ضمانات الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في العقد الإداري
(دراسة تحليلية مقارنة)

ID No. 1416
(PP 88 - 106)
https://doi.org/10.21271/ZJlP.21.34.5

أ.م.د.سەنگەر داود محمد
قسم القانون،كلية القانون،جامعة صلاح الدين- أربيل
sangar.muhammed@su.edu.krd

خالد محمد إسماعيل
قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين- أربيل
khaleed.ismail@su.edu.krd

الاستلام: 2021/12/17
القــبول : 2021/03/10
النـــشر : 2022/09/17

ملخص

يتناول هذا البحث ضمانات الإدارة في أهم الجزاءات المالية الشائعة التي تفرضها على المتعاقد معها بسبب تأخر هذا الأخير في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية. فأهمية الغرامة التأخيرية لا تكمن فقط في أثرها المباشر لحث المتعاقد على الإلتزام والتقيد بالمواعيد المحددة والمتفق عليها في العقد وعلى ضرورة الإسراع في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، بل وفي مساهمتها الفعالة والجادة لضمان سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.

فالغرامة التأخيرية ليست هدفاً بذاتها وإنما هي وسيلة بيد الإدارة تفرضها كجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية وتأخره في تنفيذ العقد حسب المدة المقررة. والإدارة تفرض هذه الغرامة من جانبها دون الرجوع إلى القضاء و دونما حاجة للنص عليه في العقد، وذلك على إعتبار أن الإدارة تمتلك سلطة التنفيذ المباشر في مواجهة المتعاقد معها وتتمتع بصلاحيات وسلطات ومركز أقوى من المتعاقد معها كسراً لقاعدة المساواة بين المتعاقدين في القانون الخاص وذلك لأن الإدارة هي المسؤولة عن تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.ولكن في المقابل فأن سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد يتطلب وجود قدر من التوازن بين سلطات الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية وضمانات المتعاقد تجاهها، لأن الإخلال بهذا التوازن سيؤثر بالسلب على سير تلك المرافق وعلى الصالح العام.

ولقد كان لتبعثر ونقص وعدم دقة التشريعات العراقية المتعلقة بفرض الغرامة التأخيرية الدور البارز في إختيارنا لموضوع بحثنا محاولين بذلك إبراز مكامن الخلل والنواقص في تلك التشريعات عن طريق التحليل المقارن وبيان موقف القضاء والفقه المقارن في هذا المجال.

فالبحث يلقي الضوء على حجم المعاناة والتحديات والمشاكل الحقيقية والواقعية التي تتولد نتيجة تأخر المتعاقد في تنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها المحددة كما و هو محاولة جادة لبيان الثغرات الموجودة في التشريع العراقي وإقليم كوردستان تمهيداً لمعالجتها وبيان المقترحات الملائمة والمناسبة للحد منها.

الكلمات المفتاحية : ضمانات الإدارة، الغرامة التأخيرية، العقد الإداري.

المقــدمـة

أولاً: تمهيد للتعريف بموضوع البحث:

تبرم السلطة الإدارية بغية تنفيذ المهمات والمسؤوليات المنوطة بها، العديد من العقود الإدارية التي تخضع لنظام قانوني مختلف ومغاير للنظام القانوني الذي ينظم ويحكم عقود القانون الخاص، لهذا لاتتخلى ولا تتنازل الإدارة العامة عن صفتها كسلطة عامة فتبقى محتفظة بكامل إختصاصاتها ومسؤولياتها لتحقيق الصالح العام. و تتمتع جهة الادارة المتعاقدة بإيقاع جزاءات مالية على المتعاقد معها اذا قصر في تنفيذ التزاماته العقدية او بعضها و يستوي في ذلك ان يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل او تأخر في تنفيذها.و الغرامة التأخيرية هي من بين تلك الجزاءات المالية.

و الغرامة التأخيرية هي "جزاء مالي، يحدد عادةً في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة محل العقد، وللإدارة أن تفرضه وفق ضوابط معينة على المتعاقد معها، في حال تراخيه في التنفيذ دون الحاجة لإثبات الضرر، وذلك ضماناً لإنتظام سير المرفق العام".

وبخصوص فرض الغرامة التأخيرية يقر و يكفل المشرع للإدارة بجملة من الضمانات التي في المقابل على المتعاقد مع الإدارة التقيد و الإلتزام بها بغية تسيير المرافق العامة بإنتظام و ضمان تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة و الحيلولة دون تغليب المصلحة الخاصة التي يبغيها المتعاقد على المصلحة العامة التي تمثلها السلطة الإدارية، و بالتالي ترجيح كفّة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

و تتمثل ضمانات الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية في وجود مبلغ من المال أو ما يقابله تحت يد جهة الإدارة وتصرفها، دون أن يكون للمتعاقد أو الغير حق التصرف فيها لأي سبب طالما أن العقد في مراحله التنفيذية، فيسهل بذلك لجهة الإدارة إقتضاء مبلغ الغرامة التأخيرية المستحق إذا ما تحقق الخطأ العقدي نتيجة تأخر المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

ثانياً: أهمية موضوع البحث ودوافع إختياره:

تكمن دوافع إختيارنا لموضوع البحث في أهميته، حيث تتجلى أهمية هذا البحث من الناحية النظرية العلمية في بيان أهمية و جدوى الضمانات التي تتمتع بها الإدارة لفرض الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية و تنفيذها في الوقت المحدد للمحافظة على حسن سير المرفق العام بإنتظام و إطراد و تحقيق المصلحة العامة. أما من الناحية العملية فتتضح أهمية البحث في تسليط الضوء على تنفيذ مشاريع الإدارة على أكمل وجه و ضمان تنفيذ العقود الإدارية في و قتها و دون تأخير و أثر الغرامة التأخيرية في حالة عدم تقيّد المتعاقد بتنفيذ إلتزامه.

ثالثاً: هدف البحث:

يسعى البحث إلى بيان وتوضيح أهمية ضمانات الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في العقود الإدارية، وذلك من خلال سرد وتحليل النصوص التشريعية المتعلقة بها وآراء الفقهاء من جانب و الموقف القضائي حيالها من جهة أخرى وذلك لبيان أوجه الشبه والإختلاف بين التشريع العراقي والقوانين المقارنة، وبيان مواطن النقص وعناصر الخلل في ثنايا القانون العراقي بهذا الصدد، لتلافي القصور الذي يحيط به، وإيجاد الحلول المناسبة لغرض تطوير التشريع العراقي الذي يتمثل في الوصول إلى آليات وضوابط لفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد مع الإدارة بحيث يتحقق الهدف المرجو منها وهو تنفيذ العقود الإدارية طبقاً لما إشتمل عليها و في مواعيدها المحددة.

رابعاً: مشكلة موضوع البحث:

تكمن مشكلة موضوع البحث في مدى نجاعة الضمانات التي تتمتع بها الإدارة لفرض الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية و تقودنا تلك الإشكالية الأساسية إلى التساؤلات التالية:

1- ما هي ضمانات الإدارة لفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في العقود الإدارية؟

2- هل تخلو التشريعات العراقية و المقارنة من الثغرات و النواقص بشأن ضمانات الإدارة لفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها؟

3- ما هي الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين؟ وهل تعد تعويضاً إتفاقياً أم تختلف عنه ؟

4- هل أن سلطة الإدارة في مصادرة التأمين من قبيل السلطات التقديرية أو المقيدة للإدارة ؟

5- بماذا تستعين الجهات الإدارية للحصول على مبلغ الغرامة التأخيرية ؟

6- هل أن نسبة (5%) من قيمة العقد التي تستوفيها الإدارة بموجب خطاب الضمان نسبة مناسبة كضمان لحسن تنفيذ العقد ؟

7- ماذا لو حدد العقد طريقة لإقتضاء الغرامة التأخيرية ؟ هل يمكن للإدارة العدول عنها والحصول على الغرامة بغير هذه الطريقة ؟

خامساً: نطاق البحث:

يركز هذا البحث على الضمانات التي تتمتع بها الإدارة بخصوص فرض الغرامة التأخيرية في نطاق العقود الإدارية معتمدين في ذلك على النظام القانوني العراقي و مقارنته بالنظامين الفرنسي والمصري، وذلك لأن العقد الإداري بشكل عام والغرامة التأخيرية بشكل خاص قد حظيا بإهتمام كبير في كل من فرنسا ومصر على الصعيدين الفقهي والقضائي، كما شمل البحث تحليل لبعض التشريعات عند الإقتضاء، والتي صدرت في الدول العربية والمتعلقة بالعقود الإدارية بشكل عام والغرامة التأخيرية بشكل خاص محاولين مقارنة هذه التشريعات بما هو عليه الحال في كل من العراق وإقليم كوردستان لبيان نقاط التشابه والإختلاف بهذا الصدد، ومن ثم إبراز الثغرات والقصور التشريعية والواقعية في هذا المجال وطرح المعالجات المناسبة لها.

