



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

ERTELENEN PARA CEZASININ UYGULANMASI VE İDARİ SÖZLEŐMELERDE YASALLIĐI

DIYAR NOORI BAPER

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŐA
2021



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

فرض الغرامة التأخيرية ومشروعيتها في العقود الادارية

ديار نوري بابير

رسالة ماجستير

ERTELENEN PARA CEZASININ UYGULANMASI VE İDARİ SÖZLEŞMELERDE YASALLIĞI

DIYAR NOORI BAPER

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

YRD.DOÇ.DR. YOUSİF MOSTAFA RASUL

LEFKOŞA
2021

فرض الغرامة التأخيرية ومشروعيتها في العقود الادارية

ديار نوري بابير

جامعة الشرق الأدنى
الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول

نيقوسيا
2021


KABUL VE ONAY

Diyar Noori Baper tarafından hazırlanan "Ertelenen para cezasının uygulanması ve idari sözleşmelerde yasallığı" başlıklı bu çalışma, 28/ 01 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ



Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Shamal Husain Mustafa
Yakın Doğu Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير ديار نوري بابير في رسالته الموسومة بـ " فرض الغرامة التأخيرية ومشروعيتها في العقود الإدارية " نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/01/28، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق ,قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق ,قسم القانون العام

.....
الاستاذ المساعد الدكتور شمال حسين مصطفى
جامعة الشرق الادنى
كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

.....
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben DIYAR NOORI BAPER olarak beyan ederim ki **Ertelenen Para Cezasının Uygulanması Ve İdari Sözleşmelerde Yasallığı**, başlıklı tezi 'Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 28/01/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: DIYAR NOORI BAPER

الاعلان

أنا ديار نوري بابير، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان فرض الغرامة التأخيرية ومشروعيتها في العقود الادارية، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول، ولقد أعدتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/01/28

التوقيع:

الاسم واللقب: ديار نوري بابير

TEŞEKKÜR

Başlangıçta, sadece danışman profesör olan Yardımcı Doç. Dr. (**Yousif Mostafa Rasul**) 'a teşekkür ve şükranlarımı sunabilirim; Tezin denetimini kabul etme, değerli bilimsel gözlem ve görüşleri aracılığıyla yardım ve yardım sağlama tercihi nedeniyle, bilimsel direktifleri tezin gerektiği gibi üretilmesinde büyük bir etkiye sahipti.

Bu akademik aşamayı tamamlarken yanımda olanlara, başta değerli hocalarıma, manevi destekleri ve cesaretlendirmelerinin devamlılığında ve başarımda büyük etkisi olduğu için içten teşekkürlerimi sunuyorum. Bilimsel kaynakların elde edilmesinde bana yardımcı olanlara, özellikle de çeşitli üniversitelerdeki kütüphane çalışanlarına en içten teşekkür ve takdirlerimi sunuyorum.

شكر وتقدير

في البداية لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والعرفان الى الأستاذ المشرف الاستاذ المساعد الدكتور (يوسف مصطفى رسول)؛ لتفضله بقبول الإشراف على الرسالة، وتقديم العون والمساعدة من خلال ملاحظاته وآرائه العلمية القيمة، فكان لتوجيهاته العلمية أثر كبير في اخراج الرسالة بالشكل المطلوب.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى كل الذين وقفوا الى جانبي في اتمام هذه المرحلة الأكاديمية، وعلى رأسهم أساتذتي الأفاضل، فكان لدعمهم المعنوي وتشجيعهم أثر كبير في استمرار وتوفيقي. كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى الذين ساعدوني في الحصول على المصادر العلمية وعلى وجه الخصوص موظفي المكتبات في مختلف الجامعات.

ÖZ

ERTELENEN PARA CEZASININ UYGULANMASI VE İDARİ SÖZLEŞMELERDE YASALLIĞI

Kamu tesislerinin düzenli işletimi için idari sözleşmelerin önemi göz önüne alındığında, sözleşmenin yürütme süresini gözlemlemek, idarecinin idaresi ile birlikte yüklenicinin görevidir ve yüklenicinin belirtilen tarihlere olan bağlılığı, uygulama süresinin ve etkilerinin yansıtılan bir yavaşlama olmaksızın bu zamanda performansını gerektirdiği göz önüne alındığında, gerekli ve temel bir yükümlülüktür. Kamu tesisinin düzenli ve istikrarlı bir şekilde çalışmasını sağlamak ve güvence altına almak.

Yüklenici sözleşme süresi boyunca yerine getiremezse, sözleşme yükümlülüklerini ihlal etmesinin nedenlerini dikkate alarak sözleşme şartlarında belirtilenlere göre gecikme cezası uygulanır. Yüklenicinin talebi üzerine. Gecikme cezası durumunda, idare kararında verilen cezaya neden olmalıdır ve idare ile yüklenici, idarenin kararında veya yüklenicinin uygulanmasındaki hatanın ağırlığı veya başarısızlığıyla ilgili gerekçelerin uygunsuzluğu nedeniyle idare kararını mahkemeye itiraz etme hakkına sahiptir. Sözleşme.

Anahtar kelimeler: idari sözleşmeler, gecikme cezası, yönetim yüklenicisi, sözleşme şartları, kamu hizmeti.

ABSTRACT

IMPOSITION LATE FINE AND ITS LEGALITY IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Given the importance of administrative contracts for the regularity of the operation of public facilities, a contractor is obliged to observe the duration of the contract execution. Contractor's commitment to the specified schedules is an essential and fundamental obligation, since determining implementation duration and schedules presupposes fulfilling them in time to ensure the steady and regular operation of the public facility.

In case the contractor fails to accomplish his given duties during the specified contract duration, a delay penalty shall be imposed on him pursuant to contract terms, taking into account the reasons for his breach. If the failure was from the side of administration or due to force majeure, the administration shall exempt the contractor from the penalty upon his request. In case a delay penalty was imposed, the administration must refer in its decision to the cause of the penalty imposed. The contractor may appeal against administration's decision before the court for the illegality of the reasons for imposing the delay penalty stated in the decision or if the penalty was proportionate with the gravity of the error or omission undertaken by the contractor while implementing the contract.

Key words: administrative contracts, delay penalty, management contractor, contract terms, public utility.

الملخص

فرض الغرامة التأخيرية ومشروعيتها في العقود الادارية

نظراً لأهمية العقود الإدارية لتسيير المرفق العام بانتظام فمن الواجب على المتعاقد مع الإدارة مراعاة مدة تنفيذ العقد، وأن التزام المتعاقد بالمواعيد المحددة يُعد التزاماً جوهرياً وأساسياً، على اعتبار أن تحديد مدة التنفيذ ومواعيده يفترض فيه أن حاجة المرفق تستلزم أداءه في هذا الوقت دون تباطؤٍ والذي ينعكس أثره على تأمين وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وإذا أخلّ المتعاقد في التنفيذ خلال مدة، العقد تفرض عليه الغرامة التأخيرية وفق ماورد في بنود العقد مع مراعاة أسباب إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فإذا كان التقصير من جانب الإدارة نفسها، أو استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة، أو كوارث الطبيعة، فتصدر الإدارة قراراً بإعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية بناء على طلب المتعاقد معها. وفي حالة فرض الغرامة التأخيرية، فعلى الإدارة تسبب الجزاء المفروض في قرارها، وللمتعاقد مع الإدارة حق الطعن في قرار الإدارة أمام القضاء عن عدم مشروعية أسباب فرض الغرامة التأخيرية الذي ذكر في قرار الإدارة، أو عدم ملاءمتها مع جسامة الخطأ، أو التقصير الصادر عن المتعاقد في تنفيذ العقد.

الكلمات المفتاحية: العقود الإدارية، الغرامة التأخيرية، المتعاقد مع الإدارة، شروط العقد،

المرفق العام.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM.....	
TEŞEKKÜR.....	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 1	4
İdari sözleşme nedir ve kökeni	4
1.1.1: İdari Sözleşmenin Tanımı	4
1.1.2: İdari Sözleşmenin Unsurları	5
1.1.2.1: Memnuniyet	5
1.1.2.2: Mağaza	6
1.1.2.3: Neden	7
1.1.2.4: Biçimcilik	8
1.2: İdari Sözleşmenin Kökenleri	8
1.3: Edari Sözleşmesinin Unsurları	11
1.3.1: Yönetim sözleşmenin taraflarından biridir	11
1.3.2: Sözleşme, kamu hizmeti faaliyetleriyle ilgilidir	12
1.3.3: İdarenin sözleşmesini örf ve adet hukuku tarzında kabul etmesi	12
1.4: İdari sözleşmenin önemi	13
1.4.1: İdari sözleşme yapma yolları	14
1.4.1.1: İhale ve Açık Artırmalar	15
1.4.1.2: Sınırlı (Sınırlı) Teklifler ve Açık Artırmalar	15
1.4.1.3: İki aşamalı teklif verme	16
1.4.1.4: Direkt arama.	16
1.4.2: İdari sözleşme yapma yetkisi	18

BÖLÜM 2	21
İdari sözleşmelerde gecikme cezası kavramı	21
2.1: Geciken para cezalarının tanımı ve özellikleri	21
2.1.1: Geç cezanın tanımı	21
2.1.2: İdari sözleşmelerde geç cezanın özellikleri	22
2.1.2.1: Sözleşme (özel tazminat)	23
2.1.2.2: İdari bir karara göre geç cezanın uygulanması (esnek)	24
2.1.2.3: Gecikme cezası otomatik olarak uygulanacaktır.....	25
2.1.2.4: Sözleşme süresinin bitiminden önce geç bir para cezası olasılığı yoktur...	26
2.2: Geciken para cezalarına hak kazanma ve muafiyet koşulları	26
2.2.1: Geciken para cezasına hak kazanma koşulları	26
2.2.1.1: İdari sözleşmenin, idareye geç para cezası uygulama hakkı veren bir hüküm içermesi	27
2.2.1.2: Gecikme sebebinin Yükleniciden kaynaklandığı	28
2.2.1.3: Yüklenicinin sözleşmenin uygulanmasını tamamlamada gecikmesi	28
2.2.2: Yüklenicinin gecikme cezasından muaf tutulduğu durumlar	29
2.2.2.1: Geciken para cezasından muafiyet	30
2.2.2.2: Geciken para cezasından muafiyet	33
2.2.2.2.1: Mücbir sebeplerden kaynaklanan muafiyet	31
2.2.2.2.2: Yönetim temerrüdü nedeniyle muafiyet	32
2.2.2.2.3: Sözleşme uygulama süresinin uzatılması nedeniyle geç cezalardan muafiyet	33
3.2: Geciken para cezasını tehdit edici para cezasından, ceza	34
2.3.1: Geç cezayı tehdit edici para cezasından ayırt etmek	34
2.3.2: Geç cezayı ceza hükmünden ayırın	36
2.3.3: Geciken para cezalarının tazminattan ayırt edilmesi.	38
BÖLÜM 3	39
İdari sözleşmelerde gecikme cezası konusunda idari yargının meşruiyeti ve gözetimi	39

3.1: Gecikme cezasına ilişkin yasallık ilkesi ve kanun koyucu ve hukukçuların durumu	39
3.1.1: Kanun koyucunun konumu	40
3.1.2: Hukukçuların konumu	42
3.1.2.1: Fransa'da içtihatların kamu hizmeti ve kamu otoritesi temelinde geç para cezası uygulama yetkisine ilişkin konumu	43
3.1.2.2: Irak'taki içtihatların kamu hizmeti ve kamu otoritesi temelinde geç para cezası verme yetkisine ilişkin konumu	44
3.2: İdari sözleşmelerde geciken para cezalarının idari yargının gözetimi	44
3.2.1: Gecikme cezası verme kararının yasallığının izlenmesi	46
3.2.2: Geciken para cezası uygulama kararının uygun şekilde gözetimi	47
SON	50
KAYNAKÇA	55
İNTİHAL RAPORU	60
BİLİMSEL ARAŞTIRMA ETİK KURULU	61

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
ب.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل الاول
4.....	ماهية العقد الإداري ونشأته
4.....	1.1: ماهية العقد الإداري
4.....	1.1.1: تعريف العقد الإداري
5.....	2.1.1: أركان العقد الإداري
5.....	1.2.1.1: الرضا
6.....	2.2.1.1: المحل
7.....	3.2.1.1: السبب
8.....	4.2.1.1: الشكلية
8.....	2.1: نشأة العقد الإداري
11.....	3.1: عناصر عقد الإداري
11.....	1.3.1: أن تكون الإدارة هي أحد أطراف العقد
12.....	2.3.1: العقد يتعلق بأنشطة المرافق العامة
12.....	3.3.1: أن تأخذ الإدارة في تعاقدها بأسلوب القانون العام
13.....	4.1: أهمية العقد الإداري
14.....	1.4.1: وسائل إبرام العقد الإداري
15.....	1.1.4.1: المناقصة والمزايدات العامة

- 15.....2.1.4.1: المناقصات والمزايدات المقيدة (المحدودة)
- 16.....3.1.4.1: المناقصة بمرحلتين
- 16.....4.1.4.1: الدعوة المباشرة.
- 18.....2.4.1: سلطة إبرام العقد الإداري
- 21..... **الفصل الثاني**
- 21..... مفهوم الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية
- 21.....1.2: تعريف الغرامة التأخيرية وخصائصها
- 21.....1.1.2: تعريف الغرامة التأخيرية
- 22.....2.1.2: خصائص الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية
- 23.....1.2.1.2: اتفاقية (تعويض جزافي محدد)
- 24.....2.2.1.2: تطبيق الغرامة التأخيرية بمقتضى قرار إداري (يتصف بالمرونة)
- 25.....3.2.1.2: تُفرض الغرامة التأخيرية بشكل تلقائي
- 26.....4.2.1.2: لا محل للغرامة التأخيرية قبل انتهاء مدة العقد
- 26.....2.2: شروط استحقاق الغرامة التأخيرية والاعفاء منها
- 26.....1.2.2: شروط استحقاق الغرامة التأخيرية
- 27.....1.1.2.2: أن يتضمن العقد الإداري نصاً يمنح الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية
- 28.....2.1.2.2: أن يكون سبب التأخير راجعاً إلى المتعاقد
- 28.....3.1.2.2: أن يكون المتعاقد قد تأخر في إنهاء تنفيذ العقد
- 29.....2.2.2: حالات إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية
- 30.....1.2.2.2: الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية
- 30.....2.2.2.2: الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخيرية
- 31.....1.2.2.2.2: الإعفاء بسبب قوة قاهرة
- 32.....2.2.2.2.2: الإعفاء بسبب تقصير الإدارة
- 33.....3.2.2.2.2: الإعفاء من الغرامة التأخيرية بسبب تمديد مدة تنفيذ العقد

34	3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية والشرط الجزائي والتعويض في العقود الادارية.....
34	1.3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية.....
36	2.3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي.....
38	3.3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن التعويض.....
39	الفصل الثالث
39	مشروعية ورقابة القضاء الإداري على الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية.....
39	1.3: مبدأ المشروعية وموقف المشرع والفقهاء من الغرامة التأخيرية.....
40	1.1.3: موقف المشرع.....
42	2.1.3: موقف الفقهاء.....
43	1.2.1.3: موقف الفقه في فرنسا من سلطة فرض الغرامة التأخيرية على أساس المرفق العام والسلطة العامة.....
44	2.2.1.3: موقف الفقه في العراق من سلطة فرض الغرامة التأخيرية على أساس المرفق العام والسلطة العامة.....
44	2.3: رقابة القضاء الإداري على الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية.....
46	1.2.3: رقابة المشروعية على قرار فرض الغرامة التأخيرية.....
47	2.2.3: رقابة الملاءمة على قرار فرض الغرامة التأخيرية.....
50	الخاتمة
54	المصادر والمراجع
60	تقرير الاستيلاء
61	لجنة اخلاقيات البحث العلمي

المقدمة

تقوم الادارة المتعاقدة بفرض غرامات مالية على المتعاقد معها، إذا أخل بتنفيذ التزاماته العقدية كلها، أو بعضها ويستوي في ذلك إن كان الإخلال عن تنفيذ التزاماته كلياً، أو التأخر في تنفيذها، إذ إن سلطة الإدارة في توقيع الغرامات المالية على المتعاقد معها لا يهدف اصلاً الى الردع بقدر ما تهدف الى تحقيق تنفيذ الالتزامات الضرورية، لاستمرار المرفق العام. وتلجأ الإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها المتعلقة باستمرار المرفق العام، إلى عقد العقود مع أشخاص القانون الخاص سواء، أكانوا أفراداً أم أشخاصاً معنويين، وأن العقد الإداري هو توافق إرادتين وإنشاء التزامات قانونية متقابلة، شأنه في ذلك شأن العقد المدني في القانون الخاص، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحاً في العديد من الجوانب. فالإدارة عندما تقوم بإبرام هذه العقود تكون أمام خياريين، إما أن تفصل عن نفسها صفة السلطة العامة، وتعتزل عن امتيازاتها في هذه العقود، فيكون العقد هنا عقداً خاصاً، أو أن الإدارة تستخدم امتيازاتها وسلطاتها في العقد من خلال الإخضاع لقواعد وأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير معروفة في القانون الخاص، فيصبح العقد عقداً إدارياً يخضع لنظام قانوني مستقل وغير متجانس مع النظام الذي تخضع له العقود المدنية. لذلك فإن الغرامة التأخيرية إحدى الوسائل القانونية في إبرام العقود الإدارية، بهدف ضمان التزام المتعاقد في تنفيذ العقد في الوقت والمدة المعينة والمثبت في العقد.

إن فرض الجزاءات المالية، كالغرامة التأخيرية يعد أكثر انتشاراً؛ نظراً لأهميتها، إذ إن الإدارة تلجأ إليها لحمل المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق المدة المحددة، والأمر عليه اتفاق في بنود العقد، فلو ببقى الأمر مفتوحاً أمام هذا المتعاقد، بحيث يمكنه أن يتأخر عن تنفيذ التزاماته دون جزاء فسيكون ذلك سبباً لتأخير حُسن سير المرفق العام وإهمال المصلحة العامة، ومنعاً لذلك برزت هذه الغرامات التأخيرية في صياغة العقود الإدارية، ولعل هذه الغرامة من أنسب الطرق التي استندت إليها الإدارة للحد من حصول أي تأخير، أو تهاون قد يقع من طرف المتعاقد معها.

أهمية البحث

هناك تزايد باستمرار في إبرام العقود الإدارية؛ لذلك نرى أهمية كبيرة في وجود صياغة قانونية محكمة لمصلحة الإدارة، في العقود الإدارية وفرض شرط الجزاءات المالية المباشرة، كالغرامات التأخيرية عندما يتأخر المتعاقد مع الإدارة عن إنهاء تنفيذ عقد في المدة المتفق عليه فتفرض الإدارة غرامة التأخيرية على المتعاقد معها دون الرجوع الى القضاء في سبيل استمرار المرفق العام وحُسن سيرها بانتظام، وأيضاً يكون

للمتعاقدين حق التظلم إذ يرى الغرامة غير ملائمة مع تقصيره وللمتعاقدين ضمانات لحقوقه لدى السلطة المكفولة للإدارة .

هدف البحث

يهدف البحث إلى إبراز أهمية تنفيذ العقد الإداري في وقته المحدد وإجبار المتعاقد على التنفيذ والالتزام بالمدة الزمنية المتفق عليها في العقد، ويهدف البحث أيضاً إلى بيان دور الغرامات التأخيرية في حماية المرفق العام وتجنب الأضرار بها؛ بسبب عدم التزام المتعاقد بالعقد وتقصيره في تنفيذه. كما أن البحث يهدف إلى بيان أوجه المسائل المتعلقة بالغرامات التهديدية من حيث بيان مفهومها وطبيعتها القانونية، فضلاً عن التنظيم القانوني لها.

مشكلة البحث

من أهم المشكلات التي تواجه الإدارة ومؤسساتها في إبرام العقود ما يأتي: -

- 1- عدم التزام المتعاقد مع الإدارة بمدة تنفيذ العقد.
- 2- تمديد المدة الزمنية لتنفيذ العقد، بسبب عدم امكانيتها في إنهاء انجاز العمل.
- 3- تعرض الإدارة، أو المرفق العام للضرر؛ بسبب عدم إنهاء المتعاقد مع الإدارة أعماله في المدة المحددة ضمن بنود العقد.

