

احكام التأمينات في العقود الادارية

م. اريج طالب كاظم

كلية القانون / جامعة الفلوجة

provisions of Insurance in administrative contracts

Areej Talib kadham

College of Law- University of Fallujah

المستخلص: تعد التأمينات في نطاق العقود الادارية من ابرز الضمانات التي تستعملها الادارة للتنفيذ الحسن والأمثل لعقودها الادارية، ومناطقها هو ما يتميز به العقد الاداري عن العقد المدني من طابع خاص تستلزمه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره و تغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الافراد الخاصة ، ولذلك فقد منحت الادارة في نطاق العقود الادارية سلطة فرض التأمينات بنوعها التأمينات الاولية او ما تسمى بالابتدائية او المؤقتة والتأمينات النهائية ومصادرتها، وقد تم الاخذ بهذه الضمانة في مختلف التشريعات المقارنة ومنها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، وقد تناولنا في بحثنا لهذا النوع من الضمانات اهم ما تخضع له من احكام ابتداء من تعريفها وبيان انواعها والاشكال التي تؤدي بها ، الى احكام ردها عند انتهاء الضمان او مصادرتها وموجبات المصادرة ، ثم بيان الجهة المختصة بتسوية ما تثيره من منازعات ، وانهيينا الدراسة بأهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات . **الكلمات المفتاحية:** العقد، الاحكام، الإدارة.

Abstract: Insurances within the scope of administrative contracts are among the most prominent guarantees used by the administration for the good and optimal implementation of its administrative contracts. Their basis is what distinguishes the administrative contract from the civil contract in terms of a special character required by the needs of the facility that the contract aims to manage and the predominance of the public interest in its regard over the private interest of individuals.

Therefore, the administration has been granted within the scope of administrative contracts the authority to impose insurances of both types: initial insurances, or what is called primary or temporary insurances, and final insurances and their confiscation. This guarantee has been adopted in various comparative legislations, including the Iraqi Government Contracts Implementation Instructions No. 2 of 2014. In our research on this type of guarantees, we have addressed the most important provisions to which it is subject, starting from its definition and stating its types and the forms in which it is performed, to the provisions of its return upon the expiration of the guarantee or its confiscation and the reasons for confiscation, then stating the competent authority to settle the disputes it raises. We concluded the study with the most important results and proposals we have reached. **Keywords:** Contract, provisions, administration.

المقدمة

ان النظام الذي يحكم العلاقات التعاقدية فيما بين الافراد انفسهم يختلف عن مثيله في العلاقات التي تربط الادارة بالأشخاص، فالعلاقات التعاقدية الخاصة تقوم على اسس معروفة في نطاق القانون الخاص، وهي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتساوي ارادة طرفي العلاقة العقدية، في حين ان العلاقات العقدية العامة والتي تشكل العقود الادارية التي تبرم ما بين الادارة واحد اشخاص القانون الخاص تختلف الى حد كبير عن نظيرتها في العلاقات العقدية الخاصة، فالعقود الادارية تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة والتي لا نظير لها في العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، ومناطق هذا الامتياز هو ضمان استمرار المرفق العام بانتظام واطراد، اذ ان اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه بموجب العقد الاداري لا يشكل

اخلال بالتزام تعاقدى فحسب بل بالإضافة الى ذلك اضرار بسير المرفق العام ، لذلك رخص للإدارة في نطاق هذه العقود بفرض الجزاءات على المتعاقد بما يفي بتنفيذ العقد والحفاظ على انتظام سير المرفق العام .

وتعد الجزاءات المالية من اهم الجزاءات التي تقوم الادارة بتوقيعها واكثرها تطبيقا في الواقع العملي، وذلك لما لها من اثر عقابي بالنسبة للمتعاقد، فهي تتميز فضلا عن سهولة تطبيقها انها ذات اثر بالغ على المتعاقدين، اذ يمكن من خلالها اجبارهم على الالتزام بشروط العقد والاسراع في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وتكون هذه الجزاءات اما في صورة غرامات تأخيره او تعويضات او مصادرة لمبلغ التأمين، وتعد الاخيرة من ابرز الضمانات التي تستعملها الادارة للتنفيذ الحسن والامثل لعقودها الادارية، وهذا ما تضمنته مختلف التشريعات المقارنة وايضا تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، وعليه فإننا سوف نبث النظام القانوني الذي يحكم تقديم هذا النوع من التأمينات والتي سنطلق عليها التأمينات الادارية ، وللاحاطة بهذا الموضوع فإننا سوف نتبع في الدراسة اسلوب المنهج التحليلي الوصفي وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية سالف الذكر ومقارنته بنظيره المصري وبعض التشريعات المقارنة ان امكن، وعرض الاحكام القضائية بهذا الخصوص ان وجدت مقسمين الدراسة على ثلاث مباحث وعلى النحو الآتي :

المبحث الاول : التعريف بالتأمينات الادارية

المبحث الثاني : احكام رد التأمينات ومصادرتها

المبحث الثالث : تسوية منازعات التأمينات الادارية

المبحث الأول: التعريف بالتأمينات الادارية

ولغرض الاحاطة بالموضوع فإننا سوف نقسم الموضوع الى ثلاثة مطالب الاول نتناول فيه تعريف التأمينات الادارية، والمطلب الثاني نبحث فيه انواع التأمينات الادارية، والمطلب الثالث نعرض فيه الاشكال التي تدفع بها التأمينات الادارية .

المطلب الأول: تعريف التأمينات الادارية

تعرف التأمينات في نطاق العقود الادارية بانها مبلغ من المال يودع لدى جهة الادارة من قبل المتعاقد معها لضمان ملاءته عند اخلاله بشروط العقد ^(١) ، وتعرف ايضا بانها مبلغ نقدي يقدر لضمان تعويض الادارة عند اخلال المتعاقد معها بشروط العقد ^(٢) ، وتعرف ايضا بانها مبلغ من المال يودعه المتعاقد لدى الجهة الادارية لتستوفي منه ما قد يترتب بذمته من مبالغ مالية عند تنفيذ العقد او مصادرته في حال نكوله عن التعاقد بعد رسو المناقصة او المزايدة عليه ^(٣).

ويتضح مما تقدم ان التأمينات هي احدى الجزاءات المالية التي توجد في العقد الاداري، ومناطقها هو ما يتميز به العقد الاداري عن العقد المدني من طابع خاص تستلزمه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره و تغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الافراد الخاصة، وهذا الطابع الخاص هو الذي يترتب عليه تمتع الادارة في العقد الاداري بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية التي منها فرض التأمينات ومصادرتها، وتختلف التشريعات في التسمية التي تطلقها على هذا النوع من المبالغ ومن هذه التسميات كفالة العطاء والتأمين .

(١) د. احسان سليمان خريبط ، سلطة الادارة الجزائية في العقود الادارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢١، ص ١٠٤

(٢) د. ذنون سليمان يونس العبادي ، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الاداري ، دار الكتب القانونية ، مصر، ص ١٧٦.

(٣) د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الاداري، وزارة التعليم العالي ، ٢٠٠٩، ص ٤٤٦

والسؤال الذي يطرح هنا هو هل ان الادارة ملزمة بفرض تقديم التأمين من قبل المتعاقد معها ام ان لها سلطة تقديرية في ذلك ؟ من تتبع التشريعات المقارنة نرى ان اغلبها توجب فرضها في العقود ومن ذلك المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ التي توجب ان يؤدي مع كل عطاء تامين تحدده الجهة الادارية ^(١)، وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في المادة (٩) من تعليمات تنظيم العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، ولكن هذه التعليمات اعفت جهات محدده من تقديم التأمين ^(٢)، في حين سارت تشريعات اخرى على جعل فرض التأمينات حق للإدارة لها سلطة تقديرية في فرضها من عدمه، ومن ذلك ما انتهجه المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم ١٦٧-٥٩ الصادر ١١/١٧/١٩٧٩، وقد برر الفقه توجه المشرع هذا بالاهتمام بالضمانات الفنية والمهنية اكثر من اهتمامه بالضمانات المالية حيث ان ضمان صلاحية المتعاقد مع الادارة هي مكانته التجارية والفنية لا مقدار ما يودعه لدى جهة الادارة من مبلغ مالي ^(٣)، ونرى ان تقديم التأمينات امر في غاية الاهمية، وذلك لما يحققه من ضمانات تصب في صالح سير المرفق العام الذي ابرم العقد من اجل تسييره وان فرضه لا يمنع من الاهتمام بالضمانات الاخرى غير المالية التي اخذ بها المشرع الفرنسي.

ويترتب على كل ما تقدم ضرورة تقديم التأمينات في العقود الادارية في الحالات التي استلزمها القانون وان تخلفه يترتب عليه استبعاد مقدم العطاء، والى ذلك اشارة المحكمة الادارية العليا في مصر بالقول (من حيث ان الثابت في الواقعة المعروضة ان العطاء الذي تم ارساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدما من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت

(١) تنص المادة (١٧) على انه (يجب ان يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الادارية مبلغه ضمن شروط الاعلان بما لا يجاوز ٢% من القيمة التقديرية) ومن التشريعات الاخرى التي اوجبت تقديم التأمينات نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم ٥٨ لسنة ١٤٢٧.

