Kirkuk University Journal of Humanities Studies

مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية

https://kujhs.uokirkuk.edu.iq/

The Role of Commutative Justice in the Rights of the Administrative Body

(Responsible Author) Ahmad Deylami

Associated Professor / Department of Private Law / Faculty of Law / University of Qom / Qom / Iran /

A-Deylami@Qom.ac.ir

Mansour Saeed Al Yaqoubi

Ph.D Student / Department of public Law / Faculty of Law / University of Qom / Qom / Iran

Mansour@gmail.com

تاريخ الارسال 2024-10-22 تاريخ التعديل 2024-11-3 تاريخ القبول : 2024-11-6

Abstract

Commutative justice is usually within the scope of the contract binding on both parties, as it is within the relationship of the two parties to the contract with what it generates of rights and duties, as the goal of compensatory justice is to achieve a balance between the benefits for each party to the contract or between the mutual performances. It is described as reciprocal because it is an exchange of things and services between individuals, i.e. the exchange between the reciprocal performances, and there must be equivalence and proportionality between what each party gave and what each party took from the other. It is no secret that there are rights for both parties to the contract that must be taken into account by the administrative authority in the first degree and by the contractor in the second degree, and there are many rights guaranteed to the administrative authority according to compensatory justice, Due to the importance of this topic, we conducted a study according to the descriptive-analytical approach to shed light on the topic of the role of compensatory justice in the rights of the administrative authority The research aims to clarify the powers possessed by the contracting administration or employer as it monitors the implementation of the contractor's obligations to ensure that this implementation is carried out according to the established conditions, Among those rights it enjoys are the right to monitor the implementation of contracts and the right to impose penalties in the event of a breach of work, in addition to the right to amend contracts by unilateral will The study concluded that the administrative authority has the right to temporarily stop the implementation of works as required by the public interest, and that the control represented by supervision and guidance has a great impact on the implementation of the administrative contract, which leads to disruption of the balance of the financial contract.

Keywords: Commutative Justice, Monitoring the Implementation of Contracts, Amending Contracts, Unilateral Will.

دور العدالة المعاوضية في حقوق الجهة الإدارية

د. احمد ديلمى
جامعة قم
كلية القانون
–Deylami@Qom.ac.ir

منصور سعيد اليعكوبي
جامعة قم
كلية القانون
Mansour@gmail.com

الملخص

عادة ما تكون العدالة المعاوضية في نطاق العقد الملزم للطرفين، اذ انها تكون ضمن علاقة طرفي العقد بما يولده من حقوق وواجبات ، اذ يكون هدف العدالة المعاوضيه تحقيق التوازن بين المنافع لكل من طرفي العقد أو بين الأداءات المتبادلة، ووصفت بالتبادلية لانها تكون بمبادلة الاشياء والخدمات بين الافراد ، أي المبادلة بين الاداءات المتقابلة ويجب أن يتحقق التعادل والتناسب بين ما أعطى وما أخذ كل طرف من طرفيه. لا يخفى أن هناك حقوق لطرفي العقد يجب مراعاتها من قبل الجهة الإدارية في الدرجة الاولة، ومن قبل المقاول في الدرجة الثانية، وهناك العديد من الحقوق المكفولة للجهة الإدارية وفق العدالة المعاوضية، ولأهمية هذا الموضوع قمنا بدراسة وفق المنهج الوصفي– التحليلي لتسليط الضوء على موضوع دور العدالة المعاوضية في حقوق الجهة الإدارية حيث يهدف البحث إلى تبيين السلطات التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة أو رب العمل حيث تراقب تنفيذ المتعاقد معها التزاماته للتاكد من أن هذا التنفيذ يجري بحسب الشروط الموضوعة، ومن تلك الحقوق التي تتمتع بها هي حق مراقبة تنفيذ العقود وحق توقيع الجزاءات عند الاخلال بالعمل، إضافة إلى الحق في تعديل العقود بالارادة المنفردة وقد استنتجت الدراسة أنّ للجهة الإدارية الحق في وقف تنفيذ الأشغال بشكل مؤقت لما تقتضيه المصلحة العامة، كما ان الرقابة المتمثلة بالإشراف والتوجيه لها اثر كبير على تنفيذ العقد الإداري مما يؤدي للإخلال بتوازن العقد المالي.

الكلمات المفتاحية: العدالة المعاوضية، مراقبة تنفيذ العقود، تعديل العقود، الإرادة المنفردة.

مقدمة

لجهة الإدارة وفق العقد الإداري عدداً من الحقوق مثل الحق في مراقبة تنفيذ المتعاقد معها ما ينشأ عن العقد من التزامات وملاحقه، كما انّها تتمتع بسلطة الإشراف على المتعاقد وتوجيهه خلال تنفيذه للعقد عبر قيامها بإصدار أوامر ملزمة للقيام بعمل محدد أو عدم القيام بعمل معين، وهذا كله من اجل التحقق من التزامه بإنجاز ما تم علبه التعاقد بعينه، سواء في الجانب المالي أو في الجانب الفني لضمان تقديم أفضل الخدمات. كما تتمتع الإدارة عادة بسلطات استثنائية حين مراقبة المتعاقد معها أو توجيه، وكذلك جميع من يتعامل معه من اجل تنفيذ العقد، كما انّ لجهة الإدارة أن تمارس تلك السلطات سواء ورد فيها نص في العقد أو لم يرد. علماً أنّ جميع سلطات الإدارة واجبةالاتباع في العقد على اعتبار انها تخص المصلحة العامة فهي واجبة التنفيذ. كما انّ لها حق توقيع الجزاءات وهذا يعتبر اقوى امتيازات الادارة وليس شرطاً أن يرد ذلك الحق في متن العقد ، وهذا يعني أنّه يحق لها فرض جزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها من خلال إصدارها قرارات إدارية من دون أن تحتاج للللجوء إلى القضاء إذا ما تاخّر او امتنع عن انجاز العمل الذي التزم به بشكل كلي او جزئي. وهي ترمي من خلال ذلك ضمان تنفيذ المتعاقد معها التزاماته لتامين حسن سير المرفق العام، ومن أبرز تلك الجزاءات فسخ العقد وإنهاءه دون خطأ من المتعاقد، وسحب العمل منه وتنفيذه على حساب المتعاقد معها إضافة إلى غرامات التأخير، فمثلاً إذا أخلّ المتعاقد بالتزامه مع الإدارة إخلالاً جسيماً كان للإدارة الحق في سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه حتى لو قامت بتنفيذ التعاقد مع سواه، لكن إن لحقها ضرر حق لها الرجوع مع المتعاقد . كما أنه يحق لها تعديل العقد بالارادة المنفردة وبذلك يكون بإمكانها تعديله بالزيادةأو بالنقصان حتى لو لم يرد نص بذلك شريطة عدم تجاوز الالتزامات العشرة بالمائة، ولا تخفض عن عشرين بالمائة، فإن تجاوزت الحد تكون الإدارة ملزمةبالتعويض، وفلسفة هذا الحق المحافظة على سير المرفق العام باضطراد وانتظام، ويشترط ان تكون الاعمال الإضافية تلك محلاً للعقد لا تخرج عن مجاله. لذا قسم هذا البحث إلى مطلبين: المطلب الاول: مفهوم العدالة المعاوضية في العقود ويتضمن: الفرع الاول: تعريف العدالة المعاوضية. و الفرع الثاني: تعريف العقد. و المطلب الثاني:

دور العدالة في حقوق الجهة الإدارية. الفرع الاول: حق مراقبة تنفيذ العقود؛ و الفرع الثاني: حق توقيع الجزاءات عند الاخلال بالعمل؛ و الفرع الثالث: الحق في تعديل العقود بالارادة المنفردة.

