تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية

القضية ٥١٥ / مدنية اولى / ٧٢ الجلسة / ١٥ ـ ١١ ـ ١٩٧٢
الدائرة المدنية الاولى ـ الحكم غير منشور

الدكتور ابراهيم طه الفياض
قسم القانون العام

العقود الادارية توجد حيث تكتمل عناصرها الدالة على طبيعتها الذاتية المتميزة عن طبيعة العقود المدنية ولا يرتبط ذلك بوجود قضاء متخصص في الفصل في المنازعات الادارية .

الوقائع

اقام المدعي (خليل) دعوى امام محكمة بداءة بغداد مفادها انه بعد صدور قرار ارساء المناقصة الخاصة بانشاء دور العمال الصادر من وزارة النفط عليه ، وبعد ابرام العقد والمباشرة باعمال التنفيذ الذي حددت مدته بثلثمائة يوم ، طلبت منه الوزارة « ربة العمل » القيام باعمال اضافية واجراء التغييرات في بعض اجزاء العمل موضوع العقد ، ومنحته لقاء ذلك مدة اضافية ثم الزمته بعد نهاية المدة ـ بقرار منها ـ بدفع غرامة قدرها (٢٠) دينارا لليوم الواحد في التأخير عن الاجل المحدد حيث بلغت مدة التأخير (٧٤) يوما في حين يرى هو « المدعي » وجوب اضافة المدة المذكورة له ومن ثم طلب اعادة المبلغ المستقطع من قبل الادارة وقدره « ١٤٨٠ » دينارا . وقد قضت محكمة البداءة بقبول الدعوى والحكم بالزام المدعي عليها وزارة النفط بتأدية المبلغ المدعى به والمصاريف واتعاب المحاماة . واسست المحكمة حكمها على ان تقارير الخبراء تفيد باحقية حصول المقاول على مدة اضافية مقدارها

(١٢٦) يوما من أصل مدة التأخير عن الاجل المحدد في العقد التي بلغت (١٦٤) يوما فتكون المدة الباقية للتأخير (٣٨) يوما . كما لاحظ الخبراء العقبات التي صادفت المدعي في اثناء التنفيذ لكنهم ايدوا حصول الضرر للادارة من جراء التأخير في تسليم الدور وعلى هذا النحو قاموا اولا بانقاص المدة التي اعتبرتها الوزارة تأخيرا في العمل وثانيا بتخفيض قيمة الغرامة التأخيرية وجعلها (١٠ر١٦٦) دينارا لليوم الواحد فيصبح مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالادارة (٣٨٦) دينارا وهي الغرامة المستحقة على المقاول قانونيا وليس (١٤٨٠) دينارا كما تقول الوزارة . فاستأنفت الوزارة المدعى عليها الحكم المذكور طالبة فسخة والحكم برد الدعوى . فقضت محكمة استئناف منطقة بغداد بفسخ الحكم تعديلا ، وذلك بالزام المستأنفة (الوزارة) بأن تعيد للمستأنف عليه مبلغ (٧٢٠) دينارا ورد الدعوى التي اقامها المدعي المقاول بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف واتعاب المحاماة بنسبة ما حكم لهما . ولقد اسست محكمة الاستئناف حكمها على أن العقد المبرم بين الوزارة والمقاول هو من العقود الادارية المتميزة عن العقود المدنية ، وان خبراء محكمة البداءة قد بينوا في تقريرهم مفصلا أن المدة الاضافية التي يستحقها المقاول هي (١٢٦) يوما من اصل مدة التأخير عن مدة العقد الاصلية وقدرها (١٦٤) يوما ، وعليه يكون المقاول مسئولا عن مدة التأخير الباقية وقدرها (٣٨) يوما . الا أن ذهابهم الى انقاص مبلغ الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في الشروط العامة للمقاولة من (٢٠) دينارا الى « ١٠ر٨٦٦ » دينارا لليوم الواحد ليس صحيحا ، ذلك لان الغرامة التأخيرية في العقود الادارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، وانه ان كان يجوز لمحكمة اول درجة الاخذ برأي الخبراء باعفاء المقاول من كل او جزء من مدة التأخير للاسباب التي أوردوها على ضوء بنود العقد ووقائع تنفيذه ، فانها لا تملك ولا يملك الخبراء بأي حال من الاحوال تخفيض مبلغ الغرامة لانه خارج عن نطاق خبرتهم ولا يمكنهم أن يتصدوا اليه ، اذ أن المقاول في العقد الاداري بعد أن وافق على مبلغ الغرامة ليس له ان يناقش ذلك بحجة انتفاء الضرر او المبالغة في التقدير لان الضرر مفترض سلفا في العقود الادارية ، وعليه كان على محكمة البداءة أن لا تأخذ برأي الخبراء بانقاص قيمة الغرامة بل تأخذ فقط بالمدة التي اضافها الخبراء للمقاول .

