جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى
مجلس كلية القانون – جامعة القادسية وهي جزء من متطلبات نيل شهادة
الماجستير في القانون العام
من الطالبة

سجى فيصل مشرف

بإشراف

الدكتور وليد حسن حميد الزيادي

أُستاذ القانون الإداري المساعد

١٤٤٤هـ ٢٠٢٣ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ لَّيْسَ بِأَمَانِيِّكُمْ وَلَآ أَمَانِيِّ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ ۗ مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ وَلَا يَجِدْ لَهُۥ مِن دُونِ ٱللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴿١٢٣﴾ ﴾

النساء: ١٢٣

صدق الله العظيم

الاهداء

فِي ذِمَّةِ اللَّهِ مَا أَلْقَى وَمَا أَجِدُ

أَهَذِه صَخْرَة أَم هَذِهِ كَبِدُ

قَدْ يَقتِلُ الْحُزْن مِنْ أَحْبَابِهِ بَعُدُوا

فَكَيْفَ بِمَنْ أَحْبَابِه فِقُدوا

الى فقيدي ومعلمي الاول في الدنيا

الى روحك الشهيدة الخالدة أبي العزيز

اقدم لك ثمرة جهدي المتواضع

الباحثة:

شكر وعرفان

الى من شاركني حمل الأمانة وأعانني بعد الله على أداء رسالتي

شكري وأمتناني الى مشرفي الدكتور (وليد حسن حميد الزياديّ)المحترم صاحب الأثر الطيب والخلق الحسن، لطالما رافقني بنصائحه ومساعدته لأتم رسالتي على أكمل وجه، فهذه الرسالة وما كنت عليه انا اليوم إلا انعكاس لجزء مما غرسه فيّ طوال المرحلة البحثية شكري الموصول لك...

الى النفس الكريمة التي أفنت حياتها لتضيء عتمة دربي امي العزيزة ...

الى اخواتي واخي الكريم ....

و أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الى الملاك التدريسي في كلية القانون–جامعة القادسية بما قدموه لنا من نصح وارشاد، واتقدم بخالص العرفان الى الأستاذ القاضي (عواد حسين العبيديّ) نائب رئيس محكمة استئناف كركوك فكان في شدتي عون وخير رفيق ولم يبخل علي بمساعدته المستفيضة واطلاعه على ما أقوم بكتابته بين الحين والاخر، دمتَ رمزاً للعطاء ومنارة للعلم، واشكر الأستاذ القاضي (عبد الحمزة الغزاليّ) لمساعدته طيلة مرحلة بحثي بما قدمه من نصائح وتزويدي بالقرارات لموضوع بحثي، وخالص الشكر الى زميلي النقيب الدكتور(مروان جاسم الجبوريّ) لما قدمه لي من مساعدة تركت آثر واضح في رسالتي.

واتقدم بالشكر الى مكتبة كلية القانون جامعة القادسية وكل من المكتبات القانونية لجامعة بابل، والنجف الأشرف، وكربلاء المقدسة، وجامعة بغداد، وجامعة المستنصرية، وجامعة الأنبار، وجامعة كركوك، ومعهد العلمين للدراسات العليا، والمكتبة العباسية على ما قدموه لي من مصادر قانونية، وشكري الموصول للمحاكم العراقية واخص منها بالذكر محكمة استئناف البصرة وكركوك والانبار والتمييز الاتحادية لتزويدي بالقرارات القضائية، والى كل من مد يد العون لي في مسيرتي الدراسية بالكلمة الطيبة والنصيحة كنتم جزءً لا يتجزء من رسالتي...

الى لجنة المناقشة التي ستسهم في إكمال عملي بما سيقدموه من ملاحظات سديدة ومقترحات بناءةً

شكري وعرفاني لكم جميعاً ... **الباحثة:**

المستخلص

سلط موضوع البحث على أحد أهم الجزاءات الإدارية إلا وهو الجزاء المالي، كونه الاكثر شيوعاً من بين الجزاءات الإدارية، وحدد حديثنا للجزاء المالي في نطاق العقود الإدارية لوصفه ضمن المواضيع المتطورة مع فقدانه لقانون تنظيمي له، فاستوجب البحث به لمعرفة معالم هذا الموضوع وحيثياته.

وانطلاقاً مما تقدم تبين أن الإدارة تبرم عقوداً إدارية لتسيير مرافقها، وبموجب كل اخلال أو تأخير من المتعاقد تلجأ الى فرض الجزاء المالي بموجب إراداتها المنفردة ودون حاجة اللجوء للقضاء، و أحد هذه الجزاءات يكون الغرض منه تغطية الاضرار التي لحقت بمرافقها الإدارية، وهي التعويض وتحمل المصاريف والتحميلات الإدارية، وآخرهما يكون الغاية منه عقاباً للمتعاقد على إخلاله وتأخيره حتى لو لم يترتب ضرراً وهي الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات، علماً أن الإدارة هنا غير ملزمة بأثبات الضرر، وبالرغم من ذلك لا يعني أن المتعاقد يكون تحت سلطة الإدارة المطلقة في هذا الاتجاه، فعلى خلاف ذلك هنالك مجموعة ضوابط تصب في مصلحة المتعاقد وينبغي على الإدارة مراعاتها عند فرض قرار الجزاء، التي تعد حداً امام سلطة الإدارة لتجعل منها سلطة مقيدة محققة بذلك التوازن ما بين الطرفين، وفضلاً عن ذلك يحق بكل الاحوال لجوء المتعاقد الى القضاء بوصفه الجهة المستقلة والاعلى امام الطرفين، متى ما وجد المتعاقد نفسه امام غبن وظلم بحق ذمته المالية من الإدارة، وليتولى القضاء النظر في موضوع الدعوى والحكم بإلغاء الجزاء أو تعديله أو تعويض المتعاقد أو فسخ العقد الإداري.

ونظراً لعدم وضوح موقف المشرع العراقي تجاه الجزاء المالي من حيث عدم وجود قانون موحد ولتشضي النصوص الإدارية وعدم وضوح موقفها من سلطتها بالتنفيذ المباشر فيما يخص التعويض كونها لا تختص بإيقاعه، و عدم وجود قضاء إداري متخصص لنظر في منازعاته، فإن هذا البحث يوصي المشرع العراقي بالمواكبة على وفق ما هو مستقر لدى الأنظمة المقارنة في كل من مصر وفرنسا فيما يخص توحيد تناثر النصوص الإدارية الجزائية وتجميعها بقانون موحد وعدم الاكتفاء بالتعليمات العقدية، وتفعيل التعطيل الحاصل للقضاء الإداري من حيث تخصصه بالمنازعات الإدارية وعدم استمرار خضوعها لنطاق القضاء العادي بوجود قضاء إداري متخصص ينظر في المنازعات العقدية وعدم بقائها تحت نطاق القضاء العادي.

المحتويات

الموضوع		الصفحة
المقدمة		١ _ ٣
الفصل الاول	**المدلول العام للجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية**	٤ _ ٥١
المبحث الأول	مفهوم الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	٥
المطلب الأول	التعريف بالجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	٦
الفرع الاول	التعريف بالجزاء المالي	٦ _ ١٠
الفرع الثاني	التعريف بالقاعدة القانونية الإدارية	١١-١٤
المطلب الثاني	ذاتية الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	١٥
الفرع الأول	تمييز الجزاء المالي عن الجزاءات الإدارية الأخرى	١٥ _ ١٩
الفرع الثاني	تمييز الجزاء المالي عن الجزاءات غير الإدارية	٢٠_٢٤

المبحث الثاني	صور الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	٢٥
المطلب الأول	صور الجزاءات المالية ذات الصفة عقابية	٢٦
الفرع الأول	الغرامة التأخيرية	٢٦ _ ٣٣
الفرع الثاني	مصادرة التأمينات	٣٣_٣٨
المطلب الثاني	صور الجزاءات المالية الخالية من الصفة العقابية	٣٩
الفرع الأول	التعويض	٣٩-٤٦
الفرع الثاني	المصاريف والتحميلات الإدارية	٤٧-٥١
الفصل الثاني	**أساس الجزاء المالي وضماناته**	**٥٢- ٩٣**
المبحث الأول	أساس الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	٥٣
المطلب الأول	الأساس الفلسفي للجزاء المالي	٥٣-٥٤
الفرع الاول	نظرية الحد من العقاب	٥٤-٥٨
الفرع الثاني	نظرية الحد من التجريم	٥٩-٦٣
المطلب الثاني	الأساس القانوني للجزاء المالي	٦٤

الفرع الاول	فكرة السلطة العامة	٦٤-٦٨
الفرع الثاني	فكرة المرفق العام	٦٩-٧٢
المبحث الثاني	ضمانات الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	٧٣
المطلب الاول	الضمانات الإجرائية للجزاء المالي	٧٤
الفرع الأول	الضمانات الخاصة بالإدارة	٧٤-٧٩
الفرع الثاني	الضمانات الخاصة بالمتعاقد	٧٩-٨٣
المطلب الثاني	الضمانات الموضوعية للجزاء المالي	٨٤
الفرع الأول	الضمانات الخاصة بالإدارة	٨٤-٨٩
الفرع الثاني	الضمانات الخاصة بالمتعاقد	٨٩-٩٣
الفصل الثالث	الرقابة القضائية على الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية	**٩٤-١٣٤**
المبحث الأول	القضاء المختص بالرقابة القضائية على الجزاء المالي	٩٥

المطلب الأول	الأساس القانوني للرقابة القضائية للجزاء المالي	٩٥
الفرع الأول	اختصاص الإدارة في فرض الجزاء المالي	٩٦-٩٩
الفرع الثاني	الأخلال القانوني الموجب لفرض الجزاء المالي	٩٩-١٠٣
المطلب الثاني	مظاهر الرقابة القضائية للجزاء المالي	١٠٤
الفرع الأول	القضاء الموحد	١٠٤_١٠٨
الفرع الثاني	القضاء المزدوج	١٠٩-١١٢
المبحث الثاني	نطاق الرقابة القضائية للجزاء المالي والاثار المترتبة عليه	١١٣
المطلب الأول	نوع الرقابة القضائية للجزاء المالي	١١٣
الفرع الأول	رقابة المشروعية	١١٤_ ١١٩
الفرع الثاني	رقابة المُلاءَمة	١١٩_ ١٢٢
المطلب الثاني	الآثار المترتبة على الطعن بالجزاء المالي	١٢٣
الفرع الأول	الآثار المتحققة بالنسبة للطاعن	١٢٣_ ١٢٨

الفرع الثاني	الآثار المتحققة بالنسبة للإدارة	١٢٨_١٣٤
الخاتمة الاستنتاجات والمقترحات		١٣٥-١٤١
المصادر والمراجع		١٤٢-١٦٠
الملخص باللغة الإنكليزية		A_ B

المقدّمَـــــة

المقدمة

اولاً: موضوع البحث

تعد العقود الإدارية من أحد الروابط التي تهدف الإدارة من ورائها احداث آثار قانونية بموجب قرارات إدارية هادفة، وهي إدارة مرفقاً إدارياً لاستمرار تلبيتها لحاجات الأفراد وتقديمها مستلزمات خدماتهم، وتعهد بتلك الإدارة الى أحد الأفراد المتعاقدة معها، ووفق ما متعارف عليه بموجب المبادئ العامة فللإدارة صلاحيات وسلطات بموجب القانون و العقد الإداري، تصدر منها مجموعة قرارات إدارية بتلقاء نفسها وبموجب أرادتها الصريحة وتكون نافذة دون توقفها على قبول أو موافقة من المتعاقد، وكل ذلك يصب في المصلحة العامة لضمان سير المرافق الإدارية بانتظام واطراد، ومن هذه الجزاءات هي الجزاءات المالية وتتماز تلك الجزاءات بطبيعية التنفيذ المباشر والذي لا يتوقف إيقاعه على تصديق من جهة قضائية أو اجراء آخر، إنما يوقع بصورة مباشرة على المتعاقد، وعلى الرغم من هذا لا يعني أن ذلك الامتياز خالٍ من كل ضمانة أو متروك دون شرط أو قيد، ونظراً لخطورة السلطة الجزائية الممنوحة للإدارة فإن المشرع لم يجعلها سلطة مطلقة، فخلاف ذلك إذ تعد سلطة مقيدة بموجب قيدين أولهما ذاتي (داخلي) واخرهما خارجي، وذلك لكوننا امام جزاءات ذات طبيعية مالية لها تماس مباشر بالذمة المالية للمتعاقد، مما قد يرتب لنا آثار سلبية عليه أو على حقوقه بصورة أو بأخرى ولا يمكن استبعاد الظن بتعسف وعدم انصاف الإدارة في استعمال تلك الصلاحيات، ففيما يخص القيد الاول تكون الإدارة مقيدة بموجب ضوابط القرار الإداري الصحيح والذي يعد بمثابة ضمانة للمتعاقد تجاه جهة إدارية كانت هي الخصم والحكم في آن واحد، لذا كان لزاماً أن تتقيد بمجموعة من الضوابط حالها حال كل جزاء يصدر من جهات غير إدارية، وهذا يعد بمثابة اعتراف من الإدارة تجاه المتعاقد بوجود ضمانات قانونية، لتتوازن به كفة المعادلة ما بين الصلاحيات والامتيازات الإدارة وكفة حقوق وضمانات المتعاقد، ومن جهة أخرى تتقيد الإدارة بقيد خارجي وذلك بوجود جهة قضائية مستقلة يحق للمتعاقد الطعن بقرار الجزاء المالي، متى ما رأى المتعاقد وجود ظلم في حقوقه أو مبالغة في ذلك الجزاء، لنواجه ايضاً مجموعة صلاحيات قضائية تجاه ذلك الجزاء فيما يخص الالغاء والتعديل والتعويض والفسخ، وهنا طبق القضاء الجانب العملي للقانون الإداري كون الإدارة هي أكثر الجهات احتكاكاً بالإفراد مما يثير معه

مشاكل واعتداء على حقوق الفرد، ويكون الاخير دائماً به حاجة اللجوء الى جهة اعلـــى طالبـــاً منها ايقاف العمل الذي اعتقد بموجبه مخالفاً أو منتهكاً للقوانين والانظمة والتعليمات.

ثانياً: أهمية البحث

لأهمية الموضوع سنتطرق لهُ بعيداً عن التكرار والاسهاب في المبادئ العامة والمتعارف عليها في الدراسة العلمية السابقة، دون الاختصار المخل وسنحاول قدر المستطاع التركيز على موضوع الجزاء المالي والالمام بركائزه، تحقيقاً للموازنة حتى يتنسى للقارئ فهم حيثياته بأسلوب بسيط بعيداً عن التعقيد، وتبرز أهمية البحث من الكشف عن أنواع الجزاءات المالية وخصائصها و الاساس القانوني لها ومدى اهمية سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي، وبيان ضمانات المتعاقد تجاه الإدارة في الجزاء المالي والتعرف على نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة، وما تقدمه السلطة القضائية الى صاحب المصلحة ما بعد الطعن بقرار فرض الجزاء المالي.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتمثل اشكالية البحث بعدم وجود قانون لتنفيذ العقود الحكومية لبيان معالم سلطة الإدارة الجزائية عامة والمالية خاصة، فوجود تعليمات تنفيذية مع تعرضها لتعديلات متكررة بين حال الى آخر أمر غير محبب امام موضوع نشهد له تطور سريع لتماسه المباشر بتطور دولة هذه من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم وجود استقلالية كاملة للقانون الإداري في بعض احكامه، إذ نشهد تدخل القوانين الخاصة في موضوع اداري بحت وهو موضوع الجزاء المالي المقترن بالقواعد الإدارية، وبهذا تتفرع لدينا مشكلات عدة نحاول تسليط الضوء عليها في موضوع البحث وذلك على النحو الآتي:

ما الجزاءات المالية التي يحق للإدارة فرضها على المتعاقد؟ وهل تمتلك الإدارة صلاحية الإعفاء من الجزاء المالي بالرغم من أنها ملزمة بتحقيق المصلحة العامة والمسؤول الاول والأخير عن تلك المصلحة؟ وفي حال خلو العقد من شرط الجزاء المالي وعدم إيراد اتفاق ثانوي بشأنه هل يعني ذلك تجريد الإدارة من تلك الصلاحية والامتياز أو ماذا؟ وما الاساس القانوني لتلك الصلاحية والامتياز بفرض الجزاء؟ وما ضمان المتعاقد من تعسف الإدارة

وانحرافها بفرض الجزاء المالي؟ ومن الجهة المختصة قضائياً بالرقابة على الجزاء المالي الإداري ؟ وما الآثار التي يسقطها القضاء بحق كل من المتعاقد والإدارة اثناء وجود دعوى جزاء مالي إداري؟ والسؤال الأهم هل حققت تلك التعليمات كفاية تنظيمية إدارية لتغطية موضوع البحث؟

رابعاً: نطاق البحث

ونظراً لسعة الموضوع سيتم حصر نطاق الدراسة في الجانب العقدي فقط، وعلماً عند بحثنا ودراستنا للجانب وجدنا أن الجزاء المالي هو جزء من موضوع الجزاءات الإدارية والتي تتنوع ما بين جزاءات جنائية وضاغطة وفاسخة واخرهما مالية، ووجدنا ايضاً سلطة الإدارة بفرض الجزاء لا تقتصر على النطاق العقدي انما تمتد على النطاق الوظيفي وحتى على الافراد العامة.

خامساً: منهج البحث

من أجل تغطية موضوع البحث سيتم الاعتماد على المنهج التحليلي، لتحليل النصوص القانونية والمذاهب والآراء الفقهية والتوجهات القضائية، لاستنباط النتائج العلمية مع الاستعانة بالمنهج المقارن لكل من فرنسا ومصر، بالرجوع الى مراجعهم العلمية والتشريعية وآرائهم الفقهية، حتى نتمكن من الاجابة على التساؤلات التي ذكرت سابقاً ضمن اشكالية البحث.

سادساً: هيكلية البحث

تضمنت خطة البحث ثلاثة فصول، خصص الاول منه الى التعريف بالجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية وما تلك الجزاءات المالية من حيث مفهومها وتمييزها عما يشبه به وصورها، اما الفصل الثاني سنتطرق إلى أساس الجزاء المالي من الناحية الفلسفية ومن الناحية القانونية، وما ضمانات وضوابط ذلك الجزاء، اما الفصل الثالث فسيتولى تسليط الضوء على الرقابة القضائية من حيث أساسها والجهة المختصة بالرقابة والآثار التي تترتب على ذلك الجزاء، واخيراً سنتناول في خاتمة البحث مجموعة من الاستنتاجات وأخرى من المقترحات نضعها بين متناول يد القارئ ولعلها قد أعطت الموضوع حقه بالقدر المستطاع.

الفصل الأول

المدلول العام للجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

الفصل الأول

المدلول العام للجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

تلجأ الإدارة إلى العقود الإدارية لتيسير مرافقها وتنظيمها بالصورة المبتغاة عن طريق تعاقدها مع الغير، وتضع في نصب أعينها المصلحة العامة المطلوب منها ومن الطرف المتعاقد تحقيقها، مع وضع مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد القاعدة الأساسية لكليهما.

فمن ناحية الإدارة هي المسؤول الأول والأخير عن مبدأ سير المرافق العامة على وفق المبدأ المذكور، ومن جانب المتعاقد هو الوسيلة أو الأداة التنفيذية التي تحقق به، من فرض الالتزامات عليه التي تعد القاعدة الهرمية لها هي المصلحة العامة، وحتى يتحقق لنا هذا المبدأ تكون الإدارة هنا في مستوى أعلى من المتعاقد الذي يرشحها بذلك قواعد القانون العام، وبموجب تلك القواعد وتلك المبادئ يتم منح سلطات لمواجهة اخطاء المتعاقد، ومن هذا السلطات هي سلطتها بإيقاع الجزاءات الإدارية بإرادتها المنفردة.

وأحد تلك الجزاءات هي الجزاء المالي الذي يعد من أخطر السلطات الممنوحة للإدارة، لأنه يمس الذمة المالية للمتعاقد، وعلى اعتبار أن أساس تقدم المتعاقد لتعاقد مع الإدارة هو ابتغاء الربح على ضوء ما تقدمه الإدارة من مكافآت ومستحقات مالية عند تنفيذ العقد الإداري، فإذا ثبت للإدارة من رقابة مخالفة المتعاقد لشروط العقد أو ارتكابه من الأفعال ما يخل بسير المرفق العام، تلجأ لسلطتها في توقيع الجزاءات تجاه المتعاقد.

ويعد الجزاء المالي في العقود الإدارية اكثر أنواع الجزاءات استخداماً، وبهذا يتطلب تنظيم يساوي قيمته في العقود الإدارية حتى يتم تقدير الغاية المبتغاة منه، إذ لا يجوز فرضه دون مبرر له أو المبالغة في تقديره لأننا نكون أمام غلو في تقدير الجزاء ومن ثم سنواجه سلطة أخرى متمثلة بالقضاء ومالها من صلاحية وسلطات تجاه القرار الإداري، على اعتبار أن الغاية التي تسعى اليها الإدارة من توقيع الجزاءات بغض النظر عن العقاب هي حمل المتعاقد في تنفيذ الالتزام تنفيذاً لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، إذاً القصد منها ليس الضغط على الذمة المالية للمتعاقد قدر ما تقويم انحراف سلوك المتعاقد في نطاق تنفيذ العقد الإداري

المبحث الأول

مفهوم الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

من هذا المبحث سنسلط الضوء على الجزاء المالي بوصفه أحد صور الجزاءات التي توقعها الإدارة مع المتعاقد معها، إذ تلجأ الإدارة الى الجزاءات متى ما حصل خرق أو مخالفة لقوانينها وتعليماتها، وعند الرجوع الى القانون العراقي بالأخص نجد أن الجزاء المالي يتواجد مع كل قاعدة قانونية إدارية سواء كانت تنظيمية أو تعاقدية وحتى يصل الحال الى إمكانية الإدارة بفرض الجزاءات ضد الافراد العامة التي لا تربطها أي من العلاقات المذكورة انفاً.

وفي مجال بحثنا سنتطرق للجزاء المالي في نطاق العقود الإدارية وعما واجهت هذا الجزاءات من صراع فقهي وقانوني في مدى اعتبارها حق من حقوق الإدارة، وبحسب ما نعلم أن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء المالي على المتعاقد معها لا تستهدف بالأساس تنفيذ التزاماته العقدية، بقدر ما تتوخى منه تأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد والذي يستتبع هذا المبدأ أن يتم تنفيذ الالتزامات بصورة صحيحة والمتفق عليها، لذلك كل اخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ التزامه العقدي لا يعد في حد ذاته مجرد اخلال في التزاماته تجاه الإدارة بقدر ما يشكل مساساً بسير المرفق العام وبالنتيجة يترتب ضرر بالمصلحة العامة، الأمر الذي استوجب معه أن يكون للإدارة وهي بصدد تنفيذ تعاقدها جزاءات إدارية توقعها في حالات منظمة وفق قواعد قانونية ومنها الجزاء المالي.

لذلك ومن هذا المبحث تقسمك الى مطلبين نتناول في المطلب الاول التعريف بالجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية لغة واصطلاحا، وفي المطلب الثاني تحديد ذاتية هذه الجزاءات عما تشتبه به من جزاءات أخرى، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

التعريف بالجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

سبق لنا الإشارة ونحن بصدد الحديث عن الجزاء المالي، أنه نوع من أنواع الجزاءات توقعه الإدارة مع المتعاقد في مجال القانون الإداري ضمن قواعدها العقدية، **فما الجزاء المالي وما القاعدة القانونية الإدارية التي نستند عليها لفرض الجزاء المالي ؟**

وللإجابة عن هذه تساؤلات يستوجب بنا تحديد المقصود بالجزاء المالي من الناحية اللغوية والاصطلاحية وخصائص هذا الجزاء، وبعدها نتطرق الى التعريف بالقاعدة القانونية الإدارية لغةً واصطلاحاً وخصائص هذه القاعدة في فرعين مستقلين سنتولى توضيحهما على النحو الآتي:

الفرع الأول

التعريف بالجزاء المالي

لبيان تعريف الجزاء المالي نجد الزاماً علينا أن نتولى تبيان معناه اللغوي بعد ذلك الاصطلاحي وذلك من النقطتين الآتيتين:

اولاً: المعنى اللغوي للجزاء المالي :

١- **الجزاء لغةً :** للإلمام بموضوع الجزاء المالي لغوياً لابد من الرجوع إلى معاجم اللغة وعلى النحو الآتي :

الْجَزَاءُ لُغَةَ يَأْتِي مِنَ الْفِعْلِ جَزَى ,الْجُزْءَ يَعْنِي الْبَعْضُ ,وَالْجَمْعَ أَجْزَاءًجَزَّأَ وَجْزَاهُ كِلَاهُمَا :جُعَلُهُ أَجْزَاءً وَكَذَلِكَ التَّجْزِئَةِ.جَزَّأَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ مُشَدِّدِ لاغير :قَسَّمَهُ أَجْزَّا مِنْهُ جزءأ : اخذ[1]. وَالْجَزَاءَ يَعْنِي" جَزَاهُ" مِنْ بَابِ الْقَطْعِ، وَ" جَزَّأَهُ تَجْزِئَةُ" قِسْمَهُ" أَجْزَاءَ" وَ" جَزَّأَ" بِهِ مَنْ بَابِ قَطْعِ اِكْتَفَى وَ"

---

[1] د. محمد بن مكرم بن علي إبن منظور الانصاري، لسان العرب، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت _ لبنان، بدون سنة نشر، ص ٢٦٧.

أَجزَاهُ" الشَّيْءَ كَفَاهِ وَ" أَجزَّأَتْ" عَنْهُ شَاهَ لُغَةٍ فِي جُزْتُ أَيَّ قَضَتْ، وَ" اجتزأ" بِهِ وَ" تَجَزَّأَ" بِهِ اِكْتَفَى[١].

٢-**المال في اللغةً :** مَعْرُوفٌ مَا مُلَّكَتِهِ مِنْ جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ، وَجَمَعَهُ: أَمْوَالٍ، وَمُلْتُ تُمَالُ وَمُلْتُ تَمَوَّلْتُ وَاِسْتَمَلْتُ: كَثُرَ مَالُكَ، وَمَالٌ هُوَ كُلُّ مَا يَمْلِكُهُ الْفَرْدُ أو تَمْلِكُهُ الْجَمَاعَةُ مِنْ مَتَاعٍ أو عَرُوضَ تِجَارَةٍ أو عَقَارَةٌ أو نُقُودٌ أو حَيَوَانٌ[٢].

ثانياً: التعريف بالجزاء المالي اصطلاحاً : قبل التطرق لتعريف الجزاء المالي اصطلاحاً ينبغي أن نتطرق لمفهوم الجزاء وحده بوصف الجزاء المالي هو احد أنواع الجزاءات في نطاق القانون الإداري، فالجزاء من أوسع معانيه يقصد به" التعبير عن رد الفعل المناسب لردع وتقويم سلوك ما، يعد غير مشروع من وجهة نظر صاحب الحق بفرض مثل هذا الجزاء، والقواعد القانونية كلها تتمتع بصفة الإلزام مما مؤداه إلى تقرير جزاء قانوني على مخالفتها، ومما لا شك فيه أن طبيعة الجزاء ترتبط بطبيعة القاعدة التي تمت مخالفتها، والمصلحة المحمية من خلالها"[٣]، وقد عرفه بعض من الفقهاء بأنه " اجراء اجتماعي يستهدف تأمين تطبيق قاعدة قانونية وذلك بمعاقبة مخالف هذه القاعدة" [٤].

والجزاء المالي في مجال القانون الإداري وبالأخص في نطاق العقد الإداري، يعرف بأنه" المبالغ المالية التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد عند اخلاله بالتزاماته العقدية ويكون

---

[١] د. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت _ لبنان ، بدون سنة نشر، ص ٤٣.

[٢] د. محمد بن مكرم بن علي إبن منظور الانصاري لسان العرب، الجزء الثالث عشر، ط٣، مؤسسة التاريخ العربي، دار احياء التراث العربي، لبنان، ١٩٩٩، ص ٢٢٣.

[٣] د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١١٤ .

[٤] د. رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، العقد والجزاء الجنائي(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٩.

الغرض منها تغطية ضرر حقيقي لحق بالإدارة، أو توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة" [١].

وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف الجزاء المالي بأنه مجموع من المبالغ المالية المستحقة للإدارة يتم استيفائها من المتعاقد معها في حالات معينة بغض النظر عن وجود ضرر حقيقي .

وتكمن الغاية من وراء ذكر الفقرة الأخيرة من رأينا هو أننا سنجد أن الإدارة تتملك سلطة فرض الجزاء المالي بغض النظر عن وجود ضرر، فتارة نراها بمجرد حصول تأخير ودون اثبات ضرر تفرض جزاء، وتارة أخرى نجد أن الإدارة تفرض الجزاء نظراً لوجود ضرر لحق بها، وتستند الإدارة في ذلك بسلطتها لسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وبعد بيان تعريف الجزاء المالي يستوجب الامر معه توضيح خصائص ذلك الجزاء وهي الآتي :

١-**سلطة الإدارة في فرض الجزاء المالي بالإرادة المنفردة :** المبدأ العام ووفق ما متعارف عليه أن الإدارة ذات سلطة عامة، وتبعاً لذلك نحن امام سلطة تمتلك مجموعة من الصلاحيات ما يمكنها من القيام بمهامها الإدارية، بالأخص في مجال العقد الإداري عندما تكون تلك السلطة محكمة بتيسير مرفق عام بانتظام واطراد، لذا اهم ما يميزها صلاحيتها بإصدار قراراتها بالإرادة المنفردة دون تكهن للقضاء في مجال الجزاء المالي تحقيقاً منها للصالح العام، ونقصد بالإرادة المنفردة هي السلطة الكفيلة بأن تنشئ حق شخصي في العقد الإداري [٢].

وفي فرنسا أعترف المشرع للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات بنفسها واستثنى منها جزاء إسقاط الالتزام إذ جعل توقيعه بيد القضاء، وكان التسويغ في ذلك لما يتحمله المتعاقد من نفقات

---

[١] د. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٣ .

[٢] د. لاشين محمد يونس الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، ط ١، مكتبة جامعة طنطا، مصر، ١٩٨٦، ص ٢٢، ويراجع كذلك د. حمدى عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ٤٩٧.

باهظة في سبيل إعداد المرفق وتهيئته للاستغلال ونفس الحالة بالنسبة للجزاء التعويض[١]، أما في مصر فاعترف القضاء الإداري بسلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة، وهذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها، إذ جاء به" لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمينات النهائي إذا أخطأ المتعاقد وذلك بإرادتها المفردة من دون الاتجاه إلى القضاء باعتباره امتيازاً للجهة الإدارية لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام" [٢]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في العراق بحكم جاء فيه "وجد أن الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطة التنمية في ما يتعلق بنسب الغرامات التأخيرية هي توجيه لدوائر ذات العلاقة أما فيما بين المتعاقدين فالعبرة ما تضمنه العقد شريعة المتعاقدين فإذا كان عقد المقارنة بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فإن النص هو الذي يعمل به" [٣].

٢- سلطة الإدارة في فرض الجزاء دون حاجتها لأثبات وقوع ضرر: ما يميز الجزاء المالي عن بقية الجزاءات التي تفرضها الإدارة مع الجهة المتعاقدة معها هي افتراضية الضرر، إذ إن الإدارة غير مجبرة على إثبات الضرر في فرضها للجزاء المالي، على وصف أن الضرر هنا هو ضرر مفترض ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، وجاء ذلك انتظاماً مع سير المرفق بانتظام واطراد، وبمعنى آخر كل تأخير أو تعطيل أو تخريب بصورة تنفيذ الالتزام العقدي هو الحاق ضرر بمرفق إداري بصورة مباشرة، لكن يستثنى من ذلك جزاء التعويض الذي يشترط لقيامه تحقق ركن الضرر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها المؤرخ في ١٩٦٢/٣/١٧ الذي جاء فيه" أن الجزاءات التي تمتلك الإدارة فرضها على المتعاقد معها... إنما تستهدف اساساً تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط توقيعها إثبات وقوع ضرر إصابة المرفق،

---

[١] د. حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٣٥.

[٢] حكم محكمة الإدارية العليا في مصر المرقم ٦٤٣١، لسنة١٩٤٢، اشار اليه د.ناصر منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ،حلب ،دون تاريخ نشر، ص١٥٠.

[٣] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٨١٩ والصادر في ١٩٨٦/١٠/٢٣ مشار اليه لدى د. حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٣٧.

إذ إن هذا الضرر مفترض ومجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه في العقد" [١]، وكان للعراق نفس الموقف، إذ قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأن "أن العقود التي ابرمتها الإدارة والمؤسسات الحكومية ذات الطبيعة الاقتصادية العامة تعتبر من عقود المرافق العامة التي تفترض تحقق الضرر أو مجرد التأخير في إنجازها ما لم يكن هناك سبب أو عذر قانوني مقبول"[٢].

٣-خضوع الجزاء المالي للرقابة القضائية : وجود جهة رقابية تعد ضمانة لكلا الطرفين، فبالنسبة للإدارة يتم من إثبات مشروعية تصرفات الإدارة في حال يتم الطعن بها، وبالنسبة للمتعاقد تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وسيلة اطمئنان بالنسبة لحقوقه ومصالحه في حال التجاوز والانتهاك، وأن الرقابة القضائية على الجزاءات المالية مكفولة بقوة القانون، فمن حق المتعاقد في اللجوء للقضاء والطعن بقرار الجزاء، ويعد هذا الحق من النظام العام وكل تنظيم لشرط عقدي ينص على الغائه أو خلافه باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا اثر له[٣].

وإن المبدأ العام يقضي بخضوع المنازعات الإدارية في نطاق العقد الإداري للقضاء الكامل، لكن سلطة قاضي العقد تفرق بالنسبة للجزاءات المالية عن الجزاءات غير المالية التي تفرضها الإدارة مع المتعاقد معها، وما يهمنا هنا هو الجزاءات المالية لذا يكون للقاضي بموجب الجزاءات المالية الحكم بتخفيضها، وحالات أكبر منها تصل الى الإعفاء منها عندما تتجاوز الإدارة حدود فرض الجزاء أو تكون امام مبالغة حقيقية في إيقاع الجزاء مع مراعاة ظروف وملابسات كل مخالفة تعاقدية استوجبت ذلك الجزاء [٤].

---

[١] حكم محكمة الإدارية العليا المصرية المرقم ١٩٨٧بتاريخ ١٩٦٢/٣/١٧ مشار اليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٧٨.

[٢] حكم مشار اليه لدى د. بلاوي حسين بلاوي، مرجع سابق، ص ٤٠.

[٣] د. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث المستقبلية، كلية الحدباء الجامعة، العدد١٨، ٢٠٠٧، ص١٧٩.

[٤] د. مطيع علي حمود جبير، مبادئ القانون الإداري اليمني والمقارن، ط١، الصادق للطباعة والنشر، صنعاء،٢٠١٤، ص ٤٦٣، ويراجع كذلك د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دون دار نشر، ٢٠٠٥، ٤٥١.

الفرع الثاني

التعريف بالقاعدة القانونية الإدارية

إن القانون بصورة عامة يعني مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، وقد يقصد منها للدلالة على فرع من افرع القانون الوضعي، فنقول مثلاً القانون المدني أو الدولي، أو قد يستعمل لدلالة على مصدره، فنقول التشريع الصادر عن سلطة تشريعية، وهذا ما يهمنا في موضوع بحثنا على أن القاعدة القانونية الإدارية تصدر من مصادر مكتوبة أهمها التشريع .

وهنا يقتضي بنا أن نعرف كل من القاعدة والقانون حتى نتوصل الى القاعدة القانونية، ومن ثم الى القاعدة القانونية الإدارية محل البحث.

اولاً: القاعدة لغةً : قاعدة جمع قواعد، ولاستعمال لفظ القاعدة اطلاقات ومعان عدة عند أهل اللغة منها:

١- الأساس: والقواعد دعائم كل شيء، كقواعد الإسلام وقواعد البيت وغيرها، وقواعد البناء: أساسه[١]، قال تعالى:﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾[٢]، والقاعدة: أصل الأس، وتجمع على قواعد، والأس: الشيء الوطيد الثابت، وجمعه إساس بالكسر، والقواعد: الأساس، وجمعه أُسُس بضمتين، وقاعدة البيت أساسه.

٢- الأصل: هو أسفل كل شيء، ومنه قواعد الهودج: وهي خشبات أربع معترضة في أسفله تُرَكب عيدان الهودج فيها، وقواعد السحاب: أصولها المعترضة في آفاق السماء وشُبهت بقواعد البناء[٣].

---

[١] د. محمد مرتضى ابن محمد الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١، دار الكتب العلمية، بيروت_ لبنان، ١٩٧١، ص٢٢٠٩.

[٢] سورة البقرة (١٢٧)

[٣] د. أبو منصور محمد بن احمد الازهري، تهذيب اللغة، ج١، دار المصرية لتأليف والترجمة،١٩٧٥، دون دار نشر، ص ٣٧٥.

ثانياً: القانون لغةً : ويعني كل قاعدة مطردة على وجه مستمر، أو مستقر ومنظم، وهو معنى ينصرف الى علوم الطبيعة والاقتصاد، والرياضة وغيرها، ونطلقه بهذا المعنى ايضاً على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية الاقتصادية والاجتماعية فنقول مثلاً قانون الجاذبية .. الخ [١].

ثالثاً: القاعدة القانونية اصطلاحاً : إذا كان مصطلح القانون قد دخل إلى حقل الروابط القانونية في مجتمعنا في منتصف القرن التاسع عشر وشاع استعماله من ذلك الوقت، إلا أنه لم ينفرد بمعنى واحد محدد بل ظل يعني معنيين اصطلاحاً، أحدهما خاص أو ضيق وثانيهما عام أو شامل، فالقانون بمعناه الخاص يعني" مجموعة من القواعد القانونية التي تستعملها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم أمر معين، فيقال بهذا المعنى: قانون نزع الملكية وقانون المرور و قانون ضريبة الدخل، والقانون بهذا المعنى يرادف التشريع وهو القانون المدون الذي تضعه السلطة التشريعية" ويراد بالقانون بمعناه العام "مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الأشخاص أتباعها، وإلا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة" [٢]، وهناك اتجاه فقهي تجزء في هذا التعريف إذ استأصل الجزاء من القاعدة القانونية على اعتبار أنه ليس من عناصره وعرفه " قاعدة مجردة التي تلزم مراعاتها لأنها تستهدف كفالة النظام الاجتماعي" [٣]

ومما تقدم فإننا نتفق من أن القاعدة القانونية هي أسبق وجوداً من الجزاء، وما الجزاء إلا آثر لمخالفة قاعدة قانونية معينة و وهنالك ايضاً قواعد قانونية مجردة من وجود الجزاء لذا هي ليست عنصر من عناصر القاعدة القانونية، هذا ولعدم وجود قانون إداري مقنن يتم الرجوع اليه لتعريف القاعدة القانونية الإدارية، ولوجود تشريعات مستقلة تناولته بمفاهيم مختلفة، نستطيع بدورنا أن نتوصل لتعريف القاعدة القانونية الإدارية بأنها" هي الوحدة التي يتشكل بموجبها القانون الإداري، تستهدف من ورائها احداث آثر قانوني ملزم، تنظم به نشاط الإدارة تحقيقاً منها للصالح العام" .

---

[١] د. احمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية(نظرية القانون)، دون دار وسنة طبع، ص ١٠.

[٢] د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دون دار وسنة طبع، مرجع ، ص ٢٢.

[٣] د. احمد سعيد الزقرد.، مرجع سابق، ص٢٤.

ومما يتقدم يمكن أن نتوصل الى مجموع من خصاص القاعدة القانونية الإدارية وهي الآتي :

١-القاعدة القانونية الإدارية قاعدة سلوك اجتماعي : توصف القاعدة القانونية الإدارية بأنها قاعدة سلوك اجتماعية وهذا يعني أنها تصب اهتمامها بسلوك الانسان الظاهر ولا أهمية لها بالنوايا والاحاسيس، لكن تكون مهتمة بتلك النوايا والاحاسيس متى ما صاحبها سلوك خارجي ذات ترابط بينهما، والغاية منها هي تنظيم الحياة والمصالح المتضاربة فيه، ويكون ذلك عن طريق ضبط النظام تحقيق الانسجام، ويترتب على وصف القاعدة القانونية الإدارية بأنها قاعدة سلوك اجتماعي أمران الأمر الأول أن هذا القواعد ترتبط مع الوجود البشري، فالفرد بوصفه افتراضاً نظرياً حينما يوجد وحيداً لا حاجة له للقانون إلا بتواجد الجماعات لحاجة التنظيم، ويشترط في تلك الجماعات أن تكون مجتمعاً سياسياً يفرض أهمية وجود سلطة عليا ذات سيادة تعمل على فرض القانون واحترام تطبيقه[١]، والامر الثاني هي تخصيص القانون بالزمان والمكان وذلك لأن القاعدة القانونية الإدارية عندما تنشأ هي استجابة لتطور ظروف المجتمع و حاجاته وانعكاس لأوضاعهم ومشاعرهم، ومن ثم من الضروري أن يكون هناك نطاق زمني للقواعد القانونية الإدارية حتى تتوفر الحماية والاحترام والالتزام لهذه القواعد من جهة، وحتى يكون المخاطب بها على بينه من امره ويعرف ما هو واجب وما هو مباح[٢].

٢-القاعدة القانونية الإدارية عامة مجردة : القاعدة القانونية الإدارية توصف بالقاعدة العامة المجردة بمعنى أنها تخاطب الجميع وبالعموم دون تخصيص، **ويُثار التساؤل هنا هل تعد قاعدة القانون عامة بالمعنى العام أو يمكن أن نجد قواعد قانونية خاصة أو فردية؟ وهل يؤثر ذلك على سيادة القانون بالانتقاص من عمومية القاعدة وتجريدها؟**

للإجابة عن ذلك السؤال، نجد بالحقيقة وفي كثير من الأحيان قواعد تخاطب افراد معينة لكن لا يؤثر ذلك من عمومية القاعدة وتجريدها، كونها تخاطبهم كفئة معينة تنطبق عليهم قواعد

---

[١] د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون(القاعدة القانونية)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٣-١٥.

[٢] د. عبد الباقي البكري و زهير البشير، مرجع سابق، ص ٢٦.

قانونية معينة حُددت بطريقة مجردة وفقاً لمعايير مختلفة، فلا تتأثر سيادة القاعدة القانونية الإدارية بالانتقاص حتى لو كانت تخاطب فرداً واحداً [١].

٣-اقتران القاعدة القانونية الإدارية بجزاء : من خصائص القاعدة القانونية الإدارية هي اقترانها بجزاء، وتعني احتوائها لجزاء مادي توقعه السلطات العامة في حال المخالفة، والغاية من وراء ذلك هو ضمان احترام القواعد الملزمة، ولا بد من الإشارة إلى أن الجزاء المادي يقصد به الجزاء المادي الملموس الذي يرتب آثر على مخالفة قاعدة قانونية إدارية، ومن ثم هنا يختلف الجزاء عن الجزاء المقترن بالقواعد الأخلاقية المجاملات، إذ إن الجزاء في القواعد القانونية الإدارية يطبق من الدولة على خلاف الجزاءات في قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية الذي تتولى توقعيه الرأي العام فهذه جزاؤها حمد الناس أو ذمهم ورضاهم أو استنكارهم، لذا هي ليست بقانون وليس للدولة شأن بها [٢].

ويتضح مما تقدم، إن القاعدة القانونية الإدارية المقترنة بالجزاء المالي هي مجموع قواعد تتولى تنظيم وتوجيه المتعاقد لتنفيذ التزاماته بالصورة المتفق عليها على وفق شروط العقد وبنوده، لآجل تحقيق التوازن بين طرفي العقد، وخلاف ذلك يخضع وبصفة تلقائية للجزاء المالي .

وحري بالذكر فقد تنضجت لنا صوره مفادها أن القاعدة القانونية الجزائية قاعدة تحتوي على شقين، الأول منها تكليفي، والأخر جزائي، وهذا يعني أن الشق التكليفي للمتعاقد لا يكون جانباً اختيارياً بقدر ما هو إلزامي لاقترانه بشرط الجزاء المالي، مما يؤدي بنا الى قاعدة مهمة وهي عدم وجود خيار اباحة التنفيذ من عدمه في الالتزامات التعاقدية.

---

(1) Prf. Jean dabi, The'orie generale du droit, dalloz, paris, 1969, p 92-93.

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، مصر، دون سنة نشر، ص ٥-٦.

المطلب الثاني

ذاتية الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

على الرغم من اشتراك الجزاء المالي بالصفة العقابية مع غيره من الجزاءات إلا أن هنالك بعض الاختلافات تميزه عن غيره من الجزاءات، فالجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية " العقدية" قد يخالف غيره من الجزاءات سواء من جهة الإيقاع أو من نوع العلاقة التي تربط الإدارة بالطرف الاخر، فقد تكون العلاقة تنظيمية كالعقوبة التأديبية أو قد تكون الجهة الموقعة للجزاء خارج نطاق الإدارة كالعقوبة الجنائية، لذا سنتعرف على ذاتية الجزاء المالي المقترنة بالقاعدة القانونية الإدارية من تمييزه عما يشتبه به من أوضاع داخل نطاق القانون الإداري وخارجه، إذ قد يختلط أحياناً الجزاء المالي بوصفه أحد الجزاءات الإدارية مع غيره من الجزاءات سواء كانت جنائية و انضباطية أو غيرها، فلابد أن نتطرق الى ضوابط هذه الجزاءات لنتوصل الى الحد الفاصل بينهما.

وتبعاً لما تقدم سنقسم هذه المطلب الى فرعين، سنتناول في الفرع الأول تمييز الجزاء المالي عن الجزاءات الإدارية، وفي الفرع الثاني سنتطرق إلى تمييز الجزاء المالي عن الجزاءات غير الإدارية.

الفرع الأول

تمييز الجزاء المالي عن الجزاءات الإدارية الأخرى

لأجل التمييز بين الجزاء المالي في نطاق الجزاءات الإدارية وبيان مواضع التشابه والاختلاف بينهما، سنتطرق الى الجزاء المالي في النطاق العقدي واتحاده وتباينه في النطاق الوظيفي، ولو أردنا أن نقارن بينهما فإن كليهما يُفرض من جانب الإدارة، والغاية منهما هي الحفاظ على مصلحة عامة، لكن هنالك فوارق جوهرية يجب أن نتوقف عليها إذ إن الجزاء التعاقدي هو جزاء يُفرض من الإدارة على المتعاقد معها وقت ما تم إخلاله بشروط العقد

والتشريعات المخولة للإدارة بموجب القانون[١] إذ أنه لابد من توافر الرابطة العقدية عند فرض الجزاءات المالية بين كل من الإدارة والمتعاقد، وهذه الجزاءات يقتصر فرضها على المتعاقدين، وفي حدود ما تم الاتفاق عليه [٢].

أما بالنسبة للجزاء التأديبي فإنه جزاء توقعه الإدارة على موظفيها، في حال الإخلال أو التقصير في واجباتهم الوظيفية وفي الحدود المرسومة لهم قانوناً[٣]، فنجد هنا معيار التفرقة بين الجزاء التأديبي والجزاء التعاقدي هو اختلاف الرابطة العلاقة بينهما، إذ الجزاء التأديبي يُفرض على أساس وجود علاقة تنظيمية بمعنى رابطة وظيفية، بين الإدارة التي فرضت الجزاء التأديبي والموظف المخالف، والموظف العام يحتل مركز قانوني تجوز للإدارة في كل وقت تعديله أو إلغاءه وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة[٤]، أما الجزاء التعاقدي فالرابطة هنا هي رابطة تعاقدية بين الإدارة وبين المتعاقد، والمركز القانوني الذي يتمتع به المتعاقد يختلف تماماً عن المركز القانوني الذي يتمتع به الموظف، وأن كان يجوز للإدارة التعديل فالتعديل هنا مشروط، إذ أن سلطة الإدارة امام المتعاقد وإن كانت اعلى كفة منه إلا أنها ليست مطلقة انما مقيدة، وبين الاثنين يجب أن نتوقف على أمر في غاية الأهمية، وهو أن الإدارة تستطيع فرض الجزاء التعاقدي "المالي" حتى لو لم تجد في العقد بند ينص على ذلك، بينما الجزاء التأديبي يخضع لمبدأ لا عقوبة بدون نص والمعروفة بالجزاءات التأديبية[٥].