(٢) وبهذا الصدد تنص المادة (٩) الفقرة اولا من التعليمات على انه (أ. تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة لا تقل عن (١%) ولا تزيد على (٣%) من الكلفة التخمينية المخصصة لاغراض الاحالة في عقود التجهيز للسلع والخدمات والمقاولات بمختلف انواعها.....د. تعفى الشركات العامة من تقديم التأمينات الاولى وخطاب ضمان حسن التنفيذ المنصوص عليها في هذه التعليمات)، وتنص الفقرة الثانية على انه (تقدم التأمينات النهائية بنسبة (٥%) من مبلغ العقد بعد التبليغ بكتاب الاحالة وقبل توقيع العقد)

(٣) على مخلف حماد فياض، النظام القانوني للمناقصات العامة - دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية

القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، ٢٠١٢، ص ١٩٣

كما لم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمين النهائي كاملا الذي هو شرط للنظر في هذا العطاء ورغم ذلك فان لجنة البت نظرت في هذا العطاء ولم تستبعده بل ارسى المناقصة عليه فان في هذا الشأن يعد مخالفا للحكم الصريح الذي اورده المشرع^(١).

المطلب الثاني: انواع التأمينات

التأمين الذي يودع لدى جهة الادارة على نوعين، تأمينات اوليه (مؤقتة) وتأمينات نهائية ، ولغرض بيان ماهيتهما فإننا سوف نتناول كل منهما على حدا:

١. التأمينات الاولى (المؤقتة) وتسمى ايضا التأمينات الابتدائية : وهي ضمان مالي يدفع عند التقدم بالعطاء في العقد الاداري اثباتا لحسن نية المتقدم والجدية في اتمام عملية التعاقد مع الادارة^(٢)، والى هذا النوع من التأمينات نصت المادة (٩ / اولا / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤، ببلغ لا يقل عن (١%) ولا يزيد على (٣%) من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الاحالة في عقود التجهيز والخدمات والمقاولات^(٣) ، ويقدم التأمين قبل ارساء العطاء وذلك لان بدون تقديمه لا يمكن قبول عطائه، والعلة في ذلك هو لضمان جدية المتقدم من جهة وضمانه للإدارة في حال عدم التزام المتعاقد بإتمام اجراءات التعاقد عند رسو المناقصة عليه، وبالتالي تعد التأمينات الاولى من الشروط الاساسية في ابرام العقد الا ان المشرع العراقي استثنى كما بينا جهات محدده من تقديم هذا النوع من التأمينات في تعليمات تنفيذ العقود في المادة (٩ / اولا / د - هـ) بالنص (د . تعفى الشركات العامة من تقديم التأمينات الاولى وخطاب ضمان حسن التنفيذ المنصوص عليها في هذه التعليمات. هـ . يعفى مقدمو العطاءات المشاركون في مناقصات المقرر احالتها بأسلوب المناقصة المحددة او (المرحلة الثانية) اسلوب المناقصة بمرحلتين او اسلوب الدعوة المباشرة

(١) الطعن رقم ٣١٧٤ لسنة ٢٩ في جلسة ٣١/٣/١٩٩٠، الموسوعة الادارية ج ٥٣، ص ٣٠٩، نقلا عن : د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة - دراسة مقارنة - ط ٢، بلا سنة طبع، ص ٨١.

(٢) د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ١٠٩

(٣) ويقابل ذلك في التشريع المصري المادة (١٧) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

او اسلوب الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة من تقديم التأمينات الاولية (، وعلى الرغم من ان المشرع المصري اغفل هذا الاستثناء الا ان المحكمة الادارية العليا اقرته في احكامها^(١)، ويشترط في التأمينات الاولية ان تقدم كاملا بحسب النسب المحددة بشروط المناقصة والا فانه يعد في حكم عدم تقديم التأمين، وبالتالي يتم استبعاد العطاء، ولكن المحكمة الادارية المشكلة في وزارة التخطيط والمختصة - وقد تم الغاء المحكمة - بنظر الاعتراضات المقدمة من قبل مقدمي العطاءات ذهبت الى خلاف ذلك، حيث لم تستبعد العطاء المقدم من قبل احدى الشركات على الرغم من عدم تقديمه التأمين الاولي بصورة كاملة^(٢)، وقد بررت المحكمة عدم الاستبعاد بكون الشركة مقدمة العطاء من الشركات المتخصصة بالعمل موضوع المناقصة وان هناك فارق بمبلغ العطاء ومدة التنفيذ لصالح الشركة المعترضة، ومن جانبنا نؤيد ما ذهبت اليه المحكمة وذلك ترجيحاً للضمانات الفنية او المهنية وهذا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي كما بينا سابقا عندما الغى التأمينات الاولية لصالح الضمانات الفنية والمهنية، ولذلك ندعو المشرع العراقي لمنح جهة الادارة المتعاقدة هذه السلطة ترجيحاً للضمانات غير المالية التي تحقق المصلحة العامة في تسيير المرفق العام، اما بالنسبة للقضاء المصري فان له بهذا الصدد احكام متناقضة، ففي احد الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ قضت فيه المحكمة بانه يجوز للإدارة ان تتساهل في امر التأمين المؤقت فتقبله بعد فتح المظاريف وقد جاء حكمها بالاتي

(١) حيث قضت المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٧ بالقول (..... اما بالنسبة للتأمين النهائي الذي قامت الجهة الادارية بحساب قيمته بنسبة ١٠% من الاصناف التي لم تورد فالثابت من الاوراق ان الشركة المذكورة لم تسدد تأميننا عند دخول المناقصة او بعد الترسية عليها باعتبارها من شركات القطاع العام ومن ثم فإنها معفاة قانونا من سداد هذا التأمين طبقا للمادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وبالتالي فلا وجه للقول بمصادرة التأمين النهائي في الحالة المماثلة لانعدام محله حيث لا يوجد تأمين اصلا حتى تقع عليه المصادرة) حكم رقم ٧٠٦ لسنة ٥٠ في ٢٥/١٢/٢٠٠٧ نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ١١١.

(٢) وجاء مضمون قرار المحكمة المرقم ٢٤/٢٤/٢٠١١ ادارية تخطيط/ ٢٠١١ بتاريخ ١٥/١١/٢٠١١ والمصادق عليه من قبل محكمة استئناف الرصافة الاتحادية بالعدد ٢١/ م / ٢٠١١ في ٢٤/١١/٢٠١١ بانه (يجوز اكمال التأمينات الاولية المقدمة من المعارض اذ كانت الشركة المعترضة قدمت خطاب ضمان خاص بالتأمينات الاولية بمبلغ (٣٠٠٠٠٠٠٠٠) في حين ان المبلغ الذي كان يجب ان يقدم لتغطية التأمين المؤقت هو (٣١١٠٠٠٠٠٠) وكانت مدة التنفيذ التي تقدمت بها الشركة المعترضة هي (٥٠٠) يوم وتمت الاحالة الى شركة اخرى وبفارق مبلغ (٧٠٠٠٠٠٠٠٠) وبفارق مدة تنفيذ (٢٧٠) يوم لصالح الشركة المعترضة علما ان الشركة المعترضة هي من الشركات المتخصصة بالعمل موضوع المناقصة.....) نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ١١١.

(... هذا فضلا عن ان التأمين المؤقت مقرر سداذه لضمان جدية العطاء فهو بهذه المثابة مشروط بتقديمه حفظا لصالح الوزارة ومن ثم لا يجوز ان يستند الى هذه الواقعة من رفض عطاؤه (^(١))، في حين جاء حكم آخر لنفس المحكمة متناقض للأول في ٢٩ ديسمبر ١٩٥٧ بالقول (...ومن حيث ان الالتزام بتقديم التأمين المؤقت يعتبر من الشروط الجوهرية التي يحتمها مبدأ المساواة بين المناقصين وذلك ضمانا لجدية العطاءات فاخصاص جهة الادارة في هذه الحالة يكون مقيدا ويكون بالتالي ما قرره لجنة فتح المظاريف من استبعاد عطاء ...موافق للقانون) ^(٢)، وهذا التعارض موجود في قضاء المحكمة الادارية العليا، حيث اكدت في حكمها الصادر في ١٩ نوفمبر ١٩٦٠ بان التأمين الابتدائي يقصد به تحقيق امرين هما جدية العطاءات والمساواة بين المناقصين، ويترتب على ذلك انه اذا لم يقدم التأمين الابتدائي فانه من المتعين عدم الالتفات الى العطاء واستبعاده فاذا قبلت الادارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثرا، اما في حكمها الصادر في ٨ مارس ١٩٦٩ فذهبت الى ان ايداع التأمين الابتدائي من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط اساسي للنظر في عطائه وهذا الشرط مقرر للصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته اذا ما أطمأنت جهة الادارة الى ملاءة مقدم العطاء ومن ثم فانه لا يقبل من مقدم العطاء التحدي بانه لم يدفع التأمين المؤقت ما دام ان التأمين غير مشروط لمصلحته ، وبناء على ذلك فان ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء امر سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة ^(٣)).

