ماهية العقد الاداري

م.م. علي سليمان شجاع
كلية العلوم، جامعة كركوك، العراق
alisuliman@uokirkuk.edu.iq
د. عباس نصر الله
الجامعة الاسلامية في لبنان
abbas.nasrallah@iul.edu.lb

المستخلص

تلجأ الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية بهدف تسيير المرافق العامة وتنظيم وإدارة مشروعاتها، ولا يعتبر العقد المبرم عقداً إدارياً إلا في حال اتصل بالمرفق العام، حيث يمتاز العقد الإداري في أن موضوعه متعلق بمرفق عام من حيث التنظيم أو إدارته أو تنفيذه أو تسييره، حيث لأن شرط الاتصال بمرفق عام هو سبب وجود العقود الإدارية التي تخضع لقواعد تميزها عن قواعد العقود المدنية، ومن ثم كانت صلة العقد بمرفق عام هي أخص معيار الإلحاق الصفة الإدارية بالعقد.

حيث تعتبر عقود إدارية العقود التي تبرمها الإدارة ولا يتصل موضوعها بتسيير مرفق عام، وإذا انقطع العقد عن المرفق العام اعتبر عقدا خاصا، حيث يخضع العقد الإداري لقواعد وأحكام القانون الإداري. وفي المقابل يعتبر عقد الإدارة عقدا مدنيا إذا اتبعت الإدارة طرق القانون الخاص في إبرامه، فيعتبر العقد عقد إدارة مدنية وتعامل الإدارة معاملة الأفراد العاديين في العقود التي يبرمونها فيما بينهم، فالإدارة في هذه الطائفة من العقود تجردت من امتيازات القانون العام التي تتمتع بها باعتبارها سلطة عامة.

وتتمتع الإدارة، باعتبارها طرفا في العقد الإداري، بصلاحيات استثنائية ليس لها نظير في عقود القانون الخاص. ولهذه القوى مظاهر متعددة وأوضاع مختلفة، ومن أهم هذه الصلاحيات حق الإدارة في تعديل شروط العقد في أي وقت، وحق الإدارة في فرض عقوبة على الطرف المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء. حق الإدارة في الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ العقد، وإن الإدارة عند ممارستها لنشاطها تستطيع أن تلجأ إلى أساليب متنوعة منها أساليب القانون العام التي تتميز بما تمنحه للإدارة من امتيازات السلطة العامة، أو من تكاليف والتزامات غير مألوفة في علاقات القانون الخاص بهدف تحقيق الصالح العام.

Abstract

The administration resorts to concluding administrative contracts with the aim of running public facilities and organizing and managing their projects. The concluded contract is not considered an administrative contract unless it is related to the public facility, as the administrative contract is distinguished in that its subject matter is related to a public facility in terms of organization, management, implementation or management, since the condition Connection to a public facility is the reason for the existence of administrative contracts that are subject to rules that distinguish them

from the rules of civil contracts, and therefore the connection of the contract to a public facility is the most specific criterion for attaching administrative character to the contract.

Administrative contracts are considered contracts concluded by the administration and their subject matter is not related to the management of a public facility. If the contract's connection to the public facility is severed, it is considered a private contract, as the administrative contract is subject to the rules and provisions of administrative law. In contrast, the administration contract is considered a civil contract if the administration follows the methods of private law in concluding it. Thus, the contract is a civil administration contract, and the administration is treated like ordinary individuals in the contracts they conclude among themselves. In this category of contracts, the administration is stripped of the public law privileges it enjoys as a public authority.

The administration, as a party to the administrative contract, enjoys exceptional powers that have no counterpart in private law contracts. These powers have multiple manifestations and different situations. Among the most important of these powers is the administration's right to amend the terms of the contract at any time, and the administration's right to impose a penalty on its contracting party without resorting to the judiciary. The right of the administration to supervise, direct, and control the implementation of the contract. When exercising its activity, the administration can resort to various methods, including public law methods, which are distinguished by the privileges granted to the administration by public authority, or the costs and obligations that are uncommon in private law relationships, with the aim of achieving the public good.

المقدمة

نشأ العقد منذ بداية البشرية، كوسيلة للتعامل بين الأفراد من اجل إدارة معيشتهم، وإشباع رغباتهم، وتلبية احتياجاتهم، وطور الأفراد وسائل معيشتهم، وانتظموا في مجموعات، وخرج منها من يدير شؤونهم، ويعالج مشاكلهم، ويسعى إلى الحفاظ على مصالحهم، وكانت الإدارة هي الوصية على شؤون الأفراد وتسعى دائما إلى تحقيق المصلحة العامة،

لأنها هي هدف الإدارة وسر وجودها، ولتحقيق هذا الهدف تقوم الإدارة بإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها (١).

كما أن العقد الإداري مثله مثل القرار الإداري له هدف يرمي إلى تحقيقه، ولا يجوز أن يخرج هذا الهدف عن إطار المصلحة العامة، فالعقود الإدارية تبرم لتحقيق مصلحة عامة، ولكن بطرق متغيرة ومن زوايا مختلفة، حيث حدد القانون الإداري مجموعة من الوسائل وآليات العمل تتمكن من خلالها الإدارة العامة من تنفيذ أعمالها بالشكل الأمثل، والذي يضمن حسن سير المرافق العامة، ومن بين هذه الوسائل والآليات، قدرة الإدارة على تعديل العقد الإداري متى رأت أن في هذا الإجراء مصلحة المرفق العام، لذلك فإن هذه الآلية تمكن الإدارة وبإرادتها المنفردة أن تجري التعديل على العقد بالزيادة أو النقصان في كافة العقود التي تجريها ولا يحد من تصرفها هذا إلا إذا شابه انحراف في السلطة، فيعد ذلك بحد ذاته أمراً يوجب عليها رقابة القضاء، ومقابل ذلك يترتب على تعديل العقد الإداري حقوق للمتعاقد مع الإدارة قد يكون على شكل مقابل مادي بالزيادة أو النقصان حسب ماهية التعديل ونتائجه في تنفيذ العقد، وبخلاف ذلك تكون الإدارة عرضه لرقابة القضاء، وتعد قدرة الإدارة العامة على تعديل العقد الإداري من أهم مظاهر سلطات الإدارة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد، وتميّز المركز القانوني للإدارة عن المركز القانوني للمتعاقد الآخر.

حيث تنبثق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من ضرورات تسيير المرفق العام - الذي ابرم العقد لأجله - بانتظام واستمرار، وللإدارة صلاحيات واسعة أثناء تنفيذ هذه العقود من بينها تعديل العقد بالإرادة المنفردة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بضوابط يتعين على الإدارة مراعاتها عند استعمالها لهذه السلطة.

