعار وبشكل تحريري يوجهه إلى المهندس ويبن عزمه على المطالبة بزيادة الأسعار على أن لا يؤثر ذلك على سير الأعمال. (1)

وقِد جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي بأنه الأصل أن يحدد الثمن برقِم محدد لكن قد يحدد الثمن بطريقة أخرى كالإحالة على عناصر خارجة عن العقد، ومثال على ذلك الأتفاق على أتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساساً للمحاسبة وقد يتخذ متوسط السعر في المناقصات خلال العام السابق على التعاقد كأساس للمحاسبة في عقود معينة وفي عقود التوريد قد يحدد سعر الكمية المطلوب توريدها بحيث يحدد سعر سلعة على حدى(2). والشروط التي تتصل بتحديد المقابل المالي يمتنع على الإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة وذلك لأعتبارين أساسين ، أولهما عمل مرجعه نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة في لو أمكنها أن تعدل من المقابل المالي الذي يعتمد عليه المتعاقد ، وثانيهما قانوني مرده أن أساس سلطة الإدارة في التعديل هو مقتضيات المرافق العامة وبالتالي فإنها لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق ، وليس من بيها تلك التي تحدد المقابل في العقد. (3) وبهذا حكمت المحكمة الإدارية العليا المصرية " بأن الـثمن المتفـق عليـه فـي العقـود الإداريـة يقيـد طرفيـه كأصـل عـام ، إلا أنـه لا يمنـع قانونـاً الأتفاق على تعديله إذا ما تلاقت أرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصل

1- المادة (52) من الشروط العامة للمقاولات العراقية الفقرة(2).

<sup>2-</sup> حكم مُجلسُ الدُولة الفُرنسي الصادر في 26 اكتُوبر سنة 294ُ1 في قضية (ste la lampe rationnelle).

<sup>3-</sup> الشلماني، حمد محمد (2007) امتياز آت السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص256.

صريحة وقاطعة مع أرادة المتعاقد معها على تعديل الـثمن ". (1) وقد ذهبت فتـوى الجمعية العمومية في هذا الشأن إلى " أن التعديل في الـثمن أمر جائز بشرط تلاقي أرادة السلطة المختصة بإبرام العقد مع أرادة المتعاقد معها على هذا التعديل وفي هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزماً لطرفين العقد وواجب الإداء ". (2)

# الفرع الثانى

#### الرسوم

الرسم هو المقابل المالي الذي تستقل الإدارة بتحديده ويحصل عليه الملتزم في عقد إلتزام المرافق العامة، ويلتزم بإدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد إلتزام ويحدد الرسم في عقد الإلتزام بنسبة من صافي أرباح المرفق محل العقد. (3)

إن الرسوم التي يجنيها المتعاقد من خدمات المرفق العام محل إلتزامه تعتبر مقابل نقدي، يحصل عليه جراء إلتزامه للمرفق، غير أنه لما كان هذا المقابل ليس أجراً ولا ثمناً فبهذا يختلف عن الشروط التعاقدية المتعلقة بالمزايا المالية الواردة في بقية العقود، فالرسوم في عقود إلتزام المرفق العام تعتبر الشروط المتعلقة بها من قبيل الشروط العامة التنظيمية بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديلها من تلقاء نفسها ودون حاجة لموافقة الملتزم. (4)

وأن الشروط التي تتعلق في تحديد المقابل النقدي في العقود الإدارية هي شروط تعاقدية وعليه لا تستطيع الإدارة أن تقوم بتعديلها من دون موافقة المتعاقد معها، بأستثناء الرسوم المتعلقة في عقود إلتزام المرافق العامة، والعقود التي تحدد مقابلها قرارات تنظيمية

<sup>1-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1970/1/17م القضية 1222-12ق المجموعة س15 رقم 24،00 المحكمة الإدارية العليا المصرية، العليا العلى العليا ا

<sup>2-</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، جلسة 1987/1/28ملف رقم 47-2-368.

 $<sup>^{2}</sup>$ - خليفة، عبد العزيز عبد المنعم(2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 207.  $^{4}$ - الجبوري، محمود خلف(2010) العقود الإدارية، مصدر سابق،  $^{2}$ 11.

كعقود الوظيفة العامة وقد نصت المادة (894) من القانون المدني العراقي على إن " تعريفات الأسعار التي يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها ".

وقد جاء بالمادة (22) من نظام الأشغال الحكومية الأردني لسنة 1986 الفقرة (ج) – منه "إذ تطلبت ظروف العمل إحداث بنود جديدة لم تكن واردة في وثائق العطاء أصلاً، فإن تحديد أسعار هذه البنود يكون خاضعاً لموافقة الوزير المختص". ووفقاً لما جاء في المادة الخامسة من قانون رقم (129) لسنة 1947 من قانون إلتزام المرافق العامة في مصر على أنه "لمانح الإلتزام دائماً متى ما أقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسة أركان المرفق العام موضوع الإلتزام أو قواعد أستغلاله وبوجه خاص به ، وذلك مع مراعات حق الملتزم في التعويض أن كان له محل". وبموجب هذه النصوص فإنه إذا كان حق تعديل قوائم أسعار عقد إلتزام إلا أن هذا يقابله حقاً للملتزم في الحصول على تعويض عما لحقه من إضرار.

وأن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد الإداري هي شروط تعاقدية والتي لا تستطيع الإدارة أن تقوم بتعديلها إلا بعد موافقة الملتزم معها بأستثناء الرسوم المتعلقة في عقود إلتزام المرافق العامة وكذلك العقود التي تحدد مقابلها قرارات تنظيمية مثل عقود الوظيفة العامة كون مركز المتعاقدين فيها أقرب للقرار التنظيمي. (1) وتلجأ الإدارة في تحديدها للرسم إلى أحدى الوسائل التالية: (2)

1 أن تنفرد جهة الإدارة بتحديد الرسم بعد أستشارة الملتزم.

1 - الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص557.

<sup>2-</sup> خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 208.

2- أن تحدد الإدارة الرسم بصورة قطعية دون أستشارة الملتزم.

3- أن تكتفى الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسم تاركة للملتزم حرية تقديره في حـدود الحـد الأقصـي الـذي حددتـه لـه الإدارة سـلفاً، ولا يكـون الرسـم الـذي حـدده الملتزم سارياً دون تصديق عليه من الإدارة تحقيقاً للصالح العام.

#### المطلب الثاني

## حق المتعاقد في أعادة التوازن المالي للعقد

يعد التوازن المالي للعقد الإداري من أهم الخصائص الذاتية للنظرية العامة للعقود الإدارية وتقوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري على تحقيق توازن الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المزايا التي ينتفع بها على أعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعة كلامن مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتي الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد مع الإدارة في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع أختلاف مقدار التعويض. (1) ويعتبر التوازن المالي في العقد الإداري من المبادئ الأساسية حيث يقيم هذا المبدأ أرتباطاً وتناسباً بين حقوق المتعاقــد والتزاماتــه تجــاه الإدارة.<sup>(2)</sup> ولا يعنــي التــوازن المــالي فــي العقــود الإداريــة توازنــاً جامـداً بِـينِ الإِلتزامـات والحقـوق المتقابلـة ، بـل تـوازن هدفـه إقامـة تعـادل نسـبي شـريف وعادل بين الإلتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها لتمكين الأخير من تنفيذ على

البنا، محمود عاطف (2007) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص290.

<sup>1-</sup> الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص214.

أتم وجه وإعادة الأطمئنان إلى المتعاقد في تحقيقه الربح الذي هو هدفه الأساسي من تعاقده مع الإدارة. (1)

وقد أقر القضاء الإداري في فرنسا بفكرة التوازن المالي للعقد فقد جاء في تقرير مفوض الدولة في قضية (الشركة الفرنسية العامة للترام) بتاريخ 1910/3/21 أنه إذا أنهار الأقتصاد المالي للعقد وإذا أدى أستعمال السلطة مانحة الإلتزام حقها في التدخل لحدوث شيء من الأختلاف في هذا التوازن بين المزايا والأعباء، بين الإلتزامات والحقوق، وأنه لا يوجد ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد فيثبت أن التدخل وأن كان مشروعاً في ذاته وأن كان ملزماً له سبب له ضرر يتعين تعويضه عنه. (2)

ويطبق القضاء الإداري فكرة التوازن المالي من خلال ثلاث نظريات يحكم من خلالها بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة عند إختلال التوازن المالي للعقد الإداري دون خطأ من جهة الإدارة، وهي نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

# الفرع الأول

#### نظرية الظروف الطارئة

يقصد بالظروف الطارئة تلك الظروف أو الحوادث التي تقع أثناء مدة تنفيذ العقد الإداري ، تلحق بالمتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة تختل معها أقتصاديات العقد ، ولم تكن متوقعة من قبل طرفي العقد وقت إبرام العقد ، من شأنها يصبح تنفيذ العقد مرهقاً ويخشى إذ ما أستمرت هذه الظروف أن يعجز المتعاقد نهائياً عن الأستمرار في تنفيذ

2- الخلايلة، محمد علي (2015) القانون الإداري، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص 316

\_

<sup>1-</sup> كنعان، نواف (2012) الوجيز في القانون الإداري الأردني، مصدر سابق، 343.

المشروع أو تقديم الخدمة المطلوبة مما قد يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام ، لذا يجب على الإدارة أن تتحمل الخسارة التي لحقت بالمتعاقد معها من خلال تعويضه تعويضاً عادلاً وبالمقابل يجب على المتعاقد أن لا يتوقف عن الوفاء بإلتزاماته المتفق عليها. (1)

وعندما يكون هنالك إختلال جسيم في أقتصاديات العقد الإداري نتيجة ظروف طارئة وأستثنائية لم يكن بالإمكان توقعها وقت إبرام العقد من شأنها جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً على المتعاقد ، بما يترتب عليها من خسائر تتجاوز في حدتها الخسائر المألوفة في التعامل فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة التغلب على هذه الظروف ، فالظروف الطارئة وأن كانت لا تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً إلا إنها تؤدي إلى قلب أقتصاديات العقد ، بيد أن يجب على المتعاقد الأستمرار في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية على الرغم من هذه الظروف وليس من الأنصاف أن يترك هذا المتعاقد وشأنه بتحمل هذه الظروف التي لم يكن يتوقعها كما ليس من صالح الإدارة أن يتعثر تنفيذ العقد وما يترتب على ذلك من أثار على سير المرفق العام الذي يخدمه هذا العقد.(2)

وقد جاء في المادة (205) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 القول " إذا طرأت حوادث أستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن أقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل أتفاق على غير ذلك ".

<sup>1</sup> - خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص219.

<sup>2-</sup> عبد المولى، على محمد على (1991) الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، ص9.

وفي الأردن يمكن أن نجد أساساً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في بعض نصوص تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الأشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008حيث تحدثت المادتان (83–84) منه عن إعفاء المتعهد أو المقاول من الأضرار المترتبة على تأخره في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا ثبت أن سبب التأخير (القوة القاهرة المؤقتة) والإعفاء هنا بسبب التأخير يعني ترتيب أثر معين على حدوث الحادث القهري وهو وقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى ترول تلك الظروف المؤقتة دون أن يسأل المتعاقد عن هذا التأخير.

وقد أقر القانون المدني العراقي هذه النظرية في المادة (3/146) منه بقولها "على أنه إذا طرأت حوادث أستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن أقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل أتفاق على خلاف ذلك". وأن القضاء العراقي كغيره أعتبر من قبيل الظروف الطارئة حدوث فيضان، وغزارة الأمطار وشدتها، وشح المياه، وأنتشار الأوبئة والأمراض، وكسر السدود، ومنع الأستيراد والتوريد، وغيرها.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية لا بد من توافر الشروط التالية:.(1)

1- عبد الباسط، محمد فؤاد (1989) اعمال السلطة الإدارية، مصدر سابق، ص133

\_\_\_

- 1- أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد. (1) وإذا كان التنفيذ قد أمتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة ، فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية(2).
- 2- جد بعد إبرام العقد ظروف أستثنائية غير متوقعه، ويعتبر هذا الشروط من الشروط الجوهرية لتطبيق النظرية ويجب أن يكون الحادث غير متوقع لحظة إبرام العقد، حتى يمكن للمتعاقد الأستناد إلى تلك النظرية ويشترط أن يكون الحادث عاماً ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، وقد ترجع هذه الحوادث إلى أسباب متعددة أو طبيعية أو من فعل الإدارة.(3)
- 3- أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن المتعاقدين أي مستقلاً عن أرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه. (4) بمعنى أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين سواء عمد أم إهمال ، لأنه عندئذ يتحمل وحده نتيجة تقصيره أو إهماله ، وإذا كان لإرادة الإدارة المتعاقدة أو تصرفها دخل في وقوع الظرف الطارئ فإن الأمر في هذه الحالة يتعلق بنظرية فعل الأمير .
- 4- أن يترتب على الظرف الطارئ أضطراب في توازن العقد، وهذا الشرط يعني أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تتجاوز في جسامتها الخسارة المألوفة التي يتحملها

-

 <sup>-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في خمسة عشر عام (1965-1980) الجزء الثاني طعن رقم
 1592 لسنة 10ق و 67 لسنة 11ق بتاريخ 11/5/868، ص1877، اشار اليه، عبد الباسط، محمد فؤاد (1989)
 اعمال السلطة الإدارية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص473

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة السابعة، طعن 2150 لسنة 6ق، بتاريخ 1962/6/9، بند96، ص

<sup>3 -</sup> كنعان، نواف (2012) الوجيز في القانون الإداري الأردني، مصدر سابق، ص344

<sup>4 -</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، السنة الرابعة عشر ، قضية رقم983 لسنة 9ق، ص627.

أي متعاقد أثناء التنفيذ ، ويرجع للقضاء الإداري تحديد مدى جسامة الخسارة من خلال تقييم كل عنصر من عناصر العقد. (١)

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية " من أن أرتفاع الأصناف والسلع التي تعهد المورد على توريدها ارتفاعاً باهضاً يعتبر ظرفاً طارباً لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد".(2)

# الفرع الثاني

# نظرية عمل الأمير (أو الحاكم)

يقصد بعمل الأمير هنا جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة ، وتؤدي بالنتيجة إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد وتجعل تنفيذ العقد بالنسبة له مرهقاً واكثر كلفة. (3) وفعل الأمير هو كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي خاص تصدره أو بقواعد تنظيمية عامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته أكثر كلفة مما يلحق به ضرراً يستوجب التعويض. (4) ويقصد بفعل الأمير بأنه عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإساءة لمركز المتعاقد في عقد إداري ، ويبؤدي إلى إلتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد. (5) وقد ذهبت محكمة

<sup>2-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية 1877بتاريخ 1984/12/18 مجموعة احكامها ص505 أشار إلية كنعان، نواف (2012) الوجيز في القانون الإداري الأردني، مصدر سابق، 346.

<sup>3 -</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) القانون الإداري، مصدر سابق، ص319.

<sup>4-</sup> خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 213.

<sup>5 -</sup> المصري، زكريا (2014) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص104

القضاء الإداري المصرية في تعريف لها فهي تقول في حكمها الصادر في 30 ليونيه /1957 "..أن المقصود بعبارة (فعل الأمير) هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه (المخاطر الإدارية) وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ بشكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامه.

ويشترط الفقه والقضاء الإداريين لتطبيق نظرية عمل الأمير وتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الإضرار التي أصابته من جراء إصدار الإدارة المتعاقدة معه إجراءات عامة أو خاصة يترتب عليها إخلال بتوازن العقد أن تتوافر الشروط التالية: (1)

- 1- وجود عقد إداري ، يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير وجود عقد إداري حيث لا تطبق هذه النظرية إلا بصدد المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.
- 2- أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة فلا يستطيع المتعاقد الأستناد إلى هذه النظرية إلا إذا كان الفعل صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة.
- 3- أن يكون الإجراء الضار غير متوقع وقت التعاقد فلو كان الإجراء متوقع أو معروف عن التعاقد فلي عليه وصف عمل الأمير ولا يستطيع المتعاقد في هذه الحالة المطالبة بالتعويض.
- 4- عدم وقوع خطأ من الإدارة إذ يفترض أن تتخذ الإدارة المتعاقدة إجراءات سليمة يفرضها الصالح العام وفي حدود سلطتها المعترف بها لها.

\_\_\_

<sup>1-</sup> عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام (1989) أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، القاهرة، ص42.

5- أن يترتب على الإجراء الضار ضرراً فعلياً للمتعاقد مع الإدارة وينبغي لتطبيق هذه النظرية أن يترتب على الإجراء الضار الذي أصدرته الإدارة ضرراً فعلياً للمتعاقد معها وأن يكون مؤكداً ومباشراً دون أن يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة فقد يكون جسيماً أو يسيراً.

وقد أشارة محكمة التمييز الأردنية إلى بعض من هذه الشروط في حكم لها جاء فيه "
يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة
المتعاقدة تصرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من جانب المتعاقد أكثر صعوبة
ويحمله أعباء وتكاليف تزيد عن الأعباء التي إلتزم بها في مواجهتها وأن ينشأ عن الفعل
ضرر خاص للمتعاقد وأن لا يكون هذا الفعل متوقع". (1) ويترتب على توافر شروط
تطبيق نظرية الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الإضرار
التي لحقه به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة ، حيث يشمل هذا التعويض ما لحق به
من خسارة بسبب عمل الأمير ما تحمله من نفقات أضافية وما فاته من كسب والمبالغ
التي كان قد يحصل عليها لو لم يختل التوازن المالي للعقد. (2)

ولعل من أهم الآثار التي تترتب على فعل الأمير:3

1- يترتب على تطبيق هذه النظرية أثر هام يتمثل في أعادة التوازن المالي للعقد وذلك عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك العمل ويكون التعويض كاملاً عن الربح والخسارة.

\_

 <sup>1-</sup> حكم محكمة التمييز الاردنية بالقضية رقم 1994/34 بتاريخ 1994/9/10 مجلة نقابة المحامين 1996،
 ص676.

<sup>2-</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) القانون الإداري، مصدر سابق، ص321.

<sup>3 -</sup> الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، 219.

2- يستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما أستحال تنفيذه بفعل الأمير كصدور تشريع يمنع الأستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلاد، وكذلك إذا ما أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية عليه لدرجة لا تحتملها أمكانباته المالبة.

3- حق المتعاقد المطالبة بعدم إيقاع عقوبة غرامة التأخير في التنفيذ إذا أثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤد إلى أستحالة التنفيذ فقد جعله عسيراً عليه.

## الفرع الثالث

#### نظربة الصعويات المادبة غبر المتوقعة

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مواجهة المتعاقد مع الإدارة عند تتفيذ العقد اصعوبات مادية لم يكن يتوقعها عند أبرام العقد، ومن شأن تلك الصعوبات زيادة التكاليف عن الحد المقرر في العقد وبالتالي تجعل متابعة التنفيذ مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة لأنه سيكون أكثر كلفة عليه، ويترتب على توافر شروطها وجوب أستمرار المتعاقد بتنفيذ التزامات التعاقدية وحقه في الحصول على تعويض مقابل ما تحمله من نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات. (1)

وأن هذه النظرية هي من أبتداع مجلس الدولة الفرنسي وكان أول حكم قضائي يبرز هذه النظرية هو حكم (Duche) الصادر في 1864/6/24 حيث أنتهي المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تتفيذ العقد لكي يتمكن من الأستمرار في التنفيذ. (2) يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان وخاصة في

<sup>2</sup> - جعفر، أنس محمد (2003) العقود الإدارية،ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 205.

<sup>1 -</sup> نابلسى، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 607.

عقود الأشغال العامة صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل في حساب طرفي العقد ، وتجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً بالنسبة له وأكثر كلفتاً وفي هذه الحالة درج القضاء الإداري الفرنسي على ضرورة تعويض المتعاقد إذا أدت الصعوبات التي واجهته إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد على أساس أن النية المشتركة لأطراف العقد أتجهت إلى أن المقابل المالي المتفق عليه في العقد ، وإنما وضع في ضل الظروف العادية وأن أي زيادة في الأعباء المالية بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة تتطلب تقريراً خاصة يتناسب معها. (1)

ويشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وتكون أستثنائية وغير عادية وهذه مسالة نسبية يترك للقاضي غالباً أمر البت فيها في كل قضية على حدى وأن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة وقت التعاقد ، وأن تؤدي إلى إختلال في التوازن المادي للعقد بمعنى أن يصل الضرر الناجم عن هذه الصعوبات حدة يتجاوز الخسارة المألوفة ، وأن لا يكون للمتعاقد دخل في أحداث هذه الصعوبات أو زيادة اثارها ، وأن لا يكون للإدارة دخل في تلك الصعوبات حيث يمكن عندها تطبيق نظرية عمل الأمير واخيراً أن يستمر المتعاقد في تتفيذ العقد ، فإذا توقف فإنه غالباً ما يتعرض للجزاءات المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ، وبالتالي يفقد حقه بالمطالبة في التعويض أستناداً إلى هذه النظرية ، وفي هذه المسألة تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من إلتزاماته. (2)

<sup>1-</sup> رسلان، انور (1984) نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 48، عدد (4/3)، ص82.

 $<sup>^2</sup>$ - حكم محكمة القضاء الاداري بالقضية 7892 بتاريخ 1957/1/20 مجموعة احكام المحكمة ، ص622. أشار المدالكة، محمد علي (2015) القانون الإداري، مصدر سابق، ص323.

ولتطبيق هذه النظرية يجب توافر شروطها وأن هذه الشروط وفقاً لما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر في 1957/1/17. (1)

- 1 أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو أستثنائية.
- 2- أن تكون هذه الصعوبات طارئه ، أي غير متوقعه أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.
- 3- أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.

#### المطلب الثالث

# حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية

ومثل ما يكون على المتعاقد الإلتزام بتنفيذ بحسن نية فإنه يجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية المذكورة فلا يجوز لها أن تتعسف في عدم قبول بعض الأعمال التي قام بها المتعاقد في عقد شغل عام ، أو عدم قبول مواد وسلع في عقد توريد إذا كانت الشوائب التي تلحق بهذه أو تلك لا تؤثر على صلاحيتها للأستعمال وإجراء سلطة الإدارة في تعديل مضمون العقد فنياً أو زمنياً فإن ذلك مرهون بتوافر الشروط التي على الإدارة أن تتخذها ، وهي بعدم التعسف في أستعمال سلطتها وأن الإدارة قد إلتزمت بعقد مع أحد الأشخاص فإنه ينبغي عليها أيضاً أن تمهد وتوفر السبل الكفيلة لقيام أو لبدأ المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته العقدية. (2) وهذا حق أولى يتمتع به المتعاقد وبمقتضاه يطالب

\_\_\_

<sup>1-</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، السنة الحادية عشر، قضية رقم7892 لسنة 8ق، بند107، ص153، اشار اليه، عبد الباسط، محمد فؤاد (دون سنة نشر) القانون الإداري، الأسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص890 أمار اليه، عبد الباسط، محمود خلف(2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص200.