---

[١] أمين مصطفى محمد، الحد من العقاب في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٨٨.

[٢] د. محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية(دراسة فقهية القضائية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ص ١٠٥.

[٣] قرفي ابتسام، النظام القانوني للعقوبة الادارية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ١٦.

[٤] د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص٢٠١٩ .

[٥] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٩.

وبالنسبة للشق المالي بالجزاء التأديبي يسمى بالعقوبات المالية لأنها ذات طابع مالي وتعد أكثر فعالية من العقوبات المعنوية لأنها تمس المزايا المادية للموظف، وأما الاتجاه الحديث في الوظيفة العامة فيذهب إلى استبعاد العقوبات المالية من قائمة الجزاءات التأديبية، ويسوغ ذلك أن الضرر لا يقتصر على حرمان الموظف من المزايا الوظيفية انما يمتد إلى أسرة الموظف[١].

ومما تقدم فانحن لا نؤيد هذا الرأي، لأن كل الجزاءات سواء كانت التعاقدية والتأديبية والجنائية والمدنية فإنها تحتوي على شقين، مادية وهي ما يمس الذمة المالية للمخالف والشق الاخر معنوية، لذا لا يمكن وبطبيعة الحال أن نقف على أحداهما دون الأخرى، وإن كان به مساس لذمته المالية والأثر يمتد الى اسرته فالأجدر أن يكون الموظف على اتم استعداد للعمل بالصورة الصحيحة حتى يتجنب ايقاع الجزاء بكلتا صورتيه، ولو اقتصرنا على الشق المعنوي سيكون به فسحة من التراخي والتسهيل وبالأخير لا ننسى أننا امام مصلحة عامة .

ومن هذه العقوبات المالية التي يتم فرضها على الموظف على وفق الجزاء التأديبي هي جزاءات مالية مباشرة وجزاءات مالية غير المباشرة، ويقصد بالجزاءات المالية المباشرة هي الجزاءات التي تستهدف الانقاص من المرتب الوظيفي الوارد للموظف[٢]، ومن صورها عقوبة قطع الراتب وكان موقفها بالنسبة للمشرع الفرنسي خاصة بعد صدور قانون التوظيف لم تعد لعقوبة قطع الراتب وجود، بسبب اعتماد الموظفين على مرتباتهم بوصفه مورداً اساسياً[٣]، أما في مصر فتسمى بعقوبة الخصم من الأجر لمدة لا تتجاوز شهرين في السنة، ويكون الخصم فيها وقت توقيع الجزاء لا وقت إيقاع المخالفة، والعبرة من ذلك هي أن الجزاء التأديبي فيما ينتج من توقيع الجزاء هو إنشاء حالة قانونية في حق من صدر ضده، فهو قرار إداري منشئ لمركز

---

[١] د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة(دراسة مقارنة)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٣٠٠.

[٢] د. عبد القادر الشيخلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر لنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣، ص ٣٨٣.

[٣] المادة(٦) من القانون الفرنسي رقم ٢٢٩٤الصادر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٦وكذلك الحال بعد صدور قانون التوظف الفرنسي رقم ٢٤٤ في ١٤/فبراير لسنة ١٩٥٩ فقد جاءت المادة (٣٠) خالية من الإشارة لهذه العقوبة.

قانوني فإنه يولد آثاره قاعدة عامة من وقت صدوره[١]، وتسمى في التشريع المصري "بالخصم من الأجر[٢]، أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فتقابل عقوبة الخصم من الأجر عقوبة قطع الراتب[٣]، وكذلك اجراء سحب اليد يعد من الإجراءات التي تمس الجانب المادي للموظف بوصفها آثر يلحق بالعقوبات التأديبية، ويقصد به "اجراء مؤقت يمنع الموظف من ممارسة وظيفته لمصلحة تحقيق يجرى معه، أو لمصلحة عامة تقدرها السلطة المختصة بفرضه أو لتوقيفه من جهة ذات اختصاص[٤]، وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد عدها أحياناً عقوبة اصلية واحيان أخرى عقوبة تكميلية [٥]، والقانون المصري يطلق عليها عقوبة الوقف عن العمل وعدها عقوبة اصلي[٦]، و بالنسبة للمشرع العراقي فقد جعلها بمثابة عقوبة احتياطية يتم تنفيذها فقط لمصلحة التحقيق أو نتيجة حبس الموظف احتياطي أو تنفيذ الحكم جنائي، وقد نظم أحكام سحب اليد قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام[٧].

أما النوع الآخر من الجزاءات المالية في النطاق التأديبي فهو ما يسمى بالجزاءات المالية غير المباشرة، ومنه جزاء تأجيل موعد استحقاق العلاوة يقصد بها "هو ذلك الجزاء الذي يقضي بحرمان الموظف مؤقتاً من العلاوة الدورية التي كان يستحقها في تاريخ معين لو لم توقع عليه هذه العقوبة" وقد نظم المشرع المصري هذا الجزاء تأجيل موعد استحقاق العلاوة بمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر على وفق قانون نظام العاملين المدنيين في الدولة الملغي بموجب المادة

---

[١] د. عبد القادر الشيخلي. مرجع سابق، ص ٣٠٢.

[٢] المادة(٢/٦١) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦.

[٣] المادة(٣/٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم ١٤لسنة ١٩٩١ المعدل.

[٤] د. مهدي حمدي مهدي الزهيري، آثر سحب اليد على الراتب والترفيع في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة حياة الخاصة للعلوم والتكنولوجيا، المجلد السادس ، العدد الأول، ٢٠١٧، ص ٢٠١.

[٥] المادة(٦١) من القانون الفرنسي رقم ٢٢٩٤الصادر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٦، والمادة (٣٠) من الامر القانوني الفرنسي رقم ٢٤٤ الصادر في ٤ فبراير لسنة ١٩٥٩ الملغى .

[٦] المادتين(٣/٦١، ٦٣) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦.

[٧] المواد(١٩/١٨/١٧/١٦) من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

(٢/٨٠) من قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨، أما في قانون الخدمة المدنية النافذ رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ فلم تجدر الإشارة اليه، وتناولها المشرع العراقي بوصفها آثر يترتب على فرض جزاء تلحق بالجزاء التأديبي للموظف المخالف في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام. [١]

والجزاء الآخر هو تأجيل الترفيع ويقصد به" تأخر حصول الموظف المعاقب على الدرجة التالية من درجته في موعد استحقاقها، وذلك للمدى التي تحدد في القرار تأديبي"[٢]، ويعد هذا الجزاء بالنسبة للموظف بمثابة فوات كسب مالي، إذ يمثل تجميد الوضع المالي للموظف المذنب، تقابلها لدى المشرع الفرنسي عقوبة "الشطب من جدول الترقيات،" التي تؤدي إلى حرمانه من الترقية لمدة مؤقتة وهي مدة العام الذي يتم فيها تنفيذ جدول الترقيات[٣]، وقد نظمها المشرع المصري بمدة لا تزيد عن سنتين وتعد من العقوبات المالية المستحدثة في الجزاء التأديبي ولم تنص عليها القوانين السابقة [٤]، أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فهو عَد تأجيل الترفيع من العقوبات التبعية لا توقع إلا بوصفها آثر يترتب عليها توقيع أنواع معينة من العقوبات الاصلية، متى ما تتوفر بها درجة معينة من الجسامة [٥]

أما فيما يخص الجزاء المالي في نطاق العقود الإدارية فيتمثل في الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات والتعويض وتحمل المصاريف الإدارية التي تلتقي مع الجزاء المالي المباشر وغير المباشر في نطاق التأديب الوظيفي، وسيتم التطرق لها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

[١] المادة(٨/اولاً، ثانياً، ثالثاً، رابعاً، خامساً) من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

[٢] د. علي جمعة محارب، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

[٣] المادة(٣/٦١) من القانون الفرنسي رقم ٢٢٩٤الصادر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٦، و كذلك المادة (٣٠) من الامر القانوني الفرنسي رقم ٢٤٤ الصادر في ٤ فبراير لسنة ١٩٥٩.

[٤] المادة(٦/٨) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦.

[٥] المادتين(٨/اولاً، ثانياً، ثالثاً، رابعاً، خامساً/٩) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

الفرع الثاني

تمييز الجزاء المالي عن الجزاءات غير الإدارية

سنتناول من بين الجزاءات غير الإدارية الجزاء الجنائي، وسنحاول أن نعرض أهم نقاط التمييز بين الجزاء المالي في نطاق العقد الإداري و نطاق الجزاء الجنائي، الجزاء الجنائي وقبل كل شيء يخضع لمبدأ(لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)[١]، ويتم إيقاع الجزاء الجنائي نتيجة توافر المسؤولية الجزائية لمجرم، مما يستوجب الامر معه على تفريد العقوبة لذاته على قدر تحمله ومدى الاستفادة الإصلاحية له[٢]، وعلى الرغم من ذلك نجد أن فريقاً من الفقه نادى باستبدال بعض العقوبات الجنائية، ببعض من العقوبات الإدارية، وخاصة تلك العقوبات التي لاتصل فيه المخالفة الى حد من جسامة ولا توجد نية إجرامية لفاعليها[٣]، وهذا وقد سوغ ذلك أن مثل هذه الجرائم لا تستحق أن تترتب عليها جزاء جنائياً، ومن ناحية أخرى لتفادي سلبيات الجزاء الجنائي، عما قد ينتج من تخالط وإنتاج بيئة إجرامية، أما بعضهم الآخر فقد أراد اقتصار الجزاء الجنائي للجرائم الجسيمة وترك ما سواها للجزاءات الأخرى ومنها الجزاء الإداري[٤].

ومما تقدم نلاحظ ، أنه على الرغم من الخطى الإنسانية والإيجابيات التي احتوتها خطوة مثل هذه، من ناحية تقليل الجهد على المحاكم واقتصار للوقت والجهد والسرعة في الإنجاز، إلا أننا لا نتفق مع ذلك، والسبب أن التسليم بالقول الذي يذهب الى الحد من الجزاءات الجنائية والاقتصار على الجزاءات الإدارية في الجرائم التي لاتصل الى حد من الجسامة يمكن النظر اليها من جانبين، أولهما يوجد جرائم معينة لا يمكن مواجهتها إلا بجزاءات جنائية بغض النظر عن جسامتها، وأخرهما في حال سلمنا بهذا القول سيترتب نتيجة أشد وأخطر، إلا وهي كثرة

---

[١] المادة(١٩/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

[٢] بلغيث سمية، مبدأ التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي محمد العربي بن مهيدي ام البواقي، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٩.

[٣] د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية_ مصر ، ٢٠٠٠، ص ٣٠ .

[٤] د. غانم محمد غنام، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، السنة ١٨ ، العدد ٢، ١٩٩٤، ص٣٩٧.

الجزاءات الإدارية وتراكمها، والسبب في ذلك أن الجزاء الجنائي يضع محل اعتبار للنية الاجرامية والباعث الاجرامي للفعل، هذا وقد يصل الى اعتبار الفعل كالعدم في حال عدم توفر قصد جنائي، وهذا لا يوجد بالنسبة للجزاء الإداري لأنها تقتصر على الركن المادي دون الركن المعنوي .

وإذا اردنا أن نضع فوارق ما بين الاثنين، فهنا أمامنا اختلاف في نوع القاعدة التي تمت المخالفة بها، والجهات المختصة في فرض الجزاء، وكذلك الضرر الذي تسببت به المخالفة والمصلحة المراد حمايتها، فبالنسبة الى القاعدة التي تمت مخالفتها ففي الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية المخالفة حصلت للقواعد الآمرة أو الناهية من ناحية "القوانين والأنظمة والتعليمات العقدية"، أما بالنسبة الى الجزاء الجنائي فتمت المخالفة لقاعدة من القواعد الآمرة أو الناهية للقانون الجنائي، وبالنسبة إلى السلطة التي تتولى فرض الجزاء الجنائي، تفرض من السلطة القضائية المختصة في حين يتولى فرض الجزاء المالي في نطاق العقود الإدارية السلطة التنفيذية، بمعنى تتولى الإدارة فرض الجزاء الإداري بموجب قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة [١]، أما نطاق الضرر الذي تسببه به المخالفة بالنسبة للجزاء المالي، ففي مجال العقد الإداري المتضرر هنا الإدارة ومرافقها الإدارية، في نطاق أضيق من نطاق الضرر الذي تسببت به مخالفة قواعد قانون العقوبات، فبالنسبة للضرر في المجال الجنائي هو ضرر جسيم يلزم توقيع عقوبة جنائية لكن بالنسبة للضرر الإداري وإن كان مس مصلحة عامة لكنه لا يصل الى حد الجريمة الجنائية التي تهز كيان المجتمع بالكامل[٢]، وبالنسبة للمصلحة المراد حمايتها، ففي الجزاء الجنائي يدخل النطاق في تقيم ذلك، فنطاق المصلحة الجنائية أوسع شمولاً من المصلحة التي تبتغيها الإدارة من توقيع عقوبة على المتقاعد بالأخص، وبمعنى نطاق المصلحة المحمية من الجزاء الجنائي هي أوسع من المصلحة المحمية في الجزاء المالي للعقد الإداري [٣] .

---

(1) René chapus, droit administrative général, tome 01, 14éme édition, Montchrestien, 2000, p 685.

[٢] د. غانم محمد غنام.، مرجع سابق، ص ١٤١.

[٣] د. امين محمد مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٢٧ .

ومما تقدم فنحن لا نتفق مع نقطة ادراج المصلحة ونطاق الضرر في كفة التمييز ما بين الاثنين، فلا فرق بين كفة مصلحة الإدارة وكفة المصلحة الجنائية " المجتمع"، مادام الضرر يمس مصلحة عامة فنطاق التحديد ليس كافياً لبناء اسس واعتبارات في ضوء ذلك، وكذلك الضرر فإذا كان نطاق الضرر الجنائي قد مس كيان مجتمع ، ونطاق الضرر الإداري قد مس مصلحة الادارة، فنحن امام مصلحة عامة بالاثنين معاً، ولا يهم أين يقع تبويب الضرر بالنسبة للمصلحة، فمن الممكن أن تتفاقم الامور لنكون امام تهديد للمصلحة العامة من جانب الإدارة أوسع نطاق من الجانب الجنائي، كما لو وصل الحال الى تدهور أو ايقاف مرفق قيد الانشاء بالكامل أو خطا في التصاميم و المواد الانشائية في مباني ومصافي وموانئ، فنحن هنا نكون امام تدهور كامل بالنسبة لمدينة أو دولة بالعموم وفي هذا الحالة ممكن أن يترتب إيقاع جزاء إداري وجزاء جنائي في آن واحد، أما المعيار الحقيقي للتمييز ما بين الاثنين، فهي اختلاف القاعدة القانونية التي تنظم الجزاء، والجهة المختصة بتنفيذ ذلك الجزاء.

وفيما يخص التمييز في شق الجزاء المالي الجنائي وبين الجزاء المالي الإداري، فيوجد في الجزاء الجنائي الغرامة كعقوبة اصلية من العقوبات المالية، وتعرف الغرامة بأنها "الزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال الذي تحدده المحكمة في ضوء النص القانوني الذي يعاقب على الجريمة إلى الخزانة العامة بالتاريخ الذي يكون في الحكم الصادر بالإدانة نافذاً[١]، وقد وردت الإشارة اليها بوصفها احدى العقوبات الاصلية لمالية في القانون الفرنسي ضمن المادة (٥) من قانون العقوبات الفرنسي رقم ٦٦-٥٦السنة ١٩٦٦، وعرفت الغرامة في القانون العراقي بأنها "إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى الخزينة العامة المبلغ المعين في الحكم"[٢]، وعرفت في القانون المصري بأنها " إلزام المحكوم عليه بان يدفع خزينة الحكومة المبلغ المقرر في الحكم ، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة جنيه ولا أن يزيد حدها الأقصى في الجنح على خمسمائة جنيه، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي بينها القانون لكل جريمة" .

---

[١] د. صابرين إبراهيم رضا وصباح سامي داوود، عقوبة الغرامة البديلة لسلب الحرية، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣٦، العدد٦، ٢٠٢١، ص ٣٠٣.

[٢] المادة(٩١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

وبشأن خصائص الغرامة الجنائية فإنها تخضع لمبدأ الشرعية و يقصد بهذا المبدأ هو عدم إمكانية توقيع الغرامة، ما لم تكون مقررة بموجب قانون أو نظام ينهي ويأمر بعض الأفعال تحت طائلة العقاب بالغرامة " كما ورد في دستور جمهورية العراق، إذ نص لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" [١]، وهي كذلك عقوبة شخصية ويقصد بها "هي عدم إمكانية الحكم بالعقوبة إلا ضد فاعل الجريمة والشركاء فيها، واذا لم يحكم بها قبل موتهم فلا يحكم بها لغيرهم حتى لو كان ورثته أو المسؤول المدني عن ضرر تلك الجريمة[٢]، ويتم تحصيل الغرامة بموجب القرار القضائي بمعنى أنها تستحق فور اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وفي حالة الامتناع يتم تنفيذها بالطرق المدنية أو الاكراه البدني، ويوجد نوعان من الغرامة الأول منها يعرف " بالغرامة العادية " التي ذكرناها انفاً، والأخرى "الغرامة النسبية " وتعرف بأنها الغرامة التي ترتبط بالضرر أو الفائدة التي تحققت من الجريمة" ويشيع استعمالها في الجرائم الربحية (جرائم الفساد) نتيجة طابعها الربحي[٣]، ويتبين لنا أن الغرامة الاعتيادية يكون مقدارها محدداً مسبقاً، اما في الغرامة النسبية فنكون امام غرامة تتكيف مبلغها مع الواقعة الحاصلة، وتقابلها الغرامة التأخيرية في الجزاء الإداري التي تتفق معها من ناحية شرعية وشخصية الجزاء التي سيتم التطرق لها في الفصل الثاني بشكل مفصل، وتختلف عنها من حيث طريقة الإيقاع، إذ يتم إيقاع جزاء الغرامة التأخيرية بقرار إداري ولا تتوقف على قرار قضائي، وهي على نوع واحد خلاف الغرامة الجنائية.

أما المصادرة الجنائية فتعد من العقوبات المالية التبعية التي تتجه إليها الدولة عن طريق القضاء لمواجهة ظرف معين أما لردعه أو الوقاية منه من نصوص قانونية منظمة، وتعرف

---

[١] المادة(١٩/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

[٢] د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط ٣، دون دار ومكان طبع، ١٩٦٦، ص ٧١٦ .

[٣] د. عثمان عبد الرحمن، د. بوبرقيق عبد الرحيم، عقوبة الغرامة النسبية وجرائم الفساد في القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مخبر الدراسات القانونية المقارنة (جامعة الدكتور مولاي الطاهر– سعيدة، المجلد ١٠، العدد٢، ٢٠٢١، ص ٣.

بأنها "الاستيلاء على مال المحكوم عليه وانتقال ملكيته الى الدولة بدون تعويض[١] والتي تقابلها مصادرة التأمينات من الجزاءات الإدارية، وترد المصادرة "محل المصادرة" على أشياء ممنوعة قانوناً بخلاف مصادرة التأمينات الإدارية التي توقع كعقوبة على التأخير في تنفيذ الالتزامات الإدارية، والمصادرة نوعان أما تكون مصادرة عامة ويقصد بها "هي نقل كل أموال المحكوم عليه الحاضرة والمستقبلية والمنقولة وغير المنقولة منها أو الحصة شائعة منها، وقد تكون مصادرة خاصة التي تقتصر على جزء من الأموال أو أشياء معينة بذاتها من أملاك المحكوم عليه"[٢]، ونجد بعضهم يأخذ بنظام المصادرة العامة فقط وهذا عمل يعد ضد مبدأ شخصية العقوبة[٣]، وينص قانون العقوبات الفرنسي في المادة(٩) على العقوبات التكميلية التي جاءت في الفقرة(٤) منه وهي "المصادرة الجزئية للأموال" ثم جاءت المادة(١٥) منه لتعريف المصادرة بانها" الأيلولة النهائية الى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة..." وبعد ذلك تطرقت في هذه المادة الى الأموال التي لا يجوز مصادرتها واعقبتها بذلك المادة(١٦) من القانون نفسه لأحكام المصادرة بالنسبة للغير[٤]، أما في مصر فقد جاءت المادة"(٣٠ أولاً) من قانون العقوبات المصري أنه" يجوز للقاضي إذا حكم بعقوبة جنائية أو جنحة أن يحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة وكذلك الأسلحة والآلات المضبوطة التي استعملت أو التي من شأنها أن تستعمل فيها وهذا كله بدون الإخلال بحقوق الغير حسن النية"[٥].

---

[١] د. علي حسين خلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار الكتاب القانوني، الجزائر، دون سنة نشر، ص ٤٣٨.

[٢] د. محمد سعد فؤدة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية(دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة،٢٠٠٧، ص ١٢٥.

[٣] د. محمد نصر محمد، الوسيط في القانون الجزائي القسم العام وفقاً للأنظمة المقارنة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١٢، ، ص ١٩٤.

[٤] المادتين(١٥/١٦) من قانون العقوبات الفرنسي رقم ٦٦-٥٦لسنة ١٩٦٦.

[٥] المادة(٣٠/١) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

المبحث الثاني

صور الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

تتمتع الإدارة تجاه المتعاقد معها بسلطة توقيع الجزاءات المالية، التي هي عبارة عن مبالغ مالية مستحقة للإدارة بحسب حالات فرض كل صورة من صور الجزاء المالي، فمنها الغرامة التأخيرية، ومصادرة التأمينات، وكذلك التعويض وتحمل التكاليف الإدارية، التي تفرضها الإدارة وقت ما حصل تأخير أو اخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ التزامه، أو حالة ترتب على هذا التنفيذ المخل ضرر للإدارة لحق مرافقها الإدارية.

ويتضح لنا أن صور الجزاء المالي في نطاق العقود الإدارية له أربع صور بحسب ما ذُكرت انفاً، منها ما تكون محددة مسبقاً بموجب بنود العقد أو دفاتر الشروط، وهي كل من الغرامة التأخيرية و مصادرة التأمينات، ومنها ما تكون غير محددة مسبقاً كما في التعويض و تحمل المصاريف الإدارية، وفي كلا الحالتين يستحق بالتأخير عن التنفيذ أو التنفيذ المخل والمخالف لشروط العقد.

ومن الجدير بالذكر أن الجزاءات المالية منها ما يفرض لغرض إيقاع عقوبة على المتعاقد حتى لو لم تضرر الإدارة، واحياناً تفرض جزاءات أخرى كعقوبة للمتعاقد لما لحقها من ضرر جراء الفعل المخالف لشروط العقدية، وتبعاً لذلك سنتولى تقسيم هذا المبحث على مطلبين، فأما المطلب الأول سنتطرق فيه الى الجزاءات المالية التي تتخذ صفة عقابية، وأما المطلب الثاني فسنتناول فيه الجزاءات المالية التي تخلو من الصفة العقابية.

المطلب الأول

الجزاءات المالية ذات الصفة العقابية

تقوم الإدارة وهي بصدد ممارستها لنشاطاتها بإبرام عقود إدارية لتيسير مرافقها بانتظام واطراد، ومن الوسائل التي تحقق لنا المبدأ المذكور هي اقتران عقودها بجزاءات ومنها الجزاء المالي .

وحينما قسمنا الجزاءات المالية على جزاءات عقابية وأخرى غير العقابية، كون أن الإدارة تلجأ الى فرض انواع من الجزاءات المالية لمجرد تأخير أو أخلال حتى لو لم يترتب على هذا التأخير أو الإخلال ضرر، بمعنى أنها جزاءات عقابية، والغاية منها هو حث المتعاقد على تنفيذ التزامه بالصورة الصحيحة، وبمعنى أدق فرض الجزاء دون الوصول لمرحلة الضرر لمجرد تأخير أو إخلال هو ضمان للإدارة لتنفيذ الالتزام كما هو متفق حالاً أو بعد حين.

وبناءً على ما تقدم سنتولى تسليط الضوء على الجزاءات المالية التي تتخذ صفة عقابية، وذلك عبر الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

الغرامة التأخيرية

الغرامة عامة هي "جزاء إداري ينطوي على المساس بالذمة المالية "جزاء ذات طابع نقدي" للمتعاقد معها، تلجأ الإدارة لتوقيعه في أي صورة من صور الاخلال"[١]، وصورها متعددة ومتنوعة ومنها الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، التي تعد أكثر صور الغرامات المالية شيوعاً، فقد عرفها بعضهم بأنها " مبلغ جزافي كتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته"[٢]، وعرفها بعضهم الآخر بأنها "مبالغ اجمالية تقدرها الإدارة مقدماً، وتنص على توقيعها متى ما اخل المتعاقد بالتزام معين، ولاسيما فيما يتعلق

---

[١] د. عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة ،ط"١"، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٦٩.

[٢] د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٢، ص ٦٠.

بالتأخير في التنفيذ"،[١] وعرفها آخرون بأنها "مبلغ من المال محدد مسبقاً، ويفرض على المتعاقد اداؤه، إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد"[٢].

ومما تقدم يمكن تعريف الغرامة التأخيرية بأنها "جزاء يضم مجموع مبالغ مالية محددة مقدماً توقعه الإدارة في حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية ".

وبهذا فإننا نتفق مع رأي الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور ماجد راغب الحلو، لأن عند تجزئة هذا التعريف سنتوصل الى حقيقة الغرامة التأخيرية، فهي بالفعل مبالغ مالية محددة مسبقاً من الإدارة وتفرض على المتعاقد معها في حال لم يقم بتنفيذ التزامه في المواعيد المحددة، وإن كان لم يذكر عبارة التأخير أو التباطؤ لكنه ذكر عبارة المواعيد وهي دالة على حالة فرض الغرامة التأخيرية وسببها، على عكس الدكتور سليمان الطماويّ فإننا لا نتفق معه في هذا التعريف، لأنه أضاع ملامح الغرامة التأخيرية بعبارة " متى ما اخل بتنفيذ التزام معين" وبعدها أردفها بعبارة " ولاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ" ، وعندما نعود للتعريف وطبيعة الغرامة التأخيرية نجدها ومن تسميتها تأخيرية بمعنى تفرض في حالة واحدة، وهي عدم تنفيذ الالتزام بالتأريخ المتفق عليه في العقد، وليس كما ذكرها عندما أوردها كحالة مفتوحة أولاً ثم ذكر التأخير كحالة من حالات فرضها، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في العراق بشأن الغرامة التأخيرية " أن الغرامات التأخيرية جزاء قضية ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المدد المتفق عليها"[٣].

ولقد وردت الإشارة اليها لدى المشرع الفرنسي، بأن يتم فرض غرامات تأخيرية على المتعاقد في حالة تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، والغرض منها إلزامه بتنفيذ العقد في

---

[١] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط٥، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص ٤٢٢.

[٢] د. محمد رفعت عبد الوهاب وماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ١٩٩٥، ص ٢٦٧

[٣] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٤٥٥ لسنة ١٩٦٨، منشورات مجلة التمييز، المجلد الخامس، العدد ٧، ص ٣٤٢ وما بعدها .

غصون الوقت المحدد لها[١]، وتتم الإشارة اليها أما في صلب العقد أوفي ملحق خاص به وذلك عن طريق التحديد الجزافي أو المسبق للتعويضات، ولقد ورد النص على الشرط الجزائي في المادة (١٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي التي مفادها " أنه شرط جزائي يلزم شخصاً في حال عدم تنفيذ التزامه بجعل مبلغ معين ضماناً لتنفيذ العقد"[٢]، ونجد مجالها في القانون المدني المصري في نص المادة (١٨) الذي ينص على "التزام كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه في العقد فإن حاد أحدهما عن السبيل كان مسؤولاً عن خلاله بالتزامها العقدي وجب عليه حمله على الوفاء بهذا الالتزام وصار تحميله بما رتبه العقد من جزاءات كغرامة التأخير أمراً واجباً"[٣]، أما في العراق فقد حددت المادة (٩/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية " تحدد الغرامات التأخيرية من جهة المتعاقد بنسبة لا تقل عن (١٠%) عشرة من المئة ولا تزيد عن (٢٥%)خمسة وعشرين من المئة من مبلغ العقد..." [٤]، ومن الملاحظ هنا أن المشرع العراقي قد حدد فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقدين سواء كان عقد مقاولة أو عقد توريد أو غيرها، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارها رقم ٧٨٤٧/الهيئة المدنية/بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٠ إذ جاء فيه " الثابت من التحقيقات القضائية أن المميز/المدعى عليه مدير عام الشركة العامة للصناعات الفولاذية إضافة إلى وظيفته اخل بتنفيذ التزاماتها بالعقد الخاص بتجهيز ونصب العاب ميكانيكية ومصاطب جلوس في مركز محافظة ميسان على الأرض العائدة للمميز عليه/مدير بلدية العمارة إضافة إلى وظيفته فتم فسخ العقد لهذا السبب المذكور بموجب الحكم القضائي وأن العقد المشار إليه أعلاه تضمن في الفقرة (٤) منه فرض غرامات تأخيرية بنسبة ١٠% من القيمة الكلية للمبلغ..."[٥]، وفي قرار آخر لها على عقد مبرم بين محافظ ميسان ومدير بلدية العمارة و المدير العام للشركة العامة للصناعات الفولاذية بتاريخ

---

(1) Matthieu houser, virginie donier, Nathalie droin. Le droit administrative aux concours, direction de l'infromation le'gale, 2015, p 129.

[٢] د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص ١٥٤.

[٣] المادة(١٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.

[٤] المادة(٩/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ .

[٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٧٨٤٧/الهيئة المدنية /بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٠تسلسل ٧٩٣٩، (غير منشور).

٢٠١٠/١١/٣٠ لتجهيز العاب ميكانيكية ونصبها في مركز محافظة ميسان ولعدم التزام المتعاقد جاء بنص القرار"...فرض غرامات تأخيرية على المدعى عليه استناداً التي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ بنسبة ١٠% على المدعى عليه نتيجة الاخلال في تنفيذ العقد عملاً بإحكام المادة (١/١٧٧) من القانون المدني.."[١].

ويبدو مما تقدم فإننا لا نتفق مع هذا التحديد، والسبب في ذلك هي اختلاف طبيعة العقد الواحد عن العقد الاخر، وهنا بالضرورة يستلزم أن يكون تناسب بين طبيعة العقد وآلية احتساب الغرامة التأخيرية وفرضها.

وبالنسبة إلى الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية، فقد أجمع الفقه والقضاء على أن الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقدية، إذ إن مصدرها العقد الإداري الناتج من أتفاق طرفين، وتتميز بجملة من الخصائص أولها أنها غرامة اتفاقية، لأنها تحدد بموجب عقد إداري، وانها تلقائية لأنها توقع مباشر عن حصول تأخير أو تباطؤ من جانب المتعاقد دون الحاجة الى اثبات الضرر من الإدارة[٢]، وهذا الامر يؤدي بنا الى حقيقة الضرر في الغرامة التأخيرية وهو الخطأ المفترض، وحينما يتم فرضها لا يمكن للمتعاقد الامتناع أو رفض تسديدها بحجة أنه ملزم فقط بشروط العقد ولا يعتد بالملاحق الإضافية لها فكل ضرر سببه بموجب أتفاق لاحق بموجب ملاحق يعد ضرر حقيقي والإدارة غير ملزمة بأثباته[٣].

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٧٩٢٦/الهيئة المدنية/٢٠٢١، بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢١، تسلسل ٨٠١٥، **(غير منشور).**

[٢] محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الغير مالية في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسراء، ٢٠١٤، ص ١٧.

[٣] نجد القضاء العراقي يلزم بدفع الغرامة نتيجة إصابة الإدارة بضرر جراء فعل المتعاقد المخل بموجب الملاحق الإضافية للعقد الإداري، ومنها حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ٢٢٢/مدنية/٢٠١٦= =تسلسل ٢٢٢ بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٥ وأصدرت حكماً حضورياً بالزام المتظلم (المدير المفوض لشركة سه كرمة للمقاولات والتجارة العامة المحدودة) بتسديد الغرامة المالية(...) واكمال رسم الطابع ورسم القضائي.. وذلك لان ملحق العقد ينشئ التزام جديد ويعد بمثابة تعديل للعقد الأصلي عملاً بأحكام المادة (٩) من قانون رسم الطابع رقم ٧١ لسنة ٢٠١٢، **(غير منشور).**

ومما تقدم أتضحت لنا صورة مفادها: أن سلطة الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية تتحقق بمجرد حصول تأخير، على أساس فكرة الخطأ المفترض، فإننا نتفق مع ذلك الاتجاه وإن كان في ذلك حمل على المتعاقد، وتسويغنا هو المبدأ الذي تلتزم به الإدارة "مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد"، وواجبها في تحقيق المصلحة العامة، فتصبح الالية كالمعادلة في حالة كل تأخير من قبل المتعاقد، يؤدي الى تأخير مفترض في تحقيق المصلحة العامة، وكل تأخير في تحقيق المصلحة العامة يبعدنا عن تحقيق المبدأ المذكور، وأن الغرامة التأخيرية توقع بمجرد حصول تأخير دون الحاجة الى اجراء آخر كالأعذار لتوقيعها، وكذلك تطبق بموجب قرار إداري تصدره الإدارة بموجب ارادتها المنفردة، ودون الحاجة للجوء الى القضاء، تطبيقاً لامتياز الإدارة العامة في التنفيذ المباشر بصورة عامة وفي نطاق فرض الجزاءات للعقد الإداري بصورة خاصة، وكان موقف القضاء متخبطاً من ذلك فتارة يقضي بشرعيتها، وتارة أخرى يرى بضرورة استحصال موافقة قضائية بفرض الجزاء الإداري على المتعاقد معها[١].

وبعد إيضاح مفهومها وطبيعتها وخصائصها وحالات استحقاقها، من الواجب بيان حالات الإعفاء منها، والافصاح عن موقف العراق والدول المقارنة منها.

يوجد نوعان في حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية، الأولى منه حالة الإعفاء الجوازي وتأصيل ذلك في فكرة التنفيذ المباشر للجزاء المالي، فالفكرة التي تعطي سلطة إيقاع الجزاء المالي، حتماً ومن باب أولى أن تمتلك الإعفاء منها، وأن مسوغ الإعفاء من الغرامة التأخيرية يجد أساسها في كون الإدارة الجهة الاقدر على تقدير احتياجات المرفق العام، ففي حال عدم تحقق ضرر جراء التأخير في تنفيذ الالتزام، يصلح أن يكون مسوغاً للإعفاء، ومما تجدر الإشارة اليها أن قرار الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية يتحقق بحالتي التعبير الصريح والضمني للإدارة، على سبيل المثال (حالة إقرار الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المحددة بموجب العقد الإداري، على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم) يعد

---

[١] محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠٠٩ ،ص ١٠٩-١١٠.

دلالة ضمنية على إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية[١]، على عكس البعض عندما عرفها و أورد شرط (التعبير الصريح للإرادة المنفردة للإدارة) [٢].

وكان الموقف في فرنسا على وفق ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، هو حق الإدارة في أن تعفي المتعاقد من الغرامة التأخيرية أو تتنازل عن بعض منها لكن بشرط أن تعبر عن ذلك بإرادتها الصريحة، وبحسب ما ورد في فتوى القسم الاستشاري مجلس الدولة الفرنسي الصادر في١٩٥٦/١٠/٢٣ ونص" أن الجزاءات المالية المنصوص عليها في العقود الإدارية نظير التأخير في تنفيذ أحكامها تستحق وتصبح واجب التوقيع لمجرد التأخير على أنه إذا قررت جهة الإدارة المختصة لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة تقتضي تجاوز عن الغرامة كلها أوجزء منها في هذه الحالة يتعين عندئذ اتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً للتنازل عن مال المستحق الدولة"[٣]، وفي مصر ووفق ما أكدته المحكمة الإدارية العليا، فأنه يجوز الإعفاء من الغرامة التأخيرية، لكن على وفق شروط وحالات تقدرها الإدارة، إذ جاء ذلك في أحدى قراراتها الصادرة في ١٩٦١/١٢/٢١"...أن اقتضاء الغرامات الإدارية المتعاقدة فيها مثلاً أن تعذرت الظروف التي يتم تنفيذ العقد فيها وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات... اذا قدرت هي لذلك محلا"[٤].

---

[١] د. منصور أبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية(دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، الامارات العربية المتحدة، العدد ٥٣، سنة ٢٧، ٢٠١٣، ص ٣٦٩- ٣٧٠.

[٢] د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، ط١ ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٧٨.

[٣] محمد كاك الله سمايل، سلطة الادارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين _ أربيل ،٢٠١٣ ، ص٥٦.

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المرقم ١٧٧٢ بتأريخ ١٩٨٥/٣/٥، س ٢٩، منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة ١٨، ص ٩٥٣.

وفي العراق فلم نجد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية نصاً يفيد كحالة من حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في الحالة الجوازية، وحتى عند مراجعة قرارات محكمة التمييز سنجدها تقرر الإعفاء لكن في حالات سنذكرها ضمن الإعفاء الوجوبي لاحقاً.

وبصدد الإعفاء الجوازي، فنتفق مع ما ذهب إليه القضاء في فرنسا ومصر، ونقترح أن يكون هناك إضافة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق، بأن تحتوي على نص يبيح للإدارة سلطة الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية، لنكون امام بعد من الغلو والاسراف في الإعفاء من الغرامة التاخيرية، وفي الوقت نفسه يكون هنالك تعاون بين الإدارة والمتعاقد من جهة، وتقدير للحالات الإنسانية التي قد يقع بها المتعاقد من جهة أخرى.

أما الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية، فيكون في حالتين وهي حالة القوة القاهرة أو سبب اجنبي، وحالة الإعفاء نتيجة خطأ الإدارة، وسنتناولها على النحو الآتي:

فبالنسبة الى القوة القاهرة أو السبب الاجنبي[١] تعد سبباً من اسباب الإعفاء من الغرامة التأخيرية، ما دام ليس للمتعاقد سبب فيها، لكن على وفق احكام خاصة بهما، وهي أن تكون القوة القاهرة أو السبب الاجنبي غير متوقع الحصول ولا يمكن التنبؤ بها، فمتى ما حصل خلاف ذلك يبطل سبب الإعفاء، وكذلك أن تكون مستقلة عن إرادة المتعاقد، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق في أحد قراراتها إذ جاء فيه "أن لا يكون المتعاقد سبباً في القوة القاهرة أو السبب الاجنبي"، وأن تجعل هذه القوة تنفيذ الالتزام مستحيلاً [٢] .

---

[١] عرفها الفقه الفرنسي بأنها "الواقعة التي تنشأ باستقلال عن إرادة المدين ولا يكون باستطاعته توقعها أو منع حدوثها لأنها واقعة خارجية، ويترتب عليها ان يستحيل عليه مطلقا الوفاء بالالتزامات" مشار اليه لدى هوزان عبد المحسن عبد الله، مفهوم القوة القاهرة واثاره في تنفيذ العقد(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد٢، تسلسل ٣٤، ٢٠٢١، ص ٧.

[٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١١٢١/الهيئة الاستئنافية –عقار/٢٠١٧تسلسل ١٣٢٠بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١٢ والذي جاء بنص القرار(...وحيث تبين أن التأخير في تسليم الدار كان قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد للمدعى عليهما فيه فلا يتحمل المدعى عليهما مسؤولية التأخير طبقاً للمادة (١٦٨) من القانون المدني وعليه تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني ...)، (غير منشور).

والحالة الأخرى وهي الإعفاء نتيجة خطأ الإدارة، وهنا لا يجوز من باب أولى على وفق ما تقتضي به قواعد العدالة والانصاف، أن يتحمل المتعاقد غرامة تأخيرية نتيجة تأخير أو اهمال من جانب الإدارة أو قيامها بتغير الأعمال المتفق عليها بينها وبين المتعاقد مما يؤدي الى تأخير تنفيذ التزاماته أو جعلت تنفيذها عسيراً[١]، وتحقق حالة الإعفاء من الغرامة التأخيرية سواء كان فعل الإدارة مشروع أو غير مشروع، ففي كلا الحالتين نكون امام نتيجة واحدة إلا وهي الإعفاء[٢].

الفرع الثاني

مصادرة التأمينات

تعرف المصادرة بأنها " نقل ملكية مال أو اكثر يمتلكه المحكوم عليه الى الدولة[٣]، أما التأمينات في نطاق العقد الإداري فهي "مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة، تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد في اثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"[٤].

وبدورنا يمكن أن نورد تعريفاً خاصاً بمصادرة التأمينات، بأنها "مجموعة مبالغ مالية تودع لحظة تقديم العطاءات بالصورة الأولية لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تأكيداً على جدية المتقدم، وتصادرها الجهة المتعاقدة وبصورة نهائية عند خطأ المتعاقد في اثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية"

والتأمينات في العقد الإداري تكون على نوعين، فهي أما تأمينات مؤقتة(أولية) أو تأمينات نهائية حسب النطاق الزمني لتقديمه سواء قبل ابرام العقد الإداري أو بعد رسو العقد، بالنسبة الى

---

[١] مشار اليه لدى تامر محمد أبراهيم، الجزاءات الإدارية في عقد الاشغال العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠، ص ٤٤-٤٥.

[٢] د. منصور أبراهيم العتوم، مرجع سابق، ص ٣٧١.

[٣] حمزة محمود عطا، المصادرة في التشريع الجزائي الفلسطيني(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الازهر- غزة، ٢٠١٥، ص٦.

[٤] د. احسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية،٢٠٢١،ص ١٠٤.

التأمينات المؤقتة أو ما يسمى بالابتدائي فهو ضمان مالي يتقدم به صاحب العطاء للجهة الإدارية المتعاقدة، للتأكد من جديته واثبات لحسن نيته، ويتقدم به قبل رسو العطاءات وتعاد العطاءات الأولية كافةً لبقية المتعاقدين التي لم ترسو المناقصة أو المزايدة عليهم [١]، وتعد ضمانة للإدارة في حال عدم التزام المتعاقد بالاستمرار في إجراءات التعاقد في حال رسو المناقصة عليه، هذا ولا يتم قبول العطاءات بدون تقديم تأمينات أولية من قبل المتعاقد، إذ إن تقديمها يعد من الشروط الرئيسة الدالة على تمكن ويسر الحال للمتعاقد من جهة، وجديته في الالتزام من جهة أخرى، وبالنسبة لموقف فرنسا من التأمينات فإن مبلغ الكفالة يجب أن لا يتجاوز عموماً ٣% من مبلغ الصفقة الأساسي، و٥% عندما تكون الصفقة مقترنة بأوقات ضمان[٢]، وكذلك المشرع المصري تطرق الى التأميات في المادة (٢٢) من قانون التعاقدات المصري[٣]، وقد تطرق المشرع العراقي للتأمينات الأولية بوصفها شرطاً أساساً لقبول العطاءات في تعليمات تنفيذ العقود في المادة (٩/أولاً)[٤]، وما تجدر الإشارة اليه أن المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد عمل على إعفاء أصحاب الشركات العامة من تقديم التأمينات الأولية[٥]، على خلاف نظيره المصري والفرنسي فلم يقرر إعفاء أي جهة متقدمة.

ومما تقدم فإننا نتفق مع موقف المشرعين الفرنسي والمصري، بشأن عدم جعل استثناء لجهات معينة من تقديم التأمينات الأولية، وبهذا الصدد ندعو المشرع العراقي بضرورة تعديل

---

[١] حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم٢١٧/س/٢٠١٥بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٦ والتي طالب بها المدعي (..) مديرية بلدية كركوك (المدعى عليه) بإعادة التأمينات المقدمة له لغرض الدخول في مزايدة الساحة الواقعة امام دار العدالة لوقوف السيارات وامتنعت مديرية بلدية كركوك من إعادة الأموال الى المدعي رغم عدم رسو المزايدة عليه بحجة أن المدعى مشغول الذمة للمديرية... وأصدرت محكمة الموضوع حكمها بتاريخ المذكور حكماً حضورياً قضى (بفسخ الحكم البدائي كلياً والزام المدعى عليه بإعادة التأمينات المودعة لديه والبالغة خمسة وعشرون مليون وخمسمائة دينار للمدعي وتحميله المصاريف واجور المحاماة..) **(غير منشور)**.

[٢] د. موريس نخلة، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت ١٩٨٦، ص ١٧٩.

[٣] المادة(٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

[٤] المادة(٩/اولاً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

[٥] المادة(٩/اولاً/د/ه) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤.

المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، فلا داعي للاستثناء لأنه يخل بمبدأ المساواة بين المتقدمين في العقود الإدارية على أساس المقدرة المالية بين المتقدمين .

أما التأمينات النهائية فهو الضمان المالي الذي يتقدم به من رست عليه المناقصة بعد اخطاره بقبول عطائه ضماناً منه لحسن تنفيذ العقد، نفهم من ذلك أن التأمينات المقدمة الأولية هي للتأكد من جد المتقدم وحسن نيته قبل رسو المناقصة عليه، في حين التأمينات النهائي هي ضمانة للإدارة لتتلافى به أخطاء المتعاقد في اثناء تنفيذ العقد الإداري وبعد رسو المناقصة عليه[١]، وقد حدد المشرع العراقي قيمة التأمينات النهائي في المادة (٩/ أ) من البند ثانياً في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ بنسبة ٥%، على عكس المشرع الفرنسي والمصري الذي حددها بنسب مختلفة تختلف حسب نوع العقد[٢].

وبالنسبة للطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات فهنا اختلف الفقه والقضاء الإداريين عن تحديد هذه الطبيعة، **هل هي تعويض أتفاقي وشرط جزائي، أو هو جزاء يرجع إلى النصوص القانونية واجبة التطبيق أو إلى الشروط التعاقدية الخاصة بموضوع العقد الإداري التي لا تحتوي على مخالفة للنظام العام واعمالاً بقاعدة الخاص يقيد العام ؟**

ففي فرنسا يتفق الفقه والقضاء على أن مصادرة التأمينات هو شرط مقرر لمصلحة الإدارة، وهو بمثابة تقدير جزافي للتعويض في حال اخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وتستطيع أن تفرضه دون اللجوء للقضاء، ويعود ذلك الى سلطة الإدارة التي تتميز بها، التي تكون غير

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم ١٦٥٠/ الهيئة استئنافية/٢٠٢١، بتاريخ ٣٠/ ٢٠٢١/٣تسلسل ١٦٢٠، والذي ادعى به المدير العام لشركة التأمينات الوطنية على المدير العام لمصرف الرشيد في العراق يفيد بمصادرة التأمينات النهائية من العقد التأمينات إذ جاء فيه(أن المدعى عليه(المميز) قد وافق على ابرام التأمينات بينه وبين المدعي(المميز عليه) للقرض الممنوح من قبل المدعي للمقترض المتوفي (ستار خزن حمود) وبالمبلغ المثبت لغرض شراء سيارة... وأن المقترض (المتوفي) بتاريخ قبول التسديد لمبلغ التأمينات الأول لم يبلغ من العمر (٦٣) سنة ولاسيما كونه من الاعمار المشمولة بعقد التأمينات على الحياة.. وبذلك يكون مشمول بغطاء التأمينات ويكون المميز ملزماً بدفع قيمة القرض أو المتبقي منه..) **(غير منشور).**

[٢] المادة(٤٠) من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨.

