

جمهورية العراق
وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين
كلية الحقوق
الدّراسات العليا – القسم العام

قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود
الإدارية)
(دراسة قانونية مقارنة)

رسالة تقدّم بها الطّالب
أحمد طلال عبد الحميد

إلى مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف
الأستاذ الدكتور
غازي فيصل مهدي

٢٠١٢م

١٤٣٣هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}.

سورة المائدة : الآية ١

وقال تعالى :

{وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}.

سورة الإسراء : الآية ٣٤

وقال تعالى :

{وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ}.

سورة المؤمنون : الآية ٨

صدق الله العظيم

قال رسول الله ﷺ :

((المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)).

صدق رسول الله

إقرار المشرف

أشهد بأن إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ :

(قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية)

والمقدمة من قبل طالب الماجستير (أحمد طلال عبد الحميد) قد تمّ بإشرافي

في كنيّة الحقوق - جامعة النهريين، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في

القانون العام.

التوقيع :

المشرف : أ . د. غازي فيصل مهدي

التاريخ : / / ٢٠١٢م

إقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن هذه الرسالة الموسومة بـ :

(قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية)

والمقدّمة من قبل طالب الماجستير (أحمد طلال عبد الحميد) قد تمّت

مراجعتها من الناحية اللغوية وتصحيح ما ورد فيها من أخطاء لغويّة وتعبيريّة وبذلك

أصبحت الرسالة مؤهّلة للمناقشة بقدر تعلّق الأمر بسلامة الأسلوب وصحّة التعبير.

التوقيع :

الاسم : د. مجيد حميد محمد السّمّاية

التاريخ : / / ٢٠١٢م

إقرار مقوم الدراسات العليا

بناءً على التّوصيات المقدّمة من قبل المشرف والمقوم اللّغوي أرشّح هذه

الرّسالة للمناقشة.

التّوقيع :
الاسم :
التّاريخ : / / ٢٠١٢م

إقرار لجنة المناقشة

نشهد بأننا أعضاء لجنة المناقشة قد اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ :

(قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية)

المقدّمة من قبل الطّالب (أحمد طلال عبد الحميد) وقد ناقشنا الطّالب

في محتوياتها وفيما له علاقة بها ونعتقد بأنّها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير

في القانون العام وبتقدير () .

الأستاذ الدكتور
غازي فيصل مهدي
المشرف

الدكتور
رئيس اللجنة

الدكتور
عضواً

الدكتور
عضواً

صُدِّقت من قبل مجلس كَلِيَّة الحقوق - جامعة النّهريين .

أ.م.د. محمد علوم محمد علي
عميد كَلِيَّة الحقوق
جامعة النّهريين

الإهداء

إلى رجل المبادئ والشرف وعزّة النفس ...
والدي
إلى المرأة التي أحاطتني بدفئها وحنانها وعطائها .. بصبر ونكران
ذات .. والدي
إلى شريان حياتي .. ونبع سعادتي .. ومستودع أسراري ..
زوجتي
إلى من منزلته في نفسي كمنزلة هارون لموسى ..
أخي أشدّد به أزري
إلى نسَمات الربيع ...

أخواتي
إلى من غرسوا في قلبي حبّ العلم وروح المطاولة والمثابرة ..
إلى ... الذين لا زالت ترن كلماتهم في أدنى كناقوس ..
أساتذتي الأفاضل

كل من :-
الأستاذ الدكتور إبراهيم طه الفياض .. رحمه الله ..
الأستاذ الدكتور سعد عبد الجبار العلوش .. أطال الله في عمره ..
الأستاذ الدكتور غازي فيصل مهدي .. أطال الله في عمره ..
وفاءً وعرفاناً
أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

أحمد الله حمداً كثيراً، وأصليّ وأسلمّ على سيدنا وشفيعنا (محمد) وعلى آله
الطيبين الطاهرين وأصحابه المنتجبين على إنجاز هذا الجهد المتواضع.
ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم امتناني
إلى الأستاذ الفاضل والعالم الجليل الدكتور (غازي فيصل مهدي) أستاذ القانون العام
في كلية الحقوق - جامعة النهريين لقبوله الإشراف على رسالتي أولاً،
ولما أبداه من رعاية ونصح وتوجيه وتصويب ثانياً، حيث كان لسديده آرائه وقيمة

ملاحظاته اليد الطولى والكأس المعلى في إظهار هذا البحث بالصورة التي هي عليه الآن شكلاً وموضوعاً فجزاه الله عنا خير جزاء وأمد في عمره.

كما أتقدم بجزيل شكري وامتناني إلى أساتذة الدراسات العليا في كلية الحقوق - جامعة النهرين لرعايتهم واهتمامهم وحرصهم العالي على إنجاز متطلبات الدراسات العليا بنجاح ودقة.

كما أتقدم بشكري وتقديري إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث وأمدني بالمصادر وعززني بالمراجع وأخص بالذكر منهم الصديق العزيز عمر سعدون المعيني وكادر مكتبة كلية الحقوق - جامعة النهرين، والأنسة (هند طارق) مسؤولة مكتبة كلية القانون - جامعة النهرين بغداد، والأنسة (سعدية عيسى) الموظفة في المكتبة، وأيضاً مسؤول مكتبة المعهد القضائي ومكتبة نقابة المحامين لما أبدوه من تعاون ومساعدة ورعاية عند مراجعة المكتبات المذكورة.

وأخيراً أتقدم بشكري وتقديري إلى الكادر الإداري لكلية الحقوق - جامعة النهرين وخصوصاً شعبة الدراسات العليا لما أبدوه من رعاية واهتمام بشؤون طلبة الدراسات العليا.

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٧	الفصل الأول التعريف بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)
٩	المبحث الأول : تعريف قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)
٩	المطلب الأول : مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين
١٢	الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين
١٤	الفرع الثاني : موقف التشريعات المعاصرة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين
١٦	المطلب الثاني : مصدر القوة الملزمة للعقد
١٦	الفرع الأول : مبدأ سلطان الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد
١٨	الفرع الثاني : القانون هو مصدر القوة الملزمة للعقد
٢١	المبحث الثاني : أثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقد الإداري
٢٢	المطلب الأول : الحرية التعاقدية للأشخاص العامة
٢٨	المطلب الثاني : أساس القوة الملزمة للعقد الإداري
٢٨	الفرع الأول : موقف الفقه من أساس القوة الملزمة للعقد الإداري
٣٠	الفرع الثاني : موقف القضاء الإداري من أساس القوة الملزمة للعقد الإداري
٣٤	الفرع الثالث : الاستثناء على القاعدة العامة
٤٠	الفصل الثاني التعريف بالعقد الإداري وتمييزه عن العقد المدني
٤٣	المبحث الأول : التعريف بالعقد الإداري
٤٣	المطلب الأول : نشأة العقود الإدارية
٤٨	المطلب الثاني : تعريف العقد الإداري
٥٢	المبحث الثاني : معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني

الصفحة	الموضوع
--------	---------

٥٧	المطلب الأول : المعيار العضوي (معيار أطراف العقد)
٦٠	المطلب الثاني : المعيار الموضوعي (معيار الاجتهاد القضائي)
٦٠	الفرع الأول : اتصال العقد بنشاط مرفق عام
٦٤	الفرع الثاني : خضوع العقد لأساليب ووسائل القانون العام
٧٣	الفصل الثالث امتيازات السلطة العامة الخارقة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين
٧٧	المبحث الأول : سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه العقد الإداري
٧٧	المطلب الأول : مفهوم سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه تنفيذ العقد الإداري
٨٥	المطلب الثاني : القيود الواردة على سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه تنفيذ العقد الإداري
٨٨	المبحث الثاني : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها
٩٢	المطلب الأول : الجزاءات المالية
٩٢	الفرع الأول : الغرامات التأخيرية
٩٧	الفرع الثاني : مصادرة التأمينات
١٠٢	الفرع الثالث : التعويض
١٠٥	المطلب الثاني : الجزاءات غير المالية
١٠٦	الفرع الأول : الجزاءات الضاغطة (المؤقتة)
١١٣	الفرع الثاني : الجزاءات الفاسخة (النهائية أو الرادعة)
١١٨	الفرع الثالث : الجزاءات الجنائية
١٢٠	المطلب الثالث : القيود الواردة على سلطة الإدارة في إيقاف الجزاءات على المتعاقدين معها
١٢٧	المبحث الثالث : سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري

١٢٧	المطلب الأول : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري
١٣٢	المطلب الثاني : سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة
١٣٩	المطلب الثالث : القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري
١٣٩	الفرع الأول : القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري
١٤٢	الفرع الثاني : القيود الواردة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري انفرادياً
١٤٦	الفصل الرابع ضمانات المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطات الإدارة الخارقة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين
١٤٨	المبحث الأول : ضمانات المتعاقد العقدية
١٤٨	المطلب الأول : الضمانات ذات الطبيعة المالية (حق المتعاقد في المقابل النقدي)
١٥٦	المطلب الثاني : الضمانات ذات الطبيعة التنظيمية والفنية (حق المتعاقد في تقييد الإدارة بالتزاماتها التعاقدية)
١٦٥	المبحث الثاني : ضمانات المتعاقد مع الإدارة المستمدة من القواعد المنظمة للمرفق العام (ضمانات إعادة التوازن المالي للعقد)
١٦٨	المطلب الأول : نظرية فعل الأمير
١٦٨	الفرع الأول : مفهوم نظرية فعل الأمير
١٧٠	الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير
١٧٢	الفرع الثالث : أساس النظرية
١٧٤	الفرع الرابع : آثار تطبيق نظرية فعل الأمير
١٧٦	المطلب الثاني : نظرية الظروف الطارئة
١٧٧	الفرع الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

الصفحة	الموضوع
١٨٢	الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

١٩٠	الفرع الثالث : آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة
١٩٣	المطلب الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
١٩٤	الفرع الأول : مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
١٩٦	الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
١٩٩	الفرع الثالث : الأثر المترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
٢٠١	المبحث الثالث : ضمانات المتعاقد أمام القضاء
٢٠٤	المطلب الأول : ضمانات المتعاقد أمام قاضي الإلغاء
٢١٨	المطلب الثاني : ضمانات المتعاقد أمام قاضي العقد
٢٣٠	الخاتمة
٢٤٠	قائمة المراجع
I - IV	الخلاصة باللغة الإنكليزية (Abstract)

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

يدين القانون الإداري في الكثير من نظرياته ومبادئه وقواعده إلى النظريات والمبادئ والقواعد الموجودة في القانون الخاص، حيث استطاع القضاء الإداري بسبب المزايا التي يتمتع بها القاضي الإداري من المرونة وحرية الحركة والدور الإنشائي له في استعارة وتطوير الكثير من القواعد والمبادئ المعمول بها في القانون الخاص ومن ثم إعادة توظيفها في مجال القانون العام، لذا لا يمكن إنكار دور القضاء الإداري في نقل هذه النظريات والمبادئ والقواعد من بيئة القانون الخاص إلى بيئة القانون العام حتى أن القاضي الإداري في بعض الأحيان قد يطبق حرفياً هذه النظريات والمبادئ والقواعد في مجال القانون العام لعدم تعارضها مع مبادئ القانون الإداري ومن هذه القواعد المستعارة من القانون الخاص (قاعدة العقد سريعة المتعاقدين) أو ما تعرف بـ (قاعدة القوة الملزمة للعقد) التي تعتبر من القواعد الأساسية التي تقوم عليها فكرة العقد في القانون الخاص، فالعقد في القانون الخاص ينشئ لأطرافه مراكز قانونية مستقرة ومنتزعة إلى حد ما لا يجوز المساس بها بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد، لذا نجد أن طرفي العقد في القانون الخاص يتمتعان كقاعدة عامة بمراكز قانونية متكافئة مستمدة من طبيعة الالتزام ومحلّه، لذا كان العقد في القانون الخاص ذا قوة ملزمة بنفس القوة والتأثير تجاه أطرافه، في حين نجد أن الأمر يختلف في نطاق العقود الإدارية حيث تغلب فكرة (مرونة العقد) على قاعدة القوة الملزمة للعقد فتستطيع الإدارة تعديل العقد الإداري وإنهاءه تلبية لمتطلبات المرفق العام الذي يتصل العقد الإداري بنشاطه وهنا يتخلل المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة بسبب الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يتضمنها العقد الإداري والتي تعطي للإدارة سلطات واسعة قبل المتعاقد معها والتي تستمدّها من فكرة السلطة العامة كمعيار لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

أهمية موضوع البحث :

تتأتى أهمية الموضوع مما يأتي :

(١) أن العقود الإدارية تعتبر من الوسائل المهمة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها إلى جانب حاجة الإدارة إلى إبرام عقود مدنية تنزل فيها منزلة الأفراد العاديين في التعاقد وهذا النوع الأخير من العقود لا يمكن عده من العقود الإدارية حتى وإن كان أحد طرفيه الإدارة ويتعلق بنشاط مرفق عام ما لم تتوسل الإدارة بوسائل القانون العام في إبرامه من خلال تضمين العقد الإداري شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وهذا التمايز بين العقد المدني وبين العقد الإداري هو الذي يعطي الأهمية لبحث تأثير قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقد الإداري.

(٢) إن قيام الإدارة بتضمين العقد شروطاً استثنائية بقصد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الذي يحقق المصلحة العامة، وهذا النظام الاستثنائي للعقود الإدارية يسمح للإدارة بالتمتع بمظاهر السلطة العامة التي تضع الإدارة في مركز متميز عن المتعاقدين معها وهنا تتعرض قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمثل خلاصة ما توصل إليه مبدأ سلطان الإرادة للخرق فإميازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة تخل بالتوازن الذي تضمنه هذه القاعدة لطرفي العقد لتكون الإدارة في مركز أقوى من مركز المتعاقد معها حتى أن جانباً من الفقه قد مآل إلى اعتبار العقود الإدارية من قبيل عقود الإذعان لهيمنة فكرة السلطة العامة على العقد الإداري، وهنا يصعب إطلاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على وصف العلاقة التعاقدية.

(٣) إن أهمية البحث تكمن في بيان آثار امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة والتي تشكل خرقاً كبيراً ينال من جسد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المستقرة في القانون الخاص، وهل أن امتيازات السلطة العامة ستعطل مفعول هذه القاعدة بشكل مطلق بحيث يتعذر تطبيقها على كافة شروط العقد الإداري، أم أن هذه القاعدة سيبقى لها أثر ولكن هذا الأثر نسبي على العلاقة التعاقدية في المجال الإداري، بحيث يعيد العقد الإداري ترتيب وصياغة مفهوم هذه القاعدة في القانون الإداري لتأخذ مفهوماً آخر غير المفهوم الذي عهدناه في القانون الخاص.

(٤) إن مما يزيد أهمية موضوع البحث هو إجراء مقارنة للنظم القانونية الخاصة بالعقود الإدارية في (العراق ومصر والأردن وفرنسا) مع بعض القوانين المقارنة

ولا سيما أن النظام القانوني للعقود الإدارية في العراق حديث النشأة وإن منازعات العقود الإدارية لا زالت من اختصاص القضاء (العادي) في العراق وهو قضاء غير متخصص ومحدود الخبرة في نشاطات الإدارة ووسائلها بالرغم من تشكيل قضاء إداري متخصص في العراق إلا أنه بقي اختصاصاً منقوصاً غير متكامل، فالقضاء الإداري في العراق لم تسنح له الفرصة للسبب المتقدم من ممارسة دوره الفعال في بلورة المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية ومعايير التمييز بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص وتطبيق نظريات القانون الإداري التي تمثل ضمانات للمتعاقد مع الإدارة لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري كل هذا في ضوء التشريعات الحديثة التي صدرت في العراق بعد الاحتلال عام (٢٠٠٣م) والأوامر التي أصدرتها سلطة الاحتلال والتي لا زالت سارية المفعول مستعنيين في ذلك بالمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في مصر وفرنسا باعتبار أن القضاء الإداري في هذين البلدين صاحب السبق في التصدي لهذه المواضيع. (٥) وكذلك مما يعطي للبحث أهمية خاصة كونه يتناول موضوعاً مشتركاً بين القانون الخاص والقانون العام، ذلك أن أساس فكرة العقد نجد جذورها في القانون الخاص، في حين أن فكرة السلطة العامة نجد أن بداياتها تقترن بظهور القانون الإداري وفكرة السيادة وطبقها الفقه والقضاء على روابط القانون العام وكانت الحاجة ملحة لوجود ضوابط ومعايير لتمييز عقد القانون الخاص (العقد المدني) عن عقد القانون العام (العقد الإداري)، حيث اعتبرت أعمال السلطة التي تظهر فيها الإدارة بمركز أسمى من مراكز الأفراد هي المجال الوحيد لأعمال أحكام القانون الإداري، في حين أن أعمال الإدارة العادية ومنها إبرام العقود تخضع لأحكام القانون الخاص وقواعده، وبظهور فكرة السلطة العامة وتبلور معالمها انفصلت عن فكرة السيادة واستقرت كفكرة قائمة بذاتها يتميز بها نشاط السلطة الإدارية الذي يستهدف اشباع الحاجات العامة للجماعة.

مشكلة البحث :

من يقرأ عناوين خطة البحث قد يتبادر إلى ذهنه انطباع النمط الكلاسيكي أو التقليدي في إعداد البحوث وعرض المعلومات وتسلسل الأفكار، إلا أننا عندما نسبر غور المضامين التي تستتر خلف هذه العناوين سنجد أنها تحمل بين طياتها

وسطورها طرحاً فكرياً فلسفياً لمشكلة يسعى الباحث للوقوف عليها ومحاولة للإجابة عن التساؤلات التي تحوم حولها، فمشكلة البحث تتعلق بآثار امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة على التوازن المالي والاقتصادي للعقد الإداري وتأثير ذلك على المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة، وما هي ضمانات المتعاقد مع الإدارة اتجاه الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تطبع العقد بالصفة الإدارية وفي ظل ذلك يتم الإجابة عن السؤال المطروح هل تبقى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين صامدة أمام امتيازات السلطة العامة؟ ما مدى الخرق الذي تحدثه هذه الفكرة في جسد هذه القاعدة الراسخة في القانون الخاص؟ هذا ما سيجيب عنه البحث.

منهج البحث :

كان إلزاماً علينا لغرض حل اشكالات البحث والإجابة على التساؤل المطروح في فرضية البحث وصولاً إلى النتائج التي تتفق مع المنطق القانوني السليم أن نعتمد المنهج التحليلي والمقارن في البحث مستعينين بذلك بالأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري في فرنسا ومصر والقضاء العادي في العراق، فضلاً عن الاستعانة بالفتاوى الحديث منها والقديم الصادرة من دوائر الفتوى في مجلس الدولة المصري ومجلس شورى الدولة العراقي ومحكمة العدل العليا الأردنية فجاءت الدراسة -بحسب ظني وقناعتي- متكاملة شاملة من الجوانب النظرية والتطبيقية فقهاً وتشريعاً وقضاءً.

خطة البحث :

لقد تم تقسيم البحث إلى أربعة فصول رئيسية يتناول الفصل الأول : التعريف بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وهذا الفصل ينقسم إلى مبحثين الأول : يتناول تعريف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مع بيان أصل هذه القاعدة في الفقه الإسلامي، والثاني : يتناول أثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقد الإداري، في حين جاء الفصل الثاني من البحث ليتناول التعريف بالعقد الإداري ومعايير تمييزه عن العقد المدني وقد وقع هذا الفصل في مبحثين رئيسيين الأول : يتناول التعريف بالعقد

الإداري، والثاني : يتناول معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، في حين أفردنا الفصل الثالث لدراسة امتيازات السلطة العامة الخارقة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهو ينقسم إلى ثلاثة مباحث رئيسية يتناول الأول : سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه العقد الإداري ويتناول المبحث الثاني : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها، والمبحث الثالث : سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري، أما الفصل الرابع والأخير فقد خصصناه لدراسة ضمانات المتعاقد مع الإدارة تجاه سلطات الإدارة الخارقة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتم ذلك في ثلاثة مباحث رئيسية الأول : خصصناه لدراسة ضمانات المتعاقد (العقدية)، والثاني : خصصناه لدراسة ضمانات المتعاقد المستمدة من القواعد المنظمة للمرفق العام (ضمانات إعادة التوازن المالي للعقد)، والثالث : لدراسة ضمانات المتعاقد القضائية، وإذا كنا قد فرغنا من بحث ودراسة هذا الفصل سنكون قد وصلنا إلى نهاية البحث وعندها سنُدلي بدلونا ونستعرض أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا إليها والتي تمخضت عن هذا البحث.

ومن الله العون والتوفيق

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific research
Al-Nahrain University
College of Law

**Rule of contractors in the field of
administrative contracts
(Comparative legal study)**

A Thesis submitted by

Ahmed Talal Abdul Hameed

To

The College Council of law of Al-Nahrain University

**In partial fulfillment for the requirement of M.A
degree in General Law**

Supervised by

Prof. Dr. Gazee Faisal Mahdi

1433 A.H

2012 A.D

Abstract

Introduction:

The principle of contract law to contractors or words fulfilled base binding force of the contract is one of the fundamental rules that underpin the idea of contract in private law, the contract is in private law established for the limbs legal centers stable shall not prejudice the administration of individual to one end of the decade, we find the parties to the contract in private law enjoy the same status and with the same binding force to the other party to a description of the contract in private law being in accordance with a stable legal exchange, we find that it differs in the scope of administrative contracts as they beat the idea of flexible administrative contracts because he begged the administration through public law and the dominance idea of public power as a criterion to distinguish the administrative contract contracts for private law.

Importance:

The importance of the subject takes the following steps:

- 1- That the administrative contracts is one of the important means used by the administration for the conduct of its facilities in addition to the need of the administration to enter into contracts civilian down the management status of private individuals to contract, but the legal system of a private not fit in, often in the conduct of public facilities in accordance with the rules of private law, prompting the administration to exceptional conditions included in the contract never existed in the Law on administrative win the contract described.

- 2- The establishment of Legislators, to include contract conditions extraordinary to be in order to ensure implementation of the contract in the manner that achieves the public interest and the system's exceptional contract management allows the administration to enjoy the manifestations of the public authority that put the administration in a center of excellence for its contractors, and here is under the principle of the breach and privileges of the public authority that has the administration of much this principle, which guarantees equal legal centers for the parties to the contract to give the administration a stronger position from the center of the contracted and the base contract law does not apply to contractors describe the contractual relationship.
- 3- And here lies the importance of research in the statement of the effects of public authority privileges enjoyed by the administration on the principle that these concessions affect the legal status of the Contracting Party may make with the administration, bowing to manage the party's strongest.
- 4- Which increases the importance of the research topic is a comparison of legal systems for contracts management in Iraq, Egypt and some laws comparison, especially since the legal system of contracts management in Iraq, recent origin and that the administrative judiciary in Iraq did not exercise effective role in shaping the general principles governing administrative contracts and standards of separation between the nodes of administrative and private law contract, with a focus on the role of the judiciary in providing the necessary guarantees to achieve financial balance of the contract in light of recent legislation passed in Iraq after the aggression of 2003 and orders issued by the occupation authority and are still in effect drawing on the principles approved by the

administrative judiciary in Egypt as the lead in addressing such issues.

- 5- It gives the research is particularly important is because it deals with a common theme between the private law and public as the basis of the idea of the contract, we find its roots in private law, while the idea of public power, we find the beginning associated with the emergence of administrative law and the idea of sovereignty and applied doctrine and the elimination of links common law and in contact with an urgent need for the presence of controls and standards for separation between a private law and contract law and considered the work of the Authority, which show the administration at the center of my name from the centers of the individuals is the only area to the provisions of administrative law, while the acts of ordinary administration, including the conclusion of contracts subject to the provisions of private law rules and the emergence of the idea of public power crystallized and its parameters separated from the idea of sovereignty as an idea and settled independent professional activity is characterized by the administrative authority which aims to satisfy the needs of the group.

Research Problem:

By reading the addresses of the research plan, may come to the reader's mind the impression classical style or traditional in the preparation of research, but the addresses research carries with it and its implications. Problem seeks a researcher to see it and this problem is related to the effects of the privileges of public authority enjoyed by the administration to balance the financial and economic of the contract and

the impact on the center legal contract with the administration and under that is the answer to question:

Are the remaining base contract law contractors holding in front of the privileges of public power?

And how the breach caused by this idea in the body of this rule in private law firm?

This is what will answer his research.

Research Methods:

For the purpose of reaching common answers to the question which is the research problem, and solve the problematic research and access to the results we adopted the analytical approach and comparative research and in order that we divided the research into four chapters as follows:

Chapter One: definition of the rule of contractors.

Chapter Two: Definition of contract and the statement of the administrative criteria to distinguish it from civil contract.

Chapter Three: Prerogatives of public power for super base of contractors.

Chapter Four: Guarantees for the contractor with the administration.

Researcher

Ahmed Talal Abdul Hameed

الخاتمة :

من خلال البحث الموضوعي المتعمق لمضمون الرسالة توصلنا إلى الإحاطة بأثر قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) على العقد الإداري والمدى الذي يبقى فيه تأثير هذه القاعدة سارياً على العقد الإداري كما توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات الآتية :

أولاً : الاستنتاجات :

١- إن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة متأصلة وراسخة جذورها في القانون الخاص وهي الفكرة الأساسية التي تحكم العقد المدني، وإن هذه القاعدة هي نتاج مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل من إرادة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية هي الأساس في إنشاء الالتزامات التعاقدية وهي الأساس في القوة الملزمة للعقد، فما اتفق عليه طرفا العقد بإرادتهما الحرة السليمة من العيوب يكون ملزماً لطرفيه ولا يجوز لأي من طرفي العقد الرجوع عنه أو نقضه أو تعديله أو وقف سريانه إلا باتفاق الطرفين أو بنص القانون، وقد نصت معظم التقنيات المدنية على هذه القاعدة كالقانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، وقد حاول جانب من الفقه التخفيف من غلواء مبدأ سلطان الإرادة دون إنكار لدور الإرادة في إنشاء العقد إلا أنهم يرون أن العقد هو توافق إرادات عدة أشخاص على الخضوع لقاعدة قانونية موضوعية لا تطبق عليهم إلا إذا أرادوا هم ذلك وهنا بدأ دور المشرع من خلال التدخل لسن التشريعات لتنظيم إرادات المتعاقدين بما ينسجم وتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف في العقد.

٢- لقد انعكس أثر قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) على القانون الإداري وبالأخص موضوع العقود الإدارية، فمن المعروف أن القانون الإداري قانون حديث النشأة وإن القضاء الإداري لعب دوراً كبيراً في بلورة وإرساء المبادئ القانونية العامة وإن الكثير من المبادئ والقواعد قد استعارها من القانون الخاص وأعاد توظيفها مجدداً في القانون العام ومن هذه القواعد - قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) - حيث يمكن تمييز نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة الأولى : تنزل فيها الإدارة منزلة

الأفراد العاديين وهذا النوع من العقود يخضع لأحكام القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي، أما النوع الثاني : فهي العقود الإدارية التي تبرم بين شخص عام من أشخاص القانون العام متوسلاً في ذلك بوسائل القانون العام وأن يتصل بنشاط مرفق عام ويخضع لولاية القضاء الإداري، وحيث أن غاية العقود الإدارية في الأساس ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإن ذلك يقتضي بطبيعته أن تجري الإدارة تعديلات على العقد في بعض الأحيان لتلبية متطلبات المرفق العام، ذلك أن الاستمرار بتنفيذ العقد وفقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) سيؤدي إلى الإضرار بالمرفق الذي يتصل العقد بنشاطه وقد تتطلب المصلحة العامة في أحيان أخرى إنهاء العقد الإداري سواء أكان بالاتفاق مع المتعاقد معها (بالتقاييل) أم بإرادتها المنفردة إذا اقتضى الأمر ذلك، وهنا بدأت قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) تتعرض للخرق بسبب عدم التوازن والتكافؤ بين طرفي العقد.

٣- نستطيع القول أن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) في مجال العقود الإدارية هي قاعدة نسبية وليست مطلقة في جميع الأحوال، فالعقد الإداري يخضع في شروط انعقاده وأركانه إلى نفس شروط انعقاد وأركان العقد المدني من (رضى، محل، سبب، شكل)، وإن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني لا ينعقد إلا بارتباط الإيجاب الصادر عن أحد الطرفين بقبول الطرف الآخر إلا أن أسلوب التعبير عن الإيجاب في العقد الإداري أو القبول مختلف عن العقد المدني، كما أن العقد الإداري ينماز عن العقد المدني بالشروط الاستثنائية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها سواء أتعلق بأسلوب اختيار المتعاقد أم أسلوب التعاقد أو أساليب تنفيذ العقد ومراقبته وتوجيهه وفرض الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة وصولاً إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بالفسخ جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية حتى أن جانباً من الفقه قد ذهب إلى اعتبار أن العقود الإدارية هي من عقود الإذعان يخضع فيها الطرف الضعيف (المتعاقد مع الإدارة) لإرادة الطرف القوي (الإدارة)، وإن العقد الإداري هو ارتباط بين إرادة الفاعل (الإدارة) وإرادة المنفعل (المتعاقد) الذي لا يملك التأثير في تكوين العقد الإداري ويقتصر دوره

على قبول شروط الإدارة المعدة مسبقاً، ومع ذلك فإن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة غير مطلقة في العقد المدني ذاته حيث أورد المشرع استثناءً على هذه القاعدة وهي نظرية الظروف الطارئة والتي توجب -في حالة ما إذا كان تنفيذ الإلتزام مرهقاً- إعادة النظر في التوازن المالي للعقد أو فسخه في حالة استحالة تنفيذ العقد، ونفس هذا الاستثناء اخذ به القضاء الإداري حيث تعتبر نظرية الظروف الطارئة إحدى الاستثناءات الواردة على العقد الإداري والتي تعتبر ضماناً للمتعاقد في حالة ما استجد ظرف طارئ يجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً، تعطي للمتعاقد الحق في طلب إعادة التوازن المالي للعقد، لذا نرى أن أمام كل شرط استثنائي مقرر للإدارة نجد استثناء على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) يشكل ضماناً في مواجهة هذه الشروط الاستثنائية كما فصلنا في البحث وخلاصة القول أن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة فعالة في مجال العقود الإدارية ولكن تأثيرها نسبي وغير مطلق فالإدارة يجب أن تلتزم بشروط العقد الجوهرية كمبلغ العقد وموضوع العقد (محلّه) وأنّ التعديل يمكن أن يرد على الشروط المتعلقة بمتطلبات المرفق العام في الغالب، فقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) قاعدة يخضع لها العقد الإداري بحدود معينة ولا يخضع لها في الحدود الأخرى.

٤- أن الإدارة تملك إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة بقرار إداري دون الحاجة لاستحصال إذن قضائي إلا في حالة إسقاط التزام المرافق العامة، في حين أن المتعاقد مع الإدارة لا يملك إيقاع الجزاءات على الإدارة المخلة بالتزاماتها بإرادته المنفردة بل يتعين عليه اللجوء إلى القضاء وأن يثبت الضرر الذي لحق به وخطأ الإدارة والعلاقة السببية في حين أن لجوء الإدارة لفرض الجزاءات عليه لا يحتاج لإثبات الضرر، فالضرر مفترض وهنا يتعرض جسد قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) للخرق من جانب الإدارة ومع ذلك فإن سلطات الإدارة العامة في فرض الجزاءات ليست مطلقة وإنما ترد عليها القيود وأهم هذه القيود هو خضوع قراراتها لمبدأ المشروعية الإدارية وإعذار المتعاقد مع الإدارة

وأن يكون التعديل الذي يرد على العقد الإداري بالقدر اللازم لتلبية احتياجات المرفق العام دون أن يتعداه إلى تغيير طبيعة الالتزام ذاته أو قلب اقتصاديات العقد.

٥- إن العقد الإداري باعتباره يمثل التزامات متبادلة بين طرفي العقد (الإدارة) و(المتعاقد معها) يشكل قانوناً للمتعاقدين في أحوال معينة، فالإخلال في تنفيذ الالتزامات لا يقع من جانب المتعاقد فقط وإنما يقع أيضاً من جانب الإدارة، فالإدارة المخلة بالتزاماتها التعاقدية ملزمة بتعويض المتعاقد معها على أساس خطئها العقدي وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، كما أنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها كلياً أو جزئياً دون خطأ منها أيضاً لضمان استمرار سير المرافق العامة وعدم توقفها وفي أحوال معينة اجتهد القضاء الإداري في خلقها ومنها التعويض عن فعل الإدارة المشروع، والتعويض عن الظروف الطارئة وعن الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا ما ترتب على نشوء هذه الحالات ضرر يلحق بالمتعاقد ويقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب وهنا عاد تأثير قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) على العقد الإداري لضمان التوازن المالي للعقد هو ضمان التكافؤ بين المتعاقدين، هذا كله دون إغفال الضمانة الأساسية المقررة للمتعاقد مع الإدارة من خلال اللجوء إلى قاضي الإلغاء (قاضي المشروعية) وقاضي العقد (قاضي المنازعات الموضوعية للعقد الإداري) وهذا يؤكد أن للعقد الإداري نظامه القانوني المتميز عن النظام القانوني للعقد المدني وأن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) غير معدومة في مجال العقود الإدارية كما أن مبدأ سلطان الإرادة غير مطلق في العقود المدنية كما بينا سابقاً.

ثانياً : التوصيات :

ندعو المشرع العراقي إلى إصدار قانون موحد ينظم عملية التعاقد وأساليب التعاقد وشروط التعاقد وما يتعلق بالعملية التعاقدية من إجراءات مالية وفنية وهندسية وحسابية وضريبية بدءاً بالدعوة إلى التعاقد وانتهاءً بتصفية الحسابات الختامية للعقد الإداري أسوةً بالتشريعات المقارنة كقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل ولائحته التنفيذية، حيث تضمن هذا القانون الإشارة إلى أنواع العقود الإدارية وشروط تنفيذها وكافة التفاصيل التي تتعلق بالعملية التعاقدية مع الأخذ بالاعتبار طبيعة العقد، حيث أن قانون العقود الحكومية الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة (٢٠٠٤) قاصر عن تنظيم العلاقة التعاقدية والإحاطة بكافة جوانبها كما أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨م) جاءت غير شاملة لكافة المبادئ الواردة في القانون المذكور في حين أن التعليمات يجب أن تكون مرآة عاكسة للتشريع بما يسهل تنفيذه ولحين صدور تشريع خاص بالعقود الحكومية نقترح الآتي :

١- لقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة على صلاحية جهة التعاقد بإلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات مع إعادة ثمن شراء المناقصة فقط وهذا ما أشارت إليه المادة (٥ / ثانياً / ل) من التعليمات المذكورة، إلا أن التعليمات المذكورة لم تخول جهة التعاقد صلاحية فسخ العقود لمقتضيات المصلحة العامة بإرادتها المنفردة في حين أن القسم (١١) الفقرة (١) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة (٢٠٠٤) أعطت للحكومة صلاحية إنهاء العقود العامة الداخلة تحت سلطة هذا الأمر كلياً أو جزئياً حينما يكون هذا الإنهاء من مصلحة الحكومة.

٢- ندعو المشرع العراقي إلى إكمال اختصاص محكمة القضاء الإداري من خلال جعل اختصاصها شاملاً لكافة منازعات العقود الإدارية وكل ما يتصل بها سواء أكانت من قرارات سابقة على عملية التعاقد أم داخلة في تكوين العقد إضافة إلى

المنازعات الحقوقية ذات الطابع الموضوعي المتعلقة بالعقود الإدارية للأسباب الآتية :

أ- إن اختصاص محكمة القضاء الإداري حالياً هو اختصاص منقوص كونه قضاء يملك ولاية الإلغاء مع التعويض تبعاً لطلبات الإلغاء أي التعويض بصفة تبعية، وهذا ما حدده صريح المادة (٧ / ثانياً / د) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) المعدل.

ب- إن ولاية النظر في منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص القضاء العادي حالياً، والقضاء العادي وإن كانت له الولاية العامة في نظر كافة المنازعات استناداً للمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل إلا ما استثنى بنص خاص إلا أن هذا القضاء يبقى قضاءً غير متخصص، حيث يبقى القاضي المدني مدفوعاً بالرغبة في تطبيق قواعد القانون الخاص على منازعات العقود الإدارية وهذا سيؤدي بالنتيجة إلى عدم تطوير مبادئ القانون الإداري ونظرياته ولذلك نلاحظ من استقراء القرارات الصادرة من القضاء العادي وقضاء محكمة التمييز أنها تحاول أن تكييف موضوع النزاع وفقاً لنصوص القانون المدني المتعلقة بالعقد دون محاولة الاستعانة بنظريات القضاء الإداري الراسخة في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج وهذا ما يعطل سبب عدم تطور القانون الإداري والقضاء الإداري في العراق فالمشرع طالما أقر بوجود قضاء إداري فعلياً أن يكمل اختصاص هذا القضاء لأن القاضي الإداري هو أعلم بمبادئ ونظريات القانون الإداري وهو أعلم بوسائل وأساليب الإدارة وطبيعة نشاطها.

٣- إن المشرع العراقي قد شنت اختصاص القضاء الإداري بدلاً من توحيدته فالنظر بمشروعية القرارات الإدارية من اختصاص محكمة القضاء الإداري والنظر بمنازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي، والنظر في الاعتراضات الواردة على قرارات إحالة العقود من قبل جهات التعاقد هي من اختصاص المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية المشكلة بموجب المادة

(١٠ / ثانياً / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨م)

ولمعالجة هذه الإشكالية ندعو المشرع العراقي إلى تبني أحد الحلول الآتية :

أ- جعل اختصاص محكمة القضاء الإداري شاملاً ومطلقاً في النظر في كافة منازعات العقود الإدارية إلغاءً وتعويضاً كما بينا في الفقرة (٢) أعلاه وإلغاء المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية لعدم جدوى بقائها بعد ذلك وهذا الحل الذي نؤيده أسوةً بالقضاء الإداري في مصر وفرنسا.

ب- أو إكمال اختصاص المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية للنظر في كافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري وعدم قصر اختصاصها على النظر في الاعتراضات المقدمة من قبل مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة الصادرة من جهة التعاقد استناداً للمادة (١٠/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ولا سيما أن القسم (١٢) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ قد أعطت للمحكمة المذكورة سلطة إدارة صلاحية التعاقد بإتخاذ الإجراء الصحيح على سبيل المثال وليس الحصر إلغاء العقد الممنوح، إذا كانت المحكمة المذكورة تملك اختصاصاً نوعياً يصل إلى إلغاء العقد الممنوح فمن الأولى لهذه المحكمة أن تنظر بالمنازعات التي يثيرها تطبيق العقد الإداري وطلبات التعويض المتعلقة به على أن يتم إعادة النظر بتشكيلة المحكمة لتكون من القضاة الإداريين المتمرسين.

٤- ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في سريان مدة الاعتراض أمام المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية الواردة في الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة والبالغة (٧) سبعة أيام عمل رسمي تبدأ من تاريخ قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة بإقليم بموضوع الشكوى ونقترح أن تكون مدة الاعتراض (٧) أيام عمل رسمي تبدأ اعتباراً من تاريخ تبلغ المعارض بقرار رئيس جهة التعاقد بالبت في موضوع الشكوى فالعبرة في سريان المدة ليس بتاريخ القرار وإنما بتاريخ التبليغ بالقرار كما

- أن المادة المذكورة لم تحدد آلية معينة لتبليغ الجهة المعترضة بقرار رئيس جهة التعاقد وخصوصاً إذا ما تراخت الجهة المعترضة في متابعة شكاواها.
- ٥- ندعو القضاء العراقي إلى الاسهاب في تسبيب الأحكام القضائية المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية حيث يُلاحظ أن القرارات القضائية تكون مختصرة ولا تتضمن ترسيخ المبادئ القانونية التي تخص العقود الإدارية التي ساهم القضاء الإداري في فرنسا ومصر في إرسائها من خلال تسبيب الأحكام القضائية للمنازعات المعروضة عليه، كما ندعو مجلس القضاء الأعلى إلى ضرورة خلق كوادر متمرسة من القضاة المتخصصين بالقضاء الإداري من خلال تطوير كوادر مجلس شورى الدولة من المستشارين والمستشارين المساعدين وتأهيلهم كقضاة إداريين أسوةً بالدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج هذا طبعاً بعد استكمال اختصاص محكمة القضاء الإداري وجعله اختصاصاً شاملاً.
- ٦- ندعو المشرع ووزارة التخطيط إلى إعادة النظر في دفاثر الشروط الخاصة بالأعمال المدنية والأعمال الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية ونقصد بذلك (الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨)، والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م) من خلال جعلها متوافقة مع المعايير الدولية للعقود الإدارية ومنها على سبيل المثال شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)، مع ضرورة إصدار شروط عامة لأنواع معينة من العقود كعقود تجهيز السلع والخدمات وعقود تجهيز المواد الغذائية وعقود الاستشارات الهندسية، وعقود تسليم المفتاح (Turn key Project) التي كثر اللجوء إليها من قبل دوائر الدولة لإنجاز المشاريع في الآونة الأخيرة.
- ٧- ندعو المشرع العراقي ووزارة التخطيط إلى ضرورة وضع جداول معيارية ووثائق قياسية واضحة ودقيقة يتم اعتمادها من قبل لجان تحليل وتقويم العطاءات، وعدم ترك إعداد هذه المعيارية إلى اللجنة المذكورة كون العملية ستكون خاضعة

للإجتهادات الشخصية واختلاف جداول المعيارية والنقاط الممنوحة باختلاف اللجان وهذا يؤدي إلى عدم توحيد أسس المفاضلة بين مقدمي العطاءات.

٨- ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة تقنين القواعد القانونية الدولية وعكسها على تشريع داخلي ينظم العقد الإداري العابر للحدود أي العقود الإدارية المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية فهذا النوع من العقود الإدارية التي يتداخل فيه عنصر أجنبي - أي أن يكون المتعاقد مع الدولة شخصاً أجنبياً - إذ غالباً ما ترفض هذه الشركات التعاقد وفقاً لشروط وتعليمات التعاقد الوطنية وتطلب تنظيم عقودها وفقاً للعقود الدولية وهذا يقتضي وجود تشريع ينظم العقد الإداري عبر الحدود ولغرض تعريف جهات التعاقد على شروط التعاقد الدولية وشروط إبرام مثل هذه العقود.

٩- ندعو المشرع العراقي والجهات الرقابية إلى تبسيط الإجراءات واعتماد إجراءات شفافة عند التعاقد، لأن تعقيد العملية التعاقدية سيؤدي إلى عزوف المتعاقدين من التقدم للتعاقد مع الإدارة وهذا يفسر عدم صرف جهات التعاقد للتخصيصات المالية للوزارات الخاصة بالمشاريع الاستثمارية وإعادة ما لا يقل عن (٥٠%) من هذه التخصيصات إلى وزارة المالية سنوياً.

ومن الله العون والتوفيق

الفصل الأول

التعريف بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)

إذا انعقد العقد صحيحاً وذلك بتوافر أركانه وشروط انعقاده كان العقد ملزماً لطرفيه^(١)، وأساس قوته الملزمة تتمثل في اعتباره تصرفاً قانونياً معبراً عن إرادة طرفيه الحرة المستقلة، ويترتب على هذا العقد موجبات والتزامات وآثار تسري من حيث المبدأ على طرفيه، والعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني هو عبارة عن توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين وهو ملزم بين طرفيه، لكن سنرى لاحقاً أن العقد الإداري كحقيقة قانونية ظهرت في بيئة القانون العام وإن كان له قوته الملزمة المستمدة من صلب العلاقة التعاقدية وإرادة الطرفين إلا أننا سنجد أن هذا الالتزام يستمد قوته أيضاً من القانون ومظاهر السلطة العامة للإرادة وهذا ينعكس بنتيجة الحال على موجبات والتزامات وامتيازات طرفي العقد الإداري وأثاره التي قد لا تسري على طرفيه فقط كما هو الحال في العقد المدني، وهنا سنلاحظ أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تسري على العقدين المدني والإداري من حيث جوهر فكرة التعاقد والعلاقة التعاقدية وتتعرض للخرق وتترزع أركانها عند بحث الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد الإداري ومصدر الالتزام وأثاره وسنحاول بحث هذا الموضوع في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : تعريف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

المبحث الثاني : أثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقد الإداري.

(١) نصت المادة (١/٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أن (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)، كما نصت المادة (١/٣٣) منه على (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهل إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل).

المبحث الأول تعريف قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)

سنحاول في هذا المبحث الوقوف على مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين باعتبارها أساس القوة الملزمة للعقد، مع بيان مصدر الالتزام في هذه القاعدة في مطلبين اثنين سنخصص الأول منه لبحث مفهوم القاعدة والثاني سنخصصه لبيان مصدر الالتزام في هذه القاعدة.

المطلب الأول مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

يراد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن ما اتفق عليه طرفا العقد بإرادتهما ملزم لهما ويترتب على ذلك بأنه ليس لأي من طرفي العقد الرجوع عن العقد أو تعديله أو إلغائه أو وقف سريانه إلاّ باتفاق الطرفين أو بنص القانون^(١)، بمعنى أن للعقد في حدود موضوعه قوة نفاذ مساوية لقوة القانون، وهذا ما يعرف في فقه القانون بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(٢)، والعقد لا يكون ملزماً لطرفي العقد وحدهم وإنما يكون ملزماً بالنسبة للقاضي، فلا يستطيع القاضي تعديل العقد وإنهاءه لاعتبارات تتعلق بالعدالة إلاّ إذا ورد نص في القانون يجيز له ذلك ويكون التعديل في الحدود التي رسمها المشرع في النص.

كما أن العقد كما يلزم أطرافه والقاضي فإنه يكون ملزماً للمشرع ذاته فلا يستطيع المشرع أن يلغي شروطاً من أي عقد أو يضيف شروطاً لم يتفق عليها

(١) للقاضي في الحالات أو الظروف الطارئة أن يتدخل لتعديل التوازن الاقتصادي للعقد حيث نصت المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي على أن (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

(٢) انظر : د. عبد الباقي البكري وزهير طه البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد، كلية القانون، بيت الحكمة، بدون سنة طبع، ص ٢٥٢.

طرفي العقد ولم يدرجاها في صلب العقد، كما يلتزم المشرع في تشريعاته بعدم المساس بالعقود المبرمة في ظل التشريعات السابقة ولا بآثار العقود التي قد تمتد إلى وقت سريان التشريعات اللاحقة لإبرام العقد، فطرفا العقد هم مشرعو قانونهم الملزم لهم شريطة عدم المساس بحقوق الآخرين سواء كان ذلك يترتب التزام عليهم أو بإنشاء حق لهم^(١)، كما أن طرفي العقد يكونوا أحراراً في اختيار موضوع العقد وأن يبرموا ما شأؤوا من العقود وأن يضعوا ما شأؤوا من الشروط غير مقيدين بالأحكام والشروط التي يضعها القانون لعقد من العقود شريطة أن يكون محل العقد مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والاداب.

ويتربط على هذه القاعدة مبدأ مهم وهو وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ وتفسير العقد، وعلى القاضي أن يتبع في تفسير العقد نفس طرق التفسير المنصوص عليها في القانون باعتبار العقد قانون المتعاقدين وعليه البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي العقد صريحة كانت أم ضمنية وأن يأخذ بها وأن لا يلجأ إلى إحلال تفسيره الخاص محل إرادة أطراف العقد^(٢)، كما يجب على طرفي العقد تنفيذ العقد بصدق واستقامة وشرف والالتزام بالغاية المرجوة من موضوع العقد بحيث لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالغير بدون سبب مشروع ويأخذ كل ذي حق حقه بأمانة وصدق وإخلاص^(٣).

ومما يتصل بهذه القاعدة - أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين - مبدأ مهم يحكم سريان العقد من حيث الأثر فالأصل أن العقد لا يسري أثره إلا بين أطرافه من المتعاقدين^(٤)، وهذا ما يعرف فقهاً بنسبية اثر العقد، فالأصل أن أثر العقد ينصرف

(١) انظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط ٣، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ٨٣.

(٢) انظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في القانون المدني، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٣٢.

(٣) انظر : مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج ١، ط ٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٢٣، كذلك انظر : رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط ١، ١٩٩٤، ص ٨٢.

(٤) ذهب جانب من الفقه إلى التوسع في تحديد مفهوم المتعاقدين أي أطراف العقد فالعقد لا يشمل كل من قام بإبرام العقد كما لا يقتصر حتماً على من يعتبر طرفاً في العقد فالنائب يبرم العقد ولكن لا يعتبر طرفاً فيه فآثر العقد لا ينصرف إليه بل ينصرف إلى الأصيل، كما أن آثار العقد قد تمتد إلى الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين، انظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في

لأطرافه ومع ذلك فقد يبرم الوكيل عقداً فتصرف آثار العقد إلى الموكل وفقاً لأحكام عقد الوكالة^(١)، وإذا كانت آثار العقد تتصرف إلى الخلف العام أو الخلف الخاص فإن هنالك حالات معينة تمنع سريان آثار العقد على الخلف العام أو الخاص وهذا يعتبر استثناءً من القاعدة كالاشرط لمصلحة الغير^(٢) أو قد يقتضي الاتفاق بين المتعاقدين على عدم انتقال آثار العقد من السلف إلى الخلف أو كانت طبيعة العقد ومقتضاه تمنع انتقال آثار العقد إلى الخلف كما لو كانت شخصية المتعاقدين أو صفة من صفاته محل اعتبار في العقد فتنتهي آثار العقد عند وفاة أحد طرفيه أو إذا وجد نص قانوني يمنع انتقال آثار العقد إلى الخلف^(٣).

هذا وبعد أن بينا مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين سنحاول الوقوف على موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة من هذه القاعدة في الفروع الآتية:

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

الأصل أنه إذا انعقد العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروط صحته كان ملزماً لطرفي العقد استناداً لقوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}^(٤)، ولقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ((المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو

شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات، المكتبة القانونية، (٢٠٠٧)، ص ٣١٧، كذلك نصت المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي على أن (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)، وكذلك نصت المادة (٢٢١) موجبات وعقود لبناني على أن (العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين) ونصت المادة (١١٦٥) مدني فرنسي على أن (إن الاتفاقات ترتب آثارها فيما بين المتعاقدين).

(١) انظر المادة (٩٤٢) مدني عراقي.

(٢) انظر: المواد (١٥٢) و(١٥٣) من القانون المدني العراقي.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر: محمد دغمان، إلزامية العقد -دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٠، ص ٩٦ وما بعدها، وكذلك انظر على سبيل المثال نص المادة (٩٤٦) مدني عراقي التي نصت على إنهاء عقد الوكالة في حالات معينة كموت الوكيل أو الموكل دون انتقال آثار العقد إلى الخلف حيث جاء في النص (تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو بخروج أحدهما عن الأهلية أو بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنهاء الأجل المعين للوكالة)، وكذلك انظر المادة (٨٨٨) من نفس القانون التي نصت على انتهاء المقابلة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد.

(٤) سورة المائدة الآية (١).

حرم حلالاً^(١)، من النصوص المتقدمة نلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد أقرت بمبدأ الرضائية باعتبار أن الإرادة التي تصدر من أحد المتعاقدين تكون ملزمة له كما تكون ملزمة للطرف الآخر متى ما اقترنت بإرادة الطرف الثاني على أن لا يكون موضوع العقد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فالشريعة هي النظام العام والآداب التي أشار إليها الفقه الغربي واعتبر العقد حتى وإن كان صادراً بإرادة حرة باطلاً إذا كان غير مشروع لمخالفته النظام العام والآداب، أما في الفقه الإسلامي فإن العقد يكون باطلاً إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن استقراء مضمون الحديث الشريف آنف الذكر نلاحظ أنه انطوى على شقين رئيسيين الأول يشير إلى مبدأ الحرية التعاقدية للمسلمين (المؤمنين عند شروطهم) فللمسلمين أن يبرموا ما شأؤوا من أنواع العقود في حين جاء الشق الثاني ليقيد هذه الحرية بالشروط المشروعة والشروط المشروعة هي التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، بأن تحلل الحرام أو تحرم الحلال^(٢)، لذا يرى بعض الفقهاء أن الحديث المذكور يمثل خلاصة ما توصل إليه الفقه الغربي بهذا الخصوص خلال أكثر من عشرين قرناً^(٣).

ولما كانت حرية التعاقد مقيدة بأن لا تكون إرادة أطراف العقد تتجه لمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في موضوع عقدها نلاحظ أن الفقه الإسلامي أنقسم إلى اتجاهين الأول: يرى أن الأصل في العقود الإباحة وأن العقد ملزم لطرفيه ما لم يقم الدليل على المنع في القرآن أو السنة ولكون العقود من المعاملات المالية غير المتعلقة بالابضاع والحل والحرمة وأن الأصل فيها الإباحة، ويكون العقد عهداً واجب الوفاء استناداً لقوله تعالى **{وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ}**^(٤) وكذلك قوله تعالى **{وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً}**^(٥) في حين ذهب الاتجاه الثاني:

(١) انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ٨٠.
(٢) يتفرع عن هذا الحديث عدة قواعد فقهية كقاعدة يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان وكل شرط يخالف أصول الشريعة باطل والمواعيد بصورة التعليقات تكون لازمة وشرط الواقف كنص الشارع لمزيد من التفصيل انظر أ.د. محي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية، ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، دار الكتب العالمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٣.
(٣) انظر د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٢.
(٤) سورة المؤمنون، الآية ٨.
(٥) سورة الإسراء، الآية ٣٤.

وهو الاتجاه المتشدد إلى أن الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة مستنديين إلى قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)) ولقوله (صلى الله عليه وسلم) ((ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مئة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق))^(١).

(١) انظر : د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

الفرع الثاني

موقف التشريعات المعاصرة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

لقد نصت معظم التقنيات المدنية المعاصرة، على هذه القاعدة كأساس للقوة الملزمة للعقود ففي العراق نصت المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي على القوة الملزمة للعقد بقولها (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلاّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)، كما ألزمت المادة (١٥٠) منه المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقاً لما ورد فيه وبحسن نية حيث نصت الفقرة (١) من هذه المادة على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

وكذلك الحال فعل المشرع المصري حيث نصت المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون)^(١)، وأيضاً نصت المادة (١٤٨) من القانون المدني السوري على هذه القاعدة بقولها (العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون)، وكذلك فعل المشرع اللبناني في المادة (٢٢١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث جاء فيها (إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف) هذا وقد أخذت الكثير من التشريعات العربية والغربية بهذه القاعدة^(٢).

ومع ذلك فإن هذه القاعدة بدأت تتعرض للخروقات في مجال القانون الخاص ذاته من خلال ورود بعض الاستثناءات عليها التي تجيز للمتعاقد حق الرجوع أو

(١) لمزيد من التفصيل انظر د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٩١.

(٢) انظر المادة (١/٤٧) مدني ليبي و(١٩٦) مدني كويتي، (١٠٦) مدني جزائري، و(٢٠٩) مدني أردني، و(٢٣٠) من تقنين الالتزامات والعقود المغربي والمادة (١١٣٤) مدني فرنسي و(١٠٩١) مدني أسباني ولمزيد من التفصيل عن مضمون هذه القاعدة وتنفيذ العقد بحسن نية انظر ألياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعل العقد، ج ٢، ط ٢، ١٩٩٨، ص ١٥، كذلك انظر تطبيقات القضاء العراقي حول حسن النية في تنفيذ العقود د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٩٠، هامش (٢٧٥).

العدول عن تنفيذ العقد بعد إبرامه من خلال إعطاء الحق للمستهلك لفسخ العقد بإرادته المنفردة ضمن مهلة معينة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو ما يطلق عليه المشرع الفرنسي بمصطلح (مهلة التروي أو التفكير " Délai de Réflexion") وهي عادةً تكون لمدة (٧) أيام تسري اعتباراً من تاريخ العقد أو تسليم البضائع^(١) وقد شاع ما يعرف بحق العدول أو رخصة الرجوع في فرنسا خصوصاً فيما يتعلق بالبيع الاستهلاكية لتوفير نوع من الحماية للمستهلكين ومن هذه البيع (البيع المنزلي) و(بيع المسافات) التي تتم بين غائبين عن طريق الإذاعة أو التلفون، أو عن طريق التلفزيون أو ما يعرف تحت اسم (télé chat)^(٢).

(١) اجازت المادة (٥٥) من قانون حماية المستهلك اللبناني للمستهلك العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً من تاريخ التعاقد فيما يتعلق بالخدمات، أو من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة، أما قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة (٢٠١٠) فنلاحظ أنه وإن أجاز للمستهلك إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية إلا أنه لم يحدد مدة معينة لإعادة السلع إلى المجهز حيث نصت المادة (٦/ثانياً) منه على أن (للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك).

(٢) لمزيد من التفصيل حول مفهوم حق العدول أو الرجوع عن العقد بعد إبرامه وطبيعته القانونية انظر محمد دغمان، المصدر السابق، ص ٧٠ وما بعدها، وحول مفهوم الشرط التعسفي في قوانين حماية المستهلك انظر د. سليمان براك دايع الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص ٧ وما بعدها.

المطلب الثاني مصدر القوة الملزمة للعقد

سبق القول أن العقد يلتزم بين طرفين وهذا يقتضي بيان مصدر الإلزامية في هذا العقد فهل أن القوة الملزمة للعقد نابعة من إرادة أطرافه أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة، أم أن مصدر القوة الملزمة للعقد نابعة من النصوص القانونية وإن العقد إذا ما تجرد من النصوص القانونية التي تحميه أصبح مجرد إرادات تحكمها مبادئ الأخلاق قد تكون ملزمة أو غير ملزمة ولذلك سوف نتناول هذا الموضوع في الفروع الآتية :

الفرع الأول مبدأ سلطان الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد

يراد بمبدأ سلطان الإرادة^(١) : هو أن إرادة الإنسان القوة والفاعلية لأن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والالتزامات، وبعبارة أوفى أن الإرادة هي من تنشئ الالتزامات التعاقدية وليس القانون، ويجد مبدأ سلطان الإرادة أساسه في الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام العقود باعتبار أن الإنسان هو خير من يعرف بمصلحته ويدافع عنها ولا يتصور بالتالي جنوح الإنسان للإضرار بنفسه وإذا ما خيف إلحاق الضرر بالآخرين فإن قاعدة تعارض المصالح تحول دون ذلك فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هناك نوع من توازن المصالح في العقد بما يضمن عدم إضرار أي طرف من أطرافه.

ففي ظل التشريعات القديمة كالقانون الروماني لم يكن يعطي للإرادة أي دور في إنشاء العقود ما لم تقترن بالشكلية المفرطة التي نص عليها القانون وإذا تجرد

(١) لقد كان للفيلسوف الألماني كانت (Kant) دور كبير وفعال لا يمكن تجاهله في إثراء مبدأ سلطان الإرادة، لمزيد من التفصيل انظر د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج ١، ط ١، ٢٠١١، بيروت، لبنان، ص ٦١، كما يجب عدم الخلط بين هذا المبدأ ومبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة المعروف في القانون الدولي الذي مفاده إعطاء إرادة المتعاقدين الحق في إخضاع علاقتهما التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانون دولة معينة (صراحة أو ضمناً) وتطبيق أحكامه لفض ما قد يثير موضوعها من منازعات، انظر حميد فيصل الدليمي، خضوع العقد لقانون الإرادة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص ٣.

توافق الإرادات عن الشكلية فإنها تكون عاجزة عن إنشاء الحقوق والالتزامات فوجود التصرف وقوته الإلزامية لا يستندان إلى الإرادة ولا إلى الإرادة معبراً عنها في الشكل وإنما كانت تستند إلى الشكل مباشرة^(١)، أما في ظل القانون الكنسي فإن العقد ينعقد بمجرد توافق الإرادات دون الحاجة للاقتزان بالشكل، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الكنسيين ينظرون للعقد من وجهة نظر أخلاقية ودينية على اعتبار عدم الوفاء بالعهد كذباً وخطيئة دينية واعتبروا أن قيمة العقد ناشئة من إرادة طرفية التي يجب أن تكون سليمة وغير معيبة وليس العبرة في الثوب أو الشكل الذي يظهر فيه ومما يؤكد وجهة النظر الأخلاقية للعقد أن الكنسيين عرفوا ما يسمى (بالوعد المعزز بالقسم) وهو عبارة عن تصرف شكلي مفاده التعهد أمام الله باعتباره دائماً أصلياً، في حين اعتبر معتققي فكرة القانون الطبيعي أن الحرية التعاقدية هي إحدى الحريات الطبيعية للإنسان وهذا هو الاتجاه السائد في أوروبا في القرون الوسطى^(٢)، أما الشريعة الإسلامية فقد اكدت أن التراضي وحده النابع عن إرادة حرة سليمة من العيوب هي وحدها كافية لإنشاء العقود شريطة أن لا تخالف الشريعة الإسلامية^(٣)، واستناداً لما تقدم فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس الحرية التعاقدية والرضائية، فالرضا وحده يعد كافياً لإنشاء العقد دون اشتراط أن يكون لهذا التعبير شكلاً معيناً يصاغ فيه وأن يكون هذا الرضى نابغاً عن إرادة معتبرة^(٤)، والمساواة بين المتعاقدين أي أن يكون كلا المتعاقدين في مركز قانوني متساوي بحيث لا يستطيع أحد طرفي العقد أن يملّي على الآخر شروطاً أو التزامات لا يرتضيها وبذلك يتساوى طرفا العقد في إنشاء العقد والإبقاء عليه نافذاً أو إلغائه^(٥)، وقد عبّر الفقيه الفرنسي

(١) انظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص ٨٤.

(٢) انظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص ٨٧ و ٨٨.

(٣) انظر صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، ط ٣، ١٩٨٣، ص ٢٨٢.

(٤) لمزيد من التفصيل حول الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة (الحقيقية) انظر محمد دغمان، المصدر السابق، ص ٢٨ و ٢٩، كذلك انظر د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٦٣، كذلك انظر خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج ٢، مجموعة صادر، ط ٤، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ١٤.

(٥) يرد على هذه القاعدة استثناء عندما يكون أحد طرفي العقد غير متساوي مع الطرف الآخر بحيث يملّي الطرف الأقوى شروطه على الطرف الضعيف الذي يذعن لها ولذلك سميت هذه العقود

دوما (Dumat) عن مضمون هذا المبدأ بإيجاز إذ يقول (إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقداً) وقد انعكست هذه المقولة في المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن (الاتفاق إذا تم شرعاً يقوم مقام القانون لمن تعاقداً)^(١).

الفرع الثاني

القانون هو مصدر القوة الملزمة للعقد

ونتيجة لغلو أصحاب مبدأ سلطان الإرادة وظهور الأفكار والتوجهات الاشتراكية تعرض هذا المبدأ لسهام النقود في نهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين وهذه النقود كانت تتمحور عموماً في عدم كفاية دور الإرادة وحدها لإنشاء العقد وخلق الالتزامات بل لابد أن يتضافر مع هذه الإرادة جملة من العوامل أو العناصر كحسن النية والعدالة وقوة القانون^(٢)، وهذه الأفكار حمل لوائها أصحاب النظرية الكاثوليكية الاشتراكية، وهم الذين يرون أن الحرية التعاقدية لم تعد تتناسب ودور الدولة الذي يتنامى في مجال الحياة الاقتصادية وهذا يقتضي تدخل الدولة في مجال العقود لضمان تحقيق نفس الغايات التي تسعى الدولة لتحقيقها ومن هذه النظريات أيضاً النظرية القانونية التي حاولت إخراج مبدأ سلطان الإرادة بمضمون وثوب جديدين باعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة وإن كان يعطي للأفراد الحق في إنشاء الالتزامات وترتيب الحقوق باعتبار أن العقد قانون المتعاقدين، إلا أن ذلك لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال تحريك قواعد قانونية موضوعية تطبق على علاقات الأفراد فالعقد عند أصحاب هذا الاتجاه هو توافق إرادات عدة أشخاص على الخضوع

بعقود (الإذعان) ولمزيد من التفصيل حول عقود الإذعان، انظر د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(١) انظر د. علي عبد الأمير قبيلان، المصدر السابق، ص ٧٠.

(٢) يرى الفقيه (Kelsen) أن إلزامية العقد تنبع من المبادئ العامة التي كرسها القانون الوضعي وبالتالي فإن القانون الوضعي هو المصدر للقوة الإلزامية للعقد ولا يمكن للقضاء أن يأمر بأنفاذ عقد إذا لم يكن متوافقاً مع الأحكام القانونية، انظر محمد دغمان، المصدر السابق، ص ٤١.

