مدى فاعلية الجزاءات الإدارية نتيجة الإخلال بالعقد الإداري في التشريع العراقي والسوري

- دراسة مقارنة -

الدكتور ميثم نعمتي
استاذ مساعد، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية، طهران، إيران
mnemati@ujsas.ac.ir
دلشاد محمد قاسم
طالب ماجستير، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة الأديان والمذاهب، قم، إيران
www.dl123455@gmail.com

The effectiveness of administrative penalties as a result of breaching the administrative contract in Iraqi and Syrian legislation

- A comparative study -

Dr. Maytham Namaty
Member of the scientific committee and the teaching staff at the University of Judicial Sciences and Administrative Services - Qom - Iran- Qom - Iran
DALSHAD MOHAMMED QASIM
Master Student, Faculty of History - Department of Islamic History- University of Religions and Sects - Qom - Iran

الملخص:-

تلجأ الإدارة من أجل أن تنفذ تصرفاتها التي تكون متعلقة بإدارة المرفق العام، بإبرام عقود مع أشخاص القانون الخاص، ولا فرق كان هؤلاء الأشخاص: (أفراد، أو أشخاص اعتباريين)، ويكون أمام الإدارة عدة خيارات بهذا الصدد، إما أن تتصرف على قدم المساواة مع المتعاقد معها، أو تستعمل سلطتها وامتيازاتها بالعقد، وبواسطة خضوعه للقواعد القانونية العامة، وأن يكون متضمناً شروط لا تكون مألوفة بشكل عادي، ضمن القواعد القانونية الخاصة.

ومن حيث أن سلطة توقيع العقوبات تعتبر من الامتيازات التي تكون مهمة والتي تملكها الإدارة، وذلك عندما يخل بالالتزامات العقدية، أو من خلال تأخره بالتنفيذ، أو حالة التنفيذ بطريقة ليست متفقة معه، وإن سلطتها بفرض العقوبة لكون حقها كسلطة عامة، ويجب أن تساهم بسير المرافق العامة بفعالية وكفاءة.

وسنتبع ضمن هذا البحث المنهج الوصفي، للكشف عن مدى كفاءة وفعالية الجزاءات التي تكون إدارية، وذلك نتيجة الإخلال بالعقد الذي يكون إدارياً، والمنهج التحليلي عن طريقة استقراء النصوص والأحكام ذات الصلة بالدراسة (القانون العراقي)، والمنهج المقارن من خلال البحث بالقانون العراقي ومقارنته مع القانون السوري.

وعند الانتهاء قد تم الوصول على عدد من النتائج، وأيضاً التوصيات والمقترحات، والتي من شأنها أن تساهم في توضيح الفاعلية اللازمة للجزاءات التي تكون إدارية، وذلك نتيجة الإخلال بالعقد الذي يكون إدارياً.

الكلمات المفتاحية: إخلال، عقد، جزاء، عراقي، سوري.

Abstract:-

Manage the affairs of the personnel contracted with it, or use its powers and privileges by contract, and by being subject to the rules of public law, and familiar with private law.

And in that the authority to impose penalties is considered one of the privileges that the administration possesses, and that is when it violates contractual obligations, or through delay in implementation, or implementation in a disproportionate manner, and its authority to impose penalties because it is a public practice, and it must contribute to public utilities, regularly and steadily.

Within this research, we will follow the descriptive approach to determine the effectiveness of administrative penalties as a result of violating the administrative contract, and the analytical approach on the method of constancy of texts and rulings related to the study (Iraqi law) and comparative. By researching the Iraqi law and comparing it with the Syrian law.

Upon completion, we reached conclusions and recommendations that would contribute to clarifying the necessary effectiveness of administrative penalties as a result of breaching the administrative contract.

Keywords: violation, contract, penalty, Iraqi, Syrian.

المقدمة:ـ

إن موضوع تسيير المرفق العام يجب أن يكون مرافقاً له مجموعة من العقوبات التي من شأنها كفالة إدارته بفعالية وكفاءة، ويكون من شأنها أن يجبر المواطنين لتنفيذ الالتزام العقدي مع الإدارة، وحتى لا يكون مترتب على البطء بتنفيذها تعطل المرفق العام[1]، ولكون الجزاءات المذكورة لها طابع مالي يفرض على المتعاقد، وتتجسد بكمية الأموال يكون من حق الإدارة أن تقوم بمطالبة المتعاقد بها، وذلك في الحالة المتعلقة بإخلاله بالالتزام المترتب بذمته نتيجة لإبرام العقد مع الإدارة، وإن العقوبات المذكورة لها شكلين، والبعض منها يكون غايته تغطية الأضرار الواقعة بسبب الإخلال بالالتزام، ويتمثل بالتعويض، والبعض الآخر بهدف فرض العقوبة، ولإجباره لينفذ التزاماته بدون النظر للأضرار اللاحقة بالإدارة، وهي: (الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات).

وتستند الإدارة بتوقيعها للجزاء الإداري في حقها باعتبارها سلطة عامة، ويجب أن تمارس واجبها بإدارة المرفق العامة، ومن حيث أن السلطة المذكورة ممنوحة لها بموجب الدستور والقانون الإداري، وتنبع من طبيعة العقود الإدارية لكونها أداة لكي تمارس حقوقها والواجبات المرتبطة بها لكونها من السلطات العامة.

- أهمية البحث:

تكمن هذه الأهمية لكون الجزاءات التي تكون إدارية التي تفرض على من يتعاقد مع الإدارة نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدي، المبرم مع الإدارة، ولكون الجزاء يفرض على المتعاقدين بموجب قرار فردي من الإدارة، بدون حاجة للجوء للقضاء، وتكون خاضعة للرقابة القضائية بشكل ضيق، وتوضيح تكييفها القانوني، ومدى فاعليتها لضمان التنفيذ التعاقدي مع الإدارة، وخصوصاً أنه يرافقها عديد من المشكلات التي سنقوم بتوضيحها، وذلك عن طريق التمييز والمقارنة بين التشريع العراقي، وأيضاً التشريع السوري.

- أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى الكشف وإبراز أهمية، وكفاءة وفعالية، السلطة التي تملكها ممنوحة للإدارة بفرض جزاء إداري على المتعاقد معها، في حالة الإخلال بالالتزام التعاقدي،

وللمحافظة على استقرار العقد الإداري، ولإلزام المتعاقدين معها لتنفيذها، ومن أجل شرحها، والآثار التي تكون ناتجة عن الامتيازات المذكورة، والقيود التي من الواجب أن تكون مقيدة بها الإدارة، والمدى المتعلق بالسلطة المختصة من الناحية القضائية، وبخصوص الرقابة على فرضها وتوقيعها.

- إشكالية البحث:

تتجلى المشكلة الخاصة بهذه الدراسة للإجابة عن الأساس القانوني للامتياز الممنوح للإدارة بالعقد الإداري، والطبيعة القانونية لهذه الجزاءات، والضوابط المتعلقة بفرضها، وصورها، والفعالية الخاصة بها ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للالتزامات المتعلقة بهم، ولحسن استقرار المعاملات القانونية، وبخصوص حدود الرقابة القضائية عليها، ونورد بعض الأسئلة من خلال الدراسة:

١- ما هو الأساس القانوني للامتيازات التي تملكها الإدارة ضمن المجال الخاص بالعقد الذي تقوم بإبرامه.

٢- ما هي الطبيعة المنصوص عليها في القانون، وذلك للعقوبات، والجزاءات التي تكون إدارية، ويتم فرضها بحق المتعاقدين مع الإدارة، وما هي أشكالها، والفعالية المتعلقة بها لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية ولمدى استقرار الارتباط القانوني بالعقد الإداري، وحدود الرقابة القضائية عليها، والتي كفلها المشرع الجزائي في القانون العراقي والسوري؟

- منهج البحث:

سنتبع ضمن دراستنا على منهجين أساسيين وهما:

١- **المنهج التحليلي:** من أجل فهم الأحكام التي تكون مرتبطة بشكل أساسي وجوهري بمضمون الدراسة وتحليلها بدقة، وبشكل خاص ما له علاقة (أي القانون العراقي والسوري)، وللوقوف على مسألة الجزاءات التي تكون إدارية وفعاليتها والإشكالات الناجمة عن تفرد الإدارة بفرضها.

٢- **المنهج المقارن:** بالإضافة لاتباع هذا المنهج من خلال دراسة القانون العراقي

ومقارنته مع القانون السوري، ولتوضيح أوجه الثغراث والقصور وتوضيح الأثر المترتب على سلطة الإدارة بفرض الجزاء الإداري على من يتعاقد معها.

- الدراسات السابقة:

ذكرى عباس على (٢٠٠٩):

"الجزاءات الإدارية التي يتم فرضها على المتعاقد مع الإدارة"، تناولت الباحثة في هذه الدراسة أنواع الجزاءات المفروضة بحث المتعاقدين مع الإدارة، وبسبب إخلالهم بالعقد الإداري، وبالمقارنة بين القانون العراقي، والفرنسي والمصري، ولم تتناول الموضوع المتعلق بالجزاءات الإدارية بصورة موسعة وشاملة، وتوضيح فعالية فرضها، وبالمقارنة بين القانون العراقي والقانون السوري، وبالتالي فإن عنوان دراستنا هو بحث جديد في موضوعه، ولم يتم التطرق إليه سابقاً.

- مخطط البحث:

المبحث الأول: أثر الجزاءات الإدارية عند الإخلال بالعقود التي تكون إدارية.

المطلب الأول: أثر الجزاءات المالية عند الإخلال بالعقود التي تكون إدارية

المطلب الثاني: أثر الجزاءات الضاغطة والفاسخة عند الإخلال بالعقود التي تكون إدارية.

المبحث الثاني: العوامل المتعلقة بتقوية فعالية الجزاءات الإدارية.

المطلب الأول: العوامل المانعة لتقوية فعاليتها.

المطلب الثاني: العوامل الموجبة لتقوية فعاليتها.

المبحث الأول

ثر الجزاءات الإدارية عند الإخلال بالعقود الإدارية

إن هذه الجزاءات يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع: (مالية مرتبطة بالجوانب المادية للهدف من تأسيس العقد الإداري بخصوص الطرف التي يكون متعاقداً مع الإدارة، وضاغطة

ويكون هدفها الضغط على من يتعاقد مع الإدارة، والتي لا يوفي بالتزاماته العقدية، وسلطة الإدارة بفسخ العقد الذي لا يتم تنفيذه، وسواء كان ذلك بعد العقد، أو جزءاً منه).

وسنقف في هذا المبحث على أثر الجزاءات المالية عند الإخلال بالعقود الإدارية محل البحث وذلك (المطلب الأول)، ومن ثم سوف نعرض أثر الجزاءات الضاغطة والفاسخة عند الإخلال بالعقود التي تكون إدارية، في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر الجزاءات المالية عند الإخلال بالعقود التي تكون إدارية

يمكن اعتبارها من المواضيع الأصلية بخصوص استخدام الإدارة لسلطة تنفيذ العقد بطريقة مباشرة، ولما يكفل الحق باللجوء للقرار الإداري، ودون اللجوء للسلطة القضائية، وتستعملها الإدارة وتنسجم مع مبدأ سير المرفق العام بفعالية واستقرار، وتتجسد بالأموال التي يمكن أن تطالب الإدارة المتعاقد معها عندما يخل بالالتزام المرتب بذمته، وذلك بسبب العقد الموجود بينه وبين الإدارة، وتكون هذه نوعين: (لتغطية الأضرار الحاصلة بسبب الإخلال بالالتزامات، والمتجسدة بالتعويض، أو بهدف فرض العقوبة على المتعاقد، ولتنفيذ الالتزام بدون النظر للضرر اللاحق بالإدارة، وتتجسد في بالغرامة التأخيرية وأيضاً تتجسد بمصادرة التأمينات.

