الكلية : القانون

القسم او الفرع :

المرحلة: الثانية

أستاذ المادة : م.د. أحمد كامل

اسم المادة باللغة العربية :القانون الاداري

اسم المادة باللغة الإنكليزية : Administrative law

اسم المحاضرة الخامسة عشر باللغة العربية: تعريف العقد الإداري وخصائصه

اسم المحاضرة الخامسة عشر باللغة الإنكليزية : Definition of administrative contract and its characteristics

محتوى المحاضرة الخامسة عشر

ان العقد الاداري لا يعدو في الظاهر عن كونه اتفاق ارادتين او اكثر على انشاء التزامات وهو بهذا المعنى لا يختلف عن العقد المدني ، كما أن اركان العقد المدني من (تراضي، محل ، سبب) بالإضافة الى شروط صحة الرضا والمحل والسبب والتي تتفق في جزء كبير منها مع الشروط المقررة لذلك في العقود المدنية (فهو اتفاق ارادات تنشأ عنه التزامات) الا أن العقود الادارية تختلف عن العقود العادية من حيث احكامه وشروطه ومركز طرفيه فالعقد الاداري (هو العقد الذي تبرمه الادارة بقصد انشاء او تنظيم او تسيير مرفق عام وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام) وعلى هذا تمتاز العقود الادارية بعدة معايير او خصائص كما ميزها الفقهاء سناتي على شرحها تباعاً وهي :

اولاً: ان تكون الادارة طرفاً في العقد الاداري.
ثانياً: ان تأخذ بأساليب وامتيازات القانون العام في العقد الاداري.
ثالثاً: ان يتصل العقد بمرفق عام من حيث انشاؤه او تنظيمه او تسييره.

اولاً: ان تكون الادارة طرفاً في العقد الاداري: لكي يعد القرار ادارياً يشترط ان يكون احد طرفيه شخصاً من اشخاص القانون العام لأن العقد الذي يتكون من طرفيه من اشخاص القانون الخاص لا يمكن ان يعد عقدا ادارياً ، ويجب ان يكون الشخص المعنوي العام طرفاً في العقد كأن يكون الدولة او شخصاً اقليمياً كالمحافظة والقضاء والناحية، وقد يكون الشخص المعنوي شخصاً مرفقياً كالمنشآت العامة والشركات العامة المملوكة للدولة.

ثانياً: أن تأخذ الادارة بأساليب وامتيازات القانون العام في العقد: لا يعد العقد ادارياً الا اذا ظهر ان الادارة قد استعملت امتيازاتها وسلطاتها العامة وارادة الادارة في اختيار اساليب القانون العام وتتضح من خلال وضع شروط غير مألوفة ، فميزة العقود الادارية أن طرفيه ليسوا متساويين في مركزيهما على خلاف عقود القانون الخاص القائمة على حرية التعاقد وتساوي الارادات، لذلك تحتفظ الادارة في تنفيذ العقد بامتيازات استثنائية تناقض مبدأ

المساواة بين المتعاقدين مثل : ادخال تعديلات على العقد اثناء التنفيذ او فسخ العقد او فرض غرامات تأخيريه على المتعاقد مع الادارة او دفع تأمينات، وقد تتمثل الشروط غير المألوفة في السماح للمتعاقد مع الادارة باستعمال وسائل السلطة العامة كحق نزع الملكية للمنفعة العامة.

ثالثاً: أن يتصل العقد بمرفق عام من حيث انشاؤه أو تنظيمه أو تسيير: أن فكرة المرفق هي الاساس لمبادئ القانون الاداري ، فالعقد الذي يبرمه شخص اداري عام يكون عقداً ادارياً اذا تضمن مساهمة المتعاقد في تنظيم او تسيير مرفق عام حتى لو لم يتضمن وغير مألوف ، علماً أن محكمة التمييز في العراق تأخذ بهذه العناصر مجتمعة لإضفاء صفة الاداري على العقد.

