

# **مبدأ فرض الجزاءات القانونية في العقود الإدارية**

**نبيل عبد مسلم مهدي أسد**

**طالب دكتوراه في جامعة الأديان والمذاهب كلية القانون- إيران**

**Mnmnmn809@gmail.com**

**الدكتور عبدالله بهار لوى**

**أستاذ في جامعة الأديان والمذاهب كلية القانون- إيران (الكاتب المسؤول)**

**abdollahbaharloe@yahoo.com**

## **The principle of imposing legal penalties in administrative contracts**

**Nabeel AbidMuslim Mahdi Asad**

**PhD student at the University of Religions and Doctrines - College of Law - Iran**

**Dr. Abdullah Bahar Louay**

**Professor at the University of Religions and Doctrines - College of Law - Iran**

**(responsible writer)**

## **Abstract:-**

The penalties that are imposed in administrative contracts are among the penalties facing the contracting parties in administrative contracts. The privilege in contracts is on the part of the administration that has the right to impose penalties. Rather, it was approved by the teachings of Islamic law with regard to contracting in contracts between individuals, that the law generally regulates behavior and deters those who violate the legal texts, and therefore the penalties that are imposed on contractors, and what is meant here are administrative contracts. In contracting and amending administrative contracts, we relied in this research on the descriptive analytical approach.

**Keywords:** principle, imposition, penalties, contracts, administration.

## **الملخص:-**

تعتبر الجزاءات التي يتم فرضها في العقود الادارية هي من العقوبات التي تواجه المتعاقدين في العقود الادارية، وتعتبر الامتياز في العقود من جانب الادارة التي هي لها الحق في فرض الجزاءات ويأتي هذا من السلطة الممنوحة لها، وان القوانين الوضعية التي تم وضعها لم تأتي من فراغ، بل اقرتها تعاليم الشريعة الإسلامية فيما يخص التعاقد في العقود بين الافراد، ان القانون عموماً ضابط السلوك والرادع لمن يخالف النصوص القانونية، وبالتالي ان الجزاءات التي تفرض على المتعاقدين والمقصود هنا العقود الادارية، خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين وفي كل مبحث مطلبين والذي سنتناول فيه سلطة الادارة في التعاقد والتعديل للعقود الادارية، واعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي.

**الكلمات المفتاحية:** مبدأ ، فرض، الجزاءات، العقود، الإدارة.

## المقدمة:

إن موقف القضاء الإداري من الأسس القانونية التي تستند اليه السلطة الإدارية، وإن القضاء يراعي عملية فرض الادارة الجزاءات في العقود ويررر للسلطة الإدارية بفرضها على المتعاقدين معها، وإن تلك الجزاءات المالية و الجزاءات الإدارية، وكذلك كيفية فرض الجزاء الإداري ومنها عملية فسخ العقد أو إنهاء العقد وغير ذلك، وإن هذه الجزاءات بناءً ما تريده الادارة في الحفاظ والتي استندت عليها التشريعات أو ما تم منحه للإدارة، وما يختلف عن ما في العقود الأخرى مثل العقود التجارية والعقود المدنية وحيث انه يكون هناك توازن واضحاً بين المتعاقدين فيما بينهم وعلى الطرف الأول التزامات وواجبات وعلى الطرف الآخر أيضاً واجبات والتزامات ويقابله التزامات الأخرى. بالتالي نجد أن العقود الادارية تختلف اختلافاً كبيراً في عملية التعاقد خارج التعاقد الاداري، ومن يتعاقد معها وأن الادارة هي لها سلطة المتفردة، ولها الحق في الرقابة، والتعديل والالغاء، وإن هذه الاعتبارات ما هي الا من واجباتها التي انيطت بها للتفادي في عملية الإخفاقات من قبل المتعاقد معها، وبالتالي هي تنظر إلى هذا الإخفاق بأنه يؤدي إلى خلل في التوازن المرافق العامة، وهذه الصلاحية أو السلطة في كيفية ادارتها وتحكمها في المشاريع الادارية، أو الموظف المتعاقد معها أو من يشترك معها في عقد تمشية امور الادارة، وهي من تكون الطرف الأقوى في العقود الإدارية، فالعقد الاداري عندما اتيح لانعقاده ليس لمجرد اطراف العقد يتوافق أو توافق الارادتين في انعقاده، وتنفيذ ما مطلوب من الاطراف المتعاقد، بل هو مجرد وسيلة للوصول إلى الغاية الكبرى في بناء المرافق العامة، وفرض احترام والمحافظة من قبل الجميع لهذه المرافق العامة، ولهذا سوف نتناول في هذا البحث مبدأ فرض الجزاءات في العقود الإدارية.

## **المبحث الأول**

### **سلطة الادارة في التعاقد والتعديل للعقود الادارية**

إن السلطة المخولة لدى الادارة وفقاً للقانون الإداري في كل دولة يعطيها صلاحيات وامتيازات في التعاقد وبما أن من صفاتها هي صاحبة السلطة العامة التي تعطي القرارات الإدارية ولديها أعمال أخرى وهي إبرام العقود وقد تقوم الادارة في التعاقد بصفتين فأما

أن تكون هي شخصية عادي وتكون خاضعة إلى القوانين الخاصة وإما أن تكون في تعاقد مع أطراف أخرى فتكون هي صاحبة السلطة كما لو أنها تكون في العقود الإدارية التي تبرم بين الإدارة وبين أشخاص آخرين لترميم المرافق العامة على سبيل المثال أو إنشاء مرافق عامة.

وإن الفكرة للسلطة العامة التي جاء بها الفقهاء في القانون الإداري، والتي تعرف على أنها: هي مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، التي تستعملها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة<sup>(١)</sup>، ونجد أن هذا التعريف هو الأقرب إلى أهداف الإدارة وسبل أعمالها التي انيطت بها، وهي تحقق المصلحة العامة، والتي تغلب على المصالح الفردية، وتعتبر الإدارة أصل عملها في مسألة العقود مختلفة تماماً عن العقود المدنية التي يبرمها الأفراد، وهناك من البعض من يرى أن الأساس القانوني التي تتمتع به السلطة الإدارية وفرضها الجزاءات بنفسها وهي تستعمل ذلك الامتياز، وهي تطبق "بفكر السلطة العامة" وهي تستند على أساس مرتبط بفكرة العقد الإداري امتداداً في سيرها لتنفيذ العقد التي أبرمتها الإدارة مع الأفراد، وأن هناك قواعد مختلفة تتيح للإدارة التصرف بها، ويخضعه لقواعد استثنائية حتى ولو لم يكن منصوص عليها في العقد<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الأول

### سلطة الإدارة في التعاقد

وإن تلك السلطة الممنوحة لها جاءت لكون أن الإدارة هي التي ترعى وتهتم بشؤون وسير المرافق العامة، ولهذا لا بد أن تكون للإدارة أهداف واضحة في رسم التعاقد أو ما من أجله تنصرف إرادتها للتعاقد، وهي الغاية في تقديم أفضل ما ممكن للأفراد وتحسين سير المرافق العامة، وأن تصرف الجهة الإدارية في مثل هذه الحالة إنما يخضع لقرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وتمثل بمشروعية الغاية المراد تحقيقها من قبل الجهة الإدارية<sup>(٣)</sup>، إذن نحن أمام سلطة لها حرية مطلقة في التعاقد، ولكن هذه الحرية لم تكن بالمفهوم الواسع كحرية مطلقة، باعتبار استدفع بالإدارة للانحراف والتعدي من دون أن يكون هناك لها أي رادع يقف أمامها، وهذا ما دفع بعض إلى التأكيد بأن الانحراف باستعمال السلطة يقف في حالة السلطة المقيدة، من كونه سبباً من أسباب إلغاء القرار الإداري<sup>(٤)</sup>.

