المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

مسؤولية الإدارة المتعاقدة الناشئة عن فسخ العقد الإداري

(دراسة تحليلة مقارنة)

زانا جلال سعيد[1]، روقيه عثمان فارس [2]

قسم القانون، كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، العراق[1،2]
قسم القانون، كلية القانون، جامعة جيهان - السليمانية، السليمانية، العراق[1]
Email: zana.jalal@sulicihan.edu.krd[1], ruqeya-77@yahoo.com[2]

الملخص:

إن العقود الإدارية بشكل عام تنتهي بطرق مختلفة، فقد تكون النهاية طبيعية (عادية)، كما هو الحال في العقود في ظل القانون الخاص، سواء بانقضاء العقد بتنفيذ التزامات العقد أو بانتهاء المدة المحددة له، إضافة إلى ذلك من الجائز أن ينقضي العقد الإداري بصورة غير طبيعية، سواء كان بإتفاق الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها)، أو بقوة القانون، أو عن طريق القضاء، أو من جانب جهة الإدارة بإرادتها المنفردة، ففي مثل هذا الحال فإن مسؤولية الإدارة جراء هذا العمل الإنفرادي تكون مختلفة فيما إذا جاء الإنهاء من دون خطأ الإدارة ، أما مسؤولية الإدارة المترتبة عن إنهاء العقد الإداري في حالة إنهاء العقد وفقا لمقتضيات المصلحة العامة و المرافق العامة دون أن يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، فالإدارة مسؤولة فقط عن تعويض عادل للمتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من هذا الإجراء، لأن الإدارة هي الجهة المسؤولة عن سير المرفق العام بانتظام، و تترتب عليها المسؤولية التعاقدية تجاه المتعاقد معها في حالة فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد، إذا لم تراعي الإدارة الضوابط و الإجراءات السابقة قبل فسخ عقودها التي حددها القانون لذلك، أو إذا تعسفت في استعمال سلطتها عند إنهاء العقد.

پوختە :

بە شێوەیەکی گشتی گرێبەستی کارگێڕییەکان بە چەند شێوازێک کۆتایی پێ ئەهێنرێت، کۆتاییەکە سروشتی بێ پێ دەڵێن (ئاسایی) وەک ئەو گرێبەستانەی کە لە یاسای تایبەتەوە ئەیانبینین جا چ بە جێ بەجێ کردنی ئەرکەکانی گرێبەستەکە بێت، یان بە تەواو بوونی ماوە دیاریکراوەکەی، سەرباری ئەوەش دروستە گرێبەستە کارگێڕییەکە بە شێوازێکی نائاسایی کۆتایی پێ بهێنرێت، جا چ بە ڕێکەوتنی هەردوولا (کارگێڕی و گرێبەست لەگەڵکراو)، یان بە هێزی یاسا، یان لە ڕێگەی یاساوە، یان لەلایەن ئیدارە خۆی بە خواست تەنهایی خۆی.

پێویستی بزانرێ کە لێپرسراوێتی کارگێڕی کە بە تەواوکردنی گرێبەستەکە جیاوازە لە باروودۆخی کۆتایی پێهێنانی گرێبەستەکە بەگوێرەی پێویستییەکانی بەرژەوەندی گشتی ودام ودەزگا گشتییەکان ئەگەر گرێبەست لەگەڵکراو هیچ هەڵەیەکی نەکردبێ، کارگێڕی تەنها لێپرسراوە لە قەرەبوو کردنەوەیەکی دادپەروەرانە بۆ گرێبەست لەگەڵکراو بەرامبەر بەو زیانانەکە پێ گەیشتووە لە ئەنجامی ئەو ڕێکارەی کە لەگەڵیدا بەکار هێنراوە.

چونکە کارگێڕی ئەو لایەنە بەرپرسیە لە بەڕێوەبردنی دام و دەزگاکان بە ڕێک وپێکی، بەرپرسارێتی گرێبەست کردنی لێ پەیدا ئەبێت بەرامبەر گرێبەست لەگەڵکراو لەکاتی هەڵوەشاندنەوەی گرێبەستەکە، بەهۆی هەڵەی گرێبەستکار ئەگەر پێوەر و ڕێکارە پێشووەکانی لەبەر چاوو نەگرتبێ پێش هەڵوەشاندنەوەی گرێبەستەکە، یان ئەگەر دەسەڵاتی خۆی بەزۆرە ملێ بەکار هێنا لە کاتی کۆتایی پێکهێنانی گرێبەستەکە .

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

Abstract:

The Administrative Contracts in General ends in different ways, it may be a Natural (normal) end, as in contracts under private law, weather by ending the contract by carrying out liabilities of the contract or by ending specified period for it, in addition the administrative contract may end in a unnatural way, whether by the agreement of both parties (the Administration and the contractor together), or by law force, or by judiciary or even by individual Management will, in this case, the responsibility of Administration as a result of this individual act will be different if it comes without the Administrative mistake, but the administration concerning the ending of the Administrative Contract differs in case of ending the Contract in accordance to the requirements of the General Benefit and public utilities without any mistakes done by the contractor, the Administration is only responsible for a fair compensation of the damages caused as a result of this action, because the Administration is a responsible for the regular operation of the Public facility, it should have the contractual responsibility towards the contractor, in case of termination of the contract due to an error made by the contractor, if the administration does not observe the previous controls and procedures before canceling its contracts specified by the law, or if it has abused its authority upon termination of the contract.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

إنَّ سلطة إنهاء العقد الإداري من أخطر سلطات الإدارة التي تمارسها في نطاق العقود الإدارية، ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لذلك فإنهاء العقد يؤدي إلى إنقضاء العلاقة العقدية بين أطراف العقد(جهة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها)، وكذلك يؤدي إلى إستبعاد المتعاقد مع الإدارة بصورة نهائية من محل العقد وتنفيذه، على الرغم من أنَّ للإدارة سلطة إنهاء العقود الإدارية من تلقاء نفسها في أي وقت، رأت أنَّ إستمرار العقد لا فائدة فيه للمصلحة العامة ومصلحة المرفق ذاته، وينبغي على الإدارة عند إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة من أجل المصلحة العامة أن تراعي حقوق المتعاقد معها، وفي هذه الحالة تترتب على الإدارة مسؤولية غير التعاقدية بدون خطأ المتعاقد، والإدارة مسؤولة عن تعويض عادل للمتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به من هذا الإنهاء، وفي حالة إنهاء العقد بسبب إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي فلا يستحق أي تعويض لأنَّ المخالفة العقدية من قبل المتعاقد قد تكون سببا لهذا الإنهاء.

عند إنهاء العقد الإداري بسبب خطأ المتعاقد، فعلى الإدارة أن تلتزم بمجموعة من الإجراءات الضرورية المسبقة، والمهمة جداً بالنسبة للمتعاقد معها قبل إنهاء عقودها، كتسبيب قرار إنهاء العقد، أو التزامها بإنذار المتعاقد معها، أو التأكد من الأخطاء والمخالفات التي يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري التي تستند إليها الإدارة عند إنهاء عقودها، وخلافا لذلك تترتب عليها المسؤولية التعاقدية، وفي مقابل ذلك للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء لإقامة دعوى المسؤولية على الإدارة لتعسف سلطتها أو عدم التزامها بالقانون أو ببنود العقد، فمسؤولية الإدارة المتعاقدة الناشئة عن فسخ العقد الإداري: تنشأ عن إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية، أو إخلالها بالضوابط والإجراءات قبل فسخ العقود التي حددها القانون لذلك.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

ثانياً: أهمية البحث

تحدد اهمية الدراسة كالآتي:

إنَّ موضوع العقود الإدارية يحضى بأهمية كبيرة ، لاسيما في العراق، وذلك مقارنةً بدول أخرى كفرنسا ومصر، وخاصة في فرنسا التي يعد المهد الأول لنظرية العقود الإدارية من جانب، ومن جانب آخر فإنَّ تلك المنازعات التي تنشأ من العقود الإدارية سواء في مرحلة التنفيذ أو الإنهاء الخاضعة لاختصاص القضاء العادي(محكمة البداءة)، تُطبِق عليها أحكام القانون المدني وقواعده، وسبب ذلك هو أن اختصاصات المحكمة الإدارية مُحَددة على سبيل الحصر بالنصوص القانونية وأُستُثنيت منها منازعات العقود الإدارية، فلذلك كنتُ أعتقد أنه من المهم أن أُجريَ بحثي في هذا الموضوع.

ثالثاً: أهداف البحث

تسعى الدراسة إلى تحقيق الأهداف الرئيسة الآتية:

1. تحديد حالات إنهاء العقود الإدارية بإرادة الإدارة المنفردة، سواء كان من أجل المصلحة العامة ودون أن يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، أم عن طريق فرض الجزاءات على المتعاقد، أم بسبب تغير المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة .
2. تحديد مسؤولية الإدارة المترتبة عن إنهاء العقد الإداري، سواء كان إنهاء العقد من أجل مقتضيات المصلحة العامة، أو بناءً على جزاء المتعاقد معها.
3. بيان دور الاعتبارات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة في إنهاء العقود الإدارية.
4. دراسة الجزاءات التي قد تكون سبباً لإنهاء العقود الإدارية أو فسخها.
5. نوضح حالات إنهاء العقود الإدارية عن طريق القضاء.

رابعاً: إشكالية البحث

تتجسد إشكالية الدراسة في الأسئلة الآتية:

في إشكالية بحثنا سنعرض الإجابة عن كل من الأسئلة الآتية : هل تترتب على الإدارة المسؤولية التعاقدية عند إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ؟ أو يمكن استخدام سلطتها من أجل المصلحة العامة المتمثلة بإنتظام سير المرافق العامة ؟ وتحديد نوع مسؤولية الإدارة المتعاقدة في حالة إنهاء العقد الإداري بناء على جزاء المتعاقد معها؟

خامساً: نطاق البحث

من خلال موضوع بحثنا (مسؤولية الإدارة المتعاقدة الناشئة عن فسخ العقد الإداري) نؤكد على قرارات محكمة التمييز العراقية، من دون أن نتطرق إلى أحكام القضاء الإداري، ومن خلال البحث في قانون شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق، وقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية رقم(128)، لسنة 2018، مع الإشارة إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي وبعض تشريعاته.

سادساً: منهجية البحث

إنَّ المنهج المتبع في دراستنا هو المنهج التحليلي والمقارن، وقد اعتمدت في منهجي على تحليل النصوص القانونية الخاصة بالموضوع، سواء كان في القانون العراقي أو المقارن، ونحاول مقارنة موضوع الدراسة في كل من فرنسا ومصر والعراق.