لقاعدة قانونية موضوعية لا تطبق عليهم إلا إذا أرادوا هم ذلك^(١)، ولذلك نجد أن المشرع بدأ يتدخل لتحقيق مبدأ التضامن الاجتماعي من خلال سن التشريعات لتنظيم إرادات المتعاقدين بما ينسجم وتحقيق المصلحة العامة وهذه التشريعات تقوم على أساس تكافؤ المراكز بين المتعاقدين، لحماية الطرف الضعيف في العقد بل أن تدخل المشرع في بعض الأحيان أدى إلى تجريد إرادة المتعاقدين من قيمتها وخصوصاً في عقود الإذعان والبنود الإلزامية لذا قيل أن العقد في ظل هذا المذهب أصبح موجهاً ومنظماً بموجب النصوص القانونية^(٢) والحقيقة أن مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساس أن إرادة الأفراد هي مصدر إنشاء العقود والالتزامات وإن العقد المتولد عن توافق هذه الإرادات هو القانون الذي يحكم العلاقة ما بين هذه الأطراف ومن الطبيعي أن علاقات الأفراد تهدف إلى تحقيق مصالح، وهذه المصالح يجب أن تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والاداب ولذلك فإن هذا المبدأ يجب أن ينظر إليه بمرونة بحيث يكون من الممكن تطبيقه تبعاً لمقتضيات العصر وإن تدخل الدولة لتنظيم الروابط التعاقدية بنصوص قانونية لا يعني تجريد هذه العلاقات من قوتها النابعة عن الإرادة فلولا الإرادة لما كان هناك عقد ولولا وجود العقد لما كان هناك قانون ينظم هذه الروابط بمعنى آخر أن الإرادة تبقى صاحبة السبق في إنشاء العقد وترتيب الالتزامات وإن تفاوتت قوة هذه الإرادة في إحداث هذا المفعول تبعاً للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة وإن تدخل الدولة في تحديد الروابط التعاقدية لا يلزم الإرادات ويدفعها إلى التعاقد رغماً عنها إذ تبقى الإرادة حرة في التعاقد أو عدم التعاقد إذا لم ترص بالقواعد الموضوعية التي تنظم التعاقد ولذلك نجد أن هنالك اتجاهات فقهية ذهبت إلى القول بعدم وجود عقود إذعان أصلاً طالما

(١) نادى بهذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (Duguit) والمدرسة التضامنية الفرنسية، لمزيد من التفصيل انظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص ٨٩ وما بعدها، كذلك انظر أميل شعيب، نظرية الموجبات والعقود، ج ١، مصادر الموجبات، بيروت، ١٩٩٨، ص ٣٤.

(٢) انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ٧٦، كذلك نُشير إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية والتي جاء فيها (... ليس العقد شريعة المتعاقدين، بل القانون شريعة المتعاقدين، فالقوانين المدنية في الدول الاشتراكية تأخذ بما يقتضيه مبدأ التنفيذ العيني وضرورة إنجاز الخطة المرسومة من قبل الحكومة المركزية، على اعتبار أن الخطة الاقتصادية أهم قانون في الدول الاشتراكية وليس مجرد برنامج اقتصادي...).

أن للمتعاقد أن يدرس شروط التعاقد ويفكر ويتدبر وله بعد ذلك الحرية بالتعاقد أو عدم التعاقد ففي مثل هذه الحالة تبقى الإرادة سيادة الموقف^(١).

(١) انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٧٣.

المبحث الثاني

أثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقد الإداري

سبق القول بأن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني يقوم على أساس توافق إرادتين لاحداث أثر قانوني معين وقلنا أن مبدأ سلطان الإرادة هو مصدر القوة الملزمة للعقد المدني باعتبار أن الإرادة هي التي تنشئ العقد ويكون العقد قانون المتعاقدين، كما أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس الحرية التعاقدية، فالفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وإذا ما تعاقد بإرادته الحرة ألزم نفسه بإرادته بما تعاقد عليه فلا يملك أي طرف من أطراف العقد تعديل العقد أو تمديده أو إلغائه إلا بموافقة الطرفين، ومع ذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة لم ينجح من النقد كما بينا باعتبار أن العقد لا ينشأ من اتفاق الإرادات فحسب وإنما العقد ينشأ نتيجة لفاعلية الإرادة في تحريك القواعد القانونية الموضوعية ولذلك ظهرت اتجاهات فقهية حاولت أن تخفف من قوة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك أن هذه القاعدة لا تكفي بحد ذاتها لإلزام المتعاقدين بمضمون العقد إذ كثيراً ما يفرض المشرع نصوصاً تضع الحدود القانونية للحرية التعاقدية يكون المتعاقدان ملزمين بممارسة هذه الحرية ضمن هذا النطاق ولذلك فإن التطور التاريخي لهذه القاعدة - أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين - شهد تدخلاً كبيراً من جانب القانون لحماية الطرف الضعيف، وهنا يثار تساؤل في خضم هذه المعطيات هل يبقى العقد الإداري شريعة المتعاقدين بالرغم من اختلاف غايات المتعاقدين فيه عن الغايات التي يتغياها المتعاقدون في عقودهم المدنية، إذ غالباً ما تتطلب ضرورات المرفق العام أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص وقد تضطر الإدارة إلى تعديل العقد الذي تبرمه لمواجهة هذه المتطلبات طبعاً في حدود الضوابط التي رسمها القانون، وهل أن القوة الملزمة للعقد الإداري نابعة من إرادة طرفي العقد باعتبار العقد الإداري شريعة المتعاقدين أم أن العقد الإداري هو شريعة المرفق العام طالما أن غايته تستهدف تحقيق المصلحة العامة وضمن استمرار سير المرافق العامة بانتظام واستقرار.

وهذا يتطلب تدخلاً من جانب الإدارة في أسلوب إبرام العقد وشروطه بالقدر الذي يضمن الحد الأدنى من الملاءمة لحاجات المرفق العام، هذا من جانب ومن جانب آخر نلاحظ موضوع الحرية التعاقدية للأشخاص العامة هو موضوع يكتفه نوع من الغموض وخصوصاً في ضوء غياب تدخل المشرع للاعتراف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة حيث ترك هذا الأمر للمعالجات القضائية من خلال تصدي القضاء لمنازعات العقود الإدارية وإذا ما سلمنا جدلاً بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة فهل أن طرفي العقد الإداري متساوون في المراكز القانونية وهل من الممكن أن تتحول العلاقة بين المتعاقدين في العقد الإداري من علاقة تقوم على أساس تفرد الطرف القوي إلى علاقة توافقية قائمة على أساس التفاوض والحوار والاتفاق ولغرض الإجابة على هذه التساؤلات سنبحث موضوع الحرية التعاقدية للأشخاص العامة في مطلب أول وسنخصص المطلب الثاني لبحث أساس القوة الملزمة للعقد الإداري.

المطلب الأول الحرية التعاقدية للأشخاص العامة

الأصل أن القانون يعترف للإنسان بالشخصية القانونية وهي تعني باختصار الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات ومع ذلك فقد تقضي الضرورة أو الاعتبارات العملية والواقعية بالاعتراف بالشخصية القانونية لبعض الكيانات المعنوية أو الاعتبارية باعتبارها كيانات قانونية غير إنسانية تتمتع بالشخصية القانونية^(١)، وتشمل الدولة والمحافظات والمدن والقرى والإدارات والمصالح الحكومية والمنشآت العامة والمرافق العامة التي يمنحها القانون الشخصية المعنوية وهذه الطائفة من الأشخاص المعنوية تعرف بالأشخاص المعنوية العامة فضلاً عن الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة والأوقاف وهذه تعرف بالأشخاص المعنوية الخاصة

(١) حول ماهية الشخص العام انظر محمد حسن جاسم، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص ٣٢.

وعادة ما ينظم القانون الأحكام الخاصة بالأشخاص المعنوية من حيث بداية تكون الشخصية المعنوية واسم الشخص المعنوي والمركز القانوني والأهلية والموطن والجنسية والذمة المالية وغيرها من الأحكام^(١)، والذي يعنينا في هذا الكلام هو الشخصية القانونية للأشخاص المعنوية العامة ومدى أهليته أي صلاحيته لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه من خلال ممثليه ومن هذه التصرفات إبرام العقود الإدارية فإرادة تمثل الشخص المعنوي هو الذي يعتبرها القانون لضرورات اجتماعية وقانونية، معبرة عن إرادة الشخص المعنوي، فالأصل أن لا تثبت للأشخاص العامة الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية^(٢)، كما أنه يخضع كقاعدة عامة لمبدأ التخصص ويراد به تحديد نشاط الشخص المعنوي في حدود الأهداف أو الأغراض التي يسعى إلى تحقيقها وبالتالي فإن صلاحياته لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات تكون بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض أو الهدف، وسواء أكان هذا التخصص قانونياً أي نابعاً من خضوع الشخص المعنوي لنظام قانوني معين يحكم نشاطه وفعالياته أم كان هذا التخصص ناجماً عن التحديد الوارد في النظام الداخلي للشخص المعنوي العام الذي يحدد أهدافه ونشاطاته وهذا ما يعرف بالتخصص النظامي^(٣)، ولذلك فإن الشخص العام باعتباره وحدة إدارية

- (١) حددت المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي الأشخاص المعنوية على سبيل الحصر وهي :
- أ- الدولة. ب- الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها. ج-الألوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها
- د- الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. هـ- الأوقاف، والشركات التجارية والمدنية إلا ما استثنى منها بنص في القانون. ز- الجمعيات المؤسسة وفقاً للأحكام المقررة في القانون. ح- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية، وقد تضمنت المادة (٥٢) من القانون المدني المصري على نص مماثل.
- (٢) نصت المادة (٤٨) الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي على أن (ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي، وذلك في الحدود التي يقررها القانون)، كذلك نصت المادة (٥٣) مدني مصري على أن (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي، وذلك في الحدود التي يقررها القانون).
- (٣) نصت المادة (٤/٤٨) مدني عراقي على أن (وعنده أهلية الاداء في الحدود التي يبينها عقد إنشائه والتي يفرضها القانون)، كذلك نصت المادة (٢/٥٣) مدني مصري على أن للشخص المعنوي (أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون).

تتمتع بالشخصية القانونية^(١) وأهلية^(٢) وإرادة^(٣) وبذمة مالية^(٤) يجعل منه أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بما في ذلك إبرام التصرفات التعاقدية في حدود نطاقه القانوني واختصاصه^(٥) وبذلك يكون النظام القانوني للشخص العام هو الذي يرسم حدود ونطاق حريته التعاقدية وهو بذلك يختلف عن الأشخاص الطبيعيين حيث يكون الشخص الطبيعي أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بصفة عامة دون تحديد أو تقييد فهو حر في مباشرة كافة الأنشطة وفي كافة المجالات غير مقيد في سعيه بأهداف معينة ما دام لا يخالف النظام والآداب^(٦)، ولذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة باعتبارها من قبيل المبادئ العامة إلا أنه كان غالباً ما يقرن تحديد مفهوم هذه الحرية في إطار النصوص القانونية أو التنظيمية^(٧) حيث جاء في أحد قراراته (... ما من حكم

(١) ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة الشخصية المعنوية (الاعتبارية) فذهب فريق إلى أن الشخصية الاعتبارية هي محض افتراض ومجاز وأن المشرع قد تدخل بإرادته لإضفاء القيمة القانونية لهذه الأشخاص لاعتبارات تتعلق بتحقيق المصالح الاجتماعية ومن رواد هذا الاتجاه في الفقه الحديث سافيني (Savigny) وبوتشا (Puchta) وانجر (Unger)، أما الفريق الثاني فيذهب إلى أن الأشخاص المعنوية هي حقيقة كائنة وواقعة وليس مجرد مجاز أو افتراض وأساس هذه الشخصية هي الإرادة المشتركة للأفراد المكونين لها والمنفصلة عن إرادتهم وأن دور المشرع ليس منشئاً لهذه الكيانات وإنما هو كاشف لها عند الاعتراف بها، في حين ذهب فريق ثالث إلى إنكار وجود الشخصية المعنوية أساساً والاستعاضة عنها بأفكار أخرى كنظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض، أو ما تعرف بنظرية (Brinz) وبنظرية الإرادة المشتركة للفقيه (بلانيول)، ولمزيد من التفصيل حول هذه النظرية والنقد الموجه إليها انظر د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ١٩٩٩، ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٢) نصت المادة (٩٣) مدني عراقي على أن (كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها).

(٣) يمارس الشخص المعنوي نشاطه من خلال ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وحاول الفقه تكييف العلاقة بين الشخص المعنوي وممثليه من الأشخاص الطبيعيين بفكرة الوكالة تارة وبفكرة النيابة القانونية تارة وفكرة الجهاز أو الأداة تارة أخرى، لمزيد من التفصيل انظر د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ص ٢٨١، كذلك انظر نص المادة (١/٤٨) مدني عراقي التي نصت على أن (لكل شخص معنوي ممثل يصير عن إرادته).

(٤) نصت المادة (٣/٤٨) مدني عراقي على أن (وله ذمة مالية مستقلة)، كذلك نصت المادة (١/٢/٥٣) مدني مصري على أن (للشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة).

(٥) انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٦) انظر د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ص ٢٧٩.

(٧) انظر حول تطور مفهوم الحرية التعاقدية في القانون العام وفيما إذا كانت هذه الحرية تحظى بقيمة دستورية أم أنها تبقى في حدود المبادئ القانونية العامة وموقف الفقه والاجتهاد الفرنسي حول القيمة القانونية لمبدأ الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

تشريعي يحظر أو يمنع التعاقد... وفي حكم آخر جاء فيه (ما من مبدأ عام للقانون يمنع أو يحظر التعاقد...^(١))، ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد اعتبر الحرية التعاقدية كنوع من التقدير والملاءمة الممنوح لهذا الشخص في معرض ممارسته لاختصاصه، وبذلك تكون الحرية المعطاة للأشخاص العامة عند إبرامهم للعقود بعيدة عن المعنى الدقيق والقانوني لمصطلح الحرية وأقرب إلى معنى الحرية الإدارية في التعاقد والتي تتعلق بالإمكانات والاختصاصات الممنوحة للشخص العام في تقدير التعاقد، واختيار التعاقد وشروط التعاقد ذلك أن الحرية التعاقدية الإدارية محددة أبعادها ونطاقها من قبل المشرع وتكون محددة ومحكومة بأهداف وغايات ومواضيع معينة لذلك وصفت الحرية التعاقدية للأشخاص العامة بكونها غائية وموضوعية^(٢).

أما القضاء الإداري في مصر فنلاحظ من خلال استقراء نصوص بعض أحكامه إلى وجود إشارة للاعتراف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة بطريقة غير مباشرة من خلال الإشارة إلى القيود التي ترد على هذه الحرية وصولاً للاعتراف بهذه الحرية، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بالإشارة إلى وجود اختلاف بين الإدارة والأفراد في حرية التعاقد مشيرة إلى أن مرد هذا الاختلاف يكمن في الإجراءات التي رسمها المشرع في القوانين واللوائح حيث جاء في حيثيات القرار (... أن من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إدارية كانت أم مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات

(١) انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٢٣ و ص ١٢٤، كذلك انظر د. مهدي مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٣٦.

(٢) انظر د. مهدي مختار نوح، المصدر السابق، ص ٣٨، كذلك انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٢٥، ولمزيد من التفصيل حول مبدأ الحرية التعاقدية والتأصيل التاريخي لهذا المبدأ والنتائج المترتبة عليه (الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، حرية تحديد شروط العقد، حرية إنهاء العقد)، انظر عمر سالم محمد الزبيدي، المسؤولية السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٦، ص ١٧، وما بعدها.

وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح^(١)، وكذلك الحال بالنسبة لموقف الفقه والاجتهاد اللبناني حيث تعتبر الحرية التعاقدية تحصيل حاصل في العقدين الإداري والمدني إلا أنهما يختلفان في التفاصيل، فالعقد الإداري يتعلق بالمال والمصلحة العامة في حين أن العقد المدني يتعلق بالمال والمصلحة الخاصة، لذا نجد أن الحرية التعاقدية للشخص العام أكثر تعقيداً من الحرية التعاقدية للأفراد العاديين وذلك حفاظاً على المال العام ومصالح الإدارة ولا سيما العقود ذات المساس بالمصالح المالية للإدارة حتى أن جانباً من الفقه ذهب إلى ضرورة وجود تشريع صريح يعطي للشخص المعنوي الحق في التعاقد مسبقاً كعقود القرض العام^(٢).

ومما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها أن الأشخاص العامة يتمتعون بالحرية التعاقدية لإبرام العقود الإدارية، وهذه الحرية ليست مطلقة من أي قيد وإنما تكون محددة بمقتضيات المصلحة العامة وبضرورات سير وانتظام المرفق العام ونفضل استخدام عبارة أن الحرية التعاقدية للشخص العام منظمة بموجب القانون بدلاً من عبارة مقيدة وذلك أن الأشخاص العامة وهم -بالضرورة من الأشخاص المعنوية- يعبرون عن إرادتهم من خلال موظفيهم من الأشخاص الطبيعيين وتتجلى مظاهر الحرية التعاقدية من خلال الصلاحيات والاختصاصات الممنوحة لممثل الشخص العام التي تحدد عادة صلاحياته في التعاقد، وحدود التعاقد، إجراءات التعاقد، أساليب التعاقد، ضمانات التعاقد، وسائل التنفيذ الجبري، استحصال ديون الشخص العام وغيرها من الصلاحيات المنظمة بموجب القوانين وأن الحرية التعاقدية تسبح في فضاء هذا التنظيم^(٣)، فهناك أنواع من العقود تخضع لإجراءات أكثر تحرراً من

(١) حكمها في القضية المرقمة (٣٤٨٩) لسنة (٩) جلسة (١٩٥٧/٦/٢) نقلاً عن المستشار سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٩١.

(٢) هذا الرأي يستند إلى المادة (٨٨) من الدستور اللبناني التي نصت على أن (لا يجوز عقد قرض عمومي ولا تعهد يترتب عليه إنفاق من مال الخزينة إلا بموجب قانون)، حيث فُسر هذا النص بأن الإدارة تحتاج إلى موافقة أو ترخيص مسبق بموجب قانون لغرض إبرام هذا العقد، انظر د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج ١، منشورات صادر الحقوقية، ط ٣، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٤٩١.

(٣) انظر ما نصت عليه المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) التي جاء فيها (... تهدف هذه التعليمات إلى توضيح المبادئ العامة لتنفيذ العقود الحكومية التي

القيود ويتمتع الشخص المعنوي بدرجة عالية من الحرية التعاقدية وهناك عقود تخضع بقدر معين للإجراءات وعقود تخضع بشكل كامل للإجراءات وخصوصاً القيود التي تتم عن طريق المناقصات والمزايدات العامة أو وفقاً لدفاتر الشروط، فضلاً عن ذلك نلاحظ أن هنالك عوامل خارجية تؤثر على الحرية التعاقدية للأشخاص العامة بصورة غير مباشرة كطبيعة الأنظمة الاقتصادية والاستقرار السياسي والاقتصادي، وسيادة القانون واستقرار المبادئ القانونية، وتعدد أنظمة الرقابة وبدائيتها ومستوياتها، وتطور التشريعات وتوافر الوسائل المادية والبشرية كلها عوامل تساهم في زيادة الحرية التعاقدية للأشخاص العامة أو تحد منها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

أساس القوة الملزمة للعقد الإداري

سبق القول ونعيده أن العقد الإداري هو تعبير عن توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني، وهذا الأثر المترتب على العقد ملزم لطرفيه لأن إرادة الطرفين توافقت على قبول هذا الأثر وبذلك يكون العقد شريعة المتعاقدين ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد أو تعديله أو إنهائه إلا بموافقة الطرف الآخر، كما لا يجوز للمحكمة تعديل العقد وتفسيره إلا في الحدود التي رسمها المتعاقدان في العقد وهذا معناه أن أساس القوة الملزمة للعقد الإداري من حيث الأصل هي الإرادة الحرة لعاقديه أما الاستثناء الذي يمكن أن يرد على هذا الأصل العام هو إمكانية إلغاء وتعديل وإنهاء العقد الإداري وفقاً لمقتضيات المرفق العام، وهذا ما سنحاول بحثه في الفروع الآتية :

تبرمها دوائر الدولة والقطاع العام في مجالات الأشغال العامة والتجهيز للسلع والخدمات المختلفة والعقود الاستشارية مع الجهات العراقية وغير العراقية وتحديد أساليب تنفيذها والجهات المخولة صلاحية فتح العطاءات وتحليلها وإرسالها وإجراءات الطعن في قراراتها لدى المحكمة الإدارية على أن تتسم إجراءات التعاقد لإبرام العقود المذكورة بالشفافية والنزاهة والعدالة في التنافس).

(1) لمزيد من التفصيل حول الحرية التعاقدية للأشخاص العامة انظر :

- BRECHON – MOVLENES – Liberté contractuelle des personnes publiques. A. J. O. A , 1998, P 649 – 650.

الفرع الأول

موقف الفقه من أساس القوة الملزمة للعقد الإداري

يكاد الفقه يجمع في فرنسا ومصر بأن العقد الإداري شريعة المتعاقدين وأن أساس القوة الملزمة له هو الإرادة الحرة لعاقديه التي اتجهت إلى إنشاء الآثر القانوني ولذلك يعرف الفقيه الفرنسي جيز (Jeze) العقد الإداري بأنه (ليس إلا اتفاق إرادتين في سبيل توليد مراكز قانونية شخصية) ويعرفه الأستاذ جابوس (Chapus) بأنه (العقد الإداري شريعة المتعاقدين وهم لذلك يمكن أن يشترطوا كل ما يناسبهم ويروونه جيداً)، أما الأستاذ (Benoit) فيذهب إلى أن (... المبدأ الأساس الذي يشكل أساس نظام العقود الإدارية هو كون الاتفاق المبرم بين الإدارة ومتعاقديها شريعة المتعاقدين)، وهذا هو اتجاه الأستاذ (Debbasch) إذ يقول (أن التقنية التعاقدية في القانون العام كما في القانون الخاص تستند إلى اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر في سبيل إنتاج آثار قانونية، وأن العقد بذلك يغدو شريعة المتعاقدين وهو يفرض نفسه عليهم ولا يطبق إلا بينهم)^(١).

أما في الفقه المصري فنجد أن هنالك تعريفات كثيرة للعقد الإداري يستدل منها على أن أساس القوة الملزمة للعقد الإداري هي إرادة المتعاقدين ذاتهم وهذا ما ذهب إليه الدكتور فؤاد العطار حيث يقول (أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين في حدود تحقيق النفع العام)^(٢)، وكذلك الدكتور محمد سعيد أمين إذ يقول (إن إرادة الطرفين هي الأساس في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ويتفرع عن تلك الحقيقة نتيجة أساسية مقتضاها أن العقد يعد قانون الطرفين أو شريعتهما وبالتالي لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بتعديله دون رضا الطرف الآخر)^(٣).

(١) لمزيد من التفصيل حول موقف الفقه الفرنسي انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١١٢.

(٢) انظر د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط ٣، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٥٧٢.

(٣) انظر د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٩.

وعلى هذا الأساس نجد أن جانباً من الفقه قد ذهب إلى نفي وجود الإذعان في العقد الإداري مستنداً في ذلك إلى الرضائية المتبادلة بين طرفي العقد الإداري والتي تقوم على أساس قبول كلا طرفي العقد بتنظيم علاقتهم التعاقدية على أساس النظام القانوني التعاقدى للعقد الإداري وبالتالي فإن الشروط غير المألوفة في العقد الإداري لم تفرض فرضاً على المتعاقد مع الإدارة فهذا المتعاقد يستطيع الإطلاع على شروط التعاقد أو شروط المناقصة والقانون الذي يخضع له تنظيم العقد وأن يدرس عرض الإدارة بصورة دقيقة ومن ثم يقبل هذا العرض ويقبوله هذا العرض يكون قد قبل شروط العقد كقانون يحكم بينه وبين الإدارة وذلك لعلمه المسبق بالقيود التي تفرضها القوانين واللوائح والتعليمات على المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية^(١).

ومما يؤيد هذا الاتجاه أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري قد ذهب إلى اعتبار النص الوارد في العقد الإداري هو النص الواجب الاحترام والتطبيق بين طرفي العقد الإداري وإن كان هذا النص يخالف الأنظمة والتعليمات الخاصة بالتعاقد طالما قد وردت في صلب العقد احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث جاء في إحدى فتاواها (... الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه، فالعقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يجب تنفيذها بما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية في تفسير هذه العقود فحقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة إنما يحددها العقد المبرم بينهما ولا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه العقد بالتنظيم فإذا ما تناول العقد تنظيم مسألة ما على نحو مخالف لما جاء بهذه اللائحة كان نص العقد هو الواجب التطبيق احتراماً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين...)^(٢).

(١) صاحب هذا الاتجاه هو الفقيه (Brurere)، انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٧٣.

(٢) فتاواها في الملف رقم (١٦/٢/٨٧) جلسة (١٩٨٧/١٢/٩)، أشار إليه د. حامد الشريف، مبادئ الفتاوى الإدارية، ج ٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١، ص ١٠٦.

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري من أساس القوة الملزمة للعقد الإداري

لقد أكد القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق على قاعدة العقد الإداري شريعة المتعاقدين في أحكام عديدة حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر له عام (١٩٢٣) إلى القول (.. أن العقد الإداري كما العقود المدنية تقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأطراف العقد أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة...)^(١)، وأيضاً أشار مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة إلى أن العقد الإداري ينظم كافة الالتزامات المتبادلة بين طرفيه والتي أقروها بتوافق الإيرادات حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية إنارة مدينة بوردو (Bordeaux) إلى أن (من حيث الأصل أن عقد الالتزام ينظم حتى انقضائه وبطريقة نهائية الالتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومانح الامتياز)^(٢).

أما القضاء الإداري المصري فنجد حافلاً بالأحكام التي تؤيد أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد قراراتها إلى القول (... من حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا جرى على أن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية يجب تنفيذها طبقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)^(٣).

كما ذهبت في حكم آخر لها إلى القول (... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته إنما تتحدد وفقاً

(١) أشار إليه د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ٩٨، كذلك أشار إليه د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٢) انظر كتاب الأحكام الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي، تأليف مجموعة من الباحثين الفرنسيين، ترجمة د. أحمد يسري، ط ١٠، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٦٣ وما بعدها.

(٣) حكمها في الطعن المرقم (٦٦٥٣)، (٧٩٦٤)، لسنة (٥١/ق / عليا / جلسة ١٩ / ٦ / ٢٠٠٧)، أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية، في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٨، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٥٣.

لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع عن الخروج عليه ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته...^(١)، كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المبدأ وما يترب عليه من وجوب مراعاة حسن النية في تفسير العقد الإداري حيث جاء في حكم آخر لها (... ومن حيث أنه المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقود الإدارية شأنها شأن العقد المدني وهو أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذها بما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير هذه العقود ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً للعقد الذي أبرم معه والشروط والقواعد التي أبرم على أساسها على اعتبار أن كليهما ارتضى هذه الأحكام لتكون الشريعة التي تحكم علاقته بالطرف الاخر...)^(٢).

وقد أكدت الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كمبدأ راسخة جذوره في مجال التعاقدات الإدارية حيث جاء في إحدى فتاواها (... الأصل بالنسبة للعقود المدنية والإدارية على حد سواء هو أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فضلاً عن الالتزام بصريح عبارات العقد متى ما كانت واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين)^(٣).

أما في العراق فإن محكمة التمييز قد أكدت في أحكامها على أن أساس القوة الملزمة للعقد المدني أو الإداري هو إرادة متعاقديه طبقاً لقاعدة (العقد شريعة

(١) حكمها في الطعن رقم (٣٦٣٤) لسنة (٤٩ ق / عليا / جلسة ٢٢ / ٥ / ٢٠٠٧)، أشار إليها المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ٨١.

(٢) حكمها في الطعن المرقم (١٠٧٢٥) لسنة (٤٧ ق / عليا / جلسة ٢٠ / ٣ / ٢٠٠٧) أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٣) فتاواها في الملف المرقم (٣٢ / ٢ / ٢٥٣٠) جلسة (٥ / ٢ / ١٩٩٧) أشار إليها د. حامد الشريف، المصدر السابق، ص ٩٧.

(المتعاقدين) حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ (٢٣/١٠/١٩٨٦م) ما نصه (... وجد أن الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية فيما يتعلق بنسبة الغرامات هي توجيه للدوائر ذات العلاقة، أما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما تضمنه العقد شريعة المتعاقدين فإذا كان عقد المقاوله بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فإن هذا النص هو الذي يعمل فيه...^(١))، ومما يؤكد هذا الاتجاه أن مجلس الوزراء الحالي قد أكد على عدم إدماج تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة في العقود الحكومية واعتبارها جزءاً من العقد بل هي مجرد تعليمات تراعيها الجهات المنفذة عند إبرامها للعقود والمفهوم المخالف لهذا القول أن عدم تضمين العقود الإدارية حكماً ورد في هذه التعليمات لا يجعل من هذه التعليمات ملزمة للمتعاقد مع الإدارة طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(٢).

وكذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية إلى تأكيد مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وعدم جواز الرجوع عن العقد أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي حيث جاء في حكمها المؤرخ (٢٠/٣/٢٠٠٨) (... وتبين للمحكمة من خلال المعطيات التي توفرت لديها في الدعوى أن المدعى عليه لم يقم بتنفيذ العقد موضوع الدعوى طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وفقاً لما تقضي به أحكام المادة (١٥٠) من القانون المدني وبما أن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزاماته وفق ما تقضي به أحكام المادة (١٤٥) من القانون المدني ولما كان العقد ملزماً للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي وفق ما تقضي به أحكام المادة (١٤٦) من القانون المدني

(١) حكمها المرقم (١٨١٩) في (٢٣ / ١٠ / ١٩٨٦) أشار إليه د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ٩٩.

(٢) انظر البند (أولاً) من قرار مجلس الوزراء المرقم (٨٠) في (٢٣ / ٣ / ٢٠١١).

سالف الذكر، يكون الحكم المميز لكل ما تقدم وللأسباب والحيثيات الواردة فيه صحيحاً قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي...^(١).

(١) حكمها المرقم (٢٥٦) في (٢٠ / ٣ / ٢٠٠٨)، المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٦ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨)، ط٢، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٦٨.

الفرع الثالث الاستثناء على القاعدة العامة

إن الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يتضمنها العقد الإداري والتي اعتبرها بعض فقهاء القانون العام كالأستاذ فالين (Waline) والأستاذ ريفيرو (Rivero) هي تلك الشروط المخالفة للنظام العام والتي تعتبر باطلة إذا ما وردت في عقود القانون الخاص كون هذه الشروط تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لذا نجدها غريبة على عقود القانون الخاص التي تهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة^(١) هي التي تعتبر الاستثناء الذي يخرق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تقوم بالأساس على التراضي وتوافق الإرادات بكافة تفاصيل العقد شكلاً وموضوعاً وقد حاول فقهاء القانون العام تبرير هذا الخرق بمذاهب ونظريات مختلفة فحاول البعض تبرير هذا الخرق بفكرة السلطة العامة وبفكرة المرفق العام التي استخلصها العميد دوكي (Duquit) من حكم بلانكو الشهير والذي اعتبر المرفق العام محوراً لكافة نشاطات الإدارة وهذا يبرر النظام الخاص الذي يطبق على تصرفات الإدارة بما في ذلك عقودها^(٢) في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى التركيز على الطبيعة المرنة والمتغيرة للعقد الإداري التي تتطلب من الإدارة تعديل العقد الإداري لضمان استمرار سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة بإرادتها المنفردة، ذلك أن العقد الإداري له حياة خاصة ذات متغيرات تقنية ومالية وإنسانية وبالتالي فإن الإدارة لا يمكنها الركون أو الاعتماد على آثار ترتبت استناداً لإرادة المتعاقد مع الإدارة طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وخصوصاً إذا ما ترتب على ذلك عدم ملاءمة شروط العقد لحاجات المرفق العام أو إذا كان من شأن شروط العقد أن تؤدي إلى الإضرار بمصالح المرفق العام وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة وهي هدف المرفق العام ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى إطلاق قاعدة مرادفة لقاعدة (العقد شريعة

(١) انظر د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ٦٧،

كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٧٨.

(٢) انظر د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ١٥٣.

المتعاقدين) الا وهي قاعدة (العقد شريعة المرفق العام) وبعبارة أوفى أن ظروف المرفق العام هي التي تؤثر على بقاء أو استمرار تنفيذ العقد الإداري كما تم الاتفاق عليه مع المتعاقد معها إلى النهاية ولهذا تجد الإدارة أن لها حق التعديل الإفرادي لبنود العقد لجعلها أكثر ملاءمة لظروف المرفق أو أكثر فائدة لتحقيق غاياته التي تصب جميعاً في تحقيق المصلحة العامة وأزاء هذا الواقع نجد أن الفقه في فرنسا قد انقسم إلى فريقين؛ الأول: يذهب إلى أن حق الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد لا يكون نافذاً في مواجهة المتعاقدين معها إلا إذا ما تم الاتفاق عليه ابتداءً ضمن شروط العقد ووفقاً لهذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لا تعتبر خارقة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين طالما أن المتعاقد معها قد قبل الشرط المذكور^(١) في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الإدارة لا تملك التعديل الإفرادي للعقد دون شرط تعاقدي أو نص قانوني وارد في التشريعات التي تحكم النظام القانوني للعقود الإدارية أو دفا تر الشرط فإذا ما ورد مثل هذا الشرط فإن تعديل الإدارة للعقد يكون تطبيقاً لشروط العقد وبالتالي يكون العقد شريعة المتعاقدين إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد في قضية الشركة العامة للترامواي والذي تتخلص وقائعها في أن الشركة العامة للترام قد أبرمت مع أحد الأقاليم عقداً لنقل الركاب بهذه الوساطة - أي الترام - وقد تم تحديد عدد القطارات في شروط العقد مع الشركة المذكورة إلا أن المحافظ قام بزيادة العدد المطلوب من عربات النقل خلافاً للعدد المحدد في شروط العقد بحجة زيادة عدد السكان في الصيف مستنداً إلى تفسير واسع لنص قانوني يسمح للمحافظ بتحديد جدول خدمة القطارات فأدخل المحافظ زيادة في عدد العربات معتبراً أن هذا النص يعطيه مثل هذا الحق وعلى هذا الأساس ثار نزاع مع شركة الترامواي لعدم التزام الإدارة بشروط العقد الذي حدد العربات المستخدمة بالنقل وأن زيادة العربات المذكورة قد عدل من شروط العقد من جانب الإدارة حيث انتهى مجلس الدولة الفرنسي بتبرير تعديل شروط العقد الاتفاقيّة من جانب الإدارة بالإرادة المنفردة للإدارة وحدها معللة

(١) انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ١١٩.

ذلك بأسباب تنظيمية وضمن استمرار سير مرفق النقل بانتظام^(١) وقد تعرض الحكم المذكور لنقد مفاده أن المرسوم (١٨٨١/٨/٦) يعطي للمحافظ سلطة ضبطية في مجال تنظيم جدول خدمة القطارات ومواعيد الرحلات ولا يعطيه صلاحية زيادة عدد العربات المستخدمة في النقل وبالتالي فإن خرقه لشروط العقد من خلال تعديل الفقرة المتعلقة بعدد العربات كان بوصفه يمثل سلطة عامة لا بوصفه متعاقداً وأن النظرية التي ينبغي تطبيقها في هذا المقام نظرية فعل الأمير^(٢).

وعموماً فإن الغالبية الساحقة للفقهاء الفرنسيين قد أقرت بأن الإدارة تملك سلطة واسعة لا يمكنها التعاقد معها سواء أكانت هذه السلطات تتعلق بتعديل العقد أم حتى إنهائه وسواء أوجدت الإدارة سندها في نص عقدي أم تشريعي أو لم تجده فيه ولذلك فإن الإدارة تستطيع الخروج عن شروط العقد لأن العقد الإداري لا يخضع لقاعدة الاستقرار العقدي بشكل كامل ومطلق كما هو الحال في العقود المدنية^(٣)، أما في العراق ومصر وسوريا ولبنان فإن سلطة الإدارة في إجراء المتغيرات على العقد الإداري سواء بالتعديل أو الفسخ أو الإلغاء هو حق مقرر بموجب النصوص التشريعية^(٤) أو نلتمهسه في أحكام القضاء وبتأييد غالبية الفقهاء.

(١) للإطلاع على حيثيات القرار المذكور راجع مجلة القانون العام الفرنسية، ١٩١٠، ص ٢٧٠، أشار إليه د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ١٢٠.

(٢) صاحب هذا الرأي هو الأستاذ (Benoit) الذي يذهب إلى عدم إمكانية توافق فكرة (العقد) مع فكرة التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة لأن العقد هو توافق إرادتين وإن تعديل العقد من جانب واحد معناه الإخلال بهذا التوافق - أي إخلال بالعقد -، لذا فهو يرى أن اتفاق الإيرادات الذي هو أساس العقد يتناقض بشدة مع مبدأ التعديل الانفرادي، انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ١٢١ و ص ١٢٢.

(٣) من أنصار هذا الاتجاه الفقهاء كل من : هوريو (Hauriou) وفالين (Waline)، بونار (Bonnard)، لوباديير (Lubadère) وغيرهم إلا أن الأستاذ فيدل (Vedel) خير من عبر عن هذا الرأي بقوله (... أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، لأن العنصر التعاقدية سيكون محكوماً بمبدأ التوازن المالي الذي يقتضي نوعاً من التغييرية مع استمرار التوازن في حقوق والتزامات الأطراف، وهذا ما يجعله مختلفاً عن العقد المدني الذي تحدد فيه حقوق والتزامات الأطراف بصورة نهائية..) إلا أننا نأخذ على هذا القول هو عدم إمكانية التوفيق بين عنصر التغيير في العقد والتوازن بين الأطراف إذ لا بد أن يتأثر أحد الأطراف بهذا التغيير، وللإطلاع على آراء هؤلاء الفقهاء بالتفصيل انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٤) فعلى سبيل المثال إجازت المادة (١٤/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة تمديد مدد العقود خلافاً للمدة المحددة في صلب العقد، كما أجازت المادة (١٥) من نفس التعليمات إجراء التغيير على الأعمال المتعاقد عليها أو إضافة أعمال أو كميات جديدة في حالة الضرورة القصوى وبأضيق نطاق ممكن وفي حالات محددة على سبيل الحصر في

حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بما يأتي (... أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية...)^(١).

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ (٢٠/٤/١٩٥٧م) إلى التأكيد على أن العقد الإداري ما هو إلا انعكاس لمتطلبات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وإن المصلحة المتوخاة في العقود الإدارية هي المصلحة العامة وليس مصلحة الأفراد الخاصة حيث جاء في حيثيات الحكم (أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، إذ أن مصالح الطرفين في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقود ولها حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...)^(٢).

المادة المذكورة كذلك أجازت المادة (٤٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ تمديد مدة إكمال الأعمال إذا طرأت أية زيادة أو تغيير في الأعمال كما ونوعاً وكان ذلك يؤثر على سير الأعمال بحيث لا يمكن إكمالها ضمن مدة إكمال الأعمال، كما أجازت المادة (٥٢) من نفس الشروط لرب العمل ممثلاً بالمهندس المقيم إجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية الأعمال أو أي جزء منها إذا ما وجد ذلك ضرورياً أو مرغوباً فيه، أما في مصر فأنظر على سبيل المثال نص المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) التي أجازت للإدارة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حدود (٢٥%) خمسة وعشرين بالمائة بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقدين مع هذه الجهة حق المطالبة بأي تعويض عن ذلك.

(١) حكمها في الطعن رقم (٣٩٨٦) لسنة (٣٥) ق، جلسة (١١/١٥/١٩٩٢) أشار إليه المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٣٠.

(٢) انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١١٥، كذلك انظر حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٢٦.

في حين ذهب مجلس الدولة السوري إلى اعتبار حق الإدارة في التعديل الانفرادي لشروط العقد هو حق تبرره مقتضيات المصلحة العامة وهو حق مقرر للإدارة سواء ورد نص تشريعي بذلك أم لم يرد، وإذا ما ورد نص تشريعي فإنه لا يعدو إلا أن يكون منظماً وكاشفاً لسلطة التعديل وليس منشئاً لها حيث جاء في قراره الصادر عام (١٩٦٨) ما يأتي (... يثبت حق الإدارة في التعديل باعتبار هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام فإذا أشارت نصوص العقد لهذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ويضاف إلى ذلك أن الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام)^(١).

ومن خلال استعراض أحكام القضاء الإداري نجد أن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة نسبية في مجال العقود الإدارية، فالعقد عند إبرامه تطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هذا إذا ما سلمنا قبول المتعاقد مع الإدارة بشروطها وليكون العقد الإداري ثمرة توافق إرادتين، إلا أن العقد الإداري لا ينظم الالتزامات بين الطرفين بصورة نهائية ولذلك يحتاج عند التنفيذ لإدخال المتغيرات عليه ليكون أكثر ملاءمة لحاجات ومتطلبات المرفق العام، وهذا يقتضي بطبيعة الحال الاعتراف للإدارة بسلطات انفرادية في إجراء هذه التغييرات التي تؤدي إلى تعديل العقد في غالب الأحيان وإلى إنهاء العقد في أحيان أخرى، وهنا تكون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قد تعرضت للخرق والتصدع لأن التوازن والاستقرار العقدي قد تعرض للتهديد من جانب أحد أطراف العقد، لذلك يمكن القول أن سلطان الإرادة يتناقض فعلاً مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تقوم على أساس المساواة بين المتعاقدين واحترام كل طرف لإرادة الطرف الثاني وتنفيذ الالتزام التبادلي بموجب العقد بحسن النية لذلك نرى أن توافق الإيرادات وحده لا يكون مسؤولاً عن تولد التغييرات على جسد العقد دائماً وإنما تلعب الإرادة المنفردة التي تتمتع بها الإدارة دوراً كبيراً في

(١) قرار رقم (٢٣) لسنة (١٩٦٨) أشار إليه صبحي سلوم، موسوعة العقود، ج ١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٩١، ص ١٧٩.

التلاعب والتغيير في خارطة العقد الإداري وهذا الدور يشكل خرقاً صارخاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يصل إلى حد تجاهل هذه القاعدة وهذا ما دفع جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الإداري عقداً من عقود الإذعان وذلك لهيمنة الإدارة وضعف المتعاقد معها.

الفصل الثاني

التعريف بالعقد الإداري وتمييزه عن العقد المدني

إن نظرية العقد الإداري في مجال القانون العام هي نظرية حديثة نسبياً كونها منبثقة أساساً من قانون حديث النشأة وهو القانون الإداري، والقانون الإداري وما يتفرع منه مدين في كثير من نظرياته المستنبطة من المبادئ القانونية العامة والسوابق القضائية إلى قواعد القانون الخاص، إذ تحولت الكثير من القواعد القانونية ومنها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) من بيئة القانون الخاص إلى بيئة القانون العام واستطاع القضاء الإداري أن يكيف قواعد القانون الخاص بما يتناسب وطبيعة القانون العام من دون انقطاع للصلة الرابطة بين القانونين فمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم نظرية العقد في القانون الخاص والتي تقوم على أساس الحرية التعاقدية والرضائية والقوة الملزمة للعقد ونسبية أثر العقد لم تعد العنصر الوحيد الذي يبني عليه العقد وإنما بدأ القانون يتدخل في تنظيم العقد وأمسى للعقد جانبان؛ الأول : اتفاقي يخضع لإرادة المتعاقدين الحرة، والثاني : تنظيمي أو شكلي تفرضه قواعد القانون وخصوصاً إذا كان أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام فبدأت قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) تتعرض إلى التصدع والضعف نتيجة للانتقال من القانون الخاص إلى القانون العام وهنا بدأ العقد الإداري يمتاز عن عقد القانون الخاص من خلال عدم التوازن بين أطرافه وميل كفة الميزان لصالح الإدارة من خلال الامتيازات المقررة لها على حساب الطرف الآخر في العقد، وهذا التمايز الذي أوجده الفقه والقضاء الإداري المستند لاعتبارات ضرورة استمرار سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام وحماية الأموال العامة أخل بالتوازن بين أطراف العقد وأن هذه الاعتبارات وإن كان من شأنها تحقيق الصالح العام إلا أن ذلك سيكون على حساب اعتبارات العدالة والمساواة بين أطراف العقد، إن هذا الطرح وإن كان ذا بعد فلسفي مستمد من مبادئ العدالة والمساواة بين أطراف العقد كون العدالة تمثل المرتكز الرئيسي لقيام دولة القانون إلا أن الواقع العملي والتطور الاجتماعي والاقتصادي

والسياسي للمجتمع القى بظلاله على فكرة التوازن بين أطراف العقد وأن هذا التطور أثبت من الناحية العملية أن أطراف العقد الإداري بل حتى أطراف العقد المدني غير متساوين ذلك أن مفاعيل وآثار العقود لم تكن وليدة الإرادة الحرة والعاقلة للمتعاقدين، فحسب بل هي في كثير من الأحيان كانت وليدة الإرادة الأقوى إذا صح التعبير، ولذلك فإن الحديث عن العقد الإداري وبيان مدلوله لا بد وأن يمر ضمناً بمدلول العقد في القانون الخاص ولا بد من بيان مراحل انتقال العقد من حيث أطرافه وأركانه وشروطه من القانون الخاص إلى القانون العام وهذا التحول - أي من عالم القانون الخاص إلى عالم القانون العام - قد ترك لمسات وآثاراً عميقة على ملامح العقد الإداري وكأنه أصبح عقداً مختلفاً عن مفهوم العقد في القانون الخاص ومع ذلك لا يمكن إنكار أو فصل هذه الرابطة بين العقدين ولغرض الوقوف على مفهوم العقد الإداري وبيان المعايير التي تميزه عن العقود المدنية سنقسم هذا الفصل إلى بحثين أساسيين؛ الأول : يتناول تعريف العقد الإداري، والثاني : يتناول المعايير التي تميز العقد الإداري عن العقود المدنية.

المبحث الأول التعريف بالعقد الإداري

حتى نستطيع الوقوف على تعريف العقد الإداري لابد أن نعرف ابتداءً كيف نشأت فكرة العقود الإدارية وأساسها ودور القضاء الإداري في استعارة وتطوير نظريات ومبادئ القانون الخاص، وتوظيفها في القانون العام بل أن القضاء الإداري في بعض الأحوال عمل على تطبيق مبادئ وقواعد مدنية تطبيقاً حرفياً دون تعديل أو تغيير على النزاع المطروح أمامه لأنه وجد أن هذه القواعد والمبادئ لا تتعارض وطبيعة العلائق في القانون العام^(١)، وسنحاول في هذا المبحث الوقوف على نشأة العقد الإداري في مطلب أول، وتعريف العقد الإداري في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول نشأة العقود الإدارية

لقد برزت نظرية العقود الإدارية إلى حيز الوجود في وقت متأخر نسبياً ففي فرنسا كان المعيار المتبع حتى مطلع القرن العشرين في توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والقضاء الإداري يقوم على أساس فكرة السيادة أو السلطة، حيث اقتصر اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة العامة في حين أن التصرفات العادية التي تنزل فيها الإدارة إلى مستوى الأفراد العاديين كانت تخضع لاختصاص القضاء العادي الذي يطبق بدوره قواعد القانون الخاص وهذا الأمر يسري على العقود التي تبرمها الإدارة التي لا تنطوي على عنصر السلطان وخصائصه كالبيع أو الشراء أو الاستئجار، ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي استثناءً من القاعدة العامة سمى بنصوص قانونية بعض العقود التي تبرمها الإدارة كعقود الأشغال العامة وعقود بيع أموال الدولة وقد أطلق الفقه

(١) انظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٤.

على هذا النوع من العقود تسمية (العقود الإدارية بتحديد القانون) كون الاختصاص الذي ينعقد للقضاء الإداري مرده نص القانون وليس راجعاً للخصائص الذاتية لطبيعة العقد^(١).

إلا أن الفقه بدأ يميل إلى استبدال معيار (السلطة العامة) بمعيار (المرفق العام) مستنداً لأحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع في قضية (Terrier)^(٢) لعام (١٩٠٣) وقضية (كراينت فوج) كمعيار منفرد للعقد الإداري باعتبار أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم سير المرافق العامة قومية كانت أم محلية، وسواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً، ومع ذلك تبقى الإدارة حرة في أن تلجأ لوسائل القانون الخاص إذا ما وجدت أن هذه الوسائل لازمة لتسيير المرفق العام، وبناءً على ما تقدم فإن العقد الإداري يكون كذلك ليس بنص القانون فقط بل يكون كذلك إذا كان شاملاً للعناصر الذاتية التي تجعل منه عقداً إدارياً حتى وإن لم ينص القانون على اعتباره عقداً إدارياً، وهذا المعيار من المرونة بحيث يجعل كل اتفاق تبرمه الإدارة مع الأفراد عقداً إدارياً إذا ما انصرفت نية الإدارة لخلق هذا الوصف عليه^(٣).

أما في مصر: فإن القضاء الإداري في ظل قانون مجلس شورى الدولة لسنة (١٩٤٦) قد حدد اختصاصه بالنظر في بعض العقود الإدارية المسماة وهي عقود

(١) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص ٣٨، كذلك انظر: د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١١.

(٢) تتلخص قضية (تيرية) (Terrier) أو قضية (جمع الأفاعي) في أن أحد المجالس البلدية في فرنسا عرض مكافأة على المواطنين الذين يقومون بالتخلص من الأفاعي السامة التي كانت تهدد حياة وسلامة سكان البلدة وقد حدث وأن جمع المواطن (Terrier) مجموعة كبيرة من هذه الأفاعي وقام بالتخلص منها، إلا أن البلدية اعتذرت عن تقديم المكافأة لعدم وجود التخصيصات المالية فخاصمها أمام مجلس الدولة الذي انتهى بدوره إلى تقرير اختصاصه بالنظر في هذه المنازعة باعتبار أن المجلس البلدي وعد بمكافأة وهذا يعد بمقام الإيجاب وأن قيام السيد (Terrier) بالقضاء على هذه الأفاعي يعد بمثابة القبول وبالتالي يكون العقد منعقداً باتفاق الطرفين، ولكون المجلس البلدي من المرافق العامة المحلية فإن القضاء الإداري ممثلاً بمجلس الدولة الفرنسي هو صاحب الاختصاص بنظر هذه المنازعة، لمزيد من التفصيل انظر د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ط ١٠، ١٩٩٥، ص ١٠٤.

(٣) انظر د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٣٩ و ٤٠، وكذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٩.

التزام المرافق العامة والأشغال العامة والتوريد^(١)، في حين بقيت عقود الإدارة غير المسماة خاضعة لاختصاص القضاء العادي إلا أن نظرية العقد الإداري بدأت تترسخ جذورها بعد صدور قوانين مجلس الدولة المصري على التعاقب وهي القانون رقم (١٦٥) لسنة (١٩٥٥) والقانون رقم (٥٥) لسنة (١٩٥٩)^(٢) والقانون رقم (٣٧) لسنة (١٩٧٢)^(٣)، حيث تضمنت هذه القوانين نصوصاً تشير إلى اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر في المنازعات الناشئة عن كافة العقود الإدارية دون استثناء ولم يعد اختصاص القضاء الإداري المصري مقصوراً على عقود إدارية سماها القانون^(٤)، وبذلك يكون المشرع المصري قد تلافى الاختصاص المشترك بين القضاء الإداري والعادي الذي من شأنه تشتيت اختصاص القضاء الإداري وتعارض الأحكام.

أما في الكويت: فإنها تأخذ بنظام القضاء الموحد ولا يوجد قضاء إداري يتولى الفصل في منازعات العقود الإدارية وتختص جهة القضاء العادي بنظر كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية^(٥).

أما في الأردن: فإن المادة (٩) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة (١٩٩٢م) قد حددت على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء أمام هذه المحكمة ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا وهذا معناه أن القضاء العادي هو صاحب الاختصاص والولاية العامة في نظر كافة المنازعات القضائية إلا ما استثني بنص خاص وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في أحد قراراتها حيث جاء فيه (... إن العقود الإدارية إذا أبرمت

(١) المادة (٥) من القانون رقم (٩) لسنة (١٩٤٩).

(٢) المادة (١٠) من القانونين.

(٣) نصت المادة (١١/١٠) منه على أن (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها في الفصل في المسائل الآتية ... حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر..).

(٤) لمزيد من التفصيل انظر د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٤٩.

(٥) انظر أ. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة (١٩٤٦)، مكتبة الفلاح، ط ١، ١٩٨١، ص ٣٣.

لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء، وذلك لأن قانون المحكمة قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء، ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا..^(١)

ويذهب جانب من الفقه إلى أن قانون محكمة العدل العليا آنف الذكر لم يحدث أي تغيير جوهري يذكر حول التنظيم القضائي الأردني رغم أنه وسع من اختصاص المحكمة في نظر المنازعات الإدارية ومنحها لأول مرة سلطة الفصل بطلبات تعويض الأضرار الناجمة عن القرارات الإدارية غير المشروعة من خلال دعوى الإلغاء إلا أن العقود الإدارية بقيت خارجة عن دائرة الطعن بالإلغاء وبقيت من اختصاص القضاء العادي كما هو الشأن في العراق.^(٢)

أما في العراق، فنلاحظ أنه بالرغم من استحداث القضاء الإداري في العراق بتاريخ (١٠/١/١٩٩٠م)^(٣) من خلال تشكيل محكمة القضاء الإداري إلا أن المحكمة المذكورة ليس لها ولاية النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وطلبات التعويض التي ترفع إليها بصفة أصلية بصريح نص المادة (٧ / ثانياً / د) من قانون مجلس شوري الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩م) المعدل التي حددت اختصاصات المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ القانون الخاص باستحداث محكمة القضاء الإداري الذي لم يحدد القانون مرجعاً للطعن فيها وبذلك

(١) قرارها رقم (٨٢/٦) مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٨٢، ص ٩٥٦، أورده د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك٢، المرفق العام، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط١، ١٩٩٧، ص ٢٣١، كذلك انظر في نفس المعنى د. نواف كنعان، القانون الإداري، ك٢، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٣٦.

(٢) انظر د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (٢٠٠٨)، ص ١٩٨.

(٣) كان العراق يتبع نظام القضاء الموحد إلا أنه بصور قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩)

مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) المعدل تم استحداث محكمة القضاء الإداري استناداً
لأحكام المادة

(٧ / ثانياً / أ / ب) من القانون المذكور والذي أصبح نافذاً بتاريخ (١٠ / ١ / ١٩٩٠).

يكون اختصاص القضاء الإداري في العراق اختصاصاً منقوصاً غير شامل فهو مقتصر على النظر في طلبات الإلغاء والتعويض بصورة تبعية لطلبات الإلغاء وطلبات الإلغاء التي ترد على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري^(١)، ويكون القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في النظر في منازعات العقود الإدارية وطلبات التعويض وسنرجئ الحديث عن اختصاص القضاء الإداري في العراق متمثلاً في محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية^(٢) عند الحديث عن ضمانات المتعاقدين القضائية أمام قاضي الإلغاء في المبحث الأخير من الفصل الرابع من هذا البحث.

المطلب الثاني تعريف العقد الإداري

العقد لغةً : هو الربط والتوثيق مادياً كان أم معنوياً^(٣)، وتطلق كلمة العقد على كل ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد به الضمان أو العهد، فالأصل في هذه الكلمة هو الربط الحسي بين أطراف الشيء إلا أن العرب استعملوها للربط

(١) انظر استاذنا الدكتور غازي فيصل مهدي، دعوى الإلغاء، محاضرات القاها على طلبية الدراسات العليا، الماجستير، القسم العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، للعام الدراسي ٢٠١٠ - ٢٠١١.
(٢) انظر المادة (١/أ) من القسم (١٢) الخاص بتسوية المنازعات الواردة في أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٧٨) لسنة (٢٠٠٤) والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٩٨٤ / حزيران / ٢٠٠٤)، والتي نصت على إنشاء محكمة إدارية مختصة بالنظر في الاعتراضات المقدمة من قبل مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة الصادرة عن الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.
(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ج ٦، ص ٥.

المعنوي للكلام، سواء أكان ربطاً وتوثيقاً وتقويةً لكلام صدر عن شخص أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين، فيقال عقد البيع أو عقد الإجارة... الخ^(١).
والعقد هو نقيض الحل ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات وغيرها^(٢).
أما العقد في الاصطلاح القانوني : فهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني^(٣).

كذلك عرّف بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أو تعديله أو إلغاؤه^(٤)، ويعرفه الفقيه الفرنسي دبلويادير (Delaubadere) بأنه (اتفاق إرادات تنشأ عنه التزامات) إذ يذهب أغلبية الفقه الفرنسي إلى أن تعريف العقد واحد في مختلف فروع القانون إلا أن النظام القانوني يختلف من عقد لآخر^(٥)، وقد فرّق بعض الفقهاء بين العقد والاتفاق باعتبار الاتفاق أعم من العقد فيعتبر الاتفاق جنساً والعقد نوعاً له فالاتفاق هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه في حين العقد هو توافق إرادتين على إنشاء

(١) انظر محمد سلام مذكور، الفقه الإسلامي، المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٥٤، ط١، ص ٢٤٥ وما بعدها، يقول تعالى في سورة المائدة الآية (٨٩) {لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّعْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ} أي وثقتموها بالنقصد والنية.

(٢) انظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ٢٠٠٨، باب الدال، فصل العين، ص ٣١٦، هامش رقم (٧).

(٣) عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

وعرفت المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للاخر)، وعرفت المادة (١١٠١) مدني فرنسي العقد بأنه (اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو أكثر اتجاه آخر أو آخرين بإعطاء شيء أو عمل أو الامتناع عن عمل)، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص ٥١٥.

(٤) تعريف للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، أورده د. محي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص ٧٢.

(٥) انظر أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط، في القانون الإداري، ٢٠٠٩، ص ٤١٧.

التزام أو نقله فقط وقد عزف فقهاء القانون عن الخوض في هذه التفرقة لعدم جدواها العملية وكذلك فعلت القوانين المدنية الحديثة^(١).

والأصل أن مفهوم العقد الإداري لا يختلف عن مفهوم العقد المدني فهو في جوهره يعبر عن توافق إرادتين تتجهان إلى أحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء التزام أو تعديله، ذلك أن العقد المدني والعقد الإداري يخرجان من مشكاة واحدة أصلها أن (العقد شريعة المتعاقدين) حيث ذهب الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى القول (...الأصل بالنسبة للعقود المدنية والإدارية على حد سواء هو أن (العقد شريعة المتعاقدين) لا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون...)^(٢)، إلا أن وحدة المصدر لا يعني التطابق بين هذين العقدين فالعقد الإداري يمتاز بنظام قانوني خاص كونه يخضع للقضاء الإداري كما يختلف من حيث موضوعه وأطرافه ونشاطه وأهدافه وآثاره، ولذلك عرف جانب من الفقه العقود الإدارية بأنها أعمال قانونية شارك في صنعها قانوناً إرادتان متكاملتان، إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد مع الإدارة، فالعقود الإدارية تقوم على فكرة التراضي والتقاء الإرادتين، أي إرادة كل من طرفي العقد، والعقد الإداري لا يختلف في هذا العنصر الجوهرى عن العقد المدني الذي يتم بين الأفراد أنفسهم^(٣).

في حين عرّف جانب آخر من الفقه العقد الإداري بأنه (الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، ولذلك يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم وبعض، سواء أكان يتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أم بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير

(١) انظر أ. د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٣ و ص ٣٤.

(٢) قرارها في الملف (٣٢ / ٢ / ٢٥٣٠)، جلسة (٥ / ٢ / ١٩٩٧)، موسوعة إدارية، ج ٤٩ نقلاً عن د. جابر جاد نصار، المصدر السابق، ص ١٠.

(٣) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٤٩٢.

لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة...^(١).

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه (العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء مصلحة عامة متبعاً في هذه الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطوائه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص)^(٢).

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي تجرّبه الإدارة العامة لفائدة أحد المرافق العامة أو أظهرت الإدارة نيتها باتباع نظام القانون العام دون نظام القانون الخاص وذلك باشتراطها الشروط القاسية لقبول الفرد في المساهمة بعمل المرفق العام^(٣).

ويخلص جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإداري بأنه (عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام (الإدارة) مع شخص آخر بقصد تنظيم أو تسيير أو مساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية أطرافه للأخذ بأساليب القانون العام)^(٤)، في حين يعرف جانب آخر من الفقه العقود الحكومية بأنها (اتفاق يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام أو بين شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير وتنظيم مرفق عام وتظهر فيه الإدارة بنية الأخذ بأحكام القانون العام وأساليبه)^(٥).

(١) انظر د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ٢٠١١، ص ١٨، وكذلك انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام – التنفيذ – المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٦، وانظر لنفس المؤلف، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٢.

(٢) انظر د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص ٣١٣.

(٣) انظر زهدي يكن، القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري والنظرية العامة للمرافق العامة والعقود الإدارية والتنظيمات الإدارية، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٤٨٠.

(٤) انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٦١.

(٥) انظر د. عثمان سلمان غيلان العبودي، المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٦٢، أما بالنسبة للتعريف التشريعي للعقد الإداري فنلاحظ أن غالبية التشريعات قد تجنبت إيراد تعريف محدد للعقد الإداري واكتفت في أحسن الأحوال بتعداد أنواع العقود الإدارية في حين نجد أن تشريعات أخرى كلانحة العقود الإدارية الليبية رقم (٢٦٣) لسنة (٢٠٠٠) عرفت العقد الإداري في المادة (الثالثة) منها بالقول (..... يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللانحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة

ومما تقدم نستطيع أن نعرف العقد الإداري (بأنه عبارة عن توافق إرادتين الأولى تكون لأحد أشخاص القانون العام والثانية تكون لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص سواء أكان شخصاً معنوياً خاصاً أم شخصاً طبيعياً بهدف إدارة أو تنظيم أو تسيير مرفق عام أو المساهمة في تسيير مرفق عام وتظهر نية الطرف الأول بالأخذ بأساليب القانون العام فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو شروط وإجراءات وأساليب التعاقد وتنفيذ العقد وتعديله أو إنهائه من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص).

ويقصد جهة الإدارة، بقصد تنفيذ مشروع من المشاريع المعتمدة في الخطة والميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطوير أو تسيير مرفق من المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام وإطراد متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف تحقيق المصلحة العامة).

المبحث الثاني

معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني

سبق أن بينا بأن العقد الإداري في جوهره لا يختلف عن العقد المدني فهو تعبير عن توافق إرادتين أو أكثر لآحداث أثر قانوني معين كإنشاء التزام أو نقله أو تعديله، كما أن أركان العقد الإداري من (تراضي، المحل، السبب، والشكل) هي ذات أركان العقد المدني^(١)، كما أن شروط صحة الرضا والمحل والسبب متفقة في الجزء الأكبر منها مع شروط الصحة التي ترد على العقد المدني^(٢)، ويذهب الفقيه الفرنسي فالين (Waline) إلى القول بأن (التراضي هو العنصر الأساسي في العقد الإداري، وبأنه لا يوجد عنصر يمكن أن يقوم مقامه وهو المصدر المباشر للالتزامات الأطراف)^(٣)، كما قضت المحكمة الإدارية العليا بالقول (أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية، اللازمة لتكوينه، لا لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين يكون أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية)^(٤).

(١) ثار خلاف في فقه القانون الخاص حول أركان العقد إذ يذهب جانب من الفقه بأن العقد ينعقد بالتراضي وهو ركنه الأوحد ذلك أن المحل والسبب هما ركنان في الالتزام لا في العقد فكل التزام يُنشأه العقد يجب أن يكون له محل وسبب، ولذلك جاء القانون المدني العراقي متأرجحاً بين الرأي الذي يعتبر المحل ركناً في العقد وبين الرأي الذي يعتبر المحل ركن في الالتزام فجاءت النصوص تشير إلى المحل كركن في الالتزام في حين أن عنوان الموضوع يشير إلى أن المحل ركن في العقد وهذا ما يستدل من قراءة النصوص للمواد (٧٤، ٧٥، ١٢٦) من القانون المدني، في حين ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل العقد هو ما ورد عليه العقد ومحل الالتزام هو تنفيذ ما اتفقه عليه المتعاقدان بصدد المحل، لمزيد من التفصيل انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج ١، دار الفكر، ص ٤٦٣، كذلك انظر د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٨٠ و ١٨١.

(٢) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٥.

(٣) Waline M, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit. P 559.

كذلك انظر المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن (إذا وجب أحد المتعاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب)

(٤) حكمها في الطعن (٦٣١) لسنة (٢٥ق)، جلسة (٢ / ٢ / ١٩٩٣)، الموسوعة الإدارية الحديثة، ص ١١.

أما السبب في العقد الإداري : ومن دون اللجوء في تفاصيل النظرية التقليدية^(١) التي اعتبرت السبب ركناً مادياً في العقد ويجب توافره في كل عقد وأن السبب يتسم بطابع موضوعي على خلاف النظرية الحديثة التي اعتبرت للسبب مفهوماً ذاتياً وهو الدافع واعتبرته شرطاً لازماً لصحة العقد ومشروعيته، فإن الفقه أجمع على ضرورة توافر ركن السبب في العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني وإن دافع الإدارة في التعاقد هو دائماً تحقيق المصلحة العامة، وضمان استمرار سير المرافق العامة وطبق مجلس الدولة الفرنسي قواعد القانون المدني بأحكامه المتعلقة بالسبب ففضى ببطلان العقد لتخلف ركن السبب في قضيتي (Michaux) و(Ciedes Messageries)، وهذا هو أيضاً موقف القضاء الإداري المصري حيث أقر في عدة قرارات بركن السبب في العقد الإداري وهي المصلحة العامة وهذه المصلحة تختلف عن السبب في العقود المدنية وهي في الأغلب مصلحة خاصة^(٢).

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه (يشترط في العقد - أياً كان إدارياً أو مدنياً- أن يكون له محل وأن يكون المحل مشروعاً وقابلًا للتعامل فيه، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا كان محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام)^(٣).

أما فيما يتعلق بالشكلية فالأصل أن العقد لا ينعقد إلا باستيفاء الشكلية التي نص عليها القانون ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ويسري هذا الحكم على ما

(١) ذهب الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol) إلى القول بعدم ضرورة نظرية السبب واعتبر أن القانون قد أخطأ عندما اعتبر السبب ركناً في العقد حتى أن بعض التشريعات كالبولوني والسويسري والألماني أخذت بفكرة العقد المجرد عن السبب معتبرة بأن الالتزام يستمد صحته من مجرد الوعد وإن عدم صحة الوعد أو عدم مشروعيته لا تتبع بطلان العقد، في حين ذهب الفقيه كابيتان (Capitant) إلى أن نظرية السبب دليل تمدن وحضارة ووسيلة لتهديب القانون، لمزيد من التفصيل انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ٣١٧.