وكما ان الادارة لا يمكنها ان تتصرف كما يحلو لها، فقد قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بان ((... تخويل الادارة سلطة تقديرية ليس معناه استعمالها بدون قيد أو شرط... وانما استعمالها يكون في حدود المصلحة العامة، فان تنكبت الادارة هذه الغاية وانحرفت عن الجادة... كان قرارها منطوياً على الانحراف ومشوباً بإساءة استعمال السلطة مما يعيبه ويبطله))<sup>(٥)</sup>.

وهناك من الفقهاء من يرى ان فكرة السلطة الادارية في فرضها الجزاء يأتي من اتصالها بفكرة المرفق العام، هي اساس سلطة جزائية للإدارة، وان الفقه الفرنسي وهي الجانب منها يرى ان الادارة تستعمل امتيازاتها في فرض الجزاءات للتنفيذ مباشر، ويعتبر هذا الاستعمال للإدارة ولا يعتبر رخصة بل هو امتيازاً تمارسه الادارة، وهذا ذات الرأي للفقهاء "جيز" والذي يعتبر من الضمانات ليسر المرافق العامة وتنظيمها وهذا ما يحتاج للتنفيذ العقد بشكل دقيق. ولهذا تعتبر فرض الجزاءات مؤثرة وتبريراً للمصلحة العامة وديمومة مسيرة المرافق العامة.

أما رأي الفقيه "شارلس ديباش" وهو يرى إن المصلحة العامة لا تقيد الإدارة بالعقد إلا في نطاق محدد، ولا يمكن أن تحول شروط العقد من دون استعمال الإدارة للسلطات ضرورية لتحقيق هذه الغاية<sup>(٦)</sup>.

ومن خلال التعريفات التي قدمت لمفهوم المرفق العام، وهي كثيرة ولكن يمكن ان نتناول منها بعضها لزيادة وتوضيح موضوعنا هنا، فمنهم من عرف المرفق العام على انه: ((منظمة عامة أو تتمتع بسلطة واختصاص تهدف إلى إشباع حاجات ورغبات الناس بصورة منتظمة ودائمة))<sup>(٧)</sup>، وهذا التعريف الذي يعتبر من الناحية الشكلية، ومنهم من عرفه على انه: هو منظمة عامة تباشر من السلطات بما يكفل القيام بخدمات معينة يتم تقديمها للجمهور على نحو منتظم<sup>(٨)</sup>.

ونلاحظ من خلال هذه التعريفات اعلاه ويمكن ان نقدم تعريفاً أكثر وضوحاً، وبأن الإدارة تمارس نشاطها لسد حاجات الافراد، وتحافظ على المرافق العامة التي تكون بعهدتها. اذن يكون التعريف المرفق العام هو: (تقوده الادارة من دون ارباح وتستعين بمؤسسات أو مشتركة أو منظمات خاصة كانت أو عامة، مقابل اجور تقوم بتقديم الخدمات

للأفراد والدولة على حد سواء)، ومن خلال تعريفنا هنا سنقدم تعريفا شاملا وكاملا لمفهوم المرفق العام.

وفي ما يخص السلطة في رقابتها وتوجيهها فيما يتعلق بالعقود الادارية، تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري خاصة في المادة ١٠٣ من تنظيم الصفقات العمومية، ومفادها للمصلحة المتعاقدة أن تشرف على تنفيذ العقد فتراقب المتعاقد بغية التحقق من أن ذلك التنفيذ يتم وفقا للشروط المحددة بالعقد، وتتخذ سلطة المراقبة من جانب الإدارة صورتان: - الاكتفاء بالمراقبة والإشراف على مراحل التنفيذ وإلزام المتعاقد بمراعاة شروط العقد وهو مبدأ عام سواء نص عليه العقد أم لم ينص - قيام الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة وهو مبدأ عام في عقود الأشغال العمومية ولو لم ينص عليه العقد، لكنه لا يتقرر للإدارة في عقود التوريد إلا إذا نص عليه العقد فهو إذا ليس مقررًا كمبدأ عام في جميع العقود، وتتم الرقابة بالتفتيش على العمل والزيارة وطلب البيانات والإحصاءات وفحص طبيعة العمل، كما تتم الرقابة بالطريقة المالية للتحقق من أن المتعاقد قد نفذ التزاماته المالية الناجمة عن العقد حسب الأصول، وحق الرقابة وإن كان مبدأ عام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، إلا أنه ليس مطلقا بل تحده اعتبارات لضمان عدم التعسف والانحراف في استعمال السلطة، وضمان عدم التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق، وإلا انقلب العقد الإداري إلى أسلوب استغلال مباشر، وتأخذ سلطة المراقبة هذه مداها في عقود الأشغال العامة من خلال ما تتمتع به الإدارة تجاه المقاول من إصدار أوامر عمل، والتي تأخذ طريقها للتنفيذ بصورة مباشرة، وما على المقاول إلا الاستجابة لها مع حقه في الطعن ضدها أمام القضاء بعد تنفيذها أو إقامة دعوى بوقف تنفيذها<sup>(٩)</sup>.

## المطلب الثاني

### سلطة الادارة في تعديل العقود

إن الادارة وصلتها في تعديل العقود حقيقة أن تكون بإرادة منفردة أي هي لكونها طرفا في العقد فهي تنفرد في تعديل العقد أن يستوجب التعديل على أساس حاجة المرفق العام أو على أساس المصلحة العامة التي تنظر لها الادارة وحسب مقتضيات المرفق العام وذلك لا يستطيع المتعاقد مع الادارة أن يعترض عليها حسب تلك القاعدة التي تقول في

القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين فهذا يعتبر استثناء من هذه القاعدة أن تكون إرادة منفردة لدي السلطة الإدارية في تغيير وتعديل العقود الإدارية على أساس حاجة المرفق العام أو على حاجة ما تراه للمصلحة العامة، وقد كان بعض الفقه الفرنسي حتى منتصف القرن الماضي ينكر على الإدارة سلطتها في تعديل عقودها الإدارية من جانبها وحدها مستشهدا في ذلك ببعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي رأى فيها إنكار لسلطة التعديل ورأى في بعض الأحكام الأخرى أن اعترافها للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي كان استنادا إلى نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته<sup>(١٠)</sup>.

ولمجلس دولة مصر والتي كان رأيها في حق الإدارة بان تقوم بالتعديل العقود الادارية وفق الارادة المنفردة، وفي الحكم الصادر من قبل محكمة القضاء الاداري بقولها: ((سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ومقتضي هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة علي خالف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها علي نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وهي من القواعد المقررة في مجال القانون الخاص ذلك أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها علي فكرة استمرار المرافق العامة تفرض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق وأن التعاقد يتم علي أساس أن الطرفين انصرفا عند إبرام العقد إلي ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة وهي في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج عن العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص علي انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له واشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة فإذا ما أشارت نصوص العقد علي هذا التعديل فأن ذلك لا يكون إلا

مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة في تعديله لذلك أن من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام<sup>(١١)</sup>.

