سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية

م. م. هشام محمد حمود الحلفي
الجامعة المستنصرية / كلية التربية الأساسية

المقدمة

تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاء على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزامه، بأي وجه من الوجوه سواءً كان بالإمتناع من جانبه عن تنفيذ العقد، أو بتأخيره في التنفيذ، أو التنفيذ غير المرضي، أو إحلال غيره في التنفيذ دون موافقة الإدارة، فالإدارة في هذه الحالات كلها لها الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها.

المبدأ العام في تنفيذ العقود : (حُسن النية) بما يلقي على المتعاقدين واجباً مشتركاً بعدم الإخلال بالتزاماتهم التعاقدية، بالإضافة إلى هذا المبدأ فإن هنالك مبدأ آخر خاص بالقانون الإداري، هو ضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة، وعليه فإن الإخلال بالتزامات التعاقد الناجمة عن عقد إداري يترتب عليه جزاءات، إذ إن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يستهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين، ولا بطابع العقوبات كجزاء رادع فقط، وإنما الهدف الأساسي منه هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام الضروري لسير المرفق العام، فانتظام سير المرفق العام يتطلب تنفيذ العقود الإدارية المتصلة به بدقة.

وتنقسم الجزاءات التي تملكها الإدارة إلى نوعين : من حيث مصدرها، ومن حيث موضوعاتها، فمن حيث مصدرها : فهناك الجزاءات العقدية، والجزاءات غير العقدية.

فالجزاءات العقدية : تلك الجزاءات التي تنبع من العقد، أي منصوصاً عليها فيه.

أما الجزاءات غير العقدية : تلك الجزاءات التي لا يكون منصوصاً عليها في العقد وإنما تستلزمها ضرورات المصلحة العامة، وقد تبّنى القضاء الإداري الفرنسي هذا الموقف إذ قضى بأنه إذا لم ينص العقد على الجزاء الواجب إيقاعه في حالة الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد، جاز للقاضي بناءً على طلب الطرف المتضرر أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الإخلال بنصوص العقد، وتكون الإدارة خاضعة في فرض ذلك الجزاء لرقابة القضاء بطبيعة الحال، والآن أصبحت سلطة فرض الجزاءات من جانب الإدارة ليست حقاً بيد الإدارة فقط، وإنما واجب عليها لا تستطيع النزول عنه كلما تطلبت ذلك المصلحة العامة، وهذا ما قرره بعض القضاء.

ومع أن الفقه، والقضاء مستقرين على ثبوت سلطة الإدارة على فرض الجزاءات في العقد إلا أن هناك اختلافاً في أساسها القانوني، ففريق يؤسسها على مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام، وآخر يؤسسها على فكرة السلطة ذاتها، والحقيقة أن كلا الفكرتين تلتقيان في نقطة واحدة، وهي تحقيق المصلحة العامة من خلال السير المنتظم للمرفق المتعلق بالعقد.

أما من حيث الموضوع فتستطيع الإدارة فرض أنواع متعددة من الجزاءات حسب النظام القانوني الذي تسير بمقتضاه، فقد تكون هناك جزاءات مالية، وهناك جزاءات غير مالية.

ومما تجدر الإشارة إليه إن اغلب الفقهاء يؤيدون حق الإدارة في فرض الجزاء رغم اختلافهم في بيان أساسه القانوني لذلك فمن المهم أن نوضح هذا الاختلاف وموقف القضاء منه وبعد ذلك نوضح شروط ممارسة هذه السلطة[1] ، وعليه سنقسم بحثنا هذا إلى مبحثين سنخصص الأول منه لدراسة الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد ، أما المبحث الثاني فسوف نبين فيه شروط فرض الجزاءات على المتعاقد ، وأخيراً نتناول في خاتمة بحثنا النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها بعد الخوض في جوانب موضوع البحث.

المبحث الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد

يُعد حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها من الأمور المسلم بها في نطاق العقد الإداري، حتى لو لم يُنص عليها في بنود العقد، دون الحاجة للجوء إلى القضاء لتقريره[2] علماً بان الفقه في كل من فرنسا ومصر يسلمون بهذا الحق، ولكن الخلاف يكون في تحديد الأساس القانوني الذي تستند عليه سلطة فرض الجزاءات ، أما بالنسبة للقضاء فانه لم يستقر على موقف معين لتبرير هذه السلطة، وهذا ما سنوضحه في المطالب التالية:

المطلب الأول

فكرة السلطة العامة بوصفها أساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

إن فكرة السلطة العامة هي مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، التي تستعملها من اجل إشباع الحاجات العامة في الدولة [3].

وتهدف فكرة السلطة العامة إلى تحقيق الصالح العام، وتغليبها على المصلحة الفردية، وهي تمثل قاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الآمر في العقود المدنية[4] وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها المرقم 383 الصادر في 8 يناير 1995،

والذي تقول فيه (أن الواضح من ظاهر الأوراق إن العقود الحالية التي أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين.... الخ)، تضمنت شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم كون العقد المذكور قد تكاملت فيه العناصر الثلاثة بَعده عقداً إدارياً، وفي حكم آخر ذهبت المحكمة نفسها إلى القول (....بجواز تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة العامة، إذ تضمن البند الخامس على حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة المعمل ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار كما تضمن البند الحادي عشر على تعهد المطعون ضده بتسليم المعمل، وكافة محتوياته بالحالة التي تسلمها، وما يكون قد ادخل عليه من تحسينات، ومرافق وافق عليها الطرف الأول عقب انتهاء مدة الإيجار، أو استرداد المعمل لأي سبب من الأسباب...)[5].

إن هنالك بعض من الفقهاء يرى إن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية تكمن في فكرة السلطة العامة، فهي تطبيق لامتياز يُعد من أبرز امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة وهو امتياز التنفيذ المباشر[6] حقها في هذا الشأن هو محور نقاش من جانب الفقهاء في الفقه المصري، وإن الفقهاء في مصر، يذهب بعضهم إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاء بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر يعود إلى فكرة السلطة العامة استناداً على ارتباط هذه الفكرة بالعقد الإداري إذ إن أثره يمتد إلى تنفيذ هذا العقد، ويخضعه لقواعد استثنائية حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها في العقد[7] لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تُطبع بها العقود التي تظهر فيها كما إن الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المقصر ما هي إلا مظهر من مظاهرها[8].

أما في الفقه الفرنسي فيذهب بعض الفقهاء وبالأخص (الفقيه هوريو) إلى إن تمتع الإدارة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر يعتبر الدعامة الأساس للسلطة العامة، وانطلاقاً من ذلك يحق للإدارة إن تفسخ العقد سواء كان (للأشغال أو التوريد) وان تحل نفسها محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك عن طريق قرار بسيط يصدر من قبلها دون اللجوء إلى القضاء.

