فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة

رسالة مقدمة الى كلية القانون/جامعة بابل و هي جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون العام

من قبل

الطالبة

سحر جبار يعقوب

بأشراف

الدكتور محمد علي جواد

أستاذ القانون العام المساعد

١٤٢٣ ٢٠٠٣

المحتــويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١-٣
الفصل التمهيدي:التعريف بالعقد الاداري ونظرية الفسخ	٤-٢٧
المبحث الاول:التعريف بالعقد الاداري	٤-١١
المطلب الاول: نشأة العقود الادارية	٤-٧
اولاً:نشأة العقود الادارية في فرنسا	٥
ثانياً: نشأة العقود الادارية في مصر	٦
ثالثاً: موقف القضاء العراقي من نظرية العقد الاداري	٦-٧
المطلب الثاني: المعيار المميز للعقد الاداري	٨-١١
اولا:ان تكون الادارة احد اطراف العقد	٨-٩
ثانياً:ان يتعلق العقد بنشاط مرفق عام	٩
ثالثا: ان تأخذ الادارة في تعاقدها بأسلوب القانون العام	١٠-١١
المبحث الثاني: اساس النظرية العامة للفسخ	١١-٢٧
المطلب الاول:معنى الفسخ وتمييزه مما قد يشتبه به من اوضاع قانونية	١٤-٢٠
اولا: معنى الفسخ	١٤-١٥
ثانيا:تمييز الفسخ مما قد يشتبه به من اوضاع قانونية	١٥-٢٠
١- تمييز الفسخ عن البطلان	١٥-١٧
٢- تمييز الفسخ عن الانفساخ	١٧-١٨
٣-تمييز الفسخ عن التفاسخ	١٩-٢٠
المطلب الثاني:معنى الفسخ في العقود الادارية وتمييزه عن اوضاع مشابهة	٢٠-٢٧
اولاً:معنى الفسخ في العقود الادارية	٢١-٢٢
ثانيا:تمييز فسخ العقد الاداري عن اوضاع مشابهة	٢٢-٢٧
١- تمييز الفسخ في العقد الاداري عن الغاء العقد	٢٢-٢٥
٢-تمييز فسخ العقد الاداري عن الأسقاط	٢٥-٢٧
الباب الاول: الاساس القانوني لفسخ العقد الاداري لخطأ الادارة	٢٨-٧٥
الفصل الاول:اخلال الادارة بألتزاماتها ذات الصفة المالية	٢٩-٤٦
المبحث الاول: الفسخ اجراء مواز لسلطة الادارة في التعديل	٢٩-٤٣
المطلب الاول: الفسخ لتجاوز الادارة الحدود القصوى للتعديلات	٣٢-٣٥
المطلب الثاني: الانقلاب في التوازن الاقتصادي للعقد	٣٥-٤٣
اولا:فكرة الاعمال الجديدة	٣٧-٣٨
ثانيا:فكرة التوازن المالي للعقد	٣٨-٤٣
١-نظرية عمل الامير	٤٠-٤١
٢-نظرية الظروف الطارئة	٤١-٤٣
المبحث الثاني: التزام الادارة بدفع حقوق المتعاقد المالية	٤٣-٤٦
الفصل الثاني:اخلال الادارة بتنفيذ التزاماتها ذات الصفة الادارية	٤٦-٧٤
المبحث الاول:اخلال الادارة بتنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد	٤٦-٥٩
المطلب الاول: التزام الادارة بتمكين المتعاقد من الحصول على الرخص الادارية	٤٧-٤٨
المطلب الثاني:التزام الادارة بتقديم التصاميم والخرائط المتعلقة بالعمل	٤٨-٥٣
اولا:امتناع الادراة عن تقديم التصاميم والخرائط والمستندات	٤٨-٤٩
ثانياً:تقديم الادارة لتصاميم وخرائط معيبة	٤٩-٥٢

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثالث:اخلال الادارة بالتزامها المتعلق بتسليم موقع العمل	٥٣-٥٧
المطلب الرابع: التزام الادارة بتزويد المتعاقد بالمواد اللازمة لانجاز العمل	٥٧-٥٨
المطلب الخامس:التزام الادارة بتعيين مهندس يشرف على حسن سير العمل	٥٨-٥٩
المبحث الثاني:اخلال الادارة بألتزاماتها اثناء مدة تنفيذ العقد	٥٩-٧٥
المطلب الاول:مخالفة الادارة لواجب تنفيذها للعقد بحسن نية	٥٩-٦٢
المطلب الثاني: الفسخ لعدم احترام الادارة شرط المدة المنصوص عليها في العقد	٦٢-٦٧
اولا:غياب امر المباشرة بالتنفيذ	٦٢-٦٥
ثانيا:تعليق الادارة لتنفيذ العقد	٦٥-٦٧
المطلب الثالث: التزام الادارة بحماية متعاقدها من المنافسة	٦٧-٦٩
المطلب الرابع:تعسف الادارة في استعمال سلطتها	٧٠-٧٤
اولا: ايقاع الادارة عقوبة بالغة الجسامه على المتعاقد دون مبرر منطقي لذلك	٧٠-٧٢
ثانيا:رفض الادارة غير المبرر لطلب المتعاقد في التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن	٧٢-٧٤
الباب الثاني:الاحكام العامة لفسخ العقد الاداري قضائياً	٧٥-١٣١
الفصل الاول:شروط فسخ العقد الاداري قضائياً	٧٥-٩٢
المبحث الاول:الشروط الشكلية لطلب الفسخ	٧٦-٩٤
المطلب الاول:سلوك الطرق غير القضائية لتسوية منازعات العقود الادارية	٧٦-٨٦
اولا:المصالحة	٧٧
ثانيا:الخبرة	٧٨
ثالثا:التحكيم	٧٩-٨٦
الفرع الاول:مفهوم التحكيم	٧٩-٨٠
الفرع الثاني:صيغة اللجوء الى التحكيم	٨٠-٨١
١-تشكيل هيئة التحكيم	٨١-٨٣
٢-انماط التحكيم	٨٣-٨٦
المطلب الثاني:الاخطار	٨٦-٩٤
اولا:اعذار الادارة	٨٦-٩٢
ثانيا:قاعدة القرار الاداري السابق	٩٢-٩٤
المبحث الثاني:الشروط الموضوعية	٩٥-١١٣
المطلب الاول:الاختصاص القضائي في فسخ العقود الادارية	٩٥-١٠٤
المطلب الثاني:وقوع خطأ اداري يبرر فسخ العقد	١٠٤-١١٣
اولا: مفهوم الخطأ الاداري	١٠٥-١٠٦
ثانيا:سلطة القضاء في تحديد درجة الخطأ الموجب للفسخ	١٠٨-١١٣
الفصل الثاني: النتائج المترتبة على فسخ العقد الاداري قضائياً	١١٣-١٣١
المبحث الاول:انتهاء العقد	١١٤-١١٧
المبحث الثاني:التعويض	١١٧-١٣١
المطلب الاول:مفهوم التعويض وشروط استحقاقه	١١٨-١٢٦
اولا:مفهوم التعويض	١١٨
ثانيا: شروط استحقاق التعويض	١١٩-١٢٥
١-الخطأ العقدي	١١٩
٢-الضرر	١٢٠-١٢٤
أ-ان يكون الضرر مباشراً	١٢٢
ب-ان يكون الضرر محققا	١٢٣-١٢٤
جـ-يجب ان يصيب الضرر مصلحة شخصية للمتعاقد	١٢٤
د-ان يصيب الضرر حقا مكتسباً او مصلحة مشروعة	١٢٤
٣- العلاقة السببية	١٢٥
المطلب الثاني:تقدير التعويض وحالات استحقاقه	١٢٦-١٣١
اولا:تقدير التعويض	١٢٦-١٢٩
ثانيا:حالات استحقاق التعويض	١٢٩-١٣١
الخاتمة	١٣٢-١٣٦

الموضوع	رقم الصفحة
abstract	I

قائمة المختصرات

المختصرات باللغة الفرنسية

C-E	Conseil d'Etat
J-C-P	Juris-classeur-periodique
A-J-D-A	Actualite Jurique-Droit Administratif
J-C-A	Juris-classeur- Administratif
Fasc	fascicule
R-D-P	Revue du droit public
TA	Tribunal Administratif
Rec	Recueil des decisions du conseil d'Etat
C-C-A-G	Cahiers des clauses Administratives Generales
Rev-adm	Revue Administrative
Soc	Societe
TC	Tribunal des conflits
Th	These
J.o	Journal Officiel
L.G.D.J	Librairie Generale de droit et de Jurisprudence

المختصرات باللغة العربية

م.ف	القانون المدني الفرنسي
م.ع	القانون المدني العراقي
م.م	القانون المدني المصري
م	مادة
ف	فقرة
ق	قضائية
س	سنة
ط	طبعة
ص	صفحة
ك	كتاب
ج	جزء
ع	عدد

Recession OF the administrative contract by judicial error of the of administration

A thesis submitted to the college of low and committee of Sraguat studies of the University of Babylon in Partial fulfillment of the requirement for the degree of master in public low

By student

Sahar Jabbair yakoob

The Supervised by

D.Mohammed Ali Jawad

2003 **1423**

ABTRACT

Recession OF the administrative contract by judicial error of the of administration

The administrative contract can be rescind by the court, and this subject consider one of the most important subjects, especially after the great extend of state, therefore The administration made many administrative contract, by which it has may pours and privileges which higher than the authorities of the parties. And these administrative acts may be cause enjury for others, so we have decided to study this subject, to arise the errors of the administration and the available ways to treat these errors, whether were judicial or non-judicial with regards, that the judicial process must be done same formal processes, and these formal processes may provide by the law by the agreement, with notice, that the party-individual will make his claim either before the administrative court or the normal court, to set aside the contract for the error of the administration, and the judicial authory setasid the contract is there, (absolute) the court has to answer the claim and to refuse, sometime the juge will were a damages.

Preface, which devoted to identify bathe the administrative in contract, and the theory of the scission.

So, I divided the research into two chapter, the first is devoted to the legged basis to the rescission of the administrative contract for the administration's error, and this chapter also has been divided into two sub-chapters, first is for the contractual breach by the administration before the period of the exaction, second for this breach with the period of execution.

The second chapter is devoted to general rate for the rescission of the administrative contract and this chapter has be divided into two sub-chapters, first for conditions must provide to rescission the administrative contract.

Second for the results made by the rescission of this contract.

Finally, I have put the most important result and recommendations.

بِسمِ الله الرَّحمَن الرحيمِ

يأيها الذين آمنوا أوْفواْ بِالعقودِ

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة (الآية الأولى)

الإهداء

الى من جعل الله الجنة تحت أقدامها

وقرن رضاه-تعالى-برضاها

الى ينبوع الحنان والمحبة

الى امي

الى من غرس فيَّ بذور العلم

وسقاها حباً وحناناً ومعرفة

الى معلمي الأول والأخير

الى ابي

الى رياح الشمال العالية

التي تشد شراع سفينتي

لتبحر بي الى الأمام

الى اخوتي و اخواتي

الى صانع الأجيال وباني المجتمع

الى من كاد ان يكون رسولا

الى أستاذي

سحر

شكر وتقد ير

الحمد لله والصلاة والسلام على خير المرسلين محمد وعلى اله وصحبهِ أجمعين

اما بعد:

لايسعني بعد ان شارفت عملية البحث على الانتهاء الا ان اتقدم بالشكر الجزيل الى عميد كلية القانون/جامعة بابل،د.علي زعلان نعمة الذي كان له الفضل الاكبر في رفد عملية البحث الى الامام.

كما أتقدم بوافر الشكر الى استاذي المشرف د.محمد علي جواد الذي تجشم عناء الاشراف على رسالتي وكان لارائه ومقترحاته الاثر البارز في اعطاء الرسالة اللمسة الخاصة بها، فجزاه الله عني خير الجزاء فقد كان لي خير المعين في انهاء رسالتي.

هذا ولا يسعني الا ان اتقدم عرفانا بالجميل بالشكر والتقدير الى الاستاذ الدكتور غازي فيصل مهدي الذي مّدلي يد العون والمساعدة من خلال ارائه السديدة وافكاره القيمة فجزاه الله خير الجزاء.

كما واشكر الاساتذة الافاضل كلاً من أ.د ماهر صالح علاوي والدكتور ابراهيم طه الفياض لما قدما لي من افكار علمية ومقترحات بناءه.

كما اتقدم بالشكر الى اساتذتي كافة ابتداءً بمن درسني في المرحلة الاولى في كلية القانون واساتذة السنة التحضيرية وهم كل من (ا.د علي زعلان نعمة-د.محمد علي سالم-د.محمد علي جواد-د.رافع شبر-د.كمال عبد حامد-د.حكمت الدباغ-د.حسن دخيل) وانتهاءً بكل استاذ سيتولى تدريسي في يوم من الايام لكونهم القمر الذي ينير لي طريق العلم والتعلم.

كما واشكر لجنة المناقشة التي تحملت عناء السفر والمجيء الى كلية القانون-جامعة بابل لغرض اغناء الرسالة بالاراء القيمة المفيدة والتي هي بلا شك في مصلحة الطالب.

وكذلك اشكر الدكتور حسن عودة رئيس قسم القانون العام في كلية القانون لرحابة صدره وعمق فكره، والدكتور كاظم عبد الله الشمري معاون العميد للدراسات العليا للاراء التي قدماها لي.

كما اشكر زملائي وزميلاتي كافة الذين ابدوا لي الدعم اللامحدود في مسيرتي العلمية.

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى القاضي كمال جابر البندر في محكمة التمييز وكافة العاملين واخص بالذكر الانسة ازهار التي كان لها الدور البارز في رفدي بكل ما هو جديد من قرارات قضائية قيمة.

واشكر عرفاناً بالجميل كافة القضاة والمدعين العامين ونائب الادعاء العام في محكمة استئناف النجف و السيد صادق رسول فخر الدين لما منحوه لي من مساعدة فجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى العاملين في كلية الحقوق/ جامعة النهرين ، وكلية القانون/ جامعة بغداد والمكتبة المركزية/جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون/جامعة بابل، والمكتبة المركزية لجامعة بابل ومكتبة نقابة المحامين، ومكتبة المعهد القضائي، ومكتبة الحكيم في النجف، ومكتبة محكمة استئناف النجف.

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى كافة موظفات قسم الدراسات العليا في كلية القانون / جامعة بابل .

إقرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة أننا قد اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة **((فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة))** وقد ناقشنا الطالبة **(سحر جبار يعقوب)** في محتوياتها وكل ماله علاقة بها ونرى أنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون العام

رئيس اللجنة:- أ.م.د.غازي مهدي فيصل
توقيع:

الاسم: غازي مهدي فيصل
المرتبة العلمية:أستاذ مساعد
عضو:د.علي جمعة محارب
التوقيع:-

الاسم:-علي جمعة محارب
المرتبة العلمية:-مستشار في مجلس شورى الدولة
التوقيع

عضو:-أ.م.د. رافع شبر
توقيع

الاسم:- رافع شبر
المرتبة العلمية:- أستاذ مساعد
عضو (المشرف):- أ.م.د.محمد علي جواد
التوقيع:-

الاسم:-محمد علي جواد
المرتبة العلمية:-أستاذ مساعد
التوقيع

صدقت من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل

التوقيع
الأستاذ المساعد الدكتور
علي زعلان نعمة
عميد الكلية

المقدمة

تلجأ الإدارة في مباشرة أنشطتها القانونية المختلفة الى أسلوبين:الاول: يتخذ صورة القرار الإداري، والآخر يتمثل بالعقد الإداري، ولعل نقطة الانطلاق في دراسة موضوع فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة تبدأ من العقد الإداري الذي ثارت بشأنه العديد من الخلافات الفقهية. فقد هاجم بعض الفقهاء وعلى رأسهم ديجي فكرة وجود العقد الإداري المتميز عن عقود القانون الخاص بنظامه القانوني وآثاره مؤكدين إن العقد الإداري وعقود القانون الخاص تخضع الى الأسس والعناصر الجوهرية نفسها، ولكن سرعان ما تبين عدم صحة ما ذهب اليه ديجي امام قوة الحجج التي تزعمها الفقيه جيز، التي تنصب على ان العقد الإداري يعد عقدا متكاملاً من حيث اركانه الأساسية على رغم انه يمنح الإدارة سلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. فضلا عن ذلك، فأنه يهدف الى تحقيق اغراض المرفق العام وتلبية متطلبات المصلحة العامة، الا إن العقود التي تبرمها الإدارة لا تكون بالضرورة عقودا إدارية فهي قد تكون خاضعة الى قواعد القانون الخاص واختصاص القضاء العادي عندما لا تتوافر فيها شروط العقد الإداري، في حين نجد إن العقود الإدارية تخضع لاختصاص القضاء الإداري ولمبادئ القانون الإداري، ويترتب على ذلك نتائج متعددة منها إن الإدارة تصبح الطرف الأقوى في ميدان العقد الإداري تجاه المتعاقد معها كونها تهدف من خلال تدخلها في هذا المجال الى النهوض بالأعباء الملقاة على عاتقها وتحقيق الصالح العام من خلال ضمان استمرار أداء المرفق لخدماته. لذا كان من الطبيعي أن تملك الإدارة من السلطات والامتيازات ما تفوق به قدرة المتعاقد معها إلا إن العقد الإداري إذا كان يمنح الإدارة المتعاقدة قدراً من الامتيازات فهو بالمقابل يرتب عليها واجب احترام التزاماتها العقدية. والاّ فأنها تكون قد أخطأت تجاه من يتعاقد معها. وهنا نتساءل كيف يمكن ان يواجه المتعاقد خطأ الإدارة؟ وهل سيتمكن من فرض عقوبة عليها؟ وما هو الجزاء الذي يمكن أن يفرض على الإدارة وكيف؟ جملة تساؤلات سيتم الإجابة عنها عند تصفح هذه الرسالة.

من المعلوم ان المتعاقد شخص (فرداً كان أو شركةً) لا يملك أي سلطة تمكنه من مواجهة خطأ الادارة لذا فهو يجد في القضاء الملاذ الآمن والوسيلة التي من خلالها يتمكن من اقتضاء حقوقه ولكن بعد استنفاد الوسائل المنصوص عليها في الشروط العقدية أو النصوص القانونية من دون ضرورة اللجوء الى القضاء لتلافي طول المراجعات القضائية. لذا فان اللجوء الى قاضي العقد يمثل المرحلة الأخيرة عندما لا تحقق الإجراءات السابقة الغاية التي قصدها المتعاقد. ونعني بالقضاء في هذا الاطار القضاء الإداري في الدول التي تتبنى القضاء المزدوج والقضاء العادي في الدول التي تعتنق نظام القضاء الموحد.

ويبقى الأمر من اختصاص قاضي العقد إن شاء فسخ العقد مع تعويض المتعاقد عما اصابه من اضرار جراء جسامة خطأ الإدارة المتعاقدة، وله ان يرد دعوى المتعاقد بالفسخ مقتصراً على الحكم بتعويض عادل للمتعاقد مع استمرارية قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية. إذ لا يحق له الاستفادة من نظام الدفع بعدم التنفيذ المعروف في اطار القانون الخاص.

و لعل ما دفعنا الى اختيار هذا الموضوع سببين هما :

اولاً: النظري

من يتعمق في دراسة امهات الكتب القانونية التي تناولت مسألة العقد الإداري يجد ان جزاء فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، من بين المواضيع التي لم تنل البحث والتفصيل الكافي، على الرغم من أن مسيرة البحث العلمي في ميدان القانون الإداري لا سيما على مستوى الرسائل الجامعية قد تناولت معظمها مشكلة فسخ العقود الإدارية لخطأ المتعاقد تجاه الإدارة من دون الخوض في موضوع فسخ العقد لخطأ الإدارة بالذات. لذا فأن هذه الدراسة تعد محاولة لتسليط

الضوء على الوجه الآخر من أسباب الفسخ من اجل تقديم إضافة علمية الى حقل الاختصاص الدقيق.

ثانيا:العملي

فسخ العقد الإداري لخطأ الإدارة يعد من بين المواضيع الأصيلة التي لا تزال بحاجة الى مزيد من الدراسة لأهميته من الناحية التطبيقية ولاسيما انه الضمانة القضائية المقررة للمتعاقد تجاه تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها في العقد مما يؤدي الى إلحاق الضرر بالمتعاقد الذي من مصلحته ان يصل الى فسخ العقد من قبل القضاء. وبهذا يعد الفسخ من اشد الجزاءات التي تتقرر قضائياً. الا أن فسخ العقد لخطأ الإدارة يقتضي تحديد التزامات المتعاقد من جهة وماهية الواجبات التي تلقى على عاتق الإدارة من جهة أخرى. لذا فقد وجدنا ان هذا الموضوع من بين المسائل الدقيقة التي تستدعي الخوض في غمارها وتناولها بالبحث والتفصيل لغرض الوقوف على أخطاء الإدارة بالرغم من قلة المصادر القانونية التي تتعلق بفسخ العقد لخطأ الإدارة فضلا عن ذلك ندرة القرارات القضائية التي تقضي بفسخ العقد لخطأ الإدارة مقارنة بالقرارات المقررة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد.

عليه سيتم تقسيم محاور بحثنا على فصل تمهيدي نتناول فيه التعريف بالعقد الإداري والنظرية العامة للفسخ، وبابين: الأول يقف أمام الأساس القانوني لفسخ العقد الإداري لخطأ الإدارة متناوليه بفصلين، الأول يتناول إخلال الإدارة بالتزاماتها ذات الصفة المالية موضحين بشكل بارز فكرة تعديل الإدارة للعقد الإداري وحقوق المتعاقد المالية. أما الفصل الثاني فيشير الى مسألتين، الأولى إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد، أما الثانية فتؤكد على إخلال الإدارة بالتزاماتها أثناء تنفيذ العقد.

أما الباب الثاني فيترجم الأحكام العامة لفسخ العقد الإداري قضائياً الى فصلين: الاول، يبين شروط فسخ العقد الإداري قضائياً، اما الثاني فيوضح النتائج المترتبة على فسخ العقد الإداري قضائياً.

الخاتمة

لقد ارتأينا من خلال هذه الدراسة ابراز فكرة فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة معتمدين في ذلك اسلوب العرض العلمي والتحليل لاراء الفقهاء والقرارات القضائية الصادرة بهذا الصدد مع التأكيد على فكرة خطأ الإدارة وماهية الاخطاء الصادرة من جانب الإدارة مع ابراز راي الباحث في مدى ملاءمة وترجيح رأي على اخر.

وقد خرج البحث بثمة نتائج منها:-

١-الصورة المثالية لانتهاء العقد الاداري تتمثل بأن يقوم كلا طرفي العقد بتنفيذ كامل الالتزامات الملقاة على عاتقهم، والا فأن أي اخلال يمكن ان يثير مسؤولية الطرف المقصر، وبذلك يكون سبباً لانتهاء العقد قبل الاوان، وهذا ما يدعى بالانتهاء المبتسر للعقد.

٢- الفسخ نظام قديم يرتد بأصوله الأولى الى الرومان، فقد ابى هؤلاء التسليم بفكرة الفسخ في العقود الملزمة للجانبين. الا انه ما لبث ان سلم هؤلاء بفكرة الفسخ ومنهم اخذها الفرنسيون حتى استقرت نظرية الفسخ على ما هي عليه.

٣- يتمثل اساس نظرية الفسخ في الالتزامات المترابطة في العقود الملزمة للجانبين فالعقد الإداري يولد التزامات مترابطة ومتقابلة و من الطبيعي ان عدم قيام أي من الطرفين بتنفيذ التزامه يعد مبرراً للطرف الاخر لفسخ العقد.

٤- إن فسخ العقد الإداري يؤدي الى انهاء العقد بأثر رجعي وبذاك فهو يتفق مع البطلان كونه سبباً لإنهاء العقد إلا انه يقف على مفترق طريق مع البطلان والانفساخ والتفاسخ. فالفسخ يتطلب صدور خطأ من جانب أحد الطرفين وهذا يتطلب ضرورة اللجوء الى القضاء بصورة دعوى قضائية للمطالبة بالفسخ، فضلا عن ان العقد الإداري في حالة فسخه يولد مكتمل الأركان والشروط الا ان احد الأطراف قد اخل في تنفيذ التزاماته، في حين نجد ان البطلان يعني عدم استيفاء العقد لاحد الشروط الشكلية او الموضوعية بمعنى ان العقد يولد حاملاً لسبب انتهائه في حين التفاسخ ينقضي العقد بالاتفاق اما الانفساخ فيتم لاستحالة التنفيذ.

٥- ينبغي ان يضع القاريء نصب عينيه ضرورة التمييز بين البطلان والانحلال، لان الأخير يفترض أولا وجود عقد صحيح مكتمل العناصر ثم تنحل الرابطة العقدية بالفسخ، في حين البطلان كما اشرنا اليه يولد حاملاً لسبب انتهائه.

٦- الإلغاء وسيلة لانحلال العقد من دون ان يصدر من جانب المتعاقد أي خطأ يسوغ فسخ العقد إذ قد تقتضي متطلبات المصلحة العامة ضرورة إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد تعويضاً عادلاً. أما الفسخ فيتطلب صدور خطأ من جانب المتعاقد وقد يقترن الفسخ بتعويض المتعاقد أو من دونه.

٧- الإسقاط مصطلح اختص به مجلس الدولة الفرنسي في عقد الامتياز وهو يختلف عن الفسخ، لان الفسخ قد يتم بناءً على قرار صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة بقرار إداري لما لها من امتيازات السلطة العامة التي تمكنها من إنهاء العقد للمصلحة العامة في حين ان الإسقاط يتطلب صدور حكم قضائي بذلك إلا اذا احتفظت الإدارة بحق إنهاء العقد بالعقد ذاته.

٨- التزامات الإدارة كثيرة جداً لا سيما ان العقد الإداري يولد التزامات متقابلة على طرفي العقد مما يتطلب ضرورة قيام كل طرف بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، لا سيما ان أخطاء الإدارة من الكثرة، لان حقوق المتعاقد كثيرة وان أي إخلال بهذه الالتزامات من شأنه ان يثير مسؤولية الإدارة العقدية.

٩- على الإدارة والمتعاقد ضرورة احترام شرط المدة العقدية فالإدارة ملزمة بضرورة تنفيذ العقد خلال المدة المحددة والا أثيرت مسؤوليتها، ولاسيما اذا قامت بتأجيل تنفيذ العقد لفترة غير مسوغة.

١٠- ينبغي على من يروم رفع دعوى على الإدارة طالبا فسخ العقد ان يستنفد أجراءً شكلياً على درجة من الاهمية كونه قد يؤدي الى حل النزاع من دون حاجة اللجوء الى فسخ العقد الا وهو الاعذار، فقد تقوم الإدارة بتنفيذ التزاماتها مما يستتبع عدم ضرورة فسخ العقد.

١١- القرار الاداري المسبق تظلم يقدمه المتعاقد الى الجهة الادارية التي اخطأت فهو محاولة لتسليط الضوء على ما صدر من جانب الإدارة من اخطاء املاً في اصلاحه، لذا فهو بمثابة اعذار موجه للإدارة.

١٢- الإدارة ملزمة بالأ تتجاوز في مباشرتها لسلطة التعديل الحدود القصوى للتعديلات المسموح بها، والتي تنص عليها دفاتر الشروط العامة او العقد، وألا يؤدي مباشرة الإدارة لهذه السلطة الى حد قلب اقتصاديات العقد بحيث يجد المتعاقد نفسه امام عقد جديد غير ما تم الاتفاق عليه مقدماً في العقد.

١٣- تلتزم الإدارة بتقديم كافة التسهيلات المالية للمتعاقد للعمل على الاسراع في انجاز العمل في غضون المدة المحددة ويدخل في ذلك المقابل المالي والسلف.

١٤- في عقود الاشغال العامة يحتاج المتعاقد الى الاجازات او الرخص الادارية لذا فأن الإدارة ملزمة بأن تضع تحت متناول يد المقاول مثل هذه الرخص والاّ فأنها تكون مخطئة في ذلك ويتبع ذلك بالمقابل الحاق الضرر بالمقاول الذي يجد من مصلحته في حالة عدم الحصول على هذه الرخص المطالبة القضائية بفسخ العقد. كما ويلقى على عاتق الإدارة الالتزام بتسليم المقاول موقع العمل من دون أي مانع مادي او قانوني يحول دون ذلك مع ضرورة العمل على اختيار موقع عمل صالح لانشاء المشروع عليه فضلا عن ان تنفيذ المتعاقد للعمل يجب ان يكون تحت اشراف مهندس يتولى مهمة القيام بالاشراف على حسن سير العمل في المشروع.

١٥- لا يعد القضاء الطريق الوحيد امام المتعاقد وأنما له أن يلجأ الى فض النزاع ودياً بينه وبين الإدارة، وذلك عن طريق الاستعانة بالمصالحة-الخبرة-التحكيم.

١٦- أما في حالة فشل المساعي غير القضائية فعلى المتعاقد توجيه انذار للأدارة قبل العمل على رفع الدعوى امام القضاء للمطالبة بفسخ العقد مع التعويض عما اصابه من اضرار، وفي هذه الحالة سيقع في حبائل السلطة التقديرية للقاضي فله ان يقضي بفسخ العقد اذا تبين له جسامة الخطأ الصادر من جانب الإدارة، وله ان يرد دعوى المتعاقد بالفسخ مقتصراً على الحكم بتعويض عادل للمتعاقد.

١٧- لايحق للمتعاقد مع الإدارة (الامتناع المشروع عن الوفاء) الدفع بعدم التنفيذ المعروف في اطار القانون الخاص، لان العقد الاداري يهدف الى تحقيق مصلحة عامة واي توقف يمكن ان يعرض المرفق للخطر.

١٨- ينبغي أن يبنى رفض الإدارة لطلب المتعاقد في التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن على سبب منطقي مشروع يتيح للادارة ذلك والا فإن للمتعاقد المطالبة بالفسخ.

١٩- مبدأ الاعتبار الشخصي لا يعني ان يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه بنفسه بشكل مباشر وانما يعني ضرورة العمل على تنفيذ العقد على مسؤوليته، اذ غالباً ما يلجأ المقاولون الى الاستعانة بمكاتب متخصصة تتولى التنفيذ.

وختاماً نعرض لاهم المقترحات والتوصيات التي تمخضت عن دراسة هذا الموضوع والتي منها ما كان من بنات افكار الباحث ومنها ما سبق ان اشار اليه من سلفنا من الباحثين. كونها الهدف الاسمى لكل مجهود علمي

١-لم تشر الشروط العامة العراقية الى النسب التي يحق للادارة ان تتحرك بموجبها لتعديل العقد صعوداً ونزولاً. كما ولم تشر الى حق المتعاقد في طلب الفسخ في حالة تجاوز الإدارة لهذه الحدود القصوى.

يرى الباحث ضرورة العمل على تحديد تلك النسب في صلب الشروط العامة كما فعل المشرّع المصري في م ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتحديد جزاء الفسخ في حالة مخالفة الإدارة لها.

٢-يرى الباحث ضرورة العمل على ايراد نصوص قانونية في متن القانون المدني تعمل على تكملة نصوص القانون المدني المتعلقة بعقد الامتياز، ولاسيما في المسائل المتعلقة بإسقاط الامتياز واسترداد المرفق.

٣- يرى الباحث مد ضرورة اللجوء الى القضاء لطلب اسقاط الامتياز الى عقود الاشغال العامة التي لاتقل شأنا واهمية عن عقود الامتياز ولاسيما ان العدالة تتطلب عدم ترك مسألة انهاء مثل هذه العقود للادارة وخاصة اذا كان الخطأ صادراً منها وهي تحاول اسناده للمتعاقد.

٤- ان قيام الإدارة بأيقاق العمل لمدة متصلة تتجاوز (٩٠يوماً) ينبغي ان يستتبع منح المتعاقد حق فسخ العقد لانه قام بتحضير الآلات والمعدات واعداد الايدي العاملة اللازمة لتنفيذ العمل في المشروع دون الاقتصار على مجرد تعويض المتعاقد.

فإذا كانت مسؤولية الإدارة العقدية تثار فيما لو قامت الإدارة بايقاف العمل من دون عذر منطقي فإنها تملك هذا الحق فيما لو اقتضت المصلحة العامة ذلك. أي اننا نرى اضافة عبارة (من دون عذر مشروع) الى نص م ٤١ف٢ من الشروط العامة العراقية مع منح المتعاقد حق طلب الفسخ لتكن كالاتي: ((اذا اوقف سير الاعمال او أي جزء منها بأمر التوقف لمدة متصلة تتجاوز ٩٠ يوماً يقوم صاحب العمل والمقاول ببحث جميع السبل والطرق الممكنة لاستئناف العمل في الأعمال او لتبني صيغة جديدة للعمل. وفي كل الاحوال اذا تجاوزت فترة الايقاف مدة ٩٠ يوم من دون عذر مشروع يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض عما اصابه من ضرر)).

٥- ينبغي ان تتضمن الشروط العامة العراقية نصاً يحدد معنى الاعذار الموجه للادارة وللمتعاقد.

٦- ينبغي العمل على تحديد معنى التحكيم في نصوص القانون المدني على غرار ما فعلته مجلة الاحكام العدلية في م١٧٩٠ وليكن كالاتي ((اتفاق اطراف النزاع القائم فعلا او المحتمل الحدوث على احالة امر الفصل في النزاع الى اشخاص محايدين يتم اختيارهم من قبلهم)).

٧- يرى الباحث ضرورة النص في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية على فكرة المصالحة دون ترك تلك المسألة مزدوجة في نص م٦٩ التي تضمنت فكرة المصالحة والتحكيم.

٨- يرى الباحث العمل على توسيع اختصاص محكمة القضاء الاداري العراقية لتشمل الفصل في منازعات العقود الادارية، لاسيما ان هذه الفكرة تعد امراً طبيعياً لأن العراق قد اصبح من الدول التي تأخذ بنظام القضاء الثنائي فإذا كنا قد اخذنا بنظام القضاء الاداري، فمن الطبيعي ان توكل مهمة الفصل في منازعات الإدارة عموماً والعقود الإدارية خصوصاً الى محاكم متخصصة بنظر مثل هذه المنازعات.

٩- يرى الباحث ضرورة انشاء محكمة ادارية بنظر منازعات العقود الادارية، كي تعمل على تكملة اختصاص محكمة القضاء الإداري في حالة عدم توسع اختصاص الاخيرة ليشمل منازعات العقود الادارية،على ان يتم الطعن في احكامها امام محكمة ادارية عليا.

١٠- يقترح الباحث فتح قسم خاص في المعهد القضائي يتولى مهمة تدريس مادة القانون الاداري ونظرياته ومبادئ القضاء الإداري وافكاره بكل فروعه، كي نحصل على قاض متخصص بالمنازعة المطروحة امامه او تخصيص عدد من القضاة لدراسة مادة القانون والقضاء الاداري على ان ينسب هؤلاء الى قسم اداري خاص تابع لوزارة العدل يتولى مهمة البت في منازعات العقود الادارية في حالة عدم توسيع اختصاص محكمة القضاء الاداري او انشاء محكمة ادارية.

١١- كما ويناشد الباحث بضرورة حصول من يعين أو ينتدب الى محكمة القضاء الاداري او مجلس شورى الدولة على شهادة عليا في القانون ولتكن درجة الماجستير في اختصاص القانون الاداري،

كي نحصل على كادر متخصص بفحص ودراسة المنازعة الإدارية ويكون قادراً من ثمَّ على اصدار احكام تساهم في تطوير نظريات القانون الإداري. ولعل الدافع لذلك إن قضاة المحاكم العادية غير مؤهلين علميا لنظر منازعات العقود الإدارية لعدم امتلاكهم العمق الواسع بنظريات القانون والقضاء الاداري، فضلاً عن عدم المامهم بالثقافة القانونية كونهم مهتمين بالجانب التطبيقي فقط. ونرى ضرورة ربط الجانب النظري بالعملي لما يمكن ان يعكسه احدهما على الاخر بما يعود بثمرة مفيدة على تطوير القضاء الإداري في العراق.

١٢- يرى الباحث ضرورة العمل على تحديد المدة التي ينبغي ان يتم خلالها تقدير التعويض على ان تكون تلك المدة وقت صدور الحكم قطعاً لاي خلاف يمكن ان يثور في مثل هذه المسألة.

المصادر

١-القرآن الكريم

-سورة النمل- الآية(٥٢).

٢- الكتب

١- د.ابراهيم حرب محيسن:-طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية (دراسة مقارنة بين القانونين الاردني المقارن)، دار الثقافة للنشر والتوزيع/عمان، ١٩٩٩.
٢- د.ابراهيم طه الفياض:- العقود الادارية، مكتبة الفلاح/الكويت، ١٩٨١.
٣- أبن منظور:-لسان العرب المحيط،ج٢، أوفست تكنوبرس/بيروت.
٤- د.احمد عبد الرحمن شرف الدين ومحمد رفعت:- القضاء الاداري،١٩٩١.
٥- د.احمد عثمان عياد:-مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، القاهرة، ١٩٧٣.
٦- د.اسماعيل غانم:- في النظرية العامة للألتزام،ج٢، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٧.
٧- د.اعاد علي حمود القيسي:- الوجيز في القانون الاداري، ط١، دار وائل للنشر/عمان، ١٩٩٨.
٨- د.انور سلطان:- الموجز في النظرية العامة للألتزام/دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية/بيروت، ١٩٨٣.
٩- أنور طلبة: التعليق على نصوص القانون المدني،ج٢ ،دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية.
١٠-د.بكر قباني:القانون الاداري، دار النهضة العربية للطبع والنشر/مصر، ١٩٨٨.
١١-د.جمال الدين العطيفي: التقنين المدني المصري،ج١، مكتبة الكتاب المصري/القاهرة، ١٩٤٩.
١٢-حسن الخطيب:-نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي والعراقي والمقارن.
١٣-د. حسن على الذنون : النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني ،١٩٤٦ .
١٤-حسين المؤمن:-الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر/بيروت، ١٩٧٧.
١٥-حسين درويش:-السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري، ط١،مطبعة لجنة البيان العربي/مصر، ١٩٦١.
١٦-حسين عامر:الغاء العقد،ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٣.
المسؤولية المدنية، ط١، مطبعة مصر/مصر، ١٩٥٦.
١٧-حلمي بهجت بدوي:أصول الالتزامات/نظرية العقد، ١٩٤٣.
١٨-د.خالد خليل الظاهر:- القانون الاداري/دراسة مقارنة، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة/عمان،١٩٩٧.
١٩-د.رمضان ابو السعود:- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني/الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت، ١٩٨٥.
٢٠-زهدي يكن:-القانون الاداري، صيدا/بيروت.
٢١-د.سامي جمال الدين: القضاء الاداري، منشاة المعارف/الاسكندرية.
أصول القانون الاداري، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦.
٢٢- سعاد الشرقاوي:- المسؤولية الادارية، ط٣، دار المعارف بمصر/القاهرة، ١٩٧٣.
القانون الاداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٣.
القضاء الاداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٤.
٢٣-د.سعد عصفور ومحسن خليل:- القضاء الاداري، منشأة المعارف/الاسكندرية.
٢٤-د.سليمان الطماوي:- الاسس العامة للعقود الادارية، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٥٧.
الاسس العامة للعقود الادارية، ط٤، مطبعة عين شمس، ١٩٨٤.
مبادئ القانون الاداري/دراسة مقارنة، ط٨، دار الفكر العربي، ١٩٦٦.

القضاء الاداري، ك١، دار الفكر العربي، ١٩٦٧.
القضاء الاداري، ك١، دار الفكر العربي، ١٩٨٦.
الوجيز في القانون الاداري،دار الفكر العربي، ١٩٦٧.
٢٥-د.سليمان مرقس:- احكام الالتزام، المجلد١، دار النشر/مصر، ١٩٥٧.
الوافي في شرح القانون المدني، المجلد٢،ط٥،مطبعة السلام/مصر، ١٩٨٨.
٢٦-د.شاب توما منصور:-القانون الاداري، ك٢،ط١، دار العراق للطبع والنشر، ٧٩-١٩٨٠.
٢٧-د.شمس الدين الوكيل:-دروس في العقد وبعض احكام الالتزام، مطبعة النصر/مصر، ١٩٦٠.
٢٨-د.شمس مرغني علي:- التحكيم في منازعات المشروع العام/دراسة مقارنة، عالم الكتب/القاهرة، ١٩٧٤.
٢٩-د.شفيق حاتم:-القانون الاداري، ط١، الاهلية للنشر والتوزيع والطباعة/بيروت، ١٩٨٥.
٣٠-د.شفيق شحاته:-نظرية الألتزامات في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦٣.
٣١-د.صلاح الدين الناهي:- الوجيز في النظرية العامة للألتزامات، ١٩٥٠.
٣٢-د.طعيمه الجرف:- القانون الاداري/دراسة مقارنة، مكتبة القاهرة الحديثة، ٦٣-١٩٦٤.
القانون الاداري/دراسة مقارنة، مطبعة جامعة القاهرة الكتاب الجامعي/القاهرة، ١٩٨٥.
٣٣- د. عبد الحميد الشواربي:-المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية، ١٩٨٨.
٣٤-د.عبد الرحمن العلام:-شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج٤، مطبعة الزهراء/بغداد، ١٩٩٠.
٣٥-د.عبد الرزاق السنهوري:-الوجيز في شرح القانون المدني، ج١،لجنة التأليف/مصر، ١٩٦٦.
مصادر الحق في الفقه الاسلامي مقارنة بالفقه الغربي ، ج٦ ، ص ١٩٣-٢٣٢ .
٣٦-د.عبد العال السناري:- النظرية العامة للعقود الادارية،ط١، القاهرة.
٣٧-د.عبد العزيز شيحا:-مباديء واحكام القانون الاداري اللبناني/دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر/بيروت.
٣٨-د.عبد الغني بسيوني:-النظم السياسية/أسس التنظيم السياسي، الدار الجامعية/الاسكندرية.
ولاية القضاء الاداري على اعمال الادارة، منشأة المعارف/الاسكندرية، ١٩٨٣.
القانون الاداري، ١٩٨٨.
٣٩-د.عبد القادر الشيخلي:- القانون الاداري، دار بغدادي للنشر والتوزيع/عمان، ١٩٩٤.
٤٠-د.عبد المجيد الحكيم:-الموجز في شرح القانون المدني، ج١،ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية/بغداد، ١٩٦٣.
الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧.
٤١-د.عبد المجيد فياض:- نظرية الجزاءات في العقد الاداري/دراسة مقارنة،ط١، دار الفكر العربي،١٩٧٥.
٤٢-د.عبد المنعم فرج الصده:-مصادر الألتزام، دار النهضة العربية.
٤٣-د.عثمان خليل:-القانون الاداري،ك٢،ط٢، دار الفكر العربي، ١٩٥٠.
٤٤-د.عدنان العجلاني: القضاء الاداري ومجلس الدولة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٩.
الوجيز في الحقوق الادارية، ج٣، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٧٣.

٤٥-د.عمرو فؤاد بركات:- مباديء القانون الاداري، شركة سعيد رأفت للطباعة/القاهرة، ١٩٨٥.
٤٦-د.غازي عبد الرحمن:- التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة/بغداد، ١٩٨٦.
٤٧-د.فؤاد العطار:-القضاء الاداري/دراسة مقارنة، دار النهضة العربية/القاهرة، ١٩٧٦.
٤٨-فؤاد فرام البستاني:-منجد الطلاب،ط١١، دار المشرق/بيروت.
٤٩-د.فاروق احمد خماس:-الرقابة على اعمال الادارة، دار الكتب للطباعة والنشر/الموصل.
٥٠-د.فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي:-الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية، دار الكتب/الموصل، ١٩٩٢.
٥١-د.فتحي عبد الرحيم:- العناصر المكونة للعقد كمصدر للألتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، السلسلة ١٩٧٨،٧.
٥٢-د.فتوح محمد عثمان:القضاء الاداري/دراسة مقارنة، ١٩٨٨.
٥٣-فريد فتيان:- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني، دار واسط/لندن، ١٩٩٥.
٥٤-فكري احمد مغاوري:- تطور القانون الاداري الكويتي، مطبعة حكومة الكويت/الكويت.
٥٥-د.فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة/بغداد، ١٩٩٢.
٥٦-د.ماجد راغب الحلو:- القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية، ١٩٨٥.
القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية، ١٩٩٨.
٥٧-د.ماهر صالح علاوي:-القانون الاداري، مديرية الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٩.
٥٨-مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي:- القاموس المحيط، ج١، عالم الكتب/بيروت.
٥٩-د.محمد فؤاد عبد الباسط:- القانون الاداري، دار الفكر العربي، ٢٠٠١.
٦٠-محمد الرازي:- مختار الصحاح، دار الكتب العربي.
٦١-السيد محمد المدني: القانون الاداري الليبي، ٦٤-١٩٦٥.
٦٢-د.محمد باهي ابو يونس:- الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٠.
٦٣-محمد حسنين:- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ١٩٨٣.
٦٤-د.محمد علي آل ياسين:- القانون الاداري، ط١، المكتبة الحديثة/بيروت، ١٩٧٣.
٦٥-د.محمد علي جواد:-العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع/عمان،١٩٩٧.
٦٦-د.محمد كمال عبد العزيز:-التقين المدني في ضوء القضاء والفقه، ج١،مطبعة مدكور واولاده/مصر، ١٩٦٣.
٦٧-د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين:- الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف/الاسكندرية، ١٩٨٦.
٦٨-د.محمد مرغني خيري :- الوجيز في القانون الاداري المغربي، مطبوعات دار المغرب للتأليف/الرباط،١٩٧٨.
٦٩-د.محمود السيد التحيوي:-التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة/الاسكندرية، ١٩٩٩.
٧٠-د.محمود حلمي:-القضاء الاداري،ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٤.
موجز مباديء القانون الاداري،ط١٩٧٧،١.
٧١-د.محمود خلف الجبوري:-العقود الادارية، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٨٩.
٧٢-د.محمود سعد الدين الشريف:- اصول القانون الاداري، ج١، مطبعة المعارف/بغداد،١٩٥٦.
٧٣-د.محمود محمد حافظ:-القضاء الاداري.
٧٤-د.مصطفى ابو زيد فهمي:- القضاء الاداري ومجلس الدولة، ط٣، ١٩٦٦.
٧٥-مصطفى الزرقا:- القانون المدني السوري، المطبعة الفنية الحديثة/مصر، ١٩٦٩.

٧٦-مصطفى كامل:-شرح القانون الاداري، ط٣، مطبعة المعارف/بغداد،٤٦-١٩٤٧.
٧٧-منير القاضي/ملتقى البحرين-الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد١، مطبعة العاني/بغداد، ١٩٥٢.
٧٨-د.منير الوتري:-العقود الادارية وأنماطها التطبيقية في اطار التحولات الاشتراكية، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٩.
٧٩-د.هاني علي الطهراوي:-القانون الاداري، ك١، ط١، الدار العلمية الدولية، الاصدار الثاني، ٢٠٠١.
٨٠-هنري رياض:- اسباب انقضاء العقد، ط٩، دار الجيل/بيروت، مكتبة خليفه عطيه/الخرطوم، ١٩٧٦.

٣- الرسائل و الاطاريح

١- احمد خورشيد المفرجي:- سلطة الادارة في سحب العمل في عقود الاشغال العامة/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٨٩.
٢- أريج عبد الستار:-انفساخ العقد/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة صدام، ٢٠٠٠.
٣- تامر ابراهيم:- الجزاءات الادارية في عقد الاشغال العامة/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بابل،٢٠٠٠.
٤- حسن حنتوش:-التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٠.
٥- خالد مرموص خلف الحمداني:- القيود التي ترد على سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية، ١٩٨٩.
٦- رفاه كريم:-الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بابل،٢٠٠٠.
٧- رياض عبد عيسى الزهيري:-مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٥.
٨- طاهر طالب التكمه جي:- حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٦.
٩- عبد الجبار ناجي:-انقضاء عقد المقاولة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٩.
١٠-عبد الله علي الشرفاني:- الفسخ، بحث ترقية الى الصنف الثالث من اصناف القضاة، ١٩٩٢.
١١-عبد المجيد عبد الحميد عيسى:- برنامج تدقيق متخصص للعقود في المشاريع الانشائية، بحث مقدم الى كلية الادارة والاقتصاد/جامعة بغداد، للحصول على شهادة الدبلوم العالي في مراقبة الحسابات، ١٩٨٩.
١٢-عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي:- تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد،١٩٩٢.
١٣-عصمت عبد المجيد:- اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته/دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٨.
١٤-علي عبيد عودة:- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٧.
١٥-علي هادي علوان:-شرط الاعفاء في المسؤولية العقدية/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد،١٩٩٠.

١٦-قصي سلمان هلال:- التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٦.
١٧-محمد جمال مطلق:- النظام القانوني لعقد القرض العام/دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد،٢٠٠١.
١٨-محمد عبد الله الدليمي:-سلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٨٣.
١٩-محمود خليل خضير:-الغرامات التأخيرية في العقود الادارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد،١٩٩١.
٢٠-هشام طاهات:-سلطة القاضي في فسخ العقد/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بابل، ١٩٩٨.
٢١-ياسين كريم الحلفي:- سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ عقد الاشغال العامة/دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٦.
-٢٢

٤- المقالات والأبحاث والمحاضرات

١- حامد مصطفى:- خصائص العقد الاداري، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، ع٣،س٢١،مطبعة الشعب/بغداد، ١٩٧٦.
٢- حسن حنتوش:محاضرات في القانون المدني، ملقاة على طلبة الدراسات الاولية/المرحلة الثانية للعام الدراسي ١٩٩٧-١٩٩٧. غير منشورة.
٣- خالد عزوز:دور القضاء العراقي في الرقابة على اعمال الادارة/دراسة مقارنة، بحث ترقية مقدم الى مجلس العدل، ١٩٩١.
٤- خالد هلال شمران:-نظرية البطلان في القانون المدني العراقي، بحث ترقية مقدم الى المعهد القضائي، ٢٠٠٠.
٥- عبد الله علي الشرفاني:- الفسخ، بحث ترقية الى الصنف الثالث من اصناف القضاة، ١٩٩٢.
٦- د.شاب توما منصور:القانون الاداري في العراق واتجاهات محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، ع٢،س٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٨.
٧- د.طالب حسن موسى: عقود المقاولات الانشائية، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، ع٣-٤، س٤٤، مطبعة الشعب/بغداد، ١٩٨٩.
٨- د.عبد الباقي نعمة عبد الله:-المحاكم الادارية في ضوء القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، بحث منشور في مجلة القانون المقارن،ع ١٠،س٧، ١٩٧٩.
٩- د.عبد الستار الكبيسي:-تعليق منشور في ندوة بيت الحكمة، السلسلة الاربعون، إبداع للتصميم والطباعة، اذار ١٩٩٩.
١٠- د.عدنان ابراهيم السرحان:- سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد٨، ع١-٢، مطبعة العاني/بغداد، ١٩٨٩.
١١- د.عصام عبد الوهاب البرزنجي:- توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري وحسم اشكالات التنازع بينهما، بحث منشور في ندوة بيت الحكمة، السلسلة الاربعون، ابدع للتصميم والطباعة، اذار ١٩٩٩.
١٢- د.فاروق احمد خماس:-محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد٩، ع١-٢، طبعت في رئاسة جامعة بغداد، ١٩٩٠.
١٣- د.ماهر صالح علاوي:- القضاء الاداري المعاصر وولاية المظالم في الاسلام، بحث منشور في ندوة بيت الحكمة، السلسلة الاربعون، ابداع للتصميم والطباعة، اذار ١٩٩٩.