(٢) لمزيد من التفصيل حول ركن السبب في العقد الإداري وبيان حيثيات القضيتين المشار إليها في اعلاه انظر د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٣٨١، وفي نفس المعنى انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ٣٢٤.

(٣) حكمها الطعن المرقم (١٣٠٣) لسنة (٨ ق)، جلسة (١٩٦٦/١٢/٢١)، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً، من سنة ١٩٥٥ إلى سنة ١٩٧٠، ص ١١٨.

يطراً على العقد من تعديل^(١)، فالأصل أنه لا يشترط في الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد العقد الإداري شكلاً معيناً إذ يجوز التعبير عن كل منهما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً أو بإتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي^(٢)، واستناداً لما تقدم فالأصل لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، إلا أن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب ركون الإدارة دائماً إلى إثبات إجراءاتها وروابطها التعاقدية كتابة^(٣).

لذلك يمكن القول أن الإدارة غير ملزمة باستخدام الصيغ المكتوبة للعقود الإدارية إلا عندما يفرضها القانون صراحة، وإذا ما نص القانون على شكل الكتابة يترتب على إغفال هذا الشكل البطلان، ففي العراق فإن الإدارة ملزمة بتحرير صيغة للعقود الحكومية التي تبرمها دوائر الدولة والقطاع العام في مجالات الأشغال العامة والتجهيز للسلع والخدمات المختلفة والعقود الاستشارية^(٤)، وكذلك الحال في فرنسا ومصر وسوريا حيث اشترط المشرع تحرير العقود كتابة في نطاق عقود الأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات والتي تسمى في فرنسا بعقود الشراء العام، وعموماً نستطيع القول أن العقود الإدارية تتأبى بحكم طبيعتها وذاتيتها ومحتواها إلا أن تكون مكتوبة حتى وإن لم ينص المشرع على ذلك، ولذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر العقود غير المكتوبة معيبة بسبب النقص في الكتابة حيث جاء في حكمه

(١) نصت المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي على أن (١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢- يجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل).

(٢) انظر المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٠) من القانون المدني المصري.

(٣) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، ٢٠٠٧، ص ٥٢.

(٤) انظر المواد (١، ٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، بل أن المشرع العراقي قد أشار في عدة مواضع من التعليمات إلى توقيع العقد ومن البديهي أن العقد المكتوب هو الذي يرد عليه التوقيع بل أن المشرع العراقي ذهب لأبعد من ذلك عندما حدد اللغة التي يجب أن يكتب بها العقد حيث نصت المادة (٨/٨) من التعليمات المذكورة على أن (أ- تكتب العقود باللغة العربية والكردية والإنكليزية كلما كان ذلك ممكناً. ب- تحدد وثائق المناقصة النسخة المعتمدة عند الاختلاف في التفسير).

الصادر بتاريخ (١٦/١/١٩٣١) في قضية (Bonniol) أن (عقد الامتياز لا يمكن أن يوجد قانوناً من حيث المبدأ من غير كتابة)، أما الاستثناء على القاعدة فهي العقود الإدارية الشفوية حيث أقر القضاء الإداري في مصر وفرنسا وسوريا فكرة العقود الإدارية الشفوية بالرغم من صعوبة الإثبات حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى القول (... أن العقد الإداري قد يكون غير مكتوب، وفي مثل هذه الحالة فإن الشروط الاستثنائية غير المألوفة تكون مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة في الأصل ويخضع مباشرة لنصوصها العقد منذ نشأته وبعد إبرامه...)^(١).

أما النوع الآخر من العقود غير المكتوبة فهي (العقود الضمنية)^(٢) ومن صورها عقود تقديم المعونة حيث يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار عمليات الإنفاذ التي تجريها السفينة المنقذة للسفن الجانحة بناءً على طلب السلطات البحرية عقداً ضمناً لا مجرد عمل مادي، وكذلك يعتبر العقد بناءً على مذكرة أو فاتورة وهي من عقود الشراء العام في فرنسا عقداً إدارياً شفوياً إذا كانت قيمة هذه العقود زهيدة وذلك بالاعتماد على الكشف الذي يقدمه المقاول أو المجهز وهذا يعتبر استثناء من عقود الشراء العام (الإشغال، التوريد، النقل، الخدمات) التي أوجب المشرع تحريرها كتابة^(٣) وهذا النوع من العقود الإدارية معروف في التشريعات العربية^(٤).

(١) حكمها في القضية المرقمة (٣٤٨٠)، لسنة (٩٩ق)، جلسة (٢ / ٦ / ١٩٥٧)، أورده د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٤١٥.

(٢) نصت المادة (٨١) من القانون المدني العراقي على أن (١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان يعتبر قبولا. ٢- ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هنالك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، كذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضاعة التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط).

(٣) لمزيد من التفصيل انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٤١٣ و ص ٤١٦ و ص ٤٢٣.
(٤) أشارت المادة (٤/سادسا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة إلى أسلوب (لجان المشتريات) كأسلوب للتعاقد يستخدم لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات مع مراعاة الضوابط التي تصدرها دائرة العقود العامة الحكومية في وزارة التخطيط بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة بالموضوع، وقد حدد قرار مجلس الوزراء رقم (٥٦) في (١٤ / ٢ / ٢٠١٢) البند (أولاً) منه سقف الحد الأعلى لصلاحيات لجان المشتريات بمبلغ (١٠٠,٠٠٠,٠٠٠) مائة مليون دينار بدلاً من (٥٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسين مليون دينار ومن

وإذا كان هناك تشابه في العناصر الجوهرية بين العقد المدني والعقد الإداري فإن ذلك لا يعني وحدة النظام القانوني للعقدين، فالعقد الإداري يتفرد ويماز عن العقد المدني بنظامه القانوني الخاص المتعلق بقواعد التكوين والإبرام والتي تكون عادة معقدة ومركبة، وكذلك نجد الاختلاف في الأحكام الموضوعية المتعلقة بآثار العقد وتنفيذه وانتهائه، فالعقود الإدارية تخرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ذلك أن شروط العقد وعلاقة المتعاقدين محددة مسبقاً وليس للمتعاقد مع الإدارة مناقشتها^(١) وسنحاول الوقوف على معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني في مطلبين أساسيين؛ الأول: سنخصه إلى المعيار العضوي، والثاني: سنخصه إلى المعيار الموضوعي.

المطلب الأول

المعيار العضوي (معايير أطراف العقد)

إن ما يميّز العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام^(٢) وهذا ما يسمى بالشرط المفترض في العقود الإدارية (Condition Presumé) يترتب على تخلفه عدم اعتبار العقد من العقود

خلال ثلاثة عروض وتنظم تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية التي تصدر عن وزارة المالية سنوياً أسلوب الشراء وعادة ما تكون العقود التي تبرم من قبل لجنة المشتريات المركزية في الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزارة من العقود الضمنية لا تتطلب إبرام عقد مكتوب وتتم تسوية سلفة اللجنة المذكورة على أساس الفاتورة أو قائمة الثمن، ومع ذلك نجد أن الجهات الرقابية كديوان الرقابة المالية تتساءل دوماً عن أسباب عدم تحرير عقود مكتوبة لمثل هذا النوع من المشتريات ولعل السبب في ذلك يرجع في تقديرنا إلى عدم معرفة الجهات المذكورة بمفهوم العقود الشفوية والحرص على المال العام، أما في مصر فإن المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة اكتفت أن كانت قيمة العقد تقل عن (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف جنيه بأخذ إقرار من المتعاقد مع الجهة الإدارية بالتنفيذ دون الحاجة لتحرير عقد مكتوب، أما في سوريا فإن المادة (٤) من المرسوم التشريعي رقم (١٩٦٩/٢٢٨) أجازت للإدارة الشراء المباشر لتأمين احتياجاتها إذا كان الشراء من جهات عامة أو إذا كان السعر لا يتجاوز (٢٠,٠٠٠) عشرين ألف ليرة سورية أو إذا كانت المواد تستند إلى تعريفه رسمية.

(١) ثار خلاف بين فقهاء القانون العام حول مدى استقلالية النظام القانوني للعقد الإداري عن النظام القانوني للعقد المدني حيث يرى الفقيهان جيز ودولبادير (Delubaderé, Jeze) أن العقد الإداري له نظامه القانوني والقضائي المستقل عن القانون المدني من حيث المصادر، والقواعد، والتنازع، والآثار في حين ذهب الفقيه دوكي (Duguit) بعدم وجود فرق أساسي بين العقد الإداري والعقد المدني لأنهما يتفقان في عناصرهما الجوهرية وأن خضوع العقد الإداري لقضاء متخصص يجعل الفرق بينهما أشبه بالفرق بين العقود المدنية والعقود التجارية التي تخضع في منازعاتها للمحاكم التجارية، لمزيد من التفصيل انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ١٩٠.

(٢) إن فكرة الشخص العام مستقلة أصلاً من فكرة الشخص المعنوي في القانون الخاص والذي يتمتع بكيان قانوني مفترض لتحقيق أهداف وأغراض معينة، ولمزيد من التفصيل عن أهلية الشخص العام انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ٢١٧.

الإدارية^(١) إلا أن وجود هذا الشرط المفترض لا يعتبر بحد ذاته كافياً لاعتبار العقد إدارياً إذ إلى جانب هذا الشرط يجب أن يبدو العقد عملاً أو تصرفاً من تصرفات الإدارة العامة سواء بسبب بنوده أو موضوعه أو نظامه^(٢).

وأشخاص القانون العام هم الدولة والأشخاص العامة الإقليمية كالمحافظات والأقاليم والمدن والقرى والهيئات العامة وكذلك الأشخاص المعنوية العامة التي يعترف لها القانون أو القضاء بالصفة العامة وكذلك المرافق العامة المهنية كالنقابات المهنية كنقابة المحامين والمهندسين والأطباء، وكذلك المؤسسات الدينية التي اعترف لها القضاء الإداري بالشخصية المعنوية العامة كبطرانة الأقباط الأرثوذكس والمجلس الصوفي الأعلى، وكنائس نهضة القداسة في مصر^(٣)، وإضافة للدولة والمؤسسات العامة الإدارية يعتبر من أشخاص القانون العام في فرنسا الوحدات المحلية، والمؤسسات العامة التجارية والصناعية وأشخاص القانون الخاص المكلفين بمهام مرفق عام^(٤).

والعبرة بتحديد وصف الشخص العام هو بتمتع الشخص بهذا الوصف وقت إبرام العقد لا بوقت رفع الدعوى^(٥) ويبقى العقد إدارياً حتى وإن تحول الشخص بعد إبرام العقد إلى شخص خاص، أما إذا كان العقد مبرماً بين أكثر من متعاقد فإنه يعتبر إدارياً إذا ما كان أحد هذه الأطراف من أشخاص القانون العام^(٦).

(١) انظر د. ثروت بدوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٦٣، ص ٥٨.

(٢) انظر د. جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعياري تمييز العقد الإداري في القانون الفرنسي والمصري، الطرق والمعايير التقليدية، الاتجاهات الحديثة في التشريع والقضاء والفقهاء، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٨٢.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٤.

(٤) انظر د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية،

دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٢١؛ كذلك انظر د. محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة منشورة على الموقع الإلكتروني www.Arablawinfo.Com، ٢٠٠٠، ص ٤.

(٥) انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٧١.

(٦) انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص ٢١٣.

ومع ذلك يعتبر العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون الخاص عقداً إدارياً في حالتين الأولى، إذا كان الشخص الخاص وكيلاً عن الإدارة في إبرام العقد تطبيقاً للقواعد العامة في الوكالة ذلك أن أثر العقد ينصرف إلى الجهة الإدارية باعتبارها هي الطرف الأصيل^(١).

وهذا الاتجاه أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث جاء بأحد قراراتها (بأنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توفرت العناصر الأخرى التي يميز العقد الإداري...)^(٢)، والذي يلاحظ على القضاء المذكور أنه يمثل تطبيقاً لقواعد الوكالة في القانون المدني^(٣) في حين نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب إلى أبعد من تطبيق قواعد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني حيث جاء في أحد قراراته (أن الشخص الخاص الذي يتصرف لحساب شخص عام يمكن أن يبرم عقداً إدارياً وليس من الضروري أن يكون هذا الشخص وكيلاً بالمعنى المتعارف عليه في القانون المدني...)^(٤).

أما الحالة الثانية، فهي حالة تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة لحساب ومصلحة الإدارة، حيث ذهب القضاء الإداري في مصر إلى اسباغ صفة العقود الإدارية على كافة العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص إذا كان التعاقد لحساب مصلحة شخص عام في حين نجد أن القضاء الفرنسي قصر ذلك على عقود الأشغال العامة^(٥).

(١) د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزيدات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٩.

(٢) حكمها الصادر في (٧ / مارس / ١٩٦٤) والمنشور في مجموعة الأحكام الخاصة، بالسنة التاسعة، ص ٧٦٣.

(٣) عرفت المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) أما المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري فقد عرفت الوكالة بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل).

(٤) انظر د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، المصدر السابق، ص ٢٥.

(٥) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٩.

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي في أحكام حديثة لم يعد يستند إلى معيار أطراف العقد لاعتبار العقد إدارياً ذلك لأن هنالك بعض العقود تبرم من قبل الأشخاص العامة إلا أنها تتوسل بأساليب القانون الخاص إذ أخذ يستند لمعيار آخر لاعتبار العقد إدارياً إلا وهو تعلق موضوع العقد بالتنفيذ ذاته للمرفق العام ويتضح ذلك جلياً في حكم لمحكمة التنازع صادر في (٧/١٠/١٩٩١) عندما اعتبرت العقد المبرم من قبل أحد المراكز الإقليمية للأعمال الجامعية والمدرسية مع إدارة الإسكان وهو مرفق عام بخصوص توفير سكن مدعم أو منخفض لهذا المركز هو عقد إداري ليس باعتبار صفة أطرافه ولكن بالاستناد إلى موضوع العقد يتعلق بالتنفيذ ذاته^(١). فضلاً عن ذلك نجد أن هنالك عقوداً يكون أحد أطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام إلا أن الفقه والقضاء اعتبراه من عقود القانون الخاص بالنظر إلى موضوعها وإن كانت تتضمن شروط غير مألوفة أو معدة مسبقاً ومثالها العقود التي تبرم بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وبين المنتفعين أو المستخدمين كعقود توفير خدمات الماء والكهرباء والتلفون والغاز وغيرها^(٢).

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي (معيار الاجتهاد القضائي)

لقد استقر القضاء الإداري وبعد فترة طويلة من التردد على أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام وينصب على إدارة أو الاشتراك في إدارة مرفق عام ويتضمن شروطاً غير مألوفة استثنائية^(٣) ولغرض الوقوف على مفهوم المعيار الموضوعي لتمييز العقود الإدارية سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

اتصال العقد بنشاط مرفق عام

(١) انظر د. طارق سلمان، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٢) انظر د. جورجي شفيق ساري، المصدر السابق، ص ٨٣.

(٣) انظر د. طارق سلمان، المصدر السابق، ص ٣٧.

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام بل لابد أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بهدف تحقيق مصلحة عامة والمعروف أن فكرة المرفق العام^(١) هي الأساس التي تقوم عليها معظم نظريات القانون الإداري وللمرفق العام مدلولان الأول مادي (موضوعي) ويراد به النشاط الذي تضطلع به المؤسسة أو الهيئة ولذلك عرفه الفقيه دوكي (Duguit) بأنه (كل نشاط ينبغي على الحكام أن يضمنوا قيامه وتنظيمه ومراقبته لأن القيام بهذا النشاط ضروري لمبدأ التضامن الاجتماعي)، أما المدلول الثاني فهو المدلول (العضوي) يراد به مجموعة الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بواسطتها الشخص الإداري مهامه ولذلك عرفه الفقيه هوريو (HAURIOU) بأنه (منظمة عامة لها من السلطات والاختصاصات ما تكفل القيام بخدمة معينة تقدمها للجمهور بشكل منظم)^(٢).

أما المفهوم القضائي للمرفق العام فنستخلصه من تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية للمرفق العام إذ تقول (أن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين في إنشائه وتسييره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة)^(٣).

أما محكمة تمييز العراق فقد عرفت المرفق العام في القضية التي اشتهرت بإسم (قضية عبد الله نشأت) والتي أوردت في قرارها الصادر بهذه القضية تعريفاً للمرفق العام حيث جاء فيه (... أن مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقاً من

(١) انظر حول فكرة المرفق العام ومدلول المرفق العام د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٧٣ ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٣٥، د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، المصدر السابق، ص ٢٢٦، ود. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، ط ١، ٢٠١٠، ص ٤١، د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص ٣١٩، د. عبد الغني بسيوني، المصدر السابق، ص ٨٩، زهدي يكن، المصدر السابق، ص ١١٥، د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٤٩، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك ٢، نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة، دار الفكر العربي، (١٩٧٩)، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) انظر د. ماهر صالح علاوي، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(٣) حكمها في الجلسة المؤرخة (٢ / ٦ / ١٩٥٧)، مجموعة السنة السادسة، ص ٥٣٤، نقلاً عن الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٣٥

المرافق العامة، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تتظمه أو تشرف على إدارته ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام وليس المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح...^(١)

ومن خلال تتبع بعض الأحكام الصادرة من محكمة تمييز العراق نجد أن المحكمة المذكورة قد اعتبرت اتصال العقد بمرفق عام يجعل من العقد إدارياً حسب ما جاء في أحد قراراتها (... تبيين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة)^(٢).

إلا أنه يجب ملاحظة أن اتصال العقد بالمرفق العام لا يعني أن يكون موضوع العقد متعلقاً مباشرةً بالمرفق العام كإنشاء المرفق العام أو تسيير نشاطه وإنما يتحقق هذا الشرط بأي صورة من صور الاتصال الأخرى كتنظيم المرافق العامة أو استغلالها كما هو الحال في عقد التزام المرافق العامة^(٣)، وعقد الأشغال العامة وتتحقق هذه الصفة إذا ما اتصل العقد بالمعونة في تسيير مرفق عام عن طريق توريد مواد أو تقديم خدمات كعقود استغلال عربات الأكل في القطارات^(٤)، إذ أنه موضوع العقد ينصب على تقديم خدمة لمرفق النقل بالقطارات، أما الاستثناء الذي يرد على هذا الشرط - أي اتصال العقد بمرفق عام - فهو العقود المبرمة من قبل المرافق العامة الاقتصادية إذ اعتبرها القضاء الإداري في مصر عقوداً مدنية تخضع لولاية القضاء العادي بسبب طبيعتها التجارية وإن كان العقد يتصل بمرفق عام^(٥)،

(١) حكمها المرقم (٣٢٦ / صلحية / ١٩٦٨)، في (٢٠ / ٤ / ١٩٦٨)، أشار إليه الدكتور ماهر صالح علاوي، المصدر السابق، ص ١٨٢.

(٢) حكمها المؤرخ (٢٨ / ٧ / ١٩٦٦)، والمنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، (١٩٦٩)، ص ٢٠٨، أشار إليه الدكتور محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٤٢.

(٣) عرفت المادة (٨٩١) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي التزام المرافق العامة بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى القانون.

(٤) انظر د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص ٣١٩.

(٥) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٣٨، كذلك انظر د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، المصدر السابق، ص ٢٦، هامش رقم (٣).

حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن (عقد اشتراك التفون يعتبر من عقود القانون الخاص التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين بخدماتها)^(١)، أما القضاء الفرنسي فإنه لم يعتبر العقد إدارياً إلا إذا كان وثيق الصلة بالمرفق العام كعقد امتياز المرافق العامة أو عقد الوظيفة العامة أو العقد الذي يحقق غرض المرفق العام حالاً ومباشرة كعقد نقل الجنود والمؤن على سفينة خاصة، وعقد توريد الوجبات الغذائية كالعقد الذي أبرمه الزوجان (بيرتان) عام (١٩٩٤) والمتضمن التعهد بتقديم الوجبات الغذائية اليومية للقوات الروسية وعائلاتهم الموجودين في فرنسا لحين عودتهم إلى بلادهم مقابل (٢٠) فرنك يومياً للشخص الواحد دون النظر إذا كان العقد يتضمن شروطاً استثنائية من عدمه^(٢).

وخلاصة القول أن العقد يعد إدارياً متى ما أتصل بإنشاء وتسيير مرفق عام مباشرة أو شارك أو ساهم في تسيير وإدارة واستغلال وتنفيذ المرفق العام، لذا نجد أن جانباً من الفقه قد اكتفى باتصال العقد بنشاط المرفق العام بصورة مباشرة أو غير مباشرة يقصد بذلك المساهمة أو المعاونة في إدارة أو تسيير المرفق العام لاعتبار العقد ذا صفة أو طبيعة إدارية في حين ذهب جانب آخر إلى اشتراط عنصر السلطة العامة في إدارة وتسيير وتنظيم المرفق العام وتبرير هذا الرأي أن العقد قد يتصل بنشاط مرفق عام لكن الدولة لا تلجأ إلى أسلوب القانون العام وإنما تلجأ لوسائل القانون الخاص وبذلك لا يكون العقد إدارياً بالرغم من اتصاله بمرفق عام^(٣).

لذا فإن العقد يعد عقداً إدارياً متى ما اتصل بنشاط مرفق عام على الوجه الذي بيناه سابقاً، أما عن المدى المطلوب في الاتصال بالمرفق العام لاعتبار العقد إدارياً فهي مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي وظروف العقد فنجد القضاء الإداري يقرر تحقيق الاتصال بالمرفق العام وبالتالي إضفاء الصفة الإدارية على

(١) حكمها في الطعن (١٨) لسنة (٢٩) في (٢٨/ديسمبر/١٩٨٥) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨٤.

(٢) انظر د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، المصدر السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٣ و٤، السنة ٢٧، ١٩٥٧، ص ١١ وما بعدها.

العقد إذا ما وجد أن العقد يحقق بصورة مباشرة غرضاً من أغراض المرفق العام ونجده يقرر نفس الحكم إذا كان الاتصال غير مباشر عن طريق الاشتراك أو المعاونة، أما إذا انقطعت الصلة تماماً بالمرفق العام فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبره عقداً خاصاً، كما ان القاعدة تقضي اعتبار العقد المتصل بنشاط مرفق عام عقداً إدارياً بصرف النظر عن نوع هذا المرفق سواء كان إدارياً أم اقتصادياً أو مهنيًا ومع ذلك نجد أن القضاء الإداري المصري اعتبر العقد المتصل بالمرفق الاقتصادية من عقود القانون الخاص كما بينا سابقاً^(١)، فهذه المرافق تخضع لمزيج من قواعد القانون العام والخاص فهي تخضع لقواعد القانون العام كونها مرافق عامة إلا أن نشاط هذه المرافق ذا الصفة التجارية والصناعية يخضع للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي، أما المرافق المهنية فهي على نقيض المرافق الاقتصادية، إذ نجد أن تكوينها النقابي يخضع للقانون الخاص بينما يحكم نشاطها بصفة عامة القانون العام^(٢).

أما القضاء العراقي : فإنه يأخذ بمعيار مزدوج لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية فهو لا يكتفي أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام لاعتباره إدارياً ما لم يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة وهذا الاتجاه يتجلى في الأحكام الصادرة من محكمة التمييز ومنها الحكم الصادر عام (١٩٦٧) والذي جاء فيه (... فضلاً عن أن المقالة تتعلق بإنشاء مدرسة وهي إحدى المرافق العامة وقد أجري العقد بطريقة المناقصة وبشروط خاصة فهي لذلك عقد إداري)^(٣).

الفرع الثاني خضوع العقد لأساليب ووسائل القانون العام

- (١) لمزيد من التفصيل انظر د. سلمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨١، وص ٨٢، وص ٨٤.
- (٢) لمزيد من التفصيل حول طبيعة المرافق الاقتصادية والمهنية ومدى خضوعها لقواعد القانون الخاص انظر د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ك ٢، نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة العامة، المصدر السابق، ص ٤٥، وص ٥٠.
- (٣) حكمها المرقم (١٦ / ٢ / ١٩٦٧) في (١٣ / ٤ / ١٩٦٧) أشار إليه خالد مرموص الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٨٧، ص ٥٦.

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام وأن يتصل موضوعه بنشاط مرفق عام ما لم يقترن ذلك بانصراف نية الإدارة إلى استعمال امتيازاتها وسلطاتها العامة من خلال تضمين العقد شروطاً غير مألوفة (استثنائية) في عقود القانون الخاص (Clauses exorbitantes) فقد يكون أحد طرفي العقد شخصاً عاماً ويتصل العقد بنشاط المرفق العام إلا أن الإدارة قد تتوسل بوسائل القانون الخاص تحقيقاً لمصلحتها وهنا لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية على العقد ما لم يتصل موضوع العقد نفسه بالمرفق العام على أي صورة من الصور مشتركاً في ذلك على درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد^(١).

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها إلى أن (... إذا كان العقد مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فهو عقد من عقود هذا القانون، وتخرج المنازعة بشأنه من ولاية القضاء الإداري...)^(٢)، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر، أما القضاء العراقي فهو بدوره عرف الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري حيث ذهبت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها إلى القول (... ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأساليب القانون العام وشروط غير مألوفة من إجراء مناقصة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص...)^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري المؤرخ (١٦ / ديسمبر / ١٩٥٦) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨٥ و ص ٨٦.
(٢) حكمها في (٣١ / مارس / ١٩٦٢م) السنة (٧)، ص ٥٢٧، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨٦، هامش رقم (١).
(٣) حكمها المرقم (٢٥٢٧/ح/١٩٦٦)، أشار إليه د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٥٠، ولمزيد من التفصيل حول موقف القضاء العراقي من المعيار المميز للعقد الإداري انظر د. حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٤، ص ٢٨ و ص ٢٩، كذلك انظر د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٠٨ وما بعدها.

وذهبت محكمة التمييز في حكم آخر لها إلى القول (.تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين...)^(١)، هذا وقد خلص الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق إلى ضرورة المزوجة بين معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية التي تخرج عن الشريعة العامة للتعاقد في ظل قواعد القانون الخاص كأساس لتمييز العقد الإداري^(٢).

أما عن طبيعة الشرط الاستثنائي نلاحظ أن الاتجاهات الفقهية عموماً تتمحور حول مفهوم واحد وهي أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة لأنها غير مشروعة لمخالفتها للنظام العام ولكونها تتعلق بأعمال السلطة العامة ولا مجال لتطبيقها في عقود القانون الخاص حتى وإن كان أحد المتعاقدين بمركز يسمح له بفرض مثل هذه الشروط على المتعاقد الآخر إلا أن جميع هذه الآراء تصب في أناء واحد محتواه أن الشروط الاستثنائية تنتمي إلى فكرة السلطة العامة وتعتبر مظهراً من مظاهرها في العقد الإداري وإن الشروط غير المألوفة تعتبر ضمن الوسائل المبررة لأعمال فكرة السلطة العامة في النظام القانوني للعقد الإداري^(٣).

أما المعيار المميز للشروط الاستثنائية فنلاحظ أن القضاء الإداري عموماً في فرنسا ومصر والعراق قد تجنب الخوض في تحديد هذا المعيار واكتفى في كثير من الأحيان إلى اعتبار العقد إدارياً لتضمنه شروط غير مألوفة في قواعد القانون الخاص إلا أنه من تتبع الأحكام والوقائع نلاحظ أن القضاء الإداري قد استقر على اعتبار

(١) قرار محكمة التمييز رقم (١٥٨/ح/١٩٦٦) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني العدد (٢)، السنة ٥، ص ٢٠٨، نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ١٥٧.

(٢) من الفقه الفرنسي الذي اعتنق هذا الرأي الفقهاء كل من بونار (Bonnard) وجاببوس (Ghapus) ومن الفقه المصري د. سليمان محمد الطماوي، ود. حسين درويش عبد العال، لمزيد من التفصيل انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ١٥٩.

(٣) وحول طبيعة الشروط الاستثنائية والآراء الفقهية التي قيلت بشأنها من قبل الفقهاء فالين (Waline) ورينيه شاببوس (René Chapus) وروفيير (Rouviere) وفيدل (Vedel)، انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

الشروط الآتية من الشروط الاستثنائية غير المألوفة تضيي الصفة الإدارية على العقد المعروض أمام القضاء :

١- إذا تضمن العقد شروطاً تجعل كفة الميزان غير متساوية بين المتعاقدين أي تخل بقاعدة مساواة المتعاقدين قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وخصوصاً إذا ما كانت شروط التعاقد معدة سلفاً أو منظمة وفقاً لما يعرف بشروط الأسد في القانون الخاص وعادة ما تتعلق مثل هذه الشروط بأساليب التعاقد وإرساء المناقصات والإحالة والإبرام والإضافة وتعديل بنود العقد والإشراف وفرض الجزاءات وفسخ العقد من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة^(١).

٢- إذا تضمن العقد شرطاً يقضي بإحالة تفاصيل وأحكام العقد إلى شروط معدة مسبقاً تخص طائفة من العقود كعقود الأشغال العامة والتي تعرف فقهاً بالإحالة لدفاتر الشرط ومثال ذلك في العراق أن يتم تضمين عقد الأشغال العامة نصاً يقضي بالرجوع إلى أحكام الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والميكانيكية والكهربائية والكيمائية بقسميها الأول والثاني والصادرة من وزارة التخطيط لعام (١٩٨٨)، ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي في بدايات قضائه وتعرضه للشروط الاستثنائية لم يعتبر في قضية (Deshayes) عام (١٩١٨) كراسة الشروط والمواصفات العامة شرطاً استثنائياً غير مألوف، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رجع عن موقفه في أحكام صدرت له لاحقاً في الأعوام (١٩٣٠ و ١٩٤٦) حيث اعتبر العقود المحالة وفقاً لدفاتر الشروط الخاصة بوزارة الحربية والطيران الفرنسية عقداً إدارياً كون هذه الشروط تخرج عن المألوف في القانون الخاص وتجعل العقد إدارياً^(٢).

(١) عرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية في حكمه الصادر في (٢٠ / أكتوبر / ١٩٥٠)، في قضية (Stien) بأنها (... تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري...)، انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٢) انظر د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مقالة منشورة في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع، السنة ٣٧، ١٩٥٧، ص ١٣٧.

إلا أنه يجب ملاحظة أن دفا تر الشرط أو الشروط العامة^(١) للتعاقد إذا ما تم النص على سريانها في العقد فإنها تكون ملزمة لطرفي العقد طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ولا تستطيع الإدارة والحالة هذه اجتراء النصوص التي تحقق مصالحها وتهدر النصوص التي هي مقررة لمصلحة الطرف الآخر، كما لا تستطيع الإدارة أن تلزم المتعاقد معها على تطبيق نصوص لم ترد في صلب العقد ولم ترد في الشروط العامة للتعاقد التي تعتبر مكملة للعقد وجزءاً لا يتجزء منه، كذلك إذا ما نصت الإدارة على حكم خاص في العقد يخالف الحكم العام الوارد في الشروط العامة للتعاقد فإن الإدارة ملزمة بهذا النص وليس لها أن تحتج بالشروط العامة للتعاقد وهذا هو اتجاه محكمة التمييز في العراق حيث ذهبت في أحد قراراتها إلى (...). وجد أن الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية فيما يتعلق بنسبة الغرامات هي توجيه للدوائر ذات العلاقة، أما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما تضمنه العقد شريعة المتعاقدين، فإذا كان عقد المقاوله بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فهذا النص هو الذي يعمل به...^(٢).

٣- إذا تضمن العقد شرطاً يعطي الولاية بالنظر في النزاع الناشئ عن العقد إلى القضاء الإداري، والحقيقة أن الأختصاص القضائي يتعلق بالنظام العام لا يملك المتعاقدين تعديله وبالتالي فإن شرط الاختصاص القضائي لا يؤثر بطبيعة العقد أو يغير منها إلا أن مثل هذا الشرط يعتبر كاشفاً عنها ولذا فإن هذا الشرط يكون معدوم القيمة إذا كانت طبيعة العقد واضحة لا لبس فيها كما لو نص في أحد عقود الأشغال العامة التي تبرمها وزارة من وزارات الدولة على إحالة النزاع

(١) في العراق تعتبر شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام ١٩٨٨ وشروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة والتعليمات الحسابية الخاصة بالأعمال التي يتقرر تنفيذها أمانة رقم (٧) لسنة (٢٠٠١) الصادرة عن وزارة التخطيط من قبيل دفا تر الشرط التي تطبع العقد بالطابع الإداري.

(٢) قرارها المرقم (١٨١٩) في (١٩٨٦/١٠/٢٣) أشار إليه د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٩٩.

المتعلق بالعقد إلى محكمة القضاء الإداري في العراق سنجد أن هذا الشرط معدوم الأثر لأن محكمة القضاء الإداري سترد الطعن لعدم الاختصاص، ذلك أن القضاء العادي في العراق هو المختص بنظر العقود الإدارية خلافاً لما هو معمول به في أنظمة القضاء المزوج إلا أن نظر القضاء العادي في منازعات هذا العقد لا ينفي عنه الصفة الإدارية ومن هنا نجد أن مثل هذا الشرط مفيد إذا كان القضاء الإداري هو من يختص بنظر منازعات العقود الإدارية وكانت طبيعة العقد المطعون فيه غير واضحة فيكون شرط الاختصاص والقرائن الأخرى سبباً في اسباغ الصفة الإدارية على هذا العقد موضع الخلاف^(١).

٤- إذا كان العقد ينصب مباشرة على قيام المتعاقد مع الإدارة بإدارة وتسيير مرفق عام كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة الإدارية حيث تعتبر هذه العقود عقوداً إدارية باستمرار مع ملاحظة الطبيعة الخاصة للمرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية)^(٢).

٥- إذا أعطى العقد للمتعاقد مع الإدارة امتيازات وسلطات استثنائية في مواجهة الغير كحق نزع الملكية أو فرض ارتفاعات معينة في عقود امتياز المرافق العامة أو الاستيلاء أو شغل العقارات العائدة للغير لفترة محدودة في عقود الأشغال العامة وغيرها.

٦- تأخذ العقود التبعية (التكميلية) المستندة لعقد إداري أصلي نفس وصف العقد الإداري الأصلي حتى وإن كانت لا تتضمن شروطاً استثنائية أو كانت شفوية غير مكتوبة ولا يتطلب الأمر وهذه الحالة استظهار أركان العقد الإداري لأن العقد التبعية يكون بنفس طبيعة ووصف العقد الأصلي الذي ارتبط به وهذا هو اتجاه القضاء الإداري في فرنسا ومصر^(٣).

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا الشرط انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٤.

(٢) لمزيد من التفصيل حول هذا الشرط انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٦.

(٣) للإطلاع على التطبيقات القضائية في هذين البلدين انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٨.

٧- لا يترتب على خلو العقد من الشروط غير المألوفة في جميع الأحوال إلى اعتبار الإدارة قد تجاهلت اللجوء إلى أساليب ووسائل القانون العام وبالتالي اعتبار العقد مدنياً ذلك أن هناك عقوداً إدارية بطبيعتها أو بحكم القانون وإن لم تنطوي على مثل هذه الشروط كبعض عقود التوريد^(١)، ولذلك نجد أن جانباً من الفقه ذهب إلى اعتبار هذه الشروط ليست شروطاً خارقة أو غير مألوفة لأن اتجاه نية المتعاقدين في العقد الإداري بالأخذ بأسلوب القانون العام تتمثل في استئثار الإدارة باستعمال سلطاتها قبل المتعاقد الآخر وهذه السلطات تملكها الإدارة بحكم تعلق العقد بتنظيم أو تسيير مرفق عام أو المساهمة في ذلك وهذا الأمر من صميم واجبات الإدارة وبالتالي فإن هذه الشروط الواردة في العقد من مقتضى العقد^(٢).

والاتجاه السائد في الفقه والقضاء الإداري أن العقد الإداري رغم تضمينه شروطاً استثنائية فلا يعتبر عقداً من عقود الإذعان (الانضمام)^(٣) المعروفة في القانون المدني هذا مع عدم إنكار دور القانون الخاص في تصدير هذه الفكرة إلى مجال القانون الإداري والتي تقوم على أساس وجود طرف قوي يحدد الشروط يسمى (بالمشترط) وطرف ضعيف وهو (المذعن) وترجح كفة الأول على الثاني في العقد لاعتبارات تتعلق في كون الطرف المذعن لا يشارك في صناعة محتوى العقد وتقديره وتحديد شروطه وتعديلها فالطرف الأول هو (طرف فاعل) في العملية التعاقدية على عكس الطرف الآخر (المذعن) الذي يقتصر دوره على رد الفعل تجاه الأول والذي يمكن أن يطلق عليه بالطرف (المنفعل) في العملية التعاقدية^(٤)، ومع ذلك فإن هنالك خلافاً فقهيّاً فيما إذا كان العقد الإداري عقداً من عقود الإذعان من عدمه فذهب

(١) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٤٧.

(٢) رأي للأستاذ الدكتور إبراهيم طه الفياض (رحمه الله)، المصدر السابق، ص ٥٤.

(٣) عرف الفقيه (Saleilles) عقد الإذعان بأنه (... هو ذلك النمط من التصرفات الذي توجد فيه هيمنة حصرية لإرادة واحدة فقط تتصرف بشكل انفرادي وهذه الإرادة تسن قانونها على جماعة غير محددة من الأشخاص وهي أذ تقوم بذلك فإنها تلتزم في نفس الوقت انفرادياً بشكل مسبق..)، انظر د. علي عبد الأمير قبيلان، المصدر السابق، ص ١٦٦.

(٤) رأي للفقيه الفرنسي (Berlioz) أشار إليه د. علي عبد الأمير قبيلان، المصدر السابق، ص ١٦٤ و ص ١٦٥.

جانب من الفقه إلى أن العقد الإداري عقد من عقود الإذعان^(١) ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العقد الإداري هو تصرف انفرادي ذلك أن التحرير الانفرادي لمحتوى التصرف القانوني من جانب الإدارة وحدها مع إذعان الطرف الآخر لا يمكن وصفها كعملية تعاقدية ناشئة على توافق إرادتين^(٢)، في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول بنسبية الإذعان في العقود الإدارية كون المتعاقد مع الإدارة يملك الخيار بالتعاقد من عدمه مع علمه المسبق بالقوانين والتعليقات والشروط العامة للتعاقد المعتمدة من قبل الإدارة^(٣).

هذا وقد نادى اتجاه فقهي بفكرة انعدام الإذعان في العقد الإداري^(٤)، وقد أيدت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه في قرار صدر لها عام (١٩٥٧) جاء فيه (...إذا كانت جهة الإدارة هي التي تستقل حقيقة في صياغة العقد الإداري ووضع شروطه سلفاً، وبغير إشراك المتعاقد المعارض معها، إلا أن ذلك لا يعني أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها أو راغبين فيها، ذلك لأنهم يطلعون على هذه الشروط ويدرسونها ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات، ومن ثم فإن إرادة المتعاقد ليست أجنبية عن تكوين العقد وإبرامه...)^(٥).

(١) انظر د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج ١، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٩٣، ص ١١١، كذلك انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٩٣.

(٢) أصحاب هذا الاتجاه الفقيهان الفرنسيان دوكي (Duquit) وهوريو (Hauriou)، لمزيد من التفصيل انظر د. علي عبد الأمير قبيلان، المصدر السابق، ص ١٧١، كذلك انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٩١.

(٣) انظر د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١١٣.

(٤) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٥) حكمها المرقم (٩٨٣) لسنة (٩ ق) في (١٩٥٧/٦/٣٠) أشار إليه د. علي عبد الأمير قبيلان، المصدر السابق، ص ١٧٦، هامش رقم (١)، وحول مبررات عدم اعتبار العقود الإدارية من عقود الإذعان. انظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٩٩ وما بعدها.

الفصل الثالث

امتيازات السلطة العامة الخارقة لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)

القاعدة في القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين وأن إلزامية العقد مستمدة من إرادة أطرافه فليس لأي من المتعاقدين التحلل من التزامه بإرادته المنفردة ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله إلا برضاء الطرف الآخر أو وفقاً لما يقرره القانون وقد نصت غالبية القوانين المدنية على هذه القاعدة^(١)، بيد أننا نجد هذه القاعدة غير مستقرة على هذا المنوال في نطاق العقود الإدارية فالعقد الإداري لا يتمتع بمواجهة الإدارة بقوة الإلزام التي تكون للعقود المدنية بين الأفراد فهو لا يكون دائماً قانون المتعاقدين كالعقد المدني لأن من مقتضى العقود التي تبرمها الإدارة والتي تتعلق بنشاط مرفق عام إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة للمصلحة العامة^(٢)، وإن عملية تطويع أو إخضاع الإرادة أو المصلحة الخاصة للمصلحة العامة لا تتم بشكل تلقائي وإنما تتم من خلال تمتع الإدارة بامتيازات تخولها فرض شروط استثنائية غير مألوفة لتلبية حاجات ومتطلبات المرفق العام ولطبع العقد الإداري بعنصر المرونة أو قابلية التغيير ليتسنى للإدارة تلبية حاجات المرفق العام لذا كان للإدارة التدخل في العملية التعاقدية بدءاً بالدعوة إلى التعاقد بالإعلان عن المناقصات والمزايدات ومروراً بإعداد الشروط التعاقدية واختيار المتعاقد وسلطة الإدارة في حرمان واستبعاد المتقدمين للاشتراك في المناقصة حيث تعتبر سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد من أهم مظاهر السلطة العامة في مرحلة تكوين العقد حيث تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص^(٣)، إضافة لسلطة الإدارة التقديرية في الإحالة على مناقص معين ترى توفر

(١) انظر المادة (١/١٤٦) مدني عراقي والمادة (١٤٧) مدني مصري والمادة (١١٣٤) مدني فرنسي.

(٢) انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(٣) إن من أهم مظاهر السلطة العامة في اختيار المتعاقد سلطة الإدارة في إلزام المتقدم بالبقاء على إجابته مدة معينة قد تحدد بشروط المناقصة أو الإعلان عنها وكذلك سلطة الحرمان والاستبعاد

فيه الشروط والمواصفات الفنية والقانونية، والكفاءة المالية والقدرة على إنجاز العمل وفقاً لشروط المناقصة، أو سلطة الإدارة في عدم إتمام إجراءات التعاقد وإلغاء المناقصة دون أن يترتب عليها أي التزام بالتعويض عن عدم إكمال إجراءات التعاقد بخلاف الحكم في القانون المدني^(١) وانتهاءً بسلطة الإدارة في إبرام العقد والإشراف على تنفيذه وسلطتها في تعديله وفرض الجزاءات على المتعاقد معها وقد يصل الأمر إلى إلغاء العقد بإرادتها المنفردة حسب مقتضيات المصلحة العامة، وعوداً على بدء نقول أن الامتيازات المقررة لمصلحة الإدارة والتي تعتبر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية هي بذاتها تشكل الخروقات التي تتال جسد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتعيد تشكيل هذه القاعدة بمفهوم جديد من حيث النطاق والآثر والمراكز القانونية للمتعاقدين، ولذلك سوف ننأى في بحثنا هذا عن الخوض في مظاهر السلطة العامة للإدارة التي تتمتع بها في المرحلة السابقة على انعقاد العقد - أي في مرحلة تكوين العقد - وسنحاول التركيز على مظاهر السلطة العامة الخارقة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين اللاحقة على انعقاد العقد كون مفهوم هذه القاعدة يتعلق بالعقد وليس بالمرحلة السابقة له ولأجل ذلك قسمنا هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول: سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه والإشراف على تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

المبحث الثالث: سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري.

وسلطة إلغاء المناقصة أو عدم إتمام إجراءات التعاقد بعد الإحالة، انظر نفس المعنى د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ١٥٠، وحول سلطة الإدارة في الاستبعاد والحرمان، انظر د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ٤٠ وما بعدها.

(١) نصت المادة (٥ / ثانياً / ل) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة على أن (جهة التعاقد الحكومية إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط)، كذلك انظر المادة (٣٥) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل المصري التي نصت على أن (تلغى المزايدة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية، كما يجوز إلغاؤها إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط...)، وحول السلطة التقديرية للإدارة في إلغاء المناقصة والعدول عن إجراءات التعاقد انظر د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، العدد الثاني، (١٩٩٨)، ص ٤٧٦.

المبحث الأول

سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه العقد الإداري

تعتبر سلطة الإدارة في المراقبة والتوجيه والإشراف على تنفيذ العقد الإداري حقاً أصيلاً مستمداً من المبادئ العامة للعقود الإدارية^(١)، فمن المعروف أن العقود الإدارية تتصل بنشاط مرفق عام، وأن المرفق العام يستهدف إشباع الحاجات العامة وتحقيق المنفعة العامة لذا كان لزاماً على الإدارة أن تراقب تنفيذ العقد الإداري لضمان هذه النتيجة وهذا يقتضي أيضاً أن تتدخل الإدارة لتوجيه العقد الإداري وفقاً لمنظورها الذي ينسجم مع تحقيق غايات العقد المتعلقة بالمصلحة العامة وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن نبين مفهوم سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد الإداري في مطلب أول وأن نبين الضوابط التي تحكم استعمال الإدارة لهذه السلطة عند تنفيذ العقد الإداري في مطلب ثان.

المطلب الأول

مفهوم سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه تنفيذ العقد الإداري

الأصل أن لأي من طرفي العقد سواء أكان عقداً مدنياً أم إدارياً مراقبة تنفيذ الطرف الثاني لالتزاماته التعاقدية وخصوصاً إذا كان تنفيذ الالتزامات بصورة تبادلية أي أن تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزامه يتوقف على تنفيذ الطرف الآخر بالمقابل لالتزامه التعاقدية وكذلك لأي من طرفي العقد مراقبة تنفيذ العقد وفقاً لشروطه باعتباره شريعة المتعاقدين وهذا ما يعرف بمفهوم الرقابة بمعناها الضيق أو ما تعرف بمعنى الإشراف على تنفيذ بنود وشروط العقد (Controle, Surveillance)^(٢)، ومثال ذلك قيام الإدارة بإجراء زيارات ميدانية لموقع العمل في عقود الأشغال العامة ومراقبة المباشرة باستلام الموقع والبدء بالتنفيذ

(١) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٢.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٣٣.

أو تعيين مهندس مقيم يمثل رب العمل لمتابعة تنفيذ العقد وايضاً قيام الإدارة بمطابقة تقدم العمل في عقود الأشغال العامة والمشاريع مع منهاج تقدم العمل المقدم من قبل المقاول والتزام المقاول بتوقيات إنجاز فقرات المشروع ومطابقة الفقرات المنفذة لوصف هذه الفقرات التي في جداول الكميات (التتار) وفقاً للمواصفات الفنية، وتقديم الرسوم والمخططات الهندسية والاستجابة السريعة لتجاوز التأخير وتوقف العمل، ومن الأمثلة على الإشراف في عقود التجهيز (التوريد) متابعة الإدارة وورود المواد المجهزة إلى مخازنها وتدقيق مستندات الشحن وشهادات المنشأ وغيرها من المستندات وكذلك مراقبة كافة تصرفات المتعاقد مع الإدارة التي تعطي مؤشراً إيجابياً على حسن التنفيذ فكلما كان تنفيذ العقد بشكل جديد ومرضٍ للإدارة ضاق نطاق التدخل من قبلها، حيث سنلاحظ لاحقاً أن من شروط التدخل في تنفيذ العقد أن يكون بالقدر اللازم لتلبية متطلبات الإدارة بعيداً عن أي إجراء تعسفي، ولهذا نجد أن الإدارة تستجيب لدواعي التوسع في حق الرقابة إلى حد يصل إلى التدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير هذه الأوضاع في غير الحالات المنصوص عليها في العقد لتلبية متطلبات وحاجات المرفق العام الذي يتصل العقد بنشاطه وعادة ما تنظم القوانين واللوائح مدى سلطة الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وكذلك قد تتضمن العقود الإدارية نصوصاً لتنظيم مدى سلطة الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وفقاً لشروطه إذا ما أخل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ هذه الشروط عند ذلك تكون الإدارة ملزمة بالتدخل تطبيقاً للنصوص القانونية والنصوص العقدية - أي الواردة في العقد الإداري-، هذا وقد أعطى القانون العراقي للمهندس حق الإشراف ومراقبة الأعمال في عقود الأشغال العامة بل اعتبرها من واجباته حيث نصت المادة (الثانية/١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) على أن (تكون واجبات ممثل المهندس المراقبة والإشراف على الأعمال وفحص واختبار أية مواد يراد استعمالها أو مهارة عمل يراد استخدامها في الأعمال وليس له صلاحية إعفاء المقاول من أي من واجباته أو التزاماته بموجب المقاوله... الخ)^(١)، كما أن للمهندس سلطة التدخل في تنفيذ العقد من خلال إجراء

(١) انظر المادة (الأولى/١) الفقرات (د، هـ) من الشروط أعلاه التي عرفت المهندس بأنه الشخص

تغيير في شكل ونوعية وكمية الأعمال أو في جزء منها إذ كان ذلك ضرورياً أو مرغوباً فيه كما أعطاه القانون الحق في أن يأمر المقاول بالقيام بأعمال معينة كزيادة أو إنقاص الكمية لأعمال وردت في المقاولة أو حذف جزء من هذه الأعمال أو القيام بأعمال إضافية وهذا يعد تدخلاً واضحاً وصريحاً في تنفيذ العقد مع إلزام المقاول بالتنفيذ وهنا نجد أن المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة أصبح شبيهاً بمركز العامل لدى رب العمل وليس بمتعاقد ذي إرادة مكافئة لإرادة الإدارة^(١)، ومن الأمثلة على سلطة الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وفقاً لشروطه أن القانون قد ألزم المتعاقد مع الإدارة بالتأمين على الأعمال بالقيمة الكاملة وعلى المعدات وغيرها من الأشياء التي يجلبها المقاول إلى موقع العمل بأسم صاحب العمل (الإدارة) وأسم المقاول معاً ضد جميع الخسائر والأضرار مهما كان سبب وقوعها عدا (المخاطر المستثناة) وأيضاً ألزمه بالتأمين البحري والتأمين على المسؤولية عن الغير والتأمين ضد الحوادث وإصابات العمل^(٢)، وأعطى للإدارة ممثلة بسلطة رب العمل سلطة التدخل في حالة إخفاق المتعاقد مع الإدارة بالتأمين أو الاستمرار فيه من خلال قيام الإدارة بالتأمين والاستمرار فيه ودفع قسط أو أقساط التأمين اللازمة لهذا الغرض على أن

- أو الأشخاص أو المؤسسة أو الشركة المسمى في القسم الثاني من شروط المقاولة أو من يعينه صاحب العمل من وقت لآخر ليمارس سلطات المهندس في المقاولة والذي يجب إبلاغ أسمه تحريرياً إلى المقاول أما ممثل المهندس فيقصد به أي مهندس مقيم أو مساعد للمهندس يعين من وقت لآخر من قبل صاحب العمل أو المهندس لأداء الواجبات المنصوص عليها في المقاولة والذي يجب إبلاغ صلاحياته تحريرياً إلى المقاول من قبل المهندس.
- (١) انظر في نفس المعنى رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، (١٩٧٥)، ص ١٢٣، حيث ذهب هذا الباحث إلى القول بأن علاقة المقاول بالإدارة في عقود الأشغال العامة هي علاقة تبعية أشبه بعلاقة العامل برب العمل وأن المقاول في عقود الأشغال العامة أقرب إلى مركز العامل منه إلى المقاول في عقود المقاولات الخاصة ويرد على هذا الرأي من قبل الأستاذ الدكتور إبراهيم طه الفياض الذي اعتبر أن هذا الرأي مغالى فيه كون فكرة التبعية تتنافى تماماً والاعتبارات القانونية المألوفة في فكرة العقد باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، لمزيد من التفصيل انظر أ. د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٧٢، هامش رقم (١)، كذلك انظر المادة (٥٢) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨).
- (٢) المواد (٢١، ٢٣، ٢٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨)، كذلك انظر المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي نصت على أن (... يلزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الأضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل الجهة الإدارية وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في تنفيذها على نفقته).

تستقطع نفقات وأقساط التأمين من أية مبالغ مستحقة أو سوف تصبح مستحقة للمقاول أو يتم استحصال هذه المبالغ على أساس أنه دين في ذمة المقاول^(١)، والأمثلة على تدخل الإدارة في تنفيذ العقد كثيرة منها حق الإدارة في الاعتراض على مستخدمي المقاول وطلب أبعادهم عن موقع العمل إذا كان هذا المستخدم غير كفوء أو مهمل أو يسيء التصرف^(٢) أو إلزام المقاول بتحمل كلف الفحوص غير المنصوص عليها في مستندات المقولة في حالات معينة^(٣)، كذلك لسلطة الإدارة الحق في رفض الأعمال المعيبة وغير المطابقة لشروط المقولة والمواصفات الفنية والحق في إيقاف العمل إذا كان يجري تنفيذه بطريقة خاطئة أو بمواد غير صالحة أو بعمال غير ماهرين وفي حالة امتناع المقاول عن ذلك يتم رفعها على نفقة المقاول مع استحصال جميع المصروفات الناجمة عن ذلك من أية مبالغ مستحقة للمقاول أو مطالبته بتلك المصروفات باعتبارها ديناً بذمته^(٤)، ومن الأمثلة أيضاً على سلطة الإدارة في التدخل في تغيير أوضاع العقد شريطة عدم المساس بجوهر وطبيعة العقد تمديد مدة تنفيذ العقد وتغيير بعض الأعمال المتعاقد عليها سواء أكان بإضافة أعمال إضافية أم حذف بعض الأعمال^(٥)، وإن رفض المقاول الرضوخ لقرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري والمرتبطة بسلطاتها في رقابة هذا التنفيذ يعد خطأ تعاقدياً يعطي للإدارة حقاً في توقيع الجزاءات عليه^(٦).

وقد أقر القضاء الإداري سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول (... فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة

(١) المادة (٢٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨).

(٢) المادة (٢/٣٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨).

(٣) المادة (٤/٣٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨).

(٤) المادة (٤٠) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨).

(٥) المواد (١٤، ١٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٦) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٧٢.

هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود...^(١).

وكذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها إلى القول (... للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين...)^(٢).

هذا وأن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد والتدخل في تعديل أوضاع العقد يعتبر شرطاً غير مألوف (استثنائي) في عقود القانون الخاص وهو ما يطبع العقد بالصفة الإدارية سواء أورد النص على هذا الحق في العقد أم القوانين أو اللوائح أو لم يذكر وهذا هو اتجاه القضاء الإداري^(٣).

والرقابة على تنفيذ العقد الإداري تتفاوت إتساعاً وضيقاً تبعاً لطبيعة العقد الإداري ذاته فنجد أن سلطة الإدارة في التدخل لتوجيه ومراقبة عقود التوريد تكون محدودة فالمورد (المجهز) هو الذي يختار طريقة التنفيذ ووسائل النقل والتسليم إلى الإدارة ما لم ينص العقد على تحديد طريقة التنفيذ ووسائل النقل والتسليم، كما أن للإدارة التدخل إذا كانت طريقة تنفيذ العقد من شأنها الإضرار بالمادة المجهزة كما هو الحال في عقود توريد اللحوم والمواد الغذائية إذ للإدارة التدخل إذا ما وجدت أن وسائل حفظ هذه المواد غير كافية للحفاظ عليها بشكل يؤهلها للاستخدام البشري كعدم استخدام عجلات مجهزة بالبرادات مثلاً إلا أن الإدارة لا تملك التدخل في وسيلة النقل كأن تلزم المورد بالنقل بالطائرات بدلاً من العجلات إذا كانت العجلات مبردة وأن دفعات التجهيز تصل حسب التوقيتات المتفق عليها ما لم ينص العقد

(١) حكمها في (١٩٥٧/٤/٢٠) أشارت إليه د. عزيزة الشريف، مصدر سابق، ص ١٣٩، وأشار إليه د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٢) حكمها في (٢ / مارس / ١٩٦٨) أشار إليه د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٣) ذهب المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر في (٢٤ / فبراير / ١٩٦٨) إلى القول (... أن مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه وأن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة... وأن يأخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقرررة بمقتضى القوانين واللوائح...)، أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٢، هامش رقم (١).

على ذلك، في حين أن سلطات الإدارة تتسع في عقود الأشغال العامة لتصل إلى حد التدخل في أسلوب التنفيذ ورفض الأعمال وإلزام المقاول بإعادة التنفيذ وغيرها من السلطات التي يتمتع بها المهندس المشرف على المشروع كما بينا سابقاً في حين أن سلطة الرقابة والتوجيه تصل ذروتها في عقود التزام المرافق العامة لتشمل كافة أنواع الرقابة الفنية والمالية والإدارية على ملتزم المرافق العامة^(١) بل أن المشرع قد يتدخل في بعض المشاريع الاستراتيجية المتعلقة بالتنمية الاقتصادية للبلد من خلال تقديم بعض التسهيلات والإعفاءات الضريبية لمشاريع معينة لتسهيل إنجازها بسرعة قياسية وتوجيه هذه المشاريع بما يخدم الاقتصاد القومي^(٢).

هذا وقد تباشر الإدارة سلطات الرقابة والتوجيه بصورة غير مباشرة بالنسبة لبعض العقود ذات الطبيعة الاستثمارية^(٣) فمثلاً تتمتع المنشأة العامة للمسح الجيولوجي والتحري المعدني بسلطة الإشراف ومراقبة استثمار المقالع والمناجم في

(١) انظر مثلاً المادة (٧) من القانون (١٢٩) لسنة (١٩٤٧) المعدل الخاص بنظام التزام المرافق العامة المصري الذي تضمن الإشارة لسلطة الإدارة في مراقبة إنشاء المرفق العام وسيره من النواحي الفنية والإدارية بما في ذلك تعيين مندوبين عن الإدارة ورفع التقارير وتشكيل اللجان إضافة لخضوعه لرقابة ديوان المحاسبة، لمزيد من التفصيل انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٣٤، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، مصدر سابق، ص ١٣٨، كذلك انظر د. جابر جاد نصار، المصدر السابق، ص ٢٠٢، أما في العراق نلاحظ أن للسلطات العامة التدخل في تعريفات للأسعار التي يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام حيث نصت المادة (٨٩٤) مدني عراقي على أن (تعريفات الأسعار يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها عليها)، كما أن ملتزم المرافق المتعلقة بتوزيع الماء أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة أو ما شابه ملزم بالاستمرار في أداء الخدمات التي عهد بها إليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص أبرم معه عقداً فردياً وهذا ما نصت عليه المادة (٨٩٧) مدني عراقي.

(٢) نصت المادة (السادسة) من قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (١٥٧) لسنة (١٩٧٣) على جملة من الامتيازات للمشروع الذي يصدر قرار من الجهة المختصة باعتباره مشمول بهذا القانون منها الإعفاء من ضريبة الدخل ورسم الوارد الكمركي ورسم الطابع ورسم صندوق دعم التصدير وأي ضرائب ورسوم أخرى كما تتضمن الإعفاء من القيود المفروضة على الاستيراد وغيرها من الامتيازات التي لا تحظى بها كافة العقود الإدارية.

(٣) مثال هذه العقود (عقود التراخيص) عقود تسليم المفتاح (Turn key Project)، عقود التصنيع وعقود الإدارة، عقود امتيازات الإنتاج والتصنيع والتوريد من الباطن، عقود التسويق، المشاريع المشتركة (Joint Ventures)، عقود الاستثمار الخاصة بالمشاريع المملوكة بالكامل للأجنبي (Wholly – Owned)، ولمزيد من التفصيل حول مفهوم الاستثمار وأشكاله انظر د. طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل، مكتبة السنهوري، (٢٠٠٩)، ص ٨، و ص ٢٤ وما بعدها.

جميع أنحاء القطر وتوجيه الاستثمار بما يكفل الحفاظ على الثروة المعدنية وحماية البيئة^(١)، كما تتمتع الهيئة الوطنية للاستثمار بسلطات تنبيه المستثمر كتابةً لإزالة المخالفة خلال مدة محددة^(٢).

وأيضاً تخضع منشآت القياس والسيطرة النفطية إلى التفطيش والمعايير الدورية من قبل طرف ثالث ذي اختصاص ترشحه الشركة المستثمرة ويقترن بموافقة وزارة النفط^(٣) مع إلزام الشركة المستثمرة بتقديم تقارير دورية مالية وفنية إلى وزارة النفط^(٤)، وإخضاع منتجات المصافي المشمولة بأحكام قانون الاستثمار الخاص بتصفية النفط الخام إلى القوانين والتعليمات التي تنظم شروط الجودة والتقييس والسيطرة النوعية^(٥) وتتمتع الإدارة بسلطة متابعة تقويم الأداء للمشاريع الاستثمارية من خلال تشكيل لجان لهذا الغرض^(٦) ومراقبة مدى مطابقة مقاييس الإنتاج والعمليات الإنتاجية للمشاريع المشمولة بالموصفات والمقاييس المطبقة في جمهورية العراق ولدى منظمة المقاييس الدولية (ISO) أو المقاييس المحلية للاتحاد الأوربي وبما يتفق مع القوانين العراقية^(٧).

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقود قد تكون سابقة للتعاقد ومعاصرة له ولاحقة لإبرامه ولحين انتهاء تنفيذ العقد والاستلام النهائي وتدقيق المواصفات الفنية المتعاقد عليها وإصدار شهادة القبول النهائي للمشروع^(٨) وتصفية الحسابات الختامية له، وجدير بالإشارة إليه أن تعدد الجهات الرقابية على تنفيذ العقود الحكومية قد يؤدي إلى إرباك العملية التعاقدية بسبب تضارب آراء

(١) المادة (الثانية) من قانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨.

(٢) المادة (٢٨) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل.

(٣) المادة (٧) من قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة (٢٠٠٧).

(٤) المادة (١١) من قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة (٢٠٠٧).

(٥) المادة (١٦) من قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة (٢٠٠٧).

(٦) المادة (٥ / ثانياً) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة (٢٠٠٩).

(٧) المادة (٢١) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة (٢٠٠٩).

(٨) انظر المواد (٤٩) و(٦٣) و(٦٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) وانظر المادة (٣ / ٣١) الفحص النهائي وقبول الأعمال من شروط المقولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية بقسميها الأول والثاني الصادرة عن وزارة التخطيط لعام (١٩٨٨).

وملاحظات هذه الجهات وكثرة التفاصيل التي تؤدي في كثير من الأحيان تعقيد العملية التعاقدية وهذا يضر بنتيجة الحال بالمصلحة العامة^(١).

المطلب الثاني القيود الواردة على سلطة الإدارة في مراقبة وتوجيه تنفيذ العقد الإداري

إذا كان من الثابت فقهاً وقضاً أن الإدارة تتمتع بسلطة مراقبة وتوجيه تنفيذ العقد الإداري وأن هذه السلطة الاستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وتشكل تصدعاً في جدار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في نطاق القانون المدني فإن ممارسة الإدارة لهذه السلطات غير مطلقة من كل قيد، فمن المعروف أن الحقوق أو السلطات المخولة للإدارة بما فيها من مزايا استثنائية تجعل من الإدارة في مركز متميز عن وضع أو مركز المتعاقد معها ولذلك هي مقررة للإدارة ليس بوصفها غاية بحد ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة وهي تحقيق المصلحة العامة ولذلك فإن الحماية التي يسبغها القانون على هذا الحق تظل مبسطة عليها أو مرفوعة عنها تبعاً لمدى مطابقتها استعمال الإدارة لسلطاتها لهذه الغاية أو ابتعادها عنها ولذا كانت تصرفات الإدارة دوماً تخضع لرقابة القضاء الإداري بما يضمن عدم تعسفها وخروجها عن غاياتها، ولذلك نجد أن غالبية القوانين المدنية^(٢) قرنت

(١) نصت المادة (١٠) من قانون ديوان الرقابة المالية رقم (٣١) لسنة (٢٠١١) على أن تشمل رقابة الديوان فحص وتدقيق المعاملات والتصرفات للإيرادات والنفقات العامة والالتزامات المالية كافة تخطيطاً أو جباية أو إنفاقاً والموجودات بأنواعها للتحقق من صحة تقييمها وتسجيلها في الدفاتر والسجلات النظامية والتأكد من وجودها وعانديتها وكفاءة وسلامة تداولها واستخدامها وإدامتها والمحافظة عليها والمستندات والعقود والسجلات والدفاتر الحسابية والموازنات والبيانات المالية والقرارات والوثائق والأمور الإدارية ذات العلاقة بمهام الرقابة، إضافة إلى دور هيئة النزاهة الرقابي في التحقيق في قضايا الفساد المالي والإداري الناجم عن العمليات التعاقدية التي تجريها الوزارات ودوائر الدولة الحكومية، انظر المواد (٣) و(١١) و(١٢) و(١٣) و(١٤) و(١٥) من قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة (٢٠١١)، كذلك انظر المادة (٢٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة التي أعطت لدائرة العقود الحكومية العامة في وزارة التخطيط صلاحية إصدار الضوابط لتنظيم العلاقات التعاقدية بين دوائر الدولة والمتعاقدين معها والآثار المترتبة على إخلال المتعاقدين بالتزاماتهم التعاقدية والإشراف الفني على عمل تشكيلات العقود العامة في الوزارات وتقويم أداء ومهام لجان فتح وتحليل وتقويم العطاءات في دوائر الدولة.

(٢) انظر المادة (١٠٥١) مدني عراقي والمواد (١٠٢١) و(١٠٢٧) مدني أردني و المادة (٨٠٧) مدني مصري والمادة (٣٠) مدني كويتي.