أما (الفقيه مشيل روسيه) فيقول : النتيجة المترتبة على أن العقد الإداري هو تصرف قانوني، وإن السلطة العامة تظهر فقط في مجال القانون الإداري، ولذلك فسلطة الإدارة في اتخاذ الجزاء من جانب واحد تعني بان المتعاقد قد قبل تحمل بعض الالتزامات، فأي تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه لذلك فان الأصالة تكمن في الوجود العام لهذه

السلطة، وتكون موجودة سواء كان منصوصاً عليها في العقد أم غير ذلك استقلالاً (أي دون الحاجة للالتجاء للقضاء باستثناء إسقاط الالتزام).

أما (الفقيه فيدل) فيذهب إلى إن من الامتيازات الرئيسة التي تمتع بها الإدارة هو فرض الجزاءات على المتعاقد معها التي تمنحها لها قوة القانون استناداً إلى نظام السلطة العامة.

إما(الفقيه فلام) فقد فرق بين أساس هذه السلطة، والنتائج التي تترتب على استعمالها فيذهب إلى أن حق الجزاء المعترف به للإدارة يُعد امتيازاً أصيلاً للسلطة العامة، أما فيما يتعلق بنتائجها الباهظة التي يتحملها المتعاقد المقصر، فإنها تتعلق بالشرط الجزائي[9].

المطلب الثاني

فكرة المرفق العام بوصفها أساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

إن المرفق العام هو كل مشروع تُديرهُ أو تشرف الدولة على إدارته، ويعمل بانتظام لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي أنشئ من أجلها، لا بقصد الربح، بل بهدف المساهمة في صيانة النظام في الدولة[10] لذا هنالك مجموعة من الفقهاء ترى إن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة تكمن في فكرة المرفق العام.

ففي مجال الفقه الفرنسي نجد إن جانب منه يذهب إلى إن الإدارة تفرض الجزاءات باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، وهذا الامتياز يُعد استعماله التزاماً، وليس رخصة، وهذا ما أكده (الفقيه جيز) الذي يقول أن ضمان السير المنتظم للمرافق العامة يتطلب دقة في تنفيذ العقد الإداري ، لذلك فمن الضروري أن تكون الجزاءات المترتبة على الإخلال مؤثرة، ومبرر ذلك إن احتياجات المرافق العامة هي أساس، وقياس جزاءات القانون العام، وهذا ما يجعل اتخاذ هذه الجزاءات تكون مباشرة ومن دون وساطة القاضي.

أما (الفقيه شارلس ديباش) فيذهب إلى إن المصلحة العامة لا تُقيد الإدارة بالعقد إلا في نطاق محدد، ولا يمكن أن تحول شروط العقد من دون استعمال الإدارة للسلطات ضرورية لتحقيق هذه الغاية[11].

أما الفقه المصري، فيذهب جانب منه إلى حق الإدارة في أن تتخذ الإجراءات التي تضمن إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته تجنباً لأي اختلال، ومن أجل ضمان سير المرفق العام بعَد هذا الحق من النتائج المهمة التي تترتب على هذا المبدأ، واستناداً إلى طبيعة وظيفتها بهذا الخصوص فإذا اتضح للإدارة إن المتعاقد أصبح في وضع لا يسمح له

بتنفيذ التزامه على الوجه الأكمل، أو انه قد أخل إخلالاً جسيماً في تنفيذه فإنها تستطيع أن تضع حداً للعقد للحفاظ على السير المنتظم للمرافق العامة[12].

المطلب الثالث

موقف القضاء من الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

إن القضاء الإداري لم يثبت على فكرة معينة لتبرير سلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ يسلم القضاء الإداري المصري بسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، إذ قضى (بأن غرامة التأخير هي حق من حقوق الإدارة في فرضها بمجرد حصول التأخير، ولو لم يترتب عليه ضرر من دون الحاجة للجوء إلى القضاء إذا اخل المتعاقد بالتزامه معها).

وأوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر أساس سلطة الإدارة بقولها (إن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق، وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق المصلحة العامة ، وإن الإدارة تعتمد في إبرامه، وتنفيذه على القانون العام، إذ أن كفتي المتعاقدين فيه غير متكافئتين لغلبة المصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذلك حق فرض الجزاءات على المتعاقد معها تكون بإرادتها المنفردة)[13] إلا أنها ذكرت في قضاء لاحق لها بتاريخ 28 ديسمبر سنة 1963 (إن للإدارة الحق في فرض الجزاءات على متعاقد معها، نحو فسخ العقد ومصادره التأمين وشطب الاسم، وهي في هذا الحق لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها إسنادها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة)[14].

أما في العراق فنجد بان القضاء المدني العراقي، لم يتطرق للأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها بصورة مباشرة، ولكنه في الوقت نفسه أعطى للإدارة حق فرض الجزاء الذي تراه مناسباً على المتعاقد معها، حتى وان لم ينص عليه في بنود العقد ، ومن دون اللجوء إلى القضاء لتقريره من اجل تحقيق المصلحة العامة التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها عند إبرام العقد الإداري، وتخضع الإدارة في نفس الوقت لرقابة القضاء من حيث التحقق من مدى جسامة الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد، والجزاء الذي تفرضه الإدارة مع ذلك الخطأ[15].

من خلال الاستعراض لموقف الفقه، والقضاء حول الأساس القانوني لسلطة فرض الجزاءات في نطاق العقود الإدارية، يتضح لنا بان الفقه، والقضاء رغم اتفاقهما على وجود هذه السلطة خارج نصوص العقد، ومن دون اللجوء إلى القضاء لتقريرها، ولكنهما لم يتفقا على فكرة محددة لتبرير هذه السلطة ، ونرى إن تحديد الأساس القانوني لسلطة فرض الجزاءات في العقود الإدارية، يرجع إلى تحديد أساس القانون وما إذا كان هذا القانون يُفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة، وأتفق مع رأي الدكتور عبد المجيد فياض الذي يرى إن (فكرة السلطة العامة لا تُعد أساساً قانونياً صالحاً لسلطة فرض الجزاءات، وذلك لان السلطة العامة هي وسيلة لتوفير الخدمات إلى المجتمع عن طريق المرافق العامة، لذلك لا يجب أن تكون سلطة قانونية في ذاتها، والعقد الإداري في الوقت نفسه ليس عملاً من أعمال السلطة العامة بل انه كعقد لا يعد أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات عقدية) ، لأن استمرار وانتظام المرافق العامة يتطلب وجود جزاءات تفرض على المتعاقد الذي يخل في تنفيذ التزامه، على نحو يعرقل سير هذه المرافق وهذا يقودنا إلى إن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات تكمن في سير المرافق العامة بانتظام، وسلطتها بهذا الخصوص سلطة تقديرية ومقيدة في آن واحد ويكون تصرفها بقصد تحقيق الصالح العام[16].