فرضية البحث

بغية معالجة المشكلات التي ستواجه الإدارة، بسبب إهمال وتقصير المتعاقد مع الإدارة وإخلاله بالتزاماته العقدية في المدة الزمنية المحددة، يتحتم على الإدارة فرض الجزاء ضمن بنود العقد، كأن تفرض الغرامات التأخيرية عن كل يوم يتأخر فيه المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، أو قبول طلب المتعاقد مع الإدارة بتمديد مدة العقد لمدة زمنية معينة بقرار تعديل بنود العقد، إذا كان سبب عدم إنهاء العمل في المدة المحددة خارجاً عن إرادة المتعاقد، كما لو كان بسبب تقصير الإدارة، أو قوة القاهرة، وكوارث طبيعية.

منهجية البحث

من أجل وصول هذه الدراسة إلى صورة واضحة من خلال عرض المشكلات والحلول، نعتمد على المنهج التحليلي الوصفي والمقارن، وذلك من خلال دراسة نظرية وواقعية للغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، ويكون ذلك من خلال بيان النصوص القانونية ذات العلاقة فضلاً إلى ما هو موجود من الآراء الفقهية بهذا الصدد.

خطة البحث

بغية الإحاطة بالجوانب المختلفة لموضوع الدراسة؛ تم تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول، في الفصل الأول تناولنا نشأة العقد الإداري وماهيته، ومن ثمّ أركان وعناصر وأهمية العقد الإداري وبيان وسائل وسلطة إبرام العقود الإدارية. أما الفصل الثاني فخصص لدراسة مفهوم وتعريف الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية وخصائصها، وبحثنا عن شروط استحقاق الغرامة التأخيرية وحالات إعفاء المتعاقد منها، سواء أكانت وجوبية أم جوازية. وتطرقنا في الفصل الثالث إلى مشروعية ورقابة القضاء الإداري على فرض الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية وبيّنا موقف المشرع والفقهاء من فرض الغرامة التأخيرية، ثم عرضنا تمييز الغرامة التهديدية والجزائية عن الغرامة التأخيرية واختتمنا الدراسة بجملة من الاستنتاجات وفي ضوئها قدمنا عدّة مقترحات.

الفصل الاول:

ماهية العقد الإداري ونشأته

تعد نظرية العقد الاداري من النظريات التي أنشأتها مجلس الدولة الفرنسي بعد زيادة نشاط الإدارة واتساع سلطتها، إذ إن الإدارة لها حرية التعبير عن ارادتها في أسلوب العقد الإداري وبسلطات أوسع مما يتمتع به المتعاقد معها، وهذا يعني أنها تكون في مرتبة أعلى من المتعاقد؛ كونها تعمل لمصلحة المرفق العام. وهذا ما يتميز به العقد الإداري عن عقود القانون الخاص؛ كون الأول يتكون من ثلاثة عناصر تجعله مستهدفاً لتحقيق المصلحة العامة قبل كل شيء⁽¹⁾. وسوف نبحث عن ماهية العقود الإدارية ونشأته وبيان عناصره وأهميته في هذا الفصل.

1.1. ماهية العقد الإداري

إن ممارسة الإدارة لأنشطتها بأسلوب العقد الاداري تعد من الامتيازات الممنوحة لها بموجب القانون العام، وذلك مقابل ضمان حقوق المتعاقد الآخر في الموازنة المالية، ولإيضاح معنى العقد الإداري، لا بد من تعريفه وفيما يأتي سنقف على ماهية العقد الإداري من خلال تعريفه، وبيان أركانه.

1.1.1. تعريف العقد الإداري

لم يرد للمشرع العراقي نص قانوني يحدد فيه معنى العقد الإداري، إلا أن ما اتضح من أحكام القضاء وتعريف مجلس الدولة الفرنسي، أن المقصود بالعقد الإداري، هو ((ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام؛ بقصد تسيير مرفق عام، او تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الاخذ بأحكام القانون العام)) وذلك بأن

(1) م.اقبال نعمت درويش وم.م. رنا إلطيف جاسم، القواعد العامة في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(3)،

المجلد(3)، العدد(4)، الجزء(1)، 2019، ص196.

يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير المرفق العام. وتنتمي العقود الإدارية في الواقع إلى طائفتين يمكن من خلالهما معرفة هذه العقود. إذا اشترط المشرع اعتبار أحد العقود عقدًا إداريًا، أو نص صراحة على اختصاص القضاء الإداري فيما يتعلق ببعض العقود، فهذا يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون التي تُطبق هذا القضاء. ومن الأمثلة على هذه العقود في فرنسا، هي عقد الأشغال العامة، وعقد بيع ممتلكات الدولة، وعقد المال العام، وعقد القرض العام. ولم يحدد المشرع العقود الإدارية حصراً، وبما أن المشرع في مصر وفرنسا لم يعد العقود الإدارية حصراً، كان من الضروري البحث عن معيار لتمييز هذا عن غيره؛ استعداداً للخضوع لأحكام القانون الإداري. وغالبًا ما تنص أحكام القضاء الإداري في فرنسا على ثلاثة شروط، وهي أن الإدارة طرف فيها وتدعو إلى المصلحة العامة⁽²⁾.

وبناء على ذلك، عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام؛ بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً، أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽³⁾

2.1.1: أركان العقد الإداري

العقود التي تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية، أم مدنية وإن كانت تخضع لنظامين مختلفين، فإن الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني واحدة، كضرورة توافر أركان العقد من الرضا والمحل والسبب، والشكلية، فالعقد الإداري كالعقد المدني يتضمن توافق إرادتين على إنشاء التزامات وحقوق، وتوافق الإرادتين يقتضي وجود إيجاب صادر من أحد المتعاقدين يصادفه قبول من المتعاقد الآخر. وسنتناول هذه الأركان بشكل متتالي:

1.2.1.1: الرضا

يتم الرضا من خلال وجود إرادتين متطابقتين، وعندما يتبادل الطرفان تعبيرهما عن الاستعداد لقبول الإرادة وقبولها، يتم إبرام العقد على الفور، مع مراعاة الشروط المحددة التي ينص عليها القانون والتي يجب مراعاتها. ويجب أن تصدر السلطة المتعاقدة الرضا عن الإدارة كطرف في العقد من حيث الاختصاص والشكل وفقاً للوائح المعمول بها.

(2) د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 2.

(3) د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص 124.

فضلاً عن ذلك، فإن العقد الموقع باسم الإدارة ممنوح فقط للشخص المعين من قبل المشرع، وذلك وفقاً للقواعد العامة. لذلك لا يسمح للأخرين بممارسة صلاحية توقيع العقد، إلا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع.

ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضا من ممثل الإدارة فحسب، بل يقتضي أن يكون هذا الرضا سليماً من عيوب الرضا، كالغلط والتغريب والإكراه والغبن فضلاً عن عيوب الأهلية. إن القضاء الإداري يسلك مسلك إجراءات القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي كانت معيبة بسبب هذه العيوب. ومن الأمثلة على ذلك، حكم مجلس الدولة الفرنسي في 26 أبريل 1950 الذي أبطل عقداً إدارياً بسبب الوقوع في الغلط (حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفة الشخصية، في حين إن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة..)(4)

وبما أن الإدارة طرف في العقد الإداري، فلم يعد البحث عن ممثل الإدارة مهمّاً؛ لأن إجراءات إبرام العقد الإداري كافية لضمان حضور ممثل الإدارة وتعبيرها، أو سلامتها من العيوب.

2.2.1.1: المحل

يقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين، يشترط فيه أن يكون موجوداً، أو ممكناً، معيناً، أو قابلاً للتعيين ومما يجوز التعامل به.(5)

أي يشترط في محل العقد أن يكون مُعِيناً تعييناً نافعاً للجهة الفاحشة، سواء أكانت تعيينه بالإشارة إليه، أو إلى مكانه الخاص، أو بذكر الأوصاف المميزة له كما يشترط في المحل العقد أن يكون مما يجوز التعامل به أن يكون مشروعاً وهناك بعض القضايا التي قد لا تكون محل عقد بين الإدارة والفرد، فعلى سبيل المثال، اتفاقية الإدارية مع الموظفين فيما يتعلق بتخفيض المزايا المضمونة لهم من قبل المركز القانوني العام، أو الوظيفة العامة(6).

(4) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي الطبعة الرابعة، 1948، ص 350.

د. محمود حلمي، عقد الإداري، دار الفكر العربي، طبعة الثانية، 1977، ص 8.(5)

(6) د. محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانونية والاقتصاد، الرياض، 2012، ص 22.

والقضاء الإداري يُطبق قواعد المدنية بهذا الشأن، وما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استناداً إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد⁽⁷⁾ ومن أهم شروط صحة المحل، شرط المشروعية؛ وذلك بأن يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع يعد العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام، ومن امثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية سنة 1966 التي أبطلت اداريا عقداً أبرمته الإدارة مع أحد الموردين لتوريد الشوك والسكاكين والملاعق طبقاً لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد الضارة، فقالت المحكمة في هذا الصدد ((..ومن حيث إن الثابت من التحليل أن من شأن استعمال أدوات محل العقد تُعرض سلامة المستهلكين لخطر التسمم، وهو أمراً في ذاته مخالف للنظام العام، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها..))⁽⁸⁾

وينطبق الشيء نفسه على شروط الصحة الأخرى للمحل؛ لأنه يخضع للقواعد العامة المذكورة في مجال القانون المدني، فضلاً عما تتطلبه طبيعة العقود الإدارية في بعض الأحيان.

3.2.1.1: السبب

إذا تبين الرضا كركن في العقد وكان صحيحاً وغير مشوب بالعيوب وعندما ثبتت هذا العقد على محل جائز وممكن، فلا يكفي لإكمال العقد إلا إذا كان له سبب مشروع، والسبب، سواء أكان مباشراً أم غير مباشر، يفترض وجوده في كل عقد سواء أكان إدارياً أو مدنياً وإذا كان العقد ليس له السبب، فإنه يعد باطلاً ولاغياً؛ لنقص وعدم وجود ركن من أركان العقد، ومن النادر أن يتغيب السبب عن تصرفات الإدارة تماماً كما هو نادر أن تتعاقد الإدارة بدون سبب، أو سبب باطل؛ لأن الدوافع التي تدفع الإدارة للتعاقد هي تكمن في تحقيق المصلحة الجمهور وضرورات سير المرافق العامة، وأن أحكام القضاء الإداري مخصوصاً بركن السبب في العقد الإداري وعددها قليل جداً، وأول حكم يشير صراحة إلى ركن السبب، هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في 29 يناير 1947 في قضية (Michaux). تتعلق هذه المسألة بعقد تطوعي أبرمه فرنسي بقصد القتال على جبهة معينة، ولكن تم تجنيده في وحدة عسكرية غير قتالية وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقدان ركن السبب، ورفض المجلس الدعوى وعدّ أن وضعه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أمر لاحق لإبرام

(7) د. عزيزة الشريف، دراسات في النظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1981، ص15.

(8) القضية 1303 في 31 ديسمبر سنة 1966، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، السنة الثانية عشر، قاهرة، ص502، مشاركة اليه لدى: م.م. لؤي كريم عبد. الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الاداري واهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، عدد الثالث والخمسون، 2011، ص436.

العقد، وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن التقييد به الطرفان في أي مرحلة من مراحل القضية، ويمكن للمحكمة الابتدائية أن تلغي العقد من تلقاء نفسها كلما وجدت أن العقد له سبب غير قانوني، كما هو الحال في انتهاك النظام العام⁽⁹⁾.

4.2.1.1: الشكلية

إن المبدأ الأساسي في العقود، هو أنها تتم بالاتفاق المتبادل ولا يشترط إبرام العقد بشكل محدد ما لم ينص القانون على أن تخضع العقود الإدارية للقواعد العامة في القانون المدني في هذا الصدد. فإذا تبرع شخص بقطعة أرض لسلطة إدارية محددة، فيجب اتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في العقود الإدارية من خلال مراحل متعددة، كإجراءات تتطلب تقديم العطاءات والمناقصات، ومنح القرارات ويشترط أن يكون العقد مكتوباً واضح ومفهوم غير قابل للتفسير⁽¹⁰⁾.

نتخلص مما سبق، أن العقود الإدارية تشبه العقود المدنية، يجب أن تتوفر جميع عناصر العقد حتى يكون لها تأثير قانوني. ولا شك لنا أن قواعد القانون المدني هي المرجع هنا؛ لأن الشروط التي تحكم العقد مطلوبة من قبل العدالة وأن تطبيق العلاقات القانونية لا يميز بين القانون الخاص والعام. ومن ناحية أخرى، فإن بطلان العقود الإدارية أوسع من بطلان العقود المدنية؛ لأن العقود الإدارية مخصصة لتحقيق المنفعة العامة.

2.1: نشأة العقد الإداري

تعد فرنسا مهد القانون الإداري، ومنها انتشر، إلى بلدان أخرى. تمت الإشارة إلى هذا القانون من خلال عوامل تاريخية، كان من أهمها الأفكار التي اقترحتها الثورة الفرنسية عام 1789. وقد تم تأسيس هذه الأفكار على أساس الفصل بين السلطات، وكان أحد متطلباته منع القضاء العادي من حل النزاعات الإدارية بغية الحفاظ على الاستقلال الإداري تجاه السلطة القضائية⁽¹¹⁾.

ولقد أدى هذا الاتجاه إلى وجود نظام قضائي مزدوج، مهّد ظهور الازدواجية القانونية والقانون الإداري، وقبل الثورة الفرنسية، كانت سلطات الحكومة تتركز في أيدي الملك، إذ كان هناك نظام ملكية مطلق، ولم تكن الدولة خاضعة للمسؤولية، أو الإشراف في المحكمة في القضايا الفردية، وبالنسبة للأفراد، كانت معاملاته

(9) سامي حسين نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 11.

(10) م.م. لؤي كريم عبد، مصدر سابق، ص 437.

(11) د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 118.

خاضعة للقانون المدني، وخلال هذه الفترة، كانت هناك محاكم تسمى برلمانات، تم إنشاؤها كتمثل للملك في وظائفه القضائية، وتم عرض القضايا أمامه، إلا إذا نقل ملك هذه الولاية إلى هيئة أخرى، ووجدت المحاكم نفسها مختصة في بعض النزاعات الإدارية⁽¹²⁾.

مارست البرلمانات رقابة بأثر رجعي على الإدارة، وتدخلت في شؤونها، وعارضت وحظرت أي حركة إصلاحية دفعت شعب الثورة الفرنسية إلى منع المحاكم القضائية القائمة من الآن فصاعدًا من تسوية النزاعات الإدارية من أجل الحفاظ على استقلال الإدارة عن السلطة القضائية من خلال اعتماد مبدأ فصل السلطة⁽¹³⁾.

ومن أجل تأكيد اتجاه الثورة الفرنسية في مجال الفصل بين السلطات، في 16-24 أغسطس 1790؛ تم اعتماد قانون ينص على إلغاء المحاكم (البرلمانات) وإنشاء ما يسمى بالإدارة الفاضية، أو وزير قاضٍ كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي، وأيضاً لمنع المحاكم العادية من التعامل مع النزاعات التي تدير هذا الحدث في الفصل الخاص بهذه الخلافات عند سماع هذه النزاعات وأثناء إقامة العدل، يجب أن يلجأ الأفراد إلى السلطة نفسها لتقديم شكوى معهم. لذا فإن السلطة هي معارضة وحكم في آن واحد، وبسبب السمعة السيئة لأي برلمان، فإن القضية إلى حد ما مقبولة⁽¹⁴⁾.

ومع ظهور مجلس الدولة في 12 ديسمبر 1797؛ تم إنشاء العنصر الأول من القضاء الإداري الفرنسي، على الرغم من أن اختصاص المجلس، أو المسألة الاستشارية تتطلب موافقة القنصل. وفي الوقت نفسه، تم إنشاء محافظة، أو محاكم المجالس، أو المجالس المحلية التي أصدرت قرارات لا تتطلب تصديقاً من قبل سلطة إدارية أعلى، ولكن قراراتها مستأنفة إلى مجلس الدولة الذي أحييت قراراته إلى القنصل.

اقتصر عمل المجلس على دراسة النزاعات الإدارية وإعداد مسودة الأحكام لم يكن لديها السلطة لإصدار الأحكام وإصدار الأحكام. لذلك سُمي قضاؤها بـ "القضاء المقيد أو المحجوز" واستمرت هذه المرحلة حتى

(12) د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي: الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1992، ص14.

(13) نشأة فكرة العقود الإدارية، منشور في رابطة الكترونية، 4 سبتمبر 2009، تاريخ الزيارة 2020/5/19، <https://weghatnazar.ahlamontada.com/t37-topic>

(14) رفاه كريم، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، 2000، ص7.

عام 1872 عندما تم تفويض قضائها. وفي 24 مايو 1872، تم تمرير قانون يمنح مجلس الدولة الفرنسي سلطة حل النزاعات الإدارية دون اتباع أي طرف آخر. وعلى الرغم من أن هذا القانون أذن للمجلس بتسوية الخلافات الإدارية في نهاية المطاف، إلا أنه احتفظ باختصاص الإدارة القضائية، بحيث لا يمكن للأفراد الطعن في مجلس الدولة، إلا بموجب أحكام القانون. وخلاف ذلك، فإن اختصاص الإدارة القضائية هو الذي خلق الازدواجية القضائية، واستمر هذا الوضع حتى 13 ديسمبر 1889، عندما تبنى مجلس الدولة دعوى قضائية رفعها أحد الأشخاص مباشرة، دون المرور بالإدارة في قضية (كادوت)، وأسفر حكمها أن مجلس الدولة مارس الاختصاص العام في المنازعات إداري.(15)

أما في العراق فنلاحظ أنه على الرغم من تطبيق القضاء الإداري في العراق بتاريخ 1990/1/10 من خلال تشكيل محكمة القضاء الإداري، فإن المحكمة المذكورة ليس لها اختصاص للنظر في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية وطلبات التعويض التي كانت في الأصل قدمت إليها صراحة. (المادة (7) / الثانية / د) من مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة (1979) المعدلة، التي حددت اختصاص المحكمة، ودراسة مدى صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والإدارات العامة بعد دخول القانون المتعلق بإنشاء المحكمة الإدارية حيز التنفيذ، والذي لم يحدده القانون على أنه استثناء ومن ثم فإن اختصاص القضاء الإداري في العراق غير مكتمل وغير كامل، ويقتصر على النظر في طلبات الإلغاء والتعويض وفقاً لطلبات الإلغاء، وطلبات الإلغاء التي يتم تلقيها في قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري والقضاء العادي، هو صاحب الاختصاص العام في النظر في منازعات العقود الإدارية وطلبات التعويض(16).

(15) العقود الادارية، مقال منشور في رابطة الكترونية، 7 اكتوبر 2013، تاريخ الزيارة 2020/5/19، <https://wissal.ahlamontada.net/t5-topic>

(16) أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإداري) دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق/ جامعة النهرين، 2012، ص46.

3.1: عناصر عقد الإداري

هناك إجماع بشكل عام بين المتخصصين في مجال القانون الإداري أن العقود الإدارية هي عقود يبرمها شخص معنوي عامة، والغرض منها هو استخدام وسائل القانون العام لإدارة، أو تسيير، أو الاسهام في إدارة واستخدام المرافق العامة، بما في ذلك عقود القانون الخاص⁽¹⁷⁾.

ومن المعروف أنه ليست كل العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها تسمى بالعقود الإدارية؛ لذا فإن عقود الإدارة تشمل جميع العقود التي تبرمها الإدارة وإنها خاضعة لهم، وليس لأحكام القانون الخاص أو القانون العام أما العقود الإدارية فهي طائفة تمنحها هذه الصفة؛ بسبب طبيعتها المتميزة عن عقود القانون الخاص من حيث الغرض، وهي المصلحة العامة، ومن حيث الإجراءات التي تحكم إبرامها وتنفيذها⁽¹⁸⁾.