٢. **التأمينات النهائية :** وهو ضمان مالي يدفع بعد قبول العطاء لضمان تنفيذ التعاقد للالتزاماته طبقا لشروط العقد، ويعد هذا التأمين ضمان لجهة الادارة يؤمنها الاخطار التي قد تصدر من التعاقد معها ^(٤)، وقد حدد المشرع العراقي قيمة هذا النوع من

(١) مشار اليه لدى د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٤٠.

(٢) مشار اليه لدى نفس المصدر، ص ٢٤١ .

(٣) نفس المصدر ، ص ٢٤١

(٤) د. ذنون سليمان يونس، مصدر سابق ، ص ١٧٧.

التأمينات في المادة (٩/ ثانيا/ أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بنسبة (٥%) من مبلغ العقد تدفع قبل توقيع العقد، ويجوز للشركات حسب ما اشارت اليه الفقرة (ب) تقديم التأمينات خلال (٢١) يوما من تاريخ توقيع العقد بعد موافقة اللجنة المركزية للمراجعة ومصادقة الاحالة من جهة التعاقد^(١)، وتعفى الشركات العامة ايضا من التأمينات النهائية الا ان الاعفاء لا يشمل الجهات المعفية من تقديم التأمينات الاولية والمنصوص عليها في الفقرة (اولا / هـ) من نفس المادة، والعلة في ذلك ان اسلوب التعاقد معها يتعارض مع علة تقديم التأمينات الاولية الا انه في نفس الوقت لا يتعارض مع ضرورة تقديم تأمين ضمان حسن تنفيذ العقد، واذا ما تخلف صاحب العطاء المقبول عن تقديم التأمين النهائي في الوقت المحدد فانه لجهة الادارة مصادرة التأمينات الاولية واحالة العقد الى المرشح الثاني ويتحمل الناكل فرق البديلين الناجم عن تنفيذ العقد^(٢).

المطلب الثالث: صور التأمينات الادارية

من تتبع التشريعات المقارنة الخاصة بتنفيذ العقود الادارية نجد ان التأمينات تؤدي بصور واشكال تأخذ في الغالب صورة من الصور الاتية :

١. **التأمين النقدي** : وهو مبلغ نقدي يتم ايداعه في خزانة الجهة الادارية، والتأمين بهذه الصورة اجازته بعض التشريعات المقارنة لا سيما بالنسبة للتأمينات الاولية^(٣)، الا ان المشرع العراقي في المادة (٩/ اولاً / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم يجز تقديم التأمينات الاولية بهذا الشكل ، ويقيم البعض موقف المشرع هذا ونحن نؤيده بانه مسلكا محمودا لان دفع التأمين نقدا قد يؤدي الى

(١) ويقابل ذلك في القانون المصري المادة ١٨ من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتي حددت التأمين النهائي بنسبة ٥% ايضا

(٢) المادة (١٠/ اولاً / ب)

(٣) ومن ذلك المادة (٧٠) من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري والمادة (٤٦) من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٤

افشاء مبلغ العطاء عندما يدفع الى خزينة الجهة الادارية لا سيما وان التأمين
الاولي محدد بنسبة معينة من قيمة العطاء .

٢. **الصكوك (الشيكات)** : اجازت بعض التشريعات ومنها المشرع العراقي تقديم
التأمينات الاولى بصورة صكوك^(١)، في حين استبعدت تشريعات اخرى هذه
الصورة^(٢)، وقد برر البعض في عدم قبول الصك كصورة للتأمين بان الصك اداة
وفاء وليس اداة ضمان وان التأشير على الصك يفيد فقط بوجود الرصيد في تاريخ
التأشير^(٣)، ولكن هذا الراي لا ينطبق الى ما ذهب اليه المشرع العراقي الذي
تطلب بان يكون الصك مصدقا عليه والذي يعني اعتراف المسحوب عليه (
المصرف) بوجود الرصيد الكافي في الصك ويترتب على هذه العملية تجميد
الرصيد المصدق، وبهذه الطريقة تطمئن جهة الادارة بوجود الرصيد الذي يكون
الضمانة الاولى لوفاء قيمة الصك.

٣. **ضمان الخطاب** : اجازت عدد من التشريعات المقارنة^(٤) تقديم التأمينات بنوعيتها
بصورة خطاب ضمان، وهذا ما سارة عليه المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ
العقود الحكومية في المادة (٩ / اولا / ب) التي اجازت تقديم التأمين الابتدائي
بصورة خطاب ضمان وكذلك الحال بالنسبة للتأمين النهائي في الفقرة (ثانيا / أ)
من نفس المادة ، وقد عرفت المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠
لسنة ١٩٨٤ خطاب الضمان بانه (تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب
احد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعين لشخص آخر (
المستفيد) من دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في
الخطاب ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله)، فخطاب

(١) حيث تنص المادة (٩ / اولا / ب) بانه (لا تقبل التأمينات الاولى لمقدمي العطاءات الا اذا كانت على شكل خطاب
ضمان او صك مصدق او سفتجة) ، ومن التشريعات الاخرى ايضا المادة (٧٠) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري
والمادة (٤٦) من قانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٤ السوري والمادة (١٢٢) من قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧ اليمني
(٢) ومن هذه التشريعات المادة (٣٤) من قانون رقم ٥٨ لسنة ١٤٢٧ السعودي
(٣) علي مخلف حماد فياض، مصدر سابق، ص ١٩٥
(٤) ومن ذلك المادة (٧٠) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري .

الضمان يعني ان المصرف ضامن بان يدفع الى جهة الادارة مبلغ التأمين بمجرد الطلب ولا يكون لعمل المصرف الذي اصدر الخطاب بناء على طلبه اي دخل في هذه العملية، ذلك لان التكييف القانوني للخطاب بانه كفالة شخصية من المصرف للمتعهد تأمينا لتنفيذ العقد الذي ابرمه مع جهة الادارة^(١)، ومن مزايا تقديم التأمين بصورة خطاب ضمان انه يوفر سيولة نقدية للمتعاهد، بالإضافة الى حصول جهة الادارة على التأمين المطلوب، بينما دفع التأمين بصورة نقدية يضر بالمتعاهد، لأنه سوف يترتب عليه تجميدا لجزء من امواله لفترة طويلة في وقت هو بأمر الحاجة اليها للوفاء بالتزاماته، فضلا عن تعقيد اجراءات استردادها^(٢).

٤. **السفتجة :** وتعرف بانها سند محرر وفق شكلية نص عليها القانون بموجبه يأمر الساحب (المتعاقد) شخص آخر يسمى المسحوب عليه بان يدفع لشخص ثالث يسمى المستفيد مبلغا من النقود في ميعاد معين او عند الاطلاع^(٣)، فالسفتجة وفقا لما تقدم لا تخرج عن كونها علاقة ثلاثية الاطراف فيها الساحب وهو المتعاقد مع الادارة الذي يأمر المسحوب عليه وهو (المصرف) بان يوفر تقديم التأمين بهذه الصورة ضمانا وحماية لحق المستفيد (الادارة المتعاقدة) حيث لا يتم اصدار السفتجة الا بعد ايداع مبلغها لدى المصرف مصدر السفتجة لأمر المستفيد، ويتم تجميد دين المبلغ والاحتفاظ به في حساب خاص يسمى حساب السفاتج المصرفية^(٤) لمصلحة المستفيد من تلك السفتجة الى حين انتهاء مواعيد تقديمها للوفاء، وهذا ما يميز هذه الصورة ويجعلها اكثر قبولا في التعامل، وتشبه السفتجة كل من الصك المصدق وخطاب الضمان الا انها تختلف عنهما من نواحي متعددة ، فاهم ما يميزها عن الصك المصدق هو انها لا تتطلب ان يكون

(١) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٢) علي مخلف حماد، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٤.

(٤) د. اسراء خضر خليل العبيدي، خصوصية السفتجة المصرفية – دراسة مقارنة - ، مجلة جامعة الامام جعفر الصادق(ع)، كلية القانون، العدد السادس، ٢٠٢٣، ص ١٦.

للساحب حساب لدى المصرف، اما الصك المصدق فيتطلب وجود رصيد للساحب لدى المصرف المسحوب عليه، كما ان السفتجة اسمية حين الانشاء على خلاف الصك المصدق فيجوز سحبه ابتداء للحامل، اما ما يميز السفتجة عن خطاب الضمان، ان السفتجة اداة وفاء للديون، اما خطاب الضمان فهو نوع من انواع الائتمان غير النقدي الذي يعطيه المصرف بواسطة الكفالة الشخصية او العينية مقدمة من قبل الامر، كما ان السفتجة تتضمن امرا بالوفاء بمبلغ معين من النقود اما خطاب الضمان عبارة عن تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين^(١)، وقد اجاز المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في المادة (٩ / اولا / ب) تقديم السفتجة في التأمين الابتدائي فقط.

