رهن العقد الإداري

د. علي حسن عبد الامير
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

Contract administrative legal framework has proved its importance and necessity of the administrative life as an activity that provides all the needs of the administration aimed at the development of public utilities as it provides the expertise and means of material and labor and materials, and as a result of the seriousness of the agreement with the administration of contracts as a direct contact with the public daily needs and renewable for individuals and less Maigal them it's Atrhm and Ataatoagaf and Atstrih and knows no wait, so administrative the contract must processions remains to this cycle of evolving needs and seeks to Alatsaf same qualities without disability or laziness.

But nothing comparable to the financial aspect of importance in terms of ensuring the continuity of management contracts and continuity met needs, providing the money, however, the administration or however contracted could facilitate any difficulty facing the department and the contractor during the execution of the contract, so it stipulated that contracts need to provide the money, as well as similar works for the contractor to identify the achievements and significance and amounts, as well as on the administrative contracts based on the principle of personal account and which is personal contractor shall be irrelevant in the contract and this consideration is due to the confidence of the administration that the contractor will replace the fullest and Aikzlha before an audience of citizens and their needs.

However, in some cases, you may encounter the outskirts of the administrative contract -aladarh and contracted - defect is not in the execution of the contract or the circumstances surrounding it, but the financial side may affect hiring some shortcoming with the retention of management and contracted their desire to continue the implementation of the contract, so the Find Law some states new idea to keep these things through what is known as administrative proved decade.

And in order to facilitate the financing of the administrative contract law systems in the comparison and instructions nations in Iraq through the laws and directives of the administrative contract IT in administrative decade.

المقدمة

العقد الاداري عمل قانوني اثبت اهميته وضرورته في الحياة الادارية بوصفه النشاط الذي يوفر كافة الاحتياجات للادارة الهادفة الى تطوير المرافق العامة لما يوفره من خبرات ووسائل مادية وعمال ومواد، ونتيجة لخطورة العقود المبرمة مع الادارة بوصفها تماس مباشر مع الاحتياجات العامة للافراد اليومية والمتجددة والتي اقل مايقال عنها انها لاترحم ولاتتوقف ولاتستريح ولاتعرف الانتظار، لذلك فالعقد الاداري يجب ان يبقى مواكب لهذه الدوامة من الاحتياجات المتجددة وان يسعى الى الاتصاف بذات الصفات دون عجز او كسل .

ولاشيء يضاهي الجانب المالي اهمية من حيث ضمان استمرارية العقود الادارية واستمرارية تلبيتها للاحتياجات، فتوفر الاموال بيد الادارة او بيد المتعاقد معها يمكن ان يسهل أي صعوبة تواجه الادارة والمتعاقد اثناء تنفيذ العقد، لذلك اشترطت العقود ضرورة توفر الاموال وكذلك الاعمال المماثلة بالنسبة للمتعاقد للتعرف على انجازاته واهميتها، فضلاً على ان العقود الادارية تقوم على مبدأ الاعتبار الشخصي والذي يكون فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار، وهذا الاعتبار يرجع الى ثقة الادارة بأن المتعاقد معها سوف يحل محلها على اتم وجه ولايخذلها امام جمهور المواطنين واحتياجاتهم .

الا انه في بعض الاحيان قد تواجه اطرا ف العقد الاداري – الادارة والمتعاقد معها - خلل ليس في تنفيذ العقد او في الظروف المحيطة به، وانما قد يصيب الجانب المالي في التعاقد بعض القصور مع احتفاظ الادارة والمتعاقد معها برغبتهم في الاستمرار بتنفيذ العقد، لذلك اوجد القانون في بعض الدول فكرة جديدة للاحتفاظ بهذه الامور من خلال مايعرف برهن العقـــــد الاداري، فبغية تسهيل تمويل العقد الاداري، نظم القانون في الدول المقارنة والتعليمات في العراق من خلال قانون وتعليمات العقد الاداري تقنية رهن العقد الاداري، بوصفها الوسيلة الوحيدة للتمويل البنكي والمصرفي للعقد الاداري، حيث يتم من خلالها رهن العقود الادارية كضمان مقابل الحصول على هذا التمويل، سواء كان أمام مؤسسات مصرفية او أي مؤسسة مالية اخرى .ويستمد هذا الضمان أهميته من ارتباطه بالادارة ذاتها،حيث تضمن بموجبه الديون الناشئة أو التي ستنشأ عن تنفيذ العقد.

و عليه فان حسن استيعاب هذا الموضوع، يحتم علينا طرح الإشكالية التالية :ما مدى فعالية الرهن للعقد الاداري كضمان لتسهيل تمويله؟ و ما درجة تجسيد الأحكام المنظمة له من خلال تعليمات العقد الاداري الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي في العراق على ارض الواقع ؟

بعد هذه النظرة الموجزة سيحاول الباحث في هذا البحث المتواضع دراسة عقد رهن العقد الاداري، وسيتم تقسيم هذا البحث الى مبحثين الاول لدراسة ماهية عقد الرهن للعقد الاداري وبيان تعريفه وتمييزه عن الاوضاع المماثلة وبيان طبيعته القانونية وكيفية اعداده وتنظيمه، اما المبحث الثاني فسيتم تخصيصه لدراسة ضمانات عقد الرهن وسلطات اطراف العقد وكيفية انتهاؤه وحل النزاعات الناشئة عن عقد الرهن.

المبحث الاول

ماهية عقد رهن العقد الاداري

يقع على عاتق الادارة العامة والمتعاقد معها اتخاذ كافة الوسائل والاجراءات التي من شأنها ضمان استمرار تنفيذ العقد الاداري الذي بدوره يضمن استمرار المرفق العام وتلبيه احتياجات المواطنين،وبما ان قواعد القانون الاداري هي عبارة عن قواعد مرنة ومتطورة [1] ،لذلك فأن القانون الاداري (وبأستمرار) يحاول تكييف بعض القواعد الجديدة التي تساهم مساهمة فعالة في تطوير هذا القانون، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان لاتؤدي هذه التطورات الى تشويه هذا القانون او جعله تابع للقوانين الاخرى .

وكما نعلم جيداً ان هناك الكثير من القواعد الموجودة في القانون الاداري تجد مصدرها في القانون المدني،فالقانون الاداري اعتمد في نشأته اعتماداً كبيراً على نصوص القانون المدني، لابل ان قواعد القانون المدني كانت هي المطبقة على نشاط الادارة خارج ممارستها لسلطتها العامة حتى الربع الاخير من القرن التاسع عشر [2] وحتى بعد ان استقلت قواعد القانون الاداري عن قواعد القانون المدني فأن هناك العديد من النظريات في القانون الاداري منظمة ومستوحاة من تنظيم القانون المدني لها كنظرية الاشخاص والاموال والمسؤولية .

وفي نفس الجانب وبأستمرار اعتماد القانون الاداري على القانون المدني، كان القانون الاداري لايطبق بعض نظريات القانون المدني كونها لاتنسجم مع الطبيعة الخاصة للقانون الاداري وتعلقه بمصالح مختلفة عن المصالح التي يحميها القانون المدني ومثال على ذلك عدم جواز الحجز على الاموال العامة وعدم جواز التصرف بها او تملكها بالتقادم وكذلك عدم جواز رهن الاموال العامة او ترتيب أي حق عيني .

---

[1] د.محمد صلاح عبد البديع:الوسيط في القانون الاداري،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٢،ص٨٣.

[2] الدكتور محمد علي جواد :مبادئ القانون الاداري،مكتبة الغربة،بغداد،٢٠٠٢،ص٢٣.

الا انه وبالتطور المستمر وجد ان بقاء القانون الاداري على هذا الاعتقاد قد يؤدي الى الاضرار او حتى التوقف للمرافق العامة في اداء واجباتها في اشباع الحاجات العامة، لذلك سعى فقهاء القانون الاداري الى التقليل من حدة اندفعاهم في تحريم المساس بالاموال العامة حرمة تامة الى ادخال بعض النظريات والممارسات التي كانت محرمة حرمة باتة خلال الفترة السابقة ليقومو بالباسها ثوب جديد واظهارها بطريقة لاتمس بقواعد القانون الاداري وابرز النظريات الحديثة هو موضوع رهن العقد الاداري.

لذلك سنحاول في هذا المبحث تعريف عقد رهن العقد الاداري وبيان خصائصه المميزة وطبيعته وتمييزه عما يشبهه من اوضاع وكذلك بيان الشروط والبيانات اللازم توفرها لابرام هذا العقد .

المطلب الأول: مفهوم عقد رهن العقد الاداري وذاتيته

الرهن بشكل عام هو عبارة عن عقد به يكسب الدائن المرتهن على عقار او منقول مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المرهون في أي يد يكون .[1]وسنحاول في هذا المطلب وضع تعريف لعقد رهن العقد الاداري وبيان ابرز الخصائص التي يمكن استخلاصها من هذه التعاريف.

الفرع الأول: التعريف بعقد رهن العقد الاداري وذاتيته

ان رهن العقد الاداري ليست بالطريقة المتبعة منذ وقت طويل وانما هي ممارسة تم اعتمادها في السنوات الاخيرة وهذا يفسر عدم وجود تعريف لعقد رهن العقد الاداري في مؤلفات فقهاء واساتذة القانون الاداري ولذلك يعتمد في تعريفها ماجاء به الباحثين الحاليين في هذا المجال.

اولاً:- تعريف عقد رهن العقد الاداري[2]

عرف عقد رهن العقد الاداري بتعريفات متعددة خاصة في الدول التي اصدرت قوانين تنظم عملية الرهن،حيث وجد الباحثين هناك من موضوع رهن العقد الاداري مادة جيدة للبحث والدراسة، وكل تعريف من هذه التعاريف يعكس مجموعة من الخصائص التي توضح ذاتية هذا العقد وكالاتي :-

- عرف عقد رهن العقد الاداري بأنه " عمل بمقتضاه للمتعاقد مع الادارة مورداً كان او مقاولاً او خدماتياً الاستفادة من تمويل مؤسسة ائتمانية بغية تنفيذ التزامه تجاه الادارة صاحبة المشروع وهو يأتي كذلك كضمان لوفاء صاحب العقد بالتزاماته تجاه المصرف بشكل يمنح المصرف حق استرداد امواله بالافضلية من مبلغ العقد بعد تنفيذه مع مراعاة بعض الامتيازات .[3]
- كما عرف بأنه " العمل القانوني الذي بموجبه يرصد المتعاقد مع الادارة صفقته لضمان التزام لدى مؤسسة أو عدة مؤسسات ائتمان قصد الاستفادة من تمويل هذه العقد. ويخول للمؤسسات المذكورة حق استرداد أموالها من مبلغ هذه العقد بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين" [4].

وابرز مثال مطبق في العراق هو تصريح محافظ ميسان عام ٢٠١٦ بنية المحافظة للاتفاق مع مصارف اهلية وحكومية لدفع مستحقات جهات التعاقد والشركات المنفذة للمشاريع والموافقة على رهن العقد لدى هذه المصارف واستلام مستحقاتها مع درجة التصنيف .

---

[1] المواد (١٣٦٠/١٢٨٥) من القانون المدني العراقي.

[2] الرهن، رِهان و رُهُن و رُهون، رُهُونات : حَبْسُ الشيء بحقٍّ ليُستوفى منه عند تعذُّر وفائِه الرَّهْنُ : ما وضع عندك ليَنُوبَ مَنَابَ ما أُخِذَ منك (فَعْلٌ بمعنى مفعول) والجمع : رِهان و الرهن الذي يقدِّمه الدائن إلى مدينه من دون إعطائه الحقّ الكامل في التصرُّف به،وعقد الرهن مشروعٌ بكتاب الله،قال الله تعالى(إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)(سورة البقرة الآية٢٨٣).