ويُعد اتصاف هذه الجزاءات بالصرامة شيء مهم لأن احتياجات المرفق العام هي أساس وقياس جزاءات القانون العام ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هو ما مدى تأثير (الخصخصة) على دور الإدارة في المستقبل المنظور في ظل التحول نحو اقتصاد السوق؟ وهل سوف يقلص من دورها في صرامة الجزاءات التي كانت تمتع بها الإدارة في ظل الفكر الاقتصادي السابق والقائم على أساس الفكر الاقتصادي الموجه، وهل سيساعد هذا على جذب الاستثمار الأجنبي للعمل في العراق؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال لا بد من الإشارة إلى نتائج تجارب بعض الدول في هذا الجانب إذ لا يمكن عَد الخصخصة وصفة جاهزة قابلة للتطبيق والنجاح بنحو مطلق بدون توافر الظروف والعوامل اللازمة لنجاحها، لذلك على الحكومات والشعوب التي يحصل في بلدها تلك العملية أن تتوقع بعض السلبيات أو المشاكل التي تحصل أثنائها، إذ هنالك الكثير من الدول التي أخذت بالخصخصة، غير إنها اصطدمت بالواقع غير الملائم أثناء التطبيق، ففي مصر نجد بان التحول يستوجب الالتزام بقوانين الاقتصاد الحر، والمشكلة تبدو

أكثر خطورة في القطاع الإنتاجي لأن المشروعات التابعة للقطاع العام تتميز بزيادة هائلة في عدد العمال الذين يصلون إلى ضعف العدد اللازم للتشغيل وهذا يعود إلى سياسة التشغيل المعمول بها في مصر في ما يخص القطا العام، لذلك فان جذب الاستثمار الأجنبي سيكون على حساب العمالة وينعكس ذلك على التسهيلات المقدمة من الدول وأجهزتها للمستثمر وخاصة فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها من اجل تطوير المرافق العامة، ومن هنا يمكن القول إن العبرة في كفاية عملية الخصخصة هو تفادي سلبيتها والتأكيد على وجود نظام يسمح باستيعاب العمالة الزائدة التي تنجم عن عملية الإحلال والتجديد [17].

أما في فرنسا فإنها تتسابق في جذب الاستثمارات الأجنبية، عن طريق المساواة بين المستثمر الأجنبي، والمستثمر المحلي، فضلاً عن إنشاء هيئات استثمار تُعنى بتحفيز المستثمرين الأجانب للاستثمار فيها ، وفي الوقت نفسه لا يؤثر ذلك على سياسة التشغيل لأن فرنسا تأخذ بفكرة "العمل لبعض الوقت" أي تخفيض عدد ساعات العمل بالنسبة للعامل، وهذا يساعد على تشغيل اكبر عدد من العمال، وتحقق بعض المزايا بالنسبة لصاحب العمل [18].

ويتفق فقهاء القانون، والقضاء في العراق على نقطة مهمة هي حق الإدارة في فرض جزاءات صارمة، وحازمة ترجع إلى حث المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته من اجل ضمان استمرار، وانتظام سير عمل المرافق العامة، وهذا الحق مقرر للإدارة وفي الوقت نفسه، لا يجوز لها أن تتنازل عنه لأن ذلك يعني التنازل عن حق مملوك للدولة، وانطلاقاً من هذه النقطة يمكن القول بان القطاع العام في العراق كان يتمتع بالسيطرة المطلقة، أي يكون فاقداً للمرونة للاعتبارات الموضوعية مثل الجدوى الاقتصادية، أو التخطيط المالي، في حين تحولت بقية القطاعات (التعاوني والمختلط والخاص) إلى مجرد قطاعات هامشية، وهذا يتجسد بنحو صريح في النصف الثاني من القرن العشرين نتيجة الحروب، ومركزية الاقتصاد الذي هيمنت عليه الدولة لاعتبارات سياسية، والسيطرة كنظام شمولي، وكان من ابرز نتائج هذه الهيمنة، هو إن القطاع الخاص بعد مسخه وتحوله إلى مجرد نشاط هامشي كل طموحه أن يتحول إلى وكالة لإحدى الشركات المتعددة الجنسيات لا سيما في الصناعة، ولأجل تحسين ظروف المعيشة لجميع العراقيين وتحسين مهاراتهم ومكافحة البطالة في العراق، وما يرافقها من آثار تضر بالسلامة العامة لذلك فان تسهيل الاستثمار الأجنبي يساعد على تطوير البنى الأساسية، وتنمية النشاط التجاري العراقي، وإيجاد فرص العمل الجديدة، وجذب

رؤوس الأموال إلى العراقيين، وتماشياً مع مضمون التقرير الذي قدمه الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة إلى مجلس الأمن الدولي بتاريخ 17 تموز 2003، وذلك من آجل تفعيل، وتطبيق ما يحتاجه العراق من تطوير، وتحويل لنظامه الاقتصادي، من نظام مركزي موجه لا شفافية فيه، إلى نظام اقتصادي يعتمد على السوق، ويتسم بالقدرة على النمو المستمر عن طريق إنشاء قطاع خاص حيوي وانطلاقاً من التنسيق مع المؤسسات المالية الدولية المشار إليه في الفقرة 8 (هـ) من قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1483 لسنة 2003 والتي نصت على (تشجيع عملية إعادة بناء الاقتصاد وتهيئة الظروف اللازمة للتنمية المستدامة، بما في ذلك عن طريق التنسيق مع المنظمات الوطنية والإقليمية، بحسب الاقتضاء، ومع المجتمع المدني والجهات المانحة والمؤسسات المالية والدولية)[19]

وعند مراجعة حجم وواقع القطاع العام في الاقتصاد العراقي وطبيعته، نجد إن التحول نحو الخصخصة ينبغي أن يكون تدريجياً، أي وفق ما يعرف بأسلوب الصدمة بحكم إن التأثيرات الناجمة عن ذلك ستكون سلبية، وأن البيئة الاقتصادية الحالية غير مستقرة، وتكون الإدارة تحديداً هي من تتحمل مسؤولية ذلك.

ومما تقدم نجد بأن دعوة استثمارات أجنبية جديدة للعراق ينعكس على صرامة الجزاءات ، وذلك من تقديم التسهيلات في نطاق العقود التي تبرمها الدولة، أو إحدى مؤسساتها مع المستثمر الأجنبي، وخاصة وان الاستثمار المشترك مع الشركات الأهلية والقطاع الخاص، أو مع الشركات الأجنبية سيدر بفوائد كبيرة منها، ضمان نجاح التجربة الرائدة لا سيما وأننا اليوم في حالة انفتاح مع السوق، والاقتصاد الحر والتوجه إلى فتح آفاق كبيرة [20].

المبحث الثاني

شروط فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة

إذ كانت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد في العقود الإدارية، تمثل امتيازاً للإدارة وفي الوقت نفسه سلطة أصلية، أي إنها توجد حتى وان لم ينص عليها في العقد أو في ملحقاته غير أنها ليست سلطة مطلقة بل يرد عليها بعض القيود.

