



القيود التي ترد على سلطة الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية

م. د ماجد حامد حمود الصراف

شعبة الأملاك والأراضي التربوية- القانون العام

majedhamed203@gmail.com

خلاصة

يكيف الباحث تلك الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها بأنها " وسائل ضبط إدارية"، وبما أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد بصورة عامة من شأنها أن تتعرض لحقوق وحريات الأفراد، فلا بد من وجود ضمانات للمتعاقد يجب على الإدارة مراعاتها قبل فرض الجزاء، وذلك للحد من إمكانية تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها وامتيازاتها. وستقتصر دراستنا البحث في سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية كونها تمثل أحد أهم الجزاءات التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد وذلك من خلال بيان مفهومها وأساسها القانوني وشروط فرضها وحالات الإعفاء منها وكذلك ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة من فرض الغرامة التأخيرية.

Restrictions on the Administration's Authority to Impose Late Payment Penalties

Dr. Majed Hamed Hamoud Al-Sarraf

Educational Properties and Lands Department - Public Law

majedhamed203@gmail.com

Abstract

The researcher characterizes the privileges and powers granted to the administration in relation to its contractors as "administrative control mechanisms." Since the administration's authority to impose penalties on contractors generally infringes upon individual rights and freedoms, there must be safeguards for the contractor that the administration must consider before imposing penalties. This is necessary to limit the possibility of the administration abusing its powers and privileges. Our study will focus on the administration's authority to impose late payment penalties, as this represents one of the most significant penalties that the administration can impose on contractors. This will be achieved by clarifying the concept of late payment penalties, their legal basis, the conditions for their imposition, the cases of exemption from them, and the contractor's safeguards against the administration's authority to impose late payment penalties.

المقدمة:

أولاً : موضوع الدراسة :-

من المسلم به في مجال التعاقدات الإدارية أن الإدارة تتمتع بسلطات وإمميزات لا وجود لها في نطاق التعاقدات الخاصة التي يتم إبرامها وفقاً لقواعد القانون المدني، ومن بين تلك السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها سلطة فرض الجزاءات المختلفة، كسلطتها في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد، وكذلك سلطتها في مصادرة كفالة حسن الأداء أو ما تسمى (التأمينات النهائية)، وأيضاً سلطتها في اقتضاء التعويضات من المتعاقد، ويكيف الباحث تلك الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها بأنها " وسائل ضبط إدارية"، وبما أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات



على المتعاقد بصورة عامة من شأنها أن تتعرض لحقوق وحريات الأفراد، فلا بد من وجود ضمانات للمتعاقد يجب على الإدارة مراعاتها قبل فرض الجزاء، وذلك للحد من إمكانية تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها وامتيازاتها. وسنقتصر دراستنا البحث في سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية كونها تمثل أحد أهم الجزاءات التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد وذلك من خلال بيان مفهومها وأساسها القانوني وشروط فرضها وحالات الإعفاء منها وكذلك ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة من فرض الغرامة التأخيرية.

ثانياً : أهمية الدراسة :-

تستمد هذه الدراسة أهميتها من التطور الكبير الحاصل في مجال التعاقدات الإدارية، ودوره في إنشاء وتسيير المرافق العامة وضرورة أن يتم تنفيذ تلك الالتزامات التعاقدية في الأوقات المحددة لها بموجب العقد الإداري من دون أي تأخير، كما تبرز أهمية تلك الدراسة من جانب آخر وهو اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له جزاء فرض الغرامة التأخيرية عن جزاء مصادرة كفالة حسن الأداء و جزاء التعويض في عدة جوانب سيتم بيانها والتعرض لها من خلال البحث.

ثالثاً : إشكالية الدراسة :-

إن التعاقدات الإدارية شهدت تطوراً كبيراً في الآونة الأخيرة الأمر الذي دعى مشرعي الدول في الأنظمة القانونية المقارنة إلى سن تشريعات تواكب تلك التطورات من أجل تنظيم سلطات وإمتهادات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ولغرض توفير ضمانات حقيقية للمتعاقد في مواجهة الإدارة، وخصوصاً في مجال فرض الجزاءات، وفي هذا الإطار تشهد التشريعات المنظمة لعملية التعاقد في العراق قصوراً في هذا الجانب ومن هنا تبرز إشكالية الدراسة، حيث لم يواكب المشرع في العراق التطورات الحاصلة في مجال التعاقدات الإدارية في مختلف الجوانب، فضلاً عن عدم وجود قانون خاص وموحد ينظم عملية التعاقد الإداري كما هو الحال في النظم القانونية المقارنة، وسنحاول من خلال البحث تشخيص القصور التشريعي في مجال فرض الغرامات التأخيرية والحلول اللازمة لذلك.

رابعاً : منهج الدراسة :-

سيتم اعتماد المنهج التحليلي والمقارن كونه الأسلوب الأمثل لمحل الدراسة، أما المنهج التحليلي فسيكون من خلال تحليل النصوص القانونية التي تناولت سلطات وإمتهادات الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها، أما المنهج المقارن فسيكون من خلال مقارنة النصوص القانونية ذات العلاقة مع النظم القانونية المقارنة.

خامساً : هيكلية الدراسة :-

تناولنا موضوع الدراسة وهو (القيود التي ترد على سلطة الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية) في ثلاثة مطالب، المطلب الأول (ماهية الغرامات التأخيرية وأساسها القانوني) وتم تقسيمه إلى فرعين تطرقنا في الفرع الأول إلى بيان (ماهية الغرامة التأخيرية)، أما الفرع الثاني فتناولنا من خلاله (الأساس القانوني للغرامة التأخيرية)، وفي المطلب الثاني تناولنا (شروط فرض الغرامة التأخيرية وحالات الإعفاء منها) وقد تم تقسيمه إلى فرعين خصصنا الفرع الأول منه إلى دراسة (شروط فرض الغرامة التأخيرية)، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه (حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية)، أما المطلب الثالث فقد تطرقنا من خلاله إلى (ضمانات المتعاقد عن فرض الغرامة التأخيرية) كما تم تقسيمه إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول منه (إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء) وفي الفرع الثاني (التسبب والتناسب في قرار فرض الغرامة التأخيرية).

المطلب الأول

ماهية الغرامات التأخيرية وأساسها القانوني

تسعى الإدارة من خلال إبرامها للعقود الإدارية إلى ضمان ديمومة واستمرار عمل المرفق العام بانتظام وإطراد لغرض تحقيق المصلحة العامة، ومن أجل أن تتمكن الإدارة من تحقيق تلك الأهداف لا بد لها من سلطات وامتيازات تستطيع من خلالها تحقيق تلك الأهداف، وتمثل الغرامات التأخيرية أحد أهم تلك السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، حيث تمكنها من فرض الغرامات على المتعاقد معها متى ما تبين للإدارة مخالفة المتعاقد لشروط العقد الخاصة بمدد التنفيذ.

وتمثل الغرامات التأخيرية إحدى صور الجزاءات المالية التي يمكن للإدارة اللجوء إليها واستخدامها في مواجهة المتعاقد معها في حال تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لذا سنتناول الغرامات التأخيرية في هذا الطلب في فرعين نتطرق في الفرع الأول منه إلى بيان ماهية الغرامات التأخيرية، بينما سنتناول في الفرع الثاني منه الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية، وذلك وفقاً لما يأتي :

الفرع الأول

ماهية الغرامة التأخيرية

تمثل الغرامة التأخيرية إحدى صور الجزاءات المالية التي يمكن للإدارة ان تفرضها على المتعاقد معها، ويُعد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية السبب الأكثر شيوعاً للجوء الإدارة إلى هذا النوع من الجزاءات، كون الإدارة غالباً ما تحدد سقف زمني لتنفيذ العقود التي تبرمها، وأن أي تأخير في تنفيذ تلك العقود من شأنه أن يؤثر بصورة سلبية على ديمومة وأداء سير المرفق العام، كما تُعد الغرامات التأخيرية الأكثر استخداماً من قبل الإدارة من بين صور الجزاءات المالية الأخرى، ويعود السبب في ذلك إلى سهولة فرضها، وإلى دورها الفاعل في حمل المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة.⁽¹⁾

وتهدف الإدارة من خلال فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها في حال تأخره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى تعويض الأضرار التي تنشأ من جراء ذلك التأخير، كما تهدف أيضاً إلى ضمان حسن تنفيذ العقد من قبل المتعاقد واحترام المدد المتفق عليها في العقد.⁽²⁾

ومن أجل أن يبين ماهية الغرامات التأخيرية لا بد لنا من تناول تعريفها وأهم خصائصها وذلك وفقاً لما يأتي :-

((أولاً)) تعريف الغرامة التأخيرية :-

لقد تعددت التعريفات التي تناولت الغرامة التأخيرية فقد عرفها جانب من الفقه بأنها " مبالغ مالية منصوص عليها في العقد، للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته دون الحاجة إلى حكم قضائي أو إلى أثبات ما أصابها من ضرر ".⁽³⁾

⁽¹⁾ د. احسان سليمان خريبط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2021، ص 75، أنظر أيضاً؛ محمود فاهم جبار الجبوري، الجزاءات في العقد الإداري وفق القانونين اللبناني والعراقي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية في لبنان، سنة 2019، ص 47.