١٤- د.محمد صبري السعدي:نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية/جامعة قسنطينة، س١،ع١، قسنطينة للطباعة والنشر/الجزائر، ١٩٨٢.
١٥- محمد عبد علي حمادي:- المسؤولية العقدية، بحث ترقية مقدم الى مجلس العدل.
١٦- د.محمد علي جواد:- محاضرات في القانون الاداري القيت على طلبة الدراسات العليا القسم العام، للعام الدراسي ٢٠٠١-٢٠٠٢. غير منشورة.

٥- الموسوعات

- الموسوعة الذهبية: حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، ج١٩٨٢،٤.
- الموسوعة الذهبية: حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، ج١٩٨٢،٧.
- الموسوعة الذهبية: حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، ج١٩٨٢،٩.

٦- المجلات والبحوث والمقالات

١- مجلة القضاء العراقية، ع٣، س٢٨، مطبعة العاني/بغداد،١٩٧٣.
٢- مجلة القضاء العراقية، ع٤، س٢٨،١٩٥٩.
٣- مجلة العدالة العراقية، ع٣، مديرية دار الكتب/بغداد،٢٠٠١.
٤- مجلة العلوم الادارية تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الادارية،ع٢،س٢٢، المطبعة العالمية/القاهرة، ١٩٨٣.
٥- مجموعة المباديء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، س١٧، ع١، الشركة المصرية للطبع، ١٩٧٢.
٦- مجموعة الاحكام العدلية، ع٣، س٧، مؤسسة ايف للطباعة/لبنان، .١٩٧٩

٧-القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
٢- القانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.
٣- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.
٤- قانون التجارة المصري ، رقم (٨) لسنة ١٩٩٩ .
٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته.
٦- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.
٧- القانون المدني الاردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦.
٨- قانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية.
٩- قانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.
١٠-الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨، تصدرها وزارة التخطيط.
١١-الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية لعام ١٩٨٨، تصدرها وزارة التخطيط.
١٢-تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٥.

٨-المصادر باللغة الفرنسية

١- Andria de loubider (traite descontrat administrats.L.G.D.J.١٩٨٤).

٢- JM-Auby et D.Ducos: precis de droit administrative-Dalloz) Te-١٩٨٦.

٣- Ch-Debbasch-ch-Bourdou. J.M. et – Ricci (Institutions de droit adminstra tif)- Themis-١٩٨٢.

٤- A-flamme (traite theorique et pratique des marches publics) Bruxelles, ١٩٦٩.

٥- J.f. lachaume (les grandes decisions de la jurisprudeness droit administratif.P.u.f. ١٩٩٥.

٦- La marque-J:- le declin du critere de la clause exorbitante melonge offerts. Waline.T٢.١٩٧٤.

٧- J.Rivero (droit administratif Dalloz)١٩٨٥.

٩-المقالات باللغة الفرنسية

١- f-Benoit:- L’existance d’nu pouvoir de modification unilaterrale dans les contrats administratifs-J.C.P. ١٩٦٣.

٢- Bonneau le courierec (marches des collectivites loales) J.C.A. ١٩٨٤. Fase.

٣- Chabonal-D-(controle de legalite et liberte de la’dministration).A.J.D.A ١٩٨٤.

٤- J.Georgel (Execution du contrat administratif) situation de ladministration-J.C.A.١٩٨٦.

٥- Jean de Soto:- Imprevision et economie dirigee) J.C.P.١٩٥٠.

٦- Jliet Veaux et J.Geovget:(Recours pour exces de pouvoir) J.C.A.fasc.

٧- Singer-J-(la motivation des actes administratifs) la Revae administrative. ١٩٨٠.

١٠-التشريعات

- Cahiers des clause administratives generales.

١١-المصادر باللغة الإنكليزية

- L.NE ville Brown, J.f. Garner: french administrative low, third adition, London, ١٩٨٣.

الباب الأول

الأساس القانوني لفسخ العقد الإداري لخطأ الإدارة

كثيرة هي المؤلفات التي تناولت العقد الإداري بالبحث والتحليل ولاسيما انه يقف على مفترق طريق مع العقد المدني. وقد سبق أنْ تم توضيح معايير تمييز العقد الإداري عن المدني بشكلٍ جليَّ في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة. ومن بين موضوعات العقد الإداري التي تشغل اذهان الباحثين موضوع فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة. والتي تستدعي من الباحث الوقوف امامها وإزالة الستار عما يغامر بعض موضوعاتها من غموض.

مما لا ريب فيه ان العقد الإداري يحمل في طياته افكاراً تجعل من الإدارة ذات الثقل الاكبر في ميزان العقد الإداري كونه يمنح الإدارة سلطات وامتيازات تمكنها من ادارة دفة العقد.وازاء ما تتمتع به الإدارة من سلطات نجد ان مباشرة الإدارة لأمتيازاتها قد يستتبع الحاق الاذى بالمتعاقد الذي يجد نفسه ملزماً بطرق باب القضاء طالباً فسخ العقد الإداري المبرم بينه وبين الإدارة.

وتتخذ الالتزامات التي ينبغي على الإدارة احترامها والا أثيرت مسؤوليتها العقدية صورة الالتزامات ذات الصفة المالية. اذ يقع على عاتق الإدارة مهمة الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد بشكل يحول من دون قلب اقتصادياته ومن ثم يولد للمتعاقد حق المطالبة بالفسخ، كما وتلتزم بأداء المقابل المالي للمتعاقد على وصفه الكلفة التي اعتقد أنه بإمكانه اداء العمل بموجبها. وقد تتخذ التزامات الإدارة الصفة الإدارية وفي هذه النقطة بالذات نشير الى التزامات الإدارة السابقة على تنفيذ العقد والتزامات الإدارة اثناء مدة تنفيذ العقد ومدى التزام الإدارة بها. والا امكن فسخ العقد في حالة مخالفة الإدارة لأي منها

لذا نجد انفسنا ملزمين بتقسيم هذا الباب على فصلين: الأول يتناول مخالفة الإدارة لألتزاماتها ذات الصفة المالية، والثاني يقف امام مخالفة الإدارة لالتزاماتها ذات الصفة الإدارية، ممعنين في النظر الى مخالفة الإدارة لإلتزاماتها السابقة على مرحلة تنفيذ العقد ومخالفتها لالتزاماتها اثناء مرحلة تنفيذ العقد. مع تدعيمها بقرارات صادرة عن محكمة التمييز العراقية، وان كانت مثل هذه القرارات نادرة جداً مقارنة بالقرارات الصادرة بفسخ العقد لخطأ المتعاقد.

الفصل الأول

إخلال الإدارة بالتزاماتها ذات الصفة المالية

يمنح العقد الإداري الإدارة من السلطات ما تجعل منها في مركز مؤثر في ميدان العقد الإداري، لان الهدف الذي تسعى الإدارة الى تحقيقه هو عادة المصلحة العامة، ومن ثم يتحمل المتعاقد عدداً من الواجبات او الالتزامات التي يقع عليه عبء احترامها وتنفيذها بدقة والاَّ اثيرت مسؤوليته العقدية. الا ان شروط العقد الإداري عادة ما ترتب للمتعاقد حقوقاً تجاه الإدارة ذات طبيعة مختلفة تضع على عاتقها وجوب تنفيذها، وهذا يأتي تأكيداً لمبدأ الالتزامات المتقابلة التي تحكم معظم العقود ومنها العقد الإداري. ومن بين سلطات الإدارة التي تمنح المتعاقد حق الفسخ في حالة مجاوزة الإدارة لها هي سلطة التعديل، فمن المعلوم إن الإدارة تملك الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة من دون حاجة الى اخذ موافقة المتعاقد ومن غير ان يحتج عليه بالقوة الملزمة للعقد لان طبيعة العقد الإداري تأبى فكرة الجمود. لذا ينبغي على الإدارة إلا تجنح الى إجراء تعديلات من شأنها ان تقلب موضوع العقد بشكل يجد المتعاقد نفسه امام عقد

جديد، او ان تتجاوز في تعديلها النسب المعمول بها، وبخلافه فأن المتعاقد يملك الحق في طلب الفسخ مع التعويض تأسيساً على ان التعويض الذي تلتزم الإدارة به في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر. ويقع على عاتق الإدارة واجب تقديم المقابل المالي المتفق عليه عند إبرام العقد، إذ غالباً ما ينص العقد على الثمن الذي يستحقه المتعاقد وقد يدفع هذا الثمن جملة للمتعاقد او يجزأ على دفعات تدفع على الحساب، كما وتلتزم الإدارة بتقديم سلف للمتعاقد لغرض انجاز العمل في الميعاد المحدد.

المبحث الأول

الفسخ إجراء موازٍ لسلطة الإدارة في التعديل

تملك الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وصولاً الى فسخه من دون خطأ المتعاقد ومن غير حاجة الى أخذ موافقة الطرف الآخر في العقد لأن طبيعة العقد الإداري تأبى فكرة الجمود، فضلاً عما تهدف اليه العقود الإدارية من تحقيق مصالح عليا تسمو على المصالح الفردية التي تصبو الى تحقيقها عقود القانون الخاص.

وقد عبر عن هذه الفكرة دي لوبادير مشيراً الى هذه السلطة ((حق الإدارة في استحداث تعديل في التزامات الملتزم انما يقوم على اساس مباشر محدد وهو ان هذا الحق ان هو الاّ مظهر وانعكاس لسلطات الجهة الإدارية حيال المرفق العام ذاته او المصلحة العامة))[١].

هذا ولم يسلم مجلس الدولة الفرنسي بهذه السلطة الا في عام ١٩١٠ بشأن عقد امتياز شركة ترام مرسيليا[٢]، ثم عممها فيما بعد اتجاه كل طوائف العقود الإدارية آخذاً بالحسبان مدى مشاركة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام واستغلاله[٣]، ولاسيما ان من العقود الإدارية ما يتطلب تنفيذها مدة طويلة من شأنها ان تؤثر على حاجات الإدارة والافراد مما يقتضي ضرورة التعديل[٤]، مع الاشارة الى ان هذه السلطة ليست على درجة واحدة في كافة العقود الإدارية، فهي تبلغ ذروتها في عقدي الاشغال العامة والامتياز في حين تضيق في عقدي التوريد والنقل[٥].

تناقضت اراء الفقه حول تحديد اساس لهذه السلطة فالبعض يرى انها تستمد من خارج اطار العقد الإداري، ولعلَّ ما يسوغ ذلك ان القرارات الصادرة عن الإدارة والتي بموجبها يعدل العقد الإداري، تعد من اعمال السلطة وان الإدارة لا تمارس في تعديل العقد الاَّ حقاً تملكه كسلطة عامة، وهذه السلطة من النظام العام اذ لا يمكن التنازل عنها او الاتفاق على ما يخالفها. في حين اكد البعض ان هذه السلطة تعد امتيازاً عقدياً للادارة لان مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد واعتبارات المصلحة العامة من جانب وامتيازات السلطة العامة من جانب اخر، هي التي تسوغ هذه السلطة الاستثنائية للادارة اضافة الى ان الإدارة عندما عقدت العزم على

---

(١) د.محمود سعد الدين الشريف:اصول القانون الإداري،ج١،مطبعة المعارف،بغداد،١٩٥٦،ص١٨١.

(٢) تتلخص وقائع القضية بقيام مدير مقاطعة الرون الفرنسية بتعديل جدول سير القطارات على خطوط الترام التي كانت ممنوحه بالامتياز للشركة الفرنسية العامة للترام. والطلب الى الشركة الملتزمة زيادة عدد القطارات نظراً لعدم قدرة الخطوط المنشأة والقاطرات العاملة في وقت ابرام العقد على الوفاء بحاجات الجمهور الذي تزايد عدده واتسعت رقعة سكناه. لمزيد راجع:د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق،هامش٣،ص١٨٠-١٨١.

(٣) د.طعيمه الجرف:القانون الإداري/دراسة مقارنة،مكتبة القاهرة الحديثة،٦٣-١٩٦٤،ص٤٠٩.د.طعيمة الجرف:القانون الإداري،١٩٨٥،ص٢٣٦ وما بعدها.

(٤) د.محمود حلمي:القضاء الإداري،ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٤، ص٢٨٩.د.بكر قباني:القانون الإداري، دار النهضة العربية/مصر،١٩٨٨،ص٤٧٣. د.فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله:مصدر سابق،ص١١٨.عمرو فؤاد احمد بركات:مصدر سابق،ص٥٥٥. د.سامي جمال الدين:صول...،ص٧٥٩.

(٥) السيد محمد المدني:القانون الإداري الليبي،٦٤-١٩٦٥،ص٤٥١.

ابرام العقد الإداري فان نية الطرفين انصرفت الى حتمية الوفاء بحاجات المرفق العام وتحقيق الصالح العام وما يستتبع ذلك من نتائج، ومن بين هذه النتائج حق الجهة الإدارية المتعاقدة في تعديل العقد بما يحقق المصلحة العامة وما يؤكد ذلك أنَّ من يتعاقد مع الإدارة عليه ان يعلم أنّ ما تم الاتفاق عليه من شروط سوف لن تكون جامدة من دون تغيير مستقبلاً واستناداً الى فكرة مرونة شروط العقد الإداري، وهذا يأتي خلافاً لمبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين)) الذي يحكم عقود القانون الخاص[١]. وقد اكدت على سلطة التعديل محكمة القضاء الإداري المصرية في قرارها الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧ قائلة:((الإدارة في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً))[٢]. وأستكمالاً له ((...سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد او في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل من ابرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية. فتزيد من اعباء الطرف الاخر او تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق العام او المصلحة العامة هذا التعديل من غير ان يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب او بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين..لان طبيعة العقود الإدارية واهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرفق العام تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد و ملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرافق العامة. وان التعاقد يتم فيها على اساس ان نية الطرفين قد انصرفت عند ابرام العقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه ان جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق هذه المصلحة..))[٣].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق جلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٨٠ ((بأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل الاَّ بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة وبناءً على ذلك يجوز لجهة الإدارة ان تعدل من شروط العقد الإداري ولا سبيل الى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً مالم تلتزم عند اجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى الاَّ من السلطة المختصة بأجرائهِ..))[٤]. فسلطة التعديل هذه ليست سلطة مطلقة من كل قيد فهناك من القيود ما يترتب على مخالفة الإدارة لها بطلان العقد[٥]. واذا كانت الإدارة تملك هذه السلطة الاستثنائية من دون الحاجة للنص عليها في العقد ومن غير حاجة الى موافقة المتعاقد مع الإدارة، فأن استعمال الإدارة لهذا الحق يقابله في الوقت نفسه ضمانات المتعاقد في مواجهة الإدارة. ومن بين تلك الضمانات حق المتعاقد في فسخ العقد مع التعويض كجزاء على مخالفة الإدارة في استعمال هذه السلطة، ومن بين الحالات التي يحق للمتعاقد فيها طلب فسخ العقد الإداري ما يأتي:

المطلب الأول

الفسخ لتجاوز الإدارة الحدود القصوى للتعديلات

---

(١)- f.Benoit: L'existance d'nu pouvoir de modification unilaterral dans les contrats administratifs. J.C.P.١٩٦٣. P.١٧٧٥.

-JM-Auby et D.Ducos:Precis de droit Administratif-Dalloz-Te-١٩٨٦.P.٧٠.

(٢) د.احمد عثمان عياد:مصدر سابق،هامش١،ص٢٢١.

(٣) د.عبد الغني بسيوني:القانون..،ص٢٦٧.د.محمود حلمي:القضاء...،ص٢٨٨-٢٨٩.

(٤) وارد في:مجلة العلوم الإدارية،س٢٢،ع٢،ديسمبر ١٩٨٣،ص١٦٢.

(٥) سلطة تعديل العقد الإداري كما ذكرنا ليست سلطة مطلقة فهناك قيود متصلة بمشروعية الاجراءات التي تتخذها الادارة لتعديل عقودها، ومن هذه القيود (ان يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، وان ينحصر التعديل في موضوع العقد وان تصدر اجراءات التعديل في حدود مبدأ المشروعية، أن يحدث تغيير في الظروف تبرر ذلك التعديل)ويترتب على مخالفة الادارة لها بطلان القرار الإداري الصادر بالتعديل. لمزيد راجع:د.احمد عثمان عياد:مصدر سابق،ص٢٣٠ وما بعدها.

قد ينص العقد أو تأتي دفاتر الشروط العامة متضمنة للنسب التي يمكن للإدارة إن تعدل العقد بموجبها زيادة او نقصاناً وبمقتضاها تلتزم الإدارة باحترام هذه النسب وعدم تجاوزها والاَّ اثيرت مسؤوليتها العقدية. أما اذا لم يتضمن العقد أو دفاتر الشروط العامة للحد الأقصى للتعديلات التي بأمان الإدارة ان تعدل العقد بموجبها، فأنها وفي هذه الحالة تخضع لرقابة القضاء الإداري في تقدير مدى الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة[١].

وقد نظمت دفاتر الشروط الفرنسية للطرق والجسور هذه النسب في مادتيها (٣٠-٣١)، اذ قررت الحق للمتعاقد في طلب فسخ العقد فيما لو تجاوزت الإدارة في التعديل النسب المحدده لها وكانت قد حددت هذه النسب (بالسدس من مبلغ العقد)[٢]. كما حددت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية المرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في مادتها ٧٨ تلك النسبة قائلة:((يحق للجهة الإدارية تعديل كميات او حجم عقودها بالزيادة او النقص في حدود(٢٥%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والاسعار من هذه المادة دون ان يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك. ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة، ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالي اللازم وان يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد والا يؤثر ذلك على اولوية المتعاقد في ترتيب عطائه.

وفي مقاولات الاعمال التي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، يتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط مناسبة اسعار هذه البنود لسعر السوق)). من خلال ايراد نص هذه المادة نرى ان المشرع المصري قد عدل عن موقفه القديم في تحديد النسب التي يجوز الإدارة بموجبها ان تعدل العقد زيادة او نقصاناً [٣]. معتمداً في ذلك على معيار مادي عام لهذا التعديل في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند في العقد بذات الشروط والاسعار من دون ان يترتب على ذلك التعديل حق المتعاقد في المطالبة بتعويض هذا ولم يتطرق الى مسألة فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد مع الإدارة فيما لو تجاوزت الإدارة في التعديل هذه النسبة وان كان قد اشار الى فكرة جديدة، وهي انه لو اقتضت طبيعة العقد الفنية (عقود مقاولات الاعمال) تنفيذ بنود او فقرات جديدة مستحدثة، بمعنى لو كلفت الإدارة المتعاقد بأعمال جديدة فيتم الاتفاق عندئذ مع المقاول بطريق الاتفاق المباشر وبشروط مناسبة.

اما في العراق فقد بينت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية مسألة التعديل عن عنوان التغيرات في المادة٥٢ف١ ((للمهندس اجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية

---

(١) اذا تجاوزت نسبة الانقاص ٢٠% من كمية الاعمال المنصوص عليها في العقد المبرم بثمن اجمالي و٥٠% في العقود المبرمة حسب الوحدة سيكون من حق المتعاقد المطالبة بالتعويض او الفسخ، وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي الى منح المتعاقد حق الجمع بين فسخ العقد والتعويض عندما تنص الشروط العقدية على ذلك. د.سامي جمال الدين:اصول، ص٦٧٠. د.عصمت عبد المجيد اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٨،ص١٠ وما بعدها،د.محمد فؤاد عبد الباسط،مصدر سابق،ص٨٤٠.

(٢) خالد خلف الحمداني:القيود التي ترد على سلطة الادارة في تعديل عقودها الإدارية،١٩٨٩،ص٣٧.

(٣) لقد بينت لائحة المناقصات والمزايدات المصرية لعام١٩٥٤. النسب التي يجوز للادارة ان تعدل العقد بموجبها زيادة او نقصاناً في م٨٧ ((...تعديل العقد بالزيادة او النقص في حدود ١٥% في عقود التوريد، ٣٠% في عقود توريد الاغذية،٢٥% في عقود الاعمال من دون ان يكون للمتعهد او المقاول الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك ويجوز بقرار من وكيل الوزارة او رئيس المصلحة او مدير السلاح في الوزارات والمناطق والمصالح تجاوز الحدود القصوى الواردة بالفقرة السابقة في الحالات الطارئة او الاستثنائية بشرط لا تؤثر ذلك على اولوية المتعهد او المقاول في ترتيب عطائه ووجود اعتماد في الميزانية يسمح بذلك وضرورة الحصول على موافقة المتعهد او المقاول عليها)) في حين لم تشر اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية المرقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الى تلك النسب مشيراً الى ان التعديلات ينبغي ان تكون في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها واهميتها والا تخرج عن موضوع العقد وتغير من طبيعته م٤٥ ((فيما عدا الشروط المالية المتفق عليها للجهة الإدارية ان تعدل بارادتها المنفردة شروط العقد اثناء تنفيذه بما يتفق مع مقتضيات الصالح العام وحسن اداء الغرض الذي ابرم العقد من اجله بشرط ان تكون الاعباء الجديدة على عاتق المتعاقد مع الادارة في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها واهميتها ولاتخرج عن موضوع العقد او تغير من طبيعته)).

الاعمال او في أي جزء منها اذا وجد أن ذلك ضرورياً او مرغوباً فيه، وله من اجل ذلك الحق في ان يأمر المقاول القيام بأي من الأعمال التالية: وعلى المقاول ان يقوم بتنفيذ ذلك:
أ-زيادة او انقاص الكمية لاي عمل تضمنته المقاولة ب- حذف أي جزء من الاعمال جـ- تبديل صفة او نوعية او صنف أي من الاعمال د-تبديل المناسيب والاستقامات والموضع والابعاد لاي جزء من الاعمال. هـ-تنفيذ عمل اضافي من أي نوع ضروري لاكمال الاعمال. ولا يعتبر أي تغيير كهذا بأية حالة معطلاً لنفاذ المقاولة او مبطلاً لها ولكن قيمة جمع تلك التغييرات (ان وجدت) يجب ان تؤخذ بالحسبان في تحديد مقدار مبلغ المقاولة ومدتها)). كما واضافت م٣٥ف١ من شروط الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية الى فكرة التعديل قائلة:((على المقاول ان لا يغير اياً من الاعمال الا بموجب ما يأمر به المهندس تحريرياً وللمهندس السلطة الكاملة (مع مراعاة الاحكام الواردة فيما يلي) ان يأمر المقاول من وقت لاخر اثناء تنفيذ الاعمال بأشعار تحريري القيام بتبديل او تعديل او حذف او اضافة او أي تغيير آخر في أي من الاعمال وعلى المقاول ان ينفذ تلك التغييرات ويلتزم بالشروط نفسها بقدر الامكان كما لو كانت تلك التغييرات منصوصاً عليها في المقاولة بشرط الا يؤدي أي تغيير (باستثناء ما يوافق عليه المقاول تحريرياً) بعد جمعه مع اية تغييرات اخرى سبق الامر بها الى صافي زيادة او نقصان في مبلغ المقاولة يتجاوز من المهندس وكان برأيه انه يتضمن زيادة او نقصاناً في مبلغ المقاولة سواء في حينه ام فيما بعد فعلى المقاول بأسرع ما يكون ممكناً ومعقولاً وفي كل الاحوال خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تسلم الامر المذكور وقبل المباشرة بتنفيذه ان يشعر المهندس بذلك تحريراً...)). وقد اعطت صلاحيات تنفيذ الخطة الاستثمارية السنوية لعام ١٩٨٩ في مادتها ٢٢ الى ((للوزير المختص صلاحية احداث فقرات جديدة او حذف فقرات ضمن المشروع او العمل الواحد ضمن الكلفة الكلية و التخصيصات السنوية لذلك المشروع او العمل))[١].

ومما يمكن ان يؤخذ على هذه النصوص أن المشرع العراقي لم يتطرق الى النسبة التي بإمكان الإدارة ان تتحرك بموجبها لتعديل العقد زيادة او نقصاناً والتي يجوز لها في الظروف الطارئة والاستثنائية مجاوزتها بشرط موافقة المتعاقد[٢]. كما ولم يتطرق الى جزاء الفسخ مع التعويض في حالة تجاوز الإدارة لها تاركاً تلك المسألة بيد الإدارة لتحدد بارادتها المنفردة تلك النسب لكل حالة على حده، آخذاً بالحسبان قيمة وطبيعة وكلفة الاعمال المراد تنفيذها[٣]. وكان من الاجدر بواضع هذه الشروط ان يحدد النسبة التي يحق للادارة ان تعدل بموجبها العقد كما فعل المشرع المصري في م٧٨ من لائحة المناقصات والمزايدات، وان كان الاخير لم يمنح المتعاقد حق المطالبة بالفسخ مع التعويض، كما لم يعط المتعاقد حق المطالبة بتعويضات فيما لو تجاوزت الإدارة في التعديل نسبة ٢٥%.

ونرى من جانبنا ضرورة النص في الشروط العامة العراقية على جزاء الفسخ فيما لو تجاوزت الإدارة في استعمالها لسلطة التعديل الحدود المنطقية المعقولة استناداً الى ان التعويض الذي تلتزم به الإدارة لا يكفي لاصلاح الضرر. هذا وقد ذهب رأي الى ان قيام الإدارة بالعمل على وضع النصوص التي تحدد النسب التي بإمكان الإدارة ان تعدل العقد بموجبها من شأنه ان يجعل المتعاقد يتحسب لما هو اشد مما هو محدد مسبقاً في العقد اذ ان الإدارة اذا تجاوزت في

---

(١)د.ماهر صالح علاوي:مصدر سابق،ص١٨٧.
(٢) تنص م٣٥ف٥ من شروط الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية ((اذا تجاوزت القيمة الكلية لجميع اوامر التغيير بموجب احكام هذه المادة نسبة ١٥% من مبلغ المقاولة بموافقة المقاول التحريرية فيجب تعديل مبلغ المقاولة بالمقدار الذي يتم الاتفاق عليه بين المهندس والمقاول وفي حالة عدم الاتفاق يقوم المهندس بتحديد المقدار الذي يراه مناسباً ومعقولاً مع الاخذ بنظر الاعتبار جميع المواد و العوامل ذات العلاقة بما في ذلك المصاريف العامة للمقاول ونفقاته الإدارية)). هذه الفقرة اشارت الى نسبة التغيرات، التي في حالة تجاوز الادارة لها ينبغي العمل على تعديل مبلغ المقاولة بالاتفاق بين المهندس والمقاول، وفي حالة عدم حصول اتفاق من هذا القبيل، فيتولى المهندس تقدير مبلغ المقاولة آنذاك.
(٣) خالد خلف الحمداني:مصدر سابق،ص١٨.

تعديلها شروط العقد النسب المحددة لهذا التعديل، فان هذا يدل على عدم اكتراث الإدارة بدراسة المشروع الدراسة العلمية الوافية قبل إحالته على المتعاقد[١].

هذا وقد تباينت اراء الفقه حول مدى امكانية حق المتعاقد في المطالبة بالفسخ في حالة تعسف الإدارة في استعمال سلطة التعديل فمنها ما اجاز للمتعاقد طلب الفسخ مع التعويض في الحالة التي يؤدي فيها التعديل الى ارهاق المتعاقد او تجاوز امكانياته الفنية او المالية او الاقتصادية او ادى الى قلب التوازن الاقتصادي للعقد ومنها ما رفض منح المتعاقد هذا الحق في حين نجد رأياً توسط ذلك[٢]. اذ يجيز للمتعاقد طلب الفسخ في حالة تجاوز الإدارة للنسبة المحددة في المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ولا سيما ان المشرع المصري اشترط ضرورة اخذ موافقة المتعاقد في الحالات الطارئة والاستثنائية لغرض تجاوز هذه النسبة.

المطلب الثاني

الانقلاب في التوازن الاقتصادي للعقد

عندما تتصرف الجهة الإدارية المتعاقدة مستخدمة امتيازاتها العقدية التي لامثيل لها في عقود القانون الخاص، فأنه ومن الطبيعي عليها ان تحترم الطابع الاتفاقي للعقد الذي يجسده حق المتعاقد في احترام الميزان الاقتصادي للعقد، بالرغم من مشروعية الاجراءات التي تتخذها الإدارة، وتكون سبباً في الاخلال بهذا التوازن.

فمن المعلوم أن العقد الإداري يوصف بالمرونة خلافاً لعقود القانون الخاص بمعنى ان الإدارة بامكانها اجراء تعديلات في ميزان الالتزامات العقدية فتزيد من ثقلها في كفة المتعاقد او تنقصها. لذا فأن العدالة تقضي المطالبة بالتعويض ازاء عدم قدرة المتعاقد في الاعتراض على اجراءات الإدارة كونها مشروعة. ولما كانت التزامات المتعاقد قابلة للزيادة او النقصان، فان حقوقه بالمقابل لا بد ان تكتسب هذه الصفة بمعنى ان الإدارة ملزمة باحترام كفتي حقوق المتعاقد والتزاماته[٣]. فالتعديلات التي تباشرها السلطة الإدارية لابد ان تكون ضمن الحدود المنطقية من حيث نوعها واهميتها، بشكل لاتصل التعديلات الى حد ارهاق المتعاقد او تغيير موضوع العقد الاصلي او تنشئ محلاً جديداً بشكل يجد المتعاقد نفسه امام عقد جديد، يختلف عما تم الاتفاق عليه مقدماً، فللمتعاقد حينئذ الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض عما يصيبه من اضرار[٤]. وقد ابرزت ذلك محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها قائلة: ((سلطة التعديل هذه وان كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود التوريد الا انها ليست مطلقة بل ترد عليها قيود...من هذه القيود ما يتصل بمقدار الاعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة اذ يجب ان تكون تلك الاعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها واهميتها، لا ان يكون من شأنها فسخ العقد الاصلي او تبديل موضوعه او انشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، او ان تؤدي هذه الاعباء الى ارهاق

---

(١) خالد خلف الحمداني:المصدر السابق،ص١٩.

(٢) خالد خلف الحمداني:المصدر سابق،ص٢٠-٢١، طاهر التكمه جي:حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري /دراسة مقارنة،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد،١٩٧٦،ص١١١.

(٣) د.فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله: المصدر السابق، ص١٦٢-١٦٣.

(٤) د.محمد فؤاد عبد الباسط:مصدر سابق،ص٨٤١. د.عبد المجيد فياض:مصدر سابق،١٩٤.د.احمد عثمان عياد:مصدر سابق،ص٢٤٦.د.عبد العزيز شيحا:مصدر سابق،ص٤٧٦ ومابعدها.د.عبد الغني بسيوني:مصدر سابق،ص٢٧٦. حسين درويش:السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الإداري،ط١،مطبعة لجنة البيان العربي/مصر،١٩٦١،ص٥٤.

المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية او المالية او الاقتصادية والاجاز له ان يمتنع عن تنفيذها بل له ان يطلب فسخ العقد تأسيساً على ان التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لاصلاح الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل، فله ان يتفادى النتائج الخطيرة المرهقة التي كان يتحملها، وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة القاضي ويخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري))[١]. هذا وقد اتجه القضاء الإداري المصري في قرارات لاحقة الى منح المتعاقد حق التعويض في حالة تجاوز الإدارة في التعديل الحد المعقول، بشكل يغير به جوهر العقد الإداري او يتغير محله ويؤدي الى قلب التوازن الاقتصادي للعقد.

وقد اكدت ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية((...كما يجب الا تفرض الإدارة على المتعاقد تعديلات تجعله امام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد ابتداءً ذلك ان المتعاقد انما يقبل التعاقد على ضوء امكانياته المالية والفنية ولذلك كان واجباً على جهة الإدارة عند ممارستها سلطة التعديل الا تجنح الى اجراء تعديلات يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد وتحميل المتعاقد اعباء مالية تنوء بها طاقته فاذا ما لجأت الإدارة الى شيء من ذلك كان للمتعاقد الحق في اقتضاء التعويض بها بالقدر الذي تختل به الموازنة في شروط العقد))[٢]. هذا ويرى مجلس الدولة الفرنسي الاكتفاء بفسخ العقد فيما لو كان التعديل قد انصب على طريقة تنفيذ العقد والاوضاع التي يتم بها ذلك التنفيذ[٣]. لذا نرى من المفيد الاشارة الى فكرة الاعمال الجديدة وفكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

أولا: فكرة الأعمال الجديدة

La nation d' ouvrage nouveau دأب مجلس الدولة الفرنسي على ايراد هذا المصطلح في الحالة التي يقوم مانح الالتزام (الإدارة) بفرض اعباء جديدة على المتعاقد لا تمت بصلة الى موضوع العقد الاصلي. فهنا تلتزم الإدارة بعدم القيام بذلك وإلا فان للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض عما اصابه من اضرار.

و يقصد بالاعمال الجديدة اعمال يتم تنفيذها في ضوء ظروف وشروط جديدة غير تلك المتفق عليها في العقد، ويصفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها اعمال غريبة عن موضوع العقد[٤]. والامثلة على فكرة الاعمال الجديدة كثيرة نذكر منها ان تعهد الإدارة الى مقاول الاشغال العامة مهمة القيام بأعمال تختلف تماماً عن موضوع العقد الاصلي وتقع على بعد ٣كم من موقع العمل الاصلية. وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار في ١٤ ابريل ١٩٤٨ في قضية Minister des armes ، او ان تقوم الإدارة بتكليف المقاول المختص بشق القنوات باعمال التجفيف او ان تعهد الى المقاول المكلف باعمال الصيانة القيام بانشاء اعمال جديدة مبتدأة او تغيير موقع العمل الاصلي[٥]. هذه الفكرة تختلف عن الاعمال غير المتوقعه Louvrage imprevau والاعمال الاضافية Les tarvax supplementaires فالاولى ليست غريبة عن موضوع العقد الاصلي

---

(١) لقد اشارت الى فكرة تغيير موضوع العقد تغيراً جوهرياً المحكمة الإدارية العليا المصرية ((متى كان الثابت في الخصومة محل الطعن ان الجهة الإدارية كانت ملزمة بتسليم المدعي... وانها اخلت بالتزاماتها هذا بعد ان قررت الاحتفاظ بجزء غير محدد من هذه الاصناف يجعل محل التعاقد حسبما ذهب الى ذلك المدعي ولم تنفه او ترخصه جهة الادارة، مختلف اختلافاً جوهرياً عما كان عليه وقت التعاقد الامر الذي يتم معه اعتبار العقد مفسوخاً واعتبار ما قامت به جهة الادارة بعد ان غيرت محل التعاقد تغييراً جوهرياً...)).وارد في:طاهر التكمه جي:مصدر سابق،ص٢٤٤.

(٢) طاهر التكمة جي: مصدر سابق،ص٢٤٤.

(٣) C.E ٢٨ Mars ١٨٦٦,Syndicat de Varades, R.P٣٠٩.
وارد في:احمد عثمان عياد:مصدر سابق، هامش١،ص٢٤٨.

(٤) خالد خلف الحمداني: مصدر سابق، ص١٥. حسين درويش: مصدر السابق، ص ٧٨. د.سليمان الطماوي: الاسس العامة للعقود الادارية ، ١٩٥٧، ص٤٠٣.

(٥) د.سليمان الطماوي: المصدر سابق، هامش٢ ص٤٠٣. حسين درويش: مصدر سابق، ص٧٩

مع كونها لم تظهر صراحة في العقد، وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عنها قائلاً (تكليف المقاول بنقل الاتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الارض او انشاء قنوات جانبية لتصريف المياه) ففي مثل هذه الاعمال، عمل مجلس الدولة الفرنسي على منح الإدارة الرخصة اللازمة للقيام بمثل هذه الاعمال والعلة في ذلك تبدو ان الإدارة تمارس في مثل هذه الحالة سلطتها في تعديل العقد الإداري[١]. أما الاعمال الاضافية فهي ايضا لا تعد غريبة عن موضوع العقد الاصلي لكون قائمة الاسعار في العقد تضمنتها، مثل طلب مد السد المتفق عليه في العقد الى مساحة تفوق ما اتفق عليه اصلاً، نظراً لكون النهر قد غير مجراه بشكل غير متوقع، ومنها ايضا الاعمال التي تعد مكملة لموضوع العقد الاصلي، اذ للادارة ان تعهد للمقاول بمهمة القيام بأعمال اضافية بعد ان يكون قد انجز مهمة القيام بالاعمال الاصلية. فنقطة الخلاف اذن بين الاعمال الاضافية وغير المتوقعة تكمن في ان الاخيرة يتم تحديد الثمن فيها استقلالاً عن العقد، في حين يكون ثمن الأعمال الإضافية

محدداً وفقاً للسعر المتفق عليه في العقد[٢]. فالإدارة ملزمة بالأ تجري تعديلات جوهرية في العقد تجعل المتعاقد أمام عقد جديد. وقد أكدت على فكرة الأعمال الجديدة المادة ٤٢/أ من الشروط العامة البلجيكية لسنة ١٩٥٥،((فيما عدا حالة العقود الجزافية يلتزم المقاول باحترام اوامر الإدارة التي تتضمن (اضافة او الغاء) تعديل ايا كان في الاعمال، متى امرت بها الإدارة كتابة اثناء تنفيذ الاشغال ومتى كانت متصلة بمجمل المشروع وداخلة في نطاقه))[٣].

كما قد جاء الشطر الاخير من المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية المرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ((... وفي مقاولات الاعمال التي تقتضي الضرورة الفنية بتنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، فيتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط مناسبة اسعار هذه البنود لسعر السوق)).

ثانياً:- فكرة التوازن المالي للعقد

يتميز العقد الإداري بالمرونة مقارنة بالعقود التي تبرم في اطار القانون الخاص، فالإدارة تملك كما سبق ان بينا اجراء التعديلات اللازمة في العقد من دون أن يكون بإمكان المتعاقد معها الاحتجاج بالقوة الملزمة للعقد ويبقى له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد الذي قد يختل من جراء ممارسة الإدارة لسلطة التعديل[٤]. هذا وقد وجد الفقه الفرصة متاحة امامه لصياغة التوازن المالي للعقد الإداري، علما ان هذه الفكرة تختلف عن فكرة التوازن الاقتصادي للعقد[٥]. فمن المعلوم ان الحقوق والالتزامات لطرفي العقد الإداري قد تم تحديدها

---

(١)J- Rivero (droit administratif Dalloz) –١٩٨٥. P. ٣٣٠

حسين درويش : مصدر سابق، ص٧٩. د.سليمان الطماوي: الاسس العامة للعقود الادارية ، ١٩٥٧، ص٤٠٤. خالد خلف الحمداني: مصدر سابق، ص١٥.

(٢) سليمان الطماوي: الاسس العامة، ١٩٥٧، ص٤- ٥. خالد خلف الحمداني: مصدر سابق، هامش٣ ص١٥-١٦.حسين درويش، مصدر سابق، ص ٧٩.

(٣) خالد خلف الحمداني: مصدر سابق، ص ١٦.

(٤) لمزيد عن التوازن المالي للعقد راجع كل من :- د. طعيمة الجرف القانون الإداري، طبعة ١٩٦٤، ص ٤١١ وما بعدها ، د. عبد العال السناري : مصدر سابق، ص١٩٥ وما بعدها. د. عبد القادر الشيخلي: مصدر سابق، ص ٢١٩. السيد محمد المدني: مصدر سابق، ص ٤٥٦ وما بعدها. د. محمود حلمي: موجز ، ص ٢٢٨. د. سامي جمال الدين، اصول ، ص٧٦٢-٧٦٣. د.محمد فؤاد عبد الباسط : مصدر سابق،ص ٨٧٨. د. عمر فؤاد بركات : مصدر سابق ، ص٥٥٩. د. عبد العزيز شيحا: مصدر سابق، ص ٤٧٩. د.طعيمة الجرف: القانون الإداري، طبعة ١٩٨٤، ص ٢٤٠ وما بعدها. د. ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص١٩١. د. خالد خليل الظاهر: القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط١، دار المسيرة/ عمان، ١٩٩٧، ص ٢٧٠، د.ابراهيم الفياض: مصدر سابق، ص ٤٠٩ وما بعدها . د. سليمان الطماوي : الوجيز ، ص ٥٩٨.د. سليمان الطماوي: المبادئ، ص ١٠١٥ وما بعدها.

(٥) يختلف مفهوم التوازن الاقتصادي للعقد عن التوازن المالي للعقد الإداري فالاخير يعطي المتعاقد حق المطالبة بتعويض كامل لما يتحمله المتعاقد من اعباء مالية نتيجة لتعديل العقد من قبل الادارة، اما التوازن

مسبقاً في العقد ويقع على عاتق القاضي ان يبذل ما في وسعة للحفاظ على هذا التوازن بين الحقوق والالتزامات.

يرجع الفقه الإداري الحديث بداية بلورة فكرة التوازن المالي Le'quilbre financier الى الحكم الصادر في قضية الشركة الوطنية الفرنسية لخطوط الترام ١٩١٠. فقد ورد هذا المصطلح في التقرير الذي قدمه مفوض الدولة (ليون بلوم)[١] فقد اعترف بها مجلس الدولة الفرنسي في كل طوائف العقود الإدارية بشكل اصبحت به هذه الفكرة امرا مفترضاً، ونتيجة لذلك ينبغي ان يتم حماية المتعاقد مع الإدارة من الصعوبات التي قد يتعرض لها جراء استعمال الإدارة لسلطة التعديل وقد اشار قرار هيأة التحكيم الكويتية في ١٩٧٥/٤/١٤ الى ((ان الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الامكان توازنا بين الاعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها على اعتبار ان العقد الإداري يكون في مجموعة كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتي الميزان بينهما. وذلك بتعويض المتعاقد في احوال وشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطا من جانب الإدارة وأياً كانت الاسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد. مما لا شبهة فيها انها ترتد في الحقيقة الى اصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام العقد الإداري كما ان هدفها هو تحقيق المصلحة العامة....))[٢].

وفي مجال فكرة التوازن المالي للعقد فإن الإدارة ملزمة بالحفاظ على التوازن بما يحقق هدف العقد الإداري الاسمى وهو الحفاظ على المصالح العليا. وبناءً عليه تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد في حالة اخلالها بتوازن العقد المالي، علماً أن هذا التعويض لا يستند الى خطا الإدارة وانما تعويض من دون ارتكاب الإدارة لاي خطأ، لذا ينبغي التعرف على نظرية عمل الامير ونظرية الظروف الطارئة التي بموجبها يحق للمتعاقد طلب الفسخ دون خطأ من جانب الإدارة.

١- نظرية عمل الأمير La fait de prince

يعود الفضل في خلق هذه النظرية الى القضاء الإداري الفرنسي ومنه اخذها القضاء الإداري المصري، وتعني كل اجراء صادر عن السلطة التي ابرمت العقد ويكون من شانه المساس بظروف تنفيذ العقد بالصورة التي تؤدي الى زيادة اعبائه المالية. ويرتب له بالمقابل حق المطالبة بالتعويض، هذا ويتخذ فعل السلطة العامة اشكالاً مختلفة فقد يكون على صورة القاعدة القانونية او صيغة القرار الإداري الفردي او عمل مادي يؤثر على حقوق المتعاقد المالية مما يولد حق المطالبة بفسخ العقد[٣].

الاقتصادي فهو فكرة عامة تطبق على العقود المدنية والتجارية والإدارية على حد سواء، في حين نجد ان فكرة التوازن المالى يقتصر على العقد الإداري فقط فضلا عن ان فكرة التوازن المالي تعد تجسيداً لفكرة العدالة التي اقيمت على اساسها نظريات عمل الامير والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي تمنح المتعاقد الحق في مطالبة بتعويض كامل بينما فكرة التوازن الاقتصادي، فهي ايضا تجسيد لفكرة العدالة ايضا الا انه يبقى الاخذ بها في حالات الاستغلال، الغبن مع التغرير والاذعان . والظروف الطارئة فضلا عن ذلك فإن فكرة التوازن المالي تهدف الى تعويض المتعاقد في حين تهدف فكرة التوازن الاقتصادي الى اعادة التوازن الاقتصادي المختل الى سابق عهده. للمزيد راجع: د.عصمت عبد المجيد:مصدر سابق، ص٩-١٤.

(١) د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله: مصدر سابق، هامش ١٠٨ ص ١٦٢. د. ابراهيم الفياض: مصدر سابق، ص ٢٥٢.

(٢) فكري احمد مغاوري: مصدر سابق، ص ٤٧-٤٨.

(٣) د.عبد العزيز شيحا: مصدر سابق،ص٤٧٩ وما بعدها. د.عبد الغني بسيوني: القانون الإداري،ص٢٩٢ وما بعدها.د.بكر قباني:مصدر سابق،ص٤٧٥-٤٧٦.د.سامي جمال الدين:اصول،ص٧٦٤.د.محمود سعد الدين الشريف:مصدر سابق،ص١٩٥ وما بعدها د.ماهر صالح علاوي:مصدر سابق، ص١٩١ وما بعدها. د.مصطفى كامل:شرح القانون الإداري،ط٣،مطبعة المعارف/بغداد،١٩٤٧-٤٦،ص١٣.د.شفيق حاتم: القانون الإداري، ط١، الاهلية للنشر والتوزيع/بيروت . ١٩٨٥، ص١٤٨.محمد جمال مطلق:النظام القانوني

ويشترط لاعمال نظرية فعل السلطة العامة ان نكون بصدد عقد اداري بكل ما تعنيه هذه الكلمة، ولاسيما ان هذه النظرية لا تطبق على العقود المدنية خاصة وعقود القانون الخاص عامة. فضلا عن ذلك، ينبغي ان يكون مصدر الفعل الذي اضر بحقوق المتعاقد صادراً عن الجهة الإدارية التي ابرمت العقد من دون ان يكون قد صدر من جانبها أي خطا أما اذا كان الاجراء قد صدر عن سلطة إدارية أخرى أمكن آنذاك تطبيق نظرية الظروف الطارئة، اذ كل ما مطلوب هو ان يلحق الاجراء ضرراً خاصاً بالمتعاقد، علما إن هذا الضرر لا يشترط فيه ان يكون عبارة عن خسارة لحقت المتعاقد، وانما يمكن ان يكون ربحاً قد فات عليه جراء ذلك. فالمهم اذن ان يؤدي فعل السلطة الى قلب التوازن المالي للعقد[١]. مع التأكيد على ان عمل الامير ينبغي ان لا يكون متوقعاً وقت ابرام العقد والا امتنع على المتعاقد المطالبة بالتعويض. ويأخذ معنى التوقع او عدمه معنى خاصاً لانه ينصب مباشرة على حق التعديل ذاته، خاصة ان اهم مميزات العقد الإداري مرونته وعدم تمسكه بقاعدة الزامية العقد فسلطة التعديل هي من الامور البديهية التي تملكها الإدارة لذا يجب ان ينصب عدم التوقع الى عدم الاحاطة التامة بالتكاليف الزائدة في حالة عدم تحديدها في العقد فأن كانت هذه التكاليف قد سبق ان حددت في نصوص العقد بشكلٍ واضح كانت هي الفيصل لها بما لا مجال فيه للمطالبة بتعويض على اساس عمل الامير. ويترتب على توافر شروط هذه النظرية نتيجة قانونية ذات مغزى واسع، اذ يعفى المتعاقد من دفع الغرامات التأخيرية او يتم انقاصها فضلا عن حقه الاصيل في الحصول على تعويض كامل عما يكون قد انفقه من مصروفات فعلية فضلا عما فاته من كسب اما اذا اصبح تنفيذ الالتزام العقدي اشد صعوبة على المتعاقد فله حق مراجعة القضاء للمطالبة بفسخ العقد، اذ تثار مسؤولية الإدارة العقدية من دون خطأ من جانبها، لانها مارست حقاً خالصاً لها[٢].

٢- نظرية الظروف الطارئة

تكاد لا تخلو مصادر القانون الإداري من ذكر نظرية الظروف الطارئة. لقد خرج القضاء الإداري عن قاعدة الزامية العقد للمتعاقدين استجابة لمتطلبات المصلحة العامة وضرورة ادامة سير المرافق العامة، نظراً لان التمسك الدقيق بهذه القاعدة من شأنه ان يؤدي الى أحجام الأفراد والشركات عن ابرام العقود مع الجهة الإدارية، وهذا ينعكس بالسلب على سير المرفق العام[٣].

تعني نظرية الظروف الطارئة ان تحدث بعد ابرام العقد وخلال مرحلة تنفيذه ظروف استثنائية عامة غير متوقعة من شأنها ان تجعل تنفيذ الالتزام العقدي اشد ارهاقاً، وبذلك يتولد لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بتعويض جزئي يغطي ما اصابه من خسارة.

لعقد القرض العام/دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد/كلية القانون،٢٠٠١،ص١٠٨ ومابعدها.

(١) د.طعيمة الجرف:القانون الإداري، طبعه ١٩٨٤،ص٤١٣.د.عبد القادر الشيخلي:مصدر سابق،ص٢٢٢.السيد محمد المدني:مصدر سابق،ص٤٥٩.د.محمود حلمي:موجز،ص٥٣٠.د.سامي جمال الدين:اصول،ص٧٦٤.د.محمود خلف الجبوري : مصدر سابق ،ص١٩٤.

(٢) د.سليمان الطماوي:الوجيز في القانون الاداري ، ص٥٥٩.د.عبد العزيز شيحا:مصدر سابق، ص٤٨١ ومابعدها.د.محمود فؤاد عبد الباسط:مصدر سابق:ص٨٨٢ ومابعدها.د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق، ص١٩٦ ومابعدها.د.سامي جمال الدين:اصول القانون الاداري ،ص٧٦٤-٧٦٥.د.طعيمة الجرف:القانون الإداري، طبعة ١٩٨٥،ص٢٤٤ ومابعدها.د.خالد خليل الظاهر:مصدر سابق،ص٢٧٣ ومابعدها.عمر فؤاد بركات:مصدر سابق،ص٥٦١ ومابعدها.