1. أهمية موضوع الدراسة

تنبع أهمية موضوع من أهمية سير المرفق العام وحق الجهة الإدارية في مراقبة تنفيذ المتعاقد معها للعقد مما يمنحها بعض الحقوق في حال تخلفه عن تلك الالتزامات

2. أسباب اختيار موضوع الدراسة

إن من أهم الأسباب التي دعتني لاختيار هذا الموضوع توضيح العلاقة الدائمة والتلازم بين العدالة العقدية التبادلية وبين المنفعة المقصودة منه، وبين كل منهما من جهة وبين صور التغيير من جهة أخرى سواء أكان بالانقاص من جزء من اجزاء العقد أم الأضافة اليه

3. مشكلة موضوع الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في تحليل المسؤوليات والالتزامات التي ينبغي على المقاول أن يلتزم بها خلال تنفيذ المشروع، وتبيين العواقب القانونية اذا لم يلتزم المقاول بالتزاماته حيث يمكن للأطراف المعنية ان تتوقع المخاطر وتديرها بشكل أفضل مع ضمانسير العمل بمنتهى السهولة.

المطلب الاول: مفهوم العدالة المعاوضية في العقود

العدالة مفهوم واسع تمثل مفردة انسانية يطمح كافة أفراد المجتمع لبلوغها وتحقيقها حيث عمل الدين الاسلامي على تثبيت قيم العدالة والمساواة بين الناس وتعزيزها بحيث ربط كافة مناحي الحياة على أسس العدالة حيث عرّف الفقيه جاك غستان العدالة كالتالي: "إنّ العقد لا يكونإلزامياً ما لم يكن عادلاً" لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الأول تعريف عقد العدالة المعاوضية، والفرع الثاني تعريف العقد

الفرع الاول: تعريف العدالة المعاوضية.

تعدّ العدالة المعاوضية بمثابة تطبيق للعدالة التبادلية في العقود الادارية، كما أنّها تنشأ بناءً على التبادل بين الأداءات المتمثلة بالحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، مما يتطلب حصول كل طرف من أطراف العقد كعادل لما أعطى للطرف الثاني[1]

والعدالة المعاوضية مؤلفة من عنصرين هما العدل والتبادل، فالاول بمعنى الشهادة والحقيقة، كما أُعطي العدل والإنصاف معنى مساواة الشيء بالشيء. وعلم العدل هو العلم الذي نسبه علماء الغرب لعلم القانون فالعدالة التبادلية هي عدالة تحدد مقدار حقوق كل شخص بالضبط، وعلى النقيض من العدالة التوزيعية، فهي عدالة توزع الحقوق والواجبات والمسؤوليات المتساوية بين أفراد المجتمع بحيث يتم ضمان التوازن. وحكم المساواة في المعاملة مع من هم متساوون بموجب القانون. [2]

العدالة المعاوضية تقسم حسب التقسيم الذي تبناه الفيلسوف الاغريقي ارسطو الى صورتين بارزتين تختلف باختلاف اطرافها.

أولاً: العدالة التوزيعية: وهي التي تكون في نطاق علاقة الفرد بالجماعة السياسية المتمثلة بالدولة، على اعتبارهم أعضاء او مواطنين فيها من حيث توزيع الثروات والمنافع العامة و توزيع الأعباء بينهم، واساس العدالة هي المساواة ، وهي ليست هنا المساواة الحسابية ، فالعدالة التوزيعية أن يكون التوزيع بين الافراد بحسب ممتلكاتهم وقدراتهم وحاجاتهم، فهي المساواة التناسبية؛ بمعنى أنها تكون متساوية مع قدرات الفرد في المجتمع ومكانته والخدمة التي يقدمها للمجتمع[3] ، ويلاحظ

[1] منصور حاتم محسن، التغير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد 23 العدد 4 في 2015 ، ص 1678.

[2] منصور حاتم محسن، المصدر السابق ، ص 1679.

[3] . رياض احمد عبد الغفور و شروق عباس فاضل ،دور العدالة في تكميل العقود،مجلة القانون والسياسة، العدد 13، 2019،ص 9.

البعض ان العدالة التوزيعية لا تجيز المساواة الحسابية المطلقة بين الاشخاص داخل الجماعة ، فانها ترفض في نفس الوقت المساواة المطلقة بينهم، فالفروق بين الافراد داخل المجتمع يجب ان تكون معقولة على اساس الاعتدال[1].

ثانياً: العدالة التبادلية: وهي عدالة تسود علاقات الأفراد وتنظم التعاملات بينهم، وبحسب هذا المفهوم يحق لكل طرف في هذه العلاقة ان يستلم عوضاً متكافئآ وموازنً لما اعطى[2] ، والعدالة التبادلية تتحقق في العقود الملزمة للجانبين او العقد التبادلي الذي ينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفي العقد، حيث انها تكون ضمن علاقة طرفي العقد بما يولد من حقوق والتزامات، اذ يتركز هدف العدالة التبادلية في تحقيق التوازن العقدي بين المنافع لكل من طرفي العقد وبين الاداءات المتبادله، وقد جاء في المادة (2/168)[3] ، (العقد الملزم للطرفين هو الذي يكون فيه فريق ملتزمآ اتجاه الاخر على وجه التبادل بمقتضى مضمون الاتفاق المعقود بينهما)، اما القانون المدني الفرنسي حيث تطرق الى مضمون العدالة العقدية هي " يكون العقد متبادلا او ملزمآ للطرفين عندما يلتزم المتعاقدين اي يعتبر كل المتعاقدين دائنين ومدينين تجاه بعضهما[4] ، كعقد البيع او المقايضه والاجاره وغيرها من العقود الملزمة للجانبين .

وقد تطرق المشرع العراقي الى العدالة في القانون المدني العراقي في المادة (177) ونصت على انه " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد اجاز للمتعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ،على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلآ بالنسبة للالتزام بجملته ،وهذا التقابل من الالتزامات بين طرفي العقد هو الذي يوضح كونها مجالآ للعدالة العقدية التبادلية ،ويذكر الفقيه جاك غستان " بان العقد هو : "عمل تبادلي يقيم معآ التزامات متبادلة يجب ان تكون متساوية من الجانبين[5]"

---

[1] . احمد ابراهيم حسن غاية القانون(دراسة فلسفة القانون)،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،200م،ص 148و149.

[2] . القانون المدني العراقي المادة(177/الفقرة الاولى) بقابلها القانون الفرنسي المادة (1102) وقانون الموجبات والعقود البناني 1985.

[3]) قانون الموجبات والعقود البناني

[4] . المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي

[5] جاك غستان، المطول في القانون المدني/ تكوين العقد/ ترجمة منصور القاضي، الطبعة الاولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،لبنان ،2000، ص 258

الفرع الثاني: تعريف العقد

العقد هو ارتباط بين الايجاب الصادر من أحد الطرفين بقبول الطرف الآخر على وجه يُظهرأثره في المعقودعليه.[1]

كما انّ العقدمقابل الإيقاع الذي يعدّ إنشاء من طرف واحد مؤثر وحده في المنشأ دون الحاجة للقبول.[2] وهناك عدة عناوين تدخل تحت العقد مثل البيع والهبة والإجارى والصلح.[3]

وتسمى العقود الإسلامية أو العقود الشرعية بالعقود الثنائية في الفقه، كما عرّف آية الله الخوئي العقد بأنه اتفاق قطعي وغير مشروط.[4] وتشمل هذه العقود العلاقات المالية وغير المالية وبشكل عام العقود في الفقه من بين الاحكام الإمضائية.[5] ومن وجهة نظر البعض فإن العقود الجديدة لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مطابقة لأحد عقود عصر المعصومين.[6] لكن البعض الآخر يعتقد أن العقود الجديدة توافق عليها الشريعة إذا كانت تتبع قواعد الشريعة[7]

يعد العقد من اهم الوسائل التي تلجأ اليها الادارة العامة عند تحقيق بعض نشاطاتها لتسير المرافق العامة، اذ ان العقد الاداري في العصر الحديث يعتبر من اهم الوسائل التي توصل اليها الانسان والتي يمكن عن طريقها تبادل السلع والخدمات سواء بين الافراد او بين الشركات او بين الدولة ،وتعتبر نظرية العقود من النظريات الحديثه نسبيآ يرجع نشأتها الى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ،وسنتناول مفهوم العقد من جانب الفقه القانوني والتي يمكن ابرازها في ثلاثة اتجاهات:

[1] الحائري، كاظم ،فقه العقود، مجمه انديشه الإسلامي، ط2، قم، 1423 ،ج1، ص175.

