مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: المستجدات القانونية في مجال إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لطرفيه (دراسة مقارنة في التشريع الفرنسي والعراقي)
اسم الكاتب: علي يونس إسماعيل، محمد سليم محمد امين
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8527
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 03:30 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية



المجلد 19، العدد 3
محرم 1444 هـ / سبتمبر 2022م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

https//:doi.org/10.36394 / jls.v19.i3.14

المستجدات القانونية في مجال إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لطرفيه (دراسة مقارنة في التشريع الفرنسي والعراقي)

علي يونس إسماعيل

كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة دهوك

كوردستان - العراق

محمد سليم محمد امين

جامعة السليمانية التقنية

كوردستان - العراق

تاريخ الاستلام: 19-07-2020 **تاريخ القبول: 28-09-2020**

ملخص البحث:

عالجت الدراسة مسألة مهمة من مسائل إنهاء تنفيذ العقد الإداري، وهي الإنهاء المبكر للعقد قبل تمام المدة المحددة للتنفيذ وقبل إتمام جميع الالتزامات المتعاقد عليها، وذلك من خلال قرار منفرد بالإنهاء تتخذه الإدارة في الغالب بإرادتها المنفردة من غير الرجوع إلى الطرف المتعاقد من القانون الخاص أو الإستئناس برأيه في ذلك، و قد يتخذه المتعاقد من القانون الخاص أيضاً – وفق تطور حديث في فرنسا في السنوات الأخيرة- ولكن ضمن شروط محددة تحديداً دقيقاً. لذلك جاءت الدراسة لتوضيح آخر التطورات القضائية والتشريعية بهذا الخصوص، مستندة إلى أهم أحكام مجلس الدولة في هذا المجال ولا سيما الحديثة منها، مع تحليل أهم النصوص التشريعية التي تناولت تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة في كل من فرنسا والعراق. وتوصلت الدراسة إلى عدة استنتاجات أهمها، ان سلطة قاضي العقد لم تعد منحصرة في مجرد النظر بإمكانية تعويض المتعاقد مع الإدارة عن قرار الأخيرة بالإنهاء المبكر للعقد، بل صار له سلطة الحكم بإلغاء قرار الإنهاء ومن ثم إستئناف العلاقات العقدية إذا لم يتعارض ذلك مع المصلحة العامة. كما وقدمت الدراسة عدداً من المقترحات أهمها، أنه بسبب النقص الواضح في تنظيم إجراءات العقود الإدارية في العراق وخاصة في مجال إنهاء تلك العقود، اقترحت الدراسة ضرورة إصدار قانون خاص ينظم جميع أحكام العقود الإدارية في العراق حفاظاً على مبادئ نظرية العقد الإداري وتعزيزاً لها، تحدد فيه حالات الإنهاء بنصوص صريحة وواضحة، مع ضرورة إعطاء نظر الاختصاص بمنازعات تلك العقود للقضاء الإداري، ومسايرة آخر التطورات والمستجدات التشريعية والقضائية التي سلكها المشرع الفرنسي وقضاؤه الإداري في هذا الشأن.

الكلمات الدالة: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، التشريع الفرنسي والتشريع العراقي، تعديل العقد، القوة القاهرة، سلطة القاضي الإداري، الولاء العقدي.

المقدمة:

من المعلوم إن القانون الإداري من أكثر فروع القانون عرضة للتطور وقبول المستجد، فنظرياته ومبادئه هي متجددة دائماً، وتخضع للتطورات الإدارية والاقتصادية والسياسية في الدولة. ولعل موضوع الدراسة من أهم تلك المواضيع التي أصابها التطور والتحديث في النواحي المشار إليها، بما يفسح المجال للخوض فيه.

أولا: أهمية البحث: إذا كانت هنالك دراسات فقهية تناولت موضوع إنهاء العقد الإداري بالارادة المنفردة، فإن أغلبها – إن لم نقل كلها- قد تناولته كسلطةً من السلطات التقليدية للإدارة في العقد الإداري، يمكن لها أن تستعين بها في مرحلة تنفيذ العقد في حالات محددة، غير أن الأمر في حقيقته لم يعد كذلك، بل تطور بشكل غير مسبوق، سواء من حيث حرية الإدارة في استخدام تلك السلطة أم من حيث تشعب وازدياد حالاتها بالنسبة لها، أم من حيث إمكانية الطرف الأخر في إنهاء العقد الإداري بإرادته المنفردة.

ثانيا: أسباب إختيار موضوع البحث: نظراً لكون القواعد التي تنظم عملية إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، هي قواعد مستمدة – حالها حال أغلب قواعد القانون الإداري- من أحكام القضاء الإداري، فوجدنا من المهم الخوض في هذا الموضوع، ولا سيما أن المشرع الفرنسي قد قنن أغلب قواعد هذا النوع من الإنهاء في تقنين العقود العامة الفرنسي الجديد (Code de la commande publique)[1]، بشكل يعزز أركان نظرية العقود الإدارية. وفي المقابل لم نتلمس موقفاً تشريعياً واضحاً من الموضوع في العراق، فضلا عن نقصٍ بين في الأحكام القضائية الخاصة بالعقود الإدارية بشكل عام والإنهاء المنفرد بشكل خاص، الأمر الذي جعلنا نبحث في الموضوع من أجل الوقوف على ما هو مستجد في هذا الشأن، ومن ثم تقديم مقترحات كفيلة لمعالجة النقص الحاصل في التشريع العراقي حول الموضوع.

ثالثا: مشكلة البحث: تظهر مشكلة البحث في عدم وضوح الموقف القضائي الحديث الذي انتهجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري، والذي

(1) تم نشر هذا القانون في 5 كانون الأول 2018 في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية. وبدأ نفاذه في 1 نيسان 2019. ويضم 1747 مادة قانونية في نسخته الأولية. مقسماً العقود الخاضعة لأحكامه إلى نوعين رئيسيين: هما عقود المشتريات العامة، وعقود الامتياز، وبصرف النظر عن تسميتها. وهو يتألف من جزءين:

الأول- جزء تشريعي مرفق بالأمر المرقم 2018 - 1074 المؤرخ 26 تشرين الثاني 2018 مكوناً الجزء التشريعي من قانون العقود الإدارية .

الثاني- جزء تنظيمي مرفق بالمرسوم رقم 2018 - 1075 المؤرخ 3 كانون الاول 2018 مكوناً الجزء التنظيمي من قانون العقود الإدارية .

برز من خلال بعض الأحكام القضائية المهمة والحديثة بهذا الخصوص، وذات الأثر في شرط الولاء للعلاقات التعاقدية واستقرارها من ناحية أولى، والاعتراف بمشروعية البنود العقدية التي تنص على حق المتعاقد مع الإدارة في الإنهاء المنفرد للعقد من ناحية ثانية، الأمر الذي ألحق تطوراً ملحوظاً بشروط إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة. إضافة إلى الموقف التشريعي الذي جاء به تقنين العقود العامة الفرنسي الجديد في معالجته عدداً من حالات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بشكل يخالف ما كان مستقراً عليه في الأحكام القضاء الإداري التقليدية.

رابعا: فرضية البحث: إذا كان إنهاء العقد من الامتيازات التي تملكها الإدارة العامة في مرحلة تنفيذ عقودها الإدارية، فطبقاً للمستجدات القانونية التي طرأت في هذا المجال أضاف القضاء الإداري والمشرع حالات جديدة للإنهاء، وذلك وفق إجراءات وشكليات محددة، وكما وأصبح للطرف المتعاقد من القانون الخاص أيضاً إنهاء العقد بإرادته المنفردة من خلال إدراج الشروط الخاصة بذلك في العقد.

خامسا: نطاق البحث: بما أن فكرة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة هي من نتاج وإبداعات القضاء الإداري الفرنسي، فإن نطاق بحثنا سيكون منصباً على دراسة هذا النوع من الإنهاء في القانون الفرنسي قضاءً وتشريعاً ومقارنته - كلما تطلب الأمر- مع القانون العراقي. وعلى هذا فإن الدراسة ستقتصر على مسألة الإنهاء الإنفرادي للعقد الاداري في مرحلة تنفيذ العقد دون المراحل الأخرى التي يمكن أن تمر بها عملية إبرام العقود الإدارية.

سادسا: منهجية البحث: لقد جرى تناول الموضوع من خلال منهجية علمية تحليلية مقارنة، إذ سيتم تناول الموضوع من خلال التركيز على تحليل نصوص تقنين العقود العامة الفرنسي و أحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بمسألة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، والأمر ذاته بالنسبة لتحليل النصوص التشريعية الحاكمة في هذا المجال في العراق، ومن ثم المقارنة بين الموقف التشريعي والقضائي في النظامين القانونيين كلما وجدنا ضرورة علمية تستدعي ذلك .

سابعا: هيكلية البحث: انطلاقا من عنوان البحث فإننا سنقسمه إلى ثلاثة مباحث، سنتناول اتساع صور إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فنتناول فيه إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد مع الإدارة، أما المبحث الثالث والأخير فسنتناول فيه إجراءات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، والاعتبارات التي بات القضاء يأخذها في الحسبان وهو ينظر الدعوى بشأن منازعات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

المبحث الاول: ازدياد حالات الإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة

إن الحالات التقليدية أو الكلاسيكية لإنهاء العقد الإداري كانت تقتصر على حالتي الإنهاء للمصلحة العامة ولخطأ جسيم يرتكبه المتعاقد مع الإدارة، غير إن المشرع الفرنسي قد ضمّن تقنين العقود العامة صوراً أو حالات جديدة للإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة، كانت تعد سابقاً صوراً للإنهاء بقوة القانون، وهي كل من : الإنهاء بسبب القوة القاهرة، والإنهاء لفقدان المتعاقد شخصيته القانونية، يضاف لها حالة جديدة للإنهاء الانفرادي من الإدارة تتصل باستحالة التعديل القانوني للعقد. وهذا ما سنتناوله في المطالب الثلاثة أدناها :

المطلب الاول: إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة بسبب القوة القاهرة

القوة القاهرة هي أي حدث خارجي عن إرادة المتعاقدين، لا يمكن مقاومته أو دفعه، ولا يمكن التنبؤ به، يجعل من المستحيل تنفيذ جميع أو بعض الالتزامات التعاقدية[1]. وبهذا فهي تختلف عن الظرف الطارئ؛ إذ أن هذا الأخير لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً؛ فلا يمكن للمتعاقد أن يستند إليه للتحرر من إلتزامه في التنفيذ وانقضاء العقد، إنما ينحصر حقه في المطالبة بالتعويض[2].