استعمال الحقوق بعدم الإضرار بالغير مع مشروعية المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق مع عدم المغالاة في استعمال الحق ولذلك قيل قديماً (أن الغلو في الحق غلو في الظلم)^(١)، وعلى هذا الأساس فإن استخدام الإدارة لسلطتها في المراقبة والتوجيه ليست طليقة تسبح في الفضاء وإنما تخضع لضوابط نوجزها في الآتي :

١- أن تكون مباشرة الإدارة لسلطاتها في الرقابة والتوجيه هو لغرض تحقيق المصلحة العامة، فمن المعروف أن تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصورة عامة بما يضمن تلبية حاجات المرفق العام التي يتصل موضوع العقد الإداري بنشاط هذا المرفق كتحسين الخدمات التي يقدمها هذا المرفق أو الحفاظ على المال العام، أو سرعة وصول المواد المجهزة لا سيما إذا كانت ترتبط بحاجات أساسية للجمهور كالمواد الغذائية والطبية، وضمان جودة المواد المجهزة ومطابقتها للمواصفات العالمية ومنها شهادة الجودة العالمية (ISO) وغيرها من الأهداف التي تصب في تحقيق المصلحة العامة.

٢- أن تراعي الإدارة في استعمال سلطة الرقابة والتوجيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وهو مبدأ عام يرد على العقود المدنية والإدارية وهذا يقتضي من الإدارة أن تستعمل سلطاتها استعمالاً ليس من شأنها الإضرار بالمتعاقدين مع الإدارة وأن لا تتعسف في استخدام هذه السلطة بحيث تدفع المتعاقد معها إلى طلب التعويض من القضاء الإداري أو فسخ العقد وهذا يدفع المتعاقد مع الإدارة إلى العزوف عن التعاقد المستقبلي معها ومثال ذلك امتناع الإدارة عن إجابة طلبات المقاول في عقود الأشغال العامة المتعلقة بصرف النفقات الإضافية المباشرة التي يتكبدها المقاول من جراء تنفيذ الأمر الصادر من المهندس بالتوقف إذا كان هذا التوقف يعود لأسباب راجعة للإدارة (رب العمل) وليس

(١) انظر د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٥٠٣، ومما يجدر الإشارة إليه أن الشريعة الإسلامية الغراء قيدت استعمال الحق المطلق وفقاً لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المنافع)، انظر أ. د محي هلال السرحان، مصدر سابق، ص ٥٣، كذلك انظر القاضي عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط ١، ٢٠١٠، ص ١٤١.

لأسباب راجعة لإخفاق المقاول أو لأسباب نص عليها في صلب العقد^(١)، أو امتناع المهندس عن إصدار شهادة الاستلام للأعمال وتحديد تاريخ بدأ مدة الصيانة وإجابة طلب المقاول التحريري بإصدار هذه الشهادة دون مبررات فنية أو قانونية تذكر^(٢)، ومن الأمثلة الأخرى على مراعاة مبدأ حسن النية في متابعة تنفيذ العقود هو استجابة الإدارة لطلبات المقاول التحريرية المتعلقة بطلب تمديد مدة تنفيذ العقد إذا ما تحققت الشروط التي تجيز طلب التمديد الواردة في القانون أو في نصوص العقد في حالة تقديم هذه الطلبات ضمن السقوف الزمنية المحددة في القانون والبالغة (١٥) يوماً بالنسبة لعقود التجهيز و(٣٠) يوماً بالنسبة لعقود المقاولات والعقود الاستشارية تبدأ اعتباراً من تاريخ نشوء السبب الذي يطالب من أجله بالتمديد على أن يحتوي الطلب كافة التفاصيل ومبررات طلب التمديد، فإذا ما امتنعت الإدارة عن إجابة الطلب بالرغم من تحقق شروطه القانونية والموضوعية فأنها تكون متعسفة في استعمال سلطاتها التقديرية في تمديد نفاذ العقد حتى وإن كان الامتناع بذريعة منع تعطيل إنشاء مرفق عام أو الإضرار بالمصلحة العامة^(٣).

٣- أن تباشر الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في حدود لا تصل إلى حد تغيير طبيعة العقد^(٤) أو موضوع العقد إذ أن تدخل الإدارة المبالغ فيه في مراقبة تنفيذ العقد يؤدي إلى عكس الهدف من تقرير هذا الامتياز للإدارة ومثال ذلك أن تدخل الإدارة المبالغ فيه في إدارة المشروع الداخلية محل عقد الامتياز يؤدي إلى تغيير أسلوب إدارة المشروع من عقد امتياز إلى أسلوب الاستغلال المباشر^(٥)، كما يجب على الإدارة عدم الخلط بين سلطات الضبط الإداري المستمدة من القوانين

(١) المادة (٤١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨).

(٢) المادة (٤٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨)، كذلك انظر المادة (٨٧) من اللائحة التنفيذية المنظمة لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل، ولمزيد من التفصيل انظر د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل، المشاكل والحلول القانونية، دار النهضة العربية، (٢٠٠٣)، ص ٤٥٨.

(٣) المادة (١٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٤) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٦٤.

(٥) انظر د. نواف كنعان، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

واللوائح والتي تباشرها قبل الأفراد لأغراض تحقيق الأمن والسكينة والصحة العامة وبين سلطاتها في الرقابة والتوجيه وهذا يقتضي عدم إضفاء طابع الأوامر الضبطية البوليسية أو استخدام سلطة الضبط في الضغط على المتعاقد مع الإدارة لتنفيذ العقد^(١).

(١) انظر د. عزيزة الشريف، مصدر سابق، ص ١٤٠.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها

تعتبر سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص وتعتبر من أخطر الخروقات التي تنال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(١)، ولذلك فهي تعتبر من أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها كونها تمكن الإدارة من فرض الجزاءات المالية وغير المالية والجنائية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون الحاجة لاستحصال إذن قضائي وسواء أورد النص عليها في العقد أم لم يرد^(٢) ذلك أن الإدارة لا تستند في ذلك إلى نصوص العقد وما تحتوي من شروط بل إلى سلطاتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة والتي تستمدّها من نصوص الدستور والقانون ولذلك فهي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى لو لم ينص عليها في العقد إذ بإمكان الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقدين معها تحت إشراف ورقابة القضاء وهذا هو اتجاه القضاء الإداري في فرنسا ومصر حيث تذهب محكمة

(١) هذا ما قرره محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ (١٤ / ١١ / ١٩٦٠) في قضية

(Societe vandroy – Jaspard) إذ جاء في قرارها (.... أن النص على الجزاءات في العقد يعد في ذاته شروطاً استثنائية...)، أشار إليه محمد السيد زهران، الشروط الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القضاء الفرنسي، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة، العدد ٣، السنة (١٢)، ١٩٦٨، ص ٧٤٢.

(٢) ثار خلاف فقهي حول مدى أحقية الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة عدم النص على هذه الجزاءات في نصوص العقد فذهب الفقيه (كريستفول) في مطولة الخاص بعقود الأشغال العامة إلى وجوب التقيد بالجزاءات الواردة في نصوص العقد وعدم مخالفتها في حين يذهب الفقيه (أندرية دي لوبادير) إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات سلطة مستقلة عن العقد وهي لذلك -أي الإدارة- تستطيع فرض الجزاءات على المتعاقد المخالف أو الملتكى في تنفيذ العقد سواء كانت منصوصاً عليها في العقد أو غير منصوص عليها كما لها أن تفرض جزاءات أخرى غير ما نص عليه العقد ترى الإدارة أنها مناسبة لما ارتكبه المتعاقد من مخالفات، وكذلك انقسم الفقه في مصر ما بين مؤيد ومعارض لهذا الاتجاه، انظر أ. د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٩٧، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٨٠، في حين ذهب د. أحمد عثمان عياد إلى القول (.. أما في مصر فإن مبدأ وجوب احترام النصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات الإدارية لا زال معمولاً به دون أي استثناء فإذا توقع المتعاقدان خطأ معين وحددا له في العقد جزاء بعينه فلا يجوز للإدار كقاعدة عامة أن تخالف ما نص عليه العقد...)، انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

القضاء الإداري في مصر إلى القول (... ومن ثم فليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين لأنه ما دام الغرض من التأمين ضمان التنفيذ .. فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص عليه أو لم ينص عليه في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين مع العطاء...)^(١).

أما في فرنسا فإن مجلس الدولة الفرنسي أقر لأول مرة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات حتى ولو لم يرد النص عليها في العقد في قضية السيد دبلانك (Deplanque) والخاصة بإنارة مدينة (نوزون) الفرنسية في حكم صدر عنه عام (١٩٠٧)^(٢)، إلا أن فرض الجزاء كان مقيداً بقيدين، الأول : هو وجوب اللجوء إلى القضاء إذا أرادت الإدارة الحصول على تعويض مقابل الأضرار التي لحقتها من جراء تقصير الملتزم في أداء الالتزامات المنصوص عليها في العقد، والثاني : وجوب تقيد الإدارة بالشروط التي تضمها العقد في شأن توقيع الجزاءات الإدارية والتقييد بنوع الجزاء المقرر في العقد في حالة حصول مخالفة ومن مقتضى ذلك ليس من حق الإدارة توقيع جزاء آخر عن نفس المخالفة، لكن مجلس الدولة الفرنسي سرعان ما اعترف بسلطة الإدارة في تحديد التعويض التي تستحقه قبل المتعاقد

(١) حكمها في (١٧ / نوفمبر / ١٩٥٧) في القضية المرقمة (١٩٩٨)، السنة (١٠) قضائية، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٨٠، و ص ٤٨١.

(٢) وتتخلص وقائع هذه القضية في أن السيد دبلانك (Deplanque) قد أبرم عقد امتياز مع الإدارة لتوفير الإنارة لمدينة (نوزون) وقد جاء العقد خالياً من فرض جزاءات من جانب الإدارة في حالة وجود إخلال في تنفيذ العقد ما عدا عقوبة (الفسخ)، وبسبب حصول إخلال وتقصير من قبل السيد دبلانك في تنفيذ العقد فقد عرض الأمر أمام القضاء الذي لاحظ أن تطبيق نصوص العقد سوف تفضي أما بالحكم بالفسخ (الإسقاط) أو تجاهل هذا الإخلال، إلا أن مفوض الحكومة روميو (Romieu) أشار في تقريره إلى أنه إذا كان العقد قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة فلا يعني ذلك عدم إمكانية فرض جزاءات أخرى خارج نطاق العقد فلكل التزام تعاقدي جزاء، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصاً جزائية وقد أخذ مجلس الدولة بتقريره وحكم بالتعويض لصالح الإدارة عن إخلال السيد دبلانك في تنفيذ العقد، ولمزيد من التفصيل انظر د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط ١، (١٩٧٥)، ص ٢٦ و ص ٢٧، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٣٦، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٥٣.

بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك وذلك في حكمها الصادر عام (١٩٢٩) في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلنطي، بل أن مجلس الدولة أعطى للإدارة سلطة تحصيل التعويض بمقتضى أوامر دفع يصدرها الوزير المختص^(١).

في حين أن القضاء العراقي بدأ متذبذباً في تبني الاتجاه الذي يجيز للإدارة فرض جزاءات بإرادتها المنفردة خارج حدود الجزاءات المنصوص عليها في صلب العقد وكأنه انتهى من حيث بدأ القضاء الإداري الفرنسي^(٢).

ونظراً لأهمية وخطورة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات بحق المتعاقدين معها أيّاً كان نوع هذا الجزاء سواء أكان جزاءً مالياً أم غير مالي أو جنائياً باعتبار هذه السلطة تشكل امتيازاً للإدارة يضمن لها تنفيذ عقودها بالشكل الذي يحقق غايات الإدارة وهي تحقيق الصالح العام وضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهذا يقتضي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وهنا تتعرض قاعدة العقد شريعة المتعاقدين للخرق، وقد اجتهد الفقه في تقسيم الجزاءات التي تملك الإدارة إيقاعها على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم إلى عدة أقسام،

(١) انظر د. أحمد عثمان عياد، مصدر سابق، ص ٣٣٨، كذلك انظر أ. د. إبراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٢) ذهبت محكمة التمييز في حكم لها سبق الإشارة إليه إلى القول (... وجد أن الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية فيما يتعلق بنسب الغرامات التأخيرية هي توجيه للدوائر ذات العلاقة أما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما تضمنه (العقد شريعة المتعاقدين)، فإذا كان عقد المقاولة بين الطرفين قد نصّ على مقدار الغرامة التأخيرية فإن هذا النص هو الذي يعمل به..)، حكمها المرقم (١٨١٩) في (٢٣ / ١٠ / ١٩٨٦)، أشار إليه د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص ٩٩، وأشار إليه د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ١٣٩، والحقيقة أن ما ذهبت إليه محكمة تمييز العراق يعد صحيحاً إذا لم يتضمن العقد نصاً بالإحالة إلى الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٩٨) والتي نصت المادة (٤٨) منها على فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها، فإذا تضمن العقد نصاً بالإحالة لهذه الشروط كان للإدارة فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقدين معها، أما إذا لم يتضمن العقد نصاً بالإحالة إلى هذه الشروط فلا يمكن الركون إلى فرض الغرامة التأخيرية طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما ذهبت إليه فتوى القسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري التي جاء فيها (... إن هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبنية فيها ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة إليها باعتبارها جزءاً مكملاً له... وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها في العقد استناداً إلى اللائحة المذكورة...) فتواها في (٥ / ٤ / ١٩٦٧) أشار إليها د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مطبعة جامعة دهوك، ط ٣، (٢٠١٠)، ص ٣٠٠.

فذهب جانب من الفقه إلى تقسيم هذه الجزاءات إلى جزاءات عقدية وجزاءات غير عقدية^(١).

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تقسيمها حسب تأثيرها على المتعاقد مع الإدارة إلى ثلاثة أقسام : جزاءات أولية أو ابتدائية وتشمل الجزاءات المالية، وجزاءات مؤقتة أو تسمى بالجزاءات أو الإجراءات الضاغطة (المؤقتة) غايتها حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه دون أن يشمل ذلك إنهاء العقد، وجزاءات نهائية (إجراءات الردع النهائية)^(٢)، وأياً كان تصنيف هذه الجزاءات سواء كانت عقدية أم غير عقدية وسواء أكانت مؤقتة أو نهائية فهي برأينا لا تخرج عن كونها تمثل جزاءات ذات طبيعة مالية واخرى جزاءات غير مالية^(٣) ذات طبيعة ضاغطة أو فاسخة للالتزام مع الأخذ بنظر الاعتبار أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير مطلقة من كل قيد وإنما ترد عليها القيود والمحددات ولغرض الوقوف على أنواع هذه الجزاءات والقيود التي ترد على سلطة الإدارة في فرضها سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : الجزاءات المالية.

المطلب الثاني : الجزاءات غير المالية.

المطلب الثالث : القيود الواردة على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات.

المطلب الأول

الجزاءات المالية

يراد بالجزاءات المالية : هي تلك الجزاءات التي تستهدف استقطاع مبالغ مالية من مستحقات المتعاقد مع الإدارة أو من المبالغ التي يمكن أن تستحق له من جراء تنفيذه للعقد الإداري في حالة إخلاله في التزاماته التعاقدية وهذه الجزاءات تصنف إلى ثلاثة أنواع رئيسة هي : الغرامات التأخيرية، مصادرة التأمينات، التعويض، وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية :

(١) انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ١٣٠ و ص ١٣١.

(٢) انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٤٤ و ص ٣٤٥.

(٣) انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٠٦ و ص ٢١١.

الفرع الأول الغرامات التأخيرية

الغرامة التأخيرية : هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المدد المتفق عليها^(١)، وعرفها جانب من الفقه بأنها جزاء مالي وإداري تلجأ إليه الإدارة لمواجهة المتعاقد المخالف للتعليمات الإدارية وحثه على احترام التزاماته التعاقدية^(٢)، لذا فالغرامة هي جزاء لضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها وليس للمقاول أن ينازع استحقاق الإدارة للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي^(٣)، وحيث أن الغاية من فرض الغرامات التأخيرية هو ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته وضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإن فرض الغرامة التأخيرية لا يحتاج إلى إثبات وقوع الضرر من جانب الإدارة فالضرر مفترض ويحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في عقودها من تلقاء نفسها دون تنبيه أو إنذار ودون حاجة لصدور حكم وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاءً لها ولها أن تستقطع ما يكون مستحقاً في ذمتها للمتعاقد المتخلف وليس للمقاول أن ينازع استحقاقها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز في العراق^(٤) والغرامة التأخيرية على هذا الوصف تختلف عن الشرط الجزائي المعروف في القانون المدني الذي يقوم المتعاقدان بإدراجه في العقود المدنية كشرط من شروط العقد الأصلي كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه بموجب العقد وهو ما يسمى (بالتعويض الاتفاقي)^(٥)، الذي يتعهد

(١) حكم محكمة التمييز العراق المرقم (٤٥٥ / ج / ١٩٦٨) في (١٠ / ١١ / ١٩٦٨) منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ص ٣٤٢ - ص ٣٤٦.

(٢) انظر محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، (١٩٩١)، ص ٤٩.

(٣) حكم محكمة التمييز، رقم (٤٢)، و(٦٥٤) حقوقية، ٦٥ في (٢٥ / ٧ / ١٩٦٥) المنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني العدد الأول والثاني، السنة (٤)، ١٩٦٥، ص ٣١٣ وما بعدها.

(٤) حكم محكمة التمييز المرقم (٦٦/٣٥٥) في (٢٦ / ١١ / ١٩٦٦) أشار إليه حميد بونس، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، دراسة قانونية مقدمة إلى وزارة التخطيط، (١٩٧٠)، ص ٣٥.

(٥) انظر المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي.

بموجبه المدين بدفع مبلغ معين من المال إلى الدائن في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته أو التأخر في تنفيذها والغرض من إدراج الشرط الجزائي في العقد المدني هو لأجل إبعاد تدخل القضاء في تحديد مقدار التعويض كما يضمن للدائن دفع عبء إثبات وجود الضرر ويشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي وقوع الضرر والأعذار في حين أن الضرر مفترض في الغرامة التأخيرية وهو يستحق للإدارة بمجرد انقضاء الفترة المحددة بالعقد وتلجأ الإدارة إلى تطبيقها بموجب قرار إداري دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء كما لا يحتاج فرض الغرامات التأخيرية إلى اعذار المفاوض^(١)، كذلك تختلف الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية المعروفة في القانون المدني باعتبارها وسيلة للإكراه المالي لإجبار المدين على التنفيذ العيني وتكون بقرار صادر من القضاء بناءً على طلب من الدائن يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينياً خلال مدة محددة وإلا يكون ملزماً بدفع مبلغ من النقود كتعويض كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر في تنفيذ التزامه^(٢)، لذا فالغرامة التهديدية تمتاز بكونها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني وأنها تحكمية لا مقياس لها تخضع لتقدير القاضي وهي لأغراض تهديدية لذلك كانت ذات طبيعة وقتية وتعتبر ديناً محققاً بذمة المدين ولا يحتاج الحكم الصادر فيها إلى تسبيب في حين نجد أن الغرامة التأخيرية تفرض على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزامه ولا تحتاج لصدور حكم قضائي كما أن مبلغ أو مقدار الغرامة التأخيرية ثابت لا يملك القضاء تخفيضه أو إعفاء المتعاقد منها إلا إذا كان التأخير لأسباب لا دخل للمتعاقد فيها^(٣).

(١) لمزيد من التفصيل انظر محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص ٩٦ وما بعدها.
(٢) انظر الأستاذ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج ٣، مطبعة الزهراء، بغداد، ص ٦٨، كذلك انظر حول مفهوم الغرامة التهديدية أو التهديد المالي د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، المجلد الثاني، القاهرة، (١٩٨٢)، ص ٤٨، كذلك انظر أ. د. محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقود المدنية والإداري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، سنة (٣٩)، (١٩٨٤)، ص ١٠٣، كذلك انظر المواد (٢٥٣) و(٢٥٤) مدني عراقي.
(٣) لمزيد من التفصيل حول تمييز الغرامة التأخيرية عن غيرها من الأوضاع المشابهة في العقود المدنية كالعربون وشرط الحد الأعلى للمسؤولية، انظر محمود خليل خضير، المصدر السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

وفي العراق فقد نص القانون على حق الإدارة في تضمين العقود الحكومية فقرة تكفل للإدارة فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها، وقد حدد القانون الحد الأعلى للغرامات التأخيرية بنسبة لا تتجاوز (١٠%) عشرة من المائة من مبلغ العقد والزم القانون الإدارة تثبيت هذه النسبة في الشروط التعاقدية ومستندات المناقصة والتعليمات الموجهة إلى مقدمي العطاءات، كما حدد القانون طريقة احتساب الغرامات التأخيرية بموجب معادلة نص عليها وهي (مبلغ العقد/مدة العقد × ١٠% = الغرامة لليوم الواحد)^(١).

وأجاز القانون للإدارة تخفيض نسبة الغرامات التأخيرية حسب نسب الإنجاز للالتزامات التعاقدية المحددة في منهاج تنفيذ العقد مع مراعاة أن يكون العمل المنجز أو السلعة المجهزة أو الخدمة المطلوبة مطابقة ومهيأة للاستخدام حسب شروط التعاقد^(٢)، كما ألزم المشرع فرض الغرامة التأخيرية بموجب قرار صادر من الجهة المختصة بفرض الغرامة على أن يكون القرار مسبباً، كما ألزم أن يكون إيقاف فرض الغرامات التأخيرية في حالة سحب العمل من المقاولين أو المتعاقدين بقرار مسبب أيضاً^(٣)، هذا وإن المقاول يكون ملزماً وبدون المساس بأي طريقة من طرق التحصيل أن يدفع مقدار الغرامات التأخيرية من أية ضمانات تنفيذ أو مبالغ مستحقة له أو قد تصبح مستحقة له لدى الإدارة وإن دفع أو استقطاع هذه الغرامات لا يعفيه من التزاماته بإكمال الأعمال أو أي التزامات أو مسؤوليات بموجب المقاول^(٤).

أما المشرع المصري فهو بدوره أعطى للإدارة سلطة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته ضمن الميعاد المحدد له بالعقد على أن لا تتجاوز مجموع الغرامات التأخيرية نسبة (٣%) ثلاثة من المائة من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية و(١٠%) عشرة من المائة بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل وتفرض الغرامة مباشرة

(١) المادة (١٦ / ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) المادة (١٦ / ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٣) المادة (١٦ / رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٤) المادة (٤٨ / ١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨)،
(١/٣٠) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية بقسميها الأول والثاني، لعام (١٩٨٨).

على المتعاقد دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إتخاذ إجراء آخر، في حين اشترط المشرع لإعفاء المتعاقد من الغرامة أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، كما أن للإدارة في غير هذه الحالة إعفاء المقاول من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر مع احتفاظ الإدارة بحقها بالرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير^(١)، حيث استقر القضاء المصري على عدم جواز الإعفاء المسبق من غرامة التأخير ضمن شروط التعاقد ويكون الإعفاء لدى قيام موجب في إطار الأحكام العقدية أو القانونية واجبة الاتباع^(٢) ولا يعتبر الإعفاء في مثل هذه الحالة تصرفاً بالمجان في أموال الدولة^(٣)، أما القضاء الفرنسي فقد أقر سلطة الإدارة في الإعفاء من الغرامات التأخيرية وأقر تمتعها بسلطة تقديرية في تقرير إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية بصورة كلية أو جزئية لاعتبارات تتعلق بالعدالة والصالح العام على أن يتم اتباع الإجراءات القانونية للتنازل عن الأموال المستحقة للدولة^(٤)، أما في العراق فإن الإدارة لا تملك الإعفاء أو التنازل عن الغرامات التأخيرية المستحقة للدولة إذا كانت بسبب يعود إلى المتعاقد حيث تصبح هذه الغرامات ديناً مستحقاً للدولة^(٥) في حين نجد تطبيقات للقضاء العراقي للإعفاء من الغرامات التأخيرية إذا كان التأخير بسبب

(١) المادة (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل، في حين نصت المادة (٨٣) من اللائحة التنفيذية للقانون أنف الذكر على فرض غرامة تأخيرية في حالة تأخر المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد لا يتجاوز مجموعها (١٠%) عشرة من المائة من قيمة العقد أما المادة (٥ / ج) من تعليمات العطاءات الحكومية الأردنية فقد حددت الغرامات التأخيرية بنسبة (١٠%) عشرة من المائة من معدل الإنتاج اليومي في حين أن تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات الأردنية حددت الغرامة التأخيرية بنسبة (٥%) من قيمة اللوازم المتأخرة.

(٢) انظر الفتوى رقم (٥٤ / ١ / ٢٩) جلسة (١٩ / ١ / ١٩٩٢) أشار إليها د. حامد الشريف، المصدر السابق، ص ١١٣ و ص ١١٤.

(٣) انظر الفتوى رقم (٣٢٣) في (١٠ / ٥ / ١٩٥٩) أشار إليها د. حامد الشريف، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٤) انظر فتوى القسم الاستشاري في مجلس الدولة الفرنسي في (٢٣ / ١٠ / ١٩٥٦) أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٢)، ص ٦٩.

(٥) انظر المادة (٨ / ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة والمادة (٧١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) التي نصت على استحصال الديون المترتبة بذمة المقاول الناشئة عن إخلال المقاول بأحكام المقابلة بموجب قانون تحصيل الديون الحكومية رقم (٥٦) لسنة (١٩٧٧).

أجنبي مما يؤدي إلى سقوط التعويض استناداً للمادة (١٦٨) مدني وهذا الحكم لا يعطله كونه يتعلق بعقد إداري^(١).

(١) حكم محكمة التمييز المؤرخ (١ / ٧ / ١٩٧١) أشار إليه أ.د. محمد علي الطائي، الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (١، ٢، ٣، ٤)، س ٣٧ - ١٩٨٢، ص ٩٥ و ص ٩٦.

الفرع الثاني مصادرة التأمينات

التأمينات عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره^(١)، وتعتبر مصادرة التأمينات من الامتيازات المالية الخطيرة المقررة للإدارة في مواجهة المتعاقد المخل كونها تفرض بإرادة الإدارة المنفردة دون الحاجة لصدور أمر قضائي أو حدوث ضرر، فالضرر مفترض في مثل هذه الحالة لذلك يكتسب هذا الامتياز الصفة الإدارية التي لا يتمتع بها المتعاقد في عقود القانون الخاص عند الاتفاق على فرض الشرط الجزائي فالتأمينات وإن قبل بها المتعاقد مع الإدارة ابتداءً عند إطلاعه على شروط التعاقد إلا أن مصادرتها يتم بإرادة الإدارة فقط بسلطتها التقديرية تطبيقاً لنصوص العقد والقانون وهنا نجد الاختلال في التوازن العقدي ما بين الطرفين الخارق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون الخاص التي تقوم على توافق الإرادات ليس عند إبرام العقد بل عند تنفيذه أيضاً.

والتأمينات في التشريع العراقي على نوعين الأول : هو التأمينات الأولية وهي عبارة عن مبالغ مالية يلزم مقدم العطاء بتقديمها في جميع أنواع عقود الأشغال العامة والتجهيز لضمان جدية المشاركة في المناقصات وقد حددها القانون بنسبة (١%) واحد من المئة من مبلغ العطاء وهي تقدم بموجب صك مصدق أو خطاب ضمان^(٢) أو كفالة مصرفية ضامنة صادرة من مصرف عراقي معتمد وأجاز القانون أيضاً قبول التأمينات الأولية على شكل سندات قرض صادرة من الحكومة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (٢ / ١ / ١٩٦٥) أشار إليه د.أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٤٩، هامش رقم (٤)، وأشار إليه د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، المصدر السابق، ص ١١٧، وأشار إليه د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ١٤٣، وأشار إليه د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣٠١.

(٢) حول تعريف خطاب الضمان وأثره بالنسبة للمستفيد انظر القاضي موفق علي العبدلي، آثار خطاب الضمان، دراسة تحليلية لخطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٧ و ص ٥٣.

العراقية^(١)، ويشترط في خطاب الضمان المقدم كتأمينات أولية للإدارة أن يكون موجهاً لجهة التعاقد مع ذكر أسم ورقم المناقصة، وأن يكون صادراً من أحد المصارف المعتمدة في العراق وحسب النشرة الصادرة من البنك المركزي العراقي التي تصدر دورياً وتحدد درجة الكفاءة المالية للمصارف، كما يجب أن لا يكون مشروطاً وأن يكون جاهزاً للدفع حال المطالبة بقيمته من قبل الإدارة (جهة التعاقد)، كما يجب أن تكون مدة نفاذيته سارية طيلة مدة نفاذ العطاء وقابلة للتמיד وتعامل خطابات الضمان الصادرة من المصارف الأجنبية التي لها فروع معتمدة في العراق بنفس الضوابط المعتمدة للكفالات المصرفية وخطابات الضمان المقدمة من المصارف العراقية المعتمدة من قبل البنك المركزي العراقي، أما بالنسبة للمصارف الأجنبية التي ليس لها فرع في العراق فيجوز لمقدم العطاء مفاتيح المصرف الأجنبي لإصدار خطاب ضمان مقابل التأمينات الأولية إلى أحد المصارف المعتمدة في العراق مع إرفاق نسخة من اشعار إصدار خطاب الضمان المقابل في عطائه، ويجب على لجان تحليل وتقويم العطاءات التأكد من صحة صدور الكفالة المصرفية أو خطاب الضمان قبل اعتماده وخصوصاً بالنسبة للشركات المرشحة للإحالة^(٢).

(١) المادة (١٦ / أولاً / أ / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، كذلك انظر المادة (١٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي حددت نسبة التأمين المؤقت بما لا يتجاوز (٢%) اثنين من المائة من القيمة التقديرية للعطاء ونصت على استبعاد العطاء غير المصحوب بكامل المبلغ في حين أن المادة (٢٦ / ثالثاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦) المعدل قد حددت نسبة التأمينات لعرض الاشتراك في المزايدات بما لا يقل عن (٢٠%) عشرين من المائة من القيمة المقدرة للأموال.

(٢) انظر اعمام وزارة التخطيط / دائرة العقود الحكومية العامة ذا العدد (٤ / ٧ / ٤٤٠١) في (١٤ / ٤ / ٢٠٠٩) والمتضمن الضوابط الواجبة المراعاة قبل اعتماد الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، كذلك انظر المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩)، سنة (١٩٩٨) المصري المعدل التي أجازت تقديم التأمينات أما مباشرة لخزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي أو عن طريق الشيكات المؤشر عليها بالقبول من المصرف المسحوب عليه كما يجوز قبول الشيكات الصادرة من المصارف الأجنبية في الخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل، ويجوز دفع التأمينات بموجب خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة لأمر الجهة الإدارية ويغطي مبلغ التأمين وقابل للدفع حال المطالبة من الجهة الإدارية ودون الالتفات لمعارضة مقدم العطاء وأن تكون سارية المفعول لمدة لا تقل عن (٣٠) يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات. ولمزيد من التفصيل حول الكفالات المصرفية انظر د. عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام القانونية للاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية طبقاً لأحكام قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم (UCP600) لسنة ٢٠٠٧، مطبوعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١٢٩ وما بعدها.

وقد استثنى القانون العراقي مقدمي العطاءات من تقديم التأمينات الأولية إذا ما تم توجيه دعوى مباشرة لهم من قبل جهة التعاقد (الإدارة)^(١) كذلك أبقى القانون الشركات العامة للدولة والقطاع العام من تقديم التأمينات الأولية والنهائية لمدة ثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ نفاذ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في (١٩/٥/٢٠٠٨)^(٢)، وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن التأمينات الأولية تصدر لمن ترسو عليه المناقصة وينكل عن توقيع العقد وبعد التبليغ بكتاب الإحالة إضافة إلى إتخاذ الإجراءات القانونية الاخرى المنصوص عليها في هذه التعليمات^(٣).

وقد أجاز القانون لجهات التعاقد إطلاق التأمينات الأولية بناءً على طلب من مقدمي العطاءات الذين لا يحتمل أن ترسو المناقصة عليهم قبل انتهاء نفاذ العطاءات وبعد رفع التوصيات من قبل لجنة تحليل وتقويم العطاءات بموافقة رئيس جهة التعاقد ويتم الاحتفاظ بتأمينات المناقصين الثلاثة الأوائل المرشحين للإحالة^(٤)، في حين أن القانون المصري أوجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة دون توقف ذلك على طلب منهم وذلك فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء وخلال مدة لا تتجاوز (٧) أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول سواء أكان التأمين المؤقت مسدداً نقداً أم بموجب شيك أو خطاب ضمان^(٥)، والتزام الإدارة برد التأمين الأولي أو النهائي في حالة تحقق شروط الرد المنصوص عليها في العقد أو القانون كحالة وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية يمثل حقاً للمتعاقد مع الإدارة يترتب على امتناع الإدارة أو تراخيها في رد التأمين دون مبرر مشروع إخلالاً من جانبها

(١) المادة (٤ / رابعاً / ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) انظر المواد (١٦ / أولاً / هـ) و(٢٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٣) انظر المادة (١٧ / أولاً / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٤) المادة (٧ / سابع عشر) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٥) المادة (١٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل، والمادة (٧٢) من لائحته التنفيذية.

في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ويستتبع ذلك حق المتعاقد معها في مقاضاتها والمطالبة بالتعويض لما يشكله التراخي في ذلك من أضرار غير مبررة بالمتعاقد مع الإدارة^(١).
أما في الأردن : فإن المناقص الذي تقرر إحالة العطاء عليه يكون ملزماً بتقديم (كفالة حسن تنفيذ) خلال اسبوعين من تاريخ تبليغه بالإحالة^(٢) في حين أن تأمين حسن التنفيذ بالنسبة لعقود التوريد يكون بما يوازي (١٠%) عشرة من المائة من القيمة الإجمالية للوزام المحالة مع إيداع (تأمين صيانة) لا يقل عن (٥%) خمسة من المائة من قيمة اللوازم المكفولة^(٣).

أما النوع الثاني : فهو التأمينات النهائية وهي عبارة عن مبلغ مالي يدفعه مقدم العطاء بعد الإحالة عليه وقبل إبرام العقد كضمان لحسن تنفيذ العقد ولكافة العقود وقد حدد القانون نسبة هذه التأمينات بـ (٥%) خمسة من المائة من مبلغ العقد تدفع بموجب خطاب ضمان مصرفي صادر عن مصرف معتمد في العراق وساري المفعول طيلة فترة نفاذ العقد ومدة الصيانة ولا يطلق إلا بعد الاستلام النهائي للمشروع وصدور شهادة القبول النهائية وتصفية الحسابات، كذلك يشترط فيه أن يكون غير مشروط وقابل للتنفيذ بمجرد المطالبة به وقابلاً للتجديد بناءً على طلب جهة التعاقد (الإدارة)، ويجوز إطلاق أجزاء من مبلغ ضمان حسن التنفيذ بعد التسلم النهائي لتلك الأجزاء وصدور شهادة القبول النهائي لها بما يؤيد كونها مؤهلة للاستخدام^(٤)، وقد استقر القضاء الإداري على أن مصادرة التأمينات من الجزاءات

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٨٢) لسنة (٤٠ ق) جلسة (٢٦ / ١ / ١٩٩٩)، أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف في الاسكندرية، ط ١، ٢٠١١، ص ٧٧.

(٢) المادة (١٦ / أ) من نظام الأشغال الحكومية الأردني.
(٣) المواد (١٥ و ١٠) من نظام اللوازم الأردني ولمزيد من التفصيل انظر د. خالد خليل الظاهر، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

(٤) المادة (١٦ / أولاً / د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، كذلك انظر المادة (العاشرة) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول

المالية المستقلة عن فكرة التعويض وذلك بما لا يتجاوز التعويض الكافي لجبر الضرر الحادث للإدارة على أساس أن التأمين النهائي يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاه ولكنه لا يمثل الحد الأقصى حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقرارها الصادر عام (١٩٦٥) إلى القول (... و غني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بأن لا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين...)^(١).

والثاني لعام (١٩٨٨)، ونفس المادة من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) المتعلقة بضمان التنفيذ حيث ألزمت المقاول بتقديم خطاب ضمان غير مشروط صادر عن مصرف عراقي معتمد لضمان تنفيذ المقابلة بصورة مرضية، ويمكن الاستعاضة عن خطاب الضمان بالسندات لحامله التي تصدر عن الحكومة العراقية، كذلك انظر نص المادة (١٨) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي ألزمت صاحب العطاء أن يؤدي وخلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بقبول عطائه، -التأمين النهائي- الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي (٥%) خمسة من المائة من قيمة العقد ويكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد ويجب رده فوراً حال إتمام التنفيذ وبغير طلب في حين نصت المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور على وجوب سريان خطاب الضمان الخاص بالتأمين النهائي لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك.

(١) انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٥٠، وكذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٨٢.

الفرع الثالث التعويض

لقد كان التعويض محل خلاف الفقهاء فيما إذا كان يعتبر من صميم الجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد معها أم أنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص؟ فذهب جانب من الفقه إلى أن التعويض ليس من الجزاءات الإدارية كونه يمثل تطبيقاً للقواعد العامة في القانون الخاص^(١)، وإن التعويض هو مجرد جبر للضرر الذي يلحق بالإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية في العقد الإداري ولكن على نحو يختلف عن التعويض في نطاق العقود المدنية فهو يهدف إلى حمل المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته أكثر من مجرد جبر الضرر^(٢)، في حين يؤكد الأستاذ الدكتور إبراهيم طه الفياض (رحمه الله) إلى أن التعويض وإن كان يمثل في حقيقته جزاءً مالياً يقصد به تغطية الأضرار التي تلحق الطرف المتعاقد المضار إلا أنه لا يكون مقابلاً حقيقياً لقيمة الضرر ولا سيما ما يلحق المرافق العامة وهو جزاء ليس ذي طبيعة إدارية ذلك أن الإدارة لا تستطيع فرض التعويض بإرادتها المنفردة وإن الخطأ ومديونية المخطئ لا تقدر ابتداءً أو مقدماً وإن ذلك يكون بناءً على طلب يقدم للقضاء والذي يتولى بدوره تقدير ذلك وفقاً للقواعد العامة بموجب حكم قضائي وليس بقرار إداري جزائي^(٣) وبالتالي فإن التعويض وفقاً لهذا الوصف لا يتمتع بمزايا الجزاءات المالية للإدارة والتي تتمثل في كون هذه الجزاءات تفرض بالإرادة المنفردة للإدارة ويكون ذلك بموجب قرار إداري ذي طبيعة جزائية وليس بموجب قرار قضائي وإن الضرر مفترض مقدماً، في حين أن التعويض هو جزاء عام يمكن لأي طرف من طرفي العقد اللجوء إليه في حالة تقريره أو إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية، في حالة إذا ما جاء العقد خالياً من النص على جزاءات مالية يمكن فرضها لمواجهة هذا الإخلال في تنفيذ

(١) انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٤٥.

(٢) انظر حسين درويش، النظرية العامة للعقود الإدارية، ج ٢، (١٩٥٨)، ص ٣٠، كذلك أشار إلى رأيه أ. د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٣) أ. د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

العقد وقد يتضمن في بعض الأحيان العقد جزاءات مالية كالغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات إلا أن ذلك لا يمنع الإدارة في حالة فسخ العقد أو إنهائه بسبب تلك المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية من مراجعة القضاء والمطالبة بالتعويض إلا أن على الإدارة في مثل هذه الحالة إثبات وقوع الضرر كما يقع عليها عبء إثبات الخطأ التعاقدية اللازم لثبوت المسؤولية التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة المتمثل بإخلاله بالتزاماته التعاقدية بموجب العقد الإداري^(١)، وهذا الإخلال في تنفيذ العقد يستوجب التعويض في حالة ثبوته إذ أن مسؤولية المتعاقد مع الإدارة لعدم وفائه بالتزاماته التعاقدية تدور وجوداً وهدماً مع خطأ المتعاقد فتتعد تلك المسؤولية حال ثبوت الخطأ وتتعد بانعدامه^(٢)، ونستطيع أن نحصي اختلاف الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات عن التعويض في النقاط الآتية :

- ١- إن التشريعات والأنظمة واللوائح ودفاتر الشروط تحدد في العادة نسبة التأمينات الأولية والنهائية وكفالة حسن التنفيذ، والغرامات التأخيرية بموجب نسب مئوية من قيمة العقد وهذا معناه أن هذه المبالغ هي محددة ابتداءً بموجب القواعد القانونية في حين أن التعويض يتم تحديد مقداره من قبل السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفي ضوء الضرر الذي لحق بالإدارة.
- ٢- أن الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات تفرض بموجب الإرادة المنفردة للإدارة وبموجب قرار إداري في حين أن التعويض يتقرر بموجب قرار قضائي.
- ٣- لا تحتاج الإدارة لفرض الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات تحقق الضرر أو إثبات وقوع الضرر حيث أن الضرر مفترض في العقود الإدارية وهذا ما قرره محكمة تمييز العراق حيث تقول (... أن العقود الإدارية القائمة على أساس

(١) عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر الخطأ العقدي بأنه (... هو الخطأ الناجم عن عدم قيام المدین بتنفيذ التزاماته التعاقدية بغض النظر عن سبب ذلك عمداً كان أم إهمالاً...) حكمها في الطعن رقم (٣٦٦٣) لسنة (٣٦) ق) جلسة (١١/٢٩/١٩٩٤)، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥.

(٢) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر نفسه، ص ١٦٩.

فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المواطنين... من الفائدة المتوخاة ولا لزوم لإثبات الضرر...^(١).

كما ذهب في حكم اخر لها إلى القول (... إن مجرد التأخير في أعمال المرافق العامة يعني أن الضرر متحقق وقوعه..)^(٢)، في حين إن فرض التعويض يستلزم تحقق قيام المسؤولية العقدية وتحقق عناصرها من خطأ المتعاقد وتضرر الإدارة وعلاقة سببية بين الاثنين.

٤- لا تحتاج الإدارة لفرض الغرامات التأخيرية أو مصادرة التأمينات أضرار المتعاقد معها في حين أن الإدارة ملزمة لغرض المطالبة بالتعويض بأضرار المتعاقد معها، وهذا مما يؤكد أن التعويض هو تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني^(٣).

٥- يتمتع القضاء بسلطات تقديرية واسعة في تقدير مقدار التعويض أو زيادة أو خفض مقداره حيث ذهبت محكمة تمييز العراق في حكم صادر لها عام (١٩٧١) إلى القول (... تقدير الأضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطاتها التقديرية...)^(٤)، كما أن لمحكمة التمييز خفض مقدار التعويض المحكوم به إذا كان يزيد عما أصاب المشتكي من أضرار^(٥) في حين أن الغرامات التأخيرية والتأمينات تكون بنسب محددة بموجب القانون ولا تملك الإدارة زيادة هذه النسبة أو إنقاصها.

ونحن بدورنا نرى بأن التعويض يعتبر من الجزاءات المالية متى ما نص عليه صراحة في صلب العقد وحددت آلية استيفائه ضمن الفقرات الجزائية للعقد

(١) حكمها المرقم (٢١١٣ / حقوقية / ١٩٦٤) منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز، المجلد الثاني، سنة (١٩٦٩)، ص ١٢٦.

(٢) حكمها المرقم (٤٢٧ / ح / ١٩٦٩) في (٦ / ٩ / ١٩٧٠) أشار إليه رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، مطبعة العزي الحديثة، ط١، بغداد، (١٩٧٦)، ص ٤٠ و ص ٤١.

(٣) نصت المادة (٢٥٦) مدني عراقي على أن (لا يستحق التعويض إلا بعد اضرار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك).

(٤) حكمها المرقم (٣٨١ / ١ / استثنائية / ١٩٦٩) في (١٨ / ٥ / ١٩٧١)، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١، ص ١٣١.

(٥) حكمها المرقم (٧٢٠، تمييزية / ١٩٧٣) في (٢٩ / ١٢ / ١٩٧٣)، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٣، ص ١٠٤.

الإداري بحيث تستطيع الإدارة استيفاء مبلغ التعويض من المبالغ المستحقة للمتعاقد معها أو ما قد تستحق مستقبلاً^(١)، وهذا أيضاً هو اتجاه القضاء الإداري المصري في بعض أحكامه^(٢)، أما إذا لم يتضمن العقد الإشارة بشكل صريح إلى حق الإدارة في التعويض، فإن مطالبة الإدارة بالتعويض سيكون على أساس المسؤولية العقدية وطبقاً للقواعد العامة في القانون الخاص.

المطلب الثاني الجزاءات غير المالية

وتأخذ هذه الصورة من الجزاءات شكل إجراءات وتدابير إدارية تتخذها الإدارة بإرادتها المنفردة لضمان تنفيذ العقد بشكل جيد وتصل في بعض الأحيان إلى الحلول محل المتعاقد مع الإدارة لتنفيذ التزامه بموجب العقد الإداري وعلى حسابه وتصل في أحيان أخرى إلى فسخ العقد وإنهاء العلاقة التعاقدية ولذلك فإن هذا النوع من الجزاءات يتخذ صورتين رئيسيتين هي الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية :

الفرع الأول الجزاءات الضاغطة (المؤقتة)

تهدف هذه الجزاءات إلى إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية لذا فهي ذات طبيعة (مؤقتة) ليس من شأنها إنهاء العقد وإنما من شأنها تجريد المتعاقد مع الإدارة من إمكانات الاستمرار في تنفيذ العقد والحلول محله لهذا

(١) يجيز القانون الفرنسي للإدارة في بعض الحالات استحصال التعويض بقرار يصدر عنها وهو ما يسمى

بـ(أوامر الدفع)، انظر د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٢) ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول (... لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ للقضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض ما دام العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقايضة من أي مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقد معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة أو أي مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها...)، حكمها في (١١/٢٧ / ١٩٦٥)، أشار إليه د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٢٩٨ و ص ٢٩٩.

الغرض أو إحلال غيره للقيام بنفس الغرض وعلى حسابه في حالة وجود إخلال جسيم من جانبه في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد^(١)، وهذا النوع من الجزاءات غير معروف في العقود المدنية وتشكل خرقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تستند إليها هذه العقود والتي تقوم على أساس توافق الإرادات والمساواة بين المتعاقدين، في حين أن حلول الإدارة بنفسها محل المتعاقد المخل بالتزاماته أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله لإنجاز التزاماته وعلى حسابه ومسئوليته يشكل نوعاً من تجميد لإرادة هذا المتعاقد في العقود الإدارية إذا صح التعبير وهذه حالة غير معهودة في عقود القانون الخاص، وحلول الإدارة محل المتعاقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية هو حلول جوازي متروك للسلطة التقديرية للإدارة إلا أن الحلول يستلزم ارتكاب المتعاقد تقصيراً على درجة كبيرة من الجسامه في أداء التزام على درجة كبيرة من الأهمية كوقف الأعمال أو ترك موقع العمل أو رفض أوامر الإدارة وسنحاول تناول أهم صور الجزاءات الضاغطة في ما يأتي :

١- سحب العمل من المتعاقد مع الإدارة :

هذا النوع من الجزاءات شائع في عقود ومقاولات الأشغال العامة، حيث ألزم القانون جهة التعاقد (الإدارة) عند بلوغ مقدار المدة التأخيرية في تنفيذ العقد نسبة (٢٥%) خمسة وعشرين من المائة من مدة العقد مضافاً إليها أي مدد إضافية ممنوحة إتخاذ الإجراءات الكفيلة بالإسراع في إنجاز العقد بما في ذلك تشكيل لجنة

(١) حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر (... العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر وإنما يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة وإنما تتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته...)، حكمها في (١٧/مارس/١٩٥٧) أشار إليه د. جابر نصار، المصدر السابق، ص ٢٢٤ وأيضاً ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى نفس المذهب حيث قررت في أحد أحكامها (... إن وسائل الضغط هي من الجزاءات التي تملك الإدارة ممارستها وأنها إجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية، يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، وإن التجاء الإدارة لهذه الإجراءات القهرية لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة وتتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته...) حكمها في (١ / ٢ / ١٩٦٤)، أشار إليه د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٥٣.

إسراع من ذوي الاختصاص يكون المتعاقد مع الإدارة طرفاً فيها وذلك للصرف على الأعمال المتبقية أو سحب العمل بموجب شروط العقد^(١) مع إحالة الأعمال المتبقية إلى مقاول آخر ينفذ على حساب المقاول الأول بعد تثبيت الوضع الراهن للأعمال المنجزة من قبل لجنة تضم في عضويتها ممثلاً عن المقاول الأول لتجنب إيقاف العمل^(٢) ودون الحاجة للحصول على إذن قضائي^(٣)، على أن يتم وضع اليد على موجودات الموقع أو المشروع وجرّد المواد والمعدات الخاصة بالمتعاقد المخل لأغراض تصفية الحسابات وتنفيذ العمل على حسابه مع احتساب الغرامات التأخيرية والتحميلات الإدارية البالغة (٢٠%) عشرين من المئة من مبلغ الالتزام المخل به والالتزامات المالية الأخرى^(٤) كما يجوز للإدارة إحالة العقد إلى مقاول آخر ويتحمل المتعاقد المخل فرق البدلين عند تنفيذ العقد مع مصادرة تأمينات حسن التنفيذ^(٥) ويشترط لسحب العمل من المقاول حصول حالة من الإخلال الجسيم بالتزاماته كتنازل المقاول عن المقابلة دون علم رب العمل (الإدارة) أو الإقلاع عن تنفيذ العقد بعد التوقيع عليه أو العجز عن التنفيذ أو وقف الأعمال لمدة تزيد عن (٣٠) يوماً بعد تسلمه العمل أو عدم التنفيذ وفقاً لشروط المقابلة أو إهمال المتعمد وعدم المبالاة في تنفيذ التزامه أو التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء أو فقرة من فقرات المقابلة من شأنها الإضرار بالعمل، أو حصول سبب يتعلق بالكفاءة المالية للمقاول كما لو أفلس المقاول وأشهر إعساره أو تقدم بطلب لذلك إذا صدر قرار بوضع أموال المقاول في يد أمين التفليسة (السنديك) أو بيد محكمة مختصة وغيرها من الأسباب التي تتعلق

-
- (١) المادة (١٦ / ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) البند (ثانياً) من قرار مجلس الوزراء رقم (٨٠) لسنة (٢٠١١).
(٣) كانت المادة (١٧ / ثانياً / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، تشترط استحصال إذن قضائي لغرض تنفيذ الأعمال على حساب المقاول المخل بالتزاماته إلا أن البند (ثانياً) من قرار مجلس الوزراء اعلاه ألغت العمل بهذا الشرط وأصبح التنفيذ على حساب المقاول لا يتطلب الحصول على إذن قضائي.
(٤) المادة (١٧ / ثانياً / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٥) المادة (١٧ / ثانياً / ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

بالذمة المالية للمقاول ولا يجوز سحب العمل إلا بعد أعمار المقاول تحريراً بذلك ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(١).

(١) حددت المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨) الحالات التي يجوز فيها سحب العمل من المقاول دون الرجوع إلى المحكمة على سبيل الحصر على أن يتم إعطاء المقاول إنذاراً أو إشعاراً تحريراً لمدة (١٤) أربعة عشر يوماً وبعدها يباشر بسحب العمل ووضع اليد على الموقع والأعمال المنفذة، كذلك نصت المادة (٨٦٩ / ١) مدني عراقي على أن (إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل عنه إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدد له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب أما فسخ العقد وأما أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً، كذلك انظر المواد (٢٥٦) و(٢٥٧) من القانون المدني.

الآثار المترتبة على سحب العمل :

يترتب على سحب العمل رفع يد المقاول عن موقع العمل وموجودات العمل دون أن يؤدي ذلك إلى فسخ العقد حيث تقوم لجنة الإسراع^(١) في تنفيذ العمل وقبل مباشرة مهامها بجرد موقع العمل من مواد والمعدات المطروحة في الموقع أو في المخازن، كذلك إجراء الجرد على آليات ومعدات المقاول والكادر الفني والإداري وتحديد مدى إمكانية الاستفادة من عملية الإسراع في التنفيذ من هذه الكوادر مع تثبيت قيمة الأعمال المنجزة وحسب جداول الكميات (التأدار) والسلف المستلمة من المقاول عن الأعمال المنجزة بموجب جداول المقاييس (الذرة) مع تثبيت مستحقات المقاول غير المستلمة ويتم إكمال تنفيذ الأعمال وفق المنهاج الذي تعده اللجنة والمصادق عليه من رب العمل، أما باستخدام أسلوب التنفيذ المباشر بموجب التعليمات رقم (٧) لسنة (٢٠٠١م) وعلى حساب المقاول المخل وحسب الصلاحيات الممنوحة للجنة والتي لها الاستعانة بالكادر الفني والإداري للمقاول من فنيين وعمال ماهرين وغير ماهرين ووفق الرواتب والأجور السائدة^(٢)، مع ملاحظة أن الغرامات التأخيرية تتوقف حال صدور القرار بسحب العمل إذا لم يعد المقاول حراً في إكمال العمل والسيطرة عليه حال رفع يده عن المشروع وموجوداته^(٣).

(١) تضمن اعمام وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة ذو العدد (٤ / ٧ / ٣٠٢٤) في (١٦ / ١ / ٢٠٠٩) ضوابط وآلية عمل لجان الإسراع بعد سحب العمل من المقاول كما نصت الفقرة (٢) من هذا الإعمام على تشكيل لجنة الإسراع التي تتألف برئاسة موظف بدرجة مدير أقدم أو رئيس مهندسين على الأقل من ذوي الخبرة بأعمال التنفيذ ذات العلاقة بالمشروع وعضوية مهندسين وفنيين وقانونيين ومحاسبين ورقابيين عدد (٢) لكل فئة لا تقل خبرة الرئيس والأعضاء عن (١٠) سنوات في مشاريع العمل المماثلة وعضوية المقاول أو من يمثله في حالة قبوله المشاركة في اللجنة تحريراً.

(٢) انظر ضوابط وآلية عمل لجان الإسراع المعممة بموجب اعمام وزارة التخطيط/ دائرة العقود الحكومية العامة أعلاه حيث حددت الفقرة (٤) منه واجبات لجنة الإسراع والفقرة (٣) منه الإجراءات التحضيرية للجنة الإسراع والتي تعد تطبيقاً لنص المادة (٢/٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) والمادة (١٧ / ثانياً / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، لمزيد من التفصيل راجع القاضي بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة، ٢٠١١.

(٣) حكم محكمة تمييز العراق في (٥ / ٥ / ١٩٨٦)، كذلك ذهبت المحكمة المذكورة في حكم لها صادر في (١ / ٦ / ١٩٨٧) إلى القول (... لا يجوز احتساب غرامات تأخيرية عن المدة اللاحقة لسحب العمل وحيث يتبين من تقرير الخبير أن مدة التأخير تبدأ في (٢٤ / ٨ / ١٩٨١) وهي

وقد تضمنت القوانين المقارنة على أحكام مماثلة لتنظيم سحب العمل باعتباره جزءاً تملك الإدارة إيقاعه على المتعاقد معها^(١).

٢- الشراء على حساب المتعاقد المخل :

وهذا النوع من الجزاءات شائع في عقود التوريد^(٢)، وعادة ما تلجأ الإدارة لهذا الأسلوب في حالة حصول إخلال من قبل المورد في تنفيذ التزاماته التعاقدية كالتأخر في التوريد، أو عدم المباشرة بالعقد ضمن المدة المحددة فيه، أو عدم مطابقة المواصفات الفنية للمواد الموردة للمواصفات الفنية المتعاقد عليها أو أي شكل آخر من أشكال الإخلال بالعقد ويشترط لغرض اللجوء إلى هذا الأسلوب اعدار المورد وصدور قرار خاص من السلطة المختصة وأن يتم التنفيذ على نفقة المتعاقد نفسه بواسطة الإدارة نفسها أو من خلال إحالة الالتزام لمتعاقد آخر وعلى نفقة المتعاقد الأول مع تحمل المتعاقد الأول النفقات الإضافية المترتبة على زيادة أسعار المواد الموردة نتيجة التأخير^(٣)، كما يترتب على صدور قرار بالشراء على حساب المتعاقد مصادرة التأمينات النهائية من جهة الإدارة^(٤).

مدة لاحقة لسحب العمل في (٢٨ / ٧ / ١٩٨٠)...، اشار إليها د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ١٥٦.

(١) انظر المادة (٨٤ / ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي أجازت في حالة إخلال المتعاقد بشرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته ولم يصلح ذلك بعد إنذاره بإصلاح ذلك خلال (١٥) يوماً من تاريخ الإنذار كان للسلطة المختصة سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعين عنها والمتعاقد عليها، كذلك انظر المادة (١٦ / ب) من نظام الأشغال الحكومية الأردني التي أجازت تنفيذ الأشغال على حساب المتعاقد معها بالطريقة التي تراها الدائرة المختصة.

(٢) يستخدم المشرع العراقي اصطلاح (عقود التجهيز) بدلاً من (عقود التوريد) كما لم تتضمن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة تعريفاً لعقد التجهيز أو أحكاماً خاصة بهذا النوع من العقود الحكومية حيث نصت المادة (٢ / أولاً) منها على سريان أحكام هذه التعليمات على العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الحكومية (دوائر الدولة والقطاع العام) بما في ذلك عقود تجهيز السلع والخدمات.

(٣) نصت المادة (٢٥) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل على أن (يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعين المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد)، ونصت المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على نفس الحكم، كذلك تنظر المادة (٦٨) من تعليمات تنظيم العطاءات الأردنية.

(٤) المادة (٢٦) من القانون نفسه والمادة (٨٤ / ب) من لائحته التنفيذية.

ولا يترتب على الشراء على حساب المتعاقد المخل إنهاء للرابطة التعاقدية لأن هذا النوع من الجزاءات يهدف إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فتأخر المورد عن تنفيذ التزامه يكون جزاؤه الشراء على حسابه، كما للإدارة أن تمنحه مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامات تأخيرية عليه ولها أن تلجأ بعد ذلك للشراء على حسابه بنفسها أو عن طريق متعهد آخر تختاره بموجب مناقصة محلية أو عامة^(١)، وهذا هو اتجاه المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث ذهبت في حكم لها صدر في (١٦/ديسمبر/١٩٦١) إلى القول (... لئن كان التنفيذ عينياً في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الالتزام عينياً بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته، فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده والتزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينياً تقوم به الإدارة بنفسها عند اخلال المتعاقد معها تعهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ومنعاً من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق...)^(٢).

٣- وضع المشروع تحت الحراسة :

ويطبق هذا النوع من الإجراءات الضاغطة في عقود التزام المرافق العامة^(٣) وهو يعني رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المشروع دون أن يؤدي ذلك إلى فسخ العقد أو إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي^(٤) وذلك لضمان سيره سيراً منتظماً ولإصلاح ما

(١) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥١٦.
(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥١٨، كذلك انظر أ.د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٢١.
(٣) عرفت المادة (١ / ٨٩١) مدني عراقي عقد الالتزام بأنه (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون)، ولمزيد من التفصيل حول مفهوم التزام المرافق العامة انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٠٦، كذلك انظر د. منير محمود الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، ج ١، مطبعة الجامعة، بغداد، (١٩٧٩)، ص ٢٣٧.
(٤) انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢١٤.

تريد إصلاحه ولإجبار الملتزم على تنفيذ التزامه^(١) ويشترط لوضع المرفق تحت الحراسة أن يكون ملتزم المرفق العام قد قصر في تسييره تقصيراً جسيماً أو كان هناك ظروف أو أحداث تهدد المرفق العام بالتوقف حتى لو كان ذلك بدون خطأ من الملتزم^(٢) وأن يصدر قرار من الجهة المختصة بوضع المرفق تحت الحراسة سواء ورد نص في العقد أم لم يرد ويترتب على صدور قرار بوضع المرفق العام تحت الحراسة رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارته وتولي الإدارة بنفسها إدارته أو تعهد بإدارته إلى حارس مؤقت تختاره لمدة محددة أو غير محددة ويتم اللجوء إلى هذا الإجراء دون الحاجة إلى إذن قضائي أو إنذار سابق ما لم ينص العقد على خلاف ذلك ويترتب على وضع المرفق تحت الحراسة نتيجة لخطأ المتعاقد أيضاً أن المرفق يدار تحت مسؤولية المتعاقد ويتحمل مخاطر الإدارة المالية^(٣)، وكما يترتب على وضع المرفق العام تحت الحراسة جملة من الآثار كحق الإدارة في تحصيل الرسم الذي كان الملتزم يتقاضاه من الجمهور^(٤).

الفرع الثاني الجزاءات الفاسخة (النهائية أو الرادعة)^(٥)

- (١) فتوى مجلس الدولة المصري في (١٤ / ٢ / ١٩٥٢)، أشار إليها الدكتور إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢١٤، هامش رقم (٢).
- (٢) كحدوث كارثة طبيعية أو إضراب مثلاً حيث اعتبرت المادة (٢/٨٩٩) مدني عراقي الإضراب قوة قاهرة إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على وقوعه دون خطأ منه أو إذا لم يكن في وسعه استبدال العمال المضربين أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى وفي مثل هذه الحالة لا يتحمل الملتزم مخاطر الإدارة المالية الناجمة عن وضع المرفق تحت الحراسة. وحول أنواع الإضراب انظر مصدق عادل طالب، الإضراب المهني للعمال وأثاره، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ص ٧١ وما بعدها.
- (٣) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٠٧ وما بعدها، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٧١.
- (٤) لمزيد من التفصيل انظر رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٠، ص ٨٢.
- (٥) انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٤٥ و ص ٣٦١.

يعتبر فسخ العقد مع المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية من قبل الإدارة من أفسى الجزاءات التي تستطيع الإدارة الركون إليها لأنها تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بالطريق غير الاعتيادي لإنهاء العقود^(١) وسلطة الإدارة في فسخ العقد بسبب صدور خطأ أو إخلال جسيم من المتعاقد تختلف عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون صدور خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، وهذا الجزاء تملك الإدارة إيقاعه على المتعاقد معها حتى وإن لم ينص عليه في العقد أو في دفاतर الشروط ودون الحاجة للجوء إلى القضاء^(٢) وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن قيام الإدارة بفسخ العقد مع المتعاقد المخل لا يعتبر امتيازاً مقررراً لمصلحة الإدارة ولا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في القانون الخاص التي تقضي في حالة حصول إخلال في تنفيذ العقود الملزمة لجانبين يكون للأفراد حق فسخ العقد عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين ما عليه من التزام^(٣).

وجدير بالإلماع عليه أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨م) المعدلة لم تتضمن نصاً يجيز للإدارة فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية وكذلك جاءت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨م خالية من نص يشير صراحة إلى صلاحية رب العمل (الإدارة) في فسخ العقد نتيجة لخطأ أو تقصير المقاول في تنفيذ العقد وإنما تضمنت نصاً يخص إنهاء المقولة بشكل عام في حال نشوب حرب أو وجود استحالة مادية أو قانونية لإتمام تنفيذ العقد خارجه عن إرادة الطرفين^(٤) وهذا لا

(١) تنتهي العقود بصفة عامة بما في ذلك العقود الإدارية وذلك بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بصورة كاملة بين طرفي العقد أو تنتهي بسبب انتهاء المدة المحددة لبقائه أو سريانه بين الطرفين.

(٢) انظر د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

(٣) يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الفسخ بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة هو تطبيق لمنطوق المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي التي تجيز لطرفي العقود الملزمة للجانبين بفسخ العقد إذا ما أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية، انظر د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣٠٥، كذلك انظر المادة (١٧٧) مدني عراقي.

(٤) انظر المادة (٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨)، وكذلك انظر المادة (٤٣) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية لسنة (١٩٨٨).

يعتبر بطبيعة الحال فسخاً للعقد وإنما يعتبر في الحالة الثانية إقالة للعقد باتفاق الطرفين أو ما يعرف فقهاً (بالتقابل)^(١) وبذلك يكون المشرع العراقي قد أحال سلطة الإدارة في فسخ العقد نتيجة لخطأ أو إخلال المتعاقد إخلالاً جسيماً بتنفيذ العقد إلى المبادئ العامة في القانون المدني التي أجازت لرب العمل في حالة تأخر المقاول في المباشرة بالعمل أو تأخره بالإنجاز تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي وخلال المدة المتفق عليها فسخ العقد دون انتظار حلول أجل التسليم^(٢)، كما يجوز لرب العمل إذا ما وجد أن المقاول يقوم بتنفيذ العقد على وجه معيب أو مناف لشروط العقد أن يطلب فسخ العقد أو أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر وعلى نفقة المقاول الأول متى ما كانت طبيعة العقد تسمح بذلك^(٣).

أما في مصر فإن قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل قد نص على الفسخ كجزء لإخلال المتعاقد مع الإدارة في عدة حالات منها شروع المتعاقد مع الإدارة بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو حصل على العقد بطريق الرشوة، وكذلك في حالة إفلاس المتعاقد أو اعساره^(٤) وكذلك يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروطه مع مصادرة التأمين النهائي^(٥) على أن يتم ذلك بقرار صادر من السلطة المختصة يخطر به بكتاب موسى عليه بعلم الوصول على عنوان المتعاقد المبين في العقد^(٦)، وكذلك أجاز القانون الإداري

(١) الإقالة هي (اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرامه)، وعرفت أيضاً بأنها (فسخ يقع برضى الطرفين لعقد سبق إبرامه بينهما)، ولمزيد من التفصيل انظر راقية عبد الجبار علي، اقالة العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، (١٩٩٥)، ص ٨ و ص ٩.

(٢) المادة (٨٦٨) مدني عراقي، كذلك انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠، ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) المادة (٨٦٩) مدني عراقي، وكذلك انظر المادة (٦٥٠) مدني مصري.

(٤) المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل.

(٥) المادة (٢٥) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل.

(٦) المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨).