3

http://tadbir.ma/%D8%B1%D9%87%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D9%81%D9%82%D8%A7

[4] المادة ٢ من قانون رهن الصفقات العمومية المغربي رقم قانون رقم ١١٢,١٣السنة ٢٠١٥.

من خلال تعاريف عقد الرهن للعقد الاداري يتبين لنا ان هذا العقد يتمتع بالعديد من الخصائص التي تميزه عن العقود الاخرى الادارية والمدنية وابرز هذه الخصائص :-

١- **الجواز التشريعي :-** لابد ان تستند عملية الرهن للعقد الاداري الى قانون يجيز هذه العملية والا فأن للاموال العامة حرمة لايجوز المساس بها[١]، ولايمكن ان تكون تصرفات الادارة موضوع لرهن او أي حق عيني اخر، لذلك نجد ان قوانين الدول المقارنة عندما بدأت تطبق هذا الاسلوب فأنها قد اعتمدت على اصدار قوانين خاصة برهن الصفقات العمومية، كالقانون المغربي والقانون الجزائري،اما العراق فلا يوجد قانون يحكم المسألة وانما تمت الاشارة الى موضوع رهن العقود الادارية في ضوابط وزارة التخطيط والتعاون الانمائي والمعروفة ب (ضوابط رقم ٤) والمتعلقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والتي نصت على "لجهة التعاقد الحكومية الموافقة على رهن العقد ومستحقاته لدى احدى المصارف الحكومية او الاهلية العراقية المؤهلة لممارسة هذا الشأن من البنك المركزي العراقي وحسب درجة تصنيفها لغرض توفير التسهيلات المالية للمتعاقدين مع ضرورة مراعاة شروط الدفع المطلوبة بموجب العقد لدفع المستحقات المالية للمتعاقدين وان يتم تحميل المتعاقدين اية فوائد مالية مترتبة عن ذلك "٢،وهذه التعليمات غير كافية لوحدها من اجل تنظيم المسألة وانما لابد من وجود قانون صادر عن السلطة التشريعية يتضمن احكام ملزمة لكل مرحلة من مراحل الرهن .ومن الجدير بالذكر ان قانون مصرف الرافدين بموجب القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٤١ والنظام الداخلي لمصرف الرافدين رقم ١٩ لسنة ١٩٧٤ المادة ٢ قد نص على جواز رهن السندات الحكومية "٢- الاقراض والتسليف وذلك بمنح التسهيلات المصرفية المختلفة لقاء رهن العقار او المنقول او السندات الحكومية او المالية على اختلافها او الاسهم او الحوالات الخزنية او بدون رهن ولقاء كفالة شخصية او بدونها "، الا ان هذا النص مع التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط غير كافيه لوحدها من اجل تنظيم عملية الرهن للعقد الاداري ولابد من وجود قانون ينظم هذه العملية بالذات وبنصوص دقيقة وواضحة ان المراد منها رهن العقد الاداري.

٢- **رهن العقد الاداري جمع بين احكام الرهن الحيازي ورهن الدين :-** الاصل في الرهن حسب احكام القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ان يكون محل العقد في العادة عقارات ينشئ للدائن عليها حقاً عينياً من اجل بقاء دينه، الا ان ذلك لايستبعد امكان اخضاع بعض المنقولات للرهن ولكن بشروط معينة وابرز هذه الشروط هي امكان اشهار الحقوق الواردة عليها لنظام قريب الشبه بالرهن على العقارات، حيث نصت المادة ١٣٢٨من القانون المدني العراقي"يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي، كل مايصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار او منقول وديون ..."،اما رهن الدين فقد اشارت المادة ١٣٥٤ "لايكون رهن الدين تاماً الابحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ولايكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او قبوله اياه ".

لذلك فأن نظرية رهن العقد الاداري والتي هي في طور التكوين والاستقرار في القانون الاداري قد دمجت بين احكام الرهنين الحيازي ورهن الدين وهذا الامر ليس بجديد على القانون الاداري فهو يأخذ من نظريات القانون المدني ويحاول تحويرها بما ينسجم مع طبيعته الخاصة .

٣- **رهن العقد الاداري هو عملية تعاقدية :-** لذلك فهو لايتم الا بألاتفاق ولايجوز الزام المصرف بعقد الرهن وتمويل العقد الاداري الذي يعاني خلل في الجوانب المالية، وانما لابد من وجود عقد يبرم بين المتعاقد مع الادارة والمصرف لغرض هذا التمويل [٣] .

---

١ د. نواف كنعان:مبادئ القانون الاداري،مكتبة الاثراء للنشر والتوزيع،الاردن،الطبعة الاولى،٢٠٠٨،ص٣٠٤.

[٢] الفقرة ١١ من الضوابط رقم ٤ (صيغة العقد)

[3] http://tadbir.ma/%D8%B1%D9%87%D9%86D8%A7%D9%84%D8%B5%D9%81%D9%82%D8%A7%D8%AA%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%85%D9%88%D9%85%D9%8A%D8%A9_1527/%

٤- **ان عقد رهن العقد الاداري هو عقد تابع** لأنه لا يمكن ابرام عقد رهن مستقل فلابد من أن يتقرر ضمانا لعقد اخر، وبالتالي فأن عقد رهن العقد الاداري يكون تابع للعقد الاصلي وقائم طالما يكون العقد الاداري الذي جاء لضمانه قائماً،ومن جهة اخرى فهو مستقل بأحكامه عن هذا العقد.[١]

٥- **المشروع العام** هو المرتكز الاساسي لعملية الرهن، حيث ان رهن العقد الاداري لايمكن ان يقع الا على مشروع عام، أي كل مشروع له طبيعة اقتصادية وصفة عامة وتعود ملكيته للدولة او مؤسسات الاشخاص المعنيين ذي الصفة العامة [٢].وبالتالي فالمصرف لايمول مشاريع اخرى للمتعاقد مع الادارة وانما يمول فقط ماهو متعلق بالعقد المرهون وبأمكانه ان يمتنع عن دفع أي مستحقات مالية صرفت لاغراض لاتحقق فائدة للمشروع العام.

٦- **نظام للتمويل(المصرفي والاداري) :-** ان وجود ثلاث اطراف لعقد الرهن للعقد الاداري (الادارة-المتعاقد-المصرف)جعل هذا النظام يتأرجح من كونه نظاماً للتمويل الاداري للعقد حيث انه يعد بمثابة امتياز تمنحه الادارة الى المتعاقد معها يتمثل بقدرته على الاستعانة بأي مؤسسة للائتمان او مصرف اذا كان لايمتلك الاموال، فعلى الرغم من ان عدم توفر الاموال يتطلب محاسبة المتعاقد مع الادارة[٣]، الا ان منح مثل هذا النظام جعل هذا النظام يأخذ هيئة تمويل اداري للعقد، فهو اداري لانه بمثابة امتياز للمتعاقد اضافة الى مجرد توفير هذا النظام يعد بمثابة امتياز يمنح للمتعاقد مع الادارة الى جانب الامتيازات التي تمنحها الادارة للمتعاقد، وهذا الكلام يصدق اذا ماكنا ننظر الى عقد الرهن للعقد الاداري من جانب الامتيازات الادارية، اما اذا نظرنا الى هذا النظام من جانب المتعاقد مع الادارة فهو يكون بمثابة نظام للتمويل البنكي لفائدته لغرض الوفاء لالتزاماته مع الادارة، وبمعنى اخر ان الادارة قد قامت بتمويل المشروع بشكل غير مباشر من خلال موافقتها على الرهن، فهو (تمويل اداري)، كما ان المصرف قد قام بتمويل المشروع بشكل مباشر فهو(تمويل مصرفي) .

ثانياً:-اسباب رهن العقد الاداري

تتنوع اسباب رهن العقد الاداري الا ان من اهم هذه الاسباب التي تجعل المتعاقد مضطراً لرهن العقد الاداري :-

١- **انخفاض اسعار النفط في العالم :-** ادى انخفاض الكبير الذي حصل في اسعار النفط الى تضرر كبير في اقتصاديات العديد من الدول وخاصة تلك الدول التي تعتمد عليه بشكل اساسي في اقتصادياتها كمصدر للتمويل،ومن بين هذه الدول العراق،لذلك فقد بدأت الدول بالتفكير بطرق جديدة لمواجهه مثل هكذا ازمات والسعي قدر الامكان ووفق الامكانيات المتاحة من اجل ضمان استمرار المرافق العامة في اداء خدماتها للجمهور [٤].

كما ان انخفاض اسعار النفط اثر تأثيراً كبيراً على رأسمال الشركات في القطاع الخاص بسبب الاختلاف الجذري الذي تشهده الاسواق في الوقت الحاضر وانخفاض الطلب في السوق وهذا اثر تأثيراً كبيراً على رأسمال الشركات ولم تعد قادره على مواكبة الاحتياجات المالية للادارة

٢- **الروتين الاداري وبطئ اجراءات الادارة** :- أن التعامل في إطار العقود مع الدولة والمؤسسات العامة، يمر عبر قواعد دقيقة ومحددة قانونا حتى لا تضيع حقوق الدولة. فالإدارة تحترس وتدقق في جميع مراحل

D9%84%D9%85%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%AA%D9%83.html#sthash.IXXPGeeq.dpuf

[١] http://tadbir.ma

٢ د.احمد محمود جمعة :العقود الادارية،منشأة المعارف،الاسكندرية،٢٠١٣،ص١٠٥.

٣ د .سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية،الطبعة الرابعة،مطبعة عين شمس،١٩٨٤،ص٤٠٨.

٤ د. سمير حسن ليلو: تأثير هبوط أسعار النفط على الاقتصاد وعلى التنمية المستدامة في العراق، بحث منشور على شبكة المعلومات على الرابط http://iraqieconomists.net/ar/2015/12/06/ تاريخ الزيارة ١٢-١١-٢٠١٦.

تعاملاتها [١]، فهي تمر عبر الإعلانات لطلب العروض أو المناقصات ثم تفرض شروطاً على المشاركين كضرورة توافر الخبرة أو تجربة وان يتوافقوا مع التصنيف المعتمد من قبل الادارة، أَضِف إلى هذا مختلف الضمانات التي يجب أن يقدمها المتعاقد، ابتداء من التأمين الاولي، ثم التأمين النهائي، إلخ [٢]، وبعد تنفيذ العقد يجب أن تتأكد الإدارة من حقيقة إنجازه من قبل المتعاقد، وأن يتم التأشير على الأداء من قبل عدة جهات، قبل أن يصدر الأمر بالأداء ثم تدرج لدى الخزينة العامة من أجل صرف مبلغ العقد، الذي يتم غالبا على دفعات[٣].

هذه الإجراءات المعقدة نوعاً ما تتطلب آجالا قد تكون طويلة مما يضطر المتعاقد للتوجه للبنوك ومؤسسات التمويل من أجل الحصول على اموال، في انتظار اطلاق المستحقات من قبل الإدارة، وحيث أن الدولة والمؤسسات التابعة لها لا تحمل صفة التاجر ولا يمكنها توقيع الكمبيالات، فإن لابد من وضع اليه خاصة لتمويل الديون الناتجة عن العقد الاداري ورهنها وتحديد شروطا دقيقة سنتعرف عليها لاحقاً.