ولم يستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على موقف واحد أزاء نظرية القوة القاهرة، ولم يقدم لنا جواباً واضحاً بشأن السؤال عن : هل أن العقد ينتهي بقوة القانون في حالة توافر القوة القاهرة أم أنه يعد نوعاً من أنواع الإنهاء القضائي؟. الأمرالذي دفع البعض إلى القول بأن للقوة القاهرة وضعا خاصا في نطاق العقود الإدارية، مستندين إلى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي توسع في معنى القوة القاهرة، بحيث صار لها معنيان مستمدان من هذه الأحكام [3].

المعنى الاول: وهو المفهوم التقليدي المتعارف عليه للقوة القاهرة، وهي تلك القوة القاهرة التي تضع المتعاقد مع الإدارة في وضع يستحيل معه استحالة مطلقة، استمراره في تنفيذ العقد، سواء أكان العقد من عقود المشتريات العامة أم من عقود الالتزام، ومن ثم

(1) Yoan VOLPELLIÈRE. L’obligation de résultat de l’Administration. Droit. Université Montpellier، 2015.P 249.

(2) Martine LOMBARD et gille Dumont، droit administratif، 8 édition، hyber cours dalloz، 2009، p.289.

(3) ينظر: د. السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، (القاهرة : المركز القومي للدراسات القانونية، 2016)، ط1، ص :511.

فهي صورة من صور إنهاء العقد بقوة القانون[1].

المعنى الثاني: وهي فكرة القوة القاهرة الإدارية، هذه الفكرة التي تجمع بين خصائص نظرية الظروف الطارئة وبين خصائص نظرية القوة القاهرة، فالصعوبات التي يواجهها المتعاقد في النظرية الأولى هي ذات طبيعة مؤقتة، تلتزم الإدارة بمساعدة المتعاقد معها لحين انتهاءها، وعودة التوازن المالي للعقد من دون أن يكون له الحق في طلب إنهاء العقد قضائياً[2]. في حين أن الصعوبات في نظرية القوة القاهرة، والتي تجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً هي ذات طبيعة غير مؤقتة، أي مستمرة، فتجيزحينئذ طلب إنهاء العقد قضائياً. ومن ثم فإن نظرية القوة القاهرة بمفهومها هذا، تجيز للطرفين الحق في طلب فسخ العقد قضائياً. وهذا الموقف أكده المجلس في أحكام لاحقة، مبيناً أن المتبع في حالة القوة القاهرة هو حق الطرفين في الرجوع إلى القاضي وطلب فسخ العقد[3].

بيد أن فكرة القوة القاهرة الإدارية هنا تفيد بأنه: إذا حدث ظرف طارئ جعل من تنفيذ العقد مرهقاً بشكل أدى إلى قلب اقتصاديات العقد، وتبين أن العقد الإداري لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة، وأنه أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة، فتصبح نظرية الظروف الطارئة بهذا الخصوص في حكم نظرية القوة القاهرة. بمعنى إذا استمر الظرف الطارئ من غير أن يكون في الوسع تقويمه، فإنه سيتحول إلى صورة من صور القوة القاهرة التي تبرر إنهاء العقد[4]. ومن ثم يمكن التفرقة بين الإنهاء الذي يطلبه المتعاقد، والإنهاء الذي يطلبه الشخص المعنوي العام. ففيما يتعلق بالنوع الأول من الإنهاء، فإنه يتعين على المتعاقد اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بإنهاء العقد للقوة القاهرة، فنكون أمام فسخ قضائي. أما بالنسبة للشخص المعنوي العام فإنه يستطيع إنهاء العقد بقرار منه إستناداً إلى القوة القاهرة، فنكون هنا أمام إنهاء إداري بالإرادة المنفردة[5].

---

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (القاهرة : دار الفكر العربي، 2012)، ص: 641.

(2) محمد علي الطائي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مجلة القضاء، 1982، العدد (الأول/الثاني/الثالث/ الرابع)، بغداد، ص: 87 .

(3) Conseil d'État، SSR.، 14 juin 2000، Commune de Staffelfelden، n 184722، publié au recueil

(4) Conseil d'État، 9 décembre 1932، Compagnie des tramways de Cherbourg، n 89655، publié au recueil Lebon.

ورد في قرار المجلس أنه " خلافًا للنصوص الجوهرية للعقد ... لم يعد تنفيذ الخدمة قابلاً الاستمرار ... والوضع الناشئ الجديد هو حالة قاهرة ويخول (الطرفين) أن يطلبا من القاضي إنهاء العقد"

(5) ينظر في هذا الرأي: الفقيه الفرنسي (André de LAUBADDÉRE)، نقلًا عن: الطماوي، المصدر السابق، الصفحة نفسها.

ويبدو أن تقنين العقود العامة الفرنسي قد أخذ بهذا المعنى الثاني للقوة القاهرة، أي القوة القاهرة الإدارية، و ساوى بين سلطة الإدارة في إنهاء عقود المشتريات العامة وعقود الالتزام، لينص بشكل صريح في المادتين (2 - L.2195) و 2 - L.3136)) منه على حق الشخص المعنوي العام في إنهاء العقد في حالة القوة القاهرة.

إذ تنص الأولى بخصوص عقود المشتريات العامة على حق المشتري في إنهاء العقد في حالة القوة القاهرة، بينما تنص الثانية بشأن عقود الالتزام على أنه يجوز للسلطة المانحة إنهاء عقد الالتزام أيضاً بتوفر القوة القاهرة. وهذا الموقف التشريعي الذي أعطى الحق للإدارة بإنهاء العقد في حالة القوة القاهرة، والذي يُبقي على حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء للحكم بفسخ العقد وإنهائه، يضع في الاعتبار الظروف الخاصة بالعقود الإدارية وضرورة استمرار الخدمة تجنباً لتوقف المرفق العام مهما كان الثمن. إذ أنه يجنب الإدارة اللجوء إلى القضاء وما قد يترتب على ذلك من تأخير يؤثر في سير المرفق العام. وفي مقابل ذلك لا يترك للمتعاقد مع الإدارة حرية تقدير ما يعد من قبيل القوة القاهرة. بل يجب عليه اللجوء إلى القضاء ورفع الامر اليه، للتأكد من أن ما يستند إليه المتعاقد هو حالة من حالات القوة القاهرة.

أما في العراق، فقد نظمت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية حالة القوة القاهرة كسبب لإنهاء العقد. ففي حالة نشوب حرب، يلتزم المقاول ما لم تُنهى المقاولة ببذل أقصى جهد لإكمال تنفيذ الأعمال، ولصاحب العمل الحق في أي وقت بعد نشوب الحرب أن ينهي المقاولة ومن تاريخ تبليغه المقاول تحريرياً بإشعار الإنهاء، أما في حالة الاتفاق السابق بين الإدارة والمقاول على تحديد تلك الحالات مقدما بأنها خارجة عن إرادة الطرفين، فيعد العقد منتهياً بحكم القانون، استناداً لأحكام المادة (67) من الشروط العامة للمقاولة[1]. وهنا نلحظ أن نهج المشرع العراقي يتوافق مع فكرة أو نظرية القوة القاهرة الإدارية الموجودة في فرنسا، إذ جعل من الظرف الطارئ (الحرب) بحكم القوة القاهرة، لأنه إذا كانت الحرب تجعل من الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً، غير أنها ظرف غير مؤقت، ومن غير المتوقع إستمرار تنفيذ العقد دون مساعدة الإدارة، لذلك أعطى لرب العمل(الإدارة) حرية إنهاء العقد.

غير أننا نرى موقفاً سلبياً للقضاء بهذا الخصوص من الناحية العملية، إذ غالباً ما يتدخل ويعطل الإجراءات ويؤخر إنهاء العقد، ومثال على ذلك الدعوى التي أعادتها محكمة التمييز إلى محكمة الموضوع، مع أن العقد محل نظر الدعوى يتضمن بنداً يتصل بصلاحية الإدارة في فسخ العقد على وفق حكم المادة (67) من الشروط العامة لمقاولات

(1) ينظر : الفقرتان (1) و (2) من المادة (67). من الشروط العامة العراقية لمقاولات اعمال الهندسة المدنية .

أعمال الهندسة المدنية، إذ يتذرع القضاء بعقيدة المشرع العراقي المعبر عنها في المواد القانونية المتعلقة بالإرادة المنفردة وسلطان الإرادة في القانون المدني، واعتبار العقد هو إرادة مشتركة بين الطرفين لا يجوز لأحدهم أن ينقضها وفقا للمادة (177) منه [1].

المطلب الثاني: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة لإستحالة تعديل العقد

ورد في تقنين العقود العامة الفرنسي، أنه يمكن للمشتري إنهاء العقد في "الحالة التي لا يمكن فيها استمرار تنفيذ العقد دون إجراء تعديل غير مصرح به في القانون فالانهاء هنا يكون بديلاً للتعديل [2].

وهذا معناه أن العقد إذا كان قابلاً للتعديل فلا يجوز للإدارة اللجوء إلى إنهاء العقد، بشرط أن يكون هذا التعديل قانونياً، أي من التعديلات التي يجيزها القانون. أما إذا كان تنفيذ العقد يتطلب تعديلاً بحيث لا يمكن الإستمرار في تنفيذه بدون هذا التعديل، وأن هذا التعديل لا تشمله الشروط الواردة في القانون، فهنا تقف سلطة الإدارة في التعديل ويبقى لها الخيار في إنهاء العقد. فما هي أنواع التعديلات التي نظمها القانون، والتي بخلافها لا يمكن للإدارة أن تعدل في العقد؟.