لذلك، يجب أن تتحد هذه العناصر الثلاثة الآتية من أجل مواجهة اتفاق إداري مع كل ما تعنيه الكلمة،

وهي:

1.3.1: أن تكون الإدارة هي أحد أطراف العقد

لكي نصف العقد بأنه صفة إدارية، يجب أن يكون أحد طرفي العقد هيئة إدارية ذات شخصية اعتبارية، بمعنى أن العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه، يجب أن يحمل وثيقة التزام على توقيع الممثل القانوني للهيئة الإدارية، وأن أداء العقد يكمن لمصلحتهم، وأن العمل يتم تحت إشراف مباشر من الإدارة، أو من ينوب عنها. إن هذا الملخص المجز يوضح أن الإدارة يجب أن تكون طرفاً في العقد، بغض النظر عما إذا كان العقد قد أبرم بمفرده، أو من قبل شخص طبيعي. كما قال مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية المصرية، إلى أن العقد بين شخص يعمل في إدارة حكومية أو بلدية يعد عقداً إدارياً، وترى المحكمة الإدارية المصرية أن العقود والاتفاقيات التي أبرمتها لجنة توزيع الشاي والتعبئة في ضوء تفويضها من قبل وزارة التموين التي تشرف على مرافق فن الطهو في هذا البلد إدارية؛ لأن الغرض منها هو الغلبة للمصلحة العامة. وهذا يؤكد حضور الهيئة الإدارية في الإشراف على تنفيذ العقد الإداري والمراقبة بما يضمن تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁹⁾.

(17) عبدالمطلب عبدالرزاق، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 1992، ص99.

(18) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1985، ص199.

(19) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، بغداد، ص225.

2.3.1: العقد يتعلق بأنشطة المرافق العامة

تم تسوية الأحكام الإدارية في فرنسا ومصر حول النقطة الدقيقة التي تقول: ليس كل العقود التي أبرمتها الإدارة إدارية، ولكن غرض الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد الإداري يجب أن يكون لتحقيق المصلحة العامة؛ لأن متطلبات التشغيل العام والمنتظم للمنشأة العامة تبرر الاستثناءات في النظام القانوني للعقود الإدارية، وهي شائعة في عقود القانون الخاص⁽²⁰⁾. مع ملاحظة أن الاتصال بالعقد مع المرافق العامة سيعطي طابعاً إدارياً للعقد المبرمة بالمرافق العامة، خاصة وأن المحكمة تعترف بها بإمكانية إبرام العقود الإدارية إذا كانت تحتوي على شروط غير معروفة في عقود القانون الخاص. وأن أحد أهم أنواع العقود المتعلقة بتشغيل منشأة عامة هو عقد التزام الخدمة العامة⁽²¹⁾.

3.3.1: أن تأخذ الإدارة في تعاقدها بأسلوب القانون العام

لا يعد العقد إدارياً إلا إذا مارست الإدارة امتيازاتها العامة وإرادتها في اختيار أساليب القانون العام، وهذا يدل على أن العقد يحتوي على شروط غير معروفة في عقود القانون الخاص. على أساس الحرية التعاقدية والدخل المتساوي، إذا كان العقد الذي أبرمته الإدارة يحتوي على شروط غير معروفة حالياً في عقود القانون الخاص، أو تتضمن شروطاً غير معروفة، فهي غير قانونية بسبب انتهاك النظام العام، فهذا يعني أنها تنوي إبرام عقد إداري، وأحد الشروط التي ليست شائعة في عقود القانون الخاص هو أن تحتفظ الإدارة بامتيازات استثنائية أثناء تنفيذ العقد، والتي تتعارض مع مبدأ المساواة بين المقاولين، مثل إجراء تغييرات على العقد أثناء التنفيذ، أو إنهاء العقد، أو فرض الغرامات التأخيرية على المقاول مع الإدارة، وتحديد تطبيق الشروط العامة للمقاولين، أو دفع التأمين وقد تكون الشروط غير المألوفة، هي سماح الإدارة للمتعاقد بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة، والحق في مصادرة المنفعة العامة، أو التمتع ببعض الامتيازات المحددة لأفراد القانون العام⁽²²⁾.

(20) د. سامي جمال الدين، اصول القانون الإداري، جزء 2، دار المطبوعات الجامعية، 1966، ص 733 .

(21) د. زانا رؤوف حمه كريم ود. دانا عبدالكريم سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري، الكتاب الثاني، اكتوبر 2017، ص 138.

(22) د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الادارية"عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة"، دار مكتبي، الطبعة الاولى، 1999، ص ص 31-32.

يكفي أن يحتوي العقد على شرط واحد غير عادي لإعطاء العقد طابعاً إدارياً، وقد أضاف القضاء الإداري في فرنسا مؤخرًا نوعًا مختلفًا من العقود الإدارية، وهي عقود أبرمتها الإدارة في إطار مخطط استثنائي، أو خاص في هذه الحالة، ويعد العقد إدارياً، حتى لو لم يتصل بالمرافق العامة ولم يحتوي على شروط غير معروفة في القانون الخاص. يتم إبرام هذه الاتفاقيات في الإطار القانوني الذي يفرضه المشرع وتعطي حقوق والتزامات طرفي الاتفاقية غير الموجودة في القانون الخاص⁽²³⁾.

4.1: أهمية العقد الإداري

تمارس الإدارة " أي وزارة، أو هيئة، أو مؤسسة عامة، أو أي جهة حكومية" أنشطتها عادة من خلال القرار الإداري والعقد الإداري، وتقرر متى وأين تستخدم أي من الطريقتين، إذ إنها ليست في جميع الحالات يمكنها إصدار قرارات إدارية، وبدلاً من ذلك قد تلجأ في حالات محددة إلى الاتفاق ودياً مع الأفراد، أو الشركات إذا كانت تدرّك أن هذه الطريقة تحقق أهدافها، ومن ثم المصلحة العامة، من خلال الدخول في عقد يوضح فيه التزامات وحقوق كل طرف إن العقود التي أبرمتها الإدارة ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، إذ يمكن للإدارة الاختيار بين اعتماد طريقة قانون خاص، أو اعتماد طريقة القانون العام⁽²⁴⁾.

إن العقود التي تبرمها الإدارة بطريقة القانون الخاص هي تلك التي تتخلى فيها الإدارة عن امتيازات السلطة العامة، وتكون الإدارة على المستوى نفسه الذي يتميز به المفاوض ويتعامل مع الأفراد، أو الشركات، إذ يتعاملون مع بعض عندما تعد العقود في هذه الحالة مدنية، وليست إدارية، وتخضع للقانون الخاص، فإن الاختصاص في تسوية منازعاتها هو القضاء العادي، وليس القضاء الإداري. وعادة يتم التعاقد وفق هذا الأسلوب للمشاريع التجارية والصناعية البحتة، أو عندما يتعلق العقد باستغلال أموال الدولة الخاصة.

إن عقود الإدارة الخاضعة لأحكام القانون العام، هي عقود أبرمت كسلطة عامة، وتهدف من خلال تنظيم مرفق عام وإدارته، وتخضع هذه العقود لقواعد خاصة في القانون الإداري، ومن ثم يختص المحكمة الإدارية

⁽²³⁾ أنظر : G. Vedel, P. devolve, pierre:” Droit administrative” T.I.Presse universitaire de France : Paris 1992, p.317

⁽²⁴⁾ د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية واحكام إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص24.

بالفصل في المنازعات مثل هذه العقود في البلدان التي تأخذ بنظام الازدواج القضائي (الإداري والعادية) تسمى هذه العقود بـ"العقود الإدارية" وهي من بين أكثر العقود التي تبرمها الإدارة والأكثر شيوعاً في الوقت الحاضر وفي هذا الصدد سنبحث في أدنى اهم وسائل إبرام العقد الإداري(25).

1.4.1: وسائل إبرام العقد الإداري

يختلف النظام القانوني التعاقد في العقد الإداري عن نظام التعاقد في القانون الخاص؛ لأن نظام قانون التعاقد في القانون الخاص يمنح المتعاقد حرية كبيرة وتسهيلات في التعاقد. أما النظام القانوني لإبرام العقد الإداري فيتم التحكم فيه من خلال العديد من القيود التي تجعل الإدارة كطرف في العقد ملزمة باتباع طرق وأساليب محددة في اختيار العقد معها، ولا يوجد خلاف عند المشرع في طرق إبرام العقود الإدارية والتي تهدف إلى تحقيق هدفين، أو غايتين، هما: الأول هو تحقيق المصلحة العامة، والثاني هو ارجاع المال لخزينة الدولة ويتجسد ذلك في سعي الإدارة لتحقيق التوازن بين هذين الهدفين المستهدفين دون إزعاج كبير بينهما، فمن الممكن أن تتخلى الإدارة عن الهدف الثاني إلى حد ما، ولكن مقابل تحقيق هدف اكبر ما موجود في لهذا العقد(26).

وهناك اعتبارات أخرى تتعلق باختيار المتعاقد بناءً على المنافسة والعلانية والشفافية، إذ يضع المشرع آليات الرقابة؛ لضمان المنافسة بين جميع المنافسين، ويخلق فرصة للجميع، ثم تحد هذه الاعتبارات من حرية إدارة العقود. وقد اثار الى ذلك المجلس النواب العراقي في قانون رقم (21) لسنة 2016 التعديل الأول لقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (21) لسنة 2013 حيث نص في المادة 3: (يجري بيع وإيجار أموال الدولة عن طريق المزايمة العلنية وفق الاجراءات المرسومة في هذا القانون، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)(27). وبصدد ذلك تتبع الإدارة عدة طرق لإبرام العقود الإدارية، وهي :

(25) العقد الإداري، مقال منشور في رابطة الرابطة الالكترونية في 17 مارس 2016، تاريخ الزيارة 2020/5/13

<https://alwatannews.net/article/607511>

(26) وسام طلال، طرق إبرام العقود الإداري، مقال منشور في الرابطة الالكترونية، 20 اغسطس 2017، تاريخ الزيارة 5/11/2020

<https://mawdoo3.com>

(27) المادة (3) من قانون رقم (21) لسنة 2016 التعديل الأول لقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (21) لسنة 2013.

1.1.4.1: المناقصة والمزايدات العامة

إن هاتين الطريقتين تعدان من أهم طرق الإدارة لإبرام العقود الإدارية والمُشرِّع ملزم في كثير من الحالات باستخدام طريقة التعاقد هذه؛ وذلك لضمان وحماية المصالح المالية للإدارة من خلال تمكينها من اختيار أفضل العروض من حيث الظروف المالية⁽²⁸⁾.

تعتمد طريقة المناقصة على مجموعة من الإجراءات، تتميز بالمنافسة المفتوحة والشفافة والإعلانية للراغبين في إبرام العقود، بقصد إرساء المناقصة في أفضل العطاءات من الجوانب المالية والتقنية، وسيتم تحديث العطاءات العامة محلياً أو دولياً وفقاً للشخص المسؤول عن السلطة المتعاقدة مع مراعاة طبيعة ومقدار العقد في ذلك الوقت. ويتم هذا الأسلوب من خلال الإعلان عن دعوة عامة لجميع الراغبين المشاركة في العطاءات مختلف مستوفي جميع الشروط المشاركة مع الأخذ في الاعتبار أن الإجراء يتميز بخصائص العمومية والمنافسة والعدالة والشفافية والإعلانية⁽²⁹⁾.

وتسري إجراءات إبرام العقود بطريقة المناقصة، أو المزايدة بأكثر من مرحلة والإجراءات تبدأ بطلب دعوة عامة لمن يرغب بالتعاقد، فتحرك بينهم في هذه المرحلة الأولى منافسة يفترض أن تسعى إلى تحقيق منفعة مالية للإدارة، لتقديم الشروط المادية المختلفة، وهذه مرحلة الإعلان وبعد ذلك تختار الإدارة في المرحلة الثانية حسب الشروط، وهذه المرحلة تكمن في فتح وتحليل العطاءات، وفي المرحلة الأخيرة، تُعين الإدارة من ترسو عليه المناقصة، أو المزايدة وتبرم العقد معه وهذه المرحلة المناقصة والمزايدة⁽³⁰⁾.

2.1.4.1: المناقصات والمزايدات المقيدة (المحدودة)

وهي نوع من المناقصات والمزايدات التي تنطبق عليها أحكام المناقصة العامة، باستثناء تلك المتعلقة بحرية المشاركة فيها. ومن ثم فإن النزاع بينهما يقتصر على أن المشاركة في العطاء المحدود تقتصر على الشركات، أو المقاولين الذين قررت الإدارة إدراج واختيار أسمائهم في البيان الخاص.

وتختلف هذه المناقصة عن المناقصة المفتوحة في تحديد من يمكنه المشاركة فيها إذ يقتصر الحق المحدود في المشاركة على الأشخاص، أو التجار المعتمدين لديها، والذين تثبت أسمائهم في السجلات، أو البيانات

(28) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص 228.

(29) د. زانا رؤوف حمه كريم ود. دانا عبدالكريم سعيد، مصدر سابق، ص 143-144.

(30) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر السابق، ص 228.

التي تحددها السلطات الفنية المعنية بالوزارات والإدارات بعد التحقيق معهم. وفي المناقصة المحدودة، تتمتع الإدارة التقديرية من حيث استبعاد أولئك الذين لا يريدونهم الدخول في هذا النوع من المناقصة واللجوء إلى طريقة المناقصة المحدودة بناءً على اعتبارات تستند إلى النظر في الجوانب الفنية فقط، ولكن يمكن استخدامها مدفوعة باعتبارات اجتماعية أو اقتصادية(31).

3.1.4.1: المناقصة بمرحلتين

هذا الأسلوب في إبرام العقود الإدارية مصرح به من قبل سلطة المتعاقد الذي يأذن له باستخدام طريقة الزيادة على مرحلتين؛ لغرض الحصول على أفضل عطاء يلبي احتياجاته التعاقدية. يتم استخدام هذه الطريقة في العقود ذات المواصفات الفنية المعقدة أو عند الحاجة إلى تطبيق المواصفات التي لا تستحق فيها صياغة تفاصيل المواصفات الفنية السلع أو الأعمال، أو في حالة الخدمات، لتحديد الخصائص أو مميزاتها بشكل دقيق، ويجوز تنفيذ هذا الأسلوب من خلال مرحلتين:

- أ- دعوة مقدمي العروض لتقديم عروض فنية على أساس التصميم والوصف الأول للأنشطة، وفي هذه الحالة يقوم رئيس السلطة المتعاقدة إذا لزم الأمر بتغيير تكلفة التخمينية.
- ب- تتم دعوة مقدمي العطاءات الذين قبلوا العطاءات الفنية وفقاً لمعايير التأهيل في المرحلة الأولى لتقديم العطاءات المالية بناءً على وثائق العطاء المنقحة وفقاً للشروط التي تحددها السلطة المتعاقدة. يمكن أن تتم عملية تقديم العطاءات على مرحلتين(32).

4.1.4.1: الدعوة المباشرة.

يتم الاتفاق وفقاً لهذه الطريقة بين الإدارة والمتعهد معها عن طريق الاختيار المباشر في الإدارة وفق هذه الإجراءات. ولا تلتزم الإدارة بإجراءات التعاقد المتبعة في المناقصات والمزايدات، وتتبع الإدارة طريقة إبرام العقد وتجنبها في ترسية المناقصات ومنحها مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال سلطاتها التقديرية لاختيار من تعاقد معها في بعض الحالات ومن الأفضل السماح للسلطة المختصة بالموافقة مباشرة عليها إذا كان العقد يركز على المواد الاحتكارية.

(31) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 219.

(32) د.حسن محمد علي البنان و د. ابو بكر أحمد عثمان النعيمي، أثر النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية في حماية المال العام(دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص 90.

وفي الحالات العاجلة التي لا يمكن تأخيرها، يسمح القانون للإدارة بالتعاقد من خلال اتفاق مباشر مع أي من الموردين، أو المقاولين بقيمة لا تتجاوز حدودًا معينة، ومناقشة جلسات الاستماع العامة قبل موافقة السلطة المختصة.

وعادة ما يكون لعقد الإدارة ميزة عامة، أي أنه مستند مطبوع، يسمى المستند الشرطي. والميزة الفريدة للإدارة المختصة، هي أنه يمكن إعداد العقد مقدمًا، بما في ذلك جميع شروط العقد، أو يتم إكمال معظم العقود بعد إبرام العقد وهذه الشروط ذات طبيعة تعاقدية، على الرغم من أنها واردة في دفاتر منفصلة، حتى عند توقيع وثائق العقد التي تختلف عن العقد، وينطبق هذا على جميع العقود الإدارية باستثناء عقد امتياز المرافق العامة، إذ تعد هذه الشروط شبه تنظيمية وشبه تعاقدية بالطريقة التي أوضحناها سابقًا؛ نظرًا للحقوق التي يعهد بها المستفيدون وفقًا لها أمام الملتزم⁽³³⁾.

وبموجب سلسلة من الشروط، يمكن إبرام العقود الإدارية من خلال الاتفاقات المباشرة⁽³⁴⁾.

أ- حالات الاستعجال

ب- حالات الاحتكار لبعض الاعمال، لدى عدد محدود جدًا من المشغلين، أو المصدرين.

ج- حالات استخدام براءة اختراع أو حق ثابت لمالك واحد.

د- الحالات التي تتطلب فيها المصلحة العامة الإبلاغ السري، مثل العقود المباشرة لشراء الأسلحة والذخيرة.

هـ- شراء بعض المواد الخام، أو السلع التي تتطلب تخصيصًا عاليًا للغاية وموارد مالية ضخمة، والتي لا يمتلكها سوى عدد محدود من الشركات المتمكنة. ومع ذلك، فمن غير المقبول القيام بدعوة مباشرة من السلطة الإدارية أكثر من مرة واحدة في السنة كجزء من الأعمال المتعلقة بإبرام العقود بناءً، أو شراء اللوازم والسلع، باستثناء الحالات التي يتم الحصول على ترخيص من السلطة المختصة، مع ذكر الأسباب التي تتطلب اختيار طريقة الدعوة المباشرة⁽³⁵⁾.

(33) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، أسكندرية، 2000، ص 587.

(34) د. حيدر طالب محمد الشذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة النهريين، ص 111.

(35) م. اقبال نعمت درويش وم.م. رنا لطيف جاسم، مصدر سابق، ص 207.

2.4.1: سلطة إبرام العقد الإداري

يحدد القانون حق السلطة المختصة في إبرام العقود؛ لأنه يتم إبرام العقود الإدارية فقط من له حق التوقيع نيابة عن الجهة المختصة أثناء التعاقد وفق القانون والمبدأ الأصلي، هو أن الوزراء يتعاملون مع العقود المتعلقة بشؤون وزارتهم ويفوض الوزير المختص صلاحياته بإبرام العقود الإدارية للموظفين الأكبر سناً في الوزارة كوكلاء، أو المديرين العمامين، أو مديري الإجراءات الإدارية للعقود وهو مطلوب تفويض أصولي وهذا يعني أن القانون ينص على أنه حصري للهيئة المخولة بإبرام العقد⁽³⁶⁾.

والأثر القانوني لانتهاك قواعد الاختصاص هو بطلان العقد؛ لأن قواعد الاختصاص في ممارسة المناصب العامة، بما في ذلك إبرام العقود الإدارية، تعد من النظام العام، ولا يمكن أن ينص القانون على أن العقد يخضع للتصديق من خلال عملية إبرام العقد. وإذا قمت بالتوقيع، يصبح العقد نهائياً ومنتجاً لجميع الآثار القانونية، أو إذا نص القانون على أن العقد يخضع للتصديق عليه لاحقاً، فلن يصبح نهائياً إلا بعد هذا التصديق، على الرغم من حقيقة أن العلاقة التعاقدية قد تم التوصل إليها في مرحلة العقد⁽³⁷⁾.

كما يكون الإيجاب، أو القبول بالمشافهة، يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال، ولو من غير وجود خرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي" ⁽³⁸⁾.

ولكن على المستوى الدولي يجب على الإدارة التعبير عن إرادتها عن طريق إفراغ الفعل بشكل رسمي. ولا يتم إبرام عقد إدارة مع مقاول أجنبي شفويًا وبدلاً من ذلك، يجب كتابته كعقود الأعمال الدولية أو عقود نقل التكنولوجيا؛ لأنها دائماً ما تُبرم كتابةً⁽³⁹⁾.