٣- **<u>احتياج المتعاقد للاموال اثناء تنفيذ العمل :-</u>** قد يحتاج المتعاقد مع الادارة بعض الاموال للاستمرار بعملية تنفيذ العقد،وهذا النقص في الاموال التي لديه لايرجع الى الخطأ في الدراسات السابقة للمشروع وانما قد يعود لعدة اسباب يكون فيها كل من المتعاقد مع الادارة والادارة نفسها امام موقف محرج بسبب تقصير الجانب المالي وعدم وجود الوقت او المورد لمنح المتعاقد سلفة من قبل الادارة وعدم امكانية التوقف عن التنفيذ يصاحب ذلك عدم ممانعة الادارة بقيام المتعاقد بتوفير الاموال من مصادر اخرى كالمصارف لغرض الاستمرار بالتنفيذ مع تمسك الادارة بهذا المتعاقد وعدم رغبتها في تبديله وتقديرها بأن الضائقة المالية التي مر بها العقد لم يكن لاي منهما دخل في حدوثها، وبخلاف ذلك فأن المسؤولية تتحقق وتلزم الادارة مع المتعاقد معها بتحديد المقصر لمحاسبته[٤] ولامحل لابرام عقد الرهن، وان ابرم فأن الابرام يكون لغرض تسيير امور المرفق العام وليس لتسيير على المتعاقد، فلو ثبت ان الدراسات التي اعدتها الادارة لم تكن دقيقة في الجوانب المالية منها ولو ثبت ان الاعتماد المالي لم يكن متوفر او ان الكفالات والضمانات التي تتطلبها الادارة لم تكن متوفرة، فهنا لامجال للقول بأمكانية رهن العقد الاداري لاننا اذا قلنا بجواز الرهن في هذه الحالات فهذا يعني فتح الباب لعمليات الفساد الاداري والتحايل وادراج مقاولين ليس لديهم الكفاءة والكفاية في ادارة او تشغيل مرافق حكومية وليس لديهم المال الكافي لتغطية تكاليف المشروع بحجة رهنه في احد المصارف بعد الاحالة.

والسؤال الذي يمكن ان يطرح في هذا الجانب هل يمكن اللجوء الى رهن العقد الاداري عند افلاس المتعاقد مع الادارة [٥]؟.

اكدت تعليمات وزارة التخطيط والتعاون الانمائي المتعلقة بالموضوع بأن رهن العقد الاداري انما يكون لغرض توفير التسهيلات المالية وبالتالي فأن الرهن انما يكون لغرض التسيير على المتعاقدين (الادارة والمتعاقد معها)وبالتالي لايمكن للمتعاقد مع الادارة ان يرهن العقد عند افلاسه في احد المصارف .[٦]

الفرع الثاني: طبيعة عقد رهن العقد الاداري وذاتيته

يعد عقد رهن العقد الاداري من العقود العينية المشار اليها في القوانين المدنية و التي تتمتع بخصائص مميزة تجعل عقد رهن العقد الاداري يتمتع بطبيعة خاصة قد لاتتوفر في اغلب العقود الاخرى،كما تجعله مختلفاً عن

---

١ د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة : مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية،الطبعة الاولى،المصدر القومي للاصدارات،٢٠٠٨،ص٩٣.

٢ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ .

٣ د.سليمان الطماوي : مصدر سابق،ص٣٢١.

٤ د.احمد محمود جمعة :مصدر سابق،ص٢٢١.

٥ الإفلاس هو ان تعلن الشركة أنها غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها أمام الدائنين، وحينها تقوم الشركة بتصفية كل أملاكها وحساباتها البنكية لتسدد أكبر قدر ممكن من هذه الالتزامات ثم تخرج من سوق العملhttps://ar.wikipedia.org .

٦ الفقرة ١١ من الضوابط رقم ٤ .

العديد من التصرفات القانونية التي قد تجري بين المصارف والمتعاقدين مع الادارة او بين المصارف والادارة ذاتها وكالاتي :-

اولاً:- طبيعة عقد رهن العقد الاداري

ان عقد رهن العقد الاداري يجمع بين خصائص الرهن الحيازي [1]والرهن الخاص بالديون اضافة الى عقد الشراكة الموجودة في التعاملات المصرفية،ولتوضيح ذلك ندرج الملاحظات الاتية :-

- ان الرهن كما هو معروف في القانون المدني العراقي اما ان يكون رهناً تأمينياً والذي هو عبارة عن رهن يرد على عقار مخصص لوفاء دينه[2] او يكون رهناً حيازياً يتحقق بقيام الراهن بجعل مالاً محبوساً بيد المرتهن او بيد عدل [3]،كما نصت المادة ١٣٥٤ من القانون المدني العراقي على مايعرف برهن الدين والذي يتحقق بحيازة المرتهن سند الدين المرهون ولايكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه وقبوله اياه، وفي السابق كانت هذه المواد تطبق على العلاقات في نطاق القانون الخاص الا ان التطور الحاصل في عملية تمويل العقود الحكومية جعلت القوانين في الدول المقارنة تطبق احكام الرهن الواردة في القانون المدني على العقود الحكومية، ولو لاحظنا هذه الانواع الثلاثة من الرهون لوجدنا ان الرهن التأميني يتعلق بعقار، والرهن الحيازي يتعلق بمال منقول ورهن الدين يتعلق بسند الدين، ولو تمعنا بهذه الانواع من الرهون لوجدنا ان رهن العقد الاداري انما يجمع بين خصائص الرهن الحيازي بوصفه رهن لمنقول (العقد الاداري) اضافة الى خصائص الرهن الخاص بالديون كون العقد الاداري يحتوي على التزامات مفروضة على المتعـــاقد مـــع الادارة .
- ان عملية رهن العقد الاداري انما تتم على الوثائق الادارية للعقد المبرم بين الادارة والمتعاقد معها، وهذا الرهن لايمتد الى محل العقد الاداري الاصلي، فلو افترضنا ان هناك عقد اشغال عامة مبرم بين مقاول وادارة معينة وقام المقاول برهن العقد لدى احد المصارف فأن عقد الرهن لايمتد الى الاشغال التي قام بها المقاول للادارة العامة لان هذه الاشغال انما تعد اموال عامة والقاعدة هنا عدم جواز التصرف بأموال الدولة العامة، لأنها من متعلقات النظام العام. وكل تصرف (بيع، رهن، هبة وغير ذلك) يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ولكل ذي مصلحة أن يدفع ويتمسك بذلك وبالتالي لايجوز ايقاع الرهن عليها ويقتصر حق المصرف على الحقوق الناشئة للمقاول من هذا العقد [4].
- اما بالنسبة لجانب المصرف الذي سيقوم بتمويل العقد الاداري فالصيغة تكون عبارة عن مشاركة بين البنك والمتعاقد مع الادارة على أساس تقاسم العائد من المشروع، وقد يتم ذلك عبر المساهمة في ملكية أصول معينة على أساس المشاركة الدائمة أو المؤقتة بشرط أن يتم تقاسم الربح طبقًا للاتفاق المبرم بين الطرفين ويفوض المصرف المتعاقد مع الادارة الاشراف على المشروع دون ادارته .[5]

في الحقيقة وكما اوضحنا ذلك في المقدمة فأن القانون الاداري لم يأخذ النظريات الموجودة في القانون المدني كما هي وانما حاول تطويعها بما ينسجم مع الطبيعة الخاصة للمرافق العامة لذلك فالقانون الاداري

---

[1] هذا لايعني عدم وجود رهن تأميني للعقد الاداري،حيث ان المتعاقد مع الادارة حر في اختيار شكل الضمان للرهن العقد الاداري فقد يختار رهن بعض العقارات المملوكة له لدى احد المصارف وفي هذه الحالة تسري عليه احكام الرهن المعروفة في القانون المدني وليست احكام رهن العقد الاداري .

[2] المادة ١٢٨٥ من القانون المدني العراقي .

[3] المادة ١٣٢١ من القانون المدني العراقي

[4] http://www.argusdelassurance.com/jurisprudences/jurisprudence-ja/droit-de-gage-et-retention-preuve-rejet.63211

[5] سميح مسعود برقاوي: المشروعات العربية المشتركة، الواقع والأفاق، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨٨، ص ١٨.

والمنادين بضرورة الاخذ بموضوع رهن العقود الادارية لم ينقلو نظرية الرهن كما هي وانما قامو بوضع بعض الاضافات وحذف بعض الامور التي تتعارض مع عمل المرافق العامة وكذلك التي لايحتاجها العمل الاداري.

وفي الحقيقة فأن نظرية رهن العقد الاداري قامت بالخلط بين احكام الرهن الحيازي ورهن الدين اضافة الى احكام الشراكة وهذه الحقيقة توصلنا اليها من خلال الاطلاع على احكام القوانين في الدول التي اخذت بهذا النظام ووضعت له قانون خاص به كون العملية لازالت غامضة في العراق نتيجة لعدم وجود قانون يحكمها والاكتفاء بتعليمات مقتضبة صادرة عن وزارة التخطيط .

- جمع عقد الرهن للعقد الاداري بين احكام العقود الشكلية والعقود العينية:- حيث يعتبر التسليم ركن اساسي في عقد رهن العقد الاداري،[1]فهو لاينعقد بمجرد التراضي بل يجب ان يتم تسليم النظير الفريد او النسخة الفريدة الى المصرف والى ذلك اشارت المادة ٥ من الظهير المغربي الخاص برهن الصفقات العمومية "يجب على المستفيد من الرهن أن يوجه إلى المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء المعين في الصفقة النظير الفريد للاعتداد به كمستند إثبات للتسديد وكذا أصل عقد الرهن بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم. ويرسل كذلك نسخة من عقد الرهن المذكور إلى صاحب المشروع المعني".

اضافة الى ذلك فقد نصت القوانين التي اخذت بهذا النظام على ضرورة وجود بيانات اجبارية لصحة عقد الرهن وبطلانه في حالة عدم وجودها وهذا مايجعله من العقود الشكلية كما سنلاحظ ذلك [2].

ثانياً :- ذاتية عقد رهن العقد الإداري

بعد تسليط الضوء على تعريف عقد الرهن للعقد الاداري وبيان خصائصه وطبيعته يلاحظ ان عقد الرهن للعقد الاداري يتميز بجملة من المميزات التي تجعله يتميز عن بعض الانظمة التي قد تقترب معه واهم هذه الانظمة مايأتي :-

١- تمييزه عن الاعتماد المستندي :-

نصت المادة ٢٧٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على تعريف الاعتماد المستندي بأنه " عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل " فالاعتماد المستندي عبارة عن تعهد صادر من البنك بناء على طلب عميله الذي يسمى الامر بفتح اعتماد لصالح الغير الذي يسمي المستفيد مضمون بحيازة مستندات لبضاعة منقولة أو معدة للنقل[3]. وبموجب هذا العقد يلتزم المصرف بأن يضع مبلغا من المال تحت تصرف شخص يحدده العميل المتعاقد و يكون هذا الشخص المستفيد حائزا للمستندات التي تمثل البضاعة و المستندات المثبتة لعلاقاته مع العميل الامر بالاعتماد و التي على البنك التحقق منها و الحصول عليها لتنفيد التزاماته بالاعتماد.[4]

ومن ذلك يتضح لنا ان الاعتماد المستندي قد يقترب من عقد الرهن للعقد الاداري بكونه يقوم بأدخال طرف اخر بين الادارة والمتعاقد معها وهذا الطرف هو المصرف الذي يقوم بتوفير المال الى المتعاقد مع الادارة لذلك فهو وسيلة للضمان والائتمان للطرفين،[5] كما ان كلا العقدين يعتمدان على وجود عقد سابق بين الادارة والمتعاقد.