[2] المشكيني، ميرزا علي، مصطلحات الفقه، د.م، المكتبة الإسلامية، 1428، ص377.

[3] المشكيني، المصدر السابق نفسه

[4] حائري، فقه العقود، ۱۴۲۳ق، ج۱، ص۱۸۴.

[5] شهيد اول، القواعد والفوائد، مكتبه المفيد، ج۱، ص۳۵

[6] حلي، محمدحسين، بحوث فقهيه، نجف، المنار، بي‌تا، ص۳۸.

[7] سبزواري، سيد عبدالاعلي، مهذب الاحكام في بيان حلال و الحرام، قم، دار التفسير، بي‌تا، ج۱۸، ص۲۲۱.

الاتجاه الأول يرى ان العقد هو اتفاق على مسائل الجوهرية كافة فضلآ عن المسائل الثانوية وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان المتعاقدان ويقبلان بها، وتعتبر بمثابة الدستور الذي يلزم اطراف العقد[1] ، وعرف العقد على انه" بيان او تصريح صادر من احد اطراف العقد يقابله قبولآ من الطرف الاخر لانشاء العقد[2] .

والاتجاه الثاني يرى ان العقد هو اظهار للقيم الاخلاقية بين الافراد وتأثر القاعدة الاخلاقية على القاعدة القانونية ،وتصور هذه العلاقة وانعكاساتها على مضمون العقد[3] .

اما الاتجاه الثالث فقد عرف المقصود بالعقد (هو انعكاس المصالح لكلا طرفي العقد اذا يتم الاتفاق على صياغة بنود العقد من خلال الفاظ وعبارات تبقى صحيحة طالما لم تخالف النظام العام وبنود العقد سواء كانت من حيث مشروعية العقد وهدفه وشروطه وتبقى صحيحة ولا تبطل طالما كانت في حدود المشروعية) ،ومن خلال هذا التعريف فقد ربطوا انصار هذا الاتجاه العقد بفكرة المشروعية وكما ربطوه بفكرة القانون وان لايخرج التعامل على اطار القانون من خلال تعريفهم لمضمون العقد بانه" ماينشأ عن العقد من شروط وبنود ومايحتوي من حقوق والتزامات سواء كانت هذه البنود صريحة او ضمنية على ان تكون ضمن حدود القانون[4] .

المطلب الثاني: دور العدالة في حقوق الجهة الإدارية

هناك العديد من الحقوق المكفولة للجهة الإدارية وفق العدالة المعاوضية، ولمعرفة تلك الحقوق قمنا بتقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع؛ الفرع الأول حق مراقبة تنفيذ العقود، الفرع الثاني حق توقيع الجزاءات عند الاخلال بالعمل، الفرع الثالث الحق في تعديل العقود بالارادة المنفردة

[1] فتحي عبد الرحيم عبد الله ، العناصر المكونه للعقد كمصدر اللاتزام في القانون المصري والقانون الانكليزي المقارن، مطبعة كرموز الاسكندرية،1978، ص279.

[2] محمود جمال الدين زكي، عقد العمل ،الطبعة الثانية،مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة،1982،ص694..

[3] محمد عدنان باقر ،قواعد الاخلاق في تحديد مضمون العقد ،بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية،المجلد الثاني والعشرون،العدد الرابع ،2014، ص767.

[4] موج ابراهيم خلف، تنظيم العقود وفقآ لتعديل عام 2016 للقانون المدني الفرنسي(دراسة تحليلية مقارنة ،موقف المشرع العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ،2022م،ص 8.

الفرع الاول: حق مراقبة تنفيذ العقود

إن سلطةالرقابة على تنفيذ العقد من أول السلطات التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة ، فهي تراقب تنفيذ المتعاقد معها التزاماته من اجل التأكد من ان ذلك التنفيذ يجري وفق الشروط الموضوعة.[1]

والواضح أنّ حق الإدارة في تلك الرقابة والتحقق من تنفيذ العقد وفق الشروط الموجودة في العقد إنما يكون بمعنى ضيق إذا كانت تلك الرقابة على شكل أعمال مادية، مثل دخول أماكن استغلال المخازن والمرافق والمصانع والورش أو حتى استلام وثائق للاطلاع عليها من المتعاقد أو القيام بالتحريات وتلقي الشكاوي والبتفيها. أو على شكل عمل قانوني مثل تعليمات أو أوامر أو إنذار يتم توجيهها للمتعاقد من قبل الإدارة، وهنا تحصل الرقابة خلال تنفيذ العقد حتى في حال لم ينص عليها العقد على اعتبار انها حق للإدارة.[2]

أما المعنى الواسع للرقابة فيعني أنّ السلطة المقررة لها لا تتوقف عند حدود تنفيذ الالتزامات التعاقدية للمتعاقد معها، بل إنها تتعداها بحيث يصير لها الحق في التدخل من أجل تغيير أوضاع تنفيذ التزامات المتعاقد معها بطريقة قانونية، كأن تقوم الإدارة بالطلب منالمتعاقد إصدار أوامرتنفيذية لتوجيه عمل المتعاقد، أو تغيير أسلوب التنفيذ، وبذلك يصبح للجهة الإدارة الحق في الرقابة على جميع العقود الإدارية و توجيهها سواء نص العقد على ذلك أو أو القوانين واللوائح، وليس للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق واستعماله في نطاق العقود الإدارية[3] وفي حال لم يتم النص على تلك السلطة فإنها تكون مختلفة حسب طوائف العقود حيث تتسع بالنسبة لبعض العقود وتضيق بالنسبة لبعضها الاخر، فهي مثلاً ضيقة في عقود التوريد بينما تكون أوسع نطاقاً في عقود الاشغال العامة، وفي هذه الحالة يحق لها القيام بواسطة خبراءها وفنييها بمتابعة خطوات التنفيذ و مراحله ورقابة كل ما له علاقة بشروط ومواعيد العقد من الناحية المالية والفنية وكذلك منح التوجيهات والاوامر للمتقاعد.[4]

---

[1] عبدالعال، حسين درويش، لنظرية العامة في العقود الأدارية ، ج2، الطبعة الأوليه الأنجلو المصرية ، القاهرة ،1958، ص9

[2] ابوالسعود، محمود، سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد الاداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، العدد 1، 1997، ص200

[3] عبدالعال، حسين درويش، المصدر السابق، ص10.

[4] القيسي، أعاد حمود، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ، 1998، ص 334.