سابعاً: هيكلية البحث

تنقسم الدراسة في الموضوع إلى مبحثين، نوضح في المبحث الأول مسؤولية الإدارة عن الفسخ الوجوبي للعقد الإداري بواسطة تقسيمها إلى مطلبين مستقلين، في المطلب الأول نتحدث عن حالة وفاة المتعاقد إذا كانت شخصيته محل إعتبار، ونتناول في المطلب الثاني حالة إفلاس المتعاقد، وفي المبحث الثاني نتطرق إلى مسؤولية الإدارة عن الفسخ الإختياري للعقد الإداري، بواسطة تقسيمها إلى ثلاثة مطالب: ففي المطلب الأول بينا إنهاء العقد الإداري عن طريق الارادة المنفردة للإدارة ، وفي المطلب الثاني تطرقنا إلى

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الإنهاء الجزائي للعقد الإداري من قبل الإدارة المتعاقدة، وفي المطلب الأخير نتحدث عن إنهاء العقد الإداري عن طريق القضاء (الفسخ القضائي).

المبحث الأول

مسؤولية الإدارة عن الفسخ الوجوبي للعقد الإداري

إن القانون الإداري يرتب على عاتق الإدارة مسؤولية كاملة عن حسن سير المرافق العامة بإنتظام، ولضمان هذا المرفق العام تلجأ الإدارة إلى إبرام العقود الإدارية اللازمة التي يضمن فيها تقديم أفضل الخدمات للجمهور من خلال المرفق العام، أما إذا رأت الإدارة في أثناء تسييرها للمرفق العام عدم جدوى الاستمرار في تسيير هذا المرفق لكونه غير مفيد لجمهور المنتفعين وغير ملائم مع احتياجات المرفق العام فتلجأ إلى إنهاء العقد الإداري، بإعتباره جهة الإدارة المتعاقدة المسؤولة عن حسن سيره[1] .

علما إن صلاحية الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لاتظهر في حالة واحدة، بل هناك عدد من الحالات واسباب يمكن للإدارة الأستناد إليها لإنهاء العقود الإدارية وفي هذه الدراسة نشير إلى حالتين هما : وفاة المتعاقد وإفلاسه، لذا سوف نخصص مطلبين ندرس فيها ما أشير إليه من الحالات:-

المطلب الأول: حالة وفاة المتعاقد

إن فكرة الإعتبار الشخصي للمتعاقد له دور مهم في كافة العقود الإدارية سواء كان في مرحلة إبرامه أم في مرحلة تنفيذه ، لذلك على الإدارة أن تراعي في بداية تعاقدها مع المتعاقد معها ضرورة أن يتوفر في المتعاقد عدد من الصفات المعينة التي تحتاجها عند تنفيذ العقد، ومن هذه الصفات على سبيل المثال (شخصية المتعاقد وكفاءته المالية)، لأنه في أثناء تنفيذ العقد قد كطرأ تغييرات أو ظروف على قدرة المتعاقد مع الإدارة التي تؤثر في التنفيذ الشخصي للعقد الإداري[2]، ومن أمثلة الظروف التي تطرأ على المتعاقد خلال مرحلة التنفيذ[3]، وفاة المتعاقد، أو إفلاسه، أو إعساره.

ومن هذا المنطلق إذا كانت شخصية المتعاقد محلاً للإعتبار لدى الإدارة، فهل تستطيع الإدارة الإستمرار في الرابطة العقدية مع حدوث تلك الظروف أو التغييرات أو تنتهي الرابطة العقدية؟ وهل تقع المسؤولية على عاتقها إذا قامت بفسخ عقودها بسبب تلك الظروف ؟ [4]، للإجابة عن هذا السوأل نتعرض لتأثير الظروف المتعاقدة مع الإدارة في الرابطة العقدية هذا وعلى النحو الآتي:-

إذا توفي المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد، فللإدارة أن ترجع إلى شروط العقد أو إلى دفتر الشروط أو التعليمات الخاصة بها لتنظيم هذه الآثار التي تترتب عن هذه الواقعة، أما إذا لم ينص في العقد أو في دفتر الشروط على هذا الخصوص، ففي هذه الحالة لجهة الإدارة المتعاقدة عدة خيارات هي:

1- يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة فسخ العقد مع رد التأمين للمتعاقد معها.
2- يمكن للإدارة أن تسمح لورثة المتعاقد معها بالإستمرار في تنفيذ العقد، بشرط أن تعين عنها وكيلاً بتوكيل مصدق، أما إذا لم توافق الورثة على استمرارية تنفيذ العقد، فتكتب لجهة الإدارة تقريراً مفصلاً عن عدم تنفيذ العقد وطلبه التأمين.

---

(1) ينظر: نصرالدين مصطفى محمد،سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة التحدي، الظروف الطارئة، بحث ليبيا، 2008، ص98. وينظر كذلك: محمد عبدالكريم يوسف، مفاهيم تنفيذ العقود في سورية بين الإدارة ونظرية الأمير ونظرية المنشور في الموقع الالكتروني الآتي: www.ahewar.org في تاريخ زيارة 2019/7/5، ص4.
(2) ينظر: د. إبراهيم محمد على، أثار العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دارالنهضة العربية للنشر، القاهرة، 2003، ص368.
(3)هناك بعض الإعتبارات الشخصية الأخرى التي يكون لها دور مهم في تنفيذ العقد الإداري بدقة وأمانة على نحو تحقق المصلحة العامة على أكمل وجه، وما يتعلق بشخصية المتعاقد مع الإدارة هو أولاً: القدرة الفنية التي تشمل مؤهلاته وخبرته وقدراته الفنية الإدارية والتقنية العالية، وثانياً: حسن السمعة وهذا ما ينصب على خُلقُ المتعاقد وسمعته، وخاصة فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته من دون مماطلته، مع اعتبار جنسية المتعاقد بالنسبة لبعض العقود الإدارية التي تتصل بأمن وسلامة الدولة، كعقود التوريد الحربية التي تتصل بمرفق الدفاع الوطني. للتفصيل راجع: د طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها،" دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص340،341.
(4) ينظر: د. عبدالعليم عبدالمجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص154،155.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

3- إذا كان العقد المبرم بين (الإدارة والمتعاقد معها) مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، ففي هذه الحالة للإدارة أن تنهي العقد مع رد التأمين أو تطالب باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد[5] .

ويختلف أثر وضع وفاة المتعاقد مع الإدارة على الرابطة العقدية في فرنسا أو في مصر أو في العراق، فمجلس الدولة الفرنسي في حالة وفاة المتعاقد يرجع إلى شروط العقد أو إلى دفتر الشروط العامة، لتطبيق الأحكام اللازمة بهذا الموضوع لإستمرار أو إنقضاء الرابطة العقدية، حيث إنَّ دفتر الشروط لايلتزم بحل موحد بالنسبة لكافة العقود الإدارية وإنما يختلف بإختلاف العقود الإدارية، ففي عقود الأشغال العامة بموجب المادة(37) من دفتر الشروط العامة الفرنسي في حالة وفاة المقاول فإن العقد يعد مفسوخاً بقوة القانون، أما بالنسبة لعقود التوريد بموجب المادة(62) من دفتر الشروط فإن لورثته أن تستمر في تنفيذ العقد أو فسخ العقد بناءً على طلبه الذي يقدمه لجهة الإدارة[6]، أما ما يخص عقد الالتزام بالمرافق العامة الشخصية الملتزم بها فهو عنصر جوهري في تنفيذ العقد، وكذلك شخصية المقاول أيضاً في عقود الأشغال العامة تكون محل الإعتبار بدرجة كبيرة من ناحية كفاءة المقاول الفنية إذ بمجرد وفاة المتعاقد يفسخ العقد بقوة القانون بدون تعويض، أما في عقد التوريد فلا تكون شخصية المتعاقد معها بنفس درجة الإعتبار الشخصي كما هو الحال في عقود الأشغال العامة والمرافق العامة، لأن ذلك ينص على جواز استمرار الورثة في تنفيذ العقد بعد وفاة المتعاقد، بشرط كونهم يتمتعون بنفس كفاءة المتعاقد المتوفى[7].

أما في مصر، فإن المشرع المصري حسم هذا الموضوع في المادة (52) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (128) لسنة 2018، فذهب إلى أنه " إذا توفي المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها طلبات قبل وفاة المتعاقد أو السماح للورثة بالإستمرار في تنفيذ العقد، وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالإستمرار في تنفيذه"[8].

أما في العراق فإن شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، لم تنظم هذا الوضع، وهي خالية من النص على وفاة المتعاقد، ففي مثل هذه الحالة يجب أن تطبق الفقرة 1/ المادة 888 من القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة 1951، أي أن وفاة المقاول تؤدي إلى إنهاء عقد المقاولة، وتشير إلى ذلك الفقرة (1/ المادة 888)، التي جاء فيها " تنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد... وإذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل"[9]. أما إذا كانت شخصية المتعاقد محل إعتبار لدى الإدارة فان هذا العقد ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون[10]

ويبدو لنا أنَّ حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري تعد ظرفاً خارجاً عن إرادة المتعاقد، والإدارة لها السلطة التقديرية في إنهاء العقد بين خيارين سواء في السماح بإستمرار ورثته في تنفيذ العقد أم بفسخ العقد، أما إذا امتنعت الإدارة عن استمرار الورثة في تنفيذ العقد مع توفر ضمانات كافية لحسن التنفيذ بقصد الإتفاق مع شخص آخر لتنفيذ العقد، فإن تصرفها غير مشروع ويؤدي إلى مسؤوليتها التعاقدية، وللورثة اللجوء إلى القضاء لطلب تعويض عن الأضرار التي تلحق بها.

ويتضح لنا أن المشرع العراقي لم ينظم حالة وفاة المتعاقد في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، خلافا لما هو الحال في فرنسا ومصر، حيث نظمت هذه الحالة وورد نص عليها صراحة في دفتر الشروط العامة الفرنسي وقانون تنظيم المزايدات والمناقصات المصري.

(5) ينظر: عبدلي حمزة، آثار العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة بسكرة، الجزائر، 2015، ص61.
(6) ينظر: د. عبدالعليم عبدالمجيد مشرف، مرجع سابق، ص157.
(7) ينظر: د. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 370.
(8) ينظر كذلك: د. عبدالعليم عبدالمجيد مشرف، مرجع سابق، ص161. وينظر كذلك : تنص المادة (52) في القانون أعلاه رقم (128) لسنة (2018).