سوف نعرض الغرامة التأخيرية والتعويض (الفرع الأول)، ومن ثم مصادرة التأمينات (الفرع الثاني).

الفرع الأول - الغرامة التأخيرية والتعويض.

أولاً: الغرامة التأخيرية

يمكن تعريفها بأنها المبلغ الكلي أو الإجمالي المحدد مسبقاً بالعقد الإداري، والمفروضة من الإدارة على من يتعاقد معها عندما لا ينفذ الالتزامات وفقاً للعقد، أو عندما يتراخى ويحدث تباطئ في التنفيذ من قبله، أو حدوث حالة من التأخير في التنفيذ وفق المطلوب.

ومن مميزاتها أن تحدد عندما يبرم العقد، وعندما لا يكون منصوص عليها بالعقد فلا يمكن للإدارة أن تفرضها، وحتى في حالة تأخير المتعاقد عن التنفيذ الخاص بالالتزام

المفروض عليه، وهذا بعكس الجزاء الذي يكون مالياً، والذي يكون من المفترض أن تفرض، وحتى لو لم يتم ذكرها والنص عليها بشكل صريح، ويمكن ورودها بالشروط التي تلحق بالاتفاق التكميلي، ولكونها جزء من العقد[٢]، ولا يمكن حصول الإدارة على التعويض عندما يتأخر المتعاقد بالتنفيذ إلا بموجب القضاء المختص للمطالبة بذلك والضرر الناجم عن حالة التأخر، وبدون اتخاذ أي إجراء آخر، أو إنذار، وذلك بعكس رأي القضاء الفرنسي للتسريع بتنفيذ الالتزام، وتكون من حق الإدارة وحتى لو لم يلحقها ضرر[٣]، وتفرض بموجب قرار إداري[٤]، وبموجب القضاء العراقي والذي اعتبر أن الشرط الجزائي مشابهاً للغرامة التأخيرية[٥]، وطبق العقود الإدارية على الغرامة التي تكون تأخيرية، وأيضاً قام بالتمييز بين بين الشرط الذي يكون جزائياً، وأيضاً بين الغرامة التي تكون تأخيرية، وفق ما ورد قي حكم محكمة التمييز في العراق رقم ٤٢/ح/٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٥ [٦].

ثانياً: التعويض: -

هو جزاء مالي يكون مقرراً بموجب القانون في حالة الإخلال بالالتزام التعاقدي، وعندما لا ينص العقد على أي جزاء بحالة الإخلال خلال تنفيذه، ويمكن اعتبار التعويض من الجزاءات المالية، والتي من شأنها أن تشكل ضرورة تغطية الأضرار الحاصلة للإدارة، وذلك بسبب حدوث إهمال من قبل المتعقد، وذلك بخصوص تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه، والأمر الذي من شأنه أن يؤدي لإلحاق الضرر بأية مشروع عام، وتم تعريفه بأنه: (مبلغ من المال ويحق أن تطالب به الإدارة المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته، في حالتين: (الحالة المتعلقة بسكوت العقد أو الدفتر الخاص بالشروط) وعدم وجود نص على عقوبة مالية أخرى: والمثال على ذلك: (الغرامة لمواجهة الإخلال المذكور)[٧].

ويشترط لاستحقاق التعويض توفر: (عنصر الخطأ، وأيضاً عنصر الضرر، وبالإضافة إلى ذلك الرابطة السببية بينهما) والاختلاف يكون بوسيلة التحصيل، ولا يحكم به إلا في حال ثبوت الضرر اللاحق بالإدارة، ويتم تقدير التعويض وفق جسامة الضرر الذي لحق بالإدارة بسبب الإخلال الحاصل من المتعاقد وعدم تنفيذه لالتزاماته.

ويتم الحكم بالتعويض بموجب القضاء، ولم يمنح القانون للإدارة سلطة فرض التعويض، وقد نص قرار محكمة التمييز في العراق على أنه: (يكون مشترطاً ليكون التعويض

مستحقاً أن يصدر حكم قضائي، وأن يكون الضرر ثابتاً من جانب الإدارة، والعلاقة التي تكون سببية بينهما، وتعتبر قاعدة عامة لاستحقاقه بالقانون المدني)[٨]، ومن حيث أن مقدار التعويض يعتبر مسألة تقديرية للقاضي، ومسألة واقع تكون بها المحكمة الخاصة بالموضوع، وذلك بموجب الصلاحية التقديرية التي تمتلكها.

الفرع الثاني - مصادرة التأمينات.

أولاً: المفهوم الخاص بالمصادرة المتعلقة بالتأمينات

إن التأمينات يكون مقصوداً بها المبلغ الذي يودع لدى الإدارة المختصة، والهدف من المبلغ المذكور أن يكون المتعاقد جدياً لإنجاز تنفيذ الالتزامات، ولتوخي أثر الخطأ الذي ترتكبه الإدارة خلال تنفيذ العقد، ولمواجهة الأمور الناتجة عن حدوث تقصيره[٩].