سادساً: منهجية البحث:

للإجابة على التساؤلات المطروحة في البحث و معالجة إشكالياته و لغرض الإحاطة بكافة جوانب ضمانات الإدارة لفرض الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، نرى أن المنهجية الأكثر انسجاماً مع طبيعة موضوع بحثنا هي إعتماد منهجية(تحليلية نقدية ومقارنة) نسعى من خلالها بيان موقف التشريعات العراقية والمقارنة سواء في فرنسا أم مصر أو غيرها من الدول والمرتبطة بموضوع بحثنا، وكذلك سنتطرق إلى ما إستقر إليه القضاء العراقي والفرنسي والمصري وبعض الدول العربية الأخرى مع بيان ماتبناه الفقه الإداري بشأن موضوع بحثنا، وأوجه التطبيق المختلفة وكيفية معالجة الموضوعات التي تضمنها البحث.

سابعاً: خطة البحث:

إرتأينا بناءً على ماتقدم تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب،كرّسنا المطلب الأول للبحث في مبلغ التأمين، و خصّصنا المطلب الثاني لخطاب الضمان، بينما تطرقنا في المطلب الثالث لحق الحبس.

وفي الخاتمة فقد أوجزنا أهم ما توصل إليه البحث من إستنتاج و نتائج فضلاً عن ما قدمناه من مقترحات لمعالجة الإشكالات المتعلقة بموضوع البحث.

المطلب الأول

مبلغ التأمين

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، و ذلك وفق ما يأتي:

الفرع الاول/ مفهوم مبلغ التأمين

التأمين عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره[1]، وهو على نوعين مؤقت ونهائي[2]. وهو في الحالتين لا يتخذ شكلاً معيناً. وكما يمكن أن يكون مبلغاً يدفع نقداً، يمكن أن يكون شيكاً أوخطاب إعتماد، أو بالخصم من المستحق لدى الإدارة[3].

وما يهمنا في هذا المجال هو التأمين النهائي[4] الذي يعد ضماناً للإدارة لتوقي الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها خلال مدة تنفيذ العقد. كما يضمن لها مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد[5]. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها بأن "التأمين النهائي هو ما يقدمه الراسي عليه العطاء لملاءمته عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء تنفيذ أحكام العقد، وهو أيضاً ضمان لجهة الإدارة يؤمن من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ العقد، فهذا الضمان إنما شرع لمصلحتها وسن لحمايتها"[6].

ومن المعلوم أن على المتعاقد مع الإدارة أن يتقدم بتأمين نهائي كضمان لتنفيذ العقد وفق ما منصوص عليه في العقد، لذا نص قانون المناقصات والمزايدات المصرية على أنه "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام - تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول بقبوله عطائه - التأمين النهائي الذي يكمل التأمين إلى ما يساوي 5% من قيمة العقد. . . . "[7]. وفي الكويت فإن قانون المناقصات نص على أن "يطلب من المناقص الفائز قبل توقيع العقد

---

[1] مازن ليلو راضي، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2002، ص[97]؛ و كذلك د.حسن محمد علي حسن، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق/ المجلد(12)، العدد(54)، السنة 2012، الهامش(1) ص 416.

[2] يختلف التأمين المؤقت عن التأمين النهائي، فالتأمين المؤقت هو ضمان لجدية المتعاقد في التعاقد، أما التأمين النهائي فهو ضمان لتنفيذ العقد الإداري. وبصدد التأمين المؤقت نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 في المادة (9/أولاً/أ) "تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة لاتقل عن (1%) واحد من المئة ولا تزيد على (3%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الإحالة في عقود التجهيز للسلع والخدمات والمقاولات العامة بمختلف أنواعها وأن يراعى في هذا التحديد أهمية المناقصة وأن تقل هذه النسبة كلما زاد مبلغ الكلفة التخمينية". وبنفس المعني ذهبت المادة (14/أولاً/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لإقليم كوردستان رقم (1) لسنة 2011 المعدل.

[3] د. عبدالله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2010، ص[56].

[4] ويسمى أيضاً بـ (ضمان التنفيذ) أو (الضمان النهائي) أو (تأمين الأداء) جميع المصطلحات تعني التأمين النهائي الذي يقدم من قبل المورد والمقاول الذي تم الإرساء على عطائه كضمانة لجهة الإدارة على حسن التنفيذ. ينظر: د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، ط2، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة، 2010، ص[262].

[5] د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقانون الماقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، إبرام العقد الإداري، الكتاب الأول، بلا إسم الناشر، بلا مكان النشر، 2005، ص[698].

[6] حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم 337 في 1997/3/4. أورده د. حسان عبدالسميع، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص[75].

[7] المادة (18) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

أن يقدم إلى الجهة الحكومية المختصة الكفالة النهائية فإذا لم يقدمها أعتبر منسحباً ويجب أن تكون الكفالة النهائية صالحة طوال مدة التنفيذ"[1].

وفي العراق تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على أنه "تقدم التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان حسن تنفيذ للعقد بنسبة (5%) خمسة من المئة من مبلغ العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وقبل توقيع العقد"[2]. كما أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في إقليم كوردستان على أنه " تقدم التأمينات لضمان حسن التنفيذ لكافة العقود بنسبة (5%) خمسة من المائة من مبلغ العقد بعد الاحالة وقبل توقيع العقد من المناقص الفائز صادرة عن مصرف معتمد في الإقليم أو مصرف أجنبي معتمد من قبل المصرف العراقي للتجارة ولا تطلق إلا بعد صدور شهادة القبول النهائية وتصفية الحسابات النهائية. ويجوز إطلاق أجزاء عن مبلغ ضمان حسن التنفيذ بعد التسلم النهائي لتلك الجزاء وصدور شهادة القبول النهائي لها بما يؤيد كونها مؤهلة للإستخدام"[3].

أما الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية فقد نصت على أنه 1- "يلتزم المقاول بتقديم كفالة مصرفية لضمان تنفيذ المقاولة بصورة مرضية على شكل خطاب ضمان غير مشروط صادر في العراق بالمقدار المبين في القسم الثاني وبنفس عملة الدفع المحددة في المقاولة". 2- "يبقى خطاب الضمان نافذاً ولا يطلق إلا بعد إصدار شهادة القبول النهائي وإيفاء المقاول بجميع إلتزاماته بموجب المقاولة . . . ."[4]. كما أن الجهة الإدارية المتعاقدة وبموجب الشروط العامة نفسها تقوم بإستقطاع (10%) من قيمة السلف الشهرية أو المرحلية على الأعمال المنجزة كأمانات وتستمر هذه الإستقطاعات إلى أن يصل مجموعها (5%) من مبلغ المقاولة[5].

ففي حال عدم وفاء المتعاقد بإلتزاماته المنصوص عليها في العقد، فأن الإدارة تصادر مبلغ التأمينات النهائية . وعند مراجعتنا لبعض العقود التي تبرمها وزارات ودوائر الإقليم تبين لنا أن نسبة (5%) من المئة من مبلغ العقد كضمان لحسن التنفيذ مدرجة في كافة العقود الإدارية، وكذلك تستقطع نسبة (10%) من المئة من السلف المستحقة للمتعاقد كأمانات إلى أن تصل إلى نسبة (5%) من المئة من مبلغ العقد، ويطلق نصف الإستقطاعات النقدية بعد التسلم الأولي و النصف الآخر بعد التسلم النهائي. وعند سؤالنا للجهات الإدارية المتعاقدة عن كيفية إستيفاء الغرامة التأخيرية أو بالأحرى إلى ماذا تستعين الجهات الإدارية للحصول على مبلغ الغرامة التأخيرية ؟

للجواب على هذا السؤال نجد بأن الجهات الإدارية تستعين في أغلب الأحيان بالأمانات المستقطة من السلف الشهرية أو المرحلية المستحقة للمتعاقد، وهناك جهات إدارية متعاقدة لا تدفع السلف للمتعاقد المتراخي في التنفيذ إلا بعد

---

[1] المادة (54) من قانون المناقصات الكويتي رقم (37) لسنة 1964.

[2] المادة (9/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014. والجدير بالذكر أن المادة (16/أولاً/ه) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغية رقم (1) لسنة 2008 كانت قد إستثنت بعض القطاعات بشكل مؤقت من دفع التأمين النهائي وذلك عندما نصت "تعفى الشركات العامة للدولة والقطاع العام من تقديم التأمينات الأولية والنهائية المنصوص عليها في هذه المادة ولمدة (3) سنوات تبدأ من تأريخ نفاذ هذه التعليمات وتخول وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي إعادة النظر بهذا الإستثناء بعد مضي هذه المدة وبالتنسيق مع مجلس الوزراء/ لجنة الشؤون الإقتصادية".

