Al-rafidain of Law (ARL)
ISSN: 1819-1746
E-ISSN: 2664-2778
https://alaw.uomosul.edu.iq

Specific cases of withdrawal of work in general contracting contracts

Fawaz Khalid Abdul Aziz[1]
Nineveh Health Department
face2015yd77@gmail.com

Kedar Abdel Qader Saleh[2]
College of Law/ University of Mosul
qaydar@uomosul.edu.iq

Article information

Article history
Received 20 January, 2021
Revised 4 February, 2021
Accepted 28 February, 2021
Available Online 1 June, 2025

Keywords:
- Bankruptcy
- Discretion
- Supervising engineer
- Financial position

Correspondence:
Fawaz Khalid Abdul Aziz
face2015yd77@gmail.com

Abstract

The penalty for withdrawing the work from the defaulting contractor is one of the pressing penalties, which represents one of the privileges granted to the contracting administration authority to compel the contractor to fulfill his obligations as agreed upon in the contract. According to this, the contracting authority may replace him or assign the implementation to another contractor to correct the mistakes committed by the original contractor, provided that this is done at his expense and under his responsibility.

The relationship does not end and remains in effect with the original contractor, and this discretionary power granted to the administration is not absolute, as it may harm the contractor. Therefore, controls and guarantees have been established to protect the contractor from abuse by the administrative authority. The power to impose this penalty stems from the administration's responsibility to ensure the regular functioning of the public facility and the primacy of the public interest over private interests.

Doi: 10.33899/alaw.2021.129389.1129
© Authors, 2025, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

حالات محددة لسحب العمل في عقود المقاولات العامة

فواز خالد عبد العزيز
دائرة صحة نينوى

قيدار عبد القادر صالح
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

معلومات البحث
تاريخ البحث
الاستلام ٢٠ كانون الثاني ٢٠٢١
التعديلات ٤ شباط, ٢٠٢١
القبول ٢٨ شباط, ٢٠٢١
النشر الإلكتروني ١ حزيران ٢٠٢٥
الكلمات المفتاحية
- الافلاس
- السلطة التقديرية
- المهندس المشرف
- المركز المالي

المستخلص

يعد جزاء سحب العمل من المقاول المقصر من قبيل الجزاءات الضاغطة والتي تمثل احد الامتيازات الممنوحة لجهة الادارة المتعاقدة، لإجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته التعاقدية المتفق عليها وفقا لشـــروط العقد, الامر الذي بمقتضاه تحل جهة الادارة المتعاقدة محله، أو ان تعهد بالتنفيذ إلى مقاول آخر لإصلاح الأخطاء التي ارتكبت من قبله، على ان تكون على حسابه و تحت مسؤوليته.

فالعلاقة لا تنتهي وتبقى قائمة مع المتعاقد الأصلي،وهذه السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الادارة لا تكون مطلقة بحيث تضر بحقوق المقاول ومصالحه ولذلك وضعت في مقابل ذلك ضوابط وضمانات لحمايته من تعسف وتجاوز جهة الإدارة، وسلطة الإدارة في توقيع هذا الجزاء انما تأتي من كونها المسؤولة عن انتظام سير المرفق العام، وتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة.

المقدمة

على الرغم من تمتع الادارة بامتيازات السلطة العامة الا انه ينبغي عليها احترام قواعد المشروعية وبشكل خاص في حالات فرض الجزاءات على المتعاقد معها، فهذه السلطة توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، وفي حالة نص العقد على البعض منها فإن ذلك لا يفهم منه تقييد لحرية الإدارة فيما عداها ، بل تستطيع وتحت رقابة القضاء توقيع كافة انواع الجزاءات التعاقدية المقررة جميعها على المتعاقد المخل معها ، فهو امتياز لا يعرفه العقد المدني، ولكن ذلك لا يعني أنها تتمتع بسلطة مطلقة ومن دون أية قيود، بل إن هناك حدودا مرسومة لممارسة الادارة لهذه السلطة وتكمن هذه الحدود من خلال حالات وضوابط محددة في مقابل حق المتعاقد معها في اللجوء إلى القضاء من اجل إبطال الجزاء المفروض عليه سواء بالإلغاء أو التعويض وضرورة تحقق هذه الحالات اولا لغرض فرض الجزاء يخلق نوعا من التوازن والاستقرار بين كل من حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وحق المتعاقد معها في الحصول على معاملة عقدية عادلة، وبالتالي فأنها تهدف إلى عدم خروج جهة الإدارة عن حدود المشروعية ونطاق المصلحة العامة .