ويقسم التأمين لنوعين:

١- النوع الأول: هو التأمين الذي يكون مؤقتاً: ويكون عادة بنسبة معينة من قيمة العقد، ويشكل ضمانة ليظل العطاء باقياً خلال كامل المدة المحددة من أجل أن يسري، ولتسديد التأمينات النهائية عندما يتم إرساء العطاء، وإذا سحب العطاء من مقدمه، وقبل إنتهاء فترة التقديم، أو لم يدفع التأمين النهائي.

٢- النوع الثاني: هو التأمين الذي يكون نهائي: ويسمى بالضمان، ويدفعه المتعاقد بعد إحالة العقد له بشكل نهائي وقطعي.

ثانياً: الشروط المتعلقة باستحقاق بالتأمين

١. الشرط الأساسي لاستحقاقه هو تحقق السبب والمتمثل بإخلال المتعاقد أو تأخره بتنفيذ العقد.

٢. ولا يكون مشترطاً لاستحقاقه أن تثبت الإدارة الضرر، وذلك لأنها تكون مستحقة عند الإخلال أو التأخر بتنفيذها، وإن الركن الخاص بالضرر لا يكون مشترطاً بالأساس.

ومن حيث أن المصادرة الخاصة بالتأمين تكون متفقة مع الغرامة التي تكون تأخيرية، وذلك لأنهما يستندان بتحصيلهما لمقتضيات النفع العام، والنظام العام، وضمان السير

الحسن للمرفق العام بفعالية وكفاءة، وبخصوص إنذار المتعاقد بمصادرة التأمين، فإنه مكان للخلاف بين الفقه لأن البعض يعتبره ضرورة لاستحقاق التأمين والبعض الآخر لا يعتبر كذلك.

المطلب الثاني

أثر الجزاءات الضاغطة والفاسخة عند الإخلال بالعقود التي تكون إدارية

سنقوم بعرض الأثر المتعلق بالجزاء الضاغط (الفرع الأول)، ومن ثم الأثر المتعلق بالجزاء الفاسخ (الفرع الثاني).

الفرع الأول -الأثر المتعلق بالجزاء الضاغط

يمكن اعتباره أشد الجزاءات المالية، وأيضاً يتم اعتباره بمثابة الوسيلة، وتلجأ له الإدارة لإجبار المتعاقد لينفذ الالتزام المتعثر، والمترتب بذمته[١٠]، وهي ذات طبيعة تكون مؤقتة، وتؤدي إلى أن ينفذ العقد.

أولاً: أثر السحب الخاص بالعمل من المتعاقد.

يتم تطبيق الجزاء المذكور بعقد الأشغال العامة[١١]، وهو وسيلة للضغط، وتجنباً لخطر من الممكن وقوعه بسبب إهمال المقاول، وإخلاله بتنفيذ الالتزام العقدي المترتب عليه وفق نصوص العقد، وتحل (الإدارة) مكان المقاول أو يتم تعيين مدير يقوم بتسيير أعمال المقاولة وتنفيذ الأشغال التي تنفذ من قبل المقاول المتخلف، وعلى حسابه ومسؤوليته"[١٢].

ومن شروط تطبيق هذا السحب أن يحدث خطأ وهذا الخطأ يكون على درجة كبيرة من الجسامة، ويحدث ذلك خلال تنفيذ الأعمال والتي تكون محل التعاقد، والخطأ الجسيم يأخذ صورتين: الأولى: عدم مراعاة الشروط الخاصة بالعقد من قبل المتعاقد، والثانية: أن لا يمتثل لأوامر الإدارة الخاصة بالمصلحة.

وكذلك فقد تقرر الإدارة إجراء تعديلات بسيطة على الأعمال والتي ترى الإدارة بموجبها أن هذه التعديلات تؤدي وظيفة أفضل في تحقيق الصالح العام والمنفعة العامة، ولكن هذه التعديلات لا بد أن تكون داخلة في تقديرات المتعاقد ذلك أن التعديلات الجسيمة لا شك تحتاج لاتفاق جديد.

ثانياً: يجب إعذار المتعاقد قبل السحب الخاص بالعمل منه.

إن نص المادة /٥٤/ من قانون العقود الموحد في سورية رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤ أشارت على أنه: (آمر الصرف يحق له سحب التعهد وينفذه على حساب المتعهد، وعند عدم مباشرته للشروط بالوقت الملائم، وتجاوزه ثلث الكمية المسلمة أو ربع أي جزء في حال نص القانون على التسليم المجزأ، أو في حال ممارسته التلاعب، والرشوة والغش، وإذا أخل بالتزامه ولم يصحح خطأه.

الفرع الثاني - الأثر المتعلق بالجزاء الفاسخ

أولاً: أنواع الفسخ الخاصة بالعقد:

يوجد عدة أنواع للفسخ، وهذه الأنواع هي

١. الفسخ الذي يكون اتفاقياً.

٢. الفسخ الذي يكون بقوة القانون.

٣. الفسخ الذي يكون بموجب أحكام القضاء.

٤. الفسخ الذي يكون إدارياً.

ثانياً: حالات الفسخ الخاصة بالعقد:

قام مجلس الدولة الفرنسي بتحديد الشروط الخاصة بالفسخ وهي[١٣]:

أ - أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيم، وإن: (الإعمال أو الغش) يعتبران خطأ جسيم، يبرر للإدارة أن تفسخ العقد.

ب - يجب أن يتم إعذار المتعاقد قبل فرض جزاء الفسخ، إلا في حالة نص العقد على عكس ذلك.

ت - يقع الفسخ بقرار من قبل الإدارة، وبدون حاجة للجوء للقضاء، والرقابة التي تكون واسعة للقضاء على المشروعية الخاصة بالعقوبة.