⁽²⁾ فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص 112.

⁽³⁾ د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2020، ص 196.

كما عرفها آخرون بأنها " تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخل بالتزام معين " (4).

في حين عرفها جانب آخر من الفقه بأنها " مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ " (5).

ويرى الباحث بأن ما ورد في تلك التعريفات محل نظر، كون تلك التعريفات ركزت على إمكانية فرض الغرامة التأخيرية في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بخلاف ما تم الاتفاق عليه بموجب العقد، وكذلك في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق المدد التي تم تحديدها بموجب العقد الإداري، بينما نرى أن أساس فرض الغرامة التأخيرية يتمثل في تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية دون غيره، ولا ينطبق على المتعاقد في حال أخل بالتزاماته التعاقدية الأخرى، وذلك على اعتبار أن الإدارة تمتلك الحق في فرض جزاءات أخرى في حال أخل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة، كحق الإدارة في مصادرة كفالة حسن التنفيذ (التأمينات النهائية)، أو حقها في اقتضاء التعويض.

لذا فقد عرفها آخرون بأنها " مبلغ من المال يحدد عادة بنسبة معينة من قيمة الأداء، تفرضها الإدارة إذا ما تأخر المتعاقد عن التنفيذ في الموعد المحدد لتنفيذ التزاماته، وذلك ضماناً لانتظام سير المرفق العام " (6).

وفي ذات الاتجاه عرفها آخرون الغرامة التأخيرية بأنها " مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال، تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك ضماناً لانتظام سير المرافق العامة " (7).

ويؤيد الباحث هذا الاتجاه في تعريف الغرامات التأخيرية وفي ضوء ذلك نعرف الغرامة التأخيرية بأنها مبالغ مالية يتم تحديدها مسبقاً في بنود العقد يمكن للإدارة فرضها على المتعاقدين معها في حالة تأخرهم في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية وفق المعادلة المحددة بنص القانون، وذلك من دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر من قبل الإدارة أو أستحصال أذن من القضاء بفرضها.

((ثانياً)) خصائص الغرامة التأخيرية :-

تتمثل خصائص الغرامات التأخيرية بما يأتي :

1- الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إدارية : تُعد الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إدارية وذلك كون الإدارة هي من تفرض تلك الغرامة بموجب قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة، وذلك من الحاجة من اللجوء إلى القضاء لإصدار قرار يقضي بفرض الغرامة على المتعاقد معها، وعليه فإن للإدارة أن تفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها متى ما أخل بالمواعيد المحددة في العقد (8).

(4) حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها "دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص 93.

(5) د. احسان سليمان خريط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 76.

(6) خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة (إبرام – تنفيذ – إنتهاء) "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017، ص 178، أنظر أيضاً؛ د. مجدوب عبد الحليم، التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية،

بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (4)، العدد (2)، سنة 2019، ص 2131.

(7) نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2019، ص 241 وما بعدها.

(8) د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص 159.

2- الغرامة التأخيرية جزاء إتفاقي : إن من بين الخصائص التي تمتاز بها الغرامات التأخيرية هو أنها تمثل جزاءً اتفاقياً بين الإدارة والمتعاقد معها، وعادة ما يتم تحديدها بموجب بنود العقد، ولا يمكن للإدارة أن تفرض هذا النوع من الجزاءات (الغرامة التأخيرية) ما لم يتم تحديدها مسبقاً في بنود العقد.⁽⁹⁾

ووفقاً لذلك إذا كان العقد غير متضمن نصاً يحدد بموجبه مقدار الغرامة التأخيرية، فإنه من غير الممكن للإدارة أن تقوم بفرض أي غرامة تأخيرية على المتعاقد معها، وإنما يمكنها اللجوء إلى الجزاءات الأخرى في حال أخل المتعاقد معها في التزاماته التعاقدية سواءً كان الإخلال بمدد التنفيذ أو أي إخلال آخر، كأن تقوم الإدارة بمصادرة كفالة حسن الأداء (التأمينات النهائية) أو اقتضاء التعويض منه.⁽¹⁰⁾

3- الغرامة التأخيرية جزاء تلقائي : يراد بتلقائية الغرامة التأخيرية أنه يمكن للإدارة أن تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها متى ما أخل بالمواعيد المتفق عليها بموجب بنود العقد الإداري ومن دون الحاجة إلى إنذار المتعاقد أو تنبيهه إلى المخالفة التي وقعت منه.⁽¹¹⁾

وبذلك فإن للإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية بمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة، دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر من قبل الإدارة على اعتبار أن الضرر متحقق بمجرد حصول التأخير، كما أنه ليس للمتعاقد الدفع بعدم حصول الضرر من جراء ذلك التأخير.⁽¹²⁾

ويرى الباحث أنه على الرغم من استقرار الفقه والقانون على سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد من دون الحاجة إلى إنذار المتعاقد باستثناء ما إذا كان هناك نص في العقد يلزم الإدارة بتنبيهه أو إنذار المتعاقد فيكون إنذار المتعاقد الزامياً قبل فرض الغرامة، إلا أن الواقع العملي في العراق جرى على غير ذلك، حيث أن الإدارة غالباً ما تقوم بإنذار المتعاقد معها قبل أن تقوم بفرض الغرامة التأخيرية.

وبذلك نكون قد بينا ماهية الغرامة التأخيرية وأهم ما تتمتع به من خصائص.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للغرامة التأخيرية

إن من المتفق عليه فقهاً وقانوناً إن للإدارة الحق في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها في حال أخل بالتزاماته في مدة تنفيذ العقد، وإن حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية كما أشرنا في الفرع الأول من هذا المطلب لا يشترط إنذار المتعاقد مسبقاً، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في بنود العقد، كما أنه لا يشترط لفرض الغرامة التأخيرية تحقق الضرر على اعتبار أن الضرر مفترض ومتحقق بمجرد حصول التأخير.

وعلى الرغم من اتفاق الفقه والقانون معاً على حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في حال تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، إلا أن الخلاف بينهم يدور حول بيان الأساس القانوني الذي تستمد

⁹ () توميد أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017، ص 44.

¹⁰ () فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017، ص 75.

¹¹ () رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، سنة 2005، ص 26، أنظر أيضاً؛ د. حسن محمد علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12)، العدد (54)، سنة 2012، ص 423.

¹² () حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائماتها، مرجع سابق، ص 125، أنظر أيضاً؛ د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 158.

الإدارة منه ذلك الحق، فهل هو أساس تشريعي مستمد من نصوص القانون، أم أنه أساس تعاقدية تستمد الإدارة من نصوص العقد، وهذا ما سنحاول بحثه فيما يأتي :

((أولاً)) الأساس التشريعي :-

يُعد الأساس التشريعي المصدر الأول الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها، ويراد بالأساس التشريعي النصوص القانونية التي تتضمن فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد مع الإدارة سواءً ورد النص عليها في القوانين الاعتيادية التي تصدرها السلطة التشريعية، أو تلك التي تتضمنها التعليمات والضوابط التي تصدر لتسهيل تنفيذ تلك القوانين من قبل السلطة التنفيذية بناءً على تفويض من قبل السلطة التشريعية.⁽¹³⁾

ويرى جانب من الفقه أن الأساس التشريعي يُعد المصدر الأساسي لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها إلى جانب الأساس التعاقدية، فإذا ما خلا العقد الإداري من تناول بعض الجزاءات الإدارية فإن ذلك لا يعني عدم قدرة الإدارة على فرض الجزاء الإداري على المتعاقد معها، حيث أن للإدارة أن تستند إلى نصوص القانون في هذا المجال.⁽¹⁴⁾

ويرى الباحث أنه إذا كان الأساس التشريعي يُعد المصدر الأول الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات وفقاً لوجهة نظر الفقه والقانون، فإن ذلك لا يمكن أن يشمل جميع الجزاءات الإدارية وذلك لأختلاف الطبيعة والنظام القانوني لبعض تلك الجزاءات، فالغرامات التأخيرية تعتبر جزءاً اتفاقياً، كما تعتبر جزءاً تلقائياً، وبالتالي لا يمكن للإدارة أن تفرضها على المتعاقد معها ما لم يرد ذكرها في العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد أو في دفاتر الشروط الملحقه بالعقد الإداري.