وعندما تطرأ ظروف جديدة تستوجب تدخل الإدارة لتعديل العقد المبرم لمواكبة هذه الظروف تحقيقاً للصالح العام، على أن عدم الاكتراث بإرادة المتعاقد وانفراد الإدارة بسلطة التعديل وتخطي الإدارة لحدود هذه السلطات في بعض الأحيان وما يترتب على ذلك من تأثير على مصالح المتعاقد معها، وإن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري تبلغ أقصى مداها، لأن حق الإدارة يهاجم قاعدة الزام العقد لطرفيه في الصميم، وهي جوهر

(٢) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية " دراسة مقارنة "، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ص ١٤٣.

الرابطة التعاقدية كما هو معروف، وهذه السلطة الخطيرة يرد النص عليها صراحة في العقود الإدارية، وفي دفاتر الشروط،(١).

كما أن العقد الإداري كسائر العقود الإدارية ينشئ لأطرافه حقوقاً ويرتب عليهم العديد من الالتزامات، ولعلَّ أهم هذه الحقوق بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة الحصول على المقابل الذي يستحقه مقابل تنفيذه للالتزام المكلف به، أما بالنسبة للإدارة فيتجسد حقها وبصورة أساسية بقيام المكلف بتنفيذ التزامه على أكمل وجه ودون تقصير(2) .

ويتعين في تعديل العقد الإداري مراعاة المصلحة العامة أو مصلحة المرفق في ذلك، مما يترتب على ذلك من حق جهة الإدارة بصفتها المعنية بحسن سير وانتظام المرفق العام الذي تديره في تعديل العقد بما تواءم مع المستجدات التي حصلت بعد إبرام العقد ووفقاً لتلك المصلحة العامة(٣).

أولاً: أهمية الدراسة.

تظهر أهمية هذا البحث إلى دراسة سلطة الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، حيث وأن كان من حق الإدارة صلاحية تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذه من حيث حجم الأعمال المطلوبة بالزيادة أو النقصان وحقها في تعديل وسائل تنفيذ العقد وكذلك حق الإدارة في تعديل مدة تنفيذ العقد سواء بزيادة تلك المدة أو انقاصها إلا أن هذه الصلاحيات مقيدة بالمصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام بحيث يجب أن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية وفي حدود النسب المنصوص عليها في القانون أو الشروط المتعلقة بالمرفق العام أو تلك التي تستند إلى مقتضيات سير المرفق العام، أما المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد، الإدارة فلا يجوز المساس بها من جانب الإدارة.

ثانياً: اشكالية الدراسة.

تقضي القواعد العامة في العقود بأن العقد يعبر عن توافق إرادتين على إنشاء التزام بينهما، تطبيقاً لقاعدة العرفية العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل منه بإرادته المنفردة أو نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطرافه أو للأسباب التي يقررها

---

(١) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠، ص٤٥٨.

(٢) فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص ١١.

(٣١) مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤، ص٤٥٣.

القانون، أما في نطاق القانون الإداري وفي مجال العقود الإدارية، فإن القواعد العامة لا تجد مكاناً لها، وذلك لأن الإدارة تكون بمركز قانوني متميّز عن المركز القانوني للمتعاقد الآخر، يمكنها من تطبيق إرادتها المنفردة على العقد كلما اقتضت المصلحة العامة ضرورة تعديل العقد أو تغيير ما في أحكامه، من هنا تأتي إشكالية البحث، والتي يمكن التعبير عنها من خلال التساؤلات التالية:

١- ما الإطار المفاهيمي للعقد الإداري؟

٢- ما هي سلطات الإدارة والتزاماتها عند تنفيذ العقد الإداري؟

٣- ما الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري؟

ثالثاً: منهجية الدراسة

لقد تمت الاستعانة بالمنهج النظري فيما يتعلق بالمفاهيم العامة وتحديد مفهوم العقود الإدارية، وتحليل للتشريعات الصادرة والمنظمة لها، وايضاً بالمنهج التحليلي الوصفي بهدف تحليل نصوص والقوانين، واعتمدنا على المنهج الاستقرائي الذي من خلاله نقوم بفحص وتشخيص ظاهرة ووصفها وتفسيرها وإيجاد العلاقة بين السبب والمسبب، ومن ثم استخلاص القانون الذي سيحكم هذه الظاهرة فقد تم الاعتماد على هذا المنهج أيضا من خلال دراسة ظاهرة تعديل العقد الإداري والقوانين التي تحافظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة.

رابعاً: خطة الدراسة.

اعتمدنا التقسيم الثنائي المتبع في المنهجية العلمية في دراستنا، حيث سنقسم موضوع الدراسة إلى مبحثين ندرس في المبحث الاول مفهوم العقد الإداري وسوف نقوم بتقسيمه ايضا إلى مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف العقد الإداري ونتحدث في المطلب الثاني عن أركان العقود الإدارية ، اما المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة التزامات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وقمنا بتقسيمه ايضاً إلى مطلبين درسنا في المطلب الاول عدم التأخير في تنفيذ الالتزامات التنظيمية وتناولنا في المطلب الثاني الحديث عن عدم إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري

تعد نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري من النظريات الحديثة نسبياً في هذا القرن، وكانت فكرة المرفق العام مرافقة للعقد الإداري إلا إنها لم تعد ترافقه لاحقاً، ولم تعد

ضرورية لمنح الصفة الإدارية على عقود الإدارة بصفة دائمة، واستناداً إلى ذلك تكتسب عقود الإدارة الصفة الإدارية لها ليس بناءً على إدارة المشرع، ولكن استناداً إلى خصائصها الذاتية (١).

ونظرية المرفق العام لم تعد كافية لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري لأن العقود التي تبرمها الإدارة مع اتصالها بالمرفق العام لا تكون عقوداً إدارية إلا إذا كان تقوم على استعمال وسائل الإدارة العامة وإلا فإنها تكون من عقود القانون الخاص، ولتوضيح هذه الفكرة قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى مطلبين، نتحدث في (**المطلب الأول**) عن تعريف العقد الإداري، لننتقل للحديث في (**المطلب الثاني**) عن أركان العقود الإدارية.