المبحث الثاني: احكام رد التأمينات ومصادرتها

سنتناول الموضوع ضمن مطلبين الاول نخصه لأحكام رد التأمين ونتناول في المطلب الثاني احكام مصادرة التأمين.

المطلب الأول: احكام رد التأمينات

بما ان التأمين بنوعيه الاول والنهاي يودعه المتعاقد ضمان لجدية مساهمته في العقد وسلامة قصده في تنفيذ العقد حال رسوه عليه، فان ما يترتب على ذلك ان التأمينات الاولية والتي تقدم حسب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بشكل خطاب ضمان وصك مصدق وسفتجة يتم الغاؤها في حال عدم رسو العقد على المتقدم بالعطاء او في حال رسو العقد ليتم تقديم التامين النهائي، اما اذا كان شكل التأمينات الاولية عبارة عن مبلغ من المال - كما في التشريعات التي تجيز ذلك - فيتم رده في الحالتين اعلاه.

(١) د. اسراء خضير خليل، مصدر سابق، ص ٣٥ وما بعدها

اما التأمين النهائي والتي اوجبت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية تقديمه بشكل خطاب ضمان والاحتفاظ به الى ان يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية، فانه يتم الغاء الخطاب واطلاق المبلغ في حال صدور شهادة القبول النهائي وتصفية الحسابات، كما واجازت التعليمات اطلاق جزء من مبلغ خطاب الضمان بعد التسليم النهائي لتلك الاجزاء وصدور شهادة القبول النهائي وبما يؤيد كونها مؤهلة للاستخدام.

وبهذا الصدد اوجب المشرع المصري رد التأمين النهائي فور انتهاء الضمان المحدد بالعقد بغير طلب خلال عشرة ايام عمل، والا التزمت الادارة بان تؤدي الى المتعاقد قيمة المصارف البنكية لتجديد خطاب الضمان وتكلفة التمويل او الفائدة المستحقة عن فترة التأخير، واحالة المتسبب بالتأخير برد التأمين للتحقيق وتحمله مصاريف ذلك، ونرى انه حسنا فعل المشرع المصري لان هذا الاجراء يشعر المتعاقد مع الادارة بان حقه مصان ويجعل التعامل مع الادارة اكثر مرونة^(١).

واذا كان يجب على الادارة ان تثبت في العطاءات المقدمة خلال المدة المحددة لسريانها وعند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين، فأن التساؤل يطرح فيما اذا طلبت الادارة مهلة جديدة لنفاذ العطاء او اذا انتهت مدة سريان العطاء دون البت فيه، فهل يلتزم مقدم العطاء بالمدة الجديدة وبالتالي لا يسترد التأمين الا بانقضاء المدة الجديدة ام ان له حق الاسترداد؟ معلوم انه اذا قبل المتقدمون كلهم او بعضهم فان القابلون يلتزمون بالمدة الجديدة ولا يستطيعون استرداد التأمين الا بمضي المدة والعكس صحيح في حال رفض المتقدم نفاذ عطائه لمدة اضافيه، ففي هذه الحالة يستطيع استرداد التأمين بمضي المدة الاولى^(٢)، ولكن الصعوبة تثار عند التزام مقدم العطاء الصمت ازاء طلب الادارة مهلة جديدة لنفاذ العطاءات او اذا مضت المدة دون البت في العطاء فكيف يفسر الصمت؟ لم يتناول المشرع العراقي هذه الحالة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الا ان القاعدة العامة هي ان مقدم العطاء يلتزم

(١) ينظر : منار غسان مرهج ، د. عمار التركاوي، مصادرة التأمينات النهائية في نطاق العقد الاداري ، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤٣، العدد ٢٧، ٢٠٢١، ص ٥٦-٥٧.

(٢) د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق، ص ٢٦٨ وما بعدها

بعطائه من وقت تقديمه الى نهاية المدة المحددة في شروط العقد^(١)، وبالتالي فانه اذا مضت المدة المحددة دون البت في العطاءات فان تقديم العطاء يكون في حل من عطائه ويكون له الحق في سحب تأمينه، وكذلك الحال فيما اذا طلبت الادارة مدة اضافيه دون ان يصدر من المتعاقد قبول فان له سحب تأمينه في اي وقت، الا ان عدم سحب التأمين يعتبر بمثابة الموافقة على قبول امتداد نفاذ العطاء، ولكنها تعد قرينة بسيطة اذ يجوز للمتقدم بان يسحب التأمين في اي وقت قبل ارساء المناقصة في المدة الجديدة^(٢).

المطلب الثاني: احكام مصادرة التأمينات

بما ان لكل من نوعي التأمين الاولي والنهائي احكامه الخاصة، فانه مما يترتب عليه هو اختلاف حالات مصادرة كل منهما، فبالنسبة للتأمينات الاولية فان القاعدة المسلم بها سواء في العراق او في التشريعات المقارنة ان المتعاقد يلتزم بمجرد تقديم العطاء وبالتالي فانه لا يسمح له سحب العطاء قبل البت فيه و اذا سحبه قبل هذا التاريخ فان التأمين المودع يصبح حقا لجهة الادارة دون حاجة الى انذاره او الالتجاء الى القضاء او اتخاذ اية اجراءات او اقامة دليل على حصول ضرر، وقد حددت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في المادة (١٠ / اولا / أ - ب) حالات مصادرة التأمين على اساس ذلك وهي امتناع مقدم العطاء الى توقيع العقد بعد التسليم بكتاب الاحالة وبعد انذاره رسميا بتوقيع العقد خلال (١٥) يوم من تاريخ انذاره ومن دون عذر مشروع قانونا، وكذلك عند تقديم بيانات غير حقيقية وبطرق غير مشروعة ومخالفة لشروط

(١) د. سليمان الطماوي، نفس المصدر، ص ٢٧١

(٢) ولقد افتي مجلس الدولة المصري سابقا في احدى فتاويه القديمة المرقمة ١١٨٧ في ١٥/١/١٩٥١ (بان الادارة اذا ارادت مدة اضافيه واعلنت مقدم العطاء بذلك وحددت له مدة معينة لأبداء رأيه فالتزم موقفا سلبيا فان هذا الموقف السلبي من جانب مقدم العطاء يجب ان يحمل على معنى القبول . ولكن محكمة القضاء الاداري المصرية كان لها موقف آخر يباير ما ذهب اليه مجلس الدولة اذا تقول فيه (ومن حيث انه يتضح من الوقائع المتقدمة ان مدة سريان عطاء المدعي انتهت ولما كتبت له الكلية بعد ذلك للموافقة على مد المدة لم يرد المدعي على الكلية، ومن ثم فان عطاؤه قد انتهى في ٨/٧/١٩٤٩ واصبح المعني منذ ذلك التاريخ غير مرتبط مع الكلية باي شيء، ولا يمكن الاستناد الى سبق موافقته على مد المدة في المرة الاولى... للقول بقبول مدة العطاء مده اخرى تاليه ومن ثم فتكون الكلية على غير حق اذ اعتبرت المدعي مرتبطا بعطائه وتبعاً لذلك تكون غير محقة اذا طبقت عليه شروط العقد) نقلا عن : د. سليمان الطماوي ، نفس المصدر، ص ٢٧٠-٢٧١ .

المناقصة، وكذلك عند عدم تقديم التأمين النهائي، وبهذا اخذ المشرع المصري ^(١)، وبذلك فان هذا النوع من التأمين يمثل ضمانه للإدارة في حال عدم التزامه بإكمال اجراءات العقد.

اما بخصوص التأمين النهائي فيكون للإدارة مصادرتة حسب ما اشارت اليه المادة (١٠ / ثانيا / د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية عند اخلال المتعاقد معها باي شرط من شروط العقد سواء بالامتناع عن التنفيذ او التنفيذ السيئ خلافا لشروط العقد، وبحالات مماثلة ايضا اخذ المشرع المصري ^(٢)، هذا وان سلطة الادارة في مصادرة التأمين سلطة مستقلة عن نصوص العقد توقعه الادارة ولو لم ينص عليه العقد، والى ذلك قضت محكمة القضاء الاداري في مصر في حكم لها جاء فيه (ليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من ان شروط المزايدات لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين ، ذلك ان مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ..... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص ام لم ينص عليه في الشروط على هذا الحق) ^(٣)، كما ان مصادرة التأمين توقعه الادارة بقرار منها دون الحاجة الى حكم قضائي، كما لها ان توقعه حتى وان لم يلحق ضرر ما بالمرفق العام، اي انها غير مضطرة لأثبات الضرر، كما لا يسمح للمتعاقد معها ان يثبت بان الضرر الذي لحق الادارة يقل عن التأمين ^(٤)، والتأمين يصبح من حق الادارة في جميع حالات فسخ العقد او تنفيذه على حساب المتعاقد، وكذلك يجوز للإدارة الحق في مصادرة التأمين حتى في حال عدم فسخ العقد وبعد تنفيذه اذا ما وجدت الادارة بان تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها غير موافق لما تم الاتفاق عليه او انه تراخى في تنفيذه او تقصيره على غير الوجه المطلوب منه عمله او قام بالتنفيذ بعد الميعاد المحدد، والى

(١) حيث نصت المادة (٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على ما يأتي (اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية فيصبح التأمين المؤقت المودع حقا للجهة الادارية دون حاجة الى اذار او الالتجاء الى القضاء او اتخاذ اية اجراءات او اقامة الدليل على حصول ضرر) .