ثالثاً: شروط الفسخ من جانب الإدارة:

١. الاختصاص: ويمثل أول شرط من صحة قرار الفسخ من جانب الإدارة، وإن الذي

يكون مقصود بهذا الأمر، أن يكون القرار صادر من قبل السلطة المختصة بإبرام العقد.

٢. السبب: هو الحالة التي تكون واقعية، أو الحالة التي تكون قانونية، والتي أدت لصدور القرار الذي كون إدارياً، ويتجسد بالظرف المتعلق بإتخاذ الإدارة بقرار الفسخ، ويجب أن يكون موجود، ويجب أن يكون السبب مشروع، ولا يخالف القوانين والأنظمة.

٣. المحل: إن محل القرار الإداري المتضمن الفسخ، يجب أن يكون عقد إداري يكون مبرم بين كل من: (الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري).

٤. الغاية: إن القرار المتعلق بالفسخ، يجب أن تكون غايته تحقيق المنفعة العامة، وفي حال صدر قرار بدون عاية، يكون مشوب بعيب إساءة استخدام السلطة.

وبموجب قانون العقود في سورية يوجد حالات للفسخ وهي: (حالة وفاة المتعهد، وحالة إفلاسه، والحالة الخاصة بالتصفية التي تكون قضائية، وإثبات المخالفة لنصوص قانون العقود، وفي حالة تجاوز مدة الوقت المخصص للتنفيذ لسنة كاملة).

المبحث الثاني

العوامل المتعلقة بتقوية فعالية الجزاءات الإدارية

ويكون هدفها إزالة الأثر الناتج عن حالة الإخلال في العقد الإداري، والإجراءات المذكورة من الممكن أن تلحق ضرر بالمسار الطبيعي للمرفق العام، وهذا الموضوع يستوجب البحث عن حلول تكون بديلة، لعدم التأثير سلبياً عليه محو الآثار الناجمة عن الإخلال بالعقد الإداري، ولأنها تشكل هدف له قيمة عليا، وتريد الإدارة تحقيقه بموجب جميع مكوناتها.

وسنقف في هذا المبحث على المطلب الأول: العوامل المانعة لتقوية فعاليتها محل البحث وذلك (المطلب الأول)، ومن ثم سوف نعرض العوامل الموجبة لتقوية فعاليتها، في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

العوامل المانعة لتقوية فعاليتها.

إن العوامل والأشكال، والتي يكون من شأنها أن تؤثر بطريقة مثالية، وأيضاً يكون لها تأثير فعال ومثالي بخصوص الجزاء الإداري، فإنه يتم تقسيمها لعوامل: (مانعة وموجبة)، وذلك لتقوية الفعالية الخاصة بالجزاء الإداري، وسوف نعرض الإجراءات الواجب على الإدارة اتباعها قبل فرض الجزاء الإداري (الفرع الأول)، ومن ثم ضرورة البحث عن متعاقد جديد لإتمام تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات الواجب على الإدارة اتباعها قبل فرض الجزاء الإداري

إن القانون العراقي والسوري، لم يرد في الأحكام وأيضاً لم يرد في النصوص الخاصة بهما، إجراءات لفرض الجزاء الإداري البسيط، وعلى سبيل المثال: (الغرامة التأخيرية، والتعويض)، وفي نفس الوقت نصت القوانين المذكورة على إنذار المتعاقد الذي يكون: (مهملاً أو مقصراً)

وإن قانون العقود في سورية، ورد فيه، وذلك عن طريق النص ضمن دفتر الشروط التي تكون عامة، وبعنوان: (الإجراء بحالة المخالفات أو القصور بتنفيذ العقد).

أولاً: عندما يقوم المتعهد بإيقاف الأشغال بدون أسباب معقولة ولا تقبلها الإدارة، وفي حال اعتبرت أن المتعهد قد قصر أو أهمل، أو كان عاجزاً عن تنفيذ الأمور وأيضاً من أجل تنفيذ العمل الذي يكون مطلوب تنفيذه ضمن العقد، أو في حال مخالفته أحكام العقد، وفي هذه الحالة فإن الإدارة تقوم بإنذاره لكي يبذل النشاط وللتقيد بالنصوص التي تكون مطلوبة، وخلال مهلة، لا تكون أقل من خمس /٥/ أيام، باستثناء الحالة العالجة، وتوضح في الإنذار المذكور نوعية: (الإهمال أو المخالفة والتقصير).

ثانياً: إن الإنذار التي ترسله الإدارة يعتبر بمثابة الوثيقة التي من شأنها إثبات حدوث الإهمال والمخالفة، وباستثناء تقديم المتعهد ضمن فترة ثلاثة /٣/ أيام من تاريخ تبليغه الإنذار، بأدلة تكون كافية، ومن أجل إقتناع الإدارة أن المخالفات والإهمال لأسباب وأعذار تكون مقبولة.

ثالثاً: في حال انقضاء فترة الإنذار، ولم ينفذ المتعهد الأمور المطلوبة منه بخصوص زيادة السرعة بالعمل، والتقيد بالشروط الخاصة بالعقد، ويحق للإدارة أن تتخذ عدة إجراءات بحقه وهي:

١- تقوم بالنيابة عن المتعهد، وبموجب نفقته: بزيادة المستخدمين والعمال، وعلى الرغم من اختلاف اختصاصاتهم والمهنة الخاصة بهم، وتشتري اللوازم، والمواد، وتقوم بجميع التدابير الضرورية، لتأمين سير الأعمال بموجب: (الدقة، والسرعة، والشروط المطلوبة بموجب العقد).