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري

تعد الدولة الممثلة للجماعة والراعية للشأن العام، حيث تعمل على تحقيق المصلحة العامة بالوسائل القانونية المختلفة المتاحة لها، مثل إصدار التشريعات والقرارات بإرادة منفردة أو إبرام العقود مع الغير، لذلك تلجأ الإدارة خلال ممارستها نشاطاتها إلى القيام بإبرام عقود مع الآخرين (أشخاص اعتباريين أو طبيعيين) لغرض إدارة عمل المرافق العامة أو الحصول على السلع أو الخدمات التي تحتاج إليها، ولكن لا تخضع جميع عقود الإدارة إلى نظام قانوني موحد (٢).

ويكون عقد الإدارة عقداً من عقود القانون العام كما يمكن أن يكون عقداً من عقود القانون الخاص، ورجع السبب في ذلك لعدم التوافق بين أحكام القانون الخاص وطبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة في المجال الإداري، فالعقد كأسلوب من أساليب ممارسة الإدارة للنشاط الإداري تلجأ إليه الإدارة من أجل تحقيق بعض أهدافها في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وهذه الأهداف لا تتحقق بالإدارة الذاتية للإدارة العامة وحدها فتلجأ الإدارة في سبيل تحقيق أهدافها إلى القطاع الخاص، إما بسبب عدم امتلاكها الأموال الكافية من اجل القيام بأعمال معينة، أو في حال أرادت الحصول على بعض الخدمات العامة من أجل تنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد(٣).

---

(١) أمين عاطف صليبا، الوافي في القانون الإداري العام – مبادئ أساسية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٧، ص ١٤٣.

(٢)محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٦٧.

(٣)زانا كريم ودانا سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري (الأعمال الإدارية ومبدأ المشروعية)، الطبعة الأولى،

وكما إن أسلوب العقد الإداري يجد ما يبرره في أي نظام، فالإدارة حتى ولو كانت تتميز باستخدامها لامتيازات السلطة العامة فإنها ستظل مرتبطة بمشاريع القطاع الخاص ومبدأ التحررية الاقتصادية، حيث يسمح أسلوب العقد الإداري بتحقيق مشاركة الأشخاص الخاصة في تسيير المرافق العامة كل ذلك تحت إشراف ورقابة الإدارة العامة.

ونظراً لكون العقد هو توافق إرادتين (١) فالأحكام التي تخضع لها العقود الإدارية وخاصة العقود التي تتعلق بامتيازات السلطة العامة تختلف عن العقود التي تبرمها الإدارة والخاضعة للقانون الخاص، والتي لا تظهر فيها صفة السلطة العامة للدولة وإنما تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

إن العقد الإداري مثله مثل أي عقد ليس سوى أتفاق بين أرادتين أو أكثر في سبيل توليد مراكز قانونية فردية، أي إن إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها إنما تهدفان إلى إنشاء حقوق والتزامات في ذمة كل منهما (٢)، وللخصوصية التي يتميز بها النشاط الإداري التي ترغب الدولة التعاقد من أجله، فقد اختلف الفقه في وضع تعريف محدد للعقد الإداري، ونظراً لذلك تم حسم الموضوع من قبل القضاء الإداري بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

فالعقد الإداري هو (توافق إرادتين يتم بين الإدارة وأحد الأشخاص المعنويين أو الطبيعيين، وتكون فيه الإدارة ذات سلطة عامة لتسيير المرافق العامة وتحقيق النفع العام ويتضمن بنوداً خارقة أو غير مألوفة)، وكان العراق حتى عام ١٩٨٩ من دول القضاء الموحد، فقد كانت المحاكم العادية تفصل في جميع المنازعات التي تثور بين الأفراد أنفسهم أو التي تثور بينهم وبين الإدارة، ومنذ ذلك العام بدأ تنظيم القضاء الإداري في العراق عهداً جديداً بظهور جهة القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي (٣)، حيث أنشأ التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ محكمة القضاء الإداري، وجعل اختصاص النظر في المنازعات بين الإدارة والأفراد إلى هذه المحكمة ومجلس الانضباط العام الذي اعتبر من هيئات مجلس الدولة، ثم عدل قانون مجلس الدولة للمرة

مكتبة يادكار، السليمانية، العراق، ٢٠١٧، ص١٣٣

(١) أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ٤٥.

(٢) نصري منصور نابلسي، آثار العقود الإدارية في القانون اللبناني، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ٢٣٧.

(٣) ميسون طه حسين، مبادئ القانون الإداري والتنظيم الإداري في العراق، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، ٢٠١٨، ص ١٣٤.

الخامسة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ وأنشأ المحكمة الإدارية العليا بالإضافة إلى أربع محاكم للقضاء الإداري، وتم استبدال تسمية مجلس الانضباط العام بتسمية محكمة قضاء الموظفين (١).

أما فيما يخص العقد الإداري فإن المشرع لم يخصص نصوصاً قانونية في مجال العقود الإدارية كمبدأ عام، إلا أنه قد حدد بعض أنواع العقود بنصوص قانونية تدل على أنها عقوداً إدارية، مثل عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى التي شملت بأحكام قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥، وعقود بيع وإيجار أموال الدولة التي تنظمها أحكام القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦، ومن خلال العرض السابق نرى أن أغلب موضوعات القانون الإداري في العراق ومنها العقود الإدارية تبدو غير واضحة ويكتنفها الغموض سواء على صعيد التشريع أو القضاء(٢).

وعلى اعتبار أن موقف القضاء العراقي ليس واضحاً بخصوص موضوع العقد الإداري وغير مستقر على حال، وعن طريق متابعة قرارات محكمة التمييز العراقية يتضح أن القضاء لم يستقر على قواعد ومبادئ تحدد العقود الإدارية وماهية المعايير التي تحكمها، وقد أكدت على ذلك قرارات محكمة التمييز العراقية ومنها القرار رقم ٢٥٦٦\ح\١٩٦٦ في ١٩٦٧\٢\٢ الذي ينص على أن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف العقد الإداري (٣).

حيث جرى قضاء الهيئة العامة لمحكمة التمييز على أن يفترض الضرر واقعاً في العقد الإداري، كما أنه ينطبق على هذا العقد وصف أنه عقد تجاري لأن التاجر بتعهده كان يستهدف الربح والمضاربة، ومتى كان ذلك فإن حكم المادة (١٧) من القانون التجاري العراقي التي تنص على أنه "إذا عين المقاول مبلغاً من التعويض بصورة مقطوعة فليس للمحكمة أن تحكم بأقل (٤).

---

(١) نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة يادكار، السليمانية، العرق، ٢٠١٨، ص٣٦.