وبناءً على هذا لوحظ أن شروط المقاولة للأعمالالهندسية المدنيةلسنة 1987 الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية والمتضمنة على بنود خاصة بطريقة الرقابة على تنفيذ العقد من الناحية الفنية، وكيفية العمل والدقة في التنفيذ، وعليه يتجلى مدى السلطة الواسعة للجهة الإدارية في الرقابةعلى تنفيذ العقد بشرط أن لا ينتج عن تلك الرقابة زيادة في مبلغ المقاولة، كذلك لا ينبغي أن تؤدي هذه الرقابة للتأخير في الاعمال والإنجاز، كذلك أشارت اللائحة التنفيذيةلقانون المزايدات والمناقصات المصرية إلى شروط عامة في الرقابة على تنفيذ عقود الاشغال العامة حيث نصت في المادة 88 على ان يلتزم المقاول باتّباع كافة القوانين المتعلقة بتنفيذ موضوع العقد[1] كما ينبغي الانتباه الى ان عقد المقاولةللمشاريع الإنشائية الصادر عام 2010 بطبعته الثانية المعدلة سنة 2013 عن وزارةالاشغال العامة الأردنية والذي يذكر التزامات المقاول العامة: "يجب على المقاول أن يتخذ تصميماً للمدى المنصوص عليه في العقد وأن يقوم بتنفيذ الأشغال وإنجازها وفق أحكام العقد وبحسب تعليمات المهندس مع إصلاح أية عيوب فيها"[2]

وتصبح الرقابة في هذا توجيه للمتعاقد مع الإدارة عتد استعمالها سلطة الرقابه التوجيهية فهي تتدخل وتطلب استخدام طريقة تنفيذ أخرى غير الطريقة التي يلجأ إليها المتعهد، أما بالنسبة للاوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة فهي بمثابة صورة حقيقية ومباشرة تظهر لنا حقيقة هذه السلطة في توجيه تنفيذ العقد والرقابة عليه في الاشغال العامة، فهذه الإجراءات حتى لو لم يقصد منها إجراء تعديل في شروط العقد لكنها تؤثر على شروط تنفيذ الامر المترتب عليه تحمله المتعاقد نفقات إضافية ناهيم عن بعض الاضرار الجانبية، وليس خافياً أنّ الامر المصلحي أمر صادر عن جهة الإدارة لمقاول الاشغالالعامة من اجل تحديد أوضاع تنفيذ العقد، ويعتبر الامر الذي يصدر عن الإدارة لمقاول الاشغال العامة لتحديد حالات تنفيذ العقد وهذا الامر بمثابة قرار اداري ملزم يجب احترامه من قبل المقاول وتنفيذ ما ورد به وعلى خلاف ذلك يتعرض للجزاء.[3]

---

[1] المادة 2- 1- 15 من شروط المقاولات الأعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول و الثاني لعام 1988 الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية .

[2] المادة 4/1من الفصل الرابع من الالتزامات العامة للمقاول في عقد المقاولات الموحد للمشاريع الإنشائية 2010 الطبعة الثانية المعدلة 2013، الصادرة عن وزارة الأشغال العامة والاسكان دائرة العطائات الحكومية .

[3] امين، محمد سعيد، الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية 1998، ص 305.

ومن أشكال وحالات الرقابة التي تقوم الإدارة بمباشرتها في هذا السياق الامر ببدء تنفيذ المشروع أو تاجيله، كما ان لممثلي الإدارة صلاحيات في هذا الصدد بشرط عدم الاضرار بالمقاول، في غير هذه الحالة جاز له المطالبة بالتعويض كما ان لهم الحق في تحديد الموقع للمقاول وتسليمه، فاذا ما تأخرت الجهة الإدارية عن تسليم الموقع ينتج عنه تعطيل البدء في تنفيذ الاشغال فهي مسؤولة عما ينتج عن ذلك من نتائج.[1]

و تمتد سلطة الرقابة بمعناها الواسع لتوجيه أعمال تنفيذ العقد من خلال اختيار و تحديد أساليب ووسائل التنفيذ التي نصّ العقد عليها، لكن اذا ما تجاوزت تلك الحدود جميع طرق التنفيذ أو استخدام مواد غير متفق عليها خلال التعاقد فإنها بذلك قد ضربت العقد شكلاً ومضموناً، فهنا يتعدى الامر سلطة التوجيه لسلطة تعديل حقيقية لنصوص العقد، ويحق للمقاول طلب التعويض بموجب ذلك التدخل المبالغ فيه.[2]

ومن الصور الاخرى التي تباشرها الإدارة من رقابة إعطاء مندوب الإدارة فرصة لزيارة مواقع العمل والكشف على أقسامه، وكذلك التاكد من جودة المواد المستخدمة في العمل و سلامتها من خلال فحصها بحسب الشكل الذي يعتمده المندوب، كذلك يفحص مندوب الإدارة الاعمال قبل تغطيتها وذلك للتأكد من سلامتها، ويطلب كشفاً عن جميع الاعمال وفتح الثغرات عبرها بالشكل الذي يطلبه بين الفينة والاخرى، واذا تأكد في تلك الحالة من مطابقة الاعمال لكافة الشروط والمواصفات الفنية عندها تتحمل الإدارة النفقات التي قام المقاول بإنفاقها بسبب فتح الثغرات والكشف عن الاعمال.[3]

على أي حال فإنه بخصوص موضوع الأشغال العامة عندما يكون هناك عمل ثانوي صادر عن جهة إدارية متعاقدة أخل بمركز المقاول التعاقدي ، يحق للمقاول هنا أن يطالب بالتعويض مثل إصدار قرارات إدارية له بغية تنفيذ ما يطلب

[1] أبو السعود، محمود، المصدر السابق، ص 222.

[2] البقاء، محمود عاطف، العقود الادارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007، ص220.

[3] المادة 39 /2 من شروح المقاولة الاعمال الهندسة المدنية العراقية.

منه بغية لتحقيق السكينة والصحة والأمن العام. وورد في المادة (19) من شروط أعمال الهندسة المدنية أنه يجب على على المقاول تجهيز كل وسائل المراقبة والإنارة والحراس على حسابه الخاص.[1]

ويحق لجهة الإدارة أن تأمر بتاجيل تنفيذ الاشغال أو وقفها بشكل مؤقت لضرورات المصلحة العامة، بشرط ان يكون ذلك لمدة زمنية معقولة، في غير هذه الحالة سيكون للمقاول الحق في المطالبة بفسخ العقد وكذلك المطالبة بالتعويض. وعليه فإن تلك السلطة مقيدة حيث ينبغي عليها الالتزام بعدم التعسف باوامرها لتحقيق أغراض معينة لا تتعلق بمصلحه عامه، ولا تؤدي تلك الرقابة والتوجيه لدرجة تغيير طبيعة العقد[2]

وعليه فإنّ الرقابة المتمثلة بالتوجيه والاشراف لها أثر كبير على تنفيذ العقد الإداري بطريقة عادة ما تتسبب بالاخلال بتوازن العقد المالي، وهو ما ظهر جلياً في عقود الأشغال العامة، حيث يقوم بتسليم الإدارة سلطات رقابية خاصة باختبار مواد وأدوات ترتأيها الإدارة غير تلك التي ينفذها المتعهد وغير منصوص عليها في العقد وترى الإدارة انها الطريقة الأفضل لتنفيذ المشروع بما يؤدي لإرهاق المتعاقد وهو ما يخل بالتوازن المالي للعقد مما يتطلب تعويض المتعاقد

الفرع الثاني: حق توقيع الجزاءات عند الاخلال بالعمل

تمتلك الإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصّر بتنفيذ التزاماته أو في حال امتنع عن التنفيذ أو تأخر به، أوحتى في حال قام بتنفيذ الالتزام بالطريقة المناسبة، أو جعل مكانه شخص آخر في التنفيذ دون موافقة الإدارة . وتعدّ سلطة فرض الجزاءات من أخطر السلطات التي تمتلكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تقوم باصداره دون أن يتم اللجوء للقضاء[3]

وعلى اعتبار ان التدابير المعمول بها في قواعد القانون الخاص كالتنفيذ العيني والفسخ مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، وهو ما يتطلب أن تمتلك الإدارة مثل ذلك الحق بغية تحقيق مصلحة عامة.

---

[1] المادة (19) من شروط أعمال الهندسة المدنية العراقية ، (الحراسة و الاثارة) .