(9) ينظر: د. رفاه كريم زورقي كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، جامعة بابل، العدد3، 2016، ص609. وينظر كذلك: نص المادة (888) من القانون المدني العراقي رقم 41 لسن 1950 المعدل
(10) ينظر: د. رفاه كريم زورقي كريل، مرجع سابق أعلاه، ص 610.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المطلب الثاني: إفلاس المتعاقد

يقصد بالافلاس أو الاعسار: الحالة التي يصبح فيها المتعاقد غير قادر على الاضطلاع بأعباء العقد المالي، لفقده مصدر التمويل اللازم لتنفيذ العقد، ففي هذه الحالة على الإدارة المتعاقدة إنهاء العقد ويسمى بـــ (الفسخ الوجوبي)، بخلاف حالة وفاة المتعاقد التي تكون فسخاً جوازياً [11]، فمسألة إشهار إفلاس المتعاقد لايكون إلا بموجب الحكم القضائي، بالتصفية أو التسوية القضائية أو توقف المتعاقد عن نشاطه[12] ومجلس الدولة الفرنسي في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره مع الإدارة، يرجع إلى شروط العقد ويعمل بتلك الشروط، أما إذا لم يوجد فيها حلٌ فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لايؤدي الافلاس أو الإعسار إلى إنهاء العقد، وإنما للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك[13]، أما في مصر فقد حسمت هذه الحالة من قبل المشرع المصري، في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم(128) لسنة 2018، فقد نصت المادة (50/ الفقرة 3)، انَّ للإدارة أن تفسخ العقد تلقائياً في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره ، ففي هذا النص يتضح أن المشرع المصري لم يمنح الإدارة السلطة التقديرية في فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، بل جعل الفسخ وجوبياً في هذه الحالة[14] .

وفي العراق فإن إفلاس المقاول أو إعساره، يعدُ سببا من أسباب سحب العمل من المقاول، وأكد المشرع العـــــراقي ذلك في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية من المادة (1/65/أ)، وفي إقليم كوردستان أكدت وزارة التخطيط ذلك، في وثائق المناقصة القياسية لتنفيذ الأشغال التي صدرت في حزيران 2016، فقد جاء في المادة(1/64/أ) أنَّ على "(صاحب العمل) بعد إعطاء(المقاول) إنذاراً أو إشعاراً تحريرياً لمدة أربعة عشر يوماً أن يسحب العمل ويضع اليد على(الموقع) و(الأعمال) ويخرج (المقاول) منها في حالة: إذا أفلس (المقاول) او اشهر إعساره(15).

ونرى: أن الاعتبارات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة مادام لها دور مهم وضروري في تنفيذ العقد الإداري، فعلى الإدارة في بداية عملية إبرام العقد، التأكد من القدرات اللازمة للمتعاقد معها لتنفيذ العقد، من أجل المحافظة على سير المرفق العام بإنتظام وتحقيقاً للمصلحة العامة، وبخلاف ذلك فإذا لم تتوفر القدرات المالية او الشخصية التي يحتاج إليها لتنفيذ العقد، فإنَّ ذلك سيؤدي إلى تأثيرات سلبية في حسن سير المرفق العام محل العقد، ويلحق الضرر بالمصلحة العامة والحاجات للمواطنين، فالاعتبار الشخصي ليس الهدف وإنما هو وسيلة بيد جهة الإدارة المتعاقدة لضمان حسن التنفيذ على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق.

وبعد عرض هذه الأحكام التي تحكم على حالة إفلاس المتعاقد، يتضح لنا أنه إذا خالفت الإدارة هذه الأحكام بقيامها بفسخ العقد بمجرد وقوع العجز المالي في الكفاءة المالية للمتعاقد، من دون أي سند قانوني فسيكون دليلاً على ذلك، وفي هذه الحالة تقع على الإدارة المسؤولية التعاقدية، ويجب أن يعوض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به عن هذا الفسخ.

وبالنسبة لوضع إفلاس المتعاقد وإعساره وتأثيره في إنهاء العقد، فنحن نؤيد تنظيم المشرع العراقي والمصري حول هذا الموضوع في القوانين واللوائح التنظيمية، حيث يسمح لـــ (صاحب العمل)،أي الإدارة بسلطة وجوبية في إنهاء العقد في حالة افلاس المتعاقد أو إعساره، وبخلاف ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي حيث يسمح للإدارة بسلطة جوازية في فسخ العقد، لأن المركز المالي للمتعاقد موضوع مهم جداً له أثر كبير في إتمام عملية التعاقد، لإن الإفلاس معناه أنَّ المركز المالي للمتعاقد غير قادر على تنفيذ العقد.

(11) ينظر: د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام. التنفيذ. المنازعات، الإبرام، تنفيذ، المنازعات، دار الكتب القانونية، مصر،2005، ص295،294.
(12) ينظر: عبدلى حمزة، مرجع سابق، ص62.
(13) ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس، مصر، 1991، ص450. وينظركذلك: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27 مارس سنة 1902 في قضية (Chambon)، وفي 18 أبريل سنة 1917 في قضية(Labat).
(14) ينظر: د. رفاه كريم زورقي كريل، مرجع سابق، ص611. وينظر كذلك: د. عبدالعليم عبدالمجيد مشرف، مرجع سابق، ص171،172؛ وينظر كذلك نصت المادة(3/50) من القانون أعلاه.
(15) نصت المادة (65/ فقرة 1/أ) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق في وزارة التخطيط، وينظر كذلك: نص المادة 1/64/أ الباب الخامس: سحب العمل، من وثائق المناقصة القياسية لتنفيذ الأشغال 2016 في إقليم كورستان.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الثاني

مسؤولية الإدارة عن الفسخ الإختياري للعقد الإداري

إنَّ المقصود بسلطة إنهاء العقد: هو قيام جهة الإدارة المتعاقدة بوضع نهاية للعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين المتعاقد معها قبل إنتهاء المدة المحددة لتنفيذ الالتزام في العقد، ويسمى هذا بـــ (بالإنهاء الإنفرادي) للإدارة [16].

ويعد إنهاء العقد الإداري من جانب الإدارة من أجل المصلحة العامة دون وقوع أي خطأ من جانب المتعاقد معها، إمتيازاً إستثنائياً للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وفي مقابل ذلك فإن تعويض المتعاقد، أثر مهم مترتب على ممارسة الإدارة لهذه السلطة، بشرط أن يكون الضرر الذي لحق بالمتعاقد نتيجة هذا الإجراء، وفي حالة إنهاء العقد من جانب الإدارة يحرم المتعاقد معها من المزايا المالية ولا يستطيع أن يستهلك رؤوس الأموال التي استثمرها في تنفيذ العقد[17]، لذلك السبب ولكي لا يتحمل المتعاقد الأعباء المالية المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد، تتحقق المسؤولية التعاقدية دون وقوع الخطأ على عاتق الإدارة، فيستحق المتعاقد تعويضاً عادلاً[18].

ونحاول تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول نتحدث عن إنهاء العقد الإداري عن طريق الإرادة المنفردة للإدارة، أما في المطلب الثاني فنوضح الإنهاء الجزائي للعقد الإداري من قبل الإدارة المتعاقدة ، وفي المطلب الأخير نتناول إنهاء العقد عن طريق القضاء (الفسخ القضائي)، على الشكل الآتي:

المطلب الأول: إنهاء العقد عن طريق الإرادة المنفردة للإدارة

إن الإدارة لها حق إنهاء العقود الإدارية لا في الحالة التي أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، بل لها سلطة الانهاء بإرادتها المنفردة حتى لو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ بشرط إقتضاء المصلحة العامة ذلك وفقاً لسلطتها التقديرية[19]، فلا يجوز للإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لمجرد الحصول على مقابل مالي أكبر عن طريق التعاقد مع شخص آخر[20]، ولكي تمارس الإدارة سلطتها في إنهاء العقود الإدارية بالإرادة المنفردة من دون خطأ من المتعاقد معها، يجب أن يتوفر شرطان أساسيان هما:-

الشرط الأول: يجب أن يكون قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري من أجل تحقيق المصلحة العامة ومصلحة المرفق، لذلك أجمع الفقه والقضاء سواء كان في فرنسا أو في مصر أو في العراق، على ضرورة سبب إنهاء العقود الإدارية بإرادة منفردة من قبل الإدارة وضرورة تعلقها بالمصلحة العامة أو المرافق العامة، وإلا كان هذا الانهاء تعسفياً وغير قانوني[21].

موقف الفقه:

في فرنسا: يرى الأستاذ(delaubader)، أن الإدارة لا تستطيع إنهاء العقد الإداري إلا إذا كان استمراره غير متلائم مع مقتضيات المصلحة العامة[22]، ويرى الدكتور(حسن درويش)، من مصر أنَّ حق الإدارة في إنهاء العقد يتم بإجراء صادر من

(16) ينظر: د. محمد عبدالله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص44.
(17) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق، مصر، 1993، ص537.
(18) ينظر: صفوت عبدالرحيم ريدي إسماعيل، الآثار المترتبة على سلطة الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، قاهرة، 2013، ص565.
(19) ينظر: د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار العراق لطبع والنشر، بغداد، 1980، ص457،
(20) ينظر: بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص257.
(21) ينظر: حذيفه عادل عبدالكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة) بين تشريع الأردني و العراقي) رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص48.
(22) ينظر: حذيفه عادل عبدالكريم منصور، مرجع سابق، ص48.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

جانب الإدارة وحدها إذا رأت أنَّ مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، والعقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة[23]، أما في العراق فإن الفقه يشترط في تمكن الإدارة من إنهاء العقود الإدارية أن تستند إلى المصالح العامة[24] .

موقف القضاء:

أكدت محكمة القضاء الإدارية المصرية في حكمها الصادر في (25) يونية (1961) أن الإدارة تتمتع بإنهاء العقد للمصلحة العامة قبل إنقضاء المدة المحددة في العقد[25]، وأكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا الشرط ، لأنَّ المصلحة العامة باعث من البواعث التي تستند اليها الإدارة عند إنهاء العقد، وإلا كان تعسفياً وليس له ما يبرره، وأقر ذلك في الحكم الصادر في سنة 1952، في قضية (chanmbovet)، حيث نص على أنه " في هذه الظروف الخاصة فإن الفسخ الذي تقرر كان مستنداً إلى باعث من بواعث الصالح العام وليس تعسفياً"، وكذلك أكدت ذلك المحكمة الإدارية المصرية في حكم آخر لها على هذا الشرط، وذلك في سنة 1957 ، حيث نصَّ على أنه"... يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت ذلك، وأنَّ مقتضيات المرافق العامة تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة أو أنه غير متفق مع حاجيات المرفق العام ..."، أما على صعيد القضاء العراقي فعلى الرغم من ندرة الأحكام المتعلقة بهذا الشأن فإن إتجاه محكمة التمييز العراقية واضح في أن الإدارة تستطيع إنهاء العقد الإداري إذا كانت المصلحة العامة تستلزم ذلك، وفي قرارها الصادر في 1967/12/2، يؤكد حق الإدارة في اصدار قرار بإلغاء عقد التزام المرافق العامة إذا كانت المصلحة العامة تستدعي ذلك[26].