وحدد المشرعون الفرنسيون سلطة التوقيع على العقود الإدارية، ويوقع ممثل المقاطعة العقود التي يوقعها رئيس الدولة، أو الوزير على مستوى الولاية، والعقود التي يوقعها الحاكم على مستوى المقاطعة، والعمدة

(36) د. محمود حلمي، مصدر سابق، ص 51.

(37) د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، جزء الأول، طبعة الثاني، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ص 268.

(38) انظر المادة (79) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 و تعديلاته.

(39) د. خالدة دنون مرعي، تصرفات الدولية من جانب واحد، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص 199.

على مستوى الولاية العقد الذي وقّع عليه ممثلو المحافظات والبلديات بالنسبة للعقود البلدية، أو على مستوى القرية يمثل المدير المؤسسات العامة عند إبرام العقود(40).

وفيما يتعلق بقانون المزايدات والمناقصات المصري، رقم (89) لسنة 1998 يقصد ((بالسلطة المختصة)) في تنفيذ أحكام القانون المرافق، الوزير ومن له سلطاته، أو المحافظ، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه وفيما عدا ما أجازت هذه الاحكام التفويض فيه، لا يجوز للسلطة المختصة التفويض في اي من اختصاصاتها الواردة بتلك الاحكام إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه(41)

وقد أوضحت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري "مفهوم الوظيفة الأدنى مباشرة التي يمتنع تفويض غير شاغلها في الاختصاصات المقررة للسلطة المختصة بموجب أحكام قانون المناقصات والمزايدات، فقد تبين من استقراء نصوص قانون الإدارة المحلية رقم (43) لسنة 1979، أن المحافظ هو رئيس جميع الأجهزة والمرافق المحلية في دائرة اختصاصه، ويتولى السلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزير بالنسبة للمرافق العامة التي تدخل في اختصاص وحدات الإدارة المحلية، ويجوز له أن يفوض بعض سلطاته واختصاصاته إلى نوابه، كما يجوز له أن يفوض بعض تلك السلطات والاختصاصات إلى السكرتير العام، أو السكرتير العام المساعد بالنسبة لديوان عام المحافظة، أو إلى رؤساء المصالح والهيئات العامة بالمحافظة بالنسبة لشؤون المرافق والهيئات التي يشرفون عليها، أو إلى رؤساء المراكز والمدن والأحياء والقرى فيما يتعلق بالوحدات التي يرأسها، وعندما تعدد الوظائف الأدنى مباشرة من وظيفة المحافظ بتعدد الجهات التابعة له، بالنسبة لديوان عام المحافظة وتكون وظيفة السكرتير العام، هي الوظيفة الأدنى مباشرة في حالة عدم وجود وظيفة نائب محافظ، وفيما يتعلق بالوحدات المحلية الأخرى، تكون وظائف رؤساء تلك الوحدات كل في نطاق اختصاصه، هي الأدنى مباشرة" (42).

وبالنسبة لقانون العقود الحكومية العراقية رقم (87) لسنة 2004، فقد تم تحديد السلطات التي ينطبق عليها هذا القانون إذ "ينطبق على جميع عقود التعهدات التي تتعلق بالسلع والخدمات وخدمات الأعمار التي تباشرها دولة العراق عبر وزاراتها ومؤسساتها الفيدرالية الأخرى (والتي ستدعى إجمالاً المؤسسات) والوحدات الحكومية بما فيها الأقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الأخرى لدولة العراق (والتي ستدعى

(40) د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ و نظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص156.

(41) انظر: المادة الثانية من قانون المناقصات و المزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

(42) انظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم(66) في 2000/4/8.

هنا إجمالاً بالوحدات الحكومية) وتقوم بالتمويل العام، والتجهيزات هي الحصول على السلع والخدمات وخدمات الأعمار بعقود ذات تمويل عام بواسطة أو للأجل الحكومة من خلال الشراء أو الإيجار" ويترتب على ما سبق أن قانون العقود الحكومية ينطبق على جميع الهيئات الحكومية، والتشريعية، والتنفيذية، والقضائية، الاتحادية، أو الإقليمية، أو المحلية، ومن ثم فإن ممثلي هذه الهيئات هم السلطة المختصة لإبرام العقد، أما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2014 في المادة (1/ أ) تسري احكام هذه التعليمات على:

أ- "جهات التعاقد الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية، ومجلس الوزراء، ومجلس النواب، ومجلس القضاء الأعلى، والأمانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مع الجهات العراقية، وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المسحوبة على الموازنات الاستثمارية، والجارية، والتشغيلية"

ب- "الشركات العامة عند تنفيذها لمشاريعها المدرجة في المنهاج الاستثماري، أو الجاري الممول من الموازنة العامة"⁽⁴³⁾.

لذلك فإن رؤساء الجهات المتعاقدة الرسمية، هم الجهات المختصة لتوقيع العقد بعد إعداد العقد من خلال التكوين الإداري للعقود في هذه الهيئات الرسمية، ويتم تصديق جميع العقود بعد توقيعها بمساعدة جميع أنواع التشكيلات القانونية التي تأذن بها السلطة المتعاقدة قانوناً وفقاً لقانون كتاب العدول رقم (33) لسنة 1998 أو أي قانون يحل محله⁽⁴⁴⁾.

(43) انظر المادة (1/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2014، مجلة الوقائع العراقية، العدد 4325، 2014/6/16، ص 56.

(44) انظر الفقرة (رابعا) من الضوابط رقم (4) الخاصة بصيغة العقد الصادر عن وزارة التخطيط العراقية.

الفصل الثاني

مفهوم الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية

تعد غرامة التأخير من الجزاءات العقديّة المألوفة في مجال العقود الإداريّة، إذ لا تلجأ الإدارة إليها فقط من أجل منع حدوث أي إخلال في الالتزامات التعاقديّة، ولكن فضلاً عن ذلك، فإنّها تلجأ لهذا النوع من الجزاءات الماليّة من أجل ضمان حسن سير المرفق العام باضطراد وانتظام، من خلال تنفيذ العقد بشكل سليم، ووفق المُدد المتفق عليها في العقد، حيث تتميز غرامة التأخير بخصائص معينة، في ذات صفة تعويضيّة وتهديديّة في آن واحد، لهذا سنتحدث عن تعريف غرامة التأخيرية وخصائصها⁽⁴⁵⁾.

1.2: تعريف الغرامة التأخيرية وخصائصها

سنوضح هنا تعرف الغرامة التأخيرية، ثم نبين خصائصها.

1.1.2: تعريف الغرامة التأخيرية

الغرامة التأخيرية هي إحدى الوسائل المهمة والأساسية التي تستخدمها الهيئة الإدارية لإرغام المقاول الذي تم التعاقد معه لإنجاز العمل الخاضع لعقد التعاقد في أقرب وقت ممكن وفقاً لشروط العقد؛ وذلك لأنه عندما تتعاقد الإدارة لإنشاء منشأة عامة، فإنها تأخذ في الاعتبار الوقت اللازم لإكمال المشروع وتعتمد عليه في خططها واستراتيجياتها⁽⁴⁶⁾.

(45) د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإداريّة " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 53، السنة 27، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 346-389.

(46) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، دار أبن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009، ص445.

لذلك يُحرص على أن يتضمن العقد فقرة، أو فقرات تحدد بدقة الوقت الذي يتم فيه تنفيذ المشروع والجزاء الذي يجب على المقاول دفعه إذا لم يتم تنفيذه في ذلك الوقت المحدد؛ بحيث يتسبب أي تأخير في استكمال المشروع في إلحاق الضرر بالجهاز الإداري، وهذا الضرر يفترض في إن التأخير فقط في أداء المقاول للعقد خلال الفترة المنصوص عليها، يخول للهيئة الإدارية فرض عقوبة تعاقدية عليه بسبب التأخير، وبدلاً من ذلك، يحق له خصم هذه الغرامة على الفور وبشكل تلقائي من ذم المقاول، والتي تتمثل في الضمانات الممنوحة لتلك السلطة الإدارية في بداية العقد معه(47).

وفي بعض الأحكام تمنح الهيئة الإدارية الحق في فرض غرامة على التزامات المقاول مع أي هيئة إدارية أخرى دون الالتزام بضرورة إعداره قبل اقتطاع مبلغ غرامة التأخير وبدون أي التزام لإثبات أنها أصيبت نتيجة لتأخر المقاول في الوفاء بالتزاماته، ودون النظر في قرار المحكمة الذي يؤكد هذا التأخير، ويتم تنفيذه لذلك. وأن غرامة التأخير هي عقوبة تجعل من الصعب على المقاولين إبرام العقود بشكل عام(48).

وهناك تعريف آخر للغرامة التأخيرية أيضاً، وهو أنها مبلغ مالي منصوص عليه في العقد بالنسبة المئوية لكل يوم تأخير وتحصل عليه الإدارة من العقد في حالة الإخلال بالتزاماتها دون الحاجة إلى حكم قضائي. تهدف هذه الغرامة إلى ضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه من أجل ضمان التشغيل السليم للمنشأة العامة الخاضعة للعقد بانتظام وثبات(49).

2.1.2: خصائص الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية

إن البحث عن الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية من الأمور ذات الأهمية البالغة؛ لأن الغرامات التأخيرية هي نوع من أنواع الجزاءات التعاقدية؛ لذا فإن طبيعتها ونتائجها ستشكل نظاماً قانونياً مميزاً عن الجزاءات وللغرامات التأخيرية خصائص تميزها عن باقي الجزاءات المالية، يمكن تحديدها وتلخيصها في اتفاقية (تعويض جزافي محدد)، تطبيق الغرامة بمقتضى قرار اداري (تتصف بالمرونة)، الغرامات غير مشروطة بوقوع ضرر (الغرامة تلقائية).

(47) د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، جزء الثاني، طبعة الاولى، عمان، دار وائل للنشر، 2010، ص 149.

(48) د. محمود خلف الجبوري، العقود الاداري، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، طبعة الثانية، عمان، الاردن، 2010، ص135.

(49) د. محمد العموري، مصدر سابق، ص95.

للغرامات المتأخرة في العقد خصائص كثيرة، أهمها:

1.2.1.2: اتفاقية (تعويض جزافي محدد)

بمعنى أن الطرفين يتفقان عليهما مسبقاً عند إبرام العقد، ومن ثم لا يحق للسلطة الإدارية فرضه على طرف متأخر عن أداء المهام المسندة إليه، ما لم يتم تحديده في العقد على عكس باقي الجزاءات الأخرى مثل سحب العمل من المقاول وللإدارة حق فسخ العقد الإداري، ويحق للإدارة أن يلجأ إليها، حتى لو لم يكن منصوصاً عليه في العقد في بعض الأحيان لا تحتوي الاتفاقية الإدارية نفسها على نص يفوض الإدارة بفرض غرامة للتأخير، ولكن يتم تضمين هذا النص في الشروط العامة لأعمال عقد الهندسة المدنية، أو تعليمات لتنفيذ العقود الحكومية، أو تعليمات لتنفيذ ميزانية الدولة، وهذه المستندات، أو التعليمات جزء من العقد الإداري واستكمالها وبهذه الطريقة يحق للإدارة أن تفرض الغرامة التأخيرية في تنفيذ الالتزام التعاقدية بموجب العقد الإداري والمواعيد النهائية المحددة فيه، أي أن الغرامة التأخيرية مستحقة، وللإدارة الحق في فرضها على المتعاقد عندما يتأخر في أداء المهام الموكلة إليه ودون أن تكلف الهيئة الإدارية لإثبات حدوثها الضرر الناتج عن هذا التأخير؛ لأن الضرر هنا يفترض افتراضاً لا يمكنه إثبات عكس ذلك؛ لأن أي تأخير في تنفيذ العقد الإداري يتسبب في الإضرار بالمصلحة العامة التي تسعى إليها الإدارة⁽⁵⁰⁾. وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز في قرارها المرقم 710 / حقوقية / 1959 في 1959/4/13 حيث جاء فيه " ان كل مشروع عام إذا لم ينجز خلال المدة المنفق عليها فإن الخزينة يلحقها ضرر هو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من هذا المشروع⁽⁵¹⁾ .

يتم إنشاء جميع العقود في القانون الخاص، الذي يتوافق مع الإرادتين، لإحداث تأثير قانوني محدد، في القاعدة العامة تقول: إن العقد شريعة المتعاقدين لا يحق لأي منهم اخلال أحكام العقد، وتنطبق هذه الحالة أيضاً على العقود الإدارية؛ لأن العقد يحتوي على مجموعة من الالتزامات والحقوق التي يعرفها كلا الطرفين، وفي حالة الاخلال بهذه الالتزامات، يتم فرض عدد من الجزاءات المنصوصة في العقد، ويجب أن يلتزم المتعاقد بما هو محدد في العقد في هذا الصدد، كما هو الحال عند تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية في العقد الإداري

(50) د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص189. أنظر أيضاً: د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص512.

(51) عبد الرحمن عباس أدين، الغرامة التأخيرية في العقد الادارية، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد22، العدد3، 2014، ص559.

كعقوبة مالية للمتعاقد مع الإدارة في حالة التأخير في تنفيذ العقد مع الفترات المحددة فيه، ومن ثم فالغرامة التأخيرية تتميز بميزة الاتفاقية⁽⁵²⁾.

2.2.1.2: تطبيق الغرامة التأخيرية بمقتضى قرار إداري (يتصف بالمرونة)

تقوم الهيئة الإدارية بتحصيل مبلغ الغرامة من المتعاقد عن التأخير في تنفيذ العمل بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة⁽⁵³⁾.

تتميز الغرامات التأخيرية بالمرونة، ويستند أداؤها إلى القرارات الإدارية الصادرة عن الجهات المختصة، والتي تفرض غرامات دون الحاجة إلى الحصول على حكم قضائي للتوقيع، وهذا يعني أن الغرامات التأخيرية المحددة في العقد ليست كافية للتمتع بالاستحقاقات، ولكن يجب أن تكشف الإدارة أنها ملزمة بفرض غرامة على المتعاقد معها، ويرجع ذلك إلى حقيقة أن فكرة العقوبات الإدارية ناتجة عن امتيازات السلطات العامة الواردة في العقود الإدارية، كما استخدمت لامتياز التنفيذ المباشر، مما يسمح للإدارة بفرض الغرامة التأخيرية، أو الإعفاء عنها. في هذا الاتجاه قضت المحكمة الادارية المصرية بقولها: (ومن حيث إنه وإن كان للإدارة سلطة التوقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته؛ فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه، ولا بد من صدور قرار إداري)⁽⁵⁴⁾.

وقد أكدت محكمة التمييز في العراق على هذه الخاصية بحكم لها، إذ قالت "إن الغرامة التأخيرية تطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء وهو إجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها، مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص"⁽⁵⁵⁾.

(52) إنصاف أحمد محمد، غرامات التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة تشرين للبحوث والدراسات_ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 40، العدد، 2018، ص 155.

(53) د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الادارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، 2018، ص 159.

(54) د. منصور ابراهيم العنوم، مصدر سابق، ص 350.

(55) د. حسن محمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54، 2012، ص 424.

3.2.1.2: تُفرض الغرامة التأخيرية بشكل تلقائي

تستحق الغرامات بعد أن تصدر الإدارة قراراً إدارياً دون الحاجة إلى الحصول على أمر من المحكمة لتوقيعه، ويجوز للإدارة تحصيل قيمتها من المبلغ المستحق للمقاول، أو أي هيئة إدارية أخرى، إذا كان للسلطة المختصة الحق في فرض جزاءات على المتعاقد دون الوفاء بالتزاماتها العقدية، فيجب عليها إصدار قرار إداري بفرض غرامة عليها لا يكفي أن تنص ببساطة على حقوقها المستحقة في أي وقت كمسألة قضائية تتطلبها الإدارة المتعاقدة⁽⁵⁶⁾.

يحق للإدارة فرض عقوبات على المتعاقد دون الاضطرار إلى إثبات الأضرار لحقت به⁽⁵⁷⁾؛ لأن توقيع العقوبات الإدارية في حالة تقصير المتعاقد في تنفيذ العقد لا يقتصر فقط على معاقبة المقاول على خطأه، ولكن في المقام الأول على الأداء السليم للمنشأة العامة وصحتها من أجل تحقيقها للمصلحة العامة⁽⁵⁸⁾.

وهكذا تقرر الإدارة من جانب واحد مع هذه العقوبة المالية، حتى من دون أي تحقيق، أو تأكيد قضائي مسبق على ذنب المقاول، أو إهماله، أو كسله، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراراته وقد وافقت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك، وقضت المحكمة أيضاً أنه إذا كان يحق للإدارة فرض عقوبات على المقاول، إذا فشل في الوفاء بالتزاماته، فيجب الكشف عن استعداد الإدارة لممارسة هذه السلطات ولا بد من إصدار قرار إداري، وإذا لم تصدر الإدارة أمر المحكمة سابقاً بالموافقة على الغرامات، ويجوز لها أيضاً إصدار أمر محكمة سابق، طالما أن شروط الحصول على الغرامات لم يتم تحديدها للموافقة عليها بقرار إداري، فإن الإدارة تخضع لمراجعة قضائية لاحقة إذا كانت الغرامة التي أصدرتها الإدارة هي تنفيذ أحد امتيازات الإدارة، وهو امتياز التنفيذ المباشر، فإن هذا القرار إذا كان غير قانوني، فعندئذ يجوز للمقاول مع الإدارة التي يتعلق بها القرار أن يستأنف حكم المحكمة بأنه مخالف للقانون⁽⁵⁹⁾.

(56) د. عمر حلمي فهمي، أثار العقود الادارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1993، ص110.

(57) د. محمد حسن مرعي، مصدر سابق، ص 65.

(58) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإداري(دراسة مقارنة)، طبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2012، ص166.

(59) د. نصري منصور نابلسي، المصدر سابق، ص193.

4.2.1.2: لا محل للغرامة التأخيرية قبل انتهاء مدة العقد

إن تطبيق الغرامة التأخيرية لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المقصر في تنفيذ العقد وفي تسليمه في المدة الزمنية المحدد، لذا فهو لا يعمل به إلا بعد أن تسري العقد حيز التنفيذ وانتهاء مدته دون إتمامه، فإذا لم يبدأ التنفيذ، أو بدأ وأنهى العقد قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذ المتعاقد بالتزاماته فلا محل له⁽⁶⁰⁾.

2.2: شروط استحقاق الغرامة التأخيرية والإعفاء منها

يشترط لفرض الغرامة التأخيرية أن يكون المتعاقد قد أخل ببند العقد المبرم بينه وبين سلطات الإدارة التي وضعت من أجلها الغرامة التأخيرية، وأن يكون المتعاقد نفسه تسبب بهذه المخالفة، أو أن يعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير، إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه.

1.2.2: شروط استحقاق الغرامة التأخيرية

تتمتع الإدارة بسلطة فرض عقوبات على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزامه بأي شكل من الأشكال، سواء بالامتناع عن تنفيذه وانتهاء مدة التنفيذ دون موافقة الإدارة، في جميع هذه الحالات، ويحق للإدارة توقيع الغرامة التأخيرية على المقاول، وهي غير معروفة للأفراد في عقود القانون الخاص، ولكن من غير المقبول الرد على هذه العقود، وإذا كان المبدأ العام لتنفيذ العقود (بحسن نية) بطريقة تفرض على المقاولين التزاماً مشتركاً بعدم إخلال التزاماتهم التعاقدية يضاف إلى هذا المبدأ مبدأ آخر في القانون الإداري يتعلق بضرورة الحفاظ على عمل المرافق العامة، ومن ثم فإن الإخلال بالتزامات التعاقد الناتجة عن عقد إداري، ينطوي على عقوبات شديدة، وأن نظام العقوبات في العقود الإدارية لا يهدف فقط إلى إعادة التوازن بين التزامات الطرفين، ولا يتميز بطبيعة العقوبات كعقوبة رادعة، ومع ذلك فإن الغرض الرئيس منه هو تنفيذ الالتزامات المطلوبة لسير المرافق العامة؛ لأن السير العادي للمرافق العامة يتطلب التنفيذ الدقيق للعقود الإدارية ذات الصلة⁽⁶¹⁾.

(60) د. حسن محمد علي حسن البنان، مصدر سابق، ص 424.