(٢)حيث إن موقف القضاء العراقي من مجمل مواضيع العقود الإدارية يبدو غير مستقر في اتجاه معين، فتارةً يطبق قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية، وتارة أخرى يطبق قواعد القانون الخاص والعام معاً أثناء نظر المنازعات المتعلقة بها، وتارةً ثالثة يطبق قواعد أو أحكام القانون الإداري، ينظر سامر سفر، القانون الإداري دراسة تحليلية في تنظيم الإدارة العامة ونشاطها، المرجع السابق، ص٣٣٥.

(٣) زانا كريم ودانا سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري (الأعمال الإدارية ومبدأ المشروعية)، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٤)انظر: المادة (١٧) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لعام ١٩٨٤.

وكما استعانت محكمة التمييز بقواعد القانون الإداري لتحديد سمات العقد الإداري، وهذا واضح في قرار محكمة التمييز المرقم ١٥٨/ح/١٩٦٦ المؤرخ في ١٩٦٦\٧\٢حيث نص على: إن العقد الإداري الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري، لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام، وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة، ومثل هذا العقد لا ينعقد إلا بموافقة هيئات إدارية..." بالإضافة إلى العديد من القرارات المشابهة.

يتضح من مجمل هذه القرارات عدم الوقوف أمام مبدأ محدد بصدد العقود الإداري، على أنه وفقاً للوضع الحالي وبالأخص بعد ٢٠٠٣ نرى أن منازعات العقود الإدارية لا تزال خاضعه للقضاء العادي حتى بعد صدور التعديل الخامس رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ في ٢٠١٣، كون اختصاص المحاكم الإدارية لا يزال يقتصر على فحص سلامة الأوامر والقرارات الإدارية، أما بالنسبة للتشريعات السارية حالياً فيما يتعلق بالعقود الإدارية فهي أمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات الصادرة من وزارة التخطيط لتنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ (١).

المطلب الثاني

أركان العقود الإدارية

إن العقد الإداري لابد أن تتوافر فيه أركان خاصة به، كما أن الأركان في العقد الإداري لها في بعض الأحيان أحكامها الخاصة المختلفة عن العقد المدني، فأحكام الأهلية في العقد الإداري تختلف عنها في المدني، وذلك لاختلاف أهلية الإدارة عن أهلية الشخص القانوني الطبيعي، فالإدارة تتمتع بشخصية معنوية وتمارس أعمالها من خلال العاملين لديها، وهؤلاء يمارسون أعمالهم بموجب أشخاص طبيعيين، فقواعد الاختصاص تمثل قواعد الأهلية في العقود، في إبرام العقود وقد يتطلب إبرام العقد الإداري إتباع شكل معين في بعض الأحيان بحكم طبيعة ذلك العقد أو لضرورات معينة فهم مجموع ما يمنحهم القانون من اختصاص (٢).

أولا: الرضا.

ينعقد الرضا بوجود إرادتين متوافقتين، كما أن تعبير الطرفان عن أرادتهما بالإيجاب والقبول، كفيلة بأن يتم العقد، كما يجب أن يكون الرضا صادرة عن الجهة المختصة

(١)ميسون طه حسين، مبادئ القانون الإداري والتنظيم الإداري في العراق، المرجع السابق، ص٢٣٩.
(٢) إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت،٢٠٠١، ص ٨٧

بالتعاقد (١).

ويمكننا القول بان هذا هو التصرف القانوني المناسب، لأن الاختصاص هو من النظام العام لا يجوز أن يوكله للغير إلا بموجب نص قانوني وذلك تحت طائلة البطلان، ما عدا الاختصاص الدستوري للوزراء الذي لا يجوز تفويضه إلى أي موظف تابع للوزارة المعنية، كما يجب أن يكون هذا الرضا سليماً خالياً من العيوب.

ويتبع القضاء الإداري في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها أي خلل نهج القضاء المدني، ومثاله حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦ أبريل ١٩٥٠ والذي قضى ببطلان عقد إداري بسبب أخطاء وعيوب الرضا في العقود الإدارية هي ذاتها عيوب الرضا في العقود المدنية مع أن الغلط والخداع (أو التدليس)، والعنف (أو الإكراه) نادرة في عقود الإدارة مقارنة مع العقود بين الأفراد(٢)، حيث إن العيوب الموجودة في الرضا متعددة، وتمثل مواطن الضعف لدى الرضا، كما وتشكل خللاً واضحاً في تحقيق الرضا، وقد تتمثل عيوب الرضا في الغلط و الخداع و الغبن والإكراه.

١_ الغلط

يعد الغلط من أبرز العيوب التي قد يتصف بها الرضا، حيث يتولد في ذهن الشخص فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، بأن يرى فيه شيئاً غير موجود في الحقيقة، أو يتوهم خلوه من صفة مهمة فيه وأساسية تلازمه، ويوجد ثلاثة أنواع للغلط:

أ_ الغلط في الموضوع، وهذا يعني الوقوع في الغلط حول ماهية العقد.

ب_ الغلط الموجود في طبيعة العقد.

ج_ وأخيراً الغلط في الشخص، فالاعتبار الشخصي يلعب دوراً هاماً لا سيما في عقد الامتياز وذلك لأنه يتناول المساهمة، محل الإدارة ولحسابها، في تسيير المرفق العام بصورة شخصية ومباشرة (٣)، فالخطأ يسبب بطلان الرضا إذا وقع في الأصل المعتبر في العقد، وهذا ما ورد في المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي (٤).

٢_ الخداع والتدليس

يعد الخداع من الأمور السلبية التي تصيب الرضا، حيث يتمثل في الالتجاء إلى الحيلة

---

(١) ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٩

(٢) عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٥

(٣)إذا تعاقدت الإدارات مع ممثل عن الشركات وتبين لها فيما بعد أنه تعاقد معها بصفته الشخصية، فقد أخطأت تلك الإدارة في تحديد شخص المتعاقد، لأن شخصية الشخص الذي وقع فيه الخطأ كان يعتبر أساسيا لأنه كان الدافع للعقد، وكما يقال خطأ في شخص المقاول يقال عن خطأ في موضوع العقد.

(٤) ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٧٨

والخداع بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الحقيقة وجره بذلك إلى التعاقد، وعلى هذه الحالة يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في الغلط، والذي يعتبر صورة من صور الغش في العقود الإدارية، فمجلس الدولة الفرنسي أشار إلى المواد (١١١٦، ١١٥٣، ١١٥٤) من المجموعة المدنية المتعلقة بهذا الموضوع (١).