((ثانياً)) الأساس التعاقدية :-

يرى جانب من فقهاء القانون الإداري أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض جزاء (الغرامة التأخيرية) على المتعاقد مع الإدارة مستمد من نصوص العقد الإداري ذاته، وبذلك فإن الإدارة لا يمكنها فرض (غرامة التأخير) على المتعاقد إذا أخل في تنفيذ التزاماته في مدة تنفيذ العقد ما لم يتم النص على ذلك الجزاء في العقد الإداري.⁽¹⁵⁾

وهذا ما نجد تأكيداً له في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، حيث ورد النص فيها " تحدد الغرامات التأخيرية من جهة التعاقد بنسبة لا تقل عن (10%) عشرة من المئة ولا تزيد على (25%) خمسة وعشرين من المئة من مبلغ العقد، وعلى جهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية، وفي وثائق المناقصات والتعليمات إلى مقدمي العطاءات ".⁽¹⁶⁾

وما ورد في ذلك النص يؤكد على أن الغرامة التأخيرية ذات طبيعة إتفاقية يجب النص عليها بموجب بنود العقد الإداري، كما يجب تحديد نسبتها بما لا يتجاوز ما ورد في نص القانون والتعليمات النافذة، وبذلك فإن ما يرد من نصوص في العقد الإداري أو تلك التي يرد ذكرها في دفاتر الشروط الملحقه بالعقد تمثل الأساس

¹³ (د. بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري (الجوانب القانونية والإدارية والأدبية) "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 51.

¹⁴ (نوميذ أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 86.

¹⁵ (د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة التشريع والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة (27)، العدد (53)، سنة 2013، ص 354.

¹⁶ (أنظر المادة (9/ رابعاً أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 النافذ.



القانوني الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في حال إخلاله بتنفيذ العقد وفقاً للمدد المتفق عليها.⁽¹⁷⁾

ويؤيد الباحث هذا الاتجاه كونه ينسجم مع الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية والتي تتمثل بكونها إدارية تفرض من قبل الإدارة، وأنها إتفاقية أي تتم بتوافق إرادتين إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد، وبالتالي لا يمكن للإدارة فرض الغرامة التأخيرية ما لم يتم الاتفاق عليها في بنود العقد.

((ثالثاً)) الأساس غير التعاقدية :-

يرى جانب آخر من الفقه بأن الأساس الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات الإدارية بصورة عامة أساس غير تعاقدية، حيث يمكن للإدارة فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها وإن لم يتم النص عليها بموجب العقد الإداري أو دفاतर الشروط الملحقة بالعقد، وقد أتفق كل من الفقه والقضاء على هذا المبدأ وإن كان يرد عليه استثناءات⁽¹⁸⁾، وعلى الرغم من اتفاقهم على أن الأساس الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات غير تعاقدية إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول أساس هذه السلطة فهل تركز تلك السلطة على فكرة المرفق العام، أم على فكرة السلطة العامة، وهذا ما سنحاول البحث فيه وفقاً لما يأتي :

1- فكرة السلطة العامة أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد :-

تعرف فكرة السلطة العامة بأنها " مجموعة من الامتيازات والسلطات والاختصاصات ومجموعة من الاساليب الفنية ومجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، فهي تجعل الإدارة أسمى ولا تتساوى مع مراكز الأفراد، وبالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القانون الأخرى، ففكرة السلطة العامة هي التي تحدد مجال التطبيق القانوني، فكل تصرف يتضمن مظهراً من مظاهر السلطة العامة يُعد عملاً إدارياً يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري.⁽¹⁹⁾

ووفقاً لهذا الرأي فإن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد مع الإدارة تكمن في فكرة السلطة العامة، وذلك على اعتبار أن الإدارة لا يمكن أن تكون على مساواة مع المتعاقد معها، وبالتالي فإن للإدارة الحق في إصدار قرارات إدارية تتضمن جزاءات إدارية يمكن فرضها على المتعاقد في حال أخل بالتزاماته التعاقدية.⁽²⁰⁾

2- فكرة المرفق العام أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد :-

تعددت التعريفات التي تناولت بيان فكرة المرفق العام، إلا أن التعريف الأدق والأشمل يعرف المرفق العام بأنه كل مشروع يتم إنشائه من قبل الدولة تهدف من خلاله إلى إشباع حاجات عامة، تديره الدولة بصورة مباشرة أو تهيمن وتشرف عليه عند إدارته من قبل الأفراد.⁽²¹⁾

ويؤيد غالبية الفقه بأن حق الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد مع الإدارة يستمد أساسه القانوني من فكرة المرفق العام، وذلك كون سير المرفق العام بأنظمة وإطراد هو الذي يمثل جوهر عمل

¹⁷ حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماداتها، مرجع سابق، ص 131.

¹⁸ د. احسان سليمان خريبط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 36.

¹⁹ د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973، ص 341.

²⁰ سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص 150.

²¹ د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، سنة 1996، ص 91.



الإدارة، وإن ذلك بطبيعة الحال سوف يتعرض إلى الخطر إذا ما انتظرت الإدارة البت في هكذا أمور تتعلق بمخالفة المتعاقد لبنود العقد لقرار من السلطة القضائية.⁽²²⁾

وبناءً على ما تقدم فإن الإدارة يمكنها فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها متى ما أخل بالتزاماته التعاقدية مع الإدارة وإن لم يرد النص عليها في بنود العقد الإداري أو في دفاتر الشروط، وذلك استناداً إلى فكرة المرفق العام التي تهدف إلى حسن سير المرفق العام واستمراره.⁽²³⁾

ويؤيد الباحث ذلك الجانب من الفقه الذي يرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات بصورة عامة على المتعاقد تستند إلى فكرة المرفق العام دون غيرها، فهي لا تستمد من نصوص العقد الإداري وإنما هي سلطة قائمة بذاتها، بل والأكثر من ذلك إنها تمثل إلزام يقع على عاتق الإدارة لا يمكنها النزول عنه من أجل ضمان استمرار عمل المرفق العام.

إلا أنه على الرغم من تأييدنا لذلك نرى أن (الغرامات التأخيرية) تشكل استثناءً على تلك القاعدة العامة، كونها ذات طبيعة مختلفة عن الجزاءات الإدارية الأخرى، فهي جزاء إتفاقي وتلقائي لا يمكن للإدارة فرضها دون أن يتم النص عليها في بنود العقد أو في دفاتر الشروط بشكل مباشر وصریح.

المطلب الثاني

شروط فرض الغرامة التأخيرية وحالات الإعفاء منها

تُعد الغرامة التأخيرية من أهم صور الجزاءات المالية التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد معها، إلا أن سلطة وحق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية ليس مطلقاً وإنما لابد من توافر شروط معينة يشترط توافرها لكي تتمكن الإدارة من فرضها على المتعاقد، وبما أن للإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية فإن لها الحق أيضاً في إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية متى ما توافرت شروطها، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين نتطرق في الفرع الأول منه إلى شروط فرض الغرامة التأخيرية، أما الفرع الثاني فسنتناول من خلاله حالات الإعفاء منها وكما يأتي :

الفرع الأول

واجب الإدارة في الإلغاء بناءً على مقتضيات المصلحة العامة

لكي تتمكن الإدارة من الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها لابد من توافر شروط معينة، ويمكن أن نلخص تلك الشروط بالآتي :-

((أولاً)) أن يتضمن العقد الإداري نصاً يعطي الحق بموجبه للإدارة بفرض الغرامة التأخيرية:

ويراد بذلك أنه ليس للإدارة الحق في الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها ما لم يتم النص على تلك الغرامة في بنود العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد، وذلك لكون الغرامات التأخيرية تُعد جزاء إتفاقي⁽²⁴⁾، إلا أن فرض الغرامة التأخيرية لا يشتر فيه النص عليها بموجب بنود العقد الإداري فقط، فقد تخلو نصوص العقد الإداري من ذكر الغرامات التأخيرية ويتم تنظيمها بموجب دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، وبالتالي يكون

²² (سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 141 وما بعدها.

²³ (فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 67.

²⁴ (د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 162.

من حق الإدارة فرض تلك الغرامات بحق المتعاقد في حال تحقق شروط فرضها، وذلك كون دفا تر الشروط تُعد جزءاً من العقد.⁽²⁵⁾

ويرج جانب من الفقه بأنه ليس من الضروري أن تتضمن بنود العقد الإداري النص على حق الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية، بل ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى أبعد من ذلك حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن للإدارة الحق في أن تضمن العقد الإداري نصاً يقضي بعدم تطبيق الغرامة التأخيرية في حال أخل المتعاقد معها في تنفيذ العقد في المدة الزمنية المتفق عليها، وأن ذلك لا يعني أن الإدارة قد تنازلت عن مواعيد التنفيذ للعقد الوارد ذكرها بموجب العقد ولا عن جزاء عدم التزام المتعاقد بتلك المدد الزمنية، حيث أن للإدارة أن تلجأ إلى المطالبة بالتعويض في حال تأخر المتعاقد عن المواعيد المحددة والمتفق عليها في العقد.⁽²⁶⁾

((ثانياً)) عدم التزام المتعاقد بمدة تنفيذ العقد :-

إن من بين أهم الشروط التي يجب توافرها لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها وحققها في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها هو تأخر المتعاقد في تنفيذ بنود العقد وفق المدد المحددة⁽²⁷⁾، وبذلك فإن للإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد متى ما تأخر في تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد بموجب العقد، ولو لم يترتب على ذلك التأخير أي ضرر للإدارة، كما لا تحتاج الإدارة لغرض فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد إلى إنذار المتعاقد⁽²⁸⁾، ويتخذ تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري صوراً متعددة يمكن أن نلخصها بالآتي :-

1- عدم البدء في تنفيذ العقد :- إن لمدة التنفيذ أهمية كبيرة في مجال التعاقدات الإدارية، وذلك لكون الإدارة عادة ما تبرم عقودها الإدارية لأجل تحقيق أهداف تتعلق بالمصلحة العامة ولديها سقف ومنية لكل مشروع يتم التعاقد من أجله، وعادة ما تتضمن العقود الإدارية وكذلك التشريعات المنظمة لعملية التعاقد نصوصاً تحدد بموجبها المدة التي يبدأ من خلالها احتساب سريان التنفيذ.⁽²⁹⁾

وقد أشارت الوثائق القياسية الخاصة بعقود الأشغال العامة إلى أن موعد البدء بالتنفيذ يبدأ من تحقق الشروط التالية ما لم يتم تحديد موعده لبدء التنفيذ في نص العقد وتلك الشروط هي:-⁽³⁰⁾

أ- توقيع إتفاقية العقد من طرفي العقد والمصادقة عليها من الجهة المخولة بذلك.