الا ان عقد الاعتماد المستندي لايطلب عادة الا في عقود البيع والشراء [1]،في حين ان عقد الرهن يتم بالنسبة الى العقود التي تتضمن اشغال او ادارة او توريدات،من جهة اخرى فأن الاعتماد المستندي يتم بالنسبة لاموال

---

[1] منصور حاتم محسن ابو خبط : انواع العقود،بحث منشور على شبكة المعلوماتhttp://www.uobabylon.edu.iq/،تاريخ الزيارة ٢٠١٦/١١/٢٢.

٢ المادة ٨ من الظهير المغربي المرقم ١١٢,١٣ الصادر عام ٢٠١٥.

[3] مهند صالح محسن :عقد الاعتماد المستندي قانوناً وقضاءاً،بغداد،٢٠١٥،ص١٢.

٤ مهند صالح محسن :مصدر سابق،ص١٧.

[5] محمود الكيلاني الموسوعة التجارية والمصرفية وعقود التأمين من الناحية القانونية،الطبعة الاولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،٢٠٠٨،ص٢٣.

موجودة فعلاً لدى المصرف وفي حساب العميل وهي تكفي لمبلغ الاعتماد في حين ان رهن العقد الاداري انما يتم بسبب عدم وجود الاموال الكافية لدى المتعاقد مع الادارة من اجل الاستمرار بتنفيذ العقد لذلك يلجأ الى رهن العقد في المصرف مقابل بعض الضمانات التي تحفظ حقوق المصرف، كما ان الاعتماد المستندي يشترط وجود حساب لدى المصرف فاتح الاعتماد بالذات في حين لايشترط عقد الرهن ذلك وانام يمكن رهن العقد الاداري في أي مصرف.

٢- **تمييز عقد رهن العقد الاداري عن الكفالة المصرفية :-**

الكفالة المصرفيّة تعد إحدى صور الضّمان المصرفي فهي أداة ائتمان يقدمها المصرف لكفالة عميله حيث يتعهّد بموجبها بالوفاء بدين العميل إذا أخلّ بالالتزام الذي كفل المصرف تنفيذه، وبذلك يكون هناك ضم لذمّة الكفيل إلى ذمّة المكفول. والغاية من الكفالة المصرفية هي إفساح المجال أمام العميل أن يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة المصرف له من دون أن يضطر إلى دفع المبالغ التي يُطلب إليه دفعها ضماناً لتنفيذ تعهداته،حيث إنّ تقديم المصرف للكفالة المصرفيّة يوفّر الائتمان والثقة للعميل من دون أن يخرج من خزائنه أي نقود عند توقيع عقد الكفالة وذلك بمجرّد منح توقيعه الذي يتعهد بموجبه بأن يدفع قيمة الكفالة مستقبلاً إذا أخل عميله المكفول بالالتزام الذي كفل المصرف تنفيذه. وقد تشترط بعض المصارف لإصدار الكفالة المصرفيّة أن يقدّم المدين المكفول ضمانات كتقديم نقود أو رهن عقاري على مال يملكه المدين أو رهن حيازي على مستندات يقدمها المدين للمصرف الكفيل أو أي ضمانة أخرى يتطلبها المصرف.[٢]

من خلال ذلك ان الكفالة المصرفية انما تطلب في المراحل الاولى للعقد وقبل البدء بعملية التنفيذ وهي تطلب بموجب نص القانون وهي لاتتضمن دفع الاموال للادارة ولاتعتمد على وجود او عدم وجود الاموال لدى المتعاقد، في حين ان عملية رهن العقد الاداري تتم بسبب طارئ يتعلق بوجود نقص في اموال المتعاقد مع الادارة حيث انه يتضمن قيام المصرف بدفع الاموال المتفق عليها في العقد، هذا وقد يترتب على المصرف نتيجة إصداره للكفالة المصرفيّة دفع المبلغ المكفول بموجبها للمستفيد منها، وفي هذه الحالة له أن يرجع على المدين بما كفله لا بما أدّاه. فإذا أدى المصرف إلى الدائن شيئاً غير الدين فليس له أن يرجع بهذا الشيء على المدين بل يرجع عليه بما كفله به.[٣] اما رهن العقد الاداري فأن المصرف يرجع بكل ما اداه للمتعاقد مع الادارة وليس فقط بمبلغ العقد المرهون.

٣- **تمييز رهن العقد الاداري عن الائتمان المصرفي**

يعرف الائتمان بأنه قابلية الحصول على ثروة حاضرة او حقاً فيها مقابل دفع في المستقبل، وهو علاقة مديونية تقوم على اساس الثقة وتنشأ عن مبادلة سلع او خدمات او نقود لقاء تعهد بدفع بدل معين مستقبلاً وفي اجل معين [٤].وقد عرف قانون المصارف العراقي الائتمان بأنه "أي صرف او التزام لاجراء صرف مبلغ نقدي في مقابل الحق بتسديد المبلغ المصروف والمستحق السداد ولتسديد الفائدة او رسوم اخرى مترتبة على هذا المبلغ سواء كانت مضمونه او غير مضمونة واي تحديد في اجل الاستحقاق للدين واي ضمانات صادرة واي شراء لورقة مالية او حق اخر لدفع مبلغ من المال الذي يتم توفيره لتسديد الفائدة اما بشكل مباشر او عن طريق سعر الشراء بخصم [٥].

فالائتمان وفق هذا الوصف علاقة تنشأ بين المصرف وعميله يتعهد فيها المصرف بأداء الالتزامات معينة تزيد عن ائتمان العميل في مواجه الغير، ويعتمد المصرف على قدرة العميل في اداء التزاماته فهو يقوم على اساس الثقة الناشئة للمصرف في العميل معتمداً على سمعة العميل ورأسماله، لذلك فهو –أي الائتمان- يعد بمثابة تأجير

---

١ الضوابط رقم ٥ الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي العراقية بشأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

[٢] الضوابط رقم ٥ الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي العراقية بشأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

[٣] ايمان نابوش :الكفالة المصرفية،بحث منشور على شبكة المعلومات على الرابط،http://www.arab-ency.com/تاريخ الزيارة ٢٠١٦\١٢\١٤.

[٤] نسيبة ابراهيم حمد :خطاب الضمان في القانون العراق،رسالة ماجستير،جامعة بغداد،١٩٧٨،ص٣.

[٥] المادة (٢) من قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤.

لرأس المال اعتماداً على الثقة التي يستحقها طالب الائتمان ويتحقق بقيام صاحب رأس المال (المصرف) بنقل رأس المال الى من يحسن استعماله نظراً للمخاطرة الكبيرة في ضرورة استرجاع رأس المال مع الارباح.
وبذلك يختلف عقد الرهن للعقد الاداري عن عقد الائتمان بأن الاول لايشترط وجود رصيد لدى المصرف الذي يقوم برهن العقد وانما يكتفي بأي مصرف معترف به من قبل السلطات المختصة، كما ان الائتمان المصرفي يعتمد بالاساس على الثقة بين العميل والمصرف في حين ان رهن العقد الاداري يحتاج ضمانات تحفظ حقوق المصرف الراهن .

المطلب الثاني: اطراف عقد رهن العقد الاداري وشروطه

ان عقد رهن العقد الاداري شأنه شأن أي عقد اخر ينشأ بتوافق ارادتين ارادة المصرف وارادة المتعاقد مع الادارة، الا ان عقد رهن العقد الاداري قد تطلب اضافة الى ذلك وجود ارادة اخرى فضلاً عن توفر شروط معينة سنحاول بيانها في هذا المطلب[١].

الفرع الأول: اطراف عقد رهن العقد الاداري

لعقد رهن العقد الاداري ثلاث اطراف رئيسية :-

اولاً:- **الراهن (المتعاقد مع الادارة):-** وهو المقاول الذي تعهد للادارة تجهيز او توريد سلعة او انشاء او ادارة مرفق عام،حيث ان القاعدة العامة هنا ان الراهن هو المدين في العملية التعاقدية مع الادارة، ومن الجدير بالذكر انه وحسب احكام القانون المدني يمكن الرهن من قبل المدين او شخص اخر [٢]، ولو طبقنا هذا الكلام على رهن العقد الاداري لوجدنا انه بأمكان شخص اخر القيام برهن هذا العقد ويكون بمثابة الكفيل العيني للمتعاقد مع الادارة ، وهنا يجب ان يقدم للمصرف الضمانات اللازمة للوفاء وتسري على الادارة عندها مايسري على الكفيل العيني كما تسري عليه شروط عقد الرهن في نفس الوقت .

ثانياً:- المرتهن (مؤسسات الائتمان والمصارف) : تعد مؤسسات الائتمان الأشخاص المعنوية التي تزاول نشاطها في العراق، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأس مالها أو مخصصاتها أو جنسية القائمين بأدارتها، والتي تحترف بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية (تلقي الأموال من الجمهور،عمليات الائتمان،وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بإدارتها)،اما المصرف فهو شخصية معنوية تتمتع بأستقلال مالي واداري وله حق التعاقد وتملك الاموال المنقولة وغير المنقولة والتصرف فيها والقيام بجميع التصرفات القانونية والفعلية والتي تتفق واغراضه والخصومة [٣] وقد ساوت التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي بين المصارف الاهلية والحكومية بشرط ان يكون المصرف معترف به من قبل البنك المركزي العراقي ويعتقد الباحث ان المقصود بعبارة المعترف بها من قبل البنك المركزي ليس المقصود بها ترخيص البنك المركزي لها للعمل داخل العراق لان المصرف يجب عليه الحصول على ترخيص مصرفي مسبق من البنك المركزي حسب المادة ٤ من قانون المصارف والتي نصت على "يتطلب تأسيس مصرف في العراق بما في ذلك الفروع الثانوية التي تعود غالب او كامل ملكيتها لمصرف اجنبي او شركة مصرفية قابضة اصدار ترخيص مصرفي مسبق من البنك المركزي العراقي" لذلك يقترح الباحث ضرورة الزام البنك المركزي بأعداد قامة سنوية او دورية يحدد فيها المصارف التي يعترف بها كمصارف قادرة على تمويل العقود الحكومية.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو انه هل يمكن للمصرف او مؤسسة الائتمان ان تقوم بأحلال مصرف اخر محلها في عقد الرهن ام انها ملزمة بالتنفيذ حتى نهاية عقد الرهن؟ في الحقيقة سكتت الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي العراقية عن حكم هذه المسألة، الا ان قوانين الدول المقارنة قد اجازت هذه

---

[١] http://mawdoo3.com

[٢] عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٤،ص٦١.

[٣] المادة ١١ الفقرة ١ من قانون المصارف العراقي.

الحالة، حيث نص قانون رهن الصفقات العمومية المغربي على هذه الحالة واطلق عليها مصطلح (التفويت) ونص على " يجوز للمستفيد من الرهن أن يفوت كل دينه المستحق على صاحب الصفقة أو بعضا منه. ولا يمنع التفويت في حد ذاته المستفيد من الرهن بصفته المفوت، من الاستفادة من الحقوق المترتبة عن الرهن. ويمكن أن يحل المستفيد من الرهن أيضا، بواسطة اتفاقية مميزة، محل المفوت إليه في مفعول هذا الرهن في حدود كل أو بعض الدين المخصص للضمان. ويجب على المستفيد من الرهن أن يبلغ نسخة من اتفاقية الحلول إلى المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء والى صاحب المشروع وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين ٣ و ٥ من هذا القانون."[١]

ثالثاً- المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء :ومن التطبيقات الجديدة التي اضافتها نظرية رهن العقد الاداري مايعرف بالمحاسب المكلف الذي يعد وجوده الزامي لابرام عقد رهن العقد الاداري ويتولى هذا المحاسب والذي يكون عادة احد موظفي الدائرة التي رهن عقدها مع المتعاقد بتسديد المبالغ المستحقة للمصرف على المتعاقد مع الادارة مع نسبة الفوائد اضافة الى انه يتولى كافة التبليغات بين كافة اطراف العلاقة التعاقدية، ويتعين عليه تسليم المصرف والمتعاقد مع الادارة،[٢] قائمة تبين الاعتراضات التي تم تبليغها إليه برسم العقد المرهون، وهذا الشرط يعد الزامي في قوانين الدول التي اخذت بهذا النظام في حين انه لم ينص عليه في تعليمات وزارة التخطيط.