(٢) حيث نصت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على ما يأتي (في حالة فسخ العقد او تنفيذه على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق جهة الادارة كما يكون لها ان تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الاسعار والمصاريف الادارية من اية مبالغ مستحقة او تستحق للمتعاقد لديها) .

(٣) حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ جلسة ١٩٥٧/١١/١٧ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري السنة ١٢، ص ١٨ نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٤) د. ذنون سليمان يونس، مصدر سابق، ص ١٧٨.

ذلك صدر حكم عن المحكمة الادارية العليا في مصر يقضي بان (مصادرة التأمين عند التقصير في تنفيذ التزام من التزامات العقد لا ترتبط بفسخ العقد فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد اتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد او تقصيره او تنفيذه على غير الوجه المطلوب او بعد الميعاد المحدد او غير ذلك)^(١).

ولكن ما يلاحظ على تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ان المشرع في المادة (١٠ / ثانيا / د)^(٢) استعمل مصطلح مصادرة التأمينات النهائية و مصطلح الاحتفاظ بالتأمينات ، ومعروف ان المصادرة تختلف عن الاحتفاظ ، فالمصادرة تعني انتهاء للحيازة اما الاحتفاظ فهو حجز احتياطي قد يصادر بشكل نهائي او يعاد بعد اتمام عملية التنفيذ، وبالتالي فإننا نرى ان المشرع العراقي قد عالج مسألة الاخلال بالعقد بإجراءين متناقضين.

والسؤال الذي يطرح هنا، هو هل ان للإدارة سلطة في اعفاء المتعاقد معها من مصادرة التأمين؟ ذهب راي بان مناط مصادرة التأمين رهن بان تقدم الجهة الادارية ما يثبت تحملها الضرر، فاذا ما عجزت عن ذلك واحتفظت بالتأمين فان ذلك يخالف صريح القانون^(٣)، في حين يذهب رأي آخر بالقول بان الادارة تقوم بتوقيع جزاء المصادرة دون حاجة لإلزامها بإثبات ان ضرر ما قد لحقها من جراء اخلال المتعاقد معها^(٤)، ونرى ان مسألة تحديد ما اذا كان على الادارة اثبات الضرر من عدمه لمصادرة التأمين انها تتوقف على تكييف التأمين، اما بالنسبة لسلطة الادارة في تقدير المصادرة، فان هناك من يرى بانه اذا كان واجبا على الادارة ان لا تتنازل عن مصادرة التأمين مقدما شأنها في ذلك شأن سائر الجزاءات الادارية التي يمكن ان تفرضها على المتعاقد معها ، الا ان توقيع هذا الجزاء فعلا يرتبط بسلطتها التقديرية، فلها ان

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ١١٢٧ لسنة ٥ جلسة ٢٢/٤ / ١٩٦١ المجموعة القضائية، السنة ٦ ، ص ٨٩١، نقلا عن : د. حمدي عطية مصطفى، النظرية العامة للعقود الادارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٥، ص ٣٠٢.

(٢) تنص المادة (١٠ / ثانيا / د) على انه (مصادرة التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ او الاحتفاظ بها عند عدم تنفيذ الاعمال الموكلة للمقاول وكانت نسبة انجازها متدنية نسبة الى منهاج تقدم العمل المتفق عليه مع ضرورة مراعاة الضوابط المصادرة عن وزارة التخطيط) .

(٣) د. حمدي عطية مصطفى، مصدر سابق، ص ٢١٢.

(٤) ينظر : نوال ملوك، د. عصام حوادي، مصادرة مبلغ التأمين وتأثيره على تنفيذ العقود الادارية في الجزائر، مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد ٣٥، العدد ١، ٢٠٢١، ص ١٦٥٠

تعفي المتعاقد معها منه اذا قررت مثلا انه لم يلحق بها ضرر ما^(١)، وهذا ما تبنته محكمة القضاء الاداري في مصر في احدى قراراتها التي جاء فيه (اذا كان الثابت ان للمدعي الملتزم بالتوريد في ذمة جهة الادارة مبلغ التأمين ولم تقم الوزارة بمصادرته لأنها لم تقل بان ضررا قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المدعي لالتزاماته فانه يتعين القضاء له باسترداد هذا المبلغ)^(٢)، ولكن من مراجعة النصوص الخاصة بالمصادرة سواء في التشريع العراقي او المصري، نجد ان الادارة ملزمة بمصادرة التأمين النهائي متى توافرت موجباته، ونرى انه حسنا فعل المشرع ذلك، لأننا لا نجد مبررا لمنح الادارة السلطة التقديرية في هذا الامر^(٣) .

وبالنسبة لطبيعة مصادرة التأمينات، فالسائد لدى الفقه هو انها لا تخرج عن كونها شرطا جزائيا متفق عليه في العقد يفرض عند اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية، والى ذلك ذهبت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصري في العام ١٩٥٥ بالقول (ان الحكم الوارد في البند ٩٣ من المادة ٣٧١ من لائحة المخازن والمشتريات والتي تنص عليه عقود التوريد التي تبرمها الوزارة والمصالح لا يخرج عن كونه شرطا جزائيا يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصر في حالة الغاء العقد بسبب تقصيره - هو مصادرة التأمين المقدم منه - وهذا الجزاء في حقيقته تعويض اتفاقي قدر في العقد بقيمة التأمين المقدم من المتعاقد المقصر)^(٤)، وإذا كان ثمة تشابه بين مصادرة التأمين بوصفه شرطا جزائيا والشرط الجزائي في نطاق القانون الخاص من حيث ان كلاهما يفرضان على المتعاقد جزاء اخلاله بالتزاماته التعاقدية وان مقداره متفق عليه مقدما بين الطرفين الا انهما يختلفان من جوانب عدة، فمصادرة التأمين تقرضه الادارة باراتها المنفردة دون حاجة الى صدور حكم من القضاء او دون تطلب اثبات الضرر لان الضرر مفترض افتراضا غير قابل لأثبات العكس^(٥)، في حين ان الشرط الجزائي في نطاق القانون الخاص لا يغني عن اثبات الضرر ولكنه ينقل عبئ الاثبات من

(١) د. حمدي عطية مصطفى، مصدر سابق، ص ٣٠٣

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٦٦٠٠ ، جلسة ١٩٥٦/٤/١، السنة الثامنة، قضائية المجموعة السنة العاشرة ، ص ٢٧٥، نقلا عن : د. حمدي عطية مصطفى ، المصدر السابق، ص ٣٠٣

(٣) وعلى خلاف ذلك خول المشرع المصري في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغي الادارة سلطة تقديرية بالمصادرة. (٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢٦٠ في ١٣/٥/١٩٥٥ نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط ، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٥) د. ذنون سليمان يونس، مصدر سابق، ص ١٨٧.

الدائن الى المدين^(١)، ومناطق هذا التمايز هو احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

واذا كانت مصادرة التأمين تعد شرطاً جزائياً يفرض عن اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية فهل يغني عن التعويض الذي يعد الجزاء الاصيل والطبيعي للأخلال بالالتزامات التعاقدية ؟ يجمع الفقه والقضاء الاداري الى ان سبب وغاية كل من مصادرة التأمين والتعويض مستقل عن الآخر، وبالتالي فانه لا يعد الجمع بينهما محظور، فمصادرة التأمين هو جزاء شرع لمصلحة الادارة لغاية حسن سير المرفق العام، في حين ان التعويض له نظامه الخاص وهو نظام قريب من النظام المدني حيث يشترط لاستحقاقه تحقق اركان المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية^(٢)، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بالقول (..... مصادرة التأمين المنصوص بالعقد تعتبر من الجزاءات التي تملك الادارة توقيعها على المتعاقد اذا قصر في تنفيذ التزاماته حتى لو لم يلحقها اي اضرار من هذا الاخلال، وبذلك فان مصادرة التأمين على هذا الاساس لا تمنع الادارة من المطالبة بالتعويض عن الاضرار الفعلية التي حلت بها بسبب خطأ المتعاقد معها، ولا يعتبر ذلك جمعا لتعويضين عن فعل واحد لاختلاف الاساس القانوني لحق الادارة في الحاليتين)^(٣)، والى ذلك نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في المادة (١٠ / رابعا) الى تحمل المتعاقد مع الادارة في عقود تجهيز السلع والخدمات دفع تعويض عن الاضرار التي لحقت بجهة التعاقد بسبب اخلاله بعد تنفيذ العقد على حسابه.