قابلة للتنازل في حال فرض الجزاءات[١]، وارتأت فرنسا لتجنب المتعاقد من إيقاع جزاء مصادرة التأمينات وسحب العمل منه، أن يتقدم بإخطار مناسب في الوقت المحدد لإنجاز العمل المطلوب منه بموجب العقد، ليتم تحديد تاريخ نهائي للفحص التجريبي على الموقع قيد العمل، أو أن يقدم مذكرة يطلب بها المتعاقد تحديد الوقت من قبل الإدارة إذا كانت هنالك ظروف خارجة عن أرادته لتكون الإدارة على بينة من امر المتعاقد [٢]، أما في مصر فيتفق الفقه والقضاء على أن مصادرة التأمينات يعد شرطاً جزائياً، تواجه الإدارة المتعاقد معها في حال الاخلال والنكول عند التنفيذ، وتستطيع فرض الجزاء بمصادرة التأمينات النهائي بموجب قرار إداري بإرادتها المنفردة دون الحاجة لحكم قضائي ودون الحاجة لإثبات ضرر، وهذا ما اكدته الجمعية العمومية في مجلس الدولة الفرنسي لفتوى لها " ...أن الحكم الوارد في البند ٩٣من المادة ١٣٧ من لائحة المخازن والمشتريات لا يخرج عن كونه شرطاً جزائياً يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصر في حال الغاء العقد بسبب تقصيره _ وهو مصادرة التأمينات_ ..."[٣] .

وبالنسبة الى حالات مصادرة التأمينات ، ففي فرنسا فقد عدَ القضاء أن مصادرة التأمينات ات تعد إحدى الجزاءات المالية التي تمتلكها الإدارة لتفرض على المتعاقد عند اسقاط الالتزام، وهذا يعني أن التأمينات الذي تقدم به المتعاقد يفقده بحسب ما نصت عليه كراسات الشروط، وكذلك يحق لها مصادرة التأمينات النهائي عند الفسخ الجزائي لعقد التوريد[٤]، أما قانون تنظيم التعاقدات المصري فتكون بناءً على قرار صادر من الجهة الإدارية دون حاجة أيراد نص في العقد على ذلك، كونها تستمد حقها من القانون مباشرة، ويكون في حالتين، وهي أما فسخ العقد، أو حالة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد، وتتحقق لنا الحالتين عندما يقوم المتعاقد في التنفيذ

---

[١] د. فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمينات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اكاديمي، العدد الخامس، ٢٠١٦ ، ص ١١٠، منشور على الموقع https://www.asjp.cerist.dz/en/article/115250.

[2] Charles s. Phillips, p.e. construction contract administration, society for mining metallurgy, and exploration, sans endroit pour imprimer, 2009, p9.

[٣] مشار لهذا الفتوى لدى د.احسان سليمان خربيط، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

[٤] د. فوزية سكران، مرجع سابق، ص ١٠٧.

المخل لبنود وشروط العقد[١]، أما المشرع العراقي فقد أكد على حق الإدارة تجاه المتعاقد في مصادرة التأمينات بمجرد حصول اخلال في تنفيذ التزامه أو نكوله بصورتيه الابتدائي والنهائي وتعد من حالات النكول الابتدائي [٢] هي امتناعه عن توقيع العقد بعد رسو المناقصة عليه، وتبليغه رسمياً في مدة(١٥) يوماً بضرورة التوقيع، فامتنع عن ذلك ودون عذر مشروع، أو قام بتقديم بيانات مخالفة للحقيقة، أو لم يقم بتقديم خطاب الضمان بحسن التنفيذ.

والسؤال الذي يذكر هنا هل هنالك مجال للإعفاء من مصادرة التأمينات ؟

للإجابة عن ذلك، لا بد من التفرقة فيما إذا كان الغرض من مصادرة التأمينات هو اقتضاءً لغرامة التأخير أو اقتضاء للتعويض، وهنا بدورنا يجب أن نوضح أن غرامة التأخير تكون واجبة التطبيق بوصفها جزاء يفرض على المتعاقد بمجرد حصول تأخير، ويفرض بموجب قرار إداري ولا تكون الإدارة مجبرة على إثبات الضرر، على عكس من التعويض الذي يفرض من القضاء، بعد أن تثبت الإدارة أن ضرر ما قد لحق احد مرافقها العامة، هذا ويمكن أن تكون حالات إعفاء من الغرامة التأخيرية كما وضحنا مسبقاً، على خلاف التعويض فلا يمكن أن نرى ذلك لان هذا القول يؤدي بنا الى قبول الإدارة الضرر الذي يلحق بها وهنا تكون بصورة غير مقبولة امام الافراد المنتفعين من مرافقها، وتكون قراراتها قابلة لطعن لمجانبتها للمصلحة العامة، فحالة إعفاء من مصادرة التأمينات يجب أن ننظر اذا كان الغرض منها اقتضاء لغرامة التأخير، فتكون حالات الإعفاء هي حالات الإعفاء نفسها من غرامة التأخير مادام ذلك يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، أما اذا كان الغرض منها اقتضاء التعويض فلا يكون هناك محل للإعفاء، لأن التعويض مقترن بشرط الضرر، الذي هو منوط للجهة القضائية أن تقرر التعويض للإدارة حسب جسامة الضرر الملحق بمرافقها الإدارية، وعندما يحكم لها بالتعويض فتقوم الإدارة بأخذ مستحقاتها من مصادرة التأمينات النهائي المتفق عليه بموجب العقد الإداري، أو قد

---

[١] د. حمدى أبو النور، الوجيز في العقود الإدارية(دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعماني)، دون دار وسنة نشر، ص ١٤٣.

[٢] المادة(١٠/ أولاً/ ب/ ١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤.

يجد القضاء أن ليس هنالك مبرر لتعويض الإدارة في حال لم يجد ضرر ما قد لحقها، فلا يكون المتعاقد في صورة من مصادرة تأميناته المودعة لدى الجهة الإدارية[١].

وبناءً على ما تقدم فإننا نتفق مع هذا الاتجاه من الإعفاء، فإذا كان الغرض من مصادرة التأمينات لتحصيل الغرامة التأخيرية، فهنا يكون بالإمكان إعفاء المتعاقد منها، مادامت للإدارة سلطة تقديرية بالإعفاء عندما تقرر وبصورة صريحة بعدم ترتب اضرار نتيجة التأخير الذي حصل من جانب المتعاقد، على عكس فيما اذا كان الغرض من مصادرة التأمينات هو تحصيل للتعويض الذي اقرته المحكمة لمصلحة الإدارة فهنا لامجال للإعفاء، طالما هنالك ضرر قد لحق الإدارة، ولا تستطيع الإدارة هنا استعمال سلطتها التقديرية بالإعفاء.

المطلب الثاني

صور الجزاءات المالية التي تخلو من الصفة العقابية

من الصور الأخرى للجزاءات المالية، هي الجزاءات الخالية من الصفة العقابية، **وقد يسأل سائل ما الغرض من التمييز بين الجزاءات العقابية وغير العقابية، ونحن بالأخر امام جزاءات إدارية تفرض من إدارة واحدة، و امام متعاقد واحد يتحمل هذا الجزاء؟**

للإجابة عن هذا السؤال يكون بمعيار الغاية والضرر فقط، إذ نجد في المطلب الأول الغاية من تغطية الضرر الحقيقي لا يوجد له معالم، أما في هذا المطلب نجد الغاية من فرض جزاءات هي لتغطية ضرر حقيقي لحق بالإدارة نتيجة اخلال المتعاقد أو عدم تنفيذه لشروط العقد بالصورة المبتغاة، أما الضرر فيوجد بالفعل ضرر في الحالة الثانية، فأمامنا متعاقد مخل ويتحقق الاخلال بحالة القيام العمل السلبي المطلوب تركه أو عدم العمل بالسلوك الإيجابي المطلوب القيام به، ويوجد ضرر تحقق من جراء العمل السابق، ويوجد علاقة سببية ما بين الاثنين، فأستوجب الامر امام الإدارة بفرض جزاءات تخلو من صفة العقاب غايتها تغطية ضرر حقيقي لحق بمرافق الإدارة.

---

[١] نقلاً عن د. محمد حسن مرعي الجبوري، مرجع سابق ، ص ١٢٨.

ومن بين هذه الجزاءات الخالية من الصفة العقابية هي جزاء التعويض وجزاء تحمل التكاليف أو المصاريف الإدارية التي سيتم عرضها في هذا المطلب، لذا سوف نتناول في الفرع الأول منه التعويض، وفي الفرع الثاني جزاء تحمل التكاليف والمصاريف الإدارية.

الفرع الأول

التعويض

يعود اصل التعويض للقانون الخاص، فقد نصت المادة(١٦٩) على التعويض في نطاق العقود المدني والتي تنص على" يكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد بنقل ملكية أو منفعة او أي حق عيني آخر او التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل .."[١]، لكنه يعد من الجزاءات الاصلية في نطاق العقود الإدارية التي تستطيع الإدارة فرضها حتى لو خلت العقود الإدارية من الجزاءات المالية الأخرى، حتى تستطيع مواجهة المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية، ويعرف التعويض في نطاق العقود الإدارية بأنه "مبلغ من المال يدفعه من اخل بالتزام تعاقدي قانوني مقابل الضرر الذي احدثه بسبب ذلك الإخلال" [٢].

وأن الأصل في التعويض يمنح لجبر ضرر ينشأ بسبب اخلال أحد الطرفين بالعقد[٣]، والضرر في نطاق العقود الإدارية هو المساس بمصلحة الإدارة، التي تم تحديدها بالاتفاق بين طرفي العقد بصورة اتفاق، بأن يخرج العمل بالصورة التي تقدم نفعاً للمصلحة العامة، وخلاف ذلك لا يمكن تحيد الضرر، فبدون اتفاق لا يوجد عقد أساساً[٤]، والتعويض عكس الجزاءات المالية الأخرى، كونه يوقع باللجوء للقضاء، ولا تستطيع الإدارة فرضه من تلقاء نفسها، وفي

---

[١] المادة(٢|١٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٢] د. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حال التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط"١"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص ١٥٤-١٥٥.

[٣] د. نبراس ظاهر جبر، علي حسين منهل، تشخيص الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد كمقدمة لتقدير التعويض (دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المدني العراقي)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد ١٠، العدد ٣٢، ٢٠١٧، ص ٢٦٩-٢٩٤.

[4] Frac'ois collart, philippe delebecque. Contrats civils et commerciaux, 11e', dalloz, paris, 2019, p 680.

الوقت نفسه يتطلب من الإدارة إنذار المدين على العكس من الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات وهذا ما نص عليه القانون المدني الفرنسي[١]، المصري [٢] والعراقي[٣]، ونجد على ضوء ما تقدم قرار لمحكمة التمييز الاتحادية على عقد مبرم بين المتعاقد المميز و مديرية بلدية الحمزة بصفة مميز عليه والذي جاء بنص القرار" أن المدعي طلب الزام المدعى عليه/إضافة لوظيفته تعويضاً لعدم ايفائه بالتزاماته في عقد المساطحة المسجل في مديرية تسجيل العقاري بنقل مكاتب بيع الفواكه .. فتعين توجيه انذار له لتنفيذها خلال مدة معينة وخلافه يطلب فسخ العقد مع التعويض.."[٤]، وبعد التأكد من أن هنالك ضرراً قد أصاب المرافق الإدارية نتيجة خطأ المتعاقد، يكون التعويض خاضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص، في ظل الوقائع التي تبين حجم الضرر الذي لحق بالإدارة، وبمعنى آخر يدخل تقرير مدى حجم الضرر الذي لحق الإدارة والتعويض المناسب لها لسلطة القضاء، فهو بدوره يتولى موضوع تقدير التعويض بناءً على مدى خرق أو اخلال المتعاقد بموجب التزاماته التعاقدية[٥].

أما بالنسبة الى إيقاع الجزاء بالتعويض فهو مبني على شروط أهمها شرط الخطأ العقدي الصادر من المتعاقد، إذ أن المسؤولية العقدية أساسها الخطأ، وعرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه" عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئة من العقد أياً كان سبب ذلك ويستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئا من عمد أو اهماله، أو فعله دون عمد أو اهمال" ، وهذا الالتزام أما إيجابي أو سلبي أو أن يكون الالتزام ببذل عناية [٦]، وكذلك شرط تحقق الضرر الذي يعد ركناً أساساً

---

[١] المادة(١١٤٦) من القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

[٢] المادة(٢١٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.

[٣] المادة(٢٦٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٤] قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم ٤١٧٣/الهيئة الاستئنافية عقار/بتاريخ ٢٠٢١/١١/٣، **(غير منشور)**.

[٥] للاطلاع اكثر يراجع د. فاروق احمد خماس، د. محمد عبد الله حمود الدليمي، الوجيز في نظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب، الموصل، ١٩٩٢، ص ١٣٤.

[٦]حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ١٣٤٠/١٣٢٠، لسنة ١٢ ، بتاريخ ١٩٦٩/٢/١٥، مشار اليه لدى فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٥٦.

لتحقق تلك المسؤولية وأن يكون الخطأ صادراً من المتعاقد لحق بأحد المرافق الإدارية، ويشترط أن يكون الضرر مباشراً، وبمعنى أنه رتب ضرراً مباشراً في صورة عدم تنفيذ التزامه، أو عدم قيامه بعمل مطلوب منه أو تأخره على عكس المجرى الطبيعي لمواعيد تنفيذ التزام[١]، و الشرط الأخير فهو وجود علاقة سببية بين الخطأ من المتعاقد وبين الضرر المترتب للإدارة، إذا كان الخطأ والضرر شرطان لقيام المسؤولية التعاقدية، إلا انهما لا يكفيان لثبوت وقوع الضرر للإدارة من جانب المتعاقد ما لم تتوفر بينهما علاقة سببية، إذ يجب أن يكون الضرر الذي لحق المرافق الإدارية ناتجاً عن خطأ من المتعاقد، فوجود رابطة بين الخطأ والضرر مهمة لتحقق المسؤولية العقدية[٢].

وبالنسبة للإثبات ففي الاصل هو افتراض قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، والإدارة هنا غير مكلفة بإثبات العلاقة، ويقع التكليف على المدين "المتعاقد" اذا أراد صد هذا الادعاء بنفي وجود هذه العلاقة، عن طريق إثبات الضرر قد يرجع إلى الإدارة أو إلى سبب أجنبي، وهذا ما جاء به القانون المدني العراقي [٣]، أما طريقة تقدير التعويض فإنه يخضع إلى أحكام القانون الخاص، إذ تكفل المشرع بتحديد عناصر التعويض والمتمثلة بما لحق الدائن" الإدارة" من خسارة وما فاته من كسب[٤]، التي يجب أن تأخذ بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض، إذ يجب أن يكون

---

[١] د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سابق، ص ٩١- ٩٢.

[٢] د. احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ١١٢.

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم ١٦٥٠/ الهيئة استئنافية/٢٠٢١، بتاريخ ٣٠/ ٢٠٢١/٣تسلسل ١٦٢٠، (غير منشور) وجاء بنص القرار(... وحيث أن انحلال العقد كان لسبب اجنبي وحيث أن الالتزام ينقضي أذا ثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلاً بسبب اجنبي لا يد لهُ فيه عملاً بإحكام المادة (٤٢٥/من القانون المدني) وبذلك فأن المدعي لا يستحق التعويض عما كان يستطيع كسبه لو ان اتم العمل...)، (غير منشور).

[٤] المادة(١/٢٠٧)من القانون المدني العراقي، والمادة(١/٢٢١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨، ويؤيد القضاء العراقي بتعويض المدعى عما فاته من ربح وتعويضه عن الخسارة بموجب احكامه، منها قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٦٧/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١بتاريخ ٢٠٢١/١٣١٠ والذي جاء بنص القرار(... ولان المميز عليهما أخلا بالتزاماتهما ولم ينفذا المشروع خلال تلك المدة فأن المدعي/ المميز إضافة لوظيفته يستحق التعويض عن فوات المنفعة من تاريخ تسليم الأرض لأخلال المميز عليهما

عادلاً وجابراً للضرر الحقيقي الذي لحق بالإدارة، وبالنسبة إلى الوقت الذي يتم به تقدير التعويض يرجع القاضي إلى الوقت الذي تضررت به الإدارة من جراء هذا الفعل، لأنها الطريقة الوحيدة لوضع الدائن في المركز الذي يجب أن يكون عليه لو نفذ المدين التزامه بالطريقة الصحيحة، وبمعنى اخر أن المقدار الحقيقي للتعويض لا يظهر بصورته الفعلية إلا وقت وقوع الضرر(الوقت الذي تتحقق به المسؤولية بذمة المتعاقد، ومن ثم ينشأ حق المضرور في التعويض)، فالحكم الصادر بالتعويض هو مقدارا تعويضي عن الضرر نفسه، رغم نشوء الحق بالتعويض منذ وقوع الضرر [١] .

ويُثار تساؤل مفاده مدى إمكانية التعويض بنسبة تزيد عن كلفة الضرر التي لحقت بالإدارة وقت حصول الضرر وإمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي؟

من المتفق عليه أنه، يمكن للقاضي بحسب سلطته التقديرية أن يحكم بنسبة اعلى تزيد عن كلفة الضرر المترتبة على الإدارة، لكن على وفق ضوابط معقولة منها وقوع ظروف مستجدة تقف بين التزام المتعاقد وتحقيق المصلحة العامة للمرافق الإدارية، وهنا في جميع الأحوال لا يمكن التضحية بالمصلحة العامة وعلى المتعاقد أن يضع في الحسبان تغير ظروف التعاقد التي يكون امامها مجبر على التقيد والالتزام بها طالما يقف امام مصلحة عامة لا يمكن صدها على حساب من تعاقدت معه، أما بالنسبة الى مدى إمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي فليس هنالك ما يحول دون ذلك بشرط أن يكون وقوع الضرر مؤكداً [٢].

بالتزاماتهما ابتداء مما أدى الى حرم المدعي من منفعة العقار...)، (غير منشور). وكذلك حكم اخر مماثل قضت به محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ٣٨٤/س/٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٨ والذي قضى بفسخ الحكم البدائي المستأنف جزئياً والحكم بالزام المدعى عليه (اوات محمد علي) بتأديته للمدعي/ المدير العام لدائرة التقاعد والضمان الاجتماعي للعمل/ إضافة لوظيفته مبلغاً قدره(٥٩,٣٧٤,٩٩٨)مليون دينار تعويضاً له عما فاته من منفعة للعقار...)،(غير منشور).

[١] نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضر المرتد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢، ص ٧٣.

[٢] عند مطالعة احكام القضاء العراقي نجدها تسمح للإدارة بمطالبة المتعاقد بالمبالغ الإضافية المترتبة على العقد نتيجة تغير ظروف العقد لتصد به الاضرار التي قد تترتب عليها فيما لو لم تستوفيها منه، وتعدها بمثابة

مما تقدم فنحن لا نتفق مع التوجه المذكور آنفاً، والسبب أن التسليم بما جاء في سياق الحديث سابقاً يجعل من المتعاقد في مركز ضعيف في العقد الإداري وخضوعه لمبادئ غير ثابتة، فعندما نقول مثلاً بإمكان القاضي أن يحكم بنسبة تزيد عن التعويض الحقيقي وقت حدوث الضرر وبإمكانه أن يقدر تعويضاً عن الضرر الاحتمالي ، فنحن امام سلطة تقديرية للقاضي،

تعويضاً لها نتيجة الظروف المستحدثة على العقد، ومنها قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢٣٩/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢/تسلسل٢٢١١ بتاريخ ٢٠٢٢/٨/١٤ والذي جاء بنص القرار(أن مبلغ القرض الممنوح من مصرف أشور للمدعي (المميز عليه) والمدفوع الى شركة المدعى عليه (المميز) عن جزء من بدل شراء الوحدة السكنية بموجب اتفاقية التمويل المبرزة بإضبارة الدعوى كان بالدينار العراقي وليس بالدولار الأمريكي وأذ أن المدعي لم يسدد كامل الأقساط المترتبة عليه حسب عقد شراء الوحدة السكنية وأن مبلغ القرض بالدينار العراقي لم يغطي كامل البدل المتفق عليه والذي هو بالدولار الأمريكي وبذلك فأن المدعي ملزم بأن يسدد للمدعى عليه المتبقي بذمته من بدل البيع بالدولار الأمريكي تنفيذاً للعقد المبرم= =بينهما وتكون مطالبة الأخير له بذلك قد جاءت تطبيقاً سليماً لأحكام القانون بهذا الشأن (المادتين ١٤٦و١٥٠ من القانون المدني) وأن المادة ٦٩٦ من القانون المدني لا تجد لها حضور ضمن وقائع الدعوى لأن العلاقة بين الطرفين يحكمها عقد بيع الوحدة السكنية وليس اتفاقية التمويل التي بموجبها تم منح القرض للمدعي مما يجعل دعوى الأخير بمنع المدعى عليه من مطالبته بالمتبقي من بدل البيع بالدولار الامريكي غير واردة قانوناً وواجبة الرد وأذ أن الحكم المميز لم يراع ذلك مما أخل بصحته)، **(غير منشور)**، وفي حكم اخر لها ايضاً المرقم ٢٢٤٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢/تسلسل٢٢١٣ بتاريخ ٢٠٢٢/٨/١٤ والذي جاء بنص القرار(وإذ ان العقد اذا نفذ كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي المادة (١٤٦/١) مدني ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام المادة (١٥٠ مدني) وإذ ان عقد بيع الوحدة السكنية المبرم بين الطرفين تضمن ان بدل البيع يسدد للبائع بالعملة الأجنبية (الدولار الأمريكي) وليس بالعملة العراقية وبذلك يكون المدعي / المشتري ملزم بأن يسدد للمدعى عليه كامل بدل البيع بتلك العملة سواء استحصل على مبلغ القرض من مصرف اشور وكان لا يكفي لتغطية البدل بالكامل الذي هو بالعملة الأجنبية او لم يحصل على القرض من المصرف لان الذي يحكم العلاقة بين الطرفين هو عقد بيع الوحدة السكنية المبرم بينهما وليس عقد القرض مما يجعل دعوى المدعي التي أنصبت على طلب منع مطالبة المدعى عليه ببدل البيع بالعملة الأجنبية غير واردة قانوناً وواجبـــة الـــرد..)،**(غير منشور)**.

والسلطة التقديرية تختلف من قاضٍ إلى آخر، فممكن أن يحكم على المتعاقد ما وممكن أن لا يحكم على متعاقد اخر حسب قناعة القاضي، فضلاً عن ذلك نحن نتكلم هنا امام متعاقد تعاقد مع الإدارة ابتغاءً للربح، والتسليم بذلك يعني أن يتحمل المتعاقد مشقة فقط لكونها محتملة وهو في غنى عنها تماماً، لذا الاصح هو تحمل المتعاقد فقط التعويض عن الضرر الحقيقي الذي تسبب به للإدارة دون غيره.

ومن نافلة القول لابد من التطرق الى طريقة تحصيل التعويض والإعفاء منها، فبالنسبة الى تحصيل التعويض، فإن المبدأ العام هو الاعتراف للإدارة بسلطة إيقاع الجزاءات الإدارية للمتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لكن وجدنا دوراً لقواعد القانون الخاص بشكل ملحوظ في تطبيق احكام التعويض ولبيان طريقة تحصيله يستوجب الحديث عن موقف الدول المقارنة، ففي فرنسا فإن المشرع الفرنسي يشترط عند تقدير التعويض أن يكون كاملاً عن الضرر الحقيقي للإدارة، وبإمكان الطرفين تحديد مقداره قبل لجوئهما للقضاء، بمعنى آخر أن يكون مقداره محدداً مسبقاً بين طرفي العقد ودياً، أما في حالة عدم وجود اتفاق ودي فيتم التحديد من القاضي المختص [١]، ويحق للقاضي أن يقرر إعفاءه أو التخفيف من مقداره، متى ما رأى بعدم صحة الأساس الذي استندت اليه الإدارة في فرضها أوقد بالغت في مقداره، ويتم استقطاعه من التأمينات المودعة لديها اذا كان العقد يجيز ذلك [٢] .

أما في مصر وحسب ما اشارت اليه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أن من حق الإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض عند الاخلال في تنفيذ العقد، لكن الإدارة لا تستطيع ان تفرض ذلك من تلقاء نفسها عند عدم وجود نص في العقد يسمح لها بذلك فتلجأ الى القضاء، ويتم الاستقطاع من قبل التأمينات المودعة لديها، أما في حالة عدم كفايتها فتقوم الإدارة بخصم مستحقاتها من الجهات الإدارية الأخرى اذا كان للمتعاقد مستحقات لديها ودون اتخاد أية

---

(1) Emmanuelle Gillet-Lorenzi, seydou traore', Droit administrtif des biens, center national de le function publique territorial, sans endroit pour imprimer, 2007, P 272.

[٢] د. إبراهيم محمد علي، اثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٥.

إجراءات قضائية[١]، ولقد ساير المشرع العراقي نظيره المصري وطبق بشأن التعويض قواعد القانون المدني، فالإدارة لا تستطيع فرض التعويض مالم يلحقها ضرر نتيجة اخلال أو تقصير من المتعاقد، وكذلك يكون تقدير التعويض من اختصاص المحكمة في حال لم يكن هنالك تعويضاً محدداً في العقد أو القانون [٢]

وفي الختام يُثار تساؤل مفاده هل يجوز الإعفاء من جزاء التعويض رغم صدور قرار قضائي بإيقاعه على المتعاقد؟ وما سلطة الإدارة تجاه ذلك؟

للإجابة عن ذلك، فلا نجد كل مظهر من مظاهر السلطة الجزائية للإدارة في مجال الإعفاء من التعويض على عكس الجزاءات المالية الأخرى، وفي حقيقة الامر نتفق مع ذلك التوجه القضائي، إذ إننا نقف امام ضررا أصاب مرفق إداري، وبعد ذلك عندما يكون هنالك مجال للإعفاء من الضرر **فما دواعي سلطة الإدارة بفرض الجزاءات؟** ولا يغيب عن الاذهان أن الإدارة هي المسؤول الوحيد عن تحقيق المصلحة العامة، وبناءً على ذلك إعفاء الإدارة من صلاحية تنازلها أو اعفائها لجزاء التعويض قرار صائب ولا ينتقص من سلطتها الجزائية، لان القول بعكس ذلك يؤدي الى مجانبة الإدارة للمصلحة العامة مما يعرضها للمسؤولية الإدارية.

والسؤال الذي يمكن ذكره بهذا الصدد ايضاً: إن تعويض الإدارة يكون عن ضرر فعلي(مادي) أصابها جراء فعل المتعاقد المخل، فهل يمكن للإدارة مطالبة المتعاقد بالضرر المعنوي ايضاً؟

للإجابة عن ذلك يمكن القول، إن الضرر يحتوي على شقين مادي ومعنوي، ولا يقتصر ضرر الإدارة على الشق المادي منه فقط، وما يؤيد هذا الرأي هو عند مراجعتنا للأحكام القضائية فيما يخص التعويض المدني نجد أن التعويض يكون مقترناً بالضرر المادي والمعنوي

---

[١] فاطمة ريغي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٩، ص ٥٩.

[٢] د. فارس علي جانكير، مرجع سابق، ص ١٦٤– ١٦٥.

على سواء نتيجة مخالفة المدعى عليه، فلا مانع من تطبيق ذلك على الإدارة أيضاً، أما عن كيفية احتساب الضرر المعنوي، فحسب الأصل يقدر ضمنياً مع الضرر المادي [١].

الفرع الثاني

المصاريف والتحميلات الإدارية

تعد المصاريف الإدارية نوعاً آخر من أنواع الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها نتيجة اخلال معين أو تقصير في تنفيذ التزاماته، ويعد هذا الجزاء بمثابة التنفيذ العيني في مجال العقود الإدارية، وعلى الرغم من طابعه المالي إلا أنه وسيلة للضغط على المتعاقد، وتطبيقاً لذلك تقوم الإدارة بتنفيذ العقد على حسابه، ويحق لها في هذا الحالة المطالبة بتكاليف تنفيذ العقد كافة وفقاً للشروط العقدية أو اللائحية[٢] .

وتتحقق لنا حالة استحقاق المصاريف الإدارية في حالة واحدة، وهي وجود تقصير أو إخلال من المتعاقد، الذي أدى تصرفه إلى تأخير في تنفيذ العقد الإداري وأثبتت الجهة الإدارية قد لحقها اضرار جراء فعل المتعاقد، فيتحمل هنا المصاريف الإدارية كافة بوصفه جزاءً إدارياً[٣]، لذا تعد بمثابة تعويض قانوني عما تكبدته الإدارة من مصاريف، لإعادة الحال الى ما قبل اخلال

---

[١] حكم محكمة جنح كربلاء الاستئنافية المرقم ١٩٢/ج أسرة/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢والذي جاء فيه (تأدية المدعى عليه تعويضاً قدره مليونان ومئتان وخمسون الف دينار تعويضاً عن الضرر المادي والادبي الذي لحق المدعي..) وتم تصديق الحكم من قبل محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٥٨٥/الهيئة المدنية/٢٠٢٢/ بتسلسل٥٥٣١/ بتاريخ ٢٠٢٢/٦/٣٠ ، **(غير منشور)**، وايضاً حكم محكمة جنح القرنة/ البصرة المرقم = =٦٠١/ب/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٩ والذي جاء به(الزام المدعى عليه (..) بتأديته للمدعي (..)تعويضاً قدرة(٢,٠٠٠,٠٠٠) عن الضرر المادي والادبي الذي احدثه المدعى عليه للمدعي..)، **(غير منشور)**، وحكم اخر ايضاً لها المرقم ٧٣٩/ج/٢٠٢١ بتاريخ١٤/١١/٢٠٢١ والذي تضمن (الزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغاً قدره (٢,٢٥٠,٠٠٠) دينار تعويضاً مادياً وادبياً عما احدثه المدعى عليه للمدعي...) **(غير منشور)**.

[٢] د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي. سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الاشغال العامة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، جامعة قطر، المجلد ٢، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ٩.

[٣] د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص ١٨٢.

المتعاقد، ولا تتحقق لنا حالة ايقاعه إلا على وفق شروط تمكن الإدارة من استحقاقه، وهي وجود اخلال من المتعاقد في تنفيذ التزاماته والاخلال المقصود به هنا دون قيد أو شرط، كأن يكون الاخلال في طريقة التنفيذ أو في شروطها أو في وقت المحدد لتنفيذ، لذا نجد حالات استحقاقها أوسع من حالات استحقاق الجزاءات الأخرى، والشرط الثاني هو إدعاء الإدارة بوجود ضرر جراء ذلك التقصير لحق مرافقها الإدارية، والشرط الأخير والأهم هو وجود علاقة سببية بين ذلك الادعاء وبين فعل المتعاقد، كأن يكون بصورة تأخير في تنفيذ العقد الإداري، لذا للمطالبة في المصاريف الإدارية يقتضي وجود ضرر أو خسارة من جراء عمل المتعاقد، فتعد بذلك المصاريف الإدارية هي وسيلة ضغط على المتعاقد لتنفيذ التزامه بالوجه الصحيح لضمان سير المرفق بانتظام و اطراد، وكان للمحكمة الإدارية العليا في مصر اتجاه نحو تحمل المتعاقد للمصاريف الإدارية في حالتين وهما :

١- يتم استحقاقها وقت ما تتحمل الجهة المتعاقدة خسائر واضرار من تنفيذ المتعاقد الذي سيتم تنفيذ المتبقي من الالتزام على حسابه.
٢- تكون مستحقة في كل الأحوال حتى لو لم يلحق الإدارة أي ضرر من تقصير المتعاقد في تنفيذ التزامه [١]

وايضاً نجد في لائحة قانون المناقصات والمزايدات المصري في المادة (٨٤) قد نصت على المصاريف الإدارية، والتي يتبين لنا من قراءة هذا النص انه بإمكان الإدارة خصم المصاريف الإدارية عند حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول [٢]، وايضاً ما ورد في نص المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية من القانون الخاص نفسه بعقد التوريد[٣]، أما في العراق

---

[١] د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص ١٨٣.

[٢] المادة(٨٤) من لائحة قانون المزايدات والمناقصات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والتي نصت على " في حالة فسخ العقد أو تنفيذها على حساب المقاول يصبح التأمينات النهائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية".

[٣] المادة(٩٤) من نفس القانون والتي جاءت بها".. ما في هاتين الحالتين يصبح التأمينات النهائي من حق الجهة الإدارية، ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها _ بما في ذلك فرق الأسعار والمصاريف الإدارية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ، وفي حالت عدم كفايتها تلجأ

على الرغم من عدم ايراد نص صريح في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لعام ٢٠١٤، إلا أننا نستنتج من قراءة الاحكام القضائية أن المصاريف الإدارية يتم فرضها جزاء إدارياً ملحقاً للجزاءات الأخرى كالغرامة التأخيرية مثلاً، **وهنا قد يسأل سائل الا يعد ذلك تعدداً في الجزاءات الإدارية؟**

للإجابة عن ذلك، يمكن القول: لدى مطالعة مجموعة قرارات قضائية لا بأس بها، لم نجد في جزاء تحميل المصاريف تعدداً جزائياً، كونه جزاء ملحقاً أو تكميلياً للجزاءات الأخرى، وكون الإدارة تكبدت خسائر في وقت كان عليها ازالتها وتحملها قبل إيقاع الجزاء للمتعاقد استمراراً لمبدأ سير المرفق بانتظام واطراد حتى في حالات الخلل أو التأخير من الجهة المتعاقدة، لذا من باب أولى تحمل المتعاقد تلك المصاريف منذ لحظة إزالة الضرر الى لحظة صدور الحكم من القضاء في حال طعن به وتشير القرارات الحديثة على تحمل المصاريف لكن بصورة غير قاطعة الدليل على اعتبارها المصاريف الإدارية، فتفسير الاغلب هي مصاريف الدعوى، لكن وفق رأي الباحث يمكن اعتبارها ضمنياً ضمن المصاريف الإدارية ومصاريف الدعوى القضائية بصورة واحدة بمعنى آخر تقصد بتلك المصاريف الإدارية والقضائية على حد سواء [١].

ويبدو مما تقدم، أن للإدارة الحق في خصم ما تستحقه من كل قيمة خسارة لحقت بها بما في ذلك فرق الأسعار والمصاريف الإدارية من المتعاقد، وفي حال عدم كفايتها تخصمها من أي جهة إدارية أخرى في حالة عدم كفايتها ودون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية، وبهذا أكدت الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري هذا المعنى في فتوى لها جاء فيها "أما في ما يتعلق بالمصاريف ففي الاصل أن هذه المصاريف لا تستحق في حالة التنفيذ على حساب المتعاقد

إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الاداري".

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٧٨٣٨/ الهيئة المدنية/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٠، والتي قضت بموجبه(الزام المدعى عليه بتأديته للمدعين مبلغ الغرامة التأخيرية(١٤,٣٥٥,٨٤٤) دينار وتحميله كافه المصاريف والاتعاب ...)، **(غير منشور)**.

المقصر، إلا إذا اثبتت الجهة الإدارية أنها قد تحملت خسائر أو لحقتها اضرار كما لو قامت بإعادة المناقصات من جديد وما يقتضي ذلك من نشر جديد و تشكيل لجنة الفض المضاريف واخرى للبت فيها وما يستتبع ذلك من جهد ونفقات، ما كانت الإدارة تحملها لو أن المتعاقد معها قد قام بتنفيذ التزاماته على النحو المتفق عليه، كما يكون استحقاق هذه المصاريف في حالة تحقق مناط استحقاقها وفقا لنسب المحددة من لائحة قانون المناقصات والمزايدات المصري" [١]، وفي فتوى أخرى لها جاء به "لا محل للمطالبة بالمصاريف الإدارية بين الجهات الإدارية لبعضها البعض، إلا عندما يتعلق الأمر بتقديم خدمات معينة نزولاً لحكم المادة (٥١٧) من اللائحة المالية للميزانية والحسابات [٢]، وهذا يعني لا يمكن تطبيق الحالة السابقة اذا كان العقد بين جهتين إداريتين، استثناء منه حالة العقد المبرم بينهما لتقديم خدمات متبادلة .

أما بشأن التحميلات الإدارية فقد ورد الإشارة إليها في فرنسا بصفة ضمنية دون تخصيص، إذ شهدت الإدارة تطوراً ملحوظاً بالصلاحيات الجزائية لتغطية الاضرار التي لا يمكن تغطيتها بمجرد إيقاع الغرامة والمصادرة، لذا اكد مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٠٠ بتقريره السنوي على تطوير احكام اللوائح الفنية للإدارة، للتحقيق في المخالفات العقدية ومراقبتها، ليتحملها المتعاقد في الحالات التي تصبح الإدارة فيها عاجزة عن سير المرفق العام بانتظام واطراد[٣] اما في العراق فتم الإشارة اليها بوصفها جزاءً بموجب المادة (١٠) في

---

[١] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، رقم ٢٢٦ بتاريخ ١٩٨٧/٦/١٧ جلسة ١٩٨٧/٦/١٧، ملف رقم ١٤٣٥/٢/٣٢، المبادئ القانونية التي اقرتها الجمعية العمومية في شأن العقود، ص ٨١٣، مشار اليه لدى د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص١٨٢.

[٢] فتوى رقم ٣٨ بتاريخ ١٩٩٤/١/١١، "جلسة ١٩٩٤/١/١٥"/٤٨، بخصوص عرض مقدم من الهيئة العامة لنقل الركاب في الإسكندرية في الممارسة المحددة لها جلسة ١٩٩١/١٢/٤، لتأجير الاتوبيس _ مجموعة العقود في ٤٠ عاما_ ص ٥٩٤ وما بعدها، مشار اليه لدى د.طارق سلطان، نفس المرجع، ص ١٨٣.

[3] Julien be'taille, coralie courtaigne-deslandes, maryse deguergue, e'lise langelier, ge'rard marcou, Thomas perroud, Catherine teitgen0 colly. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques, center d'e'tude et de recherché sur l' administration publique, de la Sorbonne, 2016, P 38.

الفقرتين (ثانياً/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ [١]، وعند مراجعة نص هذه المواد نلاحظ ضوابط فرض الجزاء بتحمل المصاريف الإدارية وهي الآتي.

_ أن يكون هنالك اخلال في المراحل النهائية في تنفيذ العمل من المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

_ يتم سحب العمل المطلوب إنجازه من المتعاقد بموجب قرار إداري .

_ يتم تشكيل لجنة تتولى تنفيذ الاعمال المتبقية للمتعاقد، ويكون الممثل فيها المتعاقد نفسه، الذي يتم تنفيذ الاعمال المتبقية على حسابه.

_ تحدد نسبة التحميلات الإدارية ابتداءً بنسبة لا تزيد على ٢٠% من قيمة الالتزامات التعاقدية[٢] .

ومما تقدم لا نتفق مع تحديد نسبة التحميلات الإدارية في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤، والسبب في ذلك احياناً يكون مجموع الاضرار التي تسببت للإدارة تزيد عن مجموع النسب المحددة، وكان الأصح أن يتم ترك النسب مفتوحة لتقدير القاضي المختص على أن لا تزيد في كل الأحوال عن مجموع قيمة الالتزامات للمتعاقد المثبتة في العقد بخصوص الالتزام الذي اخل به المتعاقد.

---

[١] المادة(١٠/ ثانياً وثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ "يتحمل المقاول التحميلات الإدارية بنسبة لا تزيد على ٢٠% من كلفة الاعمال المخل بها في عقود المقاولات، وعلى جهة التعاقد تحديد هذه النسبة ابتداء في شروط المناقصة وتثبيتها في العقد".

[٢] ولقد نظمت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (١) لسنة٢٠٠٨ الملغاة، حالة نجدها في غاية الأهمية، وتعد شرطاً في الوقت نفسه حتى يتم فرض جزاء التحميلات الإدارية وهو أن يتم سحب العمل من المتعاقد وتشكيل لجنة الاسراع في التنفيذ على حساب المقاول نفسه، أما إذا تم التنفيذ على حساب مقاول اخر ودون وجود لجنة لا يحق لها فرض هذا الجزاء على المتعاقد الأول، في حين لا نجد مثل هذا التنظيم في تعليمات العقود النافذة، المادة(١٧/ثانياً/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغى رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، أذ نصت على أن "يجوز للجهات المتعاقدة احالة العقد إلى مقاول آخر إذا أخل بالتزاماته التعاقدية ويتحمل المتعاقد المخل فرقة البدلين عن تنفيذ العقد مع مصادره التأمينات الخاصة بحسن التنفيذ ومراعاة سياقات المطلوبة".

الفصـــــل الثاني

أساس الجزاء المالي وضماناته

الفصل الثاني

أساس الجزاء المالي وضماناته

الجزاء وبحسب تَطرقنا له بأنه آثر يترتب نتيجة مخالفة قاعدة قانونية معينة، وفي النطاق الإداري وبموجب المسؤولية التعاقدية فإنه يكون نتيجة مخالفة مضمون العقد وشروطه، فتلجأ الإدارة الى فرض الجزاءات نتيجة مخالفة معينة قد تحققت، وقد تناولنا تلك الجزاءات وبينا ماهيتها ومضمونها وحالاتها، لذا يجدر بنا الآن التطرق الى أساس سلطة الإدارة في هذا الجزاء حتى يكون لنا سند تجاه كل تساؤل أو كل طعن بذلك الامتياز للإدارة على اعتباره تدخلاً أو مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات، فكان في ذلك لنا أساسان أحدهما يخص الجانب الفلسفي الذي احتوى نظريتين أحدهما تناولت الحد من التجريم والأخرى الحد من العقاب، أما الأساس الاخر فقد احتوى الجانب القانوني وتضمن فكرتين، أحدهما فكرة المرفق العام، وأخرها فكرة السلطة العامة، وما بين أساس واساس ظهر الخلاف الفقهي ليعلو جانب من الآراء على حساب الجانب الأخر وهكذا بقي التساؤل مفتوحاً، ولنا ما بين الاثنين وجهة نظر خاصة.

وبصورة عامة ومقابل كل حق التزام معين، والى الآن نحن نتكلم من جانب سلطات الإدارة، **فهل ذلك يعني أن الإدارة مجردة من كل التزام في فرض هذا الجزاء وهل يعني ذلك أن المتعاقد متجرد من كل ضمانة أو بصورة ادق هل يوجد ضمانة لكل طرفي العقد؟**

الجواب يكون بالتأكيد نفياً، فليس هنالك اطلاق على اطلاقه دون تنظيم أو قيد، والأمر نفسه ينطبق على الجزاءات، فسلطة الجزاءات الإدارية يقابلها ضماناته، وتتأطر الضمانات بمجموع من الضوابط التي يحق للمتعاقد التمسك بها تجاه مشروعية القرار الإداري الصادر بفرض الجزاء ضده، التي تتمثل بمجموع إجراءات شكلية تتعلق بشكل قرار الجزاء وأخرى موضوعية تتعلق بذات الجزاء وفحواه، وفي الوقت نفسه الضمانات التي سنجدها هي ضوابط ذات حدين، فكلاهما يتعلق من جانب الإدارة مرة ومن جانب المتعاقد مرة أخرى، ونحن نشيد بذلك لأنه حقق لنا التوازن بين طرفي العقد من جانب، ومن جانب آخر قلص لنا عناء إجراءات الطعن القضائي.

وترتيباً على ما تقدم فسيتم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول أساس الجزاء المالي، وسنتطرق في المبحث الثاني الى ضماناته وفقاً للآتي:

المبحث الأول

أساس الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

الأساس هو المرجع أو كما يسمى بداية شق النور لكل ظلام، فإساس الجزاء المالي المقترن بالقوانين الإدارية تتقسم الى اتجاهين، وكل اتجاه كان يعود بالأساس الى عامل معين يختلف عن العامل الاخر من الاتجاه نفسه.

فالأساس الفلسفي احتضنه عدد من الفلاسفة في مجال القانون الإداري تحت ضوابط تنظيمية تتضمن نطاقين، الأول منهما تناول الحد من العقاب والإبقاء على الصفة التجريمية للفعل المخالف، في حين أن الثاني كان معاكساً لها إذ الغى الصفة الجرمية وابقى باب العقاب مفتوحاً ضمن قوانين أخرى وما بين العاملين كانت وجهات نظر مؤيدة ورافضة، وتارة أخرى أساس قانوني وايضاً يعود بها الى فكرتين، الأولى منها ترى أن أساس الإدارة بفرض الجزاء المالي هو استناد العقد على مرفق عام، والأخرى جاءت بفكرة السلطة التي تمتلكها الإدارة بموجب العقود، وكلاهما كان لهما الفضل في بيان معالم هذا الجزاء وتأكد اكثر عندما اقتبس القضاء في احكامه بعض الاتجاهات وتناولها بوصفه أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاء.

لذا وفي دورنا سنبين أساس الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية بصورتيه في مطلبين نتناول في المطلب الأول منه الأساس الفلسفي وسنتطرق في المطلب الثاني الى الأساس القانوني منه.

المطلب الأول

الأساس الفلسفي للجزاء المالي

لحداثة مصطلح الجزاء الإداري على الساحة القانونية عامة والجزاء المالي خاصة في نطاق العقود الإدارية، تطرق الفلاسفة القانونين إلى جذور ذلك الأساس ومنه الأساس الفلسفي للجزاء المالي، وقد اختلفوا الفلاسفة بينهم في الأساس، فمنهم من ناصر أتجاه تحديد النطاق

الاجرامي وظهرت له وجهات ما بين مؤيدة ومعارضة، ومنهم ناصر أتجاه تحديد النطاق العقابي والإبقاء على التجريم، وايضاً نال نصيباً من التأييد والمعارضة، لذا سنتطرق في الاساس الفلسفي للجزاء المالي بنظريتين سنتولى توزيعها على فرعين، وسنتطرق في الفرع الأول منه نظرية الحد من العقاب، وفي الفرع الثاني نظرية الحد من التجريم .

الفرع الأول

نظرية الحد من العقاب

منذ الوهلة الأولى للإنسان الى هذه اللحظة وهو يمضي بتطوره وارتقائه بمختلف جوانب الحياة واهمها الجانب التشريعي، فتراوحت العقوبات سابقاً ما بين مادية أو معنوية بصورها القديمة التي تعود جذورها مقتبسة من الصور اليابانية، الى أن وصل الحال بتطور العقوبة واتخاذها اشكال متعددة وفقاً لما يقضي به كل تشريع عقابي، فتقدم الفلاسفة بتطور ملحوظ بشأن العقوبة لاسيما أن بعض العقوبات كانت تحوي في طياتها الكثير من الاسراف في شدتها وغلوها، وكانت غاية الفلاسفة من ذلك هي تقدير لقيمة حياة الانسان وكرامته، لذا ارتأى بعض الفلاسفة الخروج من دائرة التجريم الجنائي لمواجهته بجزاءات أخرى اكثر فاعلية من الأولى.

وعرف الحد من العقاب بأنه يعني (رفع الصفة الاجرامية عن فعل ما ليصبح مشروعاً من وجهة نظر قانون العقوبات، لكنه غير مشروع طبقاً لقانون آخر غيره، فتوقع على المخالف مرتكب ذلك الفعل جزاءات غير جنائية كالجزاءات الإدارية)[١] .

ويقصد به أيضاً "التحول تماماً عن القانون الجنائي لصالح نظام قانوني اخر، إذ يتم إقرار جزاءات ثانوية أخرى غير الجزاءات الجنائية، وتتمثل غالباً في جزاءات مالية إدارية توقع بواسطة سلطة الإدارة، وبواسطة إجراءات إدارية تحت رقابة السلطة القضائية، ويطلق على ذلك بقانون العقوبات الإداري" [٢].

---

[١] د. محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٥.

[٢] د. غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣.