ب- تزويد المقاول بالأدلة الضرورية لإثبات قيام جهة العمل بتأمين الترتيبات المالية للعقد.

ج- أستلام المقاول للموقع والبيانات الخاصة بالموقع والموافقات المشار إليها بالفقرة القانونية (أ) من الفقرة (13/1) التقيد بالقوانين، والمطلوبة للمباشرة بالعمل ما لم ينص على خلاف ذلك.

²⁵ (فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري "دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2016، ص 100، أنظر أيضاً؛ د. حسن محمد علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 428.

²⁶ (فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 117.

²⁷ (د. حسن محمد علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 428.

²⁸ (فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 78، أنظر أيضاً؛ عبد الرحمن عباس أدعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد (22)، العدد (3)، سنة 2014، ص 560.

²⁹ (حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها، مرجع سابق، ص 141.

³⁰ (المادة (1/8) من الوثائق القياسية/ وثيقة المناقصة العامة لعقود الأشغال العامة الصادرة عن وزارة التخطيط والمعممة بموجب كتابها المرقم (9128/7/4) في الصادر بتاريخ (2017/4/30).

د- أستلام المقاول الدفعة المقدمة بموجب الفقرة (2/14) السلفة المقدمة، بعد أن يكون قدم خطاب الضمان الخاص بالسلفة المقدمة.

أما إذا خلا كل من العقد الإداري والتشريعات المنظمة لعملية التعاقد من تحديد موعد بدء سريان العقد فإن ذلك لا يعني إطلاق حرية التعاقد مع الإدارة في اختياره لمدة بدء التنفيذ، وإنما يتم تحديد موعد بدء التنفيذ في ضوء إمكانيات التعاقد، أو وفقاً لمواعيد بدء التنفيذ في العقود المماثلة، أو وفقاً لنية أطراف العقد.⁽³¹⁾

2- عدم التزام المتعاقد بالمدد الزمنية المحددة للتنفيذ في العقد :- ويراد بذلك تأخر المتعاقد في تنفيذ بنود العقد وفقاً للمدد المحددة بموجب العقد مما يسبب ضرراً افتراضياً للإدارة يُعطي بموجبها الحق للإدارة في فرض غرامات تأخيريته على المتعاقد، وتُعد هذه الصورة هي الأكثر شيوعاً والأكثر تطبيقاً من صور عدم التزام المتعاقد بمدد التنفيذ.⁽³²⁾

3- تخلف المتعاقد عن تنفيذ العقد كلياً :- ويتمثل ذلك بعدم تنفيذ بنود العقد بشكل مطلق من قبل المتعاقد مع الإدارة، ويُعد هذا الإخلال من أخطر صور الإخلال في التنفيذ لما يتضمنه من آثار سلبية من شأنها التأثير على دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد، الأمر الذي يعطي الحق للإدارة بموجبه فسخ العقد لا فقط فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها.⁽³³⁾

وقد أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى ذلك حيث ورد فيها أنه في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية في تجهيز السلع والخدمات أو الاستشارية فعلى جهة التعاقد إنذاره رسمياً وفي حال عدم الاستجابة يتم تنفيذ الإلتزامات المخل بها على حسابه وفقاً لأحد الأساليب المنصوص عليها في المادة (3) من هذه التعليمات عند توفر الشروط الخاصة بها، كما أشارت ذات المادة إلى تحمل المتعاقد المخل بدفع تعويض عن الأضرار بسبب ذلك الإخلال بعد الانتهاء من عملية تنفيذ العقد.⁽³⁴⁾

((ثالثاً)) حصول ضرر :-

إن من بين الشروط التي يجب توافرها لكي تتمكن الإدارة من فرض سلطتها في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها إلى جانب النص على الغرامة في العقد الإداري أو في دفاتر الشروط، وإلى جانب تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته في المدد المحددة بموجب العقد هو حصول ضرر للإدارة من جراء ذلك التأخير في التنفيذ.

والضرر في إطار العقود الإدارية يُعد مفترضاً بمجرد حصول تأخير في التنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة، وبذلك يكون لإمكان الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها من دون الحاجة إلى أثبات منها بتحقيق ذلك الضرر.⁽³⁵⁾

³¹ د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 360.

³² حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها، مرجع سابق، ص 143..

³³ د. علي خاطر شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (1)، مارس (آذار)، سنة 2000، ص 92.

³⁴ أنظر المادة (10/ رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 النافذة.

³⁵ د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 2012، ص 192.



وليس للمتعاقد مع الإدارة الدفع بعدم تحقق الضرر بسبب تأخره في تنفيذ التزاماته في المدد المحددة، كما أن المتعاقد مع الإدارة لا يمكنه التهرب من دفع الغرامة التأخيرية بسبب تلك الذريعة.⁽³⁶⁾

تلك هي أهم الشروط التي يجب توافرها لكي تتمكن الإدارة من ممارسة حقها وسلطتها على المتعاقد معها في فرض الغرامات التأخيرية، وبذلك فإنه لا يمكن للإدارة فرض أي غرامة على المتعاقد معها ما لم تتوافر تلك الشروط والأسباب.

الفرع الثاني

حالات الإعفاء من فرض الغرامة التأخيرية

إذا كانت الإدارة تستطيع فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها متى ما أخل معها بمواعيد التنفيذ المنصوص عليها في العقد الإداري من دون إغذار المتعاقد أو إصدار حكم قضائي بذلك، فإن من الطبيعي أن يكون للإدارة الحق في إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية إن كان هنالك مبرر لذلك الإعفاء، ومبررات الإعفاء من الغرامة التأخيرية إما أن تكون وجوبية مثل (القوة القاهرة أو التأخير بفعل الإدارة)، وإما أن يكون الإعفاء جوازياً تقديره متروك لسلطة الإدارة التقديرية، لذا سنحاول تسليط الضوء على حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية وموقف المشرع العراقي من ذلك وفقاً لما يأتي :-

((أولاً)) الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية :- تكون الإدارة ملزمة بإعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية في حال توافرت شروط وحالات معينة، ويمكن حصر تلك الحالات بالآتي :-

1- تأخير التنفيذ بسبب القوة القاهرة :- لم تتطرق معظم التشريعات إلى تعريف القوة القاهرة وإنما أكتفت بذكر صورها وحالاتها، وقد عرف الفقه القوة القاهرة عدة تعريفات، فقد عرفه جانب من الفقهاء بأنها " حادث خارجي لا يد للمتعاقد مع الإدارة فيه يستحيل دفعه، يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة " ⁽³⁷⁾.

في حين عرفها جانب آخر من الفقه بأنها " كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها، كحصول حالة حرب، أو حدوث الكوارث الاقتصادية والطبيعية، حيث تكون القوة القاهرة بمثابة ظرف استثنائي شاذ من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني من غير شخص المتعاقد مع الإدارة، مما يجعل المرء غير قادر تفاديها مهما أوتي من قوة الإدراك وعدم قدرته على دفعها حال وقوعها " ⁽³⁸⁾.

ومما تقدم نجد أن القوة القاهرة تُعد سبباً من أسباب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخيرية، كونه من غير المنطق وليس من العدالة تحميل المتعاقد مع الإدارة الأضرار التي قد تلحق بالإدارة من جراء أسباب قهرية ليس للمتعاقد يد فيها. ⁽³⁹⁾

لذا فإنه متى ما توافرت حالات وصور القوة القاهرة مثل (حالة الحرب) وكذلك حالات (الكوارث الاقتصادية أو الطبيعية) فإن المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالات التي لا يد له فيها يعفى من إمكانية فرض الإدارة للغرامة التأخيرية، وتجدر الإشارة إلى أن إعفاء المتعاقد مع الإدارة ليس مطلق وإنما يقتصر

³⁶ (فارس علي جانكبير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 118. ³⁷ (د. محمد رفعت عبد الوهاب؛ د. حسين عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001، ص 732.