وأن الإدارة لا تفرض التعديلات في العقود الادارية الا لغرض سامي ومصالح عامة، وتقوم باستخدامها وسيلة العقد الإداري تهدف إلى تسيير المرفق العام الذي تقوم على رعايته، مما أدى إلى عدم وجود تساوي في المراكز القانونية بين الأفراد والإدارة، فالإدارة بمركز متميز عن الأفراد وذلك بحكم سهرها على تحقيق لصالح العام، ومن ثم فهي تتمتع بسلطات استثنائية لضمان حسن سير المرفق بانتظام واضطراد كلما اقتضت الحاجة لذلك، ف سابقا كانت الادارة تمتلك السلطة المطلقة بوصفها سلطة ضبط اداري مكلفة بالمحافظة على الامن والسكينة تستطيع اتخاذ ما تشاء من اجراءات، ولو أسفر ذلك على تعديل شروط العقد<sup>(١٢)</sup>.

وان حق الإدارة في تعديل العقد الإداري هو حق اثبت هلا فتستطيع الإدارة استخدامه ولو خلا العقد من نص بشأنه، وحتى لو احتوى العقد على نص يحظره، إذ يبطل النص في هذه الحالة ويبقى الحق قائما، وحتى لو وجد نص في العقد يميز للإدارة تعديل العقد فإن هذا النص لا يعدو دوره ان يكون كاشفا للحق لا مشئ له<sup>(١٣)</sup>.

ويمكن هنا ان نتكلم عن العقود المدنية باعتبار هي عقود اتفاقية والتي من المعروف عنها هي "توافق ارادتين"، وهي تحكمها "مبدأ شريعة المتعاقدين"، وفي القانون المدني الاردني الذي يقر المشرع في ما يخص العقود العامة والتي نصت المادة (٩٠) من قانون المدني الاردني، على انه: ((ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد)<sup>(١٤)</sup>، ونلاحظ ان المشرع الاردني يؤكد على ان العقد يتم بمجرد انعقاده، اذن من ساعة الاتفاق، ولا يكون تراجع من أي طرف لأنه سيرتب اثار قانونية، الا اذا تمت الاتفاقية بين الاطراف المتعاقدة، كما نصت المادة (٩٦) من القانون المدني الاردني ذاته، على انه: ((المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من احد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك))<sup>(١٥)</sup>، فحين يتم الاتفاق التوقيع على العقد ويرفع المجلس الذي تم عقده من اجل ابرام العقد يكون باتا، كما نصت المادة



(١٤٦) من قانون المدني العراقي والتي نصت على انه: ((١- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. ٢- على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدی، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك))<sup>(١٦)</sup>، ويقابله القانون المدني المصري في المادة (١٥٧) والتي نصت على انه: ((١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة))<sup>(١٧)</sup>، ونرى هنا ان المشرع المصري يجوز فسخ العقد وبقبول الطرفين أو يرفض الطرف على الطرف الآخر، وبالتالي لابد من توافق الارادتين كما اتفقى الاطراف على ابرام العقد لابد ذاتهم في الموافقة على فسخه وانهاء العقد، وهذا ما اراده المشرع الاردني في المادة (١٠١) من القانون المدني الاردني سابق الذكر وعلى انه: ((إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك))<sup>(١٨)</sup> ويشدد المشرع العراقي على التزام المتعاقدين من تنفيذ العقد بقوله: ((ايأ كان المحل الذي يرد عليه العقد فان المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه))<sup>(١٩)</sup>.

وفي القانون القطري والذي جاء ذلك في المادة (١٧٢) والتي نصت على انه: ((١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))<sup>(٢٠)</sup>، وكما جاء في المادة (١٧٣) وكما نصت تلك المادة على ان: ((إذا أبرم عقد صوري، فإن العقد المستتر، دون العقد الظاهر، هو الذي يسري فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما))<sup>(٢١)</sup>، وكذلك نجد في المادة (١٧٤) والتي نصت على انه: ((١- لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص لكل منهما، أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم. كما أن لهم، متى كانوا

حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد السوري. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، بأن تمسك البعض بالعقد السوري وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين)) (٢٣).

## المبحث الثاني

### الجهة المختصة في التعاقد وفرض الجزاءات وفق المعيار القانوني

بعد ان عرضنا الجهة التي لها الحق في التعديل والذي اعطاها القانون تلك المساحة في التعديل ومقيدة، على العقد الاداري وان للإدارة الحرية ووفق شروط في ذلك، تأتي هنا في هذا المطلب ونناقش من هي الجهة التي لها الحق في التعاقد، ومن هي الجهة التي لها الحق في فرض الجزاءات في العقود الادارية.

## المطلب الأول

### الجهة المختصة في التعاقد

إن العقود التي تبرمها الادارة سواء كانت ادارية ام مدنية، فهي تكون وفق قانون العقود، ولكن للإدارة استثناء في ذلك من العقود الاخرى، باعتبارها لها دورا للمصلحة العامة مهما ولا بد من ذلك، والواجب الملقاة على عاتق الإدارة في تسيير أنشطة المرافق العامة منحها القانون اللجوء إلى الاساليب والطرق المختلفة في اصدار الاوامر والقرارات الادارية، وكما وضعنا سابقا ذلك.

يعد موضوع السلطة التقديرية من اكثر موضوعات القانون الإداري اثاره للنقاش والجدل بين الفقهاء ويصعب صياغة نظرية شاملة محكمة تضع له قواعد واضحة ومحددة، والسلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع تعني تمتعها بقدر من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية<sup>(٢٣)</sup>، وفي تحديد القانون مسبقا وذلك لسير أو اتباعه ويكون ذلك في نص يشترط في تنفيذه، وأن ينص على الشروط الواجب توافرها حتى تستطيع اتخاذ القرار الإداري وفي هذه الحالة لا يكون للإدارة حرية تقدير ملاءمة القرار إي إن القاعدة هنا ليست اختيارية، كما لو قرر القانون حكما واحدا في كل حالة تتوافر فيها شروط معينة فهنا يكون القانون واحدا ومعلوما سلفا وليس للإدارة أي خيار في اتباعه و المثال التقليدي الذي يعطى لذلك في القانون الفرنسي خاص برخصة حمل اسلحة الصيد وفي القانون اللبناني تعين الفائزين في المباراة عند اختبار المرشحين الوظائف العامة فلا تستطيع الإدارة

في فرنسا عند تحقق الشروط أن تمتنع عن الترخيص وتكون ملزمة في لبنان بتعيين الفائزين وفقا لترتيبهم في جدول الناجحين وإذا فعلت غير ذلك يكون قرارها مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة وهذا الاختصاص هو ما يسمى بالاختصاص المقيد<sup>(٢٤)</sup>.