[3] المادة (14/أولاً/ز) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لإقليم كوردستان رقم (1) لسنة 2011 المعدل.

[4] المادة (10) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة 2005.

[5] المادة (62) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة 2005.

إستقطاع كامل قيمة الغرامة التأخيرية ولكن دون إصدار قرار إداري[1]. وكما لاحظنا أن الجهات الإدارية بحكم خبراتها في هذا المجال تبقي تحت سيطرتها مبالغ تستطيع بموجبها مواجهة المتعاقد المخل بإلتزاماته العقدية بمدد التنفيذ.

و يتبين لنا فيما سبق بأن التأمين النهائي مبلغ من المال يودعه المتعاقد مع الإدارة بعد إخطاره بقبول عطائه خلال مدة محددة، وهذا ما تستوجبه أغلب التشريعات كضمان لتنفيذ العقد على الوجه المنصوص عليه في العقد. وهذا الضمان بالنهاية لا يمكن أن يتحقق ما لم تكن للإدارة سلطة مصادرة مبلغ التأمين النهائي بقرار منها دون حاجة للجوء إلى القضاء.

الفرع الثاني/ الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين

والسؤال الذي يثار بهذا الخصوص هو حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين وهل تعد تعويضاً إتفاقياً أم تختلف عنه ؟

بخصوص الجواب على هذا السؤال نجد بأنه لم يتفق الفقه على طبيعة قانونية موحدة لمصادرة التأمين، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي والعربي[2] إلى أنها تعتبر تقديراً جزافياً للتعويض أو شرطاً جزائياً متفقاً عليه في العقد، مقابل إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضاؤه ويختلف عن التعويض الإتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني وذلك لأن الإدارة تستطيع فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء ودون إثبات الضرر من قبلها وبذلك تشابه التعويض في نطاق العقود الإدارية وكل منهما فكرة قائمة بذاتها وهذا هو السبب الذي دفع القضاء الإداري إلى إعطاء الحق للإدارة في جواز الجمع بينهما[3]. بينما ذهب جانب آخر من الفقه[4] إلى أن مصادرة التأمين بعيدة كل البعد عن أن تكون تعويضاً إتفاقياً، فمصادرة التأمين لا تعدو أن تكون عقوبة، تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ إلتزاماته، حتى لو لم تلحقها أية أضرار نتيجة هذا الإخلال[5].

كما أن مصادرة التأمين لا ترتبط بالضرورة بفسخ العقد، فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد أو تقصيره أو التنفيذ على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد أو غير ذلك[6].

وطبقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري تتحدد أحوال مصادرة التأمين في حالتين، أولاهما جميع حالات فسخ العقد، وثانيتهما حالة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد وكما يكون لها أن تخصم ما تستحق الإدارة من غرامات وقيمة

---

[1] في مقابلة لنا بتأريخ 2015/1/10 مع السيد روستم صابر حسن، مدير حسابات مشاريع التنمية في محافظة أربيل، أشار إلى أنه في حال إشعارنا من قبل المهندس المشرف في عقود الأشغال العامة بأن المتعاقد في حالة تأخير نقوم بخصم قيمة الغرامات من سلف المتعاقد دون إصدار قرار إداري ويطلق على تلك المبالغ "أمانات غرامات" وتحتفظ بها حتى الذرعة النهائية.

[2] في الفقه الفرنسي جيز، المبادىء العامة للقانون الإداري، 1927، ص122. مشار إليه في: د. حسان عبد السميع هاشم، المصدر السابق، ص109. وفي الفقه العربي: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، مطبعة جامعة عين الشمس، بلا مكان النشر، 1984، ص471. و د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص349-350.

[3] د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مطبعة التعليم العالي ، الموصل، 1989، ص144.

[4] د. عبدالمجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص190. د. عزيزة شريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص166.

[5] د. مال الله جعفر عبد الملك، المصدر السابق، ص272.

[6] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة في 1961/4/22 ، رقم 1127، س5، الموسوعة الإدارية الحديثة 1946 – 1985 الجزء 18، ص980. أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، المصدر السابق، ص105.

كخسارة تلحق بها[1]. وهذا ما أفتت به إدارة الفتوى والتشريع في مصر بأن "للجهة الإدارية وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد المبرم بينها وبين المقاول أن تقوم بخصم قيمة غرامات التأخير التي أستحقت على المتعاقد من قيمة الكفالة البنكية المقدمة منه، ضماناً لتنفيذ العقد؛ وذلك دون حاجة لإثبات وقوع ضرر أصاب المرفق"[2].

ووفقاً لقانون المحاسبة العمومية اللبناني فأن الإدارة تصادر مبلغ التأمين إذا ترتب على الملتزم في سياق التنفيذ مبلغ ما تطبيقاً لأحكام دفتر الشروط[3]. والملاحظ في قرارات مجلس شورى الدولة اللبناني أن القضاء الإداري اللبناني قضى بقانونية قرار الإدارة بمصادرة الكفالة عند إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد تطبيقاً لدفتر الشروط وبنود العقد، وقضى أيضاً بقانونية سحب المبالغ المستحقة للإدارة من الكفالة قبل إعادته إلى الملتزم عند تنفيذه للعقد[4].

أما في العراق فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، وفي الفصل السابع المخصص للآثار القانونية الناجمة عن الإخلال بالعقد، ذهبت إلى أن "مصادرة التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ أو الإحتفاظ بها عند عدم تنفيذ الأعمال الموكلة للمقاول[5] وكانت نسبة إنجازها متدنية نسبة إلى منهاج تقدم العمل المتفق عليه مع ضرورة مراعاة الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط"[6]. وعلى هذا النحو ذهبت محكمة تمييز العراق في قرار لها إلى أنه "حيث إن المقاولة المتفق عليها أعطت الحق لرب العمل بأن يستقطع نسبة معلومة من مبلغ التعهد عن أيام التأخير في إنجاز العمل دون إنذار أواللجوء إلى القضاء. . . . "[7]. وفي إقليم كوردستان أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى مصادرة التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ[8]. كما وقضت محكمة التمييز بأنه ". . . . . التأمينات التي تقدم من قبل المقاول هي ضمان لتنفيذ المقاولة لذا يكون من حق الإدارة قيد التأمينات . . . . "[9].

وفي كل الأحوال يتطلب إستعمال سلطة الإدارة لمصادرة التأمين وجوب صدور قرار بالمصادرة ويعد هذا القرار إفصاحاً

---

[1] تنص المادة (26) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 على أنه "في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية . . . . . ".

[2] ينظر: فتوى إدارة الفتوى والتشريع في مصر بتأريخ 1986/6/8، مرجع رقم 88/132/2، مجموعة القواعد القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً 1961- 2001، المجلد2، 2002، ص[186]. أورده د. عبدالله نواف العنزي، المصدر السابق، ص[57].

[3] المادة (135) من قانون المحاسبة العمومة اللبناني الصادر بالمرسوم رقم (13969) بتأريخ 1963/12/30.

[4] د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات الزين الحقوقية، بلا مكان النشر، بلا سنة الطبع ، ص[221].

[5] يجدر ذكره أن المشرع العراقي وقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه المشرع في إقليم كوردستان المشار إليه عند دراستنا لمقدار الغرامة التأخيرية في الفصل الثاني من هذه الرسالة، حيث أن مصطلح المقاول هو تحجيم لموضوع (مصادرة التأمين النهائي) ويجعله قاصراً فقط على عقود الأشغال العامة، في حين أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية تطبق على أنواع أخرى أيضاً من العقود الإدارية بالإضافة إلى عقود الأشغال العامة.

[6] المادة (10/ثانياً/د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة2014.

[7] قرار محكمة تمييز العراق رقم 3116/حقوقية/1963 في 1963/2/4، منشور في مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد1، 1963، ص[85-86]. وكذلك قرار محكمة التمييز رقم 723/حقوقية/65. منشور في مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد3، 1965، ص[124-126].

[8] المادة (15/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لإقليم كوردستان رقم (1) لسنة 2011 المعدل.

[9] قرار محكمة التمييز في أقليم كوردستان العراق رقم 132، 246 في 2002/5/18. منشور في المبادىء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق للسنوات (2001- 2005)، مقررات الهيئة المدنية للقوانين (المرافعات المدنية، الإثبات المدني، والقوانين المتفرقة الأخرى)، إعداد القاضي كيلاني سيد أحمد، ط1، كوردستان، العراق، 2006، ص[186].

