الدفوع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن العقد الإداري

دراسة مقارنة

Substantive Pleas in the Contractual Liability Claim Arising Out Administrative Contract

"Comparative Study"

م.م مريم محمد أحمد

جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية

المقدمـــة

تحتل العقود الإدارية أهمية كبيرة ضمن الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة للقيام بواجباتها المتعددة ولتحقيق هدفها الرئيسي المتمثل في ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد، ولتحقيق هذا الهدف فإن العقد الإداري يقوم على فكرة عدم المساواة بين طرفي العقد حيث تمتاز الإدارة

بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، كسلطتها في الإشراف والمراقبة على تنفيذ مراحل العقد وسلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد وسلطتها في تعديل و إنهاء العقد، وهي سلطات غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

وتمتع الإدارة بهذه السلطات الممنوحة لها بموجب العقد الإداري لا ينفي مسؤوليتها تجاه المتعاقد معها، فالأخير عندما يتعاقد مع جهة الإدارة يكون ملزما بتنفيذ بنود العقد ولكنه يتمتع أيضاً بحقوق وضمانات لحمايته من تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها، فعدم تنفيذ العقد الإداري من قبل احد طرفي العقد تثير مسؤوليته، وأساس هذه المسؤولية هو (العقد الإداري).

وإذا كانت الإدارة تستطيع استعمال السلطات المخولة لها بموجب العقد الإداري مباشرة وبإرادتها المنفردة تجاه المتعاقد المقصر فإنها تستطيع أيضاً أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم قضائي بخصوص فرض جزاء معين، أما المتعاقد فإنه لابد له من اللجوء إلى القضاء للطعن في الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة بحقه وتقديم دفوعه القانونية أمامه، وهذا الحق المثبت للمتعاقد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ويقع باطلا كل شرط يرد في العقد حول حرمان المتعاقد من اللجوء إلى القضاء.

ولغرض الإحاطة بموضوع المسؤولية العقدية الناشئة عن العقد الإداري والدفوع المقدمة بخصوصها، سوف يتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول منه ماهية المسؤولية العقدية الإدارية والدفوع القانونية، أما المبحث الثاني سيتم تخصيصه لبيان بعض التطبيقات

للدفوع الموضوعية التي يمكن إبداؤها من قبل أطراف العقد الإداري بمناسبة النزاع الحاصل بسبب عدم تنفيذ العقد الإداري.

أهمية الدراسة:

على عكس موضوعات القانون الإداري عموماً والعقد الإداري خصوصاً التي احتلت مساحات واسعة من كتابات فقهاء وأساتذة القانون، فإن موضوع الدفوع القانونية لم تحظ بتلك الأهمية على الرغم من قيمتها العملية المتزايدة وخاصة في الآونة الأخيرة نتيجة لجوء الدولة إلى إبرام عقود إدارية من أجل تنفيذ مشاريعها والتي في أحيان كثيرة تترتب عليها منازعات وخاصة بعد البدء في التنفيذ.

ومما يؤدي إلى زيادة هذه المنازعات عدم وجود قانون خاص بالعقود الإدارية أو الحكومية في العراق على غرار بعض الدول الأخرى التي شرعت قوانين خاصة تناولت فيها تقريباً معظم الأحكام الخاصة بالعقد الإداري كما هو الحال في مصر، حيث أخضع المشرع المصري المناقصات والمزايدات إلى أحكام القانون رقم (89) لسنة 1998، هذه من جانب ومن جانب آخر فإن منازعات العقود الإدارية في العراق تركت للمحاكم العادية دون محكمة القضاء الإداري وقد ولد ذلك حالة من عدم الإلمام بماهية الدفوع التي يمكن أن يقدمها الطرفين المتنازعين.

هيكلية الدراسة:

سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين وكالآتي:

المبحث الأول: ماهية المسؤولية العقدية الإدارية والدفوع القانونية

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية العقدية الإدارية وشروطها قيامها.

المطلب الثاني: التعريف بالدفوع القانونية وأنواعها.

المبحث الثاني: تطبيقات للدفوع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية

المطلب الأول: الدفع بعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

المطلب الثاني: الدفع بانتفاء شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: الدفع بمسؤولية المتعاقد خلال مدة الضمان.

المطلب الرابع: الدفع بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين).

المبحث الأول

ماهية المسؤولية العقدية الإدارية والدفوع القانونية

يولد العقد الإداري حقوق لكل من طرفي العقد ويفرض عليهما التزامات، بالتالي فإن أي إخلال من أحد الطرفين بالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد صحيح يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية فيستطيع الطرف الذي أصابه الضرر اللجوء إلى القضاء ورفع دعواه وإبداء دفوعه أمامه.

والدفوع القانونية تكون دفوع شكلية وأخرى موضوعية وهذه الأخيرة لا حصر لها وتختلف من دعوى إلى أخرى.

ولتوضيح المسؤولية العقدية الإدارية والدفوع القانونية سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول منه لبيان مفهوم المسؤولية العقدية الإدارية وشروط قيامها، ونخصص المطلب الثاني لتعريف الدفوع القانونية وأنواعها.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية العقدية الإدارية وشروط قيامها

تقضي أحكام المسؤولية العقدية في القانون الخاص أن يكون هنالك خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر [1] وهي ذات الشروط التي يجب توفرها لقيام المسؤولية العقدية للإدارة، فوجود نظام قانوني خاص

[1] المادة (215) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 و المادة (168) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على ما يأتي: " إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

بالعقود الإدارية يجب أن لا يفهم منه استبعاد تطبيق بعض قواعد القانون المدني التي تمليها الأمور أو مقتضيات العدالة والتي لا تختلف فيها روابط القانون العام عن الخاص، ، فالقاضي الإداري يرجع إلى نصوص القانون المدني القابلة للتطبيق على روابط القانون العام ويقتبس منها ما يراه ملائما لحسم النزاع بين الإدارة والمتعاقد [1].

إن قواعد المسؤولية في القانون الإداري هي قواعد ذات نشأة قضائية وغير مستندة إلى قواعد قانونية موضوعة مسبقاً كما هو الحال عليه في قواعد المسؤولية في القانون المدني فأحكام المسؤولية الإدارية غير مكتوبة مسبقاً وليس لها من التقنينات كتلك المعروفة في نطاق القانون المدني [2] ومع ذلك فإن هنالك عناصر مشتركة بين المسؤولية العقدية في القانون الإداري وبين المسؤولية العقدية في القانون المدني وتتلاقى كلتا المسؤوليتين في نقطة وهي الإخلال بواجب التنفيذ [3] ، فحيث يوجد خطأ وضرر ناتج عن هذا الخطأ تثار المسؤولية العقدية ، إلا أن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو مدى إمكانية قيام المسؤولية العقدية الإدارية دون وجود خطأ أو ضرر؟

لغرض الإجابة على هذا التساؤل فإنه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نستعرض فيها شروط قيام المسؤولية العقدية الثلاثة من خطأ

---

[1] د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،ص37.

2ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2014، ص38.

[3] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري،ج1، بيروت، بدون دار وسنة نشر، ص434

وضرر وعلاقة السببية بينهما ونبين من خلالها مدى إمكانية قيام هذه المسؤولية في العقود الإدارية في حالة انتفاء شرط الخطأ أو الضرر.