الفرع الثاني: طرائق ابرام العقود الادارية

ان هناك اسباب املت اعطاء الادارة صفة العلوية والقوة في مركز المتعاقد في العقود الادارية الا أن المشرع في الوقت ذاته فرض قيود على حرية الادارة في التعاقد وفي اختيار من تتعاقد معهم واتباع الطريق الذي رسمه القانون وغاية المشرع من ذلك تحقيق اهداف ثلاثة هي:

1- تحقيق اكبر وفر مالي للخزينة العامة بالزام الادارة باختيار صاحب العطاء الافضل من حيث الشروط المالية.

2- مراعاة مصلحة الادارة وبذلك بتمكينها من اختيار اكفأ المتعاقدين.

3- حماية الموظف المسؤول عن اختيار المتعاقد.

وتتبع الادارة عادة احد الطريقين الآتيين:-

اولاً: المناقصات والمزايدات العامة: هذين النوعين هما من اكثر طرق ابرام العقود الادارية استخداماً من قبل الادارة ويلزمها المشرع في كثير من الحالات في التعاقد في سبيل حماية المصالح المالية للإدارة بتمكينها من اختيار افضل العطاءات من حيث الشروط المالية، وعن طريق المناقصة تختار الادارة المتعاقد الذي يتقدم باقل عطاء اي الذي يطلب من الادارة الاقل عندما تكون هي من تدفع، اما المزايدة فتهدف الى الحصول على اكبر عطاء وتكون الادارة قابضة للأموال مثل بيع وايجار اموالها وتمر عملية التعاقد عن طريق المناقصة والمزايدة بعدة مراحل هي:

1- الاعلان: اول خطوة في عملية التعاقد بالمناقصة او المزايدة هي الاعلان عنهما، وقد نظمت القوانين والانظمة والتعليمات كيفية الاعلان وما يجب أن يتضمنه فقد حددت قانوناً شروط الاعلان عن المناقصة من حيث اسم المناقصة و رقمها ومكانها ومقدار التأمينات ومواعيد غلق المناقصة، اما عن المزايدة العلنية فقد حدد قانون بيع

وايجار اموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 النافذ بانه يجب الاعلان عن المزايدة العلنية في صحيفة يومية وان يتضمن جميع اوصاف المال ويوم المزايدة، ويجب الاشارة الى ان الاعلان ليس اكثر من دعوة للتعاقد في المزايدات والمناقصات فالإعلان لا يعد ايجاباً من جانب الادارة انما يتجسد الايجاب خلال قبول عطاء المتقدم من قبل الادارة .

2- تسلم العطاءات وتحليلها: يتقدم الراغبون بعد اطلاعهم على الاعلان او علمهم بوجود المناقصة بعطاءتهم الى الجهة المختصة باستلامها في الفترة المحددة لذلك في اغلفة مغلقة بعد ذلك تتولى لجنة مختصة تسمى (لجنة فتح العطاءات) فتحها بعد انتهاء الوقت المحدد لقبول العطاءات ، وتنظم محضراً بتحليل العطاءات من خلال تدقيق تفاصيله وتقدم رأيها في افضل عطاء الى الجهة المختصة بإرساء المناقصة ، اما المزايدة العلنية فان العطاءات فيها تقدم في اغلب الاحوال شفاهاً عن طريق المناداة.

3- ارساء المناقصة او المزايدة: على الادارة في المناقصة او المزايدة العامة ان تختار افضل عطاء وهذه قاعدة اساسية في العقود الادارية وهي (قاعدة الارساء على افضل عطاء)، وفيما يخص المناقصة فان الارساء ليس المرحلة النهائية

في عملية التعاقد اذ يجب المصادقة من قبل الادارة المختصة وابرام العقد يتم بعد ارساء المناقصة او المزايدة لان المصادقة هي قبول لا يجاب المتقدم بالعطاء.