لنية الإدارة في توقيع هذا الجزاء[1]. وللإدارة الحق في مصادرة التأمين عن التقصير في التنفيذ بما فيه التأخير في التنفيذ، ولو لم ينص عليه في العقد وبإرادتها المنفردة و بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات تعرضها لضرر ما لأن الضرر مفترض، ودون إنتظار حكم من القضاء[2].

هذا ما أكدته إدارة الفتوى والعقود القطرية عندما قالت "لجهة الإدارة مصادرة التأمين النهائي لإقتضاء غرامة التأخير دون لجؤ إلى القضاء"[3].

وعليه فأن مصادرة التأمين تعد جزاءً مالياً وليس تعويضاً، تفرضه الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته[4]عند قيام أسبابه لتحصيل الغرامات والتعويضات حتي لولم يترتب على الإخلال ضرر ما وذلك بقرار من الإدارة دون الحاجة للجوء إلى القضاء إعمالاً لإمتيازها في التنفيذ المباشر وتجنباً للإجراءات القضائية التي قد تعوق سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد.

الفرع الثالث/ طبيعة سلطة الإدارة في مصادرة التأمين

نشأ خلاف بين الفقهاء حول ما إذا كانت سلطة مصادرة التأمين من قبل الإدارة للمتعاقد معها من قبيل السلطات التقديرية أو المقيدة للإدارة ؟

حيث يذهب رأي إلى القول بأن الإدارة المتعاقدة ملزمة بمصادرة التأمين النهائي متى توافر موجبها حيث لا تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الصدد في ظل قانون المناقصات والمزايدات الحالي، وذلك على عكس ماكان سائداً في ظل العمل بأحكام القانون السابق الخاص بقانون المناقصات الملغي، حيث جعلت سلطة الإدارة في هذا الشأن سلطة تقديرية[5].

بينما ذهب رأي آخر - مستنداً إلى حكم للمحكمة العليا المصرية - إلى أن قضاء المحكمة العليا قد إستقر على أن المشرع أنشا لجهة الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بأي شرط من شروط التعاقد أن تفسخه أو تقوم بتنفيذه على حساب المتعاقد المقصر، وأنشأ في الحالتين الحق في مصادرة التأمين النهائي أو الحصول على مستحقاتها، على أن إستعمال الإدارة لهذا الحق يرتبط بسلطتها التقديرية، حيث لم يلزمها المشرع بتوقيع هذا الجزاء التعاقدي إنما نص فقط على حقها في توقيعه[6].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1157 في 1986/2/1. أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، المصدر السابق، ص[107].

[2] سعيد عبدالرزاق باخبرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(يوسف بن خده)،2008، ص 224.

[3] فتوى إدارة الفتوى والعقود القطرية، ف.ت 3/11/ - 1991/2010، جلسة 1991/11/19. منشور على موقع ميزان الألكتروني، البوابة القانونية القطرية: *www.almezan.qa (last visited 5.3.2015)*

[4] أبرمت محافظة البصرة عقداً مع شركة تعمير البصرة للمقاولات (لأنشاء بناية ردهة النسائية والخدج في مستشفى البصرة العام)، ونظراً لعدم تنفيذ العقد من قبل المتعاقد بموجب العقد المرقم (469/492) المبرم في 2011/11/23، أصدر محافظ البصرة قراراً في 2014/1/7 بسحب العمل وتنفيذ العقد على حساب المتعاقد ومصادرة التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ.

[5] د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، بلا سنة الطبع، ص[292].

[6] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 9112 لسنة 36ق. جلسة 2005/3/8. أورده د. نصري منصور نابلسي، المصدر السابق، ص[226]. وقد قضى نفس المحكمة في حكم آخر "مصادرة التأمين النهائي عند قيام أسبابه يرتبط بسلطتها التقديرية، ويقتضي لأعماله صدور قرار صريح منها يرتب هذا الأثر في حق المتعاقد جزاء إخلاله بشروط التعاقد.

وفيما يتعلق بسلطة الإدارة في فرض جزاء مصادرة التأمين، من حيث كون هذه السلطة تقديرية أو مقيدة فإننا نتفق مع الآراء[1] التي تذهب إلى أن سلطة الإدارة في هذا المجال مقيدة، بمعنى على الإدارة مصادرة التأمين النهائي لغرض تحصيل الغرامات والتعويضات حال قيام أسبابها، لأن الإدارة أمام متعاقد مخل بإلتزاماته وكان عليه أن يضع في حساباته بأن تقصيره في تنفيذ إلتزاماته يؤدي بالنهاية إلى مصادرة مبلغ التأمين الذي أودعه ووافق عليه.

إلا إننا نؤكد هنا على ضرورة أن يقترن قرار الإدارة عند توقيع جزاء مصادرة التأمين بضوابط فرض الغرامة التأخيرية من إعذار المتعاقد، بالإضافة إلى جعل قرار توقيع مصادرة التأمين قراراً مسبباً ومعلناً.

المطلب الثاني
خطاب الضمان

سنتناول خطاب الضمان من خلال فرعين وفق ما يأتي:

الفرع الأول/ مفهوم خطاب الضمان

إن خطاب الضمان[2] وسيلة لضمان الغرامة التأخيرية وهو تعهد نهائي يصدر من أحد البنوك بناءً على طلب عميله (الأمر) بدفع مبلغ نقدي بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك منه خلال مدة محددة[3]. ويترتب على قبول خطابات الضمان بديلاً عن التأمين النقدي فائدة عملية كبيرة لجميع الأطراف وهم العميل المقاول أو المورد مصدر الأمر للبنك والمستفيد الذي يعلن قبوله لهذه الخطابات وأخيراً فهي عملية مربحة للبنك ذاته، فضلاً عن ذلك فإن عملية إصدار خطاب الضمان كثيراً ما تتضمن تسهيلاً إئتمانياً يمنحه البنك لعملائه ذلك أن البنك كثيراً ما يكتفي بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره لخطاب الضمان (وديعة نقدية أو عينية) بحيث يبقي جزء من قيمة الضمان مكشوفاً، كما قد يصدر البنك الخطاب على المكشوف إكتفاء بثقته في العميل وسمعته المالية المليئة وهنا يعد إصدار خطابات الضمان بغطاء جزئي أو على المكشوف تسهيلاً إئتمانياً. إلا أن البنك في النهاية لا يتحمل الخسارة إذا دفع قيمتها، إذ يحتفظ البنك عادة بغطاء ويأخذ من العميل تعهدات كافية تضمن له سداد هذه القيمة ورجوعه على العميل هذا فضلاً عن أن كل أموال العميل لدى البنك تكون ضامنة لتصرف البنك[4].

وقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري أحكام خطاب الضمان ونصت على أنه "واذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف

. . ." الطعن رقم 1157 لسنة 26ق عليا، جلسة 3/134/3، في 1986/2/1. أشار إليه د. حسان عبدالسميع هاشم، المصدر السابق، ص[106].

[1] من هؤلاء: د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص[293]. و د. مال الله جعفر عبدالملك، المصدر السابق، ص[256]. و د. نصري منصور نابلسي، المصدر السابق، ص[227].

[2] تنص المادة (278) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 على أن "خطاب الضمان تعهد من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه – الأمر – بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر – المستفيد – دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".

[3] د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص[484].

[4] د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، المصدر السابق، ص[437-438]؛ و أيضاً د.عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري(الأوراق التجارية و عمليات البنوك)، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص 448-449؛ و كذلك د.محمد خيري و سمير الأمين، الإعتمادات البنكية و خطاب الضمان، ط1،المركز القومي للنشر،القاهرة،2011، ص 82؛ و أيضاً د.سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفية، بحث منشور في مجلة العلوم و الإقتصاد، العدد الأول ةو الثاني، السنة(42)، 1972، ص 37.

بأن يدفع تحت أمر الجهة الادارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الإلتفات الى أية معارضة من مقدم العطاء. وعندما يرد لإحدى الجهات الادارية خطابات ضمان عن التأمين المستحق من أحد المصارف المرخص لها في إصدار خطابات الضمان أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على خطابات الضمان بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف في إصدارها. فإذا تبين عند مراجعة الإخطارات بوزارة الإقتصاد أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة الإدارية فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي اليها في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان نقداً. وإذا كانت خطابات الضمان محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات، وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد إنتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر إلا إذا إتفق على غير ذلك"[1].