الشرط الثاني: يجب أن يكون قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة مشروعاً لأن قرار إنهاء العقد كأي قرار إداري آخر يجب أن يستوفي كافة أركانه وشروطه الشكلية والموضوعية حتى يكون قراراً إدارياً مشروعا[27] .

وبالنسبة للطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة فهناك رأيان: ذهب الرأي الأول منهما إلى أنَّ السلطة في إنهاء العقد ليست من النظام العام، حيث لاتوجد إلا إذا كانت منصوصة عليها صراحة بمقتضى الشرط في العقد أو في القانون، أما الرأي الثاني فذهب إلى أنَّ هذه السلطة من النظام العام، حيث إنها توجد للإدارة دائماً، حتى لو لم تنص عليها صراحة في العقد أو في القانون، وهذا هو الرأي الراجح، وهذا القول تترتب عليه النتائج الآتية وهي :-

1. للإدارة ممارسة هذه السلطة حتى لو لم ينص عليها العقد صراحة .
2. لايجوز للإدارة أن تتنازل عن استخدام هذه السلطة تجاه المتعاقد معها بمقتضى شرط في العقد.
3. كل اتفاق يحرم الإدارة من حقها في إنهاء العقد يعد باطلاً.
4. إذا ورد نص في العقد يسمح للإدارة بسلطة إنهاء العقد، فإن هذا النص مجرد نص مقرر لوجود حق الإدارة في إنهاء العقد طبقاً للمبادئ العامة لنظرية العقد الإداري وليس نصاً مُنشئاً[28].
5. تتمتع الإدارة بهذه السلطة طبقاً لإمتيازاتها في التنفيذ المباشر[29]، دون حاجة اللجوء إلى قضاء، ولايجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يعترض على ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، ما دامت المصالح المالية المتعاقد مصونة ومحمية من تخصيص تعويض له[30] .

ويبدو لنا أنَّه مادام الغرض الأساس من إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على سير المرافق العامة، فإنَّ للإدارة إنهاء عقودها التي أبرمتها مع المتعاقد في أي وقت وكما تشاء بشرط أن تنذر المتعاقد معها ومتى رأت أن العقد لايفيد

(23) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع، مرجع سابق، ص442ومابعدها.
(24) ينظر: حذيفه عادل عبدالكريم منصور، مرجع سابق أعلاه، ص49.
(25) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد،مرجع سابق، ص442 وما بعدها.
(26) ينظر: د. محمد عبدالله حمود، مرجع سابق ، ص71،72.
(27) ينظر: حذيفه عادل عبدالكريم المنصور، مرجع سابق، ص 51.
(28) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، مرجع سابق، ص425،426.
(29) مبدأ التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية نطاق واسع وهو أنَّ للإدارة من تلقاء نفسها أن تفسخ العقد، وهذا الإمتياز الذي تتمتع به الإدارة يعد خروجاً على القواعد العامة في العقود، وفي هذه الحالة فإن المصلحة العامة وضرورة سير المرافق العامة يقتضيها هذا الخروج. للتفصيل راجع : د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء، دار الفكر العربي للنشر، بدون سنة طبع وبلد نشر، ص109.
(30) ينظر: صفوت عبدالرحيم ريدي إسماعيل، مرجع سابق، ص305،306.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

المصلحة العامة وضرورات المرافق العامة وبجب على الإدارة عند ممارستها هذا الحق أن تدفع تعويضاً عادلاً ومناسبا للمتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا الإجراء.

المطلب الثاني: الإنهاء الجزائي للعقد الإداري من قبل الإدارة المتعاقدة

يعد إنهاء العقد الإداري نتيجة اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية مع الإدارة، قمة الجزاءات التي تفرضها الإدارة، لأن المتعاقد يفقد الثقة في التعامل مع الإدارة، وترى الإدارة أنَّ استمرارها في العلاقة التعاقدية يضر بالمصلحة العامة والمرافق العامة التي هي هدف ابرام العقد ويقوم بإنهاء العقد(31).

فالإنهاء الجزائي: هو جزاء شديد يؤدي إلى استبعاد المتعاقد المقصر نهائياً عن تنفيذ موضوع العقد، وتقررها الإدارة بموجب القرار الإداري من جانبها وحدها وبناء على السلطة التقديرية، ومن هنا يتضح للإدارة أن المتعاقد معها لم يعد قادراً على تنفيذ العقد بدرجة كافية(32)، ولذلك يجب أن يتوفر شرطان أساسيان لكي تمارس الإدارة سلطتها في الإنهاء الجزائي للعقد الإداري وهما: مخالفة المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية

(المخالفة الجسيمة)، وقيام الإدارة بإنذار المتعاقد معها بهذا الإنهاء(33) ، وسنقوم بشرحها بالتفصيل لاحقا.

إن الجزاءات التي تكون سبباً لانهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة للإدارة تكون على صورتين، **الصورة الأولى**: إسقاط الالتزام بالنسبة لعقود الالتزام بالمرافق العامة بصفة خاصة، ولا تملك الإدارة في مثل هذه الطائفة من العقود توقيع جزاء الإنهاء من تلقاء نفسها بل لابد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم قضائي به، **الصورة الثانية**: هي جزاء الفسخ بالنسبة للعقود الإدارية بصفة عامة(34)، وسوف نعرض الصورتين على النحو الآتي:-

لدراسة مسؤولية الإدارة عن الإنهاء الجزائي للعقد الإداري من قبل الإدارة المتعاقدة، ينبغي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين مستقلين، نتناول في الفرع الأول إسقاط الالتزام، ونتحدث في الفرع الثاني عن الفسخ الجزائي، وكما يأتي:-

الفرع الأول : إسقاط الالتزام

هو من طرق إنهاء العقد الإداري (عقد الالتزام بالمرافق العامة)، قبل حلول الأجل المحدد في العقد، توقعه السلطة المانحة للالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة ارتكبها في إدارة المرفق(35)، وعرف جزاء الإسقاط بأنه " فسخ عقد الالتزام بالمرافق العامة على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه(36).

وبالنسبة للطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط، هناك آراء مختلفة فأغلبية الفقهاء الفرنسيين ترى أن جزاء إسقاط الالتزام هو من النظام العام أي أنه يوجد حتى في حالة عدم النص عليه صراحة في العقد وثيقة الالتزام أو في كراس الشروط الخاصة به(37)، ويرى بعضٌ آخرٌ أن جزاء الإسقاط لايوجد لصالح الإدارة إلا إذا كان منصوصاً عليه صراحة في العقد وليس من النظام العام حيث لاتستطيع الإدارة إيقاعه على الملتزم طبقاً لهذا الرأي في حالة سكوت العقد(38)، أما في مصر، فيرى الدكتور محمد صلاح عبد

(31) ينظر: ماجد بن عتيق، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة يرموك، الأردن، 2014، ص37.

(32) ينظر: السلال سعيد جمعة الهويد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1994،ص123.122.

(33) ينظر: حذيفة عادل عبدالكريم منصور،مرجع سابق، ص53.

(34) ينظر: هند أحمد موسى أبو مراد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري _ دراسة مقارنة_ رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 1999، ص38.

(35) ينظر: د. محمد عبدالله حمود، مرجع سابق، ص115.

(36) ينظر: محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص55.

(37)ينظر: خالد مصطفى حواطمة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها" دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، 2003، ص148.

(38) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، مرجع سابق، ص60.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

البديع أن جزاء الإسقاط من النظام العام يقرر لصالح الإدارة، ويمكن ممارستها حتى لو لم يرد نص على ذلك في العقد أو في الكراسة[39].

وفي رأينا أن جزاء إسقاط الالتزام يعد من النظام العام، حيث للإدارة أن تمارسه في أي وقت تشاءَ، حتى في حالة عدم وجود نص صريح عليه سواء في العقد أو في القوانين الخاصة به، لإن الجهة المانحة للالتزام مسؤولة عن إدارة المرافق العامة بانتظام، ويجوز لها أن تسقط التزام الملتزم متى، رأت أن الملتزم أخل بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصلحة المرفق ذاتها.

وبسبب ذلك فأنَّ الإسقاط يشكل خطورة بالغة بالنسبة للملتزم فهو أعباء مالية كبيرة، لذلك يجب أن يتوفر ثلاثة شروط لكي تفرض الجهة المانحة للالتزام هذا الجزاء ، وعند عدم وجود أحدهما يُعَدُّ تصرفها غير مشروع فتتحقق عليها المسؤولية التعاقدية، وهذه الشروط تتمثل فيما يأتي:-

أولاً: يجب أن يكون الخطأ الذي ارتكبه الملتزم جسيماً :

إنَّ ارتكاب خطأ جسيم وإخلال التسيير بالمرفق العام دليل على عدم قدرة الملتزم نهائياً على تسيير المرفق العام بوجه منظم، ومن أمثلة الأخطاء التي تبرر فرض جزاء إسقاط الالتزام وفق القضاء الفرنسي، الإخلال المستمر من جانب الملتزم بالتزاماته العقدية، أو تركه المرفق دون استغلال، أو التنازل عن الالتزام بدون موافقة الجهة المانحة الالتزام (الإدارة)، أو عدم وفاء الملتزم بإلتزاماته المالية قبَل الإدارة[40]، وخلافا لذلك إذا قامت الجهة المانحة الالتزام بفرض هذا الجزاء من أجل خطأ بسيط أو خطأ يمكن تحسينه من جانب الملتزم، فإن تصرف الإدارة بإسقاط الالتزام غير مشروع، ويؤدي إلى المسؤولية التعاقدية على عاتقها تجاه الملتزم [41]، أو إذا فرض هذا الجزاء بمجرد عدم قدرة الملتزم على إدارة المرفق مؤقتا، فلكي يطبق هذا الجزاء يجب أن يكون الملتزم غير قادر على إدارة المرفق بصورة نهائية[42].

وأكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في حكمه الصادر في (22) يناير 1919، في قضية(Guyot)، حيث جاءَ في حكمه أنه لا يسمح للإدارة أن تلجأ إلى هذا الإجراء إلا في حالة الخطأ الجسيم من جانب المتعاقد[43]، وأكدت المحكمة الإدارية المصرية أيضا ذلك بضرورة صدور خطأ جسيم من الملتزم من أجل توقيع جزاء الإسقاط فقد جاءَ في حكمها " إذا كان سحب الالتزام يعد جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، فإنَّ التجاء الإدارة إليه لايكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة..."[44]

ثانيا: إنذار الملتزم قبل إسقاط الالتزام:

إن إنذار الملتزم يعد شرطاً من الشروط الأساسية التي يتطلبها مجلس الدولة الفرنسي للحكم بإسقاط الالتزام حتى لو لم ينص عليه في العقد أو في دفتر الشروط، أما إذا حكمَ بإسقاط الالتزام بدون إنذار الملتزم فإن الإسقاط يعد غير مشروع ويؤدي إلى إنعقاد المسؤولية التعاقدية على الجهة المانحة الالتزام، ويبدو أن شرط إنذار الملتزم لايعد قاعدة مطلقة، بل ترد عليه عدة إستثناءات منها: إعفاء الجهة المانحة الالتزام

(39) ينظر: د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، 2015، ص210.
(40) ينظر: خالد مصطفى حواطمة، مرجع سابق نفسه، ص 149،150.
(41) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، مرجع سابق، ص91.
(42) ينظر: مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دراسة المقارنة بين القونين المصري والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص206.
(43) حكم المجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22 يناير 1919. وينظر كذلك: د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر،1963، ص939.