ونظراً لأهمية الجزاءات التي يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد معها، كان من الواجب وضع نظام قانوني يحكم هذه الجزاءات حتى لا تُسيء الإدارة استعمالها، لذلك درج على تحديد بعض الشروط التي يجب على الإدارة مراعاتها قبل أعمال سلطتها هذه ،

وسنوضح في هذا المبحث شروط فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة، وذلك في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

اختصاص الإدارة

إن كان للإدارة سلطة فرض جزاءات على المتعاقد معها ، إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فانه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه وان تصدر قراراً بذلك، والقرار الإداري عبارة عن عمل قانوني صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة بهدف إحداث آثر قانوني في المراكز القانونية[21] ومن المتفق عليه إن القرار الإداري يرتكز على خمسة أركان وهي (الاختصاص، والشكل، والسبب، والمحل، والغاية) وإن أي ركن من هذه الأركان لا بدَ أن تتوفر فيه شروط صحته حتى يكون القرار مشروعاً وأن ما يهمنا هنا هو ركن الاختصاص الذي يقوم على إن أي قرار إداري لا يمكن أن يُتخذ من قبل جهة إدارية من دون تحديد، ويُمثل (الاختصاص) مكانة مهمة في دائرة الجزاءات الإدارية لأنه يُعد الوسيلة المستعملة لمعرفة صفة الجزاء وهذه المسالة ترتكز على أمرين مهمين ، الأول يتجلى بمعرفة ما إذا كانت تلك الجهة من أشخاص القانون العام أم لا، أما الأمر الأخر فيتمثل بكون الجزاء يدخل في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أم لا، وقد حرص المشرع الفرنسي وهو يتعرض لبحث مشروعية الجزاءات الإدارية في هذه المسالة، على إنهُ يجوز للمُشَرع أن يُخول الجهة الإدارية بسلطة الردع مادامت تدخل في نطاق امتيازات السلطة العامة[22] لأن الجزاء الإداري وفقاً للقواعد العامة يجب أن يفرض من الجهة المختصة بإصداره[23] إذ يترتب على ذلك نتيجة تتجلى بأنه لا يجوز لغير من حدده المشرع أن يمارس هذه الصلاحية ، وهناك استثناء على هذا الإختصاص تستوجبه اعتبارات عملية والذي يتمثل في تفويض الاختصاص إلى شخص أو جهة أخرى[24] وإذا كان للتفويض أحكام وقواعد عامة، يخضع لها التفويض في نطاق الجزاءات الإدارية، تزداد وذلك لضمان مصلحة المخالف ، ولا بد أيضاً من التقارب في الصفات بين المفوض والمفوض إليه، وإلا كان التفويض مصيره البطلان لان المفوض إليه لا تتوفر فيه الشروط الواجبة لممارسة الاختصاص.

ومن جهة أخرى إن التفويض لا يجوز إلا بنص له قوة النص المقرر للاختصاص، لذلك فأنه في نطاق الجزاءات الإدارية يجب ان لا يجري إلا بنص يجيزه وفقاً للشروط التي

يحددها ، وبالنتيجة لا يجوز ممارسة التفويض استناداً الى عبارات مرسلة أو الألفاظ المبهمة غير المنضبطة، وإلا كان باطلاً ويبطل تبعاً لذلك الجزاء المستند عليه[25] فالقاعدة العامة هي الجهة الإدارية التي أبرمت العقد لها الحق في إنهائه، غير ان هذه القاعدة لا تُطبق في حالة تحديد القانون الجهة التي لها حق في إنهاء العقد الإداري، ويجب التقيد بذلك لأن قرار الإنهاء في هذه الحالة يكون غير مشروع فالجهة الإدارية المستفيدة من تنفيذ العقد هي وحدها التي تمتلك الاختصاص بإنهائه ، ولذلك فليس مثلاً لسلطة الأشراف التي أعطت الموافقة إلى الجهة الإدارية المستفيدة من إبرام العقد الحق في التدخل وإنهاء العقد إلا إذا نص القانون على ذلك وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي ذلك في قراره الصادر في 17 آذار 1972 في قضية السيدة (بيكارولي) حين قرر إن عقداً إدارياً أبرمه تجمع محلي أو مؤسسة عامة بموافقة سلطة الأشراف المنصوص عليها في القانون يمكن أن يفسخ بدون تدخل هذه السلطة لأنه لا يوجد أي نص يجيز لها ممارسة هذا الاختصاص[26].

وتأسيساً على ما تقدم، ولكي يكون قرار الجزاء مشروعاً يجب أن يصدر من جهة إدارية مختصة بإصداره، أي يجب أن يصدر عن جهة مخولة قانوناً بإصداره فإذا صدر قرار الجزاء من جهة إدارية غير مختصة فان عملها يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص، مما يجعله قراراً غير مشروعاً، ويعرضه للإلغاء.

المطلب الثاني

مخالفة المتعاقد

يشترط لمباشرة الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات أن يخل المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، والأخطاء العقدية في نطاق القانون الإداري لا تختلف في جوهرها عنها في القانون المدني ، لكنها تتميز بأن هنالك الكثير من الأفعال التي تعتبر خاطئة في القانون الإداري غير معروفة في القانون الخاص ولا يتضمن جزاء لها، وهذه الأخطاء تتميز أيضاً بأنها تقدر بشدة لا يعرفها القانون الخاص لان الخطأ في نطاق العقد الإداري ليس خطأ عقدياً بل خطأ مرفقياً[27].

وإن العقد الإداري يتميز بخصائص ذاتية تميزه عن العقد المدني، وتظهر هذه الخصائص بانفراد العقد الإداري ببعض الالتزامات المرتبطة بطبيعته، كالتزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصياً ، والتزامه باحترام مدة التنفيذ المقررة في العقد، وإلتزامه بتنفيذ التزاماته بطريقة سليمة ، وبعناية تامة ، وأن يلتزم بمبدأ حسن النية في التنفيذ، وان يُنفذ على

مسؤوليته الخاصة ، ويلتزم في التنفيذ وفقاً للشروط المحدودة في العقد، [28] فصلة العقد الإداري بالمرفق العام يلزم الإدارة أن تراعي اعتبارات خاصة فيما يخص المتعاقد مثل الكفاية المالية والمقدرة والخبرة وحسن السمعة... الخ، وهذه الاعتبارات لا تراعيها الإدارة عند اختيار المتعاقد فقط وإنما تراعيها عند تنفيذ العقد ، لذلك فإن الاعتبار الشخصي مسالة مهمة وما يترتب عليه إن تنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن لا يجوز دون موافقة الإدارة[29].

ويقصد بالتنازل عن العقد (أن يُحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله لتنفيذ جميع التزاماته العقدية، أي تنفيذ العقد تنفيذاً كلياً أما التعاقد من الباطن يعني أن يتفق المتعاقد مع الغير لأجل تنفيذ جزء فقط، أو عنصر فقط من العقد)[30] لذلك فأن المتعاقد مع الإدارة عليه القيام بتنفيذ العقد شخصياً فلا يجوز التنازل أو التعاقد من الباطن إلا ضمن ضوابط معينه، وهذه تتمثل بالموافقة التحريرية المسبقة للإدارة ولا يجوز التعاقد من الباطن على جميع الأعمال وإنما على جزء منها في مقابل ذلك تتمتع الإدارة بهذا الخصوص بسلطة تقديرية يخضع لمعقولية السبب المانع وهذا ما يستفاد من عبارة (يجب أن لا تحجب بدون سبب معقول) ويملك القاضي بهذا الخصوص سلطة فحص مشروعية تصرف الإدارة ويمارس رقابته على العمل الإداري وملائماته الموضوعية[31].