الأردني للإدارة فسخ العقد كجزء في حالات محددة^(١)، وحق الإدارة في فسخ العقد نتيجة لإخلال المتعاقد وإن كان حقاً تقرر القوانين والنصوص التعاقدية إلا أن للإدارة اللجوء إلى هذا الحق حتى وإن لم ينص عليه في العقد ودون الحاجة للجوء إلى القضاء ما لم يتضمن العقد نصاً يقضي بغير ذلك عند ذلك يكون النص واجب التطبيق ومع ذلك فإن الإدارة لا تملك حرية مطلقة في اللجوء إلى هذا النوع من الجزاءات فهي مقيدة بقيود يجب مراعاتها وأول هذه القيود وجوب ارتكاب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً يبرر فسخ العقد كجزء نهائي للرابطة التعاقدية^(٢)، كذلك فإن الإدارة مقيدة قبل فسخ العقد باعذار المقاول المخل وهذا هو الاتجاه في فرنسا والعراق حيث يتفق القضاء الإداري على وجوب اعذار المتعاقد قبل فسخ العقد^(٣)، ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة من الاعذار قبل الفسخ فلا تكون الإدارة في مثل هذه الحالة ملزمة بالاعذار، أما في مصر فإن المشرع لم يجعل الاعذار وجوبياً في كل الحالات على خلاف القواعد العامة في القانون المدني التي تلزم اعذار المدين قبل توقيع الجزاء^(٤)، في حين نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يتشدد في توجيه الاعذار وخصوصاً في حالة الفسخ الواقع على عقد من عقود التزام المرافق العامة أو ما يسمى (بالإسقاط) أي إسقاط الالتزام^(٥) إضافة لذلك فإن الإدارة ملزمة بإصدار

(١) انظر مثلاً المادة (٦٧) من تعليمات تنظيم العطاءات الأردنية التي أجازت للإدارة فسخ العقد إذا ما تنازل المتعهد لشخص آخر عن كل أو جزء من العقد دون حصول موافقة أو إذن خطي من لجنة العطاءات، لمزيد من التفصيل انظر د. خالد خليل الظاهر، المصدر السابق، ص ٢٦٨.

(٢) من صور الخطأ الجسيم عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة للمتعاقد، ترك موقع العمل، إيقاف العمل، عدم مراعاة مواعيد تسليم العمل والمواد الموردة، الإهمال وعدم الاهتمام، التنازل عن العقد، عجز المقاول، الغش ومحاوله الرشوة، توريد أصناف رديئة، الإفلاس، التصفية القضائية لذمته المالية، انظر أ. د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٢٦ و ص ٢٢٧، وكذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٣٠ و ص ٥٣١، وكذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

(٣) انظر المواد (١٧٧)، و(٨٦٨) و(٨٦٩) مدني عراقي.

(٤) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٣٢، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(٥) يجب التمييز بين مصطلح إسقاط الالتزام (Decheance) وهو طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته كجزء توقعه السلطة الإدارية على ملتزم المرفق العام الذي ارتكب خطأ على درجة كبيرة من الجسامه (une faute très grave) تبرر فسخ العقد وبين مصطلح الاسترداد (Rachat de la concession) الذي يتقرر بموجب نص في العقد ويسمى (بالاسترداد التعاقدية)، أو يتقرر

بإصدار القرار الخاص بفسخ العقد من الجهة الإدارية المختصة ما عدا قرار (الإسقاط) الخاص بعقد التزام المرافق العامة فإن الاتجاه السائد في فرنسا والعراق هو وجوب أن يصدر قرار الإسقاط من جهة القضاء ما لم ينص العقد على منح سلطة إصدار القرار الخاص بالإسقاط لجهة الإدارة^(١) وذلك كون هذه العقود تتعلق بمرفق عام ورؤوس أموال ضخمة تجعل الملتزم أجدر بالرعاية من خلال إخضاع قرار الإسقاط للرقابة القضائية السابقة وليس اللاحقة التي ترد على قرار الإدارة بالإسقاط، في حين أن اتجاه القضاء الإداري المصري يتجه نحو الاعتراف بحق الإدارة في إسقاط الإلتزام بنفسها دون الحاجة للجوء إلى القضاء ابتداءً ودون الحاجة للنص على ذلك في العقد أو دفاتر الشرط^(٢) وفي المقابل فإن المتعاقد مع الإدارة لا يملك أن يفسخ العقد المبرم مع الإدارة بإرادته المنفردة وإنما يتعين عليه استحصال حكم قضائي وهذا هو اتجاه المحكمة الإدارية العليا حيث جاء في قرار لها (... وبينني على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك...)^(٣).

بموجب نص القانون ويسمى (بالاسترداد غير التعاقدية) وإن جوهر التفرقة بين المصطلحين أنفي الذكر أن الإسقاط جزاء توقعه الإدارة ولا يترتب عليه تعويض مالي للملتزم بخلاف الأسترداد فهو يصحبه تعويض دائماً انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٢٣ و ص ٥٢٩، كذلك انظر رشا محمد جعفر، المصدر السابق، ص ٨٩.

(١) حيث ذهبت محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر في عام (١٩٦٧) إلى القول (... أن من المسلم به في القانون الإداري أن الملتزم يخضع في القيام بإدارة المرفق العام واستغلاله لرقابة الحكومة سواء نص في عقد الإلتزام على الرقابة أم لم ينص فإن هذا العقد قد نص في مواد متعددة منه على سلطة الحكومة في الإشراف على تنفيذ صاحب الإلتزام لنصوص العقد وأجاز في مادته الحادية والثلاثين للحكومة أن تلغي المشروع أو تنقله إلى غير صاحب الإمتياز إذا عجز عن تنفيذه أو إدارته بصورة مرضية بمقتضى شروط العقد أو إذا خالف هذه الشروط وقد خلا العقد من نص يوجب فيه على الحكومة دفع أي تعويض في حالة الإلغاء...) حكمها المرقم (٩٣٠ / ٩٣٠ / ١٩٦٧) في (١٩٦٧/١٢/٢) أشار إليه محمد عبد الله حمود الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، (١٩٨٣)، ص ١٣٧.

(٢) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٩٢ و ص ١٩٣.

(٣) حكمها رقم (١٠٢٧ - ١٥) - (٥٢ / ٢٣) في (١٩٧٨ / ١ / ٢٨) أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٦٤.

الفرع الثالث الجزاء الجنائية

الأصل أن الإدارة لا تملك إيقاع الجزاءات الجنائية على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها، وإن الشروط الاستثنائية التي تعمد الإدارة إلى تضمينها في عقودها الإدارية لا تصل إلى درجة تخويل الإدارة صلاحية فرض العقوبات الجنائية ذلك أن الجرائم والعقوبات المقررة لها تخضع لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وإن القاضي لا يملك ابتداء الجرائم وعقوبات جديدة لم ينص عليها المشرع إلا أن الإدارة تستطيع فرض الجزاءات الجنائية من خلال تطبيق القوانين واللوائح التي يصدرها المشرع والتي تتضمن جزاءات ذات طبيعة جنائية، والأصل أن القاضي هو المسؤول عن فرض العقوبات الجنائية إلا أن المشرع في بعض الأحيان يعطي للإدارة سلطات قضائية تخولها فرض العقوبات الجنائية^(١)، وقد لزم المشرع العراقي المتعاقد مع الإدارة أن يكون ملماً بجميع الأساليب والمتطلبات القانونية للعمل في العراق وأن يمتثل للقوانين والانظمة والمراسيم والأوامر والتعليمات والبيانات والقرارات الصادرة من الإدارات المحلية والجهات الاخرى المخولة قانوناً^(٢).

كما أن للإدارة أن تلجأ إلى أسلوب إدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم في القائمة السوداء (Black List) سواء أكانوا مقاولين أم مجهزين أو استشاريين عراقيين أو غير عراقيين ووفقاً للتعليمات التي تصدر عن وزارة التخطيط^(٣)، حيث يعتبر الإدراج في القائمة السوداء جزاء ذات طبيعة مزدوجة إدارية وجنائية إذ يجوز

(١) انظر مثلاً قراري مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٣) في (٢١ / ٦ / ١٩٦٩) و(١٣٣٣) في (٤ / ١٢ / ١٩٨٤) اللذين أعطيا للوزراء ومن هم في درجتهم والمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد عن اسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ تلك المشاريع والأعمال المحالة عليهم بدون عذر مشروع.

(٢) المادة (٢٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) كذلك انظر المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي ألزمت المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ اوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط.

(٣) المادة (١٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

لوزير التخطيط وبناءً على طلب مسبب من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وضع شركة المقاولات أو المقاول في القائمة السوداء لمدة لا تزيد عن (٢) سنة عند تحقق حالات معينة^(١)، ويترتب على الإدراج في القائمة السوداء تنزيل صنف المقاول درجة واحدة لمدة (سنة) مع عدم التعامل معه بسبب إدراجه في القائمة السوداء^(٢) مع إحالة المقاول المخل إلى المحاكم المختصة^(٣)، أما على مستوى قانون العقوبات فنلاحظ أن القانون المذكور قد أشار إلى بعض الأفعال ذات الصلة بالعقود الحكومية كالغش والإخلال بحرية وسلامة المزادات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات وكذلك إفشاء معلومات حول مقولة الزم القانون على المقاول كتمانها واعتبرها جرائم عاقب عليها بعقوبات مختلفة^(٤)، إذ أن الإدارة في مثل هذه الأحوال لا تملك إيقاع العقاب بنفسها على المتعاقد المخل الذي ينطبق عليه وصف هذه الجرائم وإنما يقوم بإحالته إلى القضاء وبالتالي لا يمكن اعتبارها من الجزاءات التي يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد معها لأنها تخضع للقواعد العامة في قانون العقوبات، في حين نجد أن المشرع المصري اشترط لاعتبار الخطأ التعاقدى جريمة جنائية أن يكون متصلاً بالعقد وأن يكون هناك نية متعمدة بالإخلال وأن يترتب على هذا الإخلال ضرر جسيم مع استعمال الغش في تنفيذ التزاماته^(٥).

(١) حددت المادة (١٥ / أولاً) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة (٢٠٠٩)، حالات الإدراج في القائمة السوداء على سبيل الحصر وهي تشمل (التعامل مع الشركات الأجنبية المقاطعة، ثبوت رشوة أحد منتسبي الحكومة، ثبوت تزوير العطاءات أو مستندات المناقصة، ثبوت تقديم معلومات مغايرة للحقيقة بقصد الإضرار بالمصلحة العامة، ثبوت مخالفة المواصفات الفنية، عدم الالتزام بأداب المهنة والمنافسة المشروعة، الامتناع عن توقيع العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة، سحب العمل بسبب التلكؤ في تنفيذ المقولة).

(٢) المادة (١٥ / ثانياً) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة (٢٠٠٩).

(٣) المادة (١٦ / ثانياً) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة (٢٠٠٩)، ولمزيد من التفصيل انظر د. عثمان سلمان غيلان العبودي، النظام القانوني لإدراج المقاولين والشركات المخلة بالتزاماتها التعاقدية في القائمة السوداء، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء، العدد ٤، (٢٠١٠)، ص ٥ وما بعدها.

(٤) انظر المواد (٣٢٧) و(٣٣٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل.
(٥) نصت المادة (٢٧) من القانون رقم (٩) لسنة (١٩٨٣) على أن إذا لجأ المتعاقد إلى الرشوة وسواء بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فهنا يعاقب جنائياً كما يفسخ العقد

وخلاصة ما تقدم نستطيع القول أن الإدارة لا تملك سن لا ئحة من لوائح الضبط الإداري تتضمن جزاءات جنائية في سبيل ضمان حسن تنفيذ العقد وهي إن فعلت ذلك تكون قد انحرفت في استعمال السلطة إلا إن الإدارة تستطيع توقيع الجزاءات الجنائية على المتعاقد معها إذا خالف المتعاقد نص العقد وكانت هذه المخالفة تقع تحت طائلة التجريم الجنائي إلا أنها لا تستطيع إيقاع هذا الجزاء بنفسها وإنما يخضع توقيع هذه الجزاءات للقواعد العامة بشأن التجريم والعقاب وتحريك الدعوى الجنائية طبقاً لقانون الإجراءات الجنائية وعند ذلك لا يكون عمل الإدارة استعمالاً لحق وإنما يكون التزاماً بتنفيذ القواعد التي تعاقب مرتكب مثل هذه المخالفات^(١).

المطلب الثالث

القيود الواردة على سلطة الإدارة في إيقاع الجزاءات على المتعاقدين معها

الأصل أن الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية يترتب عليه جزاء عن هذا الإخلال ذلك أن العقد يجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه من التزامات وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، بل أن تنفيذ العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد على تنفيذ الالتزامات الواردة فيه وإنما يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام^(٢)، فالطرف المخل بالتزاماته التعاقدية في العقود المدنية يترتب عليه جزاء مالي كتعويض للطرف الثاني عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، أما إخلال المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فيعرضه لجزاءات متنوعة قد تكون مالية وغير مالية تبدأ بفرض الغرامة وتنتهي بفسخ العلاقة التعاقدية وإن ما يميز الجزاءات في العقود المدنية عن الجزاءات في العقود الإدارية هو أن الإدارة تملك بنفسها سلطة إيقاع هذه الجزاءات على المتعاقد معها فهي الخصم وهي الحكم

إدارياً، انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٣٩.

(١) انظر في نفس المعنى د. هاشم حسان، المصدر السابق، ص ٣٤.

(٢) المادة (١٥٠) مدني عراقي.

وهذا خرق صارخ لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون الخاص وإن كان لهذا الخرق مبرراته المتعلقة بحسن تنفيذ العقد الإداري وضمان استمرار المرافق العامة بانتظام واستمرار، فإن التوازن العقدي في العقود الإدارية يبقى مختلفاً وتميل كفة الميزان لصالح الإدارة فهي لا تحتاج لإثبات الضرر الواقع عليها فهو ضرر مفترض كما لا تحتاج لفرض هذه الجزاءات باللجوء إلى القضاء إلا في حالات محدودة، ونقصد بذلك فرض عقوبة إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة^(١) ومع ذلك فإن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها غير مطلقة من كل قيد بل ترد على سلطاتها في فرض الجزاء جملة من القيود يمكن إيجازها بالآتي :

١- **وجوب إعدار المتعاقد مع الإدارة قبل إيقاع الجزاء بحقه :** حيث يعتبر الإعدار بمثابة إعلان من جانب الدائن عن إرادته بشأن اقتضاء تنفيذ الالتزام الواقع عليه وبالتالي فإن الغاية من الإعدار تكمن في إثبات تأخير المدين في الوفاء بالالتزام الواقع عليه حيال دائنه وإثبات حالة التأخير إثباتاً قانونياً^(٢) ويترتب على عدم مراعاة الإدارة لمبدأ الإعدار عدم مشروعية الجزاء الذي تفرضه الإدارة ويحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عن الضرر الخاص الذي سببه توقيع الجزاء دون إعداره^(٣) كما أن هذا القيد المفروض على الإدارة يرد عليه استثناء يتمثل في أن يتضمن العقد الإداري نصاً يعفي الإدارة من إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء بحقه ففي مثل هذه الحالة لا يترتب على فرض الجزاء دون إعدار أي مسؤولية تجاه الإدارة^(٤) كذلك الحال تعفى الإدارة من الإعدار إذا ورد نص صريح في دفا تر الشروط أو القانون يعفي الإدارة من الإعدار إذا كانت طبيعة

(١) انظر د. سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، (٢٠٠٣)، ص ٤٦٧.
(٢) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية مصادر الالتزام، (١٩٥٢)، ص ٨٣٠، كذلك انظر د. طارق سلطان، المصدر السابق، ص ٤٤٨.
(٣) انظر د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دراسة تحليلية تأصيلية لصور خطأ الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية على ضوء أحداث أحكام ومبادئ مجلس الدولة، ط ١، (٢٠٠٢)، ص ٣٧٨.
(٤) انظر د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص ١٧٤.

العقد تتسم بالضرورة الملحة حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي حلول أجل تسليم المشتريات المتعلقة بالمجهود الحربي إغذاراً للمتعاقد بالوفاء^(١) ومع ذلك فإن هناك جانباً من الفقه يرى أن الإغذار عند الإخلال في تنفيذ العقد الإداري لا يرقى إلى مرتبة الشرط الضروري لصحة فرض الجزاءات الإدارية وإن أهمية الإغذار هي مسألة مرهونة بمشيئة الإدارة وبقدر ما يحقق توجيه الإغذار أو عدم توجيهه من المصلحة العامة^(٢) والحقيقة أن ما ذهب إليه هذا الرأي ينطوي على جانب كبير من الصحة ذلك أن الإغذار هو تطبيق من تطبيقات القانون الخاص والذي إن صح تطبيقه في فرض عقوبة سحب العمل في عقد الأشغال العامة أو فرض عقوبة الفسخ فإنه لا يمكن تطبيقه على بعض الجزاءات المالية كالغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات إذ أن مثل هذه الجزاءات تفرض تلقائياً عند تحقق حالات معينة كالتأخير في البدء بالعمل أو التأخير بالتنفيذ أو التلكؤ في تنفيذ العقد بصورة عامة في حين يكون للإغذار أهمية كبيرة عند فسخ العقد أو إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة كون الجزاء يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية وقد يلحق ذلك بالمتعاقد ضرراً فادحاً، أما بالنسبة للتعويض في حالة الإخلال بالالتزام فإن الإغذار هو بالأصل تطبيق من تطبيقات القانون الخاص في مثل هذه الحالة^(٣)، وقد استقر العمل في القانون الفرنسي بأن الإدارة لا تستطيع توقيع الجزاء بحق المتعاقد المخل إلا بعد توجيه إنذار له وخصوصاً الإخلال الناجم عن التأخير في التنفيذ ما لم ينص العقد أو القانون على خلاف ذلك^(٤)، أما في مصر فإن القضاء الإداري كاتجاه عام أخذ بمبدأ الاعذار تطبيقاً

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Leoni) في (٢١ / يناير / ١٩٤١)، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٨٥.

(٢) انظر أ.د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٣) انظر المواد (١٦٨، ١٦٩، ١٧٧، ١٧٨) مدني عراقي وكذلك انظر نص المادة (٢١٨) مدني مصري التي نصت على أن

(لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك).

(٤) نصت المادة (١٢٣٠) مدني فرنسي على أن (.... العقود لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا سبقها اعذار لشخص يوجد بإدارة الالتزام) كما نصت المادة (١١٤٦) مدني فرنسي على أن (لا تكون التعويضات مستحقة الأداء إلا حينما يكون المدين قد وجه إليه إنذاراً)، في حين نصت المادة (١١) من دفتر الشرط الخاص بعقود التوريد على أن تطبق الشروط الجزائية لا يحتاج لاعذار

للقواعد العامة في القانون المدني في حالة الفسخ وسحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد المخل^(١)، مع وجود أحكام خاصة توجب على الإدارة اخطار المتعاقد قبل فسخ العقد أو سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد المخل^(٢) في حين أن الإدارة توقع الغرامات التأخيرية بمجرد حصول التأخير دون حاجة لتبنيه المتعاقد أو انذاره أو إتخاذ أي إجراء آخر^(٣)، أما القانون العراقي فقد اخذ بمبدأ الاعذار كتطبيق لقواعد القانون المدني فيما يتعلق بإيقاع عقوبة الفسخ والتعويض نتيجة لخطأ المتعاقد ما لم يتضمن العقد نصاً يعفي الإدارة من توجيه الإعذار^(٤) كذلك أوجب القانون على الإدارة بتوجيه انذار أو إشعار تحريري للمقاول قبل سحب العمل ووضع اليد على الموقع والأعمال^(٥) كذلك ألزم القانون توجيه إنذار رسمي للمناقص الفائز بضرورة توقيع العقد خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بقرار الإحالة وفي حالة نكوله يصار إلى مصادرة التأمينات الأولية^(٦) في حين أن المشرع لم يشترط الاعذار لغرض فرض الغرامات التأخيرية^(٧).

٢- مشروعية قرار الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها : فمن المعروف أن قرار فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة هو قرار إداري^(٨) ويجب أن يكون

-
- مسبق، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٤) من كراسات الشروط العامة لأشغال الحرب في فرنسا انظر د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص ٤٥٤ و ص ٤٥٥.
- (١) نصت المادة (١٥٧) مدني مصري على أن (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب المدين بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى)، وهذه المادة تماثل المادة (١٧٧) مدني عراقي.
- (٢) المواد (٧٥، ٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل.
- (٣) المادة (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل.
- (٤) المواد (١٧٧، ١٧٨، ٨٦٩) مدني عراقي.
- (٥) المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام ١٩٨٨.
- (٦) المادة (١٧ / أولاً / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
- (٧) المادة (١٦ / ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
- (٨) عرفت المحكمة الإدارية العليا القرار الإداري بأنه (افصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك

القرار الإداري مستوفياً لأركانه حتى لا يكون محلاً للطعن فيه بالإلغاء فيجب حصول حالة إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الالتزام وهي مجموعة من العناصر القانونية والمادية التي تكون السبب لدفع رجل الإدارة لإتخاذ القرار الإداري بفرض الجزاء على المتعاقد معها كما ويجب أن يتخذ هذا القرار الشكل الذي يتطلبه القانون من خلال التقيد بالقواعد الإجرائية والشكلية لأصداره^(١) وأن تصدر من الجهة الإدارية المختصة بفرض أو إيقاع الجزاء على المتعاقد ذلك أن قواعد الاختصاص من النظام العام لا يجوز الاتفاق مع المتعاقد مع الإدارة تعديلها ولا يجوز للإدارة التنازل عنها^(٢).

ويجب أن يكون موضوع القرار الإداري إحداث أثر قانوني يمس المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء فالقرار الصادر من الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد يمس حتماً المركز القانوني للمتعاقد إلى حد إلغاء وجود الرابطة التعاقدية بين الطرفين، لذا يشترط في الاثر أن يكون جائزاً وممكناً ومستنداً لإخلال في العقد أو القانون^(٣) ولا شك أن تكون غاية مصدر القرار هي تحقيق المصلحة العامة وليس تحقيق غايات منبئة الصلة عنها كقصد الإضرار

بقصد احداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً إبتغاء مصلحة عامة... حكمها في الطعن رقم (٣٤١٣) لسنة (٣٣ ق) في (٢٦ / ١١ / ١٩٨٨) ، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، (٢٠٠٧)، ص ٢٩، وعرف الفقه القرار الإداري بأنه (عمل قانوني يصدر عن السلطة الإدارية من جانب واحد ويحدث أثراً قانونياً)، انظر د. شاب توما منصور، القانون الإداري، ك٢، ط١، (١٩٨٠)، ص ٣٩٧.

(١) انظر د. حنانده، القضاء الإداري في الأردن، (١٩٧٥)، ص ٣٧٣، وحول رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرار الإداري انظر د. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٠، ص ٣٤٤ وما بعدها.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ط٥، (١٩٧٦)، ص ٦٨٢، كذلك انظر د. السيد خليل هيكل، رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، بدون سنة طبع، ص ٣٥٦.

(٣) انظر د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، (فرنسا، مصر، لبنان، الأردن)، ط١، عمان، (١٩٩٣)، ص ٨٨.

بالمتعاقدين أو ابتزازه أو تشويه سمعة شركته، فتحقيق المصلحة العامة هي النتيجة أو الهدف النهائي الذي يسعى رجل الإدارة لتحقيقه من جراء إتخاذه القرار^(١).

٣- **الخضوع لرقابة القضاء** : هذا القيد يشكل ضماناً أساسية لضمان مشروعية قرارات فرض الجزاءات على المتعاقدين مع الإدارة ومن المستقر عليه فقهاً أن رقابة القضاء على هذه القرارات ليست رقابة مشروعية وحسب وإنما تشمل رقابة الملاءمة وبذلك تخضع هذه القرارات لولاية القضاء الكامل فيراقب القضاء مشروعية السبب والمحل والشكل والاختصاص وعدم مخالفة القانون والتعسف في استعمال السلطة كما يراقب مدى ملاءمة الجزاء للخطأ والوقائع التي تبرر اتخاذه من جانب الإدارة ولذلك كان للقضاء إلغاء الجزاءات أو تخفيفها أو الحكم بالتعويض^(٢) حيث ذهبت محكمة تمييز العراق في حكم صدر لها عام (٢٠٠٤م) إلى القول (... بإلزام المدعى عليه إضافة لوظيفته بتأديته للمدعي المبلغ المذكور اعلاه وتحميلة الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة استناداً لقيام المدعى عليه إضافة لوظيفته بفسخ عقد المدعي ومصادرة التأمينات دون سند قانوني لذا قرر نقض الحكم المميز...)^(٣).

٤- **اللجوء للقضاء لإيقاع بعض الجزاءات** : تكون الإدارة مقيدة في بعض الحالات بوجود اللجوء إلى القضاء لإيقاع بعض أنواع الجزاءات لا تملك الإدارة إيقاعها بنفسها وإن كان لها حق المطالبة بإيقاعها، وذلك لأن إيقاع مثل هذه الجزاءات هو من اختصاص القضاء ومن هذه الجزاءات الجزاءات الجنائية بصورة عامة

(١) انظر د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، (١٩٧٦)، ص ٣٥٤.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٨٦، كذلك انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٠٥، كذلك انظر د. عبد المجيد فياض، المصدر السابق، ص ١٠٢، وحول رقابة القضاء الكامل من زوايتي المشروعية والملائمة انظر د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط ٢، القاهرة، (١٩٧٧)، ص ٨٠ و ص ٨١. ولمزيد من التفصيل حول مفهوم الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها وأنواعها وشروط ممارستها على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، انظر رشا محمد جعفر، المصدر السابق، ص ١١٩ وما بعدها، و ص ١٩٧ وما بعدها.

(٣) حكم محكمة تمييز العراق رقم (١٤٦ / م ٣) في (١٤ / ٣ / ٢٠٠٤) أشارت إليه رشا محمد جعفر، المصدر السابق، ص ١٨١.

ما عدا الجزاءات المخول إيقاعها للإدارة بنصوص القانون، كذلك الحال فيما يتعلق بتقدير وفرض التعويض على المتعاقد مع الإدارة ما لم ينص القانون على آلية معينة لتقدير التعويض أو كان التعويض مقدراً سلفاً بموجب العقد بصورة اتفاقية، كذلك الحال بالنسبة لجزاء إسقاط الالتزام لا يكون إلا بقرار قضائي.

المبحث الثالث

سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري

إن سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة تعتبر من أهم ما يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية وهي تعتبر من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، كما أن هذه السلطة تشكل استثناءً قوياً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تقضي بعدم جواز إدخال أي تعديل على العقد أو فسخه إلا باتفاق الطرفين أو استناداً لنص القانون وللوقوف على مضمون هذه السلطة الخارقة لقاعدة القوة الملزمة للعقد سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

المطلب الثاني : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.

المطلب الثالث : القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

إن الفكرة السائدة في الفقه والقضاء الإداري هي فكرة مرونة العقد الإداري (mutabilite) وتعني تمتع الإدارة بمكنة تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة إذا اقتضى الصالح العام ذلك، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه الفرنسي الذي يؤكد سلطة التعديل الانفرادي كقاعدة عامة بمقتضاها تتمتع الإدارة بسلطة تغيير شروط العقد والتزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان وهذه القاعدة تسري على كافة العقود الإدارية دون الحاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد^(١)،

(١) أصحاب هذا الاتجاه الفقهاء كل من (جيز) و(هوريو) و(بيكينو) و(دي لوبادير) و(ريفيرو) و(بونار) و(فالين) وللإطلاع على آراء هؤلاء الفقهاء انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ١٩٤ و ص ١٩٨، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٣٨، كذلك انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٧٧ وما بعدها، كذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ١٦٤، كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٣٠٨، كذلك انظر د. خالد خليل الظاهر، المصدر

فالعقود الإدارية ليست مقيدة بطريقة جامدة بالنصوص التعاقدية فهي على نقيض المبدأ المقرر في المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ليست دائماً شريعة المتعاقدين^(١) ومقابل ذلك وجدت اراء فقهية معارضة ومنكرة لفكرة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد باعتبار أن هذه السلطة مبنية على فكرة زائفة من ابتداع الفقهاء لتبرير الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولكون مجلس الدولة الفرنسي لم يؤكد هذه السلطة بأحكامه وإن هذه الفكرة لا يمكن قبولها إلا إذا وجدت أساسها في نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته^(٢) في حين أتخذ رأي ثالث موقفاً وسطاً بين هذين الاتجاهين وهذا الاتجاه لا يقر للإدارة بسلطة التعديل إلا في حدود ضيقة وفي نوعين من العقود الإدارية هما عقدا الالتزام والاشغال العامة بسبب الطبيعة الخاصة لهذين العقدين حيث أن النصوص اللاتحوية يمكن تعديلها في أي وقت استناداً لسلطة الإدارة في تنظيم المرفق العام ولا يرد ذلك على شروط العقد^(٣) ، أما في مصر فإن الفقه والقضاء الإداري يؤيدان سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري^(٤) حيث نجد في الأحكام المتقدمة للقضاء الإداري المصري الإشارة إلى

- السابق، ص ٢٥٩، كذلك انظر
- د. طارق سلطان، المصدر السابق، ص ٩٨.
- (١) رأي للفقهاء (فالين) في مطولة في القانون الإداري الصادر عام (١٩٦٣) أشار إليه د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ١٩٨، وتقابل المادة (١١٣٤) مدني فرنسي المادة (١/١٤٦) مدني عراقي التي تقر مبدأ القوة المزمة للعقد أو ما يعرف بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي جاء فيها (إذا انعقد العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) ويمثله نص المادة (١/١٤٧) مدني مصري.
- (٢) أصحاب الرأي المنكر لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري هم كل من (فرنسيس بنوا) و(جان ديفو) وعلى رأسهم الفقيه (لوليويه) الذي أسند رأيه المنكر لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لأحكام صدرت من مجلس الدولة تنكر هذا الحق وأهمها حكم مستشفى وملجأ (شوني) الصادر عام (١٩٤١) وحكم قرية (فيزينيه) الصادر عام (١٩٣٦)، وحكم مدينة (ليموج) الصادر عام (١٩٤٦) ولمزيد من التفصيل والنقد الموجه لهذه الآراء انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ١٩٩ وما بعدها، كذلك لنظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٧٩ وما بعدها، كذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ١٦٥، كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٣٠٨، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٤٠ وما بعدها.
- (٣) أصحاب هذا الاتجاه الفقهاء (دوكي) و(جيز) الذي عدل عن رأيه المؤيد لسلطة الإدارة في التعديل، انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢١٠.
- (٤) من الفقهاء الذين أيدوا سلطة الإدارة في تعديل العقد د. ثروت بدوي، القانون الإداري، القاهرة، (١٩٧١)، ص ٧٢، ود. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٤٠ وما بعدها، كذلك انظر د.

فكرة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بصورة انفرادية حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها عام (١٩٥٦) إلى القول (... ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها بإرادتها المنفردة - على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم- حق تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما نص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق...^(١)، والحقيقة أن هذا الحكم يلخص مفهوم فكرة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد فهذه السلطة لا يتمتع بها الأفراد في عقودهم التي تنظم وفق القانون الخاص وإن تلبية احتياجات المرفق العام تقتضي أن يكون العقد الإداري على قدر من المرونة ليتجاوب مع احتياجات المرفق العام زيادة أو نقصاناً في طبيعة وحجم الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقدين مع الإدارة، وهذا بنتيجة الحال يشكل خرقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(٢) وإن

سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٣٩، كذلك انظر د. طارق سلطان، المصدر السابق، ص ١٠٠.

(١) حكها في القضية رقم (١٦٠٩) لسنة (١٠ قضائية)، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٤٠، وأشار إليه د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٩٣، وأشارت إليه د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٢) يذهب الأستاذ الدكتور ثروت بدوي في مؤلفه مبادئ القانون الإداري الصادر عام (١٩٦٨) إلى القول : (.. أن مجلس الدولة الفرنسي لا يهدر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لكنه إذا ما تغيرت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد فإن مجلس الدولة يبحث عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين ويهدر كلياً الالتزامات المتفق عليها صراحة أو ضمناً وهو الأمر الذي يؤدي إلى وجوب تعديل تلك الالتزامات)، والحقيقة أننا لا نتفق مع هذا الرأي لأن الإرادة المفترضة لطرفي العقد قد أفصح عنها صراحة في بنود العقد وبالتالي فإن تغيير الالتزامات معناه تغيير الاتفاق وضرب لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وإن كان تبرير ذلك المصلحة العامة، أشار لهذا الرأي د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٩٠، هامش رقم (١).

الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل لا تخرج عن العقد ولا تتركب خطأ ولكنها تستعمل حقاً^(١).

وبغض النظر عن كون القضاء الإداري في مصر يقر بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد وهذا ما يستخلص من أحكامه فإن السلطة هي مقررة أصلاً بنص القانون حتى وإن لم يرد ذكرها في العقد، إذ يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود (٢٥%) خمسة وعشرين من المائة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك كما ويجوز في حالة الضرورة وبموافقة المتعاقد زيادة هذه النسبة^(٢)، كما أجاز القانون في عقود التزام المرافق العامة لمانح الالتزام - أي الإدارة- أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به إذا ما اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل^(٣).

أما في العراق : فإن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية مقررة بموجب نص القانون حيث يجوز اللجوء إلى تغيير الأعمال المتعاقد عليها أو إضافة أعمال أو كميات جديدة على أن يكون هذا التغيير أو الإضافة في حالة الضرورة القصوى تلبية لاحتياجات المرفق العام كمنع تأخير العمل أو عدم الإضرار به من الناحية الاقتصادية أو الفنية أو لغرض التوفير في كلفة المشروع أو العمل أو تقليص مدة تنفيذ العقد شريطة أن لا يخل هذا التعديل بالقدرة الإنتاجية للمشروع أو تدني المواصفات الفنية للعمل أو المشروع وأن لا يتجاوز الصلاحيات المخولة لجهة التعاقد وفقاً لتعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية التي تصدر سنوياً عند إقرار قانون الموازنة عن وزارة المالية^(٤) كما يجب أن لا تتجاوز التعديلات على كميات عقود

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في (٣٠ / يونيو / ١٩٥٧) أشار إليه د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٢١، هامش رقم (١).

(٢) المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل.

(٣) المادة (٥) من القانون رقم (١٢٩) لسنة (١٩٤٧).

(٤) المادة (١٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

التجهيز وفقرات الخدمات الاستشارية عن نسبة (٢٠%) عشرين من المائة من قيمة العقد شرط توفر التخصيص المالي^(١).

وقد أقرت محكمة تمييز العراق سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة حيث جاء بأحد قراراتها (.. إن الميعاد الذي أيده جهة الإدارة لاعتباره تاريخاً لاستلام العمل يعتبر تعديلاً لشروط المقاوله وارتفعت مسؤولية المقاوله مما يكون ظاهراً من عيب بحكم المادة (٨٧٥) من القانون المدني)^(٢).

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة

إن العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية تنتهي بصورة اعتيادية بتمام تنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة الزمنية المحددة لسريانه إذا كان من العقود الزمنية^(٣)، وقد ينتهي العقد الإداري قبل الأوان المحدد في العقد لأسباب مختلفة^(٤)

(١) المادة (٣ / أ / د / ٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، كذلك نصت المادة (١/٥٢) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨) على أن للمهندس إجراء أي تغيير في شكل ونوعية الأعمال أو في أي جزء منها إذا رأى ذلك ضرورياً أو مرغوباً فيه وله من أجل ذلك الحق في أن يأمر المقاول القيام بأي من الأعمال التالية وعلى المقاول أن يقوم بتنفيذ ذلك (أ- زيادة أو إنقاص الكمية لأي عمل تضمنته المقاوله. ب- حذف أي جزء من الأعمال. ج- تبديل صفة أو نوعية أو صنف أي الأعمال.

من الأعمال. د- تبديل المناسيب والاستقامات والموضع والأبعاد لأي جزء من الأعمال. هـ- تنفيذ عمل إضافي من أي نوع ضروري لأكمال الأعمال، ولا يعتبر أي تغيير كهذا بأي حال معطلاً لتنفيذ المقاوله أو مبطلاً لها ولكن قيمة جميع تلك التغييرات إن وجدت تؤخذ بنظر الاعتبار في تحديد مقدار مبلغ المقاوله ومدتها، كذلك انظر المادة (٢ / ٥١) من الشروط العامة لعقد المقاوله الصادر عن وزارة الأشغال الأردنية العامة.

(٢) حكمها في القضية (١٠٤٦ / ح / ١٩٦٥) في (٢٩ / ٦ / ١٩٦٦) والمنشور في مجلة ديوان التدوين

العدد الثاني، السنة الخامسة، ك١، (١٩٦٦)، ص ٢١٥، كذلك أشار إليه خالد مرموص خلف الحمداي، المصدر السابق، ص ٩٨.

(٣) إن العقود عموماً بما فيها العقود الإدارية تنتهي بتنفيذ الالتزام موضوع العقد ومثال ذلك إكمال أعمال البناء من قبل المقاول في عقد الأشغال العامة، وتسليم الأصناف الموردة من قبل المورد إلى الإدارة وقبض الثمن، وقد ينتهي العقد بانتهاء المدة الزمنية المحددة لسريانه كعقود الصيانة وعقود التزام المرافق العامة وهذه تسمى بالنهاية الطبيعية أو الاعتيادية للعقد الإداري بتمام تنفيذ الالتزام الوارد فيه، لمزيد من التفصيل انظر د. علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص ٥١٥، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٤٩ وما بعدها، كذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

منها هلاك محل العقد أو تحقق شروط معينة نص عليها العقد توجب فسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها وكذلك إذا وجدت مثل هذه الشروط في القوانين واللوائح، أو بسبب حدوث قوة قاهرة أو بطلب من المتعاقد بسبب انقلاب اقتصاديات العقد أو بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة ويكون الفسخ في مثل هذه الحالة كإجراء جزائي كما بينا سابقاً، إلا أن ما يدعو إلى الوقوف والتأمل هو قيام سلطة الإدارة بإنهاء العقد الإداري دون تحقق أي سبب من الأسباب المذكورة حتى وإن لم يخطئ المتعاقد مع الإدارة ودون الرجوع للقضاء إذا ما قدرت بناءً على سلطتها التقديرية أن الصالح العام يقتضي مثل هذا الإنهاء وتبرير سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية يرجع إلى اعتبارات تتعلق بضمان استمرار سير المرفق العام وتحقيق الصالح العام لأن الإدارة لا تتعاقد من أجل مصلحة فردية أو خاصة بل تتعاقد من أجل مصلحة الجمهور ومن أجل إشباع حاجاته ومن أجل توفير حاجات ومتطلبات المرفق العام محل العقد ولذلك تملك الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بقرار انفرادي، من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء المدد الأصلية للعقد متى ما اقتضت المصلحة العامة مثل هذا الإنهاء دون أن يحق للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على هذا الإنهاء^(٢) ولذلك نجد أن غالبية الفقه الإداري في فرنسا ومصر قد أقرت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة سواء ورد عليها النص في شروط العقد أو في القانون

(١) وهذه ما تعرف بالنهاية المبتسرة للعقود الإدارية وهي انتهاؤها قبل أجلها الطبيعي أما بانتهائها باتفاق الطرفين (التقاييل) أو بالفسخ بقوة القانون أو الفسخ القضائي أو الفسخ الإداري أي بإرادة الإدارة المنفردة، لمزيد من التفصيل انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٣٧، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٤٩ وما بعدها، كذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٥٣، كذلك انظر د. علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص ٥١٦، كذلك انظر د. جابر جاد نصار، المصدر السابق، ص ٢٩٦ وما بعدها، كذلك انظر محمد عبد الله حمود الدليمي، المصدر السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

(٢) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط ١، (١٩٩٣) ص ٤١٦ وص ٤١٧، كذلك انظر قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر عام (١٩٦٨) الذي جاء فيه (... أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق وذلك على خلاف الأصل في العقود المدنية...)، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٥٠.

أم لم يرد بشأنها نص، فهو حق مقرر وثابت للإدارة وإن لم ينص عليه في العقد أو القانون ولذا اعتبر الفقه في فرنسا ومصر أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من النظام العام^(١)، إلا أن الفقه اختلف في التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد بدواعي المصلحة العامة حيث ذهب جانب من الفقه في فرنسا ومصر إلى اعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري كسلطة مستقلة قائمة بذاتها أساسها ضرورات الصالح العام ومقتضيات المصلحة العامة^(٢).

في حين ذهب جانب آخر من الفقه في هذين البلدين إلى أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لا تعدو أن تكون صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وإن التعديل في هذه الحالة ينصب على شرط المدة في العقد الإداري وبعبارة أوفى أن إنهاء العقد الإداري هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد^(٣).

وأياً كان التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بصورة منفردة فإن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر أكد هذه السلطة في العديد من أحكامه، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي وقف القتال يؤدي إلى تخويل الإدارة سلطة إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي والعقود الخاصة بالتطوع وهذا

(١) ومن هؤلاء الفقهاء (DE LAUBADERE) و(BERNARD) و(VEDEL) و(JEZE) و(BLUMANN) و(LECOMTE) و(BENOIT)، وآخرين، لمزيد من التفصيل انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٢٢، وص ٤٢٣، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٤٦، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٥٤، كذلك ايد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه في حكم له في (٦ / مايو / ١٩٨٥) إذ يقول (أن النصوص التي تحضر على الإدارة إنهاء العقد تعتبر متعارضة مع ضرورات سير المرفق العام ويجب اعتبارها لاغية لا أثر لها..)، أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٨٠.

(٢) انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٦٤، كذلك انظر د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، (١٩٧٦)، ص ٢٦٧.

(٣) من هؤلاء الفقهاء في فرنسا (ROUSSET)، (JEZE)، (AUBY)، وآخرين، لمزيد من التفصيل انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٢٩ وما بعدها، أما في الفقه العربي انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٥٠، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ١٥٠، كذلك انظر د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دراسة مقارنة، في التشريع والفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، (١٩٦٢) ص ١٥٠.

واضح من بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي التي صدرت بعد الحربين العالمية الأولى والثانية والتي تعرف بالأحكام الخاصة (بتوقف العدوان) حيث يكون للإدارة سلطة فسخ العقود المبرمة لسد حاجات الدفاع الوطني لانتقاء الحاجة لهذه العقود بسبب انتهاء الحرب^(١)، ثم صدر حكم آخر له عام (١٩٥٤) جاء فيه (... تستطيع المدينة دائماً أن تنتهي العقد لأسباب مرتبطة بالصالح العام (...)^(٢)، ثم قرر في حكم حديث له صدر عام (١٩٨٦م) أنه (تستطيع المقاطعة أن تنتهي تنفيذ العقد في وقت سابق لأوانه المسمى وإن لم يكن هناك نص في العقد يمنحها سلطة إنهاء العقد، وحتى لو لم يخالف المتعاقد التزاماته التعاقدية..)^(٣)، وجاء في حكم آخر له صدر عام (١٩٨٧) (... تستطيع الإدارة ممارسة سلطة إنهاء عقد التزام المرفق العام حتى لو لم يوجد نص تشريعي أو لائحي أو تعاقدية ينظم ممارسة هذه السلطة)^(٤).

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فهي بدورها أقرت وأكدت على هذه السلطة كسلطة مقررة للإدارة دون أدنى شك في الكثير من أحكامها حيث جاء في حكم لها صدر عام (١٩٨٠م) ما نصه (... للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإدراتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه...)^(٥) بل إن محكمة القضاء الإداري ذهبت إلى اعتبار سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي كمبدأ عام يطبق حتى لو لم ينص عليه في العقد إذ أنه يتعلق بالنظام العام ويعتبر من الخصائص المميزة للعقد الإداري^(٦)

(١) لمزيد من التفصيل انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٥١، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

(٢) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٧٣.

(٣) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٧٨.

(٤) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٦٦.

(٥) حكمها رقم (٨٤٥ - ١٩) - (٢٣ / ١١ / ١٩٨٠) - (١٦ / ١٠ / ٦٨) أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٧٣.

(٦) أحكام محكمة القضاء الإداري الصادرة في (٣٠ / يونيو / ١٩٥٧)، و(٢٥ / يونيو / ١٩٦١) أشار إليهما د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٨٥.

أما إذا وجد نص في العقد أو القوانين أو اللوائح من شأنه أن يعطي للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بصورة انفرادية فإن ممارسة الإدارة لسلطاتها في إنهاء العقد بموجب هذه النصوص لا يعتبر ممارسة لامتياز استثنائي وهي بذلك لا تمس مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تقضي أن العقد قانون المتعاقدين، بل على النقيض من ذلك تعتبر مباشرة الإدارة لهذه السلطة إقراراً لمبدأ القوة الملزمة للعقد كون الإدارة قد قامت بتطبيق الشرط الوارد في العقد والذي يخولها سلطة إنهاء العقد بناءً على رضا المتعاقدين وقد لا يترتب للمتعاقد مع الإدارة أي تعويض من جراء قيام الإدارة بتطبيق الشرط المتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة إذا ما نص العقد على ذلك، أما إذا جاء العقد والقانون خالياً من أي نص يعطي الإدارة مثل هذا الحق فإن مباشرة الإدارة لهذه السلطة في مثل هذه الحالة يعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة الاستثنائية التي لا يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة^(١).

وفي العراق فإن حق الإدارة في إنهاء المقاول مقرر بموجب القانون في حالة نشوب حرب أثناء مدة إكمال الأعمال أو في حالة استحالة التنفيذ لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين وهذا ما قرره المادة (٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م)، إلا أن المادة المذكورة لم تشر صراحة إلى حق الإدارة في إنهاء المقاول بناءً على مقتضيات المصلحة وضرورات سير المرافق العامة بانتظام واستقرار في أي وقت ودون الحاجة لوجود خطأ من جانب المقاول وكذلك الحال جاءت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨م) المعدلة خالية من أي نص يجيز للإدارة إنهاء العقد إنهاءً انفرادياً من جانبها إلا أن المشرع نص أن لجهة الإدارة إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي

(١) تضمنت دراسات الشروط الإدارية العامة المطبقة على العقود الإدارية في فرنسا نصوصاً تعطي للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ومن ذلك على سبيل المثال المادة (٤٦ / ١) من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة، المادة (١/٢٤) من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد، المادة (١/٣٥) من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على تأدية الخدمات الذهنية؛ والمادة (١/٣٥) من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد الصناعية، لمزيد من التفصيل انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٤٦١ و ص ٤٦٢.

العطاءات ويعاد ثمن المناقصة فقط^(١)، في حين جاءت نصوص القانون المدني العراقي لتقرر فسخ عقد المقاولة من قبل رب العمل نتيجة لإخلال المقاول في تنفيذ التزامه وهذا الحكم يدخل ضمن سلطة الإدارة في فسخ العقد نتيجة لخطأ المقاول وليس في سلطة الإدارة في إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة^(٢).

إلا أنه بالرجوع إلى القسم (١١) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) اسنة (٢٠٠٤م) الخاص بالعقود الحكومية نلاحظ أنه قد نص صراحة على حق الحكومة بإنهاء العقود العامة الداخلة تحت سلطة هذا الأمر كلياً أو جزئياً حينما يكون الإنهاء لمصلحة الحكومة ويتم تسوية الالتزامات المترتبة على العقد لكلا طرفيه من الحقوق والواجبات بما فيها تعويض المقاول وفق الإجراءات المشار إليها في القسم (١٢) من نفس الأمر على أن تصدر دائرة إدارة العقود العامة أنظمة لتنفيذ هذا القانون تبين الظروف التي بموجبها يمكن للحكومة^(٣) أن تنهي العقود العامة استناداً لهذا الأمر، إلا أن الملاحظ أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة الصادرة بالاستناد لأحكام الفقرة (١) من القسم (١٤) من هذا الأمر لم تتضمن نصاً صريحاً يعطي لجهة التعاقد سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها

(١) المادة (٥ / ثانياً / ل) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) المواد (٨٦٨ و ٨٦٩) مدني عراقي وحول مفهوم فسخ العقد والتمييز بين فسخ العقد وبين التفاسخ (التقاييل) انظر

د.مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ط١، (١٩٨٨)، ص ٩ وما بعدها، وص ١١١، ويصح استخدام مصطلح الفسخ في حالة ركون الإدارة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية مع المتعاقد المخل كجزاء لإخلاله بالتزاماته ولذلك عُرف الفسخ بأنه جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه وهو بهذه المثابة يفترض قيام العقد صحيحاً وتترتب عليه الالتزامات إلا أن أحد الأطراف أخل به، ويطلب الطرف الآخر فسخه فإذا أُجيب طلبه انحل العقد واعتبر كأن لم يوجد أصلاً، انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة، (١٩٨٤)، ص ٤٦٥، كذلك انظر المواد (١٥٨، ٦٦٣) مدني مصري والمادة (١٧٩٤) مدني فرنسي.

(٣) نجد أن استخدام المشرع لكلمة (حكومة) للدلالة على حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة غير موفق من حيث الصياغة التشريعية ولعل مرد ذلك أن التشريع المذكور قد أعد باللغة الإنكليزية في بداية احتلال العراق عام (٢٠٠٣) وصدر من قبل الحاكم المدني لدولة الاحتلال في حينها ولذلك جاءت الترجمة الحرفية غير دقيقة، فالحكومة (Government) تختص بتقرير السياسة العامة للدولة (Policy) في حين أن الإدارة تضطلع بالجانب الفني لعمل الحكومة وهذا الجانب يتطلب أداة تخصصاً وكفاية معينة أي أنها تضطلع بتنفيذ السياسة العامة في كلياتها وجزئياتها، لمزيد من التفصيل انظر د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، (١٩٤٩)، ص ٣١.

المنفردة لدواعي المصلحة العامة وإنما ورد نص يجيز للإدارة إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات كما بينا سابقاً^(١)، كما أن التعليمات المذكورة لم تحدد الحالات التي يمكن للحكومة أن تنتهي العقود العامة إنهاءً انفرادياً لدواعي المصلحة العامة وهذا قصور كبير كان على المشرع أن يأخذه بعين الاعتبار عند إعداد هذه التعليمات، لأن هذه التعليمات قد تجاهلت امتيازاً أساسياً للإدارة نص عليه قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة (٢٠٠٤م) آنف الذكر وإن من المفروض أن تكون التعليمات مرآة تعكس المبادئ الأساسية للتشريع مع وضع الضوابط لتسهيل تنفيذه.

أما موقف القضاء العراقي من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري فإننا نجد أن الأحكام بالرغم من ندرتها واقتضابها إلا أنها تشير إلى أن للإدارة أن تصدر قراراً بإلغاء عقد التزام المرافق العامة إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك^(٢)، وذهبت محكمة التمييز في حكم اخر لها صدر عام (٢٠٠٤م) إلى القول (... أن العقد المبرم بين الطرفين عبارة عن مقولة ترتب التزامات على الطرفين وتم تسليم جهاز الشفت العاطل إلى المميز للتصليح أو التعديل وفقاً لبنود العقد وحيث أن المميز عليه إضافة لوظيفته قام بفسخ العقد من جانبه لذا ينبغي أعمال نص المادة (١/٨٨٥) من القانون المدني وتعويض المدعي عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال...)^(٣)، إذ نجد أن في هذا الحكم إشارة ضمنية إلى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون علم وموافقة المتعاقد معها فالمحكمة في معرض تسببها لقرارها لم تعترض على الفسخ الصادر عن الإدارة وإنما قررت التعويض للمتعاقد معها عما أنفقه من مصاريف وما قام به من أعمال فهذا الحكم يقرر مبدأين مهمين الأول حق الإدارة في إنهاء العقد انفرادياً من جانبها والثاني حق المتعاقد في التعويض أزاء استعمال الإدارة لهذه السلطة دون خطأ منه، فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري مفروغ منها ولا مجال لمناقشتها وأن جبر الضرر يكون بتعويض المتعاقد معها إن كان له مقتضى.

المطلب الثالث

- (١) المادة (٥ / ثانياً / ل) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) قرارها المرقم (٩٣٠ / حقوقية / ١٩٦٧) في (٢ / ١٢ / ١٩٦٧) أشار إليه محمد عبد الله حمود، المصدر السابق، ص ٦٨.
(٣) قرار محكمة التمييز المرقم (٦٠ / م / منقول / ٢٠٠٤) في (٣١ / ٥ / ٢٠٠٤)، غير منشور، أشارت إليه رشا محمد جعفر، المصدر السابق، ص ٢٥٩.

القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري

توجد علاقة وثيقة بين سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حتى أن بعض الفقهاء اعتبروا إنهاء العقد الإداري هو تعديلاً للعقد الإداري يرد على شرط المدة في العقد الإداري والرابطة والعلاقة بين هاتين السلطتين تتمثل في إمكانية إنهاء العقد الإداري قبل أوانه تلبية لمتطلبات المرفق العام إذا ما وجدت ظروف تستدعي ذلك إلا أن سلطة الإنهاء برأينا أوسع بحيث تستغرق ضمناً سلطة الإدارة في تعديل شرط مدة العقد الإداري، ذلك أن الإنهاء يرد على كافة شروط العقد ليحل ويفصم الرابطة التعاقدية ويجعل العقد كأنه لم يكن^(١) وبسبب هذه العلاقة بين هاتين السلطتين وجدنا من المفيد أن نبحث القيود التي ترد عليهما في مطلب واحد، فمن المعروف لا توجد سلطة مطلقة يمكن ممارستها بدون قيود وضوابط ومحددات قد تكون قانونية أو قد تكون قضائية وهذه القيود سوف نتناولها في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

يمكن أن نوجز القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري في النقاط الآتية :

١- إن قرار تعديل العقد الإداري بشكل انفرادي من جانب الإدارة هو قرار إداري وبالتالي يجب أن يكون هذا القرار في حدود مبدأ المشروعية الإدارية وإلا كان عرضة للطعن فيه بالإلغاء من قبل المتعاقد مع الإدارة، فيجب أن يصدر قرار التعديل الانفرادي عن إرادة صحيحة من جهة الإدارة المختصة وبالشكل والإجراءات المقررة في القواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم هذا الموضوع وأن يستهدف قرار التعديل الانفرادي تحقيق المصلحة العامة وتأسيساً على ذلك فإذا

(١) إلى نفس المعنى أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها المرقم (٣٩٨٦ - ٣٥) - (٩٩٢/١١/١٥) - (٣٨)، أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٧٥، هامش رقم (١).

وجدت شروط في العقد هي مقررة أساساً بموجب نصوص قانونية أو لائحية فلا يمكن للإدارة تعديل هذه الشروط وإلا خرجت عن مبدأ المشروعية وكان قرارها قابلاً للطعن فيه بالإلغاء وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صدر لها عام (١٩٩٥) بالقول (.... إن مثل هذا التعديل لا غنى عن صدوره من جهة الاختصاص بإجرائه الصحيح ولا ينتج التعديل أثراً إذا ما تنكب عن هذا السبيل...)^(١).

٢- يجب أن يكون الهدف من التعديل هو تحقيق مقتضيات المصلحة العامة وأن يكون في الحدود المسموح بها قانوناً بما يتفق مع الحكمة من تقرير التعديل فلا يؤدي التعديل إلى تبديل نوع وموضوع العقد أو قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله كتبديل عقد الأشغال العامة بعقد توريد مواد إنشائية أو تبديل موضوع نقل بضائع إلى نقل أشخاص ففي مثل هذه الحالة يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض^(٢)

٣- يجب أن لا يمس التعديل الحقوق والمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة وأن ينصب التعديل في حدود الشروط الأخرى التي تتعلق بالمرفق العام ومن أبرز الحقوق والمزايا المالية للمتعاقد هو الحق في الثمن الذي يجب أن تلتزم الإدارة بصرفه دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريف الكمركية وغيرها من الضرائب والرسوم^(٣).

(١) حكمها (١٣٩٠) في (١٣ / ٦ / ١٩٩٥) - (٤٠) أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٧٠.

(٢) انظر حكم محكمة القضاء الإداري في (٣٠ / يونيه / ١٩٥٧) أشار إليه د. محمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٤٨، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٤٠ و ص ٤٤١ و ص ٧٤٥ و ص ٤٤٣ و ص ٤٤٦، كذلك انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ١٩٣ و ص ١٩٤، وكذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ١٧٥، كذلك انظر خالد مرموص خلف الحمداني، المصدر السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٣) انظر البند (سادساً) من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة.

٤- أن يكون التعديل في المواد والكميات في حدود النسب المقررة بموجب القوانين واللوائح ولا يجوز تجاوزها إلا بموافقة المتعاقد مع الإدارة، فلا يجوز إجراء التغييرات على كميات عقود التجهيز و فقرات الخدمات الاستشارية، بما لا يتجاوز نسبة (٢٠%) عشرين من المئة من قيمة العقد^(١)، أما في عقود الأشغال العامة فإنه يجب أن لا تتجاوز التغييرات التي تطرأ على كمية أي فقرة في جدول الكميات المسعرة فيطبق عليها سعرها لحد نسبة (٢٠%) من الزيادة أو النقصان من الكميات^(٢)، كما يجوز للجهة الإدارية تعديل كميات وحجم عقودها بالزيادة والنقصان إلا في حدود نسبة (٢٥%) خمسة وعشرين من المائة لكل بند بذات الشروط والأسعار ولا يجوز زيادة هذه النسبة إلا في حالة الضرورة وبموافقة المتعاقد وأن يصدر التعديل أثناء سريان العقد وأن لا يؤثر على اولوية المتعاقد في ترتيب عطائه^(٣).

٥- يجب أن تكون التعديلات والأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ، والمحاسبة المالية مع المتعاقد الأصلي، فإذا كانت الأعمال الإضافية منبثة الصلة عن الأعمال الأصلية وتمييزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة^(٤).

٦- أن يكون قد حدث تغير أو تبدل في الظروف تجعل من شروط العقد وقت إبرامه غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق العام أو الغاية من إبرام العقد فالإدارة لا

(١) المادة (٣ / أولاً / د / ٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) المادة (٥٣ / ٢ / ج) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨).

(٣) المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (١٩٤٤ - ٣٣) - (١٩٨٩/٤/٢٩) أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٧٢، وهذه الفكرة تعرف بفكرة (الأعمال الجديدة) حيث منع مجلس الدولة الفرنسي الإدارة من تعديل شروط عقد الأشغال العامة بإضافة أعمال جديدة يكون موضوعها غريباً عن العقد الأصلي ولا تربطها به صلة إطلاقاً بحيث أن تنفيذها يحتاج إلى أوضاع جديدة تختلف بصورة كلية عن الأوضاع المنصوص عليها في العقد انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩.

تملك سلطة مطلقة في تعديل شروط العقد بدون مبرر وإن التعديل يجب أن يكون مرهوناً بتغيير الظروف ومقتضيات المصلحة العامة^(١).

٧- أن لا يكون التعديل على درجة كبيرة تصل إلى حد فسخ العقد الإداري بصورة كلية ويجب أن تكون الأعباء المترتبة على استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث النوع والأهمية وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها صدر عام (١٩٥٦) جاء فيه (... يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن تكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه...)^(٢)، إن الحكم المذكور يؤيد كون سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي تختلف عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بصورة كلية انفرادياً فالتعديل قد يلغي بعض فقرات العقد ولكن لا يؤدي إلى إنهاء العقد برمته في حين أن إنهاء العقد الإداري يفض عرى الرابطة التعاقدية بكل تفاصيلها وفقراتها ويجعلها كأن لم تكن.

الفرع الثاني

القيود الواردة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إنفرادياً

يمكن أن نوجز القيود التي ترد على سلطة الإدارة في إنهاء عقودها انفرادياً لدواعي المصلحة العامة بما يأتي :

١- أن يكون قرار إنهاء العقد الإداري بصورة انفرادية مقيداً بهدف تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام، فسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية غير مطلقة بل هي مقيدة بتلبية متطلبات المرفق العام لذا يجب أن يكون قرار الإنهاء مستنداً على باعث من المصلحة العامة أو على باعث من الصالح العام وإلا

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في (٢٠ / أبريل / ١٩٥٧) أشار إليه د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٤١، وأشار إلى هذا الحكم أيضاً د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٤٩.

(٢) حكمها في (١٦ / ديسمبر / ١٩٥٦) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٦٨، وأيضاً وردت الإشارة إليه من قبل د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

كان الإنهاء تعسفياً وغير مشروع لانقضاء مبرراته^(١) وقد يكون الباعث زوال الغرض الذي تعاقدت من أجله الإدارة ويمسي العقد غير ذي جدوى للصالح العام وقد يكون الباعث إعادة تنظيم المرفق العام، أو إدخال التكنولوجيا الحديثة عليه أو بسبب صدور قانون يلزم الإدارة بإنهاء عقودها الإدارية، أو قد يكون الباعث رغبة الإدارة في تغيير سياسة الدولة في إدارة المرفق العام، ولكي يكون قرار الإنهاء محققاً للمصلحة العامة يجب أن يكون بعيداً عن الأسباب الشخصية كالعداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة أو لأسباب دينية أو سياسية أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الدولة دون أن يكون هناك مصلحة عامة كالغاء عقود إيجار المحال المؤجرة رغبة في زيادة بدلات الإيجار أو استرداد الالتزام لغرض مالي^(٢).

٢- أن يتوافر في قرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية من حيث صدوره من الجهة المختصة لإصداره ووفقاً للشكل والإجراءات التي نص عليها القانون وأن لا يكون منطوياً على انحراف في استعمال السلطة، والأصل أن الشخص العام الذي أبرم العقد هو الذي يملك إنهاء ما لم يحدد العقد سلطة أخرى تختص بإنهاء العقد، كما يمكن للمشرع بصفة استثنائية إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، كما أجاز مجلس الدولة الفرنسي للحكومة بمقتضى سلطاتها اللائحية ممارسة سلطة الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية على الرغم من كون الحكومة ليست طرفاً فيها، وقرار الإنهاء قد يكون على شكل قرار فردي أو قرار تنظيمي أو لائحي أو على شكل مرسوم لائحي أو تنظيمي يصدر من الحكومة كتدبير عام لإنهاء العقود الإدارية على أن يرد على عقد محدد بالذات^(٣)، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب

(١) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٥٠٠ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في (٦ / ديسمبر / ١٩٧٠) أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٥١٢، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٧٣، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٦٧، كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٣٣٤، كذلك د. خالد خليل الظاهر، المصدر السابق، ص ٢٥٦، كذلك انظر د. علي محمد بدير وآخرون، المصدر السابق، ص ٥١٨، وكذلك انظر د. محمد عبد الله حمود الدليمي، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٣) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٥٢٠ و ص ٥٢٢ و ص ٥٢٤.

قراراتها ومنها قرار إنهاء العقود الإدارية حيث استقر الفقه والقضاء الإداري الحديث في فرنسا على أن قرارات الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد لا يسري عليها قانون (١١/ يوليو/ ١٩٧٩) بشأن التسبب الوجوبي لجميع القرارات الفردية التي تلحق ضرراً بالمواطنين، وبالتالي فإن هذه القرارات غير واجبة التسبب من قبل الإدارة^(١).

٣- الخضوع لرقابة القضاء : إن سلطة القاضي في هذه الحالة محددة في نطاق ضيق وهو التحقق من مدى جدية السبب الذي استندت إليه الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ولا تتعدى إلى فحص ملاءمة قرار الإنهاء للسبب الذي قام عليه الإنهاء، بخلاف سلطة القاضي عند مراقبته فسخ الإدارة للعقد الإداري كجزء نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة حيث يقوم القاضي في النظر في مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة لمقدار جسامة الخطأ المنسوب إلى المتعاقد لدرجة فسخ العقد معه^(٢)، وولاية القضاء في نظر قرارات الإنهاء ولاية قضاء كامل^(٣)، إلا أن الرقابة تمثل رقابة الحد الأدنى من خلال التحقق مما إذا كانت الإدارة قد قررت إنهاء العقد بالفعل لدواعي المصلحة العامة دون أن يكون لهذا القاضي سلطة تقدير ما إذا كان العقد قد أصبح حقيقة غير مفيد للمرفق العام فللإدارة مطلق الحرية في تقدير مدى كفاية وملاءمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد الإداري دون أي رقابة من القاضي على تقديرها^(٤).

(١) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٥٣١ وما بعدها، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٥٢، كذلك انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ٢٧١ وما بعدها، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلوي، المصدر السابق، ص ١٧٤، كذلك انظر محمد عبد الله حمود الدليمي، المصدر السابق، ص ٧٠.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٥٢.

(٣) ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها عام (١٩٥٦) إلى القول (... متى توفرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت منازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء...)، أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٥٥٢، وحول الرقابة القضائية على قرارات الإنهاء الانفرادي للإدارة انظر المؤلف نفسه، ص ٥٥١ وما بعدها.

(٤) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص ٥٦٨.

الفصل الرابع

ضمانات المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطات الإدارة الخارقة لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)

سبق القول ونعيده بأن سلطات الإدارة الخارقة لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ليست مطلقة على الدوام وإنما ترد عليها القيود والتحديدات وهذه القيود والتحديدات تشكل بطبيعة الحال الضمانات التي تحمي المتعاقد مع الإدارة اتجاه هذه السلطات الخارقة للعقد الإداري الذي ينظم العلاقة بين الإدارة من جهة والمتعاقد معها من جهة أخرى، فقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة نسبية في مجال العقود الإدارية، فالإدارة تخرق أحياناً هذه القاعدة لدواعي المصلحة العامة وبينما أن الخرق يجب أن لا ينال القاعدة بالكامل، وإنما يتصل الخرق بالجوانب التنظيمية للمرفق العام لضمان تلبية العقد لمتطلبات المرفق العام وبالتالي تحقيق المصلحة العامة وهي غاية الإدارة في إبرام عقودها الإدارية، وفي الجانب الآخر يبقى العقد الإداري قانون المتعاقدين أو شريعتهم في الجوانب ذات المساس المباشر بجوهر وطبيعة وموضوع العقد والمزايا والامتيازات المالية للمتعاقد والضمانات المقررة له بموجب نصوص العقد أو القانون أو القضاء ولغرض الوقوف على هذه الضمانات سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : ضمانات المتعاقد العقدي.