ميزت الوزارة الحكم الاستئنافي واقامت تمييزها على جملة اسباب ، منها : ان محكمة الاستئناف ايدت بقرارها ما ورد في الشروط العامة للمقاولة

بشأن مبلغ الغرامة التأخيرية البالغ (٢٠) دينارا يوميا الا انها خفضت مدة التأخير من (٧٤) يوما الى (٣٨) آخذة بنظر الاعتبار ما ذهب اليه الخبراء في حين أن الوزارة كانت قد اعطت مدة اضافية في كل اضافة أو تغيير كان المقاول يجريه في البناء ، وكذلك في الظروف الطارئة بحيث كانت تلك المدة كافية لانجاز العمل في الوقت المحدد ، لذلك ليس لاحد ان يتعرض للمدة المتفق عليها بين الطرفين طالما الحقت بأصل العقد . كما ميزه وكيل المقاول مقيما تمييزه على أن العقد ليس اداريا بل هو عقد تجاري وان المادة الواجبة التطبيق هي المادة ١٧٠ من القانون المدني ، وان اتجاه محكمة البداءة كان اتجاها سليما بخصوص الاخذ بما جاء بتقرير الخبراء .

وقد اصدرت محكمة تمييز العراق حكما يقضي بتأييد الحكم الاستئنافي لانه حكم صحيح وموافق للقانون لاستناده على تقرير الخبراء فيما ذهب اليه في بيان اسباب التأخير ، وعلى عاتق اي من الطرفين تقع مسؤوليته في كل مرة يحدث فيها بين المقاول والادارة . أما احتساب الغرامة التأخيرية فله ما يبرره وليس للخبراء التدخل في ذلك نظرا لان العقد المبرم هو من العقود الادارية التي يفترض فيها الضرر عند حصول التأخير . وعلى ذلك تكون الطعون التمييزية لكل من الطرفين في غير محلها وان الحكم الاستئنافي صحيح فيما ذهب اليه ، قُرِّر تصديقه .

التعليق

منذ زمن ليس باليسير كانت مشكلة تحديد مضمون العقد الاداري لا تجد حلا مناسبا لها بحيث يتميز بوضوح عن العقد المدني ، وقد زاد من تعقيد المشكلة ما ذهب اليه بعض الفقهاء من أن عقود الادارة تخضع لنظام قانوني واحد عند الاخذ بنظام قضائي موحد في بعض بلاد العالم . أما البلاد التي تزدوج فيها جهات القضاء فتتخصص فيها جهة معينة للنظر في منازعات الادارة فان هذه الجهة ــ ويعبر عنها بجهة القضاء الاداري ــ فتستقل أيضا بتطبيق قواعد خاصة بالعقود التي تبرمها الادارة متى توافرت فيها شروط معينة ، وهي ما تعرف بالعقود الادارية (١)

---

(١) من الفقهاء الفرنسيين Waline في مؤلفه « القانون الاداري ــ سنة ١٩٦٣ الطبعة التاسعة فقرة ٤٤ ص ٣٣ حيث يرى أن وجود نوعين من المحاكم تنظر الاولى في مسائل القانون الخاص والثانية في مسائل القانون العام يتمخض عنه أن تلك المحاكم تطبق قواعد ومبادىء مختلفة تؤدي الى حلول مختلفة . من هذا الرأي الدكتور ثروت بدوي ــ القانون الاداري ــ القاهرة ط ١٩٦٨ ص ٧٢ وما بعدها . الدكتور ماجد راغب الحلو ــ القانون الاداري ــ

ويرجع السبب في ذلك ـــ كما يرى هؤلاء الفقهاء ـــ الى عدم اعترافهم بوجود القانون الاداري والعقود الادارية بمعنى الكلمـــــة الا حيث يوجد الازدواج القضائي ، والى كون القانون الاداري قانون من صنع القضاء ابتدع معظم احكامه مجلس الدولة الفرنسي متحررا من قيود القانون المدني وفلسفته (٢) . ويعزز هؤلاء الفقهاء فكرتهم بوجوب أن يكون القضـــاء الاداري مستقلا عن القضاء المدني وتكون له الكلمة العليا ، ويضيفون الى ذلك معززين ارتباط فكرة الازدواج القضائي بفكرة الازدواج القانوني قولهم :

« وفوق ذلك نجد اختلافا ظاهريا بين القانون التجاري والقانـــون المدني ، فالاول يستمد اصوله ونظرياته العامة من قواعد القانون المدنـــي الذي يكون مع القانون التجاري فرعين لعائلة واحدة ، لذلك نجد المبادىء العامة للقانون التجاري والقانون المدني واحدة ، فكل منهما يقوم على مبدأ المساواة بين ذوي الشأن ، كما يترك مكانا بارزا لحرية الارادة وسلطانها . هذان المبدءان مثلا يختلفان عن الاسس الفلسفية والمبادىء العـــامة للقانون الاداري التي تختلف اختلافا جذريا عن أسس واتجـــاهات القانون المدني والقانون التجاري ، فمن الطبيعي أن يقوم التلازم بين وجود القانون الاداري وانشاء المحاكم الادارية . فابتداع المبادىء والنظريات الادارية يحتاج الـــى تكوين خاص وفلسفة معينة لا تتوافر لدى القاضي المدني الذي تشرب بـــروح بروح القانون الاداري وفلسفته » (٣)