(61) عصام بن سعود السياط، سلطات الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، مقال منشور في رابطة الالكترونية في

1.1.2.2: أن يتضمن العقد الإداري نصاً يمنح الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية

يوجد نص في العقد الإداري يخول الإدارة هذا الحق، وأن المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ العقد خلال المدة المحددة للتنفيذ (سواء أكانت مدة العقد أم المدة الإضافية الممنوحة للمقاول حسب القانون والتعليمات) وأن هذا التأخير ينتج عنه ضرر للسلطة الإدارية (أن الضرر هنا مفترض) وفي بعض الحالات، لا يتضمن العقد الإداري نفسه نصاً يأذن للإدارة بفرض غرامة التأخير، ولكن هذا النص موجود في الشروط العامة المرفقة بالعقد أو وفقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية وهذه المستندات جزء من العقد وتكملة له، ومن ثم يحق للإدارة فرض غرامة التأخير على المقاول المتأخر عن تنفيذ التزامه التعاقدية⁽⁶²⁾.

كانت الأحكام القضائية متكررة، سواء أكانت مصرية أم عراقية، ولهذا السبب، في مصر قالت المحكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها "إن شرط تطبيق هذه القاعدة (فكرة الغرامات التأخيرية) أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء أو التعويض المقدر مقدماً والذي يلتزم به المتعاقد الذي أخل بالتزاماته"⁽⁶³⁾.

أما في العراق، فأكدت محكمة التمييز العراقية في أحد أحكامها، أنه إذا احتوى العقد الإداري على نص، يحق للوزير أن يفرض الغرامات التأخيرية على الشركة عندما تتأخر في تسليم العمل خلال المدة المقررة، ويفرض عليها عقوبة التأخير. ولا يرتب عليه ضمان ينشأ عن ذلك من ضرر لشركة خاصة، ولم تكن متعدياً، طالما أن الشركة قد أخرجت بالفعل تسليم العمل المتفق عليه في الوقت المناسب⁽⁶⁴⁾.

وليس من المناسب للعقد أن يتخلص من النص الذي يأذن للإدارة بفرض الغرامة التأخيرية، طالما أن هذا النص مدرج في قائمة الشروط المرفقة بالعقد، لأن قائمة الشروط تعد جزءاً من العقد مكملًا له وقد أكدت محكمة التمييز في العراق هذا التوجه، إذ تقول في أحد أحكامها "الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاولات يكمل بعضها البعض وكلها ملزم للطرفين"⁽⁶⁵⁾.

(62) عبد الرحمن عباس ادعين، مصدر سابق، ص 560

(63) حكم محكمة القضاء الإداري في 1961/6/25، المجموعة، السنة 15، رقم 198، ص 268: المشار إليه: د. محمد حسن علي حسن البنان مصدر سابق، ص 427.

(64) قرار محكمة التمييز العراقية، الرقم 249/هيئة عامة أولى/1974، مجلة العدالة، العدد 1، السنة 1، 1975، ص 141.

(65) قرار محكمة التمييز العراقية، الرقم 43، هيئة عامة/1971 في 1971/6/26، مجلة أحكام النشرة القضائية، العدد 2، السنة الثانية، 1972، ص 26.

2.1.2.2: ان يكون سبب التأخير راجعا الى المتعاقد

يقصد بفرض الغرامة التأخيرية، أن يدفع المتعاقد المقصّر على التنفيذ في المدد الزمنية المحددة والمتفق عليها في العقد، وينبغي على ذلك عدم استحقاق غرامة التأخير، إذا كان التأخير يرجع إلى جهة الإدارة المتعاقدة، كأن تقرّر أن التوريد في المواعيد المحددة ليس لازماً لعدم وجود أماكن للتخزين جاهزة لإستلام البضائع الموردة، أو يرجع سبب التأخير لاهمال الجهة الحكومة في الاستلام مواد خام في غضون المدة الزمنية المحددة، وأن رقابة القاضي الإداري على توقيع غرامة التأخير هي أن السلطة الإدارية تناقش توفر سبب مشروعية تصرفات الإدارة وتوقيع الغرامة من خلال القاضي الإداري بسبب التأخير من عدمه وبالنظر إلى أن هذا الشرط يمثل ركن السبب في القرار الإداري الصادرة بتوقيع فرض الغرامة، فإذا كان سبب التأخير يعود إلى المتعاقد مع الجهة الإدارية، فلن يتردد القاضي الإداري في دعم قرار الإدارة بإصدار الغرامة التأخيرية(66).

لذلك إذا نص العقد على فرض غرامات التأخير، أو أي غرامة على المتعاقد في حالة التأخير في التنفيذ للفترة المحددة في العقد، أو في حالة انتهاك شروط العقد، فإن شرعية فرض هذه الغرامة تتطلب أن يكون هناك انتهاك في تطبيق قواعد العقد بسبب المتعاقد نفسه(67).

3.1.2.2: أن يكون المتعاقد قد تأخر في إنهاء تنفيذ العقد

قد يتسبب تأخر المتعاقد في تنفيذ الأعمال موضوع العقد خلال المواعيد النهائية المحددة في حدوث إخلال خطير للمرافق العامة وسيرها بشكل سليم، وأن الإدارة تحافظ على المصلحة العامة وتضمن المنفعة العامة ودون شك التأخير في التنفيذ قد يسبب ارباكاً للمرفق العام، وهو ما يدعو الإدارة إلى توقيع عقوبة غرامة التأخيرية إذا كان العقد يتعلق (على سبيل المثال) بعقد توريد أغذية أو أدوية للمستشفيات، أو تلك العقود التي ترتبط بالاحتياجات اليومية للمواطن(68).

(66) هشام محمد فريجة، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2019، ص 424.

(67) د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص 197.

(68) هشام محمد فريجة، المصدر السابق، ص 424، ومشاركة اليه لدى: محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص 292.

وإن الغرامة التأخيرية جزاء يفرض على المتعاقد؛ لضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة الأعمال المكلف بها في المواعيد المحددة، ومن ثم فإن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها وهو التأخير عن هذه المواعيد، وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز بقرارها المرقم 455 / ح / 1968 بقولها "إن الغرامة التأخيرية هي جزاء بقصد ضمان وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزامه في المدد المتفق عليه(69).

ليس للإدارة المتعاقدة الحق في توقيع أي عقوبة على المتعاقد ما لم يرتكب خطأ، أو أحل بأحد الشروط التعاقدية، فإن التزام المتعاقد باحترام شروط التنفيذ، هو التزام أساسي، يتم تحديد هذه الفترات وفقاً لمتطلبات الأداء السليم للمرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات الموكلة إليها للجمهور إلى أقصى حد، والمدة التي يعد فيها المتعاقد مع الإدارة متأخراً في تنفيذ، العقد هي المدة المحددة لتاريخ نهاية المدة المحددة للتنفيذ، وتاريخ التسليم الفعلي للإدارة وتصدر الإشارة إلى أن مدة تنفيذ العقد تبدأ من استلام المتعاقد لموقع العمل وليس من تاريخ التعاقد(70).

2.2.2: حالات إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية

يجوز للإدارة أن تلجأ إلى طريقة التنفيذ المباشر في العقود الإدارية. وقد تفرض أيضا غرامة تأخير على المتعاقد معها. إذا كان هذا الحق مسموحاً به، فقد يجد هذا التأخير سبباً يعفي فيه المقاول من مسؤولية الغرامة التأخيرية، إذا اتضح أن الوفاء بالالتزام مستحيل بسبب أجنبي خارج عن إرادة المقاول لذلك سيكون من الأفضل إعفائه منهما(71).

وهناك نوعان من الإعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية، الأول الجوازي، والثاني الوجوبي وسنبحثهما فيما يأتي:

(69) عبدالرحمن عباس ادعين، مصدر سابق، ص560.

(70) د. حسن محمد حسن على البنان، مصدر سابق، ص 428.

(71) فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الاداري(دراسة مقارنة في التشريعين العراقي والأردني)، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، 2016، ص108.

1.2.2.2: الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في مجال إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخير كلياً، أو جزئياً، إذا كانت تدرك أن لهذا مكاناً ويمكن استئصاله، بحيث تمنح فكرة التنفيذ المباشر للإدارة والسلطة للتوقيع على غرامة التأخير وإذا كان هذا حتماً، فعندئذٍ أول إعفاء من التوقيع عليه⁽⁷²⁾.

إذا تم تجديد تبرير تصرفات سلطته التقديرية في مجال الإعفاء من الغرامة كأساس له، ففي الحقيقة أن الإدارة هي الأكثر قدرة على تقييم احتياجات المرافق العامة؛ لضمان حسن سير العمل بانتظام، وأن الفشل في تحقيق الضرر بسبب التأخير، أو التقاعس في تنفيذ العقد هو صالح لتبرير آخر للإعفاء وهذا ما قرره المشرع في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 من اللائحة التنفيذية، إذ إنه لا يحقق ما إذا كان هناك سبب لإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير. ويلاحظ أن إعفاء الجوازي من غرامة التأخير يتمحور بشكل أساسي حول ظروف العقد والطرف المتعاقد لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا " أن على الإدارة أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد وتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها العقد كله أو بعضه بما في ذلك غرامة التأخير، إذا قدرت ان لذلك محلاً كما لو قدرت انه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير، أو غير ذلك من الظروف"

إن تحقيق الإعفاء الجوازي مباشرة أو ضمناً، يعني أن الإدارة لم تحصل على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها، بحيث يكون التنفيذ في هذا الوقت غير ضروري وهو بمثابة إعفاء ضمني للمقاول من تنفيذ الغرامة والذي ليس له مكان للتوقيع على غرامة التأخير⁽⁷³⁾.

2.2.2.2: الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخيرية

إذا كان التأخير في تنفيذ العقد يبرر فرض غرامات متأخرة على المقاول، فقد يوجد هذا التأخير الأسباب التي تسوغ المقاول اعفاءه من مسؤولية التأخير، إذا كان من المستحيل الوفاء بالالتزام بسبب أجنبي خارج

(72) د. نصرالدين بشير، غرامة تأخيرية في العقد الاداري وأثره في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2007، ص120.

(73) د. منصور ابراهيم العتوم، مصدر السابق، ص 369- 370 .

عن الإرادة المتعاقد معه⁽⁷⁴⁾. وقد يتحقق الإعفاء من الغرامة التأخيرية وجوباً في حالتين وهما: الإعفاء بسبب قوة قاهرة، والإعفاء بسبب تقصير الإدارة، وفيما يلي بيان ذلك.

1.2.2.2: الإعفاء بسبب قوة قاهرة

تعد القوة القاهرة سبباً لإعفاء المقاول، ووفاءً بالتزاماته التعاقدية، سواء أكان العقد إدارياً أم مدنياً. ولا يجوز فرض غرامات على مقاول مقصّر، إذا كان سبب قوة قاهرة، وبناء على ذلك والاعتراف بالقوة القاهرة، يجب التوفيق بين شروط ثلاثة، وهي⁽⁷⁵⁾:

الشرط الأول:

إن الحادث الخارجي غير متوقع ولا يمكن التنبؤ به، أو لا يمكن توقعه، فعلى سبيل المثال ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي حادثاً غير متوقع هو هطول أمطار غزيرة لفترة استثنائية.

الشرط الثاني:

إن الفعل الذي يؤدي إلى عبء في تنفيذ العقد الإداري مستقل عن إرادة المقاول ولا يمكنه دفعه، أو غير قادر، على تجنبه أو منعه.

الشرط الثالث:

يجب أن يؤدي الفعل إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

إذا تم استيفاء هذه الشروط، فإن عصر القوة القاهرة متاح ويتحرر المتعاقد من الغرامة؛ لأن عبء الأداء لم يكن بسبب المقاول مع الإدارة، ولكنه كان خارج الإرادة، ولا يمكن تجنبه وأدى إلى استحالة تنفيذ⁽⁷⁶⁾.

(74) د. عبدالمجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 1975، ص 150.

(75) عادل قرانه، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخير، مجلة تواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، سبتمبر 2013، ص 178.

(76) د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص 201 - 202.

وفي جميع الحالات، عندما تتسبب القوة القاهرة في الإخلال بأداء العقد، يجب على المقاول مع الإدارة أن يثبتوا وجود القوة القاهرة وأن الفعل الذي أدى إلى انتهاك الأداء، أو تأخر الأداء يتسبب في أن القوة القاهرة ولا يمكن دفعه وإذا لم يكن المتعاقد قادراً على إثبات وجود قوة القاهرة، فلا يُعفى من العقوبة التعاقدية⁽⁷⁷⁾.

وإن تحقق القوة القاهرة يُعفي المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية، وبذلك تختلف نظرية القوة القاهرة عن باقي النظريات التي يسعى من خلالها المتعاقد الى اعادة التوازن المالي، وهي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية فعل الأمر، ونظرية الظروف الطارئة؛ لأن هذه النظريات لا تؤدي إلى إمكانية إنهاء العقد، ولا يمكن للمقاول أن يدعوا لإيقاف أداء التزاماتها التعاقدية، حيث أن تنفيذ هذه الالتزامات ممكن، في حين أن نظرية القوة القاهرة تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ في حالة توفر ظروف القاهرة⁽⁷⁸⁾.

2.2.2.2: الإعفاء بسبب تقصير الإدارة

ينشأ العقد الإداري في مواجهة الالتزامات التعاقدية الإدارية وإذا خالفها، فهذا مسوغ لإعفاء المقاول من غرامة التأخير، ويلزم الاحتجاج على تصرف الإدارة أي أن تصرف الإدارة غير متوقع يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد، ويجب أن يرتبط سلوك الإدارة بالتزام المقاول بشروط الإدارة⁽⁷⁹⁾.

وهنا تبين فكرة الارتباط بالالتزامات المتبادلة، فالتنفيذ يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة ويقابله يجب أن يلتزم الإدارة بتنفيذ والتزام ببند العقد، كما هو مصادق عليها من قبل طرفي العقد، ومن هنا يتضح أن هناك إخلال من قبل أحد المتعاقدين، أو أن عدم التزام الإدارة قد وصل درجة من الأهمية تؤدي إلى تأخير المقاول في تنفيذ التزامه⁽⁸⁰⁾.

ومع ذلك، يرتبط العقد الإداري بفكرة الأداء السليم للمرافق العامة، وهذا لن يمنع المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزامه، ما لم يبرر هذا الرفض بقوة القاهرة، وخلاف ذلك، إن كان هناك خرق لتعطيل المرفق العام،

(77) علي خطار شنطاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مقال منشور بمجلة الحقوق، المجلد 24، العدد الأول، الكويت، مارس 2000، ص118.

(78) د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص 655.

(79) عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007، ص 2.

(80) سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد - دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو الوفاء المجد للطباعة، القاهرة، 2006، ص35.

ومن ثم أذن القضاء للإدارة في بعض الحالات بالابتعاد عن مبدأ عدم وجود الحق في عدم التنفيذ في العقود الإدارية، وإن لهذا أثراً على الإدارة في عدم تطبيق العقوبات وخاصة غرامة التأخير؛ لأنها سبب التخلف عن الإهمال والتقصير، وفي واقع الحال فإنه يظهر لنا أن تقصير الإدارة مسوغ للإعفاء من الغرامة وقد يكون سببه إهمال الإدارة وتراخيها، أو تعديل شروط العقد(81).

وتبين لنا، أن للإدارة الحق في إعفاء المقاول من الغرامة التأخيرية؛ لأن هذا الإعفاء ضمان لمجلس الإدارة، ويزيد من ثقة المتعاقد إذا وجدت الإدارة أن الصعوبة الفعلية أدت إلى عدم قدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

3.2.2.2.2: الإعفاء من الغرامة التأخيرية بسبب تمديد مدة تنفيذ العقد

التمديد الإداري يعني منح المقاول وقتاً إضافياً وتاريخاً جديداً للتنفيذ بغرض إعفاء المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخيرية وإعطائه فرصة لإعفائه من جميع المسؤوليات بسبب تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية تجاه الإدارة، متى كانت الإدارة هي سبب في الزيادة الوقت اللازم لتنفيذ العقد، وفي هذه الحالة ليس لدى الإدارة أي مسوغ لتوقيع الغرامة التأخيرية عن المدة التي مضت على تنفيذ العقد أما فيما يتعلق بما إذا كان المتعاقد مع الإدارة قد طلب رسمياً مهلة جديدة لتنفيذ العقد الإداري لظهور أعمال جديدة أو تغيير في فاتورة الكميات، فقد وافقت الإدارة على هذا التمديد دون إبداء أي تحفظ إذ يعد تعديلاً للعقد الإداري ومن ثم لا يحق للإدارة فرض غرامة تأخير على المقاول إذا تأخره في تنفيذ العقد للفترة المحددة(82).

ومن ثم، يمكن أن يواجه المقاول مع الإدارة صعوبات أثناء العمل قد تؤدي إلى تأخير التنفيذ مما يؤدي إلى صعوبة في التنفيذ خلال المواعيد النهائية المحددة المتفق عليها في العقد، وهنا يمكن للإدارة المتعاقدة اللجوء إلى طريقة التمديد الإداري، وهو لإعطاء موعد نهائي جديد للتنفيذ(83).

وقد تبين لنا أن الإدارة في كثير من الحالات لها سلطة وإمكانية في تمديد مدة العقد لفترة معينة لجهة المتعاقد مع الإدارة، إذا ثبت أن المتعاقد قد قام بتنفيذ العقد بشكل جيد وبدون تقصير، ولكن عبء تنفيذ العقد في كثير من الحالات خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولا ذنب له فيه، فمثلاً كثرة الإجراءات والعوائق الإدارية أمام استلام السلفة المالية عند استحقاقها في مواعيد المحدد وهذه الإجراءات قد تستغرق وقتاً ومدة

(81) هشام محمد فريجة، مصدر سابق، ص 427.

(82) عبدالرحمن عباس ادعين، مصدر سابق، ص 461.

(83) علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 112.

زمنية طويلة لاستلامها، وهذا التأخير قد يؤثر في مجمل مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد، وقد يؤدي الى تأخيرها، لذلك على الادارة الموافقة على طلب المتعاقد حال تقديمه بعد تحرر وإثبات أسبابها ولا يمكن في هذه الحالات فرض الغرامة التأخيرية .

3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية والشرط الجزائي والتعويض في العقود الادارية

يتم تمييز الغرامة التأخيرية عن الجزاءات الأخرى المعروفة في كل من القانون الخاص وتلك المعروفة في القانون العام، وتعزى الاختلافات بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص إلى وجود قواعد محددة معينة للعقد الإداري، والتي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

1.3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية

التهديد أو الإكراه المالي وسيلة ضغط على إرادة المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه لحمله على تنفيذه، وهو وسيلة خلقها القضاء الفرنسي بالرغم من انعدام النص عليه في القانون المدني مستندا فيما فعل إلى قانون المرافعات الفرنسي، ثم نص عليه التقنين المدني المصري الجديد، واقتدى به القانون المدني العراقي، وأطلقا عليه اسم الغرامة التهديدية بعد أن كان يعرف بالتهديد المالي⁽⁸⁴⁾.

الغرامات التهديدية بأنها "تهديد مالي"، مشيراً إلى ذلك القانون المدني العراقي في المادة (٢٥٣) مدني، حيث نصت على أنه " إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ، جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن بقي ممتنعاً عن ذلك"⁽⁸⁵⁾.

وإذا نفذ المدين التزامه بعد ذلك، أو إذا أصر على الرفض ورفضه، فإن المحكمة في هذه الحالة تتصرف بغرامة تهديد وقواعد لتعويض الدائن بالكامل عن الربح الذي فاتته والخسارة التي تكبدها نتيجة هذا الامتناع⁽⁸⁶⁾.

(84) د.عبدالمجيد الحكيم ود.عبدالباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، 1980، ص35.

(85) قانون المدني رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته (مادة 253).

(86) عبدالرحمن عباس ادعين، مصدر سابق، ص557.

وهذا ما نص عليه ايضا القانون المدني العراقي في المادة (254) " اذا تم التنفيذ العيني او 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"(87).