ومن كل ما تقدم يمكن القول انه لا تثريب ان اجتمعت مصادرة التأمين والتعويض، لان الجمع بينهما لا يعد ازدواجا للتعويض لان المصادرة سلطة للإدارة في نطاق العقود الادارية تم منحها اياها من اجل حسن سير المرفق العام، وبالتالي يجب ان لا ينقلب هذا الامتياز عليها

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١/ المجلد الثاني، نهضة مصر، ص ٦٨٠
(٢) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ٤٨٧، د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ١٠٦، د. حمدي عطية مصطفى، مصدر سابق، ص ٣٠١
(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ٣٠ ابريل ١٩٦٤، س ١٥، مجموعة المكتب الفني رقم ٩٧، ص ٦١٤، نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط، المصدر السابق، ص ١٠٧، وهناك حكم للمحكمة الادارية العليا في مصر يحظر الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض، حيث جاء فيه (ان شرط مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد هو في حقيقته تعويض اتفاقي او شرط جزائي بذلك يجب قصر التعويض عليه) حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٥ / ٢ / ١٩٦١، مجموعة المكتب الفني، س ٦، رقم ١٠١، ص ٧٨٧، نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط، نفس المصدر، ص ١٠٧

بحرمانها من طلب التعويض الذي تستحقه طبقا للقواعد العامة، ولكن هذا القول مشروط بان لا يحظر العقد صراحة هذا الجمع، كما ان هناك من يرى بان الضرر الموجب للتعويض يجب ان يكون موجودا بعد مصادرة التأمين اي يجاوز قيمة التأمين، فاذا كانت قيمة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض بالتطبيق للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك^(١)، ولكننا من جانبنا نرى انه نظرا لاختلاف الاساس القانوني لحق الادارة في الحاليتين فانه يمكن المطالبة بتعويض الضرر بغض النظر عما اذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر ام لا، فغاية مصادرة التأمين قائمة على اساس الضرر المفترض افتراضا غير قابلة لا ثبات العكس، بينما التعويض قائم على اساس اثبات الضرر.

يترتب من كل ما تقدم ان مصادرة التأمينات الادارية يختلف عن الجزاءات المالية الاخرى والمتمثلة بغرامة التأخير والتعويض وان كانت هناك سمات مشتركة بينهما، حيث تتميز مصادرة التأمين عن غرامة التأخير في ان الاخيرة هي جزاء تفرضه الادارة عن تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته ضمن المدة المحددة في العقد حصرا، بينما جزاء مصادرة التأمين يواجه مخاطر عدم التنفيذ لشروط العقد، كما وان مصادرة التأمين لا يمكن فرضه الا اذا سحبت الادارة العمل ، فاذا لم تقم بسحب العمل فلا يجوز لها مصادرة التأمين ، لان هذا الجزاء لا يقوم الا اذا قام سببه وهو سحب العمل^(٢)، في حين غرامة التأخير لا تترتب على سحب العمل، وانما تفرض عن مجرد تراخي المتعاقد عن تنفيذ عمله وتسليمه في الموعد المتفق عليه ويعتبر باطلا توقيعها في غير هذه الحالة^(٣)، اما عدا ذلك فيشترك كل من الجزاءين بانهما من الجزاءات المالية والمحدد مقدارهما سلفا في العقد و التي توافقت عليه الادارة والمتعاقد معها، ولا يشترط لتطبيقهما اللجوء الى القضاء او اثبات الضرر، وانما يفرضان بالإرادة المنفردة للإدارة.

(١) د. حمدي عطية مصطفى، مصدر سابق، ص ٣٠١، د. ذنون سليمان يونس، مصدر سابق، ص ١٧٨.
(٢) والى ذلك نصت المادة (١٠ / ثانيا/ ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق بالقول (اصدار قرار سحب العمل من المقاول عند اخلاله ببند العقد وتنفيذ الاعمال المخل بها على حسابه عن طريق مقاول آخر وباتباع احد اساليب التعاقد....د. مصادرة التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ)
(٣) د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ٧٧.

اما جزاء التعويض فهو وان كان يشترك مع الجزاءات السابقة بانه جزاء مالي يلزم المتعاقد بدفعه الى الادارة المتعاقدة جبرا للضرر الذي اصابها نتيجة حصول اخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ شروط والتزامات العقد^(١)، الا انه يختلف عنهما في انه جزاء لا تفرضه الادارة بإرادتها المنفردة الا باللجوء الى القضاء، والاخير لا يحكم به الا اذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، كما ان التعويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذي تتحمله الادارة مع مراعاة الاخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية ايضا^(٢).

المبحث الثالث: تسوية منازعات التأمينات الادارية

على الرغم من ان اغلب الدول تذهب الى ايكال النظر في منازعات العقود الادارية الى القضاء الاداري وهذا ما مطبق في كل من فرنسا ومصر^(٣)، فان القضاء العادي في العراق هو المختص بنظر منازعات العقود الادارية، وذلك باعتباره صاحبة الولاية العامة استنادا لنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، ولكن بالرجوع لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية نجد ان المشرع ميز في طريقة حل المنازعات المتعلقة بالعقود بصورة عامة بين مرحلتين الاولى قبل ابرام العقد والثاني بعد ابرامه، وهذا ما سوف نتناوله ضمن مطلبين نخصص لكل مرحلة مطلبا مستقلا لنرى مدى وجود تطبيق لمنازعات التأمينات في كل مرحلة والجهة المختصة بنظر المنازعة .

المطلب الأول: مرحلة ما قبل ابرام العقد

وتشمل هذه المرحلة المنازعات التي تحدث بعد تقديم العطاء فقط، وبالتالي يخرج من نطاقها المرحلة التي تسبق تقديم العطاء او مرحلة تنفيذ العقد بعد اختيار العطاء المناسب وقد نص امر

(١) وفي ذلك تنص المادة (١٠ / رابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق بالقول (..... ويتحمل المتعاقد المخل دفع تعويض عن الاضرار التي لحقت بجهة التعاقد بسبب هذا الاخلال بعد انتهاء تنفيذ العقد) .

(٢) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٤٨٨.

(٣) تنظر المادة (١١ / ١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، والمادة (٤٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والقرارات الصادرة بصدد تنفيذ العقد الاداري تخضع لاختصاص القضاء الكامل، وبهذا الصدد قضت محكمة القضاء الاداري المصري بالقول (..... هذا القرار صدر تنفيذا للعقد واستنادا الى نصوصه فهو كما سبق البيان من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الالغاء بل في نطاق القضاء الكامل ومن ثم كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد في غير محله)، حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٨ / ٢٨٤ ق / س ١١ في ١٩٥٦ / ١٢ / ٢٣، نقلا عن : د. احسان سليمان خريبط، مصدر سابق، ص ٤٢٧.

سلطة الائتلاف رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ في القسم (٢ / ب / ثانيا) من الامر على تشكيل محكمة ادارية مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات، الا ان هذا الامر لم يحدد آلية تشكيل المحكمة الى ان جاءت تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ التي نصت في المادة (٨) على تشكيل المحكمة بقرار من وزير التخطيط وبرئاسة قاضي ينسب من مجلس القضاء الاعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط وممثل عن اتحاد المقاولين ومقرر للمحكمة وتسترشد المحكمة عند ممارسة عملها بقانون المرافعات المدنية في كل ما لم يرد به نص في تعليمات تنفيذ العقود، وتتولى دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط متابعة القرارات الصادرة عن المحكمة بالتنسيق مع الجهات المعنية وتكون قرارات المحكمة قابلة للاستئناف لدى محكمة استئناف بغداد / الكرخ، هذا ونصت الفقرة ثانيا من نفس المادة على تشكيل لجنة وزارية في دوائر جهات التعاقد للنظر ابتداء في الاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات والتي تقوم بدورها برفع توصية بشأنها الى الوزير المختص خلال مدة معينة، والذي يقوم بدوره في البت في التوصية، وقد جاءت تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بنفس آلية التعليمات السابقة مع تعديل مدة بت المحكمة في الاعتراض المقدم من مقدمي العطاءات الى ان تم الغاء هذه التعليمات بموجب التعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والتي تضمنت المادة (٧ / اولا - خامسا) على تشكيل لجنة مركزية لا تقل درجته الوظيفية من الدرجة الاولى عن الدرجة الرابعة، تتولى اللجنة دراسة الاعتراضات التحريرية المقدمة من مقدمي العطاءات المعترضين او وكلائهم الرسميين ممن لم يطلبوا سحب التأمين الاول، وتقديم توصية بموضوع الاعتراض واسبابه الى رئيس جهة التعاقد والذي يقوم بدوره بالبت بالتوصية ، ولعدم تحقيق الاهداف المرجوة من المحكمة المختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات فقد الغيت بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ و أوكل اختصاصها الى محكمة البداة - المختصة بنظر نزاعات عقود المقاولات - والمشكلة بموجب البيان الصادر عن مجلس القضاء الاعلى رقم (١٤٢) في (٢٥ / ١٢ / ٢٠١٢) ، والتي عدلت بموجب البيان المرقم (١٥٤ / ق / ١) في (٢٦ / ١١ / ٢٠٢٤) التي اوكلت مهمة تسوية النزاعات الى محكمة البداة المختصة بالنظر في الدعاوى التجارية، وخلال هذه الفترة فان النزاعات التي يمكن ان