الإدارة بتنفيذ كافة التزاماتها الواردة بالعقد كاملة وبحسب ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل ، ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر " أنه بمجرد إبرام العقد الإداري تلتزم جهة الإدارة بالعمل على تنفيذه وبأن تمكن المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته ".(1) كما يولد العقد الإداري في مواجهة التزامات عقدية ، يترتب على مخالفة الإدارة لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيع ، وسنبين بإختصار مدى التزام الإدارة بالعقد الإداري ، وجزاء مخالفتها للإلتزامات العقدية.(2)

## اولاً: مدى إلتزام الإدارة بالعقد

1- أول إلتزامات الإدارة في هذا الصدد هو أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة مع مراعاة طبيعة العقد، وبالتالي لا تستطيع جهة الإدارة ولا يحق لها أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من إلتزامات وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، وذلك مع مراعات حق الإدارة في أنهاء العقود الإدارية بمعناها الفني إذا أقتضى الصالح العام ذلك.

2- ولا يكفي أن تنفذ الإدارة العقد، وإنما يتعين عليها عند تنفيذه أحترام كافة الشروط المواردة به لا فيما يتعلق بالإلتزامات الأصلية فحسب ولكن فيما يتعلق بكافة الإلتزامات.

3- يجب على الإدارة أن تنفذ إلتزاماتها بطريقة سليمة وهذا يقتضي أن تاتزم بالأعتبارات الفنية المسلم بها وفقاً لطبيعة العقد نفسه فحسب ولكن يجب عليها

\_

 <sup>1 -</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، السنة الخامسة عشر، قضية رقم 6849 لسنة8ق بتاريخ
 1961/6/4، بند182، ص 250، اشار اليه، عبد الباسط محمد فؤاد (1989) اعمال السلطة الإدارية، مصدر سابق، ص 459.

<sup>2 -</sup> المصري، زكريا (2014) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص64.

أيضاً أن تحترم مقتضيات حسن النية، وهذا المبدأ أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر 20/ابريل/1957.

4- والأصل أن تنفذ الإدارة العقد كله وإذا كان للإدارة الحق في أن تنقص الكمية المتعاقد عليها أو أن تزيد فيها فإن مناطه هو أحتياج المرافق العامة لتمكين الإدارة من مواجهة الأحتياجات الجديدة للمرفق العام. ونستطيع القول بأن الإدارة تمتلك التعديل في الشروط التي تهم سير المرفق وحاجاته دون غيره أو لظروف أستحدثت بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل، لذلك لا يجوز لها المساس بالمزايا المالية التي تقررت للمتعاقد بموجب العقد.

5- وتلتزم الإدارة بأحترام المدد المقررة في العقد وإذا كان الأصل أن المدد المقررة في العقود الإدارة بأحترام المعنى لا تكون العقود الإدارية يقصد بها عادة المتعاقدين مع الإدارة، وبهذا المعنى لا تكون ملزمة إلا لهم، فإن يحدث أن ينص العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة كما هي ملزمة للمتعاقد معها.

6- وأخيراً فإن الإدارة ملزمة بأحترام العقد ككل بمعنى أنها لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسؤولية أن تقوم بعمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه لإلتزاماته العقدية.

### ثانياً: جزاء مخالفة الإدارة لإلتزاماتها العقدية

القاعدة هنا – تقول أن مخالفة الإدارة للإلتزامات المقررة في العقد الإداري يستتبع جزاء. فالجزاءات التي يمكن أن توقع على الإدارة إذا قصرت في تنفيذ التزاماتها العقدية ليست بكثيرة وهي تختلف عن الجزاءات التي توقع على الأفراد فهي لا تشمل على وجه

الخصوص إجراءات الضغط ولا الجزاءات الجنائية ، ومن ناحية أخرى فإن المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة ، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي ، بل أن المتعاقد في هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص ، وبالتالي لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرضه عليها العقد من إلتزاماته. (1)

والأساس المشترك الذي يحكم نظرية الجزاء في مجال العقود الإدارية بوجه عام للعقد الإداري خصائص ذاتيه تميزه عن العقد المدني ، وترتبط تلك الخصائص بفكرة النفع العام وإذا كان النفع العام كغاية تسعى اليها الإدارة من إبرام عقودها الإدارية ، يحتم على طرفي الرابطة العقدية (الإدارة والمتعاقد معها) بذل اقصى جهد في سبيل الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد ، فإن الخصائص الذاتية للعقود الإدارية وأرتباطها بفكرة النفع العام يكون لها أوضح الأثر في هذا الصدد من خلال أمرين جوهريين ، الأمر الأول يتمثل في عدم أمكان توقيع المتعاقد للجزاء بنفسه على الإدارة إذا ما قصرت في الوفاء بإلتزاماتها الناشئة عن العقد الإداري. وأما الأمر الثاني فيتمثل في طبيعة سلطة القاضي في توقيع الجزاء على جهة الإدارة المقصرة في تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية. (2)

وقد نظمت الشروط العامة الأعمال الهندسية في العراق هذه الإلتزامات على نحو تفصيلي ومن ذلك:

 $^{2}$  - أمين، محمد سعيد حسين (دون سنة نشر) الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الأدارة في تنفيذ العقد الإدارى، دراسة مقارنة مجموعة رسائل الدكتوراه، 393.

\_

<sup>1 -</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم1527 السنة15قزع في1978/1/28-52/23 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في15عام-طبعة سنة 1983، الجزء الثاني ( الهيئة المصرية للكتاب)، ص1918 اشار اليه، المصري، زكريا (2014) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص66.

1- الحق للمقاول بالكشف عن موقع العمل لكي يقتنع بنفسه في حالة وطبيعة مكان العمل وما يحيط به وسبل الوصول اليه وكميات وطبيعة العمل وله الحق في أن يحصل على جميع المعلومات الضرورية الخاصة بالمخاطر والأحتمالات الأخرى التي قد تؤثر في المناقصات.(1)

2- على الإدارة المعنية أن تضع تحت تصرف المقاول حالة ما يصدر المهندس أمره التحريري بالمباسرة بالأعمال ذلك الجزء من موقع العمل الذي يتطلبة من المباشرة والسير في أنشاء الأعمال طبقا للمنهج الموضوع له.

# المطلب الرابع

# الحق في أقتضاء تعويض

يحق للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالتعويض بجبر ما لحق به من إضرار أثناء وبسبب تنفيذ العقد الإداري وقد يكون أساس هذا التعويض أما خطأ الإدارة وأما الأثراء بلا سبب.

# الفرع الأول

# التعويض على أساس خطأ الإدارة

يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضا عما أصابه من إضرار أثناء تنفيذ العقد الإداري سببها خطأ ارتكبته الإدارة التي يكون الخطأ ثابت إذا لم توفي إلتزاماتها تجاه المتعاقد معها، أو تأخرت في الوفاء بتلك الإلتزامات كما في حالة تأخر الإدارة المتعاقدة في تسليم موقع العمل للمقاول خالياً من العوائق التي تعوق من التنفيذ. (2) فالعقد الإداري يضع على

<sup>1-</sup> المادة 11 من الشروط العامة للإعمال الهندسية العراقية، اشار اليه الجبوري، محمود خلف (2010)

<sup>2-</sup> خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم (2008) الأسس العامة في العقود الادارية، مصدر سابق، ص209.

عاتق الإدارة إلتزامات عقدية أخصها تمكين المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم أنجازه فإذا لم توفي في هذا الإلتزام فهذا يشكل في جانبها خطأ عقدياً يخول المتعاقد معها الحق في مطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من جراء ذلك. (1) ويتعين بقيام المسؤولية الإدارية توافر أركانها الثلاث وهي الخطأ متمثل في إمتناع الإدارة على الوفاء بالتزام تعاقدي أو تأخرها في ذلك والضرر الذي يصيب المتعاقد وعلاقته السببية التي تربط خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المتعاقد معها بحيث لولا هذا الخطأ لما حدث الضرر. (2)

# الفرع الثاني

# التعويض على أساس الأثراء بلا سبب

إن من حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض وفق قاعدة الأثراء بلا سبب عندما يقوم بأعمال أضافية عما هو مقرر في العقد، لم تكن ملحوظة أصلاً في بنود العقد وشروطه ، وتحقق كسبأ للإدارة على حساب المتعاقد معها. (3) وتعني قاعدة الإثراء بلا سبب أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير الذي أفتقر قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفتقر من خسارة ، فيجب على المثرى أن يرد أقل القيمتين ، وهما مقدار ما أثرى به ومقدار ما أفتقر به الغير .(4) وقد أعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق المقاول في عقد الأشغال العامة بالمطالبة بالتعويض عن الأعمال الإضافية التي نفذها من تلقاء نفسه دون طلب من الإدارة بشرط أن تكون هذه الأعمال من مستلزمات حسن التنفيذ للمشروع أو ينتج عنها فائدة للإدارة وكان أساس

<sup>1-</sup> حكم المحكمة الادارية العليا المصرية طعن 2013 جلسة 7/21 /1992.

 <sup>-</sup> حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعنين 1956 و1675 لسنة 30 ق ، جلسة 3/13 /1990 .

<sup>3 -</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص549.

<sup>4 -</sup> بسيوني، عبد الرؤوف هاشُم (2007) شبه العقد في القانون الإداري، الإسكندرية، دار الكر العربي، ص109.

هذا القضاء استعارة نظرية الأثراء بلا سبب الواردة بالقانون المدني وحدد التعويض بوجوب أن يعادل النفع الذي عاد على الإدارة والذي لا يتجاوز الأفتقار الذي لحق بالمقاول من جراء تتفيذه لتلك الأعمال ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرت التعويض على نظرية الإثراء بلا سبب. (1) إذا قام المتعاقد مع الإدارة من تلقاء نفسه وبدون تكليف منها بأبداء أعمال أو خدمات أضافية غير منصوص عليها بالعقد يكون لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عن ما أنفقه للقيام بتلك الأعمال ، أو أداء هذه الخدمات شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام ، وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب. (2)

والأصل في أنه لا يجوز للمتعاقد من تلقاء نفسه وبغير أمر عقدي أو حتى غير عقدي أن يتدخل بتنفيذ أي أعمال إضافية على المرفق العام، فقد يكون من شأن هذه الأعمال الحاق الضرر بالمرفق أو الخروج عن غايته وهدفه أو وضع الإدارة أمام الأمر الواقع الذي من شانه تغييرها من خطتها في أستخدام المشروع أو إجراء بعض التعديلات مكلفة لتتماشى مع ما أدخله المتعاقد على المشروع من أعمال ، بل إن للإدارة أن تأمر المتعاقد بإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا كان ذلك ممكن ولا بأسلوب التنفيذ المباشر أن تتولى هي وعلى حساب ذلك المتعاقد إعادة الحال إلى ما كان عليه إلا أنه في غالب الأحوال لا يمكن الأعتراف بالأمر الصادر من غير سلطة التعاقد بصفة الإيجاب ، أو من ثم للتنفيذ من جانب المقاول بصفة القبول ، وبالتالي نصبح أمام عمل من أعمال الفضالة قام به المقاول من نفسه ، أو حتى ولو قام به بأمر من أحد أفراد الإدارة وبغير الإجراءات الرسمية للتعاقد ، ففي هذه الحالة نضحي أمام نظرية الإثراء بلا سبب التي

1- عكاشة ، حمدي ياسين ( دون سنة نشر ) العقود الإدارية في التطبيق العملي ، مصدر سابق، ص 343.

<sup>2-</sup> حكم المحكمة الادارية العليا المصرية، طعن رقم 262 لسنة 23 ق ، جلسة 1978/4/1 المجموعة ، ص111.

تكون الحل العادل لتعويض المقاول عن الأعمال التي نفذها خاصة إذا كان من شان هذا العمل إن يعود بالنفع والفائدة لصالح المرفق العام وأن تثرى به الإدارة فإنه يتعين عليها والحالة هذه أن تعوض المقاول عن الأفتقار الحاصل له بمقدار ما أثرت به.(1)

1- عكاشة، حمدي ياسين (دون سنة نشر) العقود الإدارية في التطبيق العملي ،مصدر سابق، ص344.

### الفصل الرابع

# الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية ونطاقها

إذا كانت مهمة القضاء الإداري هي الرقابة على أعمال الإدارة العامة ، فإن عملية الرقابة هذه لا يمكن أن تتحرك وتعمل تلقائياً من قبل جهات وأجهزة هذا القضاء في الدولة ، وإنما بناءً على الطلبات التي يرفعها أصحاب الشأن والمصلحة ، وذلك في ظل الشروط والإجراءات القانونية المقررة ، وهذه الإجراءات تتطلب الدقة في دراستها لأن النصوص التي تعالجها ولا سيما في مجال الإجراءات الإدارية قليلة ، إذ لا تتناسب مع أهميتها، وعلى قدر دقة الإجراءات في التقاضي وتكاملها وملائمتها في للدعوى يكون الوصول إلى تحقيق مصلحة المتقاضين وصيانة حقوقهم بأقل جهد.

وإن القضاء الإداري يراقب ممارسة الإدارة لحقها في توقيع الجزاء من خلال رقابة مشروعية قرار الجزاء بعناصره ، ورقابة ملائمة الجزاء للخطأ الصادر من المتعاقد ، وتتمثل عدم مشروعية الجزاء في حال ما إذا أخطأت الإدارة في فرضها للجزاءات وبالتالي يودي إلى المسؤولية الإدارية ، وفي النتيجة وإزاء سلطة الإدارة بتقدير الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها دون إستصدار قرار قضائي سابق فإن الرقابة القضائية اللادوية تتضمن التوازن اللازم في العقد الإداري ، وتحافظ على حقوق المتعاقد تجاه اللادارة غير القانونية ، وتحميه من تعسف الإدارة ولضمان سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد ، وتحقق العدالة المرجوة من القضاء ، وتحكم بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به أو تخفيف الجزاء الموقع أو أستبدال الجزاء بجزاء أخف أو إبطال هذه القرارات إذا كانت تقبل الطعن.

ويقصد بالرقابة القضائية لأعمال الإدارة هي أن يتحقق القضاء من مدى مشروعية هذه الأعمال في مطابقتها للقانون من عدمه، إذ لا يمكن للرقابة الإدارية أن تقي بالغرض المرجو من ضمان سيادة مبدأ المشروعية لان مرجع القرار قد يرفض الأعتراف بالخطأ وقد يجاريه رئيسه ، ولهذا فإن رقابة الإدارة في كيفية ممارسة نشاطها يجب أن يعهد بها إلى القضاء الإداري (المحاكم الإدارية). (1)

وتتمثل الرقابة القضائية بتلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم الأعتيادية أو الإدارية ، أستناداً إلى نصوص القانون والتي يكون بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل فيها وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها بما يكفل حقوق وحريات الخصوم.

وتتميز الرقابة القضائية بالخصائص التالية: (3)

1- الرقابة القضائية على خلاف الرقابتين السياسية والإدارية بحيث لا تتحرك من تلقاء نفسها، وإنما لابد من رفع دعوى أمام القضاء من ذوي الشأن، لكي يستند اليه القاضي في ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة التي تثار مدى مشروعيتها في هذه الدعوى.

2- الرقابة القضاية رقابة مشروعية في الأصل، بمعنى أن دور القاضي في هذه الرقابة وفحص التصرف الإداري محل النزاع من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية (أي مدى مطابقته لمبدأ المشروعية) دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملائمة هذا التصرف حيث يبقى تقدير هذه الملائمة من المسائل

3 - جمال الدين، سامي (2015) الرقابة على أعمال الإدارة، الإسكندرية، مؤسسة حورس الدولية، 278.

<sup>1-</sup> الطماوي ، سليمان محمد (1961) القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ص14.

<sup>2-</sup> بدران ، محمد محمد (1985) رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ص61.

المتروكة للإدارة بما لها من سلطة تقديرية مالم تدخل هذه الملائمة كشرط من شروط مشروعية التصرف في أي أن عناصره مثل عنصر الغاية فيه فيقف نشاطه في فحص الأعمال الإدارية عن حد المشروعية أو عدمها.

3- ليس للقضاء في ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة سوى الحكم بمشروعية التصرف الإداري أو الحكم بعدم صحته ومن ثم الغائه بعدم المشروعية علاوة عن التعويض عن الأضرار الناجمه عنه.

4- تتمتع أحكام القضاء بحجية الشيئ المقضي فيه والتي بمقتظاها تنشأ قرينة قانونية قانونية قاطعة على أن الحكم هو عنوان الحقيقة فيما قضي به وهو التعبير الصحيح في حكم القانون فلا يمكن بعد أن يصير نهائيا أن يكون محل لمنازعة ما أو يجوز تنفيذه بالقوة عن الأقتضاء وذلك على عكس القرارات التي لا تتمتع بهذه الحجية إذ يمكن الطعن فيها مباشرة خلال ميعاد الطعن القضائي وفق لما يحدده القانون بصدده.

كما إن الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات وجميع أعمالها الأخرى قد تتولاه المحاكم الأعتيادية، فتختص بالنظر فيها وبالفصل في المنازعات الإدارية والمنازعات بين الإدارة المتعاقدين معها على حداً سواء، وقد يعهد بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة في دول أخرى إلى قضاء متخصص في المنازعات الإدارية بما يعرف بالقضاء الكامل أو بالنظام القضائي المزدوج. (1)

\_

<sup>1-</sup> الحلو ، ماجد راغب (2010) القضاء الإداري ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الحديثة ، ص56.

ولهذا تعتبر الرقابة القضائية على توقيع الجزاءات الضمانة التي يتمتع بها المتعاقد بحيث من حقه اللجوء إلى القضاء لرفع ما فرض عليه من جزاءات وهو حق مكفول قانوناً ولا نزاع فيه ، وأيضاً كونه من النظام العام ، وأن أي شرط في العقد يقضي بأستبعاده يُعد باطلاً ولا أثر له.(1)

كما إن الرقابة القضائية والتي تخضع لها سلطة الإدارة حين إقدامها على توقيع الجزاءات على المتعاقد معها تحقق التوازن ما بين سلطة الإدارة في فرض الجزاءات وبين حقوق المتعاقد معها، فالسلطة الواسعة التي تملكها الإدارة والمتمثلة بحق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، تقابلها مسؤولية مالية عما يصيب المتعاقد من أضرار نتيجة ممارسة هذه السلطة ، ورقابة القضاء للإدارة رقابة واسعة بحيث تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بفرض الجزاء سواء من ناحية الشكل والأختصاص أو الأنحراف بأستعمال السلطة أو مخالفة أحكام القانون والسبب. (2)

ومن المؤكد أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها هي ليست سلطة تحكمية، وإنما هي سلطة قانونية تخضع كباقي سلطات الإدارة للرقابة للوقوف على مدى مشروعيتها والتحقق من أن الإدارة لم تستهدف في ممارستها سوى تأمين حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة المتوخاة من تنفيذ العقد، وهذه الرقابة يتولاها القضاء الذي تُعد رقابته ضمانة للمتعاقد توازي سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء وتمنعها من الأنحراف بتلك السلطة. (3)

1- الفياض ، إبر اهيم طه (1981) العقود الإدارية ، الكويت ، مكتبة الفلاح ، ص204.

<sup>2-</sup> درويش ، حسين (1961) السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ،ط1، القاهرة ، مكتبة الانجلو المصرية ، ص98.

 $<sup>^{-}</sup>$  جمال الدين ، سامي ( 1992) قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية، - 29.

وأن الرقابة القضائية هي التي تحقق ضمانة حقيقة للأفراد، إذ تعطيهم سلاحاً بمقتضاه يستطيعون الألتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل إلغاء أو تعديل أو تعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة المخالفة للقواعد القانونية المقررة. (1)

وبناءً على ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول نطاق الرقابة القضائية على فرض الجزاءات المالية، المبحث الثاني الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية، المبحث الثالث الانحراف بالسلطة الإدارية في توقيع الجزاءات.

# المبحث الأول

## نطاق الرقابة القضائية على فرض الجزاءات المالية

تعتبر الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة على أعمال الإدارة في الدولة، أذ يُعد القضاء أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشروعية من العبث به والخروج عن أحكامه ويقوم القضاء بمهمته هذه إذا ما توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل له الأستقلال في أداء وظيفته، حتى يمكن أن تتحقق بشأنه الحيدة المطلقة، وبالتالي يمكنه أن يقوم بالرقابة على أكمل وجه. (2)

ويعتبر القضاء الإداري ضمانة ضرورية لحماية حقوق المتعاقد من تجاوز الإدارة لحدود سلطاتها الجزائية، فهو يراقب سلطة الإدارة في توقيع العقاب من حيث توافر شروط توقيع

<sup>1-</sup> بدوي ، ثروت (1959) الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، السنة الثالثة ، ص65. 2- جمال الدين، سامي (2015) الرقابة على أعمال الإدارة، الإسكندرية، مؤسسة حورس الدولية للطباعة والنشر، ص 277.

الجزاء ، وأن الإدارة قامت بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع فيه المتعاقد دون تجاوز .(1)

ويُعد القضاء الملاذ والمرجع الحقيقي الذي تلجأ إليه الإدارة والأفراد على حد سواء التأكد من الإلتزام بمبدأ المشروعية، وتُعد الرقابة التي تباشرها المحاكم لضمان المشروعية من أنواع الرقابة المهمة التي تمارسها على أعمال الإدارة، علماً أن هذه السلطة لا تتحرك تلقائياً إلا عن طريق الطعون المقدمة من ذوي المصلحة وتباشرها المحاكم بما لها من ولاية على الأشخاص عامة كانت أم خاصة. (2)

وتعتبر القرارات التي تصدرها الإدارة بتوقيع جزاءات معينة بحق المتعاقد معها، قرارات تصدرها الإدارة تنفيذاً لبنود العقد وأستناداً إلى أحكامه، وبالتالي تكون المنازعات المتولدة عنها هي منازعات حقوقية تندرج تحت ولاية القضاء الكامل الذي يمارس رقابته على القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء من زاويتي المشروعية والملائمة.(3)

وكما أن القرارات التي تصدر من جهة الإدارة تخضع لرقابة القضاء فيما توقعه من جزاءات ، وتتسع رقابة القضاء في ذلك فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء من ناحية الشكل والأختصاص أو مخالفة القانون أو الأنحراف بالسلطة والتعسف فيها وأخيراً من ناحية السبب ، كما تشمل ملائمة القرار بالبحث في بواعث الإدارة في توقيع الجزاء وأسبابه ومدى تناسب الجزاء الذي وقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه. (4) وتبرز أهمية إخضاع قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء بأنه إذا أخطأت الإدارة أو تعسفت في

<sup>1-</sup> علي ، إبراهيم محمد (2003) أثار العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص72.

<sup>2-</sup> الطهراوي ، هاني علي ، (2001) القانون الإدارية ، ط1 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص211.

<sup>3-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليًا المصرية، أشار اليه أبو العينين، محمد ماهر (2004) العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، القاهرة، دار أبو المجد للطباعة، ص153.

 $<sup>^{4}</sup>$ - أحمد، جمال عباس ( $^{7}$ 00) النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث، ص $^{40}$ 5.