وفي العراق نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على أنه "تراعى الضوابط والتعليمات الصادرة عن البنك المركزي العراقي ووزارة التخطيط الخاصة بخطابات الضمان"، و"أن تكون صيغة خطاب الضمان واضحة من حيث مبلغه (رقماً وكتابةً) وتحديد الجهة التي يصدر لصالحها وتأريخ نفاذه وشروطه والغرض من إصداره، وغير ذلك بما يتفق مع القوانين والتعليمات والأعراف المصرفية المرعية"، وكما نصت "على جهة التعاقد التأكد من صدور خطاب الضمان مع القيام بتجديد أو تغيير المبلغ عند حدوث متغيرات على شروط العقد"[2].

أما بالنسبة للواقع العملي في إقليم كوردستان فإننا لاحظنا أن التأمينات النهائية يتم إستيفاؤها من قبل الجهات الإدارية المتعاقدة من المتعاقدين معها بموجب خطابات ضمان[3]، حيث أن خطاب الضمان ذو فائدة عملية بالنسبة لجميع الأطراف، فبالنسبة للمتعاقد يتم دفع نسبة (10%) من قيمة التأمين النهائي للبنك والباقي يتم دفعها عن طريق رهن الأملاك أو غيرها.

وعند مراجعتنا للجهات الإدارية المتعاقدة طرحنا سؤالاً على المعنيين حول ما إذا كانت الجهة الإدارية المتعاقدة تستعين بخطاب الضمان لإستيفاء قيمة الغرامة التأخيرية ؟

ومن أجوبتهم تبين لنا بأن الإدارة المتعاقدة تستخدم خطاب الضمان للحصول على مبلغ الغرامة التأخيرية المترتبة على المتعاقد المتراخي في تنفيذ العقد في حال لم يكن في حوزة الإدارة مبالغ مستحقة أخرى تعود للمتعاقد. ففي عقد ابرمته وزارة الصحة في إقليم كوردستان مع شركة (FDAS BRITT) لفحص الأدوية، تأخرت الشركة في تنفيذ إلتزاماتها بموجب البند (12) من العقد المبرم في 2012/9/12، وبالتالي قامت الوزارة بإصدار قرار وزاري رقم (676) في 2013/1/30 بفرض غرامة تأخيرية قدرها (10000) دولار أمريكي من قيمة خطاب الضمان، وألزمت الشركة بتكملة مبلغ خطاب الضمان خلال مدة شهر وذلك بموجب البند (15) من العقد.

وهناك سؤال يفرض نفسه هنا هو، هل نسبة (5%) من قيمة العقد التي تستوفيها الإدارة بموجب خطاب الضمان نسبة مناسبة كضمان لحسن تنفيذ العقد ؟

---

[1] المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

[2] المادة (9/ ثالثاً/أ،ب،ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014. وفي إقليم كوردستان نصت تعليملت تنفيذ العقود الحكومية في المادة (14/أولاً/3،2) على أنه "أن يكون خطاب الضمان غير مشروط وغير قابل للنقض وأن يدفع حين الطلب. و"أن تكون مدة نفاذ خطاب الضمان سارية المفعول الى ما بعد إنتهاء مدة نفاذ العطاء المحددة في وثائق المناقصة أو التي تم تمديدها وبمدة لا تقل عن (28 يوماً)".

[3] إن أغلب الجهات الإدارية تفوم بإستيفاء مبالغ التأمين بمقتضى خطابات الضمان، ولكن ذلك لا يمنع أن يتم إستيفاء ذلك عن طريق صك مصدق، وهذا ما وجدناه في البند (5) من عقد جامعة صلاح الدين مع شركة (KITS) بخصوص (شراء جهاز الطباعة لمطبعة جامعة صلاح الدين) في عام 2013 عندما نص على أنه "يقوم المتعهد بإيداع مبلغ كتأمينات قانونية لدى صاحب العمل بموجب شيك مصدق ولا يرجع له إلا بعد التسليم النهائي".

جواباً على هذا السؤال نعتقد أن هذه النسبة معقولة وهي التي تتبعها تشريعات الكثير من الدول، ولكن نرى بأن العراقيل والمشاكل التي تواجه حسن تنفيذ العقود الإدارية بما فيها تأخير التنفيذ في المواعيد المحددة تقتضي زيادة هذه النسبة، بمعنى آخر أن تكون للإدارة سلطة تقديرية مابين (5%) و(10%) من مبلغ العقد حسب أهمية وطبيعة العقد، بشرط عدم التمييز بين متعاقد وآخر بل المعيار الأول والأخير لوضع هذه النسبة هو أهمية العقد. وهذا ما حدا بالمشرع في إقليم كوردستان في أن يجعل نسبة التأمينات النهائية بين (5%) و(10%) من مبلغ العقد في مسودة مشروع تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية لسنة 2014. كما و نص المشروع نفسه على أن يكون لجهة التعاقد زيادة أو إنقاص مبلغ ضمان حسن التنفيذ تبعاً لتغيير قيمة العقد[1].

وعند الكلام عن خطاب الضمان لابد لنا أن نشيد بأحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية المتعلقة بخطاب الضمان من حيث إشتراطها وضوح صيغة خطاب الضمان رقماً وكتابةً والتأكد من الجهة التي يصدر خطاب الضمان لصالحها ومراعاة القوانين والتعليمات والأعراف المصرفية المرعية، والأهم من كل ذلك هو ضرورة تجديد وتغيير مبلغ خطاب الضمان في حال حدوث أي تغيير في شروط العقد. إلا إننا نرى ضرورة أن تنص هذه المادة على ضرورة أن تتأكد الجهة الإدارية المتعاقدة من أن البنك لم يتجاوز الحد الأعلى المسموح له بإصدار خطابات الضمان إسوةً باللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

تبين لنا مما سبق أن خطاب الضمان هو أداة ضمان بيد الجهة الإدارية المتعاقدة تجاه المتعاقد معها، حيث تستطيع الإدارة من خلاله الحصول على قيمة الغرامة التأخيرية المترتبة على المتعاقد جراء تأخره في تنفيذ إلتزاماته المتفق عليها في العقد بأول طلب توجهه إلى البنك الذي أصدر خطاب الضمان.

الفرع الثاني/ التكييف القانوني لخطاب الضمان

إختلف الرأي حول التكييف القانوني لخطاب الضمان وقد عرض هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فقررت أنه "تفرقت وجوه الرأي في شأن كتاب البنك الذي تقبله جهة الإدارة كتأمين نهائي فذهب رأي إلى أن هذا الكتاب يتضمن عقد كفالة بمقتضاه يكفل البنك المتعاقد مع الإدارة تنفيذ إلتزامه بالتوريد المتفق عليه في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها على ذلك إذا أخل هذا الأخير بالوفاء بالإلتزام وأنه بهذه المثابة يكون إلتزاماً تابعاً لإلتزام المتعاقد المشار فيكون له من ثم أن يدفع في مواجهة جهة الإدارة بكل الدفوع التي يدفع بها المتعاقد معها ولكن هذا الرأي غير صحيح إذ أن الكفالة[2] هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام وذلك بتعهده للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه. فخطاب الضمان ليس إلا تنفيذاً لإلتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتقديم التأمين النهائي عن طريق البنك الذي يحل محل المتعاقد مع الإدارة في هذا الإلتزام على أن يكون ذلك عند طلبها منه . . . .، ولذلك يكون الرأي الصحيح في شأن تكييف خطاب الضمان في مثل هذه الأحوال أنه لا يعتبر كفالة وإنما هو من قبيل الإنابة القاصرة المعروفة في القانون المدني وبه ينشأ في ذمة البنك إلتزام مجرد بأداء قيمة التأمين عند طلب جهة الإدارة ذلك منه"[3].
وهكذا فأن خطاب الضمان المقدم من أحد البنوك للجهة الإدارية ضماناً لإلتزامات المتعاقد ليس مثل الأوراق التجارية كالشيك بإعتباره أداة وفاء وإنما هو أداة ضمان، فطبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، إذ أن خطاب الضمان شخصي ولا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه بأي طريق وبالتالي فليست له قيمة ذاتية إلا لشخص المستفيد[4].

[1] ينظر: المادة (78/ أولاً و ثانياً) من مسودة مشروع تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية لإقليم كوردستان لسنة 2014.
[2] تنص المادة (1008) من القانون المدني العراقي على أنه "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ إلتزام".
[3] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 544 في 1964/6/20. أورده د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، المصدر السابق، ص439.
[4] د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، المصدر نفسه، ص440.