بادئ ذي بدء نقول أنه إذا كان موقف القضاء الإداري معروفاً من سلطة الإدارة في التعديل الاحادي، حينما إعترف لأول مرة بتلك السلطة للإدارة في حكم لمجلس الدولة عام[3]1902، وحدد شروطها في أحكامه المتعاقبة منشئاً بذلك نظرية متكاملة لتعديل العقود الإدارية [4]. فإن المشرع الفرنسي في تقنين العقود العامة الفرنسي لم يجِد عن النهج

(1) حيث جاء في قرار محكمة التمييز انه : " ولما كانت المحكمة لم تتطرق في حكمها الاستئنافي إلى طلب المدعي/ المميز عليه اضافة لوظيفته في عريضة دعواه فيما يتعلق بطلب فسخ عقد المقاولة، اذ كان يتعين عليها ان تقضي برد طلب الفسخ لان المقاولة تعتبر منتهية اعتباراً من تاريخ انتهاء مدة التنفيذ بحكم القانون وفي هذه الحالة يستلزم تعويض المقاول عن الاضرار الحقيقية التي تكبدها وفق الأسس المعتمدة في المادة (68) من الشروط العامة" . قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد 277 / هيئة مدنية موسعة/2013 في 16 / 9 / 2013 متاح على الموقع الإلكتروني:

https://www.hjc.iq/qview.1998 / 2020 / 7 / 7 تاريخ الزيارة

(2) Art. L. 2195 - 6 (marchés) et L. 3136 - 6 (concessions) du code de la commande publique.

(3) Conseil d'État، Section، 10 janvier 1902، Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen، n 94624، publié au recueil.

(4) Conseil d'État، SSR.، 2 février 1983، Union des transports urbains et régionaux، n34027، publié au recueil.et: CAA Nancy، 20 décembre 2007، Société Vivendi c.

القضائـي السـابق، ووضـع النصـوص الخاصـة بالتعديـلات التـي يجـوز لـلإدارة إجراءهـا فـي عقـود المقـاولات وعقـود الالتـزام مستنيراً بمـا سـبقه القضـاء بهـذا الخصـوص، إذ عـدد مجموعـة مـن التعديـلات الجائـزة أو المصـرح بهـا لـلإدارة، وهـي:

أ. **التعديـل بموجـب الشـروط العقديـة:** فيمكـن تعديـل العقـد عندمـا تكـون هـذه التعديـلات منصوصـاً عليهـا فـي المسـتندات التعاقديـة الأصليـة فـي شـكل شـروط أو بنـود مراجعـة (clauses de réexamen)، بمـا فـي ذلـك شـروط تغييـر الأسـعار أو الخيـارات الواضحـة، علـى أن تكـون هـذه الشـروط دقيقـة وغيـر غامضـة. ويجـب أن تشـير هـذه البنـود إلـى نطـاق تطبيـق وطبيعـة التعديـلات أو الخيـارات التـي يمكـن تصورهـا، والشـروط التـي يمكـن بموجبهـا اسـتخدام الحـق فـي التعديـل[1].

ب. **الأشـغال والتوريـدات والخدمـات الإضافيـة الضروريـة:** أجـاز القانـون تعديـل العقـد عندمـا تصبـح الأشـغال والتوريـدات والخدمـات التكميليـة، وبصـرف النظـر عـن قيمتهـا؛ ضروريـة وغيـر مذكـورة فـي العقـد الأصلـي، وأن يكـون تغييـر المتعاقـد غيـر ممكـن لأسـباب اقتصاديـة أو تقنيـة، وأن لا يتجـاوز مبلـغ التعديـل (50٪) مـن مبلـغ العقـد الأولـي . وفـي حالـة إجـراء العديـد مـن التعديـلات المتتاليـة، يجـب أن لا تتجـاوز نسـبة مبلـغ التعديـل النسـبة المذكـورة علـى كل تعديـل بشـكل منفـرد[2].

ج. **الظـروف الطارئـة:** يجـوز أن يتـم تعديـل العقـد عندمـا يكـون التعديـل ضروريًـا بسـبب الظـروف التـي لـم يتمكـن المشـتري الكفـوء مـن توقعهـا. وتطبـق فـي هـذه الحالـة الشـروط المذكـورة فـي البنـد (ب) فـي أعـلاه.

د. **اسـتبدال المتعاقـد:** يجـوز تعديـل العقـد عندمـا يسـتبدل المتعاقـد الأصلـي بمتعاقـد جديـد، وذلـك فـي حالـة تطبيـق شـروط المراجعـة أو الخيـار وعلـى وفـق مـا جـرى ذكـره فـي التعديـل بموجـب الشـروط التعاقديـة. أو فـي حالـة التنـازل عـن العقـد، شـريطة أن لا يترتـب علـى هـذا التنـازل أيـة تغييـرات جوهريـة أخـرى. كمـا ويجـب أن يسـتوفي المتعاقـد الجديـد الشـروط التـي وضعهـا المشـتري للمشـاركة فـي إجـراءات الإبـرام

Commune de Saint-Dizier، requête numéro 05NC00897، mentionné aux tables. Et: Conseil d'État، SSR.، 27 octobre 2010، Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes، Le Cannet، Mandelieu-la Napoule، n 318617، mentionné aux tables.

وللمزيد ينظر : د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيماً، (الإسكندرية : منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009)، ص: 58 .

(1) المادة (R.2194 - 1) من القانون.

(2) المواد (R.2194 - 4 – R.2194 - 2) من القانون.

الأولية[1].

ه. **التعديلات غير الجوهرية:** يمكن إجراء تعديل العقد عندما تكون التعديلات، وبصرف النظر عن قيمتها، غير جوهرية. ويكون التعديل جوهرياً يجيز الإنهاء حينما يتضمن شروطاً، لو أنها أدرجت في إجراءات الإبرام الأولية، لجذبَ المزيد من الراغبين بالتعاقد أو سمحت بقبول آخرين أو اختيار عرض آخر غير الذي تم اختياره. كذلك يعد جوهرياً حينما يعدل التوازن الاقتصادي (المالي) للعقد لمصلحة أحد المتعاقدين بطريقة لم تكن متوقعة في العقد الأصلي. والتعديل يعد جوهرياً أيضاً إذا نتج عنه تغيير كبير في محل العقد، أو أدى إلى استبدال المتعاقد الأصلي بمتعاقد جديد في غير الحالات المنصوص عليها في البند (د) أعلاه[2].

و. **التعديلات ذات القيمة المنخفضة:** أجاز القانون تعديل العقد، عندما يكون مبلغ التعديل أقل من (10 ٪) من مبلغ العقد الأصلي لعقود الخدمة والتوريد أو (15 ٪) من مبلغ العقد المبدئي لعقود الأشغال، ودون الحاجة إلى التحقق من استيفاء الشروط الخاصة بالتعديلات غير الجوهرية. على أن يأخذ المشتري في الحسبان تحديد مبلغ التعديلات عند إجراء العديد من التعديلات المتتالية، إذ عليه أن يأخذ في الحسبان المبلغ التراكمي لجميع التعديلات التي يجري تنفيذها [3].

أما بخصوص القانون العراقي، فقد ورد في المادة (878) من القانون المدني ذكراً للتعديلات بسبب الظرف الطارئ، والتعديل بسبب الأشغال التي أصبحت ضرورية. وأعطت الصلاحية بخصوص النوع الأول للقاضي دون رب العمل بتعديل السعر أو فسخ العقد. بينما أعطت الحق لرب العمل في النوع الثاني من التعديلات بإنهاء العقد إذا كان من العقود التي تبرم على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، مع تعويض المقاول تعويضاً كاملاً [4].

(1) المادة (6 - R.2194) من القانون.

(2) المادة (7 - R.2194) من القانون.

(3) المواد (9 - R.2194 - 8 - R.2194) من القانون.

(4) البند (2) من المادة (879) مدني.

وبالنسبة للشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة 1987، فقد نصت على حق الإدارة في التعديل، دون أن يربط بينها وبين حق رب العمل في إنهاء العقد [1].

أما القضاء العراقي، فقد سار على وفق أحكام القانون المدني في العديد من أحكامه معترفاً بحق الإدارة في تعديل العقد حتى من دون النص عليه في العقد، ولم يربط بين التعديل والإنهاء الإداري، مع ضرورة تعويض المتعاقد معها عما أصابه من أضرار نتيجة لأعمال الإدارة الإضافية والتعديلات التي أجرتها على العقد[2].

المطلب الثالث: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة بسبب توفر حالات الاستبعاد القانونية:

تنص المادة (4 - L.2195) بخصوص عقود المشتريات العامة على أنه : "عندما يتم وضع المتعاقد (المقاول)، وأثناء تنفيذ العقد، في إحدى حالات الاستبعاد المذكورة في المواد من 1 - L.2141) إلى 11 - L.2141))، يجب عليه إبلاغ المشتري على الفور بهذا التغيير في مركزه القانوني، ويمكن للمشتري إنهاء العقد لهذا السبب". كما ذكرت المادة (4 - L3136) بخصوص عقود الالتزام؛ إنه حينما يوضع المشغل الإقتصادي في حالة من حالات الإستبعاد المنصوص عليها في المواد من (1 - L. 3123) إلى (L. 5 - 3123)، وكذلك المواد من (7 - L. 3123) إلى 13 - L. 3123)) من تقنين العقود العامة، فإنه يجوز للسلطة المانحة، إنهاء عقد الالتزام لهذا السبب. وهذه الحالات في أكثرها تتصل بجرائم منصوص عليها في القانون، أو حالات أخرى يترتب عليها فقد الشخصية القانونية للمتعاقد مع الإدارة، والقانون تطلبها بدايةً شروطاً لمشاركة المرشح في إجراءات إبرام العقود العامة. ولا سيما في مرحلة تقديم الطلبات، وهي المرحلة التي تتضمن تقديم الطلبات من المرشحين، لغرض بيان توفر الشروط المطلوبة للتنافس على إبرام العقد، ويشترط للمرشح في هذه المرحلة إستيفاء شروط المشاركة؛ إذ إن هنالك عددا من المتطلبات الواجب توافرها للمشاركة، والتي يمكن أن تحددها القوانين أو أن تحددها الإدارة. ومن هذه المتطلبات القانونية :

أ. **المتطلبات العامة** : لقبول الطلبات والعروض المقدمة يجب على الشخص المعنوي العام المتعاقد التحقق من شروط المشاركة المتصلة بقدرات وكفاءات المرشحين، واللازمة للأداء الأمثل للعقد. وهذا يستوجب أن تتقيد الإدارة بأن تطلب منهم المعلومات والوثائق المتصلة بموضوع العقد، وكذلك المعلومات والوثائق

(1) ينظر : المادة (52) الفقرة (1) من الشروط العامة .