ففي القانون الاردني والتي تمارس التعاقد في عقود الاشغال مثلاً وكما نصت المادة (٤) من نظام الأشغال الحكومية في الاردن، والتي نصت على ان: ((تمارس دائرة العطاءات المهام والصلاحيات المخولة لها بمقتضى احكام هذا النظام بما في ذلك ما يلي: أ- متابعة تصنيف المقاولين والمستشارين وتأهيلهم بالتنسيق مع الجهات المختصة، وحفظ المعلومات المنوطة بهم وبأعمالهم وذلك لغايات العمل داخل المملكة وخارجها بموجب تعليمات التأهيل التي يصدرها الوزير. ب- تدقيق وتحليل عطاءات الأشغال والخدمات الفنية الحكومية وجمع وحفظ وتحليل المعلومات المتعلقة بهذه العطاءات. ج- القيام بأعمال سكرتيريه لجان العطاءات المركزية واللجنة العليا لتنظيم قطاع الإنشاءات واي لجان أو هيئات تشكل لتنظيم هذا القطاع. د- توحيد الشروط العامة والخاصة لعقد المقاولة واتفاقيات الخدمات الفنية والشروط المرجعية واجراءات العطاءات وتطوير تلك الشروط والإجراءات وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها. هـ- اصدار النشرات الدورية حول قطاع الإنشاءات واسعار المواد الإنشائية وبنود الأشغال))<sup>(٢٥)</sup>، وفي المادة (٧) من ذات القانون والنظام الاردني نجد ان المشرع يحدد الجهات التي لها الحق في التعاقد وفق القانون بعقود الاشغال، وكما نصت تلك المادة على ما يلي: ((تشكل بمقتضى احكام هذا النظام لجان العطاءات التالية: أ- لجان العطاءات المركزية، ب- لجنة عطاءات الدائرة، ج- لجنة العطاءات المحلية، د- لجنة عطاءات المحافظة، هـ- لجنة العطاءات الفرعية، و- لجنة العطاءات الخاصة))، وقد حدد الاعضاء اللجة التي تكون مسؤولة عن فتح العطاءات ويقول نص المادة (٨) من القانون نظام الاشغال الاردني، ومنها الفقرة (أ) والتي نصت على ان: ((تشكل لجنة عطاءات متخصصة برئاسة المدير لكل مجال من المجالات الأربع التالية ويكون مركز هذه اللجان في دائرة العطاءات ويجوز أن تعقد اجتماعاتها في الدائرة ذات العلاقة بالعطاء: ١- مجال البنية الحكومية. ٢- مجال المياه والري والمجاري والسدود. ٣- مجال الطرق والنقل والتعدين. ٤- مجال الأعمال الكهرو ميكانيكية والاتصالات...))<sup>(٢٦)</sup>، اما في القانون العراقي وفي المادة (١) من قانون تنفيذ العقود الحكومية المرقم (٢) لعام ٢٠١٤، والتي نصت

على ان: ((أولاً: تسري أحكام هذه التعليمات على: أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الأعلى والأمانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مع الجهات العراقية وغمر العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية. ب- الشركات العامة عند تنفيذها لمشاريعها المدرجة في المنهاج الاستثماري أو الجاري الممول من الموازنة العامة...))<sup>(٢٧)</sup>، وقد حدد المشرع العراقي التعاقد في عموم العراق وبذات المادة التي ومنها الفقرة منها (ثانياً) بقوله: ((ثانياً: لا تسري أحكام هذه التعليمات على: أ- المشاريع والعقود لدوائر الدولة والقطاع العام الممولة من الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية أو الإقليمية أو المنظمات الغير الحكومية والمنفذة استناداً بروتوكولات خاصة تبرم مع جهة التعاقد العراقية وتطبق احكام هذه التعليمات في حالة عدم وجود نص يمنع من تطبيقها في الاتفاقية. ب- الشركات العامة عند تنفيذها للعقود المحالة اليها من الجهات التعاقدية الرسمية، بصفتها مقاول أو مجهز أو استشاري وتعتمد في ذلك الضوابط المقررة من مجلس الإدارة والمصادق عليها من رئيس الجهة المرتبطة به في اختيار اسلوب التعاقد المناسب واجراء التفاوض السعري وعلى ان لا تعارض مع التشريعات والقوانين التي تظم نشاطها. ج- وزارتي الدفاع والداخلية والأجهزة الأمنية فيا يتعلق بعقود التسليح وعقود تجهيز المعدات والأجهزة الأمنية والعسكرية على ان تخضع لضوابط تضعها اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء))<sup>(٢٨)</sup>، ولا بد من الادارة ان تقدم كل ما يجب تقديمه لمن يتعاقد معها، فإذا أخطأت الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم أو أنها لم تقم بمراجعتها مما أدى إلى ظهور عيوب في تنفيذ العقد فأن ذلك يؤدي إلى إثارة مسؤولية الإدارة التعاقدية.

وان الاساليب أو التنظيمات لابرام العقود الادارية والتي هي مهمة ولا بد من ان تكون شكلية، وهذا الجانب الشكلي في هذه العقود ومنها عقود الاشغال،... وتحقيق مصلحة للخزانة العامة من خلال مبدأ إرساء العطاءات على أقل المناقصين سعراً، وحصول جهة الإدارة المتعاقدة على عروض كثيرة مما يؤدي إلى عدم وجود فرص للاتفاقات غير المشروعة التي تحدث بين المتناقصين بهدف المحافظة على سعر معين للعطاء وعدم النزول به، واستبعاد

انحراف الموظفين في اختيار المتعاقدين مع الإدارة بحيث يقتصر دور أعضاء لجان العطاءات على مراقبة الإجراءات القانونية التي تستلزمها المناقصات العامة، وإتاحة الفرصة أمام الإدارة عند إبرام عقودها الاختيار الأسلوب الذي يتلاءم مع طبيعة محل العقد من بين أساليب اختيار المتعاقدين معها، كأن تعطي الأولوية لأسلوب العطاءات العامة في العقود التي تتطلب خبرة فنية أو أساليب فنية جديدة كعقد تقديم الخدمات والاستشارات الفنية... (٢٩).

وكما تم ذكر المادة (٢٩٦) والتي وردت في القانون المدني العراقي والتي تنص على انه: (الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية) (٣٠)، وكذلك في العقود وليس في الاملاك أو أي شيء آخر فإن الدين هو دين ولا بد من سدادها، (امر مستقبل محقق الوقوع يضاف اليه نفاذ العقد أو انقضاؤه) فإذا كان نفاذ العقد أو تنجيزه هو الذي اضيف إلى الاجل كان الاجل واقفاً، وإذا كان انقضاء العقد أو زواله هو الذي اضيف إلى الاجل كان الاجل فاسخاً أو منهياً (٣١). وهناك طريقتان لانقضاء الاجل: احدهما طريق طبيعي، واخرهما طريق استثنائي. اما الطريق الطبيعي فهو حله، وهذا الطريق بطبيعته لا يثير صعوبة فالمشتري بثمن مؤجل مثلاً عليه ان يدفع الثمن عند حلول الاجل، فإذا عينت فترة لحلول الاجل فانه يحل في اليوم الاخير من الفترة. اما الطريق الاستثنائي، فهو عبارة عن وجود اسباب استثنائية تؤدي إلى انتهاء الاجل قبل حله (٣٢).