أما القانون العراقي فإنه لم يرد فيه نص (بالتدليس) في باب عيوب الإرادة في المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي ولكن في حالة وجود خداع فإنه يوجب الإبطال وهذا ما أكدت عليه محكمة تمييز العراق في حكم لها، وعلى ذلك يمكننا الاستنتاج، أنه من الأفضل اعتماد المشرع العراقي نص واضح حيال التدليس لانه يعتبر من أخطر الشوائب التي تعيب الرضا في العقود الإداري، وعليه ننتقل إلى الغبن والذي يعتبر من أبرز الأمور السلبية التي تشيب الرضا (٢).

٣_ الغبن.

إن الغبن أو الاستغلال يعتبر عيباً يصيب الرضا في إنه يتمثل في أن يعمد شخص إلى أن يستفيد من شخص آخر بسبب طيش أو هوى أو حاجة ملحة لديه، تجعله يبرم التصرف المودي للغبن (٣)، وإن القانون المدني العراقي في المواد (١٢١-١٢٥) يعتبر الغبن والخداع من الحالات النادرة التي تحدث للإدارة، إلا أنها تكون أكثر حضورا ووضوحا لدى الطرف الآخر المتعاقد مع الهيئة الإدارية (٤).

٤_ الإكراه.

وحتى يكون الرضا في العقد الإداري سليماً، يجب أن يكون خالياً من عيب الإكراه وإن حالات الإكراه في العقد الإداري نادرة، وغالباً ما ينتهي القضاء الإداري الفرنسي إلى إعلان بطلان العقد الإداري وإذا شاب الرضا إكراه، فيطبق المبادئ المدنية (٥)، أما القانون المدني العراقي فالمادة (١١٢) التي تعتبر الإكراه هو إجبار شخص بغير حق على

---

(١) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية للطبع والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٨، ص ٨٨

(٢)أما موقف الاجتهاد المصري من الخداع في العقد الإداري، ويعتبر تدليساً طبقاً لما نص عليه القانون المدني، وهذا ما جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا طبقاً لأحكام المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري ينظر محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٨

(٣) محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٤)فاروق أحمد خماس وآخرون، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، العراق،٢٠٠٨، ص ١٣٥

(٥) ولا يعتبر الفقه المصري الإكراه سببا لإبطال العقد إلا إذا كان العنف شديد الخطورة، وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في تطبيقها للمادة ١٢٧ من القانون المدني المصري، ينظر على الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠، ص ١٥٥.

إن يعمل عملاً دون رضاه، ويكون الإجبار بمثابة ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص ويبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد (١).

ومن وجهة نظرنا نجد أنه يجب إبطال العقد الإداري في حال تحقق شروط الإكراه الثلاثة وهي على الشكل التالي:

١-استخدام وسائل إكراه غير مشروعة.

٢-أن تتولد عن الإكراه رهبة تدفع إلى التعاقد.

٣- اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.

ثانياً: المحل.

يقصد بالمحل العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث تحديد الحقوق والالتزامات المقابلة للأطراف المتعاقدة، تقتضي أن تكون موجودة أو ممكنة، محددة أو قابلة للتحديد، وأن يجوز التعامل بها، ويتم تحديد موضوع العقد من قبل الطرفين، ولكن يجوز للإدارة تعديله من جانب واحد بناءً على الامتيازات التي تتمتع بها تجاه المقاول. ومن أهم شروط صحة الموضوع هو شرط الشرعية، فإذا كان غير قانوني يعتبر العقد باطلا لمخالفته النظام العام.

ومن وجهة نظرنا أن للعقود الإدارية طبيعة خاصة بسبب وجود الدولة فيها حيث يتوجب على الجميع مراعاتها (٢)، ونص القانون المدني العراقي في المادة ١٢٦ (لا بد لكل التزام نشأه عن العقد من محل يضاف إليه ويكون قابلا لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناع عن عمل)، لذلك كما هو الحال في العقود المدنية فإن الشروط الواجب توفرها في محل العقد ثلاثة (٣):

١- أن يكون أمراً ممكناً أو موجوداً أو قابلاً للوجود.

٢- أن يكون معيناً تعييناً منافياً للجهالة.

٣- أن يكون أمراً مشروعاً٤.

وخلاصة الأمر أن المحل كركن في العقود الإدارية تسري عليه نفس الشروط في مثيلتها

---

(١) يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، دار المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، ١٩٩٨، ص٤٠١.

(٢) توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٨

(٣) نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٤)وإن محل العقد يجب ألا يخالف النظام العام ومن الممكن تنفيذه كما جاء في قرار محكمة التمييز في العراق بقرارها الرقم ٧٠٠ في ٢١ / ١٠ / ١٩٨٦، ينظر قرار التمييز في العراق بقرارها الرقم ٧٠٠ في ٢١ / ١٠ / ١٩٨٦ بأن

في العقود المدنية، من حيث كونه موجوداً أو ممكن وجوده، معيناً أو قابلاً للتعيين، مشروعاً، موافقاً للقانون فبخلافه يجعل العقد أو الإجراءات التي تتخذها الإدارة باطلة، ويجب مراعاة الخصوصية للعقود الإدارية عن العقود المدنية في جميع المراحل (١)

ثالثاً: السبب.

إذا تبين أن الرضا خالي من العيوب، وكان العقد مبنيا على أمر مباح، فلا يكفي إتمام العقد إلا إذا كان له سبب مشروع، ويفترض وجود السبب، سواء كان مباشرا أو غير مباشر، في العقد، فإذا خلا العقد منه اعتبر باطلا لتخلف ركن من أركان العقد (٢).

وإن القواعد المنظمة لركن السبب الواجب توفره في كل عقد حسب ما جاء في القانون المدني العراقي واجبة التطبيق على العقد الإداري وهذا ما تفتضيه سلامة عقود الإدارة العامة، فالعقد يكون باطلاً إذا كان خالياً في حقيقته من سبب انعقاده أو إبرامه أو حتى إن كان موجود إلا إنه كان سبب باطلاً من حيث مخالفته لأحكام القانون أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما سار عليه المشرع المصري، وفي نظرنا لا يقل ركن السبب عن غبرة من الأركان التي تستوجب صحة العقد الإدارية فاذا غاب ركن السبب أو كان السبب غير مشروعاً يبطل العقد بشكل كامل.

رابعاً: الشكلية.