(44) حكم محكمة الإدارية المصرية الصادر في (3) مارس (1957) ، نقلاً عن: محمد صلاح عبدالبديع، مرجع سابق، ص88

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

(الإدارة)، من القيام بإنذار الملتزم، وأن تعفي الإدارة من القائم بإنذار بمقتضى شرط صريح في العقد بناءً على إتفاق طرفي العقد أو بنص تشريعي، وأن يعلن الملتزم عن عدم قدرته على إدارة المرفق أو إفلاسه[45]، وكذلك في حالة تنازل الملتزم عن عقده للغير بدون ترخيص مسبق من جهة مانح الالتزام(الإدارة)، وفي نظر مجلس الدولة المصري فالانذار ليس شرطاً ضرورياً في إسقاط الالتزام[46].

ونحن نتفق مع أنه من الضروري إنذار الملتزم من جانب جهة الإدارة (المانحة الالتزام) قبل فرض جزاء اسقاط الالتزام على الملتزم، لإن الانذار يعد ضمانة مهمة بالنسبة له ضد أي تعسف للإدارة ولغرض التنبيه بتقصيره في إدارة المرفق.

ثالثا: صدور الحكم من القضاء بإسقاط الالتزام:

عدا عقد التزام المرافق العامة، فإن الإدارة لها سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، أما في عقود التزام المرافق العامة فإنَّ الإدارة لا تملك توقيع جزاء إسقاط الالتزام من تلقاء نفسها، بل يجب أن يفصل القضاء ذلك، وقد أكد القضاء الفرنسي ذلك، أما في مصر فإن مجلس الدولة المصري قد استقر في أحكامه على" أنَّ جزاء إسقاط الإلتزام لا يتطلب تدخل القضاء بل أن للإدارة الحق في فرض جزاء إسقاط الالتزام بقرار منها"[47]، وجاء في فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري على أنَّ" للإدارة الحق في توقيع عقوبة الإسقاط بنفسها دون حاجة اللجوء إلى القضاء"[48]، وفي العراق بخلاف الحال في فرنسا ومصر، تستطيع الإدارة إسقاط الالتزام من تلقاء نفسها دون عرض هذا الموضوع على القضاء[49].

ويتضح لنا مما سبق، أنه من الضروري أن تقوم الإدارة من تلقاء نفسها بايقاع جزاء إسقاط الالتزام على الملتزم دون حاجة اللجوء إلى القضاء، لأن عقد الالتزام من العقود المهمة، تبرمه الإدارة من أجل تقديم الحاجات للمنتفعين، إما إذا حصر فرض إسقاط الالتزام بحكم القضاء وحده، فذلك قد يؤدي إلى إضطراب المرفق العام، وخاصة خلال المدة التي تلجأ فيها الإدارة إلى القضاء للحصول على الحكم القضائي الخاص بها.

ويختلف إسقاط الالتزام عن استرداد المرفق العام في عقد الالتزام بالمرافق العامة[50]، وذلك من عدة نواحٍ، واضافة ذلك ومع تأكيد القضاء على كل منهما فإن هذا يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية بين الجهة المانحة الالتزام والملتزم، أما وجه الاختلاف بينهما فهو:-

1- من حيث الجهة المختصة بإصداره: يوقع الإسقاط عادة بحكم قضائي كما هو الحال في فرنسا، أما الاسترداد فهو من اختصاص جهة الإدارة المانحة الالتزام بناءً على السلطة التقديرية، في تقدير حاجات المرافق العامة والمصلحة العامة.

2- من حيث حق الملتزم بالتعويض: يستحق الملتزم في حالة استرداد الالتزام تعويضاً كاملاً عما لحقت به من خسارة نتيجة الاسترداد لدواعي المصلحة العامة من دون صدور أي خطأ من جانب الملتزم، وفي حالة الاسقاط فالالتزام لايمنح الملتزم أي تعويض لأن إنهاء العقد كان نتيجة لخطئه الجسيم في تنفيذ التزامه[51].

3- من حيث الغرض: فالغاية من الاسقاط هو معاقبة الملتزم عن الأخطاء التي ارتكبها ومن ثم فإن الاسقاط له صفة جزائية، في حين أنَّ الغاية من الاسترداد هي المحافظة على حسن سير المرفق العام، وليست له أية صفة جزائية بل يحمل صفة إجرائية[52].

---

(45) ينظر: وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص110.

(46) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، مرجع سابق، ص106-108.

(47) حكم محكمة الإدارية المصرية في (17) يونيو (1972) ، نقلاً عن: خالد مصطفى حواطمة، مرجع سابق، ص156.

(48) فتوى رقم 158/2/59 جمعية العمومية للقسم الاستشاري مجلس الدولة المصري، نقلاً عن: د. مصطفى عبدالمحسن الحبشى، الوجيز في عقود البوت،B.O.T، دار الكتب القانونية ، مصر، 2008، ص176.

(49) ينظر: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص244.

(50)يعرف الاسترداد بأنه" فسخ عقد الالتزام بواسطة السلطة مانحة الالتزام التي هي صاحبة الحق وحدها في ممارسته، عندما ترى فائدة ذلك مقابل دفع تعويض عادل للملتزم"، ويعد الاسترداد تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي لعقود الالتزام بالمرافق العامة لدواعي المصلحة العامة في أي وقت قبل إنقضاء التاريخ المحدد لإنتهاء مدة العقد، فالطبيعة القانونية للاسترداد هو من النظام العام، أي أن الإدارة تستطيع دائماً أن تقوم به حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، فإذا ورد نص في العقد يقضي بحق الإدارة في الاسترداد، فإن مثل هذا النص يعد كاشفاً ومنظماً وليس مقرراً، ولايجوز لأطراف العقد الإتفاق على حرمان الإدارة من حقها في استرداد الالتزام، ويفرض الاسترداد من جانب الإدارة دون حاجة إلى تدخل القضاء لتقريره، فالاسترداد غالبا تكون تعاقدياً ويسمى بالإسترداد التعاقدي المنصوص عليه في العقد، وكذلك قد يكون الاسترداد غير التعاقدي غير منصوص عليه في العقد، أو الاسترداد القانوني وهو الاسترداد الذي يقرره المشرع بمقتضى القانون.
للتفصيل راجع : محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص589-599.

(51) ينظر: هند أحمد موسى أبو مراد ، مرجع سابق، ص101،102.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الفرع الثاني: الفسخ الجزائي :

إنَّ فسخ العقد هو أخطر الجزاء الذي توقعه جهة الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها، في حالة إذا ما ارتكب المتعاقد خطأً أو تقصيراً أو إخلالاً بالتزاماته التعاقدية، وينتج عن ذلك أن يفقد المتعاقد كل حق من حقوقه المستمدة من العقد، كضياع التأمينات وطلب التعويض(53).

وعرف ماجد راغب الحلو الفسخ بانه " حل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الآخر بإلتزاماته وله أثر رجعي، لأنه يدعو طرفي العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد(54).

وهناك نوعان من الفسخ الذي يكون سبباً لانقضاء العقد سواء كان فسخا مجرداً أي الفسخ البسيط، أم فسخا جسيما والذي يطلق عليها ـ(الفسخ على مسؤولية المتعاقد) مع الإدارة، وسوف نتناول ذلك في دراستنا بالتفصيل وعلى النحو الآتي:-

1- الفسخ المجرد: هو الفسخ الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، من دون أن يحمله المتعاقد أي تعويض نتيجة هذا الفسخ، ويؤدي إلى إنهاء العقد الإداري وإنتهاء الرابطة العقدية بين طرفيه، ويعفى المتعاقد مع الإدارة من النتائج المترتبة على إخلاله بالالتزامات العقدية(55)، ومعنى ذلك أنَّ الإدارة لاتستطيع أن تطالب المتعاقد معها بتحمل الاثار المالية للعقد الجديد الذي تبرمه الإدارة مع طرف آخر لإتمام عملية التعاقد على حساب مسؤوليته(56).

2- الفسخ الجسيم: هو الجزاء الأشد جسامة والذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته في العقد، لأن ذلك تترتب عليه نتائج بالغة الخطورة وقاسية جداً، وهي تحمل المتعاقد كافة الأعباء المالية المترتبة أو تكاليف قيام الإدارة بتعاقد جديد (إعادة مناقصة جديدة)، مع متعاقد آخر، سواء كان تعاقد الإدارة بعقد الأشغال العامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه، أم تعاقدها مع مورد جديد في عقد التوريد لتوريد المواد المتفق عليها على حساب المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزاماته العقدية، ولم يعترف المشرع والقضاء المصري بنظام هذا النوع من الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، ولم توجد أية مواد في القوانين سواء كانت سابقة أو حالية تشير إلى هذا الفسخ، إلا أنه اعترف بالفسخ الجزائي المجرد فقط (57)، وفي فرنسا أكد مجلس الدولة الفرنسي على عدم السماح لجهة الإدارة باللجوء إلى هذا الفسخ مالم ينص عليه في العقد وكراسة الشروط، وكذلك في العراق فإن القانون العراقي لم يأخذ بهذا النوع من الفسخ(58) .