لذلك، فإن الغرامة التهديدية المعروفة بالإكراه المالي، تحدد حكم المدين في أمر التنفيذ وبفرض الغرامة التهديدية على كل وحدة زمنية، أو على أي تقصير في تنفيذ العقد، إذا كان المدين يتأخر في الوفاء بالتزاماته في غضون مهلة زمنية محددة تحددها المحكمة بنية معارضة التنفيذ العيني، دون النظر في التعويض عن التأخير في ذلك(88).

ويتضح مما سبق أن هناك اختلافات بين الغرامة التهديدية والغرامة التأخيرية إذا تم سحق هذه الأخيرة في حالة السداد المتأخر، فإن الغرامة معرضة لخطر عقوبة مالية متسقة ومتابعة ناجمة عن عدم تنفيذ أمر المحكمة أو تنفيذه المتأخر.

➤ تُقدم الغرامة الوشيكة إلى الطرف الذي امتنع عن أداء التزام عيني؛ لإرغامه على الأداء، وفيما يتعلق بغرامة التأخير، تفرض على الطرف المتعاقد مع الإدارة عندما يتأخر في أداء المهام الموكلة إليه خلال الفترات المحددة مسبقاً في العقد الإدارة.

➤ يستند فرض غرامة التهديدية إلى قرار محكمة صادر عن محكمة مختصة، ولهذه المحكمة السلطة التقديرية في فرض غرامة على التهديد أولاً، وبالنسبة لغرامة التأخير، ستصدر الإدارة قراراً إدارياً فردياً، يفرض على الطرف الآخر الذي تأخيره في تنفيذ المهام الموكلة إليه في الوقت المناسب، وتعد مبالغ الغرامة للتأخير جزءاً من أموال الدولة، ومن ثم لا يمكن للإدارة أن تعفي المقاول من هذا الالتزام، ما لم يكن التأخير بسبب من الاسباب غير الموجودة.

➤ لا تعد الغرامة التهديدية حق الدائن أو المدين، ولهذا السبب لا يُسمح للدائن بالمطالبة بتنفيذ الغرامة المفروضة، ولا يكون المدين ملزماً بالتعويض عن هذا المبلغ بعرض حقيقي، مما يعكس

(87) قانون المدني رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته (مادة 254).

(88) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني في احكام الالتزام - تنفيذ الالتزام، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، مطبعة الازهر، بغداد، 1971، ص67.

الغرامة التأخيرية المستحقة عندما يتأخر المقاول فيما يتعلق بالفترات المخطط لها ومن ثم، يمكن للإدارة اقتطاعها وطلب مقاول دون اللجوء إلى المحكمة⁽⁸⁹⁾.

2.3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي

هناك اختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية، فالشرط الجزائي هو اتفاق تبعي غير مخصص لنفسه ولا يكون دائماً مستقلاً عن نفسه عند الاتفاق على التزام آخر لحث طرف في العقد، ويفرض التزاماً جزائياً في شكل التعويض المقدر الذي ينشأ فقط نتيجة خرق الالتزام الأصلي ونتيجة لذلك، يتم تعريفها في عقد التعويضات على أنها عقد يحدد فيه الطرفان مقدماً مبلغ التعويض المستحق للدائن إذا تخلف المدين عن أدائه، أو تقصيره، أو تأخره في تنفيذ العقد.

وهذا ما يسمى الشرط الجزائي، والذي يتم تضمينه عادة في شروط العقد الأصلي⁽⁹⁰⁾. فضلاً عن ذلك، غالباً ما يحدث هذا الشرط في الممارسة وغالباً ما يُستخدم في العقود لأداء أعمال البناء، بشرط أنه إذا تأخر المقاول عن أداء العمل المنوط به خلال الفترة المحددة، فإنه ملزم بدفع الطرف الآخر مبلغاً من المال عن كل يوم يتأخر فيه⁽⁹¹⁾. ومبدأ التعويض هو أن القاضي يقيمه إذا أحل المدين بالتزامه، أو يتولى القانون هذه المهمة إذا كان موضوع الالتزام هو مبلغ نقدي، ولكن مع ذلك يمكن للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على مبلغ التعويض الذي يستحقه أحدهما عن الضرر الذي لحق به الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، أو تأخير في التنفيذ في الفترة المنفق عليها، وهو ما يسمى بالتعويض عن العقد (الشرط الجزائي)، وفي معظم الحالات، يقوم المتعاقدون بتضمين هذا البند عند إبرام العقد، ولكن لا يوجد ما يمنع تضمين العقد في هذا البند في الاتفاق التالي⁽⁹²⁾.

وعادة ما يكون الغرض من جعل المقاول يتضمن شروطاً جزائياً في عقده، هو تجنب التدخل القضائي من أجل تقييم التعويض من وجهة نظر الإثبات، وهذا مفيد للدائنين؛ لأنه يمكن أن يعفي المدين الذي أحلّ

(89) بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجبالي ليايس سيدي بلعباس، 2019، ص39.

(90) د. عبدالمجيد الحكيم ود. عبدالباقي البكري ود. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص62.

(91) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني في أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار الطبع والنشر الأهلية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص32.

(92) د. فائق حطاب ضمّد، الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، مؤسسة دار الكتب للطبع والنشر، بغداد، الطبعة الأولى، 2013، ص214.

بالتزامه بإثبات الضرر فضلاً عن ذلك، يمنح القانون المدني القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي إلى الحد الذي يعاني فيه الدائن من الضرر، وأن الشرط الجزائي كما قلنا من قبل، هو تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال المدين عن تنفيذ التزاماته، ويترتب على ذلك أن حقه يجب أن يستوفي جميع الشروط اللازمة للتعويض عن الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهم، لذلك لا يقرر القاضي في حالة الشرط الجزائي، إلا إذا أخلّ في أداء الالتزامات أو خرقها، على وجه الخصوص، وعن خطأ ارتكبه المدين، يتضرر الدائن من جراء تقصير المدين في أداء الالتزامات أو تأخيرها⁽⁹³⁾.

وأهم الاختلافات بين الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية، تنحصر في الآتي:

- إن وجود الشرط الجزائي هو لتجنب التدخل القضائي في تقدير قيمة الأضرار، وإعفاء الدائن من إثبات الضرر الذي لحقه بعكس الغرامات التأخيرية، إذ إن الغرض منها هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها لضمان؛ الأداء المنتظم والدائم للمرافق العامة.
- كما قلنا من قبل، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يتكبد أي ضرر بسبب الإخلال بالتزاماته، فلا يمكن للمحكمة أن تثبت في الحكم الجزائي، كل هذا غير موجود في غرامة التأخير؛ لأنها ناجمة فقط عن تأخر المدين في تنفيذ مدد متفق عليه في العقد الإداري، ويجب على المحكمة منح غرامة التأخير دون زيادة أو نقصان⁽⁹⁴⁾.
- يفرض الشرط الجزائي على الأساليب الجزائية على الطرف الذي أخلّ بواجبه، لذلك يجب على المحكمة المختصة إصدار قرار بفرضه⁽⁹⁵⁾، وفيما يتعلق بالغرامة التأخيرية، تتخذ السلطة الإدارية قراراً إدارياً بفرضه على الطرف الآخر في العقد الإداري ودون اللجوء إلى المحكمة لحكمها⁽⁹⁶⁾.

(93) د. عبد الباقي البكري، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مؤسسة دار الكتب للطبع والنشر، بغداد، الطبعة الأولى، 1988، ص 63.

(94) د. عبدالمجيد الفياض، مصدر سابق، ص 171.

(95) د. محمد حسن المرعي، مصدر سابق، ص 215.

(96) د. محمد حسن المرعي، المصدر نفسه، ص 158.

3.3.2: تمييز الغرامة التأخيرية عن التعويض.

الغرامة التأخيرية هي مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد بصفته جزاءً يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ.

والغرامة التأخيرية جزاء من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة، وهو امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد لأن الضرر يكون مفترضاً لتعلقه بتسيير مرفق عام.

وفي الغالب تنص العقود التي تبرمها الإدارة على اشتراط الغرامة التأخيرية، وتملك الإدارة توقيعها دون حاجة إلى إنذار أو اللجوء القضاء لاصتدار حكم بتطبيقها. ويلزم النص في العقد على الغرامة التقييد الإدارية بمبلغها فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس أن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع إثبات أن الإدارة لم يصيبها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ أما إذا نص على مقدار من الغرامة وتضمنت الشروط العامة أو الخاصة مقداراً آخر فالعبرة بما ورد في العقد لأن إرادة الطرفين قد إتفقت على اعتبار أحكامه أساساً لإلتزاماتها، أما إذا اغفلا النص على الغرامات و تضمنتها الشروط فتعتمد الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في الشروط لكونها جزءاً مكملًا للعقد⁽⁹⁷⁾.

اما التعويض من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي إشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله.

⁹⁷ نقلاً عن د. زانا رؤوف حمه كريم ود.دانا عبدالكريم سعيد، مصدر سابق، ص161.

الفصل الثالث

مشروعية ورقابة القضاء الإداري على الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية

تخضع الدولة الحديثة لمبدأ ذي أهمية خاصة، وهو مبدأ المشروعية، وفرع من المبدأ الأكثر عمومية وشمولاً، وهو سيادة القانون (98).

لأن الدولة التي نعيش فيها قد رسخت نفسها بتعريفها كشخص من اشخاص القانون، يلتزم بها ويخضع لها(99). لذلك من الضروري تنظيم مثل هذه الأنشطة من قبل سلطاتها العامة وقراراتها النهائية، وهي ليست صحيحة ولا قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بمواجهة المخاطبين، ما لم يكن قد صدر وفقاً للقانون المعمول به، ولكن في بعض الأحيان يتم تطبيقه بشكل صحيح عليه، بحيث إذا صدر خلاف ذلك، فإنه غير قانوني. ولأي شخص مهتم الحق في طلب فسخه من أجل وقف تنفيذه فضلاً عن الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببت بها الشخصيات المعنوية العامة في الدول الحديثة، فإنهم يحكمهم مبدأ الشرعية، مما يجعل قراراتها وأفعالها خاطئة، ما لم يتم إصدارها وفقاً للقانون(100).

1.3: مبدأ المشروعية وموقف المشرع والفقهاء من الغرامة التأخيرية

إن معظم الفقهاء يوافقون على أن مبدأ المشروعية مكرس لاحترام القانون بمعناه الواسع، ثم يمتد ليشمل جميع القواعد القانونية الملزمة، بغض النظر عن مصدرها (101).

(98) د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، ص8.

(99) أ. مايا محمد نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان)،

المؤسسة الحديثة للكتاب، طبعة الأولى، 2011، ص43.

(100) د. زانا رؤوف حمه كريم ود.دانا عبدالكريم سعيد، مصدر سابق، ص189.

(101) د.علي عبدالفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة

للنشر، 2009، ص12.

وعندما يكون قرار الجزاء الذي تتخذه الإدارة ضد الطرف المتعاقد من شرعيته ومدى ملاءمته، وتكون العقوبة غير قانونية إذا شابها خلل في الشكل، أو الاختصاص، أو مخالفة القانون، أو انحراف للسلطة وإساءة استخدامه كما أن السبب الذي حددته الإدارة للتوقيع على الغرامة التأخيرية هو أيضاً سيطرة السلطة القضائية وتمتد إلى القواعد التي دفعت الإدارة إلى توقيع الغرامة التأخيرية ومدى ملاءمة الغرامة التأخيرية مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد، ومع ذلك تتمتع الإدارة بالعديد من الامتيازات والترخيص القانوني من أداء وظائفها ممثلة بظاهرة سلطة القواعد الأمرة ومسؤولياتها عن حسن سير عمل المرفق العام لمواكبة قدرة وظائف الإدارة وتوسيع نشاطها والتشعب واتساع سلطاتها تعمل على الحفاظ على النظام العام والاقتصاد في جميع المجالات التي لا يستطيع القطاع الخاص توفيرها، مما يمنح الإدارة امتياز سلطتها التقديرية⁽¹⁰²⁾.

1.1.3: موقف المشرع

قام المشرع العراقي بتنظيم هذا النوع من الغرامة ضمن التعليمات الخاصة بتنفيذ العقود الحكومية رقم (1) و رقم (2) لسنة 2014، وكذلك شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية، ومن المعلوم للجميع أن نظام التعاقد العام في العراق من (2003) حتى (2005) كان مظلاً ويروج لنظام التعاقد، لأنه لا يوجد قانون أو تعليمات تحكم عملية التعاقد بشكل صحيح ومتكامل باستثناء أمر سلطة الائتلاف رقم (87) لسنة 2004، وبموجبه تم إنشاء إدارة العقود العامة في وزارة التخطيط، والتي قامت بتطوير هيكل ووصف وظيفتها، وعلى هذا الأساس أصدرت الوزارة بالتعاون مع مختلف مؤسسات الدولة، تعليمات لتسهيل تنفيذ الأمر المذكور أعلاه من مكتب التحالف وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة والضوابط الملحقه بها التي مرت بمراحل من التعديل ضرورة لإزالة العوائق المصاحبة للتعليمات أعلاه، وخلق بيئة استثمارية مزدهرة لتجذب المستثمرين من جنسيات مختلفة وبعد الوصول إلى المراحل النهائية من التعديل والتنقيح والتغيير.

نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 والضوابط الملحقه في المادة (9) رابعا:

أ- (تحدد الغرامة التأخيرية من جهة التعاقد بنسبة لا تقل عن 10 % ولا تزيد على 25% من مبلغ العقد وعلى جهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية في وثائق المناقصة والتعليمات الى مقدمي العطاءات).

(102) فارس مخلف خلف الدليمي، مصدر سابق، ص178.

ب - يتم تخفيض الغرامة التأخيرية حسب نسبة الانجاز للالتزامات التعاقدية المحددة في منهاج تنفيذ العقد والتي صدرت فيها شهادة تسلم اولي للعمل المنجز، او السلعة المجهزة، أو الخدمة المطلوبة

ج - يتم استقطاع الغرامات التأخيرية عند انتهاء مدة العقد الاصلية مضافا اليها المدد الاضافية الممنوحة للمتعاقد، أو عند استحقاقها في العقود المجزأة وحسب منهاج تقدم العمل، ويتم تحديد الية الاستقطاع في شروط المناقصة (العقد) أما العقود التي تنقيد وفق برنامج زمني، فتستقطع الغرامة بكل مرحلة عند انتهاء مدتها) ولرئيس جهة المتعاقد تأجيل استقطاع الغرامة التأخيرية بناء على طلب من المتعاقد ولمرتين فقط على ان تستقطع كاملة قبل استحقاق السلفة النهائية(103).

كما وأشارت المادة (48) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية في العراق:

1- الغرامة التأخيرية حيث جاء فيها (إذا عجز " المقاول عن اكمال " الاعمال " خلال المدة المحددة بموجب المادة الرابعة والأربعين من هذه الشروط أو خلال المدة التي جرى تمدها فعندئذ يجب على " المقاول" أن يدفع إلى صاحب العمل المبلغ المحدد في القسم الثاني من شروط المقاوله باعتباره الغرامة تأخيرية عن هذا التأخير و لصاحب العمل وبدون المساس بأية طريقة اخرى من طرق التحصيل وأن يستقطع مبلغ الغرامات التأخيرية من أية ضمانات تنفيذ، أو مبالغ مستحقة " للمقاول أو قد تصبح مستحقة له، أن دفع، أو استقطاع الغرامات التأخيرية لا يعفي المقاول من التزامه بإكمال الأعمال أو من أي من التزاماته ومسؤولياته بموجب " المقاوله " .

2- تخفيض الغرامات التأخيرية، إذا صدرت شهادة الاستلام لقسم من الأعمال- بموجب المادة الثانية والثلاثين من هذه الشروط قبل صدور شهادة الاستلام للأعمال بأجمعها، فإن الغرامات التأخيرية عن مدة التأخير بعد تاريخ الإكمال المثبت في تلك الشهادة تخفض بنسبة قيمة ذلك القسم إلى " مبلغ المقاوله(104).

كما نصت المادة (82) اثنين والثمانين من تعليمات التعاقدات الحكومية رقم (2) لسنة 2016 والتي صدرت في وزارة تخطيط حكومة - العراق الاتحادي، على الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية التي تنص:

(103) دائرة العقود الحكومية العامة، تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(2) لسنة 2014 والضوابط الملحقة، الطبعة المنقحة، تموز 2017، ص ص 13 - 14.

(104) انظر الى المادة (48) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية صادر من وزارة التخطيط العراق الاتحادي.

أولاً- يجب أن ينص العقد على دفع غرامة عن التأخير في تنفيذ العقد بتحديد السلطة المتعاقدة وعلى مبلغ غرامة التأخير، وما هو الحد الأعلى لهذه الغرامة التي يجب ألا تتجاوز نسبة 10% عشرة في المئة من قيمة العقد ويجب أن يتم تثبيت مبلغ الغرامة اليومية والحد الأعلى للغرامة في وثائق المناقصة وشروط العقد ولا يعفي استقطاع غرامة التأخير المتعاقد من مسؤوليته عن تنفيذ العقد بشكل كامل.

ثانياً- يمكن تخفيض مبلغ الغرامات التأخير حسب نسب الانجاز للالتزامات التعاقدية المحددة في البرنامج الزمني لتنفيذ العقد ويجب ان يكون العمل المنجز أو السلعة مجهزة أو الخدمة المطلوبة مطابقة للمواصفات والشروط ومهياً للاستخدام حسب هذه الشروط.

ثالثاً- آلية تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية اليومية.

يتم تحديد مبلغ غرامات التأخير لجميع انواع العقود بمبلغ يومي مقطوع، يثبت في وثائق المناقصة شروط العقد، ما لم ينص على خلاف ذلك في وثائق المناقصة، أو التعليمات التي تصدر مديرية التعاقدات الحكومية في وزارة التخطيط تنفيذاً لأحكام المادة (70/ثالثاً)(105).

لذلك، يتضح لنا أن موقف الشرعي العراقي الاتحادي، وحكومة - العراق بنسبة الغرامة التأخيرية، كالاتي:

إنه اتفاق بمعنى أن المشرع يحدد الحد الأدنى والأقصى للغرامة ويترك للإدارة حرية تحديد المبلغ، وهذا يتضمن تقييداً في شروط العقد؛ لذلك لا يتم احتساب الغرامة فقط لأنها مذكورة في التعليمات، ولكن ترد كشرط للعقد. وسمح المشرع للإدارة بتحصيل غرامة عندما يتأخر المقاول عن أداء تنفيذ العقد خلال المهلة الزمنية المحددة في العقد، دون الحاجة لجوء إلى القضاء وحتى تبرير المقاول، وهذا أمر منطقي، إذ تم وضع هذه الغرامات على أساس ضمان أداء الالتزامات التعاقدية، والتأكد من أن المرافق العامة تعمل بشكل منتظم ومستقر.

2.1.3: موقف الفقهاء

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

(105) انظر الى المادة (82) من تعليمات التعاقدات الحكومية رقم (2) لسنة 2016 صدرت من وزارة التخطيط حكومة - العراق الاتحادي.

1.2.1.3: موقف الفقه في فرنسا من سلطة فرض الغرامة التأخيرية على أساس المرفق العام والسلطة العامة

يعتقد الفقيه (Jeez) أن التشغيل المنتظم والمستمر للمرافق العامة يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، لذلك من المهم أن تكون التزامات المقاول تجاه الإدارة عقوبات حاسمة، وفي هذا المجال لا يستطيع القانون الخاص توفير النظام مناسبة بسبب التمييز بين سبل الانتصاف في القانون الخاص في الحاجة إلى الاستئناف أمام القاضي والسلطة التقديرية التي يمتلكها، مما يسمح بالإجراءات التي تجعل من الصعب على الدائن الحصول على أداء فوري للالتزام، مع استخدام تدابير القانون العام لتمكين وتسهيل مستمر ومنتظم عمل المرفق العام (106).