(2) حكم محكمة التمييز العراقية (22 - 23 / موسعة/1989) في 4 / 4 / 1989، مجلة القضاء، 1990، العدد الأول، بغداد، ص:216 .

المتعلقة بالقدرات المالية والقانونية للأشخاص المؤهلين للاشتراك. كما على الإدارة أن تطلب من الأشخاص المعنوية أن يذكروا في طلبهم أسماء للأشخاص الذين سيكونون مسؤولين عن تنفيذ العقد ومؤهلاتهم المهنية [1].

ب. **الوثائق التي يلتزم المرشح بتقديمها:** فقد أوجب القانون على المرشح أن يقدم إعلاناً للشرف وتعهداً رسمياً يثبت فيه أنه ليس محلاً لأي استبعاد من المشاركة في إجراءات التعاقد في عقود الالتزام، لا سيما تلك التي تتصل بجرائم جنائية حددتها المادة (L.3123 - 1) من القانون، كما ويجب أن يثبت في هذا التعهد سلامة ودقة جميع المعلومات والوثائق التي يقدمها، وخاصة تلك التي تتعلق بأهليته في ممارسة الأنشطة المهنية وقدرته الاقتصادية والمالية، أو قدراته التقنية الضرورية لتنفيذ العقد، وعندما يكون محل عقد الالتزام إدارة مرفق عام، فقد تشتمل هذه الشروط على كفاءة وقدرة المرشحين على ضمان استمرارية المرفق العام والمساواة بين المنتفعين أمام المرفق العامة[2].

كما ويلتزم المرشح بتقديم شهادة تسَلَّمُ للإدارة وللجهات المختصة، تؤكِد على أنه يستوفي جميع المتطلبات المتصلة بالمعلومات والوثائق المذكورة في المادة (L. 3123 - 2) من القانون، والمتصلة بصلاحية الشخص للمشاركة، وأنه غير مستثنى من الدخول في إجراءات الإبرام بسبب عدم دفعه للضرائب أو اشتراكات الضمان الإجتماعي [3].

أما في العراق، فعادة ما تصدر التعليمات والضوابط القانونية من وزارة التخطيط التي تحدد المتطلبات القانونية لدخول المناقصة [4]. أما في مرحلة تنفيذ العقد، فإن الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية العراقية، نصت على إمكانية سحب العمل من المقاول في بعض الحالات دون إنهائه، ومنها حالة إفلاس المقاول او إعساره أو قدم طلباً بذلك. أما بالنسبة لوفاة المتعاقد، فإنه وفي غياب النص الصريح بذلك، نرى أنه يمكن أن يصار إلى حكم المادة (888) من القانون المدني العراقي التي تجيز إنهاء المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل إعتبار.

---

(1) المادة (R.3123 - 2) من القانون.

(2) المادتان (R.3123 - 17)، (R.3123 - 16) من القانون.

(3) المادة (R.3123 - 18) من القانون.

(4) انظر (الفقرة أولا –س) من الضوابط رقم (1) الصادرة عن وزارة التخطيط . كذلك (الفقرة ثانيا –ي) من الضوابط رقم (2) الصادرة عن وزارة التخطيط، منشور في الوقائع العراقية بالعدد (4325) لسنة 2017. كذلك (م27 - رابعا) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين العراقيين رقم (3) لسنة 2009 .

المبحث الثاني: إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للمتعاقد مع الإدارة

إذا كان الإنهاء بالإرادة المنفردة حكراً للإدارة العامة، وأحد امتيازاتها في العقد الإداري في السابق، وحتى بداية العقد الثاني من هذا القرن، فإن الأمر لم يعد كما كان، وبدأ القضاء الإداري الفرنسي يعترف بإمكانية أن يتضمن العقد بنوداً تجيز للشريك المتعاقد مع الإدارة، أن ينهي العقد من غير أن يلجأ إلى القضاء في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية، وذلك ضمن شروطٍ حددها القضاء، وهذا ما سنتناوله في أدناه :

المطلب الاول: القاعدة العامة في قضاء مجلس الدولة

القاعدة العامة السائدة، هي أن الطرف المتعاقد مع شخص معنوي عام بموجب عقد إداري مطالب بضمان تنفيذ هذا العقد، ولا يمكنه الاستفادة من أوجه قصور الإدارة أو إخلالها بالتزاماتها العقدية من أجل التملص من التزاماته أو أخذ زمام المبادرة لإنهاء العقد من جانب واحد، وكان يستثنى من ذلك حالة القوة القاهرة[1]. غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج عن تلك القاعدة حديثاً، وسمح لأن يتضمن العقد شروطاً تمنح المتعاقد مع الإدارة إنهاء العقد من غير اللجوء للقضاء.

وكان ذلك في قضية بخصوص عقد جرى إبرامه بين متحف " الحضارات في أوروبا والبحر الأبيض المتوسط" (Mucem) التابع لوزارة الثقافة والاتصال، وشركة (Grenke) للتأجير المتخصصة في التصوير، تقوم بمقتضاه الشركة بشراء بعض معدات التصوير من مورد معين، وتأجيرها للمتحف لمدة زمنية محددة. ولما توقف المتحف عن دفع الإيجار قامت الشركة بإنهاء العقد من جانبها تطبيقاً للبنود العقدية التي وردت بهذا الخصوص والتي نصت على أنه: (في حالة التأخر أو التخلف الجزئي أو الكلي عن دفع ثلاثة إيجارات شهرية ... يجوز للمؤجر (الشركة) إنهاء العقد من تلقاء نفسها)، وطلبت دفع تعويض إنهاء الخدمة المتعاقد عليها وكذلك إعادة المعدات. ولما رفضت الإدارة (المتحف) تلبية طلبها بدفع التعويض، لجأت الشركة إلى محكمة ستراسبورغ الإدارية التي حكمت لصالح الشركة، وألزمت الإدارة بالتعويض وإعادة المعدات إلى الشركة. فتقدمت الإدارة بطعن استئنافي أمام المحكمة الإدارية للاستئناف في نانسي (Nancy)، والتي ذهبت بخلاف ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في ستراسبورغ، إذ ألغت حكم هذه الأخيرة الخاص بدفع التعويض، معللة قرارها بأن شرط الإنهاء بالإرادة المنفردة للمتعاقد مع الإدارة، وشرط التعويض في حالة الإنهاء المبكر للعقد هي شروط غير قابلة للتطبيق، كونها مخالفة للنظام

(1) **Conseil d'État، du 11 mars 1910، 16178، la Compagnie générale française des tramways publié au recueil Lebon**، et: Conseil d'État، 6 mai 1985، l'Association Eurolat la création et la gestion Crédit foncier de France، publié au recueil Lebon.

العام في العقود الإدارية. ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة للنظر في المسألة تمييزاً، كان عليه أن يحكم لأول مرة في مسألة حساسة تتمثل في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد من القانون الخاص وبمبادرة منه؛ إذ إن القاعدة العامة أنه لا يجوز للمتعاقد التنصل من التزاماته العقدية بمنأى عن رضا وإرادة الإدارة. غير أنه في المقابل، فإن شرط الإنهاء من جانب واحد يمثل ضمانة جوهرية للتوازن الإقتصادي للعقد فيما يتصل بالمتعاقد مع الإدارة، والذي يحقق استثماراً للمؤجر من خلال شراء بعض المعدات التي اختارها المستأجر وتأجيرها له [1].

وعليه فقد ورد في قرار المجلس بخصوص الطعن المقدم ضد قرار محكمة الاستئناف، أنه من الجائز للأطراف في عقد لا يكون محله تنفيذاً فعلياً لمرفق عام تضمينه شروطاً تجيز للشريك المتعاقد مع الشخص المعنوي إنهاء العقد في حالة إخلال الأخير وتجاهله لالتزاماته العقدية.

المطلب الثاني: شروط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد مع الإدارة

نظراً لحساسية موضوع إجازة الإنهاء الانفرادي للعقد من جانب المتعاقد من القانون الخاص، فقد تشدد مجلس الدولة في الشروط التي تسمح للمتعاقد بإنهاء العقد. ومن مراجعة حيثيات أحكام مجلس الدولة التي وردت في أعلاه نجد أنها قد حددت شروطاً يمكن تلخيصها فيما يأتي:

1. **أن يشتمل العقد على بند يسمح بالإنهاء الإنفرادي من جانب المتعاقد:** إن حظر إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد مع الإدارة، مع تحقق شرط عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته - أي تحقق مبدأ (استثناء عدم التنفيذ) - يُظهرُ بشكل واضح عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري. فالإدارة من جانبها تستطيع أن تلجأ إلى الإنهاء بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية[2]. لذلك يمكن أن يثار التساؤل بشأن إمكانية أن تسمح البنود العقدية للطرف المتعاقد

(1) Conseil d'État، 7ème / 2ème SSR، 08 / 10 / 2014، 370644، la société Grenke location، Publié au recueil Lebon، et: CAA de NANCY، 1ère chambre - formation à 3، 02 / 04 / 2015، 14NC01885، Inédit au recueil Lebon.

(2) Conseil d'état، 11 mars 1910، Tramways، préc.

بالرجوع إلى نص المادة (1217) من التقنين المدني الفرنسي يمكن لنا تعريف مبدأ استثناء عدم التنفيذ (L'exception d'inexécution) بأنه حق أحد أطراف العقد الملزم للجانبين بالتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية طالما لم يلتزم الطرف الآخر بواجبه في تنفيذ التزاماته المقابلة. وفي هذه الحالة يقف تنفيذ الالتزام مع بقاء العقد قائماً.