الفرع الثاني: شروط عقد رهن العقد الاداري

ينشأ الرهن بموجب عقد شكلي هو عقد الرهن للعقد الاداري، ولابد لانعقاد هذا العقد من توفر عدة شروط شكلية وموضوعية مقررة وفق القواعد العامة لابرام العقود وابرز هذه الشروط:-

١- **الرسمية (الشكلية):-** يعد عقد الرهن للعقد للاداري من العقود الرسمية ويلزم لانعقاده مراعاة الاشكال الخاصة في العقود، والشكلية في عقد الرهن للعقد الاداري لم ينص عليها في تعليمات وزارة التخطيط ولكن يمكن ان نجدها في الفقرة ٢ من المادة ٢ من قانون المصارف رقم "يتم عقد القرض او الرهن والسلفة بتنظيم سند مداينة وفق نموذج خاص ويعمل بهذا السند وبسجلات المصرف الدائن بلا بينه مالم يثبت خلاف مضمونها ".

وللشكلية فوائد عديدة لكلا الطرفين،فهي مقررة لمصلحة المصرف لغرض تنبيهه الى خطورة مايقدم عليه لذلك عليه ان يفكر ملياً قبل ان يلتزم بهذا الالتزام مع الادارة او المتعاقد معها كما ان مجرد وجود هذا العقد مع المصرف له خصوصيه بكونه يعد بمثابة سند تنفيذي يمنح للراهن [٣].

في الواقع ان هناك اتجاه في الفقه الفرنسي ويؤيده الفقه المصري ان الرسمية لاتشترط الا من جانب الراهن والذي هو في مجال بحثنا (المصرف) فقط،فهو وحده الذي يجب ان يعبر عن ارادته امام الجهات المختصة وبورقة رسمية ولايشترط هذا الاتجاه ان يعبر كلا الطرفين عن ارادتهما في نفس المكان او نفس الزمان فالاصل –حسب اعتقادهم- ان الرسمية والشكلية لحماية ارادة الراهن وحده ولذلك فهو وحده الذي يجب ان يعبر عن ارادته بالشكل القانوني [٤]، اما المتعاقد مع الادارة او حتى الادارة ذاتها فطالما ان الرهن لمصلحتهما فهما يستطيعان قبوله بأي شكل،الا ان الباحث لايؤيد هذا الاتجاه حيث لايمكن تصور ان يكون العقد نصف رسمي كما ان الرسمية والشكلية تحقق الفوائد لكلا الطرفين وليس احدهما من حيث التأكد من شروط صحة العقد كما انه يتضمن العديد من الفوائد العملية التي لاسبيل الى انكارها.

ويعد العقد باطلاً اذا لم يستوف الشكلية التي نص عليها القانون ويمكن اذا ماتوفرت شروط معينة لعقد الرهن الباطل ان يعتبر مصدراً او اساساً للمطالبة بالتعويض عن فوات المواعيد وحماية الثقة المتبادلة .[٥]

---

١ المادة ١٢ من قانون رهن الصفقات العمومية المغربي .

٢ قانون رقم ١١٢,١٣المغربي.

٣ د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية،منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٩٦،ص١٣٢.

٤ د.سميرعبد السيد تناغو : نفس المصدر،ص١٣٢.

٥ همام محمد محمود زهران: التأمينات العينية والشخصية، التأمينات العينية، ١٩٩٨، دار المطبوعات الجامعية،ص١٠٥.

وبتحقق الشكلية التي نص عليها القانون ينشأ عقد الرهن للعقد الاداري دون ان يتوقف على أي اجراء اخر كأجراءات التسجيل او الشهر لان الشهر لازم لنفاذ العقد في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق في ذاته .

٢- **التخصيص :-** ذكرنا سابقاً بأن عقد رهن العقد الاداري هو عبارة عن عقد تابع للعقد الاصلي المبرم بين الادارة والمتعاقد معها وهو يتقرر ضماناً للوفاء بالتزام معين، لذلك يجب ان يكون العقد الاداري المراد رهنه معيناً تعييناً دقيقاً من جميع جوانبه الشكلية والموضوعية ويجب ان يكون العقد المبرم بين الادارة والمتعاقد معها قد تم ابرامه فعلاً وليس مستقبلي، ومن مميزات الرهن بأنه لاينقل حيازة العقد او متعلقاته الى المصرف فيظل المتعاقد مع الادارة او الادارة حائزة ومسيطرة على العقد وقادرة على التصرف به

وللتخصيص فائدة كبيرة ومهمة لان من خلاله يمكن ان نعرف ماينقل عن طريق الرهن ومايجب اتباعه من اجراءات وهل هناك حقوق اخرى تنقل مع الرهن، فليس كل اموال المتعاقد مع الادارة تكون خاضعة للرهن، وكذلك ليست كل مشاريع الادارة المعنية تكون مرهونه التنفيذ على المصرف المحدد، وانما فقط مايكون منها مرتبط بالمتعاقد معها وبالنسبة لعقد معين دون غيره، حتى ولو كان المتعاقد معها ينفذ اكثر من مشروع.

وبما ان عقد الرهن للعقد الاداري هو عبارة عن رهن لمنقول وليس عقار، وكما نعلم ان المنقول يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أي ان الادارة والتي هي حائزة على العقد تستطيع الاضرار بالمصرف من خلال رهنه لشخص اخر حسن النية لذلك لابد من وجود ضمانات اخرى للمصرف من اجل شهر حقوقه امام الادارة وحتى يستطيع الاطمئنان عند تقديم التسهيلات الى الادارة حيث تعد اجراءات الشهر ضرورية لرهن المنقولات حتى وان غاب موضوع الحيازة [١] والحقيقة ان هناك تطور حقيقي نحو امكان رهن المنقول دون نقل الحيازة اذا امكن تكوين كيان ذاتي له او علامة مميزة تمكن المصرف من ضمان وجود مايثبت حقه عليه وهذا يساوي الشهر، ولهذا الغرض ولتقوية ضمان وضع المشرع في الدول المقارنة شرط النظير الفريد الذي توقع عليه الادارة وتثبت موافقتها على رهن العقد الاصلي .

٣- **موافقة الجهة الادارية على عملية الرهن :-** حيث ان المتعاقد مع الادارة لايمكنه ان يقوم برهن العقد الاداري من تلقاء نفسه وبأرادته المنفردة وانما لابد من حصوله على موافقة الجهة الادارية المختصة على رهن العقد، وللجهة الادارية السلطة التقديرية في قبول او رفض رهن العقد، وبالتالي يمكنها رفض عملية الرهن واتخاذ الاجراءات القانونية بحق المتعاقد، وهذا ما اوضحته تعليمات وزارة التخطيط التي نصت على "لجهة التعاقد الحكومية الموافقة على رهن العقد ومستحقاته ... "[٢].

المبحث الثاني

تنظيم عقد رهن العقد الاداري

يعمل رهن العقد الاداري على تحقيق ثلاث اهداف رئيسية أولها توفير خيارات التمويل المصرفي، إذ قام البنك الدولي بإعداد دراسة تبين من خلالها أن تطبيق مشروع رهن الأموال المنقولة في مشاريع الدولة يؤدي إلى زيادة القدرة للحصول على التمويل أو القروض بنسبة تصل إلى ١٠,٧%، مع انخفاض معدل الفائدة بنسبة ٣%، والثاني توفير الإطار المؤسسي والتشريعات الملائمة للإقراض المضمون، حيث تعد الأطر القانونية والتنظيمية الحالية للمعاملات المضمونة بالأموال المنقولة غير مكتملة، كما أن هناك ممارسات بالفعل في الإقراض في هذا المجال، إلا أنها تتم من دون الإطار القانوني الذي يحمي حقوق المقرضين والمقترضين، بينما الهدف الأخير زيادة تنافسية الدولة، وتحسين بيئة الأعمال، من خلال العمل على تحسين تصنيف الدولة في مؤشر الحصول على الائتمان، والتزام الدولة بالمعايير الدولية، خصوصاً في ظل عضويتها في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التي أصدرت دليلاً تشريعياً بشأن المعاملات المضمونة.

ومن اجل تنظيم عقد رهن العقد الاداري وفق المعايير الدولية لابد ان يتضمن عقد الرهن بيانات اجبارية ومرفقات وضمانات تحفظ حقوق كل اطراف العقد وهذا ماسيكون عنوان البحث.

---

[١] اتفاقية جنيف ١٩٤٨ بشأن رهن الطائرات.

[٢] الفقرة ١١ من ضوابط رقم ٤ الصادرة عن وزارة التخطيط بشأن العقود الحكومية .

المطلب الأول: محتويات عقد رهن العقد الاداري

يتطلب عقد رهن العقد الاداري بعض البيانات الالزامية لاتمام الشكلية التي نص عليها القانون في الدول المقارنة والتي لم توضحها التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية، وهذه البيانات تعتبر الزامية لاتمام عملية الرهن، كما ان عقد الرهن في المصرف يتطلب ارفاق العقد الاصلي الذي ابرم بين المتعاقد والادارة وذلك لضمان عدم قيام المتعاقد برهن العقد مرة اخرى، كما ان المصرف يتطلب ارفاق العديد من الضمانات التي تضمن حقه في المبالغ التي سيدفعها للمتعاقد مع الادارة ولحين التسديد.

الفرع الأول: البيانات المطلوبة لعقد الرهن

بالرجوع الى قوانين الدول المقارنة وكذلك الى الاحكام العامة في القانون المدني والمتعلقة بعملية الرهن،فلابد من توفر جملة من البيانات الضرورية لاعتبار عقد الرهن صحيحاً ومشروعاً وابرز هذه البيانات :-

١- تسمية العقد :- حيث يجب الاشارة صراحة في العقد الى اسمه الصريح بكونه عقد رهن لعقد الاداري وهناك عدة تسميات تستخدم لذلك منها (عقد رهن صفقة عمومية)[١]او عقد رهن عقد اداري ...الخ.

٢- الإشارة صراحة الى ان ابرام عقد الرهن للعقد الاداري قد تم تطبيقا لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود وأحكام قانون رهن العقد الاداري والتعليمات الصادرة بشأنها.

٣- اسم المصرف اومؤسسة الائتمان المستفيدة من الرهن ويتم الاشارة الى الاسم صراحة وبوضوح.[٢] مع بيان الهوية البنكية لمؤسسة الائتمان المستفيدة من الرهن[٣].

٤- مبلغ الرهن المُتَّفَق عليه بين المصرف والراهن.

٥- تعيين اسم المحاسِب أو الشخص المكلف بالأداء ومكان عمله ومركزه الوظيفي.

٦- معلومات عن العقد الاصلي محل الرهن والذي ابرم بين الادارة والمتعاقد، حيث يجب الاشارة وبوضوح الى هذا العقد بوصفه محل عقد الرهن ومن المعلومات التي يجب ادراجها (رقم هذا العقد –موضوعه – والجهة الادارية صاحبة المشروع) .