ولعل هذا الراي يريد أن ينتهي الى القول ـــ ولو بطريق غير مباشر ـــ أن القاضي المدني ملزم بتطبيق القانون المدني ولا يستطيع الخروج عـــلى القانون المدني ، ولا يتصور أن يصدر احكامه تارة بروح القانون المدني وتارة نصوصه الا اذا وجد نص يقضي بهذا الخروج ، فهو قاض حبيس النصوص واسيرها . والدليل على ذلك أن هؤلاء الفقهاء لا يعترفون ابدا بقيام القانون الاداري في مصر قبل سنة ١٩٤٦ وهي السنة التي صدر فيها قانون انشـــاء مجلس الدولة المصري . (٤)

الكويت ط ١٩٧٧ ص ١٣٠ـ١٣١ . الدكتور عبد الفتاح حسن ـــ القانون الاداري الكويتي ط ١٩٦٩ ـــ بيروت ص ٤٥ .

(٢) ثروت بدوي ـــ المرجع السابق ص ٧٤ .

(٣) المرجع نفسه ص ٧٥ .

(٤) المرجع نفسه ص ٧٦ .

وهذا الراي ان كانت له وجاهته من الناحية التاريخية حيث ترجع نشأة مجلس الدولة الفرنسي الى اسباب تاريخية معروفة لا يتسع نطاق هذا البحث للخوض في تفاصيلها ، لكن ما آل اليه اختصاص القاضي الاداري اليوم لم يعد مرتبطا من الناحيتين القانونية والواقعية بالاسباب التاريخية التي ادت الى انشائه حيث كان انشاؤه يقصد حماية الادارة من سلطان القضاء العادي . أما اليوم فان الفقه الاداري يجمع او يكاد على أن القضاء الاداري الذي اريد له ان يكون حامي حمى الادارة من جبروت القضاء العادي اصبح اليوم حام لحمى الافراد في حقوقهم وحرياتهم من طغيان الادارة ومغبة خروجها على القانون (٥)

واذا كان صحيحا القول ان القاضي الاداري الفرنسي هو صاحب الفضل في ابتداع معظم قواعد القانون الاداري عندما ابتدع الحلول اللازمة لمنازعات الادارة بسبب كونه قاضيا متحررا من النصوص ، وبسبب نظرته الموضوعية الى طبيعة النشاط الاداري المتميز عن النشاط الفردي ، فان القاضي العادي يمكن ان يتحلى بهذه الصفة الابداعية في البلاد التي تأخذ بنظام القضاء الموحد . (٦) وهذا ما نلاحظه في حكم محكمة تمييز العراق وعندئذ يمكننا ان نقيم هذا الراي على الحجج التالية :

١ ــ ان القاضي العادي في العراق هو صاحب الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات بما في ذلك المنازعات التي تكون الادارة طرفا فيها بسبب ممارستها لنشاطها الاداري المتميز عن نشاط الافراد : الا ما استثني من هذه الولاية بنص خاص (٧)

---

(٥) طعيمة الجرف ــ مبدا المشروعية ومدى خضوع الادارة للقانون القاهرة ط ١٩٦١ ــ المقدمة .

(٦) ينجه الفقه الاداري في تعريفه للقانون الاداري بانه ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتناول تنظيم الادارة العامة وبناء وتكوين الجهاز الاداري في الدولة بكل ما يدخل في هذا الجهاز من هيئات ، كما يتناول اختصاص هذا الجهاز في درجات تكوينه المختلفة مع ما يتعلق بها من امتيازات وقيود وما ينشا عن ذلك من روابط وعلاقات وما يتصل بها من نتائج واثار قانونية مختلفة سواء في مواجهة الادارة أم في مواجهة الافراد العاديين . طعيمة الجرف ــ القانون الاداري ط ١٩٦٣ ص ٩ . واهم ما يلاحظ ان التعريف لا يعلق وجود القانون الاداري على وحدة او ازدواج جهات القضاء .

(٧) انظر بحثنا عن الولاية العامة للقضاء العراقي في نظر دعاوي المسؤولية الادارية ــ العدد الاول ــ السنة الاولى من مجلة العلوم السياسية والقانونية ــ بغداد ١٩٧٦ ــ ص ٥٦ وما بعدها .