ويجب أن يدفع المتعهد كل التكاليف والنفقات، والتي تكون الإدارة قد تحملتها بهذا الخصوص، ومن حقه أن يعترض على الأسعار والأجور، والإجراءات التي تمت بموجبها إنجاز الأعمال، وأيضاً شراء المواد، وفي حال تأخره أو امتناعه عن دفع التكاليف والنفقات، ففي هذه الحالة يحق للإدارة أن تدفعها لأصحابها بالنيابة عنهم دون أي تأخير، وتقوم بحسمها من المطاليب، أو تقوم بتحصيلها، وذلك بموجب المادة /٣٧/ من دفتر الشروط المذكور.

٢-يمكن للإدارة أن تأمر بتوقيف العمل بأي جزء يوجد به مخالفة تلاحظها: وعدم السماح للمتعهد بأن يتابع العمل به، إلا بعد أن يزيل أو يصلحها، ويعود للتنفيذ ويجب أن يتقيد بموجب الأحكام المنصوص عليها بالعقد، ولا يجوز أن يطلب تعويض مادي، أو يطلب تمديد العقد، وذلك لإيقاف العمل بموجب الشكل المذكور[١٤].

الفرع الثاني: ضرورة البحث عن متعاقد جديد لإتمام تنفيذ العقد .

إن وسائل التعقاد مع متعاقد جديد تكون مختلفة بموجب القانون العراقي والسوري، لأنه يتم بموجب أكثر من طريقة.

أولاً: في العراق

١- المناقصة التي تكون عامة: لا يوجد قانون يتولى تنظيم المناقصة التي تكون عامة، والموجود هو عدد من التشريعات التي تتولى مهمة تنظيم القواعد المتعلقة بها، وتكون متناثرة بأكثر من قانون، وعلى سبيل المثال الوارد بشكل تعليمات أو بموجب نصوص خاصة وتنظم عمل بعض الوزارت والهيئات، والبعض يكون

متعلق بتطبيق قانون معين، وهذه النصوص تحكم تصرفات الإدارة لإجراء المناقصة التي تكون عامة، وعدد من النصوص، وأيضاً الأحكام والتي تكون قد صدرت عن السلطة المختصة من الناحية القضائية، وبشكل خاص: (عقد الأشغال العامة وعقد التوريد).

٢- المزايدة التي تكون عامة: إن أحكام المزايدة التي تكون عامة تكون متناثرة بين قوانين متعددة، وعلى سبيل المثال: (قانون بيع الأراضي الأميرية رقم /١١١/ عام ١٩٧٤، وقانون البيع وإيجار العقارات الخاصة بالحكومة رقم /١٧/ عام ١٩٦٧).

٣- التعاقد بشكل مباشر: وبموجب الحالة المذكورة يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد عن طريق الاختيار المباشر، ولا تتقيد بأية إجراء، وإن المثال على ذلك: (الوضع بالمناقصة والمزايدة)، ومن مميزات الطريقة المذكورة، المرونة من خلال اختيار الإدارة المتعاقد معها، وبموجب سلطتها التقديرية في هذا الأمر.

ثانياً: في سورية[١٥]:

١- المناقصة:

كانت هي الطريقة الأصلية للتعاقد وفقاً للقانون رقم /٢٢٨/ عام ١٩٦٩، وبعد أن صدر قانون العقود رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤ ألغيت هذه الصفة الأصلية، وتقوم الإدارة بالمناقصة عندما تكون الأداءات التي تريد التعاقد لأجلها محددة بشكل دقيق، وبدون تأثير على مبدأ المنافسة، وعند تجاوز القيمة الخاصة بها، قيمة السقف المحدد للشراء بشكل مباشر[١٦].

٢- الطلب الخاص بالعروض:

إن هدف الإدارة من هذا الأسلوب رغبتها بالتعاقد مع المرشح الذي يكون العرض الذي مقدم منه، هو الأفضل من الناحية: (الفنية، وأيضاً الاقتصادية والفنية)، ويتم استبعاد العروض الباقية، وهذا من شأنه للانفتاح على المجال التكنولوجي والتقني، وضبط الأسعار بموجب ما تقتضيه المنافسة التي تكون حقيقية.

المطلب الثاني

العوامل الموجبة لتقوية فعاليتها

إن هدف الإدارة يتجسد بشكل أساسي في تحقيق النفع العام، والتي تتمثل بشكل أساس وجوهري بالغاية السامية بجميع الأعمال الصادرة من الإدارة، ومن حيث أن الإجراءات التي تقوم بها الإدارة هي شكلية ومعقدة وكثيرة، سوف نعرض التخفيف من حدة الإجراء الشكلي والإجرائي قبل فرض العقوبة الجزائية على المتعاقد (الفرع الأول)، ومن ثم أن يحل متعاقد يكون ثانوي بدلاً من الأول بحالة فسخ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التخفيف من حدة الإجراء الشكلي والإجرائي قبل فرض العقوبة الجزائية على المتعاقد.

يوجد وسائل عديدة ومن شأنها زيادة فعالية الجزاء الإداري وهي:

أولاً: تبسيط الإجراء الإداري:

إن الإجراء المذكور يتمثل طريقة تكون فعالة لإنجاز الهدف الذي تريده الإدارة من تصرفاتها، وإن الخطر هو حالة التعقيد بالإجراء الإداري، والاعتماد عليها بشكل مطلق، وبهدف عرقلة سير الأعمال الإدارية[١٧].

ثانياً: التخلي عن الإجراء الذي يكون هدفه زيادة التعقيدات الإدارية:

إن التقيد والجمود الدائم للأجهزة الإدارية من شأنها أن تؤدي لحدوث تأخير في إتخاذ القرارات التي تكون إدارية، ويكون إصدار القرار موضوع صعب، ومن شأن ذلك هروب الموظفين من الأعمال وتكون السلطة الإدارية محصورة بأشخاص محددين، وهذا من شأنه تراكم أعمالهم وزيادتها[١٨]، ولهذا السبب يجب التخلي عن بعضها، والتي لا تمثل إلا تعقيدات إدارية، وينتج عنها حدوث تأخر بإصدار القرارات التي تتصف بالطابع الإداري.