أما فكرة السلطة العامة كأساس لفرض الغرامة التأخيرية فتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتغلب عليها فيما يتعلق بالمصلحة الفردية، وتبديد لمبدأ المساواة بين الإدارة والمقاول، بخلاف العقود المدنية. فقد ذهب العميد (Hauriou) كذلك أن الإدارة لها الحق في الاعتماد على فكرة السلطة العامة في تنفيذ عقودها، بحيث يمكنها إلغاء العقد (الأشغال أو التوريد) وأن تحل نفسها محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وأداء واجباته ببساطة من جانبها، دون الحاجة إلى إحالة القضية إلى القضاء، للحكم عليها من خلال هذه الإجراءات. كما ذهب الفقيه (Rousset) عندما تفرض الإدارة المتعاقدة من جانب واحد الغرامات التأخيرية في ممارسة السلطة العامة، ذكرت أن المقاول قد تحمل بعض الالتزامات. أما الفقيه (vedel) وهو يعتقد أن امتيازات الإدارة في تطبيق الغرامات التأخيرية على الأطراف الثانوية تأتي من نظام السلطة العامة ويمكن تطبيقها منذ اللحظة اللازمة لضمان طبيعية واستمرارية المرافق العامة.

وقد ذهب جزء من الفقه الفرنسي إلى إنكار فكرة السلطة العامة في توقيع غرامة التأخير، إذا لم تكن العقود منصوص عليها، فعندئذ يصبح من واجب الإدارة اللجوء إلى القضاء، وخاصة منذ أن أصبحت الإدارة الطرف الأقوى في العقد والذي يمكنه أن يملئ الشروط التي يراها في مصلحة المرفق العام وإدراجه في العقد، أي أنه إذا لم تكن عقوبة التأخير منصوص عليها بشكل مباشر في العقد، فلا يمكن توقيع عقوبة التمديد، لذلك ما لم يمنح العقد هذا الحق، فيجب ألا يكون له من جانب واحد الحق في التعاقد ضمن نطاق العقد مع الآخرين وتوقيع الغرامات التأخيرية (107).

(106) د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص 51 - 52.

(107) هاشم محمد فريجة، مصدر سابق، ص 416.

2.2.1.3: موقف الفقه في العراق من سلطة فرض الغرامة التأخيرية على أساس المرفق العام والسلطة العامة

يؤكد بعض الفقهاء أن الأساس لفرض العقوبات الإدارية هو لمصلحة المرفق العام، (يمكن القول إن أهم سمة للعقوبات الإدارية هي أن السلطة الإدارية يمكن أن توقع نفسها من خلال القرارات التي تصدرها، حتى لو نص العقد؛ لأن السلطة الإدارية تعتمد بشكل رئيس على تنظيم سير المرافق العامة)⁽¹⁰⁸⁾.

أما فكرة السلطة العامة كأساس لفرض الغرامة التأخيرية فيرى بعض الفقهاء أنها الشرط الخاص، وهو سمة من سمات طبيعة السلطة العامة ولا يمكن تحديده في عقد واحد؛ لأن وجوده ينبع من وجود السلطة العامة كطرف في العقد⁽¹⁰⁹⁾.

2.3: رقابة القضاء الإداري على الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية

توافق سلطة الإدارة للتوقيع على غرامة تأخيرية للمتعاقد معها، بمجرد ثبوت أن التأخير في تنفيذ العقد الإداري قد تم الوفاء به من خلال حق المقاول في اللجوء إلى القضاء؛ طعنا في شرعية قرار الإدارة بتوقيع الغرامة، حيث يراقب القاضي الإداري شرعية قرار الغرامة. هذه الرقابة ضمان للمتعاقد مع الإدارة عندما يخالف القانون، أو يسيء استخدام السلطة، أو يعاقب بغرامة. وهذه الرقابة تشمل الاختصاص والشكل، ومخالفة القانون والانحرافات، كما تشمل رقابة في السبب والتحقق من الحقائق التي اعتمدت عليها الإدارة في توقيع غرامة التأخير وتناسب خطأ المقاول مع هذه العقوبة. وتعد الغرامة التأخيرية التي تفرضها الإدارة قراراً إدارياً يخضع للرقابة وعندما توقع الإدارة الغرامة التأخيرية، تكون ملزمة بالكشف عن إرادتها بإصدار قرار يحدد هذه الغرامة، ولكن فرض الغرامة التأخيرية يجب أن يتم في إطار مبدأ المشروعية، ولهذا السبب يحق للمقاول اللجوء إلى المحكمة للطعن في فرض غرامة التأخير كحق مكفول لا نزاع فيه يعد هذا الحق في النظام العام وأي شروط أخرى منصوص عليها في العقد لاستبعاده باطله ولاغية. إن فرض الغرامات التأخيرية هو إجراء غير قابل للانفصال عن العملية العقدية، ولكنه إجراء يتعلق بتنفيذ العقود الإدارية⁽¹¹⁰⁾.

يعد القضاء الإداريون في فرنسا ومصر والجزائر أصحاب الاختصاص في النظر في المنازعات المتعلقة بالغرامات التأخيرية، وقد حرص القضاء الإداري الفرنسي على التأكيد بأن الغرامات التي تفرضها الإدارة

(108) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 54.

(109) د. فاروق احمد خماس ومحمدعبدالله الدليمي، مصدر سابق، ص 391.

(110) د.علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011، ص 421.

على المقاولين تخضع لإشراف قضاة العقود الإدارية، مما لا شك فيه أن غرامة التأخير تعد من الجزاءات المالية المفروضة على المتعاقد بسبب التأخير، لذلك يجب توجه انذار الى المقاول من فرض الغرامة عليه، بسبب التأخير وتُعفى الإدارة من إصدار انذارات، إذا كانت طبيعة العقد أو الظروف المحيطة بإبرامه تتطلب هذا الاستبعاد. والغرض من فرض غرامة التأخير هو تحقيق المصلحة العامة، وإلا فسيكون مشوباً بخلل في الغرض. أو إساءة استخدام السلطة العامة إذا كان موجهاً نحو إنجاز لا يتعلق بالمصلحة العامة على الإطلاق، أو إذا كان يهدف إلى تحقيق غاية مالية كأن يخالف مبدأ تخصيص الأهداف وموضوع إجراء فرض الغرامة التأخيرية يجب ألا يخالف القانون وإلا كان الإجراء معيباً(111).

إذا كان القاضي الإداري لا يراقب على الوجود الفعلي لسبب الغرامة وتكييفها القانوني، فمن المهم بشكل خاص الرقابة على سبب القرار بفرض الغرامة التأخيرية، ولكن يتم توسيع نطاق سيطرتها إلى السبب الذي دفعها إلى اتخاذ قرار فرض الغرامة، وبهذه الطريقة قد يقرر أن عقوبة التأخير غير صالحة إذا كانت مبالغاً فيها، أو إذا كانت الحقائق المنسوبة إلى المتعاقد ليست ذات خطورة كافية لتبريرها(112).

وفيما يتعلق بالغرامة التأخيرية، نجد أن من سلطة القاضي الإداري أن يتم اعفاء منها عندما يتضح أنه ارتكب خطأ، أو يخففها إذا كانت مبالغاً فيها، أو أعاد المبلغ الغرامة الذي حصلت عليه الإدارة، إذا حصل عليه دون حق(113).

ومن المسلم به أن رقابة القضاء على قرارات الجزاءات الجنائية أو المالية في العقود الإدارية هي مثل القضاء الكامل؛ لأن مهمة القاضي لا تقتصر على نطاق الإلغاء، بل تشمل أيضاً جميع العناصر والبحث عن الحقائق، وحل النزاعات، ويتعامل مع القرارات المتعلقة بالمشروعية والملاءمة، سواء من حيث الشكل، أو الاختصاص القضائي، أو مخالفة القانون، أو إساءة استخدام السلطة. ولا يتوقف عند هذه النقطة، ولكنه يتضمن أيضاً دوافع وأسباباً للعمل بحيث يبحث القاضي معاً كلاً من الحقائق والقانون؛ وذلك لأن القاضي يتمتع بسلطات واسعة من حيث حسم في دعوى القضاء الشامل، مما يدل على أن قضاء الآخر هي قضاء الإلغاء وهي ليست كاملة وشاملة ولكنها تقتصر على مسائل خاصة ومحددة، وهو إلغاء القرارات الإدارية(114).

(111) على خطر شنطاوي، مصدر سابق، ص 116.

(112) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص 460.

(113) د. حسان عبدالسميع هاشم، مصدر سابق، ص 83.

(114) د. عبدالمجيد الفياض، مصدر سابق، ص 102.

يجوز للقاضي في قضية دعوى كاملة بموجب اتفاقيات تعاقدية بناءً على طلب الشخص المعني، أن يبت في طعن القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة لفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها فضلاً عن ذلك، يمكنه الحكم على الإدارة بالتعويض في حالة استيفاء شروطه وكان للقاضي حكم بالتعويض عن تصرف الإدارة، فإنه ليس ملزماً بفعل أي شيء⁽¹¹⁵⁾.

إذن يتبين لنا أنه لا توجد سلطة مطلقة للإدارة بصدد فرض الجزاءات على مقاوليها؛ لأن المصلحة العامة لا تتوافق مع كل تفويض، لذلك يجب أن تخضع الإدارة لرقابة قضائية عند ممارسة هذه السلطات الخطرة، وتخضع للرقابة القضائية، والقاضي الإداري عندما يمارس السيطرة الكاملة على القضاء، فإنه لا يتوقف عند حدود الرقابة القانونية على قرارات جزاء والغرامة التأخيرية، ولكنه يتجاوزها لبحث ملاءمتها.

ومن أجل توضيح حدود الرقابة القضائية على قرار جزاء الغرامة التأخيرية الصادر من الإدارة على المتعاقد معها سوف نبحث عن رقابة المشروعية ورقابة الملائمة على قرار فرض الغرامة التأخيرية.

1.2.3: رقابة المشروعية على قرار فرض الغرامة التأخيرية

إذا كان مبدأ الشرعية يتطلب من الإدارة أن تخضع لقواعد قانونية ملزمة، والعمل ضمن نطاقها؛ لحماية حقوق وحرية الأفراد من الإدارة التعسفية، فهذا لا يعني تقييد أنشطتها بقيود صارمة، مما يعيق أعمالها ومنع الابتكار منها، ونتيجة لذلك تصبح آلة صماء ليس لها حياة بداخلها، وتقوم تلقائياً بعملها في النطاق الذي يفرضه القانون، لذلك يجب منحها درجة معينة من الحرية حتى تتمكن من بدء عملها وفقاً للظروف والاحوال، حتى تتمكن من العمل بطريقة مناسبة لتحقيق المصلحة العامة⁽¹¹⁶⁾.

والرقابة على الإدارة ضرورية في كل دولة ينطبق عليها مبدأ المشروعية، والسبب هو أن مبدأ المشروعية يعني أن كل من في الدولة يخضع للقانون، وللإدارة الحق في إلغاء القرارات الإدارية غير المتوافقة مع القانون أو غير اللائقة، وايضاً لها الحق في تعديلها، أما القاضي إذا اتضح له أن القرار المطعون فيه غير قانوني، فإن سلطته تقتصر على إلغاء أو تعويض حكمه دون أن يكون له الحلول محل الإدارة؛ لأنه لا يحق له إصدار

(115) د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 135.

(116) د. محسن خليل، قضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، طبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968، ص 547 -

أوامر للإدارة كمبدأ عام، ولكن في العراق هناك استثناءات، وتختلف رقابة المشروعية باختلاف طبيعة السلطات الإدارية؛ لأنها تقديرية أو تقييدية(117).

وفي حالة تقييد سلطتها، يجوز للقاضي أن يقرر إلغاء الإجراء الذي خرجت فيه من الالتزامات المحددة في العقد، أو جاءت بنص الصريح في القوانين أما في حالة كونها تقديرية، فإنها تمارس الحد الأدنى من الرقابة، أي أنها لا تستطيع التدخل واستخدام سلطتها الرقابية على الهيئة الإدارية التقديرية، كما هو الحال إذا كانت سلطاتها محدودة، مما يعني أن القاضي يجب أن لا يتجاوز سلطته المحدودة وترك دوره كقاضٍ وأن يدخل نفسه في المجال المحصور للإدارة ويضع نفسه كرئيساً للإدارة وهذا أحد المبادئ الراسخة لنظام الفصل بين السلطات، وإذا كان يحق للإدارة فرض جزاء مالي على المتعاقد معها، فعندئذ فقط أن يكون بإصدار قرار إداري(118).

ونرى أن إصدار قرار فرض الغرامة التأخيرية في العقود الادارية على المتعاقد مع الادارة هو يشبه القرارات الادارية التي تصدر من الإدارة؛ بقصد إحداث أثر قانوني، وهو توقيع جزاء فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها ولا يقبل الطعن فيه بالإلغاء من قبل المتعاقد، لانه له مطالب أخرى في النزاع وهذا القرار هو دعوى القضاء الكامل التي تتوافر له مزايا أكثر، أما غير المتعاقد فمن حقه أن يطعن في هذا القرار اذا ما توافرت فيه المصلحة والصفة، وفي هذا الصدد تؤيد رأي الدكتور محمد حسن مرعي في قرار الإداري بتوقيع الجزاء المالي أي (الغرامة التأخيرية) على المتعاقد مع الادارة كما يقول إن التسليم بأن قرار فرض الغرامة التأخيرية، هو من قبيل القرارات الادارية ستفقدنا الى القول بأن القرار يخضع للمبادئ نفسها والقواعد العامة التي تخضع لها القرارات الادارية من حيث خضوعها لرقابة القضاء وإن تكون المشروعية على جميع أركان القرار بالاختصاص، والسبب، والشكل، والإجراءات، والمحل، والغاية، والهدف، من إصدار القرار.

2.2.3: رقابة الملاءمة على قرار فرض الغرامة التأخيرية

تمتد الرقابة القضائية إلى الدوافع التي دفعت الإدارة إلى فرض الغرامة التأخيرية على أساسها، حتى يتمكن القاضي من تقييم ما إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطأ بالفعل وما إذا كان الجزاء المالي الذي فرضته الإدارة يتناسب مع الخطأ المسند إليه، وإذا كان الجزاء المالي لا يتناسب مع الحقائق المنسوبة للقاضي، جاز

(117) انسام فالح حسن، التكيف القانوني للغرامة في نطاق العقود الإدارية والاحكام الإدارية، بحث كلية القانون السياسة، جامعة البصرة، بدون سنة اعداد، ص 13.

(118) د. محمد حسن مرعي، مصدر سابق، ص ص 207 - 208.

له أن يأمر بإلغاء الجزاء المبالغ فيه وتعديل الجزاء المالي المفروض عليه لفرض جزء أقل من الجزاء الذي تفرضه الإدارة، إذا اتضح أن الخطأ المنسوب إلى المتعاقد لم يكن جسيماً، أو كافياً لفرض الغرامة المفروضة(119).

اتخذ القضاء الإداري الفرنسي خطوات تطور واسع في الرقابة على عمل الإدارة، لتأخذ في الاعتبار رقابة الإدارة على الحقائق وملاءمة قراراتها للمصلحة العامة، ومن ثم نشأت نظريتين في هذا الصدد، هما: (نظرية الغلط البين في التقدير) و(نظرية الموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري) وباستخدام هاتين النظريتين، بدأ بإلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها الغلط في تقدير الحقائق والوقائع من جانب الإدارة(120).

أما في مصر، فعلى الرغم من أن الأجهزة الإدارية والقضائية لم تتمكن من مواكبة تطور الأجهزة الإدارية والقضائية الفرنسية، فقد أنشأت (نظرية اللغو) فيها في مجال الرقابة على القرارات الإدارية وأصدرت حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 11 نوفمبر 1961 نقطة تحول رئيسية في موقف القضاء الإداري المصري من إعادة النظر في مدى ملاءمة القرار الإداري، وبعد هذا القرار فصلت السلطة القضائية بين مراجعة مدى ملاءمة العقوبة المالية المفروضة وعدم مبالغة الإدارة في فرضها(121).

أما الوضع في العراق، فنذكر أن القضاء العراقي اتبع القضاء الإداري الفرنسي والمصري في اتجاه متقدم، ورقابة الملاءمة بشكل كافٍ على القرارات التي أصدرتها الإدارة بشأن فرض الجزاءات على المقاتل، وهذا يرجع إلى حكم المحكمة الصادر في 3 مارس 2004، والذي تذهب فيه إلى أنه (... ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض، وجد أن التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه...)(122).

لذلك، فإن الأساس القانوني للرقابة المناسبة، هو أن الإدارة لديها سلطة اتخاذ قرارات جيدة لتسليط الضوء على سلطة القضاء في إقامة توازن الأقساط في العديد من الأمور، بما في ذلك خطورة التعدي على المصالح

(119) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص125.

(120) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد9، عدد الاول والثاني، 1990، ص188.

(121) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، المصدر نفسه، ص199.

(122) انظر إلى حكم محكمة التمييز العراقية رقم 129/3م/2004: نقلاً عن: رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص129.

الفعلية، بغض النظر عن نوعها ومبلغها يحقق حقاً، أو حرية أساسية، واعتماداً على درجة تحقيق نقطة التوازن المطلوبة، ونجاحه في تحقيق التناسب الذي لا تقارن به العقوبة بالمبلغ الذي يشكل اعتداء على الحرية، أو قانوناً يستحق الاهتمام والرعاية، وفي الوقت نفسه الضعف، مما يؤدي لإضاعة المصالح الأساسية.

وبما أن محتوى التناسب أو الملاءمة هو أحد المبادئ المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان وحقوق المواطنة، وينص الإعلان على أن الجزاء المختار يجب أن يكون ضرورياً بشكل واضح وقاطع، وأن تنفيذ هذا المبدأ لا يقتصر على نطاق الجزاءات المالية، ومن ثم فإن هذه الإجراءات تقع حتى في نطاق العقوبات الإدارية أيضاً⁽¹²³⁾.

إذاً يتضح من كل ما سبق، أنه إذا وسع القاضي الإداري رقابته على مدى ملاءمة قرار الغرامات التأخيرية الصادر عن الدائرة الإدارية، ومن ثم توسيع نطاق الرقابة ليشمل منظوراً جديداً، فسيراقب ذلك، ووفقاً لذلك يقرر درجة التناسب بينه وبين منصبه، أي درجة التناسب بين العقوبة والمخالفة عليه، ثم يسيطر عليها القاضي في الإدارة ويعيد الوضع حسب مقدار الخطأ؛ وذلك بهدف عدم السماح للسلطة الإدارية بإثراء نفسها أو استخدام سلطتها دون داعٍ أو بشكل معقول على حساب مصالح المقاتل. وعلى أي حال، ليس من اختصاص السلطة الإدارية الدخول في تقييم الغرامات. وهذا يعني أن الرقابة القضائية لن تختفي بسبب هذا، ولكن في الواقع لا يعني أنه يجب اتخاذ بعض الإجراءات. ولا تستحق أن تصرف الإدارة بحريتها التامة باعتبارها مقربة من الوقائع والحقيقية اليومية، لذلك من الأكثر فاعلية تقدير بعض الأمور التقديرية التي تختلف من حالة إلى أخرى، ثم إذا كان تقدير الجزاء هو أحد الأمور المتبقية للإدارة، فعندئذ إذا كانت نتيجة التقييم للإدارة مفرطة وتتجاوز كل مستوى معقول، بغض النظر عن التشديد، أو تدابير التخفيف، ويمكن للسلطة القضائية التدخل والسيطرة عليها.

(123) د. محمد حسن مرعي، مصدر سابق، ص 211 : مشار إليه د. محمد سعيد فودة، النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 207. ومابعدھا.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة والبحث عن فرض الغرامات التأخيرية ومشروعيتها في العقود الإدارية، نعلم بوضوح أن الغرامات التأخيرية تكون دائماً محلها في العقود الإدارية ويعد الضرر مفترضاً في تعريف التأخير في تنفيذ العقود الإدارية، ولا يحتاج إلى إثباته من قبل الإدارة، وأن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تأخير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الالتزامات العقدية، بحيث يمكن اقتطاعها من قبل الإدارة دون حكم قضائي كما أشارت الدراسة بوضوح إلى أن الإدارة يمكنها فرض الغرامات، ويمكن للمقاولين اللجوء إلى السلطات الإدارية والقضائية لمعرفة مدى مشروعيتها.