٢ ــ ان القاضي في البلاد التي تأخذ بنظام القضاء الموحد ومنها العراق ليس ملزما حتما بتطبيق النصوص المدنية على جميع المنازعات التي تعرض امامه ، بل له وعليه أن يستبعد تطبيق تلك النصوص ، لان النصوص المدنية لا تلزمه بذلك ، وذلك هو منطق القانون المدني العراقي نفسه حيث تقضي المادة الاولى منه بأن تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها ...

والثابت في عالم القانون اليوم أن النشاط الاداري المتميز بوسيلته وهي السلطة العامة وبموضوعه وهو تنظيم وادارة المرافق العامة وبهدفه وهو تحقيق النفع والصالح العام لا يثير مسائل تدخل في لفظ او فحوى النصوص المدنية .

٣ ــ ان القاضي في البلاد ذات النظام القضائي الموحد يمكن أن يكون قضاؤه انشائيا او ابداعيا ، اي يمكن أن يخلق القاعدة المناسبة لرفع النزاع بأحكام يصدرها في هذا الشأن ، حتى ولو لم تكن الاحكام تستند الى نص قانوني ما . ولعل فيما ذهبت اليه محكمة تمييز العراق في هذا الحكم خير دليل على ما نقول ، فهي اذ وجدت حلا لمسألة سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد ولمسألة التمييز بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي ، لم يكن هذا الحل مستندا الى نصوص وجدت من قبل النظام القانوني العراقي ، بل هو حل ابداعي مستوحى من طبيعة النشاط الاداري المتميز عن النشاط الفردي .

٤ ــ وفضلا عما تقدم ذكره نجد ان النصوص الدستورية ونصوص القوانين المختلفة تقضي في الغالب من الحالات بوجوب معاملة الادارة على انها شخص قانوني متميز في وسائله وطبيعة نشاطه وما يسعى اليه من اهداف عن الاشخاص القانونية الاخرى . (٨)

هذه الحجج التي سقناها الان يؤيدها ما جاء في الحكم ــ موضوع التعليق ــ من مظاهر الاخذ بقواعد قانونية تحكم النشاط الاداري دون سواه، واهم هذه المظاهر .

---

(٨) الدكتور شاب توما منصور ــ القانون الاداري ــ بغداد ١٩٧٧ ص ٣١ .

اولا ــ عقد الاشغال العامة من العقود الادارية

اعتبرت محكمة تمييز العراق عقد الاشغال العامة من العقود الادارية اذ اشارت الى عبارة « ان الغرامة التأخيرية في العقود الادارية » ومعلوم أن العقد موضوع النزاع هو من عقود الاشغال العامة ، وهذا يعني أن القضاء العراقي يقر الطبيعة الذاتية للعقود الادارية وتميزها عن العقود المدنية متى توافرت فيها عناصر تلك العقود ، وقد اشارت الى هذا « التميز » احكام عديدة من قبل ، حيث تصف محكمة تمييز العراق الطبيعة الذاتية لعقد الاشغال العامة في حكم لها تقول فيه :

« ولما كان هذا العقد قد ابرمته الحكومة مع المقاول من اجل انشاء مرفق عام متوسلة في ذلك باسلوب القانون العام وشروط غير مألوفة من اجراء مناقصة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية فانه يكون عقدا اداريا متميزا عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص » (٩) .

وفي اتجاهها هذا لم تخرج محكمة تمييز العراق عن المألوف في الفقه والقضاء الاداري بشأن عقود الاشغال العامة واعتبارها لها من العقود الادارية ومن ثم تطبيق القواعد الخاصة بهذه العقود عليها . نظرا لان الطبيعة الذاتية للعقود الادارية تتمثل في اجلى مظاهرها في عقود الاشغال العامة سواء في ذلك اكان المعول عليه هو معيار الشرطين أم الثلاثة (١٠) ، ذلك لان عقود الاشغال العامة تحتوي على عناصر اهمها أن يكون احد طرفيها جهة ادارية (١١) وان تتعلق تلك العقود بتنظيم أو تسيير مرفق عام

---

(٩) انظر حكم محكمة تمييز العراق في القضية ٦٤٥ / حقوقية / ١٩٦٥ بتاريخ ٢٥ /٧/ ١٩٦٥ منشورا في مجلة ديوان التدوين القانوني العراقية ــ العدد الاول والثاني ــ السنة الخامسة ١٩٦٥ ص ٢١٤ .

(١٠) الدكتور ماجد الحلو ــ القانون الاداري ــ الكويت ــ ط ١ ــ ١٩٧٧ ــ ص ١٣٢ وما بعدها .

(١١) حكم محكمة النزاع الفرنسية ٨ يوليو ١٩٦٣ في قضية مشروع Peyrot مجموعة لوبون ص ٧٨٧ ، وفي هذا الحكم يؤكد القضاء الفرنسي على وجوب أن يكون أحد طرفي العقد جهة ادارية ، لا سيما في عقود الاشغال العامة ، ولا يجوز اغفال هذا العنصر الا استثناء وفي حالة واحدة فقط في نطاق عقود الاشغال العامة وهي حالة العقود المبرمة بين شركات الاقتصاد المختلط وبعض المقاولين في نطاق انشاء الطرق السريعة

من مرافق الدولة وان تتجه نية اطرافه للاخذ باساليب القانون العام (١٢) .