من اجل تسليط الضوء على بعض الصور والحالات التي تمكن جهة الادارة في حال تحققها من توقيع جزاء سحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، واهمية تحقق هذه الحالات تأتي من خلال الارتباط الوثيق بين الجزاء المفروض وحصول الواقعة المادية والقانونية التي دفعت الادارة لاستخدام امتيازها في التنفيذ المباشر وكذلك للوقوف على طبيعة هذه الحالات، ومحاولة ايضاح الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى لجهة الادارة القيام بهذا الاجراء، وكذلك بيان وتحديد أهم الآثار القانونية والمالية التي يمكن أن تنتج عن فرض هذا الجزاء وعدم خروج جهة الإدارة عن حدود المشروعية .

ثانيا: اسباب اختيار الموضوع :

تكمن اسباب اختيار الموضوع لبيان وتوضيح بعض الصور والحالات التي وردت في النصوص القانونية والتي عند توافر شروطها تمكن جهة الادارة من توقيع جزاء سحب العمل من المقاول المخل بالتزاماته التعاقدية وبرغم تمتع الادارة بهذه السلطة التقديرية فإنه لا يقدح في مسالة خضوع تصرفاتها للرقابة القضائية لضمان عدم تعسف جهة الادارة

عند توقيعها لهذا الجزاء ومن ثم تحديد الأساس القانوني الذي استندت إليه جهة الادارة عند ممارسة سلطاتها اثناء تنفيذ المقاولة العامة .

ثالثا : هدف الدراسة :

تهدف الدراسة الى إبراز أهم الحالات التي اعترف بها المشرع العراقي لجهة الادارة في توقيع جزاء سحب العمل في مجال المقاولات العامة بدءا من مرحلة الإبرام إلى غاية التنفيذ والانجاز، ومحاولة اظهار الدور الحقيقي لجزاء سحب بوصفه سلطة تمتلكها جهة الادارة في نطاق العقود الادارية، وبيان الموقف في حالات فرض الادارة للجزاء على الرغم من عدم تحقق حالات فرضه التي نص عليها المشرع والطعن فيها نتيجة لتخلفها ومحاولة الوقوف على اهم الاثار المترتبة على تحققها وتخلفها ومحاولة كشف مكامن الخلل في بعض النصوص والتطبيقات القضائية التي تناولت حالات سحب العمل في التشريعات المقارنة والمعززة بالتطبيقات القضائية .

رابعا : مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في ان موضوع حالات سحب العمل من المقاول في عقود المقاولات العامة موضوع دقيق وشائك لكونه يتعلق بقواعد القانون المدني والاداري على حد سواء وبالتالي يستلزم البحث في النصوص التي تعالج الموضوع في شروحات القانون المدني والاداري ومحاولة الإجابة على الإشكالية الرئيسة التالية :

هل ان السلطات والامتيازات التي تتمتع بها جهة الادارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد كافية لضمان حسن تنفيذه عند تحقق الحالات الخاصة بجزاء سحب العمل؟ وماهي الحدود التي تمارس فيها جهة الادارة سلطاتها في مجال تنفيذ العقد عند تحقق احدى حالات سحب العمل لضمان الموازنة بين مصلحة الادارة وحقوق المتعامل المتعاقد معها؟

خامسا : فرضية الدراسة :

تتمحور فرضية بحثنا حول الاجابة على التساؤلات التالية :-

١- ماهي الحالات الواجب تحققها لتوقيع الادارة جزاء سحب العمل ليوصف اجراؤها بالقرار الاداري الصحيح

٢- اذا ما تمكن المقاول المقصر من استدراك ما قصر فيه ولكن جهة الادارة لم تقابل المقاول المتعاقد معها بنفس الدرجة هل يمكن ان اثبات تقصير جهة الادارة بالتزاماتها التعاقدية المتقابلة .

٣- في حالة عدم تحقق الحالات التي نص عليها المشرع لسحب العمل او انها تعسفت في استخدامها لهذا الامتياز فهل من الممكن ان يحمل قرارها بالسحب طابع الحرص على تحقيق المصلحة العامة لمجرد شعور جهة الادارة بان هناك تهديدا يلحق المرافق العامة نتيجة لهذا الاخلال من قبل المقاول المتعاقد .