من القانون الخاص بإنهاء العقد في حالة عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها؟

ونظراً لعدم وجود موقف مبدئي واضح لمجلس الدولة بشأن هذا السؤال، كانت أحكام محاكم الموضوع متناقضة، فقد اعتبرت المحكمة الإدارية في نيس (Nice) أن الشريك المتعاقد مع الإدارة لا يملك سلطة الإنهاء من جانبه منفرداً " في حالة عدم وجود بند تعاقدي بهذا المعنى"[1]. بينما نجد حكم محكمة الاستئناف في نانسي ذهبت على العكس من ذلك معتبرة أن وجود مثل هذا الشرط يعد مخالفاً للنظام العام.

ومن أجل التغلب على هذه الإشكالية، فقد اعترف مجلس الدولة صراحة أنه "(...) من الجائز قانوناً للأطراف أن ينصوا في عقد (...)على الشروط التي بموجبها يجوز للشريك المتعاقد مع الشخص المعنوي العام إنهاء العقد في حالة إخلال الأخير بالتزاماته التعاقدية"[2].

2. **أن لا يكون محل العقد تنفيذاً فعلياً لمرفق عام:** يجب أولاً ألا يشمل البند التعاقدي الذي ينص على الإنهاء بالإرادة المنفردة للمتعاقد من القانون الخاص العقود التي يكون محلها تنفيذاً فعلياً لمرفق عام، أي تلك التي عهدت بإدارة المرفق العام إلى الطرف المتعاقد من القانون الخاص، أو التي يشارك بشكل فعلي في تنفيذها. ومن ثم يمكن القول أن مثل هذا الشرط يمكن تضمينه في العقود المبرمة لغرض تحقيق بعض احتياجات المرفق العام، أو العقود الأخرى غير المتعلقة بالمرفق العام، مثل عقود إشغال الدومين.

فمن المبادئ السائدة في القانون الفرنسي أنه لا يمكن للمتعاقدين أن يصدروا أحكاماً قضائية ضد الإدارة. كما يُحظر مبدئيًا على المتعاقد مع السلطة العامة الاستفادة من مبدأ الاستثناء بعدم التنفيذ التعاقدي، الذي يسمح لأحد الطرفين بالتخلي عن التزامه أو طلب إنهاء العقد بالاستناد إلى عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، ولا ريب أن هذا الحظر قائم على مبدأ استمرارية المرافق العامة[3]. لذلك درجت أحكام مجلس الدولة بشأن هذا الموضوع على التأكيد على الحظر بأنه: "الطرف المتعاقد المرتبط بشخص عام بموجب

(1) Voir sur ce point Tribunal Administratif du Nice، 20 oct. 2006، n°0201697، Société Sogeparc-CGST c/ Ville de Toulon، concl. Dieu، Cour Administrative d'Appel Marseille، 20 oct. 2008، n°06MA03464، Ville de Toulon c/ Vinci Park.

(2) Conseil d'État، la société Grenke location، préc.

(3) Arnaud SÉE. La résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant de l'Administration، La Semaine juridique - Entreprise et affaires، LexisNexis، 2014. ffhal-01674520.

عقد إداري مطالب بضمان تنفيذه، باستثناء حالات القوة القاهرة، ولا يمكنه الإدعاء بإخلال الإدارة أو تخلفها عن تنفيذ إلتزاماتها للتهرب من التزاماته التعاقدية أو أخذ زمام المبادرة لإنهاء العقد من جانب واحد "[1].

ومن ثم، فإنه ومن حيث المبدأ، هنالك من يعترض على هذا الم وقف أو الاتجاه القانوني المتزمت. فإذا كان احترام مبدأ استمرارية المرفق العام ضرورياً، غير أنه ليس من الضروري أن تكون جميع العقود الإدارية محلها مرفقاً عاماً، فهناك العقود الإدارية بتحديد المشرع، وهناك العقود الإدارية نظراً لاشتمالها على شروط استثنائية من القانون الخاص، ولكنها لا تتصل بالمرفق العام. فلا مانع أن تستفاد من مبدأ الاستثناء لعدم التنفيذ طالما أن المرفق لا يخضع لمبدأ استمرارية المرفق العام[2]. لذلك ظهر هناك من يناصر قبول استثناء عدم التنفيذ في العقود الإدارية، موضحاً أن مثل هذا التطور "سيرسل إشارة إيجابية قوية للمشغلين الاقتصاديين الذين يتعاقدون مع الإدارة، وخاصة أولئك والأجانب الذين يشعرون بالقلق الشديد" [3]. ومع ذلك فإن مجلس الدولة لم يتخذ هذه الخطوة، ولكنه قلل من شدة الحظر من خلال قبول إدراج بنود الإنهاء من جانب واحد بمبادرة من الشريك المتعاقد مع الإدارة.

3. **الإخطار المسبق:** في حالة وجود مثل هذه البنود في العقد، وتجاهل الإدارة لالتزاماتها، فلا يجوز للشريك المتعاقد من القانون الخاص الإنهاء من دون إشعار مسبق للشخص المعنوي العام، وذلك لمنحه المجال لمعارضة إنهاء العلاقات التعاقدية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، ولا سيما متطلبات سير المرفق العام. بمعنى أنه لا يجوز للطرف المتعاقد إنهاء العقد قبل أن يضع مسبقاً الشخص المعنوي العام في وضع يسمح له بمنع إنهاء العلاقات التعاقدية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وتنفيذ التزاماته المستمدة من متطلبات المرفق العام[4].

4. **عدم تعارض الإنهاء مع المصلحة العامة:** عندما ينهض سبب للمصلحة العامة

(1) CE، 7 juin 1929، Cie française des câbles télégraphiques : Rec. p. 654. - CE، 7 janv. 1976، Ville Amiens : Rec. p. 11. - CAA Bordeaux، 29 juill. 2010، n° 10BX00071، Sté Logistique Grand Sud-Ouest : Contrats-Marchés publ. 2010، comm. 352، obs. F. Llorens.

(2) Arnaud SÉE، préc.

(3) Philipe Terneyre، Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs، Mél. Labetoulle، Dalloz، 2007، p. 803.

(4) CAA de NANCY، 02 / 04 / 2015، préc.

ويتعارض مع قرار الشخص المعنوي الخاص بإنهاء العقد، فإنه يلتزم- والحالة هذه- بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، بل ومن الممكن أن يؤدي إخلاله بهذه الالتزامات إلى إنهاء العقد بسبب خطأه الحصري. ومع ذلك، يجوز له أن يطعن أمام القاضي في سبب المصلحة العامة الذي تدفع به الإدارة، والذي يتعارض مع قراره من أجل الوصول إلى إنهاء العقد.

وعندما لا تكون لدى الإدارة الوسيلة التي تستطيع بموجبها إجبار الطرف المتعاقد الذي كان قد أنهى العقد من جانب واحد دون الأخذ في الحسبان الشروط المذكورة أعلاه، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر الأخير بمواصلة تنفيذ العقد، تحت طائلة العقاب، شريطة أن يكون هذا الإجراء القضائي مفيداً، وتبرره حالة الاستعجال، وأن لا يحول دون تنفيذ أي قرار إداري، وأن لا يواجه صعوبة في التطبيق[1].

هذا ولا يوجد نص قانوني يجيز إنهاء العقد من قبل المتعاقد مع الإدارة في التشريعات المتعلقة بالتعاقدات الحكومية في العراق، كما لم نعثر على أية أحكام قضائية تساند موقف المتعاقد وإمكانية إنهائه للعقد الإداري حتى في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية، بل يحق له تقديم شكوى إلى القضاء، وفقاً للإجراءات التي بينتها المادة (12) من أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (87) لسنة 2004 .

المبحث الثالث: الإجراءات القانونية لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة

إن عملية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ولا سيما من جانب الإدارة، حالها حال أي تصرف قانوني آخر للإدارة، يمكن أن تحاط بإجراءات يكون مرجعها التشريع أو القضاء، والغاية منها الحفاظ على حقوق المتعاقدين من ناحية، وتحقيق الاعتبارات القانونية التي باتت تحكم عملية التعاقد من ناحية ثانية.

المطلب الاول: الإجراءات والشكليات:

هناك إجراءات وشكليات يلتزم الشخص المعنوي العام القيام بمراعاتهما من أجل مشروعية الإنهاء من جانبها، حيث يعد الإخطار من أهم الإجراءات السابقة على اتخاذ قرار الإنهاء، أما بخصوص الشكليات فيعد تسبيب قرار الإنهاء من أهمها، بالإضافة إلى بعض الشكليات الأخرى التي يجب أن يشتمل عليها قرار الإنهاء المنفرد:

1. **الإخطار:** غالباً ما تنص دفاتر الشروط الإدارية العامة على ضرورة توجيه

(1) Conseil d'État، 7ème chambre، 19 / 07 / 2016، 399178، la société Schaerer Mayfield France، Inédit au recueil Lebon.

إخطـار للمتعاقـد فـي عقـود المشـتريات العامـة. وعلـى الرغـم مـن أن دفاتـر الشـروط الخاصـة فـي عقـود المشـتريات العامـة قـد تنتقـص مـن هـذا الشـرط، فإنـه يستحسـن القيـام بهـذه الشـكلية، وخاصـة فـي حالـة الإنهـاء بسـبب الخطـأ[1].

كمـا ويشـترط هـذا الإجـراء فـي إسـقاط عقـود الامتيـاز أوعقـد الامتيـاز مـن الباطـن، شـأنها فـي ذلـك شـأن عقـود المشـتريات العامـة. وبالنتيجـة يجـب علـى السـلطة مانحـة الالتـزام توجيـه إخطـار إلـى الملتـزم الـذي أخـل بالتزاماتـه قبـل إنهـاء عقـد الامتيـاز، مـا لـم يكـن العقـد ذاتـه يسـتبعد مثـل هـذه الشـكلية[2]. ويشـترط فـي الإخطـار أن يُحـدِدَ بشـكل دقيـق صـور إخـلال المتعاقـد مـع الإدارة لالتزاماتـه، فالإخطـار الـذي لا يتضمـن تحديـداً واضحـاً لخطـأ المتعاقـد فـي عقـد الامتيـاز يجعـل مـن تلـك الأخطـاء غيـر ذي أثـر[3]. وإذا تخلـى الشـخص المعنـوي عـن آثـار الإخطـار بدايـة بـأن اسـتأنف المحادثـات مـع المتعاقـد مـن أجـل التوصـل إلـى حـل يسـمح بالاسـتمرار فـي تنفيـذ الأعمـال، فهـو ملـزم بإرسـال إخطـار رسـمي جديـد إلـى المتعاقـد المتعثـر قبـل اللجـوء إلـى إنهـاء العقـد[4].