وبسبب هذه الخطورة التي أشرنا إليها أعلاه، فهذا النوع من الفسخ لايعد من النظام العام ولا توجد بقوة القانون لصالح الإدارة، وإنما يجب أن ينص عليه صراحة في العقد حتى تتمكن الإدارة من اتخاذه(59) ، لذلك ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة عندما تمارس سلطتها في إنهاء العقد الإداري عن طريق الفسخ الجزائي أن تتقيد بعدة شروط وضوابط خاصة بها، وبخلافه إذا قامت الإدارة بفسخ العقد الإداري كما تشاء دون أن تلتزم بالشروط أدناه تتحقق عليها المسؤولية التعاقدية(60)، وسوف نبين هذه الشروط فيما يأتي:-

1- ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما: فلا يعدُ كل الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد مبرراً لفرض جزاء الفسخ ، بل يجب أن يكون ذلك الخطأ جسيما(61)، ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة التي عدَّها مجلس الدولة الفرنسي مبرراً للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، عدم

---

(52)ينظر: وليد سعود فارس القاضي،مرجع سابق، ص107.
(53) ينظر: د. محمد رفعت عبالوهاب، مبادىء وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2015،ص529.
(54) ينظر: يونس إسماعيل حسن كه ردى، أحكام الفسخ في العقود الإدارية " دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي، الأسكندرية،2015، ص23.
(55) ينظر: حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ص225.
(56) ينظر: د. عبدالله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2010، ص147.
(57) ينظر: د. مفتاح خليفة عبدالحميد، د. حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون الإدارية " دراسة مقارنة" دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2013.ص196-198.
(58) ينظر: مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص223.
(59) ينظر: د. طارق سلطان، مرجع سابق، ص252.
(60) يختلف فسخ العقد عن إنهاء العقد بالارادة المنفردة، فالفسخ يعد أخطر الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، ويقترن بخطا جسيم يرتكبه المتعاقد في تنفيذ التزاماته دون أن يستحق المتعاقد أي تعويض، أما حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة فيقتصر على الإعتبارات التي تتعلق بالمصالح العامة ومقتضيات المرافق العامة، وفقاً للسلطة التقديرية فالإدارة متى رأت أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصالح العامة أو غير متفق مع حاجات المرافق العامة، تقوم بإنهائه مع الحكم بتعويض مناسب للمتعاقد.
للتفصيل راجع: هنادي فوزي حسين، رقابة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015، ص244.
(61) نقلاً عن: هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص164.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

مراعاة الملتزم مدد تنفيذ العقد، أو ترك موقع العمل، وعدم الالتزام بالأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة، والتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن بدون إذن مسبق من الإدارة[62]، ففي الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة ليس للإدارة أن تلجأ إلى فرض هذا الجزاء، إلا بعد أن تتأكد من المقاول لم يعد قادراً في تنفيذ العقد بصفة نهائية[63]، فإذا لم توجد الواقعة التي تدفع الإدارة إليها، أو كانت الواقعة لاتشكل أي خطأ عقدي أو قانوني، أو لاتقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فإن كل ذلك من الأفعال غير المشروعة وتكون سببا لنشوء مسؤولية التعاقدية للإدارة في ممارسة سلطتها في فرض الجزاء[64].

2- إنذار المقاول قبل توقيع الجزاء:

بسبب خطورة الآثار المترتبة على الجزاءات بصفة عامة على حقوق المتعاقد، فعلى الإدارة أن تلتزم بإنذار مسبق للمتعاقد قبل فرضها من أجل حماية هذه الحقوق، ونظراً لذلك إذا خالفت الإدارة لهذا الإجراء قبل فسخ عقودها نتيجة لخطأ المتعاقد، تترتب عليها المسؤولية التعاقدية تجاه متعاقديها[65]، مثلا إذا قامت بفسخ العقد دون إنذار المتعاقد معها، أو القيام بإنذاره لكن دون أن تمنحه مدة للوفاء بالتزامه التعاقدي، أو قيامها بإنذار بغير هذه الطريقة التي حددها القانون[66]، وأكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك بضرورة قيام جهة الإدارة بإنذار المتعاقد قبل إتخاذ قرار فسخ العقد[67]، وكذلك في مصر والعراق فإن الإنذار إجراء ضروري يجب أن تتمسك به الإدارة عند فسخ عقودها، بموجب المادة(51) من قانون تنظيم التعاقدات المصرية رقم(128) لسنة 2018، والمادة(869) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 [68] .

3- التزام الإدارة بتسبيب قرار الفسخ :

يقصد به أن يكون قرار الإدارة بفسخ العقد مسببا ويجب أن يكون التسبيب مكتوباً وأن يتضمن شرحا واضحا وبيانا للأسباب القانونية والفعلية التي بني عليها القرار، وأهمية تسبيب قرار فسخ العقد هي لكي يستطيع قاضي العقد أن يمارس رقابته على الأسباب التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرار الفسخ[69]، لذلك يعدُ فسخ العقد الإداري خطأ وتترتب عليها مسؤولية الإدارة التعاقدية، إذا لم يتوافر سببه الذي يمكن في اخلال جسيم من المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، كإستعمال الغش بنفسه أو بواسطة غيره في التعامل مع الإدارة أو إفلاسه [70]، أو إذا قامت الإدارة بفسخ العقد دون وجود الخطأ التعاقدي من جانب المتعاقد معها، وأن الخطأ البسيط من المتعاقد فيمكن أن يبرر جزاء الفسخ، لأن ذلك يؤدي إلى المسؤولية التعاقدية للإدارة تجاه المتعاقد[71] .

ومن ثُم فإنَّ التسبيب يعد ضمانة مهمة للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسف الإدارة وسوء استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات ضدهم، وخاصة الفسخ الجزائي للعقد الذي يترتب عليه إنقضاء العقد بصفة نهائية واستبعاد المتعاقد نهائياً من تنفيذ العقد[72]، وبالنسبة لمدى التزام الإدارة بهذا الشرط في فرنسا لم تكن جهة الإدارة ملزمة بتسبيب قرار فسخ العقد قبل صدور قانون رقم (11)، لسنة 1979، أما بعد صدور القانون السابق الخاص بتسبيب قرارات الإدارة، فقد طبق هذا القانون على قرارات الإدارة الخاصة بتوقيع الجزاءات أيا كان نوعها، وباتت الإدارة ملزمة بضرورة تسبيب قراراتها بفسخ عقودها الإدارية[73]، أما في مصر فإن جهة الإدارة غير

(62) ينظر: أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق، مصر، بدون سنة تقديم، ص376.
وينظر كذلك: د. طارق سلطان ، مرجع سابق، ص270،271.
(63) ينظر: عثماني محمد أمين، سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السيلسة، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، جزائر، 2016، ص58.
(64)ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، مرجع سابق، ص276.
(65) ينظر: محمد بن هلال بن حمد الرواحي، مرجع سابق، ص107.
(66)ينظر: د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤلية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص101.
(67) ينظر: د. مفتاح خليفة عبدالمجيد، د, حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص138.
(68) نصت المادة (51) من القانون تنظيم التعاقدات المصرية أعلاه، والمادة (869) من القانون المدني العراقي أعلاه.
(69)ينظر: السلال سعيد جمعة، مرجع سابق، ص169.
(70) ينظر: عبدالمجيد عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الإبرام. التنفيذ. الأثار. الإنقضاء، مرجع سابق، ص132.
(71) ينظر: محمد صلاح عبدالبديع السيد، مرجع سابق، ص227.
(72) ينظر: السلال سعيد جمعة الهويد، مرجع سابق، ص 169.
(73) ينظر: د. مفتاح خليفة عبدالحميد، د.حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص192.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ملزمة بتسبيب قرارتها خلافا لما جرى به العمل في فرنسا[74]، وكذلك في العراق فإن جهة الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارتها إلا إذا اشترط المشرع عليها وجوب تسبيب القرار[75].

بعد عرض ما تقدم يبدو لنا أنَّ شروط ممارسة الإدارة سلطتها في الفسخ يُعدُّ شرطا جوهريا وضروريا عليها أن تلتزم بها عند فسخ عقودها، وعند مخالفتها لهذه الشروط تواجهها المسؤولية التعاقدية، ويجب أن يعوض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا الإجراء .

ونقطة التشابه بين الإسقاط والفسخ والإنهاء هي أنَّ كلاً منها يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية بين جهة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، أما وجه الاختلاف بينها فهو من حيث السلطة المختصة بإصداره، في حين أن الإسقاط يحتاج لحكم قضائي خاص به، أما الإنهاء والفسخ فيتم عن طريق قرار إداري صادر من جهة الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، فجزاء الإسقاط يخص سقوط التزام الملتزم في عقد الالتزام بالمرافق العامة وغيرها، أما الفسخ أو الإنهاء فيتعلق بكافة العقود الإدارية.

المطلب الثالث: الإنهاء عن طريق القضاء (الفسخ القضائي):

يقصد بالفسخ القضائي زوال الرابطة العقدية بحكم القضاء بناءً على طلب أحد المتعاقدين، الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها بسبب الاخلال بإلتزاماته، وترد آثار هذا الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى، وأبرز الحالات في الدعوى هو الفسخ القضائي الذي يقوم به المتعاقد مع الإدارة بسبب إخلال جهة الإدارة بإلتزاماتها إخلالاً خطيراً [76] .

ويكون الفسخ القضائي بسبب إخلال الإدارة بالإلتزامات التعاقدية ولايقع إلا في حالة ارتكاب الإدارة أخطاء جسيمة، فالإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر بسبب أخطائها[77]، ويختلف فسخ العقد الإداري بواسطة القضاء بسبب إخلال الإدارة بإلتزاماته عن الفسخ لإخلال المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته[78]،

لدراسة مسؤولية الإدارة عن إنهاء العقد الإداري عن طريق القضاء (الفسخ القضائي)، ينبغي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين مستقلين، نتناول في الفرع الأول فسخ العقد لإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، ونتحدث في الفرع الثاني عن فسخ العقد لخطأ الإدارة وكما يأتي:-

الفرع الأول: فسخ العقد لإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته:

الأمر المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة في نطاق العقود الإدارية يجب أن يلتزم بتنفيذ التزاماته العقدية المقررة في العقد، أما إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد، يفسخ العقد من قبل القضاء، ويجمع الفقهاء الفرنسيون على أهمية هذا الالتزام، فيقول الفقيه الفرنسي (**بيكينو**)" إن أهم وأشد التزامات المتعاقد مع الإدارة بعقد إداري، هو أن يكفل استمرار وانتظام سير المرافق العامة، وإلا عُد مخطئا ومقصرا"، كما هو الحال في عقود التوريد، وعلى المتعاقد مع الإدارة أن يلتزم بالمواعيد المقررة في العقد ويوفر التجهيزات من دون أي تأخير، وإضافة إلى ذلك إنَّ إخلال المتعاقد بالتزاماته المتعلقة بتنفيذ شخصي بطريقة سليمة وحسن نية قد يكون سبباً لفسخ العقد، لأن الإعتبار الشخصي له أهمية كبيرة لدى الإدارة، ويعد أساساً ويجب أن تعتمد عليه الإدارة لإختيار المتعاقد، وهذا الأمر يفرض على المتعاقد التزاماً جوهرياً، وهو وجوب قيامه بتنفيذ العقد بنفسه، وكما هو الحال في عقود الأشغال

(74)ينظر: نسيم بني عامر، فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة، بحث منشور في الموقع الالكتروني الآتي:- https://www.mohamah.net/law/ ، تأريخ زيارة 2018/10/3، ص11.
(75) ينظر: مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص82.
(76) نقلاً عن: يونس اسماعيل حسن كه ردى، مرجع سابق، ص36،37.
(77) ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، بدون مكان النشر، بغداد، 1992، ص 245.