واظبت تلك النظرية بالظهور عند إرساء المبادئ الأساسية العقوبات السالبة للحرية، والمشكلات المتلاصقة لهذه العقوبة بالأخص في الحالات التي لم تعتد بالغرض من العقوبة لزجر وايلام الجاني بقدر ما تسعى لإيجاد تدابير واساليب دفاعية لوقاية المجتمع من الخطورة الاجرامية وما يترتب عليها من نتائج سلبية مستقبلاً، لذا ظهر اتجاه فقهي بمجموعة من المدارس انصب اهتمامها بتطوير وتحسين القانون الجنائي والقوانين المكملة له بدأت بالدعوة للإصلاح من المؤسسات العقابية اولاً[١]، وتم معالجة هذا بنزاع فلسفي في نهاية القرن التاسع عشر على مصير تلك العقوبات السالبة الحرية التي بدورها أثيرت التساؤل من جديد، ومنها المدرسة الوضعية الإيطالية إذ أعلن الفقيه (GAROFOLO) بفكرة "الخطورة الاجرامية" التي تنص على ضرورة تفرقة الجناة الذي تجب معاقبهم بعقوبة اشد صرامة عن الجناة الذي يجب أبداء التسامح معهم واستند في ذلك على مبدأ قابلية اصلاح الطرفين [٢]، لذا يتضح لنا صورة دلالتها الاتجاه نحو الاقلال من العقوبات البدنية والعوض عنها بعقوبات اخرى إدارية، وبهذا كانت تلك النظرية الممهدة لنشأة ة وتطور الجزاءات الإدارية ومنها الجزاء المالي [٣]، ومن هنا ظهر الخلاف الفقهي لتحديد مفهوم نظرية الحد من العقاب الجنائي، ونعود بذلك الى سبب حداثة النظرية في الساحة القانونية من جهة، ودون أيراد تنظيم تشريعي مستقل في حال عدم علو المخالفة الى مرتبة مواجهتها بقاعدة قانونية جنائية والتصدي لها بقاعدة جزائية إدارية من جهة أخرى، فبرز لنا اتجاه فقهي وهم بصدد تحديد مفهومها، ونظراً لكثرة الآراء وتنوعها ينبغي بنا أن نرجع بها الى اتجاهين، الاتجاه الأول منه يرى بضرورة قصره على قواعد القانون الجنائي، والاتجاه

---

[١] د. بشرى رضا راضي سعد. بدائل العقوبات السالبة للحرية واثرها في الحد من الخطورة الاجرامية(دراسة مقارنة)، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص ٣٨,٣٧,٣١.

[٢] أشار اليه د. مدحت رمضان، بدائل الدعوى الجنائية والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، بحث منشور في مجلة السياسة الجنائية في المغرب، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد٤، ٢٠٠٥،ص ١٣١.

[٣] د. عبد الجليل الفيداني، بدائل الدعوة العمومية أو بدائل العقوبات السالبة للحرية، بحث منشور في مجلة السياسة الجنائية بالمغرب، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد ٣، ٢٠٠٤، ص٧٢.

الآخر الذي يرى بضرورة شموله قواعد أخرى كقواعد القانون الإداري والمدني وعلى النحـــو الآتي:

أولاً: الاتجاه القائل بتحديد النظرية داخل النطاق القانون الجنائي : يقوم هذا الاتجاه بإرجاع الأساس الفلسفي للجزاء المالي على فكرة مفادها الحد من العقاب والإبقاء على التجريم ويقتصر بهذا الحد على القانون الجنائي وعدم العوض عنها بجزاءات في قوانين أخرى، ومنهم الفقيه (GEORGE LECLERCQ) يرى أن الحد من العقاب هو" ليس خروج الفعل من نطاق التجريم الى نطاق المشروعية، وانما يشمل أي شكل من اشكال التخفيف أو التعديل من نطاق عقابها مالم يتم الغاء تجريمها، فهو إذاً على وفق مفهومه كل تحديد من التجريم هو تحديد من العقاب"، ويضيف اليها المعيار الموضوعي والشخصي للعقاب الذي يقصد بالمعيار الموضوعي للحد من العقاب عندما تكون العقوبة جزاء لفعل مخالف انتج لنا جريمة، فإن الحد من العقاب بمعناه المطلق يتكون لنا أيضاً من الغاء عقوبة تلك الجريمة، أي رفع الغطاء الاجرامي عن هذا الفعل، وهذا ما نسميه بالحد من العقاب الموضوعي، أما المعيار الشخصي للحد من العقاب عندما نكون امام ذات المخالف (شخصه) وبحالة صغر سن أو حالة عقلية، وتحل التدابير الوقائية أو الاحترازية محل العقوبات الجنائية الاصلية لمواجهتهم، فهنا أيضاً نكون امام الحد من العقاب الشخصي [١] ، أما الفقيه (KERCHOV) جاء ليضيف مبدأ "العقاب النسبي" وقال إن الحد من العقاب يكون بكل شكل من أشكال التخفيف داخل النظام الجنائي نفسه، كتخفيف الجناية بجنحة، أو الجنحة بمخالفة، أما إذا كنا امام الغاء العقوبة على سلوك أجرامي معين فهنا ما يسمى بالحد المطلق من العقاب [٢] .

وفي ذلك نجد توجه للجنة الاوربية في الولايات المتحدة الامريكية بأن الحد من العقـــاب في نطاق القانون الجنائي أما يكون حقاً قانونياً أو قد يكون فعلياً، ففي الصورة الأولى تتمثل في تدخل تشريعي يفرض جزاءات على بعض الأفعال بجعلها أفعال معترف بها قانوناً واجتماعيـــاً، مثل: جريمة الإجهاض والانحراف الجنسي بين البالغين، وكذلك إلغـــاء تحـــريم التعامـــل فـــي

---

[١] أشار اليه د. محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص ١٦.

[٢] عن سورية ديش، الجزاءات في قانون العقوبات الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، ٢٠١٩، ص ٢٢.

المشروبات الروحية الذي بقي مجرم في الولايات المتحدة الأمريكية خلال سنوات ما بين ١٩٢٠-١٩٣٣، بينما الصورة الفعلية فتتكون في حالة التخفيض التدريجي من رد فعل نظام العدالة الجنائية في مواجهة بعض الأفعال دون أن يطرأ عليها أي تغيير في اختصاص الأصلي للقواعد الجنائية مثل الجرائم الاقتصادية، وتشرد وحمل السلاح دون ترخيص، وكذلك الجرائم المتعلقة بالقواعد المنظمة للسير، في حين الحد من العقاب يتعلق بكل تخفيف للعقاب في الجرائم باللجوء الى تجنيح جرائم الجنايات أو تخفيض عقوبة الجنح الى مخالفات، أو انتقاء القاضي للغرامة عوضاً عن عقوبة الحبس، أو وضعه تحت المراقبة القضائية [١].

ومما تقدم فإننا لا نتفق مع الرأي المذكور، لأن الاقتصار على القانون الجنائي قد لا يحقق الغاية المرجوة من العقاب، إذ احياناً لا تكون هناك جدوى من فرض العقوبات السالبة للحرية، لعدم تحقق الغاية المرجوة من إصلاح خاص وردع عام، خاصة عندما تنقلب كفة الإصلاح الى اختلاط المجرم بالصدفة مثلاً مع المجرم المعتاد وما قد يؤثر سلباً على الأول منهم، فكان الافضل العوض عنها بمجموع جزاءات أخرى اكثر فاعلية منها خاصة في الحالات التي لا تتطلب مواجهتها بجزاءات جنائية، و الافضل أن يكون هنالك تطبيق للقواعد الجزائية الإدارية، للحالات التي تكون هي الاجدر بالتطبيق من سابقها.

ثانياً: الاتجاه الموسع من نظرية الحد من العقاب : تمييز الآراء التي جاءت بهذا الاتجاه بأنها تخلت عن النظام الجنائي لصالح قوانين أخرى، وفي الاطار الموسع لنطاق الحد من العقاب يتجه الفقه الى عدم الاقتصار بالتنظيم الجنائي، انما الامتداد للقوانين الأخرى كافة التي تقييد النصوص الجنائية بالإلغاء أو التعديل أو التخفيض و التنزيل، أو تقرير نظام عقابي آخر يكون خلاف ما منظم لذات الفعل في القانون الجنائي، وهذا ما جاء به الفقيه (REALE) أن الجرائم في النطاق الإداري هي أحد تطبيقات الحد العقابي وهذا ما وجد في إيطاليا لقانون رقم ٦٨٩ لسنة ١٩٨١، وأيضاً ما تم تناوله في مؤتمر الخامس للأمم المتحدة لعام ١٩٧٥في سويسرا لمنع الجريمة ومعالجة المذنبين الذي وصف الحد من العقاب هو "عبارة عن إجراء تشريعي يكون

---

[١] د. محمد العروصي، سياسة الحد من التجريم أو من العقاب، بحث منشور في المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، الجزائر، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٣٥.

من اختصاص كل من القضاء المدني والإداري في بعض الجرائم الجنائية والذي بدوره يؤدي الى استبدال النصوص والجزاءات الجنائية بنصوص وجزاءات إدارية أو مدنية " [١].

وقد احتضن القبول لهذا الاتجاه أكثر من سابقه، إذ من منظور المجتمع أنه راعى المصالح كافة في آن واحد، فمصلحة المتهم هي الحق في الامن والأمان من القسوة العقابية من جهة، ومصلحة الجهات القضائية في تيسير اجراءاتهم الجنائية عندما يكون هنالك بديل أصح، لذا لا يمكن التضحية بحقوق الانسان في سبيل توافر الاجراء الجنائي وجاهزيته، فمن مصلحة الفرد ومصلحة الدولة العليا هي اخضاع السلطات العامة ككل في مواجهة الافراد الى شروط دقيقة ومنظمة، مما يؤدي بنا القول إن الإجراءات الجنائية تتولى حماية أفراد المجتمع عندما تبدأ الدولة في مواجهة الجريمة[٢]، وكان لهذا الرأي مخالفة من الفقيه (G.VASSALLI) فقال إن القانون الجنائي هو تطبيق للحد من التجريم وليس للحد من العقاب، فرفع الصفة الاجرامية عن الفعل فما هو إلا حد للتجريم وليس للعقاب حتى لو تقرر لها وضع جزاءات غير جنائية له [٣] .

وهنا لا نتفق مع ما تقدم به الفقيه المذكور، ونرد الإجابة عن ذلك بتساؤل، هل يعد رفع الصفة الاجرامية عن فعل غير مشروع حداً لتجريمه؟ وما مصير الفعل نفسه تجاه تجريمه من القوانين الأخرى؟

ففي الحقيقة لا يوجد صحة لذلك القول، لان رفع الصفة الاجرامية عن الفعل غير المشروع ما هو إلا خروجه من نطاق غير المشروعية الى المشروعية، وهذا القول يؤدي بنا الى عدم مجابهته بقاعدة جزائية أخرى لكافة القوانين الأخرى، **فما الأساس الذي استند عليه الفقيه لجعل أفعال مشروعة حتى لو تمت مواجهته بجزاءات إدارية مثلاً، وهل يعني مواجهة الفعل بجزاءات أخرى غير جنائية هو حد للتجريم ؟ وهل نغفل عن وجود قوانين تجرم أفعال وترتب لها جزاء خارج نطاق القانون الجنائي! هل ينطبق عليها مبدأ الفقيه بالحد في التجريم؟**

---

[١] عن نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،٢٠١١، ص ٢٤.

[٢] د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)،ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٦.

[٣] ذكرته نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص ٢٥.

وبذلك نتوصل الى فكرة مفادها أن الفعل مجرد ما يتم تجريمه بموجب أي قانون يصبح غير مشروع ولا يعطي الحق لكل قانون أباحته، وليس هنالك حد للتجريم انما في حقيقته هو حد من العقاب.

الفرع الثاني

نظرية الحد من التجريم

يطلق علماء الانثربولوجية على هذه المرحلة هي مرحلة العصر الحجري الحيث، والذي بدأ باستئناس الحيوان وممارسة الزراعة في نطاق معين[١]، وعلى الرغم من ذلك تم تداول نظرية الحد من التجريم في نطاقات دولية وفقهية كثيرة، إذ تطرقت اللجنة الاوربية للمشكلات الجنائية الى الحد من التجريم وقالت بأن الحد يتكون من نوعين، النوع الأول الحد من التجريم القانوني، والأخر الحد من التجريم الفعلي، فالنوع القانوني من الحد التجريمي يتمثل في سحب اختصاص النظام الجنائي بفرض جزاءات في مواجهة بعض أشكال السلوك، وهذا يمكن أن يتم بواسطة عمل تشريعي يتضمن الاعتراف الكامل بمشروعية سلوك معين من الناحية القانونية، كما في بعض الدول الاوربية إذ تم الغاء بعض جرائم الاخلاق من الزنا أو الانحراف الجنسي، أما النوع الفعلي من الحد التجريمي فيتمثل في التخفيض التدريجي لرد فعل نظام العدالة الجنائية في مواجهة بعض أشكال السلوك، أو بعض المواقف دون أن يطرأ كل تغيير على الاختصاص الأصلي للنظام الجنائي[٢]، ومن مظاهر الحد الفعلي لديها هو السلطة التقديرية المخولة للشرطة بعدم التدخل في بعض الأحيان وفي حالات معينة، أو إحالة الاختصاص الى أنظمة اجتماعية أخرى.

---

[١] محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، ٢٠٠٤، ص٣٧.

[٢] د. امين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٢٥.

في حين عرفته لجنة مراجعة القانون البلجيكي لعام ١٩٧٩ بانه " الغاء الصفة الجرمية للجريمة أي الغاء صفة التجريم عن الفعل في القانون الجنائي وباقي القوانين الأخرى إذ يصبح الفعل مشروعاً، وبذلك يخرج الفعل من دائرة اللامشروعية في جميع القوانين وهذا هو الرأي الغالب في الفقه العربي [١] .

أما الفقيه الإيطالي(M.REALE) الذي كان وزيراً للعدل في إيطاليا لسنة ١٩٧٠ فإنه يرى أن الحد من التجريم هو" رفع الصفة الجرمية من سلوك معين ما محل للعقوبة سابقاً بجزاء جنائي" **وتطبيقاً لهذا فأن كل من جريمة الإجهاض ومواقعة المحارم يعدان لدى الوزير الإيطالي من الجرائم التي يمكن ان يطبق عليها نظام الحد من التجريم وعدم إمكانية تطبيق الحد من العقاب، والسبب هو عدم صلاحية خضوع هذا النوع من الجرائم لجزاءات إدارية أو مدنية، وهو بدوره يرى أن نطاق تطبيق الحد من التجريم اكثر اتساعاً من نطاق تطبيق الحد من العقاب، ونحن بدورنا نتفق كثيراً مع هذا الاتجاه** [٢] .

وجاءت الأستاذة الفرنسية (M.DELMAS_MARTY) التي ترى أن الحد من التجريم هو الاعتراف القانوني والاجتماعي للسلوك كان مجرماً، ويفترض هذا الاعتراف بمشروعية السلوك في الحياة الذي كان مخالفاً للقانون، ولا تعطي الأستاذة دلماس حداً للعقاب في الحالات التي يعطي فيها المشرع للقاضي إمكانية تخفيض الحد أو التنزيل أو الاستعانة ببدائل أخرى، إذ لا تتفق مع القائلين بأن تلك الاشكال هي انعكاس للحد من العقاب داخل النظام الجنائي، وبذلك هي تتفق بما جاءت به اللجنة الاوربية حول الحد من التجريم [٣]، أما الفقيه (LEVASSEUR) فيرى أن الحد من التجريم يتكون من وقف أو تجريد الجرم لسوك معين، فيكون التجريد

---

[١] د. بن جدو امال، الحد من التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، بحث منشور في مجلة الدراسات والأبحاث القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد (١٠)، ٢٠١٨، ص ١٩٠.

[٢] د. عبد الرحمان خلفي، التحول من العقاب الجنائي الى العقاب الإداري(دراسة فقهية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد ١٠، ٢٠١٨، ص ١٠٧.

[٣] د. امين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٣١. وينظر كذلك، د. عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

بصورة اقلاع الصفة الجرمية كلياً واباحة التصرف سواء في القانون الجنائي أو غيره، ويرى أيضاً أن نطاق تطبيق الحد من التجريم لا يدخل فيه القيم الأساسية، أوقد يتمثل الحد من التجريم في إبقاء السلوك مجرماً لكن يتحدد له بدائل عقابية أخرى مثلاً غير عقوبة السجن أو الحبس وهكذا [١] .

يبدو مما تقدم، أن نظرية الحد من التجريم هي انتزاع الصفة الإجرامية من السلوك وعده سلوكاً مشروعاً تجاه القانون الجنائي، وهنا يصبح غير ممكن تطبيق القوانين الجزائية الجنائية، على الرغم من كونها غير مشروعة قانوناً من قانون آخر، **وهنا لا نتفق مع ما ورد أنفاً**، كون ما جرم بموجب أي قانون يبقى غير مشروع وليس هنالك صلاحية لأباحته من قبل قوانين أخرى، ونستنتج ايضاً أن الحد الفاصل بين النظرتين هو أن الحد من التجريم هو الغاء الوجود القانوني للفعل غير المشروع بشقي التكليف والجزاء معاً، أما الحد من العقاب هو مجرد تخفيف العقاب أو استبداله بجزاء غير جنائي[٢] .

وعند الاطلاع على النظريتين، نجد أن كلتيهما تحاول تضيق النطاق الاجرامي أما من الحد من العقاب الجنائي مع الإبقاء على عدم مشروعية السلوك في نطاق القوانين الأخرى، وهنا يبرز لنا جانب الجزاءات الإدارية والجزاء المالي بالخصوص بوصفه اكثر أنواع الجزاءات شيوعاً، أو من الاعتراف بمشروعية السلوك في النطاق الجنائي والإداري ونكون امام حد من التجريم ، لكن ومع ذلك لا يمنع من وجود اختلاف بين النظريتين، ويكمن الاختلاف في أن الحد من التجريم يتعلق بجانب إلغاء الوجود القانوني للفعل، إذ لا يمكن تصور إلغاء الصفة الجرمية للفعل مع ابقاء العقاب عليه جنائياً، وبهذا يشمل الإلغاء الكلي للفعل والعقاب معاً، في حين الحد من العقاب يشمل جانب الجزاء فقط أما يخففه أو يستبدله بجزاء غير جنائي، وهنا أتفق بما أورده الدكتور طه محمود عندما قال" إن المصلحة في موضوع الحد من التجريم لم تعد تتطلب حمايتها جنائياً لأن الفعل أصبح مباحاً، بينما في الحد من العقاب فأن المصلحة

---

[١] نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص ٢٩.

[٢] مزوزي فتيحة، العقوبات البديلة كشكل من اشكال الحد من العقاب في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر السعيد، الجزائر، المجلد٨، العدد١، ٢٠٢١،ص ٥٨١.

المتحققة بالقاعدة الجنائية تبقى جديرة بالحماية، إلا أنه يمكن تخفيف العقاب فيها أو استبداله بجزاء اخر [١]، ما يعني أن الحد من التجريم أشمل من الحد من العقاب فالأول يضم الثاني .

وبعد تطرقنا الى الأساس الفلسفي للجزاءات الإدارية عامة ينبغي أن نحيط علم بالشق المالي منها ونعود بها الى أساسها الفلسفي أيضاً، فكما وجدنا أن الأصل في الجزاء هو تطبيق للقاعدة القانونية الجنائية والاستثناء هو إعطاء الصلاحية والامتياز للإدارة في تطبيق قاعدة الجزاءات الإدارية، وتعد الغرامة والمصادرة أحد صور الجزاءات جنائية الأصل ثم أصبح بإمكان الإدارة فرضها بموجب سلطاتها، فبالنسبة للغرامة وعلى الرغم عدم تبني المشرع الفرنسي والمصري نظام قانون العقوبات الإدارية، إلا أن المشرع الفرنسي يستعين في تطبيق الغرامة الإدارية سواء على النطاق العام أو الخاص (التعاقدي) لمواجهة الأفعال المخالفة لقوانينها الإدارية، وقد خصص المشرع أهمية كبيرة لهذه الجزاءات في الآونة الأخيرة للحد الذي وصل به الى انشاء بعض اللجان والمجالس الخاصة، لتختص بفرض الجزاءات الإدارية عند مخالفة قوانينها ولوائحها [٢]، ثم وصل به الحال من درجة التنظيم الى ما تطرقنا اليه في الفصل الأول كأحد أنظمة الدول المقارنة، وهنا نجد أن المشرع طبق النظرية الأولى دون الثانية من الاتجاه الفلسفي بالحد من العقاب بإعطاء المشروعية لبعض التصرفات في نطاق القواعد القانونية الجنائية، وعدم مشروعيتها من نطاق قواعد قانونية إدارية، مثالها في ذلك ما طبقته فرنسا في الأول من ديسمبر لعام ١٩٨٦ من فرض غرامة على المنافسة غير المشروعة وحددت قيمة الغرامة ب ٥% كحداً اقصى من قيمة الأعمال المقدمة أذا كانت المقدمة مؤسسة وعشر ملايين فرنك إذا كانت غير مؤسسة، أما في مصر فلم تحظ بقدر من الاهتمام كما في فرنسا على الرغم من وجود جزاءات إدارية فيها، لكنها اقرت حق الإدارة في فرض غرامات إدارية وفي حالات نادرة كعقوبة على المخالف[٣]، وبعد ذلك تطور الامر بالتنظيم القانوني في قوانين وتعليمات مستقلة في التشريع المصري بحسب ما تطرقنا اليه في الفصل الأول.

---

[١] محمود طه جلال. مرجع سابق، ص ٢٩٧.

[٢] د. امين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٢٨٥ وما بعدها.

[٣] د. امين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٢٨٦_ ٢٨٧.

والأمر نفسه ينطبق على المصادرة فعلى الرغم من أيرادها عقوبة جنائية سواء كانت أصلية كما في فرنسا وفق ما نصت عليه المادة (٣/٤٣) [١]، أو عقوبة تبعية كما في مصر والعراق، فتقررت للإدارة حق إيقاع المصادرة (في الجزء المالي منها فقط) جزاءاً إدارياً ضد المتعاقد المخالف، وبالرجوع الى تنظيمها في التشريع العراقي نجد أن المشرع الإداري يعود في صلاحيته لفرض الجزاءات التعاقدية الى القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١، لهذا سنجد الدعاوى الإدارية تخضع للمحاكم العادية دون الإدارية، الذي سنتطرق اليه بشيء من التفصيل في الفصل الثالث من هذه الرسالة، وفي مرحلتها الأخيرة تطرق المشرع العراقي الى مجموعة قوانين وتعليمات خاصة بالعقود واصبح أحد المراجع في أساس فرض الجزاء للإدارة.

ومما تقدم سابقاً، فإننا لا نتفق مع التحديد الذي جاء به كلا الاتجاهين، فليس هنالك حد من العقاب بالمعنى الدقيق وليس هنالك حد من التجريم، فنظرية الحد من العقاب قالت يتم التنازل على العقوبة الجنائية لمصلحة قانون آخر وإبقاء التجريم فلو أردنا أن نبحث في أجزاء هذا القول فيوجد سلوك مخالف ويوجد نص تجريمي ويوجد عقاب سواء كان بالقانون الجنائي أو الإداري أو المدني **فهل يعد من منظور هذا الاتجاه الحد من العقاب هو الغاء النصوص التجريمية للقانون الجنائي والعوض عنها بقانون آخر؟**

فالقبول بهذا القول خاطئ جداً فليس هنالك كل معنى للحد من العقاب طالما هنالك عوض أو بدل سواء من القانون نفسه أو غيره، أما الحد من التجريم فجاءت لتلاشي نفسها بنفسها، فالتجريم هو وجود أركان الجريمة المتكون من الركن المادي لسلوك مخالف ونتيجة وعلاقة سببية ما بين الاثنين، والركن المعنوي المتمثل بالإرادة الآثمة، والركن الشرعي الذي يعني وجود نص يجرم الفعل، فأوضحت هذا النظرية أن الحد من التجريم هو الخروج من نطاق غير المشروعية الى نطاق المشروعية، **فهل كانت تعني بذلك الاباحة؟**

ولو كانت تقصد بذلك، فالإباحة لها حالات محددة غير معنى الضرر الذي تتحمله المصلحة العامة للمصلحة الخاصة(المتعاقد)، وبدلاً من ذلك نستطيع القول إن الأساس الفلسفي

---

[١] المادة(٣/٤٣) من قانون العقوبات الفرنسي رقم(١١) لعام ١٩٧٥ الملغى.

للجزاء المالي ما هو إلا تحديد نطاق القانون الجنائي لشموله افعالاً تعد اكثر اجراماً وشدة من ناحية حيثياتها، وكان الاجدر تناولها بموجب قواعد جزائية من القوانين الأخرى، والغاية من ذلك لمساسها بمصلحة خاصة اقل نطاق من المصالح التي تخترقها الجرائم الجنائية، فلو نبحث بالنظريتين السابقتين فنجدهما كلاهما يدوران وجوداً وعدماً في تضيق نطاق شمول القانون الجنائي ببعض الأفعال، والتصدي لها بموجب صلاحيات وامتيازات جزائية للقوانين الأخرى.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للجزاء المالي

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ومنها الجزاء المالي باتت من الأمور المسلم بها في نطاق العقد الإداري، ولا جدل فيها إذ تمارسها بموجب صلاحيتها وامتيازاتها، سواء نص عليها العقد أو لم ينص وتفرضها دون الحاجة للجوء للقضاء، **لكن الخلاف يكمن في تحديد ما الأساس القانوني الذي تستند اليه الإدارة لتقوم بفرض الجزاء؟** وظهر لنا نزاع فقهي في ذلك فتوزعوا الى اتجاهين أو فكرتين، فكان فقهاء أصحاب فكرة السلطة يبرز لنا الإدارة بقوتها، بخلاف فقهاء فكرة المرفق العام الذي اظهر لنا الإدارة كجهة لديها التزامات واعباء تتكفل بها وفي سبيل الوصول اليها تم منحها صلاحية فرض الجزاء، ونحن امام هذا الاختلاف نشيد ببعضهم وننتقد بعضهم، الى ان نصل بقناعتنا الى حد ما .

لذا سنقوم ببيان الاتجاهين لهذا المطلب ونتناول في الفرع الأول منه فكرة السلطة العامة، وفي الفرع الثاني فكرة المرفق العام كما في الآتي :

الفرع الأول

فكرة السلطة العامة

تشغل فكرة السلطة العامة حيزاً ظاهراً في نطاق العقود الإدارية ، إذ تُبنى عليها كثير من الامتيازات، ومنها سلطات الإدارة وامتيازها بفرض الجزاء المالي.

وتعرف السلطة العامة بأنها " الوسيلة التي تلجأ اليها الإدارة لتحقيق الاهداف العامة بموجب امتيازات استثنائية لا نظير لها في علاقات الافراد العامة " [١]، وهذه من شانها إعطاء صلاحية للإدارة في اتخاذ قرارات بموجب ارادتها المنفردة وبموجب سلطتها التقديرية دون الحاجة للجوء للقضاء.

وتعرف ايضاً بأنها " مجموع الوسائل والأساليب الاستثنائية الخارجة على القانون الخاص التي تمارس بها الإدارة نشاطها "[٢] .

وبرزت هذه الفكرة في القرن التاسع عشر إبان تبني عصر نظام القضاء المزدوج (القرن التاسع عشر) في فرنسا، فاتجه الفقه لاعتناق فكرة السلطة كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، فكل منازعة إدارية تتعلق بعمل إداري ويتم اسنادها للسلطة العامة للإدارة ينعقد اختصاصها للقضاء الإداري[٣]، و بمعنى آخر حتى تقوم الإدارة بأعمالها المعتادة ولها طريقان الأول منهما هي لجوئها إلى سلطتها العامة بما يسمى (أعمال السلطة) التي يحكمها القانون الإداري وخضوعها للقضاء الإداري أو تقضي أعمالها و تقدم الخدمات للأفراد وهي تتصرف فرداً اعتيادياً وتكون بمرتبتهم، وهذا ما يسمى(أعمال الإدارة العامة) وهنا تكون مُحكمة بقواعد القانون الخاص وخضوعها للقضاء العادي [٤]، وإذا نظرنا إلى صلاحياتها و امتيازاتها فإنها تعلو

---

[١] د. عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الافراد عبر القانون والعقد الإداري، ط١، الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٨٢.

[٢] د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٧.

[٣] د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، دون دار وسنة طبع. ص ٩.

[٤] د. ثروت بدري، القانون الداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩،ص ١٥٠.

في الحالة الأولى دون الحالة الثانية ، ومنها هو حق الإدارة في التنفيذ المباشر والذي يقصد به" احد الامتيازات المقررة للإدارة والتي تستعملها وسيلة لتنفيذ قراراتها جبراً على المخاطبين كلما كان ذلك ضرورياً، لتأمين احترام القانون والنظام أوفي حال عدم وجود وسيلة اخرى" [١] .

وهذا ما ايده جانب من الفقه الفرنسي بوصف السلطة العامة وامتيازها في التنفيذ المباشر يعد حقاً من حقوقها واحد ركائزها الأساسية في مجال إبرام العقود الإدارية، ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه (HAURIOU) يرى أن السلطة العامة هي القوة في ذاتها، التي تنشط الخدمات العامة، ويصعب انكار حقيقة هذا المفهوم عندما نرى جميع موظفي الخدمة المدنية والمسؤولين عن إدارة الخدمة العامة، يعتبرون أوصياء عن جزءٍ من السلطة العامة[٢] .

أما الفقيه (Michel Rossea) فيرى أن العقد الإداري بالأخص وهو عبارة عن تصرف قانوني يضمن للإدارة سلطة غير مألوفة تظهر بوضوح في مجال القانون الإداري، أساسها السلطة العامة للإدارة الذي يحكم تنفيذ العقد الإداري، ومن هذه السلطات هي سلطة الرقابة و سلطة التعديل وسلطة فرض الجزاء، ويرى أن المتعاقد قد تحمل بعض الالتزامات وكل تقصير من جانبه يؤدي إلى معاقبته عليها وهذا الهدف الذي تسعى إليه الإدارة بموجب سلطتها العامة، الذي يكون الغرض منه معاقبة المتعاقد أو تعويضها نتيجة الأضرار التي لحقت بها من جراء فعل أو الامتناع عن فعل وجب القيام به من قبل المتعاقد نفسه [٣]، وهذا ما أيده الفقه المصري فإن الأساس القانوني لسلطة الإدارة بفرض جزاءات على المتعاقد معها يعود إلى فكرة السلطة

---

[١] لقاء صفاء الدين محمود، ضمانات الافراد في مواجهة سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للقرار الإداري(دراسة الإداري(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٠، ص ٤.

[2] Maurice haueiou, la gestion administrative, librairie de la socie'te' du recueil ge'e'ral des lols &des arre'ts, paris, 1899, P 72.

[٣] د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨،ص ٢١.

العامة على اعتبار أن الجزاءات هي اساساً مظهر من مظاهر سلطة عمل الإدارة في العقود الإدارية [١].

ويرى الدكتور محمد كامل ليلة بأن السلطة العامة هو المعيار الأساسي والجوهري لتمييز قواعد القانون الإداري و اختصاص القضاء الإداري، إذ كل امتياز أو قيد تتمتع به الإدارة في حقيقة الأمر مرتبط أساساً فكرة السلطة العامة، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء الحاجة لأي معيار آخر ومنها معيار أو فكرة المرفق العام عند تحديد الأساس القانوني للسلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية [٢].

يترشح مما تقدم أنفاً فأننا لا نجد كل مسوغ قانوني لتشدد الرأي الذي تقدم به الدكتور محمد كامل، خاصة بعبارة (أساس امتياز الإدارة هي السلطة العامة ومما يترتب علية انتفاء الحاجة لمعيار آخر ومنه معيار المرفق العام)، **ففي حقيقة الأمر لا يوجد صحة لهذا القول،** فلو قلنا إن أساس امتياز الإدارة الجزائية هي سلطتها العامة فما هو إلا إنكار لحقيقة أن العقد لا يسمى عقداً ادارياً ما لم يكن مقترن بمرفق عام، وهذا مفهوم قانوني لا يمكن تغاضيه على الاطلاق، ولو اردنا أن نضع المقبولية لهذا الرأي فيكون بطريقة وضعه بنطاق الجزاءات الإدارية العامة التي تطبقها الإدارة بموجب قواعدها التنظيمية دون قواعدها التعاقدية، إذ عندما نكون امام علاقة تعاقدية وعقد إداري لا يمكن التغافل عن أهمية المرفق العام وسنورد الدليل على هذا الرأي في الفرع الثاني من هذا المطلب في فكرة المرفق العام .

أما موقف شراح القانون العراقي فيرى أن الإدارة هي القوامة على توفير الخدمات العامة للجمهور المنتفعين، إذ يجب أن تتمتع بصلاحيات غير متوفرة لدى الأفراد العاديين والهدف منها في تيسير المرافق العامة بانتظام واطرد، وهذا ما يسوغ تمتعها من سلطات تجاه المتعاقدين معها من دون حاجة اللجوء للقضاء، لذا اصبحت فكرة السلطة العامة المسوغ والأساس الذي يتم به

---

[١] اشارت اليه د. سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ١١٣ وما بعدها.

[٢] نقلاً عن د. فارس علي جانكير، مرجع سابق، ص ٤٣- ٤٤.

منح الإدارة هذه السلطات الواسعة التي يجد الفرد نفسه غير قادر على مواجهتها دون اللجوء للقضاء[١].

وبالنسبة الى موقف القضاء الإداري من هذه الفكرة في العراق والدول المقارنة، فقد أيد القضاء الإداري الفرنسي فكرة السلطة العامة أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقود الإدارية ومنه حكمها في قضية((MONOT) بتاريخ ١٩٢٦/١١/٢٧ التي قضي بها مجلس الدولة الفرنسي" أن للإدارة وفي الكثير من الحالات يمكنها أن تستند الى سلطتها العامة لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر الدفع ولها ان تصدرها بإرادتها المنفردة، ويعد ذلك تطبيقا لامتيازاتها المتمثلة بالتنفيذ المباشر"[٢]، وفي مصر اكدت المحكمة الإدارية المصرية هذه الفكرة أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ ٢٥/مايو/١٩٦٣ إذ جاء فيه " أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في ابرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين غير متكافئتين تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذلك حق توقيع جزاءات على المتعاقد وبإرادتها المنفردة[٣]، أما بالنسبة للقضاء العراقي فنجد فكرة السلطة العامة قد حظيت بالقبول في كثير من احكامها، فقد وجد معيار السلطة العامة تطبيقاً في القضاء العراقي وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز في حكمها الصادر١٩٦٦/١١/٢٦ الذي جاء فيه " أن عقود الإدارة هي عقود السلطة العامة التي من اجلها صدرت التشريعات العديدة

---

[١] حكم مشار اليه لدى د. سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص ١١٤.

[٢] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٢٦/١١/٢٧، مشار اليه لدى محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص٢٤.

[٣] حكم المحكمة الإدارية المصرية بتاريخ ٢٥/ مايو١٩٦٣، مشار اليه لدى احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ٣٩.

لحمايتها من قوانين الاستملاك وقانون جباية الديون المستحقة للحكومة والنص على عدم جواز الحجز على الاموال العامة" [١].

وعلى الرغم مما قدمته هذه الفكرة، لم تنجُ من الانتقادات، ويبدو أنها كانت بها حاجة لفكرة أخرى ساندة، بوصف هذه الفكرة تقضي بنوعين من اعمال الإدارة أحدهما يخضع لولاية القضاء الإداري، وآخر يخضع للقضاء الاعتيادي، وصعوبة التفرقة ما بين الاثنين تظهر حاجة وجود معيار للتفرقة بينهما، فضلاً عن ذلك نجد أساساً الإدارة تظهر بمظهرين على وفق أعمالها، احياناً تكون صاحبة سلطة عامة، واحياناً أخرى بوصفها فرداً اعتيادياً، **وهنا نتفق مع الرأي الذي قدمه الدكتور محمد طه حسين،** إذ رفض الانتقاد الثاني لفكرة السلطة العامة، وبرر في ذلك أن تمتع الإدارة بشخصيتين، لا يمكن عدّه عامل لرفض الأساس الذي تسبب به، فاختلاف الحيثية في الاعمال يكفي لصحة تمتعها بشخصيتين احدهما مغايرة للأخرى [٢].

الفرع الثاني

فكرة المرفق العام

لا يكفي وجود الإدارة طرفاً بالعقد لاعتباره عقداً إدارياً، فيشترط فوق ذلك اتصال العقد بمرفق عام، وتكمن أهمية هذا الشرط في أن اتصال العقد بالمرفق الإداري دليل على أن الغاية من وراء العقد هو استهداف للمصلحة العامة، بوصف أن المرافق العامة عامةً موجهة لخدمة الجمهور لتقدم نفعاً عام، وهذا ما يسبب امتلاك الإدارة لسلطات استثنائية تواجه بها المتعاقد بوصفها تسعى من وراء ذلك تحقيق النفع، وهو ما يسوغ خروج الإدارة عن المألوف بموجب العقد الإداري [٣].

---

[١] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٥٥/ح/٩٦٦ في ١٩٦٦/١١/٢٦ المشار اليه لدى احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ٤٠.

[٢] د. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ واحكام القانون الإداري، ط٣، مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، ٢٠١٩، ص ٧٩-٨٠.

[٣] د. محمد سليمان نايف شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين،ج٢، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢٤٨-٢٤٩.

ويعرف المرفق العام بعدة تعاريف منها عرف بأنه " كل نشاط تقوم به هيأة عامة (الدولة أو المحافظة أو البلدية..) بصورة مباشرة أو تتعهد به الى شخص آخر وتحت أشرافها ورقابتها بهدف تحقيق النفع العام بغض النظر عن نوع المرفق أو طريقة أدارته" [١] .

وتعد نظرية المرفق العام من النظريات التي إبتدعها القضاء الإداري المتمثل في مجلس الدولة الفرنسي، إذ يعود تاريخ ظهورها إلى سنة ١٨٧٣ وذلك بصدور حكم مشهور لقضية (بلانكو) التي أثيرت أمام مجلس الدولة الفرنسي، وقرر المجلس اختصاصه للنظر في هذه القضية وحسم التنازع فيها، فقررت محكمة التنازع اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بهذه القضية وليس القضاء العادي استناداً إلى فكرة المرفق العام، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن (دهست عربة تابعة لإدارة التبوغ في مدينة بوردو الفرنسية _ طفلة وتمت إصابتها بالأذى فرفع والد الطفلة شكوى أمام المحاكم المدنية يطالب به بالتعويض، فثارت مسألة تحديد المحكمة المختصة للنظر في هذا النزاع، ورفعت القضية إلى محكمة المنازعات للبت في موضوع الاختصاص، فحكمت الاخيرة بصلاحية القضاء الإداري المتمثل مجلس الدولة الفرنسي) [٢] .

ونظراً لارتباط المرفق العام بتيسير الخدمات اليومية للمواطنين، فتعد القاعدة العامة التي تقضي بسير المرفق العام بانتظام واطراد ركيزة اساسية بحياة المجتمع، وتوصف من المبادئ المفترضة في حياة المرافق العامة، لذا فقدت لاقت هذه النظرية القبول والتأييد نتيجة المتغيرات

---

[١] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمد بدير، مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٢٣٤.

[٢] ولقد ساهم القضاء الإداري الفرنسي في وضع العديد من النظريات التي شكلت الأساس للقانون الإداري ومنها نظرية المرفق العام وبالإضافة الى نظريتي القرار الإداري والعقد الإداري وغيرها من النظريات الأخرى. وللمزيد من التفاصيل بصدد هذا الموضوع ينظر: د.علي عبد الله العرادي، دور الاجتهاد القضائي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر الأول لرؤساء المحاكم الإدارية، بيروت_ لبنان، ٢١/يونيو ٢٠١١، ص ٤ وما بعدها، وينظر كذلك د. محمد طه الحسيني، مرجع سابق، ص ٧٨.

الحاصلة على المرفق الإدارية، فكان من الطبيعي أن تمتلك السلطات العامة مجموع امتيازات تواجه بها التعديلات لتغير أنظمة المرافق العامة بما تستدعيه الحاجة [١] .

ومن الجانب الفقهي فقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة لفرض الجزاء المالي مع المتعاقد معها، ففي فرنسا يرى الفقيه (JEZE) أن ضمان سير المرفق بانتظام واطراد يتطلب دقة كبيرة في العمل، لذا يجب أن تقترن التزامات المتعاقد مع الإدارة بموجب العقد الإداري باجراءات صارمة تضمن استمرارية أداء المرفق لخدماته في حالة كل من الاخلال أو التأخير والنكول عن تنفيذ العمل، وبما أن الجزاءات المقترنة في عقود القانون الخاص لا تناسب العقد الإداري لاختلاف المصالح المطلوب تحقيقها وحمايته في آن واحد، فضلاً عما ما يمتلكه القاضي الإداري من سلطات وصلاحيات تجاه العقد الإداري، تطلب ضرورة أن تكون هنالك جزاءات خاصة للإدارة ومقترنة للعقد الإداري ضمانة لحسن أداء اعمال المرفق العام وسيره بانتظام واطراد وتستطيع الإدارة أتخاذها على الفور بموجب سلطاتها دون الحاجة للجوء للقضاء [٢] .

أما من ناحية الفقه المصري يذهب جانب كبير من فقهاء مصر أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية مردها إلى فكرة المرفق العام لتأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد، الذي يعد في الأساس مسؤولية الإدارة حتى وإن عهدت بها إلى غيرها فهو لا يخرج من كونه معاوناً لها فقط بطريقة غير مباشرة للإدارة في ذلك المرفق، ومن سبل إدارة المرفق بطريقة صحيحة عندما يكون بيد المتعاقد هي منح الإدارة سلطة إيقاع جزاءات إدارية حماية للمرافق الإدارية و سيرها بانتظام واطراد [٣].

---

[١] د. محمد سليمان نايف شبر، نشاط الإدارة العامة في دولة فلسطين، ط١، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ١٧١، ويراجع كذلك د. أحمد عبد القادر الجمل، القانون الإداري المصري المقـــارن، ط١،ج١، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣.

[٢] د. سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

[٣] د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقـــود الإداريـــة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢١٥.

ويذهب البعض منهم الذي يعد من أشد المؤيدين لفكرة المرفق العام، أن المرفق العام هو المعيار المميز لنشاط الإدارة، ويقول إذا كانت فكرة السلطة العامة ترجح الوسيلة على الغاية فهو يرى العكس من ذلك، إذ فكرة السلطة العامة تقف عند حد الوسيلة دون النظر إلى الغاية بأساس حق الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية مع المتعاقد معها التي تأخذها بنظر الاعتبار فكرة المرفق العام، وإن سلطات الدولة بكل الحالات لا تقف عند حد الوسيلة وإنما تتناول الغاية منها وهي تحقيق خير الجماعة من ذلك التعاقد ومن تلك الوسائل هي سلطتها في فرض الجزاءات[١]، **وهنا نجد قوة السند القانوني للرأي الذي تقدم به ، ونتفق كثيراً مع هذا المنطلق،** إذ عد كلاً من الفكرتين ركنين مكملين لصحة السلطة الجزائية، ففي الوقت نفسه لم يرفض فكرة السلطة العامة واعطاها مفهوم الوسيلة للسلطة الجزائية، لكنه رشح الغاية التي تتضمنها فكرة المرفق العامة على الوسيلة، بوصف أن كل سلطة لا تقف عند حد الوسيلة بقدر ما تتوخى الغاية من ورائها، وهنا قدم لنا حداً فاصلاً بين الفكرتين مع الارتباط الواضح والمكمل لكليهما، والذي نعده إضافة على الرأي الذي تقدم به سابقاً الدكتور محمد كامل ليلة في فكرة السلطة العامة.

أما في مجال الفقه الإداري العراقي فيذهب كذلك الى جَعل فكرة المرفق العام هي الأساس والمسوغ لسلطة الإدارة في فرض الجزاء للمتعاقد معها، إذ يرى أن السلطات والامتيازات التي تتمتع بها للإدارة لا تعد مسوغاً لوجودها إلا عندما تتصل بالمرافق الإدارية وما يستلزم ذلك المرفق من متطلبات تيسيره، لذلك فتلك السلطات مقررة بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية والتي تختلف قلباً وقالباً عن العقود المدنية التي تحكمها قواعد القانون الخاص [٢]، ونجد بذلك تأييداً قضائياً لمحكمة التمييز العراقية، تستند به إلى فكرة المرفق العام بوصفه أساساً قانونياً للسلطة الإدارية بفرض الجزاءات للمتعاقد معها ومنها حكمها الصادر في١٩٦٥/٤/١١

---

[١] د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دون دار نشر، ١٩٨٦، ص ٣١٨ وما بعدها.

[٢] د. محمد عبد الله حمود الدليمي وفاروق احمد خماس، مرجع سابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

الذي جاء فيه " ...إن العقود الإدارية قائمة على أساس المرفق العام ويتحقق فيها الضرر لمجرد التأخير في تنفيذها لحرمان المواطنين من الفائدة المتوخاة ولا لزوم لإثبات الضرر"[١] .

يتضح مما تقدم أن كلا الفكرتين تعدان وجهان لعملة واحدة من الأساس القانوني لسلطة الإدارة من فرض الجزاء، فلو سلمنا بقول أن الإدارة تستند الى فكرة سلطتها بفرض الجزاء، نجد أن تلك السلطة لا تنفذ ولا نكون امام عقد إداري، مالم يكن مقترن بمرفق عام الذي لابد من ركنه الى جانب السلطة لتكتمل لنا واجهة الجزاءات التعاقدية، خاصة وأن الجزاءات المتعلقة بالأخير تفرض متى ما كان هنالك إدارة تتولى إدارة مرفق عام عن طريق متعاقد، أما إذا سلمنا بقول إن المرفق العام هو أساس الإدارة بفرض الجزاء، أيضا يبقى لنا جانب ناقص هو ضرورة توافر سلطات للإدارة لتولى شؤون ذلك المرفق خاصة عندما يكون طرف بينهما وهو المتعاقد، نتوصل بذلك أن السلطة تقترن بالمرفق ولا يمكن أن تنفصل عنه، والمرفق يقترن بضرورة وجود سلطات ولا يمكن الاكتمال من دونه، فنحن هنا امام ترابط ما بين الاثنين وبناءً على ذلك لا يمكن تفضيل أحداهما عن الاخر أو فصل واحدة عن الأخرى .

---

[١] قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ١١٣٠/حقوقية/٩٦٤ في تاريخ ١٩٦٥/٤/١٦، منشور في مجلة محكمة التمييز التي يصدرها المكتب الفني في المحكمة، مجلد ٣، ١٩٦٩، ص ٧٣، ومشار اليه ايضاً لدى محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص ٣٥.

المبحث الثاني

ضمانات الجزاء المالي المقترنة بالقاعدة القانونية الإدارية

يعد الجزاء المالي أحد الآليات التي تلجأ اليها الإدارة لتحقيق أهدافها في العقد الإداري، ونظراً لانطواء الجزاءات المالية بالحقوق المالية للمتعاقد سواء بالانتقاص أو الحرمان، لذا وبطبيعة الحال يترتب أن تحاط هذه الجزاءات بمجموعة من الضمانات سواء قبل تنفيذ قرار الجزاء والتي تتمثل بمجموعة من الضوابط الإجرائية أو الشكلية التي تخص طرفي العقد أو الضوابط الموضوعية التي تترتب آثارها بعد صدور قرار الجزاء، فتعد هذا الضمانات مجموعة من الضوابط يلتزم بها كل من طرفي العقد، وتشكل هذه الضوابط ضمانة للإدارة من الطعن بالإلغاء أمام القضاء عندما يقضي بعدم صحتها الشكلية أو الموضوعية وضمانة للمتعاقد من سطوة الإدارة وتحكمها في قراراتها من جهة أخرى.

لذا سنتناول في هذا المبحث ضمانات الجزاء المالي، بعد تقسيمها على مطلبين، فأما المطلب الأول سنتطرق فيه على الضمانات الإجرائية، وأما المطلب الثاني فسنتطرق فيه اعلى الضمانات الموضوعية بحسب الآتي:

المطلب الأول

الضمانات الإجرائية

الضمانات الإجرائية لتوقيع الجزاء المالي في حد ذاتها تعد ضمانة مؤكدة للمخاطب بها، بما تتمثل من التبليغ والتسبيب وحق الدفاع وامكانية الطعن القضائي بهذا الجزاء، وعند النظر إليها نجد لها جانبين الأول يعد ضماناً للإدارة والجانب الآخر يعد ضماناً للمتعاقد معها، وبدورنا سنقسم هذا المطلب على الضمانات الخاصة بالإدارة والضمانات الخاصة بالمتعاقد وذلك من الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

الضمانات الخاصة بالإدارة

من الضمانات الإجرائية الخاصة بالإدارة التي عليها مراعاتها تجنباً للطعن بقرار الجزاء المالي، هي تبليغ المتعاقد وتسبيب القرار الإداري الخاص بفرض الجزاء المالي لذا سنتناول ذلك على النحو الآتي:

أولاً: التبليغ بالجزاء المالي : يقصد بالتبليغ من حيث القواعد العامة بأنه " إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزامه إثباتاً قانونياً" [١] .