(٣) د.ماجد راغب الحلو:القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية،١٩٩٨،ص٦١١ وما بعدها،.د.سامي جمال الدين:اصول،ص٧٦٥. د.عبد القادر الشيخلي: مصدر سابق، ٢٢٠ ومابعدها.

لقد ارسى مجلس الدولة الفرنسي دعائم هذه النظرية في حكمة الصادر في ٣٠يونيه ١٩١٦[١]. تسود نظرية الظروف الطارئة في العقود المستمرة التنفيذ او الفورية التي يؤجل تنفيذها فخلال مدة تنفيذ العقد قد تطرأ ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد، وقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق احكام هذه النظرية على عقد الامتياز والنقل والاشغال العامة والتوريد[٢]. وقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية مفهوم النظرية وشروطها وكل ما يتعلق بها بقرار صدر عنها نص على ((ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما ان هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرفق العام وحسن اداء الاعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها فمقاد النظرية ((انه اذا طرأت اثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف او احداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته واذا كان من شأن هذه الظروف او الاحداث ان لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل مرهقاً أي اثقل عبئاً واكثر كلفة مما قدرة الطرفان المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها اي متعاقد الى خسارة فادحة استثنائية غير عادية فان من حق المتعاقد ان يطلب من الطرف الاخر مشاركة في هذه الخسارة التي تحملها فتعوضه عنها تعويضاً جزئياً))[٣].

من حيث المبدأ لا تعد نظرية الظروف الطارئة سبباً لفسخ العقد لكونها تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ولكن غير مستحيل. أما اذا حدثت قوةقاهرة فعندئذ تعد سبباً لفسخ العقد نظراً لتعذر تجاوز الصعوبات الاقتصادية وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكم في قضية شيربورخ ١٩٣٢[٤]. يشير الى ((ومن حيث انه من شأن الظروف الطارئة ان تؤدي الى قلب التوازن الاقتصادي للعقد فأن بامكان الإدارة مانحة الالتزام ان تتخذ الاجراءات الضرورية لمساعدة الملتزم كي تؤمن له الاستمرار في اداء خدماته في المرفق الذي يديره ولا سيما منحه المساعدات المالية اللازمة للاستعانة بها على مواجهة الظرف الطارىء على ان هذه المساعدة لا تجوز له الا اذا كانت ملابسات الصعوبات الاقتصادية مؤقتة، اما اذا كانت نهائية تعجز عنها

---

(١)-C.E. ٣٠ Mars ١٩١٦ compagnie generale D.Eclairage de Bourdeou Rec.١٢٥.
-L.NE VILLE Brown J.F CARNER:french administrative law, third edition,London,١٩٨٣,p.١٢٦.
د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق،ص٢٦٤-٢٦٥.د.شفيق حاتم:مصدر سابق،ص١٥٠ ومابعدها. فريد فتيان: مصدر سابق ص٩٠١. د.هاني الطهراوي:القانون الإداري،ك١،ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع/عمان،٢٠٠١، ص٣٠٤ ومابعدها. د.عبد العزيز شيحا:مصدر سابق،ص٤٨٢ ومابعدها.غازي عبد الرحمن:التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة/بغداد،١٩٨٦،ص٣٣.د.فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله:مصدر سابق:ص١٧٠ ومابعدها.

(٢) من جهة اخرى قد يتحقق تطبيق مباديء هذه النظرية استناداً الى صدور تشريع من شأنه ان يؤدي الى تحميل المتعاقد نفقات مالية كبيرة وغير متوقعة، وتطبيقاً لذلك جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٤٩ في قضية Ville d'Elbeuf تطبيقاً لذلك. د.ابراهيم فياض:مصدر سابق،ص٢٦٦.محمد جمال مطلق:مصدر سابق،ص١١٢ ومابعدها.فريد فتيان:مصدر سابق،ص٩٤.د.هاني الطهراوي:مصدر سابق،ص٣٠٤.د.بكر قباني:مصدر سابق،ص٤٧٦-٤٧٧ د.عبد العزيز شيحا:مصدر سابق،ص٤٨٢ ومابعدها السيد محمد المدني:مصدر سابق،ص٤٥٩.د.ماجد راغب الحلو:القانون الاداري ،ص٦١١ ومابعدها.د.محمود حلمي:القضاء الاداري ،ص٢٩٧.

(٣) د.محمد فؤاد عبد الباسط:مصدر سابق،ص٨٨٤.

(٤) تتلخص وقائع هذه القضية ان الشركة ((شيربورخ)) واجهت عجزاً مالياً خلال ٨سنوات على رغم المنحة المالية المقدمة اليها من المدينة مانحة الالتزام في السنة الاخيرة ١٩٢٢ قدمت لها منحه مالية وتخويلا أن تضع تعريفه لركوب الترام بما يناسبها، الا ان الشركة رأت ان تجاوز الحد المعقول لتعريفه الركوب سيؤدي الى فقدانها لزبائنها مما يزيد من الطين بله، وعندما طلبت تعويضاً من مجلس المديرية الذي رفض الطلب ونظر مجلس الدولة الموضوع استئنافاً وقرر ان ثمة حالة من حالات القوة القاهرة.راجع د.عبد المجيد فياض:مصدر سابق،ص١٥٦ وما بعدها.نقلاً عن:د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق ص٢٧١-٢٧٢.

قدرة الملتزم على التصرف لمواجهتها فأن الظروف الاقتصادية الجديدة تشكل حالة من حالات القوة القاهرة))[١]. مع الاشارة الى أن القوة القاهرة هنا لم تعد تخضع لمبدأ الاستحالة ذات الصفة الشخصية للمتعاقد حصراً بل العنصر المادي المتولد عنه ايضاً استحالة التغلب على الظرف الاقتصادي الطاريء، مما يجعل نظرية القوة القاهرة تقترب من نظرية الظروف الطارئة[٢]. ومن الجدير بالإشارة الى أن مثل هذا الفسخ لن يتقرر لخطأ الإدارة المتعاقدة، بل سيكون سبباً في إنهاء العلاقة التعاقدية وتسوية حقوق المتعاقد المالية.

المبحث الثاني

التزام الإدارة بدفع حقوق المتعاقد المالية

من واجب الجهة الإدارية المتعاقدة العمل على تقديم كافة التسهيلات المالية اللازمة للمتعاقد لغرض انجاز العمل بدءاً من الثمن (المقابل المالي)[٣]. وصولاً الى تقديم التسهيلات المصرفية وضمان حد ادنى من الارباح[٤].

لاسيما ان من يتعاقد مع الإدارة يكون اهتمامه الربح المادي، لذا تبقى المنفعة المادية هي سبب التعاقد مع الإدارة. لذا ينبغي ان يتضمن العقد بنداً يشير الى الثمن في صلب العقد على اساس أنه الكلفة التي اعتقد المتعاقد ان بإمكانة انجاز العمل بموجبها. فإن المقابل المالي (الثمن) يتم تحديده باتفاق الطرفين وفي حالة خلو العقد من أي فقرة تشير الى تحديد الثمن، فالعقد يعتبر معدوماً الا ان ما قد يجري في بعض الاحيان، هو عدم ذكر الثمن في صلب العقد على نحوٍ بات، وانما يتم تحديد طرق تعيينه كما هو الحال في السعر حسب الوحدة او ذكر بعض اجزائه كما هي الحالة في تعديل العقد. ففي عقود مقاولات الاشغال العامة يجري تحديد السعر بالاتفاق بين المهندس والمقاول وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق يقوم المهندس بتقدير الثمن مع الاشارة الى ان هذا التقدير لا يعد امراً باتا. اذ للمتعاقد الحق في الاعتراض عليه والمطالبة بزيادة الاسعار بأشعار تحريري يوجه الى المهندس على ان تجري تسوية مثل هذه المنازعات عن طريق القضاء المختص، بالاستعانة بجداول الكميات والمواصفات[٥]. اما في عقود التجهيز فينبغي التمييز بين المتعاقد الوطني الذي من السهل الاتفاق معه على سعر معين اما بموجب العقد استناداً الى حركة السوق المحلية والمتعاقد الأجنبي الذي يجب على الإدارة ان تتفاوض معه بحرص ودراية وقد عمل مجلس التخطيط الملغى لدينا في العراق على وضع توجيهات تنظم هذه الحالة[٦]. وقد يتخذ المقابل

---

(١) د.عبد المجيد فياض:مصدر سابق،ص١٥٦ ومابعدها.نقلا عن:د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق،ص٢٧١-٢٧٢.

(٢) -J.F Lachaume (les grande decision de la Jurisprudenees droit Administratif) .P.u.f. ١٩٩٥.P.٢٠١.

-Jean De Soto:Imprevision et economie dirigee)J.C.P.١٩٥٠. p.٣٠٠.

د.محمد علي جواد: محاضرات في القانون الإداري القيت على طلبة الدراسات العليا للعام ٢٠٠١-٢٠٠٢ غير منشورة.

(٣) يتخذ المقابل المالي صورة الثمن المتفق عليه في عقود الاشغال العامة والتوريد والنقل، والرسم الذي يحصل عليه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق، والمرتب في عقود التوظيف. د.سليمان الطماوي:الاسس العامة،١٩٥٧،ص٤٧٠-٤٧١.

(٤) د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق، هامش١،ص٢٤٥.طاهر التكمة جي. مصدر سابق، ص٥٥.د.سعاد الشرقاوي:القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٣،ص٢٠١.

(٥) د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص٨٢. د.سليمان الطماوي:الاسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، ١٩٨٤، مطبعة عين شمس، ص٥٢٧.

(٦) ١- من هذه التوجيهات ضرورة ملاحظة الاسعار التي يعرضها الجانب المزمع التعاقد معه مع الاسعار المتيسرة لنفس التجهيزات من مصادر استيراد اخرى مع دراسة امكانية المساومة على الاسعار المقترحة في كل صفقة.

المالي صورة اقساط تدفع للمتعاقد على الحساب. اذ لن يكون هناك أي حساب نهائي الا بعد ان يتم تصفية كل الاعمال المعهودة للمتعاقد[١]. وقد نظمت دفاتر الشروط العامة الفرنسية C.C.A.G[٢]، ذلك في م٤٨ف٤ موضحة بأن ((امتناع الإدارة عن تسديد دفعتين ماليتين للمقاول و التي تأخرت الإدارة في سدادها خلال سنة بعد توقف تنفيذ الاشغال العامة يبرر للمقاول الحق في طلب فسخ العقد لخطأ الإدارة))[٣]. كما بينت م٢٢ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ((يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفي الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية)) وقد جاءت اللائحة التنفيذية مبينة لتلك الاجراءات والحدود والشروط والقواعد في م٨٥ ((يجوز بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وعلى مسؤوليتها ان يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وعلى النحو الاتي:-

أ-بحد أقصى (٩٥%)من القيمة المقررة للاعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول، كما يجوز صرف (لـ٥%)الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من احد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ٣٠ يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت.

ب-بحد اقصى (٧٥%) من القيمة المقررة للمواد التي وردها من المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلاً بشرط ان تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها، وأن تكون مشونه بموقع العمل في حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلي اللازم وذلك من واقع فئات العقد، وتعامل كالمشونات المواد التي تورد لموقع العمل صالحة للتركيب الى ان يتم تركيبها وللجهة الإدارية المتعاقدة الحق في تنظيم الدفع للمقاول عن الاعمال التي تتم على نحو مغاير اذا اقتضت طبيعة الاعمال المسندة اليه ذلك ولها الحق في عدم صرف الدفع اذا رأت ان تقدم العمل او سلوك المقاول غير مرضٍ)). فتخلف رب العمل عن دفع قسط او اكثر من المبالغ تحت الحساب يتيح للمقاول الحق في اختصام الإدارة قضائياً مطالباً بفسخ العقد لان ذلك يؤثر بالدرجة الاساس على قدرة المقاول في الاستمرار بتنفيذ العقد الإداري كما يدلل على نكول الإدارة عن تنفيذ العقد. وقد عبرت م٦٢ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية عن ذلك((أ-يجري تسليف المقاول على الحساب شهرياً بالقيمة الكاملة للاعمال المنجزة وفقاً للاسعار المدرجة في جدول الكميات المسعر وحسب "الخرائط" المصدقة للاعمال المنجزة بصورة مرضية على ان تستقطع نسبة (١٠%) من قيمة العمل المنجزة وتستمر هذه الاستقطاعات الى ان يصل مجموعها ٥% من مبلغ المقاولة.

ب- يقوم "المقاول" مرة كل شهر بتقديم تقرير مفصل الى "ممثل المهندس" بالقيمة الكاملة للعمل المنجز وبالمواد المطروحة في الموقع، وعلى "المهندس" تدقيق التقرير والمصادقة على هذه القيمة او القيمة المعدلة من قبله، مطروحاً منها اية سلفة سابقة ومبلغ الاستقطاعات النقدية والغرامات التأخيرية او أية مبالغ اخرى مستحقة على "المقاول ويجب ان تستند جميع الدفعات الى ذرعة العمل والاسعار المثبتة في ((جدول الكميات المسعر))، وعلى "المهندس" المصادقة

٢- مراعاة بعض الاسس في تحديد ملاءمة الاسعار، من ذلك الاسترشاد بالخبرة السابقة لدى الجهة المنفذة واسعار المشاريع او التجهيزات المماثلة او المقاربة مع وجوب تدوين ذلك في محضر خاص، وفي حالة عدم وجود كلف واسعار مماثلة او مقاربة يمكن الاسترشاد بها عندئذ وبحصافة المدرك لحاجته تقوم الجهة المنفذة بالاتصال بالمؤسسات والشركات الاخرى لتقديم عروض لتجهيز بضائع مماثلة وصفاً وكماً ليكون بالامكان مقارنة هذه الاسعار مع اسعار الجانب المزمع التعاقد معه ومع الاسعار السائدة ان وجدت. لمزيد راجع: د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص١٨٣.

(١) عبد المجيد عبد الحميد عيسى:-برنامج تدقيق متخصص للعقود في المشاريع الانشائية، بحث مقدم الى كلية الادارة والاقتصاد/جامعة بغداد، للحصول على شهادة الدبلوم العالي في مراقبة الحسابات، ١٩٨٩،ص٢٥.د.محمد علي جواد، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة/عمان، ١٩٩٧،ص١٠٤.

(٢) Cahiers des clause Administratires generales.

(٣) De Loubider: traite des contrat administratfs l . g .d .j ١٩٨٤. P,٨٨٢

على السلفة المستحقة "للمقاول" بموجب "المقاولة" خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ استلام تقرير السلفة من قبل ممثل "المهندس")).

وقد افاد المعنى نفسه نص المادة ٣٨ البند (١) ف أ من شروط الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية. وازاء مدى امكانية المتعاقد في طلب فسخ العقد وحدود سلطة المحكمة في الاجابة لطلبة طرحت عدة فرضيات فيما لو لم تقدم الإدارة التسهيلات المالية للمتعاقد. فمنها اذا لم يكن العقد قد تضمن بنداً يقضي بأنفساخ العقد بحكم القانون في حالة تخلف رب العمل عن دفع أي مبلغ تحت الحساب ففي هذه الاثناء تجد المحكمة ضرورة التاكد من حالة المقاول المالية، وفيما اذا كان مركزه المالي يتيح له فرصة الاستمرار في تنفيذ العقد، فاذا تبين لها قدرة المتعاقد على الاستمرار في انجاز العمل، فلها في هذه الحالة الا تقضي بفسخ العقد.

بل تكتفي أن تحكم على الإدارة بتعويض مناسب، أما اذا وجدت المحكمة ان تخلف رب العمل عن اداء مبلغ واحد تحت الحساب للمتعاقد لا يكفي لتقرير الفسخ ولكن استمرار رب العمل في امتناعه عن اداء عدة دفعات مالية متتابعة هو ما يسوغ فسخ العقد. أما الفرضية الاخرى التي تطرح نفسها للقارئ، فهي اذا كان رب العمل ممتنعاً عن الدفع لتمسكه بالدفع بعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته، او بدعوى عدم استحقاقه للمقابل نتيجة اجراء المقاصة ووجدت المحكمة ان الدفع صحيح فلا موجب عندئذ للفسخ[١].

من كل ما تقدم، نرى ان الإدارة ملزمة باداء المبالغ المستحقة للمتعاقد مهما كان نوعها، وبعكسه تكون قد عرضت نفسها للمساءلة[٢]. وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية قرار فسخت العقد به لعدم قيام الإدارة بدفع السلف المستحقة للمتعاقد وذلك في القرار المرقم ٦٠٢/م١/١٩٨٨ المؤرخ في ١٩٨٨/١٠/١٩ الذي ينص على :((اذا كان المقاول قد طلب خلال تنفيذه لاعمال المقاولة وقبل انقضاء المدة المحددة لانجازه سلفة لاستيراد المكائن التي يحتاجها لاتمام العمل الا ان المدعى عليه اضافة لوظيفتة رفض تسليفه خلافاً لاحكام الشروط العامة للمقاولات، فيكون المدعى عليه غير محق بسحب العمل ويترتب على سحبه فسخ العقد مع تعويض المدعي بحكم المادة ٨٨٥ من القانون المدني))[٣].

الفصل الثاني

إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها ذات الصفة الإدارية

يلقي العقد على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة واجب احترام حقوق المتعاقد ولا سيما اذا علمنا انها تهدف من ابرام العقود الإدارية تحقيق المصلحة العامة. وتحقيقاً لهذه الغاية ينبغي عليها العمل على عدم الاخلال بأي من الالتزامات العقدية سواء أكانت سابقة على مرحلة تنفيذ العقد ام اثناء مدة التنفيذ. والاَّ فأن للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض في حالة مخالفة الإدارة لاي منها. لذا سنتعرف في المبحث الأول على اخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد. أما في المبحث الثاني فنقف أمام إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها اثناء مدة تنفيذ العقد.

المبحث الأول

إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد

---

(١) عبد الجبار ناجي: انقضاء عقد المقاولة، رسالة دكتواره مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص٣٥١ ومابعدها. عبد المجيد عبد الجميد عيسى:مصدر سابق،ص٢٦.

(٢) د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق، ص١٨٣-١٨٤.

(٣) وارد في:عبد الله الشرفاني: مصدر سابق،ص٤٢.

في المدة السابقة على تنفيذ العقد الإداري ينبغي على الإدارة كونها سيدة العمل ان تضع تحت متناول يد المتعاقد كافة الرخص والتصاميم التي من شأنها دفع عملية التنفيذ الى الامام، لاسيما ان المتعاقد لن يتمكن من البدء بالعمل ما لم يحصل على المواد اللازمة لانجاز العمل وتوفير موقع عمل مناسب، فضلاً عن كل هذا تلتزم الإدارة بالعمل على تعيين مهندس يشرف على حسن سير العمل في المشروع، جملة، الالتزامات هذه يلقيها العقد على الإدارة التي تعمل على تسهيل عملية التنفيذ والاَّ بإمكان المتعاقد المطالبة بفسخ العقد مع التعويض، ما دام في المراحل الاولى للعقد.

المطلب الأول

التزام الإدارة بتمكين المتعاقد من الحصول على الرخص الإدارية

ان الحصول على هذه الرخص (الاجازات) غالباً ما يكون من قبل الإدارة الطرف الاول في العقد الا اذا نص العقد على خلاف ذلك، وتبدو أهمية الحصول على هذه الرخص في تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية وخلال المدة المتفق عليها. ومن اهم هذه الرخص تلك التي تتعلق بالانتفاع بالمال العام او لمد الاسلاك او لشق باطن الارض لغرض اقامة انابيب المياه[١]. وقد اكدت على هذا الالتزام م .١ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرية ذي الرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ اذ جاء فيه ((على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقاً للقوانين والقرارات التي تقضي ذلك)). فالإدارة ملزمة بتوفير الرخص والموافقات للمتعاقد لاسيما ان الاخير لن يتمكن من البدء بتنفيذ العمل في المشروع مالم تصدر له اجازة بناء، وهذا ما يعد من النظام العام. فقيام المتعاقد بالعمل من دون الحصول على الرخصة يعد مخالفة جنائية، اذ نصت م٣٧ من نظام الطرق والابنية على عدم جواز احداث أي بناء قبل استحصال اجازة من البلدية حسب احكام النظام، مع الإشارة الى ان النظام المذكور لم يبين جزاء المخالفة غير ان القانون الجنائي عاقب بشكلٍ عام المخالفين لاحكام الانظمة النافذة[٢]. ومنها نص م٢٧ من مقاولة رقم ١ مشروع الرشاد والمتعلق بأنشاء دور لموظفي المدينة ((على المقاول استحصال اجازة البناء وتعقيب معاملاتها على ان يدفع صاحب العمل الرسم الاصولي))[٣]. يمكن تكييف العقد الإداري قبل الحصول على الترخيص بأنه عقد معلق على شرط فاسخ وهو عدم الحصول على الترخيص، وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض، لان الإدارة قصرت في تنفيذ التزاماتها. وقد صدرت عن محكمة النقض المصرية قرارات تؤكد ذلك رقم الطعن ٢٤٣ لسنة ٣٧ف جلسة ١٩١٢/٦/١ م.م.ق.س٢٣.ص١٠٦٢ ((تأخر رب العمل في عقد بألتزامه التعاقدي ومن ثم يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسؤولية لا يدرئها عنه الا اثبات قيام السبب الاجنبي الذي لا يدله فيه))[٤]. لذا تثار مسؤولية الإدارة العقدية فيما لو لم تقم برفق التصاميم والخرائط الكافية للتدقيق او عدم صحة التصاميم والخرائط بالشكل الذي يحول دون التصديق عليها. او ان التصاميم وضعت دون الاخذ بالحسبان النظم المتبعة في البناء او النظم الخاصة المتعلقة بالشؤون العمرانية والبلدية))[٥].

المطلب الثاني

التزام الإدارة بتقديم التصاميم والخرائط المتعلقة بالعمل

---

(١) د.محمود سعد الدين الشريف:مصدر سابق،ص١٨٧.
(٢) د.محمد علي جواد: العقود، ص١٠٤. عبد الجبار ناجي:مصدر سابق، هامش١، ص٣٢٨.
(٣) عبد الجبار ناجي:المصدر السابق، هامش٢،ص٣٢٨.
(٤) حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني:مصدر سابق،ج٩،ص٢١٠.
(٥) عبد الجبار ناجي:مصدر سابق،ص٣٢٩-٣٣٠.

من بين الامور الاساسية التي يعتمدها المتعاقد للبدء في التنفيذ هو ضرورة الحصول على الخرائط والرسوم والتصاميم ذات العلاقة بالعقد، إذ على الجهة الإدارية تزويد المتعاقد بها قبل المباشرة بالتنفيذ، بشكل يتعذر على المتعاقد البدأ بالتنفيذ من دون تقديمها من قبل الإدارة المتعاقدة في الميعاد المتفق عليه في العقد او بعد فترة مناسبة من ابرام العقد، لاسيما ان المقاول ملزم بأتباع التصاميم والمواصفات التي تسلم اليه من رب العمل[١]. وقد بينت الشروط العامة الفرنسية للعقود الإدارية هذا الالتزام في المادة ٣ف٣١ والتي تنص ((على قيام المسؤول عن تنفيذ العقد بتجهيز المتعاقد بكافة المستندات الضرورية للعقد مع وثيقة الالتزام)) فالإدارة تعد ملزمة بتمكين المتعاقد من الحصول على الخرائط والتصاميم والالات والمواد اللازمة لاتمام العقد[٢].

وفي هذا الاطار تثار مسؤولية الإدارة العقدية على اساس الخطأ في حالتين: الاولى، عدم قيام الإدارة بتزويد المتعاقد بالتصاميم والخرائط والمستندات اللازمة لتنفيذ العمل والثانية، تقديم الإدارة لتصاميم وخرائط ومستندات معيبه.

أولا:- امتناع الإدارة عن تقديم التصاميم والخرائط والمستندات

من واجب الإدارة قبل قيامها بتسليم المتعاقد موقع العمل ان تقوم بتسليمه التصاميم والخرائط والوثائق المتعلقة بالمشروع كي يكون على بينة من طبيعة الموقع وحالته وكل ما يتعلق بملابسات تنفيذه، وبخلافه فان تنفيذ الالتزام العقدي يصبح مستحيلاً على المتعاقد مما يولد له الحق في طلب فسخ العقد والمطالبة بتعويضات عادلة تغطي ما لحق به من اضرار، ولكن قد يجد المتعاقد نفسه بحاجة الى المزيد من الايضاحات والتصاميم التفصيلية التي تتعلق بجزئيات العمل الدقيقة، وذلك كلما تقدم العمل الى مرحلة لاحقة. على المهندس المشرف على سير العمل تزويد المقاول بهذه التصاميم والخرائط اللازمة لتنفيذ واكمال العمل في الميعاد المناسب، فألتزام رب العمل بتزويد المتعاقد هو التزام ضمني[٣]. وقد اكد على التزام الإدارة هذا قرار محكمة التمييز العراقية الصادر في ١٩٩٦/١١/٢٢ الذي نص على ((ان المباشرة بالعمل تعتبر من التاريخ الذي سلمت فيه الخارطات اذ يستحيل عملاً على المقاول ان يبدء بالعمل فيه قبل تسلم هذه الخارطات))[٤]. وقد نظمت المادة ٨٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ((يلتزم المقاول بان يتحرى بنفسه طبيعة الاعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه اخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد فيها كما لو كانت مقدمة منه)). كما قد تضمنت شروط لبمقاولة لأعمال الهندسية المدنية ما يشير الى هذه الالتزامات في المادة ١١ فمنها ((يعتبر ان "المقاول" قد قام قبل تقديم عطائه بكشف وتحري "الموقع" وانه قد اقتنع بنفسه بحالة وطبيعة "الموقع" وما يحيط به وسبل الوصول اليه ووسائل المعيشة التي قد يحتاج اليها وكميات وطبيعة العمل والمواد اللازمة لتنفيذ "الاعمال" وانه قد حصل على جميع المعلومات الضرورية الخاصة بالمخاطر والتحوطات والظروف الاخرى التي قد تؤثر او تمس عطاءه)) كما قد اضافت م٧ف١ من الشروط العامة لهذا الالتزام قائلة ((تبقى الخرائط بعهدة المهندس على انه يجب ان تجهز نسختان منها الى "المقاول".... وقد اعطت المعنى نفسه م ٤ -ف ء من تعليمات

---

(١) عبد الجبار ناجي:المصدر السابق، ص٣٣٦.ياسين كريم الحلفي:سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ عقد الاشغال العامة/دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٦،ص١٤٣.

(٢) -Articl (٣) provision (١٣) du C.C.A.G Travoux
-de Loubider:op.cit, P١٣٨.
د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص١٧٩.

(٣) اشار اليه: عبد الجبار ناجي:مصدر سابق،ص٣٣٦ ومابعدها.

(٤) المصدر السابق، هامش ٣٠، ص٣٣٦. رقم الاضبارة ٩٣١/ج/٦٦ وارد في: المصدر السابق، هامش٣٠٨، ص٣٣٦.

تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨((...د- ان تكون الشروط والمواصفات وجداول الكميات والخرائط وغير ذلك مما هو ضروري للتنفيذ جاهزاً...)).

ثانياً:تقديم الإدارة لتصاميم وخرائط معيبة

لا يكفي لكي تعد الإدارة قد قامت بتنفيذ التزاماتها العقدية ان تقوم بتزويد المتعاقد بالتصاميم والخرائط وانما عليها مهمة القيام بوضع التصاميم والخرائط الخالية من أي عيب او نقص يمكن ان يؤثر على حسن تنفيذ العمل في المشروع، ومن ثم يثير مسؤوليتها العقدية. فعلى الإدارة العمل على وضع التصاميم والخرائط بدقة متناهية بمعنى قابليتها للتطبيق المباشر من دون ادنى سبب لكي يتم تعليق تنفيذ العمل لاجراء تعديلات عليها. فاذا حصل أي تناقض بين هذه التصاميم والخرائط وبين جداول الكميات المسعر، فيتم عرض مثل هذا الامر على المهندس لغرض ابداء رأيه، ويعد قراره ملزماً في مثل هذه الحالة. فإذا ما ترتب على تنفيذ قرار المهندس نفقات اضافية لم يكن قد تحسب لها المقاول، فعلى الإدارة عندئذ تعويض المقاول عما صرفه مع الاشارة الى ان العيوب التي قد تطفو على السطح قد يكون مرجعها خطأ مهندسي جهة الإدارة بسبب عدم المامهم بجزئيات العمل في المشروع او نتيجة لعدم قيام الإدارة بمراعاة التصاميم والخرائط المعتمدة في تنفيذ العمل او عدم مطابقة التصاميم مع الواقع كحالة عدم ادراج الإدارة في التصاميم جدول مائي موجود في الموقع مما يؤثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد[١]. مثل هذه العيوب وغيرها تثير مسؤولية الإدارة العقدية وتكون سبباً للمطالبة بفسخ العقد وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية قرار اكد على ذلك ((ان المميز عليه المقاول قد اقام الدعوى يطلب فيها الحكم بالزام المميز رب العمل بان يدفع مبلغاً قدره (٣١٣٨.٦٠٠) ديناراً وهو مبلغ كلفة الجسر الذي قام بأنشائه مع اعمال اخرى بموجب المقاولة المعقودة بينه وبين المميز وقد انهار هذا الجسر نتيجة خطأ وتقصير المميز (رب العمل) فصدر حكم لصالحه بداءة وتأيد استئنافاً ووجد ان تقرير الخبراء في المرافعتين البدائية والاستئنافية قد ايد استحقاق المقاول لجميع تكاليف العمل وبأنه غير مسؤول عن الانهيار الذي حدث للجسر كما ايد التقريران هذا الانهيار ليس ناتجاً عن خطأ المقاول في العمل او مخالفته المواصفات بل انه ناتج عن خطأ رب العمل المميز وتقصيره لانه عند وضع تصميم هذا الجسر لم يراع في تصميمه مواصفات الجسور التي تنشأ لمثل الغرض الذي انشأت الجسور موضوع الدعوى لاجله..حيث كان عدد الفتحات المصممة قليلة بحيث لا يمكنها ان تستوعب كمية المياه المتدفقة وقوتها في مثل هذا الفيضان المحتم حدوثه في أي من السنين، ولم يراع التصميم كذلك مقدار العمق اللازم للأسس لمثل هذا الجسر...))[٢].

كما بينت محكمة النقض المصرية ذلك في قرار لها الطعن رقن ٤٤٠ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ س١٧ ص١٨٣ جاء فيه ((المقاول الذي يعمل بأشراف رب العمل الذي وضع التصميم والذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري يشترك مع رب العمل في المسؤولية عما يحدث في البناء من عيوب اذا كان قد علم بالخطأ في التصميم وأقره او كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى امره على المقاول المجرب الا انه اذا كان المقاول قد نبه رب العمل الى ما كشفه من خطأ في التصميم فأصَّر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبره والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فان اذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحالة لا يجعله مسؤولاً عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم اذ الضرر يكون راجعا الى خطأ رب العمل وحده ويتحمل المسؤولية كاملة))[٣].

لقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على اثارة مسؤولية الجهة الإدارية المتعاقدة فيما لو قامت بأعتماد تصاميم او خرائط للمشاريع من دون تحفظ، ففي مثل هذه الحالة تكون قد اقترفت خطأ

---

(١) وارد في: ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق،ص١٤٣-١٤٤.
(٢) وارد في: ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق، هامش ٥ص١٤٤.
(٣) حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني:مصدر سابق،ج٩،ص٢٠٤.

جسيماً. الحكم نفسه يصار اليه فيما لو قامت بوضع تصاميم غير واقعية لاعتمادها على اساليب فنية مشكوك فيها بالرغم من تمتع الإدارة بالقدرة والكفاءة في امور البناء تفوق قدرة من يتعاقد معها. لاسيما ان الاخير ملزم بالانصياع لاوامر الإدارة المتعلقة بالعمل، وله حق الاعتراض على مثل هذه التصاميم لدى رب العمل. وللاخير ان يقوم بتصحيح الخطأ او السهو في التصميم او الخرائط في أي مرحلة من مراحل التنفيذ، ويقع على عاتق المقاول مراجعة التصاميم والخرائط وتحري طبيعة العمل بنفسه ومدى صلاحية الرسوم والخرائط المقدمة من رب العمل.

في الحقيقة هنالك عيوب قد لا يسهل التعرف عليها الاّ اثناء العمل، أما اذا كانت العيوب واضحة بالشكل الذي يمكن معه اكتشافها من قبل رجل متخصص مثل المقاول فيتحمل الاخير المسؤولية فيما لو تم اعتمادها[١]. اما اذا كانت العيوب في التصميم من الوضوح والجسامة، ومع ذلك لم يتمكن المقاول والجهة المشرفة على تنفيذ العمل من اكتشافها فيعد رب العمل في مثل هذه الحالة مسؤولاً عن العيب في التصميم. أما اذا اشترك خطأ رب العمل مع خطأ المقاول نتيجة لعدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر للحيلولة من دون وقوع الضرر، فتوزع المسؤولية عندئذ على طرفي العقد، بنسبة ما ساهم في احداث الضرر. وقد عبرت محكمة التمييز العراقية في قرارٍ لها عن ذلك.

رقم الاضبارة ١٥٦٨/م١/١٩٩٢ تسلسل ٩٠/٨٩ ((ان رب العمل وكذلك المقاول لم يتخذا الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر حيث كان عليهما قبل المباشرة بالعمل الحصول على الخرائط التفصيلية المبينة لمسار الخطوط الكهربائية والمناطق المحرمة وبذلك فانهما يتحملان المسؤولية عن الاضرار...))[٢]. وفي قرار اخر اكدت محكمة التمييز على ((عدم مسؤولية رب العمل فيما لو كان المقاول ملزم بمراجعة جهات ادارية ذات اختصاص لغرض الحصول على الخرائط والتصاميم المتعلقة بحفر مسارات خطوط الماء والكهرباء كما ان قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٧٦٥ لسنة ١٩٨٢ اوجب على الشركات المقاولة قبل مباشرتهم بعمل الحفريات في الشوارع العامة ضمن منطقة عمل المقاولة، مراجعة الدوائر المختصة بخدمات الهاتف والكهرباء والمجاري وامانة بغداد والبلديات، وغيرها استلام الخرائط المتعلقة بالماء والمجاري والكيبلات في الشوارع ضمن منطقة العمل توخياً من حصول ضرر بقطع الكيبلات او غيرها اثناء العمل. وقد ثبت أن المميز عليه (المقاول) لم يراجع وقام بأعمال الحفريات وحصل الضرر والمطالبة بالقيمة من قبل دائرة المميز فيكون التقصير من جانب المميز عليه (المقاول) لعدم مراجعة دائرة المميز تطبيقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المشار اليه اعلاه...))[٣]. وفي اطار الاعتراضات التي يقدمها المقاول على التصاميم والخرائط المعيبه المقدمة من قبل رب العل فان المتعاقد مع الإدارة يواجه، افتراضين: الأول ان يقر رب العمل والمهندس صحة تطبيق التصاميم، التي سبق ان اعترض عليها المقاول من دون القيام باي تعديل عليها، والثاني قيام المتعاقد بتنفيذ التصاميم والخرائط مع قيام الإدارة بأجراء التعديلات اللازمة عليها. فاذا اخطرت الإدارة المقاول بضرورة تطبيق التصميم المعترض عليه وكان الاخير معيباً فينبغي ان نميز بين امرين : اما ان الاستمرار بتنفيذ العمل وفق التصميم المعيب لن يكون له أي اثر الا على صلاحية العمل للغرض المتعاقد من اجله. او الاعلى قيمة العمل دون ان يهدد البناء بالانهدام او ان الاستمرار في تنفيذ العمل على وفق التصميم المعيب قد يؤدي الى انهدام البناء. ففي الحالة الاولى اذا اصر رب العمل على قيام المقاول بانجاز العمل ففي مثل هذه الحالة يستمر المقاول بتنفيذ العمل، وذلك لان نقص قيمة العمل او صلاحية تهم رب العمل بالدرجة الاساس، وبما انه قد اصر على تنفيذ العمل فيتحمل هو المسؤولية. أما في الحالة الثانية فأن رب العمل يعد مسؤولا عن التصميم المعيب لان تنفيذ العمل يؤدي الى تعريض

---

(١) وارد في: ياسين كريم الحلفي:المصدر السابق،ص١٤٥.

(٢) وارد في: ياسين كريم الحلفي:المصدر السابق، هامش ٣،ص١٤٦.

(٣) رقم القرار ١٥٨٢/م١/١٩٩٢ تسلسل ١٢٤. وارد في:ياسين كريم الحلفي:المصدر السابق،هامش٣، ص١٤٦.

السلامة العامة والممتلكات للخطر لكون الحفاظ على السلامة العامة امراً يتعلق بالنظام العام، وللمقاول في مثل هذه الحالة الحق في مطالبة القضاء بفسخ العقد المبرم بينه وبين الإدارة[١].
أما اذا كان التصميم معيباً وبادر رب العمل الى اجراء التصحيحات عليه بالشكل الذي ادى الى تعديل التصميم فليس للمقاول ان يمتنع عن التنفيذ وله المطالبة بمبلغ اضافي على وفق الاسعار المبينة لفقرات العمل في العقد او وفقاً لتقدير الخبراء ان لم تكن اسعار مثل هذه الاعمال مثبتة في العقد أماً اذا كانت التعديلات من الجسامة، ولم يجر الاتفاق بين الطرفين على مقدار الاجر الاضافي الواجب لقاء الاعمال، ففي مثل هذه الحالة ينحل العقد، ولاسيما ان تنفيذ العمل على وفق هذا التصميم يعد امراً مستحيلاً[٢].

(١) وارد في: عبد الجبار ناجي:مصدر سابق،ص٣٣٩-٣٤٠.
(٢) عبد الجبار ناجي:المصدر السابق، ص٣٤١.

المطلب الثالث

إخلال الإدارة بالتزامها المتعلق بتسليم موقع العمل

تلتزم الإدارة المتعاقدة في عقود الاشغال العامة، والامتياز بتسليم من يتعاقد معها موقع العمل في الميعاد المتفق عليه في العقد او خلال مدة زمنية مناسبة ولاسيما ان بداية تنفيذ الاعمال يتم احتسابها من التاريخ الذي يسلم فيه موقع العمل للمقاول[١]. وقد بينت م٧٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على ((وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الاعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع. الا اذا اتفق على خلاف ذلك ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم احداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الادارية بالنسخة الاخرى. واذا لم يحضر المقاول او مندوبه لتسلم الموقع في التأريخ المحدد له في امر الاسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل)) بمعنى ان من واجب الإدارة تسليم المقاول موقع العمل وفقاً لما ينص عليه العقد او دفاتر الشروط العامة. اذ تلزم بأن تضع تحت تصرف المقاول الموقع من دون أي مانع مادي او قانوني قد يعترض تسليمه، وبعكسه فأنه تثار مسؤولية الإدارة العقدية. فقد حكت محكمة القضاء الاداري المصرية بمسؤولية الإدارة التي تأخرت في تسليم المقاول موقع العمل ((اخلاء الموقع واتخاذ اجراءات نزع الملكية بالنسبة للارض التي ستقام فيها المباني الجديدة انما هي امور تقع على عاتق الإدارة وهي ملزمة بأستكمالها قبل اصدار الامر للمقاول (المدعي) بالبدء في العمل طالما انه لا يستطيع ان يبدأ في تنفيذ العقد الا بعد ان يتم الاخلاء ونزع الملكية ومنع التعرض. وبهذا تكون جهة الإدارة قد اخطأت بان تأخرت في تسليم المقاول (المدعي) موقع العمل))[٢]. واذا كان موقع العمل من السعة بشكل يتم تسليمه على مراحل، فعلى رب العمل المباشرة بذلك وقد اكدت المادة ٤٣ف١ من الشروط العامة العراقية الى ان ((على صاحب العمل (باستثناء ما ينص على خلافه في المقاوله) ان يضع تحت تصرف المقاول ذلك الجزء من الموقع الذي يتطلبه تمكين المقاول من المباشرة والسير في تنفيذ الاعمال طبقاً للمنهاج المشار اليه في م١٤ من هذه الشروط

يقدمها المقاول باشعار تحريري الى المهندس وعلى صاحب العمل من وقت لاخر حسب تقدم الاعمال ان يضع تحت تصرف المقاول الاجزاء الاخرى من الموقع على النحو المطلوب، ليتمكن المقاول من السير في تنفيذ الاعمال بالسرعة اللازمة طبقاً للمنهاج او المقترحات المذكورة (حسب مقتضى الحاجة). واذا تعرض المقاول لتأخير بسبب اخفاق من جانب صاحب العمل في السماح له بتسلم الموقع وفقا لاحكام هذه المادة فعلى المهندس ان يمنح مدة اضافية لاكمال الاعمال)). مع التأكيد على ان الحيازة التي يتم نقلها الى المقاول تختلف باختلاف، المقاولة فيما اذا كانت تتعلق بترميم مبنى او تشييد مبنى جديد، ففي الحالة الاولى بأمكان رب العمل القيام بتسليم الموقع ولو بشكل جزئي، أما في الحالة الثانية فيلتزم رب العمل باخلاء الموقع بشكل كلي وتسليمه بالكامل للمقاول[٣]. مع ضرورة التأكيد على ان التزام الإدارة بتسليم موقع العمل لا يقف عند حد تسليم الموقع فقط. وانما يمتد الى ضرورة تمكين الإدارة المقاول من الانتفاع بالموقع واستغلاله لانجاز العمل، فلا يحق للادرة العمل على بيع موقع العمل قبل او بعد قيامها باصدار امر المباشرة بالعمل او قيامها بإحالة مهمة تنفيذ الاشغال العامة الى مقاول ثم تقوم بعد ذلك بالبحث عن موقع العمل، فعمل الإدارة في مثل هذه الحالات يعد سبباً لضياع الوقت والاضرار بالمقاول ويولد له الحق في المطالبة بفسخ العقد قضائياً لخطأ الإدارة، فضلاً عن التعويض وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية ما يؤكد مسؤولية الإدارة على اساس الخطأ في حالة اخلالها بتسليم موقع العمل للمتعاقد، ففي قرار صدر في الدعوى المرقمة ١٠٤/ب/٢٠٠٠ المعروضة امام محكمة بداءة الرصافة بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢ ((تم فسخ عقد الاحالة المرقم ٩/٦٢ في ٩٩/٤/٧ لموقع الكشك الواقع في محلة

---

(١) طاهر التكمه جي:مصدر سابق، ص٣٣.د.سعاد الشرقاوي:القانون،ص٢٠١.د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص١٧٩. عبد الجبار ناجي:مصدر سابق، ص٣٣.ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق،ص١٣٩.

(٢) وارد في: ياسين كريم الحلفي:المصدر السابق، هامش٤، ص١٣٩.

(٣) عبد الجبار ناجي:مصدر سابق،ص٣٣١.

٣١٢ وقد اكتسب القرار الدرجة النهائية، اذ ان المدعي انفق مبالغ لشراء الكشك وتهيئته لغرض نصبه في الموقع المخصص له وان قرار الحكم بفسخ العقد جاء نتيجة لعدم قيام المدعي عليه اضافة الى وظيفتة بتسليم الموقع الى المدعي مما فوت عليه فرصة الانتفاع وسبب له خسارة مادية))[١]. وفي قرار اخر قضى بفسخ العقد المبرم بين المتعاقد والإدارة لقيام الإدارة بالاستيلاء على موقع العمل لتحول من دون الانتفاع به وتتلخص وقائع هذه القضية ((ادعى "المدعي" أمام محكمة بداءة الرصافة بأنه سبق وتم ابرام عقد بينه وبين المدعي عليه امين بغداد اضافة الى وظيفته على ايجار ساحة لوقوف السيارات في الباب الشرقي خلف وزارة الثقافة والاعلام لمدة ٣سنوات تبدأ من عام ٢٠٠٠ وانتهاءاً بـ٢٠٠٣ الا ان المدعي عليه لم يقم بتسليم المدعي موقع العمل (المأجور) وبالرغم من قيام المدعي بتوجيه انذار للمدعى عليه فقد تم الاتفاق على ان يتم تسليم المأجور في ٢٠٠٠/٦/١٧ الا ان المدعى عليه قام بالاستحواذ على الساحة قبل انتهاء الفترة المحددة لذلك لذا فقد خاصمه المدعي قضائياً مطالباً بالفسخ مع التعويض عن فوات المنفعة وقد كان قرار محكمة البداءة والاستئناف والتمييز واحداً يقضي بالفسخ مع تعويض المتعاقد عن الاضرار...وقد جاء في قرار الحكم...لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للاسباب الواردة فيه وجاء تطبيقاً سليماً لاحكام المادة ١٧٧و٧٥٤ م.ع حيث ان المؤجر المميز يضمن التعويض عن فوات المنفعة وقد ثبت من الكشف الجاري واقوال وكيل المميز وكتب دائرته المرفقة طياً بالدعوى قيام (شركة النقل الخاص) وبموافقة امين بغداد بانتزاع المأجور من يد المستأجر خلال فترة سريان العقد مما تسبب في حرمان المميز عليه من الانتفاع بالمأجور مما يجعل شروط الفسخ متوفرة في الدعوى لذا قرر رد الطعن التمييزي وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠١/٤/١٩))[٢]. وفي قرار آخر((حيث تبين للخبراء بأن المدعى عليه محافظ البصرة اضافة لوظيفة (رب العمل) قد اخفق في الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بفقرة تسليم الموقع لانشاء بعض الابنية عليها وحيث ان الموقع لم يكن جاهزاً الا بعد مضي ٣ أشهر مما اضطر المقاول الى ان يطلب اعفاءه من العمل ولا يحق مطالبته بالغرامات وفروقات الزيادة في العمل والاسعار لذا تقرر تصديق الحكم وتحميل المميز رسم التمييز))[٣]. وفي قرار اخر حالت الإدارة بين المتعاقد وبين انتفاعه بالمأجور نتيجة لقيامها بتأخير جزء من المأجور فضلا عن قيامها بالتصرف به بشكل يخالف التزاماتها العقدية وتتلخص وقائع هذه القضية ((بأن المدعي (ث) كان قد استأجر بموجب العقد المبرم بتأريخ ٩٩/١٠/٢٨ من مدير عام الشركة العامة لادارة النقل الخاص اضافة لوظيفة نهاية خط الحرية الكاظمية الا ان المدعى عليه قد خالف التزاماته العقدية لكونه قد قام بتأجير جزء من الخط الى متعهدين اخرين اضافة الى ذلك قيامه بتقسيم مسارات الخطوط بشكل مخالف للقانون، وقد راجع المدعي الدائرة القانونية للمدعى عليه مطالباً بالفسخ مع التعويض الا ان المدعى عليه ممتنع عن ذلك، وعليه اصدرت محكمة البداءة حكماً يقضي بفسخ العقد من تأريخ اقامة الدعوى لغرض ايقاف الجباية وقد طعن وكيل المدعى عليه تمييزاً الا إن محكمة التمييز قررت نقض الحكم المميز واتباعاً لذلك أصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٠٠١/٤/١٢ حكماً حضورياً يقضي بألزام المدعى عليه اضافة لوظيفته بفسخ العقد وقد صدق القرار تمييزاً))[٤].

هذا ويعد خطأ جسيماً يتيح للمتعاقد طلب الفسخ((اذا قامت الإدارة بتحديد واختيار موقع العمل وقامت بتسليمه للمقاول الذي عمل من جانبه على اعداد المواد اللازمة والايدي العاملة وكافة الوسائل الضرورية للكشف والتحري على طبيعة الموقع والوقوف على مدى تناسبه للعمل المعهود به اليه ثم تقوم الجهة الادارية بتغيير موقع العمل الى اخر لم يكن قد تحسب له المتعاقد. بالمقابل لا يعد خطأ جسيماً يسوغ الفسخ قيام الإدارة بتأمين الموقع للمقاول وتزويده بالوثائق والتصاميم

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم الاضبارة (١٩٣٣/م٢/٢٠٠١) غير منشور.
(٢) رقم الاضبارة (٤٠٤/م اعقار/٢٠٠١)تسلسل ٩٤٥، غير منشور.
(٣) وارد في:ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق،هامش٦،ص١٣٩.
(٤) رقم الاضبارة (١٨٢٢/م٢/٢٠٠١) تسلسل ٢٠٢٥.غير منشور.