[2] الطماوي. سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة دار الفكر العربي, القاهرة, 2005, ص 436

[3] فياض، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص196

ومن عادة الإدارة النص على سلطة الإدارة في العقود والشروط الملحقة بها عبر إيقاع الجزاءات، كما ان القضاء الإداري الفرنسي والعراقي قد عدّ في بعض أحكامه أن الشروط التي تتضمن هذا الحق هي شروط استثنائية على اعتبار أنها امتياز للسلطة العامة . وبذلك اتى قرار محكمة التنازع الفرنسية بالحكم الصادر بتاريخ 14-11-1960 في أن النص على الجزاءات في العقد يعدّ بحد ذاته من الشروط الاستثنائية [1].

كذلك فإن عدداً من قرارت مجلس الدولة الفرنسي قد ذكرت أنّ سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد، وهي موجودة حتى في حال لم يتم ذكرها فيه، لكن في حال تم ذكر بعضها فهذا لا يعني تقييد حرية الإدارة بما نص عليه، و بإمكان الإدارة أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها تحت رقابة القضاء[2]

ولا شك أن المقاول أشبه بالصانع فيكون بذلك ملزم بصنع ما التزم به تجاه الجهة او رب العمل وبالتالي يجب عليه، ويعتبر المقاول مخلاً في حال أخلّ بشروط عقد المقاولة، أو في حال لم يتّبع أصول المهنة والفن في تنفيذ عمله، وهذا يسري عندما يلتزم بتقديم مواد العمل بجودة منخفضة و أقل من المواصفات المتفق عليها، أو كونها غير صالحة في الأساس، كما يعتبر مخلاً في حال لم يبذل العناية اللازمة فمثلا في المنشآت والمباني يضمن المقاول طريقةالعمل إن لم تكن بالمستوىالمطلوب مما ينتج عنه ظهور العيوب.[3]

كما تتمتع الادارة في إطار العقد الاداري بسلطة تقديرية بإعفاء المتعاقد من الغرامة التاخيرية إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي، لكنّ محكمة المحاسبات الفرنسية انتقدت ذلك الرأي مستندة إلى أن الغرامة بمجرد الإخلال الذي يبرر وقوعها تصبح جزء من أموال الدولة، وهذا ما أشارت اليه فتوى القسم الاستشاري بمجلس الدولة الفرنسي في 1956/10/23 حيث جاء فيها:

---

[1] محمد السيد زهران – الشروط الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القضاء الفرنسي – بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة – ع3-س12-1968 ص742 .

[2] يستثنى من هذه القاعدة في فرنسا عقوبة " إسقاط الالتزام " إذ يجعل مجلس الدولة هذه السلطة للقضاء على خلاف المعمول به في مصر إذ أن هذه السلطة تعد ضمن الجزاءات الموكلة للإدارة في حالة المخالفة الجسمية أو تكرار الإخلال بالتزام المتعاقد .

[3] زاله، انور على ، مسؤوليه المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشات الثابتة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد.١٩٩٧، ص٣٨١

" الجزاءات المالية المنصوص عليها في عقود ادارية مثل التأخير في تنفيذ أحكامها تصبح واجبة الإمضاء ومستحقة بمجرد التاخير غير انه في حال قررت جهة الادارة أن اعتبارات الصالح العام والعدالة يكلب التجاوز عن كل الغرامة أو جزء منها عندها يتعين اتخاذ اجراءات واجبة قانوناً من أجل التنازل عن مال مستحق للدولة))[1]

ويكون رب العمل مخيراً هنا باتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة. فإما المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ مع التعويض كالتالي:

أولاً: التنفيذ العيني؛ هناك أثر للعقد يتمثل بإنشاء التزام في ذمة الطرفين، ووجوب التنفيذ هو أثر الالتزام ، حيث يقع في عقد المقاولة واجب الأداء بتنفيذ العمل الذي تم الاتفاق عليه، و هنا الأصل قيام المقاول بهذا الامر باختياره ويطلق على ذلك التنفيذ الاختياري، و القانون قد وضع قاعدة أساسية لتنفيذ العقود يطلق عليها وجوب تنفيذ العقد بحسب ما اشتمل عليه، وبشكل يتفق مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية، فاذا امتنع المقاول عن هذا الامر يحق حينها لرب العمل الاستعانة بالسلطات المختصة العامة وهذا ما يسمى التنفيذ العيني الجبري.[2]

وأول تنفيذ هو التنفيذ العيني الجبري بمعنى اجبار المقاول على تنفيذ ما التزم به عيناً وفق شروط محددة كما نصت المادة 246 من القانون المدني العراقي[3] ومن هذه الماده نستخلص شروط التنفيذ العيني الاجباري وهي:

1-التنفيذ العيني غير ممكن: إذا كان التنفيذ غير ممكن فلا فائدة من طلب الحكم عليه بالتنفيذ العيني الجبري مع التركيز على سبب الاستحاله، فإن كان الأمر يرجع لحطأ المقاول توجب العدول الى الاستحاله لطريق التعويض، أما اذا كان السبب أجنبي هنا نكون أمام ما يسمى انقضاء الالتزام،[4] أمّا في المقاولات العامة فقد بينت الماده(65) من شروط عامة

[1] هاشم، حسان عبد السميع ، لجزاءات المالية في العقود الادارية، دار النهضة العربية،القاهرة، 2002، ص 69 .

[2] محمد، رجب بكري، التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى المعهد القضائي، 1986، ص٣٧.

[3] المادة (246) من القانون المدني العراقي: " 1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

2 على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

[4] زاله، أنور علي، المصدر السابق، ص382.

لاعمالالهندسة المدنية جميع الحالات التي يحق فيها للإدارة سحب العمل من المقاول وإكماله على نفقة المقاول أمانة أو تسليمه لمقاول آخر.

2–التنفيذ العيني لا يكون ارهاق: والمشرع لم يحدد معنى الإرهاق، بل ترك أمر تقدير ذلك إلى القضاء. وقد عرّفه القضاء بأنه خسارة جسيمة نلحق بالمدين بسبب التنفيذ العيني، ولا يعني مجرد الكلفة والضيق، وحسن فعل مشروع القانون المدني حيث لم يأخذ بهذا الشرط في عقد المقاولة.[1]

و القضاء الفرنسي يرى إمكانية الحكم بالتنفيذ بطريقة التعويض حتى لو أن التنفيذالعيني ممكن في حال ظهر من الاوضاع أنّ التنفيذالعيني مرهق للمدين، أو حتى مرهق للغير و الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض[2].

3–ان يطلب ذلك رب العمل وهو ما تفرضه القواعد العامة

4–تأخر المقاول او امتناعه عن التنفيذ يعود لعدم قيام رب العمل أو الجهة بأداء التزامه، فيكون امتناعه هنا مشروعاً، وعليه يصبح بإمكان رب العمل ان يطلب التنفيذ العيني على نفقةالمقاول باذن من المحكمة[3]

بينما التنفيذ عبر غرامات تهديدية تعد طريقة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامهتنفيذ عيني خلال مدة محددة. فإذا تأخر في الإنجاز أصبح ملزماً على سبيل التهديدبدفع تعويض عن التاخير وفق مبلغ معين لكل يوم أو أو لكل مده زمنيه مهما تكن حتى يقوم بتنفيذ التزامه. فإذا صمم المدين علىالامتناع عن تنفيذ التزامه بشكل نهائي صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامة التي هددته بها وتحكم للدائن بالتعويض الحقيقي، و يعتبر ذلك التنفيذ عبر الغرامات وسيلة غير مباشرة تجبره على التنفيذالعيني ويشترط للحكم بها ان يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً، كما يشترط أن يكون تدخل المقاول ضروري، فإذا قام المقاول بإنجاز ما هو مطلوب منه إثر تهديده، أو بقي المقاول مصراً على الرفض بشكل

[1] المادة (482) من القانون المدني العراقي: " اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، فللمحكمة بناء على طلبه ان تقضي للدائن بدلا من التنفيذ العيني بالتعويض شرط ان لا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم هذا مع عدم الاخلال بأحكام عقد المقاولة

[2] البكري، عبد الباقي، شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثالث، تنفيذ الالتزام 1971 ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ص 37.