ولا يخرج التبليغ من كونه عملاً أجرائياً يكتسي أهمية خاصة بوصفه الطريق الممهد لانعقاد الخصومة ما بين الطرفين، وبدونه يصبح العمل الاجرائي منعدماً، ولا يمكن القبول قانوناً بأن يتم فرض جزاء مالي ضد المتعاقد مثلاً ويتم السير به دون تبليغه رسمياً، ففي هذه الحالة لا يتمكن المتعاقد من الدفاع عن نفسه[٢]، وبهذا يكون أعلام المتعاقد ضمانة في الوقت نفسه للإدارة من صحة إجراءات القرار الإداري الخاص بالجزاء، واعطائه أمكانية الدفاع عن نفسه تمهيداً لمحاكمة عادلة [٣]، والغاية من التبليغ هي عدم مفاجأة المتعاقد مع الإدارة بتوقيع جزاء مالي ضده ودون علمه، مما قد يسبب ذلك من أضرار أو خسائر فادحة له دون أن يكون له فرصة أو إمكانية لتصحيح ذلك الخطأ أو الخلل الذي ارتكبه، ولقد أكد ذلك فقهاء فرنسا بضرورة اعتراف أن تقوم الإدارة بأعذار المدين قبل إيقاع الجزاء عليه واتبعهم في ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسي [٤] .

---

[١] د. عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة)،ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٩٣.

[٢] د. شامي يسين، الإطار القانوني لفكرة التبليغ الرسمي، بحث منشور في مجلة المعيار في الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد التاسع، العدد، ٤، ٢٠١٨، ص ٣١.

[3] Elie Yamdjie. Le consentementdansl'arbitragedeslitigessportifs, Thèse de doctorat présentée à Université NiceSophia Antipolis, paris, 2013, p 254.

[٤] د. عبد المجيد محمد فياض، مرجع سابق، ص ٩٣.

وبناءً على ذلك ولصحة أثر هذا الإجراء يتطلب شروطاً خاصة بالتبليغ، فالشرط الأول منها هو صدور التبليغ من الجهة الإدارية المختصة تخطر فيه المتعاقد المخالف بمخالفته العقدية، وفي ضوء ما تقدم يتضح أنه لا يمكن أن تقوم بهذا الاجراء جهات أخرى إلا في حالة التفويض القانوني[١]، ويعد هذا الشرط من النظام العام الذي يقصد به أنه لا يمكن الخروج عنه وكل اتفاق يقوم على خلافه باطل بطلاناً مطلقاً، ويمكن للجهة القضائية أن تدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها حتى لو يدفع به أحد الخصوم [٢]، أما الشرط الثاني فهو وضوح التبليغ ودقته الذي يقصد به وضوح أو بيان حقيقة المخالفة التي ارتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها أن أمكن، وبالتالي نستنتج أن الجزاء المالي يكون غير مشروع متى ما صدر لسبب غير السبب الذي ذكر في ورقة البلاغ، وبهذا يشترط أن يكون الجزاء المالي مستنداً إلى أسباب محددة أو معينة مبينة في ورقة التبليغ لتلافيها في مدة الاعذار [٣]، والشرط الثالث هو تحديد مدة التبليغ، والذ يقصد به ضرورة أن يتضمن محضر البلاغ نطاقاً زمنياً بين الأعذار و إيقاع الجزاء المالي، شرط أن تكون هذه المدة مقبولة حتى يستطيع المتعاقد فيها أن يتلافى الاخطاء التي يمكن أن تحمله فرض جزاء مالي ضده، ، ففي فرنسا فلا يحدد القانون مدة معينة للتبليغ، ويكون للملتزمين الحق في تحديد المدة، الذي يكون غالباً تحت الاطار الزمني المتوقع فيه للمتعاقد أداء العقد، ولا يشترط في التبليغ أن يكون مكتوباً، يكفي أن يكون التزام المتعاقد مستحقاً، وأن يظهر التبليغ بوضوح نية الدائن عدم قبوله في ذلك التأخير أو عدم الوفاء [٤]، ولقد ورد الإشارة لهذا الشرط في قانون المناقصات المصري الملغي بمدة (١٥) يوم أما في العراق

---

[١] هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٧٩، ص ٢٧٦.

[٢] د. شامي يسين، مرجع سابق، ص ٣٤.

[٣] د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الدليمي، مرجع سابق، ٤٦١.

[4] Wondwossen wakene, the law of administrative gontarcts, prepared under the sponsorship of the justice and legal system research institute, 2009, P 41.

فقد حددت المدة بواقع(١٤) يوم من تاريخ التبليغ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسية المدنية[١]

وبالعودة الى الجزاءات المالية نجدها تشترط التبليغ قبل إيقاع الجزاء ما عدا جزاء فرض الغرامة التأخيرية، إذ نصت المادة(٢٣) من قانون المناقصات والمزادات المصري على أن(توقع الغرامة بمجرد حصول تأخير دون الحاجة إلى تنبيه أو انذار أو أتخاذ أي أجراء آخر..) [٢]، وكذلك أتفق المشرع العراقي مع نظيره المصري بشأن التبليغ من الغرامة التأخيرية، إذ تتمتع الإدارة بسلطة فرض الغرامات التأخيرية دون الحاجة إلى إعذار المتعاقد إلا إذا ورد نص خاص في العقد يلزم الإدارة في ذلك، فيكون هذا النص هنا واجباً على الإدارة تنفيذه، لأن القاعدة المسلم بها هي (الخاص يقيد العام) وهذا ما أشارت إليه المادة (٨) من تعليمات تنفيذ ومتابعة خطط التنمية القومية العراقية ١٩٨٨ [٣].

وعند مطالعة تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة لعام ٢٠١٤، فلم نجد نصاً يشير الى شرط التبليغ أو الإعفاء منها، لكننا نستنتج من القراءة بعدم لزوم الأعذار ويتحقق الجزاء بمجرد حصول التأخير عن المدد المتفق عليها لتنفيذ الالتزام [٤]، أما حالة الإعفاء من التبليغ في فرض

---

[١] المادة(١/٦٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقي لسنة ١٩٨٨.

[٢] المادة(٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٣] المادة(٨) من تنفيذ تعليمات ومتابعة مشاريع واعمال خطة التنمية القومية العراقية لعام ١٩٨٨/الملغاة، ويراجع كذلك ضرغام مكي نوري، مدى سلطة قاضي الإلغاء في تعديل القرار الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٩٩٧، ص ٢١.

[٤] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٧١/الهيئة الموسعة المدنية الثانية /٢٠١٢/تسلسل ٢٠٥ بتاريخ ٢٠١١/٨/١٦ حيث قام المدعى عليه/رئيس جمعية الهلال الأحمر باستثمار قطعة ارض قرب الأرصفة في ميناء ام القصر العادة لموكله وهو ملزم بعدم تشييد مخازن عليها وفقاً لبنود العقد بينه وبين المدعي المدير= =العام للشركة العامة لموانئ العراق بموجب العقد ولمدة (٣٠) ولعدم تنفيذ التزامه كما متفق عليه طلب فسخ العقد مع التعويض، أصدرت محكمة التمييز بالتاريخ المذكور حكمها وجاء بنص القرار(..عند مخالفة الطرف الثاني أي شرط من شروط العقد فأن للطرف الأول وبدون حاجة الى توجيه انذار رسمي أو صدور قرار قضائي الخيار بين فرض غرامة يومية مقدارها خمسة وعشرون الف دينار أو وضع اليد على المأجور وتنفيذ العمل على نفقة الطرف الأخرى أو اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه...)، (غير منشور).

الجزاء المالي فيكون في حالة إذا نص العقد أو دفاتر الشروط على ذلك الاعفاء، وقد تطرق مجلس الدولة الفرنسي الى حالة أخرى من الإعفاء وهي إذا استدعت ظروف الدعوى من عدم جدوى الإعفاء وهذا ما أشار اليه في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري وفق المادة (٨٣) في حالة ثبوت المتعاقد تقصيره فلا يكون جدوى من التبليغ [١]، أما في العراق وكما تطرقنا اليه بالفصل الأول من هذه الرسالة فلم ينص على كل حالة من حالات الإعفاء.

ومما تقدم، فإننا لا نتفق مع كل استثناء يمنح لصالح الإدارة ويعفيها من التبليغ حتى في الغرامة التأخيرية، فليس هنالك أي مبرر للإدارة من عدم تبليغ المتعاقد حتى لو كانت الظروف دالة من جانب المتعاقد، والغرض من ذلك نحن نراعي المتعاقد من عدم مواجهته بجزاءات لا يعلم بحيثياتها، ولربما كان للمتعاقد ظروف لو علمت بها الإدارة استطاعت التغاضي أو التسامح بمهلة إضافية خاصة في الحالات التي نكون امام سلطة الإدارة بالإعفاء أو منح مدة إضافية لتنفيذ الالتزام.

والسؤال الذي يُثار بهذا الصدد: هل تتطلب شكلية معينة في ورقة تبليغ المتعاقد بفرض الجزاء المالي؟

للإجابة عن ذلك نقول: على وفق وجهة نظر الباحثة، إن شكلية التبليغ تخضع للقواعد العامة الخاصة والمتعارف عليها، ولربما تندرج بعض الاختلافات نظراً لاختلاف طبيعة موضوع ورقة التبليغ في الجزاء المالي، لكن لا يمكن للطاعن التمسك بعدم صحة الشكلية مسوغاً للطعن بها، ما دامنا امام جهة إدارية واحدة، ومتعاقد مخالف واحد، وبطبيعة الحال فإن ذلك يختلف عن التبليغ القضائي الذي يمكن التمسك به مسوغاً للطعن [٢].

ثانياً: تسبيب قرار الجزاء المالي : يعرف التسبيب بأنه "التزام قانوني تعلن الإدارة بمقتضاه عن الأسباب القانونية أو الواقعية التي حملته على اصدار القرار الإداري وشكلت الأساس القانوني

---

[١] المادة(٨٣) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٢] للاطلاع اكثر عن هذا الموضوع يراجع: إبراهيم تركي مياح. التبليغ القضائي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد٧، ٢٠٢٠، ص ٩٥٥.

الذي بُنيي عليه[١]، وعرفه الفقه بأنه " حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن ارادته تتم فتوحي اليه بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يتخذ قرار ما " [٢] .

ومن شروط التسبيب لقرار فرض الجزاء المالي يشترط به أن يكون مسوغاً لحمل القرار، و بمعنى آخر أن يكون هذا التسبيب منتجاً للآثار التي تبدأ آثاره أو نتيجة اتخاذه عندما ينتهي به القرار، كذلك يجب أن يكون التسبيب معاصر لصدوره ومفصلاً بالدرجة التي تتفق مع هذا القرار، كما يجب أن يكون محدد بصورة واضحة بعيداً كل البعد عن العمومية والاسترسال والغموض [٣].

وعند العودة إلى مدى وجوبية الالتزام بالتسبب، فكان المبدأ السائد في فرنسا هو أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها ما لم يلزمها نص أو قانون بهذا الإجراء، وبعد ذلك اصبح التسبيب وجوبي في فرنسا هو الأصل والاستثناء هو عدم التسبيب وتأكد ذلك بموجب القانون الأوربي المتعلق بالسلوك الحسن للإدارة لعام ١٩٩٩[٤]، أما في مجال التشريع المصري فقد الزمت الإدارة بتسبيب قراراتها منها ما جاء في قانون تنظيم التعاقدات رقم (١٨٠) لسنة ٢٠١٨، إذ نصت المادة (٥١) منه على أن يكون جزء الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة، وكذلك قانون نظام العاملين المدنيين في الدولة رقم(٤٧) لسنة ١٩٧٨ على وفق المادة (٧٩) منه التي بينت عدم جواز توقيع الجزاء على العامل إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع دفاعه، وأن يكون القرار صادراً بفرض الجزاء مسبباً، وغيرها من القوانين الأخرى المتفرقة ولقد ساير المشرع العراقي نظيره المصري بعدم إلزام الإدارة بتسبيب قراراتها الإدارية إلا وفق نصوص متفرقة، منها المادة (٣٦) من قانون الخدمة المدنية رقم

---

[١] د. إسماعيل جابوربي، تسبيب القرارات الإدارية بين الجواز والوجوب(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة افاق علمية، جامعة قاصدي مرباح _ورقلة، المجلد ١١، العدد٤، ٢٠١٩، ١٥٨.

[٢] د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، ط٢، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٤٠.

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٨.

[٤] نقلاً من د. احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ٣٨٧.

(٢٤) لسنة ١٩٦٠بخصوص نقل الموظف، والذي يشترط أن يكون تحقيقاً لمصلحة عامة على وفق أسباب معينة و مذكورة، وكذلك قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(١٤) لسنة ١٩٩١ في المادة (٨/ اولاً) بشأن ورود شرط تسبيب في قرار عقوبة لفت النظر، **فنستنتج من ذلك أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارات الجزاء التي توقعها مع المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية على وفق ما تم الإشارة إليه في العراق والقوانين المقارنة.**

وفي ضوء ما تقدم فإننا لا نتفق مع ما ذكر أنفاً، فعدم تسبيب القرارات الإدارية يجب أن لا يشملها قرار فرض الجزاءات مع المتعاقد، و كل جزاء يكون غير مسبب يكون جديراً بالإلغاء، والسبب في ذلك أن معنى الجزاء لوحده فيه معنى من الشدة والصرامة، والجزاء المالي الذي يتم فر ضه على متعاقد بدون وجه حق فيه جانب من اللاإنسانية والاجحاف بحقه وحق افراد اسرته، لذا من الضروري نرى أن يكون كل قرار إداري يقضي بجزاء معين، أن تحيط الإدارة علم للمتعاقد بأوجه مخالفته وتبينه لها(تسببه)، وبعد ذلك يتم فرض الجزاء فهذا الامر يجعل من المتعاقد على بينة من فعله ومن الجزاء هذا من جانب، ويجنب الإدارة من الطعن في مشروعية قراراتها من جانب آخر.

الفرع الثاني

الضمانات الخاصة بالمتعاقد

نقصد بالضمانات الخاصة بالمتعاقد هي تلك الضوابط التي تمس شخصه وتقترن بذاته، ومن الضوابط الإجرائية التي تقترن بالمتعاقد هي المواجهة وحق الدفاع وحق الطعن في قرار الجزاء المالي، وسنتولى توضيح كليهما من خلال النقطتين الآتيتين :

أولاً: المواجهة وحق الدفاع : من باب أولى في العقود التي تحوي طابع التمييز بين طرفي العقد، أن توفر حماية كافية للمتعاقدين بشكل أكبر، خاصة أننا شهدنا إضفاء الطابع الفردي الحاد في العقود الماضية، لذا لا يمكن انتهاك حقوق المتعاقد إلا لأسباب موضوعية، وتكون ذات صلة

بموضوع العقد، وخلاف ذلك يكون قرار الإدارة معرضاً للطعن ومن حق الطاعن تكفل نفسه بالدفاع عما رمي به [١] .

ويعد مبدأ المواجهة من الإجراءات الشكلية الإدارية ومن المبادئ الأساسية، كونه يضمن احترام مبدأ المساواة ويحققها، إذ يُمكن المخالف من مناقشة قرار الجزاء المالي الموجه ضده، وينبغي أن يسبق ذلك تبليغه بأحد طرق التبليغ التي تم الإشارة اليها سابقاً، ليكون على علم من الجزاء الموجه ضده لتبدأ لنا مرحلة المواجهة والدفاع [٢] .

ويعرف حق الدفاع بأنه " تمكين المتهم من أن يعرض على السلطة الجزائية ما يراه في الوقائع المنسوبة اليه، ويستوي في هذا الصدد أن يكون منكراً للمخالفة المنسوبة اليه أو معترفاً بها فهو وأن تحفظ من وراء ذلك انكاراً للوصول الى تأكيد براءته، فقد يكون اعترافه مبرراً لما أحاط به من ظروف وملابسات وقد يكون من بينها ما يدل على أنه كان في حالة أداء واجب أومن بين الظروف المعفية من الجزاء أو مخففة له " [٣] .

ويعد مبدأ المواجهة وحق الدفاع من المبادئ الأساسية التي كفلتها الدساتير كافة، وهذا ما أكده الدستور المصري لعام ٢٠١٤ الذي جاء فيه ".حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول واستقلال المحاماة وحماية حقوقها ضمان لكفالة حق الدفاع...." [٤]، وكذلك ما ورد في الدستور العراقي النافذ إذ جاء فيه "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن" إذ كفل عدم وجود أي مانع من حق الدفاع واعتبره حقا مقدساً [٥] .

ونجد بهذا الصدد تأييد للقضاء الفرنسي في كثير من احكامه، إذ اقر المجلس الدستوري الفرنسي أهمية وكفالة هذا المبدأ عند توقيع أي جزاء ضد المخالف، إذ جاء في أحد احكامه " من

---

[1] Jacques barthe'lemy, et gilbert cette, e'conomique par christen carl, paris, 2010, p42.

[٢] سوريه ديش، مرجع سابق، ص ١٠١.

[٣] عامر محسن خلف العبيدي، حق الدفاع في نطاق التأديب الإداري(دراسة مقارنة وتطبيقية)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ال بيت، الأردن، ٢٠١٥، ١٢.

[٤] المادة(٩٨) من الدستور المصري ٢٠١٤ النافذ.

[٥] المادة(١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

المبادئ المعترف بها في قوانين الجمهورية أنه لا يمكن اتخاذ عقوبة إلا في ظل احترام مبدأ الشرعية ومبدأ ضرورة العقوبة ومبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الاسوء للمتهم ومبدأ كفالة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، وهذه المبادئ لا تتعلق بالعقوبات التي يختص القضاء الجنائي توقيعها فحسب، إنما تمتد لتشمل كل جزاء له طبيعة رجعية حتى لو يستند المشرع لاتخاذ هذا الجزاء إلى سلطة غير قضائية "[١] .

وحق الدفاع له مقتضيات في نطاق الجزاء المالي، فهو لا يترتب دفاع المخالف مباشرةً، إنما هنالك ضوابط وأصول خاصة به، منها هي إعلام صاحب الشأن في الواقعة المنسوبة إليه، وسبق أن بينا ذلك في ضمانات التبليغ بقرار الجزاء ولامجال لذكرها منعاً للتكرار، وبعد ذلك يتم التحقيق مع المخالف نفسه وبمعنى مثوله أمام جهات تحقيقية إدارية سواء كانت هذه الجهات شخص أو لجنة أو هيأة معينة تتحقق بها مقومات التحقيق القانوني، وتعرض على هذه الجهات الواقعة المنسوبة للمتعاقد، وبيان تفاصيلها وطبيعتها وكل من زمان ومكان حدوثها[٢]، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر على " أن كل قرار إداري يصدر مستنداً إلى غير تحقيق أو استجواب سابق أو يصدر مستند إلى تحقيق ناقص أو غير مستكمل الاركان يكون قرار أو حكم من غير مشروع "[٣]، وأيضاً في قرار لها قضت به أن قرار الجزاء يكون باطلاً إذا صدره بناءً على تحقيق لم يتناول البحث وتحقيق مدى صحة الاتهامات التي وجهها الطاعن، ومن غير رد لهذه الاتهامات أومن الأوراق والمستندات المتعلقة بها ولم يعلن مناقشة دفاع

---

[١] نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص١٢٤. ويراجع ايضاً بهذا الصدد

Panagiota Perraki. La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Thèse de doctorat présentée à Université de Strasbourg, 2013.

[٢] د. ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية (دراسة مقارنة)، ط١،المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٧٤.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ١٣٦، تاريخ١٩٨٩/٦/١٧، لسنة ٣٤ القضائية ،ج٢، ص ١١٤٧، ومشار اليه لدى محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما بعدها.

الطاعن والتحقيق عما نسب إليه، ويكتفي بإثبات أقوال المدعى ضده ومن ثم يكون قد فقد هذا التحقيق أهم أركان الجوهرية التي تفرضه طبيعته...) [١] .

ومما تقدم فإننا نتفق مع ضرورة توافر هذه الضمانة، لأنه يعد من اسمى المبادئ الدستورية هي حق الشخص في الدفاع عن نفسه وحمايته وحماية حقوقه وحرياته، ويكون باطلاً كل تصرف يقضى بجزاء متى ما اتخذ دون وجه حق.

ثانياً: حق الطعن بالجزاء المالي : للمتعاقد طريقان للطعن في قرار الجزاء المالي وهما أما طريق التظلم الولائي الذي يقدم الى نفس الجهة الإدارية المصدرة لقرار الجزاء المالي، أو الطعن امام الجهات القضائية وهذا الأخير سيتم تناوله بالتفصيل في الفصل الثالث من هذه الرسالة، لذا سيقتصر حديثنا عن الطعن الولائي فقط.

ويعد التظلم الولائي الوسيلة الإدارية للتظلم من القرار الإداري يتقدم به المتعاقد الى الجهة الإدارية المختصة طالباً منها الغاء القرار[٢]، ويتخذ التظلم الولائي صفة الرقابة الإدارية بصورة غير مباشرة، التي تتم عن طريق طعن المتعاقد بقرار الجزاء المالي لجهة الإدارة نفسها التي تُمكن الإدارة من مراجعة قراراتها والبحث في مشروعيتها بعيداً عن إحراج الجهة القضائية لها.

وقد عرف الفقه التظلم الولائي بأنه "صدور قرار أداري معيب أو غير ملائم فيتقدم أحد الافراد ممن يمسهم الضرر فيه الى الجهة التي صدرت القرار أو الى الجهة الرئاسية طالباً منه سحبه أو تعديله" [٣] .

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ٢١٨٠، ٢٩اكتوبر١٩٨٨، لسنة ٣٣ القضائية، مجموعة السنة الرابعة والثلاثين، ج١،ص ٥٤، ومشار اليه لدى محمد باهى أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٨٠.

[٢] د. عبد الوهاب البنداري، طرق الطعن في العقوبات التأديبية إدارياً وقضائياً، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٨.

[٣] محمد خليفة الخبيلي، التظلم الإداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٠٩، ص ٢٣.

ولقد كان للقضاء دور مهم في تعريف التظلم الولائي إذ عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنه " كل ما يفيد تمسك المتظلم بحقه ومطالباته باقتضائه"، وعرفته على أنه " التظلم في الأصل هو استخلاص ذوي الشأن لحقوقهم، ورفع الظلم عنه، وجهة الإدارة هي الخصم الشريف الذي عليها أن تعيد الحق لأصحابه دون أن تكبدهم مشقة القضاء واجراءاته، ويؤكد ذلك أن المشرع حرصاً منه على تخفيف الأعباء على المتعاقد وتجنبه صعوبات التقاضي، أشترط لقبول دعوى الإلغاء في بعض الأحوال أن يسبقها تظلم صاحب المصلحة لدى جهة إدارية ليحقق طلباته دون طرح النزاع على القضاء" [١]، وعند العودة الى موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة، نجدها في حال المصادقة على العقد وحصول نزاع بين الجهة المتعاقدة والمتعاقد تشكل لجنة، ليتم حل النزاع ودياً بعد فتح محضر بهذا النزاع، وفي حال عدم التوصل الى حل يتم اللجوء الى التحكيم أو عرض النزاع على المحكمة المختصة [٢] .

ومما تتقدم يتضح لنا، أن هذه اللجان الخاصة لتسوية المنازعات هي انعكاس لصورة التظلم الولائي، لأن طريقة فتح المحضر لدى اللجان الودية يتطلب من المتعاقد أن يتقدم بشكواه تجاه الإدارة وأدلته في ذلك، والتظلم الولائي يكون بصورة دعوى من قرار الإدارة بفرض الجزاء وبيان الأوجه المخالفة القرار لمبدأ المشروعية، **والباحثة تتفق مع الاتجاه،** فمن ناحية يجنب الإدارة الوقوع في كفة الاحراج امام القضاء لطعن بقراراتها، ويفعل دور المراقبة الإدارية لذاتها.

المطلب الثاني

الضمانات الموضوعية

إلى جانب الضمانات الإجرائية يوجد هناك ضمانات موضوعية تحكم أو تقييد سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي مع المتعاقد معها، وتعد أحدى وسائل ضمانات المتعاقد، إذ تجنبه

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٣٩ لسنة ٨ القضائية، جلسة ١٩٦٥/٦/٢٧، الموسوعة الحديثة،ج١٥،ص٣٨ وما بعدها، والحكم الاخر رقم الطعن ٦٨٠ لسنة ٣١ القضائية، جلسة ٧ ديسمبر ١٩٨٦، مجموعة المبادئ، ص ١٨، ومشار لكلاهما لدى محمد خليفة الخبيلي، مرجع سابق، ص ٢٣_٢٤.

[٢] المادة(٨/اولاً/ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة.

انحراف الإدارة في استعمال سلطتها عند إيقاع الجزاء المالي أو سطوتها فيه، وتتضمن هذه الضمانات جانبين أحدهما خاص بالإدارة والمتمثل بشرعية الجزاء المالي ومبدأ عدم الرجعية، وآخرهما متعلق بالمتعاقد والذي يتمثل في شخصية الجزاء والتناسب بين الجزاء والمخالفة المرتكبة من المتعاقد وسنتناول كليهما عبر الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الضمانات الخاصة بالإدارة

تتمثل تلك الضمانات بشرعية الجزاء المالي وعدم رجعيته، التي ينبغي على الإدارة مراعاتها لتجنب الطعن في قرار فرض الجزاء، وسنتناول كليهما بشيء من التفصيل وذلك على النحو الآتي:

أولاً: شرعية الجزاء المالي : يعد مبدأ الشرعية من أسمى المبادئ التي صاغتها قوانين العقوبات و الشريعة الإسلامية، لتأتي بدلالة لا عقوبة ولا جريمة إلا بدليل شرعي يجرم الفعل ويعاقب عليه[١]، فالتجريم على وفق هذا المبدأ مقتصر على الدليل الشرعي، الذي يبين الفعل الجرمي ويرتب له عقاب، ولا يمكن للإدارة تجريم كل متعاقد وانزال عقوبة خاصة به بمعزل عن النصوص والأصول المعتبرة، وتجاهل ذلك المبدأ يعرض قرارتها للنقض [٢].

وبهذا يكون مبدأ الشرعية من المبادئ الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وهذا ما حرصت عليه اغلب المواثيق الدولية والدساتير الوطنية في النص عليه صراحةً [٣].

وتكمن أهمية شرعية الجزاء المالي عندما يكون الجزاء الموقع ضد المتعاقد مشروعاً من الناحية الشكلية، لكنه غير مشروع وليس هنالك ما يسوغه من الناحية الموضوعية والتي تفترض

---

[١] د. مسلم يوسف، مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيزية، دون مكان وسنة طبع، ص ٦

[٢] د. مسلم يوسف، نفس المرجع، ص ٦.

[٣] المادة (٥) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي عام١٧٨٩ ونصت على" أن القانون ليس له الحق أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع وكل ما يجرمه القانون" ويراجع نص المادة(١٩/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، وكذلك المادة(٦١) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ.

وقوع مخالفة أو أخطاء جسيمة من المتعاقد، من شأنها أن تؤثر على حسن سير المرفق العام و تبادر الإدارة بإيقاع الجزاء وفق ما منصوص لديها وإلا تعرضت لرقابة القضاء [١].

والشرعية التي نقصد بها هنا هي الشرعية الشكلية والشرعية الموضوعية، وتتمثل الشرعية الشكلية هي بوجود نص منظم في كل قانون من القوانين التعاقدية أو تعليمات أخرى، أما الشرعية الموضوعية فهي تحديد أركان المخالفة تحديداً واضحاً بعيداً عن اللبس والغموض، التي تتكون لنا من عنصر التجريم وعنصر التنظيم، ويتحقق لنا عنصر التجريم بحالة القيام بفعل أو امتناع عن فعل يجرمه القانون، وعنصر التنظيم بحالة وجود نص قانوني يجرم هذا الفعل أو الامتناع عن هذا الفعل بموجب جزاء أداري مبين ومحدد [٢]، وبهذا يُكون لنا مبدأ الشرعية جانبين من الالتزام وهو جانب المشرع بوصفه الأصل وجانب الإدارة بوصفها تنفذ ما وضعه المشرع وسنتناول التزام كل منهما وفقاً لما يأتي :

١- الالتزام الذي يقع على عاتق المشرع : إن الالتزامات التي تترتب على المشرع سواء كانت بيد السلطة التشريعية لكونها صاحبة الاختصاص الأصيل، أو سلطة تنفيذية عندما تقوم بتحديد جزاءات بناءً على تفويض، يجب تحديدها تحديداً واضحاً بعيداً عن كل تداخل وتشابك حتى تسمح للإدارة بالتطبيق الصحيح لها[٣]، ومن هذا الالتزامات التي تترتب على مبدأ الشرعية وتقع على عاتق المشرع هي :

أ. التزام المشرع بتحديد الوضع لعناصر المخالفة لدى المتعاقد كافة .
ب. عدم قيام المشرع بتشريع قوانين رجعية ما لم تكون في مصلحة المتهم.
ج. التحديد الدقيق لعنصر الجزاء ووضع حد اقصى له.

---

[١] د. بلاوي ياسين بلاوي، مرجع سابق،ص ٢٣٥.

[٢] د. ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

[٣] د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٦.

د. بيان الإجراءات الواجب اتباعها عند النظر في الدعوى وتحديد الاختصاصات بالقدر الذي يضمن للأفراد الضمانات الكافية عند توقيع هذه الجزاء لحماية حقوقهم حرياتهم وحقه في محاكمة عادلة [١] .

٢- **الالتزام الذي يقع على عاتق الإدارة :** الالتزام الذي يقع على الإدارة هو شرط أن تكون احكامها وقراراتها كافة متفقة مع القانون في كافة اصعدة نشاطاتها، وهذا يعني أن القاعدة العامة في الجزاءات تقضي أن يكون لكل قرار جزاء نص قانوني منظم لهذا الجزاء ولا يمكن القول عكس ذلك [٢] .

وهنا يطرح تساؤل بصدد القاعدة العامة مفاده هل تعد شرعية الجزاء قاعدة عامة مجردة تنطبق على كافة القرارات الإدارية التي تقضي بالجزاء أو انها تقتصر على جانب دون جانب آخر؟

للإجابة عن هذا السؤال يمكن التمييز بين شقين، الشق الأول الذي تقضي به القاعدة العامة التي أوجب لكل جزاء نص قانوني ينظمه، والشق الثاني المتعلق بقاعدة الاستثناء للعقود الإدارية وسلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها، التي تقضي بعدم تمسك أو تقيد الإدارة بما ورد في العقد من جزاءات وصلاحيتها في فرض جزاءات أخرى حتى لو لم ينص عليها العقد، وذلك بوصف سلطة الإدارة في فرض الجزاء سلطة مستقلة تماماً عن العقد، لكن يرد استثناء عليها في حالة إذا تم تحديد جزاء معين لمخالفة معينة هنا يطبق ما تم اشتراطه في ضوء العقد و قد تناولنا ذلك بالتفصيل في الفصل الأول من هذه الرسالة.

ثانياً: عدم رجعية الجزاء المالي : المبدأ العام يقضي على وفق ما تم الاتفاق عليه في التشريع والفقه والقضاء أن النصوص القانونية الموضوعية بصورة عامة تسري بأثر فوري على الوقائع التي تتجسد بعد تطبيقه، ولا ينسحب آثرها على الماضي، بمعنى لا تسري أحكام هذه القوانين

---

[١] د. محمد سعد فؤدة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٢، ومشار اليه ايضاً لدى د. ياسر عمار جبار مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

[٢] د. ياسر عمار جبار، نفس المرجع، ص ١١٨.

على الفعل الذي يعد جريمة واقعة في الماضي ونجد دليل ذلك في كثير من الاتفاقيات الدولية [١] .

وهذا يعني أن القوانين الوضعية ومنها القانون الإداري له نطاق زمني، يبدأ توقيت هذا النطاق من لحظة الصدور الرسمي وينتهي بانتهائه، فلا سلطان لهذا القانون على الوقائع ما قبلها وما بعده ما يؤدي بنا ذلك إلى نتيجة عدم أبدية القوانين الوضعية ما دامها تبدأ بنطاق وتنتهي بنطاق معين [٢] .

إن مبدأ عدم الرجعية الجزاءات الإدارية تقوم على فكرة تتعلق بممارسة الاختصاصات الإدارية في حدود القانون، وهذا الممارسة التي نقصد بها في المستقبل وخشية من الاعتداد بالمحسوبية على سبيل المثال اعتراف رئيس الهيأة أو اللجنة المختصة أو وجود وجهة نظر لديهما فتقوم على إباحة الفعل الذي يستحق الجزاء أو العكس من ذلك، ونجد قاعدة الرجعية في فرنسا ومصر تقضي بأن لا يحددها إلا القانون، وهذا الأمر يعني عدم جواز انسحاب آثر القانون النافذ على الماضي دون وجود ترخيص من المشرع نظراً لالتصاق هذا الحق في الحقوق المكتسبة للأفراد عامة [٣] .

وتجد هذه القواعد أساسها في عدم رجعية القرارات الإدارية بصورة عامة، بوصف أن قرار الجزاء المالي أو الجزاءات الإدارية ككل ما هي إلا انعكاس لصورة القرارات الإدارية، وبهذا نجد مجال تطبيق هذه القاعدة يمتد من القانون الجنائي الى القانون الإداري ليشمل بذلك نطاق الجزاءات الإدارية أيضاً [٤] .

---

[١] د. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م، ط١، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ١٩٩٣، ص ٤٣-٤٤.

[٢] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٦٧-٦٨.

[٣] رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الافراد(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢، ص ٩٢-٩٣.

[٤] د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٧٤.

ويترتب على مبدأ عدم رجعية الجزاء الإداري درجتين من الاستثناء أحدهما يختلف عن الاخر، فالأول منه يتعلق بالقانون الأصلح للمتهم وإمكانية تطبيق القانون القديم، والآخر يتعلق في رجعية الجزاء على القانون الجديد نتيجة للمخالفة المرتكبة، فيقصد بالاستثناء الأول هو إمكانية تطبيق القانون القديم حتى في ظل صدور قانون جديد، ونجد أساس هذا الاستثناء في قانون العقوبات العراقي الذي اخذ بمبدأ رجعية القانون الجنائي الأصلح للمتهم على الماضي وجاء فيه " إذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائياً يطبق القانون الأصلح للمتهم" [١]، وهذا يعني في حال صدر قانون جديد أو قاعدة جديدة موضوعية أو تم تعديل القواعد القانونية السابقة، وكان الحكم في القانون السابق أفضل للمتهم من الحكم عليه بموجب القواعد والقوانين اللاحقة، فعند ذلك يطبق القانون القديم لكونه يجعل المتهم في مركز أفضل فيما إذا قد حكم عليه بموجب القانون الجديد، ومن قراءة النص أنفاً نجد أن المشرع العراقي لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها أنما جاءت مقيدة بقيود، وهنا تفرض إن يكون القانون الجديد يعطي للمتهم مركز أدنى لحماية الحقوق والحريات التي يوفرها له القانون القديم، وكذلك تشترط أن تكون الواقعة قد حصلت في ظل القانون القديم وأن كان هناك بداية في إجراءات الدعوى، إلا أن هذه الإجراءات لم يصدر بها حكم نهائي، بمعنى أنها غير مكتسبة الدرجة القطعية و أنه قابل للطعن بكل طرق الطعن في الاحكام [٢] .

والأمر نفسه الذي ذكر أنفاً يطبق على الجزاءات الإدارية، ففي حال صدور قانون أو قواعد جديدة فان المخالفات لا تخضع للقانون الجديد طالما هنالك قانون قديم يوفر حماية للمتعاقد أكثر من القانون الجديد، ولقد أتفق الفقه في ذلك إذ ساوى بين العقوبات الجنائية من حيث خضوعها لهذا المبدأ مع الجزاءات الإدارية، طالما تشترك كلاهما في وحدة الهدف الردعي وانتماء كليهما لنظرية العقا ثُم نتوصل الى ضرورة معاملة كليهما معاملة قانونية واحدة [٣].

---

[١] المادة(٢/٢) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[٢] د. علي حسين خلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.

[٣] د. ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص ١٢٩.

أما الاستثناء الأخير فهو رجعية القانون الجديد استناداً إلى طبيعة المخالفة الإدارية المرتكبة، ويقصد بهذا الاستثناء وبالمختصر (المخالفات الإدارية المستمرة) التي تعني أن العمل بالمخالفة بدأ من القانون القديم واستمرت الى ظل القانون الجديد، وبمعنى آخر تعدد السلوك المخالف والذي بدأ في نطاق قانون قديم واستمر آثره إلى القانون الجديد، فنكون هنا أمام مخالفات متعددة، إذ تعد كل مرحلة سواء في القانون القديم وفي القانون الجديد مخالفة بحد ذاتها، فعلى سبيل المثال الشخص الذي يقوم ببناء دون ترخيص من الإدارة في ظل القانون القديم يطبق عليه القانون الجديد حتى لو كان هذا القانون مشدداً الجزاء، طالما أن المخالفة قد استمرت إلى وقت نفاذ القانون الجديد [١] .

وفي ضوء ما تقدم فإننا نتفق مع تلك الضوابط، سواء فيما يتعلق بشرعية الجزاء المالي أو فيما يتعلق بعدم الرجعية، لأنها ضوابط ملزمة لصحة قرار الجزاء المالي من جهة، وكونها تصب في مصلحة المتعاقد من جهة أخرى، فتحقق لنا مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد .

الفرع الثاني

الضمانات الخاصة بالمتعاقد

تتجسد الضمانات الخاصة بالمتعاقد في أمرين: أولهما شخصية الجزاء وثانيهما التناسب ما بين الجزاء والمخالفة المرتكبة من المتعاقد والتي على الإدارة الالتزام بها.

أولاً: شخصية الجزاء المالي : يقصد بشخصية الجزاء بأبسط صورته أنه لا يصيب غير الجاني الذي ثبتت مسؤوليته عن الجريمة دون غيره من الناس وإن كانوا من اقرب المقربين له[٢] .

وهذا يعني أن الجزاء بكل صورة من صورته لا يمكن أن يقع على غير المخالف، ولا يمكن أن ينال كل حق من حقوق الغير ما لم تثبت مسؤوليته، ونجد أن غالبية الدساتير قد نصت

---

[١] د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٧٨، ومشار اليه اضاً لدى ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص ١٢٤.

[٢] د. عبد المنعم العوصي، المبادئ العلمية لدراسة الاجرام والعقاب، دار الفكر العربي، القـاهرة، ١٩٨٢، ص ٩٣_٩٥.

عليه لأهميته انطلاقاً من ضمان الحريات والحرص عليها من الانتهاك[١]، وأن كان هذا المبدأ المطبق في القانون الجنائي فالأمر نفسه نجده في القانون الإداري، فالعقوبة الإدارية عامة تخضع لمبدأ شخصية الجزاء الإداري الذي يعني بدوره لا يمكن معاقبة غير الشخص المخالف وبعد ذلك لا يجوز معاقبته عن أفعال غير مرتكبة منه، ووفقاً لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي أنه لا يقتصر على مبدأ شخصية العقوبة وانما بضرورة تحديد نص تجريم الشخص الذي يترتب ويقع عليه الجزاء ويقصد به وجود نصوص صريحة تتناول الفئات التي تخضع للنصوص التجريمية [٢].

وإن القول بهذا الامر لا يقلل من عمومية وشمول مبدأ شخصية العقوبة، إذ لا يعد استثناء حقيقي على هذا المبدأ وبحسب ما ذهب بعض الفقهاء امتداد الآثار الضارة للعقوبة إلى شخص آخر غير مرتكب المخالفة نفسه، إذ إن لكل عقوبة آثاراً مباشرة وغير مباشرة تكون المباشرة منها تلحق بالجناة وغير المباشرة تصيب ذويهم، وأن كان واجب المشرع يتبلور هنا في الحد من تلك الآثار غير المباشرة، **ونحن هنا نتفق مع الرأي الذي جاء به الدكتور عبد العزيز عبد المنعم**، عندما سوغ امتداد الآثار الى مرجعه في تعذر منع الآثار الضارة غير المباشرة للعقوبة، التي لن يدرأها سوى الامتناع عن توقيع العقوبة الذي تضيع معه أهدافها لو تم توقيعها، وهذا ما لم يقل به أحد، فنكون هنا أمام اختيار أقل الضررين المتمثل في قبول الآثار غير المباشرة للعقوبة [٣] .

وهنا يُثار التساؤل عن مدى إمكانية توقيع الجزاءات المالية على الشخص المعنوي، ففي كثير من الأحيان تقوم الإدارة بالتعاون مع شركات تتولى تنفيذ المشاريع التي تتعلق بالإدارة، خاصة في عقود المقاولات أو عقود التوريد أو غيرها، فهل يمكن توقيع الجزاء على هذا الشخص المعنوي أم شخصية الجزاء الإداري تقتصر على الأشخاص الطبيعية ؟

---

[١] يراجع المادة(١٩/ف٨) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥، ويراجع المادة(٦٦) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغى.

[٢] د.احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٣، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٤٦.

[٣] نقلاً عن د.عبد العزيز عبد المعنم، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٩.

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي بنا العودة للحقيقة التي استقرت عليها النصوص الجنائية عن مدى إمكانية مسائلة الشخص المعنوي، ولا مجال لدينا هنا لذكر الآراء واختلافها لكونها مسلمة من مسلمات القانون الإداري [١]، لكن ما استقر عليه فأن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي احتوت مبدأ القبول، إذ يمكن مسائلة الشخص المعنوي طالما له كيان خاص قانوني واعتراف مستقل به، وأصبحت هذه الامكانية مقررة من المشرع الفرنسي كما وردت النص عليها في التشريع المصري والحال نفسه ينطبق عليه في التشريع العراقي، بحسب ما قلنا إن القبول متوفر في التشريعات الجنائية فما الذي يمنع قبولها في القانون الإداري، وخاصة أنها مقبولة أيضاً في القانون المدني فأصبح من المتفق عليه في اغلب التشريعات هي إقرار مسؤولية الأشخاص المعنوية في الجرائم الإدارية و خضوعها للجزاءات الإدارية[٢]، لكن الاختلاف هنا يُكمن في الأساس القانوني لمسؤولية الأشخاص المعنوية في مجال العقوبات الإدارية، ونجد هنا أتجاهين ومنها أتجاه بعض التشريعات الأوروبية والتي يستند إلى فكرة الخطأ من جانب الشخص المعنوي بوصفه أساساً لتقرير المسؤولية عن الجرائم الإدارية، إذ يفترض هذه الاتجاه ومجرد أن تقع الجريمة بخطأ أو أعمال من احد أعضاء أومن يتعامل باسمه ولحسابه تترتب لدينا هنا المسؤولية المعنوية، أما الدول التي تأخذ بنظام العقوبات الإدارية بوصفها المرجع الأساس القانوني لمسؤولية الأشخاص المعنوية هو وجود الصفة المادية التي تكفل فرض الجزاء في الجرائم المترتبة، وبمعنى آخر بمجرد تحقق الركن المادي لجريمة تتحقق لنا المسؤولية، دون أي التزام يقع على عاتق سلطة المختصة بإثبات ما وقع من خطأ [٣].

مما تقدم فإننا تتفق مع القول أنفاً، ففي بعض الأحيان نكون امام جهات تعاقدية تتمثل بأشخاص معنوية والأخيرة قد تعتلي بعض تصرفاته الخطأ والضرر، فليس هنالك ما يمنع من

---

[١] د. امين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٤، ومشار اليه أيضا لدى ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص ١٤٠.

[٢] نقلاً من د. امين مصطفى محمد، الحد من العقاب في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ١٩٥.

[٣] نقلاً عن د. امين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص ١٣١ وما بعدها، ومشار اليه أيضا لدى ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص ١٤٢ وما بعدها .

فرض جزاءات ضدها طالما لها كيان واعتراف قانوني يحمل بطياته حقوق و التزامات ولكن بما يتناسب وطبيعتها كأشخاص معنوية .

ثانياً : التناسب بين قرار الجزاء المالي ومخالفة المتعاقد : يعرف التناسب بأنه" تقدير لأهمية السبب ومدى توافق السبب مع المحل في القرار الإداري، وبمعنى اخر ضرورة وجود توافق بين الوقائع التي تشكل السبب مع طبيعة الاجراء المتخذ الذي يمثل المحل" [١] .

وإن اساس التناسب ما بين الجزاء المالي والمخالفة المرتكبة من المتعاقد هي أحد الأصول العقابية الحديثة، التي تفرضها مقتضيات العدالة التي تبتغي أن لا يكون القصد من الجزاء المالي وسيلة لتنكيل وتقييد المتعاقد في شدتها غير الصحيحة، التي تصل إلى مستوى الشعور بالظلم بدلاً من الشعور بالذنب وهذا الأمر يؤدي بنا سلباً بالعناد لتكرار الفعل المخالف ونكون هنا أمام مرحلة عدم الثقة في الإدارة، فيجب أن لا يغيب عن ذهننا أن الجزاء هو غاية وليس وسيلة، فالغاية منه هي تقويم انحراف سلوك المتعاقد بما يحقق المصلحة العامة وتغطية الضرر في حال لحق المرافق الإدارية ضرراً، وليس وسيلة تقف عند حد إيقاع العقاب فقط، وهذا يعني أن التناسب يقضي عدم غلو السلطات الإدارية عند تقديرها للجزاء المالي واختياره، ويجب عليها أن تتخذ ما يكون ضرورياً لمواجهة المخالفة الإدارية والتصدي لآثارها [٢].

والسؤال الذي يمكن طرحه هنا هل التناسب يقف على حد الشدة في الجزاء المالي أو يخضع لكل حيثيات الجزاء؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول: بأن التناسب الذي نحن بصدد به لا يقف إلى حد أو مرحلة الشدة في العقوبة أنما يهبط إلى مستوى الشفقة في العقوبة أيضاً، والذي يعني بدورها إتيان المخالف جزاء غير الجزاء الذي يستحقه من الناحية الشدة، فمن الممكن أن تكون المخالفة المرتكبة تستحق فرض غرامة مالية إضافة إلى التعويض أو الحكم عليه في المستحقات

---

[١] د. علي يونس إسماعيل، تطور رقابة التناسب في القضاء الإداري للإتحاد الأوربي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة دهوك، العددان ٣٨-٣٩، ٢٠١٦، ص ٣٩٢.

[٢] د. علي حسن عبد المجيد، الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧٥.

الإدارية، في حين أن الجزاء الذي فرضه على المتعاقد فقط الغرامة أو فقط التعويض، فنستنتج أن التناسب في قرار الجزاء المالي يجب أن يتناسب مع الفعل المرتكب من حيث الاسراف في الشفقة والشدة ولا يتوقف على أحداهما.

ويُثار في هذا الصدد تساؤل آخر: فبعد أن تطرقنا في الفصل الأول عن إمكانية الإدارة إلى فرض أو الجمع بين جزاءات مالية متعددة فهل يخل هذا التعدد في مبدأ التناسب؟

للإجابة عن هذا السؤال نعود إلى الأصل الذي يقضي بخضوع كل التزام قانوني الى مبدأ وهو (امتناع عقاب المتهم عن الفعل الواحد اكثر من مرة)، إذ إن الغاية من العقاب تتحقق بمجرد أنزال جزاء واحد، لكن الاستثناء لدينا يكمن في أن القوانين والتعليمات التعاقدية، تقضي بإمكان الإدارة فرض أكثر من جزاء مالي على المتعاقد عن نفس المخالفة لكن بشرط أن يكون لكل جزاء ومسوغه وخلاف ذلك يكون التعدد في تلك الجزاءات باطلاً يستوجب الإلغاء، وعلى سبيل المثال إن الغرامة التأخيرية في التشريع العراقي والمقارن يتم فرضها بمجرد التأخير دون الحاجة إلى إثبات ضرر قد لحقها، لكن إذا كان من تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماتها التعاقدية قد لحق الإدارة ضرر فإن الإدارة تكون هنا ملزمة بإيقاع جزاء الغرامة التأخيرية مع التعويض إن كان له مقتضى[١] .

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٣/٥/١٩٦١،الطعن رقم ٢٦٢،ق.ع، مجموع العشر سنوات، ج٣،ص ١٤٠٦، جاء فيه " ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الإداري طالما قد تحقق السبب المخول لتوقع كلاً منهما...)، مشار اليه لدى ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص ١٥٩.