ولهذا نجد ان المشرع العراقي في القانون المدني والمواد (٨٩١-٨٩٢-٨٩٣) وما يخص المرافق العامة والالتزامات الواقعة عليها، ففي المادة (٨٩١) من قانون المدني العراقي المرقم (٤٠) والصادر في ١٩٥١، والتي نصت على انه: ((١- التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون.

٢- والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً))، وكذلك المادة (٨٩٢) والتي نصت على انه: ((ملتزم المرفق العام ملزماً بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العمل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين)).

وان العقود بصورة عامة وكما ذكرت المادة (٨٩٦) من قانون المدني العراقي، ((١- كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريف الاسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح. ٢- فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة احد الطرفين، كان له الحق في الرجوع على الطرف الثاني بمقدار ما انتفع به خلافاً لتعريفه الاسعار، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك ولا تسمع دعوى الرجوع بعد مرور ستة اشهر على قبض الاجرة)) (٣٣).

وفي ما يخص المرافق العامة المتعلقة التي تهتم في بتوزيع الماء والكهرباء والغاز والقوى المحركة وما شابه ذلك فقد نصت المادة (٨٩٧) من القانون المدني العراقي ونصها: ((ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك، ملزم بالاستمرار في اداء الخدمات التي عهد بها اليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص ابرم معه عقداً فردياً)) (٣٤).

قد يبدو لأول وهلة أن السلطة المقيدة هي الوضع الأفضل، وذلك من وجهة نظر سيادة القانون والمشروعية وكذلك من ناحية ضمان حقوق وحريات الأفراد ضد انحراف الإدارة بالسلطة، ولكن مع ذلك ليس من الممكن، كما أنه ليس من المصلحة العامة في شيء - أن تبقى الإدارة دائماً حبيسة في إطار تلك السلطة المقيدة التي تنزع عنها كل قدر من التقدير أو حرية الاختيار. ومن ثم يبدو من الضروري أن يجمع التنظيم القانوني العام الاختصاصات الإدارية قدرا من السلطة التقديرية في بعض المجالات، وقدرا من السلطة المقيدة في مجالات أخرى (٣٥).

ونجد أن السلطة التقديرية لا بد من وجودها وضرورية لأنه من الصعب على الإدارة في تنظيم الإدارة ووضع تفصيلاً لقواعد القانون، وان المشرع في هذه الحالة لا يمكنه ان يكون على صواب إذا حاول مواجهة الجميع وفق ذات الظروف، أو حتى وان وضع ظروفًا لتلك التفاصيل، فوجد المشرع انه عليه إن يخول الإدارة القدرة والتقدير في التدخل حين تظهر ظروفًا تستوجب المحافظة على سير المصلحة العامة، وان القضاء لا يمكنه أن يسلب تلك التقديرات التي تتمتع بها الإدارة لقدرتها وامكانياتها في كيفية اختيار الحلول وفق وسائل واجراءات قد يكون القاضي لديه قصورا وبعده عن معترك الحياة الإدارية، وكذلك فإن السلطة التقديرية هي ليست خطيرة بنفس الوقت، ولكن تكمن الخطورة في التصرفات والممارسات الخاطئة التي يقوم بها البعض، فأن مقتضيات العمل والتي تعتبر من ضروريات

الحياة العملية الإدارية، ولا سيما ان الادارة تتعدد مجالاتها وأنشطتها لخدمة الصالح العام، وان التداخل في مواضيعها جعل ذلك من مقتضيات وترك مجالات التقدير للإدارة طالما كانت أعمالها مشروعة وفق ما تريده في ضوء المصالح العامة، وبالإضافة واجبات السلطة التنفيذية وتقدم التطور وازدياد العدد وتطور خدمات الدولة، وهذا من مقتضيات مواجهة الإدارة للظروف والمتغيرة والمواقف الغير المتوقعة والتي لا يمكن التكهن لتلك الظروف ان تحصل في المستقبل، والاستفادة من الخبرات للإدارة وتجاربها لإدارة المرافق العامة، ومما يكون تلك التنظيمات في نشاط الادارة وفق تفصيلات القواعد الامرة، وان لو رجعنا إلى أحكام القرآن الكريم وهو الذي يعتبر دستوراً أساسياً، ونلاحظ هناك تفصيلات كثيرة قد تركت إلى من يقوم بتفسيرها، وتكيف الآيات الشريفة وفق الظروف والمعطيات التي تنادي بها الشريعة الإسلامية والمسائل التي تتغير مع تغير الأزمنة والأمكنة، وهذا لكون ان الشريعة الإسلامية تبقى خالدة وتتجدد وفق مصالح الانسان ويمكن ان تطبق في كل مكان وزمان.

### المطلب الثاني

#### الجهة المختصة في فرض الجزاءات في العقود الادارية

لقد تناولنا المواضيع السابقة فيما يخص تعديل العقد الاداري، وبعدها تناولنا موضوع الجهات التي تكون مختصة في ابرام العقود، وفي هذا الفرع سوف تناول الجهات التي تختص بأنزال الجزاءات على المتعاقد مع الادارة، وان الجهة التي تستطيع فرض العقوبات أو الجزاءات في حالة مخالفة العقد الاداري، وهي تستمد سلطتها في هذا الشأن إما من نصوص العقد الإداري ذاته، وإما من السلطة الممنوحة لها، للحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد<sup>(٣٦)</sup>.

وأن هناك من يحدد جهة الإدارة وهي التي تأخذ تلك الصفة الجزائية ويعتمد على العلم فيما إذا كانت تلك الجهة من اشخاص القانون العام أو الاجهزة التابعة لها من عدمه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى التأكد فيما إذا كان الجزاء يدخل في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أم لا<sup>(٣٧)</sup>.

وأن القانون الإداري يحمل الإدارة المسؤولية الكبيرة والمتكاملة في سير المرافق العامة واستمراريتها بصورة منظمة، وعلى هذا الاساس تلجأ الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية



اللازمة التي يضمن فيها تقديم أفضل الخدمات للجمهور من خلال المرفق العام، أما إذا رأت الإدارة في أثناء تسييرها للمرفق العام عدم جدوى الاستمرار في تسيير هذا المرفق لكونه غير مفيد لجمهور المنتفعين وغير ملائم مع احتياجات المرفق العام فتلجأ إلى إنهاء العقد الإداري، باعتباره جهة الإدارة المتعاقدة المسؤولة عن حسن سيره<sup>(٣٨)</sup>.

فمن خلال التعريف الذي يبين الجزاء في العقد نلاحظ انه الإدارة تكون في موقف العلو، وان جزاء التعاقد هو ((الجزاء الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بشروط العقد وبالتشريعات المخولة للإدارة بموجب القانون))<sup>(٣٩)</sup>.