اللازمة لاتمام العمل ففي هذه الحالة يلتزم المقاول بالاستمرار في انجاز العمل دون ان يتذرع بحجة تأخر الإدارة في الحصول على موقع العمل والا فأنه يسأل عن أي مخالفة قد يرتكبها))[١]. ولا يقتصر التزام الإدارة على تسليم المقاول موقع العمل فحسب بل هي ملزمة بأن تقوم بأجراء الدراسة الاولية على التربة لاسيما ان تنفيذ الاشغال العامة عادة يتطلب قيام الجهة الادارية بنفسها باختيار وتحديد موقع العمل لان تنفيذ مثل هذه المشاريع غالباً ما يأتي لاعتبارات عسكرية او اقتصادية او اجتماعية. لذا تسأل الإدارة عن مدى صلاحية تربة الموقع لتحمل البناء قبل اعلان المناقصة لكون الإدارة تملك من الخبرة والكفاءة والامكانية ما تفوق به مقدرة المقاول بشكل يجعل منها قادرة على اكتشاف العيب في موعد مبكر. ولاتتمكن الإدارة من القاء هذا العبء على المتعاقد، فهي ملزمة أن تقدم ما في وسعها لاصلاح وتدعيم التربه ومعالجتها فيما لو ثبت عدم صلاحيتها ولا يكون بامكان الإدارة رفض ذلك متذرعة بزيادة الكلفة او عدم قابلية التربة للعلاج مما يترتب عليه بالنهاية وقف الاعمال[٢]. وقد اكدت محكمة التمييز العراقية على التزام الإدارة باختيار موقع عمل صالح لانجاز المشروع قائلة:((... بعد التدقيق والمداولة وجد ان المميز عليهما كانا قد ابرما عقد مقاوله لتاسيس (مشروع شط العرب والقرى المجاورة في البصرة) على ان يتم انجاز العمل في خلال ٣٠شهراً يبدأ من تاريخ استلام المميز عليهما موقع العمل. وبعد ان استلم المميز عليهما ظهر انه غير صالح لانشاء المشروع عليه فأخبرا (المميز الثاني رب العمل) بذلك فعمل الاخير على اختيار موقعين اخرين ظهرت عدم صلاحيتهما ايضاً فقام رب العمل بتغيير مواصفات المشروع ولم يستطع تهيئة موقع العمل. وبعد ان استلم المميز عليهما ظهر انه غير صالح لانشاء المشروع عليها فأخيرا (المميز الثاني رب العمل) بذلك الذي قام من جانبه باختيار موقعين اخرين ظهرت عدم صلاحيتهما ايضاً فعمل رب العمل على تغيير مواصفات المشروع ولم يستطع تهيئة موقع العمل الا بعد انتهاء المدة المحددة لانجاز المشروع، واذا كان اختيار موقع العمل التزاماً يقع على عاتق رب العمل لا على المقاول لذا كان على المميز الثاني التأكد من صلاحية الموقع الذي اختاره قبل ان يبرم العقد مع المميز عليهما. فتلكؤه في ذلك وما ادى اليه من تغيير في موقع العمل اكثر من مرة ثم تغيير المواصفات يجعله مخلا بالتزامه ويبيح للمميز عليهما طلب الفسخ، لاسيما ان المميز عليهما امهلا رب العمل اكثر من مرة لتعيين موقع العمل المناسب لاقامة المشروع. أما اعتراض وكيل المميزين بان المميز عليهما قاما بتنفيذ الفقره الاولى من العقد وهي فحص التربة الذي قام به المميز عليهما وقد اثبت عدم صلاحية الموقع الذي استلماه والكتب والمخابرات المحفوظة في الاضابير الخاصة بالعقد ثبت بان المميز رب العمل اختار موقعين اخرين غير موقع العمل الذي استلمه المميز عليهما اول الامر .ثم قام بتغيير المواصفات واللجوء الى دق الركائز الكونكريتية ولا يقبل من وكيل المميزين القول بان اللجوء الى دق الركائز الكونكريتية كان متوقعاً وخارجاً عن ارادة المميزين، لانه اذا كان المميزون قد توقعا ان تنفيذ العقد يقتضي دق الركائز الكونكريتية فقد كان عليهما ان يدرجا ضمن شروط العقد. أما اذا كان دق الركائز الكونكريتية امراً خارجاً عن ارادة المميزين بأن المميز عليهما وافقا على الاشراف على دق الركائز دليلاً على حسن نيتهما وانهما كانا مستعدين لتنفيذ العقد ما دامت مدة التنفيذ لم تنته وان الرابطة العقدية لا تنحل الا بالفسخ رضاء او قضاء لهذه الاسباب ولغيرها التي استند اليها الحكم الاستئنافي المميز ويكون الحكم بما قضى به موافقاً للقانون وتكون الاعتراضات التمييزية غير واردة فقرر ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل المميزين رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٧٩/٨/١٨[٣])). وازاء التزام الإدارة هذا فان المقاول لايتمكن من درء مسؤوليته الا اذا اثبت عدم قيام الإدارة بتقديم البيانات والتصاميم الكافية لاثبات وتحديد حالة التربة، او ان يثبت تأخر الإدارة في تقديم المعلومات او كانت الاخيرة تحوي على اخطاء، او ان الإدارة قامت بالزام المقاول على التنفيذ في ارض معيبه.

---

(١) وارد في:ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق،ص١٤٠.

(٢) وارد في: ياسين كريم الحلفي: المصدر السابق، هامش١ ص١٤٢.

(٣) وارد في: مجموعة الاحكام العدلية، ع٣،س٧، مؤسسة ايف للطباعة/لبنان، ١٩٧٩،ص٤٩-٥١.

هذا وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المقاول الذي يكتشف عدم صلاحية التربه لاقامة البناء عليها كونها تحوي على صخور او طبقات لم يكن بالامكان توقعها، بشكل تجعل تنفيذ العمل امر مرهقا له حق طلب الفسخ لخطأ الإدارة وقد عبرت عن ذلك م١٢ف١ من الشروط العامة العراقية التي تنص:((...على انه اذا تعرض المقاول اثناء تنفيذ الاعمال لاحوال طبيعية استثنائية (عدا الظروف المناخية) او عوائق اصطناعية وكانت هذه الاحوال او العوائق مما لا يمكن لمقاول ذي خبرة ان يتوقعها من الناحية العملية، فعلى المقاول المبادرة بدون تأخير الى تقديم اشعار تحريري بذلك الى "المهندس" واذا اقتنع "المهندس" بان مثل هذه الاحوال الاستثنائية او العوائق الاصطناعية لم يكن بمستطاع مقاول ذي خبرة ان يتوقعها من الناحية العملية فعندئذ يتعين على "صاحب العمل" ان يدفع بعد تأييد "المهندس" التكاليف الاضافية المعقولة التي يتحتم على المقاول انفاقها بسبب مثل هذه الاحوال او العوائق بما في ذلك المصاريف المناسبة والمعقولة كنتيجة لمواجهة تلك الاحوال أو العوائق....)).

المطلب الرابع

التزام الإدارة بتزويد المتعاقد بالمواد اللازمة لإنجاز العمل

قد يشترط في العقد قيام الإدارة بتسليم المتعاقد المواد اللازمة لانجاز العمل المعهود به اليه وتثار مسؤولية الإدارة العقدية اذا لم تقم بتنفيذ هذا الالتزام، على ان يتم تسليم هذه المواد في الميعاد المتفق عليه في العقد او في ميعاد مناسب. مع الاشارة الى ان الميعاد المعتمد لتحديد ما اذا كانت الإدارة قد قصرت في تنفيذ التزاماتها ام لا، معيار موضوعي فلا يمكن طلب فسخ العقد اذ ا كان رب العمل قد حاول تجهيز المقاول بالمواد ولكنه لم يستطع لسبب لا دخل لارادته بها. ففي حالة امتناع الإدارة عن تسليم المتعاقد المواد اللازمة لانجاز العمل فله عندئذ، ان يطلب التنفيذ العيني بمعنى الزام الإدارة بتجهيزه بالمواد او يقوم هو بالشراء على حساب الإدارة وله ان يطلب فسخ العقد متذرعاً بأن عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها

من شأنه ان يؤدي الى عدم تمكنه من تنفيذ العمل المعهود به اليه[١]. وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية قراراً قضى بمسؤولية الإدارة عن تخلفها في تزويد المتعاقد بالمواد اللازمة لانجاز العمل رقم الاضبارة ٩٥/عامة/١٩٧٢ تاريخ القرار ١٩٧٣/٤/٢١، في قضية تتلخص وقائعها:((ان المدعي م اقام الدعوى البدائية المرقمة ٩٦٩/٢١٧٨ لدى محكمة بداءة بغداد بأنه بتاريخ ١٩٦٩/٤/٥ جرى التعاقد بينه بالتكافل والتضامن مع شركائه الثلاثة الاخرين من جهة وبين المدعى عليها شركة السمنت العراقية المؤممه وقد التزم بموجبه بقلع ونقل الحجر الصالح للسمنت من مقلع المدعى عليها في ام صفية بناحية عين تمر الى معاملها في سدة الهندية، وبتاريخ ١٩٦٩/٩/١٢ حدث انفجار في مخزن المتفجرات ادى الى تدميره بالكامل فتوقف على اثره المدعى عليها عن تجهيزه بالمتفجرات المطلوبة، فتوقف المقاول عن العمل وبقي مدة ينتظر ان تقوم المدعى عليها بانشاء مخازن اصولية جديدة للمتفجرات.....وقد اشار القرار الصادر في هذه القضية الى...لدى التدقيق والمداولة في الهيئة العامة لمحكمة التمييز...وجد ان الشركة المؤممة للسمنت المميز عليها كانت تجهز المقاول بالمفرقعات ثم توقفت عن التجهيز بعد احتراق المخزن فكانت الانذارات المتبادلة بين الطرفين ومراجعاتهما وكان على المحكمة ان تتحقق من الجهة المقصرة في هذا الصدد واسباب التقصير وهل ان المتفجرات التي كانت تسلمها الشركة الى المقاول في مواعيدها تتناسب مع كميات حجر الكلس المجهزة من المقاول للشركة وفقاً للعقد والقانون اولاً...))[٢].

---

(١) عبد الجبار ناجي: مصدر سابق،ص٣٤٤.

(٢) وارد في: مجلة القضاء العراقية، ع٣، س٢٨،مطبعة العاني/بغداد، ١٩٧٣،ص١٤٨-١٥٢.

المطلب الخامس

التزام الإدارة بتعيين مهندس يشرف على حسن سير العمل

قد تتضمن بعض العقود بنداً يلزم الإدارة بضرورة تعيين مهندس يتولى مهمة الاشراف على سير العمل في المشروع، او ان تعيينه يأتي لان بعض الاعمال لا بد ان يتم تنفيذها تحت اشراف مهندس وذلك لان الإدارة جهة غير قادرة على تشخيص الاخطاء الفنية المرتكبة من قبل المقاول. ويترتب على ذلك ان قيام الاخير بانجاز العمل من دون اشراف مهندس يؤدي الى اثارة مسؤولية المقاول عن مدى صحة وسلامة العمل. لذا يجد المتعاقد من الضروري ان يتم تنفيذ العمل تحت اشراف مهندس لتلافي طعن رب العمل في صحة عمله. لذا يقع على الإدارة واجب تعيين مهندس وان كان التزام الإدارة هذا لا ينقضي بمجرد تعيينه وانما هي ملزمة بتعيين مهندس خلف له في حالة وفاته او اصابته بعاهة او مرض يحول من دون مباشرة المهندس للعمل او انهاء خدماته لسبب ما.

فعدم قيام الإدارة بتعيين مهندس يؤدي الى تعريض المقاول لخسارة كبيرة لعدم تشخيص الاخطاء بوقت مبكر مما يؤدي الى ان تصبح جسيمة في المستقبل. وفي هذه الحالة يجب على الإدارة وتجنباً لذلك ان تقوم بتعيين مهندس ، وللمتعاقد ان يمنح الإدارة مهلة معينة وفي حالة امتناعها عن ذلك له حق طلب فسخ العقد مع التعويض عما يكون قد اصابه من ضرر جراء عدم امكانية تنفيذ العقد، فضلا عن ان وجود المهندس المشرف يسهل عملية التمويل المالي للعقد الذي عادة ما يجري تنظيمه في الشروط العقدية[1].

المبحث الثاني

إخلال الإدارة بالتزاماتها أثناء مدة تنفيذ العقد

من واجب الجهة الادارية المتعاقدة العمل على احترام تنفيذ العقد بحسن نية، بشكل تحول من دون القيام بأي عمل من شأنه ان يعرقل تنفيذ وانجاز العمل في الميعاد المحدد فضلا عن هذا فأن المتعاقد (فرداً او شركةً) لن يتمكن من المباشرة بالعمل والاستمرار فيه مالم يصدر اليه امر المباشرة بالتنفيذ وان لا يكون مهدداً بقيام الإدارة بتأجيل التنفيذ لمدة طويلة من دون سبب مشروع يسوغ ذلك. ويقع على الإدارة واجب حماية من يتعاقد معها من المنافسة منافسة الغير للمتعاقد في ذات النشاط الممارس او نشاط مماثل له.

وأخيراً الإدارة ملزمة بالاَّ تتعسف في استعمال حقوقها والاَّ اثيرت مسؤوليتها العقدية وعندئذ للمتعاقد حق الفسخ مع التعويض جراء مخالفة الإدارة لأي من هذه الالتزامات.

المطلب الأول

مخالفة الإدارة لواجب تنفيذها للعقد بحسن نية

من أولى الالتزامات التي يلقيها العقد على الجهة الإدارية التزامها بتنفيذ العقد الإداري بحسن نية، اذ لا يحق للإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد او تنفيذه بطريقة تحول من دون تمكن المتعاقد من أداء التزاماته العقدية كأن تقوم بفسخ العقد، لا لشيء بل لمجرد التحلل مما يفرضه العقد عليها من التزامات.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Hayem الصادر في ٢٥/يوليو/١٩٣٩ الى ((الإدارة لا تستطيع ان تتخلص من التزاماتها المتولدة عن عقد التوريد الذي ابرمته)) وحكمة في

(١) عبد الجبار ناجي:مصدر سابق،ص٣٣٤-٣٣٥.

٢٤/مايو/١٩٤٩ في قضية Seer d'Etat aux communcations المتعلقة بتنفيذ عقد الاشغال العامة[١]. وقد بين الفقيه لوليه بأن من المبادىء التي تسود العقود الادارية مبدأ التزام الإدارة بتنفيذ العقد الذي ابرمته. لذا على الإدارة احترام مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية الذي يعد واجباً تعاقدياً عاماً يفرض على طرفي العقد فهو لا يعني التزام الإدارة بمراعاة الاعتبارات الفنية والتقنيه في تنفيذ العقد فقط وانما عليها احترام تنفيذه بحسن نية[٢]. d'etecuex de bonne fais ، هذا ما عبرت عنه بشكل واضح المحكمة الادارية العليا في مصر في الحكم الصادر عنها في ٢٠ ابريل ١٩٥٧ ((ان العقود تخضع لاصل عام من اصول القانون يقتضي بان يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وهذا الاصل يطبق في العقود الادارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية فاذا ما ثبت ان البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التراكيب وان الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، فلم يكن ثمة ما يحول تطبيقاً لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية دون قبول هذه الكميات الموردة))[٣].

من المسلم به أن تنفيذ الإدارة للعقد الاداري لا يعد امراً شاملاً يطبق على العقود الادارية فعقد تقديم المعونة L'offre de concourts او عقد المساهمة في مشروع عام لا يضع على عاتق الإدارة الالتزام بتنفيذه فهو يترك للادارة الحرية في التخلي عن العقد، كما ان من يعرض تقديم المعونة له ان يسحب عرضه قبل ان يقترن بقبول الإدارة[٤].

هذا وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٥/١٠/٢٨ حكم في قضية Ville de saint Etinenne ((يقضي بأنه في حالات خاصة لعروض تقديم المعاونة المقدمة من اهل البر في اصلاح واعادة بناء اماكن العبادة. فان الإدارة بوصفها ملزمة وفقا للقانون بصيانة واعادة بناء هذه المباني لا يمكنها ان ترفض او تتخلى عن تنفيذ هذه الاشغال))[٥]. وقد سارت محكمة القضاء الاداري المصرية على الوتيرة نفسها قائلة: ((ان العقد المبرم..يمثل المرحلة الاخيرة فيما انتهت اليه ادارة الهيئة التي ابرمته، وبالتالي تلتزم بكافة اثاره القانونية..وما كان ان تتحلل بارادتها المنفردة عن التزاماتها بمقتضى ذلك العقد..)) أما القضاء العراقي فقد سلك مسلك القضاءين الفرنسي والمصري ازاء تنفيذ العقد الاداري. فقد قضت محكمة التمييز العراقية(..عقد المزايدة يتم برسو المزايدة..وان هذا العقد ملزم للطرفين))[٦].

لذا فان الجهة الادارية المتعاقدة ملزمة بان يتم تنفيذها لشروط العقد بحسن نية. ويبقى للقاضي مهمة التحقق من مدى كفاية او عدم كفاية التزامات الإدارة ومدى اخلاصها في تنفيذها. وقد اشاد بهذا الفقيه الفرنسي دي لوبادير أن تنفيذ العقد ينبغي ان يكون وفقاً لاحكام المادة ١١٣٤ مدني فرنسي وقد عبرت عن ذلك محكمة القضاء الاداري المصرية بجلستها المنعقدة في ١٩٧٠/٣/٢٩ في القضية رقم ٦٧٦ لسنة ٢٢ق اذ قالت: ((...اذ ان الاصل في العقود الادارية هو واجب تنفيذها بحسن نية، يمكن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين من شروط التعاقد وطبيعته وما ينبغي ان يتوفر من امانة وثقة بين المتعاقدين...))[٧]. اما في الجمهورية العربية السورية فقد بينت المحكمة الادارية العليا المعنى نفسه المشار اليه في الفقرات اعلاه مؤكدة ((ان تنفيذ شروط العقد يخضع

---

(١) وارد في: سليمان الطماوي: الاسس العامة، ١٩٥٧، هامش٢، طاهر التكمة جي:مصدر سابق،ص١٩-٢٦.
De Laubadere: op.cit,p:١٨٣.

(٢) -A-flamme (traite theorique et pratique des marches publics) Bruxelles ١٩٦٩.p.٥٩٤.

(٣) وارد في: سليمان الطماوي:الاسس العامة، ١٩٥٧، ص٤٦١-٤٦٢.

(٤) د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله : مصدر سابق ، ص ٦٠

(٥) وارد في: طاهر التكمه جي:مصدر سابق،ص٢٣-٢٤.

(٦) وارد في:المصدر السابق،ص٢٦.تنص مادة ٨٩ من القانون المدني العراقي ((لا يتم العقد في المزايدات الا برسو (المزايدة) و يسقط العطاء بعطاء ازيد و لو وقع باطلاً او بأقفال المزايدة دون ان ترسو على احد . هذا مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في القوانين الاخرى))

(٧) CE a Januier Syndicat du Canal de Makta Maklorf. P.١٣.
De Laubadere:op.cit,P.١٨٧.
طاهر التكمه جي:مصدر سابق،ص٢٩.

لقاعدة عامة تقتضي بان يكون مترافقاً مع حسن النية، اضافة الى وجوب التعاون بين الطرفين المتعاقدين لتحقيق الغاية التي يسعيان اليها وهذه القاعدة جديرة بالرعاية في العقود الادارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية..)).

وقد اضافت الى هذا المعنى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري[١].

أما في العراق فقد نصت م ١٥٠ف م.ع على ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) وقد صدر حكم لمحكمة التمييز العراقية جاء فيه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..))[٢]. فهو مبدأ مفترض في كل العقود بشكل عام والعقود الإدارية بشكل خاص ويبقى للمتعاقد ان يثبت سوء نية الإدارة وذلك بان يدلل على وقوف الإدارة حجر عثرة أمام تنفيذه لالتزاماته العقدية.

المطلب الثاني

الفسخ لعدم احترام الإدارة شرط المدة المنصوص عليها في العقد

يضع العقد على عاتق المتعاقد الالتزام بإنجاز العمل في الميعاد المحدد له في العقد. وهذا الواجب لا يقع على من يتعاقد مع الإدارة فقط والذي يقتضي تكريس المتعاقد جل وقته لتنفيذ العقد، وانما تلتزم الإدارة ايضا بان يتم تنفيذها لالتزاماتها العقدية في غضون مدة محددة والاَّ اثيرت مسؤوليتها العقدية. وفي هذا الجانب يملك المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بالتعويض فضلا عن حقه الاصيل في طلب فسخ العقد قضائياً. لذا سنتعرف على هذا الامر من جانبين الاول غياب امر المباشرة بالتنفيذ والثاني تعليق الإدارة لتنفيذ العقد.

اولاً:غياب أمر المباشرة بالتنفيذ

يعد من بين الشروط العقدية التي نالت الاهتمام بدراستها وتبيان مدى التزام المتعاقد والإدارة باحترامها. فهو يتطلب من المتعاقد احتراماً للمدة العقدية بمعنى ان يتم تنفيذه لالتزاماته خلال مدة زمنية محددة ويبقى للادارة سلطة الرقابة للتأكد من مدى التزام المتعاقد باحترامها. وفي هذه النقطة بالذات نرى انه اذا كنا قد الزمنا المتعاقد بضرورة تنفيذ العقد خلال مدة محددة فانه وبالمقابل تلتزم الإدارة باحترام شرط المدة العقدية. مع الاشارة الى ان هذا الشرط يختلف باختلاف العقود الادارية، فهو يلعب دوراً بارزاً في العقود الزمنية لذا فأن مدة تنفيذ العقد تبدأ بالسريان ابتداءمن التاريخ المحدد في العقد اما اذا جاء العقد غير متضمن لنص يحدد مدة بدء تنفيذ العمل، فان نقطة البدء بالتنفيذ point de depart يتم احتسابها من تاريخ ابرام العقد[٣]. اذ اذ لن يكون بامكان المتعاقد المباشرة في تنفيذ العقد ما لم يصدر اليه امر تحريري من قبل الجهة الادارية وخاصة ان مثل هذه الاوامر قد تحدد الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ العقد[٤]. ففي عقد الاشغال

---

(١) لقد اضافت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري بانه ((..وحيث ان العقد المشار اليه يتعلق بتأمين مرفق عام،...فيتوجب على الجهة المتعهدة فيه تنفيذ التزاماتها بمنتهى حسن النية، وبالجدية التامة لتأمين سير المرفق العام الذي تعلق به العقد ويكون على الإدارة المتعاقدة ان تنفذ التزاماتها وفق الاحكام والشروط العقدية ملتزمة بما تقضي به احكام القانون وتمليه قواعد العدل والانصاف)). وارد في: طاهر التكمة جي:المصدر السابق، ص٢٩-٣٠.

(٢) رقم القرار ١٢٢٩/حقوقية/١٩٦٧/هيئة عامة،بتاريخ ١٩٦٨/١/٢٧. وارد في طاهر التكمة جي:المصدر السابق،ص٣١.

(٣) وارد في:د.عبد المجيد فياض:مصدر سابق،هامش٣، ص١٤٠،عبد المجيد عبد الحميد عيسى:مصدر سابق،ص٤١.

C.E١٢Mars, ١٩٣٠, Roubaix, Rec. P.٢٨٩.

(٤) ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق، ص١١٢.

العامة مثلاً يبدأ تنفيذ العمل استناداً الى امر تحريري صادر من قبل الجهة الادارية المتعاقدة ويكون موجهاً الى المقاول بوجوب البدء بمباشرة التنفيذ. وقد اشارت الى ذلك م٤٦ ف٦ من دفاتر الشروط العامة الفرنسية C.C.A.G الى ((في العقد الذي ينص بان الاشغال العامة ينبغي ان تنفذ استناداً لامر اداري يصدر بعد تبلغ المتعاقد بابرام العقد. فاذا لم يتم هذا التبلغ في غضون فترة زمنية محددة في صلب العقد او بانتهاء مدة معينة وهي فترة ٦ اشهر بعد التبلغ بالعقد)). وقد اكد مجلس الدولة الفرنسي على حق المتعاقد في طلب فسخ العقد فيما لو تاخرت الإدارة تاخراً غير مسوغ بسبب منطقي في اصدارها لامر المباشرة بتنفيذ العقد(١). ويفقد المتعاقد هذا الحق فيما لو ثبت تسلمه امر المباشرة بالتنفيذ(٢).

ويجري العمل لدينا في العراق على منح المقاول مدة تتراوح بين ١٥-٩٠ يوماً بحسب طبيعة المقاولة موضوع العقد بعد صدور امر المباشرة بالتنفيذ من قبل الإدارة(٣). وقد نصت م٤٢ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية على ((يعتبر تاريخ نفاذ المقاولة تاريخاً لمباشرة المقاول بالاعمال مالم ينص على خلافه في صيغة التعاقد وعلى المقاول المباشرة بالاعمال والاستمرار فيها بالسرعة اللازمة وبدون تأخير عدا التأخير الذي يقره او يأمر به المهندس صراحة او التاخير الذي يكون سببه خارجا عن ارادة المقاول)). وتفيد المعنى نفسه م٢٩ف١ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية: ((يعتبر تاريخ نفاذ المقاولة تاريخاً لمباشرة المقاول بالاعمال ما لم ينص على خلافة في صيغة التعاقد وعلى المقاول المباشرة بالاعمال والاستمرار فيها بالسرعة اللازمة وبدون تأخير عدا التأخير الذي قد يقره او يامر به المهندس صراحة او التأخير الذي يكون سببه خارجاً عن ارادة المقاول)) ومما هو جدير بالذكر ان تنفيذ العمل اذا كان يستند الى اوامر تحريرية تصدر من قبل الجهة الادارية، فانه لا يجوز ان يتم احتساب مدة البدء بتنفيذ العمل في المشروع محل العقد من تاريخ التصديق على العقد.

نظراً لكون التصديق امراً جوهرياً في العقد الا انه مع ذلك لايمكن ان يؤخذ بالنظر لتحديد بداية تنفيذ العقد لاسيما ان الإدارة يمكن ان تتأخر في اصدار امر المباشرة بالتنفيذ وقد لا تقوم باصداره نهائياً وفي مثل هذه الحالات لا يمكن ان ينسب عدم التنفيذ الى المتعاقد(٤). وتتحرك مسؤولية الإدارة العقدية فيما لو تأخرت في اصدارها لقرار البدء بمباشرة العمل او امتناعها عن اصداره خلال مدة معقولة، وينبغي على الإدارة تعويض المتعاقد عما اصابه من اضرار جراء ذلك(٥).

ومن الامور التي قد تثير الجدل مسألة ما اذا بدء التنفيذ الفعلي قبل التاريخ المحدد في العقد، فان هذا التاريخ الاخير المثبت في صلب العقد يبقى هو نقطة البداية لتنفيذ العقد(٦). كما يعد التاريخ الفعلي لتنفيذ الاعمال التاريخ المعمول به والذي يسري في مواجهة السلطة الادارية فيما لو اهملت الإدارة اصدار امر المباشرة بالتنفيذ. وقد تبدا مدة تنفيذ العقد على اثر عمل مادي صادر من جانب

---

(١) C.E.٢ Mars ١٩٥١ Ville de Poissey. Rec.P.٧٧٤.
De Laubadere:Op.Cit,P٨٨٠.
د.سليمان الطماوي: الاسس العامة، مصدر سابق، ١٩٥٧،هامش٢، ص٤٦٨ ينبغي ان يكون التاخير خطيراً بدرجة تجاوز القدر المالوف الذي يتفق والنية المشتركة للطرفين، بدليل ان مجلس الدولة الفرنسي رفض الفسخ مع ان الإدارة اخرت تنفيذ العقد لفترة ٥ سنوات في بعض الحالات مثل (حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩يناير ١٩٣٦ في قضية Lesieux).

(٢) C.E.٨ November ١٩٦٣ Cammune de Caste Lmovonesur
De Laubadere:Op.Cit,P٨٨٠.

(٣) رياض عبد عيسى: مصدر سابق، هامش١،ص١١٢.
(٤) د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص١٧٤.
(٥) وارد في: د.عبد المجيد فياض:مصدر سابق، هامش٤، ص١٤١.
C.E.١٧ Mars,١٩٣٧,Lanney,Rec.p.٣٥١.
(٦) وارد في: د.عبد المجيد فياض:المصدر السابق: هامش٥، ص١٤١.
C.E.٤dec.١٩٥٧, Ville de Rouen,Rec.P.٦٥٢.

الجهة الادارية، مثل تسليم موقع العمل والعينات والنماذج اللازمة لتنفيذ العقد الاداري او تسليم الرسوم والمقايسات[١].

لقد عملت لائحة المناقصات والمزايدات المصرية لعام ١٩٩٨ على وضع الاسس العامة التي تتعلق بنقطة البدء بتنفيذ العقد، فقد نصت م٧٤ على ((تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالي لاخطار المورد بامر التوريد. الا اذا اتفق على خلاف ذلك ويكون اخطار الموردين في الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق على ان يتضمن امر التوريد الاصناف والكميات والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه.

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الاعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع الا اذا اتفق على خلاف ذلك. ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم احداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الادارية بالنسخة الاخرى، واذا لم يحضر المقاول او مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ المحدد له في امر الاسناد فيحرر محضر بذلك ويعبتر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل)) هذا وقد افصحت ادارة الفتوى والتشريع الكويتية في فتواها رقم ٨٥٦/٢ بتاريخ ١٩٦٧/٨/٢ ((...وان البند ٥ من الاعلان ينص على ((ان المباشرة الفعلية لتنفيذ الاعمال يجب ان تجري خلال مدة عشرة ايام اعتباراً من تاريخ امر المباشرة بالعمل وان البند ٧ من مستند التعليمات الى المناقصين يؤكد ان جميع الاجراءات السابقة لتوقيع العقد ما هي الاَّ اجراءات تمهيدية لا تلزم الإدارة بأي ارتباط ولا تعطي المناقص أي حق بالمطالبة باي تعويض او خسارة او فوائد او نفقات او غيرها...)) هذا وقد اشارت ادارة الفتوى والتشريع الكويتية الى((ان نفاذ العقد لا يبدأ الا بعد انعقاده ومن تاريخ الامر بالمباشرة متى كان هنالك شرط من هذا القبيل، مدة التنفيذ وهي ٦٠ يوماً تبدأ في السريان اعتباراً من تاريخ اصدار قرار المباشرة عملا بنص البند ٤ من اعلان المناقصة...))[٢]. وفي العراق قضت محكمة التمييز ((بأن التناقض بين الشروط الخاصة والشروط العامة حول مدة تنفيذ العقد يتم بترجيح الشروط الخاصة على الشروط العامة وذلك في قضية كانت مديرية الطرق والجسور قد تعاقدت مع احدى الشركات غير انها لم تقم باحالة العمل الى الشركة المتعاقدة مما اخل بنص م٦ من الشروط الخاصة والذي يقضي بان تعهد الشركة يعتبر منتهياً اذا لم يصدر قرار نهائي باحالة العمل بعهدتها خلال ٣ اشهر من تاريخ المناقصة موضوع الدعوى تمت الاحالة الاولية بتاريخ ١٩٥٨/١١/١١ وصدر القرار النهائي من مجلس الوزراء بتاريخ ١٩٥٩/٨/٣ أي بعد مرور ٩ اشهر تقريبا. لذا اعتبرت المحكمة تعهد الشركة منتهياً وليس من حق مديرية الطرق والجسور العامة ان تطالب اجبار الشركة على التنفيذ العيني))[٣].

ثانيا: تعليق الإدارة لتنفيذ العقد

تملك الإدارة السلطة التي تخولها ايقاف تنفيذ العقد لمدة من الزمن، اذا كانت اعتبارات الصالح العام او اسباب فنية قد تطلبت ذلك. وهذا الحق تملكه الإدارة فقط من دون ان يكون بإمكان المتعاقد الحق في ايقاف العمل في المشروع موضوع التعاقد[٤].

يعد احترام شرط المدة العقدية التزاماً عاما ينبغي على الإدارة ومن يتعاقد معها احترامه وتنفيذ العقد خلاله وقد اكد مجلس الدولة الفرنسي على انه في حالة عدم تضمن الشروط المدونة لنص يحدد مدة تنفيذ العقد، فيتم انذاك الاستعانة بالمدة المعقولة أي ان الإدارة تلتزم باحترام هذه المدة، ومن ثم تثار مسؤولية الإدارة فيما لو تسببت بفعلها في اطالة امد تنفيذ العقد لمدة غير معقولة[٥]. وياخذ مجلس الدولة الفرنسي في تحديد المدة المعقولة بالظروف التي تحيط تنفيذ العقد

---

(١) د.عبد المجيد فياض:المصدر السابق:ص١٤١.د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص١٧٤
- De laubadere: op. Cit, p ١٨٦.

(٢) فكري احمد مغاوري:مصدر سابق، ص١٨-٢٠.

(٣) وارد في:محمود خلف الجبوري: مصدر سابق،ص١٧٥.

(٤) رياض عبد عيسى:مصدر سابق، ص١١٦. ياسين كريم الحلفي:مصدر سابق، ص١١٢ وما بعدها.

(٥) د.سليمان الطماوي:الاسس العامة، ١٩٧٥، ص٤٦٣.١٨٦ De laubadere: op. Cit, p. د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق،ص٢٤١. وارد في د.سليمان الطماوي: المصدر السابق، هامش١،ص٤٦٣.

ومدى كفاية المقاول او الشركة المتعاقدة مع الإدارة ونية الطرفين الحقيقية وما قد درج عليه العمل في العقود المشابهة وتتحرك مسؤولية الجهة الادارية فيما لو تجاهلت المدة العقدية(١).

لذا فان قيامها بايقاف العمل في المشروع لمدة طويلة من دون مسوغ منطقي لذلك، يعد خطأ يسوغ فسخ العقد. فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ يوليو ١٩٤٧ في قضية Bongert بفسخ العقد لخطأ الإدارة كما نصت م٤١ ف٢ من الشروط العامة العراقية على ((اذا اوقف سير الاعمال او أي جزء منها بامر التوقف لمدة متصلة تتجاوز ٩٠ يوماً يقوم صاحب العمل والمقاول ببحث جميع السبل والطرق الممكنة لاستئناف العمل في الاعمال اوتبني صيغة جديدة للعمل)). وقد افادت المفهوم نفسه م٢٧ف٢ من شروط المقاولة لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية مشيرة الى انه ((اذا اوقف سير الاعمال او أي جزء منها بامر التوقف لمدة متصلة تتجاوز تسعين يوماً يقوم صاحب العمل و المقاول ببحث جميع السبل والطرق الممكنة لاستئناف العمل في الاعمال او تبني صيغة جديدة للعمل)). ومن خلال التعرف على هذه النصوص نجد ان مشرعنا حدد مدة التوقف ((بالاً تتجاوز ٩٠ يوماً ولمدة متصلة) والا فان للمتعاقد وصاحب العمل على بحث جميع السبل والطرق، اما لاستئناف العمل من جديد ليتبني صيغة عمل جديدة، بمعنى اوضح فانه لم يشر الى اعطاء المتعاقد حق طلب الفسخ فيما لو تجاوز الايقاف مدة ٩٠ يوماً. وارى ضرورة منح المتعاقد حق طلب الفسخ مع التعويض نظراً لان ايقاف العمل لاكثر من ٣ اشهر متصلة يؤدي الى الاضرار بالمقاول، وهو من قام بتحضير واعداد الموقع والمعدات اللازمة والايدي العاملة من دون الاقتصار على مجرد تعويضه. فاذا كانت مسؤولية الإدارة العقدية تثار فيما لو قامت بايقاف العمل من دون مسوغ منطقي فانها تملك هذا الحق فيما لو اقتضت المصلحة العامة ذلك. بمعنى اخر نرتأي تعديل م٤١ف٢ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية واضافة من دون عذر مشروع لها، اضافة الى منح المتعاقد حق الفسخ لتكون كالاتي:- ((اذا اوقف سير الاعمال او أي جزء منها بامر التوقف لمدة متصلة تتجاوز ٩٠ يوما يقوم صاحب العمل والمقاول ببحث جميع السبل والطرق الممكنة لاستئناف العمل في الاعمال او تبني صيغة جديدة للعمل وفي كل الاحوال اذا تجاوزت فترة الايقاف مدة ٩٠ يوماً من دون عذر مشروع يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض عما اصابه من ضرر)).

لقد عمل القضاء الاداري الفرنسي على تحديد المدة التي تجيز للمتعاقد طلب الفسخ في حالة تجاوز الإدارة لها مشيراً الى انه ينبغي ان تتجاوز مدة الايقاف سنة كاملة، اذ بفوات هذه المدة او تجاوزها يحق للمتعاقد طرق باب القضاء طالباً فسخ العقد مع التعويض(٢).

لذا يجب على الإدارة الا تعمل على تعليق تنفيذ العمل من دون عذر مقبول كأن تعمل على تأجيل عملية توريد المواد الغذائية الى مستشفى لمدة تتجاوز ٣ أشهر في العراق او سنة في مصر وفرنسا او ان تعمل على تأجيل تنفيذ الاشغال العامة لمدة طويلة من دون سبب يتعلق بالمصلحة العامة. وفي جميع الاحوال على المقاول الحفاظ على الموقع والآلات والمعدات الموجودة في موقع العمل لحين قيام الإدارة باصدار امر استئناف العمل. وعندئذ يتم الكشف على الموقع لتثبيت حالة ايقاف العمل وعلى اثر تاجيل او عدة تأجيلات غير مسوغة تجعل من انقطاع تنفيذ العقد لمدة تتجاوز سنة فللمتعاقد عندئذ حق طلب فسخ العقد(٣).

- C.E.٧ fevrier, ١٩٥١. Ville de paris.p.٧٦.

(١) C.E.١٨ Mars ١٩٥٩. Peter et office National de Navigation.p.١٨٩.
De laubadere: op. Cit, p ١٨٧- ١٨٦

(٢) رياض عبد عيسى:مصدر سابق، ص١١٧-١١٨. Delaubadere: op. Cit, p ٨٨٠، ص٨٨٠.د.احمد عثمان عباد:مصدر سابق،ص٣٢٨.

(٣) - C.E.٧aout ١٩١٤ Bru.p١٠٠٣
- C.E qfevrier ١٩٤٤ Batalla.P.٥٣.
- De loubadere: op. Cit, p ٨٨٠

المطلب الثالث

التزام الإدارة بحماية المتعاقد من المنافسة

تتطلب بعض العقود الادارية من الجهة الادارية المتعاقدة منح المتعاقد الحماية الكافية تجاه النشاط المماثل الذي يمارسه الغير في الموقع نفسه الذي يؤدي فيه المتعاقد نشاطه، علماً أن هذه الحماية لا تتعلق بشخص المتعاقد بالذات وانما تتعلق بالاعمال التي يباشرها. فالإدارة ملزمة بمنح متعاقدها المزايا والحقوق التي تمكنه من الاستمرار في تنفيذ العقد. وقد يتضمن العقد بنداً يشير الى هذه الالتزامات فهي شروط عقدية بالتاكيد ويترتب على مخالفة الإدارة لها تحريك مسؤوليتها العقدية. ومن ثم حق المتعاقد في طلب فسخ العقد مع التعويض[١]. فالإدارة اذن، ملزمة بالاّ تمنح أي شخص حقاً من شأنه المساس بحق لمتعاقدها. اذ يعد شرط عدم المنافسة من بين الشروط التي نظهر اليها مجلس الدولة الفرنسي بإمعان مشيراً الى التزام الإدارة بحماية من يتعاقد معها من منافسة الغير في النشاط نفسه الذي يمارسه مع التأكيد على ان مسألة حماية المتعاقد من المنافسة تتفاوت باختلاف العقد المبرم مع المتعاقد ففي عقد الالتزام يظهر شرط عدم المنافسة ذا اهمية كبرى وخاصة انه يهدف الى ضمان تنفيذ العقد او استكمال فقراته[٢]. فمثلاً لو اتفق طرفا العقد في عقد امتياز المرفق العام على قيام الملتزم بالانفراد باستغلال المرفق المدار بطريق الامتياز على نحو احتكاري كمرفق المواصلات الداخلية. ففي هذه الحالة لايكون في وسع الإدارة تمكين الغير من استغلال المرفق نفسه او حتى ان تسمح له بممارسة نشاط مماثل في المكان نفسه. وقد عبرت عن ذلك محكمة القضاء الاداري المصرية في ١١مايس ١٩٥٦ ((ومتى كان الثابت ان التراخيص الممنوحة لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوي، انما تستهدف غرضاً اساسياً وتنصب احكامه وبنوده على هذا الغرض وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين فان الحكومة اذا عمدت الى انشاء مقصف اخر لهذا الغرض وعهدت باستغلاله لملتزم آخر، فانها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الاول وبين تنفيذ التزاماتها التي يتضمنها ترخيصه، مخالفة في ذلك ما يجب عليها قانوناً من احترام شرط التراخيص، وما تفرضه عليها المباديء القانونية من التعاون في تنفيذه، ومن عدم وضع العقبات والمنافسات في سبيله او زيادة اعبائه وتكاليفه وذلك طالما انه لم يقم سبب من الاسباب التي تبرر سحب التراخيص او الغاءه او انتهاءه وبذلك تلتزم بتعويض المرخص له نظير ما اصابه من اضرار من جراء مخالفتها لمباديء الترخيص وشروطه...))[٣].

ومن خلال استعراض هذا القرار نرى تاكيد القضاء الاداري المصري على التزام الإدارة بحماية المتعاقد المرخص له بتنفيذ واستغلال مشروع ما. وفي هذا الجانب نرى ان الإدارة تملك فرصة الخروج على شرط عدم المنافسة اذا كانت مقتضيات الصالح العام تستدعى ذلك. كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية وديناميكية العمل لغرض اشباع الحاجات العامة واداء الخدمة المطلوبة. كاستعمال الكهرباء بدل الغاز في الاضاءة واستعمال السيارة بدل الترام في النقل[٤]. ومع ذلك يبقى على الإدارة التزام ألاّ تمنح الغير فرصة كي ينافس المتعاقد في ادائه للخدمة سواء تمثل ذلك بمنح هذا الالتزام للغير او منحهم التراخيص اللازمة التي تتيح لهم منافسة المتعاقد مما يعود بالسلب على المتعاقد من خلال حرمانه من قطف ثمار جهده.

---

(١) د.سعاد الشرقاوي: القانون، ص٢٠١. د.محمد مرغني خيري:الوجيز في القانون الإداري المغربي، مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر/الرباط، ١٩٧٨،ص١٩٦.

(٢) د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق،ص٢٤١ ١٩٠ De loubadere: op. Cit, p.

(٣) وارد في: د.سليمان الطماوي:الاسس العامة،١٩٥٧، ص٤٦١.

(٤) د.سليمان الطماوي:المصدر السابق، ص٤٦٠.

أما إذا لم يتوقف استغلال الخدمة المنافسة على ترخيص إداري فعندئذ لا تثار مسؤولية الإدارة ولكن قد تقرر الاخيرة بأن الملتزم محتكر للخدمة التي يقوم بتقديمها احتكارُ قانونيُ. وهذا يتم بان تضمن الإدارة له عدم منافسة الغير له سواء اكان هؤلاء افراداً ام شركات. ومثله في مصر الاحتكار القانوني الذي منح لشركة مصر للطيران اذ منحت حق انشاء واستغلال بعض مشروعات الطيران وهذا الاحتكار يهدف في الحقيقة الى تشجيع الافراد على خوض غمار مشروعات ذات خطورة بالغة. كما قد يكون الاحتكار الممنوح للمتعاقد احتكاراً فعلياً. ويتأتى هذا نتيجة الظروف مع التاكيد ان مثل هذا الاحتكار ما يحول بين الشركات المنافسة وبين مباشرة الإدارة ذات النشاط الذي يمارسه المتعاقد. وخاصة انه لا يوجد ما يحول من دون قيام الإدارة[١] بمنح الامتيازات والتراخيص اللازمه لشركات معينه . وقد تتعهد الجهة الادارية بموجب وثيقة العقد المبرم بينها وبين المتعاقد على عدم قيامها بالسماح للغير بممارسة نشاط مماثل[٢]. وقد اكدت ذلك محكمة الاستئناف المختلطة في مصرفي ٥كانون الثاني ١٨٩٥ بأن ((للادارة ان تسعى في توفير هذه الخدمة لنفسها من غير طريقة ما دامت لا تتجه في الواقع الى غير الملتزم)) وجاء في الحكم المذكور ان ((م٦ من عقد الالتزام الممنوح لشركة مياه القاهرة والتي تتعهد بموجبها الحكومة ان تستورد ما تحتاجه من الماء من الشركة المذكورة، وهذا لا ينفي حقها في الانتفاع بالماء الذي تستنبطه من باطن الارض او من ابارها بالآلات الرافعة))[٣]. اما اذا كان عمل المتعاقد منصباً على تقديم خدمات محددة للمرفق فمن الطبيعي ان الإدارة تملك ابرام العقود مع الشركات او الافراد لغرض تمكين المرفق، من الاستمرار في أداء خدماته وفي مباشرة نشاطه ففي عقود التجهيز مثلاً يلتزم المورد بان يؤدي الخدمات المحددة في العقد اذ لا يمكن القول بوجود احتكار من قبل المتعاقد لعمل المرفق وخاصة ان المتعاقد يلتزم بتنفيذ العقد حصرا ولا يجوز عندئذ للادارة ان تقوم باناطة تنفيذ العقد للغير مالم يمتنع المتعاقد الاصيل عن القيام بذلك[٤].

ومع ذلك فالإدارة تملك حق اللجوء الى متعاقد اخر لغرض القيام بمباشرة اعمال مشابهة لما هو في العقد ولم ترد في اطار العقد الاصلي. فهنا الإدارة ملزمة بحماية المتعاقد معها سواء تمثل ذلك بعدم السماح بممارسة نشاط منافس او اصدار الانظمة والتعليمات التي تحمل في طياتها الحماية للمتعاقد معها مثل وضع نهاية للنشاطات التي تمارس من قبل احد المنافسين مع المتعاقد من دون حصوله على رخصٍ اصولية من قبل الإدارة[٥].

كما قد يرد التزام الإدارة بحماية متعاقدها في صلب القانون فضلا عن ان النصوص اللائحية قد تتضمن ما يفيد ذلك فقانون ٣١/كانون الاول الفرنسي/١٩٧٠ سمح للدولة بان تقوم بأبرام عقود امتياز المرفق العام مع مؤسسات صحية بموجب م ٤٢ منه التي اشارت الى ((هذه العقود تتضمن من جهة الدولة التزاماً بعدم الترخيص او قبول في منطقة واحدة وخلال مدة معينة انشاء أي مؤسسة او مرفق صحي يحمل ذات الصفة)). ويبقى على الإدارة ملاحقة الاشخاص الذين ينافسون المتعاقد في مباشرة الاعمال[٦]. ففي عقد الامتياز الذي ينصب على مرآب عمومي للسيارات مثلا تعد المحافظة مسؤولة لا بل هي ملزمة بمخاطبة ممثل النيابة العامة المختص لغرض ملاحقة الفاعل واعداد محضر بالمخالفة لما تنص عليه القرارات اللائحية الصادرة عن البلدية، والخاصة بوقوف السيارات، وتثار مسؤولية الإدارة تجاه مثل هذه الافعال، اذ تنص م٤٣ من شروط عقد امتياز

---

(١) د.مصطفى كامل:مصدر سابق، ص١١.د.محمود سعد الدين الشريف:مصدر سابق،ص٧٧.
(٢) د.مصطفى كامل، مصدر سابق، ص١١١. د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق، ص٢٢٠.
(٣) د.محمود سعد الدين الشريف:مصدر سابق، ص١٨٨.
(٤) C.E. ٢٨ arril ١٩٧٦ chambre des matiers de la Haute sa bne-p.٤٩٦.
De Lauubadere:Op.Cit, P.١٩٠.
(٥) C.E.٢٧ fevrier ١٩٢٤ commune de morine p.٢٢٦.
C.E.١٤ Juin ١٩٢٩ Cie de'lectricite Betiers. P.٢١٤.
C.E.٢٣ Juillet ١٩٧٣ cie mantaires de transports. Pr.adm. ١٩٧٤.p.٣٢٢.
De Laubadere:Ibid,P.١٩٤-١٩١.
(٦) C.E.٧ Janvier,.١٩٧٦, Ville de' Amiens. P.١١
De Laubadere:Ibid,P.١٩٥-١٩٢.

استخدام طريق المرور السريع على((التزام الإدارة المتعاقدة في متابعة مستخدمي الطريق العام الذين يرفضون تسديد اجور المرور عن طريق (المرور السريع) مرتكبين في ذلك مخالفة)). فعلى الإدارة القيام بملاحقة وتعقيب المنافسين الملاحقة الجزائية وقد اكد ذلك مفوض الدولة Josse في تعليقه على قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بشأن قضية شيربورخ الذي جاء فيه ((كل الجهود ينبغي ان توجهه لانقاذ الخدمات فلملتزم التنظيفات الحق في مطالبة الإدارة بالزام سكان المنطقة باحترام النصوص اللائحية)) [١].

المطلب الرابع

تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها

في اكثر من موضع ذكرنا أن الإدارة تملك من الحقوق والامتيازات ما تجعل منها في مركز مؤثر في ميزان العقد الإداري.

ومن الطبيعي ان استعمال الإدارة لهذه السلطات من شأنه بطريقة ما ان يؤثر على حقوق المتعاقد معها لذا ينبغي على الإدارة وهي في اطار استعمالها لهذه الامتيازات الأ تتعسف في ممارستها والا فان للمتعاقد الحق في اللجوء الى المحاكم المختصة طالباً فسخ العقد مع التعويض على اساس عيب الغاية، الذي يظهر بوضوح عند استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية في ممارسة الامتيازات المقررة لها لمتطلبات المصلحة العامة.

أولا: إيقاع الإدارة عقوبة بالغة الجسامة على المتعاقد دون مبرر منطقي لذلك

تملك الإدارة سلطة فرض الجزاءات الضاغطة والفاسخة على من يتعاقد معها فيما لو صدر من جانبه أي خطأ أضر بحسن سير العمل في المشروع. ولكن يسحب هذا الحق من الإدارة اذا كان المتعاقد قد نفذ كافة بنود العقد بشكل سليم وله عندئذ ان ينازع في مدى مشروعية وملاءمة قرار فرض العقوبة امام القضاء الاداري مع التأكيد على حقيقة وهي ان القاضي الاداري لا يملك السلطة التي تخوله الغاء مثل هذه الجزاءات[٢]. وان كان بامكانه الحكم بتعويض مناسب لصالح المتعاقد فيما لو تسبب تصرف الإدارة في فرض عقوبة غير مسوغة عليه. لذلك نجد ان مجلس الدولة الفرنسي فرق في مجال الغاء الجزاءات الادارية غير المشروعة بين قرار سحب العمل والحلول محل المقاول المقصر في عقد الاشغال وبين اجراء الحراسة الادارية في عقد الالتزام.

فقد اجاز الغاء القرار الصادر من جانب الإدارة في فرض الحراسة الادارية على المشروع، اذا كان قرار فرض الجزاء غير مشروع او غير متلائم مع طبيعة الخطأ المرتكب، ولم يجز الغاء قرار سحب العمل من المقاول. اما في مصر فلم يشر القضاء الاداري الى مثل هذه التفرقة، فقد اجاز الغاء قرارات سحب العمل غير المشروعة، وهذا واضح في القرار الصادر بتاريخ ٢٣/ديسمبر /١٩٥٦ اذا قضى ((بالغاء قرار الإدارة المتعلق بالاستيلاء على ادوات المقاول ومهماته الموجودة في محل العمل مع ان هذا الاستيلاء كان اجراء ضغط تتمتع به الإدارة))[٣]. اما في العراق فلم نجد بقدر ما اطلعنا عليه قراراً قضائياً اتجه الى معالجة مثل هذه المسألة بشكل مباشر وان كانت محكمة التمييز قد قضت بعدم مشروعية قرار سحب العمل من المقاول من دون

---

(١) De Laubadere:Ibid,P.٢٠٠.

(٢) -Chabonal D.(Controle de legalite et liberte de L'administration).A.J.D.A.١٩٨٤.P.١٤.

(٣) احمد خورشيد المفرجي: سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الاشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص١٤٠. د.محمد فؤاد عبد الباسط: مصدر سابق، هامش١، ص٨٤٩.