وبناءً على ما تقدم فإن المتعاقد مع الإدارة إن تنازل، أو تعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة، فانه قد ارتكب خطأ عقدياً، يبرر فرض أقسى الجزاءات عليه أي فسخ العقد سواء نص في العقد أم لم يَنص عليه، بالإضافة إلى ذلك إن المتعاقد الأصلي يكون هو المسؤول عن خطأ المتعاقد من الباطن أو المتنازل إليه، وهذا ما أكده القضاء الإداري الفرنسي في حكمه الصادر في 9 يوليو 1924 والذي يقول فيه (بان الشركة الملتزمة، والتي من المفروض عليها إنتاج الكهرباء بنفسها يجب إلا تقدم تيارا تنتجه شركة أخرى دون إذن من الإدارة مانحة الالتزام)[32] ، وأيضاً سارت على الاتجاه نفسه المحكمة الإدارية العليا في مصر وقد صدرت العديد من الأحكام بهذا الصدد، منها حكمها الصادر في 28 ديسمبر 1963 الذي تقول فيه (.... وكان وجه المنازعة– في هذه القضية– إن غش اللبن المتفق على توريده صادر من المتعاقد من الباطن، وبذلك فهو المسؤول شخصياً عن هذا الخطأ، وعليه وحده يوقع الجزاء وقد رفضت المحكمة هذا الإدعاء على أساس إن المتعاقد الأصلي مسؤول شخصياً عن تنفيذ التزاماته، وليس من حقه أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة، كما هو الحاصل في هذه المنازعة، وبذلك لا

توجد أية علاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن هذا الخطأ المنسوب للمتعاقد من الباطن)[33] إما في العراق فقد حرصت محكمة التمييز في معظم أحكامها الصادرة بهذا الخصوص على التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد ومنها قرارها المرقم 767 والصادر في 2004/1/7 الذي تذهب فيه ((...حيث انه يتضح من أوراق الدعوى إن المدعي والمدعى عليهما هم مقاولون ثانويون وتعاقدوا مع المقاول الرئيسي (الشخص الثالث شركة(ص)، والذي تعاقد بدوره مع شركة توزيع المنتجات النفطية على تنفيذ المرحلة الثالثة من محطة الوقود فيقتضي، والحالة هذه أن يقوم الخبراء بالاطلاع على كافة المستندات والسجلات ومستندات الصرف خاصة وان رب العمل (شركة توزيع المنتجات النفطية) هي دائرة حكومية وتقوم بالصرف بموجب مستندات رسمية، وإذا استوجب الأمر استدعاء أطراف الدعوى والاستماع إلى أقوالهم بغية معرفة المبالغ المدفوعة من قبل الشركة المذكورة إلى الشخص الثالث وما دفعه منها إلى المدعي عليهما ...))[34].

لذا فإن من المقرر إن التزام المتعاقد باحترام مدد التنفيذ يعتبر التزام جوهري ، أما إذا أخل في التزاماته فإن ذلك يؤثر على سير المرفق العام، وانتظامه، ومن ثم مواجهته بجزاءات، وغالباً ما تكون هذه الجزاءات غرامات مالية يُنص عليها في بنود العقد، وفي حالة خلو العقد من النص على الغرامات فان من حق الإدارة أن ترجع على المتعاقد بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية فضلاً عن إن من يتعاقد مع الإدارة يجب عليه أن يكون أمينا على المصلحة العامة بحيث يقوم بتنفيذ التزامه بحسن نية بعَده من المبادئ العامة الأساسية في النظام القانوني بوجه عام، وفي تكوين وإنشاء العلاقات التعاقدية بوجه خاص وهذا المبدأ يجب أن يكون رائد المتعاقدين عند إنشاء الرابطة العقدية[35] علماً بان هذه الجوانب الموضوعية تقضي فيها المحاكم حسب الأحوال مع الأخذ بنظر الاعتبار إن هذا المتعاقد يشترك مع الإدارة من اجل إدارة مرفق عام مما يتطلب فيه أن يُنفذ التزامه العقدي من طريق بذله عناية خاصة غير اعتيادية لدى اشتراكه في تنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق العام[36] وهذا الأمر سوف ينعكس على الأعمال المنفذة من قبله التي سوف تنسجم مع الغرض الذي يبرم من اجله العقد، وإن النقطة الجوهرية التي لا بد أن نؤكد عليها بهذا الصدد، هو ضرورة معرفة محل العقد بصورة تامة من قبل المتعاقد وبمعنى آخر انه على المتعاقد أن ينقذ التزاماته في نصوص العقد، أو ما تمليه الشروط العامة، حتى يُنفذ التزاماته على الوجه المطلوب، والأصل إن إخلال المتعاقد لالتزامه العقدي يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسؤولية

وبذلك لا يدرأ عنه هذه المسؤولية إلا إذا تبين إن تنفيذ الالتزام قد استحال بسبب عارض، كأن يكون هنالك قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ[37] والتساؤل الذي يثار بهذا الصدد عن إمكانية عَد المتعاقد التزاماته، ومن ثم يكون في منجى عن الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها في حالة موته، أو إفلاسه، أو إعساره؟.

_للإجابة على هذا التساؤل نقول بان القضاء الإداري الفرنسي يمكن أن يرجع في مثل هذه الحالة إلى شروط العقد، لترتيب الآثار بهذا الخصوص وفي حالة خلوها من أي نص يخص هذا الجانب فهنا للإدارة الحق في الخيار بين فسخ العقد، أو التزامه عن طريق ورثة المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وهذه قاعدة تسري على جميع العقود باستثناء عقد التزام المرافق العامة فانه نظراً للعلاقة الوثيقة بين الملتزم والمنتفعين ومبدأ استمرار المرفق وانتظامه الذي أصبح يُمثل قاعدة أساسية في تنفيذه [38].

أما الفقيه (دي لوبادير) فأنه يعارض ذلك، فيذهب إلى إن الالتزام يؤول إلى الورثة دون حاجة لموافقة الإدارة إلا في حالة تضمن العقد شرطاً يقضي بضرورة موافقة الإدارة ، ففي هذه الحالة تعد من قبيل السلطة التقديرية المشروطة بحسن استعمالها[39].

أما في مصر فقد أشارت المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرية رقم 9 لسنة 1983 إلى إن الإدارة لها الخيار في فسخ العقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ وطبقت نفس الحكم على حالة تعدد المتعاقدين ،أما في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد فإن الفسخ يكون وجوبياً، كما نصت عليه المادة (24) من قانون المناقصات العامة رقم 89 لسنة 1998[40].

أما في حالة كون المتعاقد شركة وتم حلها، فالتساؤل الذي يثار هل يؤدي هذا الحل إلى إنهاء العقد، والتحلل من التزاماتها، والأمر هنا، يكون ببساطة لان الشركة شخص معنوي مجازي، لا وريث لها، ولا تتحلل من التزاماتها تجاه الإدارة إلا بعد إتمام إنهاء إجراءات الحل ما لم ينص العقد على خلاف ذلك وهذا الاتجاه سار عليه القضاء المصري[41].