فلهذا نجد ان الإدارة تفرض الإجراء الجزائي بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها كما لو كان التوقف راجعاً لقوة قاهرة ضماناً لاستمرار سير المرفق، وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية، التي تترتب على إدارة المرفق، أما في حالة فرض الحراسة جزاءً لتقصير الملتزم فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته، ومن المعروف أن هذه السلطة تملكها الإدارة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء بشرط أن تعذر الملتزم، وللأخير الحق في الطعن بقرار الإدارة، طالباً للتحقق من أن الحراسة قد فرضت لدواعي المصلحة العامة في استمرار عمل المرفق وليس لدواع أخرى، فالإدارة معرضة لإلغاء قرارها إذا كان مشوباً بعدم المشروعية أو لم يكن له ما يبرره من ناحية توافر الخطأ مع التعويض إذا كان له مقتضى، فأن الجزاء التعاقدي يقوم على خصوصية الرابطة بين الإدارة والمتعاقد أي ان نطاق تطبيقه مقصور فقط على الافراد المتعاقدين معها وفي حدود ما اتفقوا عليه اداريا، فوجود العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقدين معها هو الذي يبرر سلطتها في توقيع الجزاءات التعاقدية<sup>(٤٠)</sup>.

إن الاعتبارات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة مادام لها دور مهم وضروري في تنفيذ العقد الإداري، فعلى الإدارة في بداية عملية إبرام العقد، التأكد من القدرات اللازمة للمتعاقد معها لتنفيذ العقد، من أجل المحافظة على سير المرفق العام بانتظام وتحقيقاً للمصلحة العامة، وبخالف ذلك فإذا لم تتوفر القدرات المالية أو الشخصية التي يحتاج إليها لتنفيذ العقد، فإن ذلك سيؤدي إلى تأثيرات سلبية في حسن سير المرفق العام محل العقد، ويلحق الضرر بالمصلحة العامة والحاجات للمواطنين، فالاعتبار الشخصي ليس الهدف



وإنما هو وسيلة بيد جهة الإدارة المتعاقدة لضمان حسن التنفيذ على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق... وبعد عرض هذه الأحكام التي تحكم على حالة إفلاس المتعاقد، يتضح لنا أنه إذا خالفت الإدارة هذه الأحكام بقيامها بفسخ العقد بمجرد وقوع العجز المالي في الكفاءة المالية للمتعاقد، من دون أي سند قانوني فسيكون دليلاً على ذلك، وفي هذه الحالة تقع على الإدارة المسؤولية التعاقدية ويجب أن يعرض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به عن هذا الفسخ<sup>(٤١)</sup>.

فقد يعتبر العقد الإداري والذي تقوم به الإدارة في إبرامه وباعتبارها السلطة العامة وهي تتبع الوسائل القانونية العامة والتي تستهدف بها لتحقيق المصلحة العامة، وهي تواصل باستمرار نشاط المرافق العامة، وبهذا تقصد الإدارة من تنظيم وتسيير المرفق العام، ولهذا نجد أي خلل أو أي تلحق في تنفيذ التعاقد سيؤدي في عدم سير هذه المرافق العامة سيؤدي إلى إرباك في سير المرافق العامة، بقصد تسييره أو تنظيمه، إذن هو مساس بالمرفق العام الذي يتصل به العقد ويضر بالتالي بالمصلحة العامة، ما لم يكن هذا الإخلال ناجماً عن أسباب قهرية لا يد للمتعاقد فيه، وعليه فإن من حق الإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته وذلك لضمان تنفيذ العقد بما يتماشى مع انتظام سير المرفق العام<sup>(٤٢)</sup>، كذلك تقوم الإدارة في بعض الأحيان في إصدار الأوامر الإدارية، وذلك بعد أن يتم التعاقد، حيث تلزم فيها المتعاقد معها في أن ينفذ التي تمت التعاقد من أجلها وحسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ومن هنا نلاحظ أن الإدارة هي من تختار الطرق والآلية لعملية التنفيذ، وكذلك الإدارة هي من توجه المتعاقد وتراقب تنفيذ أعماله، ومن يتعاقد معها يكون خاضعاً لكل ما تريده الإدارة لكي يتم تنفيذ العقد وفق ما رسمه القانون من أن يسبب ذلك ضرراً لمن يتعاقد معها، ولما كانت الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة وانتظام سيرها فإن ذلك لا يعني أنها عند تعاقدها مع أحد الأشخاص أن تتخلى عن مسؤوليتها لهؤلاء الأشخاص، بل أن هؤلاء المتعاقدين يبقون تحت إشراف ورقابة الإدارة، وأن الإدارة تتمتع بهذا الحق بالنسبة إلى جميع العقود الإدارية، سواء نص على هذا الحق في العقد، أم في نصوص تشريعية أو قواعد أو لوائح تنظيمية، بل أن هذا الحق معترف به للإدارة حتى ولو نص العقد على ما يخالفه<sup>(٤٣)</sup>.

وإن من الواضح ان الإدارة لها الحق في ممارستها للرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية وذلك يعتبر ميزة تتحلى بها والإدارة، بالإضافة إلى سلطات وامتيازات أخرى منحها لها القانون وفقا للمبادئ الأساسية للعقود الإدارية ومن هنا من المنطق ان نلاحظ وجود علاقة فيما بين سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه وسلطة الإدارة في توقيع الجزاء، كونهم يخضعون لنفس تنظيم أحكام العقد الإداري عامة، وبالتحديد القواعد التي تحكم مرحلة تنفيذ العقد الإداري... وتختلف هذه الجزاءات من حيث طبيعتها عن جزاءات العقد المدني، فإذا كانت الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء وتعويض المتعاقد بحيث تعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة الناشئة بين طرفي العقد، فإن جزاءات العقد الإداري تستهدف ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية بما يكفل تأمين سير المرافق العامة بانتظام وإطراد<sup>(٤٤)</sup>.

وان الامتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة المتعاقد باعتبارها الجهة العليا التي تسهر على حسن تنفيذ عقودها الادارية المتصلة بالمرافق العام، والتي فرضتها مجريات مسار العلاقة التعاقدية ونتيجة وقوع خطأ عقدي<sup>(٤٥)</sup>، ومن تلك الجزاءات التي يمكن ان تفرضها الادارة على المتعاقد معها، ينبغي على التحديد السابق للجزاءات الإدارية، اختلافها عن بعض الجزاءات الأخرى، فمن جانب يخرج عن نطاق العقوبات الإدارية تدابير الضبط الإداري بأنواعها، وذلك لأن الجزاء الاداري يتسم بغايته العقابية فهو يعاقب على التقصير في أداء التزام، فيحين تدابير الضبط الاداري، تستهدف على وجه الخصوص اما الوقاية أو الإصلاح<sup>(٤٦)</sup>.

فمن الاجراءات التي تقوم بها الادارة فمثلا سحب التراخيص، ينتمي إلى اجراءات الضبط الاداري وذلك إذا كان حفاظا على الامن العام، في حين يعتبر جزاء إداريا إذا اتخذته الادارة على إثر ارتكاب جريمة<sup>(٤٧)</sup>، وليس هذا فقط انما الامتياز أو الاستثناء الذي حصلت عليه سلطة الادارة فإنه يمكن فرض الجزاء على كل من يخل بواجباته الوظيفية أو أحد مقتضياتها وهذا ما يعد جزاء ردعيا خاصا وهذه الصفة الأخيرة التي تربطه مع الجزاء، لأنكل منهما يوقع إلا اثر وقوع خطأ معين أو اقتراب وقوعه، وهذه الخاصة تمثل السند القانوني لتطبيق الادارة للجزاء التأديبي وهي نقطة الفصل والفرقة بينهما<sup>(٤٨)</sup>.