تثار تتعلق بالعادة بقرارات لجنة البت وقرارات لجنة فحص العطاءات والقرارات الصادرة بإرساء المناقصة ، وبالتالي نرى ان النزاعات المتعلقة بالتأمينات نادرة الحدوث ويمكن تصور حدوثها في حال ما اذا تم استبعاد مقدم عطاء بسبب يتعلق بالتأمين المقدم كأن يكون المبلغ المقدم للتأمين الابتدائي ينقص عما مقرر تقديمه الا ان مقدار النقص لا يخرج عن كونه مبلغ صغير لا يستوجب استبعاد العطاء وانما يمكن ان يقوم مقدم العطاء بدفع باقي القيمة ولا يعد ذلك ماسا بمبدأ حرية المنافسة التي يجب توافره في اجراءات المناقصة العامة^(١) .

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد ابرام العقد

بيننا ان القضاء العادي في العراق هو الجهة المختصة بنظر منازعات العقود الحكومية، ويطبق القضاء بشأنها قواعد القانون الاداري على الرغم من ان هذه المحاكم من حيث الاصل تطبق قواعد القانون المدني، ولكن بالرجوع لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ نجد ان المشرع فيها رسم اجراءات تسوية المنازعات الادارية بعد ابرام العقد وذلك من خلال اتباع وسيلتين الاولى غير قضائية والثانية قضائية، وهذا ما سوف نتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التسوية غير القضائية

اخذ المشرع العراقي وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ بالوسائل غير القضائية لحل منازعات العقود الادارية، وهذا ما نصت عليه المادة (٨) وذلك بالنص على وسيلتين هما التوفيق والتحكيم، حيث ان تسوية المنازعات بعد توقيع العقد ابتداء يكون بالتوفيق^(٢) والذي يعد وسيلة لتقريب وجهات نظر كل من طرفي النزاع ومحاولة انتهاء الخلاف بينهما، وذلك من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق احكام القانون والتعليمات المعنية وبند العقد ويعد محضر بذلك الاتفاق بين الاطراف ويصادق عليه رئيس جهة التعاقد، الا ان المشرع العراقي لم يتطرق الى اجراءات اللجنة ومدى الزامية قراراتها والمدة التي عليها فض النزاع خلالها، وعند عدم التوصل الى اتفاق ودي فان

(١) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٩٤-٩٥.

(٢) ويوجد في مصر قانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ خاص بالتوفيق لتسوية المنازعات المدنية والتجارية والادارية .

المادة (٨) من التعليمات حددت خيارين يمكن اللجوء الى احدهما وهما التحكيم او احالة النزاع الى المحكمة المختصة في الموضوع^(١)، ويعرف التحكيم بأنه اتفاق اطراف النزاع على اختيار بعض الاشخاص للفصل في النزاع وقبول القرار بشأنه^(٢)، هذا وقد نص المشرع العراقي على التحكيم فضلا عن نص المادة (٨) سالفه الذكر في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المواد (٢٥١ - ٢٧٦) والتي اجاز المشرع فيها الاتفاق على التحكيم في اي نزاع سواء كان ناشئا عن علاقة قانونية تعاقدية او غير تعاقدية، وتعد قرارات التحكيم ملزمة لأطراف النزاع وهذا ما يميزه عن التوفيق التي تعد قراراته بشكل توصيات غير ملزمة ، ويقسم التحكيم من حيث المحل الى تحكيم وطني يكون وفقا للإجراءات المحددة في شروط المناقصة او بقانون المرافعات المدنية ، وتحكيم دولي يكون لجهة التعاقد اللجوء اليه لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة وعندما يكون احد طرفي العقد اجنبيا، على ان يراعى في ذلك شروط تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بهذا الخصوص في المادة (٨/ ثانيا، أ) .

ومن كل ما تقدم يمكن القول ان كل ما يتعلق بمنازعات التأمينات لا سيما مصادرة التأمين النهائي يمكن تسويته بالوسائل اعلاه اذا تم الاتفاق على ذلك، كالتنازع في مدى اخلال المتعاقد مع الادارة في التزاماته التي يترتب عليها مصادرة التأمين .

الفرع الثاني: الوسائل القضائية

حسب نص المادة (٨ / ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية اذا لم يتم التوصل الى اتفاق ودي بين المتعاقدين لتسوية النزاع بينهما فلهما اللجوء الى احد الاساليب التي يجب النص عليها في العقد وهي اما التحكيم واما احالة موضوع النزاع الى المحكمة المختصة في الموضوع، والآخر هو الوسيلة القضائية لحسم النزاع، والمحكمة المختصة الان في العراق

(١) وقد نص المشرع المصري على مبدأ جواز الالتجاء الى التحكيم لتسوية المنازعات المثارة في شأن العقود الادارية في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في المادة (٤٢) التي اجازت لطرفي العقد عند حدوث خلاف اثناء الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف الاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.
(٢) د. حمدي عطية مصطفى ، مصدر سابق، ص ٣٨٣.

حسب البيان الصادرة عن مجلس القضاء الاعلى رقم (٢٩ / ق / أ) في (٦ / ٨ / ٢٠٢٤) هي محكمة البداة المختصة بالدعاوى التجارية والتي تم تشكيلها في كل منطقة استئنافية، وقد اوكل البيان لمحكمة البداة من ضمن ما اوكله اليها النظر في المنازعات الناشئة عن عقود المقاولات والتجهيز والعقود الاستثمارية وعقود الخدمات غير الاستشارية التي تكون الدولة طرفا فيها، والسؤال الذي يطرح هنا هو هل يمكن الطعن بالقرارات المتعلقة بالعقد كقرار مصادرة التأمين بوصفه قرارا منفصل عن العقد امام القضاء الاداري؟ من المعلوم ان الدول التي اوكلت النظر في منازعات العقود الادارية الى القضاء الاداري كفرنسا ومصر اخضعت هذه المنازعات لاختصاص القضاء الكامل، لاعتبارات تتعلق بطبيعة هذه المنازعات، وجعلت مجال قضاء الالغاء القرارات الادارية فقط والتي هي تعبير عن ارادة الادارة بمفردها جزاء لمخالفة المشروعية، وبالتالي لا يمكن ان تكون منازعات العقود الادارية محل لقضاء الالغاء، لأنها عبارة عن توافق ارادتين، كما ان الآثار المترتبة عليها هي التزامات شخصية، ولكن على الرغم من ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي والمصري استثنى القرارات الادارية المنفصلة عن عملية التعاقد من هذه القاعدة واخضعها لقضاء الالغاء ، حتى يستطيع بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الادارة داخل العمليات القانونية المركبة دون انتظار اكمال العملية او انتهائها، لأنه قد يترتب على هذا الانتظار آثار قانونية يصعب تداركها، وعلى الرغم من اختلاف الفقه في تحديد ما يعد قرارا منفصلا عن العلاقة العقدية وبالتالي يمكن الطعن به بدعوى الالغاء^(١) - وهو موضوع لامجال لعرضه هنا كونه يخرج عن نطاق بحثنا - فان المحكمة الادارية العليا المصرية قضت في هذا الشأن بانه (القرارات التي تصدرها جهة الادارة نوعان اولهما تتمثل في القرارات التي تصدرها في المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل ابرام العقد وتسمى هذه القرارات بالقرارات المنفصلة المستقلة ومن هذه القرارات استبعاد احد المتناقصين وقرار الغاء المناقصة او ارساؤها على شخص معين، فهذه القرارات ادارية نهائية تخضع لما تخضع له تلك القرارات من احكام في شأن طلب وقف تنفيذها والغاءها، وثانيهما قرارات تصدرها جهة الادارة تنفيذا للعقد الاداري واستنادا الى نص من نصوصه، كالقرار الصادر بسحب العمل

(١) د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الاداري، دراسة مقارنة ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٢٨٤