الفرع الأول

الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو: " عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك" [1] وهذه الالتزامات لا تشمل تلك التي تضمنها نصوص العقد فقط بل يدخل فيها أيضاً ما تقتضيه قواعد العدالة وما جرى عليه العمل [2]، فمثلا في عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ أعماله بدقة وحسن نية وتسليمه في الميعاد المحدد وبخلاف ذلك تثار مسؤوليته العقدية، ويقابل هذا الالتزام من جانب المتعاقد التزام على الإدارة بالوفاء بالمستحقات المالية للمتعاقد وعدم تأخيرها وإلا كان مبرراً لقيام مسؤولية الإدارة.

أما عن معيار الخطأ الذي يولد المسؤولية العقدية فقد جرى الفقه القديم على تقسيمه إلى ثلاث درجات وهو الخطأ الجسيم الذي لايرتكبه أشد الناس إهمالا، والخطأ اليسير الذي لايرتكبه الشخص المعتاد، والخطأ التافه الذي لايرتكبه الشخص الحازم في أموره، وعلى الرغم من أن الفقه

[1] المحكمة الإدارية العليا، حكمها في الطعن رقم 22367 لسنة 53ق.ع جلسة 2010/11/30، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 55-56 ص721.

[2] د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في العقود الإدارية، بدون دار وسنة نشر، ص336.

الحديث قد هجر هذا التدرج لكن القانون المدني العراقي والمصري احتفظ ببعض مظاهره [1] .

ولا يسأل المتعاقد مع الإدارة عن خطأه فقط إنما يسأل أيضاً عن خطأ غيره كما لو استخدم أشخاصاً في تنفيذ التزاماته، فالمقاول الذي يستخدم عمالاً في تنفيذ التزاماته يكون مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبونها[2] .

ويقع إثبات الخطأ على عاتق الدائن لأن الخطأ العقدي مفروض في جانب المدين فرضاً غير قابلاً لإثبات العكس، فالمدين هو الذي لم يقم بتنفيذ التزاماته العقدية وعلى الدائن إثبات ذلك [3] .

وإذا كان الخطأ شرطاً لقيام المسؤولية العقدية في القانون الخاص إلا إنه بالإمكان أن تثار المسؤولية العقدية للإدارة دون خطأ في مجال العقود الإدارية وذلك بسبب عوارض قد تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وتجعل تنفيذ الالتزام أشد صعوبةً وإرهاقا على المتعاقد إن لم يكن مستحيلاً مما يترتب عليه قيام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقته جراء هذه العوارض وذلك بهدف (إعادة

---

1 المادة (3/170) من القانون المدني العراقي ويقابلها نص المادة (225) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها:
" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً". أنظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1786 لسنة 30 ق، جلسة 1986/1/18، الموسوعة الإدارية الحديثة،ج35،ص463.

2 د عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط2، المكتبة القانونية،بغداد، 1980، ص167.

3 د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،ج2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص956.

التوازن المالي للعقد الإداري) [1] وهذه العوارض تتمثل في النظريات الثلاث وهي:

1- نظرية الظروف الطارئة.
2- نظرية عمل الأمير.
3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

هذه النظريات تشترك في عنصرين، أولهما هو عدم وجود خطأ من جهة الإدارة تجاه المتعاقد، وأما العنصر الثاني فهو عدم توقع أطراف العقد للضرر المتحقق، فإذا توفرت شروط تطبيق أحد النظريات السابقة الذكر تنشأ (المسؤولية العقدية للإدارة بدون خطأ) وهي خاصية تنفرد بها عقود الإدارة عن عقود القانون الخاص وتجد أساسها في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وقواعد العدالة بهدف ضمان استمرار المتعاقد في الوفاء بالتزامه التعاقدي دون أن تلحقه خسارة فادحة لم يتوقعها عند تعاقده مع الإدارة [2]

.

الفرع الثاني

الضرر

طبقاً لقواعد القانون الخاص فإنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يكون هنالك ضرر أصاب الدائن نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، فإذا انتفى الضرر انتفت معه المسؤولية العقدية، وكذلك الحال إذا كان الضرر

1 د. محمد محمد عبداللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص237 ومابعدها.

2 د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية،ط2،دار الفكر العربي، القاهرة، 1965،ص644 وما بعدها.

محتملاً فلا تتحقق المسؤولية العقدية إلا بتحقق الضرر، أما إذا كان الضرر مستقبلياً لكنه كان مؤكد الوقوع فإن المسؤولية العقدية تتحقق ولكن يتوقف تقدير التعويض حتى يقع الضرر [1] .

وفي العقود الإدارية أيضاً يشترط لقيام المسؤولية العقدية للإدارة أن يكون قد أصاب المتعاقد معها ضرراً مباشراً محققاً [2] فإذا ثبت مسؤوليتها وجب عليها تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب" [3] .

ولكن هل يشترط لقيام المسؤولية العقدية للمتعاقد مع الإدارة أن يكون هنالك ضرراً مباشراً محققاً قد أصاب الإدارة؟

إن مجرد إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية يثير مسؤوليته العقدية حتى لو لم يترتب على هذا الإخلال ضرر مباشر محقق للإدارة فالضرر هنا يعتبر مفترضاً، حيث يحق للإدارة بناءً على هذا الإخلال أن

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص958.

[2] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص151.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4054،4771 لسنة 41 ق، جلسة 2007/1/16، حيث جاء في نص الحكم:"...والعقد الإداري كغيره من العقود الملزمة لطرفيها يولد التزامات عقدية على كل منهما ولا شك أن أخص التزامات الإدارة فيه ليس فقط أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل بتسليمه الموقع المحدد للتنفيذ بل أيضاً أن تضمن له المضي فيه حتى يتم إنجازه ...فإذا أخلت الإدارة المتعاقدة بهذا الالتزام كانت مرتكبة لخطأ عقدي تلتزم معه بتعويض المتعاقد معها عما يكون قد لحق به من أضرار نتيجة لخطئها وأن مبلغ التعويض الذي تلتزم الجهة الإدارية بأدائه في هذه الحالة يجب أن يكون جابراً لكافة الأضرار التي ترتبت على الخطأ وأن يكون متكافئاً معه...". د. خالد عبد الفتاح محمد ، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، بدون دار نشر، 2009-2010،ص569 وما بعدها.

تتخذ إجراءاتها تجاه المتعاقد وتوقع الجزاءات عليه، والسبب في ذلك هو إن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية لا يعتبر مجرد خطأ عقدي فقط إنما لكون أن هذا المتعاقد يعتبر متعاوناً مع الإدارة في إدارة المرفق العام، الأمر الذي يترتب عليه ضمانه لعدم الإخلال بحسن سير المرفق العام [1] وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية إلى القول: " ..التنفيذ على الحساب هو وسيلة جهة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً، وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته المالية بحيث يتحمل فروق الأسعار الناشئة عن هذا التنفيذ ولا يعتبر التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية ولكنه إجراء تستهدف به جهة الإدارة ضمان سير المرافق العامة باطراد وتملك جهة الإدارة القيام بهذا الإجراء دون اللجوء للقضاء ولا يشترط للقيام به حدوث ضرر يصيب المرفق العـــام.." [2]، كما أخذت محكمة تمييز العراق بنفس المبدأ بقولها: " ...العقود التي تجريها الإدارات والمؤسسات الحكومية ذات الصفة الاقتصادية العامة تعتبر من

[1] د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص151. وقد بينت المادة 10/أولا/أ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 الحالات التي يعتبر فيها المناقص ناكلاً كما وبين في نفس الفقرة (ب/1) إمكانية قيام الإدارة بمصادرة التأمينات الأولية للمناقص الناكل، بينما أشارت ذات المادة في الفقرة (ثانيا/ج) إلى إمكانية قيام الإدارة بإصدار قرار سحب العمل من المقاول عند إخلاله ببنود العقد وأشار في نفس الفقرة (د) إلى أمكانية مصادرة التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ أو الاحتفاظ بها عند عدم تنفيذ الأعمال الموكلة للمقاول " دون أن تشترط حدوث ضرر للإدارة بسبب عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بالشكل المنصوص عليه في العقد، وهو أيضاً ما أخذ به المشرع المصري في المواد(25،24،23) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998حيث أجاز للإدارة فرض غرامة التأخير وفسخ العقد والتنفيذ على حساب المتعاقد دون أن يشترط في توقيع هذه الجزاءات أن يكون هنالك ضرر قد لحق الإدارة جراء عدم التنفيذ.