هناك العدد من الجزاءات منها الجزاءات المالية التي تم الإشارة إليها سابقا وتتمثل في (التأمينات الاولى والغرامات التأخيرية والتحميلات الادارية)، فضلا عن الجزاءات الجنائية

التي تفرض على المتعاقدين مع الادارة في حالة اخلاله بالالتزامات التعاقدية، فقد يلجأ الطرف المضرور إلى الدفع بعدم التنفيذ بهدف اجبار الطرف الاخر على تنفيذ التزامه والدفع بعدم التنفيذ، ففي القانون المدني العراقي والمادة (٢٨٢) التي نصت على: لكل من التزم بأداء شيء ان يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفق بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به.

فإذا قدم الدائن تأمينا كافيًا للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن اداء ما التزم به))، وكذلك تم تعريف ذلك على انه: (امتناع مشروع من احد الطرفين عن تنفيذ التزامه مؤقتا لإجبار الطرف الاخر الممتنع عن تنفيذ التزامه على التنفيذ، فهو وسيلة تهديد يستعملها الدائن لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، وهو يشكل ايضا ضمانا للدائن، إذ يتوقف الاخير عن تنفيذ التزامه حين قيام المدين بتنفيذ التزامه، وبذلك يتجنب اعسار المدين قبل التنفيذ)<sup>(٤٩)</sup>.

وهناك رأي على ان الادارة هي من لها الامتياز التنفيذ المباشر ومن هذا الرأي الفقيه "هوريو" بقوله: (من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم، بخصوص المرافق العامة للدولة، وانطلاقا من ذلك يحق للإدارة أن تفرض أي جزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليقض ي لها بهذه الإجراءات)<sup>(٥٠)</sup>، وكذلك الفقيه "فيدال" شاطره الرأي نفسه قائلا: (إن امتياز الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها هو من بين أهم امتيازات التنفيذ المباشر التي تملكها جهة الإدارة، وبالتالي يمكن للإدارة تطبيق الجزاءات على المتعاقد معها متى دعت ضرورة ضمان السير الحسن للمرفق العام، وهذا دون الحاجة منها إلى تضمين نصوص العقد ذلك)، وهناك رأي مختلف عن هذه الآراء فقد ذهب البعض من الفقهاء معارضا ذلك، الفقيه "شينو" والذي يرى بأنه (ليس للإدارة الحق في أن تقوم باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، إلا في حالات معينة، يكون فيها استعمال هذا الحق مبررا وفي حالات خاصة، إما بنص قانوني أو لأسباب خاصة كما في حالة الضرورة، أو عند استحالة وجود وسيلة قانونية، كما أننا نجد من بين المعارضين لهذا الاتجاه كذلك كال من الفقيهين "لافيير وبريتلمي" والذان يريان بأنه ليس باستطاعة الإدارة

ممارسة سلطاتها إلا في الحدود الممنوحة لها من المشرع فقط<sup>(٥١)</sup>. ويرى الفقيه "بيكينو" وحسب ما يراه من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي وذلك بقضية "شركة ملاحه جنوب الاطلنطية" بتاريخ ١٢-١٠-١٩٢٩، والذي كان: ((من حق الإدارة استعمال سلطاتها في التنفيذ المباشر عندما تطبق جزاء ضد المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون حاجة إلى وجود نص صريح في العقد يخولها هذا الحق، فهذه الامتيازات هي ما يميز العقد الإداري)).

وان الفقهاء العرب ما اكدوا عليه فقد اعتبروا: ((الإسساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، يكمن في فكرة السلطة العامة فالجزارات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها في حالة ما إذا قصر أو أخل في تنفيذ التزاماته التعاقدية ما هو إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال الامتياز التنفيذ المباشر الذي يعد بدوره أحد أهم الامتيازات التي تمتلكها الإدارة قبل الأفراد))<sup>(٥٢)</sup>، وكان لرأي الفقيه "إندري دي لوبادير" في فرنسا على أنه ((الجزاءات التي تمتلكها جهة الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية لا تستهدف قمع أو جرح الإخلال أو إعادة التوازن للالتزامات التعاقدية فحسب، بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان كفالة حسن سير المرافق العامة))<sup>(٥٣)</sup>، وهذا ما يلاحظ بأن القانون العام أنه يسمح للإدارة أن تقوم بمباشرة سلطاتها في توقيع الجزاءات بنفسها، ومن دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، كلما رأت أن في إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء بالتقصير في أدائها أو التأخير فيها والتعاس عنها مساس بالسير المنتظم للمرفق العام<sup>(٥٤)</sup>.

## الخاتمة:-

مما تقدم يتبين لنا أن الإدارة لها الحرية في التعديل على العقود الإدارية، ولكن وفق ما تقتضيه المصلحة العامة، والتي تكون في تسيير المرافق العامة بانتظام، وأن لا يكون هذا التعديل الذي تقوم به الإدارة على العقد يسبب ضرراً على المتعاقد معها، والا يخرج عن القواعد القانونية، وأن ما تم منحه للسلطة الإدارية ما هو إلا لتحقيق غاية كبيرة وهي خدمة المجتمع من خلال مراقبة المرافق العامة، وأن العقود الإدارية مختلفة عن العقود الأخرى، وباعتبار أن العقود بطبيعتها يكون طابع الاتفاق بين المتعاقدين ولا يحق لأي طرف التغيير أو التعديل على العقد إلا موافقة أطراف العقد، وأن الاختلاف في العقود الإدارية يكون الحق

للإدارة في التعديل على العقد وان كان ذلك غير موجود شرطاً أو نصاً مكتوباً، ولكون الإدارة هي من تسهر وتراقب وتحافظ على سير المرافق العامة، وهذا ما وجودت الإدارة من أجله، وللإدارة أيضاً الحق في التعاقد وفق العقود المدنية، وفي هذا موضوع آخر. إن الأساس القانوني الذي يتم منحه سلطة الإدارة في عملية فرض الجزاء على من يتعاقد معها، وقد أكدنا كذلك ان هناك من استند إلى فكرة السلطات العامة والتي جعلت الإدارة لها الحق في أن تقوم بفرض الجزاءات، وكذلك تفي آراء الفقهاء الذين انطلقوا بأفكارهم في هذا الأمر، وما هو مبررات منح أو إعطاء السلطة للإدارة كقوة لإرادتها المنفردة، وان هذا المبرر هو فكرة المرفق العام والذي هو من وجود الإدارة وسلطتها الإدارية والتي منحت بها الإدارة وقيامها بفرض الجزاء ومن خلال وجود هذا المرفق وعملية استمرار بقاء المرفق العام وتنتج وهذا للمصلحة العامة وبناءً على ذلك لابد من الحفاظ على الدولة وكذلك الحفاظ على الأفراد في تلك الدولة من دون أن تتوقف عجلة مسيرة المرفق العام، لذلك ان السلطة التي تم منحها إلى الإدارة، وفق تلك الأسباب التي تم ذكرها انفاً، ولهذا السلطة لها الحق في عملية فرض الجزاءات.