٧- تحديد الجهة المختصة بنظر النزاعات الحاصلة بين الطرفين .

٨- تحديد مدة التسديد والية التسديد ونسبة الفائدة .

ومما هو جدير بالذكر ان ضوابط وزارة التخطيط العراقية لم تشر الى أي من هذه البيانات الامر الذي يتطلب تدخل تشريعي عاجل لغرض تنظيم المسألة خوفاً من التورط بعقود رهن تسبب اضرار كبيرة للادارة.

الفرع الثاني: مرفقات عقد رهن العقد الاداري

لايكفي وجود البيانات الاجبارية لاتمام رهن العقد الاداري، وانما اضافة الى هذه البيانات لابد ان تتوفر مرفقات للعقد تعتبر الزامية ايضاً لاتمامه وهذه المرفقات هي:-

١- **النظير الفريد** : تسلم الادارة للمتعاقد معها نسخة من العقد موقع عليها قانونا من قبل الشخص المختص (وزير –مدير عام)، وتبين أن النسخة المذكورة سُلِّمَت لتكون رسما لرهن العقد[٤] ويطلق على هذه النسخة عدة تسميات (النظير الفريد) او (النسخة الوحيدة). ويعتبر اشتراط هذه النسخة ضمانة للدائن المرتهن (أي المصرف) لكي لا يقوم صاحب العقد(الادارة) برهنها لِمَرَّات متتالية. ولكن مالحكم اذا كان العقد يتطلب السرية لوجود بعض المعلومات التي لايجوز اطلاع الكافة عليها كضرورات الدفاع الوطني أو الأمن العام ؟ في الحقيقة لم تجب التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط على حكم هذه المسألة،ولكن لايوجد مايمنع ان تحتوي هذه النسخة مستخلص للعقد وان يذكر فيها فقط الامور الاساسية في العقد دون التفصيلات لان الغرض منها هو حفظ حقوق المصرف .

---

[١] القانون المغربي والقانون الجزائري.

[٢] /http://www.droitetentreprise.org

٣: http://tadbir.ma

٤ قانون رهن الصفقات العمومية المغربي.

ويقترح الباحث في هذا الجانب ان لاتقوم الادارة بأصدار نسخة النظير الفريد الا بعد ان تتأكد من اداء المتعاقد لكافة الضمانات المنصوص عليها في العقد وذلك لضمان حقوق الادارة في حالة اساءة استعمال نسخة النظير الفريد .

اما عن الشخص المسؤول عن حيازة النظير الفريد فقد جعلت قوانين الدول المقارنة هذا الشخص هو بدرجة محاسب تابع للدائرة التي رهن عقدها مع المتعاقد لأن وضع نظير العقد بين يد البنك الدائن لا يفيده في شيء، لهذا، سيكون تبليغ الرهن بين يدي الشخص المُكَلَّف بأداء مبلغ العقد وهو محاسب الإدارة المعنية. بهذه الطريقة سيصبح هذا الأخير مُلزَما بأداء كل المبالغ المتعلقة بعقد الرهن، مباشرة لفائدة المصرف. بعدئذ، يتم تبليغ النظير الفريد وأصل عقد الرهن من الادارة إلى المتعاقد معها، بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالتوصيل. وعند توقيع الوصل بإشعار التسلُّم، يُعتَبر المحاسب المكلف بالأداء بمثابة الغير الحائز للضمان تجاه المستفيد من الرهن، في حدود مبلغ الدين. ابتداء من هذا التاريخ لا يجوز له الأداء إلا بين أيدي المستفيد من الرهن، وفي حالة أدائه لشخص آخر فإنه يتحمل شخصيا العواقب المادية لتصرفه.[1] وفي حالة تعيين محاسب جديد أو شخص آخر مكلف بالأداء، مثلا في حالة تقاعده أو نقله، فإن الرهن ينتج آثاره بين بين يدي من يحل محله دون أي إجراء إضافي.

٢- **قائمة موجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنجزة** : يجب ان تتضمن مرفقات عقد الرهن وثيقة تبين مدى قيام المقاول بأنجاز الخدمات المطلوبة منه، وهذه القائمة تقوم الادارة بأعدادها وتوضح من خلالها المراحل التي وصل اليها العقد المبرم بينها وبين المقاول .

٣- **شهادة الحقوق المعاينة** : وهي عبارة عن اقرار صادر عن الادارة تبين من خلاله الديون التي بذمتها للمتعاقد ويثبت في تاريخ معين الحقوق المعاينة لفائدته[٢]. ويقوم المصرف بمراجعة إجراءات المقترض وكافة الوثائق التي يقدمها المقترض للادارة وتقييم العطاءات وتوصيات الترسية الخ.

المطلب الثاني: ضمانات عقد رهن العقد الاداري ونهايته

لضمان قيام المصارف بتقديم كافة التسهيلات المطلوبة لرهن العقود الادارية لديها، فأن هناك عدة ضمانات تقرها القوانين الخاصة بالرهون والتي لابد ان تلزم المقاول بأن يقوم بتوفيرها قبل ابرام عقد الرهن، وفي حالة وجود أي خلل في هذه الضمانات او في حالة وجود أي تحايل او أي امر فيه مساس بحقوق المصرف، فهناك عدة طرق يمكن اللجوء اليها من قبل المصرف لحماية حقوقه ٣.

الفرع الأول: ضمانات المصرف في عقد رهن العقد الاداري

مهما كانت ثقة المصرف عالية بالادارة او المتعاقد معها فلابد ان تتوفر ضمانات كافية حتى يستطيع المصرف ان يضمن حقوقه، فأي مصرف عندما يمنح أي مقابل لاي جهة فهو يضع في حسبانه الاعتباريين الاتيين :-

١- الاخطار المحتملة لهذا المشروع وتقييمها.

٢- الاشراف على المبالغ المدفوعة من قبله ومتابعتها .

فمهما كانت الثقة عالية فالمصرف يبقى خائفاً من عدم القدرة على تسديد عند حلول موعد الاستحقاق لذلك فهو يشترط توفير بعض الضمانات وهذه الضمانات على نوعين :-

---

[1] http://tadbir.ma

[٢] يتم إعداد هذه الوثيقة بناء على كشوف الحساب المؤقتة.

[٣] أن رهن المنقولات، أي الأشياء القابلة للتسليم مثل السلع والآلات وغيرها، لا يتم إلا بحيازتها من طرف الدائن المُرْتَهِن، بحيث تصبح تحت تصرفه وسلطته لِتُشَكل ضمانا لِدَيْنِه على مالك الشيء المرهون، لهذا سُمِّي بالرهن الحيازي لأن الحيازة تمنحه حق استيفاء دينه من الشيء المرهون بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين .فالحيازة تلعب دورين، أولهما أنه بحكم أن الشيء المرهون تم تسليمه للدائن، فإن المالك الأصلي يفقد قدرة التصرف فيه، وثانيهما أنها تكون بمثابة عملية الإشهار القانوني.

اولا:-الضمانات التي يطلبها المصرف قبل موافقته على الرهن:- يستطيع المصرف وقبل الموافقة على عملية الرهن طلب عدة ضمانات لتأمين نفسه، وهذه الضمانات يمكن ان نجدها منصوص عليها في القواعد العامة، كما ان هناك ضمانات نصت عليها القوانين المتعلقة برهن العقد الاداري وكالاتي :-

أ:- الضمانات التي نصت عليها القوانين المدنية :- وهي تشمل :-

- **ضمانات شخصية :-** وهو عبارة عن تعهد يقدم من قبل شخص ثالث ضامن يتعهد بالتسديد بدلاً عن المدين وهذه الضمانات اما ان تكون بشكل كفالة والتي هي عبارة عن تعهد امام المصرف بالتسديد او بشكل ضمان احتياطي يظهر بشكل ورقة تجارية حصراً .[1]
- **الضمانات الحقيقية :-**وتتجسد هذه الضمانات بمجموعة من السلع او المواد او العقارات التي يمكن ان تقدم على سبيل الرهن وليس على سبيل تحويل الملكية، ويجب على المصرف ان يتأكد من سلامة هذه المواد وانها غير تالفة او قابلة للتلف وان سعرها معرض للتغير في السوق .[2]

ب:- الضمانات التي نصت عليها قوانين رهن العقود الادارية :-

ولكون عملية رهن عقد هي عبارة عن عملية نوع ما معقدة،قام المشرع في قوانين الدول المقارنة بفرض ضمانات اساسية لحل هذه الاشكالية وهذه الضمانات تتمثل :-

- إنشاء (نظير فريد) من العقد هو الذي سيُعْتَمَد من أجل إتمام الرهن.
- تحديد المحاسب المكلف بأتمام عملية الرهن والحائز على نسخة النظير الفريد، بهذه الطريقة وكما قلنا سابقاً سيصبح هذا الأخير مُلزَما بأداء كل المبالغ المتعلقة بالعقد، مباشرة لفائدة المصرف،وهذا يشكل ضمانة ضرورية تحفز المصرف على اتمام عملية الرهن.

ثانياً:- ضمانات المصرف خلال فترة الرهن :-

١- **التزام الادارة بسلامة الرهن:-** ان الادارة تبقى محتفظة بجميع سلطاتها على محل العقد المرهون حيث ان المصرف وخلال الفترة السابقة على التنفيذ (الفترة السلمية) ليس له أي مصلحة في تعطيل مباشرة الادارة لسلطاتها وفي نفس الوقت يجب ان لايؤثر مباشرة الادارة حقوقها على حقوق الدائن المرتهن حيث ان الادارة تكون ضامنة لسلامة الرهن.[3] ان احتفاظ الادارة بهذه السلطات يقابلها التزامها بسلامة الرهن في مواجهة المرتهن والمساس بسلامة الرهن قد تأتي من قبل المتعاقد او من قبل الادارة او بسبب اجنبي او من الغير وفي جميع الاحوال يستطيع المصرف ان يعترض على الاعمال التي تمس سلامة

---

١ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. الطبعة الثانية،(جامعة الكويت)،١٩٩٨،ص٣٣٠.

٢ همام محمد محمود زهران: مصدر سابق،ص١٢٣.

٣ تمتلك الادارة الحقوق الاتية على المرفق محل عقد رهن العقد الاداري:-

١- سلطة التصرف:- من المعلوم ان الادارة تستطيع التصرف في الاموال العامة بعد انتهاء الغرض من التخصيص للمنفعة العامة، فأذا حدث وان قامت الادارة بالتصرف في هذا المال وهو مادفع عليه الرهن فهنا يمكن للادارة ذلك حيث ان الرهن لايؤثر على صفة المال العام ولاينتقص من سلطة الادارة في هذا المال،ولذلك تبقى الادارة متمتعة= ==بحق الملكية على المنشأت والمعدات المستخدمة والمخصصة لعمل المرفق العام بأعتبارها تدخل اصلاً في ملكيتها الا ان الذي يحدث هو ان هذا المال اذا انتقل فأنه ينتقل مثقل بحق الرهن .

٢- سلطة الاستغلال :- يحق للادارة السيطرة على محل العقد المرهون وحيازته وبالتالي استغلاله وتستطيع حتى تأجيره وقبض اجرته لان ذلك يعد من اعمال الادارة التي يجوز القيام بها طالما لاتؤثر على الرهن .

٣- سلطة الاستعمال :-اذا كان للادارة ان تتصرف في المال المرهون فلها ايضاً ان تستعمله بنفسها .