المبحث الثاني : ضمانات المتعاقد المستمدة من القواعد المنظمة للمرفق العام.

المبحث الثالث : ضمانات المتعاقد القضائية.

المبحث الأول ضمانات المتعاقد العقدية

من المعروف أن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد يترتب التزامات وحقوقاً متبادلة بين طرفيه وبالتالي فإن ضمانات المتعاقد مع الإدارة تتمثل في الالتزامات المقررة على عاتق الإدارة سواء أكانت هذه الالتزامات ذات طبيعة مالية أم فنية أو تنظيمية وهذا ما سوف نتناوله في المطالب الآتية :

المطلب الأول : الضمانات ذات الطبيعة المالية (حق المتعاقد في المقابل النقدي).
المطلب الثاني : الضمانات ذات الطبيعة التنظيمية (حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية).

المطلب الأول الضمانات ذات الطبيعة المالية (حق المتعاقد في المقابل النقدي)

لا شك أن المتعاقد مع الإدارة سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً يهدف إلى تحقيق الربح المادي من جراء دخول المناقصات أو المزادات وتحمل المخاطر المترتبة على عملية التعاقد مع الإدارة وما قد يترتب عليها من معضلات أثناء العمل أو التجهيز والتقلبات الاقتصادية والسياسية التي تؤثر على عمله لذا فهو شخص يستهدف تحقيق منفعة شخصية ذات طابع مالي^(١) وهذا المقابل المادي يأخذ صوراً متعددة تبعاً لطبيعة العقد الإداري فهو يأخذ صورة الثمن^(٢) في عقود التوريد وعقود الأشغال العامة وعقود النقل والخدمات والاستشارات وقد يكون مرتباً دورياً يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة شهرياً كعقود التوظيف والعقود الدراسية، وقد يأخذ صورة رسم يتقاضاه ملتزم المرافق العامة من المنتفعين، ويعتبر الثمن أو المقابل المادي للعمل الذي سيقوم به المتعاقد من الشروط التعاقدية الأصلية التي يجب أن تثبت في صلب

(١) انظر أ. د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٤٥.

(٢) الثمن هو المقابل النقدي الذي تلتزم الإدارة بادائه للمتعاقد معها كأثر للوفاء بالتزامه التعاقدية. انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، المصدر السابق، ص ١٤٩.

العقد باتفاق الطرفين ولا تملك الإدارة تعديل شرط الثمن زيادةً أو نقصاناً إلا بموافقة الطرف الآخر، ويجب أن يحدد الثمن بشكل دقيق في صلب العقد، رقماً وكتابةً بما يشير إلى القيمة الإجمالية لمبلغ العقد وقد تحدد قيمة العقد (الثمن) بنسبة مئوية من قيمة عقد آخر يرتبط به كما هو الحال في عقود الاستشارات الهندسية حيث تحدد أجور الإشراف الهندسي بنسبة مئوية من قيمة العقد الأصلي الذي يتولى المتعاقد الاستشاري الإشراف عليه ولأهمية تحديد الثمن لطرفي العقد اشترط القانون أن يكون تدوين العطاء بالمداد أو بشكل مطبوع رقماً وكتابةً^(١)، والزام لجنة فتح العطاءات بتأشير من خلال وضع علامة واضحة حول كل حك أو محو أو إضافة أو تصحيح ورد في جدول الكميات المسعر مع توقيع رئيس وأعضاء اللجنة^(٢) مع وضع خط أفقي بجانب كل فقرة غير مسعرة في جدول الكميات المسعرة مع توقيع رئيس وأعضاء اللجنة^(٣)، وفي حالة اختلاف السعر المثبت كتابةً مع السعر المثبت رقماً فيعمل على السعر المدون كتابةً كما يعول على سعر الوحدة في حالة عدم صحة مبلغ الفقرة، أما في حالة عدم تسعير فقرة أو عدة فقرات فإنها تعتبر في حدود الكميات المدونة أمامها من ضمن السعر الإجمالي لمقدم العطاء^(٤)، وإذا ما تم التعاقد بين الطرفين فإن فقرة الأسعار أو الثمن تكون فقرة ملزمة للطرفين لا يجوز تعديلها إلا بموافقة المتعاقد وبصلاحية الجهة المختصة بإبرام العقد الأصلي وعند ذلك يرد التعديل على فقرة الثمن، فإذا ترتب على التعديل زيادة كميات التجهيز أو فقرات الخدمات الاستشارية فيجب أن لا يتجاوز التعديل (٢٠%) عشرين من المئة

(١) المادة (٥/ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، كذلك انظر المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) التي نصت على أن (يكون للجهة الإدارية الحق في مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها وإجراء التصحيحات المادية إذا اقتضى الأمر ذلك ويعول على السعر المبين بالحروف ولا يعتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة).

(٢) المادة (٦ / خامساً / ج / ٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٣) المادة (٦ / خامساً / ج / ٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٤) المادة (٧ / ثامناً / تاسعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

من قيمة العقد^(١)، فإذا كانت الفقرات الإضافية من جنس ونوع الفقرات المتفق عليها في العقد فإنها تأخذ سعر الفقرات المماثلة لها في العقد وإلا يصار إلى اتفاق جديد لهذه الأسعار، وينظم العقد عادة شروط الدفع وهي شروط ملزمة للطرفين فلا تملك الإدارة تعديل شروط الدفع أو نسبها إلا بموافقة المتعاقد معها، والدفع أما يتم بصورة لاحقة لإنجاز المتعاقد التزاماته كتوريد البضائع أو إتمام الأعمال الخاصة بالبناء أو تقديم الخدمة، أو يصار إلى الاتفاق على دفع مبالغ مالية حسب مقدار العمل المنجز أو المواد الموردة أو المجهزة وهو ما يعرف في القانون العراقي بـ (التسليف على الحساب شهرياً بالقيمة الكاملة للأعمال المنجزة وفقاً للأسعار المدرجة في جدول الكميات المسعرة وحسب الخرائط المصدقة للأعمال المنجزة بصورة مرضية) في ضوء قوائم المقايسة (الذرة)^(٢)، كما أجاز القانون العراقي بتسليف قيمة المواد والمكائن والمعدات المستوردة من الخارج إلى المقاول بنسبة (٧٥%) خمسة وسبعين من المئة من قيمتها بضمنها الرسوم الكمركية والمصاريف الأخرى أو نسبة (٧٥%) خمسة وسبعين من المئة من سعرها في المقابلة أيهما أقل ويتم الصرف وفقاً لقوائم المجهز المؤيدة من الجهة المستوردة^(٣).

(١) المادة (٣ / أولاً / د / ٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.
(٢) المادة (٦٢ / ١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) والمادة (١/٣٨) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨)، كذلك انظر المادة (٢٢) مكرر من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المصري المضافة بقانون التعديل المرقم (٥) لسنة (٢٠٠٥) والتي نصت على أن (تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم المستخلص لها تلتزم خلالها بمراجعتها والوفاء بقيمة ما تم اعتماده وإلا التزمت بأن تؤدي للمتعاقد تعويضاً يعادل تكلفة التحويل بقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي).

(٣) الفقرة (٨) التسليف على المواد والمكائن والمعدات التي تدخل في الأعمال الدائمة، القسم الثاني، شروط التطبيق الخاص من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام (١٩٨٨)، وكذلك انظر المادة (٨٥ / ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي أجازت للجهة الإدارية المتعاقدة على مسؤوليتها أن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل على أن لا تزيد بحد أقصى عن نسبة (٧٥%) خمسة وسبعين من المائة من القيمة المقررة للمواد التي ردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها فعلاً في العمل على أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها.

ويجب التمييز في هذا المجال بين التسليف على الحساب شهرياً تبعاً لمقدار الأعمال المنجزة للمقاول وبين السلفة التشغيلية الأولية التي تنص تعليمات الموازنة الاتحادية الصادرة عن وزارة المالية سنوياً على تحديد نسبتها بعد صدور قانون الموازنة الاتحادية لكل سنة وعادة ما تنص التعليمات المذكورة على تحديدها بشكل نسبة مئوية من قيمة العقد الإجمالي^(١)، والسلفة التشغيلية الأولية هي عبارة عن دفعة مالية أولية تقدم من قبل الإدارة إلى المتعاقد معها مقابل خطاب ضمان مصرفي يغطي مقدار هذه السلفة الغرض منها تسهيل عمل المقاول للنهوض بالمشروع على أن تسترد هذه السلفة من مستحقات المقاول عن أعماله المنجزة شهرياً وبنسبة مئوية تحددها التعليمات ولغاية استيفاء كامل السلفة من المقاول مع تقدم مراحل العمل لذا يشترط أن يكون خطاب الضمان نافذاً طيلة فترة التسليف ولغاية استرداد كامل السلفة التشغيلية من المقاول وعند ذلك تنتفي الحاجة له، وهذه السلفة وإن كانت تعتبر من قبيل المزايا المادية للمتعاقد مع الإدارة ولا نجد مثيلاً لها في عقود المقاولات في القانون الخاص إلا نادراً إلا أنه لا يمكن اعتبارها من قبيل الحقوق والضمانات المالية المقررة للمتعاقد مع الإدارة لكون صلاحية الإدارة في منح السلفة التشغيلية هي صلاحية جوازية وليست وجوبية ولا يملك المتعاقد إلزام الإدارة بصرفها له كما أن الإدارة تتحكم بالحد الأعلى والأدنى لمقدار السلفة التشغيلية حسب تقديراتها لحجم وطبيعة المشروع كما أنها تعتبر ديناً في ذمة المقاول تسترده الإدارة على شكل أقساط شهرية لحين إتمام تسديد كامل مبلغ السلفة وإلا تقوم الإدارة في حالة إخلال

(١) نصت الفقرة (١٤/أ) من صلاحيات الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ أو أمين بغداد الواردة في تعليمات تنفيذ قانون الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق لعام ٢٠١٢ على جواز منح المقاول السلفة النقدية الأولية التي تدفع عند توقيع العقد (عدا عقود التجهيز) على أن لا يزيد مبلغ السلفة النقدية عن (١٠%) عشرة من المائة من مبلغ الإحالة للمشاريع والأعمال التي تحال إلى القطاع الخاص، كذلك انظر المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدل التي أجازت صرف دفعات مالية مقدماً للمتعاقدين معها من قيمة العقد بترخيص وموافقة السلطة المختصة مقابل خطاب ضمان معتمد بذات القيمة والعملة وغير مقيد بشروط وساري المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لتلك المبالغ إلا أن النص الزم باحتساب فائدة على المبالغ المدفوعة مقدماً من تاريخ أدائها حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لها وفقاً لسعر الفائدة المعن عنها من قبل البنك المركزي باعتبارها قرصاً من جهة الإدارة للمتعاقد.

المقاول بالتزاماته التعاقدية بسحب السلفة من خلال المصرف الضامن لمقدار السلفة بموجب خطاب الضمان المصرفي النافذ لغاية تسديد السلفة التشغيلية، ويلاحظ أن التشريع المصري أجاز تقديم دفعات أولية للمتعاقد مع الإدارة مقابل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي المصري^(١)، وبذلك يكون المشرع المصري قد اعتبر هذه الدفعات بمثابة قرض بفائدة وهذا برأينا سيحول هذه الدفعات من وسيلة لمساعدة المقاول للنهوض بأعباء العمل إلى وسيلة لزيادة أعبائه المالية من خلال التزامه بدفع فوائد عن القرض المذكور قد تدفع المقاول للعزوف عن طلب هذه الدفعات في حين أن المشرع العراقي لم يشترط دفع فوائد مقابل السلف التشغيلية الأولية التي تعطى للمقاول وبذلك قد راعى الغاية من هذه السلف وهي دفع عجلة المشروع للإمام وتكون السلفة بمثابة دين دون أي فوائد مالية لمصلحة الإدارة ولذا كانت هذه السلف مزية مالية للمتعاقد مع الإدارة^(٢).

والأصل أن المقابل المادي للمتعاقد هي من الشروط التعاقدية في العقد الإداري لا تملك الإدارة تعديلها إلا بموافقة الطرف الثاني وهذا هو اتجاه القضاء الإداري حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر عام (١٩٩٣) إلى القول (... ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تنسم بطابع الاستقرار، ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يحدد كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه للطرف الآخر، ويحقق التوازن المالي للعقد، فإذا حدد المقابل في تاريخ العقد بنسبة معينة من قيمة الاعمال فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد باعتبار أن النص عليها في حقيقة الأمر شرط تعاقدية، وذلك دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفات الجمركية، وغيرها من المسائل

(١) انظر المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة.

(٢) انظر في نفس المعنى د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المصدر السابق، ص ١٥٤.

المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة...^(١)، فإذا كان المقابل النقدي للمتعاقد مع الإدارة من الشروط التعاقدية الأصلية التي تنتم بطابع الاستقرار ومعيار لتحقيق التوازن المالي للعقد وتلتزم الإدارة بأدائه إلى المتعاقد معها بغض النظر عن تقلبات السوق والعملية فإن مثل هذا الوصف ينسحب على المتعاقد مع الإدارة فلا يستطيع أن يطالب الإدارة بصرف مبالغ إضافية على مبلغ العقد وهذا ما ذهبت إليه محكمة تمييز إقليم كورستان في حكم لها صدر عام (٢٠٠٦) في قضية تتلخص وقائعها بأن أحد المكاتب المتخصصة بإعداد برامج الكمبيوتر قد تعاقد مع مدير عام توزيع كهرباء أربيل (إضافة لوظيفته) لغرض توريد أجهزة كومبيوتر وإعداد برامج خاصة لاستلام أجور الكهرباء، ومن ضمن فقرات جدول الكميات (التندر) فقرة تخص برنامج خاص ببيع الطاقة الكهربائية للمديرية المذكورة (Application Soft ware) وقد طالب المكتب المتعاقد صرف قيمة البرنامج المذكور البالغة (١٢٠،٠٠٠،٠٠٠) مئة وعشرين مليون دينار إضافة لمبلغ العقد باعتبار أن الفقرة المذكورة لم يحدد ثمنها في جدول الكميات التندر، إلا أن مديرية توزيع كهرباء أربيل قد امتنعت عن تسديد المبلغ المذكور زيادة على قيمة العقد باعتبار أن مبلغ العقد جاء شاملاً لتنفيذ هذه الفقرة حيث جاء في حيثيات الحكم (... حيث أن العقد المبرم بتاريخ (٢١/٦/٢٠٠٤م) وبالعقد (٢٦٩٠) بين الطرفين المتداعيين تضمن في الفقرة الثانية منه على قيام المدعى بوضع برنامج خاص لقبض أجور الكهرباء وفقاً للشروط في العقد وأن الفقرة السابقة من ذات العقد نصت على أن وزارة الصناعة والمعادن والطاقة ملزمة بدفع مبلغ (٧٢،١٢٨،٠٠٠) اثنين وسبعين مليون ومئة وثمانية وعشرين ألف دينار إلى المعدي وقد نفذت الوزارة كافة التزاماتها أما إدعاء المدعى بخصوص قيمة (application software)

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم (٢٥١٩) لسنة (٣٤ ق) جلسة (١٩٩٣/٨/٣١) أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المصدر السابق، ص ١٦٣، وكذلك أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٧١، كذلك انظر المادة (٥٥) / سادساً من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة التي نصت على نفس المبدأ المشار إليه في مضمون القرار أعلاه.

والذي قدر بـ(١٢٠,٠٠٠,٠٠٠) مئة وعشرين مليون دينار، والذي يزيد على القيمة الكلية للأعمال الواردة في العقد فإن الإدعاء المذكور لا سند له من القانون نظراً لدخوله ضمن العقد المبرم بين الطرفين المشار إليه في أعلاه وأن المبلغ المتفق عليه بين الطرفين حدد بالعقد ووفقاً لتقييم سابق لذا ليس للمدعي أن يطالب بأية زيادة حتى لو حدث في هذا التقييم تعديل أو إضافة إلا إذا كان ذلك راجعاً لخطأ المدعى عليه وأن يكون المدعي متفقاً مع المدعى عليه على أجره هذا التعديل أو تلك الإضافة باتفاق مكتوب (م ٨٧٧) مدني وهذا ليس له حضور في واقعة الدعوى المميز حكمها وحيث أن المدعى عليه إضافة لوظيفته قد نفذ التزامته وفقاً للعقد المبرم ولما كان العقد شريعة المتعاقدين لذا يكون الحكم المميز بقضائه برد الدعوى متفقاً وأحكام القانون فقر تصديقه...^(١).

ومع ذلك يمكن أن يكون المقابل النقدي معرضاً للتخفيض من جانب الإدارة في حالات معينة نص عليها القانون ومن ذلك حالة قبول الإدارة للأصناف الموردة غير المطابقة للمواصفات المتفق عليها إذ كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد عن (٢٠%) عشرين من المئة عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة وأن يكون السعر بعد الخفض مناسباً لمثيله في السوق حيث يجوز للإدارة تخفيض أسعار الأصناف الموردة بما يوازي نسبة النقص أو المخالفة في المواصفات وحسب النسب المئوية المحددة في القانون والتي لا تتجاوز (٢٠%) مع خفض ثمن هذه الأصناف تبعاً لنسب النقص والمخالفة للمواصفات الفنية، في حالة وجود حاجة ماسة لقبول هذه الأصناف^(٢)، وكذلك أجاز المشرع إجراء تعديلات على الكميات

(١) حكمها في قضية مكتب (Waves) بالعدد (١٩٧ / هيئة مدنية / ٢٠٠٦) في (٢٨ / ١١ / ٢٠٠٦) منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، نيسان، ايار، حزيران، ٢٠٠٩، ص ١٦٥ و ص ١٦٦.

(٢) انظر المادة (١٠٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة.

والأعمال المتعاقد عليها إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى توفير في كلفة المشروع أو العمل أي خفض الأسعار وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى تخفيض المردود المالي للمتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة بسبب خفض الأعمال والكميات^(١).

أما بالنسبة للرسم : فهو يعتبر مقابلاً مادياً يحصل عليه المتعاقد في عقد التزام المرافق العامة من المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الالتزام ويجري تحديده عادة بموجب العقد أو دفاتر الشرط من قبل الإدارة ذاتها بعد استشارة الملتزم أو تحده بصورة قطعية دون استشارة الملتزم أو قد تلجأ إلى تحديد حد أقصى لمقدار الرسم الذي يمكن نقاضيه من المنتفعين وتترك مجالاً للملتزم لتقدير مقدار الرسم ضمن هذا الحد تبعاً لطبيعة المرفق وحاجة المنتفعين^(٢) والرسم باعتباره كمقابل مادي يحصل عليه ملتزم المرفق العام أيضاً يمكن أن يرد عليه التعديل من جانب الإدارة بسبب طبيعة العقد المذكور الذي يشهد تدخلاً كبيراً من جانب الإدارة في النواحي

(١) المادة (١٥ / أولاً / ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة،
كذلك انظر

(٥٢، ٥٣) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام (١٩٨٨) حيث يجوز للمهندس زيادة أو إنقاص كمية الأعمال أو حذف جزء منها أو تبديل النوع أو الصنف أو القيام بأعمال إضافية أو مستحدثة ويحدد المهندس تبعاً لذلك المبلغ الذي يرى وجوب إضافته أو وجوب إنقاصه من مبلغ المقابلة وهذا أيضاً يشكل استثناءً على مبدأ استقرارية المقابل المادي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة حيث لا يستطيع المقاول وفقاً لذلك في حالة حذف بعض فقرات المقابلة أن يطالب بدفع مبلغ العقد كاملاً بعد حذف هذه الفقرات إلا أن هذا لا يمنع برأينا من مطالبته بهامش الربح المتوقع عن هذه الفقرات المحذوفة من قبل الإدارة عن طريق القضاء.

(٢) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٠٧، كذلك انظر لنفس المؤلف، تنفيذ العقد الإداري، المصدر السابق، ص ١٥٨ و ص ١٥٩.

الإدارية والفنية والمالية وغيرها^(١)، والإدارة تتدخل من تلقاء نفسها لتعديل قوائم الأسعار الخاصة بالمرفق العام إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك^(٢).

المطلب الثاني الضمانات ذات الطبيعة التنظيمية والفنية (حق المتعاقد في تقييد الإدارة بالتزاماتها التعاقدية)

الأصل يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام^(٣).

ولما تقدم فإن الإدارة وطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ملزمة بأحترام التزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في العقد سواء أكانت من المسائل الجوهرية المذكورة في صلب العقد واللازمة لإتمامه أم كانت من المسائل التفصيلية أو الثانوية^(٤) ذلك أن بعض التزامات المتعاقد مع الإدارة يتوقف تنفيذها على تنفيذ

(١) نصت المادة (٨٩٤) مدني عراقي على أن (تعريفات الأسعار يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها عليها)، وهذا معناه أن تعريفات الأسعار توضع من قبل الإدارة مباشرة أو هي تصادق على تعريفات الأسعار المعدة من قبل ملتزم المرفق العام، كما نصت المادة (٨٩٥ / ٢) مدني عراقي على أن (ويجوز إعادة النظر في هذه التعريفات وتعديلها فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي حدده قرار التصديق لسريانها... الخ).

(٢) انظر نص المادة (٥) من القانون رقم (١٢٩) لسنة (١٩٤٧) الخاص بالتزام المرافق العامة في مصر والتي جاء فيه (لمانع الالتزام دائماً متى ما اقتضت المصلحة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان المرفق العام موضع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل).

(٣) المادة (١٥٠) مدني عراقي، والمادة (١٤٨) مدني مصري.

(٤) إذا اقتصر العقد على تنظيم العناصر الجوهرية اللازمة لصحة العقد دون تنظيم المسائل التفصيلية أو الثانوية فإن هذا يعرف (بالتنظيم الناقص للعقد)، إلا أن هذا لا يعني أن تنفيذ العقد يتجاوز هذه المسائل الثانوية أو التفصيلية بل هنا يبدأ دور القاضي في تفسير العقد للوقوف على إرادة طرفي العقد لتكميل العقد وفقاً لطبيعة موضوع العقد والقانون والعرف والعدالة فإذا أضاف القاضي التزاماً إلى مضمون العقد فإنه لا يقوم إلا بتكميل الإرادة

انظر د. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد، رسالة ماجستير، ١٩٨٨، ص ١١٠، كذلك انظر د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المطبعة الحديثة في القاهرة، ط ١، ١٩٥٥، ص ٣٤٨، كذلك انظر المادة (٢/٨٦) مدني عراقي التي أعطت لقاضي

الإدارة لالتزاماتها التعاقدية أولاً لتسهيل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ويمكن أن نوجز أهم التزامات الإدارة العقدية الواجبة الاحترام والذي يشكل التقيد بها ضماناً للمتعاقد مع الإدارة تجاه السلطات التي تتمتع بها في العقد الإداري بالآتي :

١- التزام الإدارة بتسليم موقع العمل خالياً من الشواغل التي تعيق عمل المقاول فإذا كانت الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه والمتابعة وسلطة فرض الجزاءات جراء إخلال المتعاقد بالتزامه بالبداية بالتنفيذ فإن ذلك يقضي قيام الإدارة ابتداءً بتهيئة موقع العمل جاهزاً للأستلام ليتسنى للمتعاقد المباشرة بالعمل، إذ يجب على الإدارة في عقود الأشغال العامة أن تضع الموقع أو ذلك الجزء من الموقع موضوع المقاوله تحت تصرف المقاول بالقدر اللازم لغرض تمكينه من المباشرة بالعمل والسير فيه بالسرعة اللازمة طبقاً لمنهاج إنجاز العمل المتفق عليه بين الطرفين وبخلاف ذلك فإن على الإدارة منح المقاول المدد الإضافية لإكمال الأعمال إذا كان تأخير تسليم الموقع يرجع إلى جهة الإدارة^(١)، أما إذا كان تأخير استلام الموقع يعود لأسباب مشتركة بين الطرفين (Conturrent delays) فلا يجوز لأي من الطرفين المطالبة بالتعويض ويتحمل كل طرف ما لحق به من خسارة وهذا ما استقر عليه القضاء الانكلوسكسوني في حين أن القانون المصري اعتبر تراخي المقاول في تنفيذ العقد بسبب عدم وفاء الإدارة لالتزاماتها التعاقدية هو تطبيق لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في الالتزامات التبادلية وبالتالي يعتبر امتناعاً مشروعاً عن التنفيذ وإن كان مؤقتاً ولا يحق للمقاول المطالبة بالتعويض إذا سكت عن مطالبة الإدارة بالتنفيذ وكأنه قد منحها ضمناً

العقد سلطة واسعة للفصل في الخلافات التي تحصل بين المتعاقدين إذا لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية الثانوية للعقد سواء كان عدم الاتفاق راجعاً إلى سهو الطرفين بغير عمد أو كان عدم تنظيم هذه المسائل متعمداً على أن يتم تنظيمها لاحقاً بعد تمام العقد ونفاذه وحول مفهوم التنظيم الناقص للعقد انظر المحامي خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢، ص ٣٤ وما بعدها.

(١) المادة (١/٤٣) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني، لسنة (١٩٨٨).

أجلاً للوفاء بالتزاماتها^(١)، أما إذا كان التأخير يعود للإدارة وحدها فإن ذلك يعتبر من قبيل خطأ الإدارة الذي يوجب مسؤوليتها ويكون موجباً للتعويض إلا أن المتعاقد لا يملك فرض الجزاءات على الإدارة بإرادته المنفردة وإنما يجب أن يرفع أمره إلى القضاء للحكم بتعويض مناسب، ولا يقتصر الأمر على التزام الإدارة بتسليم موقع العمل باعتباره التزاماً جوهرياً يقع على عاتق الإدارة وإنما يجب أن يسلم الموقع خلال مدة معقولة ما لم ينص العقد على مدة معينة أو أجلاً للتسليم والغاية من ذلك هو إتاحة المجال للمتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزامه التعاقدية في موعده دون مصاريف إضافية وهو أمر يقتضيه أعمال مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود بتنفيذ العقود الإدارية^(٢).

أما في عقود التوريد فإن على الإدارة أن تخطر المورد بأمر التوريد ما لم يتفق على خلاف ذلك على أن يكون أمر التوريد شاملاً للأصناف والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه، فإذا لم تحدد الإدارة ما مطلوب وخصوصاً تحديد المكان الذي يتم فيه خزن البضائع الموردة فإن ذلك يعتبر خطأ من جانب الإدارة يوجب التعويض في حالة تأخر الأصناف الموردة أو تلفها لعدم تحديد مخازن لهذا الغرض مما يتعذر على المورد تنفيذ التزامه بالتوريد^(٣).

٢- التزام الإدارة بتقديم المواد والوثائق والمخططات الضرورية لتنفيذ العقد إذ يجب على الإدارة تنفيذ التزامها بتجهيز المتعاقد معها بجدول الكميات المسعر

(١) انظر د. أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)، ط ١، (٢٠٠١)، ص ٢٨ و ص ٢٩، في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أزاء تعنتها أو عدم التزامها بالعقد أن يستفيد من أحكام الدفع بعدم التنفيذ المقررة في القانون المدني بحجة أن الإدارة قد قصرت في تنفيذ التزاماتها ما لم يؤد التقصير إلى استحالة تنفيذ العقد رأي للدكتور الطماوي أشار إليه د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٠٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٠٠١) لسنة (٣٩ ق)، جلسة (١٩٩٦/١١/١٩) أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩، كذلك انظر المادة (٧٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) التي حددت تاريخ نفاذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع خالياً من الموانع إلا إذا أتفق على خلاف ذلك.

(٣) المادة (٧٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة.

الخاص بالعقد سواء أكان عقد مقاول أو كان عقد توريد مصادق عليه من قبل الطرفين يتضمن فقرات التنفيذ (الوصف، الكمية، السعر،... الخ) والذي يعتمد لاحقاً لأغراض التنفيذ وصرف السلف للمقاول ومطابقة المواصفات عند الاستلام وبخلافه يتعذر على المقاول تنفيذ التزامه التعاقدية ولا تملك الإدارة مباشرة سلطاتها الجزائية اتجاهه نتيجة لتأخره بالتنفيذ، كما ويقع على عاتق الإدارة تجهيز المقاول بنسختين من الخرائط والمخططات والرسوم الهندسية أو أي تعليمات إضافية بقدر ما يكون ذلك ضرورياً لتنفيذ وصيانة الأعمال بصورة صحيحة ووافية^(١) وكذلك تزويد المقاول بالمتطلبات الضرورية لإعداد الخرائط وجدول الكميات وخصوصاً في عقود تسليم المفتاح (Turn key project) حيث يقتضي هذا النوع من العقود قيام المتعاقد مع الإدارة بإعداد جداول الكميات والخرائط والرسوم والكلف التخمينية للمشروع في ضوء المتطلبات والمواصفات الفنية المقدمة من جهة الإدارة وعادة ما تقسم هذا النوع من العقود إلى مرحلتين تنفيذية؛ الأولى: إعداد الخرائط والرسوم وجدول الكميات والمصادقة عليها من قبل جهة الإدارة وبتأييد مكتب استشاري هندسي لمراجعة الخرائط والمنظومات (الإلكترونية، اتصالات، صحية... الخ) وجدول الكميات، والثانية : هي البدء بتنفيذ المشروع وبدون هذه المتطلبات لن يستطيع المقاول إنجاز هاتين المرحلتين ولا سيما أن مثل هذا النوع من العقود يتضمن عدة عقود في عقد واحد (تصميم، تنفيذ، تشغيل، صيانة، تدريب، تجهيز)^(٢)، وإذا تعارضت الخرائط مع المواصفات فيعرض الأمر على المهندس لإبداء رأيه في هذا التعارض ويكون قراره ملزماً بموجب شروط المقاول وإذا ترتب على تنفيذ قرار

(١) المادة (٧) من الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية المدنية بقسميها الأول والثاني، لسنة (١٩٨٨).

(٢) لمزيد من التفصيل حول هذا النوع من العقود انظر د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ٣٣، كذلك انظر الضوابط الواجبة الاعتماد في حالة تنفيذ المشروع بأسلوب المشروع الجاهز (مفتاح باليد)، الواردة في الفقرة (٣/ب) من صلاحيات الوزير المختص الواردة بتعليمات تنفيذ قانون الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق لعام ٢٠١٢، ص ٢٨.

- المهندس نفقات إضافية لم يكن لمقاول ذي خبرة أن يتوقعها فعلى الإدارة (صاحب العمل) تعويض المقاول تعويضاً معقولاً عن تلك النفقات^(١).
- ٣- التزام الإدارة بفتح الاعتمادات المستندية للمجهز أو المورد وخصوصاً في عقود البيع الدولية والذي يشترط فيه أن يكون مثبتاً وغير قابل للنقض (Irrevocable & Confirmed L/C) على أن يجري تحديد المستندات والوثائق المطلوبة لفتح الاعتمادات المستندية ومصادقتها وكيفية تداولها بموجب الأصول والأعراف الدولية (Uep 600)^(٢)، فإذا تضمن العقد بنداً يلزم الإدارة بفتح (اعتماد مستندي) لضمان تنفيذ العقد من قبل الشركات الأجنبية والعربية المجهزة فإن هذه الشركات لا تستطيع تنفيذ التزاماتها إلا بعد فتح الاعتماد المستندي لدى المصرف المعتمد لهذه الشركات.
- ٤- في بعض أنواع العقود التي تتعلق باستيراد أجهزة تكنولوجية عالية التقنية ومزدوجة الاستخدامات كأجهزة كشف المتفجرات (السونار) وأجهزة الاتصالات وبعض المواد الكيماوية ومنظومات المراقبة والتصوير وغيرها فإنها تتطلب صدور موافقة تصدير لهذه الأجهزة من قبل حكومات الدول التي تقع فيها الشركات المصنعة أو المجهزة أو المحتكرة لانتاجها وهذا يتطلب وجود تدخل دبلوماسي من قبل الإدارة عن طريق القنوات الدبلوماسية لاستحصال هذه الموافقات وهذا الالتزام يقع على عاتق الجهة المستفيدة (الإدارة) ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك، كما وتشترط الشركات الموردة لهذا النوع من المواد والأجهزة التزام الجهة المستفيدة (الإدارة) بتنظيم استمارة خاصة تسمى استمارة المستخدم الأخير (END USER) والتي تشير إلى الجهة النهائية التي سيؤول إليها هذا المنتج لخطورته ولا سيما أن هنالك بعض الدول والمنظمات

(١) المادة (الخامسة/٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية بقسميها الأول والثاني، لسنة (١٩٨٨).

(٢) المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة، ولمزيد من التفصيل حول تعريف الاعتماد المستندي ووظائفه وأطرافه وإجراءات فتحه انظر د. عبد جمعة موسى الربيعي، المتطلبات القانونية لإبرام العقود التجارية الوطنية والدولية للبضائع، بغداد، (٢٠٠٩)، ص ٢٢٣ وما بعدها.

الإرهابية محظور عليها الحصول على مثل هذه المنتجات إضافة لالتزام الإدارة بتقديم الحماية للشركات الأجنبية أثناء التنفيذ ومنح كوادر الشركة سمات الدخول وتراخيص الاستيراد وتملك الأراضي والإعفاءات الضريبية وتسهيل إبرام العقود وفقاً للقانون الداخلي ولا سيما إذا كان المشروع يتم على أراضي جهة الإدارة سواء أكان المشروع عقد مقاوله أو عقد امتياز لمرفق عام حيث نلاحظ أن الكثير من قرارات التحكيم الصادرة في منازعات عقود الدولة أثبتت أن سبب النزاع يعود إلى عدم التزام الدولة بتسهيل قيام المتعاقد الأجنبي معها بتنفيذ المشروع^(١) كما قد تلجأ الدولة لإصدار قوانين خاصة تتضمن منح امتيازات خاصة لبعض المشاريع كالإعفاء من الضرائب والقيود المفروضة على الاستيراد، أو الاستثناء من الإجراءات المنصوص عليها في قانون الاستملاك أو شمول الآلات والمعدات والمكائن الإنشائية كالقلايات وأدوات الحفر والتنقيب والخلاطات وغيرها بالإعفاء الكمركي المؤقت على أن لا تتجاوز مدة الاستيراد الداخلي والتصدير الخارجي لهذه الآلات والمكائن مؤقتاً على سنة واحدة لقاء كفالة أو تعهد أو تأمينات نقدية وهذه الإجراءات كلها منوطة بقرار من الإدارة وإن التلكؤ في منح مثل هذه الامتيازات من شأنه تأخير تنفيذ المشاريع المشمولة بهذه الإعفاءات^(٢).

(١) لمزيد من التفصيل حول مفهوم عقود الدولة (فكرة العقد الإداري عبر الحدود) وللإطلاع على التزامات الدولة والأجهزة التابعة لها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها والإطلاع على التطبيقات القضائية بهذا الشأن انظر د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، (٢٠١٠)، ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) انظر د. عامر محمد علي، سلطة الإدارة في تنفيذ المشاريع الكبرى، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، (١٩٨١)، ص ١٧٠ و ص ٢٠٠ و ص ٢٠٥، و جدير بالإشارة إليه أن قانون الاستثمار النافذ رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل نص في المواد (١٠) و (١١) و (١٢) منه على جملة من الضمانات والمزايا للمتعاقد المستثمر في العراق منها على سبيل المثال لا الحصر (تملك العقارات والأراضي العائدة للدولة والقطاع المختلط والخاص مقابل بدل، استئجار الأراضي والعقارات من الدولة والقطاع المختلط والخاص لا تزيد عن (٥٠) سنة قابلة للتجديد، إمكانية نقل ملكية المشروع الاستثماري كلاً أو جزءاً إلى مستثمر آخر، الاستثناء من الخضوع لأحكام قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦) المعدل أو أي قانون يحل محله، إخراج رأس المال وعوائده الذي أدخله إلى العراق، الحق في تداول الأوراق المالية

٥- على الإدارة أن تلتزم بالمصادقة على الخرائط والمخططات خلال المدة المحددة في العقد وإن عليها إصدار الشهادة الخاصة بالفحص الفني وشهادة إكمال الأعمال وبدء الصيانة وشهادة القبول النهائي خلال المدد المحددة في العقد، وكذلك على الإدارة أن تتحمل النفقات الإضافية المترتبة على طلب المهندس بإجراء حفر اختبارية وتحريات التربة، إذا كان الفحص غير منصوص عليه في المقاولة أو إذا قررت الإدارة إجراء الفحص من قبل طرف آخر غير المقاول ذاته وثبت نتيجة الفحص أن مهارة العمل وجودة المواد متفقة مع المقاولة وتعليمات المهندس وكل ذلك يجب أن يتم خلال مدة معقولة أو خلال المدة المحددة بالعقد صراحة^(١)، كما تلتزم الإدارة وبناءً على طلب من المتعاقد معها في مقاولات الأعمال الميكانيكية والكهربائية بإصدار شهادة الاختبار وشهادة الاستعداد للتشغيل التجريبي وشهادة الاستلام وشهادة القبول النهائي ضمن المدد المحددة في القانون ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(٢) ففي حالة تراخي الإدارة بتنفيذ هذه الالتزامات يكون التأخير والاضرار الناجمة عنه داخلية ضمن نطاق إرادة الإدارة وتحكمها ولا يمكن إرجاعها إلى سلطة المتعاقد وإرادته، وقد استقر القضاء على اعتبار تأخير رب العمل في المصادقة على الرسومات والمخططات التي بحوزة المقاول وتداخل عمالة الإدارة مع عمالة المقاول بشكل خاطئ يعيق العمل من قبيل الأخطاء التي توجب مسؤولية رب العمل (الإدارة) وبالتالي استحقاق المتعاقد معها للتعويض (Compensable Damages)^(٣)، وكذلك اعتبرت المادة (١/٤٤) من عقد الفيدك الدولي

وتكوين المحافظ الاستثمارية، المساطحة، استخدام وتوظيف عمال غير عراقيين، منح الإقامة والدخول والخروج، عدم مصادرة المشروع الاستثماري أو تأميمه وغيرها).
(١) المواد (١٨، ٣٧، ٣٩، ٤٩، ٥٠، ٦٣، ٦٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨).
(٢) المواد (٥، ٦، ٨، ١٩، ٢٤، ٣١، ٣٢، ٣٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨).
(٣) انظر د. أحمد عبد العال أبو قرين، المصدر السابق، ص ٢٩.

- (FIDIC) حدوث تأخير أو إعاقة من جانب رب العمل إحدى الأسباب التي من شأنها أمتداد عقد المقاولة فترة إضافية لإكمال الأعمال المتفق عليها^(١).
- ٦- التزام الإدارة برد التأمينات النهائية (كفالة حسن التنفيذ) التي يقدمها المتعاقد مع الإدارة عند توقيع العقد بموجب خطاب ضمان مصرفي كما فصلنا في موضوع مصادرة التأمينات سابقاً وإن على عاتق الإدارة عند إكمال المتعاقد لالتزاماته التعاقدية التزام برد التأمينات النهائية طبقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لما يشكله التراخي في ذلك من أضرار غير مبررة^(٢) بالمتعاقد طالما أنه أوفى بالتزامه وبخلاف ذلك تنهض مسؤولية الإدارة التعاقدية.
- ٧- التزام الإدارة باستخدام سلطاتها الاستثنائية المنصوص عليها، في العقد استخداماً مشروعاً بعيداً عن التعسف وإساءة استعمال السلطة^(٣).

(١) انظر المادة (٤٥ / ١ / ب) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المشار إليها في اعلاه التي نصت أن للمقاول أن يطالب بتمديد مدة إكمال الأعمال في الحالات الآتية : (ب- إذا كان تأخير إكمال الأعمال لأسباب وإجراءات تعود لصاحب العمل أو لأية جهة مخولة قانوناً أو لأسباب تعود لمقاولين آخرين يستخدمهم صاحب العمل).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٨٢) لسنة (٤٠ ق)، جلسة (٢٦ / ١ / ١٩٩٩) أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٧.

(٣) سبق أن تناولنا في الفصل السابق القيود الواردة على سلطة الإدارة الاستثنائية ومنها أن يكون استخدام هذه السلطات في حدود المشروعية الإدارية مع خضوعها لرقابة القضاء لذا نحيل الموضوع إلى ما سبق بحثه في الفصل السابق منعاً للتكرار.

المبحث الثاني

ضمانات المتعاقد مع الإدارة المستمدة من القواعد المنظمة للمرافق العامة (ضمانات إعادة التوازن المالي للعقد)

لا شك أن المتعاقد مع الإدارة - وإن كان يساهم في تنظيم أو تسيير أو خدمة مرفق عام وهي غاية الإدارة من إبرام عقودها الإدارية- إلا أنه يبقى دائماً هاجسه الربح المادي وتحقيق مصالح ومنافع شخصية فالدافع الأساسي للتعاقد هو تحقيق مصلحة خاصة والدافع الثانوي هو تحقيق المصلحة العامة على نقيض دافع الإدارة الرئيسي هو تحقيق المصلحة العامة، ولذلك نجد أن المتعاقد مع الإدارة سوف ينصاع ويلتزم بتوجيهات وشروط الإدارة عند التعاقد وأثناء تنفيذ العقد كما هو ملزم بالإنصياع لسلطات الإدارة في تعديل العقد تلبية لمتطلبات المرفق العام إلا أن هذا الإنصياع يجب أن يكون بمقابل مادي يعوض عليه أعباء العقد الإداري التي قد تصل إلى حد الإرهاق في التنفيذ، فالمتعاقد مع الإدارة غير ملزم بتحمل أعباء والتزامات لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد، وغير ملزم بأن يتحمل الخسارة أو فوات الهامش الربحي المتوقع له من جراء التعاقد مع الإدارة من أجل الاستمرار في تنفيذ التزاماته وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبعبارة أوفى أن المتعاقد مع الإدارة غير مستعد بالتضحية بمنفعته ومصالحه الشخصية من أجل المصلحة العامة إذا جاز التعبير، كما أن مقتضيات العدالة تستوجب وجود نوع من التوازن في الحقوق والواجبات المترتبة على العلاقات العقدية حتى وإن لم ينص العقد على ذلك وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر عن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري خير تعبير في حكم صدر لها عام (١٩٥٧) جاء فيه (...أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد وبين المزايا التي ينتفع بها على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة حتى لو لم يصدر خطأ من الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون التعويض كاملاً وتارة يكون جزئياً أياً كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد واختلاف الرأي في مبرراتها فإنه

مما لا شبه فيه أنها تترد في الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناءً على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين كل من الهيئات والأفراد في شأن من شؤون المرافق العامة ... وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجيبها المتعاقدون منها، فإذا قامت الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً إذ أن التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض على مقتضاه دون الحاجة للنص على ذلك في العقد...^(١).

إن الحكم المذكور يلخص فكرة التوازن المالي للعقد الإداري^(٢) التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة عام (١٩١٠) بمناسبة تدخل الإدارة في أحد عقود الامتياز وأصبحت هذه الفكرة لاحقاً نظرية عامة يتلخص مضمونها في التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد الإداري أو ما يعرف بالتوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته في كل حالة من شأنها أن تؤدي إلى إخلال التوازن المالي في

(١) حكمها الصادر في (٣٠ / يونيو / ١٩٥٧) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٩٠ وما بعدها.

(٢) حاول جانب من الفقه خلق نوع من المقارنة بين مفهوم التوازن الاقتصادي للعقد وبين مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري التي تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في اقتضاء التعويض بسبب ما يتحملة من أعباء مالية ناجمة عن تعديل العقد الإداري من جانب الإدارة وإن فكرة العدالة تقتضي قيام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد سواء كان الإخلال بفعل الإدارة أم لأمر خارج عن إرادتها، حيث يرى هذا الاتجاه أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي تطبيق من تطبيقات فكرة التوازن الاقتصادي للعقد إلا أنها تختلف عنه من حيث النطاق والأثر فمن حيث النطاق فإن نظرية التوازن الاقتصادي للعقد تشمل العقود المدنية والتجارية والإدارية، ومن حيث الأثر فإن فكرة التوازن الاقتصادي للعقد تستهدف إعادة التوازن الاقتصادي المختل إلى سابق عهده، أما فكرة التوازن المالي للعقد الإداري فإنها تستهدف تعويض المتعاقد مع الإدارة، كما أن فكرة التوازن الاقتصادي للعقد تسري على العقد في مرحلة التكوين وفي مرحلة التنفيذ وتشمل (الاستغلال مع الغبن، التغير مع الغبن، والطرف القوي من عقود الإذعان) كما تشمل العقد في حالة التنفيذ (نظرية الظروف الطارئة) في حين أن التوازن المالي للعقد الإداري يشمل العقد في مرحلة التنفيذ وليس في مرحلة التكوين والحقيقة أننا نجد هذه المقارنة ذات بعد نظري لا يتعداه إلى الجانب العملي فكل الفكرتين تتبع من فكرة العدالة وكلا الفكرتين تستهدف تحقيق التوازن المالي للعقد في حالة الإخلال به ولا عبء أو اعتبار إذا قيل أن أحد هذه النظريات تستهدف إعادة التوازن في العقد في مرحلة التكوين والتنفيذ والثانية تستهدف إعادة التوازن في مرحلة التنفيذ وبصرف النظر عن سبب الإخلال في توازن العقد، لمزيد من التفصيل انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، (١٩٧٨)، ص ٩ وما بعدها.

العقد سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أو لأمر خارج عن إرادتها^(١)، إن المبالغة في نظرية القوة الملزمة للعقد وانعكاس هذه النظرية على التقنيات المدنية دون أن يقام أي اعتبار للإرهاق الذي ينجم عن تنفيذ العقد نتيجة لتغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه دفع الفقه الغربي لإيجاد نظريات جديدة للتخفيف من غلواء هذا المبدأ نزولاً عند مقتضيات العدالة، حيث يذهب جانب من الفقه إلى أن من الظلم التمسك بتنفيذ العقد عندما تزداد أعباؤه وتصل إلى حد الإرهاق وإن تنفيذ العقد إذا ما بلغ حداً من الجور فإنه يتوجب اللجوء إلى مبادئ العدالة، كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في حالة تغير ظروف العقد في مرحلة تنفيذه عن ظروفه في مرحلة إبرامه مع تعنت الدائن وتشدده في تنفيذ العقد بحذافيره يعتبر جوراً وتعسفاً في استعمال السلطة وهذا يتناقض مع القاعدة الخلقية في الالتزامات^(٢)، في حين نجد أن جانباً آخر من الفقه ظل متمسكاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين باعتبارها قاعدة أساسية يستحيل بدونها استمرار الحياة القانونية وإن القول بتعديل العقد بسبب تغير الظروف هو هدر لهذا المبدأ القانوني والأخلاقي ذلك أن العقد عهد وميثاق يحط نقضه من شرف الإنسان، كما أن تعديل العقد لا يعيد التوازن المالي إلى العقد إلا بالنسبة إلى أحد المتعاقدين في حين يشكل هذا التعديل إخلالاً بالتوازن المالي بالنسبة للمتعاقد الآخر وهذا ينطوي على ظلم وإجحاف كبير له^(٣)،

(١) من رواد هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي دي سوتو (De Soto)، انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٨٥، وكذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

(٢) أصحاب هذا الاتجاه يمثلون المذهب الاجتماعي وهم كل من الفقهاء (جوليودي لامور لانديير، اسمان، ديموج، ريبير)، لمزيد من التفصيل انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦، ص ٣٢.

(٣) أصحاب هذا الاتجاه يمثلون المذهب التقليدي (الحر) وهم كل من الفقهاء (مازو، نيبوايه)، لمزيد من التفصيل انظر

د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٣١، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه حيث جاء في أحد قراراتها (... ليس للقضاة الحق بأن يكونوا وزراء للعدالة بين الأطراف، فليس لهم الحق خارج إطار نطاق النصوص أن يعيدوا ترتيب توازن الأعمال والتصرفات القانونية بزيادتها على أحد المتعاقدين أو تقليلها من الآخر أو إبطال العقود تحت ذريعة من عيوب الإرادة...)، أشار إليه محسن عبد المنعم هادي الزبيدي، ضمانات توازن العقد القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٧، ص ٤٢.

وسنحاول بصورة موجزة الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية التي توجب تعويض المتعاقد مع الإدارة دون حاجة لإثبات الخطأ من جانب الإدارة في المطالب الآتية :

المطلب الأول : نظرية فعل الأمير .

المطلب الثاني : نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المطلب الأول

نظرية فعل الأمير

(La theorie du fait du prince)

وسنتناول في هذا المطلب مفهوم هذه النظرية وشروط تطبيقها وآثارها في الفروع الآتية :

الفرع الأول

مفهوم نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل أو عمل الأمير أو ما يعبر عنه أحياناً بنظرية المخاطر الإدارية من النظريات القديمة التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي كمحاولة منه لإيجاد ثغرة تخرق مبدأ القوة الملزمة للعقد وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري المخل به، وعرف الفقه عمل الأمير بأنه عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد^(١)، وعرف أيضاً بأنه كل تصرف مشروع صادر من السلطة العامة المتعاقدة من شأنه أن يترتب عليه أن يجعل تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد

(١) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٩٨، وحول المفهوم الواسع والمفهوم الضيق لفعل الأمير انظر د. محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها، دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط ١، (١٩٩٨)، ص ٧٩ و ص ٨١.

أكثر صعوبة ويكون من شأنها أن تخلف للمتعاقد معها تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت من جراء هذه المخاطر الإدارية^(١).

أما محكمة القضاء الإداري في مصر فقد عرفت فعل الامير بأنه (كل إجراء تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية...)^(٢).

(١) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢١٥، كذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢١٧، وللإطلاع على ما جاء بمطالعة مفوض الدولة الفرنسي ليون بلام (L. Blum) في قضية (الشركة الوطنية الفرنسية لخطوط الترام) والتي صدر بمناسبتها حكم مجلس الدولة الفرنسي في (١١ / مارس / ١٩١٠) الذي كرس فكرة عمل الامير كنظرية عامة توجب التعويض للمتعاقد مع الإدارة إذا ما صدر عنها إجراء وتدخّل وإن كان مشروعاً من شأنه أن يلحق ضرراً به انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٥٢، كذلك انظر حول المطالعة المذكورة د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣١٥، وكذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٤، ولمزيد من التفصيل راجع د. ثروت بدوي، فعل الامير، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس، (١٩٥٤).

(٢) حكمها في (٣٠ / يونيو / ١٩٥٧)، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٥٩٨.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لغرض تطبيق نظرية فعل الأمير يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

- ١- يجب أن يكون هناك عقد من العقود الإدارية، وبالتالي لا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص وإن كانت الإدارة طرفاً فيها.
- ٢- أن يكون التصرف أو العمل أو الإجراء أو الفعل الضار صادراً من جانب الإدارة المتعاقدة أما إذا صدر هذا الإجراء أو الفعل الضار من سلطة أخرى كالسلطة التشريعية مثلاً فإن القضاء الإداري لا يميل إلى تطبيق هذه النظرية إلا في حالات استثنائية محدودة رتبت ضرراً خاصاً بالمتعاقد وإنما يميل إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة^(١).
- ٣- أن يترتب على هذا العمل أو التصرف ضرر يلحق المتعاقد مع الإدارة يتمثل في زيادة الأعباء المالية له وهذا بطبيعة الحال يؤثر على التوازن المالي للعقد بصرف النظر عن مقدار جسامته هذا الضرر سواء كان جسيماً أو يسيراً.
- ٤- أن يكون الضرر الذي يلحق المتعاقد ضرراً خاصاً لا يؤثر على سائر من يمسه القرار العام، إذ لا تنتج نظرية فعل الأمير آثارها إذا كان الضرر الناجم عن قانون عام يمس عدداً غير محدود من الأشخاص ولهذا نجد أن القضاء الإداري عموماً يفرق بين ما إذا كان الإجراء الذي اثر بصورة غير مباشرة على العقد إجراء خاص عند ذلك يكون محلاً لتطبيق النظرية ويستطيع المقاول أن يطالب بتعويض كامل عن الأضرار التي أصابته، أما إذا كان الإجراء عاماً مثل تشريع أو لائحة مالية تقضي برفع الرسوم الكمركية أو رفع أجور العمال فالمتعاقد في

(١) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ٦٠١، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ١٨٥، كذلك انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٥٤، كذلك انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢١٧، وكذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢١٧.

مثل هذه الحالة لا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به كونها أضراراً عامة يتساوى مع سائر المواطنين في تحمل الأعباء العامة^(١).

٥- أن يكون الإجراء المتخذ من جانب الإدارة مشروعاً لا ينطوي على خطأ، وإلا كنا أمام المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار ممارسة الإدارة لسلطاتها المشروعة من قبيل المخاطر الإدارية^(٢) التي تحيط بالمتعاقد معها وهذا الرأي يؤخذ عليه أن ممارسة الإدارة لسلطاتها المشروعة لا يشكل خطراً يهدد المتعاقد معها وإن ترتب عليه ضرر للمتعاقد ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عليا تستهدف تحقيق الصالح العام وإن التصرف الصادر منها في حدود سلطاتها إذا ما رتب ضرراً بحق المتعاقد فإنها تسأل عنه في حدود نظرية فعل الامير بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها^(٣).

٦- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع وهذا الشرط مشترك مع نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، أما إذا كان الإجراء أو التشريع الجديد متوقعاً في نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أقدم على التعاقد عالماً بهذه الظروف ومقدراً لها الأمر الذي يتعذر الاستناد إلى نظرية فعل الامير^(٤)، وقد يتعارض هذا الشرط مع سلطة الإدارة في تعديل العقد في أي وقت والاتجاه القضائي السائد هو أن حق التعديل كأصل مقرر للإدارة يكون من الأمور المتوقعة دائماً من قبل المتعاقد وعالماً بها قبل التعاقد، ولكن

(١) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢١٧، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٠٥ وما بعدها، كذلك انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٥٨، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٥، وحول معيار خصوصية الضرر الذي يلحق بالمتعاقد انظر د. محمود عبد المجيد مغربي، المصدر السابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) انظر د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، ١٩٧٣، ص ٥٣٩.

(٣) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٠٢، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢١٥، كذلك انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٥٩، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٦، كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣١٧.

(٤) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٠٢.

عدم التوقع ينصرف إلى حدود التعديل ومداه فإن كان العقد نظم كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فإن النظرية تطبق^(١).

الفرع الثالث أساس النظرية

القاعدة في القانون المدني أن المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة أركان هي الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية المباشرة بينهما وبالتالي فإن المسؤولية لا تتعدى بغياب ركن الخطأ ومع ذلك فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ منها تكون قائمة إلا أنها تستند إلى أسس أخرى غير خطأ الإدارة يمكن أن نوجزها بالآتي :

- ١- ذهب البعض إلى أن أساس مسؤولية الإدارة دون خطأ منها تقوم على أساس فكرة تحمل المخاطر والتبعات وهذه من صميم مبادئ القانون الإداري التي من شأنها توسيع مسؤولية الإدارة والتضييق من حالات الإعفاء من المسؤولية^(٢).
- ٢- قاعدة الإثراء بلا سبب : يعتبر التعويض عن الإثراء بلا سبب من مقتضيات العدالة المجردة التي تتأبى بطبيعتها أن يغتني طرف على حساب أضرار الطرف الآخر دون تعويضه ويسري هذا المبدأ على كافة التصرفات القانونية عقدية كانت أم غير عقدية^(٣)، فالتصرف الصادر من الإدارة من شأنه انقاص الامتيازات المالية المقررة للمتعاقد أو من شأنه زيادة أعبائه المالية وبذلك تكون الإدارة قد اثرت على حساب المتعاقد معها دون سبب في العقد^(٤) ويؤخذ على هذا الرأي أن نظرية فعل الأمير تطبق حتى وإن لم يترتب على الإجراء الذي اتخذته الإدارة إثراء لصالحها على حساب المتعاقد معها فضلاً عن ذلك إن

(١) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢١٩.

(٢) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٣) إن أساس هذه القاعدة هي نص المادة (٢٣٤) مدني عراقي، و(١٧٩) مدني مصري.

(٤) رأي للفقيه الفرنسي هوريو (Hauriou) أشارت إليه د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٢١.

مقدار التعويض يتم تقديره من قبل القضاء على أساس ما أصاب المتعاقد من ضرر أو ما فاته من كسب بصرف النظر إن كانت الإدارة قد اثرت على حساب المتعاقد من جراء هذا التصرف أم لم تثر.

٣- في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أساس تعويض المتعاقد مع الإدارة مصدره مبدأ المساواة في تحمل الأعباء والتكاليف العامة ذلك أن الضرر الخاص الذي يصيب المتعاقد في موضوع جوهرى للعقد يشكل عبئاً استثنائياً يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد وهذا يخل بطبيعة الحال بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام الأعباء والتكاليف العامة وهذا يقتضي كنتيجة طبيعية لإعادة التوازن المالي للعقد بتعويض هذا المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وبعبارة أوفى أن تمييز المتعاقد بحصوله على هذا التعويض راجع إلى تمييز الضرر الذي يلحق به دون بقية المواطنين^(١).

٤- يرى جانب آخر من الفقه أن مسؤولية الإدارة بدون خطأ هي مسؤولية تعاقدية وإن تخلف ركن الخطأ فيها فإذا كان العقد الإداري ذا طبيعة متغيرة من حيث المحل الذي يرد عليه بشكل يسمح للإدارة تعديل العقد سواء أكان ذلك بزيادة أعباء والتزامات المتعاقد أم بإنقاصها أو إنهاء العقد بصورة كلية فإن ذلك يستوجب تعديل العوض أو المقابل النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة وإلا كان محل العقد على اثر تعديله أو إنهائه مفنقراً إلى سبب وصار الالتزام باطلاً، ولهذا فإن الإدارة ملزمة بتحمل نتائج تصرفها وذلك بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا التصرف^(٢)، فالمسؤولية غير التعاقدية دون خطأ تقابلها المسؤولية التعاقدية للتعديلات التي تحدثها الإدارة بصورة انفرادية من جانبها وهذه هي المسؤولية دون خطأ في العقد الإداري^(٣) في حين

(١) انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢١٦، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٢٢،

كذلك انظر د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ١٩٥٥، ص ٨٢٣ و ٨٢٤.

(٢) رأي للفقيه (Jeze) أشارت إليه د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٢٣.

(٣) انظر د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص ١٠٨.

أثر جانب آخر من الفقه الجمع بين فكرتي التوازن المالي للعقد والمسؤولية العقدية بإعتبار أن كل واحدة منها تكمل الأخرى فالمسؤولية عن عمل الأمير مسؤولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد^(١).

الفرع الرابع آثار تطبيق نظرية فعل الأمير

إن فعل الأمير أو التصرف المشروع الصادر عن الإدارة الذي من شأنه إلحاق الضرر بالمتعاقد معها يتيح له المطالبة بالتعويض الكامل عن هذه الأضرار فتشمل التعويض عن الخسائر التي لحقت به والمتمثلة بالمصروفات الإضافية التي أنفقتها المتعاقد وهي تختلف باختلاف طبيعة التعديل الذي تجريه الإدارة ونتائجه كدفع أثمان مواد مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، ويشمل التعويض ما فات المتعاقد من كسب والمقصود بها المبالغ الشرعية أو الربح المتوقع للمتعاقد والذي كان يمكن أن يجنيه المتعاقد فيما لو لم يختل التوازن المالي للعقد بسبب إجراء أو تصرف الإدارة شريطة أن لا يكون المتعاقد قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الضرر أو زيادة نسبة الأضرار وهذا ما تقضي به القواعد العامة في الإلتزامات^(٢).

ويجمع الفقه على أن شرط الإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية شرط غير مشروع كونه يتنافى مع المبادئ المقررة في القانون الإداري فالإدارة لا تملك أن تضع في العقود الإدارية نصاً عاماً يقضي بعدم مسؤوليتها وإعفائها من تعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، أما إذا كان الإعفاء ينصب على إجراء معين توقعه المتعاقدان ابتداءً كفرض ضريبة أو زيادة سعرها فإن مثل هذا الشرط يعد مشروعاً

(١) رأي للفقهاء (دي لوبادير) أشارت إليه د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٢٦، كذلك أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٢٨، وحول فكرة التوازن المالي كأساس للتعويض وفكرة المسؤولية التعاقدية كأساس للتعويض وللإطلاع على تعليق مفوض الدولة (ليون دبلوم) في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في (٣/٢١ / ١٩١٠) والإطلاع على آراء الفقهاء (جورج باكينو) و(فالين) و(هوريو) الذي يشير إلى مسؤولية الإدارة شبه التعاقدية للثراء بدون سبب في فعل الأمير انظر د. محمود عبد المجيد المغربي، المصدر السابق، ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) انظر د. محمود عبد المجيد المغربي، المصدر السابق، ص ١٢٣، وكذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٢٩.

ويمكن للمتعاقد أن يتحمل الضرر الذي يترتب عليها وإن كان القضاء الفرنسي متشدداً في تفسير مثل هذا النوع من الشروط^(١).

أما إذا ترتب على فعل الأمير صيرورة الإلتزام مستحيلًا فهو يعد في مثل هذه الحالة بمثابة قوة قاهرة تعفي المتعاقد مع الإدارة من التزامه بالتنفيذ كغلق الطرق والحدود مع الدولة المجاورة بسبب نشوب حرب أو صدور تشريع يمنع استيراد سلعة معينة من بلد معين وهي لا تنتج إلا فيه، أما إذا كان من شأن فعل الأمير مجرد خلق صعوبات في التنفيذ لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة مجاراتها كونها تتعدى إمكانياته المادية والفنية جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد^(٢)، كما يجوز للمتعاقد طلب الإعفاء من فرض الغرامات التأخيرية عن التأخير في تنفيذ العقد إذا كان من شأن فعل الأمير جعل التزام المتعاقد عسيراً صعب التنفيذ، كما يمكن للمتعاقد أن يستفاد من آثار تطبيق هذه النظرية في آن واحد بالجمع بين الفسخ والتعويض مثلاً^(٣).

(١) ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى عدم شرعية الشروط التي من شأنها منع المتعاقد مع الإدارة من حق التمسك بالقوة القاهرة والظروف الطارئة أيضاً كون مثل هذا الشرط يتنافى مع مبادئ القانون الإداري، انظر حكمها في (٣٠/يونيو/١٩٥٧) وحكمها في (١٦/ أبريل/ ١٩٦٠) أشار إليهما د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٦٣١ و ٦٣٢.

(٢) انظر د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢١٩، وكذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٣١، وكذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٦.

(٣) انظر د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٢٦٢ و ٢٦٣، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٣١ و ٢٣٢.

المطلب الثاني نظرية الظروف الطارئة (Theorie De Limpre Vision)

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية تجاه المتعاقد معها في العقود الإدارية من شأنها أن تخرق مبدأ القوة الملزمة للعقد (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) وتشكل استثناءً عليها مقررًا لمصلحة الإدارة، فإن حالة الظروف الطارئة^(١) التي تستجد بعد إبرام العقد الإداري التي من شأنها أن تجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه بموجب العقد الإداري مرهقاً وليس مستحيلاً مما يستوجب الأمر إعادة التوازن المالي للعقد الإداري هي بدورها أيضاً تشكل استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد إلا أن هذا الاستثناء مقرر لمصلحة المتعاقد مع الإدارة وليس لمصلحة الإدارة، وهذا يؤكد أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية هي قاعدة نسبية وترد عليها الاستثناءات سواء أكانت هذه الاستثناءات مقررّة لمصلحة الإدارة أو كانت مقررّة لمصلحة المتعاقد معها كما في حالة الظروف الطارئة التي ترد على العقد بعد إبرامه، فكل استثناء مقرر للإدارة لمقتضيات المصلحة العامة وضمن استقرار وانتظام المرافق العامة نجد أن الفقه والقضاء الإداري قد اجتهدا لمقابلة هذا الاستثناء باستثناء موازٍ له مقرر لمصلحة المتعاقد للوصول إلى نوع من الاستقرار في التزامات ومصالح الطرفين المتعاقدين ونظرية الظروف الطارئة واحدة من هذه الاجتهادات التي ابتدعها القضاء الإداري للحد من سلطات الإدارة اتجاه المتعاقد معها إلى الحد المعقول لضمان توازن العقد الإداري وسوف نتناول مفهوم هذه النظرية وشروط تطبيقها وأثارها في الفروع الآتية :

الفرع الأول

(١) للتمييز بين (نظرية الظروف الطارئة) و(نظرية الظروف الاستثنائية) التي تبرر للإدارة الخروج على مبدأ المشروعية في الحالات الاستثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية الشاذ من خلال إتخاذ تدابير سريعة لحماية أمن الدولة ونظامها العام ومرافقها الأساسية وهذه ما تعرف فقهاً (بمشروعية الأزمات) انظر سعدون عنتر نصيف، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون السياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ٧١ وما بعدها، وحول حالة الطوارئ انظر بحثنا الموسوم أثر حالة الطوارئ في توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية، مجلة القانون والقضاء، العدد السابع، (٢٠١١)، ص ٧٤.