والجدير بالبيان هنا أنه قد تطلب الجهة الإدارية خلال مدة سريان مفعول خطاب الضمان مد سريانه من البنك دون أن يرد عليها البنك في الوقت المناسب بما يفيد رفض المد في هذه الحالة، وقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الإستشاري بمجلس الدولة بأن "يقع إلتزام على جانب البنك طالما أن جهة الإدارة قد طلبت مد أجل خطاب الضمان خلال المواعيد المحددة لذلك أن البنك لم يرد برفض مد خطاب الضمان فإنه يكون مسؤولاً عن الوفاء بقيمة الضمان نقداً، وذلك أن البنك الضامن قد إلتزم بأن يدفع للهيئة مبلغ الضمان عند أول طلب منها، وبصرف النظر عن أية معارضة من جانب الشركة، إذ أن البنك لو أخطر الجهة برفض موافقة الشركة تمديد خطاب الضمان لإستطاعت أن تطالب بصرف قيمة الضمان نقداً خلال الأجل المحدد، أما أن يسكت البنك عن أن يخطر الهيئة برفض التجديد بعد إذ طلبته فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك، ويكون من حقها إقتضاء قيمة الضمان نقداً"[1].

و من جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه البعض[2] بأن خطاب الضمان يجعل من البنك مديناً بأداء قيمة التأمين النهائي في حال تقديم طلب من الإدارة المتعاقدة، إلا إننا يجب أن لا ننسى بأن ذلك لا يبرأ المتعاقد من أداء قيمة التأمين النهائي إلا إذا وفى البنك بإلتزامه هذا وبذلك يكون لجهة الإدارة في هذه الحالة مدينان هما المتعاقد والبنك، حيث إن إلتزام المتعاقد هو بموجب العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد، بينما إلتزام البنك هو بموجب عقد ثانٍ بين الإدارة والمتعاقد والبنك.

المطلب الثالث

حق الحبس

لتسليط الضوء على حق الحبس سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك كالآتي:

الفرع الأول/ مفهوم حق الحبس

يعرف حق الحبس عموماً بأنه "حق الدائن الذي يكون مديناً لمدينه في الوقت نفسه، بالإمتناع عن الوفاء بإلتزامه حتى ينفذ المدين إلتزاماً ترتب في ذمته بمناسبة إلتزام الدائن وإرتبط به"[3] ، ولإقتضاء الغرامة التأخيرية يجوز للجهة الإدارية إحتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات وغيرها دون أن تكون مسؤولة تجاه المقاول، ولها أن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء هذا البيع[4]. وفي هذا الصدد نصت لائحة قانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ على أنه " ويكون للجهة الادارية في هذه الحالة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشات مؤقتة ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون ان تكون مسئولة قبل أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها. كما يكون لها الحق أيضاً في الإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء العمل ضماناً لحقوقها ولها في سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع"[5].

وفي العراق وبموجب الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة تكون للجهة الإدارية المتعاقدة في حال سحب العمل من المقاول إستناداً إلى أسباب ذكرتها هذه الشروط من بينها عجز المقاول في التنفيذ وتعذره الإستمرار في العمل أن يسحب العمل ويضع اليد على الموقع والأعمال ويخرج المقاول منها[6].

أما فيما يتعلق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق وإقليم كوردستان فإننا لم نجد أية مادة تنظم مسألة حجز ما يعود للمتعاقد في حال إخلاله بإلتزاماته التعاقدية، على عكس تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغية، والتي كانت تنص

---

[1] مشار إليه في: نصرالدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (في النظامين الفرنسي والمصري)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص154.

[2] د. محمد ماهر أبوالعينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، المصدر السابق، ص440.

[3] د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص137.

[4] د. حسان عبدالسميع هاشم، المصدر السابق، ص76.

[5] المادة (84/ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

[6] المادة (65) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة 2005.

على أنه "تنفيذ العقد عن طريق لجنة إسراع يمثل فيها المتعاقد المخل بإلتزاماته . . . . بعد وضع اليد وجرد المواد والمعدات الخاصة بالمتعاقد المخل لأغراض تصفية الحسابات . . . ."[1].

ولا يقتصر حق الإدارة في الحصول على مبلغ الغرامة التأخيرية على الحجز على ما يكون للمتعاقد لديها من معدات وأجهزة أو آلات، إنما يمكنها القيام بالحصول على هذا المبلغ من مستحقات المتعاقد لدى أية جهة إدارية أخرى[2]، ولها أن تتخذ في سبيل ذلك إجراءات التنفيذ المباشر على ما تحت يدها من مبالغ مالية أو معدات أو آلات أو خلافه، وإتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداري بموجب القوانين التي وضعها المشرع لتحصيل مستحقات الحكومة في ذمة الأفراد مراعياً فيه تبسيط الإجراءات والسرعة وقلة النفقات، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأنه "متى كانت الجهة الإدارية المطعون ضدها قد أوقعت حجزاً على مستحقات الطاعن - سواء لدى تلك الجهة ذاتها أو لدى الجهات الأخرى - فإنها تكون قد إستعملت حقها المخول لها قانوناً، ويكون حق الطاعن في هذا الشأن غير قائم على أساس قانوني"[3].

الفرع الثاني/ مضمون سلطة الإدارة في حق الحبس

إن حق الحبس هو أداة ضمان بيد الإدارة تمكنها من الحصول على مستحقاتها بما فيها مبلغ الغرامة التأخيرية المترتب على المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية. حيث وكما أسلفنا بأن لجهة الإدارة المتعاقدة إحتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وأدوات وآلات. ولها أن تبيعها أو الحجز على مستحقات المتعاقد لدى أية جهة إدارية أخرى وإتخاذ إجراءات التنفيذ المباشر، ولا يجوز للمتعاقد أن يحتج بقاعدة عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص المعنوية، لأننا نرى بأن للإدارة المتعاقدة الحق في إتباع كافة السبل القانونية لغرض الحصول على مستحقاتها من الغرامة التأخيرية. إلا أننا نجد أنه من الضروري وكما جاء في قانون تحصيل الديون الحكومية أن يجعل من القانون المذكور بنداً من بنود العقد وذلك للتذكير به، وهذا ما لاحظناه في العقود التي أبرمتها وزارة معينة في إقليم كوردستان عندما جعلت من قانون تحصيل الديون الحكومية بنداً في العقد، بينما لم يجعله وزارة أخرى في عقودها بنداً من بنودها.

ولا يمكن للمتعاقد أن يتذرع بعدم إمكان الإدارة الحجز على ما يستحق لدى الجهات الإدارية التي تتمتع بالشخصية الإعتبارية، بدعوى أنه لا يجوز الحجز على ما يملكه لدى الغير تأسيساً على قاعدة عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص المعنوية العامة، وهذا ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقولها "متى كانت هيئة البريد تعتبر هيئة عامة، فإنه لا يجوز للمقاول المذكور الذي تطالب وزارة الحربية بخصم مستحقاتها من المبالغ التي له قبل هيئة البريد أن يتمسك بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة، لأن هذا الوضع الذي يتمسك به المقاول لا يفيد التنظيم الإداري في شيء، ومن ثم يجب أن يغض النظر في هذه الواقعة عن فكرة الشخصية المعنوية المقررة لهيئة البريد، وتقف الهيئة بالنسبة إلى هذه الواقعة مجردة من شخصيتها المعنوية، لتعد كسائر المصالح الحكومية. وبهذه المثابة يكون جائزاً إقتضاء المبلغ المستحق لوزارة الحربية بطريق الخصم من مستحقات المقاول لدى هيئة البريد دون حاجة إلى إتباع طريق حجز ما

[1] المادة (17/ثانياً/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية الملغية رقم (1) لسنة 2008.

[2] المادة (26) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 تنص على أنه " ..... كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة للمتعاقد لديها وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سبب الإستحقاق، دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من إستيفائه من حقوق بالطريق الاداري". كما تنص المادة (70) من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الإشتراك فيها الأردنية رقم (1) لسنة 2008 على أنه "تحصل الأموال المستحقة بموجب نظام اللوازم أو بموجب هذه التعليمات على المناقصين أو المتعهدين للدائرة من الأموال المستحقة لهم لدى الدوائر الحكومية أو من كفالاتهم لديها أو بموجب قانون تحصيل الأموال الأميرية".

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 2000/1/12، في الطعن رقم 42/4146، ق. عليا. أورده د. عبدالله نواف العنزي، المصدر السابق، ص59.

للمدين لدى الغير. وكذلك ليس لهيئة البريد أن تتمسك في هذه الواقعة بشخصيتها المعنوية؛ لأن تمسكها بهذه الشخصية ليس مقرراً لصالح التنظيم الإداري في هذا الخصوص. آخذاً بفكرة عدم جواز الحجز على أموال الشخصية المعنوية للمؤسسات والهيئات العامة"[1].