الغائه ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة التمييز ((..وقد تم سحب العمل من هذه اللجنة وان المقاول كان قد انجز عمله بصورة جيدة وكان متعاونا مع اللجنة ولم يتاخر في انجاز المشروع عن المدة العقدية مضافا اليها المدة التاخيرية لذا تكون اجراءات رب العمل (الإدارة) في سحب العمل من المقاول اجراءات تعسفية وغير قانونية...). فأذا كان القانون يجيز للإدارة التحلل من العقد لمقتضيات الصالح العام ريثما تشاء الا انه قيد استعمال الإدارة لهذا الحق بان يكون الهدف منه باعثاً مشروعاً والا فان الإدارة تكون قد تعسفت في استعمال حقوقها. ولا يحق للادارة ان تقوم بسحب العمل من المقاول لتعهد به الى مقاول اخر بشروط افضل، مع ان المقاول الاول كان منفذا لالتزاماته بشكل سليم(١).

وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية ما يؤكد حق المتعاقد في طلب فسخ العقد والتعويض فيما لو عملت الإدارة على سحب العمل من المقاول لتعهد به الى مقاول اخر من دون وجود بواعث مشروعة تفيد ذلك ((... ان المدعى عليه (الإدارة) اقدم على سحب العمل من المتعاقد وبذلك يكون قد استعمل حقه استعمالاً غير جائز..واستأنفت المحكمة قائلة...فانه غير محق بسحب العمل ويترتب على سحبه فسخ العقد مع تعويض المدعي (المقاول) بحكم م٨٨٥م.ع))(٢).

من كل هذا نرى ان الإدارة لا تملك ان تقوم بفرض عقوبة غير مستندة الى سبب جدي يسوغ ذلك. فلا يحق لها ان تقوم بالشراء على حساب المورد في عقد التوريد اذا كان المورد قد نفذ كل التزاماته وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن نية. فضلا عن ذلك، لا تملك الإدارة استرداد المرفق العام او وضعه تحت الحراسة الإدارية، اذ استعمال هذا الحق مقيد بارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم(٣). فللمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد اذا ادى تعسف الإدارة او مجاوزتها لحدود سلطتها في العقد الاداري الى الاضرار به فليس بامكان الإدارة ان تفسخ العقد على مسؤولية المقاول لكي تتفادى الفسخ على مسؤوليتها فمثل هذا التصرف ادانة مجلس الدولة الفرنسي في قضية Dessinetoe في عام ١٩٠٣م(٤). واذا كنا بصدد الحديث عن قيام الإدارة بفرض الجزاءات غير المسوغة على المتعاقد، فان القضاء الإداري في فرنسا ومصر يرى ضرورة الغاء قرار الفسخ الجزائي نظراً لعدم جدية او عدم صحة الوقائع المنسوبة للمتعاقد وفي حالات اخرى يرى ضرورة أعمال اثار الفسخ الاختياري الممنوح للإدارة. وفي مثل هذه الحالة ينحصر حق المتعاقد في المطالبة بتعويض فقط(٥). وعليه فان استعمال الإدارة لسلطاتها ينبغي ان يكون في الحد المعقول و الاّ جاز للمتعاقد طلب الفسخ. فسلطة الرقابة في عقد الاشغال العامة ينبغي ان يكون استعمالها بشكل معقول و إلاّ فان المتعاقد يملك الحق في طلب الفسخ، فيما لو وصل تدخل الإدارة في تنفيذ العمل الى درجة معينة من الجسامة(٦).

نستأنف حديثنا بالقول الإدارة لا تملك الحق في فرض جزاءات على المتعاقد لم يرخص بها المشرع اطلاقاً لانها لو فعلت ذلك تكون قد خالفت الدستور والقانون، كما لا يحق لها ان تقوم بفرض عقوبة تدخل في اختصاص جهة قضائية اخرى (جزاءات جنائية)، والا فإنها تعد متجاوزة لحدود اختصاصها(٧). كما لا يكون بإمكان الإدارة استعمال سلطتها لاتخاذ اجراءات من شأنها

---

(١) عبد الجبار ناجي:مصدر سابق، ص٣٤٨

C.E.١٩ Juilet ١٩٠٧ Boyer.P.٧٠٥
De loubadere:op.cit,P.١٩٣.

(٢) احمد خورشيد المفرجي:مصدر سابق، ص١٤١.

(٣) C.E.٧ decambre ١٩٤٩ ste Gearges moser. R.D.P. ١٩٥٢.P.٢٠٩.
De loubadere:op.cit,P.١٩٣.

(٤)حامد مصطفى: خصائص العقد الإداري، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، ع٣،س٢١، مطبعة الشعب/بغداد،١٩٧٦، ص١٢٥.

De loubadere:op.cit,P.١٩٣.

(٥) د.عبد العال السناري:مصدر سابق، ص٢٢٥-٢٢٦.حسين درويش:مصدر سابق، ص١٠٩.

(٦) د.احمد عثمان عياد: مصدر سابق، ص٣٢٦.

(٧) د.محمد باهي ابو يونس: الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٠، ص٤٥.

المساس بحق المتعاقد، وفي هذا المجال قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة التي عملت على نزع ملكية الارض المجاورة للمشروع مما اضر بحقوق المتعاقد في عقد الاشغال العامة. وعليه فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة التي عملت على انشاء حديقة عامة ادت الى المساس بحقوق المتعاقد المتعلقة بحق الامتياز الممنوح لشركة من الشركات(١).

ثانيا: رفض الإدارة غير المبرر لطلب المتعاقد في التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن

تخضع العقود الإدارية الى مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يعني وجوب توافر شروط ذات طبيعة مالية و فنية و قانونية بشخص المتعاقد، ومن ثم فانه يتطلب قيام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه وعلى مسؤوليته، وان يضع في الحسبان، حساب كافة الظروف والملابسات التي قد تظهر في ميدان العقد الإداري ويترتب على ذلك عدم جواز قيام المتعاقد بالتنازل عن العقد للغير او التعاقد بشأنه من الباطن من دون اخذ موافقة الإدارة التحريرية على ذلك فيما عد حالة اتفاقيات التعاون المالي والفني التي يقوم المتعاقد مع الإدارة بابرامها مع الغير لغرض الحصول على مواد اولية او طلبات ثانوية لغرض الاستمرار في التنفيذ. نظراً لان مثل هذه الطلبات لا تكون خاضعة لموافقة الإدارة الا اذا كان العقد قد اشترط ذلك صراحة. ويترتب على قيام المتعاقد بالتنازل عن العقد او التعاقد من الباطن من دون الحصول على موافقة الإدارة بطلان كافة تصرفات المقاول التي لم يستحصل بشأنها على موافقة الإدارة(٢).

وقد نظمت لائحة المناقصات والمزايدات المصرية لعام ١٩٩٨ ذلك في م٧٦ قائلة: ((لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد او عن المبالغ المستحقة له كلها او بعضها، ومع ذلك يجوز ان يتنازل عن تلك المبالغ لاحد البنوك ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الاخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق)). وقد اضافت ذات المعنى محكمة القضاء الاداري المصرية في ٢٧ يناير ١٩٥٧ قائلة: ((...فلا يجوز له ان يحل غيره فيها وان يتعاقد بشأنها من الباطن الا بموافقة الإدارة. فاذا حصل التنازل عن العقد الاداري بدون موافقة الإدارة فان التنازل يعتبر باطلا بطلاناً يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد خصوصاً فسخ العقد او الغائها على اعتبار بأن الخطأ المذكور خطأ جسيماً وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن...(٣))).

وفي العراق تنص م٣،٤ من شروط المقاولة العامة لأعمال الهندسة المدنية على ذلك، اذ جاء في م٣ ((لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من صاحب العمل التنازل عن المقاولة او أي جزء منها او أي منفعة او التزام او مصلحة له فيها او بموجبها عدا ما يترتب من التزام لصالح المصارف التي يتعامل معها المقاول بأية مبالغ مستحقة او ستصبح مستحقة بموجب المقاولة)).

م ٤: ((لا يحق للمقاول التعاقد من الباطن على الاعمال باجمعها ولا يحق للمقاول في ماعدا الاحوال المنصوص عليها بخلافه في المقاولة ان يتعاقد من الباطن على اي جزء من الاعمال بدون موافقة تحريرية مسبقة من المهندس والتي يجب الا تحجب بدون سبب معقول ومتى اعطيت مثل هذه الموافقة فانها لا تعفي المقاول من اية مسؤولية او التزام بموجب المقاولة. ويبقى المقاول مسؤولاً عن اي عمل أو الامتناع عن القيام بعمل او أي تقصير صادر عن أي مقاول ثانوي او وكلائه او مستخدميه او عماله كما لو كان هذا العمل او الامتناع عن القيام بعمل او التقصير صادرا عن المقاول او وكلائه او مستخدميه او عماله ...)) وقد اعطت نفس المعنى صيغة المادة ٣ف٢،١ من شروط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية.

---

(١) قضية جزر كيوغلان في٢١ اكتوبر ١٩٣٧. د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق، هامش١، ص٢٤٢.

(٢) د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق، ص١٦٢-١٦٣.
رياض عبد عيسى: مصدر سابق، ص١١٩. د.عبد المجيد فياض: مصدر سابق، ص١٢٤-١٢٧.

(٣) وارد في: د.سليمان الطماوي:مصدر سابق، ص٣٥٣-٣٦٢. عبد المجيد فياض:مصدر سلبق، ص١٢٦-١٣٥. ١٣٥. د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق، ص١٦٢ وما بعدها.

ومما يمكن ان يسجل على هذه النصوص انها بينت انه لايجوز للمقاول ان يتعاقد من الباطن او يتنازل عن العقد من دون موافقة تحريرية مسبقة من المهندس، واضافت عبارة التي (يجب ان لا تحجب بدون سبب معقول) فهذه العبارة بالذات تدل على ضرورة قيام رب العمل (الإدارة) بتسبيب الرفض على ان يكون هذا السبب منطقياً ومعقولاً لا لمجرد الرفض كأن يتعلق ذلك السبب بالمصلحة العامة مثل، ضعف الكفاية المالية والفنية للمقاول الجديد على اداء العمل. ويبقى الامر خاضعاً لسلطة قاضي العقد لفحص مدى مشروعية تصرف الإدارة، ومدى جدية الاسباب التي تذرعت بها الإدارة لتسويغ الرفض، وللمتعاقد مراجعة القضاء طالبا الغاء قرار الرفض، كما ويملك حق طلب الفسخ لخطأ الإدارة. وقد اكد ذلك الحق مجلس الدولة الفرنسي في ١٣ نوفمبر ١٩٠٨ في قضية Wuillaume ويبقى للمتعاقد الحق في المطالبة بتعويضات عن الاضرار التي اصيب بها من جراء فعل الإدارة[١].

واخيراً ننوه أنَّ مبدأ الاعتبار الشخصي الذي تبنى عليه العقود كافة والعقود الادارية بشكل خاص لا يعني قيام المتعاقد بتنفيذ العقد من قبله شخصياً بل ان يجري العمل تحت مسؤولية، ومن ثم فان التطور التقني واتباع الاساليب الفنية في التنفيذ ادى الى وجود مكاتب متخصصة لا بد للمتعاقد من الاستعانة بها من خلال عقد العقود الثانوية للعمل على انجاز العمل في المشروع في الميعاد المحدد[٢].

---

(١) وارد في: د.سليمان الطماوي:الاسس العامة، ١٩٧٥، هامش٣، ص٣٦٠.
د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق، ص١٦٣-١٦٤. د.عبد المجيد عبد الحميد عيسى:مصدر سابق، ص٣٤.

(٢) د.محمد علي جواد: محاضرات في القانون الإداري القيت على طلبة الدراسات العليا للعام ٢٠٠١-٢٠٠٢ غير منشورة

الباب الثاني

الأحكام العامة لفسخ العقد الإداري قضائياً

من يتولى دراسة موضوع فسخ العقد قضائياً لخطأ الإدارة، ينبغي عليه أن يقف أمام محطة الأحكام العامة لفسخ العقد، وبالتحديد القواعد التي تحكم خطأ الإدارة التعاقدي ومدى قدرة المتعاقد على المطالبة بفسخ العقد الإداري أمام القضاء المختص.

أيعد القضاء هو السبيل الوحيد أمام المتعاقد ام انه سيجد طريقاً آخراً قد يؤدي الى حل النزاع من دون حاجة للجوء الى القضاء الذي سيصبح الملاذ الأخير، في حالة عدم حصول المتعاقد على مبتغاه في طلب فسخ العقد؟.

وفي هذه النقطة بالذات نقف لنشير الى مسألة الأنظمة القضائية التي سادت العالم مفصحين بشكل واضح ومحدد عن النظام القضائي السائد في الدول اللاتينية، ابتداء من فرنسا ومصر وسوريا والعراق ثم ننتقل بلاذهان الى النظام القضائي الموحد متناولين بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية كمثال عليه، فضلاً عن ذالك ، فان وصول طلب الفسخ الى القضاء لا يعني بأية حالة ان قرار الحكم بالفسخ اصبح امراً محتماً. اذ يتمتع القاضي بسلطة تقديرية مطلقة، وله بذلك ان يتأكد عن مدى جسامة الخطأ الصادر من جانب الإدارة. وعندئذ قد يقضي بالفسخ مع التعويض او سيقتصر على رد دعوى المتعاقد بالفسخ والحكم بتعويض مناسب للمتعاقد. مع الاشارة الى ان المتعاقد وخلال مدة نظر دعوى الفسخ ملزم بالاستمرار في تنفيذ العقد اذ لا يتاح له التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المعروفة في اطار القانون الخاص.

بعد هذه المقدمة الموجزة عن محتويات هذا الباب. نرى ضرورة تقسيمه على فصلين: الأول: يقف امام شروط فسخ العقد الإداري قضائياً والثاني يتناول النتائج المترتبة على فسخ العقد الإداري قضائياً.

الفصل الأول

شروط فسخ العقد الإداري قضائياً

العقد هو اتفاق ارادتين أو اكثر على أحداث اثر قانوني معين. أما العقد الإداري فسبق أن بينا انه اتفاق يبرم بين الإدارة واحد الأشخاص سواء اكان شخصاً طبيعياً ام معنوياً يهدف الى تحقيق مصالح عامة. ولكن هذه الغاية قد لا تتحقق بسبب خطأ صادر من احد الطرفين. مما يستتبع ضرورة مراجعة القضاء المختص لنظر المنازعة الناشئة عنه ولتحديد درجة الخطأ الصادر من جانب الإدارة الذي يتيح للقاضي النطق بالفسخ من خلال استجلاء جسامة الخطأ من كل ما هو معروض عليه بماله من سلطة تقديرية. ولكن القضاء لا يعد الملاذ الوحيد امام المدعي وانما يمكن له حل مثل هذه الخلافات بطرق اخرى غير قضائية مثل المصالحة او الاستعانة بخبرة شخص من ذوي الفن والاختصاص في موضوع النزاع لغرض الوصول الى حل عادل ومنصف. كما ويمكن ولوج باب التحكيم املاً في فض الخلاف. أما اذا فشلت مساعي هيأة التحكيم في التوصل الى حل يرضي الاطراف امكن عندئذ اللجوء الى القضاء بعد استنفاد اجراء شكلي على درجة من الاهمية ذلك هو اخطار الإدارة.

كل هذا سنتعرف عليه في مبحثين الاول، يتناول الشروط الشكلية، في حين المبحث الثاني، يقف امام الشروط الموضوعية.

المبحث الأول

الشروط الشكلية لطلب فسخ العقد

لا يعد القضاء المرجع الوحيد لفض أي خلاف قد يثور بمناسبة تنفيذ عقد إداري إذ بإمكان الطرفين تفادي طول المراجعات القضائية وزيادة الرسوم عن طريق الاستعانة بوسائل غير قضائية مفيدة قد تؤدي الى حل الخلافات العقدية. امَّا في حالة فشل هذه المساعي فيجد المتعاقد ضرورة مراجعة القضاء بعد اخطار الإدارة الذي يعد اجراء شكلياً يحظى باهتمام بالغ كونه اجراءً يمكن ان يجنب المتعاقد فسخ عقده.

المطلب الأول

سلوك الطرق غير القضائية لتسوية منازعات العقود الإدارية

يجد من يتعاقد مع الإدارة ان من مصلحته ان تنتهي الخلافات العقدية بوسائل ودية من دون حاجة للجوء الى الطرق القضائية كونها وسائل يمكن من خلالها ان يحصل المتعاقد على حقوقه او على الاقل التعرف على مدى استحقاقه لها قبل اللجوء الى القضاء. لذا تعد المصالحة، الخبرة، التحكيم، طرقاً غير قضائية متاحة امام المتعاقد، بإمكانه ان يلجا اليها لغرض اقتضاء حقوقه على ان يتم ايرادها في الشروط العقدية، كي تكون قيداً على حرية المتعاقدين تمنعهم من اللجوء الى القضاء قبل اتباع مثل هذه الاجراءات المسبقة.

أولاً: المصالحة

وسيلة ذاتية لحل المنازعات العقدية تجنبا لاثارة حدة النزاع ووضعه بيد المراجع القضائية وبناء عليها يلتزم اطراف العقد بتضمين العقد الإداري بنداً ينظم كيفية فض المنازعات العقدية عن طريق المصالحة الالزامية لاي نزاع محتمل قد يثور بين الاطراف. فضلاً عن ضرورة تحديد المدة الزمنية التي ينبغي على طرفي العقد اللجوء الى المصالحة خلالها. وتجري المصالحة بين الطرفين بمواجهة الخصوم والعمل على بحث اسباب النزاع بشكل جاد وموضوعي لغرض التوصل الى حل بناء يرضي كلا الطرفين وغالباً ما تتم المصالحة بالأستعانة بشخصٍ ثالث وسيط يعمل على تقريب وجهات النظر المتعارضة والتوفيق بينها[١] .

وعادة يكون الشخص الثالث في اطار عقود الاشغال مهندساً استشارياً، وقد اكدت ذلك م ٦٩ من شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية، ((اذا نشأ نزاع او خلاف من أي نوع كان بين "صاحب العمل" و"المقاول" له علاقة بـ (المقاولة) او ناجماً عنها او عن تنفيذ الاعمال (سواء كان ذلك اثناء سير الاعمال او بعد اكمالها وسواء كان قبل ام بعد انهاء المقاولة او تركها أو الإخلال بها)، فيحال مثل هذا النزاع او الخلاف الى "المهندس" وتجري تسويته من قبله وعليه ان يبلغ قراره الى "صاحب العمل" و"المقاول" ان مثل هذا القرار بخصوص كل قضية احيلت بهذه الصورة يكون ملزماً "لصاحب العمل" و"المقاول" وعلى "المقاول" ان يعمل به دونما تأخير وعليه الاستمرار بتنفيذه "الأعمال" بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم "المقاول" او "صاحب العمل" اشعاراً بعدم قبول القرار ....))[٢]. وفي رأيي المتواضع ان ما تضمنته المادة ٦٩ من الشروط العراقية انما يقتصر على مسألة التحكيم لان ما ذكرته ورد بوصفه احدى الطريقتين التي يتم اللجوء اليها لفض منازعات العقود الإدارية. ولا تمتد الى اجراء المصالحة لان المصلحة تعد امراً غير الزامي وما ذكرته م٦٩ يشير الى ان قرار المهندس ملزم وعلى

(١) محمد علي جواد: العقود الدولية، ص١٩١ وما بعدها . د.ابراهيم حرب محيسن: طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية (دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والمقارن)، دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان ، ١٩٩٩، ص١٩ وما بعدها.

(٢) شروط مقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية لعام ١٩٨٨، صادرة عن وزارة التخطيط.

المقاول المثابرة على تنفيذه، لذا نرتأي ان تتضمن الشروط العامة العراقية نصاً صريحاً يشير الى مسألة المصالحة بشكل منفصل عن التحكيم، لان المصالحة تسبق التحكيم.

ثانيا: الخبرة

قد يكون موضوع النزاع منصباً على مسألة معينة تستدعي ضرورة الاستعانة بخبرة شخص من ذوي الخبرة والدراية والاختصاص في موضوع النزاع. وفي هذه الحالة يتم الاستعانة بخبير ويعرف بانه شخص من ذوي الخبرة في موضوع النزاع او جهة تملك الاختصاص في هذا الشأن. يتم اللجوء اليها لغرض الحصول على رأي فني في مسألة دقيقة، وذلك بعد اخفاق المحاولات التي جرت لغرض اصلاح ذات البين بين طرفي العقد فهي، وسيلة يمكن من خلالها الحصول على رأيٍّ في المسائل المتنازع عليها.

ومن خلالها يمكن لطرفي العقد التعرف على السبب الحقيقي للنزاع للوصول الى حل منصف وللحيلولة من دون تفاقم حدة الخلاف وتفادي مراجعة القضاء وتتجلى مهمة الخبير في اعداد تقرير يبين فيه رأيه وهو بذلك لا يلتزم بأي اجراء شكلي وانما يقدم رأياً غير ملزم قد يأخذ به الخصوم والمحكمة او يطرح جانباً[١].

وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية عدة قرارات اكدت على ضرورة الاستعانة برأي الخبراء لغرض الوصول الى حكم دقيق وعادل نذكر منها القرار المرقم ٨١٣/م١ منقول/٢٠٠٠ تسلل ١٩٧٠ ((...لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للاسباب التي استند لها حيث انه اعتمد تقرير الخبراء المؤرخ في ٩٩/١٠/١٥ وملحقه المؤرخ في ٢٠٠٠/٢/٢٦ وان تقرير الخبراء جاء صالحا لاعتماده سبباً للحكم ومستوفياُ لشروط تمييزه القانونية...))[٢]. وفي قرار آخر اشار الى ((..لدى التدقيق والمداولة وجد .... اللجنة المشكلة لدراسة الموضوع قررت استحقاق المدعي عن هذا العمل خبرة سبعة من الخبراء في تقريرهم المؤرخ في ٢٠٠٠/٤/٢٩. الذي جاء مسبباً ومعللاً وصالحاً لاعتماده سبباً للحكم في ضوء المادة ١٤٠ من قانون الاثبات....))[٣].

وقد تستعين المحكمة بخبرة اشخاص متخصصين قبل النطق بالحكم كونه وسيلةً يمكن من خلالها كشف النقاب عن امور متنازع عليها لا تملك الإدارة ولا المتعاقد القدرة على توضيحها وبيان ماهيتها.

ثالثا: التحكيم

يعد التحكيم وسيلة لحل منازعات العقود الإدارية، ظهر بعد نشوء الدولة الحديثة وتركز سلطانها. وقد اخذت بأسلوب التحكيم الكثير من الدول[٤]، نظراً لما يتمتع به من مزايا تكاد تجعله

---

(١) د.طالب حسن موسى: عقود المقاولات الانشائية، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، ع٣-٤، س٤٤، مطبعة الشعب/بغداد، ١٩٨٩، ص٢٩٣. حسين المؤمن: الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر/بيروت، ١٩٧٧،ص٢٤. د.محمد علي جواد، العقود، ١٩٤. حامد مصطفى: مصدر سابق، ص١٠٩.

(٢) قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية ، غير منشور.

(٣)قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية ، رقم الاضبارة (١٨٩٩/م١ منقول/٢٠٠٠).غير منشور.

(٤) لقد عرفت بعض دول العالم (دول الديمقراطيات الشعبية) التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تثور في اطار المشروعات العامة ومن بين هذه الدول، بلغاريا-بولندا-تشيكوسلوفاكيا-الاتحاد السوفيتي) لمزيد راجع: د.شمس مرغني علي. التحكيم في منازعات المشروع العام/دراسة مقارنة، عالم الكتب/القاهرة، ١٩٧٤، ص٣٣ وما بعدها.

وسيلة يمكن من خلالها فض النزاع العقدي لتلافي عرضه على المراجع القضائية. لذا سنتعرف على التحكيم من خلال تحديد مفهومه وصيغة اللجوء اليه وانماطه.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم

تعددت المعاني التي وضعها الكُتّاب للتحكيم، اذ يرى جانب منهم انه ((طريقة يختارها اطراف العقد لفض المنازعات التي قد تنشأ عن العقد وذلك بطرح النزاع والبت فيه امام شخص او اكثر يطلق عليهم اسم (المحكم او المحكمون) دون اللجوء الى القضاء))[١]. او ((عقد يتفق بموجبه شخصان او اكثر على احالة الفصل في النزاع الى شخص او اكثر للفصل في نزاع قائم فعلاً او متوقع الحدوث في المستقبل بخصوص تنفيذ عقد معين بدلا من اللجوء الى القضاء))[٢]. لذا فالتحكيم هو ((اتفاق طرفي النزاع القائم فعلا او المحتمل على اختيار بعض الاشخاص لغرض الفصل في النزاع وقبول القرار الذي يصدر بشأنه))[٣]. وقد ذهبت مجلة الاحكام العدلية في م ١٧٩٠ الى تحديد مفهوم التحكيم مشيرة الى انه ((اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما لفصل خصوماتهما ودعواهما))[٤]. هذا ولم يضع مشرعنا العراقي تعريفاً واضحاً يحدد فيه معنى التحكيم، الا انه ومن خلال استعراض نص م٢٥١ من قانون المرافعات المدنية العراقي نجدها تنص ((يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)). وهو بهذا التحديد لمعنى التحكيم يتفق مع ما ورد في التشريعات العربية من تعريفات له[٥].

فالتحكيم وسيلة يتم من خلالها تحويل كفة ميزان الاختصاص من المحاكم القضائية الى هيئات تحكيمية يتم اختيارها من قبل اطراف النزاع او المحكمة. ويتمتع هذا الطريق بخصائص عملت على تفعيل دوره في حل الخلافات العقدية فهو يمتاز بسهولة اللجوء اليه. فضلا عن عدم التمسك بالشكليات التي يتطلبها اللجوء الى المحاكم اضافة الى كل هذا. فالتحكيم قد يؤدي الى وضع حد للنزاع بين الطرفين وبذلك نكون قد تجنبنا اثارة النزاع امام القضاء. فضلا عن ثقة الخصوم بحكم المحكم والاطمئنان النفسي الذي يشعر به الخصوم ازاء الحكم الصادر عنهم. وهذا ناتج بالتاكيد من اختيار طرفي العقد للمحكمين بارادتهم[٦].

الفرع الثاني: صيغة اللجوء الى التحكيم

لقد نصت م٢٥١ مرافعات مدنية عراقي- والتي سبقت الاشارة اليها- على تبيان الكيفية التي يتم بها اللجوء الى التحكيم كونه نظاماً استثنائياً كما اشرنا سابقا. ومن هذا المنطلق ينبغي عدم التوسع في تفسير احكامه، اذ يتم اللجوء الى التحكيم عن طريق الاتفاق على احالة النزاع،

---

(١) د.فوزي محمد سامي:التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة/بغداد، ١٩٩٢،ص١٧.

(٢) حسين المؤمن:مصدر سابق، ص١٠.

(٣) د.عبد الرحمن العلام:شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩،ج٤، مطبعة الزهراء/بغداد، ١٩٩٠، ص٣٩٩.

(٤) توفيق شحاته:نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة،١٩٦٣، ص٣٠٣ ومابعدها،د.محمود السيد التحيوي:التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دا ر الجامعة الجديدة للنشر/الاسكندرية، ١٩٩٩، ص١٢٧ ومابعدها. حسين المؤمن: مصدر سابق، ص١٠. د.ابراهيم حرب محيسن: مصدر سابق، هامش٢، ص١٢.

(٥) تقابل هذه المادة (م٥٠١ مرافعات مصري، م٢٥٤ مرافعات كويتي، ٨٢١ اصول محاكمات لبناني، ٥٠٦ اصول محاكمات سوري، م٢ف٢ من قانون التحكيم الاردني) لمزيد راجع:حسين المؤمن: مصدر سابق، هامش٢، ص١٠.

(٦) د.فوزي محمد سامي: مصدر سابق، ص١٩ ومابعدها. د.محمد علي جواد: العقود، ١٩٥. حسين المؤمن: مصدر سابق، ص١٩ ومابعدها.

الى محكمين، اما بموجب شرط مدرج مسبقاً في العقد وقبل قيام النزاع. وفي هذه الحالة قد يدرج هذا الشرط في العقد نفسه او في اتفاق مستقل ويدعى عندئذ (بشرط تحكيم). أما لو خلا العقد من أي شرط مسبق على احالة النزاع الى هيأة التحكيم فيتم الاتفاق عليه بعد حدوث النزاع ، ونكون انذاك امام مشارطة تحكيم(١). والمتتبع لنصوص قانون المرافعات المدنية العراقي يجد ان م٢٥٢ تنص على اشتراط الكتابة لعقد التحكيم ((لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة ، و يجوز الاتفاق عليه اثناء المرافعة فأذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم او اذا اقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة الى ان يصدر قرار التحكيم))(٢). والهدف هو اثبات التحكيم وكل شرط من شروط عقد التحكيم والسبب في ذلك هو ضرورة لفت انتباه طرفي العقد الى التحكيم كونه اجراءً خطيراً يؤدي النقل الاختصاص من المحاكم القضائية الى هيأت تحكيمية. فضلا عن تفادي حدوث أي نزاع حول اثبات فحوى العقد وشروطه، لذلك اشار قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الى ان ((اتفاق التحكيم يكون مكتوباً فيما لو تضمنه محرر تم توقيعه من قبل الطرفين او تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل او برقيات وغيرها. من وسائل الاتصال المكتوبة))(٣).

أما عن موضوع النزاع اذا ورد ذكر التحكيم بصورة عامة فأنه يشمل كافة نقاط النزاع اما اذا ورد على نقطة معينة فأن التحكيم يقتصر على تلك النقطة و هذا ما اقرته محكمة التمييز هذا و لم يشر قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ الى ضرورة تحديد موضوع النزاع فإذا جاء شرط ومشارطة التحكيم من دون تخصيص لموضوع النزاع ،عد عندئذ شاملا لكافة المنازعات التي قد تنشأ،ابتداءمن وقت تنفيذ العقد ولحين انتهائه. وقد اكدت محكمة التمييز العراقية ذلك قائلة : ((اذا كانت موافقة الخصم على احالة الدعوى على التحكيم غير مقيدة فان التحكيم يشمل كافة الامور التي قام عليها النزاع))(٤)وبنفس المنهجية قضت محكمة استئناف مصر المختلطة ((اذا جاءت مشارطة التحكيم بصورة مطلقة تشمل جميع المنازعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين، سواء وقت العمل بالتعاقد او بعد فسخه))(٥).

وعند عقد المقارنة بين ما تضمنه قانون المرافعات المدنية العراقي وبعض القوانين العربية نجد ((ان المشرع المصري والسوري قد اكدا على ضرورة تحديد موضوع النزاع في العقد او اثناء المرافعة وان كان المحكمون محكمين بالصلح والا كان التحكيم باطلاً))(٦). اما مشرعنا فأنه لم يذكر ذلك ونرى ضرورة ان لا يسلك مشرعنا مسلك المشرعين العرب وذلك بتحديد موضوع النزاع لأن ذلك سيكون قيدا على حرية المتعاقدين .

١- تشكيل هيأة التحكيم:

من اولى الصعوبات التي قد تثور بصدد التحكيم هو تحديد الكيفية التي يتم بها تأليف هذه الهيأة؟ فاذا كان التحكيم عقد معاوضة بمعنى ان الاصل به انه نتاج اتفاق ارادتين لذا يتم التحكيم اصلا عن طريق لجنة رضائية، سواء ورد الاتفاق على تاليف هذه اللجنة في شرط ام مشارطة التحكيم م١٠٠٦ مرافعات فرنسي، ولكن اذا كان المشرع ترك للخصوم حرية اختيار المحكمين

---

(١) د.فوزي محمد سامي: مصدر سابق، ص١٨. حسين المؤمن: مصدر سابق، ص١١. د.عبد الرحمن العلام:مصدر سابق، ص٣٩٩.

(٢) تقابل هذه المادة م٨٢٩ اصول محاكمات لبناني (لا يجوز اثبات التحكيم بالشهود ولا بالقرائن). لمزيد راجع:حسين المؤمن:مصدر سابق، ص١٤ ومابعدها.

(٣) د.ماجد راغب الحلو:القانون، ص٦٢٢. حسين المؤمن: مصدر سابق،ص١٤.

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٨٨/استئناف/١٩٧٠ المؤرخ في ١٩٧١/٣/٢٤، وارد في:حسين المؤمن:المصدر السابق،هامش٢،ص١٢.

(٥) نقلا عن: حسين المؤمن:المصدر السابق، ص١٢.

(٦) المواد المقابلة للمادة (٢٥٢ مرافعات عراقي) ،م٥٠١ مرافعات مصري، م٥١٠ اصول محاكمات سوري،م٨٢٩ اصول محاكمات لبناني): راجع: حسين المؤمن: المصدر السابق،ص١٢.

الا انه حدد حالات معينة جعل مهمة تاليف الهيأة للمحكمة المختصة بنظر النزاع[١]. فقد نصت م٢٥٦ ف١ مرافعات مدنية عراقي الى تلك الحالات وحصرتها قائلة: ((١- اذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين او امتنع احد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل او اعتزله او تحول عنه او قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم او المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم)). لذا ينبغي ان يكون عدد المحكمين ثلاثة وفي حالة التعدد يجب ان يكون عددهم وتراً تلافياً للخلافات التي قد تنشأ في حالة كثرة عدد المحكمين. مع الاشارة الى ان تأليف هذه الهيأة قد يؤدي الى انقسام في وجهات نظر المحكمين مما ينعكس على عدم التوصل الى قرار مناسب لحل النزاع. لذا فقد ذهب قانون المرافعات العراقي في مادته ٢٥٧ الى اشتراط كون عدد المحكمين وتراً واستثنى من ذلك التحكيم بين الزوجين وهذا ما اخذ به التشريع المصري، اما المشرع الفرنسي فلم يشترط ان يكون عددهم وتراً الا انه اشار الى وجود ما يسمى المحكم المرجح[٢]. كما ان المشرع الاردني في م٥ف٤،٥ اشار الى الحالة التي لا يكون فيها عدد المحكمين اثنين ولم يتفقا على راي مالحل النزاع. فقد اشار الى ان الفيصل يقوم بمهام المحكم بدلاً منهما وعلى الاخير ان يصدر قراره خلال شهر[٣]، اذا كان الاصل في لجنة التحكيم ان تكون رضائية كما اسلفنا. الا انه في الحالة التي لا يحصل فيها اتفاق طرفي العقد على اختيار المحكمين وكانت الهيئة مؤلفة من محكم واحد، فأن المحكمة تتولى اختيارهم بناء على طلب احد الطرفين وان كانت هذه الهيأة تتكون من ثلاثة محكمين واختار كل طرف حكما ثم يتفق الحكمان على اختيار محكم ثالث يتولى رئاسة الهيأة[٤]. مع الاشارة الى انه يرد المحكم بما يرد به القاضي وتتولى هيأة التحكيم الفصل في أي نزاع يتعلق بالمسائل الاتية (عدم الاختصاص-النزاع الحاصل لعدم وجود شرط او مشارطة تحكيم-بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع). اما عن المدة التي ينبغي ان يصدر خلالها قرار المحكمون فنرى ان عليهم ان يصدروا القرار خلال المدة المحددة في شرط او مشارطة التحكيم مالم يكون الخصوم قد اتفقوا على اطالة امد هذا الميعاد. وفي حالة عدم اشتراط طرفي العقد للمدة فأن المشرع قد حددها بستة اشهر من تاريخ قبول المحكمين القيام بمهمتهم م٢٦٢ مرافعات عراقي. أما المشرع المصري فقد اكد على ضرورة تحديد المدة التي ينبغي ان يصدر خلالها حكم المحكم ب١٢شهراً من تاريخ ابتداء الاجراءات، ويبقى للهيأة مد هذه المدة بما لا يجاوز ٦اشهر مالم يتفق الطرفان على مدة اطول[٥].

هذا ويمتاز قرار المحكمون بكونه يحوز قوة الشيء المقضي به ولكنه لا يكتسب هذه الحجية ولا ينفذ لدى دوائر التنفيذ الا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة و تنص م٢٧٢ مرافعات عراقي[٦] من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ :

((١- لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء او اتفاقا ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب احد الطرفين بعد دفع الرسوم المقررة.

---

(١) د.شمس مرغني علي:مصدر سابق، ص٤٢٠. د.فوزي محمد سامي:مصدر سابق،ص٢٣. حسين المؤمن:مصدر سابق،ص٣٤.

(٢) لقد اشار قانون المرافعات الفرنسي الى ما يدعى بالمحكم المرجح الذي يتدخل ليزيل الانقسام وترجيح راي على اخر من خلال التعرف على الاراء المتضاربة للمحكمين، من دون ان يعيد التحقيق في الدعوى او سماع اقوال الخصوم. اذ يختلف المحكم المرجح عن الحكم الثالث الذي ياخذ به التشريع الاردني، لأن الاخير لا يقتصر دوره على ترجيح رأي على اخر وانما يتدخل لاجراء تحكيم جديد امام هيأة جديدة مشكلة منه ومن الاصليين لمزيد راجع:د.شمس مرغني علي:مصدر سابق،ص٤٢٣.

(٣) حسين المؤمن:مصدر سابق،ص٣٥.

(٤) د.ماجد راغب الحلو:القانون، ص٦٢٢.

(٥) د.ماجد راغب الحلو:المصدر السابق، ص٦٢٥ وما بعدها.

(٦) حسين المؤمن:مصدر سابق، ص٥٦.

٢- لا ينفذ قرار المحكمين الا في حق الخصوم الذين حكموهم و في الخصوص الذي جرى التحكيم من اجله)) مع ملاحظة ان الحكم الصادر عن المحكمة بالمصادقة على قرار المحكم او ابطاله او تعديله قابل للطعن[١].

٢- أنماط التحكيم

من يتناول التحكيم كمفردة يتضمنها طيات بحثه يجد امامه العديد من العناوين التي تتطلب الوقوف امامها ومن بينها انواع التحكيم. فالتحكيم اما ان يكون مدنياً أو تجارياً او ادارياً. وما نحن بصدد التعرف عليه هو التحكيم الإداري الذي يتم بين الإدارة والافراد، اذ ينبغي على طرفي النزاع الذي تكون الإدارة طرفا فيه تتصرف بمالها من سلطة عامة في اللجوء الى التحكيم لفض النزاع فمن المتفق عليه ان التحكيم يجري في كافة منازعات العقود الإدارية. وقد منح التشريع الفرنسي الصادر في ٧نيسان ١٩٠٦ الدولة والمحافظات وكذلك البلديات الحق في اللجوء الى التحكيم من اجل تسوية الامور المتعلقة بالنفقات الناتجة عن تنفيذ الاشغال العامة. الا ان المشرع امتنع عن الاشارة للتحكيم في دفاتر الشروط العامة الفرنسية النافذة حالياً تجاه منازعات الاشغال العامة[٢].في حين تطرق المشرع المصري الى جواز اللجوء الى التحكيم في القانون المرقم ٢٥ لسنة ١٩١٢ الذي اشار الى ان للحكومة اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تنشب عن عقود الاشغال العامة والتوريد والامتياز وبصدور القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٤ نص ((على يجوز فض المنازعات القائمة بين الدولة والغير عن طريق التحكيم ويكون الاتفاق على التحكيم بمشارطة تحكيم خاصة[٣]..)) ونظرا لاهمية التحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد جاء قانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ متضمنا العديد من النصوص التي اشارت الى فكرة التحكيم منها م٢٣ منه ((...وفي حالة الادعاء باخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة ذلك. مالم يتفق الطرفان على التحكيم وفقا للقواعد والاجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلا بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧)) وم٤٢ منه ((يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف اثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، وبموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد)).

كما بينت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات لعام ١٩٩٨ فكرة التحكيم في م١٠٠ منها مشيرة ((تفصل السلطة المختصة في الخلافات التي تنشأ بين الموردين ولجان الفحص او بين اعضاء لجنة الفحص انفسهم ، ولها ان تسترشد في ذلك برأي لجنة فحص اخرى او الرجوع الى الجهة التابع لها المندوب الفني)). فضلاً عن كل هذا فقد نصت م١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على ان تضاف الى م١ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية تنص ((وبالنسبة الى منازعات العقود الإدارية ويكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك[٤]....)) ومن خلال استعراض هذا النص وما ورد في قانون المناقصات والمزايدات المصرية لعام ١٩٩٨ نجد ان المشرع المصري قد

---

(١) حسين المؤمن:المصدر السابق، ص٥٥. اما المشرع الاردني فقد بين في م٥ ف٢ من قانون التحكيم الى عدم اخضاع احكام المحكمين لأي طريق من طرق الطعن ولا حتى اعادة المحاكمة: راجع: د.ابراهيم حرب محيسن:مصدر سابق،ص١٧.

(٢) -ch.Debbash ch.Bourdou. J.M. et. Ricci (Institutions de droit administrtif) themis.١٩٨٢.P.٣٨٥.

(٣) د.ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص٦٢٨.

(٤) د.ماجد راغب الحلو: المصدر السابق، ص٦٣١. د.محمود السيد التحيوي:مصدر سابق،ص١٣٠ ومابعدها. ومابعدها.

اشترط ان يتم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم بعد اخذ موافقة الوزير للاشخاص الاعتبارية العامة، وهو اما رئيس الهيئة العامة المتعاقدة لاشخاص المرفقية او المحافظ للأشخاص المحلية. وقد اكد المشرع على ان يتولى هذا المسؤول الموافقة على اتفاق التحكيم اذ لا يمكن التفويض في ابرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية والا عد الاتفاق باطلا لكونه صدر من غير ذي صفة. لعل السبب في ذلك يكمن في ان العقود التي تبرمها الدولة مع جهات اجنبية تكون على درجة من الاهمية لكونها تتعلق باستغلال الثروة الطبيعية كالبترول او تتعلق بتوريد التقنية الحديثة، لذا ينبغي ان يتم ابرام اتفاق التحكيم بعد اخذ موافقة الوزير(١).

اما في العراق فقد اكدت الشروط العامة في ميدان عقود الاشغال العامة على ضرورة اللجوء الى التحكيم قبل مراجعة القضاء استناداً الى نص المادة ٦٩ التي قضت بأنه ((اذا نشأ نزاع او خلاف من أي نوع كان بين "صاحب العمل" و"المقاول" له علاقة "بالمقاولة" او ناجم عنها او عن تنفيذ الاعمال (سواء كان ذلك اثناء سير الاعمال أو بعد اكمالها سواء كان قبل ام بعد انهاء المقاولة او تركها او الاخلال بها) فيحال مثل هذا النزاع او الخلاف الى المهندس وتجري تسويته من قبله وعليه ان يبلغ قراره الى "صاحب العمل" "والمقاول". ان مثل هذا القرار بخصوص كل قضية احيلت بهذه الصورة يكون ملزماً "لصاحب العمل" و"المقاول" وعلى "المقاول" ان يعمل به دونما تأخير وعليه الاستمرار بتنفيذ الاعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم "المقاول" او "صاحب العمل" اشعاراً بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد ام لم يقدم..)) وفي حالة عدم التوصل الى قرار يقنع كلا الطرفين فقد اشارت المادة نفسها الى كيفية اللجوء الى التحكيم وكيفية تأليف هذه الهيأة بالقول ((...واذ لم يقبل "صاحب العمل" أو"المقاول" بقرار "المهندس" هذا فعندئذ وفي اية حالة كهذه يكون "لصاحب العمل" أو"المقاول" في غضون ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور ان يطلب احالة القضية الى التحكيم على الوجه الاتي:

يعين كل من "صاحب العمل" و"المقاول" محكما وعلى المحكمين المعينين بهذه الصورة ان يتفقا على محكم ثالث يتولى رئاسة المحكمين. وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق خلال اربعة عشر يوماً من اخر تاريخ لتعينهما فعندئذ يكون "لصاحب العمل" و"المقاول" الحق في مراجعة المحكمة المختصة، لتعيين المحكم الثالث وفق الاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات او وفق اية اجراءات ينص عليها قانون خاص بامور التحكيم...)) وبذلك تكون هذه المادة قد بينت اجراءات التحكيم في منازعات عقود الاشغال العامة وهي بالفعل موفقة في ابراز الصورة التي يمكن للطرفين ان يتبعاها للوصول الى حل للنزاع وفي حالة فشل مساعي هيأة التحكيم امكن عندئذ ولوج باب القضاء.

لم يقتصر المشرع على ذكر الكيفية التي يتم بها اللجوء الى التحكيم في نص م٦٩، وانما شمل بذلك م٤٥ من شروط المقاولة لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية، فقد جاءت متفقة مع نص م٦٩ في تحديد الوسيلة التي يتم بها تسوية النزاع العقدي بين الإدارة و المتعاقد معها. ومن كل ماتقدم نخرج الى ان مشرعنا الزم طرفي النزاع بضرورة اللجوء الى التحكيم قبل مراجعة المحاكم المختصة. وقد اتجهت محكمة التمييز الى تبني هذه الوسيلة في قرارها الصادر في ١٩٦٨/٦/١، رقم الاضبارة١٦٤٨/١/ح/٩٦٧ ((نص في عقد المقاولة بأنه اذا حدث خلاف بين الطرفين فأنه يحسم من قبل المهندسين الاستشاريين ويكون قرارهم نهائياً وملزماً للطرفين ولكل طرف احالة الامر الى التحكيم في ظرف مدة معينة فان هذا النص يعتبر صحيحاً ويتعين التقيد به))(٢).

---

(١) نقلا عن:د.ماجد راغب الحلو: القانون، ص٦٣٢. د.محمود السيد التحيوي:مصدر سابق،ص١٣٠.
(٢) وارد في: د.عبد الرحمن العلام: مصدر سابق، ص٤١٦.

المطلب الثاني

الأخطار

يعد الأخطار اجراءً شكليا ينبغي ان يستنفده المتعاقد مع الإدارة قبل المطالبة بفسخ العقد، كي تكون الإدارة على بينة بما صدر عنها من اخلال في تنفيذ العقد، جعلت المتعاقد يطالب باثارة مسؤوليتها العقدية وفسخ العقد.

يتم توجيه الاخطار بأحدى وسيلتين اما الاعذار و أما التظلم من قرار الادارة .

أولا: اعذار الإدارة

الاعذار يمثل قاعدة قانونية يجب إتباعها من قبل طرفي العلاقة العقدية قبل اللجوء الى القضاء. فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الاتفاقية او القانونية على من يتعاقد معها. الا انه ينبغي قبل فرض أي جزاء ان تراعي اجراءً شكلياً على درجة من الحساسية الا وهو توجيه انذار للمتعاقد معها[١]. واذا كانت الإدارة ملزمة باعذار متعاقدها قبل توقيع أي عقوبة عليه، فأنه بالمقابل يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة التزام بضرورة توجيه انذار للإدارة مطالبا اياها بتنفيذ التزاماتها العقدية، ويتم الانذار طبقاً للمبدأ القائل (قد اعذر من انذر).

ومن هذا الجانب سيتم تناول الاعذار في طيات القانون المدني والعلة في ذلك ان القانون الإداري حديث النشأة في بلده الام فرنسا، كما سنرى ذلك لاحقا. فكيف الحال في الدول التي اخذت عنها القانون الإداري. فضلا عن ذلك يعمل القانون المدني، على وضع الاحكام العامة، وقد استعار القانون الإداري العديد من النظريات منه.

لقد ذهب فقهاء القانون المدني الى تحديد معنى الاعذار قائلين: ((وضع المدين في موضع المقصر في تنفيذ التزاماته باثبات تأخره في الوفاء لان مجرد حلول الاجل لا يعني تقصير المدين مالم يسجل عليه تقصيره بالاعذار))[٢].

او هو ((وضع المدين الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية تأخراً من شأنه ان يصيب الدائن بضرر))[٣].

او ((وضعه في وضع قانوني وهو موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام ان لم يوف به في وقته))[٤]. ومن مجمل هذه التعاريف التي وضعت للاعذار، اخرج بنتيجة وهي أن الاعذار دعوة ايجابية موجهه من الدائن الى مدنيه تترتب عليها نتائج قانونية معينه، يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بضرورة تنفيذ التزاماته. وبذلك تكون قد اتفقنا مع ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م١٧٧ ف١ والقوانين المدنية العربية[٥].

يظهر الدافع الى التمسك بالاعذار، كونه شرع اصلاً مراعاة لاعتبارين: الأول اخلاقي، يتمثل بان المبادئ الإنسانية والقيم الأخلاقية تأبى ان يفاجأ المدين بالتنفيذ الجبري عليه وما يمكن ان يلحق به من ضرر يستوي في ذلك الضرر المادي او المعنوي. والثاني، قانوني اذ بمجرد

---

(١) السيد محمد المدني:مصدر سابق، ص٤٤٨.
-Singer-J.(la motivation des actes Administratifs)la Revue administrative-١٩٨٠.p.٧.

(٢) د.انور سلطان:الموجز في النظرية العامة للالتزام/دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية/بيروت،١٩٨٣، ص٣٦-٣٧.

(٣) د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين:مصدر سابق، ص١٤.

(٤) د.اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، ج٢، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٧، ص٨٨.

(٥) نصت م١٧٧ م.ع ((١-في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى..)). وتقابلها م١٥٧م.م ((١-في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره ان يطلب تنفيذ العقد او بفسخه، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى)). وتقابلها م١٥٨م سوري، ١٥٩م. ليبي،م ٢٣٩-٢٤١ موجبات وعقود لبناني)). وارد في: د.عبد الرزاق السنهوري:الوجيز، هامش١،ص٢٧٠.

حلول اجل تنفيذ الالتزام وتخلف المدين عن التنفيذ لا يعني بالضرورة تضرر الدائن، فقد يحمل تصرفه هذا على محمل التسامح والرأفة بالمدين. وهذا القبول الضمني للدائن يمكن ان ينفيه اذا ما طالب مدينه بالتنفيذ بانذراه[٢].

يحمل الاعذار معنى التهديد للمدين بضرورة المسارعة الى تنفيذ التزاماته والاَّ فأن الجزاء سيفرض عليه، فضلا عن كونه يجنب المدين فسخ عقده فجأة ويمنحه فرصة لتلافي ذلك. ومن هذا المنطلق يحوي الاعذار فائدة جلية تظهر في كونه يجعل القاضي اكثر قدرة على الاستجابة لطلب الفسخ، وخاصة ان اعذار المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه يحمل في طياته على محمل الامتناع عن التنفيذ ووضع المدين في موضع المصر على الرفض . فضلاً عن كونه يجعل القاضي قادراً على الحكم بالفسخ والتعويض[٢]. وازاء هذه الفائدة التي يحملها الاعذار للمدين والدائن على حدٍسواء نجد ان ثمة تشريعات، ومنها التشريعات الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية بدأت تشير الى ضرورة وضع الاعذار جانباً، فهي تعد مجرد حلول الاجل كافيا لغرض اشعار المدين من دون حاجة الى اعذاره. هذا وان قانون الموجبات والعقود اللبناني كان قد ذهب الى ان المدين يعد معذراً بمجرد حلول اجل الوفاء بالالتزام ومن ثم مسؤولاً عن كل الاضرار التي تصيب الدائن. وبذلك فهو يقيم المسؤولية على افتراض كون المدين قد أُعذر[٣].