ولقد رتب القضاء العراقي سواء في الحكم ــ موضوع التعليق ــ أم في غيره من الاحكام المتعلقة بعقود الاشغال العامة جميع الآثار والنتائج التي تترتب عادة على اعتبار عقد ما من العقود الادارية ؛ والتي من اهمها سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد ، وحق المتعاقد في الحفاظ على التوازن المالي للعقد ، وخضوع هذه المسائل جميعا لرقابة القضاء ، (١٣) وهو الامر الذي اشار اليه الحكم ــ موضوع التعليق ــ بجلاء . (١٤) .

ثانيا : تملك الادارة تحديد مدة التاخير واقتطاع الغرامة بارادتها المنفردة تحت رقابة القضاء .

من المظاهر الاخرى التي تدل على اتجاه الحكم المذكور للاخذ بقواعد القانون الاداري وبنظرية العقود الادارية اقراره لسلطة الادارة في أن تصدر بارادتها المنفردة قرارا بتحديد مدة التأخير واقتطاع مبلغ الغرامة عنها من مستحقات المقاول لديها أو من مبلغ التأمين بحسب الاحوال على أن يكون قرارها خاضعا لرقابة القضاء ، فالحكم المذكور ، ولو انه لم يشر الى هذه السلطة صراحة ، فانه لم ينكر حق الادارة في ذلك تحت رقابة القضاء ، ولا مندوحة أن يستعين القضاء باصحاب الخبرة لتبين مدى صحة استعمال الادارة لهذه السلطة لا سيما وان الامر يتعلق بمسائل فنية . والامر الذي يلفت النظر في هذا الحكم بهذا الشأن أن محكمة الاستئناف ومحكمة التمييز

---

(١٢) مذكراتنا في العقود الادارية لطلبة كلية الحقوق ــ جامعة الكويت ١٩٧٧ ــ ١٩٧٨ ص ١٧ وما بعدهـا .

(١٣) انظر رسالة السيد رياض عبد عيسى للماجستير المقدمة لكلية القانون بجامعة بغداد بعنوان مظاهر سلطة الادارة في عقود الاشغال العامة ط ١٩٧٦ بغداد ــ ص ١٠٦ حيث يشير الى ان مقاولات الاشغال العامة تعتبر من العقود الادارية مهما كان المعيار المعول عليه في تمييز العقود الادارية عن العقود المدنيـة .

(١٤) لو صح القول بان المحاكم المدنية ملزمة دائما بتطبيق النصوص المدنية لكان واجبا على القضاء العراقي مثلا ان يطبق الاحكام الخاصة الواردة في القانون المدني العراقي بشأن عقد المقاولة باعتباره من العقود المسماة ، وربما كان فيها ما يكفي لتغطية معالجـة العقود التي تبرمها الادارة في هذا الشأن لكن القاضي العراقي لم يفعل ذلك ، لا سيما وانه لم يكن هناك نص يلزمه في القانون العراقي بتطبيق قواعد القانون الاداري .

اشارت الى « ان الخبراء اذا كانوا يملكون اعفاء المقاول من كل او جزء من مدة التأخير ... » والامر الذي لا شك فيه أن ما جاء في عبارات الحكم يقصد به ان المحكمة تستطيع أن تتصدى لقرار تحديد مدة التأخير الصادر عن الادارة، ومن ثم تحديد مدة التأخير مستعينة بالخبراء ، وذلك من حيث الملاءمة والمشروعية ، اي أن تتصدى لواقعة التأخير من جانب المقاول وتحديدها ولسلامة تطبيق القواعد بشأن اقتطاع الغرامة من قبل الادارة . فالملاحظ في الحكم المذكور ان الادارة قد طلبت من المقاول بعد المباشرة الفعلية بتنفيذ العقد القيام بأعمال اضافية واجراء تغييرات في الاعمال المنصوص عليها في العقد وقد منحته لقاء ذلك مدة اضافية ثم تأخر المقاول في ذلك رغم منحه تلك المدة . ولقد نعى المقاول على تلك المدة انها لم تكن كافية لانجاز الاعمال ولا تتناسب ابدا مع طبيعة الاعمال الاضافية التي طلبت الادارة القيام بها ومن ثم لا يحق لها أن تعتبر عدم انجاز العمل في الوقت المحدد له تأخيرا . وقد قضت محكمة اول درجة وايدتها كل من محكمة الاستئناف ومحكمة التمييز بأن القضاء يستطيع أن يتصد ى للملاءمة ومشروعية القرار الصادر من الادارة بتحديد مدة التأخير واقتطاع الغرامة ، دون امكان التصدي لمبلغ الغرامة المتفق عليه لانه يعتبر شرطا جوهريا في العقد ويمثل ضررا مفترضا اصاب الادارة من جراء التأخير ، وعلى ذلك قضي بأن مدة التأخير الفعلية هي ٣٨ يوما وليس ٧٤ يوما كما جاء في قرار الادارة ، لان المقاول يستحق مددا اضافية قدرها ١٢٦ يوما من اصل ١٦٤ يوما وهي المدة الزائدة عن الاجل الاصلي المحدد في العقد وامده ثلثمائة يوم . وفي هذا المسلك لا نجد القضاء العراقي قد حاد عن مسلك القضاء الاداري في هذا الشأن . (١٥)