أحياناً يشترط القانون أن يتم العقد بشكل معين، وتخضع العقود الإدارية للقواعد العامة للقانون المدني في هذا الشأن، فإذا أهدى شخص قطعة أرض لجهة إدارية معينة، فيجب اتباع الإجراءات الشكلية المقررة لعقود بيع العقارات، والمتمثلة في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، لكن الملاحظ أن العقود الإدارية تمر بمراحل متعددة، مثل إجراءات المزايدة والمناقصة وقرار الترسية، ويشترط أن يكون العقد المبرم مكتوبا (٣).

المبحث الثاني

التزامات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

إن العقد الإداري يخلق التزامات تكون ملزمة للطرفين، فإن الإدارة تلتزم بنصوص العقد كما يكون ملزم للمتعاقد معها، وإن التزامات الإدارة التعاقدية متنوعة وتختلف بحسب نوع

---

(١) مادامت الساحة المحالة بعهدة غير صالحة لاتخاذها موقفاً للسيارات لوجود أنقاض ومخالفات فيها تحول دون استعمالها للغرض الذي أحيلت من أجله لذا يكون من حق المدعي المطالبة بفسخ المزايدة وإعادة التأمينات).

(٢) حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٩٨.

(٣) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠، ص ٦٥

(٤) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ٢٠٠٢، ص١٣٢

العقد الإداري، وإن أخطاء الإدارة التعاقدية غالباً ما تكون صادرة عنها، وقد تكون مبنية على سوء نية أو حسن النية، وهذه الأخطاء قد ترتب ضرراً على المتعاقد معها الأمر الذي يستوجب التعويض، وذلك أن حاجة المرافق العامة تدفع الإدارة إلى الدخول في تعاقدات مع الآخرين دون أن تتخذ كافة الحسابات التي يوجب القانون اتخاذها، وبالتالي قد تظهر آثارها السلبية عند التنفيذ، ونظراً لتأثير ذلك على مصالح المتعاقدين معها لا يمكن إنكار حق المتعاقد بالتعويض في حال أصيب بضرر ما(1).

وبناءً على ما سبق سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول **عدم التأخير في تنفيذ الالتزامات التنظيمية**، ومن ثم سندرس في المطلب الثاني **عدم إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية.**

المطلب الأول

عدم التأخير في تنفيذ الالتزامات التنظيمية

تعتبر المدة المنصوص عليها في العقود الإدارية أصلاً يلتزم به المتعاقدون مع الإدارة(2)، فإذا اتفقا، على مدة محددة للتنفيذ، وجب عليهما السعي إلى تنفيذ العقد خلال هذه المدة، ويلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد وإتمامه خلال المدة المتفق عليها وإلا فإنه سيتعرض للوسائل التي يمكن أن تفرضها الإدارة عليه مثل العقوبات أو غرامة التأخير أو الإلغاء أو إنهاء العقد أو التنفيذ على نفقة المقاول، ويذكر القضاء العراقي أن تأخر الإدارة أو تراخيها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية يؤدي إلى مسؤوليتها التعاقدية، ومن أخطاء الإدارة قيامها بتسليم الموقع خلافاً للمدة المتفق عليها في العقد، وهناك أدلة في أحكام محكمة التمييز تؤيد ذلك، فقضت في أحد أحكامها بأن "حيث تبين للخبراء بأن المدعي عليه محافظ البصرة إضافة لوظيفته (رب العمل) قد اخفق في الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بفقرة تسليم الموقع لإنشاء بعض الأبنية عليها وحيث أن الموقع لم يكن جاهزاً إلا بعد مضي ثلاثة عشر شهراً مما اضطر المقاول إلى أن يطلب إعفاؤه من العمل ولا يحق مطالبته بالغرامات وفروق الزيادة في العمل والأسعار لذا تقرر تصديق الحكم وتحميل المميز رسم التمييز"، وفي حكم أخر لمحكمة التمييز جاء فيه "من التزامات المميزين وزير البلديات والأشغال ومدير المشاريع العام إضافة لوظيفتهما) تسليم موقع العمل للمقاول تسليما فعليا ولما كان

---

(1) مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، المرجع السابق، ص٤٢٨.

(2) محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الثالث، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٣٥٠.

ذلك لم يحصل بتاريخ الإحالة فلا يمكن افتراض وقوع التسليم، لأن التسليم واقعة مادية لابد من حصولها فعليا لكي يتمكن المقاول من المباشرة بالعمل ولما كان هذا التأخير لم يكن للمقاولين يد فيه فلا ينسب إليهما تقصير في عدم قيامهما بالعمل في موقعه عد أحالة العمل عليهما...، بل التنصير بتسليم موقع العمل كان من المميزين (الإدارة)"(1)، كما تلتزم بتمكين المقاول من الحصول على الرخص الإدارية وهذا ما أكدته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية بقولها (وجود موافقات الجهات المعنية)، وإن التزام الإدارة في العراق بتسليم موقع العمل منصوص عليه في التشريع(2)،بالإضافة إلى التزامها بالقيام بأية إجراءات أخرى تقتضيها طبيعة العمل أو العقد المراد تنفيذه (3)، فحكمت محكمة التمييز الاتحادية بوجوب التزام الإدارة بتسليم موقع العمل إلى المقاول وإلا اعتبرت مقصرة في تنفيذ التزاماتها، وجاء في أحد أحكامه: "لدى التدقيق والمداولة، وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، وقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز، وجد بأنه صحيح وموافق للقانون.

وذلك لأن من مستلزمات تنفيذ عقد المقاولة قيام صاحب العمل بتسليم المقاول موقع العمل، لتمكينه من المباشرة بالتنفيذ وفقاً للمادة الثالثة والأربعين من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية"(4)، وقد قضت ايضاً في حكم آخر بـ: "لدى التدقيق والمداولة، وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، وقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز، صحيح وموافق للقانون، حيث إن من مستلزمات عقد المقاولة قيام رب العمل بتسليم موقع العمل إلى المقاول، وحيث إن الثابت من المستندات المبرزة في

---

(١)خضر عبد الحسين، المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٥، ص٤٩٠.

(٢) انظر: المادة (٤٣) من دفتر الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية التي نصت على ما يلي: "على صاحب العمل باستثناء ما ينص على خلافه في المقاولة أن يضع تحت تصرف المقاول ذلك الجزء من الموقع الذي يتطلبه تمكين المقاول من المباشرة والسير في تنفيذ الأعمال، طبقاً للمنهاج المشار إليه في المادة الرابعة عشرة من هذه الشروط، أو بموجب المقترحات المناسبة التي يقدمها المقاول بإشعار تحريري إلى المهندس.
وعلى صاحب العمل من وقت إلى آخر حسب تقدم الأعمال، وأن يضع تحت تصرف المقاول الأجزاء الأخرى من الموقع، على النحو المطلوب لتمكين المقاول من السير في تنفيذ الأعمال بالسرعة اللازمة، طبقاً للمنهاج، أو المقترحات المذكورة حسب مقتضى الحال، وإذا تعرض المقاول لتأخير بسبب إخفاق من جانب صاحب العمل في السماح له بتسلم الموقع وفقا لأحكام هذه المادة، فعلى المهندس أن يمنح مدة إضافية لإكمال الأعمال.