ونظـراً لخصوصيـة النتائـج التـي تترتـب علـى الإنهـاء الإنفـرادي، فـإن القضـاء الإداري لا يتسـاهل فـي فـرض الإخطـار المسـبق علـى الجهـة الإداريـة، ويجـري إيصـال هـذا الإخطـار إلـى علـم المتعاقـد بـأي وسـيلة تسـمح بتحديـد تاريـخ اسـتلامه، سـواء أكان تسـليماً يدويـاً أم كان عـن طريـق إرسـاله مـع وصـل بالاسـتلام[5]. ولقـد وضـع القضـاء الإداري بعـض ضوابـط هـذا الإخطـار، مـن خـلال ضـرورة أن يشـتمل الإخطـار علـى أسـبابه، وأن يتـم تحديـد فتـرة زمنيـة معقولـة تسـمح للمتعاقـد بتصحيـح وضعـه العقـدي، وتحديـد نـوع الجـزاء الذي سـيفرضه الشـخص المعنـوي العـام فـي حالـة اسـتمرار المتعاقـد فـي الإخـلال بالتزاماتـه، أي إنهـاء العقـد العـام [6].

2. **الشكليات الخاصة بقرار الإنهاء:** فـي حالـة عـدم متابعـة المتعاقـد مـع الإدارة الإخطـار

(1) CAA de PARIS، 4ème chambre، 29 / 01 / 2019، 16PA03794، La société Morgan et Co، inédit au recueil Lebon

(2) CE، 12 novembre 2015، Société Le jardin d'acclimatation، préc.

(3) CE، 26 novembre 1993، 85161، SA du nouveau Port de Saint-Jean-Cap-Ferrat، mentionné dans les tables du recueil Lebon.

(4) Conseil d'Etat، 7 /10 SSR، du 8 février 1999، 168535، la ville de montelimar، mentionné aux tables du recueil Lebon

(5) CAA Lyon، 22 avril 2010، 08LY01996. SM3A، Inédit au recueil Lebon.

(6) Conseil d'Etat، 4 / 1 SSR، du 9 novembre 1988، 69450، Commune de Freistroff، inédit au recueil Lebon.

الرسمي، وعدم تصحيح وضعه القانوني خلال المدة المعينة، يجوز حينها للشخص المعنوي العام إنهاء العقد العام من جانب واحد. وقرار الإنهاء من جانب واحد يجب أن يكون مسبباً، كما ويجب أن يذكر القرار صراحة نوع الإنهاء وفقًا لما تم الإعلان عنه في الإخطار الرسمي وتاريخ سريانه. وهذه القواعد هي نفسها التي سيخضع لها قرار الإنهاء في إطار إسقاط الشخص المعنوي العام لعقد الامتياز[1].

ويجب أن يكون القرار مرفقاً بنسخة من بيان تصفية الحساب، يتضمن ديون المتعاقد وأرصدته بعد إجراء جرد للخدمات المنفذة. غير أن هذا البيان العام لتصفية الحساب لا يمكن أن يكتسب طابعًا نهائيًا؛ ويقف مانعاً أمام طلبات المتعاقد الذي تم إنهاء عقده، طالما تم رفع دعوى أمام قاضي العقد يطعن فيها بمشروعية الإنهاء وأساسه القانوني، وتهدف إلى تسوية المبالغ المستحقة[2]. ومن جهة أخرى قد يتعذر إنشاء هذا البيان المالي بالكامل في وقت اتخاذ قرار الإنهاء في عقد المشتريات العامة. ففي هذه الفرضية يستلزم الأمر، إجراء التسوية المالية للعقد الأصلي بعد الانتهاء الكامل من تنفيذ عقد المشتريات العامة البديل. إذ يمكن في هذه الحالة إجراء تصفية مؤقتة للعقد الأصلي [3].

والأثر المترتب على الإنهاء دون مراعاة ما ذكر من الأخطار والتسبيب، هو إلغاء قرار الإدارة بعيب الشكل، إلا إذا نص في العقد أو القانون على الإعفاء من الأخطار، وعندئذ يعفى المتعاقد من التعويضات المالية الباهظة المترتبة على جزاء الفسخ .

المطلب الثاني: منازعات إنهاء العقد من جانب واحد

إن منازعات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لا تقتصر هنا على حالات الإنهاء محل البحث، وإنما ستمتد لتشمل إضافة إلى ما تقدم الإنهاء للمصلحة العامة والإنهاء لخطأ المتعاقد مع الإدارة. فإذا صدر قرار من الشخص المعنوي العام بإنهاء العقد، جاز للمتعاقد من القانون الخاص التقدم بطعن ضد هذا القرار أمام قاضي العقد. ويقع ضمن سلطات القاضي في هذه الفرضية وبحسب جسامة العيب الذي يمكن أن يلحق قرار الإنهاء، إصدار حكمه بإلغاء قرارالإنهاء، أو إصدار أمر باستئناف العلاقات العقدية على أن لا تكون مدة العقد الأصلي قد انتهت، لأنه في هذه الحالة سيفقد قرار القاضي باستمرار العلاقات

(1) Articles (L. 211 - 2) et (L.211 - 3(du code des relations entre le public et l'administration.

(2) Conseil d'État، 7ème / 2ème SSR، 04 / 07 / 2014، 374032، la communauté d'agglomération، Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

(3) CAA de Marseille، 6ème chambre، 18 / 11 / 2019، 17MA03805، La société à responsabilité limitée Atec، inédit au recueil Lebon.

التعاقدية غرضه، كما يمكن للقاضي منح تعويض للمتعاقد، على أنه لا يمكن له الاستفادة من التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا الإنهاء في حالة ارتكابه أخطاء أثناء تنفيذ العقد[1].

كما أن طلب استمرار العلاقات التعاقدية سيجري رفضه من القاضي والإبقاء على قرار الإنهاء، فيما لو وجد أن دفوع المتعاقد للوصول إلى إلغاء هذا القرار ومن ثم استمرار العلاقات التعاقدية، تتصل بعيب ذات خطورة جسيمة يتصل بشكل خاص بالشروط التي أعطى بموجبها الأطراف رضاهم لإبرام العقد، والذي كان سيؤدي بالقاضي - فيما لو رفعت أمامه دعوى للطعن بصحة العقد- إلى إنهاء العقد أو فسخه، بعد تحققه من أن حكمه هذا لا يلحق ضرراً مفرطاً بالمصلحة العامة[2]. وهذا يعني أن قاضي العقد سيصادق على قرار الشخص المعنوي العام بإنهاء العقد من جانب واحد وإن اعتراه عيب، وسواء أكان المتعاقد من القانون الخاص هو من دفع بهذا العيب أم كان القاضي هو من توصل إلى ذلك من تلقاء نفسه، شرط أن يكون هذا العيب ذا خطورة جسيمة تتصل بركن الرضا في العقد، وكان من شأنه دفع القاضي- بعد تأكده من أن قراره لا يلحق ضرراً مفرطاً بالمصلحة العامة- إلى إلغاء العقد أو إنهائه فيما لو رفعت أمامه دعوى للقضاء الكامل بهذا الخصوص [3].

وعلى أية حال، يمكن للمتعاقد مع الإدارة الطعن بصحة قرار الإنهاء عن طريق دعوى للقضاء الكامل ترفع أمام القاضي وذلك خلال فترة شهرين تمتد من تاريخ تبليغه بالإنهاء. وسيتخذ القاضي قراره بالاعتماد على جسامة عدم المشروعية التي تلحق الإنهاء والأسباب التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ قرارها هذا. كما أنه سيأخذ في الاعتبار انتهاكات الطاعن المحتملة لالتزاماته التعاقدية، والأضرار التي قد يسببها إلغاء قرار الإنهاء للمصلحة العامة،

(1) Voir:

Conseil d'État، Section، 21 / 03 / 2011، 304806، la commune de Beziers، publié au recueil Lebon.

Conseil d'État، 7ème - 2ème SSR، 10 / 02 / 2016، 387769، la commune de Bandol، inédit au recueil Lebon.

Conseil d'État، 7ème et 2ème sous-sections réunies، 23 / 05 / 2011، 323468، la société d'aménagement d'isola، mentionné dans les tables du recueil Lebon.

(2) Conseil d'État، 3ème / 8ème SSR، 01 / 10 / 2013، 349099. la société Espace Habitat Construction، Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

(3) للمزيد بشأن منازعات العقود الإدارية ينظر: د. أيمن محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية، (القاهرة : دار النهضة العربية، 2017)، ص: 130 .

وعلى سبيل المثال الأضرار التي قد تنتج عن إبرام عقد جديد مع متعاقد جديد. ويجوز أن يكون طلب الإلغاء مصحوبًا بطلب وقف تنفيذ قرار الإنهاء أمام قاضي الاستعجال عندما تكون هنالك حالة استعجال تبرر ذلك[1].

أما في العراق فيلجأ رب العمل إلى مراجعة المحاكم العادية لإقامة دعوى قضائية لغرض إجبار المقاول على تنفيذ التزامه أو فسخ العقد، على اعتبار أن القضاء العادي في العراق هو الذي يختص بمنازعات إنهاء العقد الإداري، وذلك استنادا للفقرة ثانيا من المادة (12) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، غير أن طول الإجراءات وطرق الطعن المدنية تؤدي إلى إطالة أمد النزاع. وإذا كان الحكم القضائي فيه ضمانات قانونية أكثر ويتمتع بحجية الشئ المقضي فيه، إلا أن هذا التأخير قد يؤثر سلبا على المشاريع التي تمس حاجة المواطن والتي لا تتحمل بطبيعتها التأخير [2].