أستعمال سلطة فرض الجزاء ، فإن المتعاقد يمكنه اللجوء إلى القاضي الإداري للحكم بعدم مشروعية قرار الإدارة أو عدم وجود ما يبرره ، وبالتالي الحصول على التعويض المناسب. (1)

ولما كانت رقابة القضاء على سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات من قبيل القضاء الكامل، فإن سلطات القاضي تكون واسعة وتتناول قرار الجزاء الذي أتخذته الإدارة بحق المتعاقد معها من زاويتي المشروعية والملائمة، ويكون الجزاء غير مشروع إذا شابه عيب من عيوب الشكل والاختصاص أو مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة والتعسف في أستعمالها والسبب الذي شرعت به الإدارة بتوقيع الجزاء، كما تمتد رقابة القضاء إلى البواعث التي دفعت الإدارة لتوقيع الجزاء وأسبابها ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد. (2)

ومع ذلك فإن الإدارة تتمتع بعدة أمتيازات والرخص القانونية التي تمكنها من أداء وظائفها بفاعلية، المتمثلة بظاهرة السلطة الآمرة ومسؤوليتها عن حسن سير المرفق العام لمواكبة سعة وظائف الإدارة وامتداد نشاطها وتشعبها وأتساع أختصاصاتها وتعمل على حفظ النظام العام والأقتصاد وفي جميع المجالات التي لا يستطيع القطاع الخاص توفيرها، وذلك عن طريق منح الإدارة أمتياز السلطة التقديرية. (3)

ويرى الباحث مما تقدم أن للرقابة القضائية جملة من الشروط والإجراءات تتيح له النظر في المباشرة بالفصل بين النزاعات ، فالقضاء هو الذي يتولى النظر في النزاع النائح بين أطراف العقد الإداري ويتولى مباشرة ذلك النزاع بناءً على دعوى قضائية يتقدم بها المدعي إلى المحكمة المختصة ، وذلك تطبيقاً لمبدأ أساسي مقتضاه أنه لا

<sup>1-</sup> نابلسي، نصري منصور (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص169.

<sup>2-</sup> حلمي ، عمر (1993) طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، القاهرة ، دار النهضة العربية، ص119.

<sup>3-</sup> حافظ ، محمود محمد (1973) القضاء الإداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص49.

يمكن لأية محكمة أن تقضي في نزاع من تلقاء نفسها ، بل أن الرقابة هذه تمثل ضمانة ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون ولمبدأ المشروعية ، ولكي تتم هذه الرقابة بشكل سليم لابد من إتباع إجراءات ومواعيد حددها القانون ، وعليه يجب على القاضي أن يفصل في الدعوى المطروحة أمامه وإلا أرتكب جريمة إنكار العدالة ، وأن هذه الرقابة تعد الضمانة للمتعاقد في العقود الإدارية تجاه سلطة الإدارة والمتمثلة بحق المتعاقد باللجوء إلى القضاء لطلب أبطال الجزاء سواء بالإلغاء أو التعويض ، لأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء تخضع للرقابة اللآحقة من قبل القضاء ، لذا باستطاعة المتعاقد الذي فرض عليه الجزاء اللجوء إلى القضاء لرفع ما وقع عليه من جزاءات.

ولما كانت الجزاءات المالية أحدى أنواع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد فإنها تخضع لرقابة القضاء بنوعيها رقابة المشروعية ورقابة الملائمة، وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول الرقابة القضائية على مشروعية الجزاءات، المطلب الثاني الرقابة القضائية على ملائمة الجزاءات.

## المطلب الأول

### الرقابة القضائية على مشروعية الجزاءات

تعد الرقابة القضائية الممارسة على الجزاءات بصفة عامة ، وبالتحديد التعاقدية أهم ضمانة للمتعاقد التي تحميه من تعسف الإدارة تتمثل بخضوع الإدارة للقانون فيما تقوم به من أعمال وتصرفات وما تتخذه من إجراءات وبما تتمتع به من أمتيازات. (1) وهذه الضمانة متحققة في الدولة القانونية التي يخضع فيها كل من الحكام والمحكومين للقانون بمعناه الواسع ، وذلك الأخذ

\_\_\_

 $<sup>^{-}</sup>$  شطناوي، على خطار (2011) موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، عمان، دار الثقافة للنشر والوزيع، -26

بمبدأ المشروعية الذي يعتبر الركيزة الأساسية في بناء النظام القانوني كله في الدولة والأساس الذي ترتكز عليه الرقابة القضائية لأعمال الإدارة والمحور الذي تدور حوله هذه الرقابة. (1) ويعتبر مبدأ المشروعية مدخلاً ضروريا لدراسة الرقابة على أعمال الإدارة والتحقق من عدم مخالفتها للقانون ، وهو ما يعبر وأساس تلك الرقابة هو بيان مدى خضوع الإدارة شأنها في ذلك شأن الأفراد للقانون ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ المشروعية. (2)

ويقصد بمبدأ المشروعية الخضوع للقانون بمفهومه العام حكاماً ومحكومين، فتخضع سلطات الدولة جميعاً للقانون في كل صور نشاطها ومختلف التصرفات والأعمال التي تصدر عنها بأعتبار أن القانون يقف حائلاً دون الأعتداء على أي حق من حقوق الأنسان وتصرفاته. (3) والمشروعية هي صفة لكل ما هو مطابق للقانون وتبعاً لذلك يجب على الإدارة أن تباشر سلطاتها في الحدود المنصوص عليها في القانون، ولا يتحقق أحترام مبدأ المشروعية إلا بكفالة رقابة القضاء على نشاط الإدارة من حيث مدى توافقه مع القواعد القانونية المقررة سلفاً. (4)

ويكون دور القاضي في رقابة المشروعية على الجزاءات التي توقعها الإدارة بحق متعاقديها هو فحص قرار الجزاء من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملائمة الجزاء للخطأ المنسوب للمتعاقد حيث تبقى هذه المسائل متروكة لسلطة الإدارة التقديرية. (5) كما يترتب على مخالفة الإدارة العامة لمبدأ المشروعية بطلان التصرف الذي خالفت به القانون ، وهذا البطلان يتفاوت في جسامته وفي آثاره وفقاً لدرجة المخالفة ، غير أن القاعدة المسلم بها أن البطلان يجب أن

5- جمال الدين ، سأمي (2015) الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق، 287.

<sup>2-</sup> محمد ، حسين عُبد العال (2004) الرقّابّة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، ص87.

<sup>3-</sup> حافظ ، محمود محمد (1987) القضاء الإداري في الأردن، ط1، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، ص9

<sup>4-</sup> عمرو ، عدنان (2004) القضّاء الإداري ، مبدّأ المشروعية ، ط2 ،الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ص9 .

يثبت عن طريق سلطة يمنحها القانون صلحية النظر في ذلك ، لأن الأصل هو مشروعية أعمال الإدارة. (1)

وترتبط أوجه عدم مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة ومنها الجزاء التعاقدي بأركانه والتي تتمثل في عيب عدم الأختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية ، فإذا ما شاب أي ركن من هذه الأركان عيب ، وصف الجزاء التعاقدي بعدم المشروعية ، وكان عرضة للطعن فيه أمام القضاء المختص ، ويتولى القضاء فحص مدى مشروعية قرار الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد المقصر ، حيث تخضع جميع أركانه للرقابة القضائية بناء على الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة بدعوى أنه مشوب بعيب أو أكثر من عيوب المشروعية التي سنتناولها بشيء من التفصيل وكالآتي:

### أولاً: عيب الشكل والإجراءات

يجب على الإدارية وإلا كان قرارها معيباً وقابلاً للإبطال حتى وأن صدر عن جهة إدارية مختصة. (2) القرارات الإدارية وإلا كان قرارها معيباً وقابلاً للإبطال حتى وأن صدر عن جهة إدارية مختصة. ويقصد بعيب الشكل عدم إلتزام جهة الإدارة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب إتباعها عند ممارستها لسلطتها في توقيع الجزاء ، كأن ينص القانون أو العقد على وجوب إلتزام الإدارة بإتباع إجراء أو شكل معين كأعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أو وجوب أخذ رأي لجنة أو هيئة قبل إتخاذ القرار أو وجوب تصديقه من قبل سلطة أعلى. (3) والشكل يعني المظهر أو الشكل الخارجي للقرار أو طريقة تعبير الإدارة عن أرادتها الملزمة في القرار الصادر، في حين أن الإجراءات تعني الخطوات التي يجب أن يتبعها القرار الإداري في مرحلة تحضيره وأعداده قبل صدوره إلى العالم

<sup>1 -</sup> الشوبكي، عمر محمد (2011) القضاء الإداري، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص18.

<sup>2 -</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) الوسيط في القانون الإداري، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص284.

<sup>3-</sup> محفوظ، الشعب (1994) المسؤولية في القانون الإداري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص82.

الخارجي ، فالقرار الإداري يجب أن يكون صحيحاً من حيث مظهره وشكله الخارجي (الشكل) وأيضاً في إجراءاته التي تسبق إصداره (الإجراءات). (1)

والأصل إن الإدارة عند إصدار قراراتها غير مازمة أن تتقيد بشكل معين في أعمالها القانونية ، ولكن إذا وجد نص قانوني يلزم إصدار القرار بصيغة معينة ، أي بإتخاذ شكل وإجراء محدد فيجب أن يستوفى هذا الشكل والإجراء. (2) وعلى الإدارة واجب أن تلتزم بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب إتباعها في إصدار القرارات الإدارية التي رسمها القانون ، أو فرضها القضاء ، أو تضمنها العقد عند شروعها في مجازاة المتعاقد وإلا كان قرارها معيباً وقابلاً للطعن وأن صدر عن جهة مختصة. (3) فإذا نص القانون أو العقد على إجراء معين، فإنه يجب مراعاته وإلا كان الجزاء معيباً ومثال ذلك الجزاء غير المسوق بأعذار . (4)

ويعتبر عيب الشكل والإجراءات سبباً من أسباب إلغاء القرار الإداري، وذلك عند تجاوز السلطة الإدارية الشروط والإجراءات التي يوجب القانون أو المبادئ العامة إتباعها في إصدار قراراتها وخاصة الجزاءات التعاقدية. (5)

ومن تطبيقات ذلك في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية حكمها الذي جاء فيه "يعتبر القرار الإداري باطلاً إذا لم تصدره الإدارة وفقاً للإجراءات والشكل الذي حددهما المشرع ". (6) وفي حكم أخر لها جاء فيه "...إذا تطلب القانون شكلاً معيناً للقرار الإداري قبل إصداره يجب على الإدارة مراعاة هذا الشكل ويترتب على إغفالها له بطلان

<sup>2-</sup> الشيخلي، عبد القادر (1994) القانون الإداري، عمان، دار بغدادي للنشر والتوزيع، ص201.

<sup>3-</sup> الخلايلة ، محمد على (2015) القانون الإداري-الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص209.

<sup>4-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص120.

<sup>5-</sup> كنعان، نواف (2012) الوجيز في القانون الإداري الأردني، طُ 1 ، الشارقة ، دار الآفاق المشرقة ، ص256.

<sup>6 -</sup> قرار محكمة ألعدلُ العُليا الأردنية رقم 2007/175 مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 2008م، ص19

قرارها..." (1). وحكمها الذي جاء فيه "...إذا صدر القرار المشكو منه موضوع الدعوى وفقاً للشكل الذي نص عليه النظام ولا ينطوي على مخالفة ظاهرة أو خفية لهذا النظام فإنه يكون قد صدر محمولاً على الصحة والسلامة خالياً من العيوب إذا راعى مصدره الإجراءات القانونية واجبة الإتباع قبل إصداره...".(2)

والأصل إن للإدارة الحرية في أختيار الشكل الذي تفرغ به إرادتها، لأن القاعدة العامة تقضي بأن المشرع إذا لم يحدد شكلاً معيناً للقرار فإنه في هذه الحالة يمكن أن يظهر بأي شكل، فقد يكون مكتوباً أو شفاهة أو بالإشارة أو عن طريق التلكس والذي عده القضاء الإداري الفرنسي شكلاً من الأشكال التي يمكن أن تعبر الإدارة به عن قرارها. (3) وكذلك لا تقوم المسؤولية التعاقدية على جهة الإدارة إذا كانت بعض الأشكال والإجراءات مقررة لمصلحتها وحدها دون المتعاقد.(4)

ففي العراق والأردن لا تقوم المسؤولية التعاقدية على جهة الإدارة إذا ما أغفلت إعذار المتعاقد، حيث أن الأصل العام أن توقع الإدارة بعض الجزاءات دون حاجة لتوجيه أعذار للمتعاقد معها ومن قبيل ذلك فرض غرامة التأخير على المتعاقد إذا ما أخل بإلتزاماته التعاقدية.

<sup>2-</sup> قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 2000/311 ، تاريخ 2001/4/18 ، منشورات مركز عدالة.

<sup>3-</sup> الجبوري ، ماهر صالح علاوي (1991) القرار الإداري ، بغداد ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، ص114.

<sup>4-</sup> بشير ، نصر الدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري...، مصدر سابق ، ص214.

ويكمن القول بأن الجزاء الصادر من قبل الإدارة على المتعاقد معها، يكون غير مشروع في نطاق العقود الإدارية، إذا أهملت الإدارة إتباع إجراء الشكل المطلوب منه أتباعه قبل توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته. (1)

### ثانياً: عيب عدم الأختصاص

إن عيب عدم الأختصاص في القرارات الإدارية يشير إلى أن الشخص الذي صدر منه القرار الإداري ليس له السلطة القانونية بهذا الشأن. (2)

ويقصد بعيب عدم الأختصاص هو عدم القدرة قانوناً على مباشرة عمل معين، لأن المشرع جعله من أختصاص سلطة أو شخص أخر. (3)

وتُعد قواعد الأختصاص من النظام العام، والعيب الذي يصيب الأختصاص هو الأخر يتعلق بالنظام العام، الأمر الذي يعطي القاضي إمكانية إثارة الدفع بمخالفته من تلقاء نفسه، كما يجوز الدفع بعدم الأختصاص في أية مرحلة من مراحل الدعوى. (4) كما لا يجوز مخالفة قواعد الأختصاص بعذر الأستعجال إلا في حالة الظروف الأستثنائية تحت رقابة القضاء، ولا يجوز تصحيح القرار المعيب أو إجازته بإجراء لاحق للسلطة الإدارية المختصة به قانوناً، بل يجب أن صدور قرار جديد بإجراءات جديدة تتوافر فيه شروط القرار الإداري الصحيح. (5)

. 1.

 $<sup>^{1}</sup>$ - جانكير ، فارس علي (2014) سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط1، بيرون، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص100.

<sup>2-</sup> على ، عثمان ياسين (2015) تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة) بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية، ص385.

<sup>3-</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) الوسيط في القانون الإداري، عمان،دار الثقافة للنشر والتوزيع، 278.

<sup>4-</sup> الجبوري ،ماهر صالح علاوي (2009) الوسيط في القانون الإداري ، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ص316.

<sup>5 -</sup> كنعان، نواف (2012) القضاء الإداري الأردني ، مصدر سابق، ص239.

وللأختصاص أهمية واضحة في مجال العقود الإدارية، وذلك حتى لا يتعرض المتعاقد لأي جزاءات من غير السلطة المختصة بإتخاذه، لأن التساهل في قواعد الأختصاص يؤدي إلى الافتئات على ضمانات المتعاقد وحقوقه تجاه الإدارة على أعتبار أن أحترام قواعد الأختصاص هي بذاته ضمانة جوهرية للمتعاقد، ولذا فإن القرار الجزائي يخضع كغيره من القرارات الإداري للإلتزام بهذه القواعد، ويعد غير مشروع إذا صدر من غير المختص مكانياً أو زمانياً بإصداره. (1)

فقرار الجزاء يجب أن يصدر ممن يملك إصداره قانوناً، فالجهة المختصة بفرض الجزاء على المتعاقد المقصر هي الجهة التي أبرمت العقد مع المتعاقد ما لم ينص القانون بخلاف ذلك، إذ يكون القرار صحيحاً ومشروعاً من حيث المضمون عندما يصدر من الجهة المختصة قانوناً بإصداره، ويكون القرار غير مشروع ومشوباً بعيب عدم الأختصاص عندما يصدر من غير المختص قانوناً بإصداره. (2)

ومن تطبيقات ذلك في قضاء محكمة التمييز الأردنية حكمها الذي جاء فيه "...إذا صدر قرار فسخ العطاء وشراء اللوازم على حساب المتعهد من شخص لا يملك حق فسخه فيكون قرار الفسخ غير قانوني ولا يكون من حق الحكومة أن تطالب المتعهد بفرق السعر...".(3)

\_

<sup>1-</sup> العنزي، عبد الله نواف (2010) النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الحديدة، ص260

<sup>2 -</sup> الطماوي، سلمان محمد (2015) القضاء الإداري قضاء الإلغاء، القاهرة، دار الفكر العربي، ص711.

<sup>3 -</sup> قرار مُحكمة التمبيز الأردنية رقم 65/459 أو1، تاريخ 1966/1/2، منشورات مركز عدالة .

ويُعد عيب عدم الأختصاص وعيب الشكل من حالات عدم المشروعية الشكلية، ففي الحالة الأولى يصدر القرار من غير مختص، وفي الحالة الثانية يصدر القرار دون مراعاة الإجراءات والأشكال التي حددها القانون.<sup>(1)</sup>

والقاعدة العامة في مجال الأختصاص أن المشرع إذا عهد لسلطة ما بأختصاص معين، فلا يجوز لهذه السلطة التتازل عنه أو التفويض به لغيرها إلا إذا أجاز لها المشرع ذلك.

ويرى الباحث أن الجزاء التعاقدي يعتبر غير مشروع إذا صدر من شخص أو جهة غير مختصة قانوناً بإصداره أو المنوط بها إبرام العقد.

# ثالثاً: عيب مخالفة القانون (المحل)

يقصد بعيب مخالفة القانون هو أن يكون القرار معيباً في فحواه أي المحل أو الموضوع ومعناه أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز ومخالف القانون أو غير ممكن تحقيقه فعلاً أو قانوناً، وأن الرقابة القضائية توصف بأنها موضوعية وتستهدف مطابقة محل القرار لأحكام القانون والتأكد من أن محل القرار ممكناً وجائزاً وقائم على سبب قانوني يبرر صدوره. (2) ومحل القرار هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار حالاً ومباشراً، وهذا الأثر قد يكون بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إلغاؤه، ويكون الأثر صحيحاً وجائزاً وقائم على سبب قانون يبرره، ويكون بإطلاً إذا كان مخالفاً لأحكام القانون، فعيب مخالفة القانون هو العيب الذي يشوب محل

<sup>1-</sup> نصار، جابر جاد (1995) مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ص

<sup>2 -</sup> العبادي، محمد حميد الرصيفان (2014) المبادئ العامة للقرار الإداري، عمان، دار وائل للنشر، ص141

القرار الإداري ، سواء كانت المخالفة مباشرة لنصوص القانون أو لخطأ في تفسيره أو لخطأ في تفسيره أو لخطأ في تطبيق القاعدة على الوقائع ، وهذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقابته. (1)

وعيب مخالفة القانون يتحقق عندما يكون القرار مخالفاً لنصوص القانون أو الشروط العقدية ، فإذا لم يرتكب المتعاقد الخطأ المنصوص عليه في العقد فلا يجوز للإدارة توقيع الجزاء عليه، وإذا ما أوقعت عليه الجزاء يكون القرار الصادر مخالفاً للقواعد القانونية العامة. (2)

فقرار الجزاء يجب أن يكون صادراً تطبيقاً للنصوص القانونية أو العقدية، وبطبيعة الحال ففي حالة عدم وجود الفعل الذي تثيره الإدارة من أجل فرض الجزاء على المتعاقد معها، أو إذا كان الفعل لا يشكل خطأ، ولا يتعارض مع الواجبات الملقاة عليه فلا مجال لفرض الجزاء دون أن يكون الإجراء مشوباً بعيب مخالفة القانون. (3)

ويشترط في محل القرار الإداري أن يكون موجوداً وممكناً وجائزاً، وأن عدم إمكانية أحداث أي أثر للمحل أو تحقيقه يؤدي إلى أستحالة ترتيب الأثر القانوني في القرار الإداري، وبالتالي يكون القرار منعدماً لعدم وجوده من الناحية القانونية. (4)

وأن عيب مخالفة القانون إذا تضمن العقد بعض الشروط التي تتعارض مع ضرورات أداء المرافق العامة لمهامها كحظر فرض جزاء الفسخ أو غرامة التأخير أذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، لذا يترتب على ذلك بطلان العقد الإداري. (5) ولهذا فمحل القرار يجب أن يتفق مع القانون ، ويعتبر القرار مشوباً بمخالفة القانون إذا خالف محله القواعد القانونية وأن القرار يجب أن يقوم على سبب صحيح أي على حالة واقعية أو قانونية صحيحة تحمل الإدارة على التدخل

<sup>1-</sup> الطماوي، سليمان محمد (2015) القضاء الإدار قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، مصدر سابق ص 807.

<sup>2-</sup> هاشم ، حسان عبد السميع (2002) نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص44.

<sup>3-</sup> العنزي، عبد الله نواف (2010) النظام القانوني للجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص271.

 <sup>4-</sup> الزعبي، خالد سماره (1999) القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص89.

<sup>5-</sup> أحمد، جمال عباس (2007) النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث، ص217.

وإصدار القرار، ويؤدي هذا الخطأ في الوقائع أو في تطبيق القانون إلى أن سبب القرار غير مشروع ويتعين إلغاءه. (1) وعندما يكون محل العقد الإداري غير قابل للتعامل ويؤدي إلى عدم أمكانية تنفيذ العقد فعندها لا يجوز إبرام العقد الإداري، ويحق لذوي المصلحة طلب إبطال الإجراءات المتخذة لإبرام ذلك العقد، لذا قضت محكمة التمييز العراقية في أحد أحكامها بأنه " ما دامت الساحة المحالة بعهدة المميز غير صالحة لإتخاذها موقفاً للسيارات لوجود أنقاض ومخلفات فيها تحول دون أستعمالها للغرض الذي أحيلت من أجله لذا يكون من حق المدعي المطالبة بفسخ المزايدة وإعادة التأمينات". (2)

ومن تطبيقات ذلك حكم محكمة العدل العليا الأردنية بقرار لها "عدم إجراء التحقيق مع صاحب المصلحة (العمل) حول المخالفات المنسوبة له يشكل إخلالاً بضمانات حق الدفاع ويعيب القرار ".(3)

وأن عيب مخالفة القانون يتسع لكي يشمل جميع العيوب التي تشوب قرار الإدارة، من مخالفته لقواعد الأختصاص وقواعد الشكل وعيب الأنحراف بالسلطة التي تعد جميعها بمثابة المخالفة للقانون، ولكن هذا المصطلح يستخدم للتعبير عن المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية للقانون.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> -قرار محكمة التمييز العراقية رقم 700 في 1986/10/21 اشار اليه، على، القاضي عثمان ياسين (2015) تسوية المناز عات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الإدارية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص241، وكذلك الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص94.

<sup>3 -</sup> قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 96/132 مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة1997، ص4199.

<sup>4-</sup> العصار، يسري محمد (2003) دروس في قضاء الإلغاء ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص85.