الفرع الثاني: أن يحل متعاقد يكون ثانوي بدلا من الأول بحالة فسخ العقد.

أولاً: المقصود بأن يحل متعاقد يكون ثانوي بدلاً من الأول:

هو اتفاق بين المتعاقد والغير لتنفيذ جزء من العقد هو بذاته صاحبه"[١٩]، ويمكن تعريفه بأنه بمثابة التصرف الذي يكون قانونياً، والذي يبرمه المتعاقد الأساسي مع الغير، ويكون الهدف والغاية منه أن يتم تنفيذ جزء من المحل الخاص بالعقد.

١- في العراق: من شرط المقاولة بخصوص التصرفات والأعمال من الناحية الهندسية: وعلى سبيل المثال في مجالات: (الكهربائية والميكانيكية والكيميائية) شخص أو شركة أو مؤسسة بالمقاولة تقوم بتنفيذ جزء من الأعمال أو يتم التعاقد من خلال الباطن، ويكون الهدف من ذلك أن يتم تنفيذ جزء من المقاولة وبموافقة المهندس[٢٠].

٢- في سورية: يمكن أن يقوم المقاول بتوكيل كل العمل أو جزء منه، وذلك لمقاول آخر، ويكون ثانوياً، وذلك بحالة عدم وجود مانع بالعقد أو طبيعة العمل لا تعتمد على الكفاية الشخصية له[٢١].

ثانياً: الالتزامات الخاصة بالمتعاقد الذي يكون ثانوياً:

١- يجب أن يلتزم ببنود العقد:

وتكون موجود في العقد، وسواء تم تنفيذ جزء منها من قبل المتعاقد الأساسي أم لا، ويكون المتعاقد الذي يكون ثانوياً ملتزم بتنفيذ العقد بموجب ما يقضي به العقد، وبموجب الالتزام بحسن النية منه[٢٢]، ويجب أن يلتزم بدفتر الشروط التي قبل بها، ولكونها جزء من العقد، وبكل التوجيهات الصادرة من الإدارة خلال تنفيذ العقد المذكور، ويتم تنفيذها بموجب الحد المقرر بموجب القانون[٢٣].

٢- الالنزام بالتنفيذ بشكل شخصي للعقد، وعلى مسؤولية المتعاقد الذي يكون ثانوياً:

يجب أن يستخدم المتعاقد الخبرة والكفاءة الخاصة به ويكون الهدف من ذلك تنفيذ العقد، ويستخدم مؤهلاته من الناحية المالية والفنية، ويجب أن يقوم ببذل العناية التي تكون مطلوبة، ويكون الهدف من ذلك أن يقوم بتحقيق الغرض المذكور.

٣- الالتزام بالفترة التي تكون لازمة ليتم تنفيذ العقد:

يجب ألا يخل المتعاقد الثانوي بالالتزام العقدي، ويجب أن يسلم العقد بالوقت الذي تم الاتفاق عليه مع الإدارة[٢٤]، وإن حالة التأخير يوجب أن تستخدم الإدارة سلطتها بفرض الجزاء العقدي الإداري.

الخاتمة:ـ

تحدثنا في هذا البحث عن الجزاءات التي تكون إدارية، والتي يتم تقسيمها لجزاءات مالية، ومرتبطة بالشكل المادي، والتي تكون مستهدفة حالة الربح الذي يريد أن يحققه المتعاقد مع الإدارة، والجزاءات التي تكون ضاغطة وفاسخة، ويكون هدفها الضغط على المتعاقد، وعندما يخل بالالتزام التعاقدي، وإن فرض الإدارة للجزاءات التي لا تكون لها علاقة ببنود العقد، والمقصود بذلك لا يكون لها علاقة لنصوص العقد بأن يتم إجبار الإدارة لكي تفرض أي نوع من الجزاءات، وإن فرضها يكون نابعاً من الطبيعة الخاصة بالعقد الذي يكون إدارياً بذاته، ولكونه الأداة الأصلية لكي تمارس الإدارة حقها وواجباتها، ولكونها من السلطات التي تكون عامة بالدولة.

وبعد أن انتهينا في هذه الدراسة قمنا بالتوصل إلى عدد من النتائج، والتوصيات والمقترحات، والتي نجمل أهمها في الآتي:

أولاً: النتائج:

١- إن الجراءات الإدارية تعتبر بمثابة الطريقة التي تستخدمها الإدارة لتلزم المتعاقد الذي يكون مقصراً بتنفيذ إلتزاماته ليعمل بطريقة جدية، ولإنجاز المهمات التي تكون موكله له وفق العقد.

٢- يوجد في القانون العراقي والقانون السوري مجموعة من الجزاءات المذكورة، ولها دور مهم لكي يتم إلزام المتعاقد لتنفيذ التعهد الخاص به، وبالإضافة إلى ذلك تتدرج قوتها وأهميتها، وبدءاً من فرض الغرامة التي تكون تأخيرية، وحتى إنهاء العلاقة العقديةـ، وتقسم لجزاءات مالية: وعلى سبيل المثال: (الغرامة التأخيرية والتعويضات)، وضاغطة: وعلى سبيل المثال: (سحب العمل أو تنفيذه من متعاقد آخر، وفاسخة: (وتكون متمثلة بعدم قدرة الإدارة لفسخ العقد في الحالة المتعلقة بالاستحالة الخاصة بتنفيذ المتعاقد للالتزام الذي يكون مترتباً على عاتقه).