الفصـــــل الثالث

التوصيف القانوني للمناصب القيادية في قوى الأمن الداخلي وانعكاسه على عملية الاختيار والرقابة عليها

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الإدارية

توصف العقود الإدارية بأنها الوسيلة أو الأداة التي يتم فيها تحقيق المصلحة العامة، كونها تسهم في تلبية الحاجات العامة واشباعها لها، ولآجل ذلك يتم منح الإدارة مجموع من السلطات لتيسير العقود بالصورة المبتغاة، ولمنع المتعاقد من الانحراف في تحقيق تلك المصلحة يتم منح الإدارة مجموعة من السلطات، ومنها سلطتها بفرض الجزاء المالي على المتعاقد في حال الإخلال أو التباطؤ و النكول في تنفيذ التزاماته، **والسؤال الذي يُثار هنا هل تعد تلك السلطة حرة من كل قيد؟** نعود بهذا السؤال الى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة **(١٠٠)** منه التي نستقي منها الحظر على تحصين كل عمل أو قرار إداري من الطعن، وبموجب ذلك لا يستثنى قرار الجزاء المالي من الطعن قضائياً، لذا نستخلص آمرين من ذلك الأول منه هو سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي سلطة مقيدة بالشرعية القانونية للقرارات الإدارية، والامر الآخر هو خضوع تصرفات الإدارة بصورة عامة لرقابة القضاء استناداً للنص المذكور أنفاً من دستور جمهورية العراق، وكل نص يحصن قرار الجزاء المالي من الطعن به قضائياً يعد باطل بطلاناً مطلق لكوننا امام مبدأ عام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

وتعد الرقابة القضائية بصورة عامة أحد الضمانات المهمة للطاعن تجاه حقوقه وأحد الطرق المؤدية للعدالة بغض النظر عن كونه متعاقداً وامام جهات إدارية، بينما بالنسبة للمتعاقد تعد الجهات القضائية الملاذ الوحيد له من سلطان الإدارة في حال تعسفها في قرار الجزاء المالي وللتأكد من شرعية الجزاء المتخذ بحقه، لذا فالرقابة القضائية كونها جهة مستقلة عن الإدارة، تعد من أحد الاساليب الأكثر فعالية لضمان واستمرار احترام الإدارة لأحكام القانون من مراقبة القضاء لأعمالها، وفي كل الأحوال لا تؤدي الرقابة القضائية على قرار الجزاء المالي بنوع من التقييد أو شل حركة الإدارة تجاه المصالح العامة، بقدر ما تحقق الموازنة بين ما تتمتع به من سلطاته وما يفرض عليها من التزامات.

ومما تقدم سنتطرق الى أساس سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي والرقابة القضائية عليه وآثارها في مبحثين مفصلين وفقاً للآتي:

المبحث الأول

القضاء المختص بالرقابة على الجزاء المالي

لكي يتولى القضاء مهمة الرقابة على أعمال الإدارة، لابد أن يتخلله أو يحتويه نظام قانوني، يمثل انعكاساً لمجموعة من المبادئ التوجيهية القانونية يعتنقها ويتبناها القضاء المختص ليتم منها تنظيم أعمال ونشاطات الإدارة، وفي الوقت نفسه لأثبات أن القضاء هو الأجدر بتلك المهمة، عليه اثبات أساسه القانوني الذي يستند به للرقابة على الإدارة بصورة عامة، بغض النظر عن أعمالها التعاقدية أو صلاحيتها الجزائية، وجاء ذلك بناءً على أهمية الجزاءات المالية في العقود الإدارية مما استوجب الامر معه وضع نظام قانوني لتجنب إساءة استعمال الإدارة لصلاحياتها، وبهذا تتمحور الرقابة القضائية على سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي من محورين، الأول منه الأساس القانوني للرقابة القضائية على سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي، والذي يكون بصورة مجموعة شروط ترشيحية لتصفية قرار الجزاء المالي بيد القضاء أو بمجموع من الأسس التي تمنح في نهاية المطاف صلاحية قضائية لتتبع أعمال الإدارة، والمحور الآخر هو القضاء المختص بتلك الرقابة والذي بدوره يظهر الينا بمظهرين من الأنظمة القضائية كل منها يتولى الرقابة بموجب نظام قانوني وصلاحية قضائية مستقلة عن الاخرى **وسنتطرق الى هذين المحورين في المطلبين الآتيين :**

المطلب الأول

الأساس القانوني للرقابة القضائية للجزاء المالي

تعد سلطة الإدارة تجاه المتعاقد في فرض الجزاء المالي ضده امتيازاً لها، فتستطيع فرض الجزاء حتى لو لم ينص عليه صلب العقد أو في ملحقاته، وبالرغم من ذلك نتذكر دائماً وفق ما تطرقنا اليه مسبقاً أن المبدأ العام يقضي على وفق قاعدة وهي "سلطة الإدارة تجاه المتعاقد سلطة غير مطلقة"، إذ هنالك قيود ترد على تلك السلطة لتشكل مجموعة من الضوابط تكون لنا أساساً قانونياً يتم بموجبه فرض الرقابة عليها في حال الاخلال أو الغلو في فرض الجزاء المالي، **وسنبين تلك الضوابط في هذا المطلب من الفرعين الآتيين:**

الفرع الأول

اختصاص الإدارة في فرض الجزاء المالي

المعيار المادي المعتبر لاختصاص الإدارة بفرض الجزاء المالي هو كونها أحد طرفي العقد المقصود منه تقديم خدمة عامة، مسند الى الطرف المتعاقد الآخر لتلبيتها بالصورة المتفق عليها بموجب العقد وبنوده[١]، ولقيام الإدارة بتلك الواجبات يتم منحها سلطات تواجه بها المتعاقد بموجب الأنظمة واللوائح، لتمكينها بالنهوض لأداء تلك المهام على احسن وجه[٢]، ومن بين تلك السلطات هي فرض الجزاء المالي على المتعاقد في أطار التزاماته التعاقدية نظراً لتقصيره واخلاله في أداء التزاماته المقررة قانوناً، وتعد تلك القرارات تنفيذاً للعقد استناداً الى نص من نصوصه[٣] .

وتعكس الإدارة اختصاصها بفرض الجزاء المالي، عن طريق قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة وبصورة واضحة وصريحة بفرض الجزاء على المتعاقد، والمتمثل بأركانه الخمسة الصحيحة وهي" الاختصاص والشكل والسبب والمحل و الغاية "[٤]، وكل ركن من هذه الأركان يجب أن تتوافر به شروط صحة القرار الإداري حتى يكون قرار أداري صحيحاً و مشروعاً، والمهم هنا هو ركن الاختصاص والذي نعني به "القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات"[٥].

---

(1) He'le'neee hoepffner. Contrats administratifs, Recherche publiée sur le site (www.ius-publicum.com), 2011, p 3.

[٢] عوض عالي عوض الرشيدي، سلطة الإدارة في سحب الاعمال من المتعاقد والآثار المترتبة عليه في النظام السعودي، رسالة ماجستير، كلية الأنظمة والدراسات القضائية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ٢٠٢٠، ص ١٨.

[٣] عيد مليح مهل الرشيدي، سلطة الإدارة في سحب العمل والتنفيذ على الحساب في عقود الاشغال العامة في القانون الكويتي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عمان، ٢٠١٣، ص ١٩.

[٤] وللأطلاع أكثر عن هذا الموضوع يراجع د. عاطف عبد الله المكاوي. القرار الإداري، ط١، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٥٠_٥٩ .

[٥] د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٧، دار الفكر العربي، مصر،٢٠٠٦، ص ٣١٢.

وركن الاختصاص في سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي نعني به اختصاص الإدارة بفرض الجزاء المالي على المتعاقد الذي لا يمكن أن يتخذ هذا الفرض من أي جهة إدارية أخرى تكون غير مختصة قانوناً بإصداره، إذ يحتل ركن الاختصاص اهتماماً بالغاً في تقدير القضاء بصحة قرار الإدارة بفرض الجزاء المالي، فيما إذا كانت تلك الجهة شخص من اشخاص القانون العام ويدخل صلاحية فرض هذه الجزاءات في ضوء ما تتمتع به الإدارة من سلطات[١].

وبموجب ما تقدم نستنتج أن القرار الإداري بفرض الجزاء المالي يشرط بكونه صادراً من جهة مختصة قانوناً وموضوعاً وزماناً ومكاناً، وهذا يعني أن تتوفر في الإدارة العنصر الشخصي في الاختصاص، الذي يقصد به صلاحية الشخص أو الهيئة التي حددها القانون لإصدار الجزاء المالي في النطاق الإقليمي المحدد ووفق المدى الزمني الصحيح، ولا يمكن وفق هذا المبدأ التخلي عن ممارسة الاختصاص بإعطائه لجهة أو جهات اخرى[٢].

ونجد سندنا في ذلك عند مراجعة القوانين والتعليمات واللوائح الخاصة في الجانب التعاقدي من الجزاءات الإدارية، أن كل من التشريع العراقي والمقارن قد منح الإدارة صلاحية الاختصاص بفرض الجزاء المالي على المتعاقد المخل والمقصر بتنفيذ التزامه، والتي لا مجال لذكرها منعاً للتكرار، **ويطرح في هذا المجال تساؤل مفاده هل يعد عنصر الاختصاص قاعدة عامة في مجال الجزاء المالي أو يرد عليه استثناءات ؟**

و للإجابة عن ذلك ينبغي أن نذكر في الأصل " لكل قاعدة استثناء" والأمر نفسه ينطبق على تخصص الإدارة بفرض الجزاء المالي، إذ فرضت تطورات الحياة العملية التي حتمت ممارسة الاختصاص من غير صاحبه الأصلي أن يكون هنالك تفويض إداري يمارس صلاحية فرض الجزاء المالي في النطاق التعاقدي ونقصد بالتفويض" أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه سواء في مسألة معينة أو في نوع معين من المسائل الى افراد أو

---

[١] د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٦٧.

[٢] كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٠، ص ٢٨ وما بعدها.

هيئات أخرى" [١]، والغرض من ذلك ليكون اكثر ضماناً لمصلحة المخالف، لكن لا يمكن القبول بالتفويض المطلق دون ضوابط أو قيود، فلابد من توافر شروط معينة في المفوض اليه حتى يكون قرار التفويض صحيحاً والقول بعكس ذلك يكون مصيره البطلان، ومن هذه الشروط يجب أن يكون التفويض بموجب نص قانوني يقرر ذلك التفويض ويأذنه في نطاق الجزاءات الإدارية، بمعنى آخر اشهار التفويض، إذ إن قرار التفويض شأنه شأن كل قرار تنظيمي لا ينفذ تجاه الغير إلا بموجب اشهاره بموجب نص يجيز استعماله في حال ظهور دواعيه [٢]، ويشترط ايضاً أن يكون التفويض جزئياً، وبمعنى آخر يجب أن لا يشمل على كل اختصاصات الأصيل فيجرده منها بموجب ذلك التفويض، إذ لابد أن يشمل التفويض جزءً من صلاحيات الأصيل، **وهنا نتفق بما جاء به الدكتور سليمان الطماوي**، عندما تطرق الى التفويض الجزئي وقال إن النصوص القانونية التي تنظم التفويض يجب أن تحوي على عبارات دالة مثل" بعض" أو" جزءاً" لدلالة على جزئية الاعمال المفوضة التي يمكن ان يفوضها الأصيل الى احد الموظفين[٣]، والشرط الأخير يشترط أن يكون قرار التفويض محدداً من ناحية موضوع التفويض[٤].

وبصدد الشرط الأخير، فإننا نتفق مع هذا الاتجاه، كونه يؤدي الى نتائج صائبة في تحديد اعمال كل من المفوض والمفوض اليه في الاختصاص، على عكس فوضى عدم التحديد الدقيق للموضوع، وما يترتب عليها من مشاكل عدم إمكانية تحديد مسؤولية الخطأ بين طرفي التفويض.

وتأسيساً مما تقدم اتضح لنا، لصحة قرار الجزاء المالي على المتعاقد، يشترط أن يكون صادراً من جهة إدارية مختصة حتى يكون قرار الجزاء مشروعاً، واذا صدر قرار الجزاء من

---

[١] نواف طلال فهيد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الإداري واثاره القانونية على العمل الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢، ص ٤٢.

[٢] د. برهان زريق، التفويض في القانون الإداري، ط١، دون دار نشر، ٢٠١٧، ص ١٠.

[٣] د. سليمان محمد الطماوي مبادئ علم الإدارة العامة، ط ٧، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٨٧، ص ١١٨.

[٤] د. عاطف عبد الله المكاوي. التفويض الإداري، ط١، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٩.

جهة غير مخولة قانوناً فأن أعمالها تكون غير قانونية مشوبة بعيب عدم الاختصاص، وهذا الركن في القرار الإداري من النظام العام، والذي يقضي القاضي الإداري ببطلان الجزاء المالي من تلقاء نفسه من دون حاجة أن يدفع به الخصوم.

وبشأن اختصاص الإدارة بفرض الجزاء المالي على المتعاقد وصلاحية التفويض في ذلك الاختصاص، فإننا تتفق في شق أن يكون الاختصاص من جانب الإدارة المتعاقدة دون غيرها، والسبب في ذلك وكما بيناه في الفصل الأول من هذه الرسالة هو تمتع الإدارة بصلاحية تقدير الجزاء المناسب أو الإعفاء منه بحالات أخرى وتشتد تلك الصلاحية لتصل الى حد فرض أكثر من جزاء واحد على المخالفة نفسها، فإن الإدارة هي الاعلم بحيثيات المخالفة التعاقدية والجهة الأجدر في توقيع الجزاء اكثر من غيرها، ولا نتفق بصلاحية التفويض في هذا الاختصاص لان القبول بهذا القول قد يحرم المتعاقد من الإيجابيات التي ذكرت أعلاه فيما لو تم حصر صلاحية فرض الجزاء المالي بيد الجهة المتعاقد حصراً.

الفرع الثاني

خطأ المتعاقد الموجب فرض الجزاء المالي

إن دخول المتعاقد في رابطة عقدية مع الإدارة هذا يعني عليه أن يضع في نصب عينيه تحقيق المصلحة العامة، وحتى يتجنب المتعاقد فرض الإدارة جزاء مالياً ضده عليه دائماً تنفيذ التزامه بالصورة المتفق عليها ووفق المواعيد المحددة من الإدارة وبحسن نية وفقاً لشروط العقد وبنوده الملحقة[١]، وعكس ذلك يظهر الخطأ العقدي الذي عرفه بعض الباحثين بانه " عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه سواء نتج ذلك عن عمد أو عن اهمال" [١] .

---

[١] حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ٢٠١٢/ب/ ٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٢٤ والذي جاء فيه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، وفي نفس الحكم جاء بالآتي(تعتبر الملاحق المتعلقة بهذا العقد جزء لا يتجزء منه)، (غير منشور)، وحكم اخر لها المرقم ١٢/الهيئة= =الموسعة المدنية/٢٠١٥ بتاريخ ٢٠١٥/١/١٩ والذي جاء فيه(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبالطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، لكن يتناول ما هو من

إن ما متعارف عليه في نطاق القانون الإداري والقانون المدني فيما يخص الجانب التعاقدي هنالك قاعدة عامة تقضي" لا جزاء دون خطأ " وهذا بدوره يعني عدم امكانية محاسبة المتعاقد إلا في حالة الخطأ الذي يسوغ ضرر المتعاقد الآخر مما يسمح له بإيقاع الجزاء ضده[٢]، لكن رغم ذلك يلحق هذا القاعدة استثناء إلا وهو أن الخطأ العقدي في نطاق العقود الإدارية لا تقتصر على المتعاقد حصراً، وبناءً على ذلك لا يجوز مساءلة المتعاقد إذا كانت المخالفة المنسوبة اليه كان سببها ظروفاً خارجية حالت بينه وبين التنفيذ أو اضطر للخضوع لها بسبب فعل الإدارة" كالتأخير المتعمد من تنفيذ التزاماتها أو جعل حالة تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولا يعد ذلك امتيازاً لأطراف المتعاقد بقدر ما هو تطبيقاً لمبادئ العدالة، ويكون للمتعاقد في هذا الحالة اللجوء للقضاء مخاصماً الإدارة في تقصيرها واخلالها في تنفيذ التزاماتها[٣] .

وبناءً على ما تقدم يطرح بهذا الصدد تساؤلين أحدهما، هل يشترط توافر ركن الضرر الملحق بالمرافق الإدارية ليمكن الإدارة صلاحية فرض الجزاء المالي المسوغ للرقابة القضائية؟

للإجابة عن هذا التساؤل نعود الى ما تقدمنا به بالفصل الأول وقلنا: أن صلاحية الإدارة بفرض الجزاء المالي ممتدة الى احتمالية الضرر وليس بتأكيده، وبمعنى آخر تستطيع الإدارة فرض الجزاء المالي لمجرد حصول تأخير من المتعاقد حتى لو لم يترتب ضرر بمرافقها جراء

مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام عملاً بأحكام المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي...)، (غير منشور).

[١] براء علي صالح محمد. المسؤولية العقدية لمزودي خدمات عبر الانترنيت(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠، ص ٥٤.

[٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٥٥/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧تسلسل ١٩٦١ بتاريخ ٢٠١٧/٦/١٩ والذي جاء بنص القرار(... ولعدم تنفيذ المدعى عليه التزاماته العقدية رغم الإنذار الميسر من قبل المدعي ولما كان العقد المبرم بين الطرفين من العقود الملزمة وأنه أذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للطرف الثاني بعد الاعذار أن يطلب فسخ العقد ...)، (غير منشور).

[٣] د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٦٠٥.

هذا التأخير وهذا ما يسمى "بالضرر المفترض"[١]، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الخطأ في النطاق العقدي في اغلب الأحيان يتسم بجسامة معينة فحتى لو لم يتسبب بضرر حالي لكنه أخل بسير المرفق العام، وهذا يؤدي بنتيجة ينبغي على المتعاقد أدراكها، وهي ضرورة علمه بأنه محاط بقواعد واحكام اكثر شدة وصرامة من تلك التي يجري تطبيقها في القانون الخاص [٢] .

مما تقدم يتضح لنا، أن القاضي المختص بالنظر في النزاع لا يمكنه رد الدعوى لعدم وجود ضرر لحق المرافق الإدارية، لأن من أحد صلاحيات الإدارة هي إمكانها فرض الجزاء عن الضرر المحتمل أو لمجرد حصول تأخير حتى لو لم يترتب ضرر، ولا يمكن للمتعاقد الاحتجاج بالمناخ أو الظروف الاستثنائية لصد الجزاء عنه لأنه يبقى مسؤول عنها حتى لو تكفلتها الإدارة فلا يمكن إعفائه من تلك المسؤولية [٣]

والسؤال الآخر الذي يتمثل بهذا الصدد هو لا يمكن مساءلة المتعاقد متى ما كان الخطأ ناتجاً عن سبب أجنبي لكن متى يكون المتعاقد في منجى من الجزاءات المالية أذا كان الخطأ ناتجاً بسبب عسره أو افلاسه أو موته؟

---

[١] يعرف " الضرر المفترض" بأنه (وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه)، يراجع بذلك: سعد ربيع عبد الجبار، الضرر المفترض افتراض قطعياً واثره في تحقق المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الكوفة، كلية القانون، العدد ٢٩، ٢٠١٦، ص٨٢.

[٢] د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في ابرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٨ وما بعدها، ومشار اليه لدى طارق سلطان، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢١٣٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢١/ تسلسل ٢٠٩٥/بتاريخ ٢٠٢١/٧/١٥والذي جاء بنص القرار(...أن التحقيقات الجارية من قبل محكمة الموضوع انتهت الى تعرض البناية المنفذة للأضرار جراء خطأ في التصميم ولم تكن لأسباب تتعلق بالمناخ.. وان الطرف المتعاقد يتحمل كامل المسؤولية تجاه الطرف أذا ظهرت اعمالاً معيبة كلاً أو جزءاً في تنفيذ اعمال المقاولة وأن مصادقة الطرف الأول على اعمال الطرف الثاني بموجب احكام هذا العقد لا تعفيه من تلك المسؤولية بما فيها الآثار والاضرار المادية..)، (غير منشور).

للإجابة عن هذا التساؤل نعود به إلى موقف كلٌ من العراق والدول المقارنة، ففي فرنسا قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه في هذه الحالة يتم الرجوع إلى بنود العقد أو إلى دفاتر الشروط لبيان آثار هذا الموضوع، وعلى الرغم من شخصية التنفيذ في العقد لكنها تبيح تنفيذ العقد من قبل المدين أو وكيله أو الشخص المخول من المحكمة أو القانون في حالة عجز المتعاقد من تنفيذ التزاماته المطلوبة، مع التنويه بعدم صلاحية التنفيذ من قبل طرف ثالث غير مخول من قبل المدين أو المحكمة والقانون [١]، وفي مصر فقد أشارت المادة(٧٦) من اللائحة التنفيذية من قانون المناقصات المصرية رقم(٩) لسنة ١٩٨٣ فإن الإدارة لها الحق في الفسخ أو السماح لورثته بتنفيذ الالتزام، وطبقت الحكم نفسه في حال تعدد المتعاقدين، أما في حالة الإفلاس أو الإعسار فيكون الفسخ وجوبياً كما نصت عليه المادة(٢٤) من قانون المناقصات رقم٨٩ لسنة ١٩٩٨ [٢]، أما في العراق فنجد المادة(٨٨٨) من القانون المدني العراقي جاءت بحقيقة مفادها أن التزام الشخصي في تنفيذ المقاولات ليس قاصراً على المقاولات الحكومية وإنما أيضاً يمتد إلى مقاولات الافراد [٣] .

وفي الختام يبرز لنا تساؤل مفاده، في حالة تم تنفيذ العقد من المتعاقد بغير الصورة المتفق عليها، ودون أن تسبب اضرار للمرفق الإداري، وكانت بمثابة المنفعة العائدة للإدارة، هل يعد بمثابة خطأ المتعاقد بالتنفيذ، وهل يستحق امام تلك الأعمال مبالغ إضافية؟

للإجابة عن ذلك: نجد عند مطالعة الاحكام القضائية تقرر التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بحسن نية وفق ما تقتضي به بنود العقد وملاحقه، وكل تنفيذ آخر قام به المتعاقد يعد بمثابة خطأ في التنفيذ حتى لو صب في مصلحة الإدارة، ولا تكون الإدارة ملزمة بكل مبالغ اضافية تجاه المتعاقد،منها قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٢٦/الهيأة الاستئنافية–

---

(1) Wondwossen waken. The law of administrative contaracts, prepared ander the sponsorship of the justice and legal system research institute, sans endroit pour imprimer, 2009, P 27.

[٢] المادة(٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، وينظر كذلك المادة (٢٤) من قانون المناقصات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

[٣] المادة(٨٨٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

منقول/٢٠١٩/تسلسل ١١٨٣٢ بتاريخ٢٠١٩/٦/٢٠ الذي أدعى بموجبه المدعي لدى محكمة بداءة كركوك أنه سبق وإن قام بتنفيذ مقاولة عقد تجهيز المرقم(...) لمصلحة المدعى عليه وتم تنفيذ المقاولة واستلام المستحقات المالية ولم يتم تسليمه مبلغ(٤١٣٤٩٠ ٥) دولار عن قيمة الوحدة الاضافية المجهزة والمستلمة من المدعى عليه – اضافة لوظيفته بموجب المستندات ضمن الفقرة ٢ تجهيز محطة ١١KV إذ إن العقد نص على تجهيز محطة واحدة فقط في حين أن الدائرة اجبرته على تجهيز وحدتين ولم تصرف له مبلغ المحطة الثانية..) فأصدرت محكمة التمييز حكمها وجاء بقرارها(....أن المدعي غير مجبر على تجهيز ما زاد على ما اتفق عليه في العقد ويعفى الطرف المتعاقد عن تقديم مبالغ إضافية عن الاعمال الغير متفق عليها بموجب العقد وحيث ان كافة الأدلة المبرزة في الدعوى تشير الى ان التجهيز كان في حدود ما اتفق عليه وان المدعي قد استلم مستحقاته المالية عدا مبلغ التأمينات الذي صرف النظر عنه وبالتالي تكون دعواه فاقدة لسندها القانوني..) [١] .

ومما تقدم نحن لا نتفق بما ورد أنفاً، فنحن نتفق مع سلطة الإدارة في إلزام المتعاقد بتنفيذ العمل على وفق شروط العقد، لكن الاستثناء هنا هي حالة حصول تنفيذ إضافي من المتعاقد وكان بمثابة مصلحة عائدة للإدارة وللمرفق الإداري، فلا نجد مسوغاً من إيقاع الجزاء مراعاة لحسن النية المشروطة في فرض الجزاء، لذا كان الأجدر تقديرها ويصبح الحل الأمثل ترك باب الخيار مفتوحاً للإدارة في تقبل العمل الإضافي دون أن تكون ملزمة بتسليم مبالغ إضافية للمتعاقد، أو مطالبته بإزالة ذلك العمل إن امكن كونها الاجدر بتقدير مصلحتها دون تحميل ذمة المتعاقد بجزاء مالي .

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٢٦/الهيئة الاستئنافية–منقول/٢٠١٩/تسلسل ١١٨٣٢ بتاريخ٢٠١٩/٦/٢٠، (غير منشور).

المطلب الثاني

مظاهر الرقابة القضائية للجزاء المالي

على وفق ما تشير اليه القواعد العامة فإن توزيع العمل القضائي يكون تحت نطاقين من الجهات القضائية، وهو كل من القضاء العادي والقضاء الإداري ، ووفق ما درج عليه التخصص النوعي، فإن القضاء الإداري هو المختص قضائياً للفصل في المنازعات الإدارية، لكن ذلك ليس دائماً إذ اختلفت الدول في اعتناق النوع القضائي لتولي مهمة الرقابة على منازعات العقود الإدارية، فالبعض منها عهدت ذلك الاختصاص الى القضاء العادي، وبعضها الآخر اعتنق الاتجاه الحديث وجعلها تحت نطاق القضاء الإداري، يعود سبب الاختلاف الى عوامل تاريخية وتقاليدها القانونية وفق ما استمرت عليه أو وفق ظروفها الاجتماعية.

وتبعاً لما تقدم سنتطرق في هذا المطلب الى المظاهر الرقابية للسلطة القضائية وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

نظام القضاء الموحد

يعد القضاء بكلتا صورتيه جهة مستقلة ذات أهمية قصوى فيما يتعلق بحماية حقوق الأفراد في مواجهة السلطة التنفيذية بصورة عامة، لذا كان من الضروري وجود جهة قضائية تتولى سلطة النظر في قرارات الإدارة خاصة فيما يتعلق بصلاحيتها الجزائية المالية، كونها تمس الذمة المالية للمتعاقد بصورة مباشرة [١]، فيمارس القاضي الإداري تلك الرقابة لتصب مصلحته في اناء الافراد خوفاً من التعسف المحتمل من جانب الإدارة [٢] .

---

(1) Hilaire Barnett. Constitutional and administrative law, 4e, Cavendish publishing limited, London, 2002, p 108.

(2) Geores dupuis, prf.marie-jose' gudon, prf. Patrice chre'tien, Droit administrative, 10e, dalloz, paris, 2007, p 36- 37.

ويقصد بنظام القضاء العادي أو الموحد" هو وجود جهة قضائية واحدة يكون لها اختصاص الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم أو بين الإدارة والأفراد " [١].

وهذا يعني وجود قضاء واحد يختص بمهمة الفصل في القضايا كافة، ويحكم في المنازعات الإدارية ويكون مستنداً في ذلك على أسباب قانونية، ويستعمل في الوقت نفسه وسائل قانونية تمكنه من مواجهة الإدارة في أعمالها غير المشروعة، وتترأس إنجلترا ومن بعدها الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول العربية هذا النظام [٢]، ففي فرنسا يتم اتباع معيار السلطة العامة والذي يقصد به "هو توزيع الاختصاص المحاكم القضائية بين مجلس الدولة الفرنسي من ناحية والمحاكم القضائية العادية من ناحية أخرى، فكانت المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي في أعمال متعلقة بالسلطة العامة، أما تصرفات الإدارة العادية فكانت من اختصاص القضاء العادي، إذ عدت منازعات العقود الإدارية من اختصاص المحاكم العادية لأنها تعد تصرفات العادية" [٣] .

ولكن لا يغيب عن الذهن ما يترتب على معيار السلطة العامة من نتائج غامضة، التي بدورها أدت إلى استبعاد العقود الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإداري، عدا تلك العقود المحددة من نص المشرع صراحاً، فقد اختص بها مجلس الدولة الفرنسي بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، واطلق على هذه العقود " العقود الإدارية بتحديد القانون" وفق تسمية الفقهاء عليها، والسبب في ذلك أن اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن مستنداً إلى الخاصية الذاتية لهذه العقود انما يعود به إلى أساس إرادة المشرع [٤]

وعلى الرغم من ذلك فقد بذل مجلس الدولة الفرنسي جهوداً تذكر في سبيل توسيع اختصاصاته، فقاس العقود المنصوص عليها بعقود أخرى لم يرد بشأنها نص، فوسع من نطاق اختصاصه عن طريق القياس أو الشمول في التفسير على عقد طلب المعونة وتقديم الخدمات و

---

[١] د. عمرو حسبو، القضاء الإداري، مكتبة قصر الزعفران، طنطا، ١٩٩١، ص ١٧٣.

[٢] د. محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص ١٩٧.

[٣] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ، ص ٣٧

[٤] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٤.

العقود الخاصة بالإدارة و عقد الأشغال العامة و عقود توزيع المياه والغاز والعقود التي تخص الشوارع والنظافة وعدها عقوداً إدارية [١] .

يبدو مما تقدم أن معيار السلطة العامة وما يحتوي من أبهام وغموض ، فهو لا يقدم حداً دقيقاً بين أعمال للسلطة العامة وأعمال التصرفات العادية، وفي الوقت نفسه أنه يضيق من مجال القانون الإداري إذ يخرج من نطاقه هو كل تصرف إداري ليس له طابع خاصية السلطة العامة، و إضافة إلى ذلك تجاهله مستلزمات الحياة الإدارية الحديثة للإدارة المتطلبات تحتاج إلى قواعد خاصة لكي تسهل المهمة في تحقيق النفع العام [٢] .

وبناءً على ما تقدم فإننا لا نتفق مع ما اتجه اليه مجلس الدولة الفرنسي، فما المسوغ لجعل عقود مسماة بموجب إرادة المشرع وجعلها من اختصاص مجلس الدولة، وما المسوغ من عدم تسمية غيرها العقود؟ هل يُسوغ اتجاههم بمدى أهمية بعض العقود وافضليتها عن الأخرى؟ فبالحقيقة لا نجد كل مسوغ من هذا التنوع في خضوع بعض العقود دون الأخرى للرقابة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، وخاصة أن الفقه لم يقدم تسويغاً الى الآن ينصف به هذا الاتجاه، وفي مصر لا شك في أن فكرة العقود الإدارية وتطورها في النظام القانوني المصري التي نشأت تحت سقف الازدواج القضائي، وإنشاء قضاء إداري متخصص بالنظر في المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية، إذ إن هذا القضاء أستمر على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التي تطبق أمام المحاكم العادية، وهذا بدوره يسهم بشكل كبير في إنشاء القانون الإداري الذي يعد بطبيعته قانوناً قضائياً، والأمر الذي بدوره ينصرف على نظرية العقود الإدارية[٣] .

وبناءً على ذلك فإن القضاء المصري قبل إنشاء مجلس الدولة لسنة ١٩٤٦ لم يكن يعرف القواعد الإدارية المطبقة على العقود الإدارية في القضاء الإداري الفرنسي، إذ كان يطبق على تلك العقود القواعد الواردة في تشريعات الخاصة بكل عقد منها، أما في حال لم يكن هناك

---

[١] د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ١٢٨.

[٢] د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

[٣] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٦

تشريعات خاصة بالعقود الخاصة يطبق القاضي القواعد الواردة في القانون المدني، على أساس فكرة مفادها أن القاضي مهمته تطبيق القانون لا خرقه، وأن القاضي المدني دوره تطبيق القانون دون المساهمة في إنشاء أو خلق قواعد قانونية في حال غياب النص التشريعي[١]، واستمر هذا الحال حتى صدور قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة، وبدأت رحلة القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الإدارية تتسع شيئاً فشيئاً حتى صدور دستور ١١ ديسمبر لسنة ١٩٧١، ومن بعده قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة١٩٧٢ الذي أصبح بموجبه ولاية مجلس الدولة بالنظر في المنازعات الإدارية [٢].

أما العراق فيعد من دول القضاء الموحد في حقبة إنشاء المحاكم المدنية إلى سنة١٩٧٧، عندما صدر قانون تشكيل المحاكم الإدارية رقم ١٤٠ لسنة١٩٤٠، إذا كان القضاء العادي ينظر في النزاعات المطروحة أمامه كافة سواء كانت إدارية أو غير إدارية ويؤكد لنا ذلك نص المادة(٢٩) من قانون المرافعات المعدل رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩[٣] .

وبهذا الصدد يُثار تساؤل مفاده: هل شهد العراق بعد صدور قانون تشكيل المحاكم الإدارية رقم ١٤٠ لسنة١٩٧٧تحول عن نظام القضاء العادي فيما يخص المنازعات الإدارية؟

الإجابة عن هذه السؤال نرى على الرغم من صدور القانون المذكور، إلا أن هذه المحاكم بقيت متأثرة بالطابع المدني الذي يسود النظام القضائي في العراق، فلم تفرق بين المنازعات المدنية و المنازعات الإدارة من حيث الجهة المختصة بالنظر في هذه المنازعات، واستمرت المحاكم العادية بالنظر في كل نزاع تكون الإدارة طرفاً فيه من دون النظر إلى طبيعة ذلك النزاع، في حين نجد أن الغرض الأساس من إنشاء قضاء أداري في العراق هو إنشاء قضاء مستقل تماماً عن القضاء العادي يختص حصراً في المنازعات الإدارية فضلاً عن تخصصاتها الأخرى، واستمر الحال من صدور قانون إلى إلغاء قانون آخر إلى أن وصل الحال بصدور

---

[١] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤١.

[٢] د. جابر جاد ناصر، مرجع سابق، ص ١٩.

[٣] المادة(٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، والتي جاءت بالنص على(تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة و تختص بالفصل في كافة المنازعات إلى ما استثني منها بنص خاص)

القانون الذي انشاء أول مرة محكمة القضاء الإداري في العراق إلا وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ١٩٩٠/١٠/١، وعلى الرغم من ذلك بقيت المنازعات الإدارية تخضع للرقابة القضائية وفقاً لنظام القضاء العادي (المحاكم العادية) .

وبهذا تبرز لنا معالم القضاء الموحد من حيث مزاياه كونه اكثر تلاؤماً واتفاقاً مع مبدأ المشروعية، إذ يخضع الافراد والإدارة سواء الى قضاء وقانون واحد، وكذلك امتيازه بالبساطة والمرونة والتيسير على المتقاضين، إذ يخلو من التعقيدات التي تتشكل نتيجة تنوع وتوزيع الاختصاصات التي تعلو القضاء المزدوج، ولكن ما يؤخذ على هذا النظام مأخذين، الأول منه عدم مراعاته لطبيعة النزاعات الإدارية واختلافها عن المنازعات الأخرى، إذ تتماز المنازعات الإدارية بتحقيقها للمصلحة العامة من وراء ذلك الطرح، بخلاف المنازعات الفردية التي يسعى الافراد من ورائها تحقيق مصالحهم الفردية، والمأخذ الاخر يجعل نظام القضاء الموحد من الإدارة هيأة خاضعة للقضاء، إذ تسيطر القضاء عليها الى حد إصدار الأوامر والنواهي والزامها بتعديل قراراتها وهذا الامر غير محبب في العمل الإداري [١]

[١] د . سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٤٢.

الفرع الثاني

القضاء المزدوج

وجود جهة قضائية تتولى الفصل في المنازعات يفترض معها وجود مجموعة من الإجراءات والاحكام ساندة للعمل القضائي، ووجود جهات إدارية قادرة على دعم اعمالها طالما تتولى مرحلة التنفيذ من بعدها، تستهدف من ورائها إقامة العدل بين طرفي العقد، لذا يتطلب الامر مع ذلك وجود جهات قضائية تختص بالنزاعات الإدارية على الرغم من تعدد مهامها القضائية المتنوعة، ويتحقق ذلك بالتقسيم للمهام القضائية لجهات مستقلة الواحدة عن الأخرى[١].

ويقصد بأسلوب القضاء المزدوج بالمعنى القانوني هو" وجود نظام قضائي في الدولة يتألف من جهتين قضائيتين مستقلتين كل منهما عن الأخرى استقلال تام، وهما جهة القضاء العادي والتي تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الافراد والإدارة بوصف الأخير فرداً عادياً، وجهة القضاء الإداري التي تتولى الفصل في المنازعات الإدارية التي تثار بين الإدارة والأفراد" [٢] .

ويمثل القضاء الإداري انعكاساً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ أصبحت الإدارة تجمع بين صفتين وهي الإدارة العاملة و الإدارة القاضية، وأمام عدم منطقية هذا الوضع أدى ذلك إلى إهدار حقوق الأفراد، وهنا بادرت الثورة الفرنسية في بوادرها الأولى إلى إنشاء مجلس الدولة ورغم ذلك استمرت قرارات مجلس الدولة تتوقف في نفاذها على تصديق رئيس الدولة، وبذلك لم يعد هنالك ضمانة أكيدة لمصداقية هذه القرارات وحقوق الافراد المتعلقة بها، وبقيت هذه الاقضية تحت رحمة الإدارة العليا الى أن تم في مرحلة لاحقة منح مجلس الدولة السلطة وبصفة كاملة للنظر في المنازعات الإدارية والفصل فيها بصورة نهائية استكمالاً لصلاحياته وذلك

---

(1) Azambuja de Magalhaes Pinto, Les actes d'administration judiciaire en droit français eten droit brésilien (étude de procédure civile compare), Thèse de doctorat présentée à Université Panthéon–Sorbonne, Paris, 2017, p 15.

[٢] رائد نعيم العشي، ابطال القرارات الإدارية الضارة بالافراد(دراسة مقارنة)، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مص، ٢٠١٨، ص ٤٢.

بموجب قانون ٢٤ أيار عام١٨٧٢ [١]، وبهذا كانت فرنسا هي أولى دعائم الازدواج القضائي، اذ يوجد نوعان من المحاكم لديها وفي مقدمتها المحاكم الإدارية وعلى رأسها مجلس الدولة، وفي عام ١٩٥٣ أصبحت تتكون من مجالس أقاليم وسميت من ذلك الوقت بالمحاكم الإدارية، وحالياً يتكون القضاء الإداري وفقاً للقوانين والأنظمة المنظمة له من محاكم نوعية متخصصة بأنواع معينة من النزاعات والقضايا، ومجموعة المحاكم الإدارية في فرنسا حالياً من أربع وعشرين محكمة موزعة على أقاليم فرنسا كافة [٢].

أما في مصر فبدأت تأخذ بنظام القضاء المزدوج فعلاً في عام ١٩٤٦، إذ انشأ مجلس الدولة بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، وتولى مهمة الفصل في المنازعات الإدارية، لكنها شهدت قبل هذا التاريخ محاولات عدة للتدرج بطريقة مختلفة، إذ أنشئت جهتان قضائيتان، الأولى المحاكم المختلط لعام ١٨٧٥م والأخرى المحاكم الأهلية ١٨٨٣م، وعلى الرغم من وجود جهتين قضائيتين فإن النظام القضائي في تلك المرحلة كان قضاء موحداً، وحتى لم يكن متاحاً للقاضي أن يمارس أي نوع من الرقابة على أعمال الإدارة، وجاءت النصوص القانونية تمنعه من التصدي لنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وبعد صدور الأمر العالي في ٢٣ أبريل ١٨٧٩م بدأت أولى خطوات الاقتباس المصري للنظام الفرنسي، إذ أُنشئ مجلس يسمى (مجلس الوزراء) ومنح بعض التخصصات المهمة منها إبداء الرأي في المسائل القانونية وشؤون المصلحة العامة، وحل المشاكل المتعلقة بالاختصاصات القانونية واللائحة بين الوزراء، والفصل في الأعمال التي تتخذ ضد الموظفين بناءً على طلب رئيس الدولة، وينظر في القضايا الذي تلحق الضرر بأحد الأفراد من جراء تنفيذ أمر إداري، وكان قرار المجلس نهائيا ولا يحتاج إلى تصديق من جهات أخرى[٣]، وبصدور القانون الحالي لمجلس الدولة المصري (٤٧ لسنة

---

[١] د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص ٦٣ وما بعدها.

[٢] رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

[٣] إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، حقيقة الازدواج في النظام القضائي السعودي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، كلية العلوم والدراسات الإنسانية، جامعة قطر العدد،٢٩، ٢٠١٦، ص ٨، ويراجع ايضاً د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

١٩٧٢م)، اكتملت حلقة التحول القضائي إلى نظام القضاء المزدوج، ومنحت الولاية العامة للمجلس في نظر جميع المنازعات الإدارية.

ومما تقدم يتضح لنا أن القضاء الإداري، يتولى النظر في المنازعات الإدارية من حيث مدى مشروعية تصرفات الإدارة، وله في ذلك أن يحكم بالإلغاء متى ما كانت قراراتها غير مشروعة ويقضِ بالتعويض عن تصرفاتها الضارة المخالفة للقانون وبنود العقد، وكأصل عام إذا كان للقاضي الإداري صلاحية النظر في مشروعية الاعمال الإدارية، فليس له أن يبحث في مُلاءَمة هذا العمل ومدى تناسبه في تحقيق الهدف الذي صدر بموجبه القرار الإداري بهذا العمل، وليس لديه صلاحية اصدار اوامر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع بعمل أو يلزمها باتخاذ موقف معين، وليس له ايضاً اللجوء الى توقيع غرامات تهديدية على الإدارة لإجبارها لتتصرف بشكل معين [١] .

أما في العراق وبحسب ما تطرقنا اليه في الفرع الأول من هذا المطلب، فتدخل العقود الإدارية ضمن نطاق القضاء العادي الى هذه اللحظة، ولم نشهد حركة تطور في هذا الموضوع، وهنا نقف بالضد مع هذا الاتجاه، وكان الاجدر وجود جهة إدارية متخصصة للنظر في المنازعات الإدارية على وجه الخصوص، وعند مطالعة الاحكام القضائية نجد اغلبها ترد الدعوى الى محكمة البداءة لعدم التخصص بها، منها قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٨/ لعام ٢٠١٦/ تسلسل ١١ والذي جاء بنص القرار(لدى التدقيق والمداولة من هيئة تعيين المرجع وجد أن المدعي / وزير الصناعة والمعادن / إضافة لوظيفته اقام الدعوى المرقمة ١١٣٩/ب٢٠١٦/٥ لدى محكمة بداءة كركوك على المدعى عليه / وزير العدل / إضافة لوظيفته طالبا الحكم بإلزامه بإعادة وضع الحجز الاحتياطي على العقار المرقم ٩٣/٥١٨ م٥٣ خ.ت ، المسجل باسم (رعد سلمان علوان) لعدم تنفيذه العقد المبرم مع المدعي الخاص بتجهيز خمسة آلاف طن من مادة الصوديوم الكلورية وبتاريخ٢٠١/٧/٢٥ قررت المحكمة المشار إليها إحالة الدعوى على محكمة القضاء الإداري لنظرها حسب الاختصاص الوظيفي وفقاً للمادة

---

[١] د. رائد نعيم العشي، مرجع سابق، ص ٤٣، وينظر كذلك د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ٦٥.

٧/رابعاً من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وبتاريخ ٢٠١٦/٨/٢٩، قررت محكمة القضاء الإداري رفض الإحالة لتعلق موضوع الدعوى بالتزامات عقدية ناشئة عن العلاقة العقدية بين المدعي ومالك العقار وطلبت من هيأة تعيين المرجع تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى استناداً للمادة ٧/ثاني عشر من القانون المشار إليه انفاً، وحيث أن المحكمة مقيدة بالطلبات الواردة بعريضة الدعوى لـــذا تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي محكمـــة البداءة طالما أن المدعي طلب الحكم بإعادة وضع الحجز الاحتياطي على العقار المذكور وتعلق موضوع الدعوى بالالتزامات العقدية الناشئة بين دائرة المدعي ومالك العقار، عليه قرر إرسال الدعوى إلى محكمة بداءة كركوك لنظرها وحسمها على وفق أحكام القانون وإشعار محكمة القضاء الإداري بذلك، استناداً لأحكام المادة ٧/ثاني عشر من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.[١]

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨/هيئة تعيين المرجع/٢٠١٦/ تسلسل ١١/ بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٩، **(غير منشور)**، وحكمها ايضاً المرقم ٣٠١٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢١/تسلسل٢٩١٧/بتاريخ ٢٠٢١/١١/٧والذي جاء بنص القرار(عند عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للأصول واحكام القانون إذ الثابت في اضبارة الدعوى ومستنداتها لدى محكمة بداءة كركوك كانت قد نظرت الدعوى وحسمتها بالرد موضوعاً رغم كون العقد موضوع الدعوى والمبرم بين طرفيها هو عقد تجهيز وفقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية والذي ينعقد اختصاص النوعي في نظرها لمحكمة بداءة كركوك المختصة بالدعاوى التجارية... لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة اضبارته لمحكمتها لأتباع ما تقدم...)،**(غير منشور)**، ويوجد كذلك بهذا الخصوص قرار مشابه لمحكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٤٧/الهيئة استئنافية منقول/٢٠٢٢/تسلسل ٥٥٧ بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢١ والذي جاء بنص القرار(قضت بفسخ الحكم البدائي وردت الدعوى لان محكمة البداءة نظرت الدعوى موضوعياً وقضت بردها رغم أن موضوع الدعوى يدخل في اختصاص محكمة البداءة المختصة في الدعاوى التجارية فبالتالي يتعين على محكمة استئناف فسخ الحكم المستأنف ورد الدعوى وهذا ما قضى به الحكم المميز..)، **(غير منشور)**.

المبحث الثاني

نطاق الرقابة القضائية للجزاء المالي والآثار المترتبة عليه

يصل قرار الجزاء المالي الى مرحلته الاخيرة باستقراره تحت نطاق قضائي معين، وهنا تبدأ مرحلة البحث في مدى الامتياز أو الصلاحية الذي يتمتع به هذا النطاق تجاه قرار فرض الجزاء المالي على المتعاقد، سواء كان خاضع للرقابة القضائية تحت نطاق رقابة المشروعية، أو تحت نطاق رقابة المُلاءَمة، ومن ثم خضوعه لاحد النطاقين غايته الخروج بصورة معينة.

وبعد ما تقدم نكون خاضعين لمبدأ الأثر القانوني الذي يتمثل بأحداث تغيرات في المراكز القانونية لكل من الإدارة والمتعاقد بعد مرحلة الرقابة لقرار الجزاء المالي، وتعد مرحلة الأثر هي اخر محطات الرقابة القضائية، تسري بناءً على طلبات الطاعن ووفق ما يقضي به صحة القانون، ونكون هنا امام أمرين الأول منه هو تحقيق غاية ومبتغى الطاعن من وراء طعنه، وتحقيق الصالح العام الذي توقفت الإدارة عنه بانحراف سلوكها لقرار فرض الجزاء المالي، لذا **سنتناول في هذا المبحث كل ما ذكر أنفاً في مطلبين مستقلين وذلك على النحو الآتي:**

المطلب الأول

نوع الرقابة القضائية للجزاء المالي

من المعلوم أن الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في مجال فرض الجزاء المالي على المتعاقد، هي رقابة ملائمة لا رقابة مشروعية، إذ تتوغل في مدى مُلاءمة قرار الجزاء المالي مع الواقعة المرتبكة من المتعاقد، أو مدى التناسب القائم بين المخالفة المنسوبة والجزاء المالي المفروض على المتعاقد، وبناءً على ما تقدم يمكن للقاضي الإداري أن يحكم على مشروعية الجزاء المالي، متى ما اتضح له أن الجزاء المفروض لا يتناسب مع الواقعة المتركبة أو توغلها الغلو، أو أن الواقعة المنسوبة للمتعاقد لا ترتقى الى حد من الجسامة لتصل لمرحلة تسويغ الجزاء.