الرهن وان يطلب التوقف عن القيام بها ويمكن ايضاً ان يتخذ موقفاً سلبياً وان يطلب من المتعاقد مع الادارة واجب صيانه والحفظ فأذا اثبت انه قد اخل يستطيع ان يرجع عليه بالضمان .[١]

٢- **<u>حق المصرف في الحصول على شهادة الحقوق:-</u>** ان المصرف وبعد دفعه للمبلغ المطلوب في عقد الرهن يرغب عادة في معرفة تطور إنجاز العقد، وهل هناك صعوبات أم لا، ومن أجل ذلك جاز للمتعاقد مع الادارة أن يطلب من الادارة خلال تنفيذ العقد قائمة موقعة ومؤيده من قبلها تؤيد الاعمال المنجزة من قبله(قائمة موجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات) ويجوز له كذلك أن يطلب قائمة تبين التسهيلات الممنوحة والدفعات المسبقة الموضوعة للأداء برسم العقد المرهون، وتسمى هذه القائمة في الدول المقارنة ب (شهادة الحقوق) لأنها تنشئ حقا للمستفيد من الرهن وتشكل اعترافا صريحا غير قابل للطعن من طرف الإدارة بأن المقاول أنجز العقد وأنه محق في الحصول على الأداء، ويقوم المتعاقد مع الادارة بتقديم هذه الشهادة عن طريق المحاسب المكلف الى المصرف، حيث ان هذه الشهادة هي التي تتيح للمصرف دفع الاموال لأنها حصلت على الضمان الكافي بأن الإدارة ستؤيد ما أنجزه المقاول.[٢]

الفرع الثاني: انتهاء رهن العقد الاداري

ينتهي عقد رهن العقد الاداري بعدة طرق وهذه الطرق قد تكون طبيعية او غير طبعية (استثنائية) وكالاتي :

اولاً:- **<u>النهاية الطبيعية:-</u>** ينتهي عقد رهن العقد الاداري شأنه في ذلك شأن الانواع الاخرى من العقود نهاية طبيعية وذلك من خلال قيام المتعاقد بتنفيذ كافة التزاماته اتجاه الادارة[٣]، وحصول المصـــــرف على كافة مستحقاته من العقد مع الفائدة التي تم الاتفاق عليها .

<u>ثانياً:- فسخ العقد الاداري محل الرهن :-</u>كما ينتهي عقد رهن العقد الاداري في بعض الحالات نهاية غير طبيعية،حيث يعتبر فسخ عقد اداري مرهون بمثابة رفع اليد، ابتداء من تاريخ التأشير على قرار الفسخ من طرف المحاسب المكلف أو تاريخ تبليغ الشخص المكلف بالأداء، ويتعين على المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء إخبار المصرف بكل وسيلة تمكن من تحديد تاريخ مؤكد بأن العقد موضوع الرهن قد تمت تصفيته بصفة نهائية أو تم فسخه، ويقوم المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء بعد ذلك، بالتشطيب على الرهن في سجلاته.[٤]

<u>ثالثاً:- الفسخ القضائي بناءاً عى طلب المصرف:-</u> ويجب على المقاول وبعد اخذه للاموال من المصرف ان يقوم بأستخدامها لاغراض العقد الذي اخذت الاموال من اجله حصراً وعدم استخدامها في نشاطات اخرى لذلك لايجوز للمصرف تمويل أي نشاطات فاسدة للمقاول او مسايرة المقاول في أي ممارسات احتيالية وتشويه للحقائق امام الادارة او أي خطط يلجأ اليها للاستفادة من مبلغ الرهن لتحقيق اغراضه الشخصية والتي قد تكون بالتواطؤ مع احد الموظفين العاملين في الادارة المتعاقدة والتي قد تصل احياناً بأستخدام وسائل قهرية .[٥] كما يمكن للمصرف ان يطالب بفسخ عقد الرهن اذا ماوجد ان المتعاقد مع الادارة قد استخدم الاموال لاغراض خاصة غير التي تم الاتفاق عليها .

واذا ماوجد المصرف أي من هذه المخالفات، فأنه من المفترض وحسب القواعد العامة للرهن ان يكون الطريق العادي لاستيفاء المصرف حقه على المال المرهون هو ان يلجأ الى اسلوب التنفيذ الجبري أي ببيعه في المزاد العلني، وبما ان هذه الفرضية غير موجودة في الحالة التي نبحث فيها لكون الرهن يقع على العقد الاداري فحسب والذي هو من المنقولات ويرتبط بالاموال العامة التي لايجوز اتخاذ أي اجراء جبري عليها لتعلقها بالمرافق

---

١ عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية (مصر)،١٩٩٤،ص٤٥.

٢ د محمد كامل مرسي باشا :شرح القانون المدني ٠الحقوق العينية الاصلية،منشأة المعارف،الاسكندرية،ص١٤٥.

٣ د . مازن ليلو راضي :القانون الاداري،الطبعة الثالثة،مطبعة انوار دجلة،٢٠١٦،ص٣٤٤.

٤ قانون رهن الصفقات العمومية المغربي .

٥ البنك الدولي للإنشاء والتعمير:البنك الدولي، الطبعة الأولى،دون ذكر مكان الطبع، ٢٠٠٤،ص١٣.

العامة والصالح العام، لذلك اوجد المشرع في الدول المقارنة عدة وسائل يلجأ اليها المصرف لاقتضاء حقه ومنــها :-

١- **الطعن بالتزوير :** حيث يجوز للمصرف الطعن بالتزوير وامام المحاكم المختصة اذا ماوجد ان الوثائق المقدمة من قبل المقاول والمتعلقة بالرهن غير صحيحة، وابرز تطبيق قضائي لهذه الحالة هي القضية التي نظرتها محكمة جنايات الرباط والتي جاء فيها "- لما كانت الشهادات الخاصة برهن الصفقة العمومية وبإثبات الحقوق هي سند إثبات الاستحقاق المذكور، ولما كانت المدعى عليها قد طعنت بالزور الفرعي في هذه الشهادات والتمست من المحكمة تطبيق مقتضيات الفصل ٩٢ وما يليه من قانون المسطرة المدنية وذلك بإنذار مقدمها ليصرح بما إذا كان يريد استعمالها، كما التمست إيقاف البت على تقديم شكاية أصلية بالزور مستقلة عن الزور الفرعي، فإن المحكمة لما لم تستجب لأي من الطلبين واعتبرت أن البت في النزاع لا يتوقف على الوثائق الطعون فيها، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون."[١]

٢-الحق في الحبس: يمكن وحسب القواعد العامة لرهن المنقولات واذا لم يتمكن المرتهن الحصول على قيمة الرهن ان يقوم بحبس الشئ المرهون لديه لحين وفاء مبلغ الرهن، وفي فرضيتنا هنا يمكن للمصرف القيام بحبس نسخة النظير الفريد ويمتنع عن تسليمها الى المتعاقد مع الادارة او حتى الى الادارة نفسها وذلك لحين تسوية حقوقه وهذا يمنحه حق أولوية في الحصول على مبلغ القرض واسترداده من المقابل المالي الذي يترتب بذمة الادارة للمتعاقد معها .[٢]

٣-الامتناع عن التمويل: لا يمول المصرف المصروفات التي أنفقت على سلع وأشغال لم ينص عليها في العقد المبرم بين الادارة والمتعاقد معها والذي تم رهنه، وفي هذه الحالة يجوز للمصرف إلغاء حصة هذه السلع والأشغال التي أسيء توريدها من القرض. وفضلاً عن ذلك يحق للمصرف ممارسة أي تدابير منصوص عليها في عقد الرهن . وفي ذلك نصت اتفاقية المؤسسة الدولية للتنميــة"... يضمن استخدام عوائد أي قرض للغرض الذي مُنح القرض لأجله، والحرص على اعتبارات الاقتصاد والكفاءة ودون الالتفات إلى التأثيرات أو الاعتبارات السياسية أو غير الاقتصادية" ٣

الخاتمة والتوصيات

ان عقد رهن العقد الاداري يعد من الممارسات الحديثة في التعاملات الادارية الحالية، فهو تأكيد لفكرة خروج القانون الاداري عن المفاهيم القديمة التي تمنع ترتيب أي حق عيني على مال عام او متعلق به، كما ان هذه الطريقة تساهم مساهمة فعالة في تجاوز بعض العقبات المالية التي تصيب العقد الاداري اثناء التنفيذ حيث انه ولولا هذه الوسيلة لكان من الواجب توجيه عقوبات واتخاذ اجراءات قانونية قد تؤدي الى تعطيل اداء المؤفق لاعماله وهذه العرقلة قد تستمر لحين تجاوز الضائقة المالية، لذلك تم ادخال هذا الاسلوب الذي اثبت نجاحه في الدول المقارنة .

ان عملية رهن العقد الاداري انما تتم من خلال رهن الوثائق الادارية للعقد الاداري المرهون ومنح المصرف نسخة فريدة لايجوز منح اكثر من واحدة منها وتكون مثبت عليها انها النسخة الوحيدة او النظير الفريد وان كافة المنازعات انما تبنى على هذه النسخة.

---

[١] http://droit-contentieux.blogspot.com(قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد ٥٤٩ المؤرخ في ٢٠٠٧/٠٦/٢٠ – ملف إداري عدد ٢٠٠٣/١/٤/٢٠٠٤)

٢ فارس خنوش : النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية،وزارة العدل،الجزائر،٢٠٠٦،ص٤٤.

٣ نصوص اتفاقية البنك؛ المادة ٣، القسم ٥(ب) ونصوص اتفاقية المؤسسة الدولية للتنمية؛ المادة ٥، القسم ١ (ز).ومن الجدير بالذكر ان المؤسسة الدولية للتنمية (IDA) هي جزء من البنك الدولي معني بمساعدة أشد بلدان العالم فقراً. وتهدف هذه المؤسسة التي تم إنشاؤها في عام ١٩٦٠ إلى تقليص الفقر وتخفيض أعداد الفقراء، وذلك من خلال تقديم قروض (تُسمّى "اعتمادات) ومنح لبرامج تؤدي إلى: زيادة النمو الاقتصادي، وتخفيض عدم المساواة، وتحسين أوضاع الناس المعيشية، للمزيد يراجع الموقع الالكتروني http://www5.albankaldawli.org/ida/what-is-ida.html

كما ان رهن العقد الاداري يتطلب عدة ضمانات يطلبها المصرف لضمان حقوقه هذه الضمانات انما يتم اعدادها من قبل الادارة والتي ابرزها شهادة الحقوق وشهادة المعاينة ..الخ.

ان جوهر رهن العقد الاداري يتجسد بحق الدائن المرتهن (المصرف) في الافضلية والاولوية في استيفاء دين من قيمة المرهون والمقصود بالافضلية أي التقدم على غيره من الدائنين، لذلك فالافضلية هي جوهر حق المصرف على العقد المرهون .