وفي العراق[2] وإقليم كوردستان تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة في سبيل الحصول على المبالغ والغرامات المترتبة على المتعاقد بكافة السبل المتاحة[3] من وضع اليد على ممتلكات وأموال المتعاقد المخل بإلتزاماته العقدية سواء لدى الجهة الإدارية المتعاقدة أو لدى جهات إدارية أخرى وذلك بموجب قانون تحصيل الديون الحكومية رقم (57) لسنة 1977، الذي يطبق في تحصيل المبالغ والغرامات والفوائد والإضافات، منها المبالغ المتحققة للدوائر الرسمية والشبه الرسمية، والناجمة عن إخلال المتعاقدين معهم في عقودهم عند النص في العقد على إستحصالها بموجب هذا القانون، التي يكون بموجبها للموظف حتى الدرجة الرابعة توجيه إنذار للمدين لدفع ما عليه من مبالغ مستحقة، وإذا لم يدفع المدين الدين وإنتهت مدة الإنذار، يصدر المخول بتطبيق هذا القانون قراراً بحجز أموال المدين المنقولة بما يعادل مقدار الدين، فأن لم تكفِ يجري حجز أمواله غير المنقولة بما يعادل الدين[4].

من ناحية أخرى نرى ضرورة أن تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق وإقليم كوردستان، على حق الإدارة في وضع اليد على أموال المدين وممتلكاته لإستيفاء الغرامات والمبالغ الأخرى المترتبة عليه، لا سيما أن هذه التعليمات تدرج في بنود العقود الإدارية بإعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد.

وأخيراً نتساءل ماذا لو حدد العقد طريقة لإقتضاء الغرامة التأخيرية ؟ هل يمكن للإدارة العدول عنها والحصول على الغرامة بغير هذه الطريقة ؟

للجواب على هذا السؤال نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إختيار أسلوب الحصول على المستحق لها من غرامات تأخيرية. ولكن شرط ذلك ألا يكون العقد حدد طريقة بعينها لتحقيق هذا الغرض. فإن كان قد حدد فلا يمكن للإدارة العدول عنها، إلى غيرها، وإلا كان ذلك مخالفة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وهو ما أفتت به إدارة الفتوى والتشريع بقولها "القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، والواجب تنفيذه في جميع ما إشتمل عليه . . "[5].

---

[1] فتوى الجمعية العمومية رقم 119، 1965/216، ملف رقم 18/2/29، جلسة 1965/1/12. مشار إليه في: د. عبدالله نواف العنزي، المصدر السابق، ص59-60.

[2] أصدرت محافظة ديالى القرار ذي الرقم (2234) في 2013/11/3 بخصوص سحب العمل بالإستناد إلى المادة (65) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية من شركة (فجر ديالى) الملتزم بتنفيذ مشروع (خط مجاري مياه الأمطار في قرية دليم) وذلك لإنتهاء المدة التعاقدية وأن نسبة الإنجاز لا تتجاوز (42%)، وقررت ايضاً بوضع اليد على الموقع وعدم صرف أي مبالغ مستحقة له عن المقاولة.

[3] أصدرت محافظة البصرة القرار ذي الرقم (5/454) في 2014/2/6 بخصوص سحب العمل من شركة (أرض الحمد للمقاولات) بالإحتفاظ بالتأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ للمناقصات الأخرى للشركة لأغراض تصفية الحساب بخصوص المناقصة آنفاً".

[4] ينظر: المواد (1- 5) من قانون تحصيل الديون الحكومية العراقي رقم (56) لسنة 1977. متاح على الموقع الألكتروني لقاعدة التشريعات العراقية: www.iraq-lg-law.org *(last visited 1.2.2015)*

[5] فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم 252/2 في 1963/11/13، مجموعة المبادىء القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً 1961-2001 ، المجلد2، 2002، ص192. مشار إليه في: د. عبدالله نواف العنزي، المصدر السابق، ص60.

الخاتمة

في نهاية بحثنا هذه، توصلنا إلى مجموعة من النتائج و الإستنتاجات والمقترحات، وسنسلط الضوء على أهمها:

أولاً: النتائج و الإستنتاجات:

1- إن الغرامة التأخيرية هي "جزاء مالي، يحدد عادةً في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة محل العقد، وللإدارة أن تفرضه وفق ضوابط معينة على المتعاقد معها، في حال تراخيه في التنفيذ دون الحاجة لإثبات الضرر، وذلك ضماناً لإنتظام سير المرفق العام".

2- تعد مصادرة التأمين جزاءً مالياً وليس تعويضاً، تفرضه الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته عند قيام أسبابه لتحصيل الغرامات والتعويضات حتي لولم يترتب على الإخلال ضرر ما وذلك بقرار من الإدارة دون الحاجة للجوء إلى القضاء إعمالاً لإمتيازها في التنفيذ المباشر وتجنباً للإجراءات القضائية التي قد تعوق سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد.

3- أن سلطة الإدارة في فرض جزاء مصادرة التأمين هي مقيدة، بمعنى على الإدارة مصادرة التأمين النهائي لغرض تحصيل الغرامات والتعويضات حال قيام أسبابها، لأن الإدارة أمام متعاقد مخل بإلتزاماته وكان عليه أن يضع في حساباته بأن تقصيره في تنفيذ إلتزاماته يؤدي بالنهاية إلى مصادرة مبلغ التأمين الذي أودعه ووافق عليه.

4- أن خطاب الضمان هو أداة ضمان بيد الجهة الإدارية تجاه المتعاقد معها، حيث تستطيع الإدارة من خلاله الحصول على قيمة الغرامة التأخيرية المترتبة على المتعاقد جراء تأخره في تنفيذ إلتزاماته المتفق عليها في العقد بأول طلب توجهه إلى البنك الذي أصدر خطاب الضمان.

5- بالنسبة للواقع العملي في إقليم كوردستان فإننا لاحظنا أن التأمينات النهائية يتم إستيفاؤها من قبل الجهات الإدارية المتعاقدة من المتعاقدين معها بموجب خطابات ضمان، حيث أن خطاب الضمان ذو فائدة عملية بالنسبة لجميع الأطراف، فبالنسبة للمتعاقد يتم دفع نسبة (10%) من قيمة التأمين النهائي للبنك والباقي يتم دفعها عن طريق رهن الأملاك أو غيرها.

6- نشيد بأحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية المتعلقة بخطاب الضمان من حيث إشتراطها وضوح صيغة خطاب الضمان رقماً وكتابةً والتأكد من الجهة التي يصدر خطاب الضمان لصالحها ومراعاة القوانين والتعليمات والأعراف المصرفية المرعية، والأهم من كل ذلك هو ضرورة تجديد وتغيير مبلغ خطاب الضمان في حال حدوث أي تغيير في شروط العقد.

7- يحق للجهة الإدارية لإقتضاء الغرامة التأخيرية أن تحتجز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات وغيرها دون أن تكون مسؤولة تجاه المقاول، ولها أن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء هذا البيع.

8- لم تتطرق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق وإقليم كوردستان لمسألة حق الإدارة بحجز ما يعود للمتعاقد في حال إخلاله بإلتزاماته التعاقدية، على عكس تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغية، والتي كانت تنص على أنه تنفيذ العقد عن طريق لجنة إسراع يمثل فيها المتعاقد المخل بإلتزاماته بعد وضع اليد وجرد المواد والمعدات الخاصة بالمتعاقد المخل لأغراض تصفية الحسابات.

9- تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة وفي العراق وإقليم كوردستان بغية الحصول على المبالغ والغرامات المترتبة على المتعاقد بكافة السبل المتاحة من وضع اليد على ممتلكات وأموال المتعاقد المخل بإلتزاماته العقدية وذلك بموجب قانون تحصيل الديون الحكومية رقم (57) لسنة 1977.

ثانياً: المقترحات:

1- نقترح على المشرع العراقي بضرورة النص على إقتران قرار الإدارة عند توقيع جزاء مصادرة التأمين بضوابط فرض الغرامة التأخيرية من إعذار المتعاقد، بالإضافة إلى جعل قرار توقيع مصادرة التأمين قراراً مسبباً ومعلناً.

2- نقترح على المشرع العراقي بالنص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية على ضرورة أن تتأكد الجهة الإدارية المتعاقدة من أن البنك لم يتجاوز الحد الأعلى المسموح له بإصدار خطابات الضمان إسوةً باللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

3- نقترح على المشرع العراقي أن يدرج نصاً في قانون تحصيل الديون الحكومية يقضي بأنه (لا يجوز للمتعاقد أن يحتج بقاعدة عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص المعنوية) ، لأننا نرى بأن للإدارة المتعاقدة الحق في إتباع كافة السبل القانونية لغرض الحصول على مستحقاتها من الغرامة التأخيرية.