ممن تعاقدها او الغاء العقد ذاته، وهذه يختص القضاء الاداري بنظر المنازعات التي تنشأ بشأنها لا على اساس اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن القرارات الادارية النهائية وانما باعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود^(١)، وبنفس الاتجاه افتى مجلس شورى الدولة في العراق بالاستيضاح المقدم من وزارة التخطيط بكتابها المرقم (٢٠٧٦٢/٥/٤) في ٢٨/١١/٢٠١١ بشأن ما ورد في كتاب وزارة التعليم العالي المرقم (١٠٤٥٣) في ٣/١١/٢٠١١ والتي ترى فيه بأن القرارات القابلة للانفصال عن عقود الادارة العامة والتي تصدر قبل او بعد ابرام العقد كقرار الاحالة او الغاء الاحالة او فرض الغرامات او مصادرة التأمينات او سحب العمل فيتم الطعن بها حاليا امام القضاء العادي في حين بين فقهاء القضاء الاداري بأنه يجوز الطعن بتلك القرارات بدعوى الالغاء او التعويض امام القضاء الاداري كونها قرارات مستقلة عن العقد.....، وقد افتى المجلس بهذا الخصوص بان (محكمة القضاء الاداري لا تختص بالقرارات الادارية التي اصدرتها الادارة استنادا الى نصوص واردة في العقد)^(٢)، وبناء على ذلك فان قرار مصادرة التأمينات النهائية لا يمكن عدها قرارا منفصلا يمكن الطعن به اما القضاء الاداري، بينما مصادرة التأمينات الأولية يمكن عده قرارا مستقلا لأنه سابق على ابرام العقد وبالتالي يمكن الطعن به كقرار اداري امام القضاء الاداري، ولكن لمحكمة القضاء الاداري اتجاه آخر في احد قراراتها والذي صادقة عليه المحكمة الادارية العليا، حيث نظرت المحكمة المذكورة دعوى ماثرة بشأن عقد اداري دون ان تلتف الى اختصاصها في نظر الدعوى، وتتلخص وقائع الدعوى في ان (ان المدعي كان ابرم عقدا مع اللجنة الخاصة بأوقاف عزرا مناحيم دانيال لإيجار البناية المشيدة على قطعة الارض (٦٦/٦) بتاوين لمدة ١٥ سنة اعتبارا من ١٥ / ٨ / ٢٠١٠ ببديل ايجار سنوي يدفع على اربعة اقساط حددت تواريخها في العقد، وحيث ان المستأجر لم يسدد الاقساط واحدا بحجة عدم تمكنه من البناية المستأجرة الا في ٢٠/٥/٢٠١١ دون ان يراعي شروط العقد ومواعيد التسديد الواردة فيه، ونظرا لورود فقرة تشير الى انه في حالة اخلال المستأجر باي شرط من شروط العقد فان

(١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤، ق، جلسة ١٤/٤/١٩٧٩ مجموعة الخمسين عاما، ص ١٧٨، نقلا عن: د. عبد الغني بسيوني، القضاء الاداري، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٣٢.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة رقم ٥٩ / ٢٠١٢ في ٧/٨/٢٠١٢ قرار غير منشور

العقد يعد مفسوخا دون حاجة للإنذار ولا تعاد التأمينات المدفوعة....) وقد ردت محكمة القضاء الاداري الدعوى المقامة من المدعي وعند الطعن بقرار المحكمة امام المحكمة الادارية العليا صادقت على قرار محكمة القضاء الاداري^(١)، ونرى من جانبنا ان محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا التي صادقت على القرار قد خرجت عن قاعد الاختصاص ونظرت في منازعة هي من اختصاص القضاء العادي .

الخاتمة: بعد ان انتهينا بعون الله وحمله من كتابة بحثنا الموسوم " احكام التأمينات في العقود الادارية " الآن لنا ان نسجل اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات وعلى النحو الآتي :

اولا: النتائج

١. التأمينات في نطاق العقد الاداري من الضمانات التي قننها المشرع لتكون بيد الادارة تفرضها على المتعاقد معها لضمان جدية الاخير ولتوقي الاثار التي قد يرتكبها المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الاداري، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره.

٢. ان فرض التأمينات في العقد الاداري لا يخضع لسلطة الادارة التقديرية وانما يجب تقديم العطاء المقترن بالتأمينات وهذا ما هو واضح من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، الا ما استثنى بنص خاص، وهذا ما اخذ المشرع في التعليمات المذكورة والتي نصت على اعفاء بعض الجهات من تقديم التأمينات ، والاعفاء الذي يقرره المشرع لهذه الجهات يرجع الى انتهاء علة تقديم التأمين في حالة التعاقد معها.

٣. تنقسم التأمينات الى نوعين الاولى تأمينات اولية والثانية تأمينات نهائية ، ولكل منها تؤدي بأشكال وصور تتلاءم وطبيعة المرحلة التي تقدم فيها، ويعد تقديم التأمينات الاولوية بمثابة ايجاب صادر من المتعاقد مع الادارة والهدف منه ضمان جدية التعاقد

(١) قرار المحكمة الادارية العليا رقم ٩١ / اداري / تمييز / ٢٠١٣ ، في ٢١ / ١١ / ٢٠١٣ ، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٣ . وزارة العدل مجلس شورى الدولة

وتحقيق المساوات بين المتقدمين، وبالتالي فان قبول الادارة العطاء بدون تأمين يعد قرارا غير صحيح لمخالفة مقتضيات علة تقديم التأمين الاولي ، اما التأمين النهائي فيقدم بعد ارساء المناقصة على مقدم العطاء لتأمين الادارة من الاخطار التي قد تصدر من المتعاقد و في حال تخلف الاخير عن تقديم التأمين فانه يترتب على ذلك مصادرة التأمين الابتدائي وحالة العقد الى مرشح ثاني .

٤. ان رد التأمين في حال عدم تحقق مقتضيات المصادرة واجب على الادارة وحق للمتعاقد معها ، كما ان رد التأمين بنوعيه الابتدائي والنهائي من الاثار التي تترتب على ايفاء مقدم العطاء او المتعاقد مع الادارة بالتزاماته المحدد في العقد.

٥. تعد المصادرة بمثابة شرط جزائي متفق عليه لكنه يفرض بإرادة الادارة وهذا ما يميزه عن الشرط الجزائي في القانون الخاص، وتفرض المصادرة دون تطلب اثبات الضرر لان الضرر مفترض افتراضا غير قابل لأثبات العكس، فضلا عن ان المصادرة جزاء مالي بيد الادارة لا يغني عن المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى .

٦. ان تسوية المنازعات المتعلقة بالتأمينات تخضع وفقا لما سار عليه المشرع العراقي للقضاء العادي الا اننا نرى ان المنازعات المتعلقة بالتأمينات الاولية كونها سابقة على ابرام العقد فانه لا بد من تسويتها من عن طريق القضاء الاداري ، لان العقد لم يبرم بعد وبالتالي فنحن بصدد قرار اداري صادر من جهة الادارة ويعد القضاء الاداري هو الجهة المختصة بنظره.

ثانيا: المقترحات

١. النص بصورة صريحة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على وجوب قيام الادارة بمصادرة التأمينات عند تحقق موجبات المصادرة حتى لا يكون هناك باب للإدارة بالاجتهاد في عدم المصادرة بحجة عدم وجود الضرر .

٢. النص على الزام الادارة برد التأمين خلال مدة معين عند انتهاء الضمان لان هذا الاجراء يشعر المتعاقد مع الادارة بان حقه مضان ويجعل التعامل مع الادارة اكثر مرونة.

قائمة المصادر

اولا : الكتب

١. د. احسان سليمان خريط ، سلطة الادارة الجزائية في العقود الادارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢١
٢. د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة – دراسة مقارنة - ، ط ٢ ، بلا سنة طبع
٣. د. حمدي عطية مصطفى، النظرية العامة للعقود الادارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٥
٤. د. دنون سليمان يونس العبادي ، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الاداري ، دار الكتب القانونية ، مصر
٥. د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الاداري، دراسة مقارنة ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩،
٦. د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧
٧. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١/ المجلد الثاني، نهضة مصر
٨. د. عبد الغني بسيوني، القضاء الاداري ، ط ٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦
٩. د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨
١٠. د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الاداري، وزارة التعليم العالي

ثانيا: الرسائل

١. علي مخلف حماد فياض، النظام القانوني للمناقصات العامة – دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، ٢٠١٢

ثالثا: الابحاث

١. د. اسراء خضر خليل العبيدي، خصوصية السفتجة المصرفية – دراسة مقارنة - ، مجلة جامعة الامام جعفر الصادق(ع)، كلية القانون، العدد السادس
٢. منار غسان مرهج ، د. عمار التركاوي، مصادرة التأمينات النهائية في نطاق العقد الاداري ، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤٣، العدد ٢٧، ٢٠٢١
٣. نوال ملوك، د. عصام حوانق، مصادرة مبلغ التأمين وتأثيره على تنفيذ العقود الادارية في الجزائر، مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد ٣٥، العدد ١، ٢٠٢١



رابعاً: مجموعة القرارات والاحكام القضائية

قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٣. وزارة العدل مجلس شورى الدولة