سادسا : منهجية الدراسة :

تقوم منهجية البحث على المنهج التحليلي القانوني الوصفي من خلال الاعتماد على نماذج القواعد القانونية والاتجاهات الفقهية والاجتهادات القضائية لبعض الدول مثل فرنسا ومصر موضحا موقف التشريعات العراقية وما ذهبت اليه قرارات المحاكم في شأن بعض الحالات والصور لتوقيع جزاء سحب العمل .

سابعا : هيكلية البحث :

من اجل الاحاطة بجميع الجوانب القانونية لبعض الصور التي وردت في التشريع العراقي لحالات سحب العمل فقد اعتمدنا الهيكلية التالية :-

المبحث الاول : التعريف بجزاء سحب العمل وبيان طبيعته القانونية

المطلب الاول : التعريف بجزاء سحب العمل

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل

المبحث الثاني : حالات سحب العمل المتعلقة بالمركز المالي .

المطلب الاول : حالات افلاس المقاول واعساره

المطلب الثاني : حالة تصفية الشركة المتعاقدة والحجز على اموال المقاول المتعاقد مع الادارة

المبحث الثالث : حالات ترتبط بتأييد المهندس المشرف على المشروع

المطلب الاول : حالة تخلي المقاول عن المقاولة وعجزه عن التنفيذ .

المطلب الثاني : حالة اهمال المقاول لتنفيذ المقاولة واخفاقه

المبحث الرابع : الحالات التي تتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة

المطلب الاول :حالة الإخلال ببنود العقد

المطلب الثاني : سحب العمل في حالة بلوغ الغرامات التأخيرية حدا معينا

المبحث الاول

التعريف بجزاء سحب العمل وبيان طبيعته القانونية

يعد جزاء سحب العمل من الجزاءات الضاغطة التي تمتلك الإدارة سلطة توقيعها في حال توافر شروطها وذلك لإلزام المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته في نطاق ما تتمتع به من سلطات في مواجهته من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، إلا أن هذه السلطات التي تتمتع بها الادارة ليست مطلقة، بل تخضع إلى رقابة القضاء، بمعنى انه يجب على الادارة ان تمارس هذه السلطات في حدود الإطار القانوني المنصوص عليه ، ونتيجة لاتساع استخدام هذا الجزاء من حيث التطبيق العملي، ارتأينا ان نبحث ابتداءً في موضوع التعريف بجزاء سحب العمل خلال مطلبين : نتناول في الاول التعريف بجزاء سحب العمل اما في المطلب الثاني فسنتناول بيان الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل وكما يأتي :

المطلب الاول

التعريف بجزاء سحب العمل

تباينت التعاريف التي قيلت في شأن جزاء سحب العمل على صعيد الفقه والقضاء والتشريع فقد عرفه الفقيه (Richer Laurant) بأنه (جزاء من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة ممارستها، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته، لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته كما يمكنها الاستيلاء على أداوته وعماله بالقدر الذي يمكنها من انجاز العمل)، وعرفه الفقيه Christophe

Lajoye بانه (جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة حق ممارستها، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تُحل الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول أخر تَعهد له بذلك محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لتنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير ومسؤوليته، كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز الأعمال)[١] .

وعلى صعيد الفقه العربي عرف الأستاذ عبد المجيد محمد فياض سحب العمل هو (أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، وتعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال الإنجاز العمل)[٢]، وعرفه الدكتور هارون عبد العزيز الجمل بانه (جزاء بمقتضاه تحل الادارة المتعاقدة بنفسها او عن طريق شخص اخر محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة تنفيذ الاشغال لحساب المقاول وتحت مسؤوليته)[٣]، وعرفه الدكتور مازن ليلو راضي بانه (إحلال الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته، و قيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، أو أن تعهد به إلى متعاقد غيره على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته)[٤]، كما عرفه الدكتور احمد خورشيد حميدي المفرجي بأنه (قيام الإدارة بتنفيذ العمل بنفسها أو بوساطة متعاقد جديد في حالة إخلال المتعاقد الأصلي وتقصيره في تنفيذ التزاماته ولا يؤدي هذا الجزاء إلى

(1) Lajoye Christophe، droit des marchés publics (،2 eme édition Edition Berti، Alger| 2007،)p 181

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، (ط١، دار الفكر العربي، القاهرة|١٩٧٥)، ص ٢١٩.