أما في العراق فان الحقيقة إن الالتزام الشخصي في تنفيذ المقاولة ليس قاصراً على المقاولات الحكومية وإنما أيضا على مقاولات الأفراد استناداً إلى المادة (888) من القانون المدني العراقي. ورغم تأكيد القضاء العراقي على التنفيذ الشخصي للمقاولة كما هو الحال في القضاء المقارن إلا إننا نجد حكم لمحكمة التمييز تبين فيه جواز امتداد العقد إلى ورثة

المتعاقد المتوفي متجاهلة فيه حقيقة العقد لإداري الذي يجب على المحكمة أن تراعي فيه الاعتبار الشخصي، وحتى لو على فرض إن المحكمة عَدة هذا العقد عقداً مدنياً فكان عليها أن تأخذ بنظر الاعتبار نص المادة (888) وكذلك المادة (118) من القانون المدني ، ومما تقدم فان المتعاقد مع الإدارة يقتضي أن يعلم بأنه يقوم يُنفذ التزاماته طبقاً للقواعد وأحكام قانونية، تعد أكثر تشدداً من تلك التي يجري تطبيقها في عقود القانون الخاص، إذ لا يكون مصدره الوحيد العقد وإنما منصوص إليه في الشروط العامة للعقود، أو النصوص الآمرة في القوانين، والتعليمات التي تنظم التعاقد، وإن التزامات المتعاقد تجاه الإدارة لا يمكن حصرها من جميع النواحي وفي الوقت نفسه فان الإخلال بها يعد خطأ عقدي يبرر فرض الجزاءات عليه، كون العقد يخص مرفق عام، لذا فان مقتضيات هذا المرفق يجعل تقدير هذه الأخطاء تتم بصورة مشددة ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم 886 والصادر في 2004/1/31 والذي ترى فيه (إن المدعي أقام دعواه للمطالبة بالتعويض كون إن المدعي عليه إضافة لوظيفته قد آخره عن انجاز العمل في الموعد المقرر، وإن المحكمة ردت الدعوى على أساس كتاب صادر من المدعي عليه إضافة لوظيفته، بناءً على طلب من المدعي يتضمن بأنه أنجز العمل موضوع المقاولة المبرمة بين الطرفين في الوقت المحدد لها لأغراض تصنيف المقاولين ليس بموعد لاحق وإن هذا التوجه من قبل المحكمة غير صحيح، ومخالفاً للقانون ، ذلك إن المقاولة سلمت للمدعي بموجب محضر ، وعند انتهاء العمل سلم بموجب محضر آخر ، وإن هذه الوقائع تشكل وقائع مادية لا يمكن تجاهلها اتجاه الكتاب الذي لا يستند إلى أساس مادي، وبذلك يكون الحكم الذي اعتمد الكتاب غير صحيح...)[42].

المطلب الثالث

افتراض الضرر الذي يصيب الإدارة

ان فكرة الضرر تمثل النقطة الأساسية لممارسة الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، بعَدها الأساس الذي تستند اليه لتحقيق هذا الغرض.

وتمتلك الإدارة سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بأحد بنود العقد سواء كان هذا الإخلال امتناع، أو تأخير في تنفيذ العقد، أو نفذها على خلاف ما اتفق عليه، أو عهد بالعمل الى غيره من دون موافقة الإدارة[43] وهذه السلطة لا تمارس إلا في

العقود الإدارية التي يخضع تنفيذها لقاعدة رئيسة وجوهرية، يكون فيها المتعاقد مع الإدارة ملتزم بتنفيذ جميع بنود العقد، وأن لا يتعارض مع سير المرافق العام بانتظام.

فالمتعاقد مع الإدارة حين أبرام عقدٍ معها يقتضي تعاونه معها لضمان سير المرفق العام بانتظام، لذا فان التزامه لا يقتصر على تنفيذ ما ورد في العقد، وإنما يمتد إلى ما بعد تنفيذ العقد ، لضمان سير هذا المرفق وفق الهدف المحدد له.

وإذا كان إخلال المتعاقد بالتزاماته يترتب عليه مسؤولية عقدية فان هذه المسؤولية العقدية تختلف في نطاق العقد المدني ، عما هو عليه في نطاق العقد الإداري، ويرجع السبب في ذلك إلى إن الضرر يؤثر على سير المرفق العام، وعليه فإن العقود الإدارية تتميز بنظام خاص في فرض جزاءاتها التي تعطيها الوسائل الفعالة التي تضمن بها تنفيذ العقد في حالة تقصيره[44] وأخيراً فإن هذه الجزاءات تفرض بالإرادة المنفردة للإدارة من دون اللجوء الى القضاء او لإثبات الخطأ في جانب المتعاقد معها استناداً الى الضرر المفترض، بأستثناء التعويض لأنه مرتبط بحجم الضرر عدماً وجوداً، ويقدر وفقاً لجسامة الضرر وهذا ما دفع بالكثير إلى عَده لا يدخل ضمن قائمة الجزاءات الإدارية، واعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة الواردة في المجموعة المدنية.

وإذ كان الضرر المفترض هو الأساس الذي تستند عليه الإدارة في فرض الجزاءات فأنه مع ذلك ثمة اختلاف في قرينه اثبات هذا الضرر، إذ أسس القضاء الإداري الفرنسي حكمه القاضي بحق الإدارة في فرض الجزاءات على اساس الضرر المفترض دون الحاجة لاثبات وقوع الضرر بقرينة قابلة للاثبات العكس وليس قاطعة، استناداً الى المادة (1152 من القانون المدني الفرنسي)، وسار القضاء الإداري المصري في نفس الاتجاه بالرغم من نص المادة (216 من القانون المدني المصري) والتي تقضي بخلاف ذلك وأستمر الأمر على هذا الحال حتى عام 1957 عندما شرعت لائحة المناقصات والمزايدات التي تنص في المادة 93 على (يحق للإدارة أن تفرض الغرامة على المتعاقد معها بمجرد حصول التأخير، حتى لو لم يترتب ضرر على هذا التأخير)، [45] أما القضاء العراقي فحاول جهده ان يتبنى المبادئ التي وردت في القضاء الاداري (الفرنسي والمصري) ولكن يرى ان الضرر في التاخير مفروض فرضا قاطعاً غير قابل لإثبات العكس مع ذلك أكد على إنهُ لايجوز فرض هذا الجزاء (في حالة كان سبب التأخير لا يد للمقاول فيه)، نرى في هذه الحالة إن القضاء الإداري في العراق أكثر إنصافاً للمتعاقد مع الإدارة من القضاء الإداري (الفرنسي والمصري)

إذ إنهُ منع الإدارة من فرض الجزاءات على المتعاقد في حال إن كان سبب التأخير لا دخل للمتعاقد فيه، وفيما يلي عرض لبعض تطبيقات محكمة التمييز التي تحدد موقف القضاء العراقي تجاه الضرر:

1. حكمها المرقم 42 و 654/حقوقيه/ 65 في 1965/7/25 والذي يؤكد على (يحق للإدارة ان تفرض الغرامة المنصوص عليها في تلك العقود من تلقاء نفسها دون حاجة لصدور حكم بها وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي فرضت الغرامة جزاء لها، ولها ان تخصم قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقه في ذمتها للمتعاقد المتخلف فلا يتوقف الأمر في القضاء بها على ثبوت وقوع الضرر للإدارة من جراء اخلال المقاول بالتزاماته وليس للمقاول ان ينازع في استحقاق الإدارة للغرامة كلها او بعضها بحجة انتفاء الضرر او المبالغة في التقدير لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي ولكن هذا لا ينفي رقابة القضاء على ما يثيره المتعاقد مع الإدارة حول التاخير او قيام اسباب خارجية لا يد لهذا المتعاقد فيها ما يترتب عليه التراخي في تنفيذ الإلتزام، أو صيرورته مرهقاً..)[46]
2. حكمها المرقم 66/355 والمؤرخ في 1966/11/26 الذي تذهب فيه (هذه الغرامات هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة .. وفي سبيل هذه الغاية يفترض الضرر واقعاً ويحق للإدارة ان تفرض الغرامة المنصوص عليها في عقودها التي تقررت جزاء لها ..).
3. حكمها الصادر في 1967/4/27 تقول المحكمة (عقد المقاولة يعتبر من العقود الإدارية التي تستهدف تسير مرفق عام، فالضرر فيها يكون مفترضاً طبقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة)[47].
4. حكمها الصادر في 1974/8/14 حيث تقول (لما كان من العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام، يستهدفه من تحقيق مصالح عامة تعلو على المصالح الخاصة، لهذا فان الضرر يعتبر واقعاً، لتعلقه بمصالح أفراد من الشعب وهم المرضى من الناس ولا عبره بقول الشركة المميزة بأنه لم يحدث ضرر لأن الضرر في هذه الحالة مفترض)[48].

الخاتمة

إن موضوع البحث الحالي يقترح معالجات لجانباً معيناً من جوانب امتيازات الإدارة في نطاق العقود الإدارية، إذ يعرض سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، ويتطرق إلى الجزاءات الإدارية في العقد الاداري، لبيان سلطة الإدارة في

فرض هذه الجزاءات على المتعاقد معها في العقد الإداري، والرقابة القضائية على هذه السلطة بعدها ضمانة مقررة لمتعاقد مقابل هذه السلطات، والإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة.

ونخلص من هذه الاطلالة السريعة الى جملة من االنتائج، والمقترحات التي نتجت عن طريق دراسة هذا الموضوع، وهي :

النتائج

1. إن الجزاء الإداري أصبح طريقاً لتنفيذ القانون، وأصبح ظاهرة، ثم أنهُ جاء نتيجة متطلبات الحياة المعاصرة، ومع ذلك نجد معظم التشريعات، قد خلت من تعريف شامل لهذه الجزاءات، واكتفت بتحديد انواعها، واقسامها، والتبعات القانونية المترتبة عليها، وبعد الرجوع لفقهاء القانون الإداري أتضح لنا بأن الجزاءات الإدارية يقصد بها الجزاء الذي تفرضه جهة إدارية مخولة بأصداره قانوناًبحق المتعاقد معها في حالة مخالفته شروط العقد.
2. عدم المساواة بين طرفي العقعد،إذ إن الإدارة تمثل المصلحة العامة وليست مجرد طرف في العقد، ومن هنا كان تمييز الإدارة في مجال العقود الإدارية بنظام خاص لجزاءاتها، يعطيها الوسائل الفعالة التي تضمنت بها تنفيذ العقد اذ عجز المتعاقد عن التنفيذ حتى لو لم يوافق المتعاقد، واعطاء القانون للإدارة سلطة اتخاذالجزاءات بنفسها من دون الرجوع الى القضاء، وهذه الإجزاءات متنوعة منها جزاءات مالية، وجزاءات ضاغطة، وجزاءات فاسخة، وجزاءات جنائية.
3. إن الغاية من تخويل الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها هو لإجبار المتعاقد على حسن تنفيذ بنود العقد ، لأن المصلحة العامة هي المهمة بالنسبة للإدارة ، ولذلك فإن الإدارة المتعاقدة لا تقف موقف المتفرج اذ لم ينفذ المتعاقد معها التزاماته ، وإنما تلجأ الى وسائل تتيح من خلالها تحقق هدفها، ومن الواضح ان الضرر يكون مفترضاً، ولا تتحمل الإدارة عبء اثباته، وهذا ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي، والمصري، إلا إن القضاء الإداري العراقي قد أختلف معهم في هذا الرأي وأشترط أن يكون التأخير بسبب المتعاقد، بأستثناء جزاء التعويض لانه مرتبط مع وقوع الضرر عدماً ووجوداً.
4. إن الإدارة تستطيع فرض الجزاءات على المتعاقد معها حتى لو لم ينص العقد على هذا الجزاء، شرط أن يكون قد حصل الضرر فعلاً، أو إفتراضاً.

5. للإدارة حق التنازل عن سلطتها في فرض الجزاء على المتعاقد معها، إلى القضاء لكي تتجنب تقرير مسؤولياتها.
6. فيما يخص الجزاءات السريعة فإنها من إختصاص الإدارة، ولا يجوز لها أن تخول القضاء في فرضها.
7. ان القرار الصادر بفرض أي جزاء على المتعاقد من الإدارة هو من قبيل القرارات الإدارية، إذ يجب أن يكون صادراً افصاحاً من جهة إدارية مخولة بأصداره قانوناً، وأن لا يكون فيه أي خلل في أركانه.
8. الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، تكمن في سير المرفق العام ، حيث سلطتها بهذا الخصوص سلطة تقديرية، ومقيدة بأن يكون تصرفها بقصد تحقيق الصالح العام.
9. تطبيق سياسة الخصخصة ضروري للاقتصاد العراقي ، كحاجته لدفعات إستثمارية منشطة من قبل القطاع الخاص المحلي والاجنبي، إضافة الى أن الخصخصة وسيلة مادية مهمة من وسائل التحول في السياسة الاقتصادية الجديدة.
10. إن ممارسة الرقابة من قبل جهة مستقلة عن الإدارة ، يعد ضمان لحماية حقوق المتعاقدين لانها تعد تنبيهاً، وتحذيراً للإدارة، مما يدفعها إلى احترام القانون.

ثانياً: المقترحات والتوصيات

1. صياغة شروط العقود الإدارية يجب أن تكون واضحة حتى يتسنى للمتعاقد معرفة ماله، وما عليه، لتشجيع التعاقد مع الإدارة والإعتماد على أشخاص متخصصين، وممن تتوفر لديهم الخبرة القانونية من اجل اعداد وصياغة العقد تلافياً للمشاكل التي تنجم عن عدم دقة ووضوح بنود العقد.
2. يجب على الإدارة حال فرض الجزاء على المتعاقد ان تكون هذه الجزاءات متدرجة تبدأ من الأخف، وتنتهي بالأقسى الا اذا كان اخلال المتعاقد اخلالاً جسيماً يتطلب ردعاً قوياً وفي الوقت نفسه يجب على الإدارة التغاضي عن الاخطاء البسيطة القليلة الأهمية التي تقع من قبل المتعاقد معها خاصة بعد تصحيح اخطائه فيه.
3. ضرورة إخطار المتعاقد قبل فرض أي من الجزاءات، وخاصة فيما يتعلق بالغرامات التأخيرية، لان المتعاقد قد يستجيب الى تنفيذ ما التزم به بمجرد إخطاره بفرض الجزاء.