ثانيا: الاختيار المباشر (الممارسة: الاختيار المباشر او الممارسة طريقة من الطرائق التي تتبعها الادارة للتعاقد وهذه الطريقة تعطي للإدارة حرية من تتعاقد معه مباشرة دون مناقصة فتختار المتعاقد معها بالاتفاق دون اللجوء الى الطرائق الاخرى لعدم جدواها او لعدم ملائمتها لموضوع العقد، كان يكون الاختيار لشخص او لشركة تتوفر فيها مزايا او مؤهلات لا يوجد لها منافس اي تحتكر انتاج او قدرا لا تتوفر في البقية.

<u>تنفيذ العقد الاداري</u>

أن العقد الاداري كما قلنا سابقاً بانه اتفاق بين الادارة والمتعاقد معها يحدث التزامات معينة هي الاثار القانونية لهذا الاتفاق ، وبعد اتمام هذا الاتفاق من المفروض ان يقوم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ التزاماته المحددة في العقد، اذ يلتزم المتعاقد مع الادارة شخصياً بتنفيذ العقد ولا يجوز له ان يحل غيره في تنفيذ التزاماته، واذا اراد التعاقد بهدف تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد الاداري فان عقوده هذه يجب ان تقترن بموافقة الادارة ، فالإدارة تتمتع بمركز يختلف عن مركز المتعاقدين في العقد المدني، اذ يمنحها القانون الاداري سلطات وامتيازات كثيرة لا يرى منها في عقود القانون الخاص، وهذه السلطات والامتيازات ترجع الى ضرورات تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة وبالمقابل فان العقد الاداري يضمن للمتعاقد الاخر حقوقه المالية ، وهذا ما يسمى بالتوازن المالي للعقد لذا فان تنفيذ العقد الاداري تحكمه سمتان اساسيتان ، هما في الحقيقة جوهر اختلاف النظام القانوني للعقود الادارية عن النظام القانوني لعقود القانون الخاص وهذه السمتان:

اولاً: ان الادارة تتمتع تجاه المتعاقد معها بسلطات لامثيل لها في عقود القانون الخاص.

ثانياً: أن النظام القانوني للعقود الادارية يضمن للمتعاقد مع الادارة تعويضاً عادلاً عن كل تدخل من جانب الادارة وحددت ظروف تجعل تنفيذ التزامه مرهقاً وهذا ما يسمى بالتوازن المالي للعقد.

وعليه سنناقش هذه السمات تباعاً ونقسما الى فرعين:

الفرع الاول: أن الادارة تتمتع تجاه المتعاقد معها بسلطات لامثيل لها في عقود القانون الخاص:

وهذه السلطات او الامتيازات التي تتمتع بها الادارة يسوغها اتصال عقودها الادارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها ، ولا يمكن للمتعاقد مع الادارة ان يحتج بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لا نها لا تنطبق على العقود الادارية كونها تتصل بالنظام العام واهم سلطات الادارة وامتيازاتها تجاه المتعاقد هي :

1- حق الرقابة والتوجيه.

2- حق تعديل العقد.

3- حق توقيع جزاءات على المتعاقد.

4- حق انهاء العقد.

وسنتعرض اليها بالتوالي:

1- حق الرقابة والتوجيه: للإدارة الحق في مراقبة تنفيذ العقد للتأكد من مطابقة التنفيذ لشروط العقد ، فعلى سبيل المثال في عقود المقاولات العامة يكون من حق الادارة ان تقوم بوساطة فنييها ومراقبيها بمراقبة مراحل التنفيذ اولاً بأول ، وتعيين من يمثلها في الرقابة وهو (المهندس المقيم) او (دائرة المهندس المقيم) التي تتولى رقابة

الجوانب الفنية والمالية للتنفيذ ، ويمكن لممثلي الادارة اعطاء اوامر وتوجيهات الى المتعاقد(المقاول) بشأن طريقة التنفيذ او نوعية المواد المستخدمة وكمياتها.