(٣)انظر المادة (٣/ أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق، رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤١٥٩)، العراق، ٢٠١٠.

(٤) انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم (١١٥١) / الهيئة الاستئنافية، ٢٠١٢، منشور على الموقع الإلكتروني لقرارات محكمة التمييز الاتحادية العلي في العراق، متوفر عبر الموقع https://www.hjc.iq/qview.2670/،

الدعوى قيام المدعى عليه، إضافة لوظيفته، بتغيير موقع العمل لعدة مرات دون الاستقرار على موقع محدد ما يتعذر على تنفيذ التزامه"(1)، يتضح لنا من الأحكام القضائية السابقة أن الإدارة عليها التزام في العقد الإداري، وهو تسليم موقع الأعمال للمقاول، ليتمكن من البدء في تنفيذ الأعمال والاخلال في هذا يعد خطأً يترتب عليه تعويض للمقاول بالإضافة إلى حقه في طلب إنهاء العقد.

المطلب الثاني

عدم إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية

يعتبر المقابل المالي من أهم حقوق المقاول حيث يمثل هذا التعويض الدافع الأساسي لتعاقده مع الإدارة، فغالبًا ما يسعى المقاول مع الإدارة إلى الاستفادة من عقده، ويعتبر هذا السعي لتحقيق الربح أمراً طبيعياً ومشروعاً ولا يمكن إنكاره على المقاول، ويأخذ إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية صورتين، تتمثل الأولى في امتناع الإدارة عن أداء ذلك المقابل المالي، وثانيهما في تأخيرها عن ذلك الوفاء.

أولاً: امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن المستحق للمتعاقد:

إذا امتنعت الإدارة عن الوفاء بالثمن رغم وفاء المقاول بالتزاماته، دون أي سبب، وقد يكون ذلك بسبب الخطأ والإهمال، مثل رفض الإدارة دفع الثمن لعدم وجود عقد نفقة من جهة صالحة، وبالتالي فإن رفض الإدارة دفع الثمن يرجع للمقاول عند استحقاقه ويعتبر خطأ تعاقديا، مما يبرر إلزامها بدفع الثمن، بالإضافة للتعويض إذا كان له أساس (2).

كما أكدت ذلك محكمة التمييز الاتحادية في العراق، حيث قضت المحكمة بالآتي: "ولدى النظر بالحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، لأنه لا يصلح للمتعاقد وهو مجلس قضاء الموصل أن يبرم العقد ثم يتنصل عن التزامه بحجة عدم تمتعه بالشخصية المعنوية، كما لا يصلح لمجلس المحافظة هو الآخر أن لا يتحمل مسؤولية العقد الذي يبرمه تابعه، ولما كان العقد أبرم قبل صدور قانون المحافظات رقم (٢١) لسنة (٢٠٠٨)، فيكون المحافظ مسؤولاً أيضاً عن دفع استحقاق المقاول لإنجازه العمل المتعاقد عليه، وإن القول بخلاف ذلك يعني ضياع حقوق المقاولين وفقدانهم الثقة للتعاقد مع دوائر الدولة وأجهزتها

---

(١) انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم (١٤٣٣) / الهيئة الاستئنافية، الصادر بتاريخ ٢٠١٢، منشور على الموقع الإلكتروني لقرارات محكمة التمييز الاتحادية العلي في العراق، عبر الموقع https://www.hjc.iq/qview.2670/،

(٢) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص٤٨٩.

التنفيذية؛ لذا، قرر تصديق الحكم المميز، ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز"(1).

ثانياً: تأخر الإدارة عن دفع الثمن في المواعيد:

لا شك أن احترام المواعيد يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة، وأن ما يترتب على ذلك من تأخير الإدارة في الوفاء بالتزامها بدفع التعويض المالي للطرف المتعاقد يؤدي إلى خطأها. ويعطي لطرف المتعاقد الحق في طلب التعويض، دون الحاجة إلى إثبات أن الضرر قد لحق به نتيجة ذلك التأخير(2) ، وإن التعويض الذي يستحقه المقاول يكون فقط في شكل فائدة على مبالغ التأخر في السداد(3) .

ثالثاً: تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد:

يكاد يجمع غالبية الفقه على أن الشروط المتعلقة بالمقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد إنما هي شروط ذات طبيعة تعاقدية، وهذا يعتبر أمر منطقي لأن المقابل المالي يعتبر الباعث على التعاقد أو الغاية التي يسعى المتعاقد إلى الحصول عليها، ومن ثم فإن المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد يجب أن يكون وليد إرادتين هما إرادة المتعاقد وإرادة الإدارة، فلا تتفرد بتحديده جهة الإدارة وحدها، فالأصل أنه متى اتفق الطرفان (المتعاقد والإدارة) على سعر معين فأنه لا يمكن لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الأخر استناداً إلى قاعدة القوة الملزمة للعقد، وترتيباً على ذلك لا يمكن للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه في العقد إلا بموافقة الطرف الأخر، فذهب التشريع العراقي إلى أن المقابل المالي أيضاً يحدد بمعرفة الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد.

---

(1)بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٨، ص١٣٧وما بعدها.

(2)عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٧٣.

(3)لا يوجد نص في العراق في الشروط العامة لمقاولة أعمال الهندسة المدنية أو تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ يبين ما هو الوضع إذا تأخرت الإدارة في صرف المستحقات المالية، وعليه القواعد العامة الواردة في ويطبق القانون المدني، كما نص القانون المدني العراقي على الفوائد، ينظر المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المادة (١٧١) منه ما يلي: "فإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها (٤٪) في المسائل المدنية و(٥٪) في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

فالعقد يعتبر المصدر الأساسي لتحديد المقابل المالي وذلك لأن الشروط الخاصة بتحديده تعتبر من الشروط التعاقدية(1)، ولكن في بعض الأحيان قد لا يذكر المقابل المالي في العقد على نحو تام وإنما يذكر بصورة جزئية كما في حالة تعديل العقد، ففي عقود الإشغال العامة مثلاً في حالة عدم التوصل إلى اتفاق على الأسعار بين المتعاقد والإدارة، فإنه يكون للمهندس أن يقوم بتقدير هذه الأسعار على النحو الذي يراه مناسباً مع الإشارة إلى أن هذا التقدير لا يعتبر باتاً، إذ يحق للمتعاقد الاعتراض عليه والمطالبة بزيادة الأسعار وذلك بإشعار تحريري يوجه إلى المهندس على أن تجري تسوية مثل هذه المنازعات عن طريق القضاء المختص بالاستعانة بجداول الكميات والمواصفات(2)، أما في عقود التجهيز فيجب التمييز بين المتعاقد الوطني الذي يسهل الاتفاق معه على سعر معين بموجب العقد والمتعاقد الأجنبي الذي ينبغي على الإدارة أن تتفاوض معه بحرص ودراية، وقد عمل مجلس التخطيط الملغي في العراق على وضع توجيهات عامة.