[2] حكمها في الطعن رقم 7438 لسنة 53 ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة54، ص453.

عقود المرافق العامة التي يفترض تحقق الضرر فيها بمجرد التأخير في انجازها مالم يكن هناك عذر أو سبب قانوني مقبول للتأخير.." [1] .

إذن فإن مجرد عدم تنفيذ العقد الإداري بالشكل المتفق عليه في العقد أو مجرد التأخر في تنفيذه هو سبب لقيام المسؤولية العقدية للمتعاقد مع جهة الإدارة ومبرراً لاتخاذ الإجراءات ضده وتوقيع الجزاء عليه ويستثنى من ذلك (التعويض) ذلك أن الإدارة وإن كان لها أن توقع كل الجزاءات على المتعاقد نتيجة خطئه إلا أنها لا تستطيع أن تطالبه بالتعويض مالم يكن هنالك ضرر حقيقي أصابها جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، ذلك لأن حق الإدارة في الحصول على التعويض الذي تطالب به عما أصابها من ضرر نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية يكون طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية وذلك حال توافر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما [2].

الفرع الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود خطأ وضرر بل يجب أن يكون الضرر نتيجة للخطأ، أي لابد من وجود علاقة مباشرة بين الخطأ العقدي والضرر، حيث تعد علاقة السببية ركناً أساسياً لانعقاد المسؤولية العقدية،

[1] قرارها المرقم 91 و 92/م1/1973 في 1973/11/14، النشرة القضائية لقضاء محكمة التمييز، العدد الرابع، السنة الرابعة، 1974،ص153.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 22581 لسنة 51 ق في 2009/3/24، المجموعة، السنة 54، المصدر السابق، ص366.

وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها ولكن يمكن للمدين أن ينفي هذه العلاقة بإثبات أن الضرر وقع نتيجة خطأ الدائن أو بقوة قاهرة [1] .

وعليه فإن الإدارة تكون مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها إذا ما أخلت بالتزام عقدي تجاه المتعاقد نتج عنه ضرر وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها: " ..للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب الحكم بالتعويض عما يلحق به أضرار نتيجة الإجراء غير المشروع من جانب الإدارة...التعويض يشمل الأضرار المادية والأدبية بشرط أن تكون ثابتة ثبوتاً يقينياً منعاً للإثراء بلا سبب على حساب الإدارة..." [2]، فإذا ثبت أن الضرر الذي لحق المتعاقد كان نتيجة لسلوكه مع الإدارة أو نتيجة لخطئه فلا مجال عندئذ لقيام المسؤولية العقدية للإدارة.

[1] القوة القاهرة هو " أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هنالك خطأ في جانب المدين " د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص961ومابعدها، وهو ما نصت عليه المادة (211) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك" ويقابلها نص المادة (165) من القانون المدني المصري.

[2] ينظر حكمها في الطعن رقم 4682 لسنة 35 ق، جلسة 1994/4/26، أورده د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثاني، دار أبو المجد، القاهرة، 2008، ص 619.

كما أن المتعاقد يكون مسؤولا عن تعويض الإدارة عن الأضرار الحقيقية التي تلحقها نتيجة إخلاله بتنفيذ العقد أو استحالة تنفيذ العقد مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه [1] .

المطلب الثاني

التعريف بالدفوع القانونية وأنواعها

لغرض تعريف الدفوع القانونية وأنواعها فإنه يقتضي تقسيم هذه المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول منه لبيان معنى الدفع لغةً واصطلاحاً وفي الفرع الثاني نتناول أنواع الدفوع القانونية.

الفرع الأول

تعريف الدفوع

الدفع لغةً: دفع ودفاعاً بمعنى نحاه وأبعده ورده، دفع القول: رده بحجة وأبطله، ودفع عنه الأذى حماه منه، ودافع مدافعةً ودفاعاً عنه: حامى عنه وانتصر له ودفعه عن حقه: ماطله فيه فلم يقضه [2] .

الدفع اصطلاحاً: يقصد باصطلاح الدفع بمعناه العام " جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها للإجابة على دعوى خصمه

[1] ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 226 في 1990/3/7، جلسة 1990/2/21 ،المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ج1، ص 474.

[2] المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط 19، المطلعة الكاثوليكية، بيروت، 1966، ص218.

لإثبات أن ادعاءه على غير أساس، لغرض تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه [1].

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الدفع بقولها: " الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند الدفع" [2] .

أما المشرع العراقي فقد عرف في (المادة 8) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل الدفع بأنه: الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً.

وقد أثار تعريف المشرع العراقي للدفع جدلا فقهيا، حيث يذهب البعض [3] إلى اعتبار الدفع وسيلة يلجأ إليها المدعي للرد على طلبات المدعي سواء كانت موجهة لموضوع الحق المدعى به أم متعلقة بالدعوى أم لعيب في الإجراءات القضائية بينما اتفق آخرون [4] مع تعريف المشرع العراقي

---

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر، ص11.

[2] طعن رقم 21 لسنة 44 ق أحوال شخصية، جلسة 1976/4/7 ، أورده محمد عزمي البكري، المصدر السابق، ص11.

[3] د. ضياء شيت الخطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973، ص117 ، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 2000،ص299.

[4] ينظر د. آدم النداوي، المرافعات المدنية، مطبعة بغداد، بغداد، 1988، ص210.

باعتبار الدفع بأنه دعوى من جانب المدعى عليه ويجب أن تتوافر فيها الشروط الواجب توافرها في الدعوى [1] .

ونرى بأن للدفوع أهمية كبيرة في حماية المدعى عليه فهي الوسيلة التي يلجأ إليها لحماية حقوقه المتنازع عليها شأنه في ذلك شأن الدعوى المقامة من قبل المدعي والتي يطالب فيها بحقوقه فالدعوى تقابل بدعوى للوصول إلى توازن بين طرفيه وتحقيق مبدأ حرية الخصوم في الدفاع والمجابهة بالأدلة لغرض استيفاء المدعى عليه حقه الكامل في الدفاع عن حقوقه.

الفرع الثاني

أنواع الدفوع القانونية

تقسم الدفوع إلى ثلاثة أقسام وهي [2] :

أولاً/ دفع الدعوى نفسها (الدفوع الموضوعية).

ثانياً/ دفع سماع الدعوى (الدفوع الشكلية).

ثالثاً/ الدفع بعدم قبول الدعوى.

1 يشترط في طرفي الدعوى 1- التمتع بالاهلية اللازمة لاستعمال هذه الحقوق والا وجب أن يقوم عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق 2-الخصومة حيث يشترط أن يكون المدعى عليه خصما يترتب على إقراره حكم وأن يكون محكوما أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى 3- المصلحة بأن يكون للمدعي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة. راجع المواد (3-6) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

2 منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، 1957، ص20.