2- حق تعديل العقد: على خلاف المألوف في العقود المدنية فان للإدارة حق تعديل شروط العقد وفرض التزامات جديدة على التعاقد معها او انقاص التزاماته دون رضاه، وهذا الحق اساسه في متطلبات تسيير المرافق العامة التي من مبادئها الاساسية قابليتها للتطوير، قود جاء ذكر هذا الحق في تعليمات شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لعام 1987 التي اعطت المهندس المعين من صاحب العمل (الادارة) اجراء اي تغيير في شكل ونوعية المواد، على ان حق الادارة في تعديل شروط العقد ليس حقاً مطلقاً يشمل جميع الشروط وبدون اي قيد اذ يجب ان تراعي المصلحة المالية للمتعاقد معها اي ضمان التوازن المالي للعقد بمعنى اعطاء المقاول مقابل التعديلات التي اجرتها.

3- حق توقيع جزاءات على المتعاقد: للإدارة سلطة واسعة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته ومن صور هذا الاخلال الاهمال في التنفيذ او سوء التنفيذ او الغش او التأخير عن المواعيد المحددة، وتختلف الجزاءات التي تفرض في العقود الادارية عن الجزاءات التي تفرض في العقود المدنية في كل مما يأتي :

أ- ان هذه الجزاءات لا تفرض فقط تعويضاً عن كل ضرر وانما تتجه الى التنفيذ الفعلي للعقد خدمة للمصلحة العامة.

ب- ان حق توقيع الجزاء هو حق معترف به قانوناً حتى لو لم ينص عليه في العقد.

ج- ان هذه الجزاءات تفرض بالإرادة المنفردة دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء لأثبات الخطأ في جانب المتعاقد معها.

د- للمتعاقد مع الادارة حق الطعن امام القضاء في اجراءات الادارة في توقيع الغرامة.

وتقسم الجزاءات الى ثلاثة انواع من الجزاءات:

الجزاء الاول: الجزاءات المالية: ومن ابرز صورها (الغرامات التأخيرية) وهي مبالغ يذكر مقدارها في العقد كجزاء لإخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته فيذكر مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير وللإدارة حق استيفاء الغرامات التأخيرية بمجرد تأخر المتعاقد عن المواعيد المحددة ودون الحاجة لأثبات الضرر ومن ضمنها مصادرة التأمينات

وهي مبالغ يودعها المتعاقد لدى الجهة الادارية لتستوفي منها ما قد يترتب عليه من مبالغ مالية او المصادقة في حالة نكوله عن التعاقد بعد رسو المناقصة او المزايدة عليه.

الجزاء الثاني: الجزاءات الجنائية: اجاز المشرع العراقي للإدارة فرض بعض الاجراءات والتدابير التي من شأنها تقييد حرية المتعاقد معها ضمناً لحسن تنفيذ المتعاقد مع الادارة، ومنها سابقاً صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1333 لسنة 1984 والذي اعطى صلاحية حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد عن اسبوعين من قبل الوزراء ومن في درجتهم والمحافظين في حالة ثبوت تقصير المقاول الا ان هذا الجزاء اصبح يتعارض مع ضمانة دستورية ، وهي الفقرة ب من المادة (37) من دستور العراق التي نصت على انه (لا يجوز توقيف احد او التحقيق معه الا بموجب امر قضائي) .

الجزاء الثالث: وسائل الضغط الاخرى: تمتلك الادارة وسائل ضغط عديدة قد تستخدمها بهدف اجبار المتعاقد معها وتلبية متطلبات سير المرفق العام بانتظام واطراد ومنهت حق الادارة في تنفيذ العقد على حساب المتعاقد الاصلي في حالة امتناعه عن التنفيذ ، او تنفيذ العقد من قبل الادارة بأن تحل محل المتعاقد معها، و وضع المقاول على القائمة السوداء في حالات معينة.

4- حق انهاء العقد: ومن السلطات التي تتمتع بها الادارة حق انهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة اذا رأت ان المصلحة العامة تتطلب ذلك، وللإدارة ممارسة هذا الحق دون حاجة للنص عليه في العقد وحتى دون ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ، وللمتعاقد في حالة فسخ العقد من قبل الادارة اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتعويض الكامل عما اصابه من ضرر وما فاته من كسب وبهذه الطريقة ينتهي العقد نهائياً.