[3] المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المدنية رقم٣٨ لسنة 1969.

قاطع. حينها تكون المحكمة صرفت النظر عن مبلغ الغرامة وتحكم بالتعويض لربالعمل بما يعادل ما لحق به من خسارة وما فاته من كسب. وقد أخذت المحكمة مدى التعنت الصادر من المقاول على الرغم من الحكم بالغرامة التهديدية[1]

أما التنفيذ بطريق التعويض: الحق الذي أعطاه القانون للدائن حتى يحصل على التعويض أو التنفيذ العيني ليس له أية فائدة اذا لم يكن مشفوع بالضمان وضمان حق الدائن يتمثل بالذمة المالية للمدين، فالاصل بالتنفيذ الجبري أنّ هدفه اجبار المقاول لانجاز التزاماته تجاه رب العمل غير ان ذلك مرهون بشروط معينة، لكن في حال لم تكون تلك الشروط متوافرة فيحق لرب العمل طلب التنفيذ بمقابل بمعنى مطالبته دفع تعويض عما أصابه من ضرر بسبب الامتناع عن تنفيذ او التاخير او الاخلال به.[2]

ويتم تعريف التعويض بانه: مبلغ من المال أو ترضية من نوع الضرر تعادل ما سيناله الدائن من منفعة لو قام المدين بتنفيذ التزامه بالطريقة التي توجبها حسن النية وما تتطلبه الثقة في المعاملات. وبذلك عند عدم إمكانية التنفيذ العيني ستجه رب العمل نحو التعويض. والحالات التي تستوجب التعويض هي:

أولاً: تنفيذ الالتزام العيني صار مستحيلاً بخطأ المقاول.

إن هذه الحالات محتملة في كافة أنواع الالتزامات باستثناء حالة واحدة ألا وهي الالتزام بدفع مبلغ فيكون دائماً ممكن وهو ما أكدته المادة (168)[3] من القانون المدني العراقي وأكدته محكمة التمييز العراقية[4]

[1] حسن، علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام/، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢، ص٨٠

[2] العاني، مازن دحام، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون العراقي، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، 2022، ص17.

[3] نصت المادة (٨٦١) على (اذا استحال علي الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان حالة استحالة التنفيذ قد نشات عن سبب اجنبي لا يد له فيه

[4] قرار محكمة التمييز/ رقم٦٠٣ /حقوقية ٩٥٧ بغداد ١٩٥٧/٣/٢١."ان المساحة المبيعة بالنظر لنظام العراق والأبنية لا يجوز افرازها والمال واكمال تسجيلها باسم المشتري كما هو مؤيد بكتاب الامانة لهذا يكون قد استحال على المميز عليه لقيام باتمام عملية التسجيل. وان تلك الاستحالة ليس للمميز عليه يد فيها" منشور في مجموعه الاستاذ سليمان بيات، ص١٩١

في حال كانت شخصية المقاول لها أهمية في عقد المقاولة، مثل أن يكون تدخله ملائم أو لازم ولم يلتزم بتنفيذ التزامه والغرامةالتهديدية لم تجدي، إن كان من الممكن تنفيذ العيني غير انه مرهق للمقاولة فان التنفيذ عن طريق التعويض هو ترضية لرب العمل، حيث لا ينطوي التنفيذ العيني على ضرر جسيم،

ثانياً: الفسخ؛ الفسخ هو جزاء يجوز توقيعه على المتعاقد من قبل الإدارة ويضع نهاية للعلاقةالتعاقدية فيما بينهما، وعادة ما تستخدم الإدارة ذلك الجزاء في حال ارتكاب المتعاقد لخطأ كبير بتنفيذ تعهداته التعاقدية. وراى فريق من الفقه أن الحق الإداري بالفسخ لعدم التنفيذ ما هو إلا تطبيق لما جاء في المادة (1184)من القانون المدني الفرنسي والتي مفادها انه يكون للأفراد في العقود الملزمة للجانبين الحق بفسخ العقد حين لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من إلتزامات[1]. و التسليم غير ممكن وفق هذا الرأي لمخالفته المستقرة في أحكام القضاء الإداري الذي يعتبر حق الإدارة في الفسخ هو حق قائم بذاته ومستقل عن الشروط و العقد، كما تستطيع الإدارة فرض ذلكالجزاء دون اللجوء للقضاء لتحصل على حكم الفسخ بالاعتماد على سلطتها في التنفيذ المباشر، عكس ما هو مستقر في القانون الخاص وما تفيده المادة المذكورة كما ان الشروط العامة الخاصةبمقاولات الهندسة المدنية العراقية لم تذكر حق الادارة في الفسخ حين ارتكاب خطاء، لكن احكام القانون المدني الوارة في المواد 868 و869 تسمح لرب العمل فسخ العقد في حال تأخر المقاول بتنفيذ العقد عن المواعيد التي تم الاتفاق عليها أو عجز عن الإنجاز في المهلة الممنوحة له أو قام بالعمل بطريقة تنافي العقد.

عقد المقاولة هو عقد ملزم للطرفين، وهذا النوع من العقود يُنشيء التزامات متبادلة للجانبين فكلاهما يكون دائن و مدين في نفس الوقت، وهذا يتطلب انه اذا لم يؤدي احد الطرفين التزامه فغنه يجوز للآخر عدم التنفيذ، كما يمكن للمتعاقد هنا ان يطالب بحل الرابطة العقدية وفسخ العقد بدل من طلب التنفيذ العيني، كما له المطالبة بالتعويض، ففي عقود المقاولةيجوز لرب العمل المطالبة بحل الرابطة العقدية إن لم يقم المقاول بإنجاز التزامه عبر فسخ العقد مضافا اليه طلب

[1] فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في شباط 1958 مجموعة فتاوي الجمعية في 15 عام سمير أبو شادي ص 64

التعويض وبالطبع انهاء الرابطة له شروط محددة[1] فهو لا يتم من تلقاء نفسه بل يحصل اما بالاتفاق او بدعوة تقدم للقضاء وهو ما نصت عليه المادة (771) من القانون المدني العراقي.[2]

و الاخلال قد يكون متوقع و الاثار التي تترتب عليه تكون انحلال الرابطة العقدية بالفسخ وقبل أن يحين الاجل. حيث أورد المشرع المدني في نطاق المقاولات تطبيقات بهذا الصدد تنت اهمها التأخير في البدء بالعمل التأخير بإنجازه أو التنفيذ المعيب.