ثانياً: التوصيات:

١- إن هذه الدراسة توصي بأنه يجب على المشرع أن يقوم بتبسيط الإجراء الإداري،

والـذي لـه علاقـة بفـرض الجـزاء الإداري في القـانون: (العراقـي والسـوري)، والاستغناء عن إجراءات إدارية عديدة، ولا يكون هدفها سوى التأخر بتنفيذ العقد، وإنشاء وسائل تكون بديلة لفرضها تجنباً لهدر الوقت وذلك في حال مماطلة المتعاقد بتنفيذ الالتزام المترتب عليه.

٢- ضرورة سن القوانين الإدارية التي من شأنها ضمان فرض الجزاءات وتنفيذ العقود بأسرع صورة ممكنة، لحسن سير الأعمال والتصرفات التي تكون إدارية، ووضع متعاقد يكون ثانوياً في جميع العقود المبرمة مع الإدارة، وللعمل على تنفيذ العقد بشكل فوري، وذلك في حال أخل المتعاقد الأصلي بالتزاماته.

هوامش البحث

(١) د. محمد حسن مرعي: الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ١٣٢.

(٢) د. رياض عبد عيسى الزهيري: مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٠٥.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٥١٠.

(٤) د. أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٨٥.

(٥) الحكم الصادر عن محكمة التمييز العراقية رقم ٢١٠/ح الصادر في ١٩٦٥/٧/١٢ المنشور في مجلة القضاء، المجلد الثالث، ص ١٢٧.

(٦) المنشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة ٢١، ١٩٦٦، ص ٥٠.

(٧) د. محمود خليل خضير: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١، ص ١٧.

(٨) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٩/١٦ مذكور في محمود خليل خضير: مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٩) د. عبد الحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٠.

(١٠) فوزية عبد الستار: سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الفاسخة والضاغطة، دون تفاصيل، ص ٣٨١.

(١١) نسرين شريفي وآخرون: القانون الإداري، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٦٨.

(١٢) علي بن شعبان: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراة، جامعة بن عكتون، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٢٠.
(١٣) د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص٥٥٤.
(١٤) المادة ٤٠ من المرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ الصادر عام ٢٠٠٤ والمتضمن دفتر الشروط العامة.
(١٥) نص على هذه الطرق قانون العقود السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.
(١٦) د. محمد العموري: العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، ٢٠١٨، ص ٤٦.
(١٧) د. حنان مجاد: عقبات الإدارة المحلية ومشكلة التعقيد الإداري في الجزائر، مجلة مدارات سياسية، المجلد الخامس، العدد١، ٢٠٢١، ص ٢١٦.
(١٨) دنيا محمد حسن وفاء: المواطنة الفعالة كمدخل لتحسين الأداء في الجهاز الحكومي، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢ وما بعدها.
(١٩) د. عبد الهادي عباس: العقود الإدارية، الجزء الثاني، دمشق، دون سنة نشر، ص ١٢٥.
(٢٠) المادة الأولى من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية العراقي الصادر عام ١٩٨٨، بغداد، ص ١٢.
(٢١) الفقرة الأولى من المادة ٦٢٧ من القانون المدني السوري.
(٢٢) د. عبد المجيد الفياض: شروط الغرامة في العقود الإدارية، مجلة الإدارة العامة، العدد ١٩، ١٩٧٦، ص٣٥.
(٢٣) د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، السلطة التقديرية، مطبعة نصر، مصر، ١٩٥٨، ص ٨٠١.
(٢٤) د. عدنان العجلاني: الوجيز في الحقوق الإدارية، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٥٩، ص ٢٤٦.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر والمراجع

١. د. محمد حسن مرعي: الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.
٢. د. حنان مجاد: عقبات الإدارة المحلية ومشكلة التعقيد الإداري في الجزائر، مجلة مدارات سياسية، المجلد الخامس، العدد١، ٢٠٢١.
٣. د. عبد المجيد الفياض: شروط الغرامة في العقود الإدارية، مجلة الإدارة العامة، العدد ١٩، ١٩٧٦.
٤. د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، السلطة التقديرية، مطبعة نصر، مصر، ١٩٥٨.

٥. د. عدنان العجلاني: الوجيز في الحقوق الإدارية، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٥٩.
٦. د. رياض عبد عيسى الزهيري: مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.
٧.. د. عبد الهادي عباس: العقود الإدارية، الجزء الثاني، دمشق، دون سنة نشر.
٨. د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.
٩. د. أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٠. د. محمود خليل خضير: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١.
١١. د. عبد الحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
١٢. فوزية عبد الستار: سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الفاسخة والضاغطة، دون تفاصيل.
١٣. نسرين شريفي وآخرون: القانون الإداري، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٤.
١٤. على بن شعبان: آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراة، جامعة بن عكتون، الجزائر، ٢٠٠٨.
١٥. دنيا محمد حسن وفاء: المواطنة الفعالة كمدخل لتحسين الأداء في الجهاز الحكومي، القاهرة، ٢٠١٥.
١٦. د. محمد العموري: العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، ٢٠١٨.

ثانياً: القوانين:

١.الحكم الصادر عن محكمة التمييز العراقية رقم ٢١٠/ح الصادر في ١٩٦٥/٧/١٢ المنشور في مجلة القضاء، المجلد الثالث، المنشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة ٢١، ١٩٦٦.
٢. الحكم الصادر عن محكمة التمييز العراقية رقم ٣٨١/ استئنافية/٩٧١ في ١٩٧١/٥/١٨ النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى.
٣. المرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ الصادر عام ٢٠٠٤ والمتضمن دفتر الشروط العامة.
٤. شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية العراقي الصادر عام ١٩٨٨، بغداد.
٥. قانون العقود السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.
٦. القانون المدني السوري.