الفرع الثاني : ان النظام القانوني للعقود الادارية يضمن للمتعاقد مع الادارة تعويضاً عادلاً عن كل تدخل من جانب الادارة: تحكم حقوق المتعاقد مع الادارة النظرة اليه على انه مساعد للإدارة في تسيير المرفق العام فاذا كانت الادارة تتمتع بعد ابرام العقد بكل هذه الحقوق والسلطات، فمقابل اعطاء الادارة هذه الصلاحيات والحقوق التي اشرنا اليها فان المشرع ضمن للمتعاقد معها حقوقه التي تتضمنها شروط ، او التي تنشأ من ممارسة الادارة

لسلطاتها ، او بسبب ظروف طارئة وغير متوقعة ، وقد بنى القضاء الاداري عدة نظريات لحماية المتعاقد مع الادارة من ابرزها:

(نظرية فعل الامير، نظرية الظروف الطارئة، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)

اولاً: نظرية فعل الامير: قد يتعرض المتعاقد لمخاطر جمة ناجمة عن عمل من اعمال الادارة المشروعة وهي ما تسمى بالمخاطر الادارية ، فاذا اتخذت السلطة العامة اجراء ادى الى زيادة الاعباء المالية اللازمة لتنفيذ شروط العقد ، ويستوي في ذلك ان يكون العمل الذي اتخذته الادارة قراراً عاماً ام فردياً، فانه يمكن للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بتعويض ما اصابه من زيادة في الاعباء المالية اللازمة لتنفيذ شروط العقد.

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة: أن زيادة الاعباء المالية للمتعاقد مع الادارة قد يكون بسبب ظروف طارئة لا علاقة للإدارة بها لذلك ابتدع القضاء الاداري في فرنسا نظرية الظروف الطارئة وهي ظروف خارجة عن ارادة طرفي العقد وغير ممكنة التوقع عند ابرامه قد تطرأ في اثناء تنفيذه وتؤدي الى اخلال جسيم في التوازن المالي للعقد وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً ، اما اذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلاً فنكون في هذه الحالة امام قوة قاهرة تمكن المتعاقد من التحلل من التزامه، وقد اجاز القضاء الاداري في حالة حدوث مثل هذه الظروف الطلب من الادارة اعادة التوازن المالي للعقد ومساعدة المتعاقد في تحمل اثار الظروف الطارئة لكي يستمر التنفيذ ، وقد اخذ القانون المدني العراقي في المادة (146) فقرة (2) والتي نصت على (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) واستناداً الى هذه المادة فان نظرية الظروف الطارئة اصبحت مقررة في العراق بالنسبة للعقود الادارية والمدنية.

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: وهي ايضاً من النظريات القضائية الهادفة الى حماية المتعاقد وضمان استمراره في عمله لخدمة المرفق العام وتقوم هذه النظرية على تعويض المتعاقد مع الادارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها في اثناء التنفيذ وتجد هذه النظرية تطبيقها بوجه خاص في عقود الاشغال العامة (المقاولات) وعلى المتعاقد في هذه الحالة الاستمرار في تنفيذ التزاماته مقابل تحمل الادارة النفقات الاضافية الناجمة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة عند ابرام العقد.

<u>انتهاء العقد الاداري</u>

يقصد بانتهاء العقد توقفه عن انتاج الاعمال التي تتولد عن تطبيقه ،وفي انتهاء العقد يتوقف العقد عن انتاج الاعمال التي تتولد عن تطبيقه ، ولانتهاء العقد الاداري طرق مختلفة فأما ان تتم بإيقاف الطرفين او بالإرادة المنفردة للإدارة، وعلى هذا الاساس يمكن ان تقسم نهاية العقد الاداري الى ما يأتي:

اولا: النهاية الاعتيادية للعقد الاداري.