أولا/ الدفوع الموضوعية : وهي الدفوع التي توجه مباشرة نحو الحق موضوع الدعوى للمنازعة في طلبات الخصم الآخر والمطالبة بإصدار حكم قضائي برفض الدعوى كلا أو جزءا وتهدف إلى المنازعة بصحة الحق الذي تستند إليه المطالبة القضائية، فالمدعى عليه يلجأ إليه لإثبات أن دعوى خصمه غير قانوني فهو ينازع في أصل نشوء الحق أو بقاءه أو مقداره هادفا إلى رفض كل طلبات المدعي أو جزء منها، لذلك فإن هذه الدفوع لا حصر لها حيث أن القانون لم يحددها لأنها تتعلق بأصل الحق ذاته فتختلف من دعوى إلى أخرى باختلاف ظروفها.

ولا تخضع إبداء الدفوع الموضوعية لقيود سوى ما يقتضيه حسن دفاع المدعى عليه عن نفسه وذلك بتقديم الدفوع الحاسمة على الدفوع الأقل قوة مع مراعاة عدم التناقض بينها وإذا كان لدى المدعى عليه عدة دفوع فيفضل إبداء جميعها على سبيل الإحتياط وعدم الاكتفاء بإبداء الدفع الحاسم منها [1] .

والدفع الموضوعي يجوز إيراده في كافة أدوار المرافعة ولغاية غلق باب المرافعة وأساس ذلك هو تمكين المدعى عليه من دفع الدعوى بكل وسائل الدفاع المتعلقة بموضوعها، غير أنه لا يجوز إيراد دفوع جديدة أمام محكمة الاستئناف أو التمييز فهاتين الأخيرتين لا تنظران في دفع للمدعى عليه لم يسبق له وأن قدمه أمام المحاكم الابتدائية [2] .

غير أنه يجب التمييز مابين الدفع الموضوعي للمدعى عليه والطلب العارض (الدعوى المقابلة) الذي يتقدم به، فالمدعى عليه عندما يتقدم بدفع موضوعي فإنه يرمي إلى تفادي الحكم للمدعي بما يطلبه دون قصد

[1] د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص302 وما بعدها.
[2] منير القاضي، المصدر السابق، ص22.

الحصول على مزية خاصة، فعلى سبيل المثال في دعوى التعويض إذا دفع المدعى عليه بتقادم الدعوى فهو يبدي دفعا موضوعيا أما إذا طالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعي فإنه يكون قد تقدم بطلب عارض، كما أن قبول الدفع الموضوعي ينهي النزاع على أصل الحق أما قبول الطلب العارض لا يؤدي إلى حسم النزاع دائماً.

وفيما يتعلق بتكييف الدفع الموضوعي فإن قاضي النزاع يستقل في تكييف الدفع الذي يتقدم به المدعى عليه إذا ماكان دفعاً موضوعياً أو دعوى مقابلة والعبرة في ذلك هو حقيقة الإدعاء في الدفع بغض النظر عن ظاهره، فإذا أراد المدعى عليه بإدعائه حسم النزاع فإن إدعاؤه يكون موضوعياً وإذا أراد بإدعائه صدور حكم بميزة مستقلة عن الحكم في الدعوى الأصلية يكون دعوى مقابلة [1] .

ثانياً/ الدفوع الشكلية: وهي تلك الدفوع التي يوجهها المدعى عليه نحو الإجراءات الشكلية التي تتطلب من المدعي القيام بها قبل وأثناء سير المرافعة في الدعوى حتى تنتج آثارها [2] ومثالها الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور والدفع بعدم الاختصاص المكاني المحكمة التي تنظر الدعوى [3] . فإبداء الدفع الشكلي يؤدي إلى إنهاء الخصومة دون الدخول في موضوعها أو قد يؤدي إلى تأخير الفصل في موضوع الخصومة، مع ملاحظة أن هذا الدفع لا يقصد به رفض طلب المدعي لأن المدعى عليه

1 محمد عزمي البكري، المصدر السابق، ص24.

2 د. عبد الوهاب خيري العاني، نظام المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص637.

3 المادتين (73،74) من قانون المرافعات المدنية العراقي

لم يتعرض فيه إلى موضوع الطلب إنما اعترض على الإجراءات التي رفع بها المدعي دعواه دون أن ينازعه في أحقية ما يدعيه [1] .

ونظراً لأن هذا الدفع يقتصر على المسائل الشكلية فقط ولا تؤثر في الدعوى فإن القانون قد اشترط إبدائها قبل أي دفع موضوعي آخر وإلا سقط الحق في التمسك بها بعد التطرق لموضوع الدعوى [2] ، إلا إذا كان موضوع الدفع الشكلي متعلقا بالنظام العام كالدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها فإن المحكمة تحكم به من تلقاء نفسها ويجوز إبداؤها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى [3].

وبعد هذا العرض للدفع الشكلي فإنه يمكن بيان الفروق بينه وبين الدفع الموضوعي وعلى النحو الآتي:

1- إذا صدر حكم بقبول الدفع الموضوعي فإن ذلك يؤدي إلى إنهاء الدعوى فلا يجوز رفع دعوى أخرى لذات الأسباب والخصوم بصفاتهم التي كانت لهم في الدعوى، أما الدفع الشكلي فإنه ينهي

[1] محمد عزمي البكري، المصدر السابق، ص30.

[2] المادتين (73،74) من قانون المرافعات المدنية العراقي و المادة (108) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1986 المعدل والتي جاء فيها: " الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن ، ويحكم في هذه الدفوع على استقلال مالم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ماحكمت به في كل منها على حدة، ويجب إبداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

[3] المادة (77) من قانون المرافعات المدنية العراقي، ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 2184 لسنة 29ق، جلسة 1987/2/21.

الخصومة أو يؤخرها دون أن يدخل في موضوعها حيث يحق للخصوم تجديد الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة بمجرد دفع رسم الدعوى.

2- يمكن إبداء الدفع الموضوعي في كافة مراحل الدعوى ولغاية غلق باب المرافعة على خلاف الدفع الشكلي الذي يجب إبداؤه قبل الدخول في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق في إبدائه ويستثنى من ذلك الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام.

3- إذا أبدى الخصم دفعا موضوعياً فيعتبر انه قد تكلم في موضوع الخصومة وعليه فإن صدور الحكم بقبول الدفع أو رفضه يعتبر حكماً صادراً في أصل الدعوى فإذا استؤنف فإن موضوع النزاع يعرض على محكمة الدرجة الثانية ولهذه الأخيرة أن تستكمل أوجه التحقيق وأن تقضي في موضوع الدعوى، أما إذا أبدى الخصم دفعاً شكليا فقط وقضت به المحكمة واستؤنف حكمها فإن ولاية محكمة الدرجة الثانية تكون قاصرة على الحكم في الدفع فإذا ما ألغت الحكم المستأنف وجب عليها إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في الموضوع [1] .

ثالثاً/ الدفع بعدم قبول الدعوى: تقع هذه الدعوى في مرحلة وسطى مابين الدفوع الموضوعية و الشكلية، فهي أدنى درجة من الدفوع الموضوعية وأعلى درجة من الدفوع الشكلية، وهذا الدفع ليس بالدفع الموضوعي لأنه لا يتعرض لأصل الحق وليس بالدفع الشكلي لأنه لا يتعرض للإجراءات فهو نوع مستقل من الدفوع الهدف منه إسقاط حق المدعي في رفع دعواه

[1] منير القاضي، المصدر السابق، ص23.

[1] ولا يتعلق بالحق المدعى عليه ذاته ومثال هذا الدفع إنكار الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى، كأن يدفع بانقضاء صفة الخصم أو سبق صدور حكم في موضوع الدعوى ويترتب على إبداء هذا الدفع سقوط الحق في إبداء أية دفوع شكلية لأن الفصل في الدفع بعدم قبول الدعوى لن يبقي بعده خصومة توجه إليها دفوعاً شكلية [2] .