4- نهيب بالمشرع العراقي بالنص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق وإقليم كوردستان، على حق الإدارة في وضع اليد على أموال المدين وممتلكاته لإستيفاء الغرامات والمبالغ الأخرى المترتبة عليه، لا سيما أن هذه التعليمات تدرج في بنود العقود الإدارية بإعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد.

5- نوصي بتشريع قانون للعقود الحكومية في إقليم كوردستان لتفادي الكثير من الإشكالات التي تثور بشأن هذه العقود و خصوصاً ما تتعلق بالإشكاليات الناجمة عن ضمانات الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها.

المصادر

أولاً/ الكتب:

1- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

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

3- د. عبدالله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2010.

4- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، بلا سنة الطبع.

5- د. عبد المجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.

6- د. عبدالمجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.

7- د.عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري(الأوراق التجارية و عمليات البنوك)، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.

8- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

9- كيلاني سيد أحمد، المبادىء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق للسنوات (2001- 2005)، مقررات الهيئة المدنية للقوانين (المرافعات المدنية، الإثبات المدني، والقوانين المتفرقة الأخرى)، ط1، كوردستان، العراق، 2006.

10- مازن ليلو راضي، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2002.

11- د. مال أله جعفر عبدالملك، ضمانات العقد الإداري، ط2، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010.

12- د.محمد خيري و سمير الأمين، الإعتمادات البنكية و خطاب الضمان، ط1،المركز القومي للنشر،القاهرة،2011.

13- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقانون الماقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، إبرام العقد الإداري، الكتاب الأول، بلا إسم الناشر، بلا مكان النشر، 2005.

14- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مطبعة التعليم العالي ، الموصل، 1989.

15- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات الزين الحقوقية، بلا مكان النشر، بلا سنة الطبع.

ثانياً/ الأطاريح الجامعية:

1- سعيد عبدالرزاق باخبرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(يوسف بن خده)،2008،

2- نصرالدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (في النظامين الفرنسي والمصري)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

ثالثاً/ الدوريات والمنشورات:

1- د.حسن محمد علي حسن، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق/ المجلد(12)، العدد(54)، السنة 2012.

2- د.سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفية، بحث منشور في مجلة العلوم و الإقتصاد، العدد الأول ةو الثاني، السنة(42)، 1972.

3- مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد3، 1965.

رابعاً/التشريعات:

1- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل.

2- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة 2005.

3- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية الملغية رقم (1) لسنة 2008.

4- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لإقليم كوردستان رقم (1) لسنة 2011 المعدل.

5- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014.

6- قانون المحاسبة العمومية اللبناني الصادر بالمرسوم رقم (13969) بتأريخ 1963./12/30

7- قانون المناقصات الكويتي رقم (37) لسنة 1954.

8 - قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

9- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

خامساً/ المقابلات الشخصية

1- مقابلة شخصية بتأريخ 2015/1/10 مع السيد روستم صابر حسن، مدير حسابات مشاريع التنمية في محافظة أربيل.

گەرەنتیەکانی کارگێری لە سەپاندنی پێبژاردنی دواکەوتن بەسەر لایەنی گرێبەست لەگەڵ کراو لە گرێبەستی کارگێڕی

(توێژینەوەیەکی شیکاری بەراوردکاری)

پ.ی.د.سەنگەر داود محمد
کلیة القانون/ جامعة صلاح الدین- أربیل
sangar.muhammed@su.edu.krd

خالد محمد إسماعیل
کلیة القانون/ جامعة صلاح الدین- أربیل
khaleed.ismail@su.edu.krd

پوختە

ئەم توێژینەوەیە باس لە گەرەنتیەکانی کارگێری دەکات سەبارەت بە سەپاندنی یەکێك لە گرنگترین سزا داراییەکان کە لە لایەن دەسەڵاتی کارگێڕیەوە دەسەپێنرێ بەسەر لایەنی گرێبەست لەگەڵ کراو بەهۆی دواکەوتنی لە بەجێ گەیاندنی پابەندیەکانی. وە گرنگی سزای پێبژاردنی دواکەوتن بریتی نیە لە تەنها ناچارکردنی لایەنی گرێبەست لەگەڵ کراو بە پابەندبوون بە ئەرکەکانی، بەڵکو هۆکارێکی سەرەکیشە بۆ هێنانەدی بەرژەوەندی گشتی و دروست و ڕێك بەڕێوەچوونی دام و دەزگاکانی خزمەتگوزاری گشتی.

وە گەرەنتیەکانی دەسەڵاتی کارگێڕی سەبارەت بە سەپاندنی سزای پێبژاردنی دواکەوتن بریتیە لە بوونی بڕێك پارەی کەسی گرێبەست لەگەڵ کراو لە ژێر ڕکێفی دەسەڵاتی کارگێڕی و بەبێ ئەوەی کەسی گرێبەست لەگەڵکراوەکە بۆی هەبێ هەڵسوکەوت بەو بڕەپارەیە بکات بەدرێژایی ماوەی جێبەجێکردنی گرێبەستە کارگێڕیەکە.

وە یەکێك لە هۆکارە سەرەکیەکانی هەڵبژاردنی ئەم بابەتە بریتی بوو لەو کەموکوڕیانەی کە لە یاساو ڕێسا عیراقیەکاندا هەیە سەبارەت بە گەرەنتیەکانی سەپاندنی سزای پێبژاردنی دواکەوتن، سەرەڕای خستنە ڕووی هەلوێستی یاساناس و دادگاکان لە عێراق و وڵاتە بەراووردکارەکان سەبارەت بە بابەتی توێژینەوە.

ئەم توێژینەوەیە جەخت دەکاتەوە لە گەرەنتیەکانی دەسەڵاتی کارگێڕی لە سەپاندنی سزای پێبژاردنی دواکەوتن لە چوارچێوەی گرێبەستی کارگێڕی بە پشت بەستن بە سیستەمی یاسایی عیراقی بەراووردکردنی بە سیستەمی فەرەنسی و میسری لەوبارەیەوە، وە لەڕێگەی شیکردنەوەی هەندێك لەیاسا بەراووردکارەکانی تر لەکاتی پێویست و بەراووردکردنیان لەگەڵ یاساکانی عێراق و لە نێویشیدا هەرێمی کوردستان، وە خستنەڕووی بۆشایی و کەموکوڕیەکان لەم یاسایانە و لە ئەرزی واقیع و خستنەڕووی چارەسەری پێویست بۆ چارەسەرکردنیان.

کلیلە ووشەکان: گەرەنتیەکانی کارگێری، پێبژاردنی دواکەوتن، گرێبەستی کارگێڕی.

administrative guarantees in imposing a delay fine on the contractor in the administrative contract

(a comparative analytical study)

Khaleed Muhammad Ismail
College of Law/ Salahaddin University- Erbil
khaleed.ismail@su.edu.krd

Assist.Prof. Dr. Sangar Dawood Muhammad
College of Law/ Salahaddin University- Erbil
sangar.muhammed@su.edu.krd

Abstract

This study deals with the management guarantees regarding imposing one of the most common financial penalties imposed by the management authority on the contracting party due to the latter's delay in implementing his contractual obligations. The importance of the delay fine lies not only in its direct effect of urging the contractor to abide by the deadlines agreed upon in the contract and the need to expedite the implementation of his contractual obligations, but rather in its effective and serious contribution to ensure the functioning of public facilities and the achievement of the public good. This is what distinguishes the late fine from other similar legal situations.

The administration's guarantees are represented in the delay fine in the presence of an amount of money or equivalent in the hands of the administration and its disposal, without the contracting party or third party having the right to dispose of it for any reason as long as the contract is in its implementation stages. The contractual error was realized as a result of the contractor's delay in fulfilling his contractual obligations.

The dispersion, lack and imprecision of Iraqi legislation related to the guarantees of the imposition of the delay fine played a prominent role in our selection of the subject of our study, trying to highlight the points of defects and shortcomings in those legislation through comparative analysis, as well as stating the position of the judiciary and comparative jurisprudence in this field.

This study focuses on the guarantees that the administration enjoys regarding imposing the delay fine within the scope of administrative contracts, relying on the Iraqi legal system and comparing it to the French and Egyptian systems. The study also included an analysis of some legislations when required, which were issued in Arab countries related to administrative contracts in general. And the delay fine in particular, trying to compare this legislation with what is the case in both Iraq and the Kurdistan Region to show the similarities and differences in this regard, and then highlight the legislative and realistic gaps and shortcomings in this area and put forward the appropriate treatments for them. It is a serious attempt to clarify the gaps in Iraqi Legislation and the Kurdistan Region in preparation for dealing with it and indicating appropriate and appropriate proposals to reduce it.

Key words: administrative guarantees, delay fine, administrative contract.