# رابعاً: عيب إساءة أستعمال السلطة (الغاية)

يرتبط عيب إساءة أستعمال السلطة بركن الغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار الإداري القاضي بفرض الجزاءات ، وهو أن يستهدف القرار الإداري غرضاً غير الغرض الذي من أجله منحت الإدارة سلطة إصداره ، فهو أذن عيب يتصل بالهدف الذي يسعى مصدر القرار إلى تحقيقه من ذلك الإصدار .(1) وأن عيب إساءة أستعمال السلطة ترتكب الإدارة عيب الأنحراف حينما تستعمل سلطتها لتحقيق أغراض غير التي يحددها المشرع الإدارة عيب الغاية أو أنحراف السلطة هو أن يمارس مصدر القرار السلطة التي خولها له القانون لتحقيق أهداف غير تلك التي حددها له .(3) ويتصل هذا العيب بنية مصدر القرار وبواعثه لذلك يقترن هذا العيب بالسلطة التقديرية للإدارة ولا يثار الخانت سلطة الإدارة مقيدة بحدود معينة .(4)

ويجب أن يكون قرار الجزاء صحيحاً للنصوص القانونية أو العقدية ، وبطبيعة الحال إذا لم يوجد الفعل الذي تثيره الإدارة لتبرير جزائها أو لم يشكل بذاته خطأ أو لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد ، أو لم يلتزم هذا القرار القواعد القانونية ، فإنه يحون مخالفاً للقانون وتطبيقاً لذلك فإن قرار الجزاء الذي إتخذته الإدارة دون الأعتداد بحجية الشيء المقضي فيه يعتبر غير مشروع. (5) ويحصل عيب إساءة أستعمال السلطة عندما تستبدل الإدارة الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين بإجراءات أخرى لتحقيق الهدف الذي تسعى اليه ، وتلجأ إلى هذا الأسلوب أما لأنها تعتقد أن الإجراء

<sup>2 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2014) نظرية التعسف في أستعمال السلطة، دراسة مقرنة، القاهرة، دار الفكر العربي، ص67.

<sup>3 -</sup> الحلو ماجد راغب (2010) القضاء الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص 381.

<sup>4 -</sup> راضي، مازن ليلو (2013) القضاء الإداري، البنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص266..

<sup>5-</sup> بشير ، نصر الدين مُحمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري....، مصدر سابق ، ص217.

الذي أتبعت لا يمض لتحقيق أهدافها أو أنها سعت إلى التهرب من الإجراءات المطولة أو الشكليات المعقدة. (1)

ويتحقق هذا العيب عندما تتحرف الإدارة في قرار فرض الجزاء عن الغاية التي يهدف إليها العقد سواء من أجل تحقيق مصلحة شخصية لمصدره أو لشخص أخر ومثال ذلك أن يصدر قرار إسقاط الالتزام من أجل إبرام عقد جديد مع شخص أخر.(2)

حيث أن عيب إساءة استعمال السلطة أو الأنحراف بها يكمن في نشاطاً معيناً كان من الواجب أن يصل إلى هدف معين ووجهة محددة فحاد عنها. (3)

فإذا فرضت الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء في صورة لا تتفق والغرض الذي وضعه المشرع لها يكون قرار الجزاء غير مشروع إذا كان مشوباً بعيب إساءة أستعمال السلطة ، ومثل ذلك إسقاط الإلتزام الذي لم يتخذ إلا من أجل إتمام عقد جديد أبرم مع أخر، وايضاً قرار الإدارة سحب العمل من المقاول وتتفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته هو الإضرار بالمقاول أو تحقيق ربح مادي لجهة الإدارة ، وكذلك الحال أذا قررت الإدارة وضع المرفق المدار بطريق إلتزام تحت الحراسة الإدارية بقصد الأستفادة من الفترة التي تؤول إليها فيه الإدارة المباشرة للمرفق لكي ترفع مرتبات العاملين لدى الملتزم ، أو قرارها الشراء على حساب المورد بهدف الحصول على الأصناف المتعاقد عليها بسعر أقل من الذي إلتزم المتعاقد بالتوريد على أساسه. (4)

إن عيب إساءة أستعمال السلطة يكثر في العقود الإدارية الضخمة التي يتم التنافس فيها بين عدد كبير من المتعاقدين، لذلك يتم فرض الجزاء أحياناً على المتعاقد

<sup>1 -</sup> راضى، مازن ليلو (2013) القضاء الإداري، مصدر سابق، 269.

<sup>2-</sup> هاشم ، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقد ، مصدر سابق ، ص54.

<sup>3-</sup> بسيوني ، عبد الغني عبد الله (1996) القضاء الإداري ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ص66.

<sup>4-</sup> فياضٌ ، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العَّقد الإُداري ، مصدر سابق ، ص103.

بصورة تعسفية ولا سيما جزاء فسخ العقد، وذلك من أجل أبعاد المتعاقد بصورة غير قانونية والإتيان بغيره لاعتبارات لا تمت للصالح العام بصلة على الإطلاق، أو لا تتفق مع روح القانون أو قاعدة تخصيص الأهداف. (1)

ففي الأردن فقد ذهبت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها يتعلق في التعويض عن الأنحراف بالسطلة لصاحب المصلحة وجاء قولها "يستحق المتضرر من القرار الإداري التعويض في حالة تجاوز السلطة الإدارية لصلحياتها وفي حالة وقوع خطأ متعمد منها أو إذا إساءة استعمال السلطة ".(2)

وفي العراق نجد أن هذاك العديد من القرارات التي صدرت من محكمة التمييز بخصوص الأنحراف في أستعمال السلطة ومنها قرارها المرقم 3310/م2 والمؤرخ في بخصوص الأنحراف في أستعمال السلطة ومنها قرارها المرقم يونهما هو عقد مساطحه لمدة 2000/12/18 [2000/12/18] منة يتعهد بموجبه المميز عليها بتشييد أبنية على ملك المميز وفقا للتصميم المعد بهذا الخصوص وإجازة البناء المصدقة لدى الجهات المختصة وحيث ثبت من تقرير الخبراء المربوطة بإضبارة الكشف المستعجل أن الجزء الذي لم ينفذ من التشييد قليل بالنسبة لما تم إنجازه فيكون من حق المحكمة أن لا تقضي بالفسخ ، وحيث أنها قررت ذلك فيكون حكمها متفقا وأحكام المادة 77/ مدني لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 22/ رمضان/3421 الموافق في 20/ رمضان/3421 الموافق في 20/مضان/12/18 الموافق في 1/4/مدني عليه إضافة لوظيفته ويها المدعى عليه إضافة لوظيفته المدعى عليه إضافة لوظيفته " إن الحكم صحيح وموافق للقانون ذلك لان قيام المدعى عليه إضافة لوظيفته

<sup>1-</sup> العنزي ، عبد الله نواف (2010) النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص269.

<sup>2 -</sup> قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 96/23 مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1997م، ص4196.

 $<sup>^{3}</sup>$  - حكم محكمة التمييز العراقية المرقم  $^{3310}$ م2 والصادر في  $^{2000/12/18}$  (غير منشور).

بإصدار أمره الإداري المرقم (90) في 1/999/7/4 بإلغاء العقد المبرم بينه وبين المدعي وأعتباره من تاريخ 1/1/1989 لكونه مزوراً لا سند له من القانون حيث لا يحق له إلغاءه من جانبه فقط وكان عليه مراجعة القضاء عند وجود خلل أو عيب فيه الفصل في النزاع ولا سيما وأن المدعي قد أفرج عنه عن تهمة تزوير العقد من قبل محكمة جنايات ديالي بموجب قرارها المرقم 88/ج/2001 في 2001/2/10 لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأتفاق في 28/ربيع الثاني/ 1423ه الموافق 2002/7/9م". (1)

ولصحة ركن الغاية وعدم الأنحراف بالسلطة يجب أن تتطابق الأمور التي أرادها متخذ القرار في نفسه مع الجانب الموضوعي لتحقيق المصلحة العامة وإلا كان القرار معيباً بعيب الأنحراف والتعسف بالسلطة، وهو أحد العيوب التي تفتح باب الطعن بالقرار الإداري، والتي تتيح للقاضي في حالة ثبوت عدم تطابق غاية متخذ القرار مع المصلحة العامة إلغاء القرار بسببه.

### خامساً: عيب السبب

يقصد بسبب القرار الإداري بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق صدور القرار وتدفع إلى إصدارها فهو إذن المبرر ودافع لسلطة الإدارة المختصة للتعبير عن إرادتها الملزمة في إحداث أثر قانوني معين من خلال ذلك القرار.(3)

 <sup>1 -</sup> حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 978/م2 والصادر في 2002/7/9 غير منشور.

<sup>2-</sup> الجبوري ، ماهر صالح علاوي ( 2009) مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص361.

 $<sup>^{2}</sup>$ - الدبس، عصام (2010) القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص357.

والقاعدة أن لكل عمل قانوني سبب صحيح يبرره ويمثل علة إصدارة ، سواء كان هذا العمل القانوني قراراً أو عقداً. (1) وأن أهمية تسبيب الجزاءات التعاقدية من خلال علم المتعاقد مع الإدارة الأسباب التي حملت الإدارة على فرض الجزاء ، لذا يجب أن يستند كل قرار إداري إلى سبب صحيح ، وقد تقوم الإدارة من تلقاء نفسها بالإفصاح عن السبب أو عندما يلزمها القانون بذلك وعدا ذلك لا يمكن إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب قراراها. (2) وهناك فرق بين سبب القرار وتسبيبه ، فتسبيب القرار الإداري هو إجراء شكلي يتمثل في ذكر الأسباب التي بني عليها القرار ، أما سبب القرار فهو أمر موضوعي يتمثل في لزوم قيام القرار الإداري على أسباب حقيقية ، فإذا كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها إلا إذا أوجب عليها القانون ذلك ، فإن القرارات الإدارية جميعاً لا بد وأن تقوم على أسباب تبررها. (3)

وتجدر الإشارة إلى أن عيب السبب أخر العيوب التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي بالأستناد إليها في إلغاء القرارات الإدارية وقد جاء ذلك في حكم له صدر 1907 في قضية (مونو) بصدد إثبات الوقائع وصحة تكييفها القانوني، وجرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على التفرقة بين سبب القرار وتسبيبه ، فإذا كان كل قرار إداري ينبغي أن يكون له سبب وإلا غدا غير مشروع ، فإنه ليس يلزم تسبيب هذا القرار إلا إذا تطلب القانون ذلك، وإذا تطلب القانون تسبيب القرار ، فإن إغفال التسبيب يؤدي إلى عدم

<sup>2-</sup> العبادي ،محمد وليد (2006) سلطة قاضي الإلغاء في الأردن، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن ،مجلد (23) العدد 4، ص79.

<sup>3 -</sup> الخلايلة، محمد على (2015) الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص287.

مشروعية القرار. (1) وفي حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتأريخ 1952/5/26 في عدم استخلاص الوقائع استخلاصاً صحيحاً من الأوراق فإنة يلغى حيث نص الحكم على أنه " إذا لم يستخلص القرار الإداري الوقائع استخلاصاً صحيحاً من الأوراق فإنه يكون معيباً بعيب مخالفة القانون مما يتعين إلغاؤه ".(2)

وفي العراق لم ينص قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (106) لسنة 1989 صراحة على عيب السبب وإنما جرى تفسير النص الوارد في الفقرة (هـ/ثانياً) من المادة (7) (الخطأ في تطبيق القوانين والأنظمةأو في تفسيرها) على أنها عيب السبب. وقد قضت محكمة القضاء الإداري العراقي بإلغاء القرار الإداري القابل للأنفصال عن العقد الإداري لعدم وجود السبب القانوني والواقعي في إصداره ، وجاء في أحد احكامها جاء فيه " .. وحيث لا يوجد سبب يبرر للمدعي علية عدم المصادقة على قرار المزايدة وحيث وجد أن السبب الذي يستند اليه المدعي عليه لا أساس له من الواقع والقانون وحيث أن القرار المطعون فيه جاء نتيجة تطبيق خاطئ للقانون عليه قرر إلغاء والقرار الصادر من المدعي عليه ..". (3) وقد تطرق القضاء العادي في العراق وهو الذي يختص بنظر منازعات العقود الإدارية في مجال المناقصات إلى السبب الصحيح في قرار لجنة تحليل العطاءات ، وصدقت محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية

1- حمكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 1834 لسنة43ق، جلسة 2003/5/18، اشار الية، أبو العينين، محمد ماهر (2015) تطور قضاء الإلغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة.....، القاهرة، المركز القومي للإصدار ات القانونية، ص 13.

 $<sup>^{2}</sup>$  - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 994/5ق بتاريخ 1952/5/26 -1072/425/6، اشار الية، عكاشة، حمدي ياسين (2010) القرار الآداري، القاهرة، دار الفجر للطباعة والتجليد، ص 925.

 $<sup>^{3}</sup>$  - قرار محكمة القضاء الإداري العراقي رقم90/قضاء إداري/991 بتاريخ 1991/12/31 اشار اليه، علي، القاضي عثمان ياسين (2015) تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق ، $^{414}$ .

بصفتها التمييزية قرار" برد عوى المدعي لصحة السبب الذي أستندت اليها لجنة تحليل العطاءات في قرارها بإحالة المناقصة إلى المناقص الثالث". (1)

أما في الأردن فقد أضاف القانون الجديد "قانون محكمة القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014 " (عيب السبب) إلى أسباب دعوى الإلغاء وذلك بموجب المادة (7/أ/5). وعيب السبب هو من العيوب التي إن اعترت القرار أو الإجراء الإداري فإنها تخرجه من الأصل وهو قرينة السلامة وتنال من مشروعيته وتقام لأجلها دعوى الإلغاء.

وبالرغم من عدم وجود إشارة مباشرة لعيب السبب في قانون محكمة العدل العليا في الأردن ألا أن غالبية الفقه الإداري يرى أن عيب السبب وجه مستقل عن باقي أوجه الإلغاء وهو ما عناه المشرع بقوله " .... أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها ".(2)

والحقيقة أن بعض الفقهاء في فرنسا ومصر أنكروا وجود عيب السبب كعيب مستقل، فالبعض جعله ضمن عيب إساءة أستعمال السلطة إذا لم يكن الأختصاص مقيد وبعكسه يكون ضمن عيب الأختصاص وهذا ما نادى به الفقيه (ديكي) وأخرون جعلوه ضمن عيب مخالفة القانون وكان على رأسهم الفقيه (هوريو) وتبعه الأستاذ (الطماوي) في مصر الذي عده من عيوب مخالفة القاعدة القانونية أو ضمن عيب الأنحراف في السلطة.(3)

مما تقدم فإن الجزاء التعاقدي يجب أن يقوم على سبب يبرر إصداره واقعياً أو قانونياً ، والذي بدوره يبرر للإدارة صاحبة الأختصاص إصدار قرارها ، فيكون السبب وراء إصدار الجزاء التعاقدي بحق المتعاقد المقصر معها ، كأن يأتي المتعاقد فعلاً أو يحجم عن إتيانه مما يعد خطأ تعاقدياً أو قانونياً يشكل إخلالاً بإلتزاماته التعاقدية ، الأمر

 $<sup>^{1}</sup>$  - قرار محكمة استثناف بغداد/ الرصافة رقم 428/م/2008 بتاريخ 2008/11/5 منشور في النشرة القانونية، العدد الرابع، السنة الأولى 2010، 0.00.

<sup>2 -</sup> الخلايلة، محمد علي (2015) الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 286.

<sup>3-</sup> جواد ، محمد على (دون سنة نشر) القضاء الإداري ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ص82.

الذي يواجه معه مسلكه السلبي أو الايجابي غير المشروع بالجزاء ، ومن هنا يضحي الجزاء التعاقدي غير مشروع متى أنعدمت الواقعة التي يشكل وجودها إخلالاً من المتعاقد بالتزامــه التعاقــدي ، أو كانــت الواقعــة المســتندة أليهــا ذلـك الجــزاء تخــرج عــن أطــار الخطــأ التعاقدي أو القانوني. (1)

يتضح مما تقدم بأن عمل الرقابة القضائية بالنسبة للسبب ينصب على التأكد من قيام الحالة القانونية أو الواقعية وبعد التأكد من صحة السبب من عدمه تتقل الرقابة لمرحلة تكييف الواقعة ، فإن وضح السبب على نحو ما توضح كان القرار صحيحاً ومنتجاً لآثاره ، أما إذا أتضح عدم صحته فإن مصيره يكون البطلان ، لأن القرارات الإدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري من حيث صحة أسبابها أستناداً إلى أن ركن السبب هو ركن مستقل وقائم بذاته ورقابة القضاء في هذا الصدد تقع أما على الوصف القانوني للوقائع أو على الوقائع المادية للقرار أو الأثنين معاً. (2)

## المطلب الثاني

# الرقابة القضائية على ملائمة الجزاءات التعاقدية

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها تخضع للرقابة القضائية ويمثل هذا ضمانة هامة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في نطاق العقود الإدارية، حيث أن من المسلم به أن حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء يُعد من النظام العام الذي كفله

2 - الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، مصدر سابق، ص111.

<sup>1-</sup> خليفة ، عبد العزيز عبد المنعم (2010) تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، مصدر سابق،

الدستور للمواطنين جميعا، ولذلك فان أي شرط يرد في العقد الإداري يحرم المتعاقد من هذا الحق يُعد شرطاً باطلاً لمخالفته للنظام العام كما ينعدم الأثر الذي يترتب عليه.

وتعتبر رقابة القضاء للإدارة في هذا المجال رقابة واسعة للغاية فهي تشتمل على مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل أم الأختصاص أم مخالفة أحكام القانون أم الأنحراف بالسلطة، كما تشتمل الرقابة على الأسباب التي دفعت الإدارة إلى أتخاذ القرار، فيقدر القضاء وقوع الخطأ ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ الذي أرتكبه المتعاقد. (1)

والأصل أن دور القاضي الأداري في رقابته على سبب القرار الإداري على وجود الوقائع وصحة تكيفها من الناحية القانونية ، فليس له تقدير مدى أهمية الوقائع وتناسبها مع القرار الصادر بناء عليها، بل تتولى الإدارة وحدها بحث وتقدير ملاءمة القرار للوقائع التي دفعت إلى إصداره ، والقضاء عندما يمارس رقابة ملائمة فإنه لا يخرج على رقابة المشروعية لأن الملائمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية وهذا يقودنا إلى نتيجة بأن هنالك فارقاً أساسياً بين المشروعية والملائمة ، فالمشرعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف إلتزام جانب القواعد القانونية ، أما ملائمة تصرف ما فإنما تعنى أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والأعتبارات المحيطة. لذلك ففكرة الملائمة فكرة السبية وهذا لا يعني بأن الشرعية والملائمة فكرتان متناقضتين لأنه إذا كانت مشروعية قرار من القرارات يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد قانونية فإن تقدير ملائمة هذا الإجراء أو القرار لا يمكن أن يتم إلا

1 - الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق، ص458.

<sup>2 -</sup> الحلو، ماجد راغب (2010) القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 405-406.

والقضاء الإداري قد قطع خطوات واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة إلى ابعد حدود لتشمل رقابته على تقدير الإدارة للوقائع وملائمة قرارها الإداري للصالح العام. ويعد حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في (11) تشرين الثاني 1961 نقطة تحول جوهرية في موقف القضاء الإداري في مصر من الرقابة على ملائمة القرار الإداري، وبعد هذا الحكم إطرد قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على مراقبة ملائمة الجزاء المفروض وعدم غلو الإدارة في فرضه. (1)

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها التأخير قد 1960/9/21 الذي تذهب فيه "... ويستطيع القاضي إذا تبين إن غرامة التأخير قد وقعت بدون سبب صحيح أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لهذا الغرامة ".(2)

وساير القضاء العراقي القضاء المصري في أتجاه المتقدم في الأحكام الصادرة منه سواء القديمة منها أم الحديثة وهذا واضح في حكمها الصادر في 2004/3/8 والذي تذهب فيه "...إن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض وجد أن التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه...".(3)

والرقابة القضائية لا تكتفي بالتحقق من أرتكاب المتعاقد للأفعال التي تدعيها الإدارة من عدمه ، وإنما تقدر جسامة الجزاء الموقع عليه بالمقارنة مع خطورة المخالفات المنسوبة إليه ، ويمكن للقاضي في حالة عدم تناسب الجزاء مع الواقعة المنسوبة للمتعاقد

\_ 00

<sup>1 -</sup> الجبوري، ماهر صالح علاوي (1990) غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد 9 ، العدد الأول والثاني، ، ص199.

 $<sup>^2</sup>$  - حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم 61 والصادر فلي  $^2$ 9/0/09/21 مجموعة السنة الخامسة 3 ق ص $^2$ 1 أشار إليه حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقد الاداري، مصدر سابق، ص $^3$ 3.

<sup>3-</sup> حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 129 /م3/ 2004 والصادر في 3/8/2004 (غير منشور).

أن يقضي بعدم صحة الجزاء المبالغ فيه أو يعدل في الجزاءات الموقعة أو توقيع جزاء أخف من الجزاء الذي أتخذته الإدارة إذا أتضح أن الخطأ المنسوب للمتعاقد لم يكن جسيماً أو كافياً لتبريس الجزاءات الموقعة. (1) ومضمون التناسب إلا تغلو السلطة المختصة بتحديد الجزاء في أختياره ، ولا تتعسف في تقديره ، وإنما عليها أن تتخذ ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة الخرق القانوني أو المخالفة الإدارية ، وما يترتب على أرتكابها من آثار وما فيه القدر المتقين من المعقولية لردع المخالف ، وزجر غيره عن أن يرتكب ذات فعله ، مما سبق ينبغي أن يكون هناك تناسب بين مقدار الغرامة ومدة التأخير في تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته. (2) لذا فإن القضاء لا يتردد في تأبيد قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير أو تخفيضها إذا كان سبب التأخير راجعاً لعوامل مشتركة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها ، فله إعفاء المتعاقد من هذه الغرامة متى ثبت أن سبب التأخير يعود لأسباب ترجع لجهة الإدارة أو لأسباب قهرية لا يد للمتعاقد فيها. (3)

فبالنسبة للجزاءات المالية يستطيع القاضي دائماً الحكم بالإعفاء من هذه الجزاءات متى تبين أنها وقعت خطأ ، وله تخفيضها إذا كانت مبالغ فيها ، كما له بأن يقضي بإلزام الإدارة بأن ترد لمتعاقدها ما حصلته منه بصفة تعويضات أو غرامات أو ما تمت مصادرته من تأمينات دون وجه حق. (4) وإذا كان المشرع يلزم الإدارة بالتناسب وهي تختار الجزاء فإنه من جهة أخرى يفرض عليها الإلتزام بالمعقولية بحيث لا تتقيد

ص125. <sup>2</sup> - شطناوي، علي خطار (2000) صلاحية الإدارة بفرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها ، مصدر سابق ، ص118.

<sup>3 -</sup> علي ، عاطف سعدي محمد (2005) عقد التوريد بين النظرية والتطبيق ، القاهرة ، دار الحريري للطباعة ، ص464

<sup>4-</sup> فياض ، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص102.