³⁸ (د. نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 251. ³⁹ (د. إحسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 100، أنظر أيضاً؛ د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 372.

على المدة التي تتوافر فيها القوة القاهرة، ومتى ما زالت آثار تلك القوة القاهرة يجب على المتعاقد البدء في تنفيذ التزاماته.⁽⁴⁰⁾

ويشترط لاعتبار الحدث الحاصل قوة القاهرة يعفى بموجبها المتعاقد مع الإدارة من فرض الغرامة التأخيرية توافر شروط معينة يمكن حصرها بالآتي:-⁽⁴¹⁾

أ- أن يكون الحدث الخارجي غير متوقع ولا يمكن التنبؤ به.

ب- أن يكون الفعل مستقلاً كلياً عن إرادة المتعاقد وأن لا يكون باستطاعته تجنبه أو منعه.

ج- يجب أن يؤدي الفعل إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلًا.

وقد أشارت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية إلى ذلك، حيث جاء النص فيها " إذا وجدت بعد التعاقد ظروفًا استثنائية لا يد للمقاول فيها ولم يكن بالوسع توقعها أو تفاديها وترتب عليها تأخر إكمال الأعمال ضمن المدة المتعاقد عليها، فإنه يجوز للمقاول أن يطلب تمديد مدة إكمال الأعمال المتعاقد عليها وبالتالي لا تفرض عليه غرامات تأخيرية ".⁽⁴²⁾

وقد جاء في حكم محكمة استئناف نينوى مفاده أن هطول الأمطار في المناطق الشمالية في فصل الشتاء لا يُعد سبباً أجنبياً يستوجب معه الإعفاء من الغرامة التأخيرية، كونه لا يُعد ظرفاً استثنائياً لا يمكن للمقاول توقعه، وبالتالي تكون مطالبة المتعاقد باحتساب الأيام التي سقطت فيها الأمطار مدة إضافية لا أساس لها من القانون وأن على المتعاقد دفع الغرامة التأخيرية عن كل يوم تأخير.⁽⁴³⁾

2- تأخير التنفيذ بسبب فعل الإدارة :- إن من بين حالات الإعفاء الوجوبي التي تقضي بموجبها إعفاء المتعاقد مع الإدارة من فرض الغرامات التأخيرية ما يكون التأخير في التنفيذ لسبب يعود إلى الإدارة ذاتها وليس للمتعاقد معها، فقد يكون تأخير المتعاقد عند التنفيذ لأسباب إلى الإدارة، سواء كان فعل الإدارة ذلك يعد خطأً منها أو إهمالاً أو تقصيراً منها، وقد يكون ذلك الفعل حقاً مشروعاً للإدارة، وقد يكون فعل الإدارة مرجعه عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد.⁽⁴⁴⁾

فإذا ما كان سبب تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري يعود إلى الإدارة بسبب عدم التزاماتها بموجب العقد والتي من شأنها التأثير على التنفيذ من قبل المتعاقد فإنه لا يمكن للإدارة فرض الغرامات التأخيرية، كون ذلك التأخير ناجم عن خطأ الإدارة أو بسبب إهمالها وتقصيرها، كأن تتأخر الإدارة بتسليم صور المخططات والتصاميم اللازمة للبدء في التنفيذ، أو تأخر الإدارة في تسليم الموقع للمتعاقد أو تقوم بتسليمه شاغراً⁽⁴⁵⁾، كما قد يكون تأخير التنفيذ من قبل المتعاقد الذي تكون الإدارة سبباً فيه يعود لاستخدام الإدارة لحق مشروع، كأن تقوم الإدارة باستخدام سلطتها في تعديل التزامات المتعاقد معها وفقاً لما يحقق المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام، وإن كان ذلك بطبيعة الحال يتعارض مع مصلحة المتعاقد من حيث مدة التنفيذ وكلفة

⁴⁰ د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 167.

⁴¹ د. حسن محمد علي البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 429.

⁴² أنظر المادة (1/45 ج) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة 1987، أنظر أيضاً؛ المادة (3/29 ج) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية الصادرة عن وزارة التخطيط لسنة 1988 الملغى.

⁴³ حكم محكمة استئناف نينوى بالعدد (34/س/ 2011) الصادر في (2011/1/30)، حكم غير منشور.

⁴⁴ فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 110.

⁴⁵ فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 132.

تنفيذ المشروع، ومتى ما كان تأخير التنفيذ سببه تعديل العقد من قبل الإدارة فإنه لا يمكن لها فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها.⁽⁴⁶⁾

وتجدر الإشارة إلى أن حق الإدارة في تعديل بنود العقد يعطي الحق للمتعاقد في طلب تمديد مدة العقد نتيجة لزيادة الالتزامات والاعباء التي تفرضها الإدارة على المتعاقد، الأمر الذي يستوجب عدم فرض الغرامة التأخيرية للمدد الإضافية التي تمنحها الإدارة.⁽⁴⁷⁾

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي لم يشير في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى إمكانية الإدارة إعفاء المتعاقد معها من فرض الغرامة التأخيرية، إلا أن أحكام القضاء قد استقرت على إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا كان التأخير يعود لأسباب تتعلق بالإدارة ذاتها، ومن أحكام القضاء في هذا الاتجاه حكم محكمة التمييز الذي جاء فيه " ... إن من مستلزمات تنفيذ عقد المقاولة قيام رب العمل بتسليم موقع العمل غلى المقاول، وحيث أن الثابت من المستندات المبرزة في الدعوى قيام المدعى عليه / إضافة لوظيفته بتغيير موقع العمل لعدة مرات من دون الاستقرار على موقع محدد مما يتعذر معه على المقاول تنفيذ التزاماته ... " ⁽⁴⁸⁾.

3- تأخير التنفيذ بسبب فعل الغير :- إن من حالات الإعفاء من الغرامة أن يكون سبب التأخير في التنفيذ يتعلق بغير المتعاقد، ومن الأمثلة على تلك الحالة أن يكون تنفيذ العقد مشترك بين عدة متعاقدين ولكل منهم مهام عمل تختلف عن الأخرى، أو أن يكون موضوع العقد على عدة مراحل ولكل متعاقد مرحلة معينة، فإن تأخر أحدهم في تنفيذ التزاماته قد يؤدي إلى تأخر المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته، كون المتعاقد الثاني لا يمكنه إتمام العمل من دون قيام المتعاقد الأول بتنفيذ التزاماته، وفي مثل تلك الحالات لا يمكن للإدارة أن تقوم بفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد الثاني.⁽⁴⁹⁾

((ثانياً)) الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية :- أشرنا إلى أن حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية تكون على نوعين الأولى (وجوبية) وقد بينا صورها، أما الثانية فهي (جوازيه) تتمتع الإدارة بموجبها بسلطة تقديرية، فقد يتعرض المتعاقد مع الإدارة إلى ظروف من شأنها أن تؤثر في مدة تنفيذ العمل لكن هذه الظروف لا ترتقي بمكان لتكون قوة قاهرة كما أن الإدارة لا يد لها فيها، إلا أن لهذه الظروف تأثير على عمل المتعاقد مع الإدارة، لذا تقوم الإدارة بناءً على طلب المتعاقد بتمديد مدة تنفيذ العقد مراعاة للمتعاقد معها ولحسن تعامل المتعاقد مع الإدارة من دون أن يرافق ذلك فرض غرامات تأخيرية من قبل الإدارة على المتعاقد.⁽⁵⁰⁾

ويرى جانب من الفقه إن إعفاء الإدارة للمتعاقد من الغرامة التأخيرية لا يتوقف فقط على كون الإدارة هي الأقدر على تقدير احتياجات المرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام وإطراد، وإنما يشترط لإعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية أيضاً عدم إصابة الإدارة من جراء ذلك التأخير أي ضرر، ويستثنى من ذلك الحالات

⁴⁶ حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماداتها، مرجع سابق، ص 173.

⁴⁷ د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 169.

⁴⁸ حكم محكمة التمييز في العراق بالعدد (1433 / الهيئة الاستئنافية منقول / 2012) الصادر بتاريخ (2012/7/16)، حكم غير منشور.

⁴⁹ د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها.

⁵⁰ د. منصور نصري نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 208.



التي يكون فيها الإعفاء لأسباب خارجية عن إرادة المتعاقد كالقوة القاهرة أو التي تتعلق بفعل الإدارة وغيرها.⁽⁵¹⁾

ويرى الباحث أن هذا الرأي محل نظر، وذلك لكون هذا الرأي الفقهي والذي أخذ به المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة يتعارض مع الهدف الذي أقرت من أجله الغرامة التأخيرية، وإذا سلمنا بأن للإدارة الحق في إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية إذا كان التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد ولا يمكن للمتعاقد توقعها أو دفعها، فلا يعني ذلك إعفاءه من الغرامة أيضاً إذا لم يتحقق ضرر للإدارة من جراء ذلك التأخير، وذلك على اعتبار أن الضرر متحقق بمجرد حصول تأخير في التنفيذ كون الضرر هنا افتراضياً.