ومادام الدفع بعدم القبول لا يتعرض لأصل الحق–كما سبق ذكره– فإنه يترتب على ذلك إمكانية إقامة الدعوى من جديد في حال استكمال شروط قبولها دون إمكانية الدفع بسبق الفصل فيها وذلك على خلاف الدعوى الموضوعية والتي لايمكن للمدعي إعادة إقامتها بذات الحق تجاه ذات الخصم [3] .

والدفع بعدم قبول الدعوى من النظام العام يمكن إثارته من قبل المحكمة من تلقاء نفسها دون الدخول في أساس الدعوى كما يمكن إثارته من قبل الخصوم وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى [4] .

---

[1] فوزي كاظم المياحي، الدفع بعد الاختصاص المكاني، الإشكالات والتطبيق، بدون دار نشر، بغداد، 2010، ص41.

[2] محمد عزمي البكري، المصدر السابق، ص64. كما ذهبت سابقاً المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط والمختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات إلى القول:"...تبين لهذه المحكمة بأن هذا الاعتراض ينظر وفق قانون المرافعات المدنية لذلك يتوجب على هذه المحكمة وعملاً بنص المادة (80) مرافعات مدنية التحقق من صفات الخصوم استدلالاً بنص المادة (51) مرافعات مدنية وحيث أن الثابت ان هذه الدعوى أقيمت من شخص لايملك قانونا حق إقامتها لذا فإن الخصومة بالنسبة للمدعي غير متوجهة لا بل منعدمة لأنها أقيمت من شخص لا يملك حق إقامتها وحيث أن إقامة الدعوى أو تقديم طعون الاعتراضات القضائية هي من التصرفات التي يصح فيها الإذن دون الإجازة فلا تسري عليها قواعد الإجازة ولا تصحيح الخصومة حيث أن الخصومة لا تصحح بل أن الخصومة إن كانت ناقصة تكمل فقط كل ذلك مما يجعل من اعتراض المعترض قد جاء مقدما من شخص لا يملك حق تقديمه عليه قرر رده من هذه الجهة وتحميله جميع الرسوم والمصاريف..." رقم القرار 21/إدارية تخطيط/2010 في 2011/2/2.

[3] فوزي كاظم المياحي، المصدر نفسه، ص42.

[4] المادة (80) من قانون المرافعات المدنية العراقية والمادة (115) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

المبحث الثاني

تطبيقات للدفوع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية

سبق أن بينا بأن الدفوع الموضوعية لا حصر لها لأن القانون لم يحددها حصرا كونها تتعلق بأصل الحق المتنازع عليه فهي تبعا لذلك تختلف حسب ظروف كل دعوى، وماسنتناوله في هذا المبحث هو التطرق إلى بعض الدفوع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية لأهميتها من الناحية العملية، ولكن قبل أن نتناول هذه الدفوع فإنه يجب بيان الجهة المختصة بنظر دعاوى منازعات العقد الإداري والقانون الذي يخضع له.

ففي العراق فإنه على الرغم من إنشاء محكمة القضاء الإداري بموجب التعديل الثاني رقم (106) لسنة 1989 لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 إلا أنه لم يكن من بين اختصاصاته النظر في منازعات العقود الإدارية، وحتى أن التعديل الخامس (الأخير) لقانون مجلس شورى الدولة رقم (17) لسنة 2013 والذي تناول تشكيلة واختصاصات محكمة القضاء الإداري لم يدخل أيضاً ضمن اختصاصات هذه المحكمة اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية، ويفهم من ذلك إذن إن الجهة المختصة بنظر الدعاوى المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية هي المحاكم العادية [1] ، وبطبيعة الحال فإن المحاكم العادية تطبق أحكام القانون الخاص على هذه المنازعات

[1] حيث أن نص المادة (12/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 أخضعت منازعات العقود الإدارية إلى ولاية القضاء العراقي ولم يذكر (القضاء الإداري العراقي).

(المدني، المرافعات، التجاري..الخ) [1] والتي قد تتعارض أحكامها مع طبيعة العقد الإداري وهدفه المتمثل في حماية المصلحة العامة و ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

أما في مصر فإن القضاء الإداري يختص بالفصل في سائر المنازعات الإدارية بما في ذلك منازعات العقود الإدارية استناداً إلى قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 وهذا الاختصاص يعقد لمحكمة القضاء الإداري باعتباره صاحب الولاية الكاملة للنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وذلك تطبيقا للمادة (11/10) من قانون مجلس الدولة وليس على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية [2]، وهذه المحكمة تطبق عند نظرها منازعات العقود الإدارية الإجراءات المنصوص عليها في قانون تنظيم مجلس الدولة أما تطبيق أحكام القانون الخاص فإنها لا تطبق إلا استثناءً وإذا تعارض أحكام القانون الخاص مع نص أو روح حكم من أحكام مجلس الدولة فإنه يمتنع تطبيقه [3] .

وبعد هذا العرض الموجز للجهة المختصة بنظر الدفوع والقانون الذي يطبق في منازعات العقود الإدارية سوف نعرض لبعض التطبيقات للدفوع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية في هذا المبحث وذلك من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

1 المادة نفسها من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والتي جاء فيها: " تخضع العقود العامة المشمولة بهذه التعليمات إلى ولاية القضاء العراقي".

2 ينظر بهذا الخصوص حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 765 لسنة 50ق ، المجموعة، السنة 54، المصدر السابق، ص126.

3 د. أحمد محمود جمعة، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية،2007،ص14.

المطلب الأول: الدفع بعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

المطلب الثاني: الدفع بانتفاء شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: الدفع بمسؤولية المتعاقد خلال مدة الضمان.

المطلب الرابع: الدفع بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين).

المطلب الأول

الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

إن هدف العقد الإداري المتمثل في حماية المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة أدى إلى تشييد نظام قانوني خاص بالعقد الإداري يقوم على أساس عدم تمكين المتعاقد من الإضرار بهذه المصلحة أو الإخلال بسير المرفق العام الذي عهد إليه بتنفيذه حتى لو أدى ذلك إلى حرمان المتعاقد من حقوق تعتبر أساسية في مجال عقود القانون الخاص ومنها عدم جواز تمسك المتعاقد في مواجهة الإدارة بـ(الدفع بعدم التنفيذ) حيث أن المتعاقد لا يستطيع الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة لم تنفذ التزاماتها لأنه لا يستطيع أن يتخذ قراراً انفرادياً من شأنه الإضرار بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالمصلحة العامة وعليه فإن الإدارة وإن امتنعت عن تنفيذ التزاماتها فإن المتعاقد يجب أن يستمر في تنفيذ التزاماته حيال المرفق مادام ذلك في استطاعته ثم يرجع بالتعويض على الإدارة إذا كان

لذلك التعويض مقتضى وإلا تحققت مسؤوليته عن فعله السلبي بالامتناع عن تنفيذ العقد [1] .

وإذا كان الأصل أن المتعاقد لا يستطيع التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة إلا أن هذا الأصل يجوز الخروج عليه في حالتين، أولهما إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة تنفيذ العقد من جهة المتعاقد، وثانيهما إذا اتفق الطرفان على الخروج من هذا الأصل، وذلك إذا أورد مقدم العطاء في عطائه ثمة اعتراض على الشروط العامة للمناقصة والتي تستقل الإدارة في إعدادها وبإرادتها المنفردة شرط عدم مخالفة ذلك الاعتراض للشروط الجوهرية للمناقصة، فإذا وافقت لجنة تحليل العطاءات على الشرط الخاص لمقدم العطاء وأوصت بالإحالة واقترنت التوصية بمصادقة الجهة المختصة أصبح ذلك الشرط جزءاً لا يتجزأ من العقد يتعين الالتزام والتقيد بأحكامه [2] .