المطلب الثالث: الاعتبارات القانونية الحاكمة للقضاء عند نظر المنازعة القضائية:

كانت القاعدة الدارجة إلى وقت قريب هو أن القضاء ليس له سوى الحكم بالتعويض وهو ينظر الطعن المقدم من المتعاقد ضد قرار الإدارة بالإنهاء، غير أن تطور دور القاضي الإداري، في تقدير المصلحة العامة ومنع الإدارة من الاستخدام غير المشروع لسلطتها في الإنهاء، بات يأخذ في الحسبان عدداً من الاعتبارات القانونية التي تفرض عليه الذهاب أبعد من مجرد الحكم بالتعويض، فتوسعت سلطته ليشمل الحكم باستمرار العلاقات العقدية إذا وجد إن تلك الاعتبارات تتطلب ذلك، ولنا في الأحكام القضائية الأخيرة لمجلس الدولة خير معين في الوقوف على بعض التفاصيل بشان هذه الاعتبارات. ومنها:

1. **اعتبار استقرار العلاقات العقدية (متطلبات الولاء للعقد):** عندما يتقدم طرف في العقد الإداري إلى القاضي ويعرض عليه نزاعًا يتصل بتنفيذ العقد الذي هو طرف فيه، فإنه من حيث المبدأ يقع على عاتق القاضي تطبيق العقد، وذلك من أجل مراعاة متطلبات الولاء للعلاقات العقدية، ومن ثم الإسهام في تحقيق الاستقرار القانوني. فهذه الفكرة الأخيرة تعني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة وواضحة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، وهذا ينسحب بدوره على البنود العقدية، وضرورة تطبيقها وتأمين تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم[3].

(1) Article L521 - 1 du code de justice administrative.

(2) القاضي مهدي قدوري كريم، سحب العمل وفق الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الاتي : https://www.hjc.iq/view.2104 / تاريخ الزيارة 18 / 7 / 2020.

(3) للمزيد بشأن الإستقرار القانوني ينظر: د. يس محمد محمد الطباخ، الإستقرار كغاية من غايات القانون،

ومع ذلك، يجب على القاضي، حال وقوفه على صورة من صور عدم مشروعية العقد، سواء دفع بها أحد الأطراف أم توصل لها من تلقاء نفسه، وتتصل إما بالطبيعة غير القانونية لمحل العقد، أو بعيب ذا خطورة خاصة يتعلق بالظروف أو الشروط التي أعطت الأطراف بموجبها موافقتهم، استبعاد العقد بحيث لا يمكنه تسوية النزاع على أساس تعاقدي[1].

2. **الاعتبارات المتصلة بدعوى القضاء الكامل:** إن الدعوى التي يرفعها المتعاقد من أجل استئناف العلاقات العقدية ستلاقي قبولاً وترحيبا من قبل المتعاقدين من القانون الخاص، بل حتى من قبل القضاء ما لم يتبين للقاضي من خلال التحقيق أن الحكمة من مثل هذا الاستمرار سيكون خاليًا من الغرض، وبشكل لا يبقى للطاعن سوى الحق في تعويض عادل عن الأضرار التي لحقت به جراء إنهاء العقد[2]. ولهذا فقد أكد مجلس الدولة على أنه: حينما تحال دعوى للقضاء الكامل على القاضي، ويطعن رافع الدعوى في صحة إجراء من إجراءات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، ويطلب استئناف العلاقات التعاقدية، فللقاضي إذا ما وجد إن هذا الإجراء المطعون فيه قد شابه عيب من عيوب اللامشروعية، إما أن يحكم لصالح طلب المدعي، إذا قدر أن هناك سبباً يسوغ استئناف هذه العلاقات التعاقدية من تاريخ يحدده، طالما أن قراره هذا لن يكون غير ذي غرض أو موضوع، أو أن يحكم برد طلب المدعي، معتبراً أن العيوب الموجودة هي فقط من العيوب التي يمكن أن تفتح المجال للحق في التعويض لصالح مقدم الطلب[3].

وعدم المشروعية هذه التي يدفع بها الطاعن أو يكشف عنها القاضي من تلقاء نفسه، والتي يمكن أن تتصل بعدم قانونية مضمون العقد، أو أنها تتصل بعيب ذا خطورة جسيمة من نوع خاص وتتصل بالشروط التي من خلالها أعطت الأطراف قبولها لإبرام العقد، ومن ثم توجب على القاضي رفض الطلب باستئناف العلاقات العقدية، هي تلك التي كانت ستقود القاضي، فيما لو رفعت أمامه دعوى للقضاء الكامل ضد صحة العقد، وبعد الأخذ في الحسبان أن قراره لن يلحق ضرراً غير مسوّغ بالمصلحة العامة، إلى الحكم بإنهاء

(الاسكندرية : المكتب الجامعي الحديث، 2012)، ص : 2.

(1) Conseil d'État، Section، 21 / 03 / 2011، 304806، Commune de Béziers، Publié au recueil Lebon.

(2) Conseil d'État، 3ème / 8ème SSR، 01 / 10 / 2013، 349099، la société Espace Habitat Construction، Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

(3) CAA de Paris، 1ère chambre، 23 / 01 / 2020، 19PA01312، 19PA01313، 19PA01314، la société Mezzi et Fonderia، Inédit au recueil Lebon

العقد أو إلغائه[1].

3. **اعتبارات القضاء المستعجل:** القضاء المستعجل ذو أهمية بالغة، إذ قد تتطلب الضرورة اتخاذ قرار مستعجل يرد قاضي الأمور المستعجلة عدواناً بادياً للوهلة الأولى من أحد الخصمين على الآخر، أو يقرر إيقاف مقاومة من أحدهما على الآخر، وذلك حماية للأوضاع الظاهرة، أو يتخذ إجراء عاجلاً يصون به موضوع الحق أودليلاً من أدلة الدعوى دون التصدي لأساس القضية[2].

وبخصوص مجلس الدولة الفرنسي، فلم يخالف توجهه الجديد بخصوص سلطة القاضي في الحكم باستمرار العلاقة التعاقدية من عدمه في دعاوى القضاء المستعجل، ووضع لها بعض الضوابط، ففي حالة الطعن بقرار إنهاء العقد، فانه يكون حرياً بقاضي القضاء المستعجل رفض طلبات الطاعن التي تهدف إلى استحصال قرار قضائي بالاستمرار المؤقت للعلاقات العقدية، إذا ظهر بشكل واضح من الملف أن العقد قد شابه عيب كان سيؤدي بالقاضي إلى الحكم بإنهاء العقد أو إلغائه لو رفعت دعوى بهذا الخصوص، وبصرف النظر عن العيوب الأخرى التي من الممكن أن تعيب قرار الإنهاء ذاته [3].

كما ذهب المجلس إلى إلغاء قرار محكمة الاستئناف الإدارية كقاضي للاستعجال، والذي تضمن رفضاً لطلب الشركة بوقف تنفيذ قرار إلغاء العقد واستمرار العلاقات العقدية؛ موضحاً أنه إذا كانت المحكمة قد استندت في رفضها لطلب الشركة إلى أن إلغاء قرار إنهاء العقد أو وقف تنفيذه يلحق ضرراً بالمصلحة العامة التي توختها الإدارة من قرارها بإنهاء العقد، فإن المحكمة حصرت نفسها- بعد أن وضحت الشركة العيوب العديدة التي تشوب القرار المتنازع فيه- بالانتهاك الجسيم للمصلحة العامة في حالة وقف تنفيذ القرار الذي اتخذته الإدارة. وكان عليها البحث فيما إذا كانت العيوب التي احتجت بها الشركة ضد قرار الإنهاء ذات خطورة كافية يمكن أن يترتب عليها الحكم باستئناف العلاقات العقدية وليس فقط مجرد التعويض للشركة. أي إجراء موازنة بين جسامة هذه العيوب وبين إخلال الشركة بالتزاماتها العقدية وبين أسباب إنهاء العقد. فإذا تبين- بعد إجراء هذه الموازنة- إن استمرار العلاقات العقدية لم يكن من شأنها إلحاق ضرر مفرط بالمصلحة العامة مقارنة مع العيوب التي أبدتها الشركة وأسباب الإنهاء، يكون قرار المحكمة قد شابه الخطأ في

(1) Ibid

(2) ضياء شيت خطاب، القضاء المستعجل والقضاء الولائي في قانون المرافعات المدنية الجديد، مجلة القضاء، 1971، العدد الثاني، (نيسان، مايس، حزيران)، بغداد، ص8.

(3) Conseil d'État، 8ème - 3ème SSR، 17 / 06 / 2015، 389044، la société Les Moulins، Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

القانون. وعليه فإن وجود سبب للمصلحة العامة يتعارض مع استئناف العلاقات التعاقدية لا يمكن تقييمه بشكل مستقل عن خطورة العيوب التي تؤثر على قرار الإنهاء. وبالتالي، يكون من حق الشركة المطالبة بإلغاء قرار قاضي الإستعجال من غير الخوض في أسباب الطعن الأخرى[1].

ومن العيوب ذات الخطورة الجسيمة التي يمكن أن تنهض سبباً لصدور قرار من قاضي الاستعجال باستمرار العلاقات العقدية، ما ورد في حكم لمجلس الدولة بشأن الطعن المقدم ضد قرار إنهاء العقد الإداري، حين طلبت الشركة الضامنة لتنفيذ المرفق العام وقف تنفيذ قرار الإنهاء وتعليقه لحين النظر في الدعوى من قبل قاضي العقد وذلك تطبيقاً لنص المادة (1 - L.521) من قانون الإجراءات الإدارية. وذهب المجلس إلى أنه: " فمن جهة، للشريك المتعاقد موارد مالية ناتجة بشكل أساسي من تنفيذ العقد، وبالتالي، فمن المرجح أن يؤدي إنهاء العقد إلى الإضرار بشكل خطير ومباشر بوضعه المالي وكذلك يهدد استدامته، في حين أنه من غير المحتمل أن يؤدي الاستئناف الفوري للعلاقات التعاقدية إلى انتهاك حقوق الغير منذ أن وضع المرفق الذي ينفذه الشريك المتعاقد تحت الإدارة المباشرة للسلطة الإدارية. ومن جهة أخرى فمن شان الادعاء بأن الأخطاء التي تحتج بها الإدارة لا أساس لها من الصحة أن يخلق شكًا جدياً في صحة قرار الإنهاء المتخذ ويجب اعتباره على درجة من الخطورة الكافية التي تؤدي إلى ضرورة الاستئناف المؤقت للعلاقات التعاقدية". وعليه قرر المجلس تعليق أو وقف تنفيذ قرار الإنهاء وإستمرار العلاقات العقدية[2].