ثانياً: النهاية المبتسرة (غير الاعتيادية) للعقد الاداري.

وعليه سنناقشها تباعاً:

اولاً: النهاية الاعتيادية للعقد الاداري: ينتهي العقد الاداري نهاية اعتيادية في الحالات الاتية وهي قيام كل طرف بتنفيذ التزاماته واتمام موضوع العقد وقامت الادارة بالوفاء بالتزاماتها اتجاهه فينتهي العقد بإتمام موضوعه ، و وفاء كل طرف بما عليه وفي عقد التوريد اذا قام المتعاقد بتوريد البضاعة المتفق على توريدها بموجب الشروط المحددة في العقد، وقامت الادارة بدفع المقابل المتفق عليه وحسب شروط العقد انتهى موضوع العقد بانتهاء المدة المحددة لإنتاج اثاره وحلول الاجل المحدد لتوقفه عن انتاج اثار جديدة.

ثانياً: النهاية المبتسرة (غير الاعتيادية) للعقد الاداري: العقد الاداري قد ينتهي نهاية مبتسرة قبل اتمام موضوعه وقبل حلول الاجل المحدد له، وهذه النهاية تتضمنها صور الفسخ المختلفة للعقد الاداري وهذه الحالات هي غير الحالات التي تضمنها القانون لأنهاء العقد قبل اتمامه ومن اهم انواعه:

1- الفسخ الرضائي: وفيه يتفق الطرفان على انهاء العقد و وضع حد لالتزاماتها بموجبه .

2- الفسخ بقوة القانون: يحدث الفسخ في بعض الاحيان بقوة القانون ويتحقق عند قيام الواقعة التي حصل بسببها الفسخ ويكون الفسخ تاماً مع تعويض المتعاقد في بعض الاحيان ومن الحالات التي يتم فيها انهاء العقد بقوة القانون مثل هلاك محل العقد ويمكن ان يحصل هذا الهلاك بسبب حدث خارجي مثل تدمير المحل في اثناء العمليات الحربية، وينبغي لحصول الفسخ في هذه الحالات ان يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية غير ممكن التحقيق بصورة نهائية او قاطعة ، كما يمكن ان يقع الفسخ بقوة القانون بموجب نص في العقد ذاته كان ينص على انه اذا وقع امر معين ينتهي العقد بقوة القانون.

3- الفسخ القضائي: ويتم عن طريق القضاء المختص بالنظر في منازعات العقد الاداري بناءً على طلب احد طرفي العقد، والفرضيات التي يمكن ان يتدخل فيها القضاء لأنهاء العقد يمكن حصرها في ثلاث:

أ- الفسخ القضائي بسبب حصول قوة قاهرة عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً بسبب قوة قاهرة.

ب- الفسخ القضائي بسبب الاخلال بالتزامات تعاقدية وهذا الاخلال قد يقع من الادارة وعلى الادارة هنا تعويض المتعاقد بسبب اخطائها، وقد يقع الاخلال من المتعاقد ويحكم عليه بالتعويض.

ج- الفرضية الثالثة والاخيرة هي ان يحصل الفسخ القضائي لموازنة حقوق الادارة وامتيازاتها في التدخل في العقد وتعديله بإرادتها المنفردة ، فعندما تتجاوز الادارة الحدود الطبيعية والمعقولة للتعديل فانه بإمكان المتعاقد معها اللجوء الى القضاء لطلب الفسخ.

4- الفسخ الاداري: يشكل حق الفسخ الاداري للعقد تجدى السمات الاساسية التي تميز العقد الاداري عن عقود القانون الخاص، وهي من الامتيازات التي تتمتع بها الادارة في علاقاتها التعاقدية بموجب نظرية العقد الاداري بحقها في فسخ العقد باردتها المنفردة سواء نص على ذلك في العقد ام لم ينص والمعيار الذي يحدد عملية الفسخ من عدمه من قبل الادارة هي المصلحة العامة.