وشروط الفسخ كالآتي: العقدبطبيغته ملزم للطرفين. وهذا معناه أنّ عقد المقاولة قد ضمن هذا المسمى. وأن لا يفي المقاول بالتزامه. بمعنى أنّ السبب وراء هذا التخلف هو إرادة المقاول نفسه ل لسبب خارج عن ارادته تفي تلك الحالة الحالة يكون العقد (مفسوخ بحكم القانون وسببا لانقضاء الالتزام.كذلك تنفيذ رب العمل لالتزامه والاستعدادلتنفيذه[3]

الفرع الثالث: الحق في تعديل العقود بالارادة المنفردة

للإدارة السلطة لتعديل العقود بارادتها المنفردة و كذلك تعديل بعض شروط العقد الإداري وحتى تعديل المدد، وهذه السلطة بطبيعة الحال مستمدة من متطلبات الصالح العام وهي على أي حال ليست مطلقةن فالجهة الإدارية لها الحق في تعديل العقد بشكل كلي ونوعي وزمني متة ما استدعت ظروف المشروع ذلك خلال نفاذه، وقد أباح القضاء والمشرّع للإدارة في حال حدوث ظروف مفاجئة لم يكن بالإمكان توقعها وقت ابرام العقد الحق في تعديل بنود العقد بشكل يجعلها تلائم الظروف المستجدة على اعتبار ان الطرفين لم يكونا يتوقعان مثل تلك الظروف المستجدة، وبذلك يثبت للإدارة الحق في تعديل مدة العقد بما يجعله متلائماً مع الظروف الجدية الحادثة سواء بعد ابرامه او خلال نفاذه.[4] وقد منح المشرع

[1] محمد رجب بكري، التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي/بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للسنة الثانية، 1986، ص٥١

[2] المادة (771) قانون المدني العراقي: "في العقود الملزمة للجانبين. اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له مقتضى. على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى اجل. كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته"

[3] العاني، مازن دحام، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون العراقي، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، 2022، ص17.

[4] الدغيثر، عبدالعزيز بن سعد، عقد الاشغال العامة، المفهوم والآثار، بحث منشور على شبكة الانترنت على موقع الألوكة: تاريخ الزيارة 2024/5/31.

العراقي للجهة الإدارية المتعاقدة الزيادة في كمية المواد والسلع أو إضافةالتعديل على المواصفات الفنية بنسبة لا تزيد عن عشرين بالمائة من مبلغ العقد[1]

ويرى الراي الراجح في الفقه في مصر ان حق الإدارةفي تعديل شروط العقد الإداري بمثابة حق ثابت لها سواء ورد ذلك في العقد أم لم يرد، فحقها في التعديل كاشف له وليس منشيء.[2]

ويرى الفقه العراقي الامر نفسه حيث اعتبر انه: "للإدارة حق في تعديل العقود الإدارية الخاصة بها وهي تمتلك هذا الحق دون الحاجة للنص عليه أو حتى دون الحاجة لاشتراطه في العقد".[3]كما استقر القضاء العراقي على اعتبار أن حق الإدارة بتعديل العقد هو من النظام العام فلا ينبغي التنازل عنه او مخالفته، وقد جاء ف قرار محكمة التمييز العراقية: "يكون رب العمل مسؤول عن كل تغيير يتم اجراؤه على المخطط الذي قام المقاول بتنظيمه وقت التعاقد، والمقاول بذلك لا يُسال عن التاخير بسبب الاعمال الإضافية التي طرأت على العقد بسبب المخطط الجديد عن كانت هذه الاعمال تستدعي ذلك وفق راي الخبير"[4]

اتجه الفقه والقضاء الإداري في العراق وفرنسا إلى احتواء قيام الإدارة بتعديل أو إنقاص الواجبات منها وبقدرتها المنفردة دون وجود رأي المتعاقد معهابحصول الموافقة أو عدمها. وهذا الأمر يعتبر مشروع للإدارة بصفتها صاحبة الإختصاص بتنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره واحتياجاته فلا تكون خارجو على العقد وغير مرتكبة لخطأ غير انها تلجأ الى حقها، فهي في المقابل تؤمن حق المتعاقد معها بالتعويض. وتستطيع الإدارة بسلطة التعديل بإرادتها المنفردة التعديل بوسائل وطرق تنفيذ العقد التي هي من العناصر الأساسية في حق التعديل كما تبين لها أثناء تنفيذالعقد ما يتطلب إصلاحه من

[1] الضوابط رقم (1) البند ثالثاً/ح-2 من تعليمات العطاءات في وثائق المناقصة الصادرة من وزارة التخطيط والملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم(2) لسنة 2014.

[2] الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص465.

[3] الجبوري، محمود خلف، العقود الاداريةن مطبعة التعليم العالي في الموصل، العراق، 1989، ص150.

[4] حكم محكمة التمييز العراقية رقم 942/مدنية أولى/977 الصادر بجلسة 1978/10/8.

الأخطاء ومسايرة الإكتشافات الحديثة التي تتطلب استعماله أدوات فنية حديثة أكثر اقتصاد، أو أكثر تقدماً من المنصوص عليها في العقد الأصلي[1]

وبناء على هذا فقد اعتبر دفترالشروط اللبناني أنه يمكن للمهندس ان يقترح على الإدارة تمديد مهلة إكمال الأعمال في حال وقع أمر طاريء خلال مدة النفاذ وهو ما يجعل تنفيذ العمل صعب خلال المدة المحددة بالعقد وللمهندس تحديد هذا الأمر بعد أن توافق الإدارة ويتم ابلاغ الملتزم بهذا الامر بشكل خطي.[2]

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع دور العدالة المعاوضية في حقوق الجهة الإدارية توصلنا على بعض النتائج وقدمنا بعض التوصيات كالتالي:

أولاً: الاستنتاجات

1- تعتبر العدالة المعاوضية تطبيق للعدالة التبادلية في العقود الادارية، كما أنّها تنشأ بناءً على التبادل بين الأداءات المتمثلة بالحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، مما يتطلب حصول كل طرف من أطراف العقد على مقابل لما أعطى للطرف الثاني.

2- العدالة التبادلية هي عدالة تسود علاقات الأفراد وتنظم التعاملات بينهم، وهي تتحقق في العقود الملزمة للجانبين او العقد التبادلي الذي ينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفي العقد.

3- عندما كان المقاول ملزماً بإنجاز العمل وفق المواصفات المتفق عليها فإنه في معظم الاحيان يتوقف تنفيذ الالتزام تماماً على تنفيذ التزام الطرف الآخر، وهو ما يتمثل بالتزام التعاون مثل تقديم الرخص والمستندات الخاصة بالعمل في حال كان العمل يقضى بذلك. فإن امتنع رب العمل او أهمل أعتبره القانون مخلاً بالتزامه ابتداءاً.

[1] الجبوري، محمود، مرجع سابق، ص 17

[2] المادة (1 1/5) من دفتر الشروط النموذجي اللبناني.

4- يترتب على تنفيذ المقاول لالتزامه بتسليم العمل بعد الإنجاز وحسب الاتفاق ان يقوم رب العمل بما هو واجب عليه وفي المقابل هناك حقوق للجهة الإدارية تعتب ربمثابة آثار مترتبة على إبرام العقد الإداري وتلك الحقوق هي حق مراقبة التنفيذ وحق توقيع الجزاءات وكذلك الحق في تعديل العقد بالارادة المنفردة.

5- العداله المعاوضيه تقتضى أن تكون الجهه الاداريه بمقدار الطرف الاخر يتحمل التكاليف، و يستفيد من الحقوق؛ الاّ أن تكون هناک حقيقة مصلحة عامة بيّنة يخرج الامر من العدالة المعاوضية ؛ و الاص العملى عند الشک فى ذلک، عدم وجود هذه المصلحة.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي المشرع المدني بضرورة إيجاد ضمانات تشريعية مجدية وسريعة لأطراف عقد المقاولة المتمثلة بإجراءات قضائية تسرّع في سير تنفيذ العقد بانتظام عادل.

2- كما نوصي بإلزام أطراف عقد المقاولة بوضع صيغ عقدية واضحة تمنع اللبس عند تطبيقها. وكذلك إحاطة المشاريع الصناعية والإنشائية باستثناءات تتصف بالتسهيلات شريطة أن تكون تلك المشاريع لها أهداف إنسانية أو منفعة عامة.

قائمة المصادر

1) ابوالسعود، محمود، سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد الاداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، العدد 1، 1997.

2) احمد ابراهيم حسن غاية القانون(دراسة فلسفة القانون)،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،200م.

3) امين، محمد سعيد، الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية 1998.