وعليه سنتطرق الى أنواع الرقابة القضائية على الجزاء المالي بعد تقسيمها على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

رقابة المشروعية

تخضع ممارسة الوظيفة الإدارية على أساس جوهري تقوم عليها دولة القانون والنظام ويعرف بمبدأ المشروعية ويطلق هذه الصفة على كل ما هو متطابق وفق احكام النظام[١]، ويقصد بالرقابة على المشروعية هي "توافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة مع قواعد قانونية موضوعة من قبل، والمقصود بالقانون هنا كافة انواع القواعد القانونية في الدولة سواء كانت عرفية أو القضائية أو تشريعية، بصرف النظر عما إذا كانت هذه الأخيرة دستورية أو عادية" [٢] .

ويتجلى مبدأ المشروعية في اتجاهين أولهما الاتجاه الموضوعي والذي يقصد به هو "أن لا تأتي الإدارة بكل عمل أداري مهما كان موضوعه بالمخالفة للقاعدة النظامية النافذة وقت القيام بالعمل، وإلا تصدر الإدارة قرارات إدارية مخالفة القاعدة النظامية سارية المفعول، وإلا كانت هذه القرارات مشوبة بالبطلان مما يستوجب الغائها قضائياً [٣]، والاتجاه الآخر هو الاتجاه الشكلي ويقصد به " المظهر الخارجي والإجراءات التي تعبر بموجبها الإدارة عن ارادتها وفقاً للقانون[٤].

وفي ضوء ما تقدم يتوجب على الإدارة عند قيامها بأعمالها أو إصدارها لقراراتها لفرض الجزاء المالي، أن تحترم القواعد القانونية النافذة المنظمة لذلك الجزاء، وهذه القواعد تتصف بصفة الالزام الذي ينبغي على الأفراد و الإدارة احترامها سواء، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ

---

[١] د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الادارية ومنحنياتها، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٤، ص٣٠.

[٢] د. محمد رفعت عبد الوهاب، قضاء المشروعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٧.

[٣] د. رأفت فودة، مرجع سابق، ص ٣٠

[٤] د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٩، ص ٢١٨.

المشروعية فالمشروعية بهذا النطاق تعني "تلك الصفة التي تلحق كل تصرف أو عمل يتفق مع القانون" [١].

وبناءً على ذلك فإن الاعتبارات والامتيازات لسلطة الإدارة بتوقيع الجزاء المالي على المتعاقد في حال الإخلال بالتزاماته، لا يؤدي الى القول إن هذه السلطة سلطة مطلقة خالية من كل شرط أو قيد، إنما سلطتها سلطة مقيدة ومنظمة اذ يجب أن تستعملها عن طريق صدور قرار إداري يفرض جزاء مالي ضد المتعاقد، وكون القرار الإداري بصورة عامة يخضع لمبدأ المشروعية من اركانه الخمسة كافة(الاختصاص و الشكل والمحل والسبب والغاية)، وكوننا تطرقنا في الفصل الاول من هذه الرسالة الى عنصري السبب والغاية وقلنا إن قرار الجزاء المالي يصدر بسبب إخلال المتعاقد بواجباته وتهاونه في تنفيذ التزاماته، وأن الغاية المرجوة من ذلك القرار هو تحقيق للمصلحة العامة ودفع الضرر، لذا فمتى ما كان قرار الإدارة بفرض الجزاء المالي على عكس ما ذكر فلا يكون بمنجى من الإلغاء، وايضاً تطرقنا في الفصل الثاني من هذا الرسالة لضمانات المتعاقد من قرار الإدارة بفرض الجزاء المالي من ناحية اختصاصها الحصري بفرض الجزاء المالي والتبليغ به قبل تنفيذه وتسبيبه، لذا لا مجال لإعادة ذكر كل ركن من اركان القرار الإداري يما يخص قرار الجزاء المالي منعاً للإسهاب، أما بالنسبة الى الشكل الذي يتخذ بموجبة قرار الجزاء المالي فيجدر بنا التمييز بين الشكليات الجوهرية والشكليات غير الجوهرية، إذ تقرر الأولى منه لمصلحة المتعاقد لحماية مصالحه وحقوقه، بينما الثانية منه هي اساساً لم ينص القانون على ضرورة الالتزام بها أو أنها مقررة لمصلحة الإدارة، لذا فعدم مراعاة الأولى يؤثر سلباً على مشروعية القرار الإداري، أما مخالفة الثانية لا يؤثر على الاطلاق، وتتمثل الشكليات الجوهرية في حالتين، الأولى منه الإجراءات والشكليات التي تتطلب مراعاتها قبل اتخاذ القرار بوصفها ضمانة أساسية لحماية حقوق المتعاقد (منها إجراءات تشكيل لجان أو اتخاذ قرار دون تحقيق وغيرها)، والحالة الأخرى مخالفة اللغة التي يجب إن يوقع بها قرار الجزاء المالي [٢] .

---

[١] د. سعاد الشرقاوي، الوجز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٣، ص ٣٩.

[٢] عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، ٢٠١٤، ص ١١٦-١٢٠.

وفي كل الأحوال مشروعية تصرفات الإدارة سواء فيما يخص قرار الجزاء المالي كونها تصرفات تخضع لحدود القانون، وتختلف القواعد القانونية من حيث مصدرها وهي إن ارتبطت مع بعضها بعض إلا أنها ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة والمصدر، وفي حال أصدرت الإدارة قرار الجزاء المالي غير متفق مع هذه المبادئ كان قرارها معيباً، وتتدرج عيوب القرار الإداري في الشدة ومن هذه العيوب ما يؤدي إلى انعدام القرار الإداري على عّده كأنه لم يكن، ومنها ما يعد عيب غير جسيم لا يمس اركان القرار الإداري، إلا أنه يمس شرط من شروط صحة القرار الإداري مما يؤدي إلى قابليتها للإلغاء القضائي [١] .

وهنا نكتفي بالتنويه لمعارضة البعض نحو التكيف القانوني لقرار الإداري فيما يخص قرار فرض الجزاء المالي على المتعاقد بكونه لا يعد قراراص إدارياً خالصاً، إذ جعل بعضهم أن القرار الصادر بتوقيع الجزاء المالي على المتعاقد قرار غير أداري، وأن المنازعات الإدارية في قرار توقيع الغرامات لا تكون تحت نطاق قضاء الإلغاء، وإنما تقع تحت نطاق القضاء الكامل دون التسليم على وصفه قرار إداري، **ونحن هنا نتفق مع الرأي القائل** " إن القرار الصادر بتوقيع الغرامات وكل جزاء آخر يفرض على المتعاقد مع الإدارة يعد من قبل القرارات الإدارية التي تصدر من أي جهة إدارية، والغاية منها هي أحداث أثر قانوني وهو توقيع الجزاء على المتعاقد معها، ولا يقبل الطعن فيه بالإلغاء من المتعاقد اذ تكون له دعوى أخرى للمنازعة في هذا القرار وهي دعوى القضاء الكامل، والتي تضمن له مزايا اكثر، أما غير المتعاقد من حقه أيضاً الطعن في هذا القرار إذا توافرت فيه المصلحة أو الصفة، والتسليم على وصف قرار الجزاء المالي من قبل القرارات الإدارية هذا يقود بنا إلى أن القرار الإداري الصادر بفرض الجزاء يخضع إلى ذات المبادئ والقواعد العامة التي تخضع لها كل القرارات الإدارية " [٢].

وعند مطالعة القرارات القضائية للقضاء العراقي، نجده طبق أركان مشروعية قرار الجزاء المالي بحذافيره ومنها ركن الاختصاص ولصحة الجزاء المفروض طبقت ذلك من ناحية الإدارة من جهة ومن ناحية القضاء المختص بنظر دعوى ذلك الجزاء من جهة اخرى ونحن مع

---

[١] د. محمود حلمي، عيوب القرار الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، العدد ٢، ١٩٧٠، ص ٩٥

[٢] نقلاً عن رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

ذلك التوجه الصحيح، إذ ركن الاختصاص في قرار الجزاء المالي ينقسم بدوره على جانبين، الأول يتمثل في المرحلة الأولى قبل الطعن في الجزاء والذي تتولاه الجهة الإدارية، والجانب الثاني تخصص القضاء، الذي يتمثل بالمرحلة الثانية بعد إيقاع الجزاء ، الذي تتولاه الجهة الإدارية المختصة حصراً، ومنه قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٦٥١| الهيأة الاستئنافية عقار| ٢٠٢٢| بتاريخ ١٧|١٠|٢٠٢٢ والذي جاء به " ادعى وكيلا المدعيان المميزان لدى محكمة بداءة كركوك سبق لمحكمة استئناف كركوك الاتحادية وان أصدرت قرارها المرقم ٣/٣/س/ ٢٠١٩ الذي يقضي بفسخ الحكم البدائي المرقم ٤٨٤/ب/٢٠١٩ القاضي بفسخ العقد بين موكليه وبين المستثمر(سليمان عبدة سليم) المدير المفوض لشركة يارين للمقاولات العامة وبتاريخ ٢٠١٩/٤/٢١ تنازل المستثمر المذكور عن الاجازة الاستثمارية المرقمة (٣٠) في ٢٠١٢/٩/٣ للمستثمر بدران خضر أبوبكر، لذا طلبا دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد والزام المدعى عليه بإعادة مبلغ مقداره(...) امريكي الى موكليه قررت المحكمة احالة الدعوى إلى محكمة بداءة كركوك المتخصصة بالدعاوى التجارية أصدرت المحكمة المذكورة قرارها بالعدد ٥٦ تجارية ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/٢٨ حكماً يقضي بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعيان مبلغاً مقداره(واحد وخمسون الف واربعمائة دولار) يوزع مناصفة بينهما وتحميل المدعى عليه المصاريف ورد الدعوى بالزيادة البالغة.." وأصدرت محكمة التمييز قرارها وجاء بنص القرار " إذ أن المدعيين المميزين طلبا الزام المدعى عليه بإعادة مبلغ ستة وخمسين الفا وستمئة دولار) بفسخ العقد المرقم٢٩٦ في ٢٠١٢/١١/١٨ بينهما وبين المستثمر المدير المفوض لشركة يارين للمقاولات العامة/إضافة لوظيفته الذي تنازل عن الاجازة الاستثمارية للمدعى عليه، ولأن قضاء هذه المحكمة أستقر على أن عقود البيع المبرمة بين المستثمر والمواطنين الراغبين بالشراء لا علاقة لها بالعقد المبرم بين المستثمر الخاصة بتلك صاحب الاجازة الاستثمارية وهيأة الاستثمار وأن محكمة البداءة هي المختصة بنظر الدعاوى العقود فيكون الحكم الصادر من محكمة بداءة كركوك المختصة بالدعاوى التجارية صادراً من محكمة غير مختصة نوعياً مما يقتضي التصدي له

بالفسخ ورد الدعوى لعدم الاختصاص لذا صدر القرار بالاتفاق استناداً للمادة ٣/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في ٢٠٢٢/١٠/١٧ [١].

وفي قرار آخر لها المرقم٣٣٧٥| الهيئة الاستئنافية منقول|بتاريخ١٣|١٢|٢٠٢١ والذي جاء به

" ادعي وكيل المدعي (المميز عليه) لدى محكمة بداءة (كركوك) أن المدعى عليه مشغول الذمة لموكله بمبلغ تسعون مليون واربعمئة وخمسون ألف دينار عن مستحقات حماية المنشأت النفطية (خطوط وحماية حقن الماء) بموجب عقد حماية المنشأة النقطية المرقم (٣٨_ لسنه ٢٠١٤) وحسب التفصيل الوارد في عريضة الدعوى ، لذا طلب دعوته للمرافعة والزامه بإعادة المبلغ المذكور وتحميله الرسوم والمصاريف والاتعاب ، أصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٠٢١/٩/٢٣ وبات على المرقمة (١٣٩١/ب/٢٠٢١) حكما بالزام المدعى عليه _ إضافة لوظيفته مبلغ قدره تسعون مليون واربعمئة وخسون الف دينار وتحميله الرسوم والمصاريف والاتعاب ، طعن وكيل المدعى عليه بالحكم المذكور استئنافاً المؤرخة في ٢٠٢١/١٠/٧ ، أصدرت محكمة استئناف (كركوك _ الاتحادية) بتاريخ ٢٠٢١/١١/٨ حكماً بتأييد الحكم البدائي ورد الاعتراضات الاستئنافية... " واصدرت محكمة التمييز قرارها والذي جاء" لدى التدقيق والمداولة وجد بأن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية... وتبين بأن الدعوى أقيمت امام محكمة بداءة (كركوك) وجميع محاضر جلسات المرافعة جرت امام محكمة البداءة المذكورة الا انه لوحظ بان أعلى ورقة مسودة الحكم مكتوب فيها عبارة (محكمة بداءة كركوك الدعاوى التجارية) في حين ان تشكيلة المحكمة في الورقة نفسها تضمنت أن المحكمة التي أصدرت الحكم هي محكمة بداءة كركوك مما كان المقتضى الوقوف على أسباب هذا الاختلاف في اسم المحكمة التي أصدرت الحكم وهل أن المحكمة التي نظرت الدعوى وحسمتها هي محكمة البداءة ام محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية لأنه في الحالة الثانية يكون الحكم صادر من محكمة غير مختصة نوعياً بنظر الدعوى لان العقد موضوع المطالبة المبرم بين الطرفين غير مشمول باختصاصات المحكمة التجارية بموجب بيان مجلس القضاء الأعلى بالعدد (٧٢_ لسنه ٢٠٢٠)

---

[١] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم٣٦٥١| الهيئة الاستئنافية عقار| ٢٠٢٢|= =بتاريخ١٧|١٠| ٢٠٢٢ =تسلسل٤٠٩٦،(غير منشور) .

وإذ إن الحكم المميز لم يراعٍ ذلك مما اخل بصحته لذا واستناداً للمادة (٢١٠/٣) من قانون المرافعات المدنية قرر نقضه وأعادة الاضبارة الى محكمتها لاتباع ما تقدم وإصدار الحكم القانوني السليم في ضوء ما تتوصل اليه من نتيجة..." [١] .

الفرع الثاني

رقابة المُلاءَمة

تعرف المُلاءَمة في القانون الإداري بأنها " النشاط الذي تتمتع به الإدارة بسلطة تقديرية وفقاً لما تراه مناسباً بما لا يخالف نصاً قانونياً أو لائحة [٢]

فمن مقتضيات مشروعية الجزاء المالي للعقد الإداري يتوجب فحص التصرف الإداري للتأكد من سلامته من الناحية القانونية، وهنا يقتصر دور القاضي في رقابة المُلاءَمة على المقابلة أو المقارنة ما بين التصرف المطعون به(قرار الجزاء المالي)، وبين القاعدة القانونية النافذة المتصل به، وصحة تطبيق القانون لهذه القاعدة، وفي المبدأ العام لا يجوز أن يعقب القاضي الإداري على جوانب النشاط الإداري الذي لا يخضع لقواعد قانونية تحكمها، ووفق معنى آخر لا يجوز التعقيب على النشاط الذي تتمتع بموجبه الإدارة بالسلطة التقديرية، إذا تمتلك الإدارة وحدها حق تقدير ملائمة بعض جوانب هذه النشاط أو عدم ملائمته [٣] .

ومن ناحية الترابط ما بين رقابة مشروعية رقابة المُلاءَمة فالقاضي الإداري عنده ممارسة الرقابة المُلاءَمة، فإنه لا يخرج عن رقابة المشروعية وذلك لأن المُلاءَمة في هذه الحالة هي عنصر من عناصر مشروعية، وبالنتيجة يتبين لنا هنالك فارق أساس ما بين الشرعية والمُلاءَمة، اذ إن المشرعية يقصد به التزام التصرف الإداري لجوانب القواعد القانونية، أما المُلاءَمة فهو ملائمة التصرف الإداري ومناسبته وموافقته أو كونه صالحاً من حيث الزمان

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٣٣٧٥| الهيئة الاستئنافية منقول|بتاريخ١٣|١٢|٢٠٢١ تسلسل٣٢٧٤، **(غير منشور)**.

[٢] د. عبد الفتاح حسن، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ١٩٨٢، ص ١٢٥.

[٣] د.سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٨٣.

والمكان و الاعتبارات المحيطة به، لذا ففكرة المُلاءَمة هي فكرة نسبية وهذا لا يعني أن المشرعية والمُلاءَمة هي فكرتين متناقضتين أحدهما عن الأخرى، فأن قلنا شرعية القرارات الإدارية بالإمكان تقديرها على أساس قاعدة من القواعد القانونية، فإن تقدير ملائمة هذا التصرف وهذا الإجراء أو القرار لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية [١] .

ومما تقدم يتبين لنا فكرة مفادها، أن الأصل في رقابة القضاء الإداري بصورة عامة هي رقابة مشروعية، ولا تمتد لتشمل البحث عن مدى تناسب القرار الإداري بغض النظر سواء كان القرار يتضمن جزاء مالياً أو غيره، مع الواقعة المستندة إليه لأن تقدير أهمية الواقعة ومدى خطورتها هي مسألة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، وهذا الاصل يرد عليه مجموعة من الاستثناءات ومنها هي ما يتضمن توقع الجزاء. [٢]

ولقد ورد التأكيد على مبدأ التناسب بموجب المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام ١٧٨٩، حين أكدت أن تكون العقوبة لازمة ومتناسبة مع السلوك غير القانوني والمصلحة المعتدي عليها، بقدر الضرر الذي أصابها وبالنظر إلى الخطأ الواقع من الفعل، وفي هذه المادة خطاب للمشرع بضرورة مراعاة مبدأ التناسب بين السلوك غير المشروع والجزاء المقرر ضده [٣] .

ومما تقدم يتبين لنا أن الإدارة بموجب صلاحيتها وامتيازاتها في فرض الجزاءات المالية، عليها البحث عن الجزاء الأكثر ملائمة في ضوء ممارستها لسلطتها التقديرية مما يجعلها داخل التزام قانوني بالبحث عن المشروعية التي توصلت اليها بواسطة السلطة التقديرية، وتعد السلطة التقديرية سلطة قانونية وليست سلطة تحكمية أو تعسفية، ومن ثم فإن هذه السلطة تخضع للرقابة

---

[١] د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القانون الإداري، ج١ ، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٠٠.

[٢] د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٤٢٤.

[٣] د. أمين مصطفى محمدو النظرية العامة للقانون العقوبات الإداري، مرجع سابق، ص ٦٢.

القضائية عليها من حيث مشروعيتها و ملائمتها [١]، وعليه يجب على الإدارة عندما تقرر فرض الجزاء المالي أن يكون قرارها إعمالاً بمبدأ التناسب، الذي يجب فيه مراعاة أمرين، الأمر الأول هو الالتزام بالمعقولية عند اختيار الجزاء المالي فيما بين خطورة المخالفة المنسوبة للمتعاقد بالنسبة إلى المصالح الإدارية، و المصلحة التي تحققت من المخالفة نفسها، والامر الاخر هو التزامها بعدم التعدد في الجزاءات المالية عن المخالفة الواحدة[٢] .

أما موقف العراق والدول المقارنة من نطاق الرقابة على قرار فرض الجزاء المالي العقد الإداري، فقد اتفق قضاء كل من فرنسا ومصر والعراق على الاخذ برقابة المُلاءَمة على قرارات الإدارة عامة، ففي فرنسا قد قطع القضاء الإداري الفرنسي شوطاً واسعاً في الرقابة على أعمال الإدارة، حتى وصل إلى شمول رقابته على تقدير الإدارة للوقائع ومدى مُلاءَمتها، بالنسبة للمصلحة العامة، و أنشأ في ضوء ذلك نظريتين " نظرية الغلط البين في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع وتكاليف القرار الإداري" و بواسطة كلتا النظريتين اخذ القضاء الفرنسي يلغي القرارات الإدارية التي يشوبها الغلط الواضح من جانب الإدارة في تقدير الوقائع [٣]، أما بالنسبة إلى مصر فإن القضاء الإداري على الرغم من عدم وصوله إلى مرحلة التطور الذي حصل في القضاء الفرنسي، إلا أنه قد أنشأ نظرية الغلو في مجال الرقابة على القرارات الإدارية، ويعد حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١١ تشرين الثاني عام ١٩٦١ نقطة تحول أساسية في الرقابة الى مدى ملائمة القرار الإداري، وبعد هذا الحكم استمر القضاء الإداري المصري بالرقابة على ملائمة قرار الجزاء المفروض وعدم غلو الإدارة في إيقاعها على المتعاقد [٤]، وفي العراق فنجده ساير نظيره المصري والفرنسي في هذا الاتجاه المتقدم في رقابة المُلاءَمة على القرارات الصادرة وفرض الجزات المالية على المتعاقد، ومنها نجد قرار

---

[١] د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٩.

[٢] د. احسان سليمان خربيط، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

[٣] د. ماهر صالح علاوي، الغلط البين في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون– جامعة بغداد، مجلد ٩، ١٩٩٠، ص ١٨٨.

[٤] حكم مشار اليه لدى د. ماهر صالح علاوي، نفس المرجع، ص ١٩٩.

محكمة التمييز الصادر في ٢٠٠٤/٣/٨والذي جاء فيه " لدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض وجد أن التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه" [١] .

وعلى ضوء ما تقدم يتبين لنا، ضرورة وجود رقابة المُلاءَمة على قرار الجزاء المالي لإقامة موازنة القسط في اتجاهات عديدة، وهي مقدار الخطورة التي لحقت في المصلحة العامة ومقدار ما يناله الجزاء من حق أو حرية أساسية، و حتى يتم الوصول إلى نقطة التوازن المرجوة يجدر أن يقف قرار الجزاء المالي إلى حد التناسب، والذي لا يكون به جزاء قاسياً ولا يكون في الوقت نفسه جزاء واهياً مما يؤدي إلى هدر مصالح أساسية .

وهذه بدوره يعني، أنه بإمكان القاضي الإداري مراقبة مدى التناسب بين قرار الجزاء المالي ومحله، وذلك بهدف عدم السماح للإدارة أن تثرى على حساب المتعاقد معها أو تستعمل سلطتها في غير الموازين الموضوعة لها أو غير مسوغها ، وعلى الرغم من كل ذلك فإن ما يمتلكه القاضي الإداري من صلاحيات، لا يعني تدخله في السلطة التقديرية للإدارة، فإذا وصل الجزاء المالي لمرحلة تقدير الإدارة فالقاضي الإداري يتدخل في الحد المعقول، والذي هو البحث في حيثيات الجزاء في حال جاء جزاء مفرط في الصرامة والشدة وعدم المعقولية في التخفيف ايضاً [٢] .

---

[١] قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٩ بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٨، مشار اليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

[٢] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٤٣٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الطعن بالجزاء المالي

حينما يصدر قرار فرض الجزاء المالي تبدأ مرحلة التنفيذ ويكون للمتعاقد أحد الطريقين، أما القبول بهذا التنفيذ طوعاً أو حتى جبراً، أو يسلك طريق الطعن بهذا الجزاء وتحصيل أثر ذلك الطعن عند البحث في مدى مشروعيته ومُلاءّمته، بناءً على أن الطعن بالقرارات الصادرة تجاه الافراد هي أحد الحقوق الدستورية المكفولة، وتتقسم اثار الطعن بالجزاء المالي بمجموعة من الآثار السلبية والايجابية، وبكل تأكيد ما هو ايجابي تتمثل بالعديد من المزايا تكون من نصيب المتعاقد، التي تتمثل بحصوله على التعويض أو تعديل قرار الجزاء المالي ، وكل اثر سلبي يكون مردوده على الإدارة، لأن كل الغاء أو فسخ لقرار الجزاء المالي هو بمثابة اقامة الدليل على عدم مشروعية وعدم ملائمة الجزاء المتخذ تجاه المتعاقد.

وبناءً على ما تقدم فسيتم تسليط الضوء على الآثار المترتبة على الجزاء المالي عبر فرعين، فأما الفرع الأول فسيتناول فيه الآثار المتحققة بالنسبة للطاعن، وأما الفرع الثاني فسنتعرف فيه على الآثار المتحققة بالنسبة للإدارة وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الآثار المتحققة بالنسبة للطاعن

تتعد الآثار المتحققة بالنسبة للطاعن ما بين التعويض أو صلاحية تعديل قرار الجزاء المالي وسنتطرق الى كليهما وفقاً للآتي:

أولاً : التعويض عن قرار الجزاء المالي : قبل التطرق الى الآثار التي ممكن أن يرتبها القضاء على رقابته لقرار الإدارة فيما يخص الجزاء المالي، يجدر بنا التنويه على أمر في غاية الأهمية، إلا وهو إمكانية لجوء كل من فرنسا والعراق للتحكيم بموجب نص يرد ذكره موجب العقد الإداري أو في بنوده الملحقة و يكون الأسبق من القضاء من النظر في حيثيات الآثار التي ممكن يرتبها موجب النزاع القائم ويكون القرار الذي يتم التوصل اليه بموجب لجنة التحكيم نافذاً

وسارياً بحق المتعاقدين، فنفهم من ذلك أن طريق الطعن بالجزاء المالي لا يقتصر على وجود جهة قضائية فقط [١].

أما فيما يخص التعويض فهي أحد الآثار التي يحققها القضاء نتيجة الطعن بقرار الجزاء المالي ويصب بمصلحة المتعاقد، ويتفاوت مقداره حسب جسامة الضرر الذي أحدثته الإدارة بذمته المالية أو ما نال من حقوقه، وعنده الحكم بعدم مشروعية الجزاء المالي هذا يعني أن ضرر هذا الجزاء جاءه بغير مقتضى القانون، وهنا لا محال تثير مسؤولية الإدارة عن قرارها عند حصول التنازل بين عدم المشروعية والمسؤولية وذلك لأن عدم المشروعية هي أحد أركان الخطأ الموجب لقيامها [٢] .

وعلى الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق بين أوجه عدم مشروعية الجزاء من حيث ترتيب مسؤولية الادارة، وذلك بوصف عدم المشروعية تكون دائماً بدرجة من الجسامة تحت نطاق المحل و الغاية، مما يوجب قيام المسؤولية في هذه الحالة ولم يعتد بعدم المشروعية في نطاق عيب السبب والشكل والاختصاص إلا إذا بلغ الضرر حداً من الجسامة لا يغتفر له[٣]، وإشترط قبل تقديم كل طعن بقرار إداري بموجب عقد إداري أن يتم تقديمه الى مجلس الدولة الفرنسي خلال(٣٠) يوم من تاريخ التبليغ به أو نشره في الجريدة الرسمية، أما في حال اتخاذ الإدارة بعضاً من الإجراءات التحفظية بخصوص العمل قيد الالتزام، فلا يمكن لمجلس الدولة الفرنسي التطرق لها إلا اذا طعن بها المتعاقد أيضاً[٤] .

ويراعي القاضي الإداري عنده تقدير التعويض مدى اسهام الإدارة بأخطاء فعلية أدت إلى حصول الضرر، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ ٢١ /١٢/ ١٩٩٩ والذي جاء فيه " من حيث الضرر الذي اصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة

---

[١] المادة(٨/ ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، وينظر كذلك
Philippe malaurie, Laurent aynr's, droit des contrats spe'claux, 8e', lgdj, lextenso, 2016, p 677- 678.

[٢] د. محسن خليل، قضاء الإلغاء والتعويض، مكتبة الصحافة، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٣٠٥.

[٣] د. ابو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٢٥٤.

[4] Code de justice administrative, Selon le dernier amendement de 2021, p196.

والمؤسسة معاً، فالفرض بأن المؤسسة عالمة بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذي لا يعذر احد بجهله به..... ويتمثل خطأ الإدارة في كونها طرح المناقصات على أساس عينه نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية، مع ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية... وإذا كان الخطأ مشترك كان للقاضي أن يقدر نصيب كلا من المسؤولين عن الخطأ في التعويض" [١] .

ويشترط في التعويض أن يكون تعويضاً عن جميع ما أصابه الشخص من اضرار، بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ويتم تقدير التعويض حسب جسامة الضرر الذي لحق المتعاقد، لا مع مقدار الخطأ والسبب في ذلك أنه عندما نعود لنطاق المسؤولية التقصيرية فأنه يقدر على أساس الخطأ ثم الضرر و العلاقة سببية ما بين الاثنين، وعلى العكس تماماً في نطاق المسؤولية العقدية إذ يتم تقدير التعويض على أساس الضرر ويتولى القاضي تحديد مقداره وبجميع الأحوال على أن لا يتجاوز مقدار التعويض ما طلبه المضرور، استناداً إلى المبدأ القائل بأن " القاضي لا يجوز أن يحكم إلا في حدود طلبات المدعي بحيث لا يكون التعويض إلى مقابل الضرر الفعلي"، وفي حال وجود نظام قانوني خاص يختص به تقدير التعويض هنا يكون القاضي مقيد بهذه الحالة وفوق هذا النظام استناداً إلى مبدأ الخاص يقيد العام و اخيراً يشترط على القاضي عنده تقديره للتعويض مراعاة ظروف ملابسات التي تحيط بالإدارة عند ارتكاب هذا الفعل الضار كحالة إلغاء القرار الإداري لسبب بسيط في الشكل أو مجرد عيب في الشكل [٢] .

والسؤال الذي يُثار بهذا الصدد، ما السقف الزمني الذي يتم فيه تحديد مقدار التعويض؟ هل وقت حصول الضرر للمتعاقد أو وقت اصلاحه؟

الإجابة عن هذا التساؤل يشترط بالتعويض بوصفه مبدأ عاماً أن يكون التعويض شاملاً لما سببه فعل الإدارة من خسارة المتعاقد وما فاته من كسب، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٢٧ تشرين الثاني لعام ١٩٦٨ الذي جاء فيه " إن عدم حصول التسليم

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/١٢/٢١، مشار اليه لدى حسان بعد السميع هاشم، مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

[٢] د. محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص ٢٣١.

النهائي لأعمال تعهدات الجمعية النقابية للتعمير بأن يكون تحت رعايتها يجعلها تحتفظ بصفة رب العمل دون شك ينتج عن هذا أنه من حق المقاول مطالبتها بالتعويض عما وقع منهت من أخطاء في أداء مهمتها كمرفق عام" [١]، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها بتاريخ والذي جاء به "متى كان طلب الطاعن الذي طلبه أمام محكمة الموضوع لما لحقه من خسارة ولم يدخل في هذا التقدير ما فاته من كسب كانت محكمة الموضوع لا تلتزم لتقدير التعويض إلا في حدود عناصره المطلوبة فإنه لا يقبل الحكم بالقصور بأنه مقدار التعويض عن الكسب الفائت الذي لم يطلب الطاعن" [٢] وأتفق المشرع العراقي مع نظيره الفرنسي والمصري، بأن التعويض هو التزام بتحقيق غاية ما لم يثبت أن الأخلال قد نشأ عن سبب أجنبي، وقد أصدر القضاء بهذا الخصوص أحكاماً عديدة منها حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية بين كل من المدعى (..) والمدعى عليه/ مدير بلدية كركوك الاتحادية والذي ادعى به المدعين لدى محكمة بداءة كركوك بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٧ بتعاقد ورثة المدعين مع المدعى عليه مدير بلدية كركوك/ اضافة لوظيفته على ترتيب حق المساطحة على القطعة المرقمة ... والبالغ مساحتها... لاتخاذها مساحة لوقوف السيارات ولمدة خمس سنوات ببدل ايجار قدره... إلا أن المدعى عليه امتنع عن تسليم القطعة الى تاريخ انتهاء العقد وذلك لوجود تجاوزات عليها من القطع المجاورة.. فأصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً وقضى(بفسخ الحكم البدائي والحكم بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعين التعويض البالغ(٤٠٠٠٠٠٠٠) أربعون مليون دينار وفق التفصيل المذكور..) [٣] .

ثانياً : تعديل قرار الجزاء المالي : في حالة يجيز المشرع الطعن بقرار الجزاء المالي بطريقة دعوى القضاء الكامل، فهنا تكون صلاحية القاضي الإداري بأن يمده رقابته لأبعد من ما تصل إليه رقابة الإلغاء، إذا إن النطاق يكون أوسع امامه وذلك بوصف أن دعوة القضاء الكامل هي

---

[١] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٧/نوفمبر ١٩٦٨، منشور في مجلة العلوم السياسية والقانونية، عدد ١، حزيران، ١٩٧٦، ص ١٩٧.

[٢] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية المرقم ٣٤٨ بتاريخ ١١/١/ ١٩٦٦، مشار اليه لدى د. محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

[٣] قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم١٨٧/س/٢٠١٨بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٤، **(غير منشور)**.

أحد الضمانات في حيز الجزاءات بالنسبة للعقود الإدارية، فلا يقف القاضي في هذه الدعوى على مراقبة تقدير الجزاء مع الواقعة فيلغيه في حال ثبوت عدم تناسبه معه خطورتها، وانما يعدل من قرار الجزاء المالي الى الحد الذي يصل به إلى المقتضى القانوني في التخفيض من هذا الجزاء، بمقداره أو مدته أو يخفف من شدته وفي نفس الوقت عليه مراعاة مبدأ أن الطاعن لا يضار بطعنه [١] .

ويُثار تساؤل بهذا الصدد: هل يمتلك القاضي الإداري بصلاحية تعديل قرار الجزاء المالي أمكانية الحكم بالزيادة في مقدار الجزاء أو فرض التزامات أخرى على المتعاقد؟

للإجابة عن ذلك التساؤل وبناءً على ما تقدم أنفاً نرى بعدم إمكانية القاضي الإداري، انطلاقاً من مبدأ الذي توجه به المتعاقد عند رفع الدعوى امام القضاء طالباً انصافه من شدة أو غلو الجزاء المفرض عليه، فمن باب أولى يتم النظر بحيثيات الجزاء لتعديله بما يناسب المخالفة المرتكبة من حيث مدتها أما بالإبقاء عليها أو الانتقاص من مدتها أو تغير نوعها دون التشديد منها أو فرض التزامات أخرى عليه.

أما موقف قضاء كل من العراق والدول المقارنة من تعديل قرار الجزاء المالي، فنجد مجلس الدولة الفرنسي يذهب بأن للقاضي أن يقرر اجراء التعديل على قرار الجزاء المالي مع مراعاة احترام مجموع الرصيد المالي للعقد، وبمعنى اخر أن لا يحمل المتعاقد جزاء مالي بموجب التعديل بكلفة تزيد عن مجموع الكلفة المالية للعقد، أو أن يلجأ للإنهاء على وفق مقتضيات المصلحة العامة، مع الاخذ بنظر الاعتبار تعويض المتعاقد أن كان له مسوغ[٢] ، أما بالنسبة إلى مصر فنجد سلطة القاضي الإداري تتدرج عنده مواجهتها للجزاءات غير المشروعة أو المبالغ بها، من جزاء إلى آخر فتتسع في بعض الجزاءات وتضيق في جزاءات أخرى، لكن بالنسبة الى الجزاءات المالية نجد أن القاضي له صلاحية الإعفاء والتخفيف، فيلجأ إلى الإعفاء متى ما وقعت بناءً على خطأ ويلجأ للتخفيف متى ما كان الجزاء المالي مبالغاً فيه، وهذا ما

---

[١] رشا محمد جعفر الهاشمي. مرجع سابق، ص ٢٦٠.

[2] le droit administrative an france. Total des articles publiés sur le site (www.livrespourtous.com), 2013, p240.

أكدته محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٤نيسان لعام ١٩٧١ الذي تذهب فيه " إلغاء قرار مصادرة التأمين مرة قيمته المتعاقد" [١]، و بالنسبة للعراق فنلاحظ أن منازعات العقود الإدارية ما زالت تخضع للقضاء العادي على خلاف ما يتم العمل به بالنسبة إلى نظيره الفرنسي والمصري، ومع ذلك نلاحظ أن طلب تعديل قرار الجزاء المالي مقترن بجزاء التعويض عن الأضرار التي لحقت المتعاقد وقبول ذلك من محكمة التمييز يشترط التحقق عدم مشروعية الجزاء المالي، لأن المسؤولية هنا تقوم على فكرة الخطأ وهذا العنصر لا يتوفر إذا كان القرار الذي أصدرته الإدارة قراراً مشروعاً [٢]، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم ٤٣ /موسوعة أولى /٩٩٩/بتاريخ ٤/٢٨/ ١٩٩٩والذي جاءت فيه " أن المدعى قد التزم مع المدعى عليه إضافة إلى وظيفته بتنظيف رفع النفايات من الشوارع والمناطق التجارية والصناعية المبينة في العقد المبرم فلا يحق للمدعي عليه أن يطالب بما لم يلتزم به الطرف الآخر في العقد لأن العلاقة بينهما يحكمها العقد الذي هو شريعة المتعاقدين" [٣].

الفرع الثاني

الآثار المتحققة بالنسبة للإدارة

تتقسم الآثار المتحققة بالنسبة للإدارة ما بين الإلغاء والفسخ القضائي وسنتناول كليهما وفقاً للآتي:

اولاً : إلغاء قرار الجزاء المالي : حينما يشوب قرار الجزاء المالي عيب في أحد اركانه وشروط صحته، وفق ما متعارف عليه في القواعد عامة، فإنه يكون باطلاً، ولا يمتلك القاضي في هذه الحالة إلا الاستجابة للطاعن بطلبه وهي الغاء قرار الجزاء المالي.

---

[١] د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٠٥.

[٢] د. غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الثاني، ٢٠٠١، ص ٩٨ وما بعدها.

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٣/موسوعة أولى /٩٩٩بتأريخ ١٩٩٩/٤/٢٨، قرار منشور في الموسوعة العدلية، العدد ٦٧، ٢٠٠٠، ص ٣.

وبهذا الصدد يُثار عدة تساؤلات في حالة الغاء قرار الجزاء المالي منها ما طبيعية حجية قرار الغاء الجزاء؟ وما هو نطاق سريانه؟ وما حدود سلطة القاضي بالإلغاء؟

وللإجابة عن تلك التساؤلات، ففي التساؤل الاول منه، يتمتع قرار إلغاء الجزاء المالي بحجية الشيء المقضي به، والتي تبدأ هذه الحجية من لحظة اتخاذ القرار وحتى الغائه، وتمنع بذلك كل آثر ممكن أن يرتبه هذا الجزاء، وبمعنى أخر تمنع هذه الحجية الإدارة عن تنفيذها لقرار الجزاء المالي إلا لأسباب غير تلك التي قضى بإلغائه لأجلها، ونطاق الحجية هي الحجية المطلقة بالنسبة لكافة، وتجري حجية الالغاء حتى لو أعلن المحكوم لصالحه بالإلغاء تنازله عن هذا الحكم فلا يتم إعادة قرار إلى الوجود بعد أن أعدم، والمشرع وحده يستطيع بهذه الحالة أن يعيد قرار الجزاء المالي تارة أخرى لكن بعد التصحيح، والتصحيح هنا يشمل إلغاء كل شائبة أفضت به للإلغاء [١].

أما من ناحية نطاق سريان إلغاء القرار الجزاء المالي فإن النطاق الزماني لقرار الالغاء يبدأ من يوم اتخاذ القرار الي حين وقت استمراره[٢]، مما يرتب لنا نتيجة مفادها بطلان الآثار كافة التي تترتب بموجب قرار الجزاء المالي أو تبعياته، وذلك بوصف حكم الالغاء من الاحكام الكاشفة لا المقررة أو المنشئة، وهي بذلك لا تخلق جديد انما يقتصر عملها على اثبات امراً كان واقعاً مسبقاً، وبالنسب الى سلطة القاضي الإداري بالإلغاء فتعد تلك السلطة من أهم المشاكل التي تواجه القضاء في نطاق الجزاءات الإدارية، وهنا يتوقف بدوره إلى حد الغاء الجزاء الباطل دون أن يتعدى إلى مرحلة اصلاح الجزاء أو تقويمه أو توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها وبهذا يجعل حكم الالغاء حكم محدود الأثر [٣].

---

[١] د . سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري(دراسة مقارنة)، مطبعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٤٨.

[٢] د. محمد باهي أبو يونس. مرجع سابق، ص ٢٤٢ وما بعدها، ومشار اليه ايضاً لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

[٣] د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة. آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٠٣ وما بعدها.

ووفق ما تقدم فإننا لا نؤيد مع ما ذكر، وكان الافضل لو تم توسيع صلاحيات القاضي وعدم الاكتفاء بمرحلة الإلغاء، ونسوغ ذلك في عدة وجهات منها أن المتعاقد في حال الطعن بقرار الجزاء المالي وفي حال اثبات صحة ادعاءه وثبوت انحراف الإدارة عن مسار المصلحة العامة في قرارها، فتكمن مصلحة المتعاقد في حصوله على التعويض المادي عما تحقق له من خسارة وما فاته من كسب بسبب القرار الجزائي للإدارة، فلو تم الغاء قرار الجزاء المالي وتم الاكتفاء بهذه المرحلة **فما مصير الذمة المالية للمتعاقد التي استنقصتها الإدارة بقرارها الجزائي، وما المردود الايجابي من قرار الالغاء بالنسبة للمتعاقد الذي يبتغي الربح في بدايته التعاقدية اساساً؟** لذا فكان الافضل توسيع تلك الصلاحيات وشموله لمرحلة تعديل القرار أو تعويض المتعاقد في حال ثبوت خطا الإدارة فعلاً ولن يكون هنالك مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات حاله حال دعوى القضاء الكامل.

أما بالنسبة الى موقف كل من العراق والدول المقارنة في ذلك فيثير الامر نوعاً من الاستغراب والتعقيد أكثر من سابقه، فبالنسبة الى موقف مجلس الدولة الفرنسي من الجزاءات غير المشروعة يستطيع القاضي دائماً الحكم بإلغاء الجزاء المالي متى ما تبين له أنه غير مناسب لوقائع الاخلال أو عدم صحته، وله ان يحكم في ذلك بتخفيضها، هذه من تارة ومن تارة أخرى نجده فرق بتلك الصلاحية بالتشديد والتضييق في عقود معينة دون الاخرى، فنجد مجلس الدولة الفرنسي يضيق من صلاحية القاضي بإلغاء عقود الأشغال العامة، إلا أن تلك الصلاحية لا تضيق وبالعكس تتسع عند عقد الامتياز، إذ تشمل سلطة القاضي الإداري في هذا المجال صلاحية الالغاء والتعويض معاً، و إضافة إلى ذلك سمح مجلس الدولة الفرنسي باستبدال جزاءً من هذه الجزاءات بجزاءً آخر، متى ما تبين له أن جزاء الموقع مبالغ فيه) [١] .

ووفق ما تقدم لا نتفق مع الطرح المذكور، فلا نعلم ما سبب تلك الفوارق ! وهل نفهم من ذلك أن موقف مجلس الدولة الفرنسي يقضي بأهمية عقود الامتياز ولا يبالي بأهمية عقود الاشغال العامة؟ وهل هذا الفوارق بعقد الاشغال تبقى قائمة حتى لو احتوى هذا العقد على

---

[١] رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ٢٤٩ وما بعدها، ويراجع ايضاً د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

مشاريع ضخمة تكون غاية في الاهمية بالنسبة الى فرنسا كمشاريع انشاء سد عالي أو اصلاح مساحات كبيرة من الاراضي؟

ففي الحقيقة لا نجد كل مسوغ يعطي الحق لمجلس الدولة الفرنسي العمل وفق ذلك، إذ إن العمل به يجعل من المجلس المذكور بعيد كل البعد عن العدالة والصواب، لان عقد الامتياز لا يقل من حيث الاهمية عن عقد الاشغال العامة.

أما في القانون المصري فلا نجد موقفاً واضحاً له في الجزاءات المالية على العكس من الجزاءات الضاغطة والفاسخة، الذي اباحت إلغاء القرار الإداري المتضمن جزاء غير المشروع متى ما كان ممكن، أما إذا تعذر على القضاء إعادة الحال إلى ما كان عليه مسبقاً، هنا يكتفي القاضي بالحكم بالتعويض لمواجهة الجزاء غير المشروع من دون الإلغاء، وذلك بوصف الإدارة غالباً ما ترتبط بالتزامات تعاقدية جديدة لتنفيذ التزامات المتعاقد الأول، مما يجعل من الصعب إعادة تلك التزامات إليه من جديد، ويكون التعويض هنا هو الخيار العادل والأنسب أمام الأطراف كافة [١]، أما في العراق فإن نطاق إلغاء القرارات الإدارية المعيبة والصادر من الإدارة بمناسبة تنفيذها للعقد الإداري، وخاصة في ما يتعلق في نطاق الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة، فإننا نجد بأن القضاء العراقي قرر ولايته العامة للنظر في جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد أو غيره، بسبب قرار جزاء أداري ونجد دليلنا في ذلك ما ورد الإشارة اليه في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ والذي تم الإشارة اليه مسبقاً، ونجد على ضوء ذلك قرارين لمحكمة بداءة الرمادي تلغي بموجبه قرار الجزاء المالي الصادر ضد المتعاقد معها والذي قررت بموجبه المحكمة المذكورة(الزام المدعى عليه/وزير المالية بمنع تعرضه للمدعي(...) وعدم مطالبته بزيادة بدلات الايجار الجديدة لمدة العقد المبرم بين الطرفين ..) وقرارها الآخر جاء به(الزام المدعى عليه/ وزير المالية بمنع معارضته للمدعي(...) بالمطالة ببدلات الايجار لمساحة قدرها (٢) وتحميله كافة الرسوم ومصاريف الدعوى..)[٢] .

---

[١] د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

[٢] حكم محكمة استئناف الانبار الاتحادية، المرقم ٢٩٥٣بتاريخ١٢/٣١/ ٢٠١٩ وحكمها الآخر المرقم ٢٩٣١بتاريخ٢٠١٩/١٢/٣٢ (غير منشورين)

ثانياً : فسخ العقد الإداري : يوصف الفسخ من أخطر أنواع الجزاءات التي يمتلكها القاضي أتجاه الإدارة، ويشترط في هذا الفسخ أن ويكون بناءً على طلب من المتعاقد، وأن يكون هنالك إخلال جسيم من الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، انطلاقاً من أسباب مسوغة توجب إيقاعه، وقد سوغها مجلس الدولة الفرنسي بالإخطاء المرشحة للفسخ والتي هي : عدم التزام الإدارة بالتزاماتها التعاقدية دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد، والتباطؤ أو التأخير من قبل الإدارة في البدء بتنفيذ العقد، أو الإيقاف الحاصل في تنفيذ العقد لمدة طويلة من قبل الإدارة بدون مسوغ معقول، وقيام الإدارة بتوقيع عقوبات بلغت حد من الجسامة على المتعاقد دون ارتكابه الخطأ المسوغ توقيع هذه العقوبة ومنها فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد [١] .

أو في حالات يتم بها بناءً على اتفاق بين الطرفين، أو بسبب وجود قوة قاهرة أو حادث عرضي تمنع من الاستمرار في التنفيذ لمصلحة أحد اطراف العقد وتضرر الطرف الاخر، وغالباً ما يتم فسخ العقد نتيجة خطأ واحد أو اكثر من التزامات احد طرفي العقد، أو عدم القدرة على تحقيقها[٢]، ونلاحظ في غير الحالات التي تم ذكرها يلجأ مجلس الدولة الفرنسي بالاكتفاء بالتعويض، وبالإضافة إلى الفوائد التي يجب على الإدارة دفعها للمتعاقد، ويرفض في هذه الحالة طلب الفسخ المقدم من المتعاقد [٣]، وبنفس الاتجاه ذهب القضاء المصري في حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم والذي جاء به" ومن حيث أنه بالنسبة لطلب الجامعة الطاعنة الزام الشركة المطعون ضدها بالفوائد القانونية المطالب بها، فإن قضاء هذه المحكمة مستقر على تطبيق حكم المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه(إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم مقدار وقت المطالبة و تأخر المدين في الوفاء به، كان ملزم بأن يؤدي لأداء على سبيل التعويض عن تأخير فوائد قدرها ٤% في المسائل المدنية ٥% في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة بها وتحكم هذه المادة المنازعات المتولدة عن العقود الإدارية باعتبار حكمها يمثل أصلاً من الأصول العامة في الالتزامات ومن ثم فإنه ولذلك

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٢١ وما بعدها

[2] Catalin- silviu sararu. The termination of administrative contracts in the Romanian and French, Publié dans b ucharest academy of economic studies, 2011, p 17-18.