كما أن الإدارة تفرضها على المقاول في حالة الإخلال بالتزاماته التعاقدية، وخاصة في حالة تأخر تنفيذ العقد، وفقاً للموعد النهائي المحدد، ويجوز فرضها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، ويتم ذلك من قبل هيئة التنفيذ المباشر في مواجهة المتعاقد معها، وهو يفعل ذلك كمسؤول عن إدارة المرافق العامة لتحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على المال العام. ومن الممكن أيضاً الإعفاء منه، إذا تم توفير شروط وأسباب الإعفاء، مثل أن الإدارة مسؤولة عن هذا التأخير، أو عن ظروف استثنائية لم تؤخذ في الاعتبار أثناء العقد، أو عندما يطلب المقاول تمديد مدة العقد، وإن وافقت الإدارة ولا يجوز له بعد موافقة الإدارة أن تفرض غرامة على التأخير، ويحق للإدارة اقتطاع غرامة تأخير عن مستحقات المقاول لها مباشرة بدون قرار من المحكمة، ولا يحق للمقاول مع الإدارة دفع بعدم وجود ضرر ناتج عن هذا التأخير، إذ إن وجود نص الغرامة عن التأخير وتحديد قيمتها لا يتطلب إثبات الضرر أن حكمة غرامة التأخير في العقد الإداري، هي لتسيير المرافق العامة وأنها دعوة للحفاظ على الأموال العامة من خلال الالتزام بتاريخ تنفيذ الأعمال وتلبية احتياجات المرافق العامة التي أفادت العام وفقدان كمية كبيرة من المال واستهلاك المخزون وإتلافه وتدمير الإنشاءات والمعدات التي لم تكتمل فيها أعمال التنفيذ بغض النظر عما إذا كان بناء، أو تركيب شيء يعد عموماً إهداراً للمال العام ويعاقب عليه المجتمع وفي ضوء ما سبق يمكننا تلخيص النتائج والتوصيات التي حققناها خلال هذه الدراسة بما يلي:

الاستنتاجات

1- تبين لنا من خلال الدراسة أن هناك اختلافاً في تعريفات العقود الإدارية، ولكن جميع الآراء تدور حول العمل لمصلحة المرفق العام مستهدفاً لتحقيق المصلحة العامة قبل كل شيء والمقصود بالعقد، الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام؛ بقصد تسيير المرفق العام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الاخذ باحكام القانون العام.

2- يتم فرض الغرامة التأخيرية بشكل تلقائي نتيجة لارتباط عقود الإدارة العامة بالمرفق العام.

3- أوضحت الدراسة أن العقوبات المالية في العقود الإدارية (الغرامة التأخيرية كنموذج) لها معناها الخاص الذي يميزها، وكذلك الأشكال التي تظهر فيها وأهميتها العملية، وهي إحدى طرق حماية العقد الإداري من مخالفة المتعاقد مع الإدارة.

4- من خلال بحثنا، تبين لنا في حالة تجاوز مدة تنفيذ العقد، يجب فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد مع الإدارة بقرار من رئيس الجهة المتعاقدة مع المقاول بدون إنذار مسبق.

5- الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية ذات طبيعة مختلطة، لأنها عقوبة مالية توقع عليها الإدارة كجزاء للمقاول الذي أخلخل بمدد التنفيذ العقد الإداري ولها طبيعة تعويضية وتهديدية وتستهدف الأداء السليم للمرافق العامة.

6- يحق للمقاولين الذين تعاقدوا مع الإدارة اللجوء إلى القضاء لإثارة القضايا الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري، ومعرفة أن التأخير ناجم عن الإهمال، أو عدم تنفيذ العقد الإداري أو مدى ملاءمته مع مبدأ المشروعية التي اعتمدها السلطة الإدارية.

7- في حالة فرض الغرامة التأخيرية بقرار من جهة الإدارة، يجب عليها أن يبينَ سبب توقيع قرار فرض جزاء الغرامة التأخيرية.

8- لا يجوز تخفيض الغرامة التأخيرية، أو إعفاء المقاول منها بذريعة أن الضرر لم يكن سببه القضاء، حتى لو كان مبالغاً فيه؛ لأن هذه إحدى القضايا التي تهم الإدارة.

9- إذا أغفل العقد الإداري في تحديد الغرامة التأخيرية، فهذا لا يعني أنه لم يوقع على المقاول المخالف؛ لأن القاضي الإداري له الحق في تطبيق المبادئ العامة.

10- إذا توقع كلا الطرفين خرقاً محدداً للعقد وفرضت عليه عقوبة محددة وفي حالة حدوث مثل هذا الخرق، يجب على الإدارة أن تنقيد بالغرامة التأخيرية المنصوص عليها ولا يمكنها استبدالها.

11- اتضح من خلال الدراسة أن أحكام تنفيذ التعاقدات الإدارية في دولة العراق الاتحادية، وحكومة لا ينظمها القانون، بل صدر على شكل التعليمات عن وزارة التخطيط، وبعض الوزارات ذات الصلة التي لا تصل إلى مستوى القانون.

12- يستمع القضاء العراقي العادي (المحاكم المدنية) لجميع المنازعات، بما في ذلك النزاعات في العقود الإدارية، وخاصة تلك التي تتولى مسؤولية قرار الإدارة بفرض الجزاءات المالية على المقاول أثناء تنفيذ العقد الإداري.

التوصيات:

1. توصي الدراسة السلطة التشريعية في العراق الفدرالي، وتشريع قانون منظم مستقل يتناسب مع خصوصيات حكوماتهم للتعاقدات الحكومية وخاصة المناقصات والمزايدات، فضلا عن الأنظمة والتعليمات والعطاءات بشكل وافٍ ومفصل لمواكبة التطورات التي تحصل في تنظيم وصياغة العقود والاستثمارات الاجنبية داخل العراق و، مثل عقود البوت (B.O.T)، ويجب التطرق الى تنظيم العقود الإدارية الإلكترونية؛ لكثرة انتشارها واستعمالها لأنها قد تؤدي إلى تقليل الوقت والروتين الإداري.
2. على سلطة التنفيذية عن طريق دوائر التنسيق والمتابعة تشديد الرقابة و المتابعة المديرية العقود الإدارية عن تطبيق ماجاء في النصوص والتعليمات بحذافرها دون اغفال المتعمد عن عدم ذكر مبلغ الغرامة التأخيرية ضمن بنود العقد .
3. نوصي بإلغاء نص (ب /من الفقرة الرابعة، المادة التاسعة) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 والضوابط الملحقة الصادرة من وزارة التخطيط العراق الاتحادي الذي يشير الى " يتم تخفيض الغرامات التأخيرية حسب نسب الانجاز للالتزامات التعاقدية المحددة في مناهج تنفيذ العقدالخ".
والغاء نص(ثانياً من المادة اثنتين وثمانين) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم 2 لسنة 2016 الصادرة من وزارة التخطيط في حكومة الذي يشير الى " يمكن تخفيض مبلغ الغرامات التأخيرية حسب نسب الانجاز للالتزامات التعاقدية المحددة في البرنامج الزمني لتنفيذ العقد..... الخ"، لأن اعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية حسب نسب الأعمال المنجزة في كثير من الأحيان مبالغ فيه، وأن هناك مبالغة في تقرير كشف نسب انجاز العمل، ويقومون بزيادة نسب الانجاز؛ نتيجة اتفاق لجنة الكشف من جهة الادارة والمتعاقد معها، مقابل مبالغ مادية؛ لذلك فإن إلغاء تلك النصوص الإعفائية قد يؤدي الى تقليل نسب من الفساد والرشاوى.
4. من الضروري إدخال موظفي الإدارة بأخص القانونيين العاملين في صياغة العقود الإدارية في دورات تخصصية داخل والخارج العراق من أجل اطلاعهم على أحدث الاساليب في تنظيم العقود الإدارية من خلال استخدام التقنية الحديثة.
5. تقترح الدراسة أن المشرع يجب أن ينص على جزاء الغرامات التأخيرية (حتى لو لم يتم تحديدها في العقد) في القوانين ذات الصلة لتحذير المقاول وضمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية مع السلطة المختصة، لتسير المرافق العامة التي تديرها الحكومة بما يحقق المصلحة العامة.

6. نقترح التزام الهيئات الإدارية عند عرض العقود الإدارية والتسوية؛ لأنه في حالة الإخلال بالمدة المتفق عليها، وعدم التسليم في التاريخ المحدد، تنطبق فرض غرامة التأخير وعليه فيجب ذكر مبلغ الغرامة بشكل دقيق لا مجال للتفسير فيه.

7. نوصي بأن يكون إعداد العقود الإدارية واضحاً ودقيقاً بطريقة تسمح لمقدمي العروض بمعرفة حقوقهم والتزاماتهم، ونرى أن هذا لا يتم إلا من خلال اعتماد أشخاص متخصصين لديهم خبرة قانونية نظرية وعملية في إعداد وصياغة وتنفيذ العقود الإدارية.

8. نقترح على الجهات المعنية وعلى السلطات الإدارية تسهيل في الإجراءات لتقليل الروتين الإداري عند تسديد مستحقات المتعاقد، كالسلف ودفعها في وقتها المحدد، كما ذكر في بنود العقد؛ لأن تأخير أي سلف قد يؤدي إلى تأخير العمل؛ لأن في بعض الاوقات المتعاقد مع الإدارة ليس لديها سيولة كافية لتنفيذ المشروع دون استلام مستحقاتها في وقتها المحدد وتأخيرها يؤخر تنفيذ المشروع وانهاهه في مدة متفق عليه لذلك يجب تمديد مدة تنفيذ المشروع بطلب من المتعاقد، وبسبب تقصير الإدارة.

9. يجب أن تمتد الرقابة القضائية إلى جميع القرارات والإجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة في حالة ممارسة سلطتها لفرض غرامات تأخيرية، ولكن هذه الرقابة شاملة لأنها تدور حول تنفيذ إجراءات التعاقد، وتتعلق بتنفيذ العقود والنقص المماثل في المواد الخام المتعلقة بأداء العقد ومتطلبات السوق للالتزام بمبدأ المشروعية خصوصاً؛ لأن الأجهزة الإدارية والقضائية تلعب دوراً مهماً في مكافحة الفساد في إطار العقود الإدارية.

المصادر والمراجع

المراجع العربية.

أولاً _ الكتب:

1. د. زانا رؤوف حمه كريم ود.دانا عبدالكريم سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري، الكتاب الثاني، اكتوبر 2017.
2. د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، جزء الثاني، طبعة الاولى، عمان، دار وائل للنشر، 2010.
3. د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
4. د. خالدة ذنون مرعي، التصرفات الدولية من جانب واحد، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
5. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 2000.
6. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009.
7. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، بغداد.
8. د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.
9. أ. مايا محمد نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طبعة الاولى، 2011.
10. د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005.
11. د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968.
12. د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
13. د. محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانونية والاقتصاد، الرياض، 2012.
14. د. محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانونية والاقتصاد، الرياض، 2012.
15. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

16. محمد سعيد فودة، النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
17. محمد سعيد فودة، النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
18. د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
19. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.
20. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.
21. د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. محمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية واحكام إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
22. د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، طبعة الثانية، عمان، الاردن، 2010.
23. د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مُقارنة)، طبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2012.
24. د. سامي جمال الدين، اصول القانون الإداري، جزء 2، دار المطبوعات الجامعية، 1966.
25. سامي حسين نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة الى الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
26. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1948.
27. سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد - دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو الوفاء المجد للطباعة، القاهرة، 2006.
28. د. عبد الباقي البكري، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مؤسسة دار الكتب للطبع والنشر، بغداد، الطبعة الأولى، 1988.
29. د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني في أحكام الالتزام – تنفيذ الالتزام، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة الازهر، بغداد، 1971.
30. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني في أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار الطبع والنشر الأهلية، الإسكندرية، الطبعة الأولى.

31. د. عبدالمجيد الحكيم ود.عبدالباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، 1980.
32. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 1975.
33. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007.
34. د. عزيزة الشريف، دراسات في النظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1981.
35. د.علي عبدالفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية – دعوى الالغاء(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009.
36. د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011.
37. د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1993.
38. د. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
39. د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
40. د. فائق حطاب ضمد، الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، مؤسسة دار الكتب للطبع والنشر، بغداد، الطبعة الأولى، 2013.
41. د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي: الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1992.
42. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الادارية"عقود التوريد ومقاولات والأشغال العامة"، دار مكتبي، الطبعة الاولى، 1999.
43. د. خالدة ذنون مرعي، التصرفات الدولية من جانب واحد، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
- ثانياً_ الرسائل والأطاريح الجامعية:**
1. أنسام فالح حسن، التكيف القانوني للغرامة في نطاق العقود الإدارية والاحكام الإدارية، بحث كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، بدون سنة اعداد.
2. إنصاف أحمد محمد، غرامات التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة تشرين للبحوث والدراسات_ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد40، العدد5، 2018.

3. اقبال نعمت درويش وم. م. رنا لطيف جاسم، القواعد العامة في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (3)، المجلد (3)، العدد (4)، الجزء (1)، 2019.
4. هشام محمد فريجة، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2019.
5. حسن محمد علي البنان ود. ابو بكر أحمد عثمان النعيمي، أثر النظام القانوني لأبرام العقود الإدارية في حماية المال العام (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.
6. حسن محمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54، 2012.
7. لوي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الاداري واهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، عدد الثالث والخمسون، 2011.
8. ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع: معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد 9، عدد الاول والثاني، 1990.
9. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإداريّة " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 55، السنة 27، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013.
10. عادل قرانه، إعفاء المتعاقد مع الادارة من غرامة التأخير، مجلة تواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، عدد 35، سبتمبر 2013.
11. عبدالرحمن عباس أدعين، الغرامة التأخيرية في العقود الادارية، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 22، العدد 3، 2014.
12. علي خطار شنتاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مقال منشور بمجلة الحقوق، المجلد 24، العدد الأول، الكويت، مارس 2000.
13. القضية 1303 في 31 ديسمبر سنة 1966، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، السنة الثانية عشر، القاهرة.
14. قرار محكمة التمييز العراقي، الرقم 43، هيئة عامة/1971 في 1971/6/26، مجلة أحكام النشرة القضائية، العدد 2، السنة الثانية، 1972.

رابعاً_ القوانين والأنظمة:

1. قانون رقم (21) لسنة 2016 التعديل الأول لقانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم (21) لسنة 2013.

2. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته.
4. دائرة العقود الحكومية العامة، تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 والضوابط الملحق، الطبعة المنقحة، تموز 2017.
5. تعليمات التعاقدات الحكومية رقم (2) لسنة 2016 الصادر عن وزارة التخطيط حكومة – العراق الاتحادي.
6. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة، 2014، مجلة الوقائع العراقية، العدد 4325، 2014/6/16.
7. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (66) في 2000/4/8.
8. شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية الصادر من وزارة التخطيط العراق الاتحادي.
9. الضوابط رقم (4) الخاصة بصيغة العقد الصادر عن وزارة التخطيط العراقية.

خامساً_ أحكام وقرارات المحاكم:

1. حكم محكمة التمييز العراقي رقم 2004/3م/129
2. قرار محكمة التمييز العراقي، الرقم 249/هيئة عامة أولى/1974، مجلة العدالة، العدد 1، السنة 1، 1975.
3. حكم محكمة القضاء الإداري في 1961/6/25، المجموعة، السنة 15، رقم 198

سادساً_ المصادر الالكترونية:

1. [وسام طلال، طرق إبرام العقود الإدارية، مقال منشور في الرابطة الكترونية، 20 اغسطس 2017، تاريخ الزيارة 2020/5/11 .https://mawdoo3.com](https://mawdoo3.com)
2. [العقد الإداري، مقال منشور في رابطة الرابطة الالكترونية في 17 مارس 2016، تاريخ الزيارة 2020/5/13 .https://alwatannews.net/article/607511](https://alwatannews.net/article/607511)

3. عصام بن سعود السياط، سلطات الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، مقال منشور في الرابطة الالكترونية في 2014/8/28، تاريخ الزيارة 2020/5/15، <https://www.al-jazirah.com/2014/20140828/rj11.htm>.

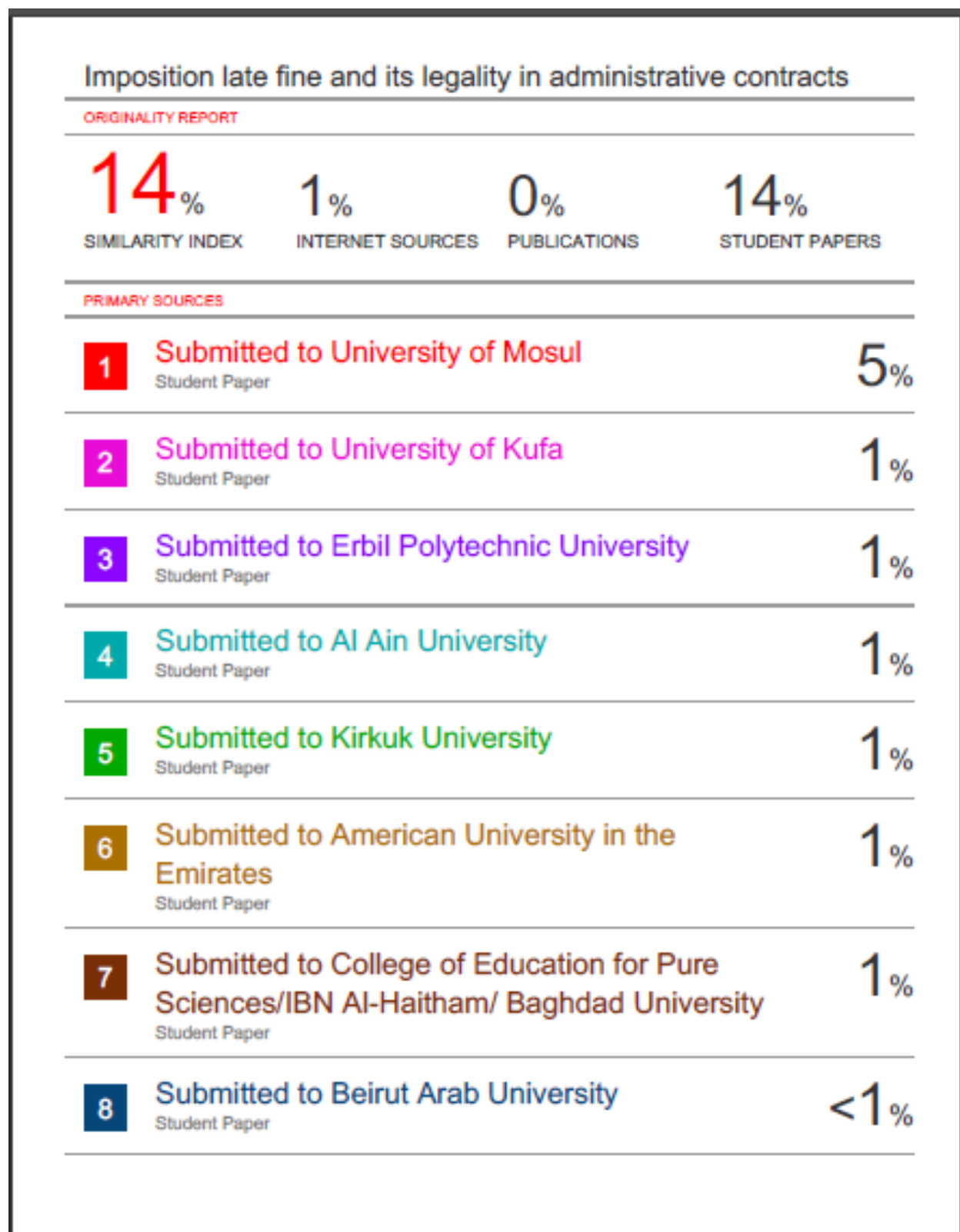
4. العقود الادارية، مقال منشور في الرابطة الكترونية، 7 اكتوبر 2013، تاريخ الزيارة <https://wissal.ahlamontada.net/t5-topic>، 2020/5/19

5. نشأة فكرة العقود الإدارية، منشور في الرابطة الكترونية، 4 سبتمبر 2009، تاريخ الزيارة <https://weghatnazar.ahlamontada.com/t37-topic>، 2020/5/19

المصادر الاجنبية:

الانكليزية:

G. Vedel, P. devolve, pierre:” Droit administrative” T.I.Presse Universitaire de France Paris 1992.





NEAR EAST UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Diyar Noori Baper (20185900), studying in Public law Arabic Program has finished the master thesis titled "**Imposition late fine and its legality in administrative contracts**" and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

Assist. Prof. Yousif Mostafa Rasul