أما المشرع في العراق فلم يعطي للإدارة الحق في إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية حال ثبوت مسؤولية المتعاقد عن ذلك التأخير وإن كان لأسباب تتعلق بظروف العمل وغير مقصودة من قبل المتعاقد، وأن جُل ما فعله المشرع في العراق هو النص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 النافذة على إمكانية تأجيل استقطاعات الغرامة التأخيرية لمرة واحدة ويكون ذلك بناءً على طلب المتعاقد مع الإدارة.⁽⁵²⁾

ويؤيد الباحث هذا التوجه للمشرع العراقي، لما لذلك من أثر إيجابي في حث المتعاقد على إكمال الأعمال المناطة به وإنهاء التزاماته التعاقدية مع الإدارة، كما أنه في ذات الوقت لا يؤدي إلى ضياع حق الدولة المتمثل باستقطاعات الغرامات التأخيرية.

نخلص من كل ما تقدم بأن المشرع العراقي لم يشر في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والضوابط الملحقة بها إلى إمكانية الإدارة في إعفاء المتعاقد معها من الغرامات التأخيرية، سواءً كتن التأخير يعود لأسباب قهرية لا إرادة للمتعاقد فيها أو كان التأخير بفعل الإدارة أو فعل الغير، ولا في الحالات التي يترك فيها الأمر لسلطة الإدارة التقديرية، إلا أنه على الرغم من ذلك نجد ن الواقع العملي في القضاء يجري على خلاف ذلك، كون أحكام القضاء أخذت بإمكانية إعفاء المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التأخيرية في الحالات القهرية أو تلك التي تكون بسبب الغير أو بسبب فعل الإدارة.

ونحن بدورنا نؤيد ذلك التوجه للقضاء العراقي، وندعو المشرع العراقي إلى إجراء التعديلات المناسبة على تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وذلك من خلال إضافة نص يغطي الحق للإدارة في إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية في حالات القوة القاهرة وكذلك الحالات التي يكون التأخير فيها يعود للغير أو يعود للإدارة ذاتها، كون تلك الحالات لا دخل للمتعاقد فيها وليس له أن يتوقعها أو يدفعها.

المطلب الثالث

ضمانات المتعاقد عن فرض الغرامة التأخيرية

إذا كان للإدارة الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حال إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية كحقها في فرض الغرامات التأخيرية إذا ما تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته وفقاً للمدد المتفق عليها والمحددة بموجب العقد الإداري وهو محل بحثنا، وإن ذلك الحق مقرر للإدارة من أجل المحافظة على انتظام وسير العمل في المرفق العام، فإلى جانب ذلك الحق وتلك السلطة الممنوحة للإدارة لا بد من وجود ضمانات للمتعاقد إتجاه تلك السلطات التي تتمتع بها الإدارة، وقد أقرت الفقه والقانون بعدة ضمانات

⁽⁵¹⁾ د. نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 258 وما بعدها، أنظر أيضاً؛ المادة (48) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم (182) لسنة 2018 المعدل ولائحتها التنفيذية.

⁽⁵²⁾ أنظر المادة (9/ خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 النافذة.

للمتعاقدين في مواجهة الإدارة منها ما يكون إجرائياً ومنها ما يكون موضوعياً، وستتناولها في فرعين وكما يأتي :-

الفرع الأول

إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء

يُعد إعذار المتعاقد مع الإدارة قبل فرض الجزاء من الأمور الضرورية التي تفرضها قواعد العدالة لهدف إعطاء مهلة للمتعاقد لغرض تدارك أخطائه وتصحيح المخالفات التي صدرت منه، وإن من المبادئ المسلم بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية إنه لا عقاب من دون إنذار سابق.⁽⁵³⁾

ويراد بإعذار المتعاقد إنذاره بموجب ورقة تبليغ رسمية من جهة التعاقد تطلب من خلالها الإدارة ضرورة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وفقاً للمدد المحددة.⁽⁵⁴⁾

وقد عرف جانب من الفقه الإعذار بأنه " أثبات حالة تأخير المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدية على وفق القانون، أي أنه إجراء لكيفية أخاذه قبل تطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية ".⁽⁵⁵⁾

وبناءً على ذلك فإنه في مجال العقود الإدارية يقع على عاتق الإدارة أعذار المتعاقد معها قبل أن تلجأ إلى فرض الجزاء الإداري عليه، والإعذار يكون إما من خلال تنبيه المتعاقد بأنه مقصر في التزاماته التعاقدية وأن تقصيره من الممكن أن يسبب ضرراً بالمرفق العام، وهنا يكون على المتعاقد أن ينتبه إلى مواطن التقصير ويعمل على تصحيح المسار ويكون ذلك من خلال تنفيذ العقد على الوجه المطلوب، أو يكون الإعذار من خلال إنذار المتعاقد بفرض الجزاء إذا ما أستمروا في مخالفة شروط العقد، بحيث تعطي الإدارة للمتعاقد فرصة بعد إنذاره لتدارك الموقف وتصحيح الأخطاء.⁽⁵⁶⁾

ويشتر لصحة الإعذار أن تتوافر شروط معينة أهمها:-⁽⁵⁷⁾

1- صدور الإعذار من الجهة الإدارية المختصة، وذلك بأن يكون الإعذار صادراً من الجهة الإدارية التي تمتلك الحق في فرض الجزاء على المتعاقد.

2- وضوح الإعذار، أي أن يتضمن الإعذار الأخطاء أو المخالفات المرتكبة من قبل المتعاقد مع الإدارة بشكل دقيق.

3- تحديد المدة الزمنية، ويكون ذلك من خلال تحديد المدة الزمنية التي يجب خلالها تصحيح الأخطاء من قبل المتعاقد.

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بضرورة إعذار المتعاقد مع الإدارة قبل فرض الجزاء عليه فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات، ويتمثل ذلك الاستثناء في أن يتضمن العقد الإداري نصاً يقضي بموجبه إعفاء الإدارة من إنذار أو إعذار المتعاقد معها قبل فرض الجزاء بحقه، فإذا ما ورد نصاً في العقد يعفي الإدارة من إنذار

⁵³ (د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 157.

⁵⁴ (د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 364.

⁵⁵ (د. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدياء الجامعة، العدد (18)، سنة 2007، ص 177.

⁵⁶ (ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، سنة 2018، ص 8 وما بعدها.

⁵⁷ (ياسر عمار جبار، المرجع نفسه، ص 11 وما بعدها.

المتعاقد معها فإنه من حق الإدارة فرض الجزاء دون إنذار المتعاقد، دون أن يرتب ذلك أي مسؤولية إتجاه الإدارة.⁽⁵⁸⁾

ومن الحالات التي يمكن فيها إعفاء الإدارة من إعدار المتعاقد قبل فرض الجزاء الإداري حالة ورود نص صريح في دفا تر الشروط الملحقه بالعقد الإداري، أو في القانون يعفي بموجبه الإدارة من الإعدار إذا كانت طبيعة العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد تتسم بالضرورة الملحة التي لا توجب التأخير في التنفيذ، كما هو الحال في توريد الأسلحة والمعدات العسكرية في حالة الحرب، أو توريد المستلزمات الطبية والأدوية في حالات الكوارث والأوبئة الصحية.⁽⁵⁹⁾

وبذلك فإنه يمكن حصر الحالات التي يمكن بموجبها استثناء الإدارة من إعدار المتعاقد في الحالات الآتية:-⁽⁶⁰⁾

1- الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد على الإعفاء من الإعدار.

2- الإعفاء من الإعدار بناءً على نص في القانون أو التعليمات والضوابط المنظمة لعملية التعاقد.

3- الإعفاء من الإعدار بسبب طبيعة العقد الإداري أو الظروف المحيطة بالعقد.

4- الإعفاء من الإعدار بسبب عدم الجدوى أو عدم الفائدة من الإعدار.

ومن خلال استقرار الأنظمة القانونية المقارنة في فرنسا ومصر والعراق نجد أن جميع تلك الأنظمة القانونية قد أخذت بمبدأ إعدار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه بصورة عامة، وإن كانت تلك الأنظمة تأخذ بمبدأ الاستثناء على تلك القاعدة العامة في حالات معينة⁽⁶¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الإعدار قبل فرض الجزاء يمثل القاعدة العامة في مجال التعاقدات الإدارية وأنه على الإدارة الأخذ به قبل فرض أي جزاء على المتعاقد معها، وإن للإعدار شروط يجب أن تتوافر فيه قبل فرض الجزاء، فإن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناءات كما أشرنا، ومتى ما توافرت شروط تلك الاستثناءات أو الحالات فإنه يكون من حق الإدارة فرض الجزاء على المتعاقد من دون أن تقوم بإعداره.⁽⁶²⁾

ويتفق كل من المشرع المصري والعراقي على أن فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد مع الإدارة لا يتطلب إعداره قبل فرض الغرامة التأخيرية، وبذلك فإن المشرع في مصر والعراق يكون قد خالف المشرع الفرنسي في هذا الإتجاه، كون المشرع في فرنسا ألزم الإدارة إعدار المتعاقد قبل فرض الغرامة التأخيرية وأن الغرامة لا تستحق من قبل الإدارة إلا من تاريخ إعدار المتعاقد، كونه لم يجعل التأخير في التنفيذ من الحالات التي تستوجب الاستثناء من الإعدار كما هو الحال في مصر والعراق.⁽⁶³⁾

⁵⁸ (أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين "دراسة مقارنة"، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 128.