(78) القوة القاهرة، قد تكون سبباً لفسخ العقد من قبل القضاء، حيث تجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلاً، لذلك تؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته في العقد، ولايمكن للإدارة إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، فالقوة القاهرة تؤدي إلى فسخ العقد دون أن يكون هناك متعاقد آخر مطالب بالتعويض، وتختلف القوة القاهرة في نطاق العقود المدنية من حيث تأثيرها المباشر في العقد عن نفسها في نطاق العقود الإدارية، ففي نطاق العقود المدنية يجعل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حاجة لتقرير قضاء، أما في العقود الإدارية فيجب التمييز بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد والفسخ الذي تطلبه الإدارة، وفيما يتعلق بالفسخ الذي يطلبه المتعاقد مع الإدارة فإنه يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم قضائي بفسخ العقد، في حين تستطيع الإدارة فسخ العقد بقرار إداري إستناداً إلى القوة القاهرة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء.
للتفصيل راجع: د. فاروق أحمد خماس، ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، بدون مكان النشر، بغداد، 1992، ص191،192.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

العامة، يلزم المتعاقد بتوفير جميع مستلزمات العمل في موقع العمل بشكل جيد، فإن القضاء لايحكم بفسخ العقد بناء على خطأ المتعاقد، إلا إذا كان كل الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد على درجة معينة من الجسامة، وإضافة لذلك يجب على الإدارة أن تقوم بإنذار المتعاقد قبل اتخاذ فسخ عقودها[79].

ويبدو أنه في حالة الفسخ القضائي للتعاقد بسبب خطأ المتعاقد، ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة أن تلتزم بشرطين هما: قيام المتعاقد معها بإرتكاب خطأ جسيم، وثانياً توجيه إنذار من الإدارة إلى المتعاقد قبل فسخ عقودها، أما إذا فسخت العقد بدون أي شرط من الشرطين السابقين تترتب عليها المسؤولية التعاقدية، فللمتعاقد معها أن يرفع دعوى المسؤولية عليها أمام القضاء لطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به عن هذا الفسخ.

الفرع الثاني: فسخ العقد لخطأ الإدارة:

إن صدور الخطأ من جانب الإدارة يعد شرطا أساسيا للحكم بالفسخ، ولايتم توقيعه إلا إذا كان هناك خطأ عقدي، فالقضاء هو الذي يقدر درجة الخطورة بالنسبة للخطأ المنسوب إلى الإدارة[80]، ولايحكم بفسخ العقد الذي يطلبه المتعاقد، حتى يتأكد من تقصير الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بدرجة خطيرة، بشرط لجوء المتعاقد إلى الإدارة أولاً قبل رفع دعوى الفسخ عليها أمام القضاء، فالفسخ القضائي للتعاقد كأثر لثبوت المسؤولية التعاقدية لايتحقق إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ جسيما[81]، فإذا وجد القضاء أن الإدارة أخلت بالتزاماتها العقدية فإنه يحكم بفسخ العقد، لأن المتعاقد لايملك صلاحية إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها العقدية[82]، فمثلاً إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها ذات الصفة المالية والإدارية تحققت عليها المسؤولية التعاقدية، فالإلتزامات المالية للإدارة كعدم التزامها بالمحافظة على التوازن المالي للعقد، وعدم التزامها بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها، أما الإلتزامات الإدارية(الفنية)، كامتناع الإدارة بتقديم التصميم والخرائط المتعلقة بالعمل للمتعاقد معها، أو عدم التزامها بتسليمه موقع العمل وتزويده بالمواد اللازمة لإنجاز العمل، أو عدم التزام الإدارة بتعيين مهندس يشرف على حسن سير العمل، وكذلك عدم التزام الإدارة بتنفيذ الشروط المنصوص عليها في العقد، مثل: تأخر الإدارة في إصدار قرارها بمباشرة العمل أو الامتناع عن إصداره خلال مدة معقولة، ومثل: إذا قامت الإدارة بتعليق تنفيذ العقد، فالأصل أنها مخولة بوقف تنفيذ العقد لمدة من الزمن إذا تطلبت إعتبارات المصلحة العامة أو أسباب فنية ذلك، أما إذا قامت الإدارة بإيقاف العمل في المشروع لمدة طويلة من دون سبب قانوني، يُعد ذلك خطأ عقديا وتتحقق عليها مسؤولية الإدارة التعاقدية ويُتاح للمتعاقد طلب فسخ العقد عن طريق القضاء ويجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد معها عما أصابه من أضرار جراء ذلك[83].

إضافة لذلك فتجاوز الإدارة لسلطاتها في تعديل الشروط العقدية يكون سبباً لفسخ العقد قضائياً، وذلك بأن لاتتجاوز تعديلات الإدارة حدوداً معينة تؤدي إلى تغيير جوهر العقد، بحيث تجعل المتعاقد مع الإدارة أمام عقد جديد، وأكد ذلك القضاء المصري في حكمه الصادر في 16 ديسمبر 1956، حول مايتعلق بالأعباء الجديدة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عن طريق التعديل إذ جاء فيه " يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها، وأهميتها لا أن يكون شأنها فسخ العقد الأصلي، أو تبديل موضوعه، أو إنشاء محل جديد له يغاير ما تم الاتفاق عليه، أو أن تؤدي الأعباء إلى ارهاق المتعاقد فيتجاوز إمكانياته الفنية أو الإقتصادية"، وأصدرت محكمة بداءة السليمانية الثالثة في إقليم كوردستان العراق في 3 آب 2010، حكماً يقضي بفسخ العقد بسبب تجاوز الإدارة، "وقررت مسؤولية الإدارة العقدية بدفع تعويض المتعاقد معها عن الأضرار والخسائر التي لحقت بالمتعاقد، وما فاته من كسب نتيجة عدم التزام الإدارة بشروط العقد"[84]، وأكدت محكمة التمييز العراقية في حكم آخر على مسؤولية الإدارة في حالة إخلالها بتسليم موقع العمل للمتعاقد، لأنَّ إخلالها تؤدي إلى إلحاق خسارة مادية بالمتعاقد ففي الدعوى المرقمة 104/ب

(79) ينظر: يونس إسماعيل حسن كه ردى، مرجع سابق، ص158وما بعدها.
(80) ينظر: يوسف موسى نوري حوامدة، سلطة الإدارة في الرقابة على عقود الأشغال العامة في القانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الأسلامية، سودان، 2012، ص 121
(81) نقلاً عن: بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة منتوري، الجزائر، 2012، ص142،143.
(82) ينظر: د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، الأحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية " دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، مطبعة السيماء ، بغداد، 2015، ص772.
(83) ينظر: سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2003، ص28-65.
(84) حكم محكمة بداءة السليمانية الثالثة في إقليم كوردستان- العراق رقم الإضبارة (2498/ب/2008) في 2010/8/3، نقلاً عن: يونس إسماعيل حسن كه ردى، مرجع سابق، ص42.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:66-85
المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

لسنة 2000، وفي حكم أخر أقرت محكمة التمييز العراقية مسؤولية الإدارة في عدم تقديمها المواد اللازمة للمتعاقد لإنجاز العمل وذلك في الدعوى المرقمة 1972/95 في 1973/4/21[85].

فالتعويض كأثر لثبوت المسؤولية التعاقدية للإدارة عن الفسخ القضائي للتعاقد، حقٌ للمتعاقد عن الأضرار التي تلحق به نتيجة كل الأخطاء التعاقدية التي أرتكابتها الإدارة، دون أية زيادة تؤدي إلى الإثراء المتعاقد على حساب الإدارة [86] .

وفي حالة إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية، فإنَّ المتعاقد لايستطيع أن يستفيد من مبدأ الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص قبل الحكم بالفسخ، بحجة أن الإدارة قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرض العقد عليها من التزامات، إلا إذا ترتبت على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ بطبيعة الحال، وسبب إستبعاد مبدأ عدم التنفيذ في العقود الإدارية، يتعارض مع قاعدة سير المرافق العامة بانتظام، وذلك يؤدي إلى تعطيل المتعاقد عن أداء خدمته في المرفق[87]، أو يرجع إلى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة، أو إلى إرتباط العقود الإدارية بإمتيازات السلطة العامة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، علما أنَّ أطرافا من العقد الإداري ليست متساوية، والمصلحة العامة تكون دوما على درجة من المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، وهي سبب آخر لإستبعاد هذا المبدأ في مجال العقود الإدارية[88] .

ووفقاً لما تقدم يتضح لنا أن الفسخ القضائي للتعاقد بسبب إخلال طرفي العقد بتنفيذ الالتزامات العقدية له دور مهم وضروريٌ من ناحيتين: الأولى حصول الحقوق المالية(التعويض) عن الأضرار التي لحقت به، سواء كان الشخص(المدين) جهة الإدارة المتعاقدة أم المتعاقد معها، من ناحية، وعدم تعطيل المرفق العام ذاته في تقديم الخدمات للمواطنين بسبب سرعة إجراءات القضاء من الناحية الثانية.

وبالنسبة لإجراء الإنذار فهو القاعدة القانونية التي يجب إتباعها من قبل طرفي العلاقة العقدية قبل اللجوء إلى إلقضاء لفسخ العقد، مادامت الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات القانونية على من يتعاقد معها، وينبغي عليها قبل فرض أي جزاء أن تراعي الإجراء الشكلي وهو توجيه الإنذار للمتعاقد معها، وفي المقابل يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة التزام بضرورة توجيه الإنذار للإدارة، فالإنذار يُعد شرطاً للحكم بفسخ العقد[89]، وأشارت محكمة التمييز العراقية إلى ذلك في قرارها المرقم(579) في 1987، حيث نص على أنه " ترد دعوى المدعي المقامة بطلب فسخ العقد وإنهاء المشاركة وإعادة المبلغ الموضوع للمدعى عليه، إذا لم يقم المدعي بإنذار المدعى عليه، استناداً إلى نص الفقرة الأولى من المادة (1/177) من القانون المدني العراقي"[90]، واضافة إلى ذلك هناك آراء مختلفة في الفقه حول ضرورة توجيه إنذار للطرف المقصر سواء كان جهة الإدارة أم من يتعاقد معها، ويرى بعض من فقهاء القانون الإداري الفرنسي ضرورة قيام الدائن سواء كان الإدارة أم المتعاقد بإنذار الطرف المقصر ويدعو إلى ضرورة تنفيذ التزاماته العقدية، في حين يرى جانب آخر من شراح القانون الإداري المصري أنَّ نصوص القانون المدني متعلقة بإنذار يجب الاخذ به في اطار الجزاءات الواردة في العقود الإدارية، أما في العراق، فيرى بعض من فقهاء القانون الإداري عدم ضرورة توجيه إنذار للطرف المقصر في تنفيذ التزاماته، أما الجانب الآخر فيرى ضرورة التمسك بالإنذار سواء كان المنذر الإدارة أم المتعاقد معها، والمشرع العراقي أشار في شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، إلى كيفية توجيه الإنذار من المتعاقد إلى الإدارة في فقرة(2) من المادة (70)[91]، والفقرة (1) من المادة نفسها التي تخص توجيه الإنذار إلى المقاول من الإدارة.