بالجزاء المختار فحسب وانما تلزم أيضا بأن لا تتخذه إلا في حالة وقوع المخالفة المبررة له أستناداً إلى نص القانون ، وتلك المعقولية تلزم بأن تبذل الإدارة عناية كافية في التقدير حتى لا تتعسف فيه. ومما تجدر ملاحظته أنه إذا كان القاضي الإداري قد مضي برقابته إلى أفاق جديدة فيبسطها على ملائمة القرارات الإدارية وصار تبعا لذلك يراقب مـدى التناسـب بـين القـرار ومحلـه أي بـين الجـزاء والمخالفـة المبـررة لـه.<sup>(1)</sup> فالقاضــي فــي رقابته على الإدارة يرد الوضع إلى درجة الموازنة إذا كان الجزاء المفروض من الإدارة مغالياً فيه ولا يتناسب مع قدر الخطأ وذلك بهدف عدم السماح للإدارة بأن تثري على حساب المتعاقد معها أو أن تستخدم سلطتها في فرض الجزاءات بدون داع أو مبرر.(2) ومهما يكن من أمر فأن دخول تقدير الجزاء الإداري في نطاق السلطة التقديرية لـ الإدارة الا يعني بالضرورة إلا تتصرف رقابة القضاء عنها ، بل لا يعنى في الواقع أكثر من ترك قدر من حريـة التصـرف لـلإدارة بوصـفها الأقـرب للوقـائع اليوميـة، ومـن ثـم الأكفـأ علـي تقـدير بعض الأمور التفصيلية التي تختلف من حالـة إلى أخرى ، ومن ثم فإذا كـان تقدير الجزاء من الملائمات المتروكة للإدارة ، فإن للقضاء أن يتدخل ويفرض رقابته إذا جاء تقدير الإدارة هذا مفرطا وبعيدا عن كل حد معقول سواء كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء والأتجاه الذي بدا يستقر عليه القضاء الإداري في فرض رقابته على الملائمة في بعض القرارات الإدارية يمثل أتجاهاً راسخاً وأكيداً من هذا القضاء في التقدم خطوة جريئة وموفقة نحو تأكيد معنى العدالة بكل صورها دون أن يتقيد بنظريات فقهية معينة ، ودون أن يتقيد أو ينصت لادعاءات الإدارة في أن لها وحدها تقدير ملائمة ما تصدر من

<sup>،</sup> ص129.

<sup>2 -</sup> هاشم ، حسان عبد السميع (2002) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص45.

قرارات إدارية ، ويا حبذا لو أتجه القضاء الإداري إلى فرض رقابته على الملائمة في سائر القرارات المهمة عندما يجد إختلالاً في التناسب أو التوافق بين أهمية الوقائع وما أتخذ في صددها من إجراء. (1)

### المبحث الثاني

# الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية

يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ، سواء كان القضاء الكامل بأعتباره قاضي العقد ، أو قضاء الإلغاء في بعض الحالات ، وبوجود الرقابة القضائية على الجزاء الذي توقعه الإدارة في العقد ، فقد يسند أمر الرقابة للقضاء العادي وذلك في الدول التي تأخذ في وحدة 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 ، إلا وهي القضاء الإداري (القضاء الكامل).

ويقصد بمنازعات العقود الإدارية جميع المنازعات التي تتعلق بتنفيذ العقد الإداري أو إنهائه أو إلغائه بطريق مباشر أو غير مباشر في أي مرحلة من مراحل إبرامه، سواء أتخذت المنازعة صورة القرارات الإدارية أو أية صورة أخرى تتعلق بالعقد. (2) ومن المسلم به أن القضاء الإداري هو القضاء المختص في المنازعات القضائية الناشئة

2- الشلماني ، حمد محمد حمد (2007) امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص347.

بين طرفي العقد، بأستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في أختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها. (1)

فالرقابة القضائية على فرض الإدارة للجزاءات وجميع أعمالها الأخرى قد تتولاها المحاكم الأعتيادية ، فتختص بالنظر فيها وبالفصل في المنازعات الإدارية والمنازعات بين الإدارة والأفراد وبين المتعاقدين معها على حداً سواء ، وقد يعهد بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة في دول أخرى إلى قضاء متخصص في المنازعات الإدارية بما يعرف بالقضاء الكامل أو بالنظام القضائي المزدوج ، وأخصتاص القضاء الإداري يشمل كل ما يثار بصدد العقد الإداري سواء تعلق الأمر بإنعقاده أو صحته أو تنفيذه أو أنقضاءه ، وللقاضي أن يحكم ببطلان العقد أو بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بأحد طرفيه أو بفسخه أو بإبطال التصرفات الإدارية المخالفة لإلتزاماتها التعاقدية. (2)

ولكي تجري الرقابة القضائية بصورة سليمة يتطلب إتباع إجراءات معينة ومواعيد محددة يحددها القانون حسب مقتضى الحال في كل نظام من الأنظمة القضائية، وبخلاف الرقابة الإدارية فلا تستطيع الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى إلا النظر فيها والسير في إجراءات التقاضي، والإمتناع عن الفصل في المنازعة المعروضة يُعد جريمة يعاقب عليها القانون وتسمى إنكار العدالة.(3)

ففي نظام القضاء الموحد يخضع الأفراد والإدارة على السواء لحكم قانون واحد وقاضي واحد ينظر في النزاع المعروض إدارياً كان أم بين الأفراد، بمعنى أنه ليس هناك أمتياز للإدارة تجاه القضاء، ومن ثم فان القاضي الأعتيادي في الدول ذات النظام

 $<sup>^{-1}</sup>$  احمد ، منصور محمد (2000) مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص472

 $<sup>^{2}</sup>$ - الحلو ، ماجد راغب (2010) القضاء الإداري ،مصدر سابق ، ص $^{2}$ 

<sup>3-</sup> ليلة ، محمد كامل (دون سنة نشر) الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، مصدر سابق ، ص25.

القضائي الموحد يمتلك سلطات واسعة إزاء الإدارة غير موجود في القضاء في الدول ذات النظام المزدوج الذي يعترف بأمتياز الإدارة وأستقلالها تجاهه. (1)

ويستند أختصاص القضاء الإداري بصفة أساسية على نوعين رئيسيين من القضاء: الأول: القضاء العادي أو قضاء الإلغاء، والثاني: القضاء الكامل أو قضاء التعويض.

يختص القضاء العادي بالنظر في الطعون التي تستهدف إلغاء قرار صادر عن السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة لمخالفة قواعد المشروعية، وتقف سلطة القاضي عند الحكم بإلغاء القرار المعيب إذا شابه عيب من عيوب عدم المشروعية دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة بعمل أو إمتناع.(2)

أما القضاء الكامل فإن القاضي يتمتع بسلطات أوسع تخوله تصفية النزاع بصورة كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون أن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية الأيجابية والسلبية، ومن هنا أستمد القضاء تسميته. (3)

فمن المستقر عليه فقهاً وقضاءً كأصل عام أن منازعات العقود الإدارية تتمي السي القضاء الكامل الذي ينعقد له الأختصاص في المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وطرق تنفيذه وإنهائه. (4)

لذا سنتناول في هذا المبحث طبيعة أختصاص القضاء الإداري فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية من خلال القضاء الكامل والقضاء العادي، وقد خصصنا لذلك

<sup>1-</sup> نوري ، ضرغام مكي (1997) مدى سلطة قاضي الإلغاء في تعديل القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل، ص6.

<sup>.</sup> عبد الحميد كمال (1976) القرارات القابلة للانفصال و عقود الإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ص72.

<sup>3-</sup> الطماوي ، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص187.

<sup>4-</sup> جعفر ، أنس محمد قاسم (2007) العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص286.

مطلبين ، المطلب الأول أختصاص القضاء الكامل برقابة الجزاءات ، والمطلب الثاني أختصاص القضاء العادي أو القضاء الموحد برقابة الجزاءات.

#### المطلب الأول

#### اختصاص القضاء الكامل برقابة الجزاءات

يُعد القضاء الكامل هو الأصل لتسوية منازعات العقود الإدارية سواء أكان في مرحلة تكوينها أم تنفيذها، ويمتد أختصاصه إلى كل ما يتفرع عن ذلك، وتتنوع الدعاوى في هذا القضاء إلى عدة أنواع ، ففيها دعوى بطلان العقد ، ودعوى طلب المبالغ المالية أو التعويض ، ودعوى أبطال بعض التصرفات الإدارية المخالفة للعقد ، وحسم الدعاوي التي تقام بشأن المنازعات المتعلقة بمرحلة إبرام العقود الإدارية ، ودعوى التعويض بسبب وجود الخلل في إبرامه أو تكوينه أو تنفيذه. والقضاء الكامل وهو قضاء شخصي موجه إلى الإدارة لمطالتها بحق للمدعي قبلها، ولا يقتصر هذا القضاء على بحث مشروعية العمل الإداري وإنما يتضمن تعديله والحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه وذلك لتصحيح المركز القانوني للطاعن. (1)

ويقصد بدعوى القضاء الكامل في هذا السياق بأنها خصومة بين طرفين يدعي أحدهما المساس بمركز ذاتي شخصي ، ويقوم القاضي بفحص الوقائع والقانون ويمارس سلطات واسعة في الرقابة وإصلاح الأعمال الخاطئة أو غير المشروعة ، ويقرر إلتزامات على عاتق أحد الطرفين وحقوقاً للطرف الأخر. (2) لأن هذه المنازعات تتعلق بحقوق ومراكز ذاتية ، وسلطة القاضي إزاءها تكون واسعة لا تقتصر على إلغاء قرار إداري غير

مسود تعبد الله: عبد الغني بسيوني (2003) النظرية العامة في القانون الإداري ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ص587.

<sup>1 -</sup> الحلو، ماجد راغب (2010) القضاء الإداري، مصدر سابق، ص264.

مشروع أو توجه أوامر محددة بعمل أو إمتناع ، وانما تتسع من خلال تصفية النزاع كلياً لتشمل الحكم للمدعى بحقوقه الذاتية التي تتكرها عليه الإدارة أو تتازع في مداها ، وهو بذلك يبين ما يجب على الإدارة عمله أو الإمتناع عنه أو يحكم عليه بدفع مبلغ من المال.<sup>(1)</sup>

حيث يختص القضاء الكامل بنظر جميع المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية أختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، فهو يمتد لجميع الدعاوي المتعلقة بإنعقاد أو تتفيذ أو أنقضاء العقد الإداري ، ويختص بالنظر في منازعات العقد الإداري، فهو صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات.<sup>(2)</sup> حيث لا يتصل الأمر فقط بتقرير مشروعية أو عدم مشروعية تصرف الإدارة، وانما يمتد أيضاً ليشمل حقوق مالية للمتعاقد معها يعجز قاضي الإلغاء بحكمه الذي يقف دوره عند إبطال التصرف في منحها له، حيث لا يملك قاضي الإلغاء ترتيب إلتزامات مالية على عاتق الإدارة. (3) كالدعاوي المتعلقة بمطالبة الإدارة بالمقابل المالي لما أوفي به من التزامات تعاقدیة أو أي تعویضات أخري. (4)

ففي نطاق إلغاء القرارات الإدارية المعيبة والصادرة من الإدارة لمناسبة تنفيذ العقد الإداري، وخاصة فيما يتعلق بالجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة، فإننا نجد بأن القضاء العراقي يقرر ولايته العامة للنظر في الأضرار التي أصابت

<sup>1-</sup> البنا ، محمود عاطف (2007) العقود الإدارية ، ط1، القاهرة ، دار الفكر العربي، ص328.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>- الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق، ص165 .

<sup>3-</sup> خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2010) تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، مصدر سابق،

<sup>4-</sup> العبادي، محمد وليد (2001) الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية ،مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد (7)، العدد 3 ، ص30.

المتعاقد أو غيره بسببها، وهذا ما تؤكده محكمة التمييز في العراق بقرارها المرقم المتعاقد أو غيره بسببها، وهذا ما تؤكده محكمة التمييز في العراق بقرارها المحاكم الولاية 67/1335 و المؤرخ في 1968/3/2 الذي تنذهب فيه ".. إن للمحاكم الولاية العامة للنظر في كل ضرر يلحق الأشخاص من القرار الإداري المخالف للقانون...". (1)

ويُعد حق المتعاقد في التظلم أمام القضاء من الجزاءات التي توقعها الإدارة بحقه من النظام العام، ويقع بالتالي باطل أي شرط في العقد يقضي بمصادرة هذا الحق، وتمثل الرقابة القضائية ضماناً فعالاً للمتعاقد تحميه من تعسف الإدارة وعنصر من عناصر الموازنة لسلطاتها الواسعة في العقد الإداري. (2)

ومن الحالات التي يختص القضاء الكامل بالنظر فيها حالة دعوى بطلان العقد الإداري التي تتعلق بتكوينه بتخلف أحد أركانه لعيب في ركن الرضا أو المحل أو السبب أو شروط صحته أو مخالفته لشكل أوجب القانون إستيفاءه. (3)

ويختص القضاء الإداري أيضاً بالمسائل المتفرعة عن العقد الإداري وأن كانت لا تتصف بالصفة الإدارية، كالمسائل المدنية والتجارية تأسيساً على قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع. (4) كما يدخل في أختصاص القضاء الإداري القرارات التي تصدرها الإدارة أستناداً إلى أحد نصوص العقد ، كان تصدر قراراً بسحب العمل من المتعاقد معها كعقاب له ، أو تصدر قراراً بمصادرة التأمين النهائي الذي دفعه. (5)

<sup>2-</sup> حلمي، عمر (1993) طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص111.

<sup>3-</sup> خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2009) الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص328 وما بعدها.

<sup>4-</sup> العنزي، عبد الله نواف (2010) النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص246.

<sup>5-</sup> السيد عويس، حمدي أبو النور (دون سنة نشر ) الوجيز في العقود الإدارية، جامعة حلوان ، ص278.

والقاعدة المقررة بهذا الصدد إن الرقابة على الجزاءات التي توقعها الإدارة تدخل في ولاية القضاء الكامل، وإلى ذلك ذهبت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في معرض تمييزها بين القرارات التي تصدرها الإدارة في شأن العقود الإدارية بقولها "ويتعين التقرقة بهذا الصدد بين نوعين من القرارات التي تصدرها الإدارة في شأن العقود الإدارية، النوع الأول: القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وهذه القرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد المقررة. والنوع الثاني: القرارات التي تصدرها الإدارة تمثيلاً لعقد من العقود الإدارية وأستناداً إلى نص من نصوصه ومنه القرار الصادر بمصادرة التأمين النهائي أو بإلغاء العقد ذاته، وهذه القرارات لا تعتبر قرارات إدارية وتختص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس أختصاصها بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، وإنما على أساس أعتبار المحكمة الناشرة من قانون مجلس الدولة...".(1)

إذ تخضع لولاية القضاء الكامل المنازعات التي تثيرها سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد سواء أستندت في ذلك إلى بنود العقد أو إلى ما تقتضيه الغاية من إبرام العقود الإدارية من حسن سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد. (2)

وقد ميز جانب من الفقه الفرنسي بأن المنازعات المتعلقة بالجزاءات التي توقعها الإدارة وأستناداً إلى بنود العقد ، وبين تلك التي تستند إلى النصوص التشريعية ، ففي الحالة الأولى يكون قاضي العقد هو المختص ، أما الحالة الثانية فيكون قاضي الإلغاء

<sup>1-</sup> الجمعية العمومية لقسمي التشريع والفتوى، الفتور رقم 399 في 1960/5/16 أشار إليه بلاوي، ياسين بلاوي (2011) الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مصدر سابق، ص205.

را الحالي . و المحال عباس (دون سنة نشر) المعقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتورة، جامعة الإسكندرية، ص272.

هـ و المخـتص بشـرط أن يقصـر المتعاقـد طلباتـه علـى إلغـاء القـرارات الإداريـة غيـر المشـروعة. (1) إن أختصـاص القضـاء الكامـل لا يقتصـر علـى المنازعـات المتعلقـة بهـذه الجـزاءات ، بـل يختص أيضاً بولايـة نظر الطلبـات المستعجلة التـي تـرتبط بتلـك المنازعـات غيـر أن هـذه الطلبـات لا يشـترط أن تقـدم مـع الـدعوى الأصـلية بـل يمكـن تقـديمها علـى أستقلال وبعد نظر الدعوى الأصلية. (2)

ومن تطبيقات ذلك في قضاء محكمة العدل العليا الأردني السابقة حكمها الذي جاء فيه "...وحيث أن المنازعة تدور حول المنازعة على الحق وحول تفسير العقد وحقوق أطرافه ، فلا يجوز والحالة هذه قبول دعوى الإلغاء من قبل المتعاقد من الإدارة في الأمور التي تنصب على القرار من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية ، كونه بعد إبرام العقد يصبح أي نزاع محكوم بالعقد وتصبح الإدارة طرفاً فيه...وتعتبر أي منازعة بين فرقاء العقد الإداري في مرحلة التنفيذ منازعة على الحق ومنازعة حول تفسير العقد وحقوق أطرافه ومدى الالتزام بشروطه ، وليس منازعة حول شرعية قرار إداري كون إجراءات تنفيذ العقد ضمن دائرة العملية التعاقدية نفسها ولا يجوز مخاصمة هذه الإجراءات ".(3)

ويتضح من خلال من تقدم ، يختص القاضي الإداري بنظر منازعات العقد الإداري ، فهو صاحب الولاية العامة في نظر جميع المنازعات الناتجة عن العقد الإداري ، وأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد في العقود الإدارية تخضع للرقابة اللاّحقة من جانب القضاء ، وهذه الرقابة واسعة للغاية فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل أو الأختصاص أو مخالفة

<sup>1-</sup> حلمي، عمر (1993) طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مصدر سابق، ص116.

<sup>2-</sup> السنوسي، صبري محمد (1998) الإجراءات أمام القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص151.

<sup>3-</sup> قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 2013/500 ، تاريخ 2014/3/31، منشورات مركز عدالة.

القانون أو التعسف والأنحراف بالسلطة وكذلك السبب الذي قام عليه القرار الصادر، وكما تشمل تناسب الجزاء الذي وقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه ، كل هذا يقع ضمن ولاية القضاء الكامل ليتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف ومخالفته القانون أو بنود العقد ، كما يجوز دائماً للمتعاقد الموقع عليه الجزاء اللجوء إلى القضاء لرفع ما وقع عليه من جزاءات ، وتمثل هذه الرقابة ضمانة هامة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية.

### المطلب الثانى

### أختصاص القضاء العادى أو القضاء الموحد برقابة الجزاءات

يقصد بنظام القضاء الموحد وجود جهة قضائية واحدة في الدولة هي جهة القضاء الأعتيادي، تتولى الفصل في كافة أنواع المنازعات بين أطراف الخصومة القضائية سواء كان أحد طرفي النزاع سلطة إدارية أم أنها بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة، بحيث تطبق على تلك المنازعات قواعد وأحكام القانون الموحد. (1)

ويقصد به أيضاً هو أن تتولى السلطة القضائية ممثلة في محاكمها على إختلاف أنواعها ودرجاتها، مهمة الفصل في القضايا المدنية والإدارية جميعها على حدً سواء، وتكون ولاية السلطة القضائية في هذا المجال ولاية كاملة (ما لم ينص الدستور على خلاف ذلك).(2)

ففي نظام القضاء الموحد يخضع الأفراد والإدارة على السواء لحكم قانون واحد وقاض واحد ينظر في النزاع المعروض إدارياً كان أم بين الأفراد ، بمعنى أنه ليس هناك

2- العطار، فواد (1968) القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص109.

 $<sup>^{-1}</sup>$  جمال الدين، سامي (2015) الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق، ص $^{-1}$ 

أمتياز للإدارة تجاه القضاء ، ومن ثم فان القاضي الأعتيادي في الدول ذات النظام القضائي الموحد يمتلك سلطات واسعة إزاء الإدارة غير موجود في القضاء في الدول ذات النظام القضائي المزدوج الذي يعترف بأمتياز الإدارة وأستقلالها تجاهه. (1) فوفقاً لنظام وحدة القضاء تمارس الوظيفة القضائية جهة قضائية واحدة تباشر بواسطة محاكمها التي تكون لها ولاية عامة وكاملة بالنسبة لجميع المنازعات ، سواء كانت هذه تمثل دعاوى مدنية أو دعاوى إدارية ، وسواء كان الأفراد وحدهم أطرافاً في المنازاعات أو كانت الإدارة طرفاً فيها. (2)

فالأصل أن قاضي العقد هو المختص بكافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لكن القضاء الأعتيادي يختص بنظر الطعن بالإلغاء في بعض القرارات المرتبطة بهذه العقود في حالات وبشروط معينة ، فإذا كان القرار الإداري صادراً من الإدارة المتعاقدة وكان مخالفاً لشروط العقد ، أو كان يسبب ضرراً معيناً للمتعاقد معها ، فإن هذا المتعاقد يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد مختصماً الإدارة. (3) ويعني ذلك أن سلطة القاضي هنا محصورة في إلغاء القرار الإداري إذا ثبت عدم مشروعيته ، والمطعون فيه حسب الإجراءات القانونية المقررة ، دون أن يتعدى دوره إلى أكثر من ذلك ، فلا يمكن له إلزام الإدارة القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. (4)

ووفقاً لنظام القضاء الموحد، يتولى القضاء العادي مهمة الفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والجزائية والإدارية على حدً سواء، حيث يمارس القضاء العادى

\_

للطباعة والإعلان، ص85.

<sup>1-</sup> نوري ، ضرغام مكي (1997) مدى سلطة قاضي الإلغاء بتعديل القرار الإداري، مصدر سابق، ص6. 2 - الجبراني، خليفة على (2005) القضاء الإداري الليبي الرقابة على أعمال الإدارة، ليبا، طرابلس، مركزسيما

<sup>3-</sup> السيد عويس، حمدي ابو النور (دون سنة نشر ) الوجيز في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص284.

<sup>4-</sup> الحكيم ، سعيد (1987) الرقابة على أعمال الإدارة ، ط2 ،القاهرة ، دار الفكر العربي، ص406.

الرقابة القضائية على القرارات الإدارية، مستنداً في ذلك إلى أسباب قانونية معينة ومستخدماً في الوقت نفسه وسائل قانونية مختلفة تمكنه من مواجهة أعمال الإدارة غير مشروعة في مراحل تكوينها بحيث الرقابة تفوق في مداها حدود المشروعية، حتى تصل في بعض الأحيان إلى رقابة الملائمة. (1)

فالعراق كان من دول القضاء الموحد من تاريخ إنشاء المحاكم المدنية وإلى سنة 1977 عندما صدر قانون تشكيل المحاكم الإدارية رقم (140) لسنة 1977 حيث كان القضاء العادي يختص بالنظر في جميع المنازعات سواء كانت مدنية أو 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 الننظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 بقولها " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعة والمعنوية، العامة والخاصة، إلا ما أستثنى منها بنص خاص ".

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 ضرورة قيام محاكم خاصة تتولى الفصل في المنازعات التي تكون الوزارات أو المؤسسات العامة أو القطاع الاشتراكي طرفاً فيه ، إلا إن هذه المحاكم ظلت متأثرة بالطابع المدني الذي يسود النظام القضائي في العراق ، فلا تفرق بين المنازعات المدنية والمنازعات الإدارية ، فهي تدخل في أختصاصها أي نزاع تكون الإدارة طرفا 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 الأستقلال عن القضاء

<sup>1 -</sup> الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص160.

العادي ويختص بالمنازعات الإدارية فقط فليست جميع المنازعات التي تقوم بين الهيئات الإدارية والأفراد من طبيعة إدارية ، ومن ثم لايختص القضاء الإداري بها دائماً فقط تلك التي نطلق عليها وصف المنازعات الإدارية.

فالدول التي أخذت بنظام القضاء الإداري تقيم في الواقع جهة قضائية متكاملة الله جانب القضاء العادي كل منها يختص بنظر نوع من المنازعات الإدارية ثم تكون هنالك محكمة عليا في هذا النظام القضائي تختص بنظر الطعون التي توجه ضد أحكام المحاكم الإدارية وتكون حكمها هي القول الفصل في تأصيل الأحكام وتنسيق المبادئ واستقرارها ووجود هيئة قضائية مستقلة ومحايدة بالتنازع مستقلة عن القضاء العادي.