4) البقاء، محمود عاطف، العقود الادارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007.

5) البكري، عبد الباقي، شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثالث، تنفيذ الالتزام 1971 ، مطبعة الزهراء ، بغداد .

6) جاك غستان، المطول في القانون المدني/ تكوين العقد/ ترجمة منصور القاضي، الطبعة الاولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،لبنان ،2000.

7) الجبوري، محمود خلف، العقود الاداريةن مطبعة التعليم العالي في الموصل، العراق، 1989.

8) الحائري، كاظم ،فقه العقود، مجمه انديشه الإسلامي، ط2، قم، 1423 .

9) حسن، علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام/، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٢.

10) حلي، محمدحسين، بحوث فقهيه، نجف، المنار، بيتا،.

11) الدغيثر، عبدالعزيز بن سعد، عقد الاشغال العامة، المفهوم والآثار، بحث منشور على شبكة الانترنت على موقع الألوكة: تاريخ الزيارة 2024/5/31.

12) رياض احمد عبد الغفور و شروق عباس فاضل ،دور العدالة في تكميل العقود،مجلة القانون والسياسة، العدد 13، 2019.

13) زاله، انور على ، مسؤوليه المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشات الثابتة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد.١٩٩٧.

14) سبزواري، سيد عبدالاعلي، مهذب الاحكام في بيان حلال و الحرام، قم، دار التفسير، بيتا.

15) الطماوي. سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة, 2005.

16) العاني، مازن دحام، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون العراقي، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، 2022.

17) عبدالعال، حسين درويش، لنظرية العامة في العقود الأدارية ، ج2، الطبعة الأوليه الأنجلو المصرية ، القاهرة ،1958.

18) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، العناصر المكونه للعقد كمصدر اللاتزام في القانون المصري والقانون الانكليزي المقارن، مطبعة كرموز الاسكندرية،1978.

19) القيسي، أعاد حمود، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ، 1998.

20) محمد السيد زهران – الشروط الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القضاء الفرنسي – بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة – ع3–س12–1968.

21) محمد رجب بكري – التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي/بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للسنة الثانية، 1986.

22) محمد عدنان باقر ،قواعد الاخلاق في تحديد مضمون العقد ،بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية،المجلد الثاني والعشرون،العدد الرابع ،2014.

23) محمد، رجب بكري، التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى المعهد القضائى، 1986.

24) محمود جمال الدين زكي، عقد العمل ،الطبعة الثانية،مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة،1982.

25) المشكيني، ميرزا علي، مصطلحات الفقه، د.م، المكتبة الإسلامية، 1428.

26) منصور حاتم محسن، التغير في جزء من اجزاء العقد واثره في العدالة التبادلية دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد 23 العدد 4 ،2015 .

27) موج ابراهيم خلف، تنظيم العقود وفقآ لتعديل عام 2016 للقانون المدني الفرنسي(دراسة تحليلية مقارنة ،موقف المشرع العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ،2022.

28) هاشم، حسان عبد السميع ، لجزاءات المالية في العقود الادارية، دار النهضة العربية،القاهرة، 2002.

(29

Sources

1) Abu Al-Saud, Mahmoud, The Authority of Administration in Supervising the Implementation of the Administrative Contract, Journal of Legal Sciences and Economics, Issue 1, 1997.

2) Ahmed Ibrahim Hassan, The Goal of Law (A Study of the Philosophy of Law), University Publications House, Alexandria, 2000.

3) Amin, Muhammad Saeed, General Provisions of Obligations and Rights of the Parties to the Real Estate Association in Implementing the Administrative Contract, University Culture House 1998.

4) Al-Baqa, Mahmoud Atef, Administrative Contracts, First Edition, Arab Thought House, Cairo, 2007.

5) Al-Bakri, Abdul-Baqi, Explanation of Iraqi Civil Law, Part Three, Implementation of the Obligation 1971, Al-Zahraa Press, Baghdad.

6) Jack Gustan, The Extended in Civil Law/Contract Formation/Translated by Mansour Al-Qadi, First Edition, University Foundation for Studies, Publishing and Distribution, Lebanon, 2000.

7) Al-Jubouri, Mahmoud Khalaf, Administrative Contracts, Higher Education Press in Mosul, Iraq, 1989.

8) Al-Haeri, Kazem, Jurisprudence of Contracts, Islamic Andisheh Magazine, 2nd ed., Qom, 1423.

9) Hassan, Ali Dhnoon, Explanation of Iraqi Civil Law, Obligation Provisions, Al-Maarif Press, Baghdad, 1952.

10) Hali, Muhammad Hussein, Jurisprudential Research, Najaf, Al-Manar, Beta,.

11) Al-Dughaither, Abdul Aziz bin Saad, Public Works Contract, Concept and Effects, a research published on the Internet on the Al-Aloka website: Date of visit: 5/31/2024.

12) Riyad Ahmed Abdul Ghafour and Shurooq Abbas Fadhel, The Role of Justice in Completing Contracts, Journal of Law and Politics, Issue 13, 2019.

13) Zala, Anwar Ali, the Responsibility of the Architect and Contractor for Defective Implementation within the Scope of Building and Fixed Structure Contracting Contracts, PhD Thesis, University of Baghdad, 1997.

14) Sabzwari, Sayed Abdul Ali, The Refinement of Rulings in Explaining the Permissible and the Prohibited, Qom, Dar Al-Tafsir, Beta.

15) Al-Tamawi. Suleiman Muhammad, The General Foundations of Administrative Contracts, A Comparative Study, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo, 2005.

16) Al-Ani, Mazen Daham, Re-balancing the Financial Balance of the Administrative Contract in Iraqi Law, Electronic Reference for Informatics, 2022.

17) Abdel Aal, Hussein Darwish, The General Theory of Administrative Contracts, Vol. 2, First Anglo-Egyptian Edition, Cairo, 1958.

18) Fathi Abdul Rahim Abdullah, The Elements of the Contract as a Source of Obligation in Egyptian Law and Comparative English Law, Karmoz Press, Alexandria, 1978.

19) Al-Qaisi, A'ad Hamoud, Al-Wajeez fi al-Qanun al-Idariyyah, First Edition, Dar Wael for Printing and Publishing, Amman, 1998.

20) Muhammad al-Sayyid Zahran - Unusual Exceptional Conditions in French Judicial Rulings - A research published in the Journal of Government Cases Administration - Issue 3-S12-1968.

21) Muhammad Rajab Bakri - The Contractor's Obligation to Complete the Work in Iraqi Civil Law/A research submitted to the Judicial Institute as part of the requirements of the study for the second year, 1986.

22) Muhammad Adnan Baqir, The Rules of Ethics in Determining the Content of the Contract, A research published in the Journal of the University of Babylon for Humanities, Volume Twenty-Two, Issue Four, 2014.

23) Muhammad, Rajab Bakri, The Contractor's Obligation to Complete the Work in Iraqi Civil Law, a research submitted to the Judicial Institute, 1986.

24) Mahmoud Gamal El-Din Zaki, Employment Contract, Second Edition, Egyptian General Book Authority Press, Cairo, 1982.

25) Al-Mashkini, Mirza Ali, Jurisprudence Terms, Ph.D., Islamic Library, 1428.

26) Mansour Hatem Mohsen, Change in Part of the Contract and Its Effect on Reciprocal Justice, A Comparative Study, Journal of the University of Babylon for Humanities, Volume 23, Issue 4, 2015.

27) Moj Ibrahim Khalaf, Regulating Contracts According to the 2016 Amendment to the French Civil Code (A Comparative Analytical Study, the Position of the Iraqi Legislator, a research published in the Journal of Tikrit University, 2022.

28) Hashem, Hassan Abdel Samee, Financial Penalties in Administrative Contracts, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2002.