---

(85) قرار محكمة التمييز العراقي في الإضبارة المرقمة (1933/م2001/2) ، مشار إليه لدى: يونس إسماعيل حسن كه ردى، مرجع سابق، 107.

(86) ينظر: د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المسئولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص158.

(87) ينظر: د. أحمد محمد نور محمد البلوشي، مرجع سابق، ص187،188. وينظر كذلك: د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الأحكام التفصيلية في الشرح التعاقدات الحكومية، مرجع سابق، ص750.

(88)نقلاً عن: بارة كريمة رزاق، الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية، ص1، و زينب سالم، الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، ص1 ، ملخص بحثان منشوران في موقع الالكتروني الآتي https://www.asjp.cerist.dz , تاريخ الزيارة 2019/8/7.

(89) ينظر: سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص85-88.

(90) حكم محكمة التمييز العراقية رقم (579) في تاريخ 1987/12/14 ، نقلاً عن سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص88.

(91) ينظر: سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص89،90. وينظر كذلك: نص المادة (70) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية العراقية.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

ومن جانبنا نتفق مع أن الانذار إجراء ضروري ومهم بالنسبة لطرفي العقد الإداري سواء كان شخص المدين جهة الإدارة المتعاقدة أم المتعاقد معها، ويجب عليه أن يتمسك به، قبل مراجعة القضاء لطلب فسخ العقد، هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى ففي رأينا أنَّه في حالة فسخ العقد بسبب إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها، قد لايحتاج لتوجيه إنذار من المتعاقد إلى الإدارة عند مطالبته فسخ العقد، لأن الإدارة مسؤولة بالدرجة الأولى عن المحافظة على سير المرافق العامة والمصلحة العامة بإنتظام حين أبرم العقد من أجله لتقدم الحاجات للمواطنين، لذلك على الإدارة أن تلتزم بتنفيذ التزاماتها في العقد بدقة، حتى إن لم تؤد إلى مسؤوليتها التعاقدية بسبب عدم التزامها بهذا الاجراء .

الخاتمة: إن أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها في نهاية الدراسة هي ما يأتي:-

1- بموجب الأحكام التي تحكم على إفلاس المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد الإداري، تقع على الإدارة المتعاقدة المسؤولية التعاقدية إذ خالفت فيه، حيث إذا قامت بفسخ العقد بدون أن يعجز المتعاقد من الناحية المالية، فتصرفها غير مشروع، ويجب أن تعوض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به عن هذا الفسخ.
2- إرتكاب الخطأ الجسيم من قبل المتعاقد، وتوجيه الإنذار من الإدارة إلى متعاقد معها هما شرطان أساسيان وضروريان لإستبعاد المسؤولية التعاقدية على الإدارة تجاه المتعاقد معها عند الفسخ القضائي للتعاقد، لذلك ينبغي عليها أن تتقيد بهما.
3- إذا توفي المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، فالإدارة لها السلطة التقديرية في إنهاء العقد بين خيارين أم السماح بإستمرار ورثته في تنفيذ العقد أو بفسخ العقد إذا توفرت ضمانات لحسن تنفيذه، أما إذا إمتنعت الإدارة عن هذه الإستمرارية بقصد إتمام عملية التعاقد مع شخص آخر، فتصرفها غير قانوني، ويؤدي إلى مسؤوليتها التعاقدية، أما عند إفلاس المتعاقد فإن الإدارة لها السلطة الوجوبية في إنهاء العقد، كما هو الحال في القوانين المصرية والعراقية التي تحكم على التعاقدات الحكومية، بخلاف القانون الفرنسي الذي يرى أن لها سلطة جوازية.
4- إنَّ مسؤولية الإدارة المتعاقدة المترتبة عن إنهاء العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة، هي المسؤولية التعاقدية دون الخطأ،لأن الإدارة لها الحق في إنهاء العقد متى، رأت في أي وقت تشاءت أن العقد لافائدة فيه المصلحة العامة، وتترتب عليها المسؤولية التعاقدية عند ممارسة سلطتها في إنهاء العقد الإداري بسبب خطأ المتعاقد معها دون أن تتقيد بشروط وضوابط خاصة بالإنهاء.
5- إن الاعتبارات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة لها دور مهم في تنفيذ العقد الإداري، لذلك على الإدارة في بداية عملية إبرام العقد أن تتأكد من قدراته اللازمة لتنفيذ العقد، من أجل المحافظة على سير المرفق العام بإنتظام وتحقيقاً للمصلحة العامة.
6- إنَّ إلتزام الإدارة بشروط إسقاط التزام الملتزم، كارتكاب الملتزم خطأ جسيماً، والإنذار المتعاقد من قبل الإدارة قبل إسقاط الإلتزامه، و بصدور الحكم القضائي الخاص به في عقد الالتزام بالمرافق العامة، ذلك تؤدي إلى إستبعاد الإدارة من مسؤوليتها التعاقدية تجاه الملتزم معها.
7- إن الانذار إجراء ضروري مهم بالنسبة لطرفي العقد عند إنهاء العقد الإداري سواء كان الشخص المنذر جهة الإدارة المتعاقدة أم المتعاقد معها، أما في حالة الفسخ القضائي للتعاقد بسبب اخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها فلا يحتاج توجيه الانذار من المتعاقد إلى الإدارة عند مطالبته فسخ العقد، لأن الإدارة مسؤولة بدرجة أولى عن المحافظة على سير المرافق العامة والمصلحة العامة بانتظام حيث أبرم العقد من أجله وتقدم حاجات للمواطنين، فلذلك على الإدارة أن تلتزم بتنفيذ التزاماتها في العقد بدقة.

التوصيات:

1- نوصي المشرع العراقي بالزام جهة الإدارة بإضافة نص إلى قوانين خاص بالتعاقدات الحكومية، يتضمن تسبيب قرار فسخ العقد من قبل الإدارة، لأن التسبيب في قرار فسخ العقد الإداري يعد ضماناً مهماً للمتعاقد مع الإدارة، ويفيد القاضي عند رقابته على الاسباب التي دفعت الإدارة إلى فسخ العقد .
2- نوصي المشرع العراقي والكوردستاني بتنظيم وضع وفاة المتعاقد مع الإدارة، بواسطة نص في شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية لإنهاء العلاقة العقدية كما هو الحال في دفتر الشروط العامة في فرنسا، أو في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، وهذا نقص يجب أن يعالج ، بإصدار قانون خاص بتنظيم التعاقدات الحكومية وتحدد حقوق المتعاقد والتزاماته في العلاقات العقدية .

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب القانونية:

1. د. إبراهيم محمد على، أثار العقود الإدارية، دارالنهضة العربية للنشر، الطبع الثانية، القاهرة، 2003
2. د. أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية و دار النهضة العلمية، مصر _الامارات، 2016.
3. د. حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية،2007.
4. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس، مصر، 1991.
5. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر،1963.
6. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار العراق لطبع والنشر، بغداد، 1980.
7. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام. التنفيذ. المنازعات، الإبرام، تنفيذ، المنازعات، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
8. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤلية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.
9. د. عبدالعليم عبدالمجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
10. د. عبدالله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2010.
11. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، الآحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية " دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، مطبعة السيماء ، بغداد، 2015
12. د. فاروق أحمد خماس، ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، بدون مكان النشر، بغداد، 1992.
13. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الكتب لطباعة والنشر، بغداد، 1996.
14. د. محمد رفعت عبالوهاب، مبادىء وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2015.
15. د. محمد عبدالله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
16. د. محمد كامل ليلة، نظرية تنفيذ المباشر في القانون الإداري دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء، دار الفكر العربي للنشر، بدون سنة طبع وبلد نشر.
17. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
18. د. مصطفى عبدالمحسن الحبشى، الوجيز في عقود البوت،B.O.T، دار الكتب القانونية ، مصر، 2008.
19. د.مفتاح خليفة عبدالحميد، د. حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون الإدارية " دراسة مقارنة" دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2013.
20. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها،" دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2010
21. يونس إسماعيل حسن كه ردى، أحكام الفسخ في العقود الإدارية " دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي، الأسكندرية،2015.
22. د. ذنون سليمان يونس العباددي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، 2015.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

1. أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق، مصر، بدون سنة تقديم.
2. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة منتوري، الجزائر، 2012.
3. حذيفه عادل عبدالكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة) بين تشريع الأردني و العراقي رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.
4. خالد مصطفى حواطمة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها" دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، 2003.
5. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2003.
6. السلال سعيد جمعة الهويد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1994.
7. ماجد بن عتيق الزهراني، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة يرموك، الأردن، 2014.
8. مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة بين قانون المصري والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015.
9. محمد صلاح عبدالبديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة الزقازيق، مصر، 1993.
10. نصرالدين مصطفى محمد،سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة التحدي، ليبيا، 2008.
11. هنادي فوزي حسين، رقابة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015.
12. هند أحمد موسى أبو مراد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري _ دراسة مقارنة_ رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 1999.
13. يوسف موسى نوري حوامدة، سلطة الإدارة في الرقابة على عقود الأشغال العامة في القانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الأسلامية، سودان، 2012.
14. وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000.
15. صفوت عبدالرحيم ريدي إسماعيل، الآثار المترتبة على سلطة الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد الإداري(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، قاهرة، 2013.

ثالثاً: المجلات القانونية

1. د. رفاه كريم زورقي كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، جامعة بابل، العدد3، 2016.

رابعاً: المواقع الألكترونية

1. نسيم بني عامر، فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة، بحث منشور على الموقع الالكتروني الآتي:- https://www.mohamah.net/law/ ، في تاريخ زيارة 2018/10/3.

المجلد (4) – العدد(1) , حزيران 2020
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

2. بارة كريمة رزاق، الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية، و زينب سالم، الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، ملخص بحثان منشوران في موقع الالكتروني الآتي https://www.asjp.cerist.dz تاريخ الزيارة 2019/8/7.

خامساً: القوانين

2. شروط المقاولة لإعمال الهندسة المدنية في العراق.
3. وثائق المناقصة القياسية لتنفيذ الأشغال 2016 في إقليم كورستان من قبل وزارة التخطيط.
4. قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
5. قانون تنظيم المناقصات التي تبرمها الجهات العامة رقم(128) لسنة 2018 في مصر.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/4.1.5