(٣) د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة |١٩٧٩)، ص ١٧١.

(٤) د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، (منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل| ٢٠١٠)، ص ١٥٢.

إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر لأنه يظل مسئولا أمام جهة الإدارة والعملية تتم على حسابه ومسؤوليته)[١].

ويؤيد الباحث التعريف الذي أورده الدكتور احمد خورشيد حميدي المفرجي لكونه يعد تعريفا جامعا لمفهوم ومضمون جزاء سحب العمل من قبل الادارة ويبين فيه الاثار التي يمكن ان تترتب من جراء توقيعه على المقاول المقصر، ويرى الباحث أن سحب العمل هو ((جزاء بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أوان تعهد بالعمل إلى مقاول آخر، وذلك لكفالة تنفيذ الاعمال على حسابه وعلى مسؤولية المقاول المقصر وذاك حرصا على دوام سير المرفق وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة))، في حين لم تتفق الاجتهادات القضائية على إعطاء تعريف موحد لجزاء سحب العمل من المقاول حيث عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩ بأنه (عندما يخل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو يتراخى في تنفيذها، فإن الإدارة لها من الإجراءات التي تكفي ضمان تنفيذ الأشغال لتأمين سير المرافق العامة. وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تستطيع أن تحل بنفسها محل المقاول المقصر في إنجاز العمل أو أن تعهد به إلى مقاول آخر لتنفيذه) [٢] .

الرأي الأول : يري أغلب فقهاء القانون أن حق الإدارة في الحلول محل المقاول المقصر يعد من النظام العام فهو يتواجد بقوة القانون من دون الحاجة الى اشتراط أن ينص عليه في العقد، باعتبار انه ضروري ولازم للمحافظة على تنفيذ العقد اولا ولضمان سير المرافق بانتظام وإطراد ثانيا[٣] وتعد مسالة تضمين العقد لشرط يحرم الإدارة من مزاولة هذا الجزاء فانه يكون باطلا، لكونه يلغي في الواقع سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام

(١) د. أحمد خورشيد حميد المفرجي والقاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الاحكام العامة في سحب العمل |٢٠٢٠)، ص ٢٢.

(٢) ينظر : حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩ مشار اليه عند د.محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، (دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى| ٢٠٠٢)، ص١٦٤.

(٣) د. هارون عبد العزيز الجمل، مصدر سابق، ص١٧٨؛ د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، (ط١، دار الفكر العربي، القاهرة | ١٩٧٥)، ص ٢١٩.

وانتظامه[١]، ومن اجل المحافظة على عدم تعطل المرفق العامة، وبذلك فإنه يتواجد بقوة القانون دون اشتراط أن ينص عليه في العقد[٢].

الرأي الثاني : يرى اصحاب هذا الراي أن تجسيد اتفاق العلاقة التعاقدية بين الطرفين يقوم على مبدأ استبعاد هذا الجزاء وبالتالي فإنه يجب أن تفسر إرادتهم على أساس أن حق الإدارة في تطبيقها لتوقيع جزاء سحب العمل يجب ألا يمارس إلا في حالات التقصير العادي، اما في حالات التقصير الشديد التي يتعرض فيها المرفق العام للخطر الجسيم فان قاضي العقد هو من يختص بنظر هذه المسالة ويتمتع في ذلك بسلطة تقديرية في تقدير الحالة

الراي الثالث : ذهب جانب ثالث من الفقه وهم قلة إلى القول بأنه إذا خلت نصوص العقد أو دفاتر الشروط من الاعتراف للإدارة بسلطة وضع المقاولة تحت الادارة المباشرة فيتعين عندئذ اللجوء إلى قاضي العقد من اجل وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة [٣]، وعلى هذا الأساس يتفق أغلب الفقهاء على أن ادراج نص في العقد بعدم جواز سحب الإدارة للمقاولة في عقود المقاولات العامة، يعتبر باطلا ولا يعتد به[٤].