كما دعا إلى ضرورة الالتزام بها عند التعاقد مع هذه الشركات، وقد يتخذ المقابل المالي صورة أقساط تدفع إلى المتعاقد على الحساب إذ لن يكون هناك أي حساب نهائي إلا بعد تصفية كل الأعمال المعهودة للمتعاقد(3) .

فإن تلك الأعمال لا يتضمنها العقد ولكن تظهر أهميتها أثناء تنفيذ العقد بحيث يصبح إنجازها ضرورياً حسب قواعد الفن وحسب تنفيذ الأعمال المطلوبة، في هذه الحالة وإزاء تلك الضرورة الملحة، فإنه للمتعاقد الذي يقوم بأداء تلك الأعمال الضرورية الحق في الحصول على ثمن إضافي نظير تلك الأعمال التي قام بها المتعاقد من تلقاء نفسه لمصلحة جهة الإدارة المتعاقدة، ومثال ذلك كبناء جدار دعم ضروري لتفادي انزلاق التربة، وهنا تؤكد أحكام القضاء الإداري أنه إذا كانت تلك الأعمال ضرورية طبقاً لقواعد المهنة وأسس الفن وحتى دون الحصول على موافقة الإدارة فإنه يحق للمقاول مطالبة الإدارة به4).

---

(١)محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٢) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(٣)محمد علي جواد، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص ١٠٤.

(٤)وفاء محمود أحمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص١٤١.

الخاتمة

إن العقد الإداري، كما قرره الفقه والتشريع، يرتبط دائما بإنشاء وتسهيل مرفق عام، وإدارة المرفق العام واستغلاله وتنفيذه، ولذلك وجدنا أن جزءا من الاجتهاد اكتفى بأن يكون العقد مرتبطا بنشاط المرفق العام بشكل مباشر أو غير مباشر، وتختلف آثار العقود الإدارية من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين عن الآثار التي ترتبها العقود المدنية، فتتمتع في العقود الإدارية بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد، وذلك ترجيحاً للمصلحة العامة على الخاصة، وذلك لأن العقود الإدارية تعتبر أحد الأساليب القانونية المهمة التي تلجأ إليها الإدارة العامة لتنفيذ المهمات والمسؤوليات المنوطة بها، ولذلك تقوم بإبرام العديد من هذه العقود، بغية إنشاء المرفق العام وتسييره.

وعلى الرغم من أن العقد هو شريعة المتعاقدين من حيث الأصل، وأنه ملزم لأطرافه في كل ما اتفقوا عليه من شروط وأحكام، وأنه لا يجوز نقضه ولا تعديله، تحت طائلة المسؤولية التعاقدية للطرف الناكل، إلا أن القانون قد خص الإدارة بالعديد من السلطات الاستثنائية التي تضمن تنفيذ العقود الإدارية وفقاً للمصلحة العامة، لكن مع عدم الانتقاص من حقوق المتعاقد الإدارة، كما تظهر خصوصية عقد الأشغال العامة بجلاء في مرحلة التنفيذ، فجهة الإدارة تتمتع بمركز قانوني يختلف عن مركز المتعاقدين في العقد المدني، فهي تتمتع بسلطات وامتيازات لا نظير لها في عقود القانون الخاص، وبالمقابل فإن العقد الإداري يعطى حقوقاً للمتعاقد مع جهة الإدارة لا وجود لها في العقود المدنية، منها الحق في التوازن المالي للعقد.

المصادر والمراجع

١. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت،٢٠٠١.

٢. أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣.

٣. أمين عاطف صليبا، الوافي في القانون الإداري العام – مبادئ أساسية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٧.

٤. بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٨.

٥. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق، رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤١٥٩)، العراق، ٢٠١٠.

٦. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٧. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات اللبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤.

٨. خضر عبد الحسين، المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٥.

٩. دفتر الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية.

١٠. زانا كريم ودانا سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري (الأعمال الإدارية ومبدأ المشروعية)، الطبعة الأولى، مكتبة يادكار، السليمانية، العراق، ٢٠١٧.

١١. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠.

١٢. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.

١٣. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ٢٠٠٢.

١٤. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

١٥. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠.

١٦. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤.

١٧. فاروق أحمد خماس وآخرون، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، العراق،٢٠٠٨.

١٨. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لعام ١٩٨٤.

١٩. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢٠. قرار التمييز في العراق رقم ٧٠٠ في ٢١ / ١٠ / ١٩٨٦).

٢١. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم (١١٥١) / الهيئة الاستئنافية، ٢٠١٢، منشور على الموقع الإلكتروني لقرارات محكمة التمييز الاتحادية العلي في العراق، متوفر عبر الموقع https://www.hjc.iq/qview.2670/.

٢٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم (١٤٣٣) / الهيئة الاستئنافية، الصادر بتاريخ ٢٠١٢، منشور على الموقع الإلكتروني لقرارات محكمة التمييز الاتحادية العلي في العراق، عبر الموقع https://www.hjc.iq/qview.2670/.

٢٣. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤.

٢٤. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩.

٢٥. محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الثالث، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٢٦. محمد علي جواد، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.

٢٧. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية للطبع والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٨.

٢٨. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠.

٢٩. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

٣٠. ميسون طه حسين، مبادئ القانون الإداري والتنظيم الإداري في العراق، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، ٢٠١٨.

٣١. نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة يادكار، السليمانية، العرق، ٢٠١٨.

٣٢. نصري منصور نابلسي، آثار العقود الإدارية في القانون اللبناني، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.

٣٣. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية " دراسة مقارنة "، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان.

٣٤. وفاء محمود أحمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٧.

٣٥. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، دار المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، ١٩٩٨.