أما مشرعنا العراقي والمشرع المصري فقد ظلا محافظين على اصالة هذا الاجراء الشكلي مقتفين في ذلك خطى القانون المدني الفرنسي . بالرغم من اننا وجدنا اراءً تطالب المشرع العراقي بضرورة وضع الاعذار جانباً وتجعل منه استثناءً لقاعدة الاصل فيها عدم الاعذار[٤].

ويتم تبلغ الاعذار بالانذار، وهو عبارة عن ورقة رسمية من اوراق المحضرين يطالب فيها الدائن مدينة بضرورة تنفيذ التزاماته. والى ذلك اشارت م٢٥٧ م.ع وم ٢١٩ م.م[٥].

كما وقد يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات م١٤ مرافعات عراقي وم ١٦ مرافعات مصري، او بأي ورقة رسمية كورقة التكليف بالحضور او محضر الحجز، حتى وان تم رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة. ويمكن الاتفاق على ان يتم الاعذار باي طريق اخر، وخاصة انه لا يوجد شكل محدد لصيغة الاعذار نظرا لان قاعدة الاعذار ليست مطلقة اذ يمكن الاتفاق على الاعفاء منه، فضلا عن ذلك انه ليس من النظام العام. لذا يعد امراً طبيعياً ان يتم الانذار باي وسيلة كانت سواء تمثلت باخطار شفوي ام عادي مع مراعادة القواعد العامة في الاثبات. وما تمت الاشارة اليه في الفقرات اعلاه يطبق على المسائل المدنية والتجارية على حد سواء مع مراعاة ما قد جرى عليه العرف من اجازة الاعذار بورقة غير رسمية او باخطار شفوي[٦]. وقد عبرت عن هذا محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم

---

(١) د.انور سلطان: مصدر سابق، ص٣٧. د.اسماعيل غانم: مصدر سابق، ص٨٨. حسن حنتوش: محاضرات في القانون المدني، ملقاة على طلبة الدراسات الاولية للعام الدراسي ١٩٩٧-١٩٩٨. غير منشورة.

(٢) د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين: مصدر سابق، ص١٥. د.عبد الرزاق السنهوري:الوجيز، ص٢٧٠. السيد عبد الله الشرفاني، مصدر سابق، ص٣٤.

(٣) د.انور سلطان: مصدر سابق، ص٣٧. حسن حنتوش:التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٠،ص٩٥.

(٤) حسن حنتوش: المصدر السابق، ص٩٦.

(٥) تنص م٢٥٧ م.ع ((يكون اعذار المدين بانذراه ويجوز ان يتم الاعذار باي طلب كتابي آخر كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفاق بأن يكون المدين معذراُ بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى الاعذار)).
وتقابلها م٢١٩ م.م ((باعذاره او بما يقوم مقام الانذار)). راجع عن شكل الاعذار: د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين:مصدر سابق، ص١٤. د.اسماعيل غانم:مصدر سابق، ص٩٥. د.انور سلطان:مصدر سابق، ص٣٧.

(٦) منير القاضي:ملتقى البحرين/الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد ١،مطبعة العاني/بغداد، ١٩٥٢، ص٢٧٤. د.انور سلطان:مصدر سابق، ص٣٧. د.اسماعيل غانم: مصدر سابق،ص٩٥.د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين:مصدر سابق، ص١٤-١٥.

المرقم ٨٣٧/ادارية ثانية/٨٧-٨٨ المؤرخ في ١٩٨٨/٣/٢٩، الذي نص على ((البرقية التي يوجهها المدعي الى المدعى عليه بتنفيذ العقد تغني عن الاعذار المنصوص عليه في م٢٥٧م.ع ويجوز له حق المطالبة بفسخ العقد))[١].

ويعد الاعذار شرطا للحكم بالفسخ وليس شرطاً لقبول الدعوى ويتفرع عن ذلك جواز توجيه الى ما قبل صدور الحكم في دعوى الفسخ[٢]. وقد اشارت محكمة التمييز العراقية الى ذلك في قرارها المرقم ٥٧٩/مدنية منقول/٨٧-١٩٨٨ المؤرخ في ١٩٨٧/١٢/١٤. الذي نص على ((ترد دعوى المدعي المقامة بطلب فسخ العقد وانهاء المشاركة واعادة المبلغ الموضوع للمدعى عليه اذا لم يقم المدعي باعذار المدعى عليه استناداً لنص الفقرة الاولى من المادة ١٧٧م.ع))[٣].

يترتب على كون الاعذار لا يعد قاعدة مطلقة، جواز الاتفاق على ما يخالفها، هذا وقد ينص القانون على الاعفاء من الاعذار، فقد نصت م.٢٢٠م.م في فقراتها ب،جـ،د على الحالات التي يعفى منها الدائن من توجيه انذر لمدينه -كما وقد عبرت عن ذلك م٢٥٨م.ع بفقراتها أ،ب،جـ،د[٤].

ولعل السبب في استثناء هذه الحالات يظهر بالاتي:-

١- في الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن بفعل المدين نرى لا ضرورة لتوجيه انذار. وتأكيدا لما قيل نسوق الامثلة الآتية: اذا كان محل الالتزام امتناع المدين عن القيام بعمل وقام به المدين، فلا فائدة عندئذ من توجيه الاعذار بعد ان اضحى التنفيذ العيني غير ممكن بفعل المدين، او اذا كان محل الالتزام واجباً في وقت معين بشكل يترتب على انقضاء الوقت ضياع الفائدة المرجوه من العمل. ففي كل هذه الامثلة وغيرها كان على الدائن ان يرجع على مدينه من دون حاجة الى توجيه انذار. هذا في الحالة التي يعزى فيها عدم التنفيذ الى المدين، أما اذا كان عدم التنفيذ يعود لسبب اجنبي خارج عن ارادة المدين لا نقضى التزام المدين في هذه الحالة ولا محل للكلام عن الانذار آنذاك[٥].

٢- أما اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

٣- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه من دون وجه حق، ففي هذه الحالة فأن المدين يعد سيء النية، اذ لا توجد أي ضرورة لانذاره.

٤- أما لو صرح المدين كتابة انه لا ينوي القيام بالتزامه اذ من غير المعقول ان يعذر المدين في الوقت الذي يعبر فيه عن عزمه على عدم التنفيذ، وينبغي ان يصرح المدين عن ذلك كتابة، فاذا عاد ونفذ التزامه عد مسؤولاً عن التعويض لتأخره في التنفيذ من وقت التصريح دون حاجة الى اعذاره. أما في المدة التي تسبق التصريح فلا يستحق الدائن أي تعويض عن التأخير لانه لم ينذر احد لذا ينبغي ان يتم التصريح كتابة. وهذه الكتابة اشترطت للاثبات على حد قول العلامة السنهوري، لذا يقوم مقامها الاقرار او النكول عن حلف اليمين[٦]. وقد وقد اكدت ذلك محكمة النقض المصرية ((وان كان يتعين لكي تقضي المحكمة بفسخ عقد

---

(١) وارد في: عبد الله الشرفاني:مصدر سابق، ص٣٤.

(٢) د. محمد محمود المصري ومحمد عابدين:مصدر سابق، ص١٤.

(٣) وارد في: عبد الله الشرفاني:مصدر سلبق، ص٣٥.

(٤) لقد نصت م٢٥٨ م.ع ((لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الاتية أ-اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن بفعل المدين وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لا بد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون ان يتم او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين. ب- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع جـ. اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. د-اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي القيام بالتزامه)).

(٥) د.محمد محمود المصري ومحمد عابدين:مصدر سابق، ص١٥.

(٦) د.انور سلطان:مصدر سابق، ص٤٢.

البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ الضمني ان ينبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيها رسمياً. الا ان محل ذلك الاَ يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه. فاذا كان المشتري قد عرض ثمناً اقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكي يصبح الحكم بالفسخ حتمياً الى ضرورة انذار المشتري بوفاء الثمن المستحق عليه))[١]. ومن يتابع مواد القانون المدني العراقي يجد انه لم يقم بتحديد مدة الاعذار. لأن تحديد مدة الاعذار من شأنه ان يعد قيداً على حرية المتعاقدين و يخلق مشاكل في التطبيق منها متى تبدأ المدة او تنتهي .

لقد تناقضت اراء الفقه واحكام القضاء حول ضرورة توجيه انذار للطرف المقصر، سواء أكان الإدارة ام من يتعاقد معها. اذ يرى جانب من فقهاء القانون الإداري الفرنسي ضرورة قيام الدائن (سواء اكان الإدارة ام المتعاقد) بأعذار الطرف المقصر في تنفيذ التزاماته يستوي في ذلك عدم التنفيذ او التاخر في التنفيذ او التنفيذ المعيب. وتدعوه الى ضرورة تنفيذ التزاماته العقدية والا فان الجزاء سيتم فرضه عليه. وقد سلم مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه الا انه يرى عدم ضرورة توجيه انذار في الحالة التي ينص فيها العقد على الاعفاء من ذلك ،او ان يتم استخلاص هذا الاعفاء من الظروف[٢]. في حين يرى جانب اخر من شراح القانون الإداري المصري ان نصوص القانون المدني المتعلقة بالاعذار ينبغي الاخذ بها في اطار الجزاءات الواردة في العقود الإدارية، وهذا ما اكدته محكمة القضاء الإداري المصرية[٣].

أما في العراق فيرى كتاب القانون الإداري ممثلا برأي منهم عدم ضرورة توجيه انذار للطرف المقصر في تنفيذ التزاماته، ومن جانب اخر يرى ضرورة التمسك بالاعذار سواء اكان المدين جهة ادارية ام من يتعاقد معها. ونحن من جانبنا نرى ان هذا تناقض في عرض الفكرة[٤]. الفكرة[٤]. ونؤيد ضرورة الابقاء على الاعذار كاجراء ضروري يسبق مرحلة اللجوء الى القضاء لما له من أهمية جمة كونه وسيلة تمكن المدين من تفادي فسخ عقده، وذلك بالمسارعة الى تنفيذ التزاماته. واذا كان الاعذار في القانون الإداري يحمل من الاهمية التي لاتقل شأناً عما ذكرت في القانون المدني. الا انه مع ذلك يمكن الاتفاق على عدم اتباعه قبل رفع دعوى الفسخ[٥]. في كل الاحوال فأن المتعاقد ملزمُ بأعذار الإدارة قبل مراجعة القضاء وهذا الاعذار اما ان يتم بناء على نص في العقد يقضي بانه اذا ما اخلت الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية فيعد امراً منطقياً ان المتعاقد ملزم بانذار الإدارة بأعذارها او بناء على قاعدة القرار الإداري المسبق

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٥٦/٥/٣١م نقض-م-٧-٦٣١-وارد في:محمد كمال عبد العزيز:مصدر سابق، ص١٤٠.

(٢) د.عبد العال السناري: مصدر سابق، ص٢١٦.

(٣) د.عبد العال السناري:المصدر السابق، ص٢١٥-٢١٧. د.عبد المجيد الفياض:مصدر سابق، ص٩٣ ومابعدها. يرى د.ابراهيم طه الفياض في مصر لم تشر لائحة المناقصات والمزايدات الى شرط الاعذار، كما ان الاحكام القضائية لم تفصح عنه، ومع ذلك ذهب راي الى ضرورة الاعذار مستندا الى القواعد الاساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري وما تنص عليه م١٥٧م.م

لمزيد راجع:د.ابراهيم الفياض:مصدر سابق، ص٢٢٧-٢٢٨.

يعد مسلك محكمة القضاء الإداري متناقضاً، فهي من ناحية حبذت اللجوء الى الاعذار مشيرة الى ضرورة قيام الإدارة بتوجيه انذار لمتعاقدها بما تعتزم القيام به، اذ في هذا الاجراء ما يحول من دون الاستمرار في التأخير. وما لبثت المحكمة في قضاء لاحق لها ان رفضت الاخذ بالاعذار مخالفة في ذلك نص م ١٥٧م.م التي اكدت على ضرورة الاعذار وم٨٤ف٢ من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية لعام ١٩٩٨، والتي تقابلها م ٦٥ البند ١ من الشروط العامة العراقية التي بينت لصاحب العمل اعطاء المقاول انذارا او اشعاراً تحريرياً بالمدة ١٤ يوماً بسحب العمل ويضع اليد على الموقع والاعمال ويخرج المقاول منها في أي من لحالات))، م١٤ من شروط الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية لمزيد راجع د.عبد العال السناري:مصدر سابق،ص٢١٧ وما بعدها.

(٤) د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،ص٢٢٩ وما بعدها.

(٥) د.شفيق حاتم:مصدر سابق، ص١٤٥. د.عبد العال السناري:مصدر سابق، ص٢١٦.

والتي تعد من الاسس التي يرتكز عليها قضاء التعويض في فرنسا[١]، وهذا ما سنشير اليه لاحقاً. أما في العراق فقد اشارت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية الى الكيفية التي يتم بها توجيه الانذار للادارة م.٧ف٢ قائلة ((تكون الاشعارات والانذارات الموجهة الى صاحب العمل او المهندس صحيحة، بموجب المقاولة اذا ارسلت اليه بالبريد المسجل او اودعت في دائرته))[٢]. كما بينت م٤٦ البند٢ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية ذات المعنى.

ثانياً: قاعدة القرار الإداري المسبق

البطلان هو جزاء مخالفة مبدأ المشروعية، فاذا اصدرت الإدارة قراراً غير مشروع من شانه الاضرار بمركز المتعاقد، لن يكون بامكان الاخير ان يمتنع عن تنفيذه بحجة مخالفته لمبدا المشروعية، وانما عليه ان يلجا الى الموظف المختص الذي صدر عنه القرار بصيغة التظلم الإداري. ويعرف بأنه تقديم صاحب الشأن الذي صدر القرار في مواجهته التماساً الى الإدارة، لغرض اعادة النظر في القرار الذي صدر عنها، والذي اضر بمركزه القانوني حتى تقوم بتعديله او سحبه[٣].

يقدم التظلم إما الى الموظف نفسه الذي اصدر القرار ويدعى عندئذ بالتظلم الولائي ، او يقدم الى رئيس من اصدر القرار ويسمى انذاك بالتظلم الرئاسي او الى لجنة ادارية.

يعد التظلم شرطا اوجب القانون استيفاءه قبل اقامة الدعوى امام القضاء لكونه وسيلة لاستصدار قرار صريح او ضمني يمكن الطعن به امام القضاء و اما كونه اجراءً اوجب القانون اتخاذه ازاء قرار سبق ان صدر عن الإدارة أملاً في الوصول الى حل ودي للنزاع[٤]. فهو اذن محاولة للتصالح مع الإدارة والعمل على تصفية العديد من المنازعات التي يكون فيها وجه الحق ظاهراً بدون أي تكاليف او قرارات.

وبعد هذا الاستعراض البسيط عن فكرة القرار السابق لابد ان نطرح التساؤل الآتي، وهو هل يعد القرار الإداري المسبق بمثابة اعذار موجه للإدارة؟ مما لاشك فيه ان هذه القاعدة يتم اللجوء اليها أما بموجب نص في القانون كما في اسبانيا واليونان، او استناداً الى نص في دفاتر الشروط العامة كما هو الحال في بلجيكا فهي تتطلب مراجعة المتعاقد للادارة قبل لجوئه الى القضاء لغرض الاعتراض على اوامر العمل[٥]. وتبدو العلة في ذلك الى افساح المجال للمقاول لغرض الاعتراض على قرارات المهندس او الى تعنت الاخير برأيه مما يؤخر البت في اعتراضات المقاول من دون مسوغ قانوني، او ان يصدر المهندس قرارات لم يقتنع بها المقاول، كما لو رفض المهندس مواد معينة من دون ان يخضعها للفحص، او ان يهمل المهندس او يتراخى في عدم تجهيز المقاول من وقت لاخر اثناء سير العمل بالخرائط.

دارت مناقشات حادة بين شراح القانون الإداري، حول تكييف القرار الإداري المسبق، وفيما اذا كان بمثابة اعذار ام لا؟ (فالفقيه جيز يرى ان الطلب المسبق الذي ينبغي ان يرفع امام الإدارة اولا، يمكن ان يعد بمثابة التزام عام يفرض حتى في حالة سكوت العقد. أما الفقيه دي لوبادبر فيرى ان هذا لا يعد مسوغاً عاماً ولكنه عقب على كلامه قائلا في كل الاحوال ينبغي

---

(١) د.سليمان الطماوي: الاسس العامة، ١٩٥٧،ص٤٦٩.د.محمود خلف الجبوري:مصدر سابق،هامش٥، ص١٨٠.

(٢) م.٧ف٢ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية.

(٣) د.عبد الغني بسيوني: ولاية القضاء الإداري على اعمال الإدارة/قضاء الالغاء، منشأة المعارف/الاسكندرية، ١٩٨٣،ص١٥٨.

(٤) J.Georgel (Execution du control Administratif) situation de ladministration. J.C.A. ١٩٨٦.fasc.٥١٠.

-Benneau lecourierec (marches des collectivities locales).J.C.A. ١٩٨٤. Fasc.٥٤٠.

د.ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية، ١٩٨٥،ص٧٠-٧١.

(٥) رياض عبد عيسى الزهيري:مصدر سابق، ص١٠١. طاهر التكمة جي:مصدر سابق، ص٢٤٧-٢٤٨.

الاخذ بالحسبان المبدأ الاساسي في منازعات القضاء الكامل وقد اشارت لائحة ٣٠ ايلول ١٩٥٣ الى ما يسوغ شمول هذا المبدا في اجراءات التقاضي امام المحاكم الاداريه)[١].وقد اكدت ذلك لائحة الشروط العامة لعقود مقاولات الاشغال العامة الفرنسية التي الزمت المقاول في حالة النزاع بينه وبين الإدارة باللجوء اليها اولا قبل مراجعة القضاء وهذا ينطبق على طلب الفسخ. وقد اشار الى ذلك قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Hardy في ١٨٩٩/١٢/١ وقضية Breton في ١٩٥٨/٦/١٣[٢]. وتطبيقاً لقاعدة القرار الإداري المسبق، فقد تم انشاء لجان متخصصة في الفصل بالمنازعات التي تثور بين المتعاقد والإدارة في عدة دول اطلق عليها في بلجيكا بقسم المنازعات في لجنة الرقابة[٣]. إذ يجد المتعاقد نفسه ملزماً باللجوء الى الإدارة لغرض الحصول على قرار اداري برفض طلباته قبل اللجوء الى القضاء، اذ لم تكن الإدارة قد قامت باصدار مثل هذا القرار مسبقاً.

لقد تصاعدت حدة الجدل حول اساس هذه القاعدة اذ يرى هوريو ان مجلس الدولة الفرنسي نشا على اساس كونه قضاءً عينياً، بمعنى ان اختصاصه يقوم على اساس محاكمة القرارات الإدارية نفسها، بغض النظر عن صفة من اصدرها. لذا يعد امراً حتمياً ضرورة اتباع هذا الطريق للبقاء في دائرة القضاء العيني الذي يتعرض لاعمال الموظفين بصرف النظر عن اشخاصهم. اما لافيرير فيرى ان هذه القاعدة لا غنى عنها كي يكون هناك نزاع يعرض امام القضاء، مادامت الإدارة لم تفصح عن نيتها لا صراحة ولا ضمنا ازاء المنازعة المعروضة امامها.

أما في الفقه العربي فيرى الاستاذ الطماوي، ان مجلس الدولة الفرنسي قبل ان يصبح ذا اختصاص عام في المسائل الإدارية كان بمثابة جهة استئناف لحكم صادر عن الوزير طبقا لفكرة الوزير القاضي، فما على المتعاقد الا اللجوء الى الوزير بوصفه قاض درجة اولى فان لم يحصل على حقه فلن يكون امامه الا اللجوء الى مجلس الدولة بوصفه جهة استئنائية[٤]. وهو بذلك يوجه النقد للرأيين السابقين واستكمالا لرأي الطماوي نرى ان مجلس الدولة المصري لم يأخذ بقاعدة القرار الإداري المسبق اذ ان المدعي غير ملزم بالتوجه الى الإدارة الا انه ملزم باعذار الإدارة. وفي هذا نكون قد حققنا الهدف الذي تصبو اليه الا وهو تطبيق الاعذار على الإدارة ومتعاقدها، وهو في هذا المقام يقوم بمهمة القرار الإداري المسبق[٥].

---

(١) نقلا عن: De Loubadere:op.cit,p١٩٤. د.سعاد الشرقاوي:المسؤولية الإدارية،ط٣،دار المعارف/ القاهرة، ١٩٧٣،ص٧٠.

(٢) طاهر التكمه جي:مصدر سابق، ص٢٤٧. لقد كانت هذه القاعدة مسبقاً محصورة على الدعاوي التي ترفع امام مجلس الدولة، فقد كانت ملزمة بالرغم من عدم وجود أي نص يوجبها. وقد امتد تطبيقها الى المحاكم وذلك بمقتضى قرار ٣.سيتمبر ١٩٥٣ ثم الى كافة الجهات القضائية الإدارية بمقتضى قانون ٧يونيه ١٩٥٦. علما أن هذه القاعدة غير ملزمة في مواد الاشغال العامة وذلك لوجود نص تشريعي قد استثناها من القاعدة نص م.٣ من قرار ٣٠ سيتمبر ١٩٥٣. ولعل ما يخفف من غلواء هذه القاعدة انها ليست من النظام العام فاذا ما رفع المتعاقد الدعوى امام القضاء الإداري من دون اصدار قرار سابق، وقامت الإدارة بتقديم دفع في موضوع من دون ان تثير عدم قبول الدعوى لانعدم القرار السابق، اعدَّهذا الدفع قراراً سابقاً. وبصدور الاخير يسري ميعاد الطعن وهو ٦٠ يوماً ابتداءاً من تاريخ اعلان القرار الإداري او نشره اذ تقتضي هذه القاعدة ضرورة العمل على ايجاد وسيلة لحماية الافراد من سكوت الإدارة. وقد وضع قانون ١٧يوليه ١٩٠٠ قاعدة مؤداها ان سكوت الإدارة يعادل القرار بالرفض وذلك بعد مرور ٤اشهر من التاريخ الذي يقدم به الطلب للادارة، وقد عمل مرسوم ٣١ يوليه ١٩٤٥ على اعادة هذه القاعدة، وقد امتد العمل بهذه القاعدة الى المحاكم الإدارية بموجب قرار ٣٠سيتمبر ١٩٥٣ لمزيد راجع: د.سعاد الشرقاوي: المسؤولية الإدارية،ص٧١.

(٣) رياض عبد عيسى الزهيري:مصدر سابق، ص١٠٣.

(٤) د.مصطفى ابو زيد:مصدر سابق، ص١٢.

(٥) د.ابراهيم الفياض: مصدر سابق، هامش١، ص٢٤٣-٢٤٤.د.سليمان الطماوي:الاسس، ١٩٥٧، ص٤٦٩. ص٤٦٩. د.سعاد الشرقاوي:المسؤولية، ص٧٠.

اما في العراق فلم تتضمن الشروط العامة العراقية نصا يشير بشكل واضح ومحدد الى اجراءات التظلم الإداري تجاه القرارات الصادرة من المهندس، وان كانت قد اجازت الاعتراض على القرارات الصادرة من ممثل المهندس لدى المهندس واصدار قراره بالنقض او التعديل م٢ البند ٣ف٢. ((على اية حال لا يكون بامكان المهندس ان يمنع المقاولين من تقديم تظلماتهم)) لان ذلك يعد امراً طبيعياً وان كانت الشروط العامة العراقية لم تحدد بشكل واضح اجراءات التظلم الا ان تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٥، قد نظمت اجراءات التظلم وذلك في م٦٥ منها: ((للمقاول الاعتراض لدى الوزير المختص على القرارات الصادرة من المهندس المسؤول او الجهات المختصة الاخرى خلال شهر واحد من تاريخ تبليغه بها، كما تترك له مهلة حق الاعتراض بصورة استثنائية لدى مجلس التخطيط او الهيئة التوجيهية خلال مدة شهر واحد من تاريخ تبلغه بالقرارات الصادرة من الوزارات المختصة)).

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية

ادى اتساع دور الدولة الحديثة وتدخلها في شتى مجالات الحياة الى ابرام مختلف العقود الإدارية التي تهدف من خلالها تحقيق الصالح العام، بما تملكه من وسائل السلطة العامة. وهي في ممارستها لهذه السلطات ملزمة بالاَّ يؤدي ذلك الى الحاق الضرر بالمتعاقد. وإلاَّ فإن الاخير سيجد نفسه عاجزاً عن مواجهة خطأ الإدارة الاَّ من خلال الاستعانة بالقضاء، بعد ان يكون قد استنفد الوسائل غير القضائية التي حاول عبثاً اقتضاء حقوقه من خلالها.

وحتى يتمكن القاضي من البت في طلب الفسخ ينبغي عليه ان يتفحص مدى جسامة الخطأ الصادر من جانب الإدارة. وله بما يملك من سلطة تقديرية الحكم بفسخ العقد مع التعويض عما اصاب المتعاقد من اضرار، او الاقتصار على مجرد الحكم بتعويض عادل للمتعاقد.

لذا نرى تقسيم هذا المبحث على مطلبين: الأول يشير الى الاختصاص القضائي في فسخ العقود الإدارية، اما الثاني فيقف امام الخطأ الإداري الذي يبرر فسخ العقد ومدى سلطة القضاء في تحديده.

المطلب الأول

الاختصاص القضائي في فسخ العقود الإدارية

يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات حسبما اكده الفقيه الفرنسي مونتسكيو الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع وجود تعاون ورقابة متبادلة بين كل من هذه السلطات لئلا تتجاوز احداهما على الاخرى[1]. وهذا يتطلب بالنهاية وجود رقابة قضائية فعالة تجاه الصلاحيات المحددة لها بموجب الدستور لنشر العدل والامن في المجتمعات الانسانية. فالقضاء ومنذ القدم كان وسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين افراد الجنس البشري، يلجأ اليه الفرد ليحصل على حقه. ومن هذا المنطلق نرى ان الإدارة بما لها من سلطات وصلاحيات

(١) د.عبد الغني بسيوني: النظم السياسية/اسس التنظيم السياسي، الدار الجامعية/الاسكندرية، ص٢٦١ ومابعدها.

بامكانها فرض الجزاءات على المتعاقد معها، إما بقرار منها او بموجب حكم قضائي كونها تهدف في ابرام عقودها الى تحقيق الصالح العام.

وازاء ما تتمتع به الإدارة من امتيازات يجد المتعاقد نفسه عاجزاً عن فرض أي جزاء على الإدارة التي اخلت اخلالاً جسيماً في تنفيذ التزاماتها العقدية، وعليه يعد امراً طبيعياً ان يلجأ المتعاقد الى القضاء ليطالب بحقوقه تجاه الإدارة. فطلب فسخ العقد الإداري لخطأ الإدارة من الصعب الحصول عليه من دون توسط القضاء، نظراً لما يتميز به هذا الجزاء عن الجزاءات الاخرى بالخطورة، كونه ينهي الرابطة العقدية بين الطرفين. واذا كنا بصدد تحديد فكرة القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإدارية، نجد انفسنا ملزمين بالتطرق الى نظامين ساداً دول العالم، اجد ضرورة تسليط الضوء على كل منهما لابراز معالمه.

لقد ساد في كثير من دول العالم نظام القضاء الموحد، وتعد بريطانيا البلد الام التي احتضنت هذا النظام بين ثناياها ولعل السبب في ذلك هو تقديس هذه الدولة ومن شابهتها للحقوق والحريات الفردية ومناداتها بالمساواة بين الافراد حكاماً ومحكومين[١].

مما ادى الى اثارة الحقد والكراهية لدى البريطانيين نحو القضاء الإداري كونه يمنح الإدارة امتيازات على حساب الافراد.وقد تزعم الاتجاه الرافض لنظام القضاء الإداري (دايسي) وناصره في ذلك العديد من الكتاب و الساسة الانكليز[٢]. الا انه ما لبث ان ظهر جانب من الفقه الانكليزي ينادي بضرورة خلق قضاء اداري في بريطانيا على غرار ما هو معمول به في فرنسا مشيراً الى انتقاد راي (دايسي) ومن ناصره. اذا اكد معرفة بريطانيا لمفهوم القانون الإداري بالمعنى الواسع الا ان الخلاف هو ان انكلترا لا توجد فيها محاكم ادارية متخصصة بنظر نوع معين من النزاعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، والتي تتمتع الإدارة فيها بامتيازات تفوق بها قدرة من يتعاقد معها[٣].

يعني القضاء الموحد اختصاص المحاكم القضائية العادية بنظر كافة المنازعات على اختلاف درجاتها وانواعها مع وحدة القانون[٤]. وقد سارت الولايات المتحدة الامريكية وكندا على خطى بريطانيا في ذلك الا ان تمسك الاخيرة بالقضاء العادي لم يدم طويلاً. وخاصة ان ما خلفته الحرب العالمية الثانية انعكس على تدخل الدولة في مختلف مجالات الحياة. الامر الذي ادى الى ازدياد عدد الدعاوي المرفوعة امام القضاء العادي وتنوعها، مما استدعى ايكال امر الفصل في المنازعات الإدارية، إما الى سلطة ادارية من خلال منح الوزير مهمة الفصل في قضايا معينة او تشكيل هيأة مكونة من عدد من الخبراء او الاخصائيين في موضوع النزاع. فقد كانت تدعى مثل هذه اللجان بالمحاكم الإدارية، كما

---

(١) د.فاروق احمد خماس: الرقابة على اعمال الإدارة، مطبعة دار الكتب/الموصل، ص٨٤. د.شاب توما منصور:القانون الإداري في العراق واتجاهات محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة القانون المقارن،ع٢، س٢، شركة الطبع والنشر الاهلية/بغداد، ١٩٦٨، ص١٠٣.

(٢) لقد ذهب السيد جون ماريوت في كتابة ازمة الحرية في انكلترا و اللورد اوف بري في كتابه (الاستبداد الجديد) الى القول بعدم وجود قانون اداري في بريطانيا كما عبر (ساي) عن فرحة العظيم بنجاح بلاده في التخلص من المحاكم الإدارة الا ان هذا الاتجاه كان عرضه للنقد من قبل الفقيه (الن) لمزيد راجع: د.محمد علي آل ياسين:القانون الإداري،ط١،المكتبة الحديثة/بيروت، ١٩٧٣، ص١٧٤ ومابعدها. د.فتوح محمد عثمان:القضاء الإداري/دراسة مقارنة، ١٩٨٨، ص٤٥.

(٣) د.محمد علي آل ياسين:مصدر سابق، ص١٧٤ ومابعدها.

(٤) د.فؤاد العطار: مصدر سابق، ص٤٤ ومابعدها. د.عدنان العجلاني:الوجيز في الحقووق الإدارية، ج٣،مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٥، ص٢٧. د.فتوح محمد عثمان:مصدر سابق، ص٤٤ ومابعدها. د.هاني علي الطهراوي: مصدر سابق،ص٢١١.

اعطى المشرع الإدارة مكنة اصدار قرارات نهائية او اوامر بمنأى عن أي رقابة قضائية مثل قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة(١).

أما النظام الاخر الذي اعتنقته الدولة اللاتينية وعلى رأسها فرنسا وبلجيكا وايطاليا ومصر وسوريا ولبنان والجزائر والعراق ودول اخرى، فهو نظام القضاء الثنائي الذي يتطلب وجود مهمتين قضائيتين كل واحدة تختص بنظر نوع معين من المنازعات الاولى: جهة القضاء العادي، التي تختص بنظر المنازعات الناشئة بين الافراد بعضهم مع البعض او مع الإدارة، اذا ما تصرفت وفقاً لاحكام القانون الخاص، وتقع في قمتها محكمة النقض والابرام في فرنسا ومحكمة النقض في مصر ومحكمة التمييز في العراق والاردن، والاخرى وجهة القضاء الإداري التي تتولى مهمة الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية وتقع في قمتها محكمة ادارية عليا تحت تسميات مختلفة.

شاع الحديث عن القضاء الإداري كون فرنسا هي مهد القضاء الإداري والاساس الذي انبثق منه وترعرع مع ان الحضارات القديمة كانت قد عرفت هذه الفكرة في بدايتها الاولى(٢).

---

(١) د.فؤاد العطار: مصدر سابق، ص١٦٥. من الدول التي اعتنقت القضاء الموحد (مصر قبل ١٩٤٦-العراق قبل اصدار قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩-ليبيا-المغرب-تونس-السعودية-اسبانيا-سويسرا). لمزيد راجع: خالد عزوز:دور القضاء الإداري العراقي في الرقابة على اعمال الإدارة/دراسة مقارنة، بحث ترقية مقدم الى مجلس العدل، ١٩٩١، ص٢٤ ومابعدها. د.عدنان العجلاني:الوجيز، ص٣٣. د.محمد علي آل ياسين:مصدر سابق، ص١٨٣-١٨٤. د.فتوح محمد عثمان:مصدر سابق، ص٥٤ ومابعدها.

(٢) المتتبع للحضارات القديمة يجد في حضارة بابل نقوشاً بابلية عثر عليها في مسلة حمورابي تشير الى قيام الحاكم بجولات تفقدية في المدن والاقاليم التابعة له، لغرض الاطلاع على دقائق الامور ومباشرة الحكم والفصل في تظلمات المواطنين. كما ان ملوك الصين القدامى كانت لهم اساليبهم الخاصة. وقد عرف الروم ولاية المظالم التي كانت مستقلة وموكله الى اشخاص معينين، اما في عصر ما قبل الاسلام فقد شهد العرب حلف الفضول الذي تم بين بطون قريش قبل الدعوة الاسلامية. وفي هذا الحلف تعاهدت قبائل (بنو اسد-بنو هاشم-بنو المطلب-بنو تيم بن مره) في بيت عبد الله بن جدعان على الا يجدوا في مكة مظلوما من اهلها وغيرهم ممن دخلها من سائر الناس الا قاموا معه وكانوا على من ظلمة حتى ترد اليه مظلمته. وفي العصر الاسلامي نجد اشارات مضيئة الى هذا النظام فقد تضمن القرآن الكريم آيات عدة تناولت مسألة فض المنازعات عن طريق (قضاء المظالم) .كما جاء في الحديث القدسي (يا عبادي اني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا) وهذا يدل على معرفة الشريعة الاسلامية للقضاء الإداري الذي كان على هيأة ديوان المظالم، فقد كان ينشأ من قبل الخليفة للنظر في المنازعات التي تنشأ بين الافراد والولاة والحكام، بمعنى ان الافراد كانوا يرفعون اليه الدعوى ضد الإدارة. وبناءاً على ذلك، فقد كان ديوان المظالم في حقيقته جهازاً ذا طبيعة قضائية الى جانب القضاء العادي. يختص بنظر المنازعات وخاصة في العهود المتاخرة للدولة الاسلامية. لقد تعددت اختصاصات صاحب المظالم منها (منع تعسف الولاة وحماية حقوق الرعية-النظر في الظلم الذي يوقعه موظفو بيت المال على الافراد من خلال فرض الضرائب والرسوم. اختصاص انضباطي على موظفي الدولة). ويمارس صاحب المظالم عمله بمعاونة عدد من العمال، علما انه لم يكن يشترط لرفع الدعوى امام صاحب المظالم أي شرط ولاتوجد أي مدة كما لصاحب المظالم ان يقضي من تلقاء نفسه وهو لا يتقيد باي طريق من طرق الاثبات. لمزيد راجع: د.عبد الباقي نعمة عبد الله: المحاكم الإدارية في ضوء القانون رقم ١٤٠لسنة ١٩٧٧، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، ع١٠، س٧، ١٩٧٩، ص١٦١. د.عبد الستار الكبيسي: تعليق منشور في ندوة بيت الحكمة، السلسة الاربعون، أبداع للتصميم، اذار ١٩٩٩، ص١١٩. د.ماهر صالح علاوي:القضاء الإداري المعاصر وولاية المظالم في الاسلام، بحث منشور في ندوة بيت الحكمة، السلسلة الاربعون، ايداع للتصميم والطبع، اذار ١٩٩٩، ص٥٣ ومابعدها. د.فتوح محمد عثمان:مصدر سابق،ص٦١ ومابعدها.

أما ما عرفته فرنسا فقد كان وليد ظروف تاريخية وسياسية معينة املت ضرورة ايجاد مثل هذا النمط القضائي خاصة اذا علمنا ان رجال الثورة الفرنسية فسروا مبدأ الفصل بين السلطات من منظور خاطيء قائم على اساس الفصل التام من دون ادنى رقابة او تعاون مما استدعى ضرورة ايجاد جهاز قضائي يستقل بسلطاته عن القضاء العادي، فضلا عن كل هذا الاثر الذي تركته المحاكم العادية والتي كانت تدعى (بالبرلمانات)، فقد كانت تقف امام كل عملية اصلاح تقوم بها الإدارة. لذا فقد ارتأى رجال الثورة الفرنسية انشاء قضاء اداري مستقل عن القضاء العادي، وهذا ما حدى بالجمعية التأسيسيه الى اصدار قانون ١٦-٢٤ اب ١٧٩٠ والذي نص في مادته ١٣ على ((الوظيفة القضائية مستقلة ومنفصلة عن الوظيفة الإدارية))[١]. وهكذا عهد الى الإدارة مهمة البت في الخصومات الناشئة بين الإدارة والافراد ضمن اطار ما يدعى (بالإدارة القاضية) الا ان هذا الوضع لم يستمر طويلاً، خاصة بعد انشاء مجلس الدولة الفرنسي ومجالس الاقاليم التي منحت صلاحية النظر في المنازعات المتعلقة بالاشغال العامة استناداً الى قانون ٢٨ بلوفيوس الصادر في السنة الثامنة للثورة الفرنسية. الا ان مجلس الدولة هذا لم يكن يملك الاختصاص المفوض تجاه المنازعات الإدارية الا في عام ١٨٧٢، وظل الحال على ما هو عليه لحين صدور قرار Cadot في ١٣/كانون الاول/١٨٨٩ والذي اصبح به مجلس الدولة قاضي الاصل في المنازعات الإدارية وصاحب الولاية العامة بنظر كافة المنازعات الإدارية، ومنها العقود الإدارية[٢]. وبصدد كثرة عدد الدعاوي المعروضة امام مجلس الدولة الفرنسي فقد عمل المشرع الفرنسي على تحديد المنازعات التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة في حين فتح الباب على مصراعيه امام المحاكم الإدارية (مجالس الاقاليم سابقا) بموجب مرسوم ٣٠ستمبر ١٩٥٣. وبذلك اصبحت هذه المحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية تجاه مشروعية القرارات الإدارية، وكذلك صحة العقود الإدارية مع امكانية استئناف احكامها امام مجلس الدولة[٣].

هذا وتعد مصر من بين الدول التي اقتفت النهج الفرنسي المتمثل بالقضاء الإداري منذ نشأة مجلس الدولة المصري بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، بالرغم من المحاولات اليائسة لذلك ابتداءاً من ١٨٧٩ وحتى ١٩٣٩ تكلل ذلك بصدور قانون مجلس الدولة المصري رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦[٤]. الا ان نشأة هذا المجلس حديثاً ادى الى عدم شموله بنظر كافة المنازعات الإدارية، اذ كانت منازعات العقود الإدارية خاضعة للقضاء العادي. ومع ذلك فقد عمل على الغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري من دون ان يكون لذلك أي اثر على العقد الذي يبقى من اختصاص المحاكم العادية. وقداخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا التوجه في حقبة من الزمن[٥]. وقد استطاع المشرع المصري تلافي اوجه النقص والقصور التي احاطت بقانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦. وذلك باصدار قانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي نص في مادته الخامسة على ((تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام و الاشغال العامة وعقود

---

(١) د.محمد علي آل ياسين:مصدر سابق، ص١٩٠. د.محمود محمد حافظ:مصدر سابق، ص١٢٠. د.فتوح محمد عثمان:مصدر سابق، ص٦١ ومابعدها.

(٢) د.فتوح محمد عثمان: المصدر السابق، ص٦٣ ومابعدها. د.محمد علي ال ياسين:مصدر سابق، ١٩٢.

(٣) د.محمود محمد حافظ: مصدر سابق، ص١٣٨ ومابعدها. د.مصطفى ابو زيد: مصدر سابق، ص١٢ ومابعدها. د.عصام عبد الوهاب البرزنجي: توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم اشكلات التنازع بينهما، بحث منشور في ندوة بيت الحكمة، السلسلة الاربعون، ابداع للتصميم والطباعة، اذار ١٩٩٩، ص٨.

(٤) د.سامي جمال الدين: القضاء الإداري/الرقابة على اعمال الإدارة، منشأة المعارف/الاسكندرية، ص٢٥٤. د.رمضان ابو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة/بيروت، ١٩٨٥، ص١٥٤.

(٥) د.فؤاد العطار:مصدر سابق، ص٦٦٤.د.محمود محمد حافظ:مصدر سابق، ص٤٦٤ ومابعدها.

التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الاخر في العقد ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة امام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها امام محكمة القضاء الإداري))[١].

وقد اخذ على هذا القانون قيامه بتحديد العقود الإدارية التي تدخل ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري بثلاثة عقود فقط متناسياً عقوداً اخرى توسم بالصفة الإدارية مثل عقد المساهمة في نفقات مشروع عام، اذ العلاقة الوثيقة بين هذا العقد وعقد الاشغال العامة تجعل من محكمة القضاء الإداري الجهة المختصة بنظر منازعات العقد[٢]. فضلاً عن ذلك، لم يحصر المشرع المصري الاختصاص المكاني بنظر منازعات العقود الإدارية على محكمة القضاء الإداري فقط، انما جعل الاختصاص مشتركا بين محكمة القضاء الإداري والمحاكم العادية، لا بل ورتب على رفع الدعوى امام القضاء الإداري عدم جواز رفعها امام القضاء العادي وبالعكس، يعلل هذا الموقف عدم نضوج فكرة العقد الإداري في مصر بالدرجة التي بلغتها في فرنسا[٣]. اما قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ٥٥ و٥٥ لسنة ١٩٥٩ فقد اناطا مهمة الفصل في منازعات العقود الإدارية لمحكمة القضاء الإداري فضلاً عن شمول كافة العقود الإدارية. وهذا مؤكد بصريح نص المادة العاشرة منهما.

وفيما يخص قانون مجلس الدولة المصري ذا الرقم ٤٧لسنة ١٩٧٢ فقد اشار في (١٠م البند ١١) منه الى خضوع كافة منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري، اذ اصبح مجلس الدولة المصري صاحب الاختصاص بنظر منازعات مثل هذه العقود مع بقاء عقود الإدارة العادية خاضعة لاختصاص المحاكم المدنية[٤]

أما في الجمهورية العربية السورية فقد تناول مجلس الدولة لعام ١٩٥٩ في مادته (١٠) مسألة الفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإدارة مشيراً الى ((يفصل بهيئة قضاء اداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد او بأي عقد اداري آخر)) ومن هذا النص يتضح لنا. ان المشرع السوري لم يحدد مفهوم العقد الإداري، ومع ذلك فقد حدد العقود التي يختص مجلس الدولة بالفصل فيها على سبيل التمثيل لا الحصر[٥].

اما في العراق فقد كان يوضع في عداد الدول التي اخذت بنظام القضاء الموحد بالرغم من المحاولات العديدة لانشاء قضاء اداري على غرار ما هو معمول به في فرنسا. والتي تعود في اصلها الى الحقبة الزمنية التي كان العراق فيها خاضعاً للاحتلال العثماني[٦]، ومع ذلك لم

---

(١) د.عثمان خليل: القانون الإداري، ك٢، دار الفكر العربي، ١٩٥٠، ص١٧٣. د.محمود محمد حافظ:مصدر سابق، ص٤٦٧. د.فؤاد العطار:مصدر سابق، ص٦٦١ ومابعدها. عبد المطلب عبد الرزاق: مصدر سابق، ص١٠٢. د.سليمان الطماوي:القضاء، ١٩٨٦، ص٢٥٨.

(٢) عقد المساهمة في نفقات مشروع عام عقد يتعهد بمقتضاه شخص طبيعي او معنوي بأن يشترك بمبلغ من المال بشيء عيني او نقدي في نفقات مشروع من مشروعات الاشغال العامة او المرافق العامة، مقابل قيام الشخص الإداري بتنفيذ هذا المشروع وقد سار القضاء الإداري المصري على الوتيرة نفسها التي سلكها القضاء الإداري الفرنسي، معتبراً هذا العقد ادارياً، فقد قضى بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٢١ بأن هذا العقد اداري نظراً لاتصاله بعقد الاشغال العامة، كما وقد اجمل صورة هذا العقد بأن هذه الاسهامة قد تصدر عن الافراد الطبيعية او من قبل احد الاشخاص الإدارية، كالهيأت الاقليمية او المؤسسات العامة. كما وقد يكون المتعهد ذا المصلحة في تعهده او غير ذي مصلحة. هذا وقد يكون العقد بعوض من دون عوض لمزيد في التفاصيل: راجع: د. فؤاد العطار: مصدر سابق، ص ٩٨٥ وما بعدها، د. محمود محمد حافظ: مصدر سابق، ص٤٦٧.

(٣) د. فؤاد العطار: مصدر سابق، ص ٦٧٦، د. محمود محمد حافظ: مصدر سابق، ص٤٦٧ وما بعدها.

(٤) د. فتوح محمد عثمان: مصدر سابق، ص ١٥٢-١٥٧، د. سامي جمال الدين: القضاء، ص٢٥٩.

(٥) (وهو بذلك يتفق مع مجلس الشورى اللبناني الصادر عام ١٩٦٤ في الاختصاص، وخاصة ان مجلس الشورى اللبناني لاينظر في منازعات العقود التي تتصل بالمرفق العام متى ما كان طابعها ادارياً)، انظر: قرار مجلس الشورى اللبناني في ٢٢/ كانون الثاني / ١٩٤٦. وارد في :د. عدنان العجلاني: القضاء، ٢٣٤، د. عدنان العجلاني: الوجيز، ٢٤٥.

(٦) لقد عملت الدولة العثمانية على انشاء مجلس شورى القوانين وهو المصطلح الذي يماثل الاسلوب الفرنسي المسمى (مجلس الدولة)، لمزيد راجع:د. فاروق احمد خماس: محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم

تفلح كل تلك المحاولات في اخراج العراق من دائرة القضاء الموحد لتدخله في اطار القضاء الإداري الى ان كانت الولادة الناجحة له بصدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الذي اصبح نافذاً عام ١٩٩٠. اذ اصبح العراق في هذا الوقت من بين الدول التي تبنت القضاء الإداري كجهة مستقلة متخصصة بنظر منازعات الإدارة. واستناداً للمادة (٧) من القانون تم انشاء محكمة القضاء الإداري التي تعد من اهم ثمراته، والتي تألفت بناء على اقتراح مقدم من قبل هيأة الرئاسة في مجلس الشورى، تم تشكيل هذه المحكمة على النمط نفسه الذي انشأت عليه محكمة القضاء الإداري المصرية[١].

واذا كنا قد اوضحنا الاختصاص النوعي بنظر منازعات العقود الإدارية، تثأر مسألة في غاية الدقة والاهمية، هي كون متعاقد الإدارة عديم الاهلية او ناقصها. ففي هذه الحالة على محكمة الموضوع التوقف عن النظر في المنازعة الإدارية، اعتبار الدعوى مستأخرة واحالة الدفع الى المحاكم المدنية وفقاً لاحكام م ٨٣ ف ١ مرافعات عراقي وم ١٢٩ مرافعات ومدنية وتجارية مصري[٢]. اذ على المحكمة في هذه الحالة ان تمنح الخصوم ميعاداً آخراً لغرض الحصول على حكم حاسم في المسألة المطروحة. الا اذا وجدت عدم اهمية هذا الدفع فتهمله آنذاك وتستمر في اجراءات نظر الدعوى.

ويعد العراق من بين الدول التي تعتنق القضاء الإداري الا ان المحاكم المدنية لا تزال الجهة المختصة بنظر منازعات العقود الإدارية مع امكانية الطعن بأحكامها هذه امام محكمة التمييز.

يعد الاختصاص الموضوعي بنظر منازعات العقود الإدارية من بين المسائل التي يجب ان يقف امامها الباحث ليزيل الستار عنها، ويضعها امام القارئ كي يتامل القضاء الإداري بقسميه الكامل و الالقاء ومن خلاله يحدد اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية.

فالقضاء الكامل او قضاء التعويض يعني ان قاضي العقد يختص بنظر اصل المنازعة، وكل ما يتفرع عنها استنادا الى القاعدة التي تقضي بأن (قاضي الاصل قاضي الفرع). لذا فهو يجد نفسه ملزماً بالفصل في كل ما يتعلق بالعملية العقدية بدءاً من اول اجراء في تكوينها وختاماً بتصفية كل الحقوق والالتزامات المترتبة عليها. لذا فهو اختصاص شامل لكل ما قد يتولد عن العقد الإداري من خصومات بمجرد توافر حقيقة العقد الإداري، بغض النظر عما اذا تعلقت بانعقاد العقد او صحته او نفاذه[٣]. فهو ينظر بالغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد وكافة الإجراءات المتعلقة بالعقد الإداري، لكونها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية، ما دام

---

١٠٦ لسنة ١٩٨٩، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد٩، ع ٢٠١، طبعت في رئاسة جامعة بغداد، ١٩٩٠، هامش ١ ، ص٢٢٣.

(١) تتألف محكمة القضاء الإداري برئاسة قاض في الصنف الاول او مستشار في مجلس الشورى وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني او من المستشارين المساعدين في مجلس شورى الدولة. لمزيد عن محكمة القضاء الإداري، راجع: د. فاروق احمد خماس: محكمة القضاء الإداري، ص ٢٢٠، وما بعدها.

(٢) تنص م ٨٣ مرافعات عراقي،((١-اذا رأت المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز))م ١٢٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري((في غير الاحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً او جوازاً، يكون للمحكمة ان تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة اخرى يتوقف عليها الحكم وبمجرد زوال الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى)) د. محمود حلمي: القضاء، ص٣٠٤.