4. ضرورة دفع استحقاقات المتعاقد في المواعيد المحددة في شروط العقد وعدم تأخير ذلك لأسباب غير معقولة، إذ إن تاخير دفع تلك المستحقات سيؤدي وخصوصاً بالنسبة للمتعاقدين العراقيين، أو الشركات الأجنبية الصغيرة الى شحه السيولة النقدية لديهم، ويولد مزيداً من التاخير في تنفيذ المشروع إذ يقوم رب العمل باستقطاع غرامات تأخيرية عن فترة تأخيرية لا يعود سببها للمتعاقد، وانما يتم بتقصير الإدارة.
5. ضرورة توسيع حق اللجوء الى القضاء لطلب اسقاط الالتزام ليشمل عقوداً أخرى لا تقل اهمية عن عقود الامتياز والمتمثلة بعقود الاشغال العامة وخاصة في حالة أن تكون الادارة هي من أخطأت، وتحاول اسناد الخطأ إلى المتعاقد معها.
6. ان القانون الإداري ، جعل الإدارة في مركز المدعى عليه دائماً، ومن يطعن بصحة قرار إداري يقع عليه عبء الاثبات، وهذا يلقي عبئاً ثقيلاً على الافراد لان الادارة غالباً ما تحتفظ بالوثائق والمستندات، مما يجعل الاثبات صعباً والطعن باعمال الإدارة غير مجدية لذا ندعو للتشديد على الإدارة بضرورة الإستجابة للمحكمة حين تطلب منها الوثائق والمستندات التي تفيد في حسم المنازعات، ومحاسبتها في حالة عدم الاستجابة لطلب المحكمة.
7. واخيراً نهيب بالمشرع العراقي ان يواكب القضاء سواء الفرنسي والمصري وذلك بجعل الضرر المفترض التي تستند إليه الإدارة في فرض الجزاءات قائماً على قرينة قابلة للاثبات العكس وليست قاطعة من اجل حماية مصلحة المتعاقد مع الادارة.

وفي الختام آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين حبيب الله العالمين أبي الزهراء محمد (صلى الله عليه وآله) وعلى آله الطيبين الطاهرين المعصومين، وأصحابه الغر الميامين.

الهوامش:

[1]) د. حسان عبد السميع هاشم،الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية،القاهرة، 2002 ، ص27

[2]) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 261.

[3]) د. احمد عثمان عياد، ،مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973 ، ص1.

[4]) د. احمد عثمان عياد، المرجع نفسه ، ص4

[5]) د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق ، ص14-15.

[6]) د. احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص341-342.

[7]) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص62.

[8]) د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976 ، ص135.

[9]) د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص53-56.

[10]) د. حسين عبد العال، الرقابة الإدارية بين علم الادارة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص53.

[11]) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص51 وما بعدها.

[12]) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري،دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة، 1963-1964، ص408.

[13]) د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع نفسه، ص52.

[14]) د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص63.

[15]) محمد عبد الله حمود الدليمي، سلطة الإدارة في انهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، 1983 ، ص62.

[16]) د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص53.

[17]) د. احمد حسن البرعي،الخصخصة ومشكلة العمالة الزائدة خطة قومية للعلاج ، مصر، بلا سنة طبع ، ص3.

[18]) د. احمد حسن البرعي، المرجع نفسه، ص36.

[19]) الأستاذ صباح صادق جعفر، الإستثمار الأجنبي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، الطبعة الأولى، ص4.

[20]) ينظر بهذا الصدد المادة (1) من قانون الإستثمار العربي المرقم (62) لسنة 2002 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3959 في 2004/12/2 .

[21]) د. محمد علي جواد، مبادئ القانون الإداري،مكتبة الغربة، بغداد، 2002، ص7.

[22]) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف،الإسكندرية، الطبعة الثانية،2004، ص64.

[23]) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000 ، ص162.

[24]) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري،دار المطبوعات الجامعية، 1977 ، ص373.

[25]) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع نفسه، ص167.

[26]) محمد عبد الله حمود الدليمي، المرجع السابق، ص72-71.

[27]) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص122.

[28]) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984 ، ص395 .

[29]) د. سعد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، 1990 ، بغداد ص54.

[30]) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص126 .

[31]) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان ،2010، ص164 .

[32]) د. حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون، مرجع سابق، ص343.

[33]) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص129-130 .

[34]) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 171.

[35]) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص273.

[36]) د. محمود خلف الجبوري،المرجع السابق، ص172 وينظر كذلك: م 150 من القانون المدني العراقي التي تنص على (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية).

[37]) . د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، المرجع نفسه ، ص165 .

[38]) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص405-406.

[39]) د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، نفس المصدر ، ص 407 .

[40]) د. حسان عبد السميع هاشم ،مرجع سابق، ص33.

[41]) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص405-407.

[42]) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مرجع سابق، ص164-165 .

43) د. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الادارةفي تنفيذ المقاولات ، ط1، مطبعة العربي الحديثة، بغداد، 1976، ص284.

44د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص452.

45) د. سعدون ناجي القشطيني، دراسه في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقيه كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، 1975، ص72.

46)د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الموصل 1996، ص 238.

47) د. رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص 41.

48) محمد عبد الله حمود الدليمي، المرجع السابق، ص 30.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

1.د. احمد حسن البرعي، الخصخصة ومشكلة العمالة الزائدة خطة قومية للعلاج ، مصر، بلا سنة طبع.

2.د.احمد عثمان عياد، ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

3.د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

4.د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية،القاهرة، 2002.

5.د. حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
6.د. رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر سلطة الإدارةفي تنفيذ المقاولات ، ط1، مطبعة العربي الحديثة، بغداد، 1976.
7.د. سعد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، 1990 ، بغداد.
8.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
9.د. سعدون ناجي القشطيني، دراسه في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقيه كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، 1975.
10. الأستاذ صباح صادق جعفر، الإستثمار الأجنبي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، الطبعة الأولى، بلا سنة طبع.
11. د. طعيمه الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة 1963-1964.
12. . د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004
13. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي القاهرة، 1975.
14. د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف،الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2004.
15. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1977.
16. د. ماهر صالح الجبوري ، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الموصل 1996.
17. د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000.
18. د. محمد علي جواد، مبادئ القانون الإداري،مكتبة الغربة، بغداد، 2002.
19. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
20. د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

الرسائل الجامعية

1. محمد عبد الله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، 1983.

المجلات والدوريات

1. جريدة الوقائع العراقية العدد 3959 في 2004/12/2 .