راي الباحث: بما ان عقود المقاولات العامة الحكومية،من حيث الطبيعة القانونية، تعد من قبيل العقود الادارية التي تخضع لمبادئ واحكام القانون الاداري لذا فان الشروط غير المألوفة في هذه العقود تعد أحد مظاهر السلطة العامة التي تحدد طبيعة هذه العقود وتتمتع الادارة في هذه العقود بامتيازات السلطة العامة، وما يؤيد وجهة نظر الباحث ان هذا الاتجاه سار عليه القضاء العراقي، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية حيث (... تبين ان العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد اداري لأنه يستهدف ادارة مرفق عام،

---

(١) سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري– دراسة مقارنة، (أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر| ٢٠٠٨)، ص ٢٤٨ – ٢٤٩.

(٢) د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية|٢٠١٠)، ص١١٩.

(3) Christophe Lajoye، droit des marchés publics،op.cit،p 183.

(٤) سعيد عبد الرزاق باخيرة، مصدر سابق، ص٢٤٨ ؛ عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص ٢٢٠

من مرافق الدولة ويحتوى على شروط غير مألوفة وتجري فيها الحكومة على اسلوب القانون العام ...)[١].

المبحث الثاني

حالات سحب العمل المتعلقة بالمركز المالي

القاعدة العامة في تسديد المقابل المالي في عقود المقاولات العامة أنه لا يجوز دفعه للمقاول إلا بعد أدائه للأعمال الموكلة اليه وفقا لبنود العقد ودفاتر الشروط، الأمر الذي يتطلب توفر ملاءة مالية كبيرة للمقاول ابتداء [٢]، وعلى هذا الأساس سنقوم بدارسة هذه الحالات المتعلقة بالمركز المالي للمقاول من خلال مطلبين سنتناول في المطلب الاول حالات افلاس المقاول واعساره، بينما سنتناول في المطلب الثاني الموقف المالي للشركة المنفذة للعمل بعد تعرضها للتصفية وتأثير هذه الحالة على موقفه المالي المرتبط باستمراره بالتنفيذ وكما يأتي :-

المطلب الاول

حالة افلاس المقاول واعساره

يعد قرار الادارة بسحب العمل من المقاول من الجزاءات التي تمتلك الادارة سلطة توقيعها على المقاول المتعاقد المقصر معها والذي تلجأ اليه في الحالات التي يكون قد ارتكب فيها المقاول خطأ جسيما، والادارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة، ومن بين هذه الحالات ما يرتبط منها بالمركز المالي للمقاول ومنها افلاس المقاول واعساره وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية وكما يأتي :-

(١) ينظر: حكم محكمة التمييز ذي العدد ١٥٨/ ر ح / ١٩٦٦ في ٧/٢٨/ ١٩٦٦، اوردته: رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها- دراسة مقارنة، (ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان |٢٠١٠)، ص٩١ .

(٢) محمد سليم أمين، عقد الاشغال العامة الداخلي والدولي، (رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية| ٢٠٠٨)، ص٦٥.

الفرع الاول

افلاس المقاول في عقود المقاولات العامة

غالبا ما يكون محل عقود المقاولات انشاء مرافق عامة تحقق مصلحة عامة، وبما ان أعمال المقاولات العامة تعد من قبيل الأعمال التجارية فان أحـكام الافلاس يمكن تطبيقها على المقاول المتعاقد على اعتبار انه تاجر وتنطبق عليه الشروط والاحكام الخاصة بالتاجر[١]، وتجدر الاشارة الى ان القوانين العراقية لم تعرف الإفلاس في حين عرف القانون المدني العراقي المدين المفلس بأنه :((الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله إذا خاف غرمائه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره وكان خوفهم مبنيا على أسبـــاب معقولة وراجعوا المحكمـــة في حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين لأخر حجرته المحكمة))[٢]، وعلى هذا الاساس يمكن من خلال نظام الافلاس أن ينفذ على أموال المقاول المتعاقد اذا ما كانت بذمته المالية ديون تجارية ناشئة عن تعاملات تجارية قام بمزاولتها وذلك من اجل تامين حماية مصالح الدائنين للمقاول وحجز ما تبقى من أمواله وبالتالي وضعها تحت نظام الحراسة القضائية من اجل منعه من التصرف بتلك الأموال أو تهريبها ومن ثم يصار الى توزيعها على الدائنين وان المقدرة المالية التي يتمتع بها المتعاقد[٣].