[٣] رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

ونظراً لأن قيمة غرامات التأخير المستحقة للإدارة وقيمة التأمين المؤقت والتأمين النهائي كانا معلومي المقدار ومستحقي الأداء وقت المطالبة تلك الفوائد حتى السداد)" [١]،وبالنسبة الى القضاء العراقي، فنجده غير مستقر على مبدأ واحد من ناحية الحكم بالفوائد القانونية، فتارة يقضي بعدم جواز الحكم بها، وتارة أخرى نجده يضمنها فعلياً في احكامه، فنجد أن محكمة التمييز قد اقرت بعدم جواز الحكم بالفوائد القانونية على التعويض، لأن كليهما يعد تعويضاً عن الضرر، ولا يمكن الحكم بدرجتين من التعويض للدائن في الوقت نفسه ، وبهذا اكتفت محكمة التمييز الاتحادية بإقرار جزاء واحد، وهذا ما جاء قراراتها ومنها " وجد أن محكمة الموضوع قررت الزام المميزين بالمبلغ المدعي به وبالفائدة القانونية... دون أن تلاحظ أن المبلغ المطالب هو في حقيقته تعويض ناشئ عن مخالفة التعهد، ولا يجوز الحكم بها لأن الفوائد هي تعويض أيضاً"[٢]، وفي قرارات حديثة لها نجدها تقضي بفسخ العقد مع الحكم بالفوائد القانونية بنسبة ٥%، **ولا نعلم ما هو سبب التناقض! هل يَعد تعديل لأحكامها السابقة؟ أو اختلاف المقصود لديها! فهل تقصد بتلك الفوائد هي مصادرة التأمينات النهاية؟ قياساً من تحديدها لنسبة الفوائد القانونية ماهو إلا انعكاس لنسبة مصادرة التأمينات في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤!**

وهنا لا نجد إجابة إلا بتناقض موقف القضاء العراقي، والسبب في ذلك احكام سابقة وحديثة تم الإشارة اليها في موضوع مصادرة التأمينات، كان الموقف واضحاً ودليلاً قاطعاً على نية القضاء بمصادرة تأمينات المتعاقد النهاية أو الأولية ولم تقل فوائد قانونية ابداً، مما يؤكد لنا تخبط وعدم رسو موقف القضاء العراقي [٣] .

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر المرقم ٣٣٨٧ الصادر بتأريخ ١٩٩٧/٣/٤، مشار اليه لدى حسان عبد السميع هاشم، مرجع سابق، ص ٩٣ وما بعدها .

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٢٤ بتأريخ١٩٧٤/١٠/٥، قرار منشور في النشرة القضائية، العدد ٤، تسلسل ٥، ١٩٧٥، ص ٦٣.

[٣] حكم محكمة بداءة الكرخ المرقم٤٨٣٦/ب/٢٠٢١/بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٩ إذ طالب المدعي(مدير عام صندوق الإسكان العراقي) بفسخ العقد مع المدعى عليه والحكم له بالفوائد القانونية بنسبة ٥% وقررت المحكمة= =بموجب ذلك(بفسخ العقد وإعادة المبلغ المستلم والبالغ خمس وعشرون مليون ومائتان وواحد وستون الف وثلاثمائة وثمانية وثمانون ديناراً مع الحكم له بالفوائد القانونية بنسبة ٤%...)، (**غير منشور**)، وقرار لها

وما تقدم نتفق مع ما جاءت به محكمة التمييز العراقية، كون الامر يستدعي مواكبة مبدأ عدم تعدد الجزاءات الناتجة عن المخالفة الواحدة، وهذا بدوره يرسخ مبادئ العدالة بين كل من الإدارة والمتعاقد معاً، وكذلك لا تفضل طرفاً على حساب طرف اخر، وربما ايضاً لو اجازت الحكم بالتعويض لمرتين مثلاً أو الجمع بين جزاء وجزاء عن المخالفة لواحدة لأصبحت امام عدم تناسب العقوبة مع الجزاء المرتكب [١] .

أما النتائج التي تترتب على التصديق بحكم الفسخ هي صيرورة العقد للزوال مع التعويض، والنطاق الزمني لانتهاء العقد يبدأ من تاريخ تقديم طلب الفسخ القضائي، ويتم أيضاً احتساب مبلغ التعويض من تاريخ صدور الحكم بالفسخ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها المرقمة ٢٩٢ بتأريخ ١٩٩٩/٢/٢٢والذي جاء فيه " أن شروط العقد المبرم بين الطرفين يعتبر كلها عاملة وملزمة لطرفي العقد وحيث أن الدعوى مؤسسة على طلب فسخ العقد لذا فإن الواجب قانوناً هو الخوض في ذلك للوقوف على الأسباب التي حملت المحكمة على أن تحكم بفسخ العقد وما هي شروط العقدية التي حصل الإخلال بها من المدعى عليه" [٢]، وهذا ما تتفق الباحثة معه إذ يعد العقد أساس التزام طرفيه وفي حال تم العمل خلافاً لما وجد فيه فهنا يتم إيقاع احد الجزاءات المناسبة لتلك المخالفة.

ايضاً المرقم ٤٨٣٨/ب/٢٠٢١/بتاريخ ١٢/٩/ ٢٠٢١ والتي طالب بها نفس المدعي بفسخ العقد مع المدعى عليه والحكم له بالفوائد القانونية بنسبة ٥% وقررت المحكمة بموجب ذلك (فسخ العقد المرقم(١٣١٠٨٠) المبرم بين كل من المدعي والمدعى عليه ، والزام المدعى عليه بإعادة المبلغ الى المدعي والبالغ قدره ... مع الحكم له بالفوائد القانونية بنسبة ٤%...) (غير منشور).

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٢٩/٣٦٢٨/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٦/٢٨ والذي جاء بنص القرار(... ولا يجوز أن يتكرر التعويض باستيفاء مبلغ الغرامات التأخيرية فتكون المطالبة بها غير واردة قانوناً لان المدعية استحقت التعويض عن اخلال المدعى عليه بالتزاماته استناداً للمادة(١٧٧) من القانون المدني ..)، (غير منشور).

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٩٢ / موسوعة أولى / بتأريخ ١٩٩٩/٢٢ منشور في الموسوعة العدلية، العدد ٦٧ ، لعام ٢٠٠٠، ص ٩٩٨.

الخاتمـــة

الخاتمة

وفي نهاية المطاف وبعد العرض لموضوع الجزاء المالي المقترن بالقاعدة القانونية الادارية، أود أن أقول لحضراتكم أنني حرصت حرصاً شديداً على أن ابذل أقصى جهدي، فإن وفقت فهذا من فضل الله عز وجل، وإن أخفقت فلا يوجد قلم لم يخطأ.

ونختم بذلك الخطوط الأخيرة لهذا البحث بمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات توصلنا اليها بموجب دراستنا المستفيضة، وفقاً للآتي :

اولاً: الاستنتاجات :

١- تعد سلطة الإدارة في فرض الجزاء سلطة مستحدثة نتيجة أتساع تدخل الدولة في مجالات شتى، مما حتم عليها الدخول في عقود إدارية لتلبية المتطلبات المستجدة، وحتى يتم تنظيمه في الصورة المبتغاة على وفق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، استوجب الأمر أن تكون للعقود جانب عقابي إذا تم منح الإدارة سلطة وامتياز لمواجهة المتعاقد بجزاءات ومنها الجزاء المالي لصد خروقات المتعاقد، ولقد تناول كل من المشرع العراقي والمصري والفرنسي الجزاء المالي في قوانين وتعليمات مختلفة .

٢- يتميز الجزاء المالي عن الجزاءات الإدارية وغير الإدارية بنظام قانوني خاص به، وهذا التمييز يقع من جانبين، الأول منهما في الجهة المنوط لها صلاحية فرض الجزاء، والجانب والأخر نوع العلاقة بين الطرفين، وأن الجزاء المالي في العقود الإدارية يتوقع تلقائياً من قبل الإدارة من دون حاجة تدخل أو اللجوء للقضاء، على عكس الجزاءات الأخرى .

٣- تقسم الجزاءات المالية على جزاءات عقابية وأخرى غير عقابية، الجزاءات العقابية هي الجزاءات التي تفرض متى ما حصل تأخير أو اخلال في مواعيد تنفيذ الالتزام بغض النظر عن وجود ضرر لحق المرافق الإدارية والتي تتمثل في الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات، اما الجزاءات غير العقابية هي تلك الجزاءات التي تفرض متى ما لحق المرافق الإدارية ضرر معين والتي تتمثل في التعويض وتحمل المصاريف الإدارية، فيكون الفرق ما بينهما في الغاية إذ يتم فرض الجزاء العقابي لحث المتعاقد على تنفيذ التزاماته بالصورة

الصحيحة، بينما في الجزاء غير العقابي لا يكون الغاية منها عقاب المتعاقد وحثه على التنفيذ الصحيح، بقدر غايته على تغطية الضرر الذي لحق الإدارة .

٤- على الرغم من سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي واختصاصها به، لكن يتكفل القضاء العراقي والمصري بصلاحية تقدير قيمته بناءً على ضرر حقيقي ومحتمل لحق الإدارة جراء خطأ المتعاقد، على عكس المشرع الفرنسي إذ منح الإدارة حق إيقاع جزاء التعويض ويكون للمتعاقد طريق القضاء في حال الطعن به، ويعد تصرف الإدارة غير مشروع متى ما قررت الإعفاء الكلي والجزئي من جزاء التعويض و تحمل المصاريف الإدارية بوصفها انحرفت عن تحقيق المصلحة العامة دام هنالك ضرر وجب عليها تغطيته بموجب هذا الجزاء .

٥- اتفق كل من الفقه والقضاء على سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي وامتيازها المباشر بإيقاعه، إلا أن الخلاف دار في أساس هذا الجزاء، وانقسم على اتجاهين، الأول منه الأساس الفلسفي والأخر الاساس القانوني، تقدم الأساس الفلسفي بنظريتين أحدهما جاءت بفكرة الحد من العقاب التي تقضي بالتنازل عن النصوص العقابية الجنائية لمصلحة قوانين أخرى، و عَد بعض منهم أن الحد يتحقق حتى في حالة التخفيض من شدة العقاب نفسه، والفكرة الأخرى هي الحد من التجريم التي جاءت بأن الحد من التجريم يعني خروج الفعل من نطاق غير المشروعية الى المشروعية ليصبح لنا السلوك مباحاً وغير مجرم، أما الأساس القانوني فتقدم بنظريتين ايضاً، الأولى منها فكرة السلطة العامة، و أحد مظاهرها هي امتياز الإدارة بفرض الجزاء المالي ضد المتعاقد، اما الثانية منه فجاءت بفكرة المرفق العام التي يقوم على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، لذا يستوجب أن تحمل الإدارة مجموعة من الصلاحيات والامتيازات لتيسير ذلك المرفق على المبدأ المذكور، ومنها صلاحيتها بفرض الجزاء المالي .

٦- لكل قاعدة استثناء ولا يمكن القول بأن المطلق يجري على أطلاقه في نطاق سلطة الإدارة بفرض الجزاء المالي، فسلطتها تحكمها مجموعة من القيود يجب عليها مراعاتها لفرض ذلك الجزاء، وتعد هذه القيود ضمانة للمتعاقد لشرعية الجزاء المالي، من هذه الضمانات هي الضمانات الاجرائية ،التي تتمثل بالأعذار(التبليغ) والتسبيب لقرار فرض

الجزاء وحق الدفاع والطعن به، فبالنسبة الى الأعذار والتسبيب فإنهما يخضعان لاستثناء الإعفاء منهما، على عكس حق الدفاع والطعن به فإنه مكفول في التشريعات كافة ويقع باطلاً كل قرار ينبني على الحرمان منه.

٧- تتمثل الضوابط الموضوعية بمجموعة من الأسس التي تجعل من قرارات فرض الجزاء المالي أكثر عدالة، و أنها مكملة للضوابط الإجرائية فلا يمكن أن تحقق واحدة منهن دون الأخرى، فكل قرار يفتقر الى تلك الضوابط بمجموعهن أو أحداهن يكون باطلاً يستوجب الطعن به امام القضاء، وتتجسد تلك الضوابط في شرعية الجزاء المالي وعدم رجعيته بالإضافة الى شخصية الجزاء وتناسبه بين المخالفة المرتكبة والجزاء المفروض .

٨- تختص الإدارة اختصاصاً أصيلاً بفرض الجزاء المالي على المتعاقد قاعدة عامة، ويرد عليها استثناء بالنسبة للجهات الإدارية المفوضة بموجب مجموعة من الضوابط والإجراءات تستطيع تولي صلاحية فرض الجزاء المالي على المتعاقد بدلاً من الجهة المتعاقدة الاصيلة .

٩- الرقابة القضائية هي أحد دعائم مشروعية القرارات الإدارية، وتظهر بمظهرين أما في مظهر القضاء العادي، ويشمل خضوع المنازعات العادية والإدارية كافة على حد سواء لنطاقه، أو بمظهر القضاء الإداري ويندرج تحت نطاقه أعمال الإدارة كافة ومنها منازعات العقود الإدارية، وقد أثبتت مصر جدارتها بالأساس في الفصل بين المنازعات العادية والإدارية وخضوعها لقضاء متخصص، على عكس من فرنسا فتباين موقفة بين عقود معينة دون اخرى، وكان الاضعف ما بين الاثنين القضاء العراقي فبالرغم من انشاء قضاء إداري متخصص ولو بعد حين، إلا أنه استمر بخضوع منازعات العقود الإدارية للقضاء العادي .

١٠ – تتنوع الرقابة القضائية بين رقابة المشروعية و رقابة المُلاءَمة، تبحث الأولى منها في مدى تطابق قرار الجزاء المالي لأحكام القوانين والأنظمة التعاقدية القائمة، في حين تدور الثانية وجوداً وعدماً عن مدى التناسب بين الواقعة المنسوبة للمتعاقد مع الجزاء المفروض والضرر المترتب عليه، وقد اتفق كل من المشرعين الفرنسي والمصري

والعراقي أن رقابة القاضي الإداري على قرار الجزاء المالي هي رقابة مُلاءَمة، وحسن ما اتَخذ العراق والدول المقارنة من موقف تجاه نوع الرقابة القضائية.

١١ – يظهر أثر ولاية القضاء على قرار الجزاء المالي بصدور حكم التعويض أو التعديل لقرار الجزاء، أو الحكم بالإلغاء و الفسخ أن كان له مسوغ قانوني يستوجب ايقاعه، وكل آثر من آثار الرقابة القضائية يقتضي في نهاية المطاف أن يصب في مصلحة المتعاقد من جهة، عندما نكون امام إجحاف في الذمة المالية له، ومن جهة أخرى يحقق مصلحة الإدارة، عندما نكون امام مخالفة فعلية وضرر حقيقي اكتسى مخالفة المتعاقد، لذا يأتي دور القضاء بإقرار المساواة ما بين الطرفين تحقيقياً لكلا المصلحتين

ثانياً: المقترحات :

١– أن يكون هنالك تشريع إداري مستقل بالجزاءات الإدارية بدلاً من تشظي النصوص وتناثرها ما بين القوانين الجزائية والتعليمات فكما نعلم لا يوجد أساساً قانون إداري مقنن لحداثته الامر الذي انعكس بدوره على جزئية سلطتها في الجزاءات، لذا كان من الأفضل لو تم تقنينها بقانون موحد كأن يكون قانون العقوبات الإداري بحسب ما فعل المشرع الفرنسي .

٢– ضرورة إيراد تنظيم تشريعي إداري أكثر دقة مما هو عليه في القانون، وذلك بجعل لجان إدارية متخصصة حصراً بفرض الجزاء ضد المتعاقد "سواء كان جزاء مالياً أو غيره من الجزاءات" ضمن نطاق الجهة الإدارية نفسها، لتعد بذلك ضمانة للإدارة والمتعاقد في الوقت نفسه، فيجنب الإدارة الطعن بعدم المشروعية من جهة، وتأكيد على صحة الإجراءات المتخذة تجاه المتعاقد واطمئنانه من جهة أخرى، فكما وجدنا أن هذه الصلاحية أو الامتياز عام لكل جهة إدارية متعاقدة دون وجود لجان متخصصة ويبقى للمتعاقد فقط طريق القضاء في حالة الشك بغلو الجزاء أو عدم مشروعيته .

٣– يتوجب أيراد مادة إضافية لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤، تختص بتنظيم ضمانة التبليغ قبل فرض الغرامة التأخيرية و ايقاعها بحقه، فحتى لو كانت الالتزامات محددة مسبقاً للمتعاقد، وحتى لو كان هناك ظروف تتأكد منها الإدارة بإخلاله

وعدم تنفيذه لالتزاماته، لا يعفيها من شرط الإعذار بوصفه من وجه نظرنا أحد الشروط الشكلية لصحة القرار الإداري.

٤- نقترح ايضاً تناول المشرع العراقي الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية بتنظيم إداري وفق شروط وضوابط معينة كما فعل المشرع الفرنسي والمصري، كما نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة(٩/اولاً/د/ه) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ فلا نجد مبرر من إعفاء الشركات العامة من تقديم التأمينات الأولية.

٥- نقترح أن يكون هنالك عوضَ لكل نقص تشريعي سواء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية أو كل القوانين الأخرى التي تمنع الإدارة من تقدير التعويض وتفرضها بموجب سلطاتها بعيداً عن القضاء فمادام التعويض يعد أحد الجزاءات الإدارية فلا نرى ضرورة من الاستثناء وطالما قدرت الإدارة مصلحتها في تقدير الغرامة التأخيرية فتماماً ستقدر ذلك في التعويض وبعد ذلك وبالأثنين نحن امام جزاءات واحدة، لذا ندعو المشرع العراقي أن يسلك مسلك المشرع الفرنسي في ذلك، ونقترح بدورنا ايضاً أن يتم تحديد التقدير فقط بنسبة الضرر الحاصل فعلاً أو الضرر المحتمل بالنسبة لكن مع مراعاة التقيد بمدى احقية وتأكيد الضرر المحتمل(بمعنى آخر وضع شروط تفصيلية أكثر من كونه صلاحية مفتوحة دون تنظيم أو قيد)، فلا نرى جدوى من إمكانية الحكم بنسبة أكبر أو الحكم عن الاضرار المحتملة، غير كونها ضغطاً حقيقياً على الذمة المالية للمتعاقد دون سند، فمن الممكن الضرر المحتمل لا يتحقق أو ممكن دخول عامل اجنبي في تحققه مستقبلاً فلماذا يتحمله المتعاقد في وقت سابق على أوانه .

٦- يفترض أن يُوحد كل من نظرية المرفق العام والسلطة العامة تحت تبويب الأساس القانوني للجزاء المالي، إذ أن كل من النظريتين ما هما الا وجهان لعملة واحدة، فلا يمكن القبول بقول وجود مرفق عام تتولى أدارته جهة إدارية دون تمتعها بامتيازات السلطة العامة، والعكس تماماً إذ لا يمكن قبول القول بإمكانية وجود سلطة عامة غير مقترنة بمرفق إداري، بوصف الشرط الجوهري لاعتبار العقد إدارياً اقرانه بمرفق إداري، لذا فكل من النظريتين يكمل بعضهما بعض، ولا يمكن القول بخلاف ذلك .

٧- ضرورة الزام جهة الإدارة بالأعذار والتسبيب في قراراتها دون استثناء، واحتواء كل أعذار على مدة كافية قبل توقيع الجزاء حتى يتلافى المتعاقد الجزاء من جهة، ومنحه فرصة كافية لنهوض بتنفيذ التزامه من جهة أخرى، والقولنفسه ينطبق على شرط التسبيب فبالإضافة الى ضرورة الالتزام به كونه ضمانة للمتعاقد من جهة، لكنه في الوقت نفسه يبسط الأمور ويسهلها على القاضي إذ يحدد ويسلط رقابته فقط في ضوء الأسباب التي تم ذكرها من قبل الإدارة وتقرير أذا كانت مشروعة أو غير مشروعة من جهة أخرى.

٨- على الإدارة أن تراعي الضمانات القانونية عند توقيع الجزاء المالي فيما يخص التناسب بين الجزاء المالي والمخالفة المرتكبة عندما نكون امام مخالفة لا ترتقي الى مستوى فرض أكثر من جزاء على المخالفة الواحدة، لان ذلك ينطوي على معاني عدة منها غلو الإدارة في فرض الجزاء، وأخرهما يكون القرار الإداري موسوماً بعدم المشروعية الذي يفتح لنا باب التقاضي والطعن به، والذي بدوره يكون مؤشراً سلبياً على العمل الإداري .

٩- يتوجب من باب أصح وأولى حصر اختصاص صلاحية فرض الجزاء المالي بيد الإدارة المتعاقدة حصراً، وإلغاء مبدأ التفويض الإداري بذلك الجانب، بوصف الجزاء المالي من أشد واخطر الجزاءات الإدارية، لتماسها المباشر بالذمة المالية للمتعاقد، وكون الإدارة المتعاقدة هي الاعلم بحيثيات المخالفة وظروف المتعاقد فهي الاجدر بإيقاع ذلك الجزاء.

١٠ – نأمل من المشرع العراقي بإعادة النظر في موضوع التخصص القضائي للعقود الإدارية وأدراجها تحت نطاق القضاء الإداري، لاعتبارات قانونية منها يعد القضاء الإداري جهة متخصصة بالقانون الإداري، وهي الأجدر احاطة بجزئيات العمل الإداري، ثم أنه ما الداعي من خضوع تصرفات إدارية للقضاء العادي فبدلاً من انشغاله بأعمال تتوفر في الوقت ذاته جهات متخصصة به فعلاً، لذا يجب عليها التخلي عنه منعاً لتشتت الوظيفي، ويستثمر في الوقت نفسه الجهد والوقت والتكاليف على كلتا الجهتين .

١١ – نهيب بالمشرع العراقي إعطاء قدر من الأهمية لموضوع العقد الإداري، كوننا نشهد مدة متقدمة من تطور المرافق الإدارية، الأمر الذي يستوجب معه مواكبة تقديم خدمات

وتلبيه حاجات، عند طريق التعاقد مع الافراد وإدارة المرافق بأحد صور إدارة المرافق العامة، لذا نكون أمام حاجة ماسة لتشريعات مستقلة تتناول جزئيات العقد الإداري كافة وآثاره الإيجابية والسلبية بشيء من التنظيم المفصل، بدلاً من النصوص المبعثرة أو الاكتفاء بتعليمات العقود النافذة، التي تدحرجت لتعديلات عديدة وما زالت يكتنفها الفراغ والنقص التنظيمي .

المصـــــادر

والمـــــراجع

قائمة المصادر

_ القرآن الكريم

أولاً: الكتب اللغوية:-

١. د. أبو منصور محمد بن احمد الازهري، تهذيب اللغة، ج١، دار المصرية لتأليف والترجمة ،١٩٧٥.
٢. د. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان، بيروت _ لبنان ، بدون سنة نشر.
٣. د. محمد بن مكرم بن علي إبن منظور الانصاري، لسان العرب ، الجزء الثاني ، دار احياء التراث العربي ، بيروت _ لبنان ، بدون سنة نشر .
٤. د. محمد بن مكرم بن علي إبن منظور الانصاري لسان العرب، الجزء الثالث عشر ،مؤسسة التاريخ العربي، دار احياء التراث العربي، لبنان ،ط "٣"،١٩٩٩.
٥. د. محمد مرتضى ابن محمد الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١، دار الكتب العلمية، بيروت_ لبنان، ١٩٧١.

ثانياً: الكتب القانونية:

١. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. د. ابو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٠.
٣. د. احسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية،٢٠٢١.
٤. د. احمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية(نظرية القانون)، دون دار وسنة طبع.
٥. د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٦. د. احمد عبد القادر الجمل، القانون الإداري المصري المقارن، ط١، ج١، مكتبة النهضة المصرية، الإسكندرية، ١٩٥٥.
٧. د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٣، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٤.

٨. د. امين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٧.
٩. د. برهان زريق، التفويض في القانون الإداري، ط١، دون دار وسنة طبع، ٢٠١٧.
١٠. د. بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية واثرها في الحد من الخطورة الاجرامية(دراسة مقارنة)، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.
١١. د.ثروت بدري، القانون الداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
– د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.
١٢. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٣. د. حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.
١٤. د. خالد خليل الظاهر، القضاء الادري (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٩.
١٥. د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، ط٢، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
١٦. د. حمدي أبو النور، الوجيز في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دون دار وسنة نشر.
١٧. حمدي عطية مصطفى عامر، الاعمال القانونية للسلطة الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر.
١٨. د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الادارية ومنحنياتها، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٤.
١٩. د. رائد نعيم العشي، ابطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد(دراسة مقارنة)، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.
٢٠. د. رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، العقد والجزاء الجنائي ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٢١. د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في ابرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٢٢. د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط ٣، دون دار ومكان طبع، ١٩٦٦.

٢٣. د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٤.

- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- د. سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.

٢٤. د. سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.

٢٥. د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القانون الإداري، ج١، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨١.

- د. سعاد الشرقاوي، الوجز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٣.

٢٦. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٢.

- د. سليمان الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، ط ٧، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٨٧.
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة، ط٥، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩١.
- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٧، دار الفكر العربي، مصر،٢٠٠٦.

٢٧. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠١٠ .

٢٨. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، دون دار نشر، ٢٠٠٥.

٢٩. د. عاطف عبد الله المكاوي، التفويض الإداري، ط١، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥.

- د. عاطف عبد الله المكاوي، القرار الإداري، ط١، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٢.

٣٠. د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دون دار وسنة طبع.

٣١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، مصر، دون سنة نشر.

٣٢. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٣٣. د. عبد الفتاح حسن، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ١٩٨٢.

٣٤. د. عبد القادر الشيخلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر لنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣.

٣٥. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة)،ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.

٣٦. د. عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الافراد عبر القانون والعقد الإداري، ط١، الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٦.

٣٧. د. عبد المنعم العوصي، المبادئ العلمية لدراسة الاجرام والعقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.

٣٨. د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة، آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.

٣٩. د. عبد الوهاب البنداري، طرق الطعن في العقوبات التأديبية إدارياً وقضائياً، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

٤٠. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمد بدير، مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة، دون سنة نشر.

٤١. د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٤.

٤٢. د. علي حسن عبد المجيد، الغلو في الجزاء واثره على مدى صحة القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٤٣. د. علي حسين خلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، دار الكتاب القانوني، الجزائر، دون سنة نشر.

٤٤. د. عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية، ٢٠١٤ .

٤٥. د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)،ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٤٦. د. عمرو حسبو، القضاء الإداري، مكتبة قصر الزعفران، طنطا، ١٩٩١.

٤٧. د. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حال التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤.

٤٨. د. فاروق احمد خماس، د. محمد عبد الله حمود الدليمي، الوجيز في نظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب، الموصل، ١٩٩٢.

٤٩. د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات ، ط ٢، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠١٠.

٥٠. د. لاشين محمد يونس الغياتي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق، ط١، مكتبة جامعة طنطا، مصر، ١٩٨٦.

٥١. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١.

٥٢. د. محسن خلي، قضاء الإلغاء والتعويض، مكتبة الصحافة، الإسكندرية، ١٩٩٢.

٥٣. د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية_ مصر، ٢٠٠٠.

٥٤. د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.

٥٥. د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون(القاعدة القانونية)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٥٦. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، قضاء المشروعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

- د. حمد رفعت عبد الوهاب وماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.

٥٧. د. محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،١٩٩٦.

٥٨. د. محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية (دراسة فقهية القضائية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠١٠.

٥٩. د. محمد سليمان نايف شبر، نشاط الإدارة العامة في دولة فلسطين، ط١، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠.

٦٠. د. محمد سليمان نايف شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين،ج٢، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

٦١. د. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ واحكام القانون الإداري، ط٣، مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، ٢٠١٩.

٦٢. د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، دار أبو المجلد، القاهرة، ٢٠٠٨.

٦٣. د. محمد نصر محمد، الوسيط في القانون الجزائي القسم العام وفقاً للأنظمة المقارنة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد ٢٠١٢.

٦٤. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣.

٦٥. د. مسلم يوسف، مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيزية، دون مكان وسنة طبع.

٦٦. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٠.

٦٧. د. مطيع علي حمود جبير، مبادئ القانون الإداري اليمني والمقارن، ط١، الصادق للطباعة والنشر،صنعاء،٢٠١٤.

٦٨. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
٦٩. د. ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية (دراسة مقارنة)، ط١،المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.
٧٠. د. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م، ط١، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ١٩٩٣.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح العلمية :

١. أمين مصطفى محمد، الحد من العقاب في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣.
٢. براء علي صالح محمد، المسؤولية العقدية لمزودي خدمات عبر الانترنيت(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠.
٣. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩.
٤. بلغيث سمية، مبدأ التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي محمد العربي بن مهيدي ام البواقي، الجزائر، ٢٠٠٨.
٥. تامر محمد أبراهيم، الجزاءات الإدارية في عقد الاشغال العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠.
٦. حمزة محمود عطا، المصادرة في التشريع الجزائي الفلسطيني(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الازهر- غزة، ٢٠١٥.
٧. رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الافراد(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢.
٨. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
٩. سورية ديش، الجزاءات في قانون العقوبات الإداري، أطروحة دكتوراه، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، ٢٠١٩.

١٠. عامر محسن خلف العبيدي، حق الدفاع في نطاق التأديب الإداري(دراسة مقارنة وتطبيقية)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ال بيت، الأردن، ٢٠١٥.
١١. عوض عالي عوض الرشيدي، سلطة الإدارة في سحب الاعمال من المتعاقد والاثار المترتبة عليه في النظام السعودي، رسالة ماجستير، كلية الأنظمة والدراسات القضائية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ٢٠٢٠.
١٢. عيد مليح مهل الرشيدي، سلطة الإدارة في سحب العمل والتنفيذ على الحساب في عقود الاشغال العامة في القانون الكويتي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عمان، ٢٠١٣.
١٣. فاطمة ريغي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ،جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٩.
١٤. قرفي ابتسام. النظام القانوني للعقوبة الادارية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٣.
١٥. كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٠.
١٦. لقاء صفاء الدين محمود، ضمانات الافراد في مواجهة سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للقرار الإداري(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠١٠.
١٧. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠٠٩.
١٨. محمد خليفة الخييلي، التظلم الإداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٠٩.
١٩. محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الغير مالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة الاسراء ، ٢٠١٤.

٢٠. محمد كاك الله سمايل، سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين _ أربيل ،٢٠١٣.
٢١. محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، ٢٠٠٤.
٢٢. نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، ،٢٠١١.
٢٣. نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢.

رابعاً: البحوث العلمية :

١. إبراهيم تركي مياح، التبليغ القضائي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد٧، ٢٠٢٠.
٢. إسماعيل جابوربي، تسبيب القرارات الإدارية بين الجواز والوجوب(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة افاق علمية، جامعة قاصدي مرباح _ورقلة، المجلد ١١، العدد٤، ٢٠١٩.
٣. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، حقيقة الازدواج في النظام القضائي السعودي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، كلية العلوم والدراسات الإنسانية، جامعة قطر العدد،٢٩، ٢٠١٦.
٤. بن جدو امال، الحد من التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، بحث منشور في مجلة الدراسات والأبحاث القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد (١٠)، ٢٠١٨.
٥. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الاشغال العامة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، جامعة قطر، المجلد ٢، العدد ٢، ٢٠٢٠.
٦. خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث المستقبلية ،كلية الحدباء الجامعة، العدد١٨، ٢٠٠٧.

٧. رجب علي حسن، مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين في القانون الوطني والدولي الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد٨، ٢٠١٠.

٨. سعد ربيع عبد الجبار، الضرر المفترض افتراض قطعياً واثره في تحقق المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، كلية القانون، العدد ٢٩، ٢٠١٦.

٩. شامي يسين، الإطار القانوني لفكرة التبليغ الرسمي، بحث منشور في مجلة المعيار في الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد التاسع، العدد٤، ٢٠١٨.

١٠. صابرين إبراهيم رضا وصباح سامي داوود، عقوبة الغرامة البديلة لسلب الحرية، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣٦، العدد٦، ٢٠٢١.

١١. عبد الجليل الفيداني، بدائل الدعوة العمومية أو بدائل العقوبات السالبة للحرية، بحث منشور في مجلة السياسة الجنائية بالمغرب، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد ٣، ٢٠٠٤.

١٢. عبد الرحمان خلفي، التحول من العقاب الجنائي الى العقاب الإداري(دراسة فقهية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد ١٠، ٢٠١٨.

١٣. عثمان عبد الرحمن، د. بوبرقيق عبد الرحيم، عقوبة الغرامة النسبية وجرائم الفساد في القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مخبر الدراسات القانونية المقارنة (جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة، المجلد ١٠، العدد٢، ٢٠٢١.

١٤. علي يونس إسماعيل، تطور رقابة التناسب في القضاء الإداري للإتحاد الأوربي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة دهوك، العددان(٣٨-٣٩)، ٢٠١٦.

١٥. غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الثاني، ٢٠٠١.

١٦. فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اكاديمي، العدد الخامس، ٢٠١٦.

١٧. محمد العروصي، سياسة الحد من التجريم او من العقاب، بحث منشور في المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، الجزائر، العدد ٢، ٢٠١٨.
١٨. محمود حلمي، عيوب القرار الاداري، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، العدد ٢، ١٩٧٠.
١٩. مدحت رمضان، بدائل الدعوى الجنائية والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، بحث منشور في مجلة السياسة الجنائية، المغرب، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد٤، ٢٠٠٥.
٢٠. مزوزي فتيحة، العقوبات البديلة كشكل من اشكال الحد من العقاب في التشريع الجزائري،. بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر السعيد، الجزائر، المجلد٨، العدد١، ٢٠٢١.
٢١. منصور أبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، الامارات العربية المتحدة، العدد ٥٣، سنة ٢٧، ٢٠١٣.
٢٢. مهدي حمدي مهدي الزهيري، آثر سحب اليد على الراتب والترفيع في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة حياة الخاصة للعلوم والتكنولوجيا، المجلد السادس ، العدد الأول، ٢٠١٧.
٢٣. نبراس ظاهر جبر، علي حسين منهل. تشخيص الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد كمقدمة لتقدير التعويض (دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المدني العراقي)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، المجلد ١٠، العدد ٣٢، ٢٠١٧.
٢٤. هوزان عبد المحسن عبد الله، مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكويتية العالمية، كلية القانون، السنة التاسعة، العدد٢، تسلسل ٣٤، ٢٠٢١.

خامساً: التشريعات الدولية والمحلية :

أ-الإعلانات والاتفاقيات الدولية:

١- اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي عام١٧٨٩.

ب- الدساتير :

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

٢- دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ النافذ .

ج- القوانين :

١. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.
٢. القانون الفرنسي رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٦.
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥. قانون التوظف الفرنسي رقم ٢٤٤ لسنة١٩٥٩.
٦. قانون العقوبات الفرنسي رقم ٦٦-١٥٦لسنة ١٩٦٦.
٧. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٨. من قانون العقوبات الفرنسي رقم(١١) لسنة ١٩٧٥ الملغى.
٩. قانون العاملين المدنيين في الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨.
١٠. قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم ١٤لسنة ١٩٩١.
١١. قانون الخدمة المدنية المصري رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦.
١٢. القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.
١٣. قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

د- التعليمات :

١- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الملغى .

٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ **النافذ .**

سادساً: الاحكام والقرارات القضائية :

أ- الأحكام والقرارات المنشورة :

١. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٢٦/١١/٢٧، مشار اليه لدى محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٢. حكم محكمة الإدارية العليا في مصر المرقم ٦٤٣١، لسنة١٩٤٢، مشار اليه لدى ناصر منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ،حلب ،دون تاريخ نشر.

٣. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٩٦١/٥/١٣،الطعن رقم ٢٦٢،ق.ع، مجموع العشر سنوات، ج٣،ص ١٤٠٦، مشار اليه لدى ياسر عمار جبار ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية(دراسة مقارنة)، ط١،المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.

٤. حكم المحكمة الإدارية المصرية بتاريخ ٢٥/ مايو١٩٦٣، مشار اليه لدى احسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية،٢٠٢١.

٥. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٣٩ لسنة ٨ القضائية، جلسة ١٩٦٥/٦/٢٧، الموسوعة الحديثة، ج١٥، ص٣٨ وما بعدها، مشار اليه لدى محمد خليفة الخييلي، التظلم الإداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.

٦. قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٥٥/ح/٩٦٦ في ١٩٦٦/١١/٢٦ المشار اليه لدى احسان سليمان خربيط، سلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية،٢٠٢١.

٧. حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/١٢/٢١، مشار اليه لدى حسان بعد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٢.

٨. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ١٣٢٠/١٣٤٠، لسنة ١٢ ، بتاريخ ١٩٦٩/٢/١٥، فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حال التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط"١"، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤.

٩. قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٢٤ بتأريخ١٩٧٤/١٠/٥، منشور في النشرة القضائية، العدد ٤، تسلسل ٥، لعام ١٩٧٥.

١٠. حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم ١٠٤ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٢٣ مشار اليه لدى محمد حسن مرعي الجبوري، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

١١. قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٨١٩ والصادر في ١٩٨٦/١٠/٢٣ مشار اليه لدى حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.

١٢. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ٢١٨٠، ٢٩اكتوبر١٩٨٨، لسنة ٣٣ القضائية، مجموعة السنة الرابعة والثلاثين، ج١،ص ٥٤، ومشار اليه لدى محمد باهى أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية_ مصر ، ٢٠٠٠.

١٣. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن ١٣٦، تاريخ١٩٨٩/٦/١٧، لسنة ٣٤ القضائية ،ج٢، ص ١١٤٧، ومشار اليه لدى محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر المرقم ٣٣٨٧ الصادر بتأريخ ١٩٩٧/٣/٤، مشار اليه لدى حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٢.

١٥. قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٩٢ / موسوعة أولى / بتأريخ ١٩٩٩/٢٢ منشور في الموسوعة العدلية، العدد ٦٧ ، لعام ٢٠٠٠.

١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٣/موسوعة أولى /٩٩٩بتأريخ ١٩٩٩/٤/٢٨، قرار منشور في الموسوعة العدلية، العدد ٦٧، ٢٠٠٠.

١٧. قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٩ بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٨، مشار اليه لدى رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

١٨. حكم محكمة الإدارية العليا المصرية المرقم ١٩٨٧بتاريخ ١٩٦٢/٣/١٧ مشار اليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط. العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

ب- الأحكام والقرارات غير المنشورة:

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٧١/الهيئة الموسعة المدنية الثانية /٢٠١٢/تسلسل ٢٠٥ بتاريخ ٢٠١١/٨/١٦.

٢. حكم محكمة استئناف كركوك المرقم ١٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٥ بتاريخ ٢٠١٥/١/١٩.
٣. حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم٢١٧/س/٢٠١٥بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٦.
٤. حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ٢٢٢/مدنية/٢٠١٦ تسلسل ٢٢٢ بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٥.
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٥٥/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧تسلسل ١٩٦١ بتاريخ ٢٠١٧/٦/١٩.
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١١٢١/الهيئة الاستئنافية –عقار/٢٠١٧تسلسل ١٣٢٠بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١٢.
٧. حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ٢٠١٢/ب/ ٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٢٤.
٨. حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم١٨٧/س/٢٠١٨بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٤.
٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨/هيئة تعيين المرجع/٢٠١٦/ تسلسل ١١/ بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٩.
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨/هيئة تعين المرجع/٢٠١٦/ تسلسل ١١/ بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٩.
١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٢٦/الهيئة الاستئنافية–منقول/٢٠١٩/تسلسل ١١٨٣٢ بتاريخ٢٠١٩/٦/٢٠.
١٢. حكم محكمة استئناف الانبار الاتحادية، المرقم٢٩٣١/ب/٢٠١٩، بتاريخ٢٠١٩/١٢/٢٣.
١٣. حكم محكمة استئناف الانبار الاتحادية، المرقم ٢٩٥٣ /ب/٢٠١٩، بتاريخ ٢٠١٩/١٢/٣١.
١٤. حكم محكمة استئناف كركوك الاتحادية المرقم ٣٨٤/س/٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٨.
١٥. حكم محكمة جنح كربلاء الاستئنافية المرقم ١٩٢/ج أسرة/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢.
١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم ١٦٥٠/ الهيئة استئنافية/٢٠٢١، بتاريخ ٣٠/ ٢٠٢١/٣تسلسل ١٦٢٠.
١٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٢٨/٣٦٢٩/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٦/٢٨.

١٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢١٣٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢١/ تسلسل ٢٠٩٥/بتاريخ ٢٠٢١/٧/١٥.

١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٦٧/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١بتاريخ ٢٠٢١/١٠/١٣.

٢٠.حكم محكمة جنح القرنة/ البصرة المرقم ٧٣٩/ج/٢٠٢١ بتاريخ٢٠٢١/١١/١٤

٢١. حكم محكمة بداءة الكرخ ٤٨٣٨/ب/٢٠٢١/بتاريخ ١٢/٩/ ٢٠٢١ .

٢٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٣٣٧٥| الهيئة الاستئنافية منقول|بتاريخ١٣|١٢|٢٠٢١ تسلسل٣٢٧٤

٢٣. قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم ١٦٥٠/ الهيئة استئنافية/٢٠٢١، بتاريخ ٣٠/ ٣/٢٠٢١تسلسل ١٦٢٠.

٢٤.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٠١٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢١/تسلسل٢٩١٧/بتاريخ ٢٠٢١/١١/٧.

٢٥. حكم محكمة بداءة الكرخ المرقم ٤٨٣٨/ب/٢٠٢١/بتاريخ ١٢/٩/ ٢٠٢١

٢٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٧٨٣٨/ الهيئة المدنية/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٠ .

٢٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٧٨٤٧/الهيئة المدنية /بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٠تسلسل ٧٩٣٩.

٢٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٧٩٢٦/الهيئة المدنية/٢٠٢١، بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢١، تسلسل ٨٠١٥.

٢٩. حكم محكمة جنح القرنة/ البصرة المرقم ٦٠١/ب/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٩.

٣٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٤٧/الهيئة استئنافية منقول/٢٠٢٢/تسلسل ٥٥٧ بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢١.

٣١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٥٨٥/الهيئة المدنية/٢٠٢٢/ بتسلسل٥٥٣١/ بتاريخ ٢٠٢٢/٦/٣٠.

٣٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢٣٩/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢/تسلسل٢٢١١ بتاريخ ٢٠٢٢/٨/١٤.

٣٣. قرار محكمة التمييز ايضاً المرقم ٢٢٤٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢/تسلسل٢٢١٣ بتاريخ ٢٠٢٢/٨/١٤.

٣٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٣٦٥١| الهيئة الاستئنافية عقار| ٢٠٢٢| بتاريخ١٧|١٠|٢٠٢٢ تسلسل٤٠٩٦ .

سابعا: المصادر الأجنبية :

1- Azambuja de Magalhaes Pinto, Les actes d'administration judiciaire en droit français eten droit brésilien (étude de procédure civile compare), –Thèse de doctorat présentée à Université Panthéon–Sorbonne, Paris, 2017.

2- Catalin- silviu sararu, The termination of administrative contracts in the Romanian and French, Publié dans b ucharest academy of economic studies, 2011 .

3- Charles s. Phillips, p.e. construction contract administration, society for mining metallurgy, and exploration, sans endroit pour imprimer, 2009.

4- Code de justice administrative, Selon le dernier amendement de 2021.

5- Elie Yamdjie, Le consentementdansl'arbitragedeslitigessportifs, Thèse de doctorat présentée à Université NiceSophia Antipolis, paris, 2013.

6- Emmanuelle Gillet–Lorenzi, seydou traore'. Droit administrtif des biens, center national de le function publique territorial, sans endroit pour imprimer, 2007.

7- Frac'ois collart, philippe delebecque. Contrats civils et commerciaux, 11e', dalloz, paris, 2019.

8- Geores dupuis, prf.marie-jose' gudon, prf. Patrice chre'tien, Droit administrative, 10e, dalloz, paris, 2007.

9- He'le'neee hoepffner, Contrats administratifs, Recherche publiée sur le site (www.ius-publicum.com), 2011.

10- Hilaire Barnett, Constitutional and administrative law, 4e, Cavendish publishing limited, London, 2002.

11- Jacques barthe'lemy, et gilbert cette, e'conomique par christen carl, paris, 2010.

12- Jean dabin, The'orie generale du droit, dalloz, paris, 1969.

13- Julien be'taille, coralie courtaigne-deslandes, maryse deguergue, e'lise langelier, ge'rard marcou, Thomas perroud, Catherine teitgen0 colly. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques, center d'e'tude et de recherché sur l'administration publique, de la Sorbonne, 2016.

14- le droit administrative an france, Total des articles publiés sur le site (www.livrespourtous.com), 2013.

15- Matthieu houser, virginie donier, Nathalie droin. Le droit administrative aux concours, direction de l'infromation le'gale, 2015.

16- Maurice haueiou, la gestion administrative, librairie de la socie'te' du recueil ge'e'ral des lols &des arre'ts, paris, 1899.

17- Panagiota Perraki, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Thèse de doctorat présentée à Université de Strasbourg, 2013.

18- Philippe malaurie, Laurent aynr's, droit des contrats spe'claux, 8e', lgdj, lextenso, 2016.

19- René chapus. droit administrative général, tome 01, 14éme édition, Montchrestien , 2000.

20- Wondwossen waken, The law of administrative contaracts, prepared ander the sponsorship of the justice and legal system research institute, sans endroit pour imprimer, 2009.

21- Wondwossen wakene, the law of administrative gontarcts, prepared under the sponsorship of the justice and legal system research institute, 2009.

Abstract

The topic of the research focused on one of the types of administrative penalties, which is the financial penalty, as it is the most common among the administrative penalties, and our discussion of the financial penalty within the scope of administrative contracts was determined because it is considered among the advanced topics with the loss of an organizational law for it, so it will be necessary to search in it to know the features and merits of this topic.

Based on the foregoing, it was found that the administration concludes administrative contracts for the management of its facilities, and according to each breach or delay by the contractor, it resorts to imposing a financial penalty according to its unilateral will and without the need to resort to the judiciary, and one of these penalties is intended to cover the damages incurred to its administrative facilities, which is compensation and borne Administrative expenses and charges, the last of which is intended as a punishment to the contracting party for his breach and delay even if no harm is caused, namely the delay fine and the confiscation of the insurances, bearing in mind that the administration here is not obligated to prove the damage by describing the damage to the public interest, This does not mean that the contractor is under the absolute authority of management in this direction. On the contrary, there are a set of controls that are in the interest of the contractor, The administration should take into account it when imposing the penalty decision, which is a limit before the management authority to make it a restricted authority that achieves a

balance between the two parties. He has wronged his financial liability by the administration, and the court shall look into the matter of the case and decide to cancel or amend the penalty, compensate the contractor, or terminate the administrative contract.

The most important conclusion of this study is due to the lack of clarity in the position of the Iraqi legislator towards the financial penalty in terms of the absence of a unified law and the lack of clarity in the administrative texts and the lack of clarity of its position on its authority to implement directly in the matter of compensation as it is not concerned with its infliction, and the absence of a specialized administrative judiciary to consider its disputes, recommends This study is the Iraqi legislator in keeping with what is stable in the comparative systems in both Egypt and France with regard to the unification of the scattering of criminal administrative texts and their compilation with a unified law and not being satisfied with the nodal instructions, and activating the disruption that occurs to the administrative judiciary in terms of its specialization in administrative disputes and not continuing its subordination to the scope of the ordinary judiciary in the presence of the judiciary A specialized administrator looks into nodal disputes and does not remain under the normal jurisdiction.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Qadisiyah

College of Law

The financial penalty associated with the administrative legal role

(A comparative study)

Thesis submitted to the Council of the College of Law - University of Al-Qadisiyah. It is part of the requirements for obtaining a master's degree in public law

By

Saja Faisal Musharraf

Supervisor

Dr. Waleed Hassan Hameed Al-Zaiady

Assistant Professor of Administrative Law

2023 HA **1444 HD**