⁵⁹ (د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2008، ص 485.

⁶⁰ (خلفان محمد أمين؛ كمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق، سنة 2019، ص 74 وما بعدها، أنظر أيضاً؛ د. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 178.

⁶¹ (د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 364.

⁶² (حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 228 وما بعدها.

⁶³ (أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مرجع سابق، ص 130.



ويؤيد الباحث في هذا المجال ما جاء به المشرع في فرنسا، ويدعو المشرع العراقي الأخذ بما أخذ به المشرع في فرنسا من ضرورة إعدار المتعاقد قبل فرض الغرامة التأخيرية ما لم تتوافر الحالات التي يمكن بوجودها إعفاء الإدارة من الإعدار.

الفرع الثاني

التسبب والتناسب في فرض الغرامة التأخيرية

((أولاً)) تسبب جزاء الغرامة التأخيرية :-

يراد بالتسبب " ذكر سبب القرار الإداري في متنته " (64)، وعرفه جانب من الفقه بأنه الإفصاح من قبل الإدارة عن الأسباب القانونية أو الواقعية التي تبرر القرار الإداري بفرض الغرامة التأخيرية، وبمعنى آخر قيام الإدارة بذكر الأسباب التي بُني عليها القرار الإداري بفرض الغرامة التأخيرية في صلب القرار، وبذلك فإن التسبب يمثل التعبير الشكلي عن أسباب القرار. (65)

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من اتحاد الاشتقاق اللغوي بين تسبب القرار بفرض الغرامة التأخيرية وبين سبب فرض الغرامة ذاتها، إلا أن هناك فروقاً جوهرية بين السبب والتسبب، فالسبب يمثل ركناً من أركان القرار الإداري، بينما التسبب يمثل جزءاً من ركن الشكل في القرار الإداري، كما أن السبب يمثل الحالة الواقعية التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرار الإداري بفرض الغرامة التأخيرية، بينما التسبب يمثل إفصاح الإدارة عن الأسباب التي دعت الإدارة إلى إصدار القرار. (66)

ويتضح لنا مما تقدم بأن التسبب وإن كان مختلف عن السبب إلا أنه لا يقل أهمية عنه، كونه يُعد من الضمانات الموضوعية المهمة في مجال فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد مع الإدارة يهدف إلى منع تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها اتجاه المتعاقد، وإن الهدف من تلك الضمانات المقررة للمتعاقد يتمثل في ضمان عدالة الجزاء المفروض على المتعاقد مع الإدارة، كما أنه يمكن السلطة القضائية من تحري أسباب القرار والوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها بفرض الغرامة التأخيرية. (67)

والأصل في القانون الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها في فرض الجزاءات التعاقدية بصورة عامة والغرامات التأخيرية على وجه الخصوص إلا إذا ألزمها المشرع بذلك، لذا فإن قيام الإدارة بفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها من دون أن تقوم الإدارة بتسبب قرارها من حيث الأصل لا يؤثر على مشروعية القرار الإداري بفرض الجزاء الإداري، كون الأصل في القرار الإداري أنه يصدر مصحوباً بقرينة السلامة، وعلى صاحب الشأن (المتعاقد) أثبات العكس. (68)

وقد اختلفت الأنظمة القانونية في كل من فرنسا ومصر والعراق حول مدى وجوب تسبب الإدارة لقراراتها بفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد، ففي فرنسا نجد أن المشرع يأخذ بالمبدأ العام الذي يقضي بأنه لا تسبب إلا بنص، بمعنى أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها بفرض الجزاء إلا إذا ورد نص في القانون يقضي بذلك، وقد صدر القانون رقم (11 يوليو سنة 1979) الخاص بتسبب القرارات الإدارية والذي

⁶⁴ د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2007، ص 297.

⁶⁵ د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، سنة 2016، ص 371 وما بعدها.

⁶⁶ حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها، مرجع سابق، ص 232.

⁶⁷ ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية في القانون العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 31.

⁶⁸ د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 367.

بموجبه أصبحت الإدارة ملزمة بتسبب قرارات الجزاء الإداري بصورة عامة وقرار فرض الغرامة التأخيرية بصورة خاصة.⁽⁶⁹⁾

وقد أجمع الفقه الفرنسي على وجوب تسبب قرارات الإدارة بفرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد مع الإدارة.⁽⁷⁰⁾

أما الوضع في كل من مصر والعراق فنجد أن المبدأ السائد في كل منهما هو سيادة المبدأ العام والذي يقضي بعدم وجوب تسبب القرار الإداري المتضمن فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد مع الإدارة، إلا إذا وجد نص في القانون يلزم الإدارة بالتسبب وفي مثل هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها بفرض الجزاء، وتجدر الإشارة إلى أن القوانين والأنظمة والتعليمات المنظمة لعملية التعاقد الإداري لم تتضمن نصاً يقضي بموجبه إلزام الإدارة بتسبب قراراتها في فرض الجزاءات الإدارية، مما يعني أن المشرع في كل من مصر والعراق لم يأخذ بالتطور الحاصل في مجال التعاقدات الإدارية في فرنسا فيما يتعلق بتسبب القرار الإداري بفرض الجزاء.⁽⁷¹⁾

ويدعو الباحث المشرع العراقي السير على منهج المشرع الفرنسي فيما يتعلق بضرورة تسبب الإدارة لقراراتها في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد بصورة عامة وفي فرض الغرامة التأخيرية بصورة عامة، وذلك لما للتسبب من أهمية كبيرة على صعيد الإدارة بالدرجة الأولى كونه يؤدي إلى أن تقوم الإدارة بدراسة إجراءاتها في فرض الجزاءات بصورة أكثر دقة كي تتجنب الإحراج من خلال إصدار القضاء قراراً ببطالان قرار الإدارة في فرض الجزاء، ولما يتضمنه التسبب من أهمية للمتعاقد أيضاً كونه يشكل ضمانه حقيقية له تمكنه من مراجعة مشروعية قرارات الإدارة من حيث التأكد من أسباب القرار الإداري، فضلاً عن أهمية التسبب للقضاء في الكشف عن مدى صحة قرارات الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية.

((ثانياً)) التناسب بين جزاء فرض الغرامة التأخيرية والمخالفة المرتكبة من قبل المتعاقد :-

إن من بين الضمانات الموضوعية التي يجب على الإدارة مراعاتها في مواجهة المتعاقد معها في مجال فرض الجزاءات الإدارية إذا ما أخل المتعاقد معها في التزاماته هو ضرورة التناسب بين الجزاء الإداري وبين المخالفة التي ارتكبتها المتعاقد مع الإدارة.

فإذا كانت الإدارة تمتلك سلطة أو حق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها من دون الحاجة في اللجوء إلى القضاء، وكذلك من دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر من جراء تلك المخالفة فإن حقها ذلك ليس مطلقاً، وإنما يجب أن تستند الإدارة في ذلك إلى وجود مخالفة للمتعاقد، وفي مجال فرض الغرامة التأخيرية يجب أن يكون المتعاقد قد تأخر في تنفيذ التزاماته أتجاه الإدارة عن المواعيد المحددة بموجب العقد الإداري أو دفاقر الشروط، كما يجب أن يكون الجزاء الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد معها متناسباً مع حجم المخالفة التي تم ارتكابها من قبل المتعاقد.⁽⁷²⁾

وقد أكدت العديد من أحكام القضاء على ضرورة التناسب بين الجزاء والمخالفة، ومن ذلك ما جاء بحكم محكمة التمييز في العراق حيث جاء فيه " إن الوقائع الثابتة في الدعوى إن المدعي لم يلحقه ضرر من جراء ترك المدعي عليه للعمل ... وحيث أن الفقرة (2) من المادة (170) من القانون المدني نصت على

⁶⁹ (د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2010، ص 170.

⁷⁰ (د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود لإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2010، ص 232.

⁷¹ (د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص 393.

⁷² (حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها، مرجع سابق، ص 234.



أن التعويض الاتفاقي لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، لذا تكون دعوى المدعي غير مؤسسة على سبب من القانون " (73).

وبذلك نكون قد بينا أهم الضمانات الشكلية والموضوعية للمتعاقد في مواجهة سلطات الإدارة في مجال فرض الجزاءات التعاقدية.