وفي العراق فإنه يمكن لمحكمة البداءة – كونها المحكمة المختصة- أن تسير على نهج قاضي الاستعجال في فرنسا عندما تنظر في طلبات الاستعجال تطبيقاً لنصوص قانون المرافعات المدنية التي تتلائم وطبيعة النزاعات المتصلة بالعقود الإدارية، ومنها على وجه الخصوص ما جاء في المادة (143) من ذلك القانون التي تعطي للغير ممن قطعت عنه خدمات المرفق العام تعسفاً، أن يطلب من القضاء المستعجل إعادتها وفقاً لأحكام القانون. وكذلك المادة (147) من القانون نفسه بخصوص الحراسة القضائية على المرفق، إذا ما قامت الإدارة باستخدام سلطتها في وضع المشروع تحت الحراسة في عقود الامتياز. فقد ورد في هذه المادة: "يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار إذا تجمع لديه من

(1) Conseil d'État، 7ème - 2ème chambres réunies، 25 / 01 / 2019، 424846، La société Uniparc Cannes، Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

(2) Conseil d'État، 7ème - 2ème SSR، 17 / 06 / 2015، 388433، Société Protectrice des Animaux « (SPA)، Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

للمزيد ينظر: د. عبد الغني بسيوني عبدالله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، (بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، 2007) ط2، ص57.

الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه، أن يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وإدارته ورده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه"[1] .

الخاتمة:

في خاتمة البحث توصلنا إلى بعض النتائج حول إنهاء العقد الإداري بإرادة أحد أطرافه كما أبدينا مقترحنا بهذا الصدد، وكالاتي :

أولا- الاستنتاجات:

من خلال دراسة التطورات الأخيرة في هذا المجال توصلنا إلى استنتاجات عدة، يمكن تلخيصها في الاتي:

1. إذا كانت الصورة التقليدية لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، تتجلى في الإنهاء للمصلحة العامة والإنهاء للخطأ الجسيم المرتكب من قبل المتعاقد معها، إلا أن المشرع الفرنسي تدخل وأضاف صوراً أخرى لهذا النوع من الإنهاء. وأهمها الإنهاء لاستحالة التعديل قانوناً والإنهاء بسبب القوة القاهرة والإنهاء بسبب فقدان المتعاقد شخصيته القانونية .

2. تعددت التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية في العراق، ما بين نصوص تشريعات عادية وتعليمات وشروط عامة وضوابط صادرة من وزارة التخطيط، غير أنها لم تخلق سوى فوضى تشريعية في مجال تلك العقود، ومن غير أن تقدم مبادئ أو قواعد عامة يمكن للمحاكم أن تعتد بها في دعاوى العقود التي تبرمها الإدارة.

3. لم تشر التشريعات العراقية صراحة إلى حق الإدارة بالإنهاء بناء على مقتضيات المصلحة العامة وضرورات سير المرافق العامة بانتظام واطراد في أي وقت ومن دون الحاجة إلى وجود خطأ من جانب المتعاقد و لم تحدد حالات ذلك الإنهاء الانفرادي .

4. خطى مجلس الدولة الفرنسي خطوة مهمة ووضع الخطوات الأولى لاتجاه جديد يجيز أن يتضمن العقد الإداري بنوداً تمنح المتعاقد مع الإدارة الحق في إنهاء العقد بمبادرة منه من غير الرجوع إلى القضاء، وهذا يمثل خروجاً واضحا وجلياً عن قضائها السابق في عدم جواز ذلك. غير أن المجلس قيد هذه الإجازة بشروط

(1) بشأن حل المنازعات العقدية ينظر المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة 2014.

صارمة.

5. إن هذا الاتجاه الحديث يسير نحو جعل الفسخ القضائي ليس أصلاً، بحيث لا يشترط التدخل القضائي المسبق للحكم بالفسخ، بل يكتفى فيه بأن يعلن أحد طرفي العقد إنهاء العقد متى توفرت الشروط اللازمة لذلك. أما التدخل القضائي فيكون لاحقاً لهذا الإعلان عن الإنهاء بالإرادة المنفردة، وذلك في حال لجوء الطرف الآخر إليه، معترضاً على هذا الإجراء الذي تم.

6. لم تعد سلطة قاضي العقد منحصرة في مجرد النظر بإمكانية تعويض المتعاقد مع الإدارة عن قرار الأخيرة بالإنهاء المبكر للعقد. بل صار له سلطة الحكم بإلغاء قرار الإنهاء ومن ثم استئناف العلاقات العقدية إذا لم يتعارض ذلك مع المصلحة العامة. وذلك من خلال دعوى القضاء الكامل.

7. إن القرار الإداري بإنهاء العقد من طرف الإدارة يخضع لإجراءات وشكليات معينة كالإخطار والتسبيب، وبخلافه يعد قرار معيباً قابلاً للطعن إلغاءً أمام قاضي العقد.

ثانيا - المقترحات:

1. إن ما يمر به العالم من موجة الخصخصة، تفرض الإهتمام الواسع بنظرية العقود الإدارية وإعطائها خصوصية أكثر بما يمنحها الاستقلالية الكافية عن نظريات العقود المدنية، وبما ينسجم ودورها المتواصل في خدمة المشاريع العامة ومقتضيات المصلحة العامة .

2. من أجل إنهاء النصوص المتعددة المنظمة لمسائل العقود العامة الإدارية في العراق، نرى ضرورة منح اختصاص النظر بمنازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري (محكمة القضاء الإداري) ومنحها السلطات الضرورية وهي تنظر في منازعات العقود الإدارية ولا سيما تلك المتصلة بتنفيذ العقد وإنهائه.

3. ضرورة إصدار قانون خاص ينظم جميع أحكام العقود الإدارية في العراق، بما يحافظ ويعزز من مبادئ نظرية العقد الإداري فيه، كما وتُحدَدُ فيه حالات ذلك الإنهاء بنصوص صريحة وواضحة بما لا يدع مجالا للتأويل كما فعل المشرع الفرنسي .

4. لحين إصدار القانون المشار إليه في النقطة ثالثا من المقترحات، نقترح ضرورة النص صراحة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 العراقي النافذ حاليا على الحالات التي يمكن فيها للجهة الإدارية أن تنهي العقود الإدارية بإرادتها المنفردة .

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً – الكتب العربية:

عفيفي، أيمن محمد. (2017). الوجيز في العقود الإدارية. القاهرة: دار النهضة العربية.

هنداوي، السيد فتوح. (2016). القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية (ط1). القاهرة: المركز القومي للدراسات القانونية.

الطماوي، سليمان. (2012). الأسس العامة للعقود الإدارية. القاهرة: دار الفكر العربي.

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2009). تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيماً. الإسكندرية: منشأة المعارف.

عبدالله، عبد الغني بسيوني. (2007). وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري (ط2). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

خماس، فاروق أحمد والدليمي، محمد عبدالله. (1992). الوجيز في النظرية العامة في العقود الإدارية. الموصل: دار الكتب للطباعة والنشر.

عبد البديع السيد، محمد صلاح. (1993). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (ط1). ب.م.ط .

الطباخ، يس محمد. (2012). الاستقرار كغاية من غايات القانون. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث.

ثانياً- البحوث :

الطائي، محمد علي. (1982). نظرية الظروف الطارئة واثرها علي تنفيذ العقد الإداري. مجلة القضاء، نقابة المحامين في العراق. السنة (37). العدد (الاول/الثاني/الثالث/ الرابع)85 - 97.

خطاب، ضياء شيت. (1971)، القضاء المستعجل والقضاء الولائي في قانون المرافعات المدنية الجديد. مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين في العراق، السنة (25)، العدد الثاني، (نيسان، مايس، حزيران)، 7 - 25.

ثالثاً- التشريعات :

أ- الفرنسية:

Code civile.

code de justice administrative.

code des relations entre le public et l’administration.

Code du commande publique.

ب- العراقية:

القانون المدني العراقي ذي الرقم 40 لسنة 1951 المعدل النافذ.

قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم 83 لسنة 1969 المعدل النافذ .

أمر سلطة الائتلاف المنحلة ذي الرقم 87 لسنة2004 .

تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ذي الرقم (1) لسنة 2008 العراقي الملغاة.

تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين العراقيين رقم (3) لسنة 2009 .

تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ذي الرقم (2) لسنة 2014 العراقي النافذ .

الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية 1987 .

رابعاً- المواقع الإلكترونية:

https://www.legifrance.gouv.fr/.
https://www.hjc.iq/view.2104.
https://www.hjc.iq/qview.1998 / .
www.weka.fr › actualité › confirmation.

Legal developments in the realm of terminating the administrative contract by the unilateral will of its contracting parties: A comparative study

Ali Younus Ismael

College of Law and Political Sciences - University of Duhok

Kurdistan Region - Iraq

Mohammed Saleem Mohammed Ameen

Technical Institute - Sulaimani Technical Institute

Kurdistan Region - Iraq

Abstract:

This study deals with the important issue of terminating the administrative contract. It examines the early termination of the contract before the completion of the period specified for its execution and before the completion of all contractual obligations through a unilateral decision of termination, mostly taken by the administration at its own will without reference to or consultation of the contracting party from the private law. This research, therefore, clarifies the latest judicial and legislative developments in this regard, based on the most important provisions of the Council of State in this field, namely the modern one, with an analysis of the legislative texts that dealt with this prerogative of Administration. Furthermore, the stufy indicates the most important administrative procedures the administration must follow while terminating the contract in this manner and the disputes arising thereon.

Keywords: Unilateral termination of contract, French and Iraqi legislation, contract amendment, force majeure, administrative judge's power, Contractual loyalty.