ثالثا ــ الغرامة التأخيرية ومقارنتها بالشرط الجزائي

يعرف الفقه الاداري الغرامة التأخيرية بأنها مبالغ اجمالية تقدرها الادارة مقدما وتنص في العقد على فرضها متى اخل المقاول بالتزام لا سيما ما يتعلق بالتأخير في التنفيذ ، ولا يكاد عقد من العقود الادارية يخلو منها . (١٦)

---

(١٥) المحكمة الادارية العليا المصرية ــ حكمها بتاريخ ١٢ مايو ١٩٦١ مجموعة السنة السادسة ــ ص ١٠١٢ .

(١٦) الدكتور سليمان الطماوي ــ الاسس العامة في العقود الادارية ــ ط ١٩٧٥ ــ ص ٥٠٦ .

هذا التعريف مستوحى من أحكام مجلس الدولـــة الفرنسي ومجلس الدولة المصري ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يقر في احكامه سلطة الادارة في توقيع الغرامات التأخيرية بقرار تصدره من جانبها دون حاجة الى اثبات الضرر ، وذلك بمجرد وقوع المخالفة من جانب المتعاقد معها . (١٧) وقد حسم المشرع المصري هذه المسألة اذ أشار الى سلطة الادارة في المادة (٩٣) من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة سنة ١٩٥٤ وذلك بمجرد وقوع التأخير دون حاجة الى تنبيه او اعذار أو اتخاذ اية اجراءات قضائية .

والغرامة بهذه المثابة حق للادارة توقعه على المتعاقد معها سواء انص عليه في العقد ام لم ينص (١٨) ، ولو أن الغالب الشائع في عقود الاشغـــال العامة أن تتضمن نصا يحدد الغرامة . ويعتبر شرط توقيـــع الغرامة عند التأخير من الشروط التعاقدية التي لا يجوز المساس بها ، وعندئذ تصبح مفروضة على الادارة والطرف المتعاقد معها بحيث لا يجوز المطالبة بأكثر منها من جانب الادارة أو أن يطالب المتعاقد تخفيضها بحجة عدم تناسبها مع الضرر أو الغائها بحجة عدم وجود ضرر أو أن التقدير مبالغ فيه ، كما لا يجوز الجمع بين الغرامة والتعويض ، ولقد طبق القضاء الاداري هذه المبادىء . (١٩)

ونجد الحكم موضوع التعليق يشير اليها بوضوح حين قضت محكمـــة الاستئناف وايدتها التمييز بأن العقد المبرم بين وزارة النفط والمقاول هو مـــن العقود الادارية المتميزة عن العقود المدنية وان محكمة اول درجة اذا كان لها أن تخفض مدة التأخير ـــ مستعينة برأي الخبراء ـــ فليس لها انقاص مبلغ الغرامة المنصوص عليها في المادة (٣ ـــ آ) من الشروط العامة للمقاولة، ذلك لان الغرامة التأخيرية في العقود الادارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، واذا كان للمحكمة أن تعفي المقاول من كل أو جزء من مدة

---

(١٧) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠ مايو ١٩٢٠ في قضية Haym اشار اليه الدكتور الطماوي ـــ ص ٥٠٧ من مؤلفه في العقـــود .

(١٨) يشير السيد رياض عبد عيسى في رسالته (ص ٣٠٢) الى ان الغرامة التاخيرية ليست دائما نتيجة لاتفاق الطرفين وانما يمكن ان تفرض من جهة الادارة وبارادتها المنفردة كما هو الحال في تضمين الشروط العامة أو انظمة الادارة الاخرى المتعلقة بتنفيذ المقاولة او اي عقد اداري اخر قيمة الغرامة ومداها .

(١٩) المحكمة الادارية العليا المصرية حكمها في ١٩٦٨/١/٦ مجموعة المبادىء التي قررتهـــا المحكمة في ١٥ عاما ـــ سمير ابو شادي ج ٢ ص ١٩٨١ .