وبموجب القانون رقم (20) لسنة 1988 الغي قانون المحاكم الإدارية (140) لسنة 1977 وقد أعطى الأمل لامكانيه إنشاء قضاء إداري حقيقي، والذي بدوره قد مهد لمجيء القانون (106) لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979، والمتضمن إنشاء محكمة القضاء الإداري.

وبعد إصدار التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة الصادر بالقانون رقم (106) لسنة 1989 الدي أنشأ بموجبه محكمة القضاء الإداري، جعل أختصاص المحكمة بموجب الفقرة (د) من البند ثانياً من المادة السابعة محدد حيث يشمل " النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها أو بعبارة أخرى لم يرسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الأعتراض عليها أو الطعن فيها ".

لذلك نرى أن المشرع العراقي قد تجاهل منازعات الإدارة المتعلقة بعقودها الإدارية التي ظلت خاضعة لولاية المحاكم العادية، حيث لم يرد أختصاص النظر بتلك المنازعات ضمن قانون محكمة القضاء الإداري التي أقتصر أختصاصها بنظر الطعون المتعلقة في

صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي، أي أن محكمة القضاء الإداري تختص فقط بالنظر في المنازعات المتعلقة بمشروعية أو عدم مشروعية القرارات الإدارية، دون أن يمتد أختصاصها إلى ولاية القضاء الكامل.

لذلك فإن المنازعات الناشئة عن المسؤولية الإدارية لاتدخل ضمن ولايتها وبشكل خاص العقود الإدارية ، وأصبحت الولاية في هذه المنازعات للقضاء العادي وعلى رأسه محكمة التمييز حيث يختص بالنظر في جميع القضايا والخصومات الإدارية والمدنية ورغم أنه وجد أصلا ليطبق قواعد القانون المدني إلا أنه بدأ يطبق قواعد القانون الإداري في بعض من أقضيته على العقود التي تبرمها الإدارة ، وأكدت محكمة تمييز العراق على أختصاص المحاكم المدنية للنظر في منازعات العقود الإدارية في حكمها الذي جاء فيه "لاجناح على المحاكم إذا ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس في قضائها مهمة القضاء الإداري وأن تلتزم في قضائها ما جرى به الفقه والقضاء الإداريين وما درج عليه من حلول للتوفيق بين المصالح العامة وبين حماية الأفراد وحقوقهم لان ولاية المحاكم تتسع لجميع المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص ".(1)

وقد جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 في المادة (1/8) التي نصت على أنه "يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق "ودياً" ويكون من خلال تشكيل لجنة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد وفق أحكام

--

<sup>1 -</sup> انظر حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 966/1584 في 1966/1/24 والمنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد1و2، لسنة 1965، ص314.

القانون والتعليمات وبنود العقد ويعد محضراً بذلك الأتفاق بين الطرفين يصادق عليه من رئيس جهة التعاقد ".

ونصت الفقرة (2) من نفس المادة على أنه عند عدم التوصل إلى أتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي يجب أن ينص عليها في العقد وهي كالآتي:

1- التحكيم الوطني: ويكون وفق الإجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.

2- التحكيم الدولي: ويكون لجهة التعاقد أختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الأستراتيجية الكبرى أو المهمة ، وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً على أن يراعي ما يأتي:

أ-أن يتم أختيار أحد الهيئات الدولية المعتمدة.

ب- تحديد مكان ولغة للتحكيم .

ج- إعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.

د- أن تتوافر لدى العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب.

أما في الأردن فان ولاية المحاكم الإدارية ولاية كاملة تشمل الإلغاء والتعويض فيما يتعلق بالقرارات الإدارية التي تخضع لرقابتها وقراراتها في جميع المنازعات التي تعرض أمامها، وتنظر المحكمة في الدعاوى مرافعة وبصورة علنية، وذلك حسب قانونها الذي نص على " أنه تنظر المحكمة في الدعاوى المقامة لديها مرافعة وبصورة علنية إلا

إذا قررت من تلقاء نفسها أو وافقت على طلب أحد الفرقاء النظر في أي دعوى سراً وذلك بناءً على مقتضيات المصلحة العامة ".(1)

أن القضاء العادي في الأردن هو الجهة القضائية المختصة بالنظر بتلك المنازعات، المنازعات الناشئة عن تلك العقود بأعتباره صاحب الولاية العامة بنظر تلك المنازعات، لأن المشرع جعل أختصاص المحكمة الإدارية محدد على سبيل الحصر في المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014 وليس من بينها منازعات العقود الإدارية.

لذلك نرى أن المشرع الأردني بموجب قانون القضاء الإداري الجديد قد تجاهل أيضاً منازعات الإدارة المتعلقة بعقودها الإدارية التي ظلت خاضعة لولاية المحاكم العادية، حيث لم يرد أختصاص النظر بتلك المنازعات ضمن قانون محكمة القضاء الإداري التي أقتصر أختصاصها بنظر الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم إدراج منازعات العقود الإدارية ضمن أختصاصات المحكمة الإدارية في الأردن، أمر منتقد بطبيعة الحال لأن القضاء الإداري هو قضاء متخصص في نظر المنازعات الإدارية ومن بينها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا الأردنية السابقة التي تؤكد على ولاية القضاء العادي للنظر بتلك المنازعات حكمها الذي جاء فيه "... يستفاد من أحكام المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992 التي حددت أختصاصات المحكمة في الأمور التي نص المشرع على صلاحيتها في النظر بها، فإنه لا يوجد من بينها النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، إذ أقتصر النظر بها تبعاً لدعوى الإلغاء، ولم

<sup>1-</sup> العبادي، محمد حميد الرصيفان (2014) القرار الإداري، ط1 ، عمان ، دار وائل للنشر ، ص213.

يمنحها ولاية القضاء الكامل، ولم يسلب المحاكم المدنية صلحية النظر في تلك المنازعات...".(1)

وفي قرار أخر جاء فيه "...وحيث أن إجماع الفقه والقضاء قد أستقرا على أن المنازعة الخاصة بإنعقاده أو صحته أو تنفيذه أو فسخه أو الغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية.".(2)

مما نقدم يمكن القول بأن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تكون ولاية النظر فيها لأختصاصات المحكمة فيها لأختصاصات المحكمة الإدارية الأردنية وأختصاصات المحكمة القضاء الإدارية الإدارية قد وردت على سبيل الإدارية الأردنية وأختصاص محكمة القضاء الإدارية على أختلاف أنواعها ، لذلك نأمل المصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية على أختلاف أنواعها ، لذلك نأمل من المشرع العراقي والأردني بأن يوسع من ولاية القضاء الإداري ليعقد الأختصاص بمنازعات العقود الإدارية ، من خلال العمل على تشريع هذه الأختصاصات ، لما لها من طبيعة خاصة تختلف عن العقود في مجال القانون الخاص ، ومن هذا المنطلق ندعو كلا من المشرع العراقي والأردني إلى إعادة النظر في أختصاصات محكمة القضاء الإداري وجعلها شاملة للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية والأعمال المادية للإدارة وهذا لا يتم إلا عن طريق تقليص الأستثناءات التي ترد على أختصاصات المحكمة من أجل بسط رقابتها على أعمال الإدارة بما يعود بالنفع على المجتمع ويجعله في طريق التقدم.

 $^{-1}$  قرار محكمة العدل العليا رقم 2014/174 ، تاريخ 2014/7/10 ، منشورات مركز عدالة.

 <sup>2-</sup> قرار محكمة العدل العليا رقم 263-1996 ، تاريخ1997/1/12، منشورات مركز عدالة.

#### المبحث الثالث

## مسئولية الإدارة عن الاستخدام غير المشروع في توقيع الجزاءات

إن المتعاقد مع الإدارة ملزم بموجب العقد الإداري الموقع بينه وبين الإدارة بتنفيذ جميع الإلتزامات التعاقدية الكائنة ببنود هذا العقد وشروطه ، وتملك جهة الإدارة حق توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها إذا ما إخل أو تراخى أو تأخر في التنفيذ ، وذلك بموجب سلطتها التي منحها لها القانون أن توقع عليه الجزاء من أجل تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ، الغاية منها ضمان حسن سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد، وتخضع سلطتها في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء اللاحقة التي تشمل مدى مراعاة الإدارة لإجراءات وقواعد فرض الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته ، من حيث جسامة هذه المخالفات والأخطاء التي تستند إليها جهة الإدارة في توقيع الجزاء على متعاقديها، بحيث يمكن أن تكون ممارسة الإدارة لسلطتها غير مشروعة ، مما يشكل خطأ من جانبها يستوجب على أثره التعويض للمتعاقد عما أصابه من ضرر .

وتقوم المسئولية التعاقدية للإدارة تجاه المتعاقد معها في حالة قيامها بالأنحراف في إستعمال سلطتها في توقيع الجزاءات السابقة بصيرورة القرار أو الإجراء المتضمن أي من هذه الجزاءات غير المشروعة وخروجه عن نطاق مبدأ المشروعية، فإذا وصم الجزاء بعدم المشروعية كان للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب برفع الجزاء إذا ما كان الجزاء متمثلاً في إحدى الجزاءات المالية. وفي جميع الأحوال فان الإدارة تخضع لرقابة القضاء في توقيع الجزاء، ومثلما للإدارة أن توقع الجزاء على المتعاقد معها إذا ما أخل في تنفيذ المتزاء، وذلك تأميناً للمرفق العام، إلا انه يجب أن يكون للمتعاقد مع الإدارة ضمانات

تحميه من تعسف الإدارة وتعنتها في ومخالفتها للقانون، فتخضع كل إجراءات الإدارة كمتعاقدة في مواجهة المتعاقد لرقابة القضاء، ومباشرة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاء مشوبة بالأنحراف في أستعمال السلطة أو عدم المشروعية من ناحيتين:(1)

الأولى: تتمثل في عدم مشروعية الإجراءات الشكلية التي يجب على الإدارة إتخاذها قبل توقيع الجزاء، حيث يجب على الإدارة وهي بصدد توقيع الجزاءات إتباع بعض الإجراءات من الناحية الشكلية، فيجب أن يسبق توقيع الجزاءات إتباع بعض الإجراءات الشكلية اللآزمة لحماية حقوق المتعاقد، بسبب خطورة هذه الجزاءات ومدى تأثيرها عليه، وأن عدم مراعاة الإدارة لهذه الإجراءات الشكلية من شأنه أن يهدر الضمانات المقررة للمتعاقد، وبالتالى يعتبر خطأ من جانبها متعلق بمسئوليته التعاقدية.

الثانية: تتمثل في عدم قيام الجزاء الموقع من جانب الإدارة على المتعاقد معها على وقائع صحيحة أو كانت درجة الجزاء لا تتناسب البتة مع قدر ما هو منسوب للمتعاقد من تقصير أو خطأ في تنفيذ التزاماته من الناحية الموضوعية. فيجب أن يكون الجزاء الموقع من جانب الإدارة يستند إلى وقائع صحيحة ويتناسب مع جسامة وخطورة مخالفة المتعاقد، وبالتالى فإن الجزاء المبالغ فيه وغير المبرر يُعد خطأ من جانب الإدارة ويثير مسئوليتها التعاقدية.

ومن أجل بيان هذه المسئولية التعاقدية لجهة الإدارة عن أستخدامها غير المشروع لسلطتها في توقيع الجزاءات المالية، آثرنا تقسيم هذا المبحث إلى مطابين المطلب الأول

<sup>1-</sup> زين الدين، بلال أمين (2011) المسئولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص532-533.

الأنحراف بتوقيع الجزاء وعدم مراعات الإجراءات من الناحية الشكلية، والمطلب الثاني الأنحراف في الجزاء ذاته أو عدم مشروعيته من الناحية الموضوعية.

#### المطلب الأول

### الانحراف في توقيع الجزاءات وعدم مراعاة الإجراءات من الناحية الشكلية

تلتزم الإدارة بضرورة إتباع إجراءات شكلية معينة قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، ويعتبر هذا الالتزام إجراء جوهرياً بحيث يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء لتخلف الشكل المطلوب فيه. ويقصد بالإجراءات تلك الخطوات الواجب على الإدارة إتباعها والتقيد بها في إصدار القرارات الإدارية وتتعدد وتتنوع الإجراءات التي يجب على الإدارة مراعاتها من أجل صحة وسلامة قراراتها بتنوع وتعدد طبيعة هذه القرارات. (1) لا يثور خلاف حول جزاء مخالفة قواعد الشكل والإجراءات إذا رتب المشرع البطلان على يثور خلاف حول جزاء مخالفة قواعد الشكل والإجراءات إذا رتب المشرع البطلان على تلك المخالفة ، كأن يفرض المشرع على الإدارة شكلاً أو إجراءاً معيناً بخصوص قرار إداري ما ، وينص على بطلان القرار إذا لم تلتزم الإدارة بالشكل أو الإجراء الذي تطلبة. (2) يجب على الإدارة أن تتبع في مباشرة نشاطها الإجراءات المنصوص عليها قانوناً وأن تقوم بتنفيذ هذا النشاط بالوسائل والأساليب التي رسمها المشرع فلا يجوز أن تلجأ إلى أسلوب أو وسيلة لم يحددها المشرع لمثل هذه الحالة المعروضة حتى ولو كان نظا الإجراء يؤدي إلى ذات النتيجة. (3)

ويمكن حصر الإجراءات الشكلية التي يجب على الإدارة مراعاتها عند قيامها بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها في الأعذار قبل توقيع الجزاء، والمدة التي تمنحها

<sup>1 -</sup> الخلايلة، محمد على (2015) القانون الإداري، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص213.

<sup>2 -</sup> القبيلات، حمدي (2011) الوجيز في القضاء الإداري، عمان، دار وائل للنشر، ص369.

<sup>3 -</sup> أبو العينين، محَمدُ ماهر (2015) تطُّور قضاء الإلغاء ودور مجلس الدولة في الرقابة على قرارات المتعلقة بنزع الملكية وعلى بعض مصادر مبدأ المشروعية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص44.

بين الأعذار وتوقيع الجزاء، وكذلك حق المتعاقد في أن يدافع عن نفسه تجاه ما يصيبه من ضرر، وأخيراً في إعلان الإدارة عن الجزاء الذي وقعته على المتعاقد. (1)

والأعذار يعني تنبيه المتعاقد إلى المخالفة وتقصيره التي قد تضر بالمرفق العام، ومن ثم يمكن له بعد أعذاره أن يصحح هذه المخالفة وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعنى أيضاً إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة إذا أستمر بهذه المخالفة. (2)

ويعتبر القانون أهم المصادر التي تأخذ منه الإدارة شكل ما يصدر عنها من قرارات وإلا يعد صدورها مخالفاً للشكل الذي يتطلبه القانون، والقصد من ذلك هو صحة صدور القرار الإداري وخلوه من عيب الشكل.(3)

ففي القانون الأردني لم يشترط المشرع إنذار المتعاقد مع الإدارة قبل فرض جزاء الشراء على حساب المورد في عقود التوريد. وبالرجوع إلى التشريعات ذات الصلة نجد إن المادة (86) من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008 تنص على انه " إذا تأخر المتعهد في تنفيذ ما التزم به في الموعد المحدد بالعقد فتفرض عليه غرامة مالية... دون سابق إنذار ". ولم يلزم الإعذار قبل فرض جزاء وضع المشروع تحت الحراسة، إلا انه ألزم الإدارة إجراء الأعذار للمقاول في عقد الأشغال العامة قبل فرض جزاء فسخ العقد، وفي عقد التزام المرافق العامة قبل جزاء إسقاط الالتزام.

<sup>1-</sup> الحلفاوي، حمدي حسن (2000) ركن الخطأ في مسئولية الإدارة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص376.

<sup>2-</sup> نصار، جابر جاد (2005) العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص286.

<sup>3-</sup> العبادي، محمد حميد الرصيفان (2014) القرار الإداري، مصدر سابق، ص129.

وأما في العراق نصت الشروط العامة للمقاولات وأعمال الهندسة المدنية بتقسيمها الأول والثاني المعدة من قبل وزارة التخطيط لسنة 1988 حيث أشارت المادة (1/65) منها إلى ضرورة قيام الإدارة بإعذار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه.

وإذا كانت القاعدة هي إلتزام الإدارة بضرورة الإعذار قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الأستثناءات تتمثل في أن العقد يمكن أن يتضمن نصاً صريحاً يعفي الإدارة من إعذار المتعاقد، كما تعفى الإدارة من توجيه الإعذار إذا كانت طبيعة العقد والظروف المحيطة به تقتضي هذا الإعفاء.(1)

وكما يُعد من قبيل الإجراءات الشكلية الواجب على الإدارة الإلتزام بها هي أن يتضمن الإعذار المخالفات التي سجلتها الإدارة على المتعاقد معها والواجبات التي يفترض عليه القيام بها والجزاء الذي تتوي فرضه عليه في حال إصراره على خطئه وعدم الأستجابة للتنبيه، وأن تثبت في الأعذار مهلة كافية تمنح المتعاقد كي يصلح مخالفاته وينفذ فيه الأعمال المطلوبة منه، وهذا الشرط مهم حيث يعتبر الجزاء في حالة توقيعه من قبل الإدارة على المتعاقد معها معيباً في حال لم يسبقه إنذار صحيح على النحو المذكور

كذلك فإن محتوى الإعذار الموجه للمتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته يجب أن يكون مطابقاً لما تقصده الإدارة وما تنوي إتخاذه من إجراءات، وكما جاء في حكم أصدره

<sup>1-</sup> شطناوي، علي خطار (2000) صلاحية الإدارة بفرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها ، مصدر سابق، مد 166

<sup>2-</sup> فياض، عبد المجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص226.

مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1983/2/18 على " إن قرار الجزاء يعد غير مشروع من حيث الشكل إذا كان صادراً من أجل سبب مختلف عن السبب الذي درج في الإعذار".(1)

مما تقدم يرى الباحث بأن إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه يتيح له فرصة الدفاع عن نفسه، على أن تتقيد الإدارة بأحترام حقوق الدفاع، فلا تفرض عليه أي جزاء إلا بعد أن تسمع وجهة نظره وتحاوره لبيان الأسباب التي أدت إلى إخلاله وتقصيره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، مع إمكانية منحه الوقت الكافي لإصلاح ما أقترفه من خطأ ليتمكن من تنفيذ إلتزاماته قبل فرض الجزاء عليه خاصة إن كان هذا الجزاء يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية كجزاء الفسخ مما يؤثر على السير المنتظم للمرفق العام وتعطيله.

ويعد أيضاً من قبيل الضمانات والإجراءات الشكلية الواجب على الإدارة الإلتزام بها هي وجوب تسبيب الجزاء التعاقدي، إذ يعتبر ضمانة ضرورية لتجنب المتعاقد من الإدارة تحكمها، وسطوتها في إتخاذ الجزاء في مواجهته.

ويقصد بتسبيب القرار الإداري بصفة عامة " بأنه إلتزام قانوني تفصح الإدارة بمقتضاه عن الأسباب القانونية والواقعية التي دفعتها إلى إصدار قرارها الإداري".(2)

حيث أن القاعدة العامة في بعض الدول مثل مصر والأردن والعراق، هي أن السلطة الإدارية فيها غير ملزمة بتسبيب قراراتها الإدارية. ففي قرار لمحكمة القضاء الإداري المصرية جاء فيه " إن القاعدة العامة في فقه القانون الإداري إن الجهات الإدارية غير ملزمة بتسبيب قراراتها، إلا

 $^{2}$  - نقلاً عن المعمري، محمد بن مرهون بن سعيد الذيب (2002) تسبيب القرارات الإدارية، عمان، دار وائل للنشر،  $_{0}$  -  $_{0}$ 

<sup>1-</sup> نقلاً عن عبد البديع ، محمد صلاح (1993) سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص273.

حيث يكون هناك ثمة نص يقضي بذلك...".(1) وتسبيب القراررات الإدارية طبقاً لأجتهاد محكمة العدل العليا في الإردن في غاية الأهمية ومن أنجع الضمانات للأفراد لأنه يسمح لهم وللقضاء على السواء بمراقبة مشروعية تصرف الإدارة ، على أنه " لكي يحقق التسبيب الغرض المنوط به يجب أن يكون واضحاً بدرجة يمكن تفهمه ورقابته ، فإذا أكتفى بترديد حكم القانون دون أن يوضح الأسباب التي من أجلها أتخذ، أعتبر في حكم القرار الخالي من التسبيب .... ".(2) وفي قرار أخر لمحكمة العدل العليا الأردنية جاء فيه أيضاً " إن الإدارة غير ملزمة بالتسبيب لقرارها إذا لم يلزمها القانون بذلك ".(3) وبالتالي يكون للإدارة في مثل هذه الدول الحرية في تسبيب قرارها أوعدم تسبيبه لكونه أمراً جوازياً متروك تقديره للإدارة طالما لاتوجد قاعدة قانونية تلزمها بذلك ، أو لم يوجب القضاء على الإدارة تسبيب قرارها.

ويُعد التسبيب من الضمانات الهامة التي تكفل عدالة الجزاء التعاقدي ، فهو فضلاً عن أنه يحقق المصلحة العامة من خلال أستقراء سير المرفق العام بانتظام واطراد، فأنه يحقق المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة من حيث عدالة الجزاء الذي يوقع عليه ، وحمايته من تعسف الإدارة ، وكل ذلك يضفي الاطمئنان والاستقرار، إضافة إلى ذلك فان تسبيب الجزاء التعاقدي يمكن الإدارة من تحري أسباب الجزاء والوقائع التي تبرر توقيع الجزاء التعاقدي ، والأسباب القانونية التي استندت إليها الإدارة في إصداره ، فهي ملزمة ببيان أسباب اقتناعها، والأدلة التي عززت قناعتها بالنتيجة التي تضمنها قرارها ، مما يتيح للقضاء بالتالي أعمال رقابته على ذلك كله من حيث صحة تطبيق

1- عكاشة ، حمدي ياسين (2010) القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ج2 ، دار المجد للطباعة والتجليد ، ص 940

5- حدم محدمه العدل العلي الاردنية رقم 495 نسته 2005، مجنه تقابه المحاميل الاردنيين نسته 2004 ، ص61 .

<sup>2</sup> حكم محكمة العدل العليا الأردني، رقم 82/50 السنة30، العدد11 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص1490، العدد11 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص1490، الشار الية الشوبكي، عمر محمد (2011) القضاء الإداري، مصدر، سابق، ص298. 3- حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم 453 لسنة 2003، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 2004،

القانون علة وقائع الاتهام ، ولمعرفة أن كان هناك ملائمة أو غلو في توقيع الجزاء ، والمساهمة في تسهيل مهمة المتعاقد في الدفاع عن حقوقه. (1)

ففي فرنسا وبعد صدور قانون1979/7/11 وتعديلاته، ألزم الإدارة بتسبيب قرارات الجزاءات الإدارية الصادرة عن الإدارة ضد المتعاقدين معها بسبب الإخلال في تنفيذ العقد، أياً كانت هذه الجزاءات، وتم التأكيد أيضاً على تسبيب جميع القرارات الإداري المتعلقة بالعقود الإدارية بصدور مناشير رئيس الوزراء الدورية في فرنسا في الإداري المتعلقة بالعقود الإدارية بصدور مناشير (1987/9/28)

وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة في فرنسا " أن القرارات الإدارية لا تخضع لضمانة التسبيب إذا لم تكن ذات طبيعة جزائية. (3)

وأما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يلقي على الإدارة الإلتزام بتسبيب الجزاء التعاقدي. لذا نأمل من المشرع العراقي والأردني بأن يلزم الإدارة بتسبيب قراراتها المتعلقة بالجزاءات التعاقدية في مجال العقود الإدارية حتى يبسط القضاء رقابته على أسباب الجزاء كما هو الحال في فرنسا.