ومن خلال الاطلاع على احكام عقد رهن العقد الاداري لاحظ الباحث ان الدول المقارنة قد وصلت الى خطوات متقدمة في هذا الجانب مقارنة بالعراق الذي اقتصر الموضوع لديه على فقرة واحدة في تعليمات وزارة التخطيط وهذا نقص واضح في التشريع لابد من تلافيه بأصدار قانون خاص برهن العقد الاداري يتضمن كافة الالتزامات والمقترحات الواردة في هذا البحث اضافة الى المقترحات الاتية :-

١- ان يتضمن القانون المقترح الزام المتعاقد مع الادارة بمنح ضمانات أخرى إلى جانب نسخة النظير الفريد، كالرهن الرسمي للعقارات، أو رهن المعدات والتجهيزات.. الخ .
٢- توفير الاستقرار والثقة في النظام الاقتصادي للدولة وايجاد وتقليل مخاوف الخسارة في المشروعات العامة المدارة من القطاع الخاص .
٣- على المشرفين على اعمال المتعاقدين مع الادارة الفهم الجيد لطبيعة عمل المصارف والتأكد من طبيعة المخاطر التي قد تصاحب هذه الاعمال
٤- وجود جهاز اشراف فعال من قبل الادارة حيث ان وجود عمليات رهن تستوجب ايجاد جهاز اشراف فعال على تنفيذ العقود ومتابعتها اول بأول وهذا الجهاز يتولى :-
   - تقييم المخاطر الخاصة بكل مصرف .
   - التأكد من ان لكل مصرف الموارد الكافية لتحمل المخاطر .
   - التنسيق بين المشرفين على المصارف في القضايا المهمة .
٥- ان عملية رهن العقد الاداري في احد المصارف انما يعد بمثابة الشراكة الاقتصادية بين هذين القطاعين (القطاع العام والقطاع الخاص) وهذه الشراكة يجب ان تتم تحت اشراف التشريعات الوطنية وقوانين المجتمع وهذا الاطار الاشرافي يجب ان يتسم بالدقة كونه يعمل وفق مبادئ التخصص والكفاءة الوظنية المقدمة على المصالح الخاصة، ولضمان هذا الاشراف يقترح الباحث مشروع القانون الاتي لتنظيم رعن العقود الادارية في العراق:-

المادة ١

اهداف القانون

يهدف هذا القانون الى توضيح اليات رهن العقود الادارية التي تبرمها الدولة والاقاليم والمحافظات غير المنتظمة بأقليم وكافة المؤسسات العامة التي تعود ملكيتها للدولة وكذلك تلك التي تمارس نشاط يحقق المنفعة العامة واياً كانت طريقة ادارتها.

المادة ٢

<u>التعاريف</u>

- **الرهن** : العمل الذي بموجبه يضع المتعاقد مع الادارة عقده لضمان التزام تعاقدي بينه وبين الادارة لدى مؤسسة ائتمان معترف بها من قبل البنك المركزي العراقي بقصد الاستفادة من تمويل هذا العقد. ويخول للمؤسسة المذكورة حق استرداد أموالها من مبلغ هذا العقد بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين مع مراعاة ماينص عليه القوانين الاخرى

- **عقد اداري** : عقد بعوض مبرم بين جهة صاحبة المشروع كما هو معرف بعده ومن جهة أخرى (شخص طبيعي او معنوي) إما أن يكون مقاولا أو موردا أو خدماتيا من أجل تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات.

- **مؤسسات الائتمان** : تعتبر مؤسسات للائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تزاول نشاطها في العراق والمعترف بها من قبل البنك المركزي العراقي أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأس

مالها أو مخصصاتها أو جنسية القائمين على ادارتها وسواء كانت اهلية او حكومية، والتي تحترف بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية (تلقي الأموال من الجمهور، عمليات الائتمان، وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بإدارتها).

- **المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء :** الموظف أو الشخص المؤهل للقيام بتسديد النفقات باسم الادارة لفائدة المتعاقد معها.
- **النسخة الفريدة** : نسخة طبق الأصل للعقد، تسلم من الادارة الى المتعاقد لتكون رسما في حالة رهن العقد.
- **قائمة موجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنجزة** : وثيقة تثبت صحة إنجاز الخدمة وتبين بصفة تقريبية الحقوق في التسديد الممكن تخويلها للمتعاقد مع الادارة.
- **شهادة الحقوق المعاينة** : وثيقة تقر من خلالها الادارة بدقة ديون المتعاقد .

المادة ٣

ابرام العقد

يعد عقد الرهن وفق الشروط الشكلية والجوهرية المنصوص عليها في القانون المدني العراقي والتعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي المتعلقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية، ويجب ان يتضمن كل البيانات الضرورية الاتية (تسمية عقد رهن العقد الاداري، الاشارة الى ابرام العقد طبقاً لقواعد القانون المدني وتعليمات وزارة التخطيط والتعاون الانمائي المتعلقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية، الاسم التجاري لمؤسسة الائتمان المستفيدة من الرهن، مبلغ الرهن المتفق عليه، تعيين المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء،الهوية البنكية لمؤسسة الائتمان).

المادة ٤

اعداد عقد رهن العقد الاداري

لإعداد عقد الرهن، تسلم الادارة للمصرف نسخة من العقد تتضمن عبارة "نسخة فريدة" موقع عليها قانونا، وتبين أن النسخة المذكورة سلمت لتكون رسما لرهن العقد. غير أنه، عندما تتطلب ضرورات الدفاع الوطني أو الأمن العام أن تحاط لأشغال أو التوريدات أو الخدمات موضوع العقد بالسرية. فإن النسخة الفريدة التي تشكل رسما للرهن تتمثل في ملخص للعقد ولا يتضمن إلا البيانات التي لا تتنافى مع السرية.

المادة ٥

النسخة الفريدة

يجب على المصرف أن يوجه إلى المحاسب المعين في العقد النظير الفريد للاعتداد به كمستند إثبات للتسديد وكذا أصل عقد الرهن بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم. وبعد توقيع الوصل بإشعار التسلم بملف الرهن يعتبر المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء بمثابة الغير الحائز للضمان تجاه المصرف حسب احكام القانون المدني العراقي. ويجب تبليغ كل تغيير يطرأ في تعيين المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء، إلى المتعاقد مع الادارة وكذلك المصرف من قبل المحاسب المكلف أو الشخص المكلف بالأداء السالف خلال فترة لاتتجاوز ( ) ايام.

المادة ٦

ضمانات عقد رهن العقد الاداري

يجوز للمصرف والمتعاقد مع الادارة أن يطلبوا، خلال تنفيذ العقد من الادارة ما يلي :

- قائمة موجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنجزة .
- شهادة تثبت الحقوق المعاينة لفائدة المقاول أو المورد، والتي تبين على الخصوص المبلغ الإجمالي للحقوق المعاينة ومبلغ الاقتطاعات الواجب خصمها وكذا مبلغ الجزاءات عن التأخير في تنفيذ الأعمال.

المادة ٧

التغييرات التي تطرأ على العقد

يتعين على الادارة أن تخبر المصرف، بكل عمل أو حادث من شأنه أن يعرقل إنجاز العقد لفائدته، لا سيما في حالة حدوث منازعات أو فسخ للعقد المرهون أو وفاة المتعاقد أو فرض غرامات عن التأخير أو أي اقتطاع آخر قد ينتج عنه تقليص دين المصرف، ويعتبر فسخ عقد اداري مرهون بمثابة رفع اليد، ابتداء من تاريخ التأشير على قرار الفسخ من طرف المحاسب المكلف. ويتعين على المحاسب المكلف إخبار المصرف بأن العقد موضوع الرهن قد تمت تصفيته بصفة نهائية أو تم فسخه. ويقوم المحاسب المكلف بالتشطيب على الرهن في سجلاته.

المادة ٨

امتياز الوفاء

يتمتع المستفيد من الرهن بامتياز على الديون المستحقة بموجب العقد المرهون ولا يسبق هذا الامتياز في الرتبة إلا الامتيازات التالية (يتم اختيار اي من الديون التي تسبق هذا الدين)

المادة ٩

تنظيم وثائق الرهن

تقوم وزارة التخطيط والتعاون الانمائي بأصدار تعليمات تتعلق بنماذج الوثائق المنصوص عليها في هذا القانون ولا سيما الوثائق التالية(عقد الرهن، القائمة الموجزة للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنجزة، شهادة الحقوق المعاينة، وصل الإشعار بالتسلم).

المادة ١٠

الجهة المختصة بحل النزاعات

في حال حصول أي نزاع بين اطراف عقد الرهن تكون المحاكم المختصة هي ( )

المصادر

اولا:- القرأن الكريم

ثانياً:- الكتب القانونية

١- د.احمد محمود جمعة :العقود الادارية،منشأة المعارف،الاسكندرية،٢٠١٣.

٢- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. الطبعة الثانية ١٩٩٨(جامعة الكويت).

٣- د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية،منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٩٦.

٤- د.سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية،الطبعة الرابعة،مطبعة عين شمس،١٩٨٤.

٥- سميح مسعود برقاوي، المشروعات العربية المشتركة، الواقع والأفاق، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية، الطبعة الأولى، بيروت، ماي، ١٩٨٨.

٦- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة : مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية،الطبعة الاولى،المصدر القومي للاصدارات،٢٠٠٨.

٧- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني،دراسة مقارنة،١٩٩٤ دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٤.

٨- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية (مصر)،١٩٩٤.

٩- ١ د . مازن ليلو راضي :القانون الاداري،الطبعة الثالثة،مطبعة انوار دجلة،٢٠١٦.

١٠- د. محمد علي جواد :مبادئ القانون الاداري،مكتبة الغربة،بغداد،٢٠٠٢.

١١- محمود الكيلاني الموسوعة التجارية والمصرفية وعقود التأمين من الناحية القانونية،الطبعة الاوى،دار الثقافة للنشر والتوزيع .

١٢- مهند صالح محسن :عقد الاعتماد المستندي قانوناً وقضاءاً،بغداد،٢٠١٥.

١٣- د.محمد صلاح عبد البديع:الوسيط في القانون الاداري،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٢.

١٤- د. محمد كامل مرسي باشا :شرح القانون المدني ٠الحقوق العينية الاصلية،منشأة المعارف،الاسكندرية .
١٥- د. نواف كنعان:مبادئ القانون الاداري،مكتبة الاثراء للنشر والتوزيع،الاردن،الطبعة الاولى،٢٠٠٨.
١٦- نسيبة ابراهيم حمد :خطاب الضمان في القانون العراق،رسالة ماجستير،جامعة بغداد،١٩٧٨.
١٧- همام محمد محمود زهران: التأمينات العينية والشخصية، التأمينات العينية، ١٩٩٨، دار المطبوعات الجامعية.

ثالثاً:- القوانين والتعليمات:-

١- القانون المدني المصري .
٢- قانون رهن الصفقات العمومية المغربي رقم قانون رقم ١١٢,١٣يتعلق برهن الصفقات العمومية.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.
٥- قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤.
٦- قانون مصرف الرافدين رقم ٣٣ لسنة ١٩٤١
٧- النظام الداخلي لمصرف الرافدين رقم ١٩ لسنة ١٩٧٤
٨- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٩- ضوابط رقم ٤ الصادرة عن وزارة التخطيط بشأن العقود الحكومية .
١٠- تعليمات البنك الدولي للإنشاء والتعمير/ البنك الدولي الطبعة الأولى نيسان ٢٠٠٤.

رابعاً:-البحوث:-

١- منصور حاتم محسن ابو خبط : انواع العقود،بحث منشور على شبكة المعلومات.
٢- ايمان نابوش :الكفالة المصرفية،بحث منشور على شبكة المعلومات.
٣- فارس خنوش : النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية،وزارة العدل،الجزائر،٢٠٠٦.
٤- د. سمير حسن ليلو: تأثير هبوط أسعار النفط على الاقتصاد وعلى التنمية المستدامة في العراق، بحث منشور على شبكة المعلومات على الرابط http://iraqieconomists.net/ar/2015/12/06/

خامساً:- المواقع الالكترونية:-

1- . https://ar.wikipedia.org
2- http://www.argusdelassurance.com.
3- http://mawdoo3.com
4- http://www.droitetentreprise.org/
5- : http://tadbir.ma
6- http://droit-contentieux.blogspot.com
7- http://www5.albankaldawli.org/ida/what-is-ida.html