التأخير للاسباب التي ترتأيها على ضوء بنود العقد ووقائع تنفيذه ، فانها لا تملك بأي حال من الاحوال تخفيض مبلغ الغرامة التأخيرية لانه خارج عن نطاق خبرة الخبراء واختصاص المحكمة ، فلا يمكن التصدي له او مناقشته بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير لان الضرر مفترض سلفا في العقود الادارية ، وقد أيدت محكمة التمييز هذا القضاء . وهذا المسلك ليس جديدا على القضاء العراقي (٢٠) في تبنيه للمبادىء التي استقر عليها القضـــاء الاداري في فرنسا ومصر ، ففي حكم لها تؤكد محكمة تمييز العراق على وجوب ممارسة القضاء العراقي لمهمة القضاء الاداري وان تلتزم المحاكم ما جرى عليه الفقه والقضاء الاداري في قضائها وان تلتزم بما درج عليه من حلول للتوفيق بين المصالح العامة وحماية الحقوق والحريات الفردية لان ولاية القضاء العراقي تتسع لجميع المنازعات الا ما استثني منها بنص خاص ، وتستشهد المحكمة بمثل من ذلك فتقول : « ... ولما كان الراجح في فقه وقضاء القانون العام أن غرامات التأخير في العقود الادارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية اذ أن هذه الغرامات جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزاماته والمواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يفترض الضرر واقعا ويحق للادارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في تلك العقود من تلقاء نفسها دون حاجة لصدور حكم قضائي بها وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها .. ». (٢١)

فلو أن القضاء المدني كان ملزما بتطبيق النصوص المدنية او انه مشبع بالافكار المدنية لكان لزاما عليه تطبيق تلك القواعد المدنية المتعلقة بالشرط الجزائي ، وهو أمر ميسور لديه وربما لا غبار عليه بدلا من أن يطبق القواعد الادارية المتعلقة بالغرامة التأخيرية وهي قواعد مختلفة تماما ، ولا حجة لمن

---

(٢٠) يشير السيد رياض عبد عيسى في رسالته ــ ص ٢٩٤ ــ (الى أن القضاء العراقي كان مترددا في تطبيق قواعد القانون الاداري على العقود الادارية في مبدأ الامر بين الاخذ بتلك القواعد وتطبيق القواعد المدنية) . ونحن بدورنا نعزو هذا التردد الى اختلاف وجهات النظر بين القضاة في فترات مختلفة ، لكن الذي نود تأكيده أن هذا التردد لم يعد قائما اليوم . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى اثبت القضاء العراقي ــ بحكم ما يتمتع به من ولاية عامة وفهم للدور الذي يجب ان يلعبه القضاء في الحياة العامة والخاصة واقامة العدل ــ انه قادر على تبني القواعد الادارية .

(٢١) حكم محكمة تمييز العراق في القضية ٦٤٥/ح/١٩٦٥ سبقت الاشارة اليه .

يقول بالتداخل والاضطراب في فهم القواعد المختلفة ومن ثم صعوبة تطبيقها ، لان مهمة القاضي اولا واخيرا تحقيق العدل « واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » .

ما هو الشرط الجزائي

ولتبين مدى الاختلاف بين القواعد المدنية والقواعد الادارية نحاول ان نتعرف بايجاز على ماهية الشرط الجزائي في العقود المدنية .

الشرط الجزائي كما يعرفه فقهاء القانون المدني بأنه اتفاق المتعاقدين سلفا على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه او انه تأخر في التنفيذ ، وقد سمي هذا الشرط بالجزائي لانه يتضمن الجزاء الذي يتحمل به المدين عند اخلاله بالتزامه . (٢٢)

ومن خصائص الشرط الجزائي انه اتفاق بين المتعاقدين على التعويض يجب ان يكون سابقا على الاخلال بالالتزامات التعاقدية ، وهو غالبا ما يمثل مبلغا من النقود وانه ضمان لقيام اطراف العقد بتنفيذ العقد او عدم التأخير في تنفيذه . والشرط الجزائي في القانون شرط صحيح ومنتج لآثارة اعمالا لقاعدة « العقد يعتبر شريعة المتعاقدين » ، لكن تحققه يتوقف على توافر شروط معينة هي ذاتها شروط استحقاق التعويض عند قيام المسئولية التعاقدية وتعني بها الخطأ التعاقدي والضرر والعلاقة السببية بينهما ، وكل ما في الامر من اختلاف بين التعويض العادي والشرط الجزائي ان وجود الشرط الجزائي في العقد ينقل عبء الاثبات على عاتق المدين بأن الضرر المدعى به لم يقع وهو ما قضت به المادة ٢/١٧٠ من القانون المدني العراقي (المادة ٢/٢٢٤) مدني مصري حيث تقول « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اي ضرر » ، لان الضرر ركن في استحقاق التعويض فاذا انتفى لاي سبب من الاسباب لا يكون التعويض مستحقا ولا محل لاعمال الشرط الجزائي . واعذار الدائن لمدينه بوجوب التنفيذ شرط لازم لتحقق المطالبة بمضمون الشرط الجزائي . فاذا توافرت هذه الشروط وجب على القاضي أن يحكم به بمقتضى ما نص عليه في العقد ، وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي بجواز قيام القاضي بتخفيض قيمة

---

(٢٢) الشيخ زكي الدين شعبان — الشرط الجزائي بين الشريعة والقانون — مجلة الحقوق والشريعة — كلية الحقوق — ص ٢٤١ — يونيو ١٩٧٧ — ص ١١٥ — ف ٧ .