## هنالك عدة شروط يجب توافرها في تسبيب الجزاء التعاقدي لعل من أهمها:<sup>(4)</sup>

1- أن يكون التسبيب مكتوباً ويفي بالغرض ، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة (3) من قانون التسبيب الصادر في 1979/7/11 على أنه " يتعين أن يكون التسبيب الذي يقتضيه هذا القانون مكتوباً...".

<sup>1-</sup> القبيلات، حمدي (2010) القانون الإداري، الجزء الثاني، عمان، دار وائل للنشر، ص355.

<sup>2-</sup> نابلسي، نصري منصور (2012) العقود الإدارية، مصدر سابق، ص302.

<sup>3-</sup> نقلاً عن العنزي، عبد الله نواف (2010) النظام القانوني للجزاءات في العقود الادارية، مصدر سابق، ص22.

 $<sup>^{4}</sup>$  -الدليمي، ميثاق قحطان حامد (2015) سلطة الإدارة في إنهاء القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 0.211.

2-يجب أن يكون التسبيب واضحاً بدرجة يمكن تفهمه ورقابته، فالتسبيب الناقص حكمه حكم عدم التسبيب.(1)

3-يجب أن يحتوي القرار على أسبابه في صلبه حتى يخرج القرار حاملاً بذاته كل أسبابه.

4- يجب أن يكون التسبيب كافياً، يعنى هذا الشرط أنه يجب أن تكون الأسباب واضحة وكافية بحيث يحقق التسبيب الغرض منه ، فلا يكفي أن يتضمن القرار أسباباً، بل يجب أن تكون هذه الأسباب كافية لحمله ، وإلا كانت معيبة بالقصور. وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون الخاص بتسبيب القرارات الإدارية الفرنسي لعام 1979.

5- يجب أن يكون التسبيب معاصراً لقرار الجزاء ، وذلك تأكيداً على إن الإدارة كانت على بينة من أمرها عند إصداره ، كما إن التسبيب اللاحق فيه شبهة على الإدارة تتمثل في اختلاقها أسباب أخرى للقرار.

ويعد أيضاً من قبيل الضمانات والإجراءات الواجب على الإدارة الإلتزام بها هي التناسب بين الجزاء التعاقدي والمخالفة المرتكبة. إذ يُعد مبدأ التناسب من أهم المبادئ العامة في القانون التي أستنبطها القضاء الإداري، وألزم الإدارة بإتباعها دون حاجة إلى نص قانوني. إذا قام القرار الإداري على اكثر من سبب واحد فإن استبعاد أي سبب فيه لا يبطل القرار ولا يجعله غير قائم على سببه طالما كان السبب الأخر يؤدي إلى النتيجة ذاتها فضلاً عن تناسب الجزاء مع الذنب الإداري. (2)

2 - عكاشة، حمدي ياسين (2010) القرار الإداري في قضاء مجلس الأمة، مصدر سابق، ص929.

<sup>1 -</sup> الطماوي، سليمان محمد (2015) قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، القاهرة، دار الفكر العربي، ص762.

وفي المقابل نجد أن التشريعات ذات الصلة بهذا الموضوع تنص على هذا المبدأ، فعلى سبيل المثال تنص المادة (9/ب) من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها في الأردن سالفة النكر رقم (1) لسنة 2008 على انه "إذا استنكف المناقص عن الإلتزام بعرضه، أو لم يقم بإتمام المتطلبات اللازمة للتعاقد وتوقيع أمر الشراء، أو ما يقوم مقامه خلال المدة التي يحددها المدير العام أو الأمين العام أو من يفوضه، أو لم يقم بتقديم تامين حسن التنفيذ خلال عشرة أيام من تبلغه إشعار الإحالة تصادر لجنة العطاءات قيمة تأمين الدخول أو أي جزء منه إيراداً للخزينة، بما يناسب وقيمة المادة أو المواد التي أستنكف عنها بما لايقل عن (3%) من قيمة اللوازم).

وكذلك ما نصت عليه المادة (14/ج) من هذه التعليمات من أنه " يلتزم المتعهد بأستبدال اللوازم التي ثبت سوء مصنعيتها خلال فترة الضمانة الواردة بقرار الإحالة بناءً على تقرير لجنة فنية من الدائرة المستفيدة او لجنة فنية تشكلها لجنة العطاءات بلوازم جديدة على نفقته، وفي جميع الأحوال يجب أن يتم أستبدالها خلال شهرين كحد أقصى من تاريخ إشعاره بذلك من الدائرة ذات العلاقة أو لجنة العطاءات، وللجنة العطاءات فرض غرامة تتناسب مع مدة استبدال اللوازم والضرر والنفقات الناتجة عن ذلك.".

ويفرض التناسب على الإدارة مراعاة الأعتدال في الجزاء الذي تقرضه على المتعاقد تحقيقاً للهدف الذي نظمه المشرع من الجزاء التعاقدي لضمان سير المرافق العامة بأنتظام وإطراد، لذا فإن من واجب الإدارة إلا تعاقب المتعاقد معها بأشد مما أقترف، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية المصرية بقولها ". إذا أنطوى الجزاء على

غلو بركوب الشطط في القسوة فإنما يؤدي إلى أحجام أعمال المرافق العامة ومتعاقديها عن دخول مجال خدماتها، خشية التعرض لهذه القسوة الممقتة في الشدة..".(1)

مما تقدم يمكن القول إن عدم مراعاة جهة الإدارة للضمانات والإجراءات الشكلية اللازمة قبل أن توقع الجزاء بحق المتعاقد معها يعتبر خطأ من جانبها ويترتب عليه عدم مشروعية الجزاء الموقع، وبالتالي تتحقق مسؤوليتها تجاه من تعاقدت معه.

ففي قرار لمحكمة العدل العليا الأردنية جاء فيه " يعتبر القرار الإداري باطلاً إذا لم تصدره الإدارة وفقاً للإجراءات والشكل الذي حددها المشرع ".(2)

وقد جعل المشرع العراقي بموجب قانون مجلس شورى الدولة العراقي في المادة السابعة منه من أسباب الطعن هو أن يكون الأمر أو القرار قد صدر مخالفاً لقواعد الشكل والإجراءات.

ففي المسؤولية غير العقدية إذا كان القرار غير شرعي بسبب عدم مراعاة الشكلية عند إصداره، ففي هذه الأحوال فان القاضي لا يحكم بالتعويض إذا ما كان القرار مستوفي شروطه الموضوعية، حيث انه لا تلازم بين التعويض وقضاء الإلغاء، حيث أن القرار لا يشترط الحكم بالتعويض لان المعيار المتبع بهذا الخصوص أن القرار يهتم ويصدر متعلقاً بالموضوع وعلى النحو الذي يصدر به حتى لو أكملت الإجراءات الشكلية

-

<sup>1-</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 10826 ورقم 11968 ، لسنة 48 قضائية عليا ، الصادرين بتاريخ ، 2006/2/23 ، تاريخ ، 2006/2/23 ، تاريخ ، 2006/2/23 ، منشورات مركز عدالة.

<sup>2 -</sup> قرار محكمة العدل العليا الأردنية، رقم 175 ، 2007 ، مجلة نقابة المحامين لسنة 2008 ، ص19.

، وهذا ما يغلب العمل به عند الإجراءات التأديبية التي تعتبر غير مشروعة لعدم مراعاة الإجراء الشكلي ولكنه مبرر من حيث الموضوع. (1)

أما في حالة مسؤولية الإدارة العقدية جاءت الإجراءات الشكلية أكثر أهمية لأنها في حال تخلفها وعدم مراعاتها في توقيع الجزاء وبالتالي عدم مشروعيته يمكن أن نثبت الحق للمتعاقد الذي أوقع عليه الجزاء الحق في مطالبة التعويض ، فقاضي العقد عندما يراقب سلطة الإدارة في توقيع الجزاء فانه يتحقق أولا من قيام الإدارة باتخاذ الإجراءات الشكلية قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، وعندما يكتشف عدم مراعاتها لهذه الإجراءات فإنه يحكم بعدم مشروعية الجزاء الموقع من قبلها وأستحقاق المتعاقد للتعويض في الأحوال التي تسبب فيها بتصرفها المعيب أو غير المشروع إلى إلحاق الضرر به. (2)

ويُعد التعويض الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية، وهو على هذا النحو يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد من إبرام العقد الإداري، حيث إن المتعاقد فرد أو كيان معنوي يسعى دائماً إلى تحقيق الربح في المقام الأول، وعلى ذلك فان تعويضه عما يلحقه من خسائر مادية بسبب خطأ الإدارة يكون دائماً الهدف الذي يعمل عليه القاضي من الحكم على الإدارة بالتعويض. ويقدر التعويض كما ذكرنا سابقا على الأسس المدنية بأعتبارها تمثل القاعدة العامة، حيث يتحدد التعويض أستناداً إلى

1- جمعة، احمد محمود (2005) مناز عات التعويض في مجال القانون العام ، الإسكندرية، منشأة المعارف،

<sup>2-</sup> جاد الله، سيد أحمد محمد (2007) سلطة القاضى إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ص321.

درجة الضرر الذي يصيب المتعاقد مع مراعاة دور كل من طرفي الرابطة العقدية في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركاً تحمل كل من طرفي العقد نصيبه فيه. (1)

وقد يكون الجزاء معيباً شكلاً وموضوعاً وليس له ما يبرره فيحق للمقاول أن يطلب إعفاؤه من النتائج الثقيلة التي تترتب على هذا الجزاء، فضلاً عن تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من ربح، وله أن يطلب فسخ العقد على حساب ومسؤولية الإدارة ويجب على المقاول أن يثبت أوجه الخسارة التي لحقته من هذا الجزاء المعيب وقيمتها.

وقد تتعدى مسؤولية الإدارة بسبب قراراتها غير المشروعة لعيوب الشكل والموضوع ما يمكن تداركه بالتعويض، حيث إن قضاء العقد هو قضاء كامل، فيجب أن ينهي كل التفرعات التي تشعب من موضوع الدعوى، لهذا فإن الحكم بالتعويض قد يكون الغاية التي يسعى إليها المتعاقد الذي لجأ إلى الرقابة القضائية، لكن موضوع العقد ومحل الإلتزام يجب عدم إهماله حيث في بعض الأحيان وكون " لجوء الإدارة إلى توقيع عقوبات بالغة الجسامة على المتعاقد دون خطأ جدي يبرر تلك العقوبات كما لو أتخذت ضده وسيلة من وسائل الإكراه ".(3)

ومن المؤكد إن فسخ العقد لخطأ الإدارة إنما هو فسخ قضائي لا يوقع على الإدارة إلا بموجب حكم يصدره قاضي العقد بناءً على طلب المتعاقد معها، حيث أن هذا المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة ، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي ، بل إن المتعاقد في هذه الأحوال لا يمكنه الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون

<sup>1-</sup> أمين، محمد سعيد حسين (دون سنة نشر) الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، ص409.

<sup>2-</sup> الجمل، هارون عبد العزيز (1979) ،النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مصدر سابق، ص243.

<sup>3-</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي، أشار إليه أمين، محمد سعيد حسين (دون سنة نشر) الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مصدر سابق، ص412.

الخاص ، والتي تستوجب أن يتوجه المتعاقد إلى الإدارة أولاً قبل أن يرفع دعوى التعويض، ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقد غير ملزم بأن يتوجه إلى الإدارة أولاً على الأساس السابق ، ولكن المتعاقد ملزم على أي حال بأن يعذر الإدارة قبل أن يلجأ إلى القاضي، وهذا الإنذار يؤدي دور القرار الإداري السابق في هذا المجال.

#### المطلب الثاني

### الأنحراف بتوقيع الجزاء أو عدم مشروعيته من الناحية الموضوعية

إن عدم مشروعية الجزاء قد يكون من الناحية الموضوعية، حيث يكون الجزاء الموقع من قبل الإدارة على المتعاقد معها ما يبرره من الناحية الموضوعية، كعدم قيامه بتنفيذ الالتزامات المكلف بها وفقاً للعقد الإداري أو تنفيذه على نحو لا يتفق والمواصفات المتطلبة من الجهة الإدارية أو تراخى أو تأخر في التنفيذ. وحيث ان الجزاءات الإدارية تهدف إلى إرغام المتعاقد على الوفاء بإلتزاماته العقدية سواء بفرض الغرامات التأخيرية ومصادرة التامين أو جزاءات الفسخ أو جزاء الإكراه، حيث تفرض الإدارة وقوع مخالفات معينة أو أخطاء جسيمة من المتعاقد معها تؤدي بدورها إلى التأثير ساباً على أداء المرفق العام. (1)

حيث أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، والذي يستحق على فإنها هي التي تقيم جسامة الخطأ الذي قام بأرتكابه المتعاقد معها ، والذي يستحق على أثره توقيعها للجزاء عليه ، وأن هذا التقدير يكون خاضعاً لرقابة القضاء كي يستطيع قاضي العقد تقدير جسامة الأخطاء التي اعتمدت عليه الإدارة في توقيع الجزاء ، ولكن إذا ما كانت هذه المخالفات التي قررت بناءً عليها توقيع الجزاء لا ترقى إلى المستوى

<sup>1 -</sup> الحلو ، ماجد راغب (2010) القضاء الإداري، مصدر سابق، ص255.

الذي يستحق في الجزاء ، وإنها ثانوية من ناحية الأهمية ، وبالتالي ليست مبررة كافياً لتوقيع الجزاء ، ففي هذه الأحوال يمكن للقاضي أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن توقيع الجزاء الذي ليس له مبرر. (1) وإذا كان العيب الجسيم من شأنه أن يجعل القرار منعدماً على هذا النحو فإن القضاء الإداري يبقى رغم ذلك مختصاً بالنظر في مشروعيته، لأن مثل هذا القرار وأن كان في حقيقته منعدماً إلا أنه في ظاهره قرار إداري له قوة تنفيذية ويمكن لصاحب المصلحة أن يلجأ دوماً إلى القضاء ويحتمي من آشاره ونتائجه وبصفة الاستعجال لذا فإن القضاء يبسط رقابته على مثل هذا القرار ويكشف عن أنعدامه. (2)

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أنه متى ثبت أن قرار الإدارة بفرض الجزاء بحق المتعاقد معها لم يقم على سبب صحيح واقعياً أو قانونياً فإنه يعتبر مخالفاً للقانون، ويتحقق به ركن الخطأ من جانب جهة الإدارة، وهو الخطأ الموجب لمسؤوليتها الإدارية عنه، ومتى تحققت عناصر المسؤولية الأخرى من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي فإنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابه نتيجة خطأ الإدارة. (3)

وقد أستقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأستحقاق المقاول للتعويض إذا كان الجزاء الإداري الذي توقعه الإدارة غير مشروع، وقد جاء في حكمها بأنه "... ثبت من تقرير مكتب الخبراء إن لم يثبت أن المقاول قام بصرف مواد تموينية على العمليتين بدون وجه حق ولم تقدم الجهة الإدارية الطاعنة على عكس ذلك، هذا بالإضافة إلى أن

<sup>1-</sup> جار الله، سيد احمد محمد (2007) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص326.

<sup>2 -</sup> الخلايلة، محمد علي (15/20) القانون الإداري، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص 205

 $<sup>^{2}</sup>$ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن 436، لسنة 22 ، جلسة 1985/4/9، مجموعة المبادئ، 925.

هذه الوقائع أن صحت فهي لا تصلح سنداً غير سليم من القانون .. وبالتالي يكون قد توافر في حق الجهة الإدارية الطاعنة الخطأ الموجب للتعويض ، ومن ثم فان ما أثاره الطاعن بانتفاء الخطأ من جانبه في غير محله متعيناً رفضه، وحيث أن المنازعة في أصل أستحقاق التعويض فإن ذلك ينطوي أيضاً على المنازعة في قيمة التعويض من باب أولى ، حيث أنه عن قيمة التعويض المستحق فإن المقاول يستحق تعويضاً عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، وإذا لحق المقاول ضرر يمثل ما فاته من كسب لو لم تسحب منه الأعمال... فان المحكمة تقدر له تعويضاً بمبلغ ثلاثون ألف جنيه ترى فيه كافياً لجبر الأضرار التي لحقت بالمقاول...". (1)

وأيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1999/2/2 بأنه "...إلا أنه بالنسبة لمبلغ التعويض الذي تطالب به الإدارة عن خسارتها بسبب تأخر المقاول بالتنفيذ فإنه لا يستحق هذا المبلغ، وذلك لأن تأخير المقاول في التنفيذ لم يكن السبب الوحيد لهذه الخسارة، فقد ساهمت الإدارة بفعلها في هذا التأخير مما يتعين معه الحكم بعدم أحقيتها في مبلغ التعويض وعدم تحميل المقاول به ".(2)

ففي الأحوال التي يجد فيها القاضي قرارات جزائية غير مشروعة تنشأ المسؤولية التعاقدية للإدارة، فيكون له الحكم بإلغاء القرار غير المشروع أو التعويض إذا ما توافرت أركانه، أو فسخ العقد إذا أستوجب تنفيذ القضاء الكامل ذلك. وهذا بالطبع لا يمنع من تواجد أكثر من قرار للقضاء في نفس الحالة، أي أن الأمر قد يجمع إلغاء القرار غير

1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن 4483، لسنة 41 ق ، جلسة1997/5/6، اشار اليه، بلاوي، ياسين بلاوي (2011) الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مصدر سابق، ص238.

ي سين با وي (2011) اعبر المصرية، الطعن 2048، لسنة 37 ق ، جلسة 1999/2/2. اشار اليه، ابو العينين، محمد ما هر (2004) مصدر سابق، ص 892.

المشروع مع التعويض أو الفسخ مع التعويض وهكذا بحسب موضوع العقد الذي يعرض. (1)

وفي العراق قضت محكمة التمييز بقرارها الصادر بتاريخ 1988/5/28 في ما يلبي "...إن الثابت من أوراق الدعوى أن المميز قد يتوقف عن العمل بتاريخ 1975/7/26 كما هو مثبت بكتاب المحافظة الموجه... حيث أنذرته المحافظة بلزوم الإسراع بالعمل وأنجازه في الموعد المقرر وبعكسه ستتخذ الإجراءات القانونية بحقه ، إذ يترتب عليها أستعمال حقها بسحب العمل خلال فترة مناسبة... ولا يصح سحب العمل بتاريخ 1977/4/19 أي بعد حوالي سنتين من توقف العمل، لذا فإن مطالبة المقاول بالغرامات التأخيرية عن كامل المدة المذكورة غير صحيح لان الخطأ مشترك بين الطرفين ولا يصح أن يلزم أحدهما بكامل التعويض عن ذلك دون الأخر...".(2)

وقضت في حكم اخر لها بتاريخ 2009/3/22 بتأييد الحكم الأستئنافي بأنه تبين للمحكمة "..في ضوء العقد الذي تم سحب العمل فيه من المقاول (المستأنف عليه)..ومن خلال المخاطبات الإدارية المربوطة بأضبارة الدعوى إن تأخير المقاول في الأبتداء بالعمل كان بسبب معارضة مديرية شرطة النصر التي منعت كادر العمل من المباشرة ولا يد للمستأنف عليه في ذلك، وتبين للمحكمة إن الإحالة اللآحقة للمقاول على شركة(؟) كانت بكلفة اقل من الإحالة على شركة المستأنف عليه بمبلغ (؟) وبذلك لم تتضرر دائرة المستأنف إضافة لوظيفته من إحالة المقاولة على شركة أخرى، وأستناداً لما تقدم حقت مسائلة المستأنف عليه على حساب المقاولة...ذلك أن من دفع شيئاً ضاناً أنه واجب

<sup>1 -</sup> القفطان، فوزي علي (2011) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 138.

<sup>2 -</sup> قرار محكمة التمييز العراقية، الاضبارة 1239م منقول ، 1988 ، الحكم غير منشور.

عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق، المادة (1/233) من القانون المدني العراقي...".(1)

وعلى هذا يمكن القول بأن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يقتصر تنظيمه لحقوق الإدارة تجاه متعاقديها فقط ، بل أنه يقر للمتعاقد بضمانات لحقوقه من تعسف الإدارة في أستخدام سلطاتها ، ومن هذه الضمانات هو خضوع الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد رقابياً للقضاء من جانبي المشروعية والملائمة ، إضافة إلى ذلك تتحقق مسؤوليتها التعاقدية في حال لم تستند في إصدار قراراتها على الجانب القانوني السليم ، ومتى ما توافرت أركان التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية لمصلحة المتعاقد من جراء الأستخدام غير المشروع لسلطتها ، تنهض المسؤولية التعاقدية للإدارة ومن أثارها أن تكون ملزمة بتعويض المتعاقد عما يصيبه من أضرار مادية وأدبية.

1- قرار محكمة التمييز العراقية، تاريخ 2009/3/22 ، الحكم غير منشور، اشار اليه القفطان، فزي علي (2011) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مصدر سابق، 138.

#### الفصل الخامس

#### الخاتمة

بعد الأنتهاء -بحمد الله - تتاول الباحث في هذه الدراسة الموسومة " الجزاءات المالية في العقد الاداري - دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني " والتي تُعد واحدة من الجزاءات التي تلجأ اليها الإدارة لإجبار المتعاقدين معها على تنفيذ الإلتزامات الموكلة إليهم لضمان دوام سير المرفق العام بأنتظام وإطراد. وفي الخاتمة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي سيتم بيانها تباعاً على النحو الآتى:

### أولاً: النتائج

1-حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها حق مقرر وثابت لها وأن لم ينص عليه في العقد وتملك الإدارة فرضها بإرادتها المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء، بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة ولا يجوز للإدارة التتازل عن هذا الحق وأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها يكمن في فكرة أهمية سير المرافق العامة، ولكن القضاء لم يعترف بعد للإدارة بسلطة تطبيق جزاء التعويض بنفسها إلا بمقتضى نص يمنحها هذا الحق.