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

على خلاف القضاء المدني كان القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً بمجلس الدولة الفرنسي سابقاً للأخذ بنظرية الظروف الطارئة وتطبيقها خصوصاً خلال الحرب العالمية الأولى بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة وأول تطبيقاته القضائية في هذا الموضوع هو حكمه الصادر في (٣٠/أيار/١٩١٦) في قضية إنارة مدينة (بورديو Bordeaux) والتي تتلخص وقائعها في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بورديو وأثناء تنفيذها للعقد لاحظت وجود ارتفاع في أسعار الفحم الذي يستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً عقب نشوب الحرب العالمية الأولى حيث أرتفع سعر طن الفحم إلى ثلاثة أمثاله فبعد أن كان سعره عند إبرام العقد (٢٣ فرنكاً) ارتفع بعد إبرام العقد عام (١٩١٦) إلى أكثر من (٧٣ فرنكاً) وهذا الارتفاع لا يتناسب مع مقدار الأجر التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين مما جعل تنفيذ الشركة لالتزامها مرهقاً فطلبت الشركة من بلدية المدينة رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين فرفضت ذلك مستندة إلى السعر المتفق عليه في العقد طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وقد رفع الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي للفصل فيه الذي اعتبر احتلال العدو للجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في قارة أوروبا وصعوبات النقل البحري بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية كلها أسباب أدت إلى الارتفاع الطارئ في أسعار الفحم وهو المادة الأولية لصناعة الغاز بصورة ذات طبيعة استثنائية تتجاوز حدود الزيادة المتوقعة من قبل الطرفين وقت إبرام العقد وهذا من شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد ويجعل تنفيذه مرهقاً وإن كان غير مستحيل مما يقتضي أن تساهم الإدارة خلال هذه الفترة الاستثنائية بجزء من النتائج المترتبة على هذا الظرف الطارئ^(١)، فمفهوم هذه

(١) انظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٣٢٠، كذلك انظر د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع

النظرية طبقاً للحكم المذكور يتلخص أنه إذا استجبت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف طارئة خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، فإن الإدارة تلتزم أما بتعويضه جزئياً وبصفة مؤقتة وأما بتعديل شروط العقد للتخفيف من آثار هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق^(١)، وبعبارة أوفى أن الظروف الطارئة التي لم تكن بالحسبان وقد أبرم العقد والتي من شأنها زيادة الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً تتيح للملتزم أن يطلب من الإدارة ولو مؤقتاً المساهمة إلى حد ما في تحمل الخسائر التي تلحق به^(٢).

أما في مصر فإن القضاء الإداري المصري قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة بالاستناد إلى نص المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري الذي أقر في الفقرة (١) من المادة المذكورة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وقرر في الفقرة (٢) منها الاستثناء الوارد على هذه القاعدة وهي نظرية الظروف الطارئة حيث نصت على أن (٢) - ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك^(٣)، حيث

الأوربية وتطبيقات النظرية في البلاد العربية، دار الفكر، بدون سنة طبع، ص ١٩، وللاطلاع على حيثيات الحكم باللغة الفرنسية انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٣٤.

(١) انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٦٣٤.

(٣) قبل صدور القانون المدني المصري الجديد ليقرر نظرية الظروف الطارئة بموجب نص تشريعي طبق القضاء المصري هذه النظرية على عقود التزام المرافق العامة استناداً للقانون رقم (١٢٩) لسنة (١٩٤٧)، ومن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني المصري إمهال المدين المعسر لتسديد دينه إلى أجل مناسب المادة (٢٧٢) وإمهال المدين غير المعسر لأجل معقول المادة (٣٤٦)، انقضاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته إذا وجدت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً المادة (٦٠٨) مدني مصري.

ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر عام (١٩٧٢) إلى القول (... فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها جزئياً...)^(١).

أما في العراق : فإن القضاء العراقي طبق نظرية الظروف الطارئة استناداً إلى نص المادة (١٤٦) من القانون المدني الذي حددت الفقرة (١) منها مبدأ القوة الملزمة للعقد وجاءت الفقرة (٢) منها لتقرر الاستثناء الوارد على هذا المبدأ وهو نظرية الظروف الطارئة حيث جاء فيها (٢- على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)، ويلاحظ على هذه الفقرة أنها فقرة عامة يمكن أن تنطبق على كافة العقود أكانت مدنية أم إدارية بدليل أن المشرع قد أورد حكمها ضمن الأحكام العامة لنظرية العقد، كما أن المشرع قد اعتبرها من النظام العام كما فعل المشرع المصري عندما جاء الشق الأخير في كلا النصين المصري والعراقي ليشير إلى بطلان كل اتفاق يخالف أحكام هذين النصين^(٢) وإلى جانب هذا النص العام أورد المشرع العراقي نصاً خاصاً بتطبيق هذه

(١) حكمها في (١٧ / يونيه / ١٩٧٢)، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٤٣.

(٢) يذهب العلامة السنهوري إلى تعليل السبب الموجب لجعل نظرية الظروف الطارئة من النظام العام بالقول (... الجزاء يبدو صورياً لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه فيستطيع المتعاقد القوي أن يملئ شروط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف وهذا

النظرية على عقد المقاولة حيث نصت المادة (٨٧٨) مدني عراقي التي أجازت للمقاول إذا ما انهار التوازن الاقتصادي للعقد انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن بالحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو فسخ العقد ومن تطبيقات هذه النظرية أيضاً في القانون المدني الحكم الخاص بإمهال المدين المعسر أو ما يعرف بـ (نظرة الميسرة) الواردة في نص المادة (٣٩٤) مدني عراقي^(١) وقد نصت الكثير من الدول على هذه النظرية في قوانينها المدنية^(٢).

ومن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (٢٣٠) في (٢٠/٦/٢٠٠٧م) والذي جاء فيه (... أن العمليات الحربية على العراق قد بدأت في (٢٠/٣/٢٠٠٣م) مما تكون السنة الثانية من تنفيذ العقد خلال الظروف الاستثنائية التي قذفتها الحروب المذكورة والتي أثرت بشكل سلبي على الظروف الأمنية والاقتصادية والاجتماعية وأصبحت معها مزاوله البيع والشراء والأنشطة التجارية الأخرى وإن لم تكن معدومة باتت محدودة بحيث أصبح تنفيذ بعض القيود مستحيلاً أو مرهقاً في أحسن الأحوال، لذلك استعانت محكمة الاستئناف بخبرة ثلاثة خبراء مختصين لبيان مدى تأثير تلك

ضرب من الإذعان تفاداه القانون بهذا النص...)، انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٦٤٩، في حين ذهب د. سليمان مرقس إلى تعليق ذلك بالقول (... إن المشرع إنما استحدث هذا الحكم بشأن الظروف الطارئة لأنه شعر بأنه حكم لم يألفه الناس بعد وبأن فيه حرمان من مزية قديمة بالاتفاق على ما يخالفه فنص على بطلان هذا الاتفاق...)

انظر د. سليمان مرقس، نظرية العقد، ١٩٥٦، ص ٣٤٥، في حين برر القضاء الفرنسي ذلك بضمان استمرار سير المرافق العامة وتأمين استمرار خدمة عامة، لمزيد من التفصيل انظر د. عبد السلام الترماني، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(١) يقول تعالى في سورة البقرة الآية (٢٨) {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ}.

(٢) من هذه القوانين القانون المدني البولوني لسنة (١٩٣٤) (م ٢٦٩)، والقانون المدني الإيطالي المعدل (م ١٤٦٧)، والقانون المدني اليوناني (م ٣٨٨)، في حين أن القانون المدني الفرنسي أقر مبدأ القوة الملزمة للعقد في المادة (١١٣٤) منه ولكنه لم ينص صراحة على هذه النظرية إلا أنه بسبب تبدل الظروف السياسية والاقتصادية بدأ يميل إلى النص على تطبيق هذه النظرية لمعالجة حالات اقتضتها تبدل الظروف الاقتصادية حيث أجاز فسخ وتعديل عقود التوريد المعقودة قبل عام (١٩١٤) إذا أدى تنفيذها إلى إرهاب أحد المتعاقدين أو تحميله خسارة فادحة تتجاوز ما كان متوقعاً توفعاً معقولاً وقت إبرام العقد وهذا ما قرره المشرع بموجب قانون (فايو Loi Faillot) الصادر في (١٩١٨/١/٢١)، لمزيد من التفصيل والإطلاع على القوانين التي أجازت فسخ وتعديل العقد لأسباب اقتصادية انظر د. عبدالسلام الترماني، المصدر السابق، ص ٢٧.

الظروف على تنفيذ العقد بالنسبة للمدعي (المستأجر) الذين قدموا تقريرهم المؤرخ (٢٤/٧/٢٠٠٥) وملحقه في (٢٨/٩/٢٠٠٥) تضمن بأن العقد أصبح مرهقاً خلال السنة الثانية من تنفيذه، وحيث أن التقرير المذكور جاء معللاً ومسبباً ويصلح أن تتخذه المحكمة سبباً لحكمها استناداً للمادة (١٤٠) من قانون الإثبات مما أصبح معه الحق للمدعي المطالبة بتتقيص التزامه بحدود المبلغ المذكور وبالتالي تكون الدفع المثارة من قبل المميز (المدعى عليه) إضافة لوظيفته غير واردة لأنه ليس هنالك أي مانع قانوني أو عقدي يحرم المدعي من إقامة دعوى تتقيص الالتزام سواء أكان قبل انتهاء العقد بفترة قصيرة أم حتى بعد انتهاءها طالما أنه قد ثبت من وقائع الدعوى بأن تنفيذ العقد في السنة الثانية كان مرهقاً له وتوفرت الشروط التي حددتها الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) مدني عراقي...^(١)، وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة تمتد جذورها إلى أفكار سادت في ظل القانون الكنسي لكنها سرعان ما اندثرت أمام سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد وأعاد إحياء هذه الأفكار القضاء الإداري الفرنسي كما وضعنا سابقاً^(٢)، كما أن الشريعة الإسلامية الغراء عرفت نظرية تقترب في مفهومها إلى حد ما من مفهوم نظرية الظروف الطارئة^(٣).

(١) منشور في المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨) إعداد المحامي علاء صبري التميمي، ط ٢، بغداد، (٢٠٠٩)، ص ٩٧ وص ٩٨.

(٢) القاعدة المعروفة في القانون الكنسي قاعدة (تغير الظروف *Roubs Sic stantibus*) والتي تقوم على أساس أن العقد الذي أبرم في ظل ظروف معينة يظل قائماً طالما بقيت الظروف التي أبرم في ظلها قائمة فإذا تغيرت ظروف العقد الاقتصادية وأدى تبديلها إلى إرهاب أحد المتعاقدين وجب تعديل العقد لإزالة الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ غير المتوقع، لمزيد من التفصيل انظر د. عبد السلام الترمائيني، المصدر السابق، ص ١١.

(٣) هذه النظرية هي (نظرية الضرورة) وخلصتها يجب أن لا يترتب على تطبيق الشريعة ضرر عام وضرر خاص لقوله تعالى في سورة البقرة {لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} ولقوله تعالى {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ}، وعن هذا المبدأ أوجد المذهب الحنفي نظرية (العذر) لفسخ العقد دفعاً للضرر الذي يلحق أحد المتعاقدين، وأوجد المذهب المالكي والحنبلي نظرية (الجوائح) وهي ما تصيب الثمر والبقول وتؤدي إلى تلفها أو إقلال كميتها أو القضاء عليها وتشمل أيضاً الآفات الطبيعية كالبرد والقحط والعفن والعطش والجراد والنار والظير الغالب والدود والسموم وانقطاع المياه وهذه الظروف تؤدي إلى إمكانية تعديل العقد، وهاتان النظريتان تقتربان من مفهوم نظرية الظروف الطارئة إلا أنهما لا تتطابقان معها، لمزيد من التفصيل انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٢٥، كذلك انظر د. عبد السلام الترمائيني، المصدر السابق، ص ٦٨، كذلك انظر د. حسن ضياء الخليلي، نظرية الضرورة كاستثناء يرد على سمو الدستور، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الكوفة، (٢٠٠٦)، ص ٤٦.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بالاستناد إلى نصوص القوانين التي تنظم الحالات التي تنطبق عليها الظروف الطارئة ومن خلال التطبيقات القضائية التي استقر عليها القضاء الإداري نستطيع القول بأنه يشترط لتطبيق هذه النظرية توفر الشروط الآتية :

١- أن يطرأ بعد التعاقد حدث غير متوقع وغير عادي (مألوف) ولا يمكن دفعه عند التعاقد وقد كان مفهوم الحدث الطارئ يقتصر على الظروف الاقتصادية التي من شأنها أن تخل إخلالاً جسيماً باقتصاديات العقد ولذلك وجدت هذه النظرية لحماية المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر الاقتصادية التي تطرأ على العقد والتي تكون غير متوقعة عند التعاقد، إلا أن التوسع في تطبيق النظرية من جانب القضاء الإداري توصل إلى أن الظرف الطارئ الذي يخل باقتصاديات العقد يمكن أن يكون راجعاً إلى أسباب مادية أو طبيعية أو نتيجة فعل الإدارة ذاتها وليس مقصوراً على أسباب اقتصادية كارتفاع الأجور ارتفاعاً فاحشاً فالأسباب المادية أو الطبيعية أو إجراءات الإدارة العامة وإن كانت لا تتسم بالسمة الاقتصادية إلا أنها من حيث الأثر تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد مما يستلزم الأمر تطبيق نظرية الظروف الطارئة وليس نظرية فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة وقد يحصل نوع من التداخل بين هذه النظريات في أثناء التطبيق، فصدور قوانين أو لوائح تنظيم أجور العمل أو الأسعار في السوق أو زيادة الضرائب أو القيود الكمركية من جانب الدولة يؤثر على اقتصاديات العقد وقلب كيانه الاقتصادي وهنا تأثر العقد اقتصادياً بإجراء عام من الدولة، كذلك قد تنتهج الدولة سياسة اقتصادية معينة تجاه بعض السلع فتحظر استيرادها إلى البلد، أو قد تغلق الطرق أو الحدود بين دولتين فتحول هذه الحادثة دون وصول السلع أو المواد المتعاقد على توريدها، أما إذا كان غلق الحدود حدثاً متوقعاً لتوتر العلاقات الدبلوماسية بين بلدين فإن ذلك لا يعتبر ظرفاً طارئاً غير متوقع طالما كان بإمكان المتعاقد مع الإدارة توقع غلق الحدود بسبب توتر العلاقات

الدبلوماسية مسبقاً، ولذلك نجد أن محكمة القضاء الإداري في مصر لم تعتبر صدور أمر عسكري بفرض إعانة غلاء معيشة للعمال في أثناء الحرب بنسبة معقولة من قبيل الظروف الطارئة طالما كان بإمكان المقاول الحريص أن يرى الأمور ويقدر نتائجها وأن يتوقع حدوث مثل هذه الزيادة طالما لا تخرج عن حدود المعقول^(١)، أما إذا كان المتعاقد قد توقع الزيادة في الأسعار إلا أن ارتفاع الأسعار كان يفوق التوقعات بالحد المعقول فإن الشرط يعتبر متوافراً وتطبق نظرية الظروف الطارئة^(٢)، وكذلك رفضت محكمة تمييز العراق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بحق شركة متخصصة بالتجارة أبرمت عقداً مع الإدارة باعتبار أن مثل هذه الشركات تكون على دراية بالأزمات والاختناقات التي تحصل في الموائى والتي يجب توقعها من قبل هذه الشركة عند التعاقد^(٣)، أما إذا كان الظرف الطارئ قد وقع فعلاً كنشوب حرب وما ترتب عليها من آثار كارتفاع أسعار الأجور والمواد ومع ذلك أقدم المتعاقد على إبرام العقد مع الإدارة في مثل هذه الظروف المعلومة مسبقاً فلا يحق له التمسك بنظرية الظروف الطارئة حيث ذهبت محكمة تمييز العراق في حكم صدر لها عام (١٩٨١) إلى القول (... أن حصول ارتفاع في أسعار المواد وفي الأيدي العاملة لم يكن من قبيل الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة المنصوص عليها في المادة (٨٧٨) من القانون المدني والتي هي تطبيق لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة الواردة في المادة (٢/١٤٦) مدني نظراً لأن هذا الارتفاع كان قائماً معلوماً لدى الطرفين حين التعاقد...^(٤).

-
- (١) حكم محكمة القضاء الإداري في (٥ / مايو / ١٩٥٣) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٤٨.
- (٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في (٩ / ٦ / ١٩٦٢) أشارت إليه د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٣٧.
- (٣) قرارها المرقم (١٣٧ / استئنافية / ٨٤، ٨٥) في (٩ / ٢ / ١٩٨٦) أشار إليه د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٨٩، كذلك أشار إليه د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٣٠.
- (٤) قرارها المرقم (٧٥٤ / مدنية أولى / ٩٧٩) في (٢٥ / ٤ / ١٩٨١) أشار إليه د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٨٦.

ولا يكفي أن يكون الحادث الطارئ استثنائياً وعماماً وغير متوقع بل يجب أن يكون مما لا يمكن دفعه أو تحاشيه ببذل الجهد والعناية المعقولة فإن كان بوسع المتعاقد دفع هذا الحادث فليس له التمسك بتطبيق هذه النظرية، أما إذا كان بإمكان المتعاقد درء الخطر أو تجاوزه إلا أنه أهمل أو قصر في تنفيذ التزاماته كالتأخر في توريد البضاعة أو التأخر في إنجاز أعمال البناء لحين دخول الظرف الطارئ على تنفيذ العقد فإن ذلك يعتبر خطأً من جانبه ويتحمل وزر خطئه^(١)، لذا يشترط أن يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وليس نتيجة لخطأ أو إهمال صادر عنه، ذلك أن الحكمة من تقرير هذه النظرية هو لتخفيف ما سببه الظرف الطارئ من إرهاب وعنت للمتعاقد مع الإدارة، فإذا كان هذا الإرهاب ناجماً عن خطأ المتعاقد ذاته فليس له أن يتمسك بطلب تخفيف هذا الإرهاب بعبارة أوفى ليس للمتعاقد أن يستفيد من خطئه في تخفيف أعباء العقد سواء كان هذا الخطأ متعمداً أم غير متعمد حيث يتشدد مجلس الدولة الفرنسي بفرض التعويض على المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة أما إذا كان خطأ المتعاقد في أحداث الظرف الطارئ جزئياً كأن ساعد بخطئه في زيادة أعبائه فإن هذا الأمر يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض من قبل القاضي^(٢).

والعبرة في وقت وقوع الظرف الطارئ الموجب لتخفيف التزام المتعاقد مع الإدارة هو وقوعه خلال فترة تنفيذ العقد، ونرى أن وقوع الظرف الطارئ أثناء المدة المحددة لسريان العطاء من قبل المتقدم للتعاقد لا توجب تطبيق هذه النظرية طالما بإمكان مقدم العطاء سحب عطائه قبل فتح العطاء واعتماده من قبل الإدارة لغرض الإحالة لأنه بوقوع الظرف الطارئ أثناء فترة سريان العطاء واستمرار مقدم العطاء في تقديم

(١) انظر عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ك١، مصادر الالتزام، العقود والعهود، بدون سنة طبع، ص ٢٢١، كذلك أشار إلى هذا المصدر د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٩١.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٥٤.

عطائه دون سحبه معناه موافقته على إبرام العقد في ظل سريان هذا الظرف الطارئ^(١) أما إذا وقع الظرف الطارئ بعد الإحالة (الاعتماد) وقبل التعاقد فإنه برأينا موجب للتعويض لأن الإحالة هي قبول من جانب الإدارة لإيجاب مقدم العطاء وإذا ما اقترن الإيجاب بالقبول انعقد العقد صحيحاً^(٢)، إلا أن المسألة تدق فيما إذا وقع الظرف الطارئ أثناء سريان العقد إلا أن المتعاقد استمر في تنفيذ التزامه المرهق وقام بإتمام هذا الالتزام ومن ثم بادر للمطالبة بالتعويض استناداً لهذه النظرية حيث ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية تطبيق هذه النظرية إذا ما وقع الظرف الطارئ خلال مدة تمديد العقد التي حصلت بموافقة الإدارة ولم تستند إلى خطأ المتعاقد^(٣).

ونرى أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء على الأصل العام والاستثناء لا يجوز التوسع فيه إلا بالقدر الذي نص عليه القانون لذا نرى أن الأصل لا يجوز تطبيق هذه النظرية إذا ما نفذ المتعاقد التزاماته التعاقدية وإن كانت مرهقة له لأن تنفيذ هذه الالتزامات يشير إلى قبول المتعاقد تنفيذها رغم حالة الإرهاق ومن المعروف أن الإرهاق الموجب للتعويض هو الإرهاق الذي من شأنه أن يلحق بالمتعاقد خسارة فادحة وليس مجرد زيادة كلفة التنفيذ والنفقات وبمقابل هذه الخسارة تحقق الإدارة ربحاً ومغناً، وإن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته يعكس مجرد زيادة في الكلفة والنفقات لم تصل إلى حد إلحاق خسارة فادحة بالمتعاقد بدليل أنه مضى في تنفيذ

(١) ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إمكانية تعويض مقدم العطاء أثناء فترة سريان عطائه إذا ما وقع الظرف الطارئ خلال هذه الفترة لوحدته العلة للإطلاع على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام (١٩٣٨) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٥٥، هامش رقم (٢).

(٢) ذهبت محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها الأصلية في قرارها المرقم (٣٤٦ / س / ٢٠٠٨) في (٢٠٠٩/٤/١٣) إلى القول (... حيث أن الإعلان بصدد المناقصة يعد دعوة للتعاقد وتقديم العطاء إيجاب والإحالة على الشركة المذكورة من قبل وزارة الثقافة يعد قبولاً به وبالتالي فالعقد بينهما منعقد ويترتب على عدم قيام المستأنف بالإيفاء بما وجب عليه من تهيئة مكان العمل للمباشرة به وإلغاء الإحالة دون سبب يبرر التعويض للمستأنف عليه..)، (قرار غير منشور).

(٣) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٥٦، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٩.

التزامه حتى النهاية وهذا الرأي يتفق مع مذهب القضاء العراقي^(١) أما إذا حصل الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد لأسباب مشتركة أو تم تمديد تنفيذ العقد بموافقة الإدارة فإن خطأ المتعاقد يرتفع مع استمرار نفاذ العقد باتفاق الطرفين ويجوز للمتعاقد في مثل هذه الحالة طلب التعويض إذا ما استجدت ظروف طارئة خلال مدة التمديد لأن العقد في مثل هذه الحالة لا زال قائماً^(٢).

٢- أن يخل الظرف الطارئ غير المتوقع بالتوازن المالي للعقد إخلالاً جسيماً بشكل يحدث إنقلاباً في اقتصاديات العقد أو ما يطلق عليه (Situation extracontractuelle)^(٣)، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد مع الإدارة مرهقاً ويلحق بالمتعاقد ضرراً فادحاً يتمثل في صورة خسارة كبيرة غير متوقعة لا تقتصر على مجرد زيادة النفقات المتوقعة أو تقليل الهامش الربحي المتوقع للمتعاقد من جراء تعاقد، أما إذا كان من شأن هذا الظرف الطارئ أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ فنكون في مثل هذه الحالة أمام

(١) ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (١٤٣) في (٢٠ / ٢ / ٢٠٠٨) إلى القول (... حيث أستأجر المدعي من المدعى عليه (إضافة لوظيفته) علوة المخضرات موضوع الدعوى للفترة من (٢٨ / ١١ / ٢٠٠٢) ولغاية (٢٧ / ١٢ / ٢٠٠٣) بموجب عقد الإيجار المبرم بينهما واستمر المدعي في إشغال المأجور لحين انتهاء مدة العقد ولم يطلب خلالها انقاص الالتزام فيما يخصه إلى الحد المعقول بموجب المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني، فيعد راضياً بالتزاماته التعاقدية ونتائجها ما دام لم يقيم دعواه خلال فترة نفاذ العقد، وحيث أنه أقامها في (٢٧ / ٦ / ٢٠٠٦) أي بعد انتهاء مدة العقد فتكون دعواه بلا سند قانوني ويلزم ردها...، منشور في المجموعة المدنية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨)، المصدر السابق، ص ٩٧، كذلك راجع حكم محكمة التمييز الصادر في (٩ / ٢ / ١٩٨٦) سبق الإشارة إليه والذي اعتبر قيام الشركة الكويتية بتنفيذ التزامها رغم الاختناقات في ميناء الكويت مانعاً من تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

(٢) اجازت المادة (١/٤٥/ب) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨) للمقاول أن يطالب بتمديد مدة إكمال الأعمال إذا وجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية لا يد للمقاول فيها ولم يكن في الوسع توقعها أو تفاديها وترتب عليها تأخير إكمال الأعمال ضمن المدة المحددة لإكمال الأعمال بموجب طلب تحريري يقدم للمهندس خلال (٣٠) يوماً من تاريخ نشوء السبب الذي من أجله يطالب بالتمديد مبيناً فيه التفاصيل الكاملة والدقيقة، كذلك انظر المادة (١٤/أولاً/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٣) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

القوة القاهرة^(١)، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن (...ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة القاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد لكنه يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان عند التعاقد وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً...)^(٢).

إن معيار الإرهاق هو معيار موضوعي متروك لتقدير محكمة الموضوع التي يقع عليها عبء التحري فيما إذا كان الحادث الطارئ قد أخل بالتوازن المالي للعقد

(١) القوة القاهرة هي حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه وهو يحول دون تنفيذ الالتزامات العقدية بين المتعاقد وبين الإدارة أو أحد هذه الالتزامات ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد وتحلله من كل أو بعض هذه الالتزامات ويحق له فسخ العقد ويحول دون قيام الإدارة بفرض الجزاءات عليه لعدم الوفاء بالتزامه التعاقدية وأثار القوة القاهرة تدور وجوداً وعدم مع وجود هذه القوة فإذا انتهت عادت التزامات المتعاقد إلى الظهور من جديد، لذا نستطيع القول أن الفارق الأساسي بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة هو في الأثر المترتب على كل منها فالقوة القاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً في حين أن الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، والقوة القاهرة يترتب عليها انقضاء الالتزام فلا يتحمل المتعاقد تبعه عدم تنفيذه في حين أن الحادث الطارئ لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بل يوجب إعادة التوازن المالي للعقد وذلك برد الالتزام إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المتعاقد وبين الإدارة وتحمل الإدارة جزءاً من تبعه هذا الحادث ولو مؤقتاً فالحرب أو الكوارث الطبيعية كالزلازل أو الفيضان أو الحريق يمكن أن تكون قوة القاهرة إذا ما جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً وقد تكون حادثاً طارئاً إذا اقتصر أثرها على زيادة أعباء المتعاقد إلى حد الإرهاق دون أن تجعل من تنفيذه مستحيلاً، فنظرية الظروف الطارئة تهدف لإعادة التوازن المالي للعقد المختل الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصرف النظر عن سبب هذا الاختلال سواء كان اقتصادياً أو طبيعياً أو بسبب إجراءات عامة تصدر من الدولة، كما يلاحظ أن دفاطر الشرط قد درجت على ذكر حالات القوة القاهرة وخصوصاً التقلب الاستثنائي للظروف المناخية (Exceptionally adverse) المنصوص عليه في عقد الفيدك (FIDIC)، وكذلك الأعمال الحربية وأعمال الغزو من عدو أجنبي والتمرد والثورة أو العصيان أو الحرب الأهلية وحوادث الشغب أو الهياج أو الإخلال بالنظام ومخاطر الطاقة الذرية والإشعاعات النووية، انظر د. محمود عبد المجيد المغربي، المصدر السابق، ص ١٤، كذلك انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٩٠، هامش رقم (٢)، كذلك انظر د. عبد السلام الترماتيني، المصدر السابق، ص ١٥٨، وحول نقاط الالتقاء والافتراق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الامير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٣٠٣ وما بعدها، كذلك انظر د. أحمد عبد العال أبو قرين، المصدر السابق، ص ٣٠، وكذلك انظر المادة (٢٠) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨)، والمادة (٢٥) من دفتر الشرط الخاص بتوزيع الكهرباء في فرنسا، والمادة (٧) من دفتر الشروط الخاصة بتوزيع المياه في فرنسا، والمادة (٢٨) من دفتر الشروط الخاصة بالأشغال العامة في فرنسا حيث تشير هذه المواد لحالة القوة القاهرة دون أن تورد تعريفاً لها.

(٢) حكمها المرقم (٢١٥٠، ١٠٢٤/٩٦٧١٦)، في (٩ / ٦ / ١٩٦٢)، أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٩٠، كذلك أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٥١.

بين الطرفين بصرف النظر عن ظروف المتعاقد الخاصة أو الشخصية المنبئة الصلة عن موضوع العقد لأن مجال تطبيق النظرية ينحصر بالالتزام التعاقدى المجرد، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أوجه النشاط الذي يمارسه المتعاقد ذات الصلة بالالتزام الأصلي ومدى تأثير هذا الظرف الطارئ على ذلك الالتزام وأن يدخل ذلك في حسابات الربح والخسارة التي قد تلحق بالمتعاقد دون أن يمتد ذلك إلى ما حققه المتعاقد من أرباح سابقة سواء كانت ناتجة عن تعاقد مع الإدارة أو مع جهة أخرى^(١).

٣- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد رغم حدوث الظرف الطارئ أحتراماً لمبدأ دوام سير المرافق العامة، إذ ليس للمتعاقد التوقف عن تنفيذ العقد متحججاً بالظرف الطارئ وإنما عليه اللجوء للإدارة للمساهمة في رفع الإرهاق الناجم عن حلول هذا الظرف فإذا امتعنت الإدارة عن ذلك كان له الالتجاء للقضاء للمطالبة بالتعويض المناسب^(٢)، وبالقدر اللازم لموازنة الالتزامات التعاقدية ولا يتعداه إلى المطالبة بالربح الكامل عما فاتته من ربح وما لحقه من خسارة أما إذا ظل المتعاقد ممتنعاً عن تنفيذ العقد فهو يهدر بذلك حقه بتطبيق هذه النظرية^(٣).

- (١) لمزيد من التفصيل حول معيار الإرهاق والتمييز بين الخسارة الفادحة والخسارة غير الفادحة (التقلب العادي للأسعار) انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ١٠٣ و ص ١٠٧، وحول تمييز الإرهاق عن الاستحالة ومعيار الإرهاق وعبء إثبات الإرهاق انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٣٤ وما بعدها.
- (٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٢٥٤١) - (٢٩) في (٣٠ / ١١ / ١٩٨٥)، (٣١ / ٦١ / ٤٢٩) أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٩٢.
- (٣) يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني أن يكون الالتزام ناشئاً عن عقد فكل التزام لا ينشأ عن عقد لا تسري عليه أحكام هذه النظرية مع وجود اختلاف بين الفقه حول طبيعة العقود التي تنطبق عليها هذه النظرية ومدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على العقود الاحتمالية، والعقود الفورية والعقود المتراخية التنفيذ، كما يشترط القانون المدني أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً أي أن لا يكون خاصاً بالمتعاقد (المدين) ولا يقصد بالعمومية أن يشمل أثره عموم الناس في البلاد بل تتحقق صفة العمومية إذا شمل أثره عدداً كبيراً من الناس كأهل مدينة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس كالتجار أو الزراع أو منتجي سلعة أو خدمة معينة، أما إذا كان الظرف الاستثنائي يخص المدين وحده دون الآخرين كمرض أصابه أو حادث وفاة لأحد أفراد عائلته أو حريق في أمواله أو ممتلكاته فليس له التمسك بنظرية الظروف الطارئة، لمزيد من التفصيل انظر د. عبد السلام الترماني، المصدر السابق، ص ١٢٠، و ص ١٣٨، كذلك انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٦٠ و ص ٧٨، كذلك انظر د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ج ١، في مصادر الالتزام، ١٩٧٧، ص ٢٦٠.

الفرع الثالث

آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

حيث أن نظرية الظروف الطارئة مقررة في القانون الإداري لأغراض المصلحة العامة ولضمان استمرار سير المرافق العامة بإطراد واستقرار لذا فإن حالة الظرف الطارئ لا تؤدي إلى إنهاء العقد ولا يتحرر المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية ذلك أن هذه الالتزامات وإن كانت مرهقة إلا أنها ممكنة وغير مستحيلة، ولأجل أن يستفيد المتعاقد من أحكام هذه النظرية يجب أن يستمر في تنفيذ التزامه ما لم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة ويستحيل التنفيذ عند ذلك يتحرر المتعاقد من التزامه طبقاً لقاعدة (لا إلتزام بمستحيل)^(١).

وإذا كان القاضي المدني يستطيع تعديل التزامات طرفي العقد وأن يرد الإرهاق إلى الحد المعقول كأثر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٢) فإن القاضي الإداري لا يملك إلا الحكم بالتعويض فالأصل أن دور القاضي الإداري ينحصر في تفسير العقود وتطبيق شروطها وليس تعديل أحكامها إذ أن التعديل ينطوي على تدخل في عمل الإدارة وإصدار أوامر لها وهذا يخالف القاعدة المستقرة في القانون الإداري في أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين، كما أن حصر دور القاضي في التعويض يتماشى مع اعتبار الإدارة هي الأدرى بمصلحتها لأنها تستهدف من وراء تضمين العقد الإداري شروطاً معينة إنما تستهدف

(١) انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٣٤، كذلك انظر المادة (٤٢٥) مدني عراقي التي نصت على أن (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه).

(٢) نصت المادة (٢/١٤٦) عراقي على أن (... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك...) وكذلك نصت المادة (٢/١٤٧) مدني مصري على أن (... جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...)، مع ملاحظة أن عبارة (رد الالتزام) الواردة في النص المصري أكثر دقة من عبارة (انقاص الالتزام) الواردة في النص العراقي طالما أن الغاية من انقاص الالتزام هو تعديله وليس المقصود به الانقاص المادي وبذلك يكون للقاضي المدني تعديل العقد أما بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو انقاص الالتزام المرهق، أو إيقاف العقد مؤقتاً لحين زوال الظرف الطارئ إلا أنه لا يملك فسخ العقد انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص ٢٤٧، كذلك انظر د. عبد السلام الترمياني، المصدر السابق، ص ١٦٤ و ١٦٦ و ١٦٧.

بذلك المصلحة العامة ومصلحة المرفق موضوع العقد، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي حاول التوسع في صلاحياته وذلك من خلال دعوة كل من المتعاقد والإدارة لحل الأشكال ودياً والتوصل لتعديل العقد أو إبرام عقد جديد، لذا تعتبر الدعوة لإعادة النظر في العقد من أهم اثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة (Revision Provoque des contrats) كون القاضي الإداري لا يملك سلطة تعديل العقد وكان أول تطبيق تجلى في قضية غاز (بورودو) سنة (١٩١٦)^(١)، فإذا لم يتفق الطرفان على تعديل العقد بما يضمن رفع الإرهاق عن المتعاقد مع الإدارة فلا مناص أمام القاضي الإداري إلا الحكم بالتعويض، لذا نجد أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة بالتعويض تكون غالباً معلقة على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين (defaut d'accord amiable)^(٢)، وقد حاولت محكمة القضاء الإداري في مصر استعمال سلطات القاضي المدني في الظروف الطارئة عندما حاولت تعويض ملتزم تسيير الاوتوبيس النهري بسبب منافسة الإدارة لنشاطه وذلك من خلال تعديل شروط العقد إلا أن المحكمة الإدارية العليا نقضت حكمها مؤكدة على أن دور القاضي الإداري ينحصر في التعويض الجزئي للملتزم دون أن يتعداه لتعديل العقد^(٣).

ومن الآثار الرئيسية لهذه النظرية هو حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على معاونتها حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته وبالتالي يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف وذلك من خلال توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة وخصوصاً إذا ما امتنعت الإدارة من تعديل التزاماتها بما يتفق والوضع الراهن، وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه على تحمل الإدارة النسبة الأكبر من الخسائر ويكون تحمل المتعاقد الجزء اليسير وغالباً ما تكون مشاركة رمزية على أن يؤخذ بنظر الاعتبار في توزيع الخسائر بين الطرفين سعي المتعاقد للتغلب على

(١) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٦٥.

(٣) حكمها في (١١ / مايو / ١٩٦٨) والذي جاء فيه (... إن تعديل الاتاة المتفق عليها ينطوي على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه وهو أمر لا يملكه القاضي الإداري...)، انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٦٧.

الظرف الطارئ والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ومدى الاستقرار الاقتصادي عموماً في البلد ومدى تعنت الإدارة للاستجابة لطلب المتعاقد في تعديل العقد وغيرها من الاعتبارات كالأرباح التي حققها قبل حلول الظرف الطارئ والأرباح المتأتية من مشاريع أخرى... الخ^(١)، مع ملاحظة أن التعويض الذي يقرره القضاء الإداري هو تعويض (جزئي) لا يغطي كل الخسائر التي تلحق بالمتعاقد على خلاف التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد عن نظرية فعل الأمير حيث تلتزم الإدارة بتعويض كامل الاضرار وأقل الاضرار، كما ويلاحظ أن هذا التعويض هو تعويض (مؤقت) يتناسب مع طبيعة الظروف الطارئة المؤقتة وما ينجم عنها من آثار وبالتالي فإن الظرف الطارئ لو أصبح دائماً يترتب عليه استمرار دفع الإدارة للتعويض وهذا معناه استحالة إعادة التوازن المالي للعقد وحينئذ يجوز للقاضي أن يفسخ العقد بناءً على طلب أحد الطرفين مستنداً إلى طابع القوة القاهرة لاستحالة تنفيذ الالتزام^(٢).

المطلب الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (Theorie de Sujétion imprevues)

إن هذه النظرية هي من صنَع القضاء الإداري وإن تطبيقاتها ترد على عقود الاشغال العامة^(٣) في الغالب بسبب طبيعة هذه العقود التي تعترضها صعوبات

(١) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٦٧ وما بعدها.

(٢) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٤٢ و ص ٢٤٣، كذلك راجع قضية ترام (شربورج - Cherbourg) والذي تتلخص وقائعها أن سكان مدينة شربورج الفرنسية قد عزفوا عن استخدام الترام بسبب شيوخ وسائل النقل السريعة وقد وافقت الإدارة على رفع أسعار ركوب الترام لإعادة التوازن المالي للمشروع إلا أن دخل المشروع لا يغطي تكاليفه بدون معونة دائمة من قبل الإدارة وهنا تحول الظرف الطارئ من حالة مؤقتة إلى حالة دائمة يستحيل معها إعادة التوازن المالي للعقد فقرر مجلس الدولة في حكمه الصادر في (٩ / ديسمبر/ ١٩٣٢) بإمكانية فسخ العقد بناءً على طلب أحد الطرفين مع الحكم بتعويض أحد الأطراف إذا ثبت تعنت الطرف الآخر في الوصول على تسوية مرضية لتعديل العقد أو الوصول لاتفاق جديد، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الفسخ مستنداً إلى القوة القاهرة التي تؤدي لإنهاء العقد انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٧٧.

(٣) ذهب الفقيه (لوبيديير) إلى أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أنه يرى بعدم وجود ما يمنع من تطبيقها على العقود الإدارية الأخرى إذا ما توفرت فيها شروط تطبيقها وهذا هو اتجاه الفقيهيين (جيز) و(بيكنو) إلا أن مجلس الدولة الفرنسي

مادية في أثناء التنفيذ وسنحاول الوقوف على مفهوم هذه النظرية وشروط تطبيقها
وأثارها في الفروع الآتية :

الفرع الأول مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لخصت محكمة القضاء الإداري المصرية مفهوم هذه النظرية في حكم لها
صدر عام (١٩٥٧م) جاء فيه (... وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء
الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد
تطراً صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند
التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة فيجب من باب
العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع
الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري
إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، وإن
التعويض هنا لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل
تكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له
على الأسعار المتفق عليها...)^(١).

ومن هذا الحكم يمكن أن نستخلص العناصر الجوهرية التي تقوم عليها
النظرية بما يأتي :

امتنع عن تطبيق هذه النظرية والحكم بالتعويض لمتعهد عن نفقات الأسلاك والكيبلات الممدودة
تحت الماء والمستخدمة من قبله في استثمار المرفق العام والتي تحطمت أثر هزة أرضية قوية
بالاستناد لهذه النظرية وإن كان قد سمح له بطلب التعويض على أساس نظرية الظروف
الطارئة، وللإطلاع على حيثيات القرار المذكور الذي صدر بتاريخ (٢١ / ٤ / ١٩٤٤) باللغة
الفرنسية انظر د. محمود عبد المجيد مغربي، المصدر السابق، ص ٤٨، وكذلك انظر د. سليمان
محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٨٦ و ٦٨٧.
(١) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة (٢٠ / ١ / ١٩٥٧) القضية (٧٨٩٢ / ٨ ق) المجموعة
س ١١، ص ١٥٢، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر
السابق، ص ٦٨٩، كما ورد الإشارة إليه من قبل د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر
السابق، ص ٣٢٣.

- ١- إن مجال تطبيق هذه النظرية يتعلق بالصعوبات المادية التي تحتاج إلى إمكانيات وقدرات متميزة لمواجهتها ولكون مجال هذه النظرية يتعلق بالصعوبات المادية فإن مثل هذه الصعوبات تظهر خصوصاً في عقود الأشغال العامة^(١) ذات العلاقة بطبيعة الأرض الجيولوجية كأن تكون الأرض صخرية قاسية.
- ٢- إن هذه الصعوبات المادية تكون قائمة قبل التعاقد ولا تستجد بعد إبرام العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.
- ٣- إن هذه الصعوبات مادية بحتة وليست ذات طبيعة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.
- ٤- إن هذه الصعوبات المادية لم تكن متوقعة عند التعاقد، أو كانت متوقعة إلا أن التوقع قاصر عن إدراك الواقع الحقيقي لها.
- ٥- إن أساس النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري والنية المشتركة لطرفي العقد الناتجة عن العقد والالتزامات المفروضة بموجبه وحيث أن الإدارة قد تكون هي التي أعدت شروط العقد وجداول كمياته وآلية تنفيذه ومدة التنفيذ وقامت بإعداد الجداول والمخططات والرسوم والكميات ووصف المواد وخصوصاً في العقود الإنشائية وعقود (مقاولات الهندسة المدنية)^(٢)، وإن المتعاقد قد قدم عطاءه والتزم به على أساس هذه المعطيات فليس بعد ذلك من

(١) نصت المادة (١٢ / ١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨) على أنه إذا تعرض المقاول أثناء تنفيذ الأعمال لأحوال طبيعية استثنائية عدا الظروف المناخية أو عوائق اصطناعية وكانت هذه الأحوال أو العوائق مما لا يمكن لمقاول ذي خبرة أن يتوقعها من الناحية العملية فعلى المقاول المبادرة بدون تأخير إلى تقديم إشعار تحريري بذلك إلى المهندس وإذا اقتنع المهندس بأن مثل هذه الأحوال الاستثنائية أو العوائق الاصطناعية لم يكن بمستطاع مقاول ذي خبرة أن يتوقعها من الناحية العملية فعندئذ يتعين على صاحب العمل أن يدفع بعد تأييد المهندس التكاليف الإضافية المعقولة التي تحتم على المقاول انفاقها بسبب مثل هذه الأحوال أو العوائق...).

(٢) للإطلاع على مفهوم (عقود مقاولات الهندسة المدنية) وأنواعها وأطرافها وتنظيمها القانوني انظر د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية، ط١، (٢٠٠٨)، ص ١٧ وما بعدها، كذلك انظر د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، القاهرة، (١٩٦٠)، ص ١٤٥، كذلك انظر المحامي فخر الدين الحسيني، عقد المقاول في القانون المدني العراقي، ط١، مكتبة النهضة، بغداد، (١٩٨٤)، ص ٧ وص ١٢ وما بعدها.

العدالة أن تتصل الإدارة عن تحمل المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة التي تظهر في موقع العمل وتحمل المتعاقد عبء تنفيذ العقد مع شدة وطأته عليه وهذا يعطي الحق للمتعاقد في طلب التعويض الكامل^(١)، كما أن ذاتية العقود الإدارية المستمدة من غايات تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرار واستقرار سير المرافق العامة كل هذا يقتضي مساهمة الإدارة في دفع هذه الصعوبات المادية وتمكين المتعاقد من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته^(٢).

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يشترط لتطبيق هذه النظرية توفر الشروط الآتية :

١- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية : أي غير راجعة إلى اسباب اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو إدارية وإنما هي راجعة إلى ظواهر طبيعية تشكل عائقاً يحول دون قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته كأن تكون الأرض ذات طبيعة صخرية صلبة أو كانت هنالك مياه جوفية أو كانت طبيعة الأرض رملية أو كلسية تتطلب نفقات وتكاليف إضافية لوضع أسس الأبنية وغيرها من العوامل الجيولوجية أو قد ترجع هذه الصعوبات لعوامل أخرى غير جيولوجية كفعل الغير كوجود بنى تحتية متروكة تحت موقع العمل أو وجود مدينة أثرية لم يتم الكشف عنها أو وجود مقبرة قديمة... الخ^(٣).

٢- أن تكون الصعوبات المادية ذات طبيعة استثنائية غير عادية : فإذا كانت الصعوبات المادية بسيطة مألوفة فإنها تدخل في نطاق العقد ضمن التزامات المتعاقد.

(١) انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٤٦.

(٢) انظر د. محمود عبد المجيد مغربي، المصدر السابق، ص ٥١.

(٣) حول التطبيقات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والمصري انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩٣ و ص ٦٩٤، كذلك انظر د. محمود عبد المجيد المغربي، المصدر السابق، ص ٦٥ - ص ٦٦.

٣- أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند التعاقد : لذا يقع على المتعاقد دراسة شروط العقد وكراسات الشروط التي تنظم العقد والقوانين واللوائح ذات العلاقة وزيارة موقع العمل والإطلاع عليه قبل الإقدام على التعاقد^(١)، أما إذا قصر في تحريه عن الصعوبات المادية وقت التعاقد فإن مجلس الدولة الفرنسي والمصري يرفض التعويض^(٢)، فالمخاطر العادية هي المخاطر المشار إليها في دفتر الشروط والمتوقعة من قبل المتعاقد مع الإدارة، أما الحالات غير المتوقعة لا بناءً على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نُبه إليه أو ما اتخذه من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على التعاقد هي التي يستحق عنها التعويض^(٣).

٤- أن يكون من شأن هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تخل بالتوازن المالي للعقد : وأن تلحق بالمتعاقد مع الإدارة ضرراً من خلال زيادة أعبائه المالية وتجعل تنفيذ العقد أشد وطأة عليه على حد تعبير محكمة القضاء الإداري المصرية التي أشرنا إلى حكمها في بداية المطلب وتقدير الإخلال بالتوازن المالي للعقد وتقدير التعويض تبعاً لذلك مسألة موضوعية من

(١) نصت المادة (١١) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨) على

أن (... يعتبر أن المقاول قد قام قبل تقديم عطائه بكشف وتحري الموقع وأنه قد اقتنع بنفسه بحاله وطبيعة الموقع وما يحيط به وسبل الوصول إليه ووسائل المعيشة التي قد يحتاج إليها وكميات وطبيعة العمل والمواد اللازمة لتنفيذ الأعمال وأنه قد حصل على جميع المعلومات الضرورية الخاصة بالمخاطر والتحوطات والظروف الأخرى التي قد تؤثر أو تمس عطاءه)، كما ألزمت المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) المعدلة المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل الاختبارات اللازمة للتأكد من صلاحية المواصفات والرسوم والتصاميم المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية بملاحظاته في الوقت المناسب ويكون مسؤولاً عن صحة وسلامة ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه.

(٢) انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩٦، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في (٢٠ / يناير / ١٩٥٧) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩٦، كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣٢٤.

- اختصاص المحكمة حسب ظروف المشروع وظروف المتعاقد ونسبة الإنجاز وحجم الصعوبات وطبيعتها ومقدار النفقات والتكاليف الإضافية.
- ٥- يجب أن تكون الصعوبات المادية غير راجعة لعمل طرفي العقد : فإذا كانت راجعة لفعل الإدارة فلا مجال لتطبيق هذه النظرية وإن كان يصح تعويض المتعاقد على أساس نظرية فعل الامير، كما يجب أن لا تكون راجعة إلى إهمال أو تقصير أو تراخي المتعاقد مع الإدارة وعوده وانصرافه عن توقي ودفع هذه المخاطر.
- ٦- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد : فإن توقف المتعاقد كان عرضة لفرض الجزاءات من جانب الإدارة مع فقدان حقه بالتمسك بهذه النظرية وهنا تشترك هذه النظرية مع شقيقاتها نظرية فعل الامير ونظرية الظروف الطارئة في أن هذه النظريات لا يترتب عليها وقف تنفيذ العقد لاعتبارات المصلحة العامة إلا إذا استحال التنفيذ وعند ذلك ندخل في إطار القوة القاهرة^(١)، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي كان في بداياته يعتمد على نظرية القوة القاهرة واتخذها مصدراً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(٢)، ولكنه سرعان ما حدد معالم هذه النظرية وأمست نظرية مستقلة قائمة بذاتها والتي تتمحور حول حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي

(١) كما بينا سابقاً أن القوة القاهرة حسب المفهوم الفرنسي والمصري لها هي الحادث الذي يستحيل توقيعه ودفعه ويؤدي إلى انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه ويعرف بالفقه الانكلوسكسوني بمصطلح (Force majeure)، و يطلق عليه إرادة الله وفعله (Act of God) ومن الأمثلة المستقرة في الفقه الانكلوسكسوني للقوة القاهرة (الحريق، الحوادث، المرض، موت أحد المتعاقدين، الإضراب، المنازعات العمالية، ظروف الطقس والأحوال المناخية غير المعتادة) مع ملاحظة أن هذه الأحوال إذا لم تؤد إلى استحالة التنفيذ فإنها تعتبر من قبيل الظروف الطارئة ولا تؤدي إلى انقضاء الالتزام ويستحق المقاتل تعويضاً جزئياً كما بينا سابقاً، لمزيد من التفصيل انظر د. أحمد عبد العال أبو قرين، المصدر السابق، ص ٢٦، وكذلك المواد (٤٢٥) و(٨٨٦) مدني عراقي التي أشارت إلى انتهاء المقابلة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه أو إذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ويقصد المشرع بذلك حالة القوة القاهرة.

(٢) أن أول ظهور لهذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي كان في حكم (دوشي Duché) الصادر في (١٨٦٤/٦/٢٤) والذي عوض بموجبه المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد مع استمرار المتعاقد في التنفيذ انظر د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة شريطة أن لا يوجد خطأ من جانب أحد الطرفين -المتعاقد والجهة الإدارية- ولا يؤدي تطبيق هذه النظرية إلى انقضاء الالتزام إلا إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً^(١).

الفرع الثالث

الأثر المترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن الأثر الرئيسي المترتب على تطبيق هذه النظرية في حالة توافر شروطها هو استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً^(٢) عن كافة الأضرار التي لحقت به من جراء هذه الصعوبات غير المتوقعة والتي تشمل النفقات الزائدة التي انفقها لمواجهة هذه الصعوبات لضمان الاستمرار في تنفيذ العقد وبذلك تتفق هذه النظرية مع نظرية فعل الأمير من حيث النتيجة وهو حصول المتعاقد على تعويض كامل وتختلف عنها من حيث السبب فهذه الأخيرة تطبق بمناسبة صدور إجراء عام أو خاص من الإدارة في حين أن سبب الأولى هو مخاطر وصعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع لفعل الطرفين، وتختلف هذه النظرية مع نظرية الظروف الطارئة من حيث السبب والنتيجة فهذه الأخيرة تطبق في حالة وجود ظرف طارئ سواء كان ذا طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية في حين الأولى تطبق في حالة وجود صعوبات مادية بحتة، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر عام (١٩٩٧) الذي جاء فيه (...).الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة

(١) كان الحكم في قضية (فيرى - Veyret) الصادر في (١٨ / مارس / ١٨٦٩) هو حجر الزاوية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث صاغ مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم القواعد العامة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي طبقت مفهوم هذه النظرية في عدة قضايا عرضت على مجلس الدولة، ثم انتقلت هذه النظرية إلى مصر وكان أول ظهور لها في الحكم الذي أصدرته محكمة القضاء الإداري في (٥/مايو/١٩٥٣)، وللإطلاع على حيثيات القرار المذكور انظر د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، المصدر السابق، ص ٢٨٩.

(٢) انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٨٤، كذلك انظر د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص ٢٤٩، كذلك انظر د. محمود عيد المجيد مغربي، المصدر السابق، ص ٧٢ و ص ٧٣، كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٦٩٩.

باسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد، وإن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة، إنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توفر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يتعين معه تعويض المَقاول بالتكاليف التي تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة...^(١).

(١) حكمها في الطعن رقم (٥٦٧) لسنة (٢٩ ق)، بتاريخ (٣٠ / ١٢ / ١٩٩٧) أشار إليه د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣٢٦.

المبحث الثالث

ضمانات المتعاقد أمام القضاء

تختلف الجزاءات التي يملك المتعاقد مع الإدارة فرضها على جهة الإدارة في حالة مخالفتها لالتزاماتها التعاقدية من حيث الطبيعة والنوع والأثر عن الجزاءات التي تملك الإدارة بالمقابل فرضها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بواجباته التعاقدية كما بينا سابقاً عند بحثنا لسلطة الإدارة في إيقاع الجزاءات بحق المتعاقد لإخلاله بشروط العقد، إلا أن الجزاءات التي يستطيع المتعاقد الركون إليها وفرضها على الإدارة المتعاقدة المخلة بالتزامها محدودة ولا تشمل على جزاءات ضاغطة أو جزاءات جنائية، وإذا كانت الإدارة تملك سلطة إيقاع العقوبات بنفسها وبواسطة قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء فإن المتعاقد مع الإدارة لا يملك إيقاع الجزاء بنفسه وإن الجزاءات يجب أن تفرض من قبل القضاء عن طريق إصدار قرار قضائي بفرض الجزاء على الإدارة هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن العقود الإدارية بحكم طبيعتها الذاتية لا يمكن في جميع الأحوال أن تطبق عليها قواعد القانون المدني فالمتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يدفع بقاعدة عدم التنفيذ المقررة في القوانين المدنية بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية إلا في حالة استحالة التنفيذ وفي مثل هذه الحالة يكون امتناع المتعاقد عن التنفيذ امتناعاً مبرراً كونه لا يشكل خطأ من جانبه يستوجب المساءلة وهذا هو اتجاه القضاء الإداري في فرنسا ومصر^(١).

إن قاعدة عدم استطاعة المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ تقوم على أساس فكرة ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية أن يتمسك المتعاقد مع الإدارة بهذه القاعدة -الدفع بعدم التنفيذ- المعمول بها في القانون المدني إذا لم يترتب على الأخذ بها من قبل المتعاقد ضرر بالمرفق

(١) انظر طاهر طالب التكمه جي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ١٤٩ و ص ١٨٨.

العام وخصوصاً في عقد طلب تقديم المعاونة أو عرض المساهمة في الأشغال العامة وخصوصاً إذا كانت الإدارة لم توفِّ بالتزاماتها التعاقدية^(١).

وبهذا الاتجاه أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صدر لها في (١٨/١٢/١٩٧١) جاء فيه (... أنه وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ضمناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها...)^(٢)، والحقيقة أننا نرى أن الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها على جواز الدفع بعدم التنفيذ من قبله وتنظيم ذلك في شروط العقد لا يعتبر خروجاً عن الأصل العام ولكنه يعتبر تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وخصوصاً في حالة الالتزامات ذات الطبيعة التبادلية فالالتزام المتعاقد بالمباشرة في تنفيذ عقد الأشغال العامة يتوقف على التزام الإدارة بتسليم موقع العمل خالياً من الشواغل خلال المدة المتفق عليها وإن إخلال الإدارة بهذا الالتزام لا يخولها حق فرض الغرامات التأخيرية أو مطالبة المتعاقد بالتنفيذ.

كما أن المتعاقد مع الإدارة لا يملك أن يطلب من القضاء الإداري أن يفرض على الإدارة المخلة بالتزاماتها (غرامات تهديدية)^(٣) لإجبارها على تنفيذ التزاماتها قبله، وإن كان الاتجاه الحديث في فرنسا منذ ثمانينيات القرن العشرين قد تطور في هذا الاتجاه وذلك بصدور تشريعات تسمح للقضاء الإداري بتوجيه أوامر إلى الإدارة لحثها على تنفيذ أحكامها وفرض (غرامة إكراهية) عن تأخرها في تنفيذ الأحكام

(١) رأي للأستاذ (أندرية جرفيه) في مقاله النظام القانوني لعرض المساهمة في الأشغال العامة، أشار إليه طالب طاهر النكمة جي، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٢) أشار إليه طالب طاهر النكمة جي، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٣) نصت المادة (٢٥٣) مدني عراقي على أن (إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناءً على طلب الدائن أن تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ أو بدفع غرامة تهديدية إن بقي ممتنعاً عن ذلك).

القضائية وهذا ما سيتم تناوله في معرض حديثنا عن سلطات القاضي الإداري تجاه الإدارة المقصرة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.

وخلاصة القول أن ضمانات المتعاقد مع الإدارة المتمثلة بالجزاءات التي يمكن له فرضها على الإدارة المخلة بإرادته المنفردة معدومة إذا جاز التعبير وتتحصر ضماناته فقط في فرض الجزاءات على الإدارة المخلة من خلال الالتجاء للقضاء لطلب فرض هذه الجزاءات، لذا فهي تعتبر ضمانات ذات طبيعة قضائية وهي تشمل إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدر من الإدارة وتمس مصلحة المتعاقد وكانت ذات علاقة بموضوع العقد وكذلك تشمل التعويض الذي يحل محل التنفيذ العيني للعقد أو لجبر الضرر الذي يلحق بالمتعاقد جراء إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وتشمل أيضاً فرض الغرامات الإكراهية أو الإرغامية لإجبار الإدارة المخلة بالتزاماتها بتنفيذها وأخيراً (الفسخ القضائي) كأثر لتطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية للإدارة المخلة وفي مثل هذه الحالة يقع على المتعاقد عبء إثبات خطأ الإدارة والضرر الذي لحق به والعلاقة المسببة بينهما^(١)، في حين أن الإدارة لا تحتاج لإثبات الضرر عند فرضها الجزاءات بحق المتعاقد المخل بالتزاماته فالضرر مفترض، كما أنها تفرض هذه الجزاءات بإرادتها المنفردة ولا تحتاج إلى اللجوء إلى القضاء لفرضها باستثناء إسقاط الالتزام في عقد التزام المرافق العامة.

ولغرض الوقوف على الضمانات القضائية للمتعاقد مع الإدارة سوف نقسم

هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : ضمانات المتعاقد أمام قاضي الإلغاء.

المطلب الثاني : ضمانات المتعاقد أمام قاضي العقد.

(١) لمزيد من التفصيل حول عبء الإثبات في الدعوى الإدارية ودور القاضي الإداري والموضوعي في مجال الإثبات الإداري وتخفيف عبء الإثبات على المدعي انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، الإثبات المباشر، الإثبات غير المباشر، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، ط ١، (٢٠٠٨)، ص ٢٥، ص ١٢١ وما بعدها، ص ١٥١ وما بعدها.

المطلب الأول

ضمانات المتعاقد أمام قاضي الإلغاء

إن من أهم ضمانات المتعاقد مع الإدارة هي دعوى الإلغاء^(١) التي يستطيع أن يقيمها المتعاقد أمام قضاء الإلغاء الذي يمارس اختصاصاً مقيداً بولاية الألغاء ولا يتعداه لإصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو بإتيان عمل آخر، في حالة توفر شروطها^(٢)، وفي هذا النوع من القضاء يكون للقاضي فحص مشروعية القرار الإداري فيحكم بإلغائه إذا تبين عدم مشروعيته^(٣) ومخالفته للقانون دون أن تمتد صلاحياته إلى تقرير حق للمدعي أو تعديل القرار المطعون فيه، أما إذا وجد أن القرار مشروع فيحكم برد الدعوى لمشروعية القرار الطعين وعدم مخالفته للقانون وأهم صور هذه الدعوى هي دعوى تجاوز حدود السلطة والتي تُعرف بدعوى إلغاء، والأصل أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء على عقد إداري إذا كانت الدعوى تتعلق بشروط العقد ذاته، حيث يتم بالطعن فيها أمام قاضي العقد، إلا أن كلاً من القضاء الإداري الفرنسي والمصري قد أخذ بفكرة (الأعمال المنفصلة) فإذا اشتمل العمل القانوني على عدة قرارات أي كان ذا طبيعة مركبة وأمكن فصل أحد هذه القرارات

- (١) تعرف دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية يطلب الطاعن بمقتضاها من القضاء الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري والحكم بإلغائه إذا تبين أنه غير مشروع انظر د. علي خنجر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج ١، المصدر السابق، ص ٢٧٦.
- (٢) إن شروط دعوى الإلغاء عموماً هي: ١- أن يكون القرار الإداري محل الطعن قراراً إدارياً نهائياً صادراً من سلطة إدارية وطنية. ٢- المصلحة. ٣- ميعاد رفع دعوى الإلغاء، ٤- انعدام طريق الطعن المقابل (الموازي) وهذا الشرط معمول به في فرنسا فقط. ٥- التظلم الإداري أمام الجهة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية وهذا شرط منصوص عليه في القانون العراقي، لمزيد من التفصيل حول شروط دعوى الإلغاء، انظر د. طارق فتح الله خنجر، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٧ - ٢٠٠٨)، ص ٢٩ وما بعدها.
- (٣) يتركز مفهوم مبدأ المشروعية على خضوع الإدارة في كافة تصرفاتها وقراراتها ونشاطها لحكم القانون وللإطلاع على مفهوم المشروعية بمعناه الواسع والضيق ومصادر المشروعية انظر د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، ط ٢، القاهرة، (٢٠١٠)، ص ٣٥ وما بعدها، وحول مفهوم مبدأ المشروعية ومصادره وضماناته والنظريات الموازية له انظر د. علي خنجر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج ١، المصدر السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

عنه فإنه يجوز الطعن بهذا القرار منفصلاً بدعوى الإلغاء^(١)، ومن المعروف أن العملية التعاقدية هي عملية مركبة وقد تصدر الإدارة وهي في معرض إبرامها عقداً إدارياً مجموعة من القرارات ذات الطبيعة التمهيدية والتي تسبق إبرام العقد الإداري ولكنها لا تدخل في الرابطة التعاقدية وبالتالي يمكن فصلها والطعن فيها بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء لفحص مشروعيتها^(٢) وكونها لا زالت محتقظة بطبيعتها كقرارات إدارية تصدرها الإدارة من جانب واحد بإرادتها المنفردة، فضلاً عن ذلك أن هذه القرارات لا تتصل بمنازعة حول حقوق متبادلة بين طرفي العقد فالأمر يتعلق بمشروعية القرار الإداري ذاته وليس بحقوق موضوعية تخص منازعة للعقد الإداري ومن صور القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والتي يجوز الطعن فيها بالإلغاء (قرارات لجنة البت، قرار الإدارة بالعدول عن التعاقد، قرار الإدارة برفض إبرام العقد الإداري)^(٣)، فالطعن بالإلغاء يوجه ضد القرارات السابقة على تكوين العقد والقرارات الممهدة لتكوين العقد أو الصادرة برفض تكوين العقد، وقد حددت المحكمة الإدارية العليا مفهوم القرارات المنفصلة عن العقد الإداري بالقول (... ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تيرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، له خصائص القرار

(١) انظر د. طارق فتح الله خضر، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٢) يشترط لصحة القرار الإداري استيفاء كافة أركانه وهي (الاختصاص، الشكل والإجراءات، السبب، المحل، الغاية)، وأن تخلف أحد هذه الأركان يوصمه بعدم المشروعية ويجعل منه قراراً باطلاً يحتم على القضاء إلغاء بناءً على طلب صاحب الشأن إذا ما استوفت دعوى الإلغاء شروطها، ولمزيد من التفصيل حول شروط صحة القرار الإداري انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في فقه وقضاء مجلس الدولة، المصدر السابق، ص ٤٧ وما بعدها، كذلك انظر د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مركز أبحاث القانون المقارن، أربيل، ط ١، ٢٠١٠، ص ٢٢ وما بعدها.

(٣) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٣٥.

الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغيها القانون ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تتفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتتفصل عنه ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها وهو التكييف السليم للتصرف ومن المسلم به أن الاختصاص المتعلق بالوظيفة من النظام العام، واستطردت المحكمة قائلة (.. إن القرار الذي تصدره الإدارة بشطب أسم المتعهد من عداد الموردين المحليين إذا استعمل الغش في تنفيذ التزاماته العقدية يعتبر من القرارات الإدارية النهائية التي تصدر بعد انتهاء العقد الإداري وتنطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد المقررة قانوناً للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية وتتنظر الطعن فيه محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية...)^(١).

أما في العراق : فنلاحظ أن اختصاص القضاء الإداري العراقي^(٢) مشتت وموزع بطريقة غير مألوفة أو معهودة في القضاء الإداريين الفرنسي والمصري وهذا من شأنه أن يفوت الغاية من إنشاء هذا القضاء للأسباب الآتية :

(١) حكمها في الطعن (٧٢٤) لسنة (٢٤ / ق) جلسة (١٦ / ١ / ١٩٨٢)، أشار إليه المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام (٢٠٠٥)، ج ٣، مجلس الدولة قاضي القانون العام، بدون سنة طبع، ص ٢٠ و٢١.