الشرط الجزائي اذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحا أو انه نفذ جزءا كبيرا من الالتزام الاصلي وكل اتفاق خلاف ذلك يعتبر باطلا ، كما قضت بجواز رفع قيمة الشرط الجزائي اذا أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما (٢٣) .

ولو عقدنا مقارنة بين الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية لوجدنا بينهما اوجه شبه واوجه اختلاف :

اولا : اوجه الشبه :

ان اشتراط الغرامة والتعويض الاتفاقي شرط صحيح في القانون ومنتج لآثاره ، وان كلا منهما يمثل ـ في الغالب من الحالات ـ مبلغا من النقود ضمانا لقيام المدين بالوفاء بالتزاماته وعدم التأخير فيها وان كلا منهما وجد لتجنب تدخل القاضي في تقدير قيمة التعويض وان الضرر في كليهما مفترض على ما يزعم بعض الفقهاء .

ثانيا ـ اوجه الاختلاف :

١ ـ الغرامة تمثل جزاء بمعنى العقوبة (٢٤) وهو جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد بالتزاماته قبل الادارة في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وعلى ذلك فالضرر هنا متحقق لا يدحضه الدليل العكسي ولا تنفيه الا القوة القاهرة . اما الشرط الجزائي فهو تعويض مدني يجب أن تتوافر فيه شروط التعويض على نحو ما راينا قبل قليل .

٢ ـ الغرامة التأخيرية تفرض تلقائيا بصدور قرار من الجهة الادارية باستحقاقها بمجرد الاخلال أو وقوع التأخير وتقوم الادارة باستقطاع المبالغ المستحقة دون حاجة الى اللجوء الى القاضي اما الشرط الجزائي فلا يكون مستحقا الا اذا صدر به حكم قضائي لانه ينطوي على طلب التعويض .
٣ ـ الغرامة التأخيرية تفرض بمجرد وقوع الضرر ، ويعتبر الضرر هنا متحققا وليس مفترضا كما جاء في الحكم وكما يدعي بعض الفقهاء ، ودليل كونه متحققا يكمن في عدم السماح للمدين بنفيه بالدليل العكسي ، اي باثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر ، كما لا يمكن تخفيض قيمتها حتى ولو قام المدين بتنفيذ معظم

---

(٢٣) انظر التفاصيل في مقالة الشيخ الدكتور زكي الدين شعبان المشار اليها ف ١٥ .

(٢٤) محكمة القضاء الاداري المصرية حكمها في ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ ق ٤١٨ س ٩ قضائية وانظر ايضا حكم محكمة تمييز العراق رقم ٦٤٥/ح/١٩٦٥ المشار اليه من قبل .

اجزاء الالتزام الاصلي ، وذلك ما عبر عنه الحكم بوضوح ، اما الشرط الجزائي فهو ينقل عبء الاثبات على عاتق المدين بأن الدائن لم يلحقه ضرر فاذا استطاع ذلك فلا يحكم للدائن بقيمة الشرط الجزائي ، كما ان من الجائز تخفيض أو زيادة قيمة الشرط الجزائي بحسب الاحوال على نحو ما رأينا .

٤ ــ فرض الغرامة التأخيرية لا يحتاج الى اعذار المدين بل تفرض ويجري خصمها من مستحقات المدين ، اما الشرط الجزائي فلا يستحق الا بعد اعذار المدين بلزوم التنفيذ .

٥ ــ الغرامة التأخيرية قد ينص على قيمتها في العقد ، وقد تحدد قيمتها بموجب شروط عامة في لوائح ادارية وغالبا ما تنفرد الادارة بتقدير تلك القيمة، اما الشرط الجزائي فيجب أن يتضمنه بوضوح نص في العقد .

الخلاصـــة :

من جملة ما تقدم فلم يعد محل شك أن القضاء العراقي قد طبق المبادىء الادارية في نطاق العقود الادارية مما يدعم الراي الذي نتبناه من ان وجود العقود الادارية لا يرتبط حتما بوجود قضاء اداري متخصص ، بل أن القضاء العادي يمكن ان يقوم بهذه المهمة واية مهام اخرى تتعلق بتطبيق قواعد القانون الاداري الحديثة على نحو ما يفعل مجلس الدولة الى جانب قيامه بمهمة القضاء المدني للفصل في منازعات الافراد . ولن تتداخل احكامه أو تتعارض أو يشوبها الغموض والتشوش .