وعليه فإن المتعاقد إذا كان في موقف يسمح له بتذليل الصعوبات التي واجهته من قبل الإدارة دون ضرر جسيم يصيبه كما لو تقاعست الإدارة عن توفير بعض المواد الداخلة في الأعمال فإنه يجب عليه أن ينفذها بمعرفته، أما إذا أخلت الإدارة بالتزام جوهري في العقد يتعذر معه استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد كما هو الحال في تأخرها في تسليم المتعاقد الموقع المنصوص عليه في العقد أو تأخرها في التسليم ضمن مدة معقولة أو توقفها عن صرف مستحقات المتعاقد لمدة تتجاوز القدر المعقول ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة إلزام المتعاقد معها بالتنفيذ وتوقيع غرامة التأخير

[1] د. محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق، ص33.
[2] ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 359 لسنة 48 ق، جلسة 2006/9/3، المجموعة،السنة 51، ص1098.

عليه إن لم يسلم الأعمال في المدة المحددة في العقد لأن في ذلك مخالفة واضحة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ومبادئ العدالة خاصة إذا كانت المبالغ التي توقفت الإدارة عن تسديدها تؤثر في المركز المالي للمقاول وفي ظل افتراض ملاءة الإدارة وإعدادها المسبق فنياً ومالياً لاحتياجاتها وما تبرمه من عقود لإنجازها وهو ما يستتبع افتراض وجود التمويل المالي لأعمالها أو ضمان توفيره خلال مدة انجاز العقد [1] .

المطلب الثاني

الدفع بانتفاء شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن الكثير من العقود الإدارية قد تبرم لسنوات طويلة وقد تطرأ خلال هذه السنوات ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين دون أن يكون بمقدورهما توقعها عند إبرام العقد تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد وتجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً مما كان متوقعاً عند إبرامه، ونظراً لارتباط العقود الإدارية بالمرفق العام وتحقيقاً لمبدأ دوام استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد فقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 11488 لسنة 51ق، جلسة 2009/6/9، المجموعة، السنة 54، ص627.

(الظروف الطارئة) [1] التي بموجبها تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جانب من الأضرار أو النفقات الزائدة التي تحملها بسبب هذه الظروف وبالقدر اللازم لضمان الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم حتى لا يحرم المواطنون من خدمات المرافق العامة في أي وقت ، إذن يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الأحداث أو الظروف التي طرأت أثناء تنفيذ العقد غير متوقعة وأن تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين وأن تطرأ هذه الحوادث خلال مدة تنفيذ العقد [2] .

وقد أخذ المشرع المصري بنظرية الظروف الطارئة في المادة (147) من القانون المدني المصري والمادة (30) من القانون رقم 29 لسنة 1947 الخاص بالمرافق العامة التي تدار عن طريق الامتياز، كما أخذ به المشرع العراقي في المادة (2/146) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها: " على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي 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 ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك" إذن فإن أحكام

[1] ترجع نشأة هذه النظرية إلى حكم شركة غاز بوردو الصادر من مجلس الدولة الفرنسي أثناء الحرب العالمية الأولى يوم 1916/3/30 فقد حدث أن شركة غاز بوردو ملزمة بتوريد الغاز للمدينة وفقا لسعر معين ثم حدث أن ارتفع سعر الفحم وهو المادة الأولية اللازمة لإنتاج الغاز ارتفاعا فاحشا من 28 إلى 73 فرنك للطن وذلك بسبب نشوب الحرب العالمية الأولى مما أدى إلى إصابة الشركة بعجز كبير، فقضى مجلس الدولة بأنه يحق للمتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة أن يطلب من الإدارة أن تساهم في الخسائر التي تلحق به ثم توالت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة في هذا المعنى. ينظر د. محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص248.

[2] د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص585.

نظرية الظروف الطارئة تعتبر من النظام العام وأي شرط يقضي بعدم المسؤولية في حالة حدوث الظرف الطارئ يعتبر باطلاً ولعل أن السبب في ذلك لا يرجع فقط إلى مصلحة المتعاقد وما يحكم له من تعويض إنما أيضاً يؤخذ بنظر الاعتبار مصلحة المرفق العام وضمان سيره بانتظام .

ولكن إذا ما تخلف احد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة تستطيع الإدارة أن تدفع بانتفاء شروط تطبيق هذه النظرية وبالتالي عدم استحقاق المتعاقد للتعويض المقرر له بموجبه، وهو ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: " إن تحرير سعر الصرف في 2003/1/29 قد ترتب عليه ارتفاع في الأسعار ومن بينها ارتفاع أسعار مواد البناء وهو ماحدا رئيس مجلس الوزراء إلى أ يصدر قراريه رقمي 1864 لسنة 2003 و229 لسنة 2004 ابتغاء تعويض المقاولين المتعاقدين مع الجهات الإدارية قبل تاريخ تحرير سعر الصرف الذين أضيروا من جراء ذلك بحسبان أن تحرير سعر الصرف إنما يمثل ظرفاً اقتصادياً طارئاً لم يكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك له دفعاً .....وهو مايقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات ...إلا أن مشاركة جهة الإدارة المتعاقدة معها في تحمل نصيبه من الخسارة وفق أحكام القرارين رهين بألا يكون تأخير تنفيذ الأعمال بعد 2003/1/29 لسبب يرجع إلى المقاول ...ومن حيث ماتقدم وكان الثابت أن الطاعن قد تراخى في الوفاء بالتزاماته العقدية وهو ماحدا بجهة الإدارة على إنذاره عدة مرات وكانت مدة التنفيذ قد أوشكت على الانتهاء حيث تنتهي في 2003/11/24 ... ومن ثم يكون مسلك الجهة الإدارية متفقاً وصحيح

حكم القانون وتغدو مطالبة الطاعن بالتعويض غير قائمة على سند صحيح من القانون..." [1] .

المطلب الثالث

الدفع بمسؤولية المتعاقد خلال مدة الضمان

لا تنتهي مسؤولية المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ وتسليم الأعمال المتعاقد عليها، بل يبقى مسؤولا عن ضمان حسن تنفيذ تلك الأعمال لمدة سنة من تاريخ التسليم المؤقت [2] فإذا ما ظهر أي خلل أو عيب في الأعمال التي تم تسليمها إلى الإدارة فإن المتعاقد يقوم بإصلاحه خلال مدة الصيانة [3] على نفقته وإذا قصر في ذلك فإنه يحق للإدارة القيام بالإصلاحات على

[1] حكمها في الطعن رقم 22367 لسنة53ق.ع جلسة 2010/11/30 ، المجموعة، السنة (55،56)المصدر السابق، ص721. وينظر كذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 4769 في 1953/11/26 وفتوى رقم 1225 في 1986/12/14 جلسة 1986/12/3، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ص645 وما بعدها.

[2] حيث جاء في المادة (1/50) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية: " إن مدة الصيانة الوارد في هذه الشروط هي مدة الإثني عشر شهرا إلا إذا نص على خلافه في المقاولة التالية لتاريخ إكمال الأعمال المثبت في شهادة الاستلام الصادرة بموجب المادة 49 من هذه الشروط أما في حالة قيام المهندس بإصدار أكثر من شهادة واحدة بموجب المادة المذكورة فإن مدة الصيانة تحتسب من التواريخ المثبتة بتلك الشهادات وينصرف تعبير" الأعمال" فيما يخص مدة الصيانة في حالة تعدد الشهادات إلى القسم الذي تعنيه تلك الشهادة" وهو أيضاً ما أخذ به المشرع المصري في المادة (88) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 .