### هوامش البحث ومصادره

- (١) د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر: القاهرة، ١٩٧٣، ص ١.
- (٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط١، دار الفكر العربي، مصر: القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦٢.
- (٣) الدليمي، حبيب ابراهيم حمادة، خصائص عيب الانحراف باستعمال سلطة الضبط الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ١١٠. ينظر: عبد المطلب، سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية: ص ٣٧٣
- (٤) الدليمي، حبيب ابراهيم حمادة، خصائص عيب الانحراف باستعمال سلطة الضبط الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ١١٠.
- (٥) قرارها المرقم ١٦٥، س ٢. ق في ٢١ / ٦ / ١٩٥٠ اورده عكاشة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة: ص ٥٨٨.

(١٩٢) ..... مبدأ فرض الجزاءات القانونية في العقود الإدارية

- (٦) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط١، دار الفكر العربي، مصر: القاهرة، ١٩٧٥، ص٥١-٥٢.
- (٧) علي، ابراهيم، الوسيط في القانون الإداري، جامعه المنوفية، ١٥١٩، ص١٠.
- (٨) بدير، علي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص٢٤٠.
- (٩) نصر الشريف عبد الحميد، العقود الادارية في التشريع الجزائري، المعهد الوطني الجزائري، رسالة في المعهد القضائي في الجزائر، ٢٠٠٤ - ٢٠٠١، ص٢٩.
- (١٠) محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط١، مصر، سنة ٢٠٠٧، ص٢٢٤.
- (١١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠ المشار إليه في بحث: أبو ضيف، محمد مصطفى، المشرف: دكتور أنس جعفر، سلطة تعديل العقد الإداري وفقاً لقانون التعاقدات الجديد، كلية الحقوق جامعة المنيا القانون العام، قسم الاداري، (ب،ت)، ص٢٧٣-٢٧٤.
- (١٢) عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات التعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٠٥.
- (١٣) محمد خلف الجبوري، العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٢، ص١٦٣-١٦٤.
- (١٤) القانون المدني الاردني، باب الاول، الفصل الاول، الفرع الاول، لسنة ١٩٧٦، المادة (٩٠).
- (١٥) القانون المدني الاردني، باب الاول، الفصل الاول، الفرع الاول، لسنة ١٩٧٦، المادة (٩٦).
- (١٦) القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المادة (١٤٦).
- (١٧) القانون المدني المصري، المرقم (١٣١)، لسنة ١٩٤٨، المادة (١٥٧).
- (١٨) القانون المدني الاردني، باب الاول، الفصل الاول، الفرع الاول، لسنة ١٩٧٦، المادة (١٠١).
- (١٩) القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المادة (١٤٥).
- (٢٠) القانون المدني القطري، المرقم (٢٢)، لسنة ٢٠٠٤، المادة (١٧٢).
- (٢١) القانون المدني القطري، المرقم (٢٢)، لسنة ٢٠٠٤، المادة (١٧٣).
- (٢٢) القانون المدني القطري، المرقم (٢٢)، لسنة ٢٠٠٤، المادة (١٧٤).
- (٢٣) فهمي، مصطفى ابو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص٣٧٨.
- (٢٤) شياح، ابراهيم عبد العزيز، اصول القانون الإداري اللبناني، الأر الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨١، ص٤٦٧.
- (٢٥) نظام الأشغال الحكومية الاردني الرقم (١١)، لسنة (١٩٨٦)، المادة (٤).
- (٢٦) نظام الأشغال الحكومية الاردني الرقم (١١)، لسنة (١٩٨٦)، المادة (٨).
- (٢٧) قانون تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية المرقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحقه، المادة (١) أولا منها. الوقائع العراقية، العدد (٤٣٢٥)، الطبعة المنقحة، تموز ٢٠١٧.

## مبدأ فرض الجزاءات القانونية في العقود الإدارية ..... (١٩٣)

- (٢٨) قانون تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية المرقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحق، المادة (١) ثانياً منها. الوقائع العراقية، العدد (٤٣٢٥)، الطبعة المنقحة، تموز ٢٠١٧.
- (٢٩) د. هاشم الحافظ، إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية في التشريع الأردني، الجامعة المستنصرية: كلية القانون، مجلد: ٢، العدد: ٩، ٢٠١٢.
- (٣٠) قانون المدني العراقي، المرقم (٣٠) لسنة ١٩٥١، المادة (٢٩٦).
- (٣١) الياسري، حسن نعمة ياسر، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، ٢٠١٦.
- (٣٢) الياسري، حسن نعمة ياسر، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، ٢٠١٦.
- (٣٣) القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المادة (٨٩٦).
- (٣٤) القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المادة (٨٩٧).
- (٣٥) عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بيروت، ٢٠٠٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٥٩.
- (٣٦) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، سنة، ٢٠٠٧، ص ١٢٠.
- (٣٧) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، ج ٢، (ب، ن)، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ٦٠١.
- (٣٨) نصر الدين مصطفى محمد، سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة التحدي، الظروف الطارئة، ليبيا، ٢٠٠٨، ص ٩٨.
- (٣٩) د. أمين مصطفى محمد، الحد من العقاب في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٨٨.
- (٤٠) د. محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية (دراسة فقهية وقضائية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٠٥.
- (٤١) زانا جلال سعيد، روقيه عثمان فارس، مسؤولية الإدارة المتعاقدة الناشئة عن فسخ العقد الإداري دراسة تحليلية مقارنة (جامعة السليمانية: كلية القانون، العراق، المجلة العلمية لجامعة جيهان، المجلد: ٤، العدد: ١، حزيران-٢٠٢٠، ص ٧١).
- (٤٢) حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الادارية، ج ٢، ط ١، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٨٦.
- (٤٣) محمود حلمي، العقد الإداري، ط ٢، دار الفكر العربي، مصر: القاهرة، ١٩٧٧، ص ٦٧.
- (٤٤) فاطمة ريغي، المشرف: مفتاح عبد الجليل، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الإنسانية، كلية الحقوق: قانون الاداري، رسالة ماجستير، ٢٠١٩/٠٧/٢٠، ص ١٦.
- (٤٥) جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود الادارية في الفقه والقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر- الاسكندرية، ٢٠٠٧.

(١٩٤) ..... مبدأ فرض الجزاءات القانونية في العقود الإدارية

- (٤٦) فاطمة ريغي، المشرف: مفتاح عبد الجليل، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الإنسانية، كلية الحقوق: قانون الاداري، رسالة ماجستير، ٢٠١٩/٠٧/٢٠، ص ١٦.
- (٤٧) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية" القرارات العقود في الفقه وقضاء مجلس الدولة"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧. م، ص ١٩-٢.
- (٤٨) محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الادارية دراسة فقهية قضائية، دار النهضة، مصر- القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٠٦.
- (٤٩) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء الجديد، مصر- المنصورة، ١٩٩٧، ص ٤٥٧.
- (٥٠) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها "دراسة مقارنة"، الطبعة ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٠، ص ٢٠٢.
- (٥١) دكتور مجدوب عبد الحليم، التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية - المجلد ٤ - العدد ٠٢ - السنة ٢٠١٩. هامش: ٦.
- (٥٢) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة: كلية الحقوق، ١٩٧٣، ص ٣٤١-٣٤٢.
- (٥٣) جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة الماجستير القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ٥٢.
- (٥٤) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه، جامعة قسنطينة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ١٠٨.