2- أن حـق الإدارة فـي تطبيـق الجـزاء بنفسـها دون اللجـوء للقاضـي ودون إشـتراط الـنص علـى فـرض الجـزاء فـي العقـد إعمالاً لسطتها فـي التصـرف مـن جانـب واحـد، إنما تحقـق مبـدأ اسـتمرار المرافـق العامـة، فبفضـل هـذا الحـق تسـتطيع الإدارة أن تتحاشـى بطء القضـاء، وأن تواجـه تـأخر المتعاقـد بـالإجراء الجزائـي علـى وجـه سـريع يحقـق فاعليتـه فـي ضـمان دوام وأنتظـام المرفـق الـذي يسـتهدفه العقـد، وللمتعاقـد اللجـوء

- للقضاء لآحقاً لابطال هذا الجزاء إذا رأى هناك تعسف من الإدارة باستخدامها الجزاء أو شابه عيب من عيوب المشروعية.
- 3- تتميز الجزاءات المالية بأنها ذات صفة مالية يمكن توقيعها مع أستمرارية العقد بين الطرفين بالتنفيذ كما تتميز بأنها مرنه بحيث يمكن تخفيضها على المتعاقد في بعض الأحيان التي يكون تقصيره جاء بسبب خارج عن إرادته كما وإنها قد يستمر تأثيرها حتى بعد إنتهاء العقد كما في المطالبة بالتعويضات بعد فسخ العقد.
- 4- أن التشريعات ذات الصلة في كل من العراق ولأردن لا تلزم الإدارة بضرورة إعذار المتعاقدين معها قبل توقيع الجزاءات بحق المتعاقد المخل بإلتزاماته، بل تترك الأمر لنصوص العقد، إلا ما أستثنى بنص قانوني.
- 5-خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية لرقابة القضاء اللاحقة وتُعد هذه الرقابة ضمان للمتعاقد يوازي فيه سلطة الإدارة في توقيع الجزاء ويمنعها من الأنحراف والتعسف بالسلطة ، فمن الثابت أن القاضي الإداري له أن يحكم بالتعويض على الإدارة إذا تسببت بجزائها المعيب في ألحاق الضرر بالمتعاقد ، وكذلك يمكن للمتعاقد التخلص من آثار الجزاء الغير صحيح عن طريق الرقابة القضائية الآحقة بوجهيها المشروعية والملائمة ، وللمتعاقد الطعن بقرارات توقيع الجزاءات الصادرة ضده مكفول في القانون ولا نزاع فيه لأنه من النظام العام وبالتالي فإن أي شرط لاستبعاده يُعد باطلاً.
- 6- أتضح من خلال البحث والدراسة أن العقود الإدارية في العراق والأردن لم تنظم بقانون وإنما تشير اليها أنظمة وتعليمات ففي العراق تصدر هذه التعليمات من وزارة

التخطيط وبعض الوزارات المعنية التي لا ترقى إلى مستوى القانون وكذلك القضاء في الأردن.

- 7- حقوق المتعاقد مع الإدارة تسودها فكرة أساسية هي أن هذا المتعاقد يسعى إلى تحقيق الكسب والعائد المالي، ومن ناحية أخرى أن المتعاقد متعاون مع الإدارة في تسير المرفق العام، يستدعي على الإدارة مساعدته من الناحية المالية إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ العقد عسيراً ومرهقاً، بهدف ضمان مصلحة المرفق العام، وتتمثل في الحصول على المقابل المادي وتقاضي بعض التعويضات وحق المتعاقد في أعادة التوازن المالي للعقد.
- 8- يختص القضاء الإداري في الدول ذات القضاء المزدوج (القضاء الكامل) بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ولكون قرار الجزاء الصادر بحق المتعاقد يُعد من القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد واستناداً لنص من نصوصه، فهي منازعات حقوقية تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل الذي يتولى النظر في مدى مشروعية قرار الإدارة بتوقيع الجزاء من ناحيتي المشروعية والملائمة.
- 9- يتولى القضاء العادي في العراق والأردن (المحاكم المدنية) النظر في جميع المنازعات ومنها المتعلقة بالعقود الإدارية ولا سيما تلك التي تتولد عن قرار الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية بحق المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري.

#### ثانيا: التوصيات

وهنا نأتي على ايراد اهم ما رأيناه ضروريا من توصيات تخص هذا الدراسة:

- 1- توصىي الدراسة بضرورة إعذار المتعاقد المخل في التنفيذ قبل فرض أي من الجزاءات عليه والنص على ذلك في تعليمات تنفيذ العقود الإدارية، وأن يتضمن الإعذار مدة كافية تفسح للمتعاقد المجال من تدارك ما بدر من إخلال والذي يؤدي اللي زيادة واطمئنان المتعاقدين مع الإدارة، وبالشكل الذي لا يخل بمبدأ دوام سير المرفق العام بأنتظام واطراد ولا سيما بأن ذلك موجود على صعيد الواقع العملي.
- 2- توصى الدراسة المشرعين بوجوب النص في التشريعات ذات العلاقة على فرض جزاء غرامة التأخير ولو لم ينص عليها في العقد، لتنبيه المتعاقد ولضمان تنفيذ لما يلتزم به في العقد مع الإدارة، كون الجزاء المالي يعتبر أقسى جزاء يمكن أن يوقع على المتعاقد، ليكون رادعاً بتنفيذ العقد كونه مرتبط بتسير مرفق عام يحقق مصلحة عامة تديرها الإدارة.
- 3- توصي الدراسة المشرعين العراقي والاردني بإصدار قانون منظم وموحد وخاص للمناقصات والمزايدات فضلاً عن الأنظمة والتعليمات الموجودة حالياً، ويقوم بمعالجة كل ما يتعلق بنظام تعليمات العطاءات بشكل وافي ومفصل.
- 4- توصى الدراسة إلتزام جهة الإدارة بتسبيب قراراها بتوقيع جزاء غرامة التأخير ليطمئن المتعاقد معها لعدالة الجزاء، وأن يكون هناك تناسب بين الجزاء المفروض والمخالفة المرتكبة من قبل المتعاقد، ولتسهيل الرقابة القضائية عليه.
- 5- ضرورة إلتزام الجهات الإدارية الحريصة على تنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها المحددة بالتزاماتها التعاقدية التي قد يكون من شأنها تعطيل السير في التنفيذ

للأعمال أو تلبية الأحتياجات، كإلتزامها بتمكين المتعاقد من التنفيذ، وإلتزامها بتسديد المقابل المالى للمتعاقد المتمثل بالثمن، وضرورة أعادة التوازن المالى للعقد.

6- توصى الرسالة كلاً من المشرعين العراقي ولأردني النص على ضرورة أختصاص القضاء الإداري النظر في المنازعات بالعقود الإدارية لا سيما أن محكمة القضاء العراقية تستثني منازعات العقود الإدارية من النظر أمامها وما هو موجود اليوم ماهو إلا محكمة اختصاص جزئي لذا لابد الإنتباه لذلك وعدم ترك العقود الإدارية إلى المحاكم العادية لتفصل بها دون وجود تخصص في العمل القضائي.

7- في ظل وضع العراق الحالي نرى ضرورة أن يترك للقضاء مهمة تحديد الجزاءات المالية وفقا لطبيعة كل عقد وحجمه وجسامة الإخلال فيه ومتطلبات السرعة في التنفيذ مستحقة الأداء بمجرد وقوع الخلل الذي يستقطع من المبالغ المستحقة للمتعاقد لدى الإدارة أو قيدها ديننا في ذمته وحسب مقتضى الحاجة ونرى ضرورة الأبعاد الإدارة عن هذه المهمة لأن الإدارة ولا سيما في الوقت الحالي تحوم حولها الشبهات ويشوب حولها الغموض والفساد الإداري

#### قائمة المصادر

### أولاً: الكتب القانونية:

- 1- أحمد، جمال عباس (2007) النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث.
- 2- احمد ، منصور محمد (2000) مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- 3- أبو العينين ، محمد ماهر (2004) العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة ، القاهرة ، دار أبو المجد للطباعة.
- ابو العينين، محمد ماهر (2015) تطور قضاء الالغاء، القاهرة، المركز القومي للاصدارات القانونية.
- 4- بشير، نصرالدين محمد (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر العربي.
- 5- بدران ، محمد محمد (1985) رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
  - 6- البنا ،محمود عاطف (2007) العقود الإدارية ، ط1، القاهرة ، دار الفكر العربي.
- 7- بسيوني ، عبد الغني عبد الله (1996) **القضاء الإداري** ، الإسكندرية ، منشأة المعارف.

- 8- البرزنجي، عصام عبد الوهاب (1971) السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة، دار النهضة العربية.
  - 9- بدوي , ثروت (1968) مبادئ القانون الإداري , القاهرة دار النهضة العربية.
- 10- البكري، عبد الباقي (دون سنة نشر) شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، بغداد، مطبعة الزهراء
- 11- جانكير ، فارس علي (2014) سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط1، بيرون، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 12- الجبوري، محمود خلف (2010) العقود الإدارية , مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط 2, عمان. الأردن.
- 13- جمعة، احمد محمود (2005) منازعات التعويض في مجال القانون العام، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- 14- الجبوري، محمد حسن مرعي (2014) سططة الإدارة في فرض الجناءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- 15- الجبوري ،ماهر صالح علاوي (2009) الوسيط في القانون الإداري ، دار ابن الجبوري ،ماهر صالح علاوي (2009) الأثير للطباعة والنشر ، جامعة الموصل.
- الجبوري ماهر صالح عـ لاوي (1996) مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعـة والنشر، بغداد.
- الجبوري ، ماهر صالح عالاوي (1991) القرار الإداري ، بغداد ، دار الحكمة للطباعة والنشر.
  - 16- جواد ، محمد على (بدون سنة طبع) القضاء الإداري ، بغداد ، المكتبة القانونية.

- 17- جبير، مطيع علي حمود (2006) العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 463.
  - 18- جعفر ،محمد أنس قاسم (2007) العقود الإدارية ،القاهرة ،دار النهضة العربية.
- 91- جمال الدين ، سامي (بدون سنة نشر) قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- جمال الدين ، سامي (2003) القضاء الإداري-الرقابة على أعمال الإدارة- الإسكندرية ، منشأة المعارف.
- جمال الدين ، سامي (2015) الرقابة على اعمال الادارة، الاسكندرية، مؤسسة حورس الدولية.
- 20- الجبراني، خليفة على (2005) القضاء الاداري الليبي- الرقابة على اعمال الادارة.
- 21 حتاملة ، سليم سلامة (2004) القضاء الإداري طعون الموظفين جرش، الأردن، دار اوغاريت للنشر.
  - 22- الحكيم ، سعيد (1987) الرقابة على أعمال الإدارة ، ط2 ،القاهرة ، دار الفكر العربي.
- 23- الحمادي، مال الله جعفر عبد الملك (2010) ضمانات العقد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- 24- الحلو، ماجد راغب (1996) القبانون الإداري, الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
  - الحلو، ماجد راغب (1971) أعمال وامتيازات السلطة الإدارية ، القاهرة، بدون دار نشر.
    - الحلو ، ماجد راغب (1977) القضاء الإداري ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الحديثة.

- الحلو، ماجد راغب (2007) العقود الادارية، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية.
- الحلو، ماجد راغب (2010) القضاء الاداري ، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- 25 حلمي ، عمر (1993) طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- 26- الحلف اوي حمدي حسن (2002) ركن الخطأ في مسوولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري, بدون دار نشر.
  - 27 حلمي, محمود (1974) العقد الإداري, دار الفكر العربي ، القاهرة .
  - 28- حافظ ، محمود محمد (1973) القضاء الإداري ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- 29 حشيش ، عبد الحميد كمال (1976) القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- 30- الخلايلة، محمد علي (2015) القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الخلايلة، محمد علي (2015) الوسيط في القانون الإداري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 31- خليفة, عبد العزيز عبد المنعم (2010) تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً ، القاهرة ، دار الفكر العربي.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008) الأسس العامة في العقود الإدارية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية.

- 32- خليل، عادل عبدالرحمن (1995) المبادئ العامة في أثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، القاهرة ,النهضة العربية للطباعة والنشر.
- 33- درويش ، حسين (1961) السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ،ط1، القاهرة ، مكتبة الانجلو المصرية.
- درويش، حسين (بدون سنة نشر) النظرية العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية.
  - 34- الدبس، عصام (2010) القضاء الاداري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
  - 35-راضي، مازن ليلو (2013) القضاء الاداري ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب.
- 36- زين الدين، بـلال أمـين (2011) المسئولية الإداريـة التعاقديـة وغير التعاقديـة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- 37- الزعبي، خالد سماره (1999) القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، ط2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 38- السيد عويس، حمدي أبو النور (دون سنة نشر) الوجيز في العقود الإدارية، جامعة حلوان.
- 39- السنهوري، عبد الرزاق احمد (1982) الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، ج2، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية.
  - السنهوري، عبد الرزاق احمد (1981) الوسيط في القانون المدنى، المجلد الأول ،العقد.
- 40- السناري، محمد عبدالعال (بدون سنة نشر) مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية.

- السناري، محمد (1996) وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 41- السنوسي، صبري محمد (1998) الإجراءات أمام القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- -42 سلطان، أنور (2005) مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني-دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط1 ، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 43- الشلماني، حمد محمد حمد (2007) امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري, الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
- 44- الشورابي، عبد الحميد (2003) العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، الإسكندرية، منشأة المعارف.
  - 45- الشيخلي، عبد القادر (1994) القانون الإداري ، عمان ، دار بغدادي للنشر والتوزيع.
    - 46 الشيخ, عصمت عبدالله, (د.ت) مبادئ أساسية في العقود الإدارية.
- 47- الشريف، عزيزة (1982) دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 48- الشوبكي، عمر محمد (2015) القضاء الإداري ، عمان ،دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 49- شطناوي، علي خطار (2011) موسوعة القضاء الاداري، الجزء 1 ، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- 50- الظاهر، خالد خليل (1997) القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.
- 51- الطماوي، سليمان محمد (2012) الأسسس العامة للعقود الإدارية ،القاهرة، دار الفكر العربي.
- الطماوي، سليمان محمد (1984) النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي.
- الطماوي ، سليمان محمد (1961) القضاء الإداري ورقابت لأعمال الإدارة ، القاهرة ، دار الفكر العربي.
- الطماوي ، سليمان محمد (2015) القضاء الإداري قضاء الإلغاء، القاهرة، دار الفكر العربي.
- الطماوي ، سايمان محمد (2014) نظرية التعسف في استعمال السلطة الأنحراف بالسلطة، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 52- الطهراوي ،هاني علي ، (2001) القانون الإدارية ، ط1 ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
  - 53 طعيمة الجرف . (1963) القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، القاهرة، دار النهضة العربية.
    - 54 طلبة، أنور (2005) دعوى التعويض, الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث.
- 55- العتوم، منصور إبراهيم (2011) النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، الأردن.

- 56- علي ، عثمان ياسين (2015) تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة) بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية.
  - 57- العبادي، محمد حميد الرصيفان (2014) القرار الإداري، ط1 ، عمان ،دار وائل للنشر.
- 58 العنزي، عبد الله نواف (2010) النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- 59 عبدالرحمن ، حسن عزيز (2007) غرامة التأخير في العقد الإداري، الإسكندرية ، دار الفكر العربي.
- 60- عكاشة ، حمدي ياسين (2010) القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ج2، دار المجد للطباعة والتجليد.
- عكاشة، حمدي ياسين (بدون سنة نشر) العقود الإدارية في التطبيق العملي، الإسكندرية، منشأة المعارف.
  - 61 عبدالباسط، محمد فؤاد (2005) العقد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
  - عبد الباسط، محمد فؤاد (1989) أعمال السلطة الإدارية، الإسكندرية، مكتبة الهداية.
  - 62 على ، إبراهيم محمد (2003) أثار العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- 63 عمرو، عدنان (2004) القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، ط2 ، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- 64- علي ، عاطف سعدي محمد (2005) عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار الحريري للطباعة.

- 65 عبد الله، عبد الغني بسيوني (2003) النظرية العامة في القانون الإداري، الإسكندرية ، منشأة المعارف.
- 66- العصار ، يسري محمد (2003) دروس في قضاء الإلغاء ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.
- 67 عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام (1983) أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد العدد الإداري، القاهرة.
- 68 عيسى، رياض عبد (1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشعال الشيغال الشرف، مطبعة العزى.
- 69 عياد، أحمد عثمان (1973) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية.
  - 70- العطار، فؤاد (1968) القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية.
  - 71- فياض, عبدالمجيد (1983) العقد الإداري في مجال التطبيق, المكتبة القانونية.
- 72- الفار، عبد القادر (2005) احكام الالتزام-اثار الحق في القانون المدني،عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
  - 73- القبيلات ، حمدي (2010) القانون الإداري، عمان ، دار وائل للنشر.
  - القيبلات، حمدي (2011) القضاء الإداري ، ط1 ، عمان ، دار وائل للنشر.
- 74- القشطيني، سعدون ناجي (1975) در اسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، 1975

- 75 كنعان ، نواف (2012) السوجيز في القانون الإداري الأردني ، الكتاب الثاني، الإمارات، دار الأفاق المشرقة.
  - كنعان، نواف (2012) القضاء الإداري الأردني، ط1 ، الشارقة ، دار الآفاق المشرقة.
    - كنعان، نواف (2010) القانون الإداري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 76- ليلة ، محمد كامل (1973) الرقابة على أعمال الإدارة ، القاهرة ، دار الفكر الفكر العربي.
- 77- المصري، زكريا (2014) العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة.
- 78 محمد، حسين عبدالعال (2004) الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دراسة تطبيقية مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية.
- 79 محفوظ، لشعب (1994) المسوولية في القانون الإداري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 80- المعمري، محمد بن مرهون بن سعيد الذيب (2002) تسبيب القرارات الإدارية، عمان ، دار وائل للنشر.
  - 81- نابلسي، نصري منصور (2012) العقود الإدارية، حلب، منشورات زين الحقوقية.
    - 82- نصار، جابر جاد (2005) العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية.
- نصار، جابر جاد (1995) مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية ، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 83- هاشم، حسان عبدالسميع (2002) الجزاءات المالية في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية.

### ثانياً: الرسائل الجامعية:

- 1- إبراهيم ، ثامر محمد (2000) الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل، كلية القانون.
- 2- احمد ، جمال عباس (دون سنة نشر) العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتورة، جامعة الإسكندرية.
- 3- بـ لاوي ، ياسـين بـ لاوي (2011) الجـزاءات الضـاغطة فـي العقـد الإداري ، مصـر ، دار الكتب القانونية.
- 4- أمين، محمد سعيد حسين (دون سنة نشر) الأسس العامة الالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مصر، رسالة دكتوراه.
- 5- الجمل، هارون عبدالعزيز (1979) النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة, دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه , جامعه عين الشمس.
- 6- جاد الله، سيد أحمد محمد (2007) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة.
- 7- حواطمة، خالد مصطفى خالد، (2003)، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها " دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.
- 8- الحمود، وضاح محمود رشيد (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- 9- خصير ، محمود خليل (1991) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد.

- 10- الدليمي، ميثاق قحطان حامد (2015) سطة الإدارة في إنهاء القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
- 11- الدليمي، محمد عبدالله محمود (1989) سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية, رسالة ماجستير، جامعة بغداد.
- 12- راضي ،مازن ليلو (1999) دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق.
- 13- الزهيري ، رياض عبد عيسى (1976) مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بغداد.
- 14- سويد، جلال سعود سالم (2013) عدم إبرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية.
- 15- عويشة، عبد الرزاق (1998) صلاحية الإدارة في تعديل شروط عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، فرنسا، الأردن، المغرب، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية.
- 16- عبد البديع ، محمد صلاح (1993) سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
- 17- عبد المولى، علي محمد علي (1991) الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد العدد الإداري، رسالة دكتوراه.
- 18- فياض، عبدالمجيد (1975) نظرية الجزاءات في العقد الإداري ,رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس.

- 19- القفطان ، فوزي علي (2011) الجزاءات المالية في العقد الإداري ، رسالة ماجستير، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، القاهرة ، معهد البحوث والدراسات العربية.
- 20- القاضي، وليد سعود فارس (2000) الجزاءات في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أل البيت، الأردن.
- 21- المشهداني، محمد صبار محمد (2014) سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الأسراء، عمان، الأردن.
- 21- المفرجي، احمد خورشيد حميدي (1989) سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد.
- 22- نوري ، ضرغام مكي (1997) مدى سلطة قاضي الإلغاء في تعديل القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل.
- 23- الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005) الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، جامعة بغداد.

## ثالثاً: البحوث العلمية:

- 1- البنان، حسن محمد علي (2012) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54.
- 2- بدوي ، ثروت (1959) الدولة القانونية ، **مجلة إدارة قضايا الحكومة** ، العدد الرابع، السنة الثالثة.
- 4- الجبوري، ما هر صالح علاوي (1990) غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد 9 ، العدد الأول والثاني.

- 4-الجيلاوي، علي عبيد (1986) التهديد المالي والغرامة المالية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد 1-2.
- 5- حتاملة، سليم سلامة (2006) رقابة القضاء على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفات الإدارية، مجلة جرش للبحوث والدراسات، الأردن ، مجلد رقم (10) العدد الثاني.
- 6- درويش، حسين (1978) الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة العدالة، الإمارات العربية ، العدد (19) ، السنة الخامسة.
- 7- رسلان، أنور (1984) نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع.
- 8- شنطاوي، علي خطار (2000) صلحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها , مجلة الحقوق, جامعة الكويت, ع(1), السنة 24.
- شطناوي، علي خطار (1992) أهمية الامتياز العام كعقد إداري، مجلة مؤتة مؤتة، الكرك الأردن.
- 9- شحادة، موسى (1999) أهمية العقد الإداري، مجلة أبحاث اليرموك، مجلد 25، العدد3، جامعة اليرموك، إربد الأردن.
- 10- الطائي، محمد علي (1984) طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، رسالة الماجستير منشورة، مجلة القضاء، بغداد، ع1-2،س39.
- 11- عبد الرحمن، عباس ادعين(2014) الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، كلية المستقبل مجلد 22، العدد الثالث.

- 12- العتوم ، منصور إبراهيم (2013) النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، الإمارات، مجلة الشريعة والقانون ، مجلد (27) العدد 53.
- 13- العبادي ،محمد وليد (2006) سلطة قاضي الإلغاء في الأردن، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن ، مجلد (23) العدد الرابع.
- العبادي، محمد وليد (2001) الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد (7)، العدد الثالث.
- 14-الغلام ، عبدالرحمن (1962) موقف القضاء المدني ,إزاء العقود الإدارية, مجلة ديوان التدوين القانوني , بغداد ,مطبعة التضامن,العدد الثالث.
- 15- كنعان، نواف (1998) إجراءات وأساليب إبرام العقود، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 15، العدد2، الجامعة الأردنية، عمان- الأردن.
- كنعان، نواف (1992) تسبيب القرار التأديبي كضمانة أساسية من ضمانات التأديب الوظيفي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن ،مجلد رقم (7) العدد 6.
- 16- المولى، خالد محمد مصطفى(2007) الجزاءات المالية في العقد الإداري، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة، العدد الثامن.

# رابعاً: المجلات والدوريات:

- 1- مجلة مؤتة للبحوث والدراسات.
- 2- مجلة دراسات (علوم شريعة وقانون).
  - 3- مجلة ديوان التدوين القانوني.
  - 4- مجلة منارة للبحوث والدراسات.
    - 5- مجلة القضاء.
    - 6- مجلة جامعة بابل.
    - 7- مجلة أبحاث اليرموك.
      - 8- مجلة مؤتة للحقوق.
    - 9- مجلة الحقوق جامعة الكويت.
      - 10- مجلة الرافدين للحقوق.
        - 11- مجلة العدالة.
      - 12- مجلة القانون والاقتصاد.
        - 13- مجلة العلوم القانونية.

# رابعاً: المراجع القضائية:

- 1- قرارات محكمة التمييز العراقية.
- 2- قرارات محكمة التمييز الأردنية ، وقرا رات محكمة العدل العليا الأردنية.
  - 3- قرارات محكمة القضاء الإداري المصرية.