[3] تنفيذ أعمال الصيانة وحسب ماورد في المادة (2/50) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة 1988 تكون خلال مدة الصيانة أو خلال أربعة عشر يوما من تاريخ انتهائها .

نفقة المتعاقد [1] والغاية من ضمان المتعاقد لحسن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها بعد التسليم المؤقت لهذه الأعمال هو من اجل تحقيق العقد الإداري مبتغاه المتمثل في حماية المصلحة العامة وهو أمر لايمكن أن يتحقق مع وجود عيب في تنفيذ الأعمال تحول دون الانتفاع به على الوجه المطلوب مما يفقد العقد الإداري الغاية من إبرامه.

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو: ماذا لو ظهر في الأعمال عيوباً بعد انتهاء مدة (السنة) الخاصة بحسن التنفيذ؟ وهل تستطيع الإدارة أن تدفع بضمان المتعاقد للأعمال المتعاقد عليها بعد انتهاء مدة ضمان حسن التنفيذ؟

إن مدة الضمان التي نص عليها كل من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، تكمل بضمان آخر منصوص عليه في المادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (870) من القانون المدني العراقي وهو(الضمان العشري) حيث يضمن المتعاقد بموجبه مايحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من بناء وما أقامه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات تبدأ من تاريخ الاستلام النهائي، وتعتبر الأحكام الخاصة بهذا الضمان من النظام العام بحيث يقع باطلا كل شرط في العقد يقصد به الإعفاء من هذا الضمان أو الحد منه.

[1] المادة (3/50) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة 1988 والمادة (88) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998السابق الإشارة عليها.

إذن يفهم من ذلك أن هنالك اختلاف في غاية هذين الضمانين ومدتهما، فإذا كان غاية الضمان الوارد في الشروط العامة وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014 هو حسن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها فإن الضمان الوارد في القانون المدني غايته الحرص على سلامة تشييد تلك الأعمال دون أن تتهدم كلياً أو جزئياً، ومن حيث المدة فإن ضمان حسن التنفيذ يبدأ بعد التسليم المؤقت للأعمال المتعاقد عليها أما الضمان العشري فإنه يبدأ بعد الاستلام النهائي لتلك الأعمال.

ويشترط في العيوب التي تكون محلاً للضمان العشري:

1- أن تكون من الخطورة بحيث تهدد سلامة البناء أو متانته.
2- أن يكون العيب خفياً، فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد فإن تسلم الإدارة للعمل دون اعتراض يعتبر تنازلاً منه عن هذا الضمان [1].

فإذا توفر هذان الشرطان وكانت الإدارة سبق لها وأن استلمت الأعمال المتعاقد عليها استلاماً نهائياً دون تأخير منها فإن مسؤولية المتعاقد معها عن ضمان الأعمال محل التعاقد تتحقق دون أن تتكلف الإدارة بإثبات خطأ المتعاقد لأن التزامه بالضمان ليس التزاماً يبذل عناية إنما هو التزام بتحقيق نتيجة بل إن المقاول يكون مسؤولا عن الضمان حتى لو تم اكتشاف العيب بعد مرور مدة العشر سنوات في حال إذا ثبت أن العيب كان موجوداً قبل انقضاء المدة ولكن تأخر كشفه إلى مابعد انتهاء مدة

[1] ينظر فتوى الجمعية العمومية رقم 521 في 2002/5/8، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية، المصدر السابق، ص978.

الضمان [1] مالم يتبين أن تلك العيوب قد نشأت لأسبـاب غير متوقعة [2].

وحسب ماجاء في المادة (4/870) من القانون المدني العراقي فإنه يجب على الإدارة أن تقيم دعوى الضمان خلال سنة واحدة من تاريخ حصول التهدم أو انكشاف العيب وبخلافه يسقط حقها في إقامة هذه الدعوى، أما المشرع المصري فقد حدد في المادة (654) من القانون المدني مدة سقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب، ويبدو أن السبب في تحديد مدة لإقامة دعوى الضمان العشري هو عدم تعليق موقف المتعاقد بالنسبة لسلامة ما أداه من أعمال [3]، وتعتبر المبالغ التي تستحق على المقاول نتيجة ما تكبدته الإدارة من نفقات لإزالة المبنى محل الضمان وإقامة مبنى جديد بمثابة تعويض للإدارة ولا تترتب على هذه المبالغ أية فوائد قانونية لأنه لم يكن معلوم المقدار قبل الحكم به ومن ثم لا يجوز الحكم بفوائد قانونية عنه [4] .

1 د. كمال قاسم ثروت، عقد المقاولة، ط1،مطبعة الوسام، بغداد،1976، ص126.
2 المواد (872،168) من القانون المدني العراقي.
3 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص196.
4 ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 14875 لسنة 50ق.ع جلسة 2010/5/18، المجموعة،السنة 55،56 المصدر السابق، ص471.

المطلب الرابع

الدفع بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)

المبدأ العام في عقود القانون الخاص هو أن العقد شريعة المتعاقدين فإذا انعقد العقد ونفذ فلا يجوز لأحد الأطراف تعديله أو الرجوع عنه بإرادته المنفردة [1] ،ولكن هل يطبق هذا المبدأ في نطاق العقود الإدارية أو بعبارة أخرى هل تلتزم الإدارة بشروط العقد طوال مدة التنفيذ دون أن يكون لها حق تعديلها؟

في نطاق العقود الإدارية لا يجوز للمتعاقد أن يدفع بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مواجهة الإدارة، لأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق والذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة ، ففي العقود المدنية تكون مصلحة الطرفين متساوية ومتكافئة ولكن في العقد الإداري تكون مصلحة الطرفين غير متكافئة وغير متساوية إذ يجب أن يعلو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة الحق في تعديل شروط العقد دون أن يتمسك المتعاقد في مواجهته بهذه القاعدة شرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد وأن يكون للمتعاقد الحق في التعويض إذا ما أصابه ضرر من جراء هذا التعديل، على أن

[1] المادة (1/146) من القانون المدني العراقي والمادة (1/147)من القانون المدني المصري.

الضرر الموجب للتعويض يجب إثباته في كل حالة على حدة ولا يجوز افتراضه وعلى أساسه يقدر التعويض [1].

وإذا كان للإدارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فإن هذه السلطة لا تشمل جميع شروط العقد، فالعقد الإداري يتضمن نوعين من الشروط : أولهما شروط لائحية تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام، وثانيهما شروط تعاقدية تتعلق بالمزايا والحقوق المالية المنصوص عليها في العقد ولا تتعلق بالمرفق العام، والإدارة لها سلطة تعديل الشروط اللائحية دون الشروط التعاقدية [2] ، كما أنها لا تستطيع تعديل شروط العقد التي تم تنظيمها بمقتضى القوانين واللوائح أو فرض تعديلات من شأنها تغيير طبيعة العقد وموضوعه [3] ولا يجوز للإدارة أيضاً تجاوز الحدود والنسب المقررة بموجب القانون أو المتفق عليها في العقد وهو مانصت عليه المادة (53/2/ج) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة 1988 والتي جاء فيها:

" فيما يتعلق بالتغييرات التي تطرأ على كمية أية فقرة في جدول الكميات المسعر يطبق عليها سعرها في المقاولة لحد 20% بالزيادة أو النقصان من الكميات الواردة إزائها في جدول الكميات المسعر.." وما جاءت به

1 ينظر فتوى الجمعية العمومية رقم 540 في 1993/5/16، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية، المصدر السابق، ص288.