((الخاتمة))

تناولنا موضوع " القيود التي ترد على سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية " من جوانبه المختلفة، وقد أضح لنا من خلال تلك الدراسة مدى أهمية الغرامات التأخيرية في مجال التعاقدات الإدارية ودورها في ضمان استمرار وانتظام عمل المرفق العام من جانب، ودورها في تعويض الأضرار التي تنتج من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية المحددة بموجب العقد في المواعيد والمدد المحددة، وقد توصل الباحث بعد إكمال دراسته إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات والتي تتمثل بالآتي :-

أولاً :- الاستنتاجات :

- 1- تتمتع الإدارة في مجال التعاقدات الإدارية بسلطات وإمميزات لا وجود لها في نطاق العقود المدنية يكيفها الباحث على أنها (وسائل ضبط إدارية).
- 2- تمثل الغرامات التأخيرية إحدى سلطات وإمميزات الإدارة والتي يمكن من خلالها مواجهة المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية في تنفيذ بنود العقد وفقاً للمدد المحددة بموجب العقد أو دفاقر الشروط.
- 3- تُعد الغرامات التأخيرية إحدى صور الجزاءات المالية، وأكثرها شيوعاً واستخداماً من قبل الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ويعود ذلك إلى أسباب عدة أهمها سهولة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد، بالإضافة إلى دور الغرامة التأخيرية في حمل المتعاقد على التنفيذ.
- 4- إن الغرامة التأخيرية تنصف بأنها جزاء (إتفاقي تلقائي) ويراد بالاتفاقية بمعنى أن الإدارة لا تستطيع فرض الغرامة التأخيرية دون أن يرد النص عليها في بنود العقد أو دفاقر الشروط الملحقة به وذلك بخلاف الجزاءات الإدارية الأخرى التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد وإن لم يرد النص عليه في العقد، أما التلقائية فيراد بها إمكانية الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد من دون إعدار المتعاقد بالمخالفة المرتكبة من قبله، ومن دون اشتراط تحقق الضرر باعتبار الضرر مفترضاً.

ثانياً :- المقترحات :

- 1- هنالك مشروع قانون يتعلق بالعقود العامة تسعى السلطة التشريعية إلى إقراره، لذا نأمل أن يكون هذا القانون منظم للعلاقة التعاقدية بكافة جوانبها بدءاً من الدعوة إلى التعاقد وإنهاءً بتصفية الحسابات الختامية، وذلك أسوةً بالتشريعات المقارنة كقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لسنة 2018 ولائحته التنفيذية، ونأمل من السلطة التشريعية التعجيل في تشريع هذا القانون.
- 2- نوصي وزارة التخطيط بضرورة إعداد برنامج سنوي لتدريب كافة العاملين في مجال المناقصات والمزايدات العامة في دوائر الدولة، وذلك من أجل تطوير امكانياتهم ومواكبة التطورات في مجال التعاقدات الحكومية العامة، وتمكينهم من التعامل بحرفية مع المشكلات، التي قد تطرأ منذ إبرام العقد ولحين إتمام تنفيذه.

⁷³(حكم محكمة التمييز في العراق رقم (573 / 3م / 98) والصادر بتاريخ (17/5/1998)، أشارت إليه رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 28.



3- من المسائل المتفق عليها من قبل الفقه والقضاء في مجال العقود الإدارية هو إمكانية الإدارة فرض الجزاءات المتنوعة على المتعاقد وإن لم يرد النص على تلك الجزاءات في بنود العقد ودفاتر الشروط الملحقة به، وتمثل الغرامات التأخيرية استثناءً على تلك القاعدة، لذا فإننا نقترح على المشرع أن يتبنى في قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية نصاً يؤكد بموجبه إمكانية الإدارة فرض جزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته وإن لم تتناولها نصوص العقد ودفاتر الشروط الملحقة به، ويكون النص كالاتي (يمكن للجهات الإدارية المختصة فرض الجزاءات الوارد ذكرها في التشريعات المنظمة لعملية التعاقد في حالة وجود إخلال من قبل المتعاقد، وإن لم يرد النص على تلك الجزاءات في بنود العقد أو دفاتر الشروط).

4- نقترح على المشرع أن يضمن قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية نصاً يعطي بموجبه للإدارة الحق في إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية في حالات القوة القاهرة، وفي حال ما إذا كان التأخير في التنفيذ يعود بسبب الغير أو بسبب الإدارة ذاتها، وذلك أسوة بما أخذ به المشرع في مصر.

5- ندعو المشرع العراقي الأخذ بضرورة إعداد المتعاقد قبل فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد مع الإدارة أسوة بالمشرع الفرنسي، وأن يكون حق الإدارة في الإعفاء من الإعداد في الحالات التي حددها القانون فقط.

6- يدعو الباحث المشرع العراقي السير على نهج المشرع الفرنسي فيما يتعلق بضرورة تسبب الإدارة قراراتها في مجال فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد بصورة عامة، وفي فرض الغرامات التأخيرية بصورة خاصة، وذلك لما لذلك من أهمية كبيرة للإدارة والمتعاقد معاً.

تلك هي أهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصل إليها الباحث، وأمل أن أكون قد وفقت في إبراز الجوانب المختلفة للبحث، وأن يكون جهدي المتواضع هذا قد نال قبولكم ورضاكم، وأخيراً لا يسعني إلا أن أحمد الله وأشكره كثيراً كما ينبغي لجلال وجهه الكريم لتوفيقني في إتمام تلك الدراسة.

((المصادر والمراجع))

أولاً : الكتب القانونية :

- 1- د. إحسان سليمان خربيط : سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2021.
- 2- أحمد طلال عبد الحميد : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، الطبعة الأولى، سنة 2013.
- 3- د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973.
- 4- د. بشار جميل عبد الهادي : العقد الإداري (الجوانب القانونية والإدارية والأدبية) "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2015.
- 5- حسام محسن عبد العزيز : سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري و ضماناتها "دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018.
- 6- خليل صالح السامرائي : عقد الأشغال العامة (إبرام - تنفيذ - إنتهاء) "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017.

- ٧- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد : سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2016.
- ٨- د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2008.
- ٩- سيف سعد مهدي الدليمي : مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2017.
- ١٠- د. طارق سلطان : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2010.
- ١١- د. عبد الله نواف العنزي : النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2010.
- ١٢- د. عمر محمد الشوبكي : القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2007.
- ١٣- فارس علي جانكير : سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2014.
- ١٤- فوزية سكران : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017.
- ١٥- د. ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2020.
- ١٦- د. ماهر صالح علاوي : مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، سنة 1996.
- ١٧- د. محمد حسن مرعي الجبوري : الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018.
- ١٨- د. محمد رفعت عبد الوهاب؛ د. حسين عثمان محمد : مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001.
- ١٩- د. نجم عليوي خلف : السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2019.
- ٢٠- د. نصري منصور نابلسي : العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 2012.
- ٢١- ثوميد أحمد محمد : التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017.

ثانياً : الرسائل والأطاريح :-

- ٢٢- خلفان محمد أمين؛ كمال محمد : سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق، سنة 2019.



- ٢٣- رشا محمد جعفر الهاشمي : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، سنة 2005.
- ٢٤- فارس مخلف خلف الدليمي : الجزاءات المالية في العقد الإداري " دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2016.
- ٢٥- محمود فاهم جبار الجبوري : الجزاءات في العقد الإداري وفق القانونين اللبناني والعراقي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية في لبنان، سنة 2019.
- ٢٦- ياسر عمار جبار : ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة 2018.

ثالثاً : المجالات العلمية :-

- ٢٧- د. حسن علي محمد البنان : الجزاءات المالية في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12)، العدد (54)، سنة 2012.
- ٢٨- د. خالد محمد مصطفى المولى : الجزاءات المالية في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداثة الجامعة، العدد (18)، سنة 2007.
- ٢٩- عبد الرحمن عباس أدين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد (22)، العدد (3)، سنة 2014.
- ٣٠- د. علي خنجر شطناوي : صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (1)، مارس (أذار)، سنة 2000.
- ٣١- د. مجدوب عبد الحليم : التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (4)، العدد (2)، لسنة 2019.
- ٣٢- د. منصور إبراهيم العتوم : النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية " دراسة تحليلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة التشريع والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، سنة 2013.

رابعاً : التشريعات والقوانين :-

التشريعات المصرية :-

- ٣٣- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لسنة 2018 المعدل.
- ٣٤- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لسنة 2018.

التشريعات العراقية :-

- ٣٥- شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة 1987.
- ٣٦- شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية لسنة 1988 الملغى.
- ٣٧- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

٣٨- الوثائق القياسية / وثيقة المناقصة العامة لعقود الأشغال الصادرة عن وزارة التخطيط والمعممة بموجب كتابها المرقم (9128/7/4) والصادر بتاريخ (2017/4/30).

خامساً : القرارات القضائية :-

٣٩- حكم محكمة استئناف نينوى المرقم (34 /س / 2011) الصادر بتاريخ (2011/1/30) غير منشور.

٤٠- قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (573 /م / 98) الصادر بتاريخ (1998/5/17).

٤١- قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (1433 / الهيئة الاستئنافية منقول / 2012) والصادر بتاريخ (2012/7/16) غير منشور.