(٢) كان العراق يأخذ بنظام (القضاء الموحد) على غرار النظام القضائي الانكلوسكسوني فلا توجد محاكم إدارية وأخرى مدنية عادية كما هو الحال في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج (عادي وإداري) وكانت ولاية المحاكم المدنية تسري على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص استناداً للمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل، إلا أنه بصدر قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩) قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) تم الإعلان عن ميلاد القضاء الإداري في العراق حيث نصت المادة (٧/ثانياً) منه على تشكيل محكمة تسمى (محكمة القضاء الإداري) في مجلس شورى الدولة ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري في مراكز المناطق الاستثنائية ببيان

١- إن اختصاص محكمة القضاء الإداري هو اختصاص غير متكامل فهو يقتصر على النظر بصحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) والذي أنشئت بموجبه هذه المحكمة التي لم يعين القانون مرجعاً للطعن فيها، بناءً على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن^(١)، ولم يشمل اختصاص المحكمة النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وبقيت المنازعات الناشئة عن العقود بصورة عامة الإدارية منها والمدنية خاضعة لولاية القضاء العادي حيث اعتبر مجلس شورى الدولة بأن الفصل في الحقوق الناشئة عن العقود الإدارية هي مسألة وقائع يعود النظر فيها إلى القضاء^(٢)، ومن المعروف أن القاضي المدني غير ملم بأحوال العقود الإدارية ومن المؤكد أنه سيحاول تطبيق قواعد القانون المدني في أثناء فصله في هذه المنازعات وهذا بطبيعة الحال سؤثر على تطور القضاء الإداري في العراق ويعود به القهقري لأن القضاء الإداري يحتاج إلى

يصدره وزير العدل بناءً على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شورى الدولة ينشر في الجريدة الرسمية وحددت الفقرة (ب) من المادة المذكورة تشكيلة المحكمة والفقرة (د) اختصاص المحكمة، وجددير بالإشارة إليه أن المشرع العراقي سبق وأن كانت له محاولتين لاستحداث القضاء الإداري في العراق، الأولى: بموجب قانون المحاكم الإدارية رقم (١٤٠) لسنة (١٩٧٧) الذي ألغي لاحقاً بالقانون رقم (٢٠) لسنة (١٩٨٨)، والثانية: هي مشروع لاستحداث محكمة للرقابة الإدارية عام (١٩٨٦) لم يرَ النور، كما أنه من المهم أن نشير إلى أن استحداث محكمة القضاء الإداري الحالية كان بناءً على دراسة أعدها أحد أستاذة كلية القانون جامعة بغداد حول الرقابة على السلطة الإدارية بتاريخ (٥ / ١١ / ١٩٨٩) وأيده مجلس شورى الدولة وتشكلت المحكمة بتاريخ (١٠ / ١ / ١٩٩٠) وهو تاريخ نفاذ قانون التعديل المشار إليه في اعلاه، ولمزيد من التفصيل انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دراسة قانونية مقارنة عن مجالس الدولة والهيئات التي تتولى القضاء الإداري وتقديم الاستشارات والفتاوى القانونية وإعداد التشريعات وصياغتها في الدول العربية وتركيا وفرنسا، دار الثقافة للتوزيع والنشر في الأردن، ودار الكتب العلمية في بيروت، ط١، (٢٠١٢)، ص٣١٤ وما بعدها، كذلك انظر لنفس المؤلف، مجلس شورى الدولة، الماضي والحاضر والمستقبل، ط١، ٢٠٠٩، ص٢٨ وما بعدها.

- (١) المادة (٧ / ثانياً / د) من قانون مجلس شورى الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٦٩) المعدل.
(٢) قرار مجلس شورى الدولة المرقم (١٦ / ٢٠٠٨) في (٣ / ٢ / ٢٠٠٨) منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام (٢٠٠٨) الصادر عن وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، بغداد، ٢٠٠٨، ص٦٨ و ص٦٩.

قاضي متمرس في نشاط الإدارة وأساليبها ووسائلها وقوانينها ونظريات القانون الإداري وفقه القانون الإداري ليتسنى له المساهمة في تطوير هذا القضاء.

٢- إن قرارات محكمة القضاء الإداري تكون قابلة للطعن فيها تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها أو اعتبارها مبلغاً ويكون قرارها غير المطعون فيه وقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً^(١)، وقد سلب المشرع العراقي اختصاص الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بالنظر في الطعون التمييزية الواردة على قرارات محكمة القضاء الإداري عندما جعل من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المشكلة بموجب الأمر المرقم (٣٠) في (٢٠٠٥/٢/٢٤) النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري^(٢)، وهذا مسلك غير محمود من قبل المشرع لأنه جعل المحكمة الاتحادية العليا وهي محكمة دستورية تمارس اختصاص (محكمة طعن) من خلال النظر في الطعون الواردة على قرارات محكمة القضاء الإداري وهذا يؤدي إلى التداخل بين القضاء الإداري والقضاء الدستوري وبالفعل أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارات من اختصاص محكمة القضاء الإداري، في حين أن وظيفة المحكمة الاتحادية العليا تنحصر بالدرجة الأولى في النظر بدستورية القوانين والقرارات والأنظمة التي تصدر من الجهات ذات الاختصاص والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية^(٣) فضلاً عن ذلك نقول: إن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على مشروعية الأنظمة يثير تنازعا في الاختصاص ذلك أن النظام يعد قراراً إدارياً تنظيمياً وبالتالي يجب أن يخضع لرقابة القضاء الإداري عملاً بالمادة (٧/ثانياً/د) من قانون مجلس شورى الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) المعدل، لذا عد جانب من الفقه إخضاع أحكام محكمة القضاء الإداري للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا استناداً للمادة (٤/ثالثاً) من قانون المحكمة المرقم (٣٠) لسنة

(١) المادة (٧ / ثانياً / ط) من قانون مجلس شورى الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٦٩) المعدل.

(٢) المادة (الرابعة / ثالثاً) من الأمر رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥).

(٣) المادة (٤ / أولاً / ثانياً) من الأمر رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥).

(٢٠٠٥م) وقيام محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الطعن بممارسة نفس الاختصاص تخبطاً في توزيع الاختصاصات بين جهات القضاء^(١) كما أن نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) قد حدد -على سبيل الحصر- اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ولم نجد من ضمنها النظر في الطعون الواردة على قرارات محكمة القضاء الإداري^(٢)، وهذا يقتضي أعمال اختصاص الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة استناداً للمادة (٧/ثانياً/ط) من قانون مجلس شوري الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩م) المعدل^(٣).

٣- وتأسيساً على ما تقدم ووفقاً لاختصاص محكمة القضاء الإداري الوارد في المادة (٧ / ثانياً / د) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩م) المعدل يمكن للمتعاقد مع الإدارة الطعن بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد أمام محكمة القضاء الإداري، طالما أن الإدارة قد أصدرته بإرادتها المنفردة ولا تستند في إصداره لنصوص العقد ومثال ذلك (قرار الإدارة بالأذن بالتعاقد، أو اعلان المناقصات، أو توجيه الدعوات المباشرة، شروط المناقصة، قرارات الإدارة في تحديد أسلوب التعاقد، قرارات الإدارة في اختيار المتعاقد، قرارات الإدارة في الاستبعاد والحرمان، قرارات لجنة البت في العطاءات، لجنة تحليل وتقويم العطاءات في العراق، في حالة اعتماده من جهة التعاقد، قرار الإحالة النهائي المصدق من جهة التعاقد، قرارات لجنة البيع والإيجار وقرارات الإحالة النهائية في المزادات)، حيث تعتبر جميعها قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري^(٤).

- (١) انظر أ. د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) في الميزان، ط١، (٢٠٠٨)، ص٦٣.
- (٢) انظر أ. د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الإدارية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط١، (٢٠٠٨)، ص٢٦.
- (٣) نصت المادة (الثامنة عشرة) من قانون مجلس الشوري لإقليم كردستان العراق، رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨)، على إخضاع أحكام المحكمة الإدارية المشكّلة بموجب المادة (الثانية عشرة) من نفس القانون للطعن تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الإقليم بخلاف ما ورد في المادة (الرابعة / ثالثاً) من الأمر رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥).
- (٤) حول التكييف القانوني لقرار الإحالة ومعيار التمييز بين القرارات المنفصلة والقرارات القابلة للانفصال انظر هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزادات العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، (٢٠٠٩)، ص١٤٥ وما بعدها و ص١٥٠ وما بعدها، وحول الطبيعة القانونية لقرار الإحالة وأثاره القانونية قبل الاعتماد (المصادقة)، وبعد الاعتماد (المصادقة) انظر المرحوم د. عبد المطلب عبد الرزاق لطيف

٤- إلا أن المشرع العراقي عاد وسلب اختصاص محكمة القضاء الإداري في النظر في مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بطريق الطعن بالإلغاء عندما نص على تشكيل محكمة إدارية مختصة بالعقود الحكومية بموجب المادة (١٠/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة برئاسة قاضي ينسبه مجلس القضاء الأعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن كل من اتحاد المقاولين العراقيين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص وللمحكمة مقرر بعنوان ملاحظ في الأقل، وحددت الفقرة (ثالثاً) من المادة المذكورة اختصاصات المحكمة بالنظر في (الاعتراضات المقدمة من قبل مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة) الصادرة عن الوزارات والجهات غير المرتبطة بالوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم خلال (٧) سبعة أيام عمل رسمي تبدأ من تاريخ إقرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بموضوع الشكوى على أن تصدر المحكمة قراراتها بموضوع الشكوى أو الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز (١٢٠) مئة وعشرين يوماً تبدأ من تاريخ دفع الرسم القانوني^(١) وتكون قرارات المحكمة باتة عند عدم الطعن تمييزاً لدى محكمة الاستئناف المختصة خلال (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار^(٢) على أن تسترشد هذه المحكمة بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) في كل ما يرد به نص في هذه التعليمات أو الضوابط الصادرة عن دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي^(٣).

الهاشمي، المصدر السابق، ص ١٢٢، وحول تصديق قرار الإحالة وفق المادة (١١) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦) المعدل، انظر د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام بيع وإيجار أموال الدولة، دراسة في ضوء القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦) والتطبيقات القضائية والعملية وقرارات مجلس شوري الدولة، مطبعة الخيرات، بغداد - ٢٠٠٠، ص ٤١.

(١) المادة (١٠ / رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٢) المادة (١٠ / خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

(٣) المادة (١٠ / سادساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

ويلاحظ على اختصاص المحكمة المذكورة ما يأتي :

أ- إن المشرع قد حدد اختصاصها بالنظر في قرارات الإحالة الصادرة من جهات التعاقد المختصة بموجب القانون، وطبعاً المقصود بقرارات الإحالة هو قرارات الإحالة النهائية المصدقة من جهات التعاقد، وهي تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء^(١)، ويستتبع اختصاص المحكمة بالإلغاء اختصاص المحكمة في وقف تنفيذ هذا القرار إذا ما اقترن طلب الإلغاء بطلب وقف تنفيذه وتوافرت موجبات وقف التنفيذ وهما ركنا : الجدية في طلب الإلغاء وهذا الركن يتحقق إذا كان الإلغاء مرجحاً من جانب المحكمة والثاني : الاستعجال ويتحقق إذا كان من شأن تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه ترتيب نتائج يتعذر تداركها في حالة الحكم بإلغائه^(٢) إلا أن المشرع لم ينص صراحة على اختصاص التعويض بصفة أصلية وبذلك يقترب اختصاص هذه المحكمة من اختصاص محكمة القضاء الإداري التي لم يجر لها المشرع العراقي النظر في طلبات التعويض إلا إذا أقيمت بصورة تبعية لطلب الإلغاء^(٣).

ب- إن المحكمة المذكورة تمارس المهام الموكلة إليها بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة (٢٠٠٤)^(٤) وعند الرجوع إلى الأمر المذكور نجد أن مهام أو اختصاصات المحكمة الواردة في القسم (١٢) تسوية المنازعات

(١) لا تعتبر توصيات لجنة البت في العطاءات في مصر أو لجنة تحليل وتقويم العطاءات في العراق قرارات إدارية نهائية يجوز الطعن فيها بالإلغاء وإنما تعتبر هذه التوصيات ذات طبيعة استشارية غير ملزمة لجهة التعاقد وهي إجراء تمهيدي يمثل المرحلة الأخيرة في عملية تكوين العقد والسابقة لعملية التعاقد اللاحقة لها وقد عبرت محكمة القضاء الإداري في مصر عن هذا الرأي بالقول (... لا يمكن القول باعتبار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة بمثابة القبول في العقود ويؤدي إلى إتمام التعاقد حتماً مع صاحب العطاء الذي اختارته اللجنة إذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المناقصة من الجهة الإدارية المختصة وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها القبول تأسيساً على أن القبول الذي يعتد به هو الذي يصدر ممن يملك التعاقد...) حكمها في (١٨ / نوفمبر/١٩٥٦) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٨٨.

(٢) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٣) المادة (٧ / ثانياً / د) من قانون مجلس شوري الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) المعدل.

(٤) المادة (١٠ / سادساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة.

غير واضحة وغير دقيقة كما أنها لم تحدد حدود ممارسة هذا الاختصاص وهل لها الولاية العامة في نظر منازعات العقود الإدارية إلغاء وتعويضاً أي ممارسة اختصاص القضاء الكامل بصدد منازعات العقود الإدارية حيث نصت المادة (١) / أ / ثانياً) من القسم المذكور آنفاً على أن (للمحكمة أن تصدر قراراً حول الاعتراض في أقرب وقت ممكن ويجوز لها من بين الأشياء المناسبة الأخرى وأن تدير صلاحية التعاقد بإتخاذ الإجراء الصحيح على سبيل المثال وليس الحصر، إلغاء العقد الممنوح وإعادة متطلبات وتقييم المناقصات مقابل الإيفاء أو إتخاذ إجراءات ضرورية إنسجاماً مع هذا الأمر وأنظمة التنفيذ المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر)، ويلاحظ أن النص المذكور قد أطلق صلاحيات هذه المحكمة في إتخاذ الإجراء الصحيح بالشكل الذي يضمن إدارة صلاحية التعاقد بشكل شفاف بما في ذلك على سبيل المثال إلغاء العقد الممنوح في حين أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد حصرت اختصاص المحكمة بالنظر في الاعتراضات الواردة على قرارات الإحالة دون أن تشير إلى اختصاصات المحكمة الأخرى كإلغاء العقد الإداري وخصوصاً إذا ما اقترن أمر الإحالة بإبرام عقد إداري مع مقاول آخر وفي قضية مهمة عرضت على هذه المحكمة والمعروفة بقضية (التكسية الحجرية لجزيرة بغداد السياحية) والتي تتلخص وقائعها بالآتي (... سبق وأن أحالت وزارة الثقافة المناقصة المرقمة (٢٠١١/١٠) والخاصة بتأهيل جزيرة بغداد السياحية وإقامة سياج خارجي مع إكساء جوانب البحيرة بالأحجار إلى شركة (رونق الجبال للمقاولات العامة المحدودة) إلا أن إحدى الشركات المنافسة وهي شركة (صقر الوادي للمقاولات العامة المحدودة) قدمت شكوى أمام لجنة الشكاوي في الوزارة المذكورة وكانت نتيجة النظر في الشكوى التوصية إلى لجنة المراجعة والمصادقة في مقر الوزارة بإحالة المناقصة إلى الشركة المعترضة لأسباب فنية وقانونية ومالية وبالفعل ألغت جهة التعاقد أمر الإحالة إلى شركة (رونق الجبال للمقاولات العامة المحدودة) وأحالت المناقصة المذكورة إلى الشركة المعترضة (شركة صقر الوادي

للمقاولات العامة المحدودة) وتم توقيع العقد بين الوزارة وبين الشركة المذكورة وباشرت الشركة في تنفيذ المقاولات بشكل جيد، إلا أن الشركة الأولى التي سبق وأن تم إحالة المناقصة إليها أقامت دعواها المرقمة (٥١/إدارية/تخطيط/٢٠١١) أمام المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية طالبة إلغاء أمر الإحالة الذي تم إلى شركة (صقر الوادي للمقاولات العامة المحدودة) وإحالة المناقصة مجدداً للشركة المعترضة وقد كانت نتيجة المحاكمة أن أصدرت المحكمة المذكورة قراراً بإلغاء المناقصة المذكورة مع طلب إعادة الإعلان عنها مجدداً مع الحكم برد دعوى المدعي بشأن إحالة المناقصة عليه حيث جاء في حيثيات القرار المذكور (... وهذا كله معناه عدم صحة هذه المناقصة ابتداءً من شروطها المعلن عنها وانتهاءً بالإحالة التي تمت فيها وهذا يستدعي القول بأن دعوى المدعي بطلب إلغاء هذه الإحالة لها سندها القانوني من حكم القانون أما طلبه إحالتها له فهو طلب غير محق به المدعي لتجاوز سعر عطائه على الكلفة التخمينية للمشروع بدون مبرر وبالتالي وجوب إعادة الإعلان مجدداً بعد تلافي ما تقدم في هذه المناقصة وهذا ما طلبه المدعي العام في لائحته المقدمة لهذه المحكمة بشأن موضوع الدعوى وبالاستناد لما تقدم قررت المحكمة الحكم بإلغاء الإحالة الجارية من دائرة المدعي عليه (إضافة لوظيفته) في المناقصة المرقمة (١٠/٢٠١١) والخاصة بتأهيل جزيرة بغداد السياحية وإقامة سياح خارجي والتكسية الحجرية والمحالة بعهدة شركة (صقر الوادي) وإعادة الإعلان مجدداً بعد مراعاة ما تقدم من أسباب أوردتها هذه المحكمة مما أشير إليه في أعلاه والحكم برد دعوى المدعي (إضافة لوظيفته) بشأن طلبه بإحالة المناقصة عليه...^(١).

ومما تقدم نلاحظ أن الحكم المذكور قد انطوى على فقرات عديدة رئيسية هي:

١- إلغاء الإحالة إلى شركة (صقر الوادي للمقاولات العامة المحدودة).

(١) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم (٥١ / إدارية / تخطيط / ٢٠١١) في (٢٩) / ١٢ / (٢٠١١) (غير منشور).

- ٢- إعادة الإعلان عن المناقصة مجدداً في ضوء ملاحظات المحكمة الواردة في قرارها وهذا يعد بمثابة أمر موجه للإدارة حيث لم تكتفِ المحكمة بإلغاء الإحالة بل أمرتها بإعادة الإعلان مجدداً عن المناقصة.
- ٣- رد دعوى المدعي بإحالة المناقصة عليه مجدداً لتجاوز سعر عطائه الكلفة التخمينية.

وقد بادر وكيل المدعى عليه (وزير الثقافة) إضافة لوظيفته بالطعن بالقرار المذكور تمييزاً أمام محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية (بصفتها التمييزية) لأسباب موضوعية لا نريد الولوج فيها ولأسباب شكلية تتعلق باختصاص المحكمة النوعي حيث طعن بعدم اختصاص المحكمة المذكورة بنظر الدعوى وإلغاء أمر الإحالة كون الأمر المذكور أصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد الإداري المبرم من قبل الوزارة بعد أن اقترن هذا الأمر بهذا العقد وبالتالي فإن النظر في منازعات العقود الإدارية والقرارات المرتبطة به والتي لا تقبل الانفصال عنه تدخل في اختصاص قاضي العقد (محكمة البداية) وفقاً لقواعد الاختصاص إلا أن المحكمة المذكورة قد ردت الطعن التمييزي بموجب قرارها المؤرخ (٢٠١٢/٢/٩) والذي جاء فيه (... كما أن الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية العامة يمتد ليشمل حالة إلغاء العقد قبل انتهاء مدة الاعتراض على قرار الإحالة أو حسم هذا الاعتراض من المحكمة استناداً لصريح نص القسم (١٢/البند ١/فقرة ١/ثانياً) من قانون العقود الحكومية العامة رقم (٧٨) لسنة (٢٠٠٤) والتي قضت أن تصدر قراراً حول الاعتراض في أقرب وقت ممكن ويجوز لها من بين الأشياء المناسبة الأخرى أن تدير صلاحية التعاقد بإتخاذ الإجراء الصحيح على سبيل المثال وليس الحصر إلغاء العقد الممنوح وإعادة متطلبات وتقييم المناقصات المستلمة مقابل الإيفاء أو إتخاذ إجراءات ضرورية انسجاماً مع هذا الأمر وأنظمة التنفيذ المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر...^(١).

(١) قرار الحكم المرقم (١٢٠ - ٢٣٦ / م / ٢٠١٢) في (٢٠١٢ / ٢ / ٩) (قرار غير منشور)، وقد ردت المحكمة المذكورة طلب التصحيح المقدم من قبل وكيل المدعى عليه بموجب قرارها المرقم (٢٩٨ - ٣٦٤ / م / ٢٠١٢) في (٢٠١٢ / ٢ / ٢٨) (قرار غير منشور).

وتعقيباً على الحكم المذكور نقول أن إلغاء أمر إحالة المناقصة المرقمة (٢٠١١/١٠) الخاصة بالتكسية الحجرية لمدينة بغداد السياحية والمحالة إلى شركة صقر الوادي للمقاولات العامة المحدودة لا يؤدي إلى إلغاء العقد الإداري المبرم بين الوزارة والشركة المذكورة، فلو اعتبرنا أن أمر الإحالة المذكور هو من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد فإن أثر إلغاء القرار المذكور لا يمتد إلى العقد الإداري الذي ساهم القرار المذكور في تكوينه ليلغيه حيث يبقى العقد الإداري قائماً ومرتباً لآثاره القانونية ولا يناله شيئاً من آثار حكم الإلغاء^(١) وهذا هو اتجاه محكمة القضاء الإداري في مصر التي ذهبت إلى أن إلغاء القرار الإداري لخروجه عن إطار المشروعية وإن كان يعطي للأفراد حقاً في طلب إلغائه دون أن يكون من شأن حكم الإلغاء المساس بصحة العقد الإداري إلا أن ذلك لا يمنع أن يؤدي الحكم الصادر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيساً على الرغبة في عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه^(٢) وعند ذلك يجوز لأحد طرفي العقد اللجوء لقاضي العقد طالباً فسخ العقد مستنداً في ذلك إلى حجية قرار الإلغاء المطلقة التي تكون محل اعتبار من قبل قاضي العقد وهذا هو اتجاه مجلس الدولة الفرنسي أيضاً^(٣)، في حين أن القضاء العراقي قد ذهب إلى خلاف هذا المذهب عندما اعتبر أن أمر الإحالة يدخل في تكوين العقد ويرتب عليه آثاراً تعاقدية حيث تذهب محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية (بصفتها الأصلية) إلى القول (... حيث أن الإعلان بصدد المناقصة هو دعوة للتعاقد وتقديم العطاء إيجاب والإحالة للشركة المذكورة يعني قبولاً به وبالتالي فإن العقد بينهما قد انعقد ورتب عدم قيام المستأنف بالإيفاء

(١) لمزيد من التفصيل حول آثار حكم الإلغاء انظر سلمي طلال عبد الحميد، آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة،

رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، (٢٠٠٦)، ص ٦٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٨٠) لسنة (١٠ ق)، جلسة (١٨ / ١١ / ١٩٥٦)، أشار إليه د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٤.

(٣) للإطلاع على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Martin) الصادر في (٤ / أغسطس / ١٩٥٥) الذي يعتبر أن قيمة الإلغاء تبقى نظرية ما لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد وبخلافه يبقى العقد قائماً رغم صدور حكم الإلغاء انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

بما وجب عليه من تهيئة مكان للعمل للمباشرة به وإلغاء الإحالة دون سبب مبرر للتعويض...^(١)، واتجاه هذه المحكمة يتفق مع الفقه في هذا الجانب^(٢) وتأسيساً على ما تقدم نرى أن قيام المحكمة المختصة بالعقود الإدارية بإلغاء أمر الإحالة في القضية سابقة الذكر هو أمر غير سليم من الناحية القانونية لأن القضاء سبق وأن اعتبر أمر الإحالة مما يدخل في تكوين العقد ويرتب عليه اثاراً وهي (القبول بالتعاقد) وبالتالي لا يمكن للمحكمة الإدارية المختصة في نظر العقود الحكومية أن تفصل في طلب إلغاء بصورة مستقلة عن العقد إذ يكون الاختصاص في مثل هذه الحالة لقاضي العقد (محكمة البداية) وبالتالي فإن قيام جهة التعاقد -وزارة الثقافة- بإلغاء العقد تبعاً لإلغاء أمر الإحالة مسألة محل نظر طالما أن إلغاء أمر الإحالة لم يصدر من قاضي العقد فإذا صدر الإلغاء من قاضي العقد لأنه هو يملك النظر في القرارات المرتبطة بالعقد فإن النتيجة المنطقية تقضي بأن الإجراء المترتب وهو (العقد) لا يمكن أن يبقى قائماً طالما أن أمر الإحالة قد أُلغي، وما نبغي قوله مما تقدم أن العقد الإداري يلغى متى ما أُلغي قرار الإحالة الذي عده القضاء العراقي قبولاً بالتعاقد لأن ما يبني على الباطل باطل إلا أن الإلغاء يجب أن يصدر من قاضي العقد وليس قاضي المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية طالما أن أمر الإحالة لا يمكن الطعن به بصورة منفصلة عن العقد^(٣)، أما إذا كان أمر الإحالة النهائي المصادق عليه من جهة التعاقد لم يقترن بالعقد بعد فإنه يجوز

(١) قرارها المرقم (٣٤٦/س/٢٠٠٨) في (١٣ / ٤ / ٢٠٠٩)، (غير منشور)، سبق الإشارة إليه.
(٢) يذهب الفقيه (Weill) في رسالته (نتائج إلغاء القرار الإداري لعيب تجاوز السلطة) إلى أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة إنما يقصد به مجرد دعوى الإلغاء أما عند النظر إلى شرعية العملية برمتها فيجب أن ينظر إلى العملية ككل لا يتجزأ فيبطل العقد إذا بطل أي قرار كان أساساً لإصداره، ووفقاً لهذا الرأي فإن من يملك إلغاء أمر الإحالة في القضية اعلاه ومن ثم إلغاء العقد تبعاً له هو قاضي العقد (محكمة البداية) وليس قاضي الإلغاء المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية انظر د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٣) يقول الأستاذ الطماوي (... فالمسلم به أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبني على باطل فهو باطل...)، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

الطعن فيه بالإلغاء أمام المحكمة المذكورة كونه قراراً إدارياً منفصلاً صادراً بالإرادة المنفردة للإدارة^(١).

المطلب الثاني ضمانات المتعاقد أمام قاضي العقد

يعتبر لجوء المتعاقد مع الإدارة إلى القضاء الكامل من أهم ضمانات المتعاقد القضائية في مواجهة الإدارة المخلة بالتزاماتها التعاقدية حيث يختص قاضي العقد بالنظر في كافة المنازعات المتولدة عن القرارات المتخذة من جانب الإدارة المتعاقدة استناداً لنصوص العقد الإداري موضوع النزاع حيث تعد هذه المنازعات من قبيل المنازعات الحقوقية التي تدخل ضمن نطاق اختصاص قاضي العقد الذي يتمتع في مجال نظرها وإصدار الأحكام فيها بولاية القضاء الكامل.

واختصاص القضاء الإداري في مصر بالنسبة للعقود الإدارية هو اختصاص شامل ومطلق حيث لا تقتصر ولايته على الفصل في صحة العقود بل تمتد إلى الفصل في جميع ما يتعلق بها ابتداءً من انعقادها حتى آخر مرحلة من تنفيذها سواء أتعلق ذلك بالمنازعات الموضوعية أم الطلبات الوقتية فالعبرة بطبيعة المنازعة ذاتها وليس بشخص رافعها فمتى ما توافرت حقيقة العقد الإداري سواء أكانت خاصة بانعقاد العقد أم صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها كلها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء^(٢)، وقد عبرت محكمة القضاء الإداري في مصر عن حقيقة

(١) يقول الأستاذ الطماوي (... إذا كانت عملية التعاقد قد تمت و تعاقدت الإدارة مع أحد الأفراد، ثم تبين لهذا المتعاقد أن بعض القرارات التي أسهمت في تكوين العقد كانت غير مشروعة.. فإن المتعاقد ليس أمامه إلا سبيل واحد وهو قاضي العقد يحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد،... والواقع أن التجاء المتعاقد إلى دعوى الإلغاء لطلب إلغاء القرارات المنفصلة التي ساهمت في تكوين العقد محل نظر : فالتجاء المتعاقد إليها لا يكون بطبيعة الحال إلا بعد إبرام العقد وحينئذ لا يكون للمتعاقد مصلحة في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء لأنه حتى وإن حصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يرتب له النتيجة التي تترتب على الحكم بالإلغاء ومن ثم يكون من الأفضل له أن يلجأ لقاضي العقد مباشرة ..)، انظر

د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٢) انظر د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج ١، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (١٩٩٨)، ص ٢٨٣، كذلك انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في (٢٤ / آذار / ١٩٦٠)، السنة (١٤)، ص ٢٤، أشار إليه د. محمد وليد

هذا الاختصاص الشامل بالقول (...) لم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصوداً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن العملية المركبة بل أمتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية (عملية التعاقد) ابتداءً من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها وأصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعة وما يتفرع عنها...^(١).

أما في العراق : فإن محكمة القضاء الإداري لا تختص بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية بصريح نص المادة (٧/ثانياً/د) من قانون مجلس شورى الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) المعدل وإنما تختص بنظر مشروعية الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة عن الموظفين والهيئات العامة والتي لم يحدد القانون مرجعاً للطعن فيها، وكذلك الحال بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري لإقليم كردستان حيث لا تختص بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية بصريح نص المادة (١٣/أولاً) من قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان العراق رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨) وقد حصر المشرع اختصاصها في النظر في صحة القرارات الإدارية الصادرة عن الموظفين والهيئات في دوائر الإقليم، وبذلك يتمثل اختصاص محكمة القضاء الإداري في العراق مع اختصاص محكمة القضاء الإداري في إقليم كردستان في كون كلا المحكمتين غير مختصتين بالنظر في منازعات العقود الإدارية وما يتفرع عنها من دعاوى وهذا معناه انعقاد ولاية القضاء العادي في النظر

العبادي، المصدر السابق، ص ١٨، كذلك أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(١) حكمها في (١٦/نوفمبر/١٩٥٦) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٨٨، كذلك انظر المادة (١٠/حادي عشر) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢) التي أشارت إلى اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها في النظر في المنازعات الخاصة بـ (عقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر) كما أن قاضي العقد في مصر ينظر منازعات العقد المستعجلة كطلب الإذن بالحجز التحفظي ودعوى تهينة الدليل في المنازعة العقدية كحالة ندب خبير فيها والمنازعة الخاصة في تقدير العقد الإداري والدعوى الخاصة بعقد الكفالة التابع لعقد إداري، كما أن المادة (١٣) من القانون المذكور قد أعطت المحكمة المذكورة اختصاص الفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة سواء رفعت بصفة أصلية أو بصفة تبعية إضافة لقبية اختصاصات المحكمة الأخرى كالنظر بالطعون الخاصة بانتخاب الهيئات المحلية ودعاوى الجنسية، وغيرها كما أنها تعتبر محكمة استئناف بالنسبة لأحكام المحاكم الإدارية، لمزيد من التفصيل أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٢٨٣ و ص ٣٥٦.

د.مصطفى انظر

في كافة منازعات العقد الإداري، إلا أن اختصاص محكمة القضاء الإداري في الإقليم يفوق اختصاص محكمة القضاء الإداري في المركز في كون الأولى تنظر في طلبات التعويض بصفة أصلية وتبعية استناداً للمادة (١٣/خامساً) من قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان العراق رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨) والتي نصت على اختصاص المحكمة المذكورة بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار الناجمة عن القرارات الإدارية الصادرة خلافاً للقانون إلا أن النص لم يشر إلى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال المادية للإدارة، وإن اختصاص المحكمة بالنظر في طلبات التعويض مطلق سواء وردت بصفة أصلية أو بصفة تبعية وبذلك فإن المحكمة المذكورة تتمتع بولاية القضاء الكامل إضافة لولاية الإلغاء في حين أن الأخيرة - أي محكمة القضاء الإداري في المركز - لا تنظر في طلبات التعويض إلا بصفة تبعية لدعوى الإلغاء وبالتالي فإن طلبات التعويض الأصلية تخرج عن دائرة اختصاصها وتكون من اختصاص القضاء العادي^(١) لذا يمكن القول أن اختصاص القضاء الإداري في العراق غير شامل وغير مطلق ليمارس ولاية الإلغاء والتعويض والنظر في منازعات العقود الإدارية، كما أن استحداث المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية وهي تمارس اختصاصاً غير محدد بصورة دقيقة قد ساهم بدوره في تشتيت اختصاص القضاء الإداري في العراق بدلاً من توحيد.

إن اختصاص القضاء الإداري في نطاق العقود الإدارية لا يقتصر فقط على تعويض المتعاقد عن الضرر الذي لحق به من جراء إخلال الإدارة بالتزاماتها

(١) إن قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان العراق رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨) قد مضى قدماً في تطوير اختصاص محكمة القضاء الإداري في الإقليم حيث وسع من دائرة اختصاصها ليشمل (الطعون الانتخابية والطعون المتعلقة بالجنسية، وطلبات التعويض عن القرارات الإدارية والطعون في القرارات الإدارية النهائية الصادرة في قضايا الضرائب والرسوم، وطعون الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية إلا أنه يؤخذ على نص المادة (١٣) منه والتي حددت اختصاصات المحكمة المذكورة بأنها أخرجت المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية من دائرة اختصاصها كما أن التعويض قد تم قصره على القرارات الإدارية المخالفة للقانون دون الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة ولعل المشرع في كردستان قد تركها لاختصاص القضاء العادي وبذلك يكون اختصاص القضاء الإداري في كردستان العراق غير شمولي شأنه شأن القضاء الإداري في المركز، لمزيد من التفصيل انظر د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ١٤٦ وما بعدها، وص ١٥٥ وما بعدها.

التعاقدية بل أن المتعاقد مع الإدارة يستطيع إقامة دعوى أمام قاضي العقد وهذه الدعوى تنتوع صورها تبعاً للهدف الذي يبتغيه رافع الدعوى وهذا ما سنوجزه في النقاط الآتية :

أولاً : دعوى بطلان العقد :

إذا كانت الدعوى موجهة نحو عيب من العيوب التي تصيب العقد في أركانه وشروطه فإن قاضي العقد هو القاضي المختص بنظر هذه الدعوى وليس قاضي الإلغاء لعدم وجود قرار إداري يكون محلاً للطعن فيه بالإلغاء ولا يستطيع غير المتعاقد رفع هذه الدعوى لأنه أجنبي عن العقد، والبطلان هو جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه فينهار العقد تبعاً لانتهيار ركن من أركانه ويعتبر كأنه لم يقد أصلاً^(١)، وهذا هو اتجاه القضاء الإداري في فرنسا ومصر حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها صدر عام (١٩٥٦م) إلى القول (... لا يجوز له إلا أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أي قوة في الإلزام...)^(٢).

ثانياً : دعوى الحصول على المستحقات أو المبالغ المالية :

هذه الدعوى يستهدف فيها المتعاقد مع الإدارة في الغالب الحصول على مستحقاته المالية المترتبة بموجب العقد والتي هي في صورة ثمن أو أجر أو تعويض عن أضرار لحقت بالمتعاقد أو التأمينات النهائية المحجوزة لدى الإدارة رغم انتهاء تنفيذ العقد.

(١) يجب التفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم والأخير هو العقد الذي انعدم أحد أركانه فينعدم وجود العقد مادياً وقانونياً في حين أن العقد الباطل توافرت فيه أركانه إلا أن أحد هذه الأركان مختل لتخلف شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقيامه كما لو كان المحل أو السبب غير مشروع فهنا يكون للعقد وجود مادي لكنه يبطل لاعتبار قانوني، انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص ٤٦٤ و ص ٤٦٥.

(٢) حكمها في (١٨ / نوفمبر/ ١٩٥٦) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٨٩، وكذلك أشار إليه د. محمد وليد العبادي، المصدر السابق، ص ١٩.

ثالثاً : دعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة إخلالاً بالتزاماتها التعاقدية :

هذه الدعوى تنتمي إلى القضاء الكامل بطبيعة الحال إذ ينصب طلب المتعاقد في هذه الدعوى على إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على خلاف التزاماتها الواردة في شروط العقد ومثل ذلك القرارات الصادرة بمصادرة التأمينات وسحب العمل وفرض الغرامات التأخيرية وغيرها من القرارات الصادرة تنفيذاً للعقد وتمتاز بطابعها الحقوقي وتدخل في نطاق العقد وتتولد عنه وقد عبرت محكمة القضاء الإداري في مصر عن هذا النوع من التصرفات بالقول (... أن ما يصدر من القرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه فهي منازعة حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل...)^(١).

وتقول في حكم آخر لها (... فإذا كان الإلغاء مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان الإلغاء مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أما محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء...)^(٢).

وفي الأردن نلاحظ أن قرارات الإدارة المتعاقدة الصادرة بفرض الجزاءات وفقاً لشروط العقد اعتبرت محكمة العدل العليا من قبيل التصرفات التعاقدية وليس من

(١) حكمها في (١٨/ نوفمبر/ ١٩٥٦) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٩٠.

(٢) حكمها في (٢٩/ ديسمبر/ ١٩٥٧) أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، المصدر نفسه، ص ١٩١، كذلك ذهبت محكمة العدل العليا الأردنية إلى القول (... لقد اتفق اجماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية...) حكمها رقم (٧٩/٤٠)، العدد (٣)، سنة (١٩٨٠)، ص ٢٧٥، أشار إليه أ. د. نعمان أحمد الخطيب، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في خمسة وعشرين عاماً، (١٩٧٢ - ١٩٩٧)، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ط ١، (٢٠٠١)، ص ٥٢٣.

قبيل القرارات الإدارية حيث ذهبت محكمة العدل العليا في حكمها الصادر (١٩٧٨) إلى القول (... إن قرار القائد العام للقوات المسلحة بشراء اللوازم التي تقصر الشركة المستدعية عن توريدها وذلك بالممارسة وبالشكل الذي يبرئيه مستنداً لنصوص العقد هو تصرف عقدي وليس قراراً إدارياً ويكون الطعن فيه خارجاً عن اختصاص محكمة العدل العليا...)^(١).

رابعاً: دعوى فسخ العقد:

إذا كانت ضرورات المرفق العام ومقتضيات المصلحة العامة تقضي بأن الإدارة تملك سلطة الإنهاء الإفرادي للعقد من جانبها فإن المتعاقد مع الإدارة لا يملك بالمقابل مثل هذه السلطة ومن ثم فإن للمتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى قاضي العقد طلباً لفسخ العقد^(٢)، فمبادئ العدالة تقضي بأن لا يجبر المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ العقد مع وجود إخلال جسيم من جانب الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية عملاً بالمبدأ المعروف (لا تكليف بمستحيل) وتطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية في العقود الإدارية^(٣)، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر عام (٢٠٠٧) إلى القول (... مما يدل على أن الجهة الإدارية قد استنفدت الموعد من بدء العملية وإصدار أمر التشغيل في (١٩٩٤/٥/٥) وانتهائها في خلال اثني عشر شهراً دون تسليم الموقع للمقاوم مما يشكل إخلالاً منها بأحكام العقد مما يجعل طلب المقاوم أمام محكمة القضاء الإداري المطعون على حكمها بفسخ العقد لإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها قائماً على أساس صحيح من القانون

(١) حكمها المرقم (١٧/١٠٦) مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٧٨)، ص ٩٥٣، أشار إليه د. محمد وليد العبادي، المصدر السابق، ص ٢١.

(٢) الفسخ هو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه، وهو بهذه المثابة يفترض قيام العقد صحيحاً وترتب عليه التزامات إلا أن أحد الأطراف أخل به ويطلب الطرف الآخر فسخه فإذا أوجب طلبه انحلال العقد واعتبر كأنه لم يوجد أصلاً، انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص ٤٦٥، وقد حاول جانب من الفقه التمييز بين الفسخ والتفاسخ والتقاليل لمزيد من التفصيل انظر د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص ١١١.

(٣) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٥٥.

مما يتعين معه الحكم بفسخ العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار...^(١)، وقضت في حكم اخر لها صدر في (٢٠٠٧/١/٦) بالقول (... فإن المستقر في الفقه والقضاء أن تنفيذ العقود أياً كان نوعها يجب أن يقوم على أساس من حسن النية بين أطرافه وإذا كان ذلك أمراً بين الأطراف فإنه يكون أوجب حينما تكون جهة الإدارة طرفاً في التعاقد إذ يجب عليها أن تكون مثلاً في احترام التزاماتها العقدية ولأنها مطالبة أصلاً باحترام القواعد والإجراءات القانونية التي تحكم نشاطها مما يحقق العدالة والمساواة بين المتعاملين معها ويؤكد مصداقية الإدارة والنزول على متطلبات الأحكام القانونية المنظمة لتعاملاتها مع الغير...^(٢).

ومما استقر عليه القضاء الإداري في مصر أن الفسخ القضائي كجزاء للمتعاقد المخل بالتزاماته لا يوقع من قبل القضاء المذكور إلا إذا أثبت المتعاقد مع الإدارة ائتمارها لخطأ عقدي جسيم ومن صور الإخلال العقدي الجسيم عدم تمكين الإدارة للمتعاقدين المباشرة بالتنفيذ أو عدم صرف مستحقات المتعاقد أو التأخر في صرفها إلى درجة يصبح معها المتعاقد عاجزاً عن الوفاء بالتزامه التعاقدية^(٣). وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها صدر عام ٢٠١١ جاء فيه (.. تعد الجهة التي تأخرت في صرف السلف ... وتأخرها في تسليم موقع العمل وعدم مراعاتها للظروف الأمنية التي أدت لتوقف العمل قد أخلت بالتزامها التعاقدية وبالتالي تكون شروط دعوى طلب الفسخ متحققة ويستحق الطرف الثاني التعويض...^(٤)).

(١) حكمها في الطعن المرقم (١١٤٥٥، ١١٧٠٥)، لسنة (٤٧ ق عليا)، جلسة (٢٠٠٧/٣/٥)، أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ٦٧.
(٢) حكمها في الطعن المرقم (١٣٨٠٨) لسنة (٥١ ق)، جلسة (٢٠٠٧/١/٦) أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ٢٠٢.
(٣) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٥٦.
(٤) قرارها المرقم (٥٣٨/هيئة عامة/٢٠١٠) في ٢٨/٨/٢٠١١ منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة ٤، العدد الثاني، نيسان - أيار - حزيران، ٢٠١٢، ص ٢١١.

خامساً: دعوى التعويض:

إن التعويض يعتبر أثراً من الاثار المترتبة على ثبوت مسؤولية الإدارة التعاقدية وإذا كان فسخ العقد لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية يتطلب صدور إخلال جسيم من جانبها في التزاماتها التعاقدية فإن طلب التعويض لا يستوجب صدور إخلال جسيم من جانب الإدارة المتعاقدة فللمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عن أخطاء الإدارة سواء أكانت جسيمة أم يسيرة إلا أن عبء إثبات الضرر الذي لحقه من خطأ الإدارة يقع على عاتقه^(١)، والتعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد لا يستحق تلقائياً بمجرد فسخ العقد بسبب إخلال الإدارة الجسيم وإنما يتعين على المتعاقد اللجوء لقاضي العقد للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة خطأ الإدارة التعاقدية ويجب أن يكون مقدار التعويض مكافئاً لمقدار الضرر ولا يؤدي إلى اثناء المتعاقد على حساب الإدارة^(٢) وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم صدر لها عام (٢٠٠٦) بالقول (... ومن حيث أنه يخلص مما تقدم أن الجهة الإدارية بتراخيها في تسليم الطاعن إذن وتصاريح مواد البناء المدعمة يعد إخلالاً جسيماً من جانبها بتنفيذ التزامها التعاقدية سالف الذكر مما يشكل خطأً عقدياً ويرتب مسؤولية التعويض الكاملة وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية وقد ترتب على قيام ركن الخطأ اضرار مباشرة أصابت الطاعن تمثلت في تحمله عند شرائه مواد البناء المذكورة فروق الأسعار بين السعر المدعم والسعر الحر وتعتبر هذه الاضرار من قبيل الاضرار المرتبطة بعلاقة سببية مباشرة مع ذلك الخطأ العقدي الأمر الذي يتعين معه تعويض المقاول عما أصابه من أضرار بسبب ذلك متى توافرت أركان

(١) ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول (... من حيث أن الفصل في طلب التعويض يتطلب البحث عن مدى توافر أركان التعويض في طلب الشركة الطاعنة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية... حكمها في الطعن رقم (٨٦٧٥)، لسنة ٤٨ ق، (عليا) جلسة (٢٠٠٧/٤/١٠)، أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ١٩١.

(٢) انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٥٨، كذلك انظر نفس المؤلف، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، المصدر السابق، ص ٢١٩ وما بعدها.

المسؤولية العقدية على أن يكون حقه في التعويض قاصراً على تغطية الزيادة في الأسعار السوقية الجارية لمواد البناء أيام التنفيذ الفعلي...^(١).

وأخيراً لا بد من أن نشير ولو بصورة مختصرة إلى اتجاهات القضاء الإداري وخصوصاً في فرنسا بخصوص فرض الغرامة الإكراهية على الإدارة المتعاقدة المخلة بالتزاماتها وهو اتجاه حديث نسبياً فمن المعروف أن القاضي الإداري يستطيع إبطال قرارات الإدارة والحكم عليها بالتعويض إذا ما ترتب على قراراتها الإدارية وأعمالها المادية ضرر يصيب الغير، ولكنه -أي القاضي الإداري- لا يمكنه أن يمس الإدارة بحرية المبادرة، بأن يوجه الإدارة بالقيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام بعمل ما بصورة مباشرة أو تحت طائلة غرامة الإكراه^(٢)، فمفهوم الغرامة الإكراهية وإن كان مكرساً في القانون المدني إلا أنه ظل محرماً لدى القضاء الإداري لأنها تصطدم مع مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ عدم جواز توجيه أوامر إلى الإدارة^(٣) ومبدأ استمرار المرافق العامة ومبدأ التنفيذ المباشر ومبدأ عدم قابلية الأموال العامة للحجر أو التنفيذ الجبري حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض تطبيق الغرامة التهديدية على

(١) حكمها في الطعن المرقم (٣٨٥٥)، لسنة (٤٢ ق عليا)، جلسة (٢٠٠٦/١/٧)، أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ٢٣٠.

(٢) عرف العلامة (Esmein) الغرامة الإكراهية بأنها (وسيلة لإكراه المدين على القيام بعمل أو التنفيذ الكامل والسريع لموجباته باستعمال وسيلة إكراه نسميها الغرامة الإكراهية)، وعرفتھا السيدة (Tercinet) بأنها إدانة معلنة من القاضي بدفع مبلغ من المال عن كل يوم تأخير لحمل الإدارة على تنفيذ الشيء المحكوم به) وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة غرامة الإكراه فالبعض يراها (جزاء) والبعض يراها أمراً يصدر من القضاء إلا أن الفقه قد اتفق على أن الغرامة الإكراهية هي إدانة مالية تحسب عن كل وحدة زمنية (يوم، شهر) تأخير وهي تفرض من القاضي لضمان تنفيذ قراراته، لمزيد من التفصيل انظر عباس محمد نصر الله، الغرامة الإكراهية والأوامر في التنازع الإداري، دراسة قانونية مقارنة، منشورات مكتبة الاستقلال، لبنان، بيروت، ط ١، (٢٠٠١)، ص ١١ وما بعدها، وحول سلطة القاضي في توجيه الأوامر للإدارة انظر د. سرمد رياض عبد الهادي، الأبعاد القانونية لدور القاضي الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، (٢٠٠٩)، ص ١٤٧ وما بعدها.

(٣) تضمنت الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العديد منها توجيه أوامر للإدارة وعدم الاكتفاء بإلغاء قرارات الإحالة حيث جاء في حكم لها (.. قررت هذه المحكمة إلغاء قرار الإحالة المرقم (١٨٤٠) في ٢٠١٠/١١/١٧ والصادر من المعارض عليه إضافة لوظيفته بشأن إحالة المناقصة (٢٠١٠/٣) الخاصة بمشروع تنفيذ محطة المعالجة المركزية لمجاري الرميثة مع إلزامه بإحالتها إلى المعارض إضافة لوظيفته ..) قرارها (٢٤/إدارية/تخطيط/٢٠١٠) انظر التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، إعداد المحامي خليل ابراهيم المشاهدي، والقاضي شهاب أحمد ياسين، ٢٠١٢، ص ٩.

شخص من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص إذا كان يدير مرفقاً عاماً، إلا أن المشرع الفرنسي قد نقل مفهوم الغرامة الإكراهية من نطاق القانون المدني إلى نطاق القانون الإداري بإصداره قانون (١٦/تموز/١٩٨٠م) والمتعلق بالغرامة الإكراهية في القضايا الإدارية وتنفيذ الأحكام القضائية من قبل أشخاص القانون العام حيث أجاز القانون المذكور لمجلس الدولة الفرنسي إكراه الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية باعتبار الغرامة وسيلة من الوسائل التي يمتلكها القاضي الإداري في تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر عنه ثم تلاه قانون رقم (٨٧/٥٨٨) في (٣٠ تموز/١٩٨٧م) الذي أجاز فرض غرامة إكراهية على أشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة مرفق عام ثم تلاه القانون رقم (٩٥/١٢٥) في (٨/شباط/١٩٩٥م) المتعلق بتنظيم القضاء والأصول المدنية والجزائية والإدارية والذي تضمن تعديلات على مادة الغرامة الإكراهية وأعطى للقاضي الإداري عندما يفرض الحكم على الشخص العام أو الشخص الخاص المكلف بإدارة مرفق عام أن يحدد كيفية التنفيذ ومهلة التنفيذ^(١)، وأن يوجه أوامر بدفع غرامة إكراهية مع تحديد مهلة للتنفيذ^(٢)، كما أعطى القانون المذكور لمجلس الدولة الفرنسي أن يحكم ولو بصورة تلقائية بغرامة إكراهية على الأشخاص المعنويين من القانون العام أو أشخاص القانون الخاص المكلفين بإدارة مرفق عام، وذلك بهدف تنفيذ الحكم^(٣) وتكون الغرامة الإكراهية مؤقتة أو نهائية وهي مستقلة عن العطل والضرر^(٤)، وجدير بالإشارة إليه أن المشرع اللبناني قد أدخل الغرامة الإكراهية إلى مجال القضاء الإداري بموجب القانون (٩٣/٢٥٩) في (٦/١٠/١٩٩٣) الذي عدل نص المادة (٩٣) من نظام مجلس شورى الدولة اللبناني والتي حولت مجلس شورى الدولة اللبناني بفرض غرامة إكراهية على السلطات الإدارية والشخص المعنوي في القانون

(١) المادة (1 - 911 - L) و(2 - 911 - L) من القانون اعلاه.

(٢) نصت المادة (3 - 911 - L) من القانون اعلاه على أن (يحق للمحكمة الواضحة يدها على دعوى تنفيذ الحكم أن توجه أوامر، وفقاً للمادتين اعلاه بدفع غرامة إكراهية، تلفظه بنفس الشروط الملحوظة في هذا الفصل وتحدد مهلة للتنفيذ).

(٣) المادة (5 - 911 - L) من القانون اعلاه.

(٤) المادة (6 - 911 - L) من القانون اعلاه.

العام إذا تأخر عن التنفيذ دون سبب وبناءً على طلب المتضرر^(١)، مما تقدم فالغرامة الإكراهية ليست تعويضاً ولا طريقاً للتنفيذ المباشر ولكنها وسيلة قضائية لإجبار الإدارة الممتنعة على تنفيذ أحكامها القضائية ويمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى طلب الغرامة الإكراهية كوسيلة للضغط على الإدارة.

(١) ولمزيد من التفصيل حول أساس الغرامة الإكراهية وخصائصها والشروط الشكلية لقبول طلب الغرامة الإكراهية وحالات امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري انظر عباس محمد نصر الله، المصدر السابق، ص ١٤ وص ٣٨ وص ٥٠ وما بعدها، كذلك انظر د. محمد باهي يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (٢٠٠١)، ص ١٠٣ وص ١٠٤، وحول استخدام التهديد المالي من قبل القضاء الإداري، انظر أنسام فالح الأحمدى، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري. رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، (٢٠٠٦)، ص ١٢٥.

قائمة المراجع

أولاً : القرآن الكريم.

ثانياً : المعاجم والقواميس.

- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ٢٠٠٨، باب الدال، فصل العين.

ثالثاً : الكتب القانونية العامة.

١. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة (١٩٤٦م)، مكتبة الفلاح، ط١، ١٩٨١م.
٢. د. أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)، ط١، ٢٠٠١م.
٣. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣م.
٤. أميل شعيب، نظرية الموجبات والعقود، ج١، مصادر الموجبات، بيروت، ١٩٩٨م.
٥. د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ٢٠١١م.
٦. د. ثروت بدوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٦٣م.
٧. د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
٨. د. جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعياري تمييز العقد الإداري في القانون الفرنسي والمصري، الطرق والمعايير التقليدية، الاتجاهات الحديثة في التشريع والقضاء والفقه، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.

٩. د. حامد الشريف، مبادئ الفتاوى الإدارية، ج ٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١م.
١٠. د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
١١. حسين درويش، النظرية العامة للعقود الإدارية، ج ٢، ١٩٥٨م.
١٢. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دراسة تحليلية تأصيلية لصور خطأ الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية على ضوء أحدث أحكام ومبادئ مجلس الدولة، ط ١، ٢٠٠٢م.
١٣. د. حنا نده، القضاء الإداري في الأردن، ١٩٧٢م.
١٤. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك ٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط ١، ١٩٩٧م.
١٥. د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الأردن، ط ١، عمان، ١٩٩٣م.
١٦. المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٨م، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠٠٩م.
١٧. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢م.
١٨. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج ٢، مجموعة صادر، ط ٤، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
١٩. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٠م.
٢٠. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط ١، ١٩٩٤م.

٢١. رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٥م.
٢٢. د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩م.
٢٣. زهدي يكن، القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري والنظرية العامة للمرافق العامة والعقود الإدارية والتنظيمات الإدارية، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة طبع.
٢٤. د. سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.
٢٥. د. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠م.
٢٦. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨م.
٢٧. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦م.
٢٨. د. سليمان مرقس، نظرية العقد، ١٩٥٦م.
٢٩. المستشار سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٩١م.
٣٠. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، ١٩٤٩م.
٣١. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، ك٢، ط١، ١٩٨٠م.
٣٢. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط٣، دار العلم للملايين، ١٩٨٣م.
٣٣. د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨م) المعدل، المشاكل والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٣٤. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.
٣٥. د. طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨م.
٣٦. د. طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦م) المعدل، مكتبة السنهوري، ٢٠٠٩م.
٣٧. عباس محمد نصر الله، الغرامة الإكراهية والأوامر في التنازع الإداري، دراسة قانونية مقارنة، منشورات مكتبة الاستقلال، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠١م.
٣٨. د. عبد الباقي البكري وزهير طه البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد، كلية القانون، بيت الحكمة، بدون سنة طبع.
٣٩. الأستاذ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، مطبعة الزهراء، بغداد، بدون سنة طبع.
٤٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في القانون المدني، القاهرة، ١٩٦٦م.
٤١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية مصادر الالتزام، ١٩٥٢م.
٤٢. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، المجلد الثاني، القاهرة، ١٩٨٢م.
٤٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، بدون سنة طبع.
٤٤. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج١، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
٤٥. د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في البلاد العربية، دار الفكر، بدون سنة طبع.

٤٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، الإثبات المباشر، الإثبات غير المباشر، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٨م.
٤٧. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام - التنفيذ - المنازعات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧م.
٤٨. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م.
٤٩. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف في الاسكندرية، ط١، ٢٠١١م.
٥٠. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف في الاسكندرية، ٢٠٠٩م.
٥١. القاضي عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مطبعة أنوار دجلة، ط١، ٢٠١٠م.
٥٢. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف في الاسكندرية، ٢٠٠٣م.
٥٣. د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، ١٩٧٦م.
٥٤. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة، ١٩٨٤م.
٥٥. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧م.
٥٦. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٥م.
٥٧. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ك١، مصادر الالتزام، العقود والعهود، بدون سنة طبع.

٥٨. د. عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام القانونية للاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، طبقاً لأحكام قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤م)، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٨م.
٥٩. د. عبد جمعة موسى الربيعي، المتطلبات القانونية لإبرام العقود التجارية، الوطنية والدولية للبضائع، بغداد، ٢٠٠٩م.
٦٠. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية، ط١، ٢٠٠٨م.
٦١. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية، ط١، ٢٠٠٨م.
٦٢. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
٦٣. د. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٠م.
٦٤. د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام بيع وإيجار أموال الدولة، دراسة في ضوء القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦م) والتطبيقات القضائية والعملية وقرارات مجلس شوري الدولة، مطبعة الخيرات، بغداد، ٢٠٠٠م.
٦٥. د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دراسة قانونية مقارنة عن مجالس الدولة والهيئات التي تتولى القضاء الإداري وتقديم الاستشارات والفتاوى القانونية وإعداد التشريعات وصياغتها في الدول العربية وتركيا وفرنسا، دار الثقافة للتوزيع والنشر في الأردن ودار الكتب العلمية في بيروت، ط١، ٢٠١٢م.
٦٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس شوري الدولة، الماضي والحاضر والمستقبل، ط١، ٢٠٠٩م.
٦٧. د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٨م.
٦٨. د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج١، ط١، بيروت، ٢٠١١م.

٦٩. د. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بغداد، كلية القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٣م.
٧٠. د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦م.
٧١. أ.د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط١، ٢٠٠٨م.
٧٢. أ.د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥م) في الميزان، ط١، ٢٠٠٨م.
٧٣. فخر الدين الحسيني، عقد المقاوله في القانون المدني العراقي، ط١، مكتبة النهضة، بغداد، ١٩٨٤م.
٧٤. د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٧٦م.
٧٥. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ج٢، بدون سنة طبع.
٧٦. د. ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، ٢٠٠٧م.
٧٧. د. ماجد راغب الطلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢م.
٧٨. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مطبعة جامعة دهوك، ط٣، ٢٠١٠م.
٧٩. د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مركز أبحاث القانون المقارن، أربيل، ط١، ٢٠١٠م.
٨٠. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، ٢٠٠٩م.
٨١. د. محمد باهي يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠١م.
٨٢. محمد دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٠م.

٨٣. محمد سلام مذكور، الفقه الإسلامي، المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٥٤م.
٨٤. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك٢، نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م.
٨٥. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، ١٩٩٣م.
٨٦. د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٠م.
٨٧. د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
٨٨. د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، ط٢، القاهرة، ٢٠١٠م.
٨٩. د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دراسة مقارنة في التشريع والفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٢م.
٩٠. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، ١٩٧٧م.
٩١. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، القاهرة، ١٩٦٠م.
٩٢. المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام (٢٠٠٥م)، ج٣، مجلس الدولة قاضي القانون العام، بدون سنة طبع.
٩٣. د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط٢، القاهرة، ١٩٧٧م.
٩٤. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، ط١، ٢٠١٠م.
٩٥. د. محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها، دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط١، ١٩٩٨م.

٩٦. د.محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط٣، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
٩٧. د.محي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية، شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٥م.
٩٨. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، ومجلس الدولة، ج١، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨م.
٩٩. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج١، ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م.
١٠٠. د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٨٨م.
١٠١. د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
١٠٢. د. منير الوتري، العقود الإدارية وانماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٩م.
١٠٣. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٥م.
١٠٤. القاضي موفق علي العبدلي، آثار خطاب الضمان، بغداد، ٢٠١٠م.
١٠٥. د. نعمان أحمد الخطيب، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في خمسة وعشرين عاماً، (١٩٧٢ - ١٩٩٧م)، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ط١، ٢٠٠١م.
١٠٦. د. نواف كنعان، القانون الإداري، ك٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.
١٠٧. هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٩م.
١٠٨. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، ج٢، ط٢، ١٩٩٨م.

١٠٩. د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج ١، منشورات صادر الحقوقية، ط ٣، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.

رابعاً : الأطاريح والرسائل الجامعية :
- الأطاريح الجامعية :

١. د. ثروت بدوي، فعل الأمير، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس، ١٩٥٤م.
٢. د. حسن ضياء الخخالي، نظرية الضرورة كإستثناء يرد على سمو الدستور، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الكوفة، ٢٠٠٦م.
٣. د. حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٤م.
٤. د. سرمد رياض عبد الهادي، الأبعاد القانونية لدور القاضي الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٩م.
٥. د. سليمان براك دايع الجميلي، الشروط التعسفية في العقود، دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢م.
٦. د. عامر محمد علي، سلطة الإدارة في تنفيذ المشاريع الكبرى، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨١م.
٧. د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧م.
٨. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩م.
٩. د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٤م.

- الرسائل الجامعية :

١. أنسام فالح الأحمدى، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٦م.
٢. حميد فيصل الدليمي، خضوع العقد لقانون الإرادة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ١٩٩٨م.
٣. خالد مرموص الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٨٧م.
٤. راقية عبد الجبار علي، إقالة العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥م.
٥. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٥م.
٦. سعدون عنتر نصيف، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٠م.
٧. سلمى طلال عبد الحميد، آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٦م.
٨. طاهر طالب التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٦م.
٩. عمر سالم محمد الزبيدي، المسؤولية السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٦م.
١٠. محسن عبد المنعم هادي الزبيدي، ضمانات توازن العقد القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٧م.
١١. محمد حسن جاسم، النظام القانوني لإبرام عقد الاشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٦م.
١٢. محمد عبد الله حمود الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣م.
١٣. محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١م.

١٤. مصدق عادل طالب، الإضراب المهني للعمال وآثاره، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥م.

خامساً : البحوث القانونية :

١. أحمد طلال عبد الحميد، أثر حالة الطوارئ في توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية، مجلة القانون والقضاء، العدد السابع، ٢٠١١م.

٢. القاضي بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة، ٢٠١١م.

٣. د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٣ و ٤، السنة ٢٧، ١٩٥٧م.

٤. حميد يونس، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، دراسة قانونية مقدمة إلى وزارة التخطيط، ١٩٧٠م.

٥. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، النظام القانوني لإدراج المقاولين والشركات المخلة بالتزاماتها التعاقدية في القائمة السوداء، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء، العدد الرابع، ٢٠١٠م.

٦. محمد السيد زهران، الشروط الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القضاء الفرنسي، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الثانية عشر، ١٩٦٨م.

٧. أ.د. محمد علي الطائي، الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الأول والثاني والثالث والرابع، السنة السابعة والثلاثون، ١٩٨٢م.

٨. أ.د. محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، سنة ٣٩، ١٩٨٤م.

٩. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان العدد الثاني، ١٩٩٨م.

سادساً : المجموعات التشريعية والقضائية :

١. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً من سنة ١٩٥٥ ولغاية ١٩٧٠م.
٢. صبحي سلوم، موسوعة العقود، ج١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٩١م.
٣. الأحكام الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي، تأليف مجموعة من الباحثين الفرنسيين، ترجمة د. أحمد يسري، ط١٠، منشأة المعارف في الاسكندرية، ١٩٩٥م.
٤. المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف في الاسكندرية، ١٩٩٨م.
٥. المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٦ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨م) - ط٢، بغداد، ٢٠٠٩م.
٦. قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام (٢٠٠٨م)، صادرة عن وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، بغداد، ٢٠٠٨م.
٧. التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، إعداد القاضي شهاب أحمد ياسين رئيس المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية والمحامي خليل إبراهيم المشاهدي، ٢٠١٢م.

سابعاً : المجلات والنشرات القضائية :

١. مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الأول والثاني، السنة الرابعة، ١٩٦٥م.
٢. مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة، ك١، ١٩٦٦م.
٣. مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، ١٩٦٩م.
٤. مجلة محكمة التمييز، المجلد الثالث، ١٩٦٩م.
٥. النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١م.
٦. النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٣م.
٧. مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، (نيسان - آيار - حزيران)، ٢٠٠٩م.

ثامناً : القوانين :

١. القانون رقم (١٢٩) لسنة (١٩٤٧م) بشأن التزام المرافق العامة في مصر.
٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨م).
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م).

٤. قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (١٥٧)، لسنة (١٩٧٣م).
٥. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦م).
٦. قانون تحصيل الديون الحكومية رقم (٥٦) لسنة (١٩٧٧م).
٧. قانون مجلس شوري الدولة المرقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩م) المعدل.
٨. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠م).
٩. قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦م) المعدل.
١٠. القانون المدني الفرنسي، مجموعة دالوز، باريس، (١٩٨٧م).
١١. قانون تنظيم الاستثمار المعدني، رقم (٩١) لسنة (١٩٨٨م).
١٢. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨م) المعدل.
١٣. قانون الاستثمار المرقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦م) المعدل.
١٤. قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة (٢٠٠٧م).
١٥. قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان العراق رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨م).
١٦. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة (٢٠١٠م).
١٧. قانون ديوان الرقابة المالية رقم (٣١) لسنة (٢٠١١م).
١٨. قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة (٢٠١١م).

تاسعاً : الأوامر والقرارات :

١. قرار مجلس قياد الثورة (المنحل) رقم (١٣) في (٢١ / ٦ / ١٩٦٩م).
٢. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٣٣٣) في (٤ / ١٢ / ١٩٨٤م).
٣. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة (٢٠٠٤م) قانون العقود الحكومية.

٤. قرار مجلس الوزراء رقم (٨٠) في (٢٣ / ٣ / ٢٠١١م).
٥. قرار مجلس الوزراء رقم (٥٦) في (١٤ / ٢ / ٢٠١٢م).

عاشراً : الأنظمة واللوائح والتعليمات :

١. نظام اللوازم الأردني رقم (٣٧) لسنة (١٩٧٨م).
٢. نظام الأشغال الحكومية الأردني رقم (٧١) لسنة (١٩٨٦م).

٣. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م) المعدلة الصادرة عن وزارة التخطيط.
٤. شروط المقولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م) المعدلة والصادرة عن وزارة التخطيط.
٥. نظام اللوازم الأردني رقم (٣٢) لسنة (١٩٩٣م).
٦. اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨م) المعدل.
٧. لائحة العقود الإدارية الليبية رقم (٢٦٣) لسنة (٢٠٠٠م).
٨. التعليمات الحسابية الخاصة بالأعمال التي يتقرر تنفيذها أمانة رقم (٧) لسنة (٢٠٠١م) الصادرة عن وزارة التخطيط.
٩. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨م) المعدلة.
١٠. نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة (٢٠٠٩م).
١١. تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة (٢٠٠٩م).
١٢. تعليمات التنفيذ المباشر رقم (٣) لسنة (٢٠١١م).

حادي عشر : المحاضرات :

- أ. د. غازي فيصل مهدي، دعوى الإلغاء محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا، الماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين للعام الدراسي (٢٠١٠ - ٢٠١١م).

ثاني عشر : المواقع الإلكترونية :

- د. محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :

www.ArabLawinfo.Com