2 ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3511 لسنة 47ق.ع في 2005/12/20 والتي جاء فيها: " حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة فالشروط المتعلقة بتحديد المقابل النقدي في العقد شروط تعاقدية وتتحدد باتفاق الطرفين ولا يملك أي طرف التحلل منها أو تعديلها بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر" المجموعة، السنة51، المصدر السابق، ص157.

3 د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،2011، ص668.

المادة (78) من قانون المناقصات والمزايدات المصري والتي جاء فيها:" يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك".

الخـــــــــــــاتمة

بينا في هذه الدراسة المتواضعة التي تقدمنا بها باليسير في هذا المجال الواسع ، ماهية المسؤولية العقدية الإدارية وشروط قيامها وأنواع الدفوع القانونية التي يمكن أن يدفع بها الأطراف المتنازعة أمام القضاء نتيجة قيام هذه المسؤولية وتناولنا تطبيقات لبعض الدفوع الموضوعية والتي لايمكن حصرها لأنها تختلف حسب ظروف كل دعوى كونها تتعلق بأصل الحق المتنازع عليه، وبعد أن أنهينا هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات والتي نأمل أن ينال القبول من المشرع العراقي لغرض إضفاء أهمية أكبر على العقود الإدارية لأنها باتت اليوم الوسيلة الرئيسية التي تلجأ إليها الدول بهدف تنفيذ مشاريعها الكبرى.

أولاً/ الاستنتاجات:

1- يشترط في قيام المسؤولية العقدية في نطاق القانون الخاص أن يكون هنالك خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما، ولكن يمكن أن تثار المسؤولية العقدية الإدارية من دون وجود خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة وذلك على أساس (الخطأ المفترض) كما ولا يشترط لقيامها وجود ضرر لحق الإدارة نتيجة إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري.

2- يطبق القضاء العراقي أحكام قانون المرافعات على الدعاوى المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية وذلك بخلاف المحكمة الإدارية العليا في مصر والتي تطبق قواعد الإجراءات المنصوص عليها في قانون تنظيم مجلس الدولة ولا تطبق أحكام قانون المرافعات إلا استثناءاً فيما لم يرد فيه نص.

3- حدد المشرع المصري مدة سقوط دعوى الضمان العشري بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب، أما المشرع العراقي فقد اشترط إقامة دعوى الضمان العشري خلال سنة واحدة من تاريخ حصول التهدم أو انكشاف العيب وبخلافه يسقط حق الإدارة في إقامة هذه الدعوى.

4- على الرغم من التعديلات التي طرأت على قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 والتي كان آخرها قانون التعديل الخامس رقم (17) لسنة 2013 فإن المشرع العراقي لم يدخل منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري.

ثانياً/ التوصيات:

1- نوصي المشرع العراقي بوضع نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية وأحكام المسؤولية العقدية الإدارية بهدف تسهيل تمكين الإدارة من القيام بواجبها الرئيسي المتمثل في ضمان سير المرافق

العامة بانتظام وإطراد، وتمكين المتعاقد معها من تنفيذ العقد الإداري بمرونة وسهولة.

2- تحديد مدة سقوط دعوى الضمان العشري في القانون العراقي بمدة ثلاث سنوات بدل من سنة واحدة وذلك على ضوء ما أخذ به المشرع المصري .

3- توسيع اختصاصات محكمة القضاء الإداري في العراق لتشمل اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية، وعدم ترك منازعات هذه العقود للقضاء العادي الذي يطبق أحكام القانون الخاص عليها الأمر الذي قد يؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقود والإضرار بسير المرفق العام.

قائمة المصادر

أولا/ الكتب القانونية:

1) د. أحمد محمود جمعة، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية،2007.
2) د. آدم النداوي، المرافعات المدنية، مطبعة بغداد، بغداد، 1988.
3) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
4) د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في العقود الإدارية، بدون دار وسنة نشر.
5) د. خالد عبد الفتاح محمد ، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، بدون دار نشر، 2009-2010.
6) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1965.
7) د. ضياء شيت الخطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973.
8) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل،2000.

9) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.

10) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ط2 المكتبة القانونية، بغداد، 1980.

11) علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري،ج1، بيروت، بدون دار وسنة نشر.

12) فوزي كاظم المياحي، الدفع بعد الاختصاص المكاني، الإشكالات والتطبيق، بدون دار نشر، بغداد، 2010.

13) د. كمال قاسم ثروت، عقد المقاولة، ط1،مطبعة الوسام، بغداد،1976.

14) د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

15) محمد عزمي البكري، موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر.

16) د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثاني، دار أبو المجد، القاهرة، 2008.

17) د. محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

18) منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، 1957.

19) ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.

20) د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،2011.

ثانياً/ المجلات ومجموعة الأحكام والفتاوى:

1) المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في شأن العقود، الجزء الأول.

2) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 55-56.

3) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 54.

4) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 51.

5) الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، ج 35.

6) النشرة القضائية لقضاء محكمة التمييز، العدد الرابع، السنة الرابعة، 1974

ثالثاً/ القوانين والتعليمات:

1) القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948
2) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951
3) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.
4) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
5) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1986.
6) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2014.
7) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (بقسميها الأول والثاني) لسنة 1988.

المستخلص

يعتبر العقد الإداري من الأعمال القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لغرض القيام بواجباتها المتعددة ولتحقيق هدفها الرئيسي المتمثل في ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا العقد شأنه شأن بقية العقود التي تبرم بين طرفين قد يصاحب تنفيذه بعض الإشكالات التي يكون سببها إخلال أحد الطرفين المتعاقدين بتنفيذ بنود العقد الأمر الذي يؤدي إلى إثارة مسؤوليته العقدية ويدفع الطرف الآخر إلى اللجوء إلى القضاء ومطالبته بتنفيذ العقد على أساس هذه المسؤولية، والمسؤولية العقدية الإدارية تختلف عن المسؤولية العقدية في نطاق القانون الخاص حيث يمكن أن تقوم هذه المسؤولية بدون وجود خطأ من جانب المتعاقد وبدون ضرر يلحق الإدارة.

وبإثارة دعوى المسؤولية العقدية أمام القضاء يقدم كل من الطرفين دفوعهما القانونية، وهذه الدفوع تكون إما دفوعاً شكلية يوجهها المدعى عليه نحو الإجراءات الشكلية التي يجب على المدعي القيام بها أو دفوعاً موضوعية موجهة مباشرة نحو الحق موضوع الدعوى وتبعا لذلك فإنه لا يمكن حصرها وتحديدها، أو دفعاً بعدم قبول الدعوى كإنكار صفة الخصومة في الدعوى.

Abstract

Administrative contract is considered one of the legal acts that are taken by the administrative authorities in order to carry out its responsibilities in an organized and continuous manner for the sake of assuring the sustainability of public services. This contract, as same as of mutual contracts may accompanied by some problematic issues during of its performance due to the non-implementation of contractual obligations by one or more of its parties. The matter which may lead to the arising of contractual liability and therefore the plaintiff seeks remedies through court litigation. The administrative contractual liability differs from the private contractual liability from the aspect that such a liability may arise despite of the non-existence of the wrong act and regardless of any damages on the administrative authority.

When courts hear contractual liability proceedings both of the contractual parties submit their pleas, which could be either procedural or substantive pleas. In both cases it is not possible to limit or deny the hearing of the proceedings on the bases of non-existence of the litigation rationale.