(٣) د. سعد عصفور و د. محسن خليل: القضاء الإداري، مشاة المعارف، الاسكندرية، ص ٣٠٤ وما بعدها د. فؤاد العطار: مصدر سابق، ص٦٧٤ وما بعدها. د. عبد الغنى بسيوني: القانون، ص ٣٠٤ وما بعدها د. طعيمة الجرف: القانون، ١٩٨٥، ص٢١٨ وما بعدها.

اصل الحق لم يسقط بمضي المدة[١]. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية المرقمة ١١٠٩ لسنة ٨ ق. قائلة:((يستوي في ذلك كون المنازعة اتخذت صورة قرار اداري ومالا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري ومن ثم فان المنازعات في شان القرارات الإدارية التي تصدر بناء على العقد تدخل في منطقة العقد الإداري فهي منازعة حقوقية وتكون محلاً للطعن على اساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون الالغاء))[٢]. فسلطة القاضي الإداري تمتد لتشمل مراقبة مشروعية التصرف من دون التطرق الى الملاءمة بعكس اختصاص القاضي في دول القضاء الموحد الذي يختص بنظر مشروعية وملاءمة التصرف الى الدرجة التي وصفت بها سلطة القاضي بالسلطة الرئاسية، نظراً لكونه يصدر الاوامر الى الموظف بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل. كما يمارس القاضي الإداري مهمة قضاء التعويض فهو بعد ان يلغي القرار غير المشروع-يحكم بتعويض مناسب جراء ما لحق المتعاقد من اضرار[٣]. اما في العراق فنجد ان القضاء يتصدى لنظر مشروعيه و ملاءمة التصرف . فله تعديل القرار الاداري سواء كان ذلك في محكمة القضاء الاداري او في مجلس شورى الدولة و هما من هيئات القضاء الاداري .

عندما ترمي الإدارة الى ابرام عقد ما فأنها ملزمة بسلوك طريق رسمه القانون لها، ومن الجدير بالذكر ان العملية العقدية عملية مركبة تمر بمراحل تبدأ من الاجراءات التمهيدية التي تسبق ابرام العقد مثل قرار الاعلان عن المناقصة وقرار ارساء المناقصة وقرار لجنة البت فكل من هذه القرارات منفصلة عن العقد الإداري، ومن ثم فاذا ما اصاب أياً منها عيب فأنه يجعل للغير (الاجنبي عن العقد) المصلحة في الطعن بالالغاء امام قاضي الالغاء أما متعاقد الإدارة فلن يكون بامكانه سلوك هذا الطريق لكونه سيواجه بطريق الطعن المواز المعروف في فرنسا[٤]. لذا على متعاقد الإدارة ان يلجأ الى قاضي العقد مطالباً بالغاء العقد مع ترتيب كل اثارة فلو افترضنا جدلاً بان للمتعاقد الحق في اللجوء الى قاضي الالغاء لكان عليه بعد ان يقضي له بالغاء القرار ان يراجع قاضي العقد ليرتب على الالغاء آثاره ونتائجه. لذا فما عليه الا ان ينهي الموضوع بمراجعة قاضي العقد ابتداءً ليتخلص من هذه الازدواجية، ولكنه يسترد حقه في الغاء القرار غير المشروع المنفصل عن العقد امام قاضي الالغاء، فيما لو استوفى شرط المصلحة. بمعنى لو استند المتعاقد في طعنه لا الى صفته كمتعاقد مع الإدارة، وانما كمواطن عادي شانه في ذلك شان باقي الافراد. كما لو استخدمت الإدارة سلطة البوليس الإداري لغرض اصدار قرارات تؤثر على حقوق المتعاقد مع الإدارة. لقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على التمييز بين حالتين: الاولى ان تصدر الإدارة قرارها وفقاً للشروط الواردة في دفاتر الشروط الخاصة، فما على متعاقد الإدارة انذاك سوى مراجعة القضاء. اما الثانية،فهي لو استندت الإدارة في اتخاذها لتلك القرارات على القوانين واللوائح الواردة في دفاتر الشروط العامة فهنا على المتعاقد اللجؤ الى قضاء الالغاء[٥]. تبقى مسألة ترتيب الاثر على الغاء القرار الإداري المنفصل التي كانت مثاراً للخلاف، وخاصة اذا عرفنا ان مجلس الدولة الفرنسي اشار الى ان الغاء القرار لاداري المنفصل لن يؤثر على العقد

---

(١) د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، ١٩٨٦، ص٢٦٤.

(٢) د. سعد عصفور و د. محسن خليل: مصدر سابق، ص٣٠٥ وما بعدها. د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري، ١٩٨٦، ص٢٦٤ د. سعاد الشرقاوي: القضاء الإداري. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٣) د.عبد الرحمن احمد شرف الدين ومحمد رفعت:مصدر سابق، ص٢١٠ ومابعدها.

(٤) طريقة الطعن المواز و يعني اذا كان امام متعاقد الادارة طريقاً اخر يمكن ان يحقق له ذات النتائج و الاثار التي يحققها طريق الالقاء فما عليه الا استيفاء الطعن المواز . لمزيد راجع د.سليمان الطماوي : القضاء الاداري ،١٩٦٧ ، ص٢١٦-٢١٨ .

(٥) انظر: قرار مجلس الدولة الفرنسيةفي ١٦ ديسمبر ١٩٠٧في قضية مشار اليها: د.سليمان الطماوي: المصدر السابق، ص ٣١٨. Grandes Compagnies

الإداري، اذ يبقى العقد قائماً منتجاً لاثاره. ولكن في حالة تمسك احد اطراف العقد بالالغاء امام قاضي العقد فللأخير ان يحكم بالغاء العقد لسبق الغاء القرار المنفصل عنه. وقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه في ٤ اغسطس ١٩٠٥ وهو يصدد قضية Martin[١]. وقد تبنى مجلس الدولة المصري هذا المبدأ في احد قرارته[٢].

لقد وجه جانب من الفقهاء سهام النقد لهذا الموقف وخاصة انه من غير المعقول ان يلغى قرار ارساء المناقصة في حين يبقى العقد قائماً[٣]. فالعقل والمنطق يقولان ان الغاء القرار المنفصل عن العقد من شأنه ان يؤثر على العقد بشكل ما بحيث يؤدي به الى العدم، وفقاً لما يقال (ما يبنى على باطل باطل).

أما في العراق فبالرغم من كونه من الدول التي اخذت بالقضاء الثنائي حديثاً الا انه عمل على اعطاء القاضي السلطة التي تمكنه من مباشرة اختصاص القضاء الكامل، فله ان يلغي القرارات غير المشروعة والاوامر الصادرة عن الإدارة، فضلا عن كونه يحكم بالتعويض لصالح المدعي جراء الاضرار التي اصيب بها من فعل الإدارة[٤].

أما في نطاق العقود الإدارية فنجد ان مشرعنا عمل على تقييد اختصاص قضاء محكمة القضاء الإداري، وذلك بإخراج منازعات العقود الإدارية من دائرة اختصاص تلك المحكمة، لتترك الى اختصاص المحاكم العادية. ولعل الدافع لذلك هو عدم تحديد فكرة العقد الإداري بالشكل الذي يجعله مميزاً عن العقد المدني، كما سبق ان اشرنا اليه في الفصل التمهيدي.

وبالرغم من استبعاد مشرعنا لمنازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري. الاَّ ان محكمة القضاء الإداري تملك اختصاص الغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد. فقد جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري العراقية في ١٩٩٠/١١/٢٨ بعدد اضبارة ١٢١/قضاء اداري/١٩٩٠ ((الغاء قرار الإحالة الصادر عن فرع زراعة وري واسط لبطلان اجراءات المزايدة استناداً الى قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ واعادة اجراءات الاعلان عن تأجيرها وفق القانون))[٥].

المطلب الثاني

وقوع خطأ أدارى يبرر فسخ العقد

---

(١) تتخلص قضية مارتان بان السيد مارتان عضو بالمجلس المحلي. طعن في المداولات التي اجريت في المجلس الذي كان عضواً به والمتعلقة بعقد التزام. وكان سبب شكواه ان اجراءات دعوة المجلس للانعقاد لم تجهز وفقاً لنصوص القانون، وقد دفعت الإدارة بان الاجراءات المطعون فيها وقد انتهت بابرام عقد اداري، وان العقد الإداري لا يمكن ان يكون موضوعاً لدعوى تجاوز السلطة، وان المختص به هو قاضي العقد غير ان مجلس الدولة لم يقبل هذه النظرية، وحكم بقبول دعوى الالغاء المرفوعة من السيد مارتان. لمزيد راجع د.سعاد الشرقاوي: القضاء، ص٢٨٣ ومابعدها.

(٢) لقد اصدر مجلس الدولة المصري في ١٩٤٧/١١/٢٥ قراراً جاء فيه ((من حيث انه مما يجب التنبيه اليه ان من العمليات التي تباشرها الإدارة يكون مركباً له جانبان احدهما تعاقدي بحت تختص به المحكمة المدنية والاخر اداري يجب ان تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتفصل في العقد الإداري من ناحية الاذن به او إبرامه او اعتماده لتختص محكمة القضاء الإداري بالغاء مثل هذه القرارات اذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح، دون ان يكون لالغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائماً بحالته الى ان تفصل المحكمة المدنية في المنازعات المتعلقة به. (لمزيد راجع: د.سليمان الطماوي: القضاء الإداري، ١٩٦٧، ص ٣٠٨.

(٣) د.سليمان الطماوي: المصدر السابق، ص٣١٥. د.محمود حلمي:القضاء الإداري، ص٣٠٨. د.سعاد الشرقاوي:القضاء، ص٢٨٢ ومابعدها. د.سليمان الطماوي:الاسس العامة، ١٩٥٧، ص١٣٧ ومابعدها.

(٤) خالد عزوز:مصدر سابق، ص١٨٣ ومابعدها.

(٥) وارد في:عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي:مصدر سابق، ص١٠٣.

كي يتاح امام المتعاقد اللجوء الى القضاء طالباً فسخ العقد مع التعويض، ينبغي ان يصدر من الإدارة خطأ ما في تنفيذ التزاماتها العقدية وان يبلغ هذا الخطأ حداً من الجسامة بشكل يسوغ للقاضي فسخ العقد، والاَّ اقتصر حكم القاضي على رد دعوى المتعاقد بالفسخ والحكم بتعويض عادل للمتعاقد وذلك يعود بالتأكيد الى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي اذ له ان يحدد خطأ الإدارة من كل ما هو معروض عليه.

لذا سنتعرف على مفهوم الخطأ الإداري وسلطة القضاء في تحديد درجة الخطأ الموجب للفسخ.

أولا: مفهوم خطأ الإدارة

سلسلة الافكار المنطقية تتطلب البحث عن الخطأ بشكل عام لا ستعراض مفهومة، واهم المعاني التي حاولت كشف هويته ثم التحول الى تحديد خطأ الإدارة العقدي للوصول الى نتيجة تفصح عن معنى خطأ الإدارة.

ومن خلال تصفح مصادر الفقه القانوني التي تناولت فكرة الخطأ بالشرح والتفصيل نرى ان الفقه التقليدي اشار الى ان الخطأ فكرة لا يمكن ان تحدد على نحو معين. اذ يرى جانب فقهي بان الخطأ فكرة مجرده، بحيث من غير المستطاع التكلم عن خطا واحد وانما اخطاء. في حين يرى رأيَّ ممثلاً (بأميل تايان) الذي عمل على انتقاد الشريعة الاسلامية مشيراً الى عدم معرفتها لفكرة الخطأ وهو بهذا الرأي قد حاول على حد تعبير الاستاذ حسن الخطيب ان ينزل الشريعة الاسلامية الى درجة البدائية[١].

وازاء ما تقدم تعددت الاراء التي حاولت ان تضع تعريفا محددا للخطأ تعبر عن وجهة نظر كل رأي في الموضوع. فالاستاذ ريبير يرى اذا لم يكن القانون قد وضع تعريفاً محدداً للخطأ فتجد من الصعوبة ان يعرفه احد من الفقهاء وهذه الصعوبة تبلغ قمتها من خلال قيام الفقهاء بربط فكرة الخطأ بالاخلاق، فالاخيرة فكرة غير محددة اصلاً، ومن الطبيعي ان ينعكس هذا الوضع على الخطأ[٢].وحول هذه الموضوع اشتد حماس الفقه لوضع تعريف شامل للخطأ[٣].

ولبسط تلك المعاني التي وضعت ما اضافه بلانيول الخطأ هو اخلال بالتزام سابق اذ لن يكون بالامكان التحدث عن خطأ وانما لابد من البحث عنه من خلال الصفات المكونة له ويؤيد هذا الرأي حسن الخطيب[٤]. فالعلامة (سفاتيه) ومن خلال اخذه بالمظهر الادبي لفكرة الخطأ يرى انه تقصير في واجب قانوني كان في وسع المخل ان يتبينه وان يلتزمه[٥]. أما في الفقه العربي فيرى اسماعيل غانم ان الخطأ هو اجتماع عنصرين: الاول مادي يتحقق في عدم اداء

---

(١) حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي والقانون العراقي المقارن، ص٥٦ ومابعدها.

(٢) حسن حنتوش: التعويض، ص١٠٠. حسين عامر: المسؤولية المدنية، ط١، مطبعة مصر/مصر، ١٩٥٦، ص١٦٨ ومابعدها.

(٣) يرى تايسير ان عدم تحديد معنى للخطأ من شأنه ان يؤدي الى وضع تفسيرات عده للفكرة. فهو يرى ان الخطأ ما هو الا رابطة السببية، فالفعل الخاطيء في نظره هو ان ذلك الشخص قد تسبب بفعله في احداث الضرر وقد انتقد هذا الرأي لان الرابطة السببية ركن قائم بذاته. اما بكينيو فيرى ضرورة دمج الخطأ بالضرر، وهو بذلك يرى ان المسؤولية المدنية تقام على ركني الضرر والرابطة السببية. اما الرأي الذي يستند الى قانون اكيليا، فيرى ان المسؤولية لا تقوم الا حين يقع اخلال بقاعدة قانونية مع عدم تحديد للحالات التي ينهى عنها القانون بل اكتفى بالتعويض لمن اصيب بالضرر. لمزيد عن تعريف الخطأ راجع: حسين عامر:المصدر السابق، ص١٦٩-١٧٠ ومابعدها. محمد عبد علي حمادي: المسؤولية العقدية، بحث مقدم الى مجلس العدل، ص٤.

(٤) حسن الخطيب:مصدر سابق، ص١٥٦ ومابعدها. حسين عامر: المسؤولية، ص١٧٤. حسن حنتوش:التعويض،ص١٠٠. علي عبيد عودة:العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية/دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، ١٩٩٧،ص٢١.

(٥) حسن الخطيب:مصدر سابق، ص٥٧. حسين عامر:المسؤولية، ص١٧٣. حسن حنتوش:التعويض، ص١٠١.

الواجب على النحو المطلوب، والثاني معنوي وهو نسبه هذه الواقعة الى ذلك الواجب[١]. فالخطأ من وجهة نظره اخلال بواجب قانوني سواء كان التزاماً بالمعنى الدقيق ام واجباً عاماً[٢]. أما القانون المدني العراقي فقد نهل من السبيل نفسه الذي وضعه القانون المدني الفرنسي من خلال عدم وضع تعريف للخطأ في صلب القانون مرتكزين على الاساس الذي وضعته الشريعة الاسلامية في الالتزام بعدم الاضرار بالغير[٣].

(١) علي عبيد عودة:مصدر سابق، ص٢٣. د.عبد الحميد الشواربي:المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية/الاسكندرية، ١٩٨٨، ص٣٧٤.
(٢) حسن حنتوش:التعويض، ص١٠١.
(٣) حسن الخطيب:مصدر سابق، ص٥٩.

اما عن المعيار الذي وضع لتحديد الخطأ فقد ذهبت النظرية التقليدية الى تقسيم الخطأ على درجات فرقت بين عدة انواع له، بدءاً من الخطأ التافه وصولا الى الخطأ الجسيم. وادى تعرض هذه الفكرة لانتقادات الى هدم الاساس الذي بنيت عليه، وبذلك تحول الوضع الى الاخذ بمعيار رجل الاسرة الحريص اذ يرى المنادون بهذا المعيار الى انه عام ويطبق على كافة الاشخاص من دون تمييز بينهم بسبب الظروف الشخصية، وانما ينبغي الاخذ عند تطبيق هذا المعيار الظروف الخارجية للمدين وفي هذا المجال نرى ضرورة الاشارة الى انه اذا كان التزام المدين ببذل عناية فيعد المدين مقصراً، اذا لم يبذل العناية، التي يتفق عليها او التي ينص عليها القانون، فاذا لم ينص القانون او الاتفاق على مقدار تلك العناية فيؤخذ آنذاك بعناية الرجل المعتاد. اما اذا كان التزام المدين بتحقق غاية فيعد مسؤولاً اذا لم تحقق تلك النتيجة[١].

وتأكيداً لما قيل اشار قرار محكمة النقض المصرية ((كان ّبين من العقد ان المطعون ضده تعهد بتنفيذ جمع اعمال البناء المتفق عليها وتسليم المبنى معداً للسكن في الموعد المتفق عليه. كان هذا الالتزام هو الالتزام بتحقيق غاية فانه متى اثبتت الطاعنة إخلال بهذا الالتزام، فإنها تكون قد اثبتت الخطأ الذي تتحقق فيه المسؤولية ولا يجد في نفي الخطأ ان يثبت هو انه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ التزامه فلم يستطع ما دامت الغاية لم تتحقق))[٢].

وقد اشارت الى فكرة الخطأ ١٦٩ف٢م.ع ،م٢١١ف١م.م. والتقنينات المدنية العربية المقابلة[٣]. فمن المتفق عليه ان على القاضي ان يضع نصب عينيه ثلاثة مباديء اساسية واي اخلال بها من شأنه اثارة مسؤولية الإدارة العقدية وعندئذ تكون مسوغاً لفسخ العقد وهي (حسن النية في تنفيذ الالتزامات تحقق الغاية من التعاقد. التوازن بين الالتزامات الجوهرية في العقد)[٤].

بعد ان كشف النقاب عن الخطا كفكرة نستمر في الحديث عن الخطأ العقدي للادارة وصولاً الى الخطأ الذي يسوغ فسخ العقد.

فما لا ريب فيه ان خطأ الإدارة العقدي يقصد به عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية سواء اكان ذلك عن عمد ام اهمال ام بسبب مجهول علما أن الفسخ لن يتقرر كجزاء على أي خطأ صادر من قبل الإدارة، وان كان يسيراً او تافهاً، وانما لا بد ان يصل ذلك الخطأ الى درجة من الجسامة يتيح للقاضي فسخ العقد. والخطأ الجسيم هو كما عرفه فقهاء الرومان (عدم ادراك وعدم

---

(١) في الالتزام بالقيام بعمل يجري الفقه الحديث على التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية obligation de re'sultat والذي يرجع الشراح، تسمية بالالتزام المحدد، بموجبه يعد المدين ملزماً بتحقيق الغاية المطلوبة منه بغض النظر عن الكيفية او الوسيلة التي يتم بها هذا التنفيذ كالتزام المقاول باقامة البناء ومن ثم يعد المدين مقصراً في تنفيذ التزاماته اذا لم تتحقق تلك النتيجة. أما في الالتزام ببذل عناية obligation de moyen وبه يلتزم المدين بان يبذل في تنفيذ التزامه جهدا معيناً كالتزام الطبيب والمحامي فمن المفروض على المدين ان يبذل العناية التي قد يتفق عليها الطرفان او التي ينص عليها القانون والا فإنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد اذا ما كان في مثل ظروف المدين العادية فهو معيار مادي اخذ به القانون المدني العراقي في م٢٥١ لتحديد مقدار الالتزام، والمادة ٢١١ م.م وقد تضمن القانون المدني العراقي العديد من التطبيقات القانونية لذلك في نصوص عديدة منها ف٢ م٧٦٤ مع الاشارة الى ان معيار رجل الاسرة الحريص لا يمكن وصفه على انه معيار عام مطلق يطبق على كل الحالات اللازمة ببذل عناية وخاصة ان القانون او الاتفاق قد ينصا على خلاف ذلك وفي هذه الحالة لا يطلب من المدين اكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة م٢٥١ ف٢ م.ع.م٩٥٢ف١ م.ع لمزيد راجع: د.سليمان مرقس:احكام الالتزام، المجلد ١، دار النشر/مصر، ١٩٥٧،ص٥٥ ومابعدها. د.عبد المجيد الحكيم:الموجز في شرح القانون المدني، ج١،ط٢،شركة الطبع والنشر الاهلية/بغداد، ١٩٦٣، ص٣٤٨ ومابعدها، هامش٣٤٩ ومابعده. حسين عامر: الغاء العقد، ص٣٤٠.حسن حنتوش: التعويض، ص١٠١ ومابعدها. د.عبد الحميد الشواربي:مصدر سابق: ص٣٧٧.د.عبد المنعم فرج الصده:مصدر سابق، ص٣٤٧-٣٤٨. د.فتحي عبد الرحيم:العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، السلسلة ٧، ١٩٧٨،ص١٠.

(٢) وارد في: حسن حنتوش: التعويض، ص١٠٣.

(٣) لقد عرفت م٧٤ من قانون العقود السوداني لعام ١٩٧٤ ، ((عدم الوفاء بكل او بأي جزء من الالتزامات التي ينشئها العقد دون مبرر)). وارد في:د.عدنان ابراهيم السرحان: سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد٨، ع١-٢، مطبعة العاني/بغداد، ١٩٨٩، ص٢٩٦ ومابعدها، المواد المقابلة لها (٧٢م جزائري،م٢١٢ف١م.سوري).

(٤) د.عدنان ابراهيم السرحان:المصدر السابق، ص٢٩٤ ومابعدها.

توقع ما كان على أي احد ان يدركه او يتوقعه) [١]. لذا ينبغي ان يصل الخطأ الصادر عن الجهة الادارية المتعاقدة حداً بشكل يحول من دون تمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية. كأن تقوم الإدارة بتعليق تنفيذ العقد لفترة طويلة دون مسوغ معقول، ففسخ العقد لخطأ الإدارة يشابه الى درجة كبيرة ما اشار اليه القانون المدني الفرنسي في م١١٤٨ التي تتعلق بالفسخ والتي سبق ان تمت الاشارة اليها. ولكن هذا لا يعني باية حال ان مجلس الدولة الفرنسي قد عمل على تطبيق احكام هذه المادة على فسخ العقد لخطأ الإدارة[٢]. ومن بين الاخطاء العقدية التي تعد مسوغات للفسخ ما تم ذكره في الباب الاول من هذه الرسالة نذكر منها على سبيل المثال تخلي الإدارة غير المنطقي عن العقد[٣]. والتأخر في تنفيذ الاشغال العامة الصادرة من الإدارة على ان يبلغ هذا التأخير درجة، بشكل يوصف بالخطورة بصورة تخالف بها النية المشتركة للمتعاقدين. وقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على فسخ العقد على مسؤولية الجهة الادارية التي اساءت استعمال سلطتها، وذلك بفسخها للعقد دون سبب يتيح لها ذلك او قيامها بفرض عقوبة قاسية على المتعاقد من دون مبرر منطقي.

ثانيا: سلطة القضاء في تحديد درجة الخطأ الموجب للفسخ

١- مما لا جدال فيه ان القاضي يمتلك سلطة تقدير واسعة لتحديد مدى توافر مسوغات الفسخ من عدمها، اذ أن تحقق شروط الفسخ لا يعني بحال من الاحوال ان الحكم بالفسخ اصبح امراً محتماً وانما لقاضي الموضوع سلطة تقديرية لتحديد جسامة الاخلال الصادر عن الإدارة وللوقوف على حقيقة الوضع ضماناً لما قد يتفق عليه طرفا العقد ويبديانه من تسويغات للفسخ[٤]. فله ان يرفض طلب الفسخ اذا كان المدين حسن النية وله ان يمنح المدين المفسر مهله اذا كان عدم التنفيذ جزئياً او قليل الاهمية مقارنة في الالتزام بجملته وللمدين ولتفادي صدور الحكم بالفسخ ان يقوم بتنفيذ التزاماته قبل انتهاء المهلة ليتفادى فسخ العقد ويبقى للدائن الخيار بين: طلب فسخ العقد وبين طلب التنفيذ، واذا كان الاخير يعد الطلب الاصلي فان الفسخ هو خيار استثنائي يلجا اليه الدائن، وله الحق في العدول عن أي منها الى الاخر ولكن قبل صدور حكم القاضي الذي يفصل في الموضوع[٥]. هذا وقد اكد القانون المدني العراقي على مسألة منح القاضي السلطة التقديرية موضحاً ذلك بالشطر الثاني من الفقرة الاولى من المادة ١٧٧ منه ((...في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل كما ويجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته))[٦]. واذا كان للقاضي ان يمنح المدين مهلة[٧] فيما اذا

---

(١) حسين عامر: المسؤولية، ص١٨٦.

(٢) نقلاً عن: طاهر التكمه جي:مصدر سابق، ص٢٤٠.

(٣) –C.E. mars ١٩٥١ ville de poissey. P٧٧٤. De loubadere:op.cit,p.١٩٣

(٤) حسين عامر: الغاء العقد، ص٣١٧. د.عدنان ابراهيم السرحان:مصدر سابق، ص٢٩٢.

(٥) د. محمود خلف الجبوري: مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٦) تقابلها م ١٥٧ ف م. م اذ جاء في مذكرة المشروع التمهيدي (...اذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه تعين ان يستجيب القاضي لهذا الطلب وجاز له ان يحكم بالتعويض... اما اذا اختار الفسخ فلا يجبر القاضي على الاجابة لطلبه على ان للقاضي ان يجيب الدائن الى طلبه ويقضي بفسخ العقد مع التزام المدين بالتعويض). وارد في: كمال عبد العزيز: مصدر سابق، ص١٣٨. وتقابلها م ٢٤٦ ف٢ من القانون المدني الاردني المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦، ((٢- يجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ الحال او ان تنظره الى اجل مسمى ولها ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال بان كان له مقتضى)). وارد في: هشام طاهات: سلطة القاضي في فسخ العقد/ دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بابل، ١٩٩٨، ص ٤٠ وتقابلها م ٤٢١ عقود وموجبات لبناني، ((...ويجوز للقاضي حتى في حالة عدم التنفيذ ان يمنح المديون مهلة تلو مهلة بحسب ما يراه من حسن نيته..)) وارد في د. عدنان السرحان: مصدر سابق، ص ٢٨٦.

(٧) من الامور الجديرة بالاشارة اليها هي ان الاجل القضائي خول القانون للقاضي منحة للمدين المعسر في حالة مطالبة الدائن بفسخ العقد، وبذلك يختلف الاجل عن نظرة الميسرة. فالاخيرة تمنح للمدين في دعوى التنفيذ، وتجد مبرراتها في مقتضيات العدالة والتخفيف من غلواء قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. اما في حالة منح

اذا كان الاخير حسن النية معسر الحال فان القاضي قد يحكم بفسخ العقد حتى لو كان تنفيذ العقد جزئياً فيما لو وجد كفاية الجزء غير المنفذ للحكم بفسخ العقد[١]. وتبدو مسالة منح القاضي السلطة التقديرية مثاراً للجدل حول مدى رقابة محكمة التمييز عليها.

درجت المحاكم الفرنسية قبل مدة طويلة جداً على وصف تقدير كفاية الخطا من عدمه من المسائل الموضوعية، ولذا فهي تكون بمناى عن رقابة محكمة النقض. وقد اكدت على هذا المعنى محكمة النقض المصرية في احد قرارتها ((اثبات الخطا الموجب للمسؤولية العقدية على احد المتعاقدين هو تقدير موضوعي تستقل به محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ما دام استخلاصها سائغاً))[٢].

الا ان محكمة النقض حاولت بسط رقابتها على الوقائع التي اثبتتها محكمة الموضوع للتاكد من حقيقة الخطا وهو ما اتبعته المحاكم المصرية وفي هذا الجانب نرى ضرورة تحديد ما اذا كانت سلطة قاضي الموضوع تشمل الوقائع فقط ام تشمل الواقع والقانون معاً. ففي الحالة التي نقول فيها ان سلطة القاضي تمتد لتشمل الواقع فقط فهنا لا رقابة لمحكمة التمييز عليها. اما اذا افترضنا جدلاً ان سلطة القاضي تشمل الوقائع والقانون معاً فمن الامور غير المشكوك فيها ان رقابة محكمة التمييز تمتد لتشمل نشاط القاضي الذهني المتعلق بتقدير مسائل القانون، يستوي في هذا الجانب اذا كان نشاط القاضي منصباً على التكييف ام الاثر القانوني فاذا افترضنا ان نشاط القاضي يعد من مسائل القانون، فالصعوبة تكمن في تحديد الضابط الذي يحد من هذا النشاط، ويبدو اخضاع نشاط القاضي لرقابة محكمة التمييز من شانه ضمان رقابة فعالة على سلطة قاضي العقد[٣].

ومما هو جدير بالذكر ان سلطة القاضي هذه لا تعد من النظام العام اذ يمكن الاتفاق على استبعاد هذه السلطة، بموجب اتفاق (شرط صريح فاسخ) وهذا يتضح في تقابل العقد. وقد اشارت الى ذلك م ١٥٨ م.ع. واتفاق الطرفين على استبعاد هذه السلطة قد يتم أما قبل انعقاد العقد او بعد الاخلال وقبل النطق بالحكم وهذا ما يدعى بالتقايل ذي الاثر الرجعي[٤]. كما وقد يرد استبعاد السلطة التقديرية للقاضي بموجب نص القانون. ويتضح هذا في الفسخ الاتفاقي والقانوني. ولكن قد يثار تساؤل فيما اذا كان بالامكان الحد من سلطة القاضي التقديرية في الاجابة لطلب الفسخ من عدمه؟ من الطبيعي القول بوجود حالات تجعل من القاضي ملزماً بفسخ العقد او بالعكس تجعل منه ملزماً بالحكم بتعويض من دون الفسخ. ومن هذه الحالات (قد ينص المشرع على وضع جزاء آخر غير الفسخ في حالة اخلال المدين بتنفيذ التزاماته، مما يستتبع بذلك حرمان القاضي من سلطة فسخ العقد وخاصة ان المشرع في هذا البند قد افصح عن ارادته صراحة بان يكون الجزاء غير الفسخ فلو سكت عن ذلك مثلاً لفهم ضمناً الخضوع للقاعدة العامة للفسخ من م ١٧٧ م.ع.

وقد اشار المشرع العراقي الى هذه الحالة في حق الانتفاع وخاصة انه رتب جزاءً اخر للالتزام م ١٢٥٤ فـ٢ م.ع والحالة الاخرى التي يتقيد بها سلطان القاضي. هي الاخلال الكامل بالعقد مع سؤنية المدين، ففي هذه الحالة يتثبت القاضي من عدم اداء المدين لالتزاماته، والتي تعد ضرباً من الغش والتقصير وسوء النية وعندئذ يحكم بالفسخ. ولكن في الحالة التي يرى فيها القاضي عدم جدوى التنفيذ وتتمثل هذه الحالة بقيام المدين بعرض تنفيذ الالتزام بعد ان يكون الدائن قد رفع

القاضي للمدين اجلاً، فيظهر الهدف من ذلك التخفيف من الاثار السيئة والاستثنائية لهذا النظام وحفاظاً على العقود بقدر الامكان، لان المدين قد يكون حسن النية معسر الحال وغير متعمد في التأخير. وان ما اصاب الدائن من اضرار، كان نتيجة فعلة هو لا من فعل المدين فضلاً عن كون نظرة الميسرة من النظام العام فلا يجوز الانفاق على ما يخالفها. في حين الاجل في الفسخ لا يعد من النظام العام ويجوز الانفاق مقدماً على الفسخ من دون تدخل القضاء بمجرد حلول اجل التنفيذ. راجع: د. عدنان ابراهيم السرحان: مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(١) د. شمس الدين الوكيل: دروس في العقد وبعض احكام الالتزام، مطبعة النصر/ مصر، ١٩٦٠، ص ١٧٤.

(٢) طعن رقم ٣٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ٣٠/ ١٩٧٠/٤ م.م.ق س٤١ ص ٧٥٦). وارد في: د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني: مصدر سابق، ج٩، ص ١٥٣.

(٣) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني/ القسم الاول في الاحكام العامة، ج٢، المجلد٢، ط٥، مطبعة السلام، ١٩٨٨، ص٤٥٠. هشام طاهات: مصدر سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

(٤) هشام طاهات: المصدر السابق، ص٤٥ ومابعدها.

الدعوى مطالباً فسخ العقد ولم يكن التنفيذ ليعود على الدائن باي فائدة فهنا تتقيد سلطة القاضي ويجبر على الفسخ مع التعويض، أما اذا قام المدين بعرض التنفيذ العيني على الدائن من دون ان يصيب الاخير ضرر جسيم وتتضح هذه الصورة اذا كان المدين قد عرض التنفيذ العيني للالتزام، بعد ان يكون الدائن قد رفع الدعوى امام القضاء فليس للقاضي انذاك ان يحكم بالفسخ ويرفض طلب المدين، وخاصة ان التنفيذ العيني لا يستتبع اصابة الدائن باي ضرر ويقتصر حكمه على التعويض فقط))[١].

اختلفت اراء الفقه حول درجة الاخلال الذي يبيح للقاضي فسخ العقد. فمنهم من يرى ان أي اخلال ومهما بلغت درجته بعد مبرراً للفسخ الا ان هذا الراي يتناقض مع السلطة المتفق عليها فقهاً وقضاء والتي منحت للقاضي والبعض ذهب الى انه ليس للقاضي ان ينطق بالفسخ الا اذا كان عدم التنفيذ من الاهمية بشكل يسوغ فسخ العقد بصرف النظر عن كون عدم التنفيذ كلياً او جزئياً. وازاء تحديد درجة جسامة الاخلال بالالتزامات تنازع معياران: الاول معيار ذاتي فهو يعتد بالارادة المشتركة لطرفي العقد وبه ينفسخ العقد اذا كان الاخلال من الاهمية بشكل يسوغ ذلك. اما اذا كان الاخلال لا ينصب على عنصر جوهري في العقد فللقاضي ان يرفض فسخ العقد، فلو افترضنا ان دعويين عرضتا على قاضي واحد، وكانت هاتان الدعويان قد اتحدتا في عدم التنفيذ الا ان العمل يجري على قيام القاضي بفسخ احد هذين العقدين، في حين يبقي على الاخر قائماً. يعلل ذلك اختلاف ارادة طرفي العقد والتي يمكن ان تستخلص من الظروف التي تحيط عملية ابرام العقد وتنفيذه. وقد تعرض هذا المعيار الى نقد وجه اليه بعد ظهور الحركة الفقهية التي انتقدت مبدأ سلطان الارادة الضمنية في النظرية العامة للالتزامات اذ لا يمكن الاستناد الى الارادة الضمنية لتحديد جسامة الاخلال، فهو معيار غامض ولا يمكن ان يعتد به لعدم اعطائه اساساً صحيحاً[٢].

ومع كل هذه الانتقادات نجد ان مشرعنا في القانون المدني استند الى هذا المعيار في بعض من نصوصه[٣]. اما المعيار الثاني والذي برز على انقاض المعيار الذاتي فهو المعيار الموضوعي الذي يرى ضرورة الاخذ بمضمون العقد وفقاً للنموذج الذي نظمه طرفا العقد كما حدده القانون. فمن الواجب ان يعتد القاضي بشروط وعناصر العقد التي تم تحديدها وفقاً لاحكام القانون، وبكل تغيير يجريه الدائن وبالظروف اللاحقة التي تدل على ما اصاب المدعي من اضرار وفيما اذا كان الضرر الذي اصاب الدائن متوقعاً او لا، فمهمة القاضي تنصب على نسبة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته الى جملة الالتزامات كي يخرج باساس صالح لتقدير جسامة الاخلال. وبالعودة الى نص م ١٧٧ ف١ م.ع نجد ان مشرعنا قد استلهم المعيار الموضوعي مركزاً على الوجود المادي للمحل، ولاسيما ان المحل من السهولة التعرف عليه من خلال تلمس القاضي للعناصر المطلوبة لتحديد درجة الاخلال[٤]. فمن المعلوم ان سلطة القاضي الاداري لا تختلف بشيء عن سلطة القاضي المدني في فسخ العقد لذا يمكن ان نطبق احكام القانون المدني وبالاخص ما يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي على العقود الادارية، وخاصة ان مشرعنا لا يزال يخضع منازعات العقود الادارية لولاية القضاء العادي.

وحول تحديد سلطة القاضي التقديرية نرى ان امراً من المثير ان يشير اليه الباحث في هذا المجال وهو مدى سلطات القاضي الاداري تجاه الإدارة المقصرة وفيما اذا كانت سلطته مقيدة ام مطلقة؟. مما لا ريب فيه ان لقاضي العقد (القاضي الاداري) ان يفصل في اصل المنازعة وكل ما يتفرع عنها وبصدد هذه الحالة يرى د.محمود حلمي ان سلطات القاضي الاداري واسعة، ونحن بصدد مناقشة هذا الرأي الفقهي نرى ان القاضي في فرنسا ومصر والعراق لا يملك الزام الإدارة بالقيام

---

(١) هشام طاهات:المصدر السابق، ص٥٣-٥٤.

(٢) هشام طاهات: المصدر السابق، ص٨٥ ومابعدها. د.عدنان ابراهيم:المصدر السابق، ص٢٨٨ ومابعدها.

(٣) لقد اشارت م٥٤٣ م.ع ((اذا بيعت جملة من المكيلات او جملة من الموزونات او المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر او من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة او بسعر الوحده ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار بحصته من الثمن واذا ظهر المبيع زائداً فالزيادة للبائع)) م٥٥٥ف١ م.ع ((اذا استحق بعض المبيع او كان مثقلا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد كان للمشتري ان يفسخ العقد)).

(٤) هشام طاهات:مصدر سابق، ص٦٠ ومابعدها.

بعمل او الامتناع عنه في سبيل اداء التزاماته العقدية سواء بطريق مباشر او غير مباشر عن طريق فرض الغرامات التهديدية على الإدارة[١]. وهذا ما اكده قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٢٤/٢/٢٧ في قضية Cune de Morzine وحكمه في ١٩٣٣/١/٢٧ في قضية le loir الا ان مجلس الدولة الفرنسي يرى إنّ القاضي يمتلك أن يضع الإدارة بالخيار بين قيامها بتنفيذ التزاماتها وبين دفع التعويض ويبقى لها الاختيار بين ايَّ منها. وهذا ما أكده حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Maggi بتأريخ ١٩٣١/١/١٨ وفي قضية syndicat du canal de Makta Maklouf بتاريخ ١٩٤٨/١/٩[٢].

هذا وقد أشار القانون الفرنسي الصادر في ١٦تموز ١٩٨٠ في مادته ٢ الى ((في حالة عدم التنفيذ لقرار صادر عن القضاء الاداري فإن مجلس الدولة يمكنه أن يقرر اجراء اجباري تجاه الأشخاص المعنوية العامة كضمانة لتنفيذ هذا القرار))، لقد أشارت هذه المادة الى الزام الإدارة بضرورة تنفيذ التزاماتها، ولكن عدم تنفيذ الإدارة هذا انما ينصب على القرارات الادارية فقط والصادرة عن القضاء الاداري والتي ترفض الإدارة تنفيذها[٣]. وإذا كان القاضي الاداري لايملك ان يحمل الإدارة على تنفيذ التزاماتها العقدية الا اننا نجد ان محكمة القضاء الاداري المصري الزمت الإدارة بضرورة تمديد مدة تنفيذ العقد لصالح المتعاقد. وذلك نتيجة لقيام الإدارة بتعديل بنود العقد وفي هذا تقول المحكمة: (ان تحقيق التوازن المالي للعقد حال استعمال الإدارة لحقها في التعديل لايعني فقط الحكم للمتعاقد بالتعويض المالي الذي يتكافأ مع تعديل التزاماته بل هو يتطلب افساح المجال أمامه في التنفيذ ما دام من المؤكد ان الأعمال المعدلة يتطلب لتنفيذها وقتاً فضلاً عن تكاليفها المادية...)[٤]. هذا ويمتلك القاضي في فرنسا ومصر إلغاء الإجراءات غير المشروعة الصادرة عن الإدارة مخالفة في ذلك التزاماتها العقدية عدا القرارات الصادرة عن الإدارة في عقود الأشغال العامة، إذ لا يملك القاضي الاداري حق الغاء مثل هذه الإجراءات، وانما يقتصر دوره على الحكم بتعويض مناسب لاغير. وتظهر علة ذلك (ان قاضي المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة لا يملك السلطة التي تمكنه من النطق بإلغاء الإجراءات المتخذة من قبل رب العمل ضد المقاول وانما يقتصر على الحكم بتعويضات فقط، وهذا ما جاء به حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٤/٢/٢٥ في قضية Pioc)[٥].

الفصل الثاني

النتائج المترتبة على فسخ العقد قضائيا

يترتب على ارتكاب الإدارة لخطأ تعاقدي جسيم، حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد مع التعويض. لأن المتعاقد شخصية مجردة من السلطة التي تمكنه من إيقاع العقوبة على الإدارة. ومن الجدير بالذكر ان مراجعة المتعاقد للقضاء لايعني بحال من الأحوال ان مسألة النطق بالفسخ أصبح أمرا محتما، فسبق إن أشرنا ان للقاضي من السلطة ما تمكنه من تحديد درجة جسامة الخطأ الصادر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، فله أن يقضي بفسخ العقد مع التعويض فيما لو تبين له جسامة الخطأ العقدي الصادر عن الإدارة وعندئذ ينحل العقد بأثر رجعي للطرفين وللغير تبعا لذلك، ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد. فإذا استحال الرد يصار الى التعويض.. عدا حالة

---

(١) الغرامة التهديدية نظام معروف في اطار القانون الخاص وهي مبالغ اجمالية محددة ومنصوص عليها مقدما في العقد من قبل الإدارة لمزيد عن الغرامة التهديدية راجع:محمود خليل خضير:الغرامات التأخيرية في العقود الادارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩١،ص١٧.

(٢) طاهر التكمه جي: مصدر سابق، ص١٩٩ ومابعدها، د.سليمان الطماوي، الأسس العامة، ١٩٥٧، ص٤٦٦-٤٦٧.

De loubadere: Op. Cit, P. ٥٥١.

(٣)De loubadere: Ibid, P. ٥٥٧.

(٤) وارد في: طاهر التكمه جي: مصدر سابق، ص٢٠٦-٢٠٧.

(٥) وارد في: طاهر التكمه جي: المصدر السابق، ص٢٠١، د.سليمان الطماوي، الأسس العامة، ١٩٥٧، ص٤٦٧.

العقود الزمنية التي يتم تنفيذها على دفعات متوالية فإن كل من الطرفين المتعاقدين يتحمل ما تولد عن التعاقد من أثار سابقة على مرحلة انتهائه[١].

وله أن يرد دعوى المتعاقد بالفسخ مع الاقتصار على مجرد دفع التعويض، وفي هذه الحالة يُلقي العقد على عاتق المتعاقد عبء الاستمرار في تنفيذ الالتزام العقدي والا أثيرت مسؤولية العقدية، وأدى ذلك الى الاضرار بالمرفق العام بما ينعكس سلبيا على المصلحة العامة التي يهدف العقد الاداري الى تحقيقها. وله أن يحكم بفسخ العقد وبذلك تنتهي الرابطة العقدية من تاريخ رفع الدعوى مع ما يمكن أن يحكم به من تعويضات تغطي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، لذا سيتم التطرق الى مسألتين ذات مغزى واسع. الأولى انتهاء العقد والثانية التعويض الذي يحكم به القاضي مع الحكم بالفسخ. مع الاشارة الى إن التعويض سيتم التطرق اليه كمكمل للفسخ وليس البديل .

المبحث الأول

انتهاء العقد

لقد ثبت لنا فيما سبق ان للقاضي سلطة تقديرية في تحديد درجة الخطأ الموجب لإثارة مسؤولية الإدارة العقدية ومن ثم فسخ العقد. وفي هذا الموضوع فإننا سنواجه فرضيتين: الأولى أن ينطق القاضي بفسخ العقد وعندئذ تنتهي الرابطة العقدية وتصفى كل الحقوق والالتزامات المتولدة عنها، فتلتزم الجهة الادارية بإعادة مبلغ التأمين للمتعاقد وكافة الحقوق المستحقة له. وترتد آثار الفسخ عندئذ الى تاريخ رفع الدعوى مع ما يمكن أن يحكم به القاضي للمتعاقد من تعويضات عادلة[٢]. أما الفرضية الثانية فهي رد دعوى المتعاقد بالفسخ والاقتصار على الحكم بالتعويض، وهنا يلقي على عاتق المتعاقد عبء الاستمرار في تنفيذ التزامه العقدي والا عرض نفسه للمسؤولية[٣]. وخاصة ان لايملك حق التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المعروفة في نطاق القانون المدني فمن المعلوم إن هذه الفكرة التي تدعى (الامتناع المشروع عن الوفاء) تقوم على أساس إنه في العقود التبادلية، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه فاللدائن أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه واللجوء الى فسخ العقد، مع التأكيد على إن الأساس الذي بنيت عليه هذه القاعدة إنما يستند الى الأساس نفسه الذي أقيمت عليه نظرية الفسخ فهي قاعدة معروفة منذ القدم[٤].

وقد عمل القانون المدني العراقي على النص في م(٢٨٠) منه على قاعدة الحق في الحبس للضمان، والتي تُعد أصلا لهذه الفكرة. فقاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي يتبناها القانون المدني المصري في م(١٦١) منه تُعد فرعاً لقاعدة الحق في الحبس[٥]. تقوم الفكرة الأخيرة على افتراض وجود

---

(١) م.١٨.م.ع ((إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ، اسقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم بتسليم البدل الذي وجب بالعقد وان كان قد سلم يسترد فإن استحال رده يحكم بالضمان)) وتقابلها م.١٦.م.م، م١٦١م سوري، م١٠٦٢م ليبي، م٢٤٢لبناني) وارد في: د.عبد الرزاق السنهوري: الوجيز، هامش٢، ص٢٧٣، عمر فؤاد بركات: مصدر سابق، ص٥٥٧، حسين عامر: الغاء، ص٣٣٥ ومابعدها، د.عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص٢٥٤ ومابعدها، عبد الله الشرفاني، مصدر سابق، ص٤٩-٥٠ ومابعدها، د.طعيمة الجرف: القانون الاداري، ١٩٨٥، ص٢٤٠.

(٢) De loubadere: Op. Cit, P. ٢١٠، C.E. ١٦ Mai ١٩٢٣. Glenger. P.٢١٤ علي هادي علوان: شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص٨.

(٣) طاهر التكمه جي: مصدر سابق، ص٢٥٩، د.محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص١٨٠، د.سامي جمال الدين: أصول، ص١٦، د.عبد الغني بسيوني: القانون، ص٢٨٧ ومابعدها.

(٤) لقد عرف الرومان فكرة الدفع بعدم التنفيذ بإسم الدفع بالغش، إذ لم يطلق عليها اسم الدفع بعدم التنفيذ الا في القانون الفرنسي القديم. كما لم يضع القانون الفرنسي نصا عاما يقرر هذه القاعدة وانما اقتصر على وضع تطبيقات متفرقة للمبدأ وعلى نفس الهدى سار القانون المدني المصري السابق. أما الوضع في القوانين الحديثة فإنها عملت من جانبها على صياغة القاعدة بنص عام م٣٢٠ تقنين مدني ألماني، ٨٢ التزامات سويسري، ٤٨ المشروع الفرنسي الايطالي. للمزيد راجع: د.عبد الرزاق السنهوري: الوجيز ص٢٨٢-٢٨٣، حسين درويش: مصدر سابق، ص١٠٧. د.عبد المنعم فرج الصدة: مصدر سابق، ص٤١٠. د.منير محمود الوتري: العقود الادارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٩، ص١٨٦.

(٥) م ٢٨٠ م.ع((للبائع أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى أن يستوفي الاجر المستحق سواء كان العمل أثر في هذا الشيء أو لم يكن وذلك كله وفقاً الأحكام التي قدرها القانون٢- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل

شخصين كل منهما دائن ومدين في ا لوقت نفسه. إذ يعدُّالتزامُ كل منهما سبباً لألتزام الأخر، شريطة أن يكون هذا الالتزام مستحق الاداء في الحال وفي هذه الحالة يمتلك الطرف الأخر أن يرفع الأمر الى القضاء، ويبقى للقاضي سلطة تقرير الموقف سواء أكان ذلك بإقرار أحقية المتمسك بالدفع أم عدمه[١].

يظهر الدافع الى منع متعاقد الإدارة من التمسك بهذه القاعدة، ان العقد الاداري يهدف بالدرجة الأولى والاساس الى تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرارية أداء المرفق لخدماته، وهذا يتطلب أن لايعوق المتعاقد أداء الخدمات بالتمسك بهذه القاعدة، وبعكسه فإنه سيعرض نفسه للمسؤولية.

وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكمٌ يدلل على ذلك في ١٩٢٥/١٢/٢٧ في قضية Dolfini[٢]. إذ لن يكون بإمكان متعاقد الإدارة أن يعفي نفسه من المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا الأمر مشيراً الى ان هذه الفكرة تطبق على كافة العقود الإدارية[٣] يعلل هذا الموقف من فكرة الدفع بعدم التنفيذ والتي تدعى باللاتينية L'exceptio non adimpleti contractuc ضرورة التعاون في ادارة وتسيير المرافق العامة، وخاصة ان المتعاقد يشترك مع الإدارة في تسيير المرفق. ولكن تبقى حالة اذا تحققت أصبح بإمكان المتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ تلك هي عدم تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها العقدية إذ يعد هذا الوضع استثناء على قاعدة عدم جواز الدفع، أو قد يأتي استنادا لنصوص خارجة عن العقد. فالقانون الفرنسي الصادر في ٥كانون الثاني ١٩٥٢ قد سمح لملتزم توزيع الغاز في الطلب من الجهة مانحة الالتزام تغطية العجز أو قيامها بتشغيل المرفق من قبلها مباشرة. ففي حالة عدم استجابة الإدارة لهذا الطلب فإن للمتعاقد الحق في وقف تنفيذ العقد خلال ٦ أشهر، ابتداء من تأريخ تقديم طلبه. كما تمنح دفاتر الشروط الادارية العامة الفرنسية C.C.A.G في م٤٨ف٣ منها للمتعاقد الحق في الدفع بعدم التنفيذ إذ نصت ((في حالة ثلاث دفعات مالية متتالية مستحقة لم يتم تسديدها من قبل الإدارة الى المتعاقد معها، فإن المقاول وخلال شهرين بعد التاريخ المحدد لوقت التنفيذ للاشغال أن يوقف التنفيذ من جانبه))[٤].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في العديد من القرارات الصادرة عنه ومنها وقف الاستثمار نتيجة لخطأ الإدارة يسمح لها في اعلان اسقاط الالتزام[٥]، كما إن طبيعة العقد الإداري قد تجعل بإمكان المتعاقد أن يتمسك بهذه القاعدة ولكن التمسك بها محاط بشروط عديدة تمكن الإدارة من تفادي التمسك بها. فإن أخطأت الإدارة في اتخاذ بعض الاجراءات، فإن للمتعاقد الحق في التحلل من التزاماته، فرفض الإدارة أو تخليها عن الاشغال العامة محل العقد تسمح للمتعاقد بسحب عرضه، مع الاشارة الى أن هذا الدفع لايكون متعلقا بالتزام عقدي لكان مرتبطا بتنفيذ العقد. لذا يبقى الأمر مرتبطا بشروط وليس بالتزام، إذ أنَّ عدم تنفيذه يؤدي الى عدم إبرام العقد الا ان مجلس الدولة الفرنسي يرى أن المقاول الذي يدفع بعد التنفيذ يتحمل مخاطر جمة تجاه الإدارة مثل رفض تطبيق

المستحق)). تقابلها م١٦١م.م، م١٦٢م. سوري، م١٦٣م ليبي. وارد في: د.عبد الرزاق السنهوري: الوجيزة، هامش ٢، ص٢٨٢-٢٨٣

(١) د.عبد الرزاق السنهوري: المصدر السابق: ص٢٨٤ ومابعدها.

(٢) د.محمود خلف الجبوري: مصدر سابق، ص١٨٠، طاهر التكمه جي: مصدر سابق: ص٢٥٩، سامي جمال الدين: أصول: ص٧٦٠. د.عبد الغني بسيوني: القانون، ص٢٨٧ ومابعدها. د. عبد العزيز شيحا: مصدر سابق، ص٤٧٨

(٣) C.E. ٧ Juin ١٩٢٩ Cie Fransmse des cable. P.٥٦٤.
ينص هذا القرار على: ((ملتزم المرفق العام يجب أن يكفل تشغيله عدا حالة الاستحالة وليس له تعليق تنفيذ الاشغال))، وارد في: De loubadere: Op. Cit, P.٢٠٥ ، د.ابراهيم طه الفياض: مصدر سابق، هامش ١، ص٢٤٢-٢٤٣.

(٤)وارد في: C.E. October ١٩٦٢ ste'de Construction. De loubadere: Ibid, P.٢٠٨-٢٠٩ A.J.D.A

(٥)وارد في: C.E. ٢٣ Avril ١٩٦٣ Freza na-٦٦١٥٤ De loubadere: Ibid, P. ٢٠٨

المواصفات الفنية او عدم صحة أو كفاية التصاميم[١]. فالقاعدة العامة تتطلب قيام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم مما صدر عن الإدارة من اخلال. إذ ما هو منسوب للادارة لايمثل معوقا للمتعاقد بشكل يحول من دون تمكنه من الاستمرار في أداء الخدمة بمستوى حالة القوة القاهرة (الاستحالة) [٢] وقد صدر عن المحكمة الادارية العليا المصرية حكم في (الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ق بتاريخ ١٩٧٨/١/٢٨) يشير الى ((... كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضاً غير جائز في العقود الادارية لما يتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب حتى ولو كان الخطأ أو التقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماته العقدية فإذا توقف المتعاقد عن التنفيذ خلافاً للعقد الأصلي حقت مساءلته عن تبعة هذا الفعل السلبي ويحق للادارة آنذاك أن توقع عليه الجزاءات المقررة)) [٣]. وللطرفان الخروج عن الأصل في عدم جواز التمسك بالقاعدة باتفاق الطرفين في العقد، فقد جاء في حكم المحكمة الادارية العليا المصرية ما يؤكد ذلك في الطعن رقم ٧٦ لسنة ١١ق بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٧١((يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل في هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لايحق للادارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها))[٤] من كل ما تقدم نخرج بنتيجة أن الدفع بعدم التنفيذ يختلف تماما عن نظام الفسخ، فالأخير يؤدي الى انتهاء الرابطة العقدية، فضلاً عن كونه خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية، فقد يقضي به أو قد يقتصر على مجرد الحكم بتعويض فقط، مع ضرورة إعذار الإدارة المتعاقدة. في حين نجد ان المتمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ لايحتاج الى توجيه اعذاره للادارة، فضلاً عن كونه خاضعاً لتقدير المتعاقد ذاته مع امكانية الطعن به أمام القضاء من جانب الإدارة التي تنكر على المتعاقد ذلك الحق[٥].

المبحث الثاني

التعويض

من حيث المبدأ ان أي اخلال بالتزام عقدي يلزم من ارتكبه بتعويض الطرف الاخر. فالتعويض إذاً جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية في نطاق القانون الخاص. ويرى الشراح ان نظرية التعويض في اطار العقود الادارية تقترب من النظرية الموازية لها في عقود القانون الخاص، وبخاصة في الأمور المتعلقة بكيفية تقدير التعويض واشتراط ركن الضرر. الا انها تتقاطع معها في كيفية استحصال التعويض[٦]. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الاداري في مصر قائلة: (ان الجزاء الاصيل لعدم الوفاء بالالتزام في القانون الخاص هو الحكم بالتعويض أي الحكم بمبلغ من المال يمثل الضرر الذي لحق بالطرف الاخر المضرور مثل هذا الجزاء ايضاً يمكن أن يطبق في العقود الادارية مع مراعاة ان الفكرة فيه هي ارغام الطرف المتعاقد مع جهة الإدارة على تنفيذ التزامه أكثر منها في تعويض الإدارة عن الضرر الذي يكون قد لحق بها...)[٧].

من خلال ايراد نص هذا القرار يتضح لنا ان الهدف الاساس من التعويض هو ارغام من يتعاقد مع الإدارة على اداء التزاماته. واذا طبقنا هذا المفهوم على الإدارة، نرى ان التعويض الذي يحكم به

---

(١) وارد في: C.E. Novombre ١٩٤٠ Commune de massane De loubadere: Ibid, P. ٢٠١ P.٢٠٥

(٢) وارد في: المصدر السابق، ص٢٠٩. C.E. Janvier ١٩٥٧ Ste'lancery. D. H. L.M.de.la 'seine. A.J.D.A ١٩٥٧.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط: مصدر سابق، ص٨٧٥.

(٤) وارد في: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا، س١٧، ع١، الشركة المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧٢، نقض رقم ٧٦ لسنة ١١ف ص٩٧، د.محمد فؤاد عبد الباسط: مصدر سابق، ص٨٧٦.

(٥) د.عبد المنعم فرج الصدة: مصدر سابق، ص٤١٢-٤١٣.

(٦) د.عبد المجيد فياض: مصدر سابق، ص٨١.

(٧) تامر ابراهيم: الجزاءات الادارية في عقد الاشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٠٠، ص٥١.

القاضي على الإدارة يهدف بالدرجة الاساس الى الزامها بتنفيذ التزاماتها العقدية، فضلا عن غاية التعويض الجوهرية، والتي تتمثل في تعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار. لذا سنفصل هذا المبحث على مطلبين: الاول يتناول مفهوم التعويض وشروط استحقاقه، والثاني يؤكد على مسألة تقدير التعويض وحالات استحقاقه.

المطلب الأول

مفهوم التعويض وشروط استحقاقه

تثار مسؤولية الإدارة العقدية عن الخطأ الجسيم الذي يصدر عنها، وعندئذ على القاضي أن يحكم بالفسخ مع التعويض، وفي هذه الحالة سنكون أمام تعدد الجزاءات التي تفرض على الإدارة المتعاقدة، وقد أكدت على ذلك المحكمة الادارية العليا المصرية مشيرة الى جواز الجمع بين الفسخ والتعويض(١).

لذا يجب على الباحث أن يحط الرحال أمام مفهوم التعويض لتبيان معناه فضلاً عن الشروط التي يتطلبها استحقاق المتعاقد له.

أولا: مفهوم التعويض

التعويض نظام قديم جدا، يرتُدبأصوله الأولى الى حضارةِ وادي الرافدين كما عرف الرومان مسألة التعويض، حتى ان الشريعة الاسلامية كانت قد عبرت عن التعويض تحت ما يدعى بالضمان(٢).

الأصل العام في تعويض الضرر أن يكون قضائيا، بمعنى أن يحصل عليه المتعاقد بموجب حكم قضائي إلا ان هذا لن يحول من دون الاتفاق مقدماً على مقدار التعويض في صلب العقد عند نشوء الالتزام، أو أن ينص القانون على مقدار التعويض الذي يستحقه المتعاقد. فهو إذن جزاء يفرض على المدين (الإدارة) جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية. وقد أكدت ذلك م١١٤٧م.ف، م٢١٥م.م، ١٦٨م.ع(٣).

ويعرف بأنه مبلغ من المال يحكم به على المدين (الإدارة) في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الاخر المتضرر،، وكذلك الحكم في حالة تأخره في التنفيذ(٤).

---

(١) De loubadere: Op. Cit, P.٢١٥ طالب التكمه جي: مصدر سابق، ص٢٥٩، د.عبد المجيد فياض: مصدر سابق، ص١٩١. Jacquel P.٧.٢٢ C.E. ٢٠Decembre ١٩٦١
Jliet Veaux et J. Ceorgel: (recours pour exces de pouvier). J. C. A. fasc. ٦٦٢.

(٢) لقد تضمن قانون اشنونا نصوصا اشارت الى فكرة التعويض في المسؤولية العقدية ومنها النص الذي يلزم الناقل في عقد النقل بالقارب عن كافة الخسائر الناتجة عن غرق القارب والناشئة عن اهماله، وقد عرفت شريعة حمورابي التعويض بالنص عليه كجزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، والعلة في ذلك النضج الحضاري والثقافي والموقع الجغرافي الذي امتازت به حضارة وادي الرافدين، مما أدى الى ازدهار التجارة وتبادل الثقافات. أما الشريعة الاسلامية فقد أشارت اليه قائلة (ضمان العقد عن مفسدة مالية مقترنة بالعقد) لمزيد عن تأريخ التعويض: راجع: قصي سلمان هلال الدليمي: التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي/ دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص١٣-٢٠.

(٣) تنص م١١٤٧ م.ف ((يكون المدين معاقباً اذا كان هناك محل لدفع التعويضات المدنية سواء كان بسبب عدم تنفيذ الالتزام وذلك في كل مرة يستطيع أن يدلل ان عدم التنفيذ كان لسبب أجنبي لادخل له فيه))، م٢١٥م.م (اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)، م١٦٨م.ع ((اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يتبين أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لابد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)) بمعنى ان الاصل في التعويض أن يكون عينيا، بشكل لايصار الى التعويض النقدي الا في حالة استحالة التنفيذ العيني او كان الاخير مرهقا على المدين الا ان الاخير لم يعرضه ولم يطلبه الدائن.

(٤) تامر ابراهيم: مصدر سابق، ص٥٥-٥٦.

ثانيا: شروط استحقاق التعويض

التعويض كجزاء يفرض على الإدارة المخلة في تنفيذ التزاماته العقدية ينبغي كي يحكم به القاضي ان تتظافر شروط ثلاثة اصطلح على تسميتها بشروط استحقاق التعويض. تلك هي (الخطأ- الضرر- العلاقة السببية) ويتمتع كل منها بأهمية لاتقل شأنا عن الاخر. لذا سنتدرج في ذكر ماهيتها تباعاً.

١-الخطأ العقدي

فيقصد به عدم قيام المدين بأداء الالتزامات المترتبة في ذمته طوعا[١]. بمعنى ان الخطأ التعاقدي هو عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً، يستوي في ذلك عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي[٢].

فهو شرط لقيام المسؤولية العقدية وقد سبق أن أشرنا اليه في موضوع الشروط الموضوعية، فقد كان خطأ الإدارة الشرط الموضوعي الذي استهوى انتباه الباحث[٣]. لذا فقد تم توضيح انه ينبغي أن يبلغ خطأ الإدارة درجة من الجسامة بشكل يسوغ فسخ العقد.

فالخطأ التعاقدي يتحقق حتى في الحالة التي يعود فيها عدم التنفيذ الى حادث خارجي، لادخل لادارة المدين به، إذ عدم تحقق المسؤولية العقدية في هذه الحالة لايعود الى انتفاء الخطأ وانما الى تخلف العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وقد صدر عن محكمة النقض المصرية ما يؤكد ذلك ((عدم تنفيذ المدين الالتزام التعاقدي لايعد خطأ في ذاته يترتب المسؤولية التي لايدرؤها عنه الا اذا أثبت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به العلاقة السببية))[٤]

وفي هذا الجانب لابد أن نميز بين نوعين من الالتزامات سبق إن أوضحناها بشيء من التفصيل، وهي إذا كان التزام الإدارة ببذل عناية فتثار مسؤولية الإدارة العقدية في حالة عدم بذل العناية المعتادة. ونعني بالعناية هنا عناية الرجل المعتاد، أما اذا كان التزام الإدارة بتحقيق غاية معينة فتعد الإدارة مقصرة اذا لم تتحقق تلك النتيجة المطلوبة[٥] هذا و يتبع الخطأ التعاقدي في تعيين مداه وتطبيقه ظروف التعاقد وما قد اتفق عليه أطراف العقد[٦].

أما في مجال إثبات الخطأ العقدي، فالاصل أن يكون عبء الاثبات على عاتق المدين، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه على الوجه المرضي، فإن ذلك في حد ذاته يعد خطأ عقديا، وعندئذ لايكلف الدائن بإثبات نسبة الواقعة الى المكلف[٧].

هذا ويجري العمل على اثبات الالتزام بوسيلة والذي يعد امراً عسيراً، اذ لابد من صدور حكم حول سلوك المدين وبعد اجراء موازنة ما فعله المدين وما كان ينبغي ان يفعله. وقد اكدت ذلك التشريعات المدنية. ومنها القانون المدني الفرنسي في م ١١٣٧ ف١، م١١٢ م.م، م ٢١٥ ف١ م. ع ويعد معيار الرجل المعتاد المعيار الموضوعي المعتمد في تحديد الالتزام بوسيلة، ويرد على ذلك استثناءات مصدرها العقد او القانون. اما في الالتزام بنتيجة فيجد الدائن نفسه ملزماً باثبات العقد بينه وبين المدين والالتزام الملقى على عاتق المدين بتحقق النتيجة المطلوبة. وذلك من خلال اقامة الدليل على التعاقد وشروطه وحلول وقت تنفيذ الالتزام واعذار المدين. بمعنى ان الخطأ مفترض في هذه الحالة مع ان هذا الافتراض قابل لاثبات العكس من خلال قيام المدين باثبات قيامه بتنفيذ التزامه او توافر حالة الاستحالة او وجود سبب من اسباب انقضاء الالتزام[٨].

---

(١) قصي سلمان هلال: مصدر سابق، ص٨٢.
(٢) محمد حسنين: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ١٩٨٣، ص١١٧.
(٣) راجع: الباب الثاني الفصل الاول المبحث الثاني المطلب الاول من هذه الرسالة.
(٤) وارد في: حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني: مصدر سابق، ج٩، (الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/١٢م.م.ف س٢٣ ص١٣٦٤)، ص١٥٤.
(٥) حسن حنتوش: محاضرات، غير منشورة، حسن حنتوش: التعويض، ص١٠٣، قصي سلمان: مصدر سابق، ص٨٣، تامر ابراهيم، مصدر سابق، ص٥١٧.
(٦) حسين عامر: الغاء العقد، ص٣٣٩.
(٧) د.عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص٣٧٦.
(٨) نقلا عن: قصي سلمان هلال: مصدر سابق، ص ٥٩. حسين عامر: الغاء العقد، ص٤١٥.

وقد اشار قرار لمحكمة النقض المصرية على مسالة اثبات الخطأ الموجب للمسؤولية العقدية على احد المتعاقدين هو تقدير موضوعي تستقل به محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ما دام استخلاصها سائغاً[١]. اما في مجال العقود الادارية فان المتعاقد لا يكلف باثبات خطا الإدارة فقط وانما يكفي ان يثبت اقامة الدليل على وجود عقد بينه وبين الإدارة وان الالتزام الذي نشا عن ذلك العقد لم تقم الإدارة بتنفيذه مما استتبع الحاق الضرر بالمتعاقد. اذ لن يكون بامكان الإدارة ان تدرأ هذه المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي او خطا المتعاقد اذ يفترض في هذه الحالة وجود الخطأ[٢].

٢- الضرر

من الشروط الاساسية للحكم بتعويض لصالح المتعاقد مع الإدارة اذ لا يكفي للحكم على الإدارة بتعويض المتعاقد معها مجرد وقوع خطا جسيم من جانبها، وانما لابد ان يتبع ذلك الحاق الضرر بالمتعاقد، وخاصة انه قد يترتب على الخطأ اليسير ضرر جسيم او عن الخطا الجسيم ضرر يسيره فالضرر يعرف بانه الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه او في مصلحة مشروعه له سواء كان ذلك الحق ام تلك المصلحة ذات قيمة مالية ام لم تكن [٣]. او هو الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه او مصلحة مشروعه سواء كانت تلك المصلحة ام ذلك الحق متعلقاً بسلامة الجسم ام عواطفه ام بماله او بحرية او شرفه او اعتبارة او غير ذلك[٤].

فالمسؤولية عن التعويض تدور وجوداً وعدماً مع الضرر اذ لا مسؤولية بلا ضرر يصيب المتعاقد مع الإدارة. فاذا لم يستند المتعاقد في اقامة دعواه على الإدارة مطالباً بالتعويض على وجود الضرر، فان ذلك يبرر رد الدعوى، وخاصة ان م ٦ من قانون المرافعات المدنية النافذة اشارت الى انه((يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة. ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشان، ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعي الاجل عند الحكم به، وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى)).

فانعدام الضرر يؤدي الى عدم سماع دعوى التعويض استنادا الى القاعدة (لا دعوى بلا مصلحة) كما واكدت ذلك م ١٧٠ م.ع.. وهذا الضرر يقع عبء اثباته على عاتق الدائن وفقاً للقاعدة العامة (البينة على من ادعى واليمين على من انكر). فالدائن اذ يطالب بتعويضه فهو من يدعي وجود الضرر ولا يفترض وجود الضرر بمجرد اخلال المدين في تنفيذ التزاماته عدا حالة الاتفاق على الشرط الجزائي، اذ يكفي ان يثبت المدين عدم الحاق الاذى بالدائن[٥]. ويقسم الضرر الى ضرر مادي الذي يمثل كل خسارة مالية وهو ما يلحق بصاحب الحق (المتعاقد) او المصلحة ضرر في حقوقه المالية. اما الضرر الادبي فهو مالا يسبب خسارة مالية وهو ما يلحق بالمتعاقد اذى في مركزه الاجتماعي او العاطفي او في شعور ولو لم يسبب اي خسارة مالية. أي حتى ولو لم يفوت عليه منفعة ذات قيمة مالية[٦]. كما وقد اتفقت كلمة الشراح والقضاء في فرنسا ومصر والعراق على تعويض الضرر يستوي في ذلك ان يكون الضرر مادياً او ادبياً. فيما لو توافرت فيه شروط معينة[٧]. وهي كالاتي:

---

(١) وارد في: د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني: مصدر سابق، ج٩ ،ص١٥٢-١٥٣.
(٢) حسين عامر: الغاء العقد، ص٣١٥. قصي سلمان هلال: مصدر سابق، ص٨٤ وما بعدها تامر ابراهيم: مصدر مصدر سابق، ص ٥٩.
(٣) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني / الالتزامات ، ١٩٨٦ ، ص٥٥٢ .
(٤) د. سليمان مرقس: الوافي، ص ١٣٣. علي عبيد عودة: مصدر سابق، ص ٣٠.
(٥) د. عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٤٠٠.
(٦)حسن حنتوش: التعويض، ص ١٢١ وما بعدها علي عبيد عودة: مصدر سابق، ص ٣١. سليمان مرقس: الواقي، الواقي، ص ١٣٧.ت امر ابراهيم: مصدر سابق، ص ٦٠.
(٧)علي عبيد عودة: مصدر سابق، ص ٣١-٣٢ وما بعدها.

أ- أن يكون الضرر مباشراً

ينبغي ان يكون الضرر الذي يعوض في اطار المسؤولية العقدية ضرراً مباشراً. ويعتبر الضرر مباشراً اذا كان نتيجة طبيعية لاخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية. ويكون كذلك اذا لم يكن في وسع متعاقد الإدارة ان يتوقاه ببذل جهد معقول. هذا وقد اشارت الى ذلك المواد (٢٢١ ف ام. م. م ١٦٩ ف م.ع والتقنينات المقابلة لها[١].

فالضرر الذي يعوض في اطار المسؤولية العقدية هو الضرر المباشر المتوقع فقط. مالم تكن الإدارة قد ارتكبت خطأ جسيماً او غشاً في تنفيذ التزاماتها العقدية. فعندئذ تثار مسؤوليتها عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. وقد بينت هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية مشيرة ((المدين في المسؤولية العقدية لا يلزم في غير حالتي الغش والخطا الجسيم الا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة ووقت التعاقد وذلك عملا بالمادة ٢٢١ ف ام. م فالضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي بمعنى انه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات[٢])). كما وقد نصت م١١٥٠ م.ف الى ((ان المدين لا يسال الا عن تعويض الاضرار التي كانت متوقعة او التي كان بالامكان توقعها عند التعاقد متى كان عدم تنفيذ الالتزام لا يرجع الى غش المدين[٣])). وبما ان ان الإدارة في هذا الميدان ينبغي ان تكون قد اخطأت خطا جسيماً كي يتمكن القضاء من الحكم بفسخ العقد. والا فانه سيقتصر على مجرد الحكم بتعويض الاضرار المتوقعة وغير المتوقعة انذاك، مع الاشارة الى ان معيار توقع الضرر معيار موضوعي مجرد، اذ ليس المقصود هو الضرر الذي يتوقعه المدين بالذات او الذي كان باستطاعته ان يتوقعه فعلاً. وانما الضرر الذي كان بالامكان ان يتوقعه الشخص العادي فيما لو وجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين[٤].

اما في العراق فقد ذهب مشرعنا الى ان التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون الا عن الضرر المباشر المتوقع وقت التعاقد . الا اذا كان المدين قد ارتكب غشاً او خطا جسيماً. وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في م ١٦٩ التي سبق الاشارة اليها.

ب- ان يكون الضرر محققاً

يشترط لقيام المسؤولية المدنية في معظم القوانين المدنية ضرورة وجود ضرر على ان يكون هذا الاخير محققا، ويعني انه وقع فعلا Dammage realise اما اذا كان الضرر من المحتمل ان يقع فلا يمكن الكلام عندئذ عن تعويضه. وقد صدر عن محكمة النقص المصرية ما يشير الى ذلك ((يشترط للحكم بتعويض عن الضرر المادي الاخلال بمصلحة مالية للمضرور وان يكون الضرر محققا، بان يقع بالفعل او بان يكون وقوعه في المستقبل محتما))[٥]. والعلة في اشتراط كون الضرر محققا لان الضرر الاحتمالي ضرر لم يقع ولا يوجد من الدلائل ما يؤكد على انه سيقع، وكل ما في الامر انه يتأرجح بين الوقوع والعدم، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا اذ تبلغ من الوهن درجة يعد وهمياً[٦]. وقد اكدت محكمة النقض المصرية ما قيل ((ان الضرر الموجب للتعويض يجب ان يكون محققا بمعنى ان يكون قد وقع او انه سيقع حتما. اما

---

(١) م ٢٢١ ف١ م.م (...ويعتبر الضرر نتيجة طبيعة اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوفاه ببذل جهد معقول)) م ١٦٩ ف٢ م. ع فاذا كان المدين لم يرتكب غشاًاو خطا جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت) م١٨٢ م. جزائري، م ٢٢٢ م. سوري. فالضرر المباشر ما كان نتيجة طبيعية لاخلال المدين في تنفيذ التزامه اما الضرر غير المباشر فهو مالم يكن نتيجة طبيعية لاخلال المدين بتنفيذ التزامه.

(٢) وارد في :د. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني: مصدر سابق، ج٩ ، (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ س ٢١ ص ٥٣٨)، ص ١٥٢.

(٣) وارد في: حسن حنتوش: التعويض، ص١٠٧. تامر ابراهيم: مصدر سابق، ص ٦٢.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٤٠٤.

(٥) د. سليمان مرقس: الوافي، ص ١٣٩

(٦) راجع حسين عامر: المسؤولية، ص ٣٠٦. د. سليمان مرقس: الوافي، ص١٤٠

الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق الا اذا وقع فعلا...))[١] هذا وقد اشترط القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز العراقية ان يكون الضرر المطالب به محققاً ولا يكفي ان يكون محتمل الوقوع. وكذلك اشارت محكمة التمييز الاردنية قائلة: ((ولا يتناول التعويض عن الضرر غير المباشر او الاحتمالي، لأن الضرر الاحتمالي غير مضمون، وبما ان الخبراء قدروا التعويض على الضرر الاحتمالي ايضاً، وقبلت محكمة الاستئناف تقديرهم فتكون قد خالفت القانون مخالفة تستدعي نقض حكمها))[٢]. ولكن قد يكون من الصعب التمييز بين ما يعد ضرراً محققاً، وخاصة اذا كان مستقبلاً وبين ما يعد ضررا احتماليا، ويعد من قبيل تفويت الفرصة[٣].

لم يرد في التشريعات المدنية العربية نص يشير الى تعويض فوات الفرصة، اما في القضاء الفرنسي فقد اخذ بعد تردد طويل بالتعويض عن فوات الفرصة على اعتبار مجرد فوات الفرصة امراً محتملاً بينما تفويتها يعد ضررا محققا. لذا قضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من احكامها بالتعويض عن فوات الفرصة. اما القضاء المصري، فقد منحت له الفرصة لإصدار احكام تقضي بالتعويض عن فوات الفرصة وفي مناسبات متعددة، منها ما ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية ((امتناع الناشر عن طبع المؤلف المتعاقد على طبعه وحبس اصوله عن مؤلفيه عدة سنوات تضيع الفرصة لتسويقه خلال تلك المدة ضرر محقق، ورفض دعوى التعويض باعتبار ان الضرر الاحتمالي خطأ في القانون)). أما الوضع في العراق فقد مر القضاء العراقي بمرحلتين: في الاولى، رفض التعويض عن فوات الفرصة معتبرها ضرراً احتمالياً اما في المرحلة الثانية فقد قضى بالتعويض عن فوات الفرصة معتبرها ضرر محقق[٤].

وتبدو العلة في ذلك ان الكسب الذي يفوت لم يكن سوى مجرد امل غير مؤكد الوقوع[٥].

جـ- يجب ان يصيب الضرر مصلحة شخصية للمتعاقد

هذا الشرط يتطلب ان يكون الضرر قد اصاب المتعاقد شخصيا اذ لا يمكن تعويض المتعاقد عن ضرر اصاب غيره، يعد هذا الشرط من قبيل الشروط الاساسية التي يلتزم القاضي بالتاكد منها قبل الدخول في صلب الدعوى لكونه يمثل المصلحة لرافع الدعوى، مع اننا قد اشرنا الى القاعدة القاضية لا دعوى بلا مصلحة، فهو اذن يمثل مصلحة المتعاقد في رفع دعوى التعويض[٦]. ويعد من الامور الطبيعية لتوجيه الخصومة ويقع على عاتق القاضي التاكد منها[٧]. واشتراط كون الضرر شخصيا لا ينفي امكانية مطالبة الدائن بالتعويض عن ضرر لحق بغيره في الحالة التي يكون فيها الدائن نائبا عنه او خلفا له، كالوارث.

د- ان يصيب الضرر حقا مكتسبا او مصلحة مشروعة

ينبغي ان يلحق الضرر بحق مكتسب المدعي او بمصلحة مشروعة له، فالحق هو الفائدة التي يحميها القانون فالرابطة العقدية، كي تنعت بانها رابطة قانونية ينبغي ان تكون في نطاق القانون والنظام العام والاداب العامة فكل مخالفة لقواعد القانون او النظام العام تعد غير جائزة، ويعد العقد انذاك باطلا ولا يرتب عليه القانون أي اثر[٨]. ويقع على عاتق الدائن المتعاقد ان يثبت الضرر الذي الذي اصابه، طبقا للقاعدة القاضية ((البينة على من ادعى واليمين على من انكر actori in cumbit probatio)) ويتم اثبات الضرر بكل طرق الاثبات بما فيها الكتابة والشهادة والقرائن، اذ يعد

---

(١) وارد في حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني: مصدر سابق، ج٤، طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣، س ١٦ ص ٥٧٠، ص ٦٧٠

(٢) حسن حنتوش: التعويض، ص ١١٢

(٣)د. سليمان مرقس: الوافي، ص ١٤٢. د. عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٤٠٣

(٤)حسن حنتوش: التعويض، ص١١٤، ١١٥

(٥)د. سليمان مرقس: الوافي، ص ١٤٣

(٦)د. سليمان مرقس: المصدر السابق ص ١٥١. حسين عامر : المسؤولية، ص ٣١٤ وما بعدها. تامر ابراهيم، مصدر سابق، ص ٦٣

(٧) حسن حنتوش: التعويض، ص١١٧

(٨)المصدر السابق، ص ١١٩

ذلك من بين الامور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها لكونها واقعة مادية. وقد بينت ذلك محكمة التمييز العراقية اذا كان تاخير تنفيذ المقاولة ينتج بطبيعته ضرراً وان الطاعن لم ينف حصوله وكان تقدير حصول هذا الضرر ومايقابله من تعويض هو من الامور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع))[١]. اما مسألة تحديد الضرر مع بيان عناصره وتكييفه ونوعه وموجباته، فتعد من الامور التي تخضع لرقابة محكمة النقض اذ يلقى على عاتق المتعاقد اثبات الخطأ الصادر عن الإدارة والعلاقة السببية.

٣-العلاقة السببية

من الشروط الجديرة بالدراسة في اطار المسؤولية المدنية مع ان اشتراط توافر العلاقة السببية لم يكن من الشروط التي اثير حولها خلاف في أي صورة من صور المسؤولية بخلاف الوضع لتعريف الخطأ. فمن المعلوم انه لن يكون بامكان القاضي ان يحكم بالتعويض بمجرد وقوع خطأ من جانب الإدارة اضر بحقوق المتعاقد معها، وانما لا بد ان يرتبط هذا الخطا بالضرر برابطة السببية، أي ان يكون الخطأ الصادر عن الإدارة هو السبب في حدوث الضرر، بمعنى ارتباط خطأ الإدارة بالضرر برابطة السببية[٢].

وتعرف بانها ارتباط الخطا بالضرر كارتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول[٣]. لقد اختلفت كلمة الشراح حول مدى ضرورة اشتراط السببية لاستحقاق التعويض، إذا يرى جانب في الفقه عدم ضرورة العمل على دراسة السبب كشرط مستقل عن الخطأ والضرر، مكتفين في ذلك بدراسة مقتضياتها في الخطأ والضرر، وذلك بأشتراط ان يكون الضرر مباشرا، وكون الخطأ منتفيا بتحقق حالة الاستحالة التي يعود اصلها الى الحادث الخارجي والقوة القاهرة، ويلقى على المتعاقد اثبات الرابطة السببية لكونه من يطالب بالتعويض بالرغم من ان رابطة السببية مفترضة فيما لو قام الدائن باثبات الخطأ والضرر اذ يعد ذلك كافياً لافتراض وجود رابطة السببية استنادا للقواعد العامة في عبء الاثبات، اذ من غير الضروري ان نلزم المتعاقد بأقامة الدليل على كافة عناصر الواقعة التي يدعيها، وانما يكفي ان يثبت قسماً منها، وخاصة اذا كان ما اثبته يعد كافيا لافتراض وجود الباقي، مع ان افتراضها امر بسيط يستخلص من قرائن الحال وللادارة ان تنفي تلك القرينة باثبات ان الضرر كان نتيجة فعل المتعاقد او السبب الاجنبي م ٢١٥م. م، م ١١٤٧ م. ف، م ١١٤٨ م. ف، م١٦٨، م.ع[٤].

---

(١) تامر ابراهيم: مصدر سابق، ص ٦٤، حسين عامر: المسؤولية، ص ٣٢٨ وما بعدها
(٢) د. محمود حلمي: القضاء، ص ٢٦٣
(٣) د. حلمي بهجت بدوي: اصول الالتزامات- نظرية العقد، ١٩٤٣، ص ٤٣٥
(٤) د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٤٠٧ وما بعدها، حسين عامر، المسؤولية، ص ٣٣٠، علي عبيد عودة، مصدر سابق، ص ٣٨ وما بعدها

المطلب الثاني

تقدير التعويض وحالات استحقاقه

يستحق من يتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن كافة الاضرار التي تلحق به بعد ان يثبت خطأ الإدارة الجسيم والضرر والعلاقة السببية، وبعد كل ذلك يبقى الموضوع خاضعا لسلطة القاضي التقديرية في تقدير قيمة التعويض، لذا لا بد من تسليط الضوء على الكيفية التي يتم بها تقدير التعويض وحالات استحقاقه.

أولا- تقدير التعويض

لكي يحكم القاضي بتعويض عادل للمتعاقد مع الإدارة يجب ان يضع نصب عينيه قيمة الضرر وقت الحكم بالتعويض لا وقت وقوع الضرر او وقت رفع الدعوى، نظرا لتقلب اسعار السوق، فضلا عن التقلبات الاقتصادية والتي قد تلحق بالدائن ضرراً جسيماً. مع التأكيد على آن مسألة تقدير التعويض تتم بمقدار الضرر الذي لحق بالمتعاقد لابجسامة الخطأ الصادر من جانب الإدارة على حد تعبير الاستاذ الطماوي الذي يعاود فيقول. وينبغي ان يؤخذ دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ ,بحيث اذا كان الخطأ مشتركاً تحمل كل طرف نصيبه منه[١].

هذا وقد حسم القضاء في فرنسا ومصر هذا الخلاف, مشيراً الى ان تقدير التعويض يتم بجسامة الخطأ الى جانب الضرر ولكن ظهر جانب من الفقه الفرنسي رفض الاضرار بهذا الاتجاه[٢].

الا ان موقف القضاء الفرنسي شهد تذبذباً في ناحية تقدير التعويض. فهو من جهة اخذ في تقدير التعويض بيوم وقوع الضرر كأساس صالح لتقدير التعويض ولكنه استقر اخيراً, على ان يتم التقدير بيوم صدور الحكم بالفسخ مع الاخذ بالنظر ما قد يكون المتعاقد قد نفذه من تاريخ رفع الدعوى الى يوم صدور الحكم (حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٥/٧/١٥ في قضية Cne de-Vce-frezensas)[٣].

وقد انتهج القضاء المصري خطى الفرنسي في الاخذ بيوم صدور الحكم م.١٥م.م ((يقدر القاضي في مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لاحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعياً في ذلك الظروف الملابسه فاذ لم يشر له وقت الحكم[٤]أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله ان يحفظ للمضرور بالحق في ان يطلب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير)).

من كل ماتقدم, نرى ان الاصل في تقدير التعويض ان يتم بمقدار الضرر الذي لحق بالمتعاقد, من دون زيادة او نقصان. فاذا كان التعويض المقضي به تزيد قيمة على مقدار الضرر الذي لحق بالمتعاقد فعندئذ يكون الاخير قد اثرى على حساب الإدارة. اما اذا كان التعويض اقل من مقدار الضرر فسيكون في هذه الحالة امام مخالفة لمبادئ العدالة، التي تقضي بأن يكون مقدار التعويض بمقدار الضرر ويبقى للقاضي سلطة تقديرية في تحديد قيمة التعويض الذي يستحقه المتعاقد من دون معقب من محكمة النقض, اذ تمارس المحكمة رقابتها على مدى توافر عناصر التعويض، وليس لها ان تغفل أيا منها والا عد قرارها قابلاً للنقض[٥]. وقد اكدت ذلك محكمة النقض المصرية قائلة ((تقدير التعويض من مسائل الواقع يستقل قاضي الموضوع به حين اقامة قضائه على اسباب

---

(١) طاهر التكمه جي : مصدر سابق، ص٢٠٤.

(٢) اذ يرى اتجاه من الفقه الفرنسي الى ضرورة ان يقتصر دور التعويض على مجرد جبر الضرر بصرف النظر عن جسامة الخطأ اذ يشمل التعويض عندئذ كل الضرر مهما كان الخطأ يسيراً د. اسماعيل غانم: مصدر سابق، ص١١٥.

(٣) طاهر التكمه جي : مصدر سابق، ص٢٥٩.

(٤) تامر ابراهيم، مصدر سابق، ص٦٨.

(٥) اسماعيل غانم: مصدر سابق، ص١١٤-١١٥. حسين عامر: المسؤولية، ص٥٥١.

سائغة تكفي لحمله)). وقد اشارت الى ذلك ايضاً محكمة التمييز العراقية قائلة((ان تقدير الاضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية)) [١].

وقيل ان نختم حديثنا عن تقدير التعويض لايفوتنا ان نذكر ان التعويض العادل ينبغي ان يكون مشتملاً على عنصرين ذوي اهمية بالغة، وهي الخسارة اللاحقة والتي تعني تعويضا كاملا عن في كافة النفقات الفعلية التي تكبدها المتعاقد من تاريخ انتهاء العقد، كنفقات الاستهلاك غير الكامل للمعدات الضرورية لتنفيذ العقد والمصاريف العامة والخاصة[٢]. والكسب الفائت أي المبالغ المعقولة المتوقعة وغير المتوقعة والتي كان يعول عليها المتعاقد بوصفها ربحاً مشروعاً لان فسخ العقد قد تم بسبب خطأ الإدارة. وحول ذلك تباينت مواقف مجلس الدولة الفرنسي من تعويض المتعاقد عن الكسب الفائت ,فمن جانب عوض مجلس الدولة الفرنسي المورد عن كافة الاضرار التي لحقت به, ورفض تعويض الكسب الذي لم يتحقق ومن جانب اخر عمل على تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يغطي كل الاضرار التي لحقت به وعن الكسب الذي فات لمقاول انتزعت منه الإدارة جزءاً من مقاولتها او فسخت العقد. وقد استقر الوضع اخيراً على تعويض المتعاقد عن الكسب الذي فات.

لقد حسم مجلس الدولة المصري هذه المسألة بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يشمل الخسارة و الكسب[٣].

اما المشرع العراقي فقد ترك مسألة تقدير التعويض لسلطة القاضي التقديرية م ٢٠٨م .ع ((اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير)) . ومن خلال استعراض نص هذه المادة, نجد ان مشرعنا لم يعمل على تحديد الفترة الزمنية التي ينبغي آن يتم تقدير التعويض. لذا نرى مثل ما فعل سلفنا من الباحثين في هذا المجال ضرورة العمل على تحديد الفترة التي يتم بها تقدير التعويض على ان تكون تلك المدة هي وقت صدور الحكم, قطعاً لأي خلاف يمكن ان يثور حول هذه المسألة . لأنه لو افترضنا جدلاً أن التعويض يقدر بيوم وقوع الضرر بالمتعاقد فإنَّ هذا يحمل المتعاقد الفرق في قيمة الضرر خلال مدة الدعوى ,وخاصة أن من مصلحة الإدارة اطالة امد النزاع الى اطول مده ممكنة اما اذا قطع هذا النزاع بتقدير التعويض بيوم صدور الحكم ,فإنَّ الإدارة هي وحدها من سيتحمل الفرق في قيمة الضرر خلال مدة الدعوى[٤] وقد صدر عن محكمة التمييز العراقية قرارُ يشير الى مسألة تقدير التعويض((ادعى المدعى بالدعوى المرقمة ٤٥٣ /ب/١٩٩٦ امام محكمة بداءة الكرخ ان المدعى عليه (امين بغداد اضافة لوظيفتة) تعاقد معه بموجب العقد المرقم ٢٦ المؤرخ في ١٩٩٥/٢/١٤ على تنفيذ مشروع الاعمال الكونكريتيه لمشروع محطة ضخ ومبازل الشوملي وعلى ان تكون مدة الانجاز (٥٠) يوماً وان يلتزم المدعى عليه بتجهيز المدعي بحديد التسليح والخياطان الموقعية مع كادر تشغيلها وفق البند ٣ من العقد وقد قام موكله بتنفيذ ٣٧% من اعمال المقاولة في ٩ ايام فقط. وفي ١٩٩٥/٢/١٦ حيث نفدت كمية الحديد المطروحة في موقع العمل. وتعد الفترة اللاحقة في ١٩٩٩/٢/٢٥ فترة توقف العمل حسب الكتاب المرقم ١٨٨/١٢ في ١٩٩٥/٣/١١ الصادر في مشروع محطة ضخ مبازل الشوملي وهي من دوائر المدعى عليه ولغاية ١٩٩٥/٨/١٦ وذلك لصدور قرار من المدعى عليه بالرقم ٤٦٧٦/١١٨ في ١٩٩٥/٨/١٦ بأيقاف العمل وانهاء العلاقة العقدية واجراء الذرعة الكاملة للاعمال وتصفية مستحقات المدعي حيث سبق توجيه كتابين من موكله الى المدعى عليه بهذا المعنى وتمت مطالبتة بتعويضات مالية وعلى ضوء ذلك تم توجيه كتاب من المشروع للمنشأة برقم بلا في ١٩٩٥/١٢/٣ ومرفقة جدول تفصيلي بالضرر الذي لحق بموكله وقيمة كل فقرة للفترة من ١٩٩٥/٢/٢٥ ولغاية ١٩٩٥/٨/١٦ وتقدر (٣٢٥.٧٦٥.١٨٧) مليون دينار و ٢٠٠ فلس. ورغم الانذار المسير اليه من المدعي والمبلغ اليه

---

(١) د. سليمان مرقس: الوافي، ص٥٣٥. حسين عامر: الغاء، ص٣٧٤. تامر ابراهيم: مصدر سابق، ص٦٦.

(٢) د. عبدالعال السناري: مصدر سابق، ص١٠٧-١٠٨. عبدالجبار ناجي: مصدر سابق، ص٤١٧.

De lou baider:- opmcit, p:٨٨١.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري: الوجيز، ص١٠٩، عبدالجبار ناجي: مصدر سابق، ص٤٣٩ ومابعدها.

(٤) د. سليمان مرقس: الوافي، ص٥٥٣.. تامر ابراهيم: مصدر سابق، ص٦٩.

بواسطة كاتب العدل في الكرخ الصباحي بتاريخ ١٩٩٦/٢/٣ فإنَّه ممتنع عن دفع الاضرار ... والحكم عليه بالمبلغ المذكور وتحمل كل النفقات والاضرار والخسائر من جراء التوقف حسب ماورد في كتاب الدائرة التابعة للمدعى عليه والحكم عليه بالمصاريف والاتعاب والاحتفاظ لموكله بالمطالبة ببقية الحقوق الاخرى. وبعد دعوة المدعى عليه للمرافعة اصدرت محكمة البداءة قراراً بالتزام المدعى عليه باداء مبلغ (٧٤.٦٣.٧٣٢) مليون دينار و ٢٠٠فلس ورد الدعوى بالزيادة... ولعدم قناعة المستأنف بالحكم فقد طلب استئنافه واستئناف المدعى عليه ايضاً ولتعلق الطعتين بموضوع واحد فقرر توحيدهما واصدرت محكمة استئناف بغداد بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٣ وعدد ١٣٢/١٣١/س/١٩٩٨ حكما يقضي بفسخ الحكم البدائي تعديلاً والتزام المدعى عليه بتأدية للمدعي مبلغاً قدره (٧.٩٩١.١٥١) مليون دينار عن قيمة الاضرار التي اصابته والنفقات الاضافية والخسائر ورد الدعوى بالزيادة ولعدم اقناعه/ المميز (المدعى عليه) بالحكم فقد طلب تمييزه بلائحته المؤرخة في ٢٠٠٠/٣/١٢. حيث جاء في القرار لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعنين واقعين ضمن المدة القانونية لتعلقهما بدعوى واحدة لذا اقرر توحيدهما وقبولهما شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وانه جاء، اتباعاً لقرار النقض التمييزي الصادر في الدعوى بعدد ٢٩٢٨/٢٩٢٧/م منقول/ ٩٩ في ٩٩/٩/١١ للاسباب الوارد في القرار التمييزي قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن وتحميل المميزين رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٠/٩/٧))[١].

ثانياً: حالات استحقاق التعويض

سبق ان اشرنا الى ان متعاقد الإدارة يستحق تعويضاً عادلاً جراء ما اصابه من ضرر نتيجة اخطاء الإدارة الجسيمة, ولعل اهم تلك الحالات التي يتجلى فيها حق المتعاقد في الحصول على تعويض هي:-

١- خطأ الإدارة الجسيم:- من اولى الشروط الموضوعية لطلب فسخ العقد الاداري بتدخل القضاء ضرورة صدور خطأ من جانب الإدارة يبلغ حداً من الجسامة, بشكل يسوغ فسخ العقد ويلحق بحكم الفسخ تعويض المتعاقد طبقاً للقواعد العامة[٢].

وذلك بسبب عدم قيام الإدارة بتنفيذ الالتزامات التي يلقيها العقد على عاتقها مثل عدم قيامها بتقديم التسهيلات المالية التي التزمت بها لصالح المتعاقد معها ,كي يتمكن من البدء في عملية تنفيذ الاشغال العامه، او التأخر في تسليم رسائل التوريد التي يرسلها المورد في عقود التوريد لمدة غير منطقية. اذ في كل هذه الحالات وغيرها تثار مسؤولية الإدارة عن عدم اداء التزاماتها المتولدة عن العقد.

فعدم قيام الإدارة بتسليم المتعاقد موقع العمل من شأنه ان يؤدي الى ايقاف العمل لمدة طويلة تجاوز القدر المألوف. وقد قضت المحكمة الادارية العليا في مصر ((يحق مساءلة الإدارة عن تعويض مرده الى الخطأ في تنفيذ الالتزام العقدي الذي تم ابرامه... وكان هذا الخطأ يتمثل في تأخير الإدارة بتسليم موقع العمل الى المقاول)) [٣].

أما إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد ناتجا عن خطأ اشتركت بهِ الإدارة والمتعاقد معها, فللقاضي آنذاك ان يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض[٤]

ويقدر القاضي قيمة التعويض في حالة الخطأ المشترك وفقاً لحكم المادتين(١٦٩-٢١٦ م.م)

وقد قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بالتعويض على الإدارة التي انهت عقد التوريد مع احد متعاقديها نتيجة الخطأ قائلة ((الضرر الذي حاق بالمتعاقد من جراء تصرف المؤسسة المدعى عليها على اساس مافات المدعي من فرصة كسب سريع بالقدر الموازي لما قامَ بهِ من

---

(١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم الاضبارة (٦٩٦/٦٩٥/م١ منقول/٢٠٠٠) تسلسل ١٥٥/١٥٤. غير منشور

(٢) د. سليمان الطماوي: الوجيز، ص٥٩٧. د.سامي جمال الدين: اصول، ص٧٦٢. عمر فؤاد بركات: مصدر سابق، ص٥٥٨.

(٣) د.سامي جمال الدين: اصول،ص٧٦٢.

(٤) د.عبد الغني بسيوني:القانون،ص٢٩٠

مجهودٍ لتحقيق ذلك الكسب في كميةٍ من الاخشاب كان سيوردها إلى المؤسسة المدعى عليها .....))[١]

كما وأكدت المحكمة الاداريه العليا المصرية في قرارها ((...ويكون حق المتعاقد في التعويض قاصراً على تغطية الزيادة في الاسعار السوقية الجارية فعلا بين يوم عدم التنفيذ الاول الذى تأجل ويوم التنفيذ الفعلي للعقد أذ بين هذين الحدين تمثل الضرر المباشر الناتج عن تأخير جهة الإدارة في تسليم موقع العمل ...))[٢].

٢- قيام متعاقد الاداره من تلقاء نفسه وبدون طلب من جانب الاداره بمباشرة وتنفيذ اعمال غير منصوص عليها اصلا في العقد او بتأدية خدمات غير مطلوبة. الاانها تعود بفائدة على الإدارة والمرفق .ومن هذا حكم مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعاقد في المطالبة بتعويضات عادله على اساس فكرة الاثراء بلا سبب[٣].

٣-قد يصادف المتعاقد وخاصه في عقود الاشغال العامة صعوبات ذات طبيعة مادية غير متوقعه وقت ابرام العقد .كشريط مائي والتى قد يظهر اثناء تنفيذ العمل في المشروع يتطلب تجفيفها مبالغ طائلة اوطبقات صخرية تتطلب لإزالتها مواد ومكائن معينه مما يؤدى الى صعوبة الاستمرار في تنفيذ العمل. وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد تعويضاً عن الخسائر التي لحقت به. وهذا التعويض يكون على اساس التعويض عن الصعوبات غير المتوقعة اما لو كان المتعاقد يتوقع مثل هذه الأمور وقت التعاقد فلا يستحق أي تعويض فالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة يقوم على أساس نية الطرفين المشتركة اذ السعر المتفق عليه وقت التعاقد انما وجه الى هدف وهو مواجهة تنفيذ العقد في الظروف العادية، أما الصعوبات غير المتوقعة فأنها لم تخطر في بال أي من الطرفين. فيقتضي في هذه الحالة انهما قصدا ان يتم تقدير هذا التعويض بطريقة خاصة. لذا فأن التعويض في مثل هذه الظروف يكون كاملاً. وعندئذ تشترك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الامير. اذ يستحق المتعاقد ايضاً تعويضاً كاملاً عن فعل الإدارة عن كل الخسارة التي تحملها والكسب الفائت[٤].

---

(١) وارد في:طاهر التكمه جي: مصدر سابق،ص٢٠٥ وما بعدها

(٢) وارد في: المصدر السابق، ص٢٠٦.

(٣) د.عبد الغني بسيوني: القانون، ص٢٩٠. د.سليمان الطماوي:الوجيز، ص٥٩٧. د.سامي جمال الدين:اصول، ص٧٦٢. د.عبد العزيز شيحا:مصدر سابق، ص٤٧٩.

(٤) د.منير الوتري: مصدر سابق، ص٢٠٣-٢٠٤.د.عبد العزيز شيحا، مصدر سابق، ص٤٧٩. د.عبد الغني بسيوني:القانون، ص٢٩١.