المشرع المصري اعتبر ان إفلاس المتعاقد سببا دافعا للفسخ وهذا ما نصت عليه المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

(١) عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة، احكام الإفلاس، (ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد | ١٩٧٣)، ص ٣٧٣.

(٢) ينظر: نص المادة (٢٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ، وينظر كذلك نص المادة (٥٦٦) من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي حيث عرفت الشخص المفلس بانه ((كل تاجر وقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس ويشهر إفلاسه بحكم القانون)).

(٣) عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص ٣٧٤.؛ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج٢، (المكتبة القانونية، بغداد| ٢٠٠٧)، ص١٣٢.

بالقول (يفسخ العقد تلقائيا في حالتين :(إذا أفلس المتعاقد أو أعسر)[١]، والملاحظ على موقف المشرع المصري انه جعل الإفلاس حالة متميزة عن الإعسار، وبالمقابل نجد ان المشرع العراقي وحسب وجهة نظر الباحث لم يميز بين كل من حالة الإعسار وحالة الإفلاس وهذا ما سنلاحظه عند بحث حالة اعسار المقاول في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

حالة اعسار المقاول

يعرف الاعسار بانه نظام يطبق على المدين (غير التاجر) والذي تزيد قيمة الديون التي بذمته على امواله التي يمتلكها، والاثر المترتب على الاعسار هو الحجز على أموال المدين المعسر باستثناء مالا يجوز حجزه وفقا لأحكام كل من قانوني المرافعات المدينة والتنفيذ، اضافة الى غل يد المدين المعسر من قيامه التصرف بأمواله تصرفا يؤدي الى الاضرار بدائنيه[٢] فاذا تم اشهار اعسار المقاول المتعاقد مع الادارة فلها الحق عندئذ في سحب العمل منه وقيامها وفقا لذلك بوضع يدها على موقع العمل[٣].

والحكم بالإعسار يستوجب اصدار حكما قضائيا من المحكمة المختصة (البداءة) كما هو الحال عند اصدارالحكم بالافلاس، وهذا ما يبدو واضحا من خلال نصوص قانون التجارة العراقي النافذ، حيث يتطلب الحكم بالإعسار صدور حكما قضائيا من القضاء ايضا وعلى هذا الاساس فلا يوجد أي تميز او اختلاف في كلا حالتي الافلاس والاعسار وما

(١) ينظر: نص المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

(٢) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج٢، (المكتبة القانونية، بغداد| ٢٠٠٧)، ص١٣٢.

(٣) ينظر: نص المادة (٦٥ /١/ أ) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية وكذلك نص المادة (٤١ /١) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية.

يؤيد وجهة نظر الباحث نص المادة (٢٧٢) من القانون المذكور حيث نصت على ان (ينقضي الاعتماد بوفاة المستفيد أو فقده الأهلية او الحكم عليه بالإعسار...)[١].

بالإضافة الى ان هناك اسباباً اخرى لسحب العمل والمشابهة لحالتي الافلاس والاعسار استنادا الى نص المادة (٦٥/ د) حالة قيام المقاول المتعاقد بعقد صلحٍ مع دائنيه ليقيه من الإفلاس والتنازل عن حقوقه لصالحهم، وكذلك حالة قيام المقاول المتعاقد بالتنفيذ تحت اشراف دائنيه، فالمقاول يحتمل ان يكون مدينا لأكثر من شخص دائن، ومع ذلك يحاول مواصلة أعمال المقاولات والاستمرار بها، ولكن بعد أن يلجأ الى مصالحة الدائنين له او قيامه بالتنازل عن حقوقه ومستحقاته الناشئة عن عقد المقاولة لمصلحتهم وذلك من اجل عدم اشهار افلاسه او وقوعه تحت نظام الاعسار.

ويعرف الصلح بأنه عقد يجري بين جماعة الدائنين للمقاول بأغلبية أعضائها ومصادقة المحكمة من جهة مع المقاول المدين من جهة اخرى، يتم بمقتضاه الاتفاق على امتناع جماعة الدائنين للمقاول من السير في إجراءات التفليسة، بحيث يستعيد المدين المفلس سلطة التصرف بأمواله وإدارتها في مقابل تعهده بان يدفع ديونه المستحقة كلها أو بعضها[٢]، وطلب الصلح يعد حقا لكل من المدين المفلس من جهة ولدائني المقاول الذين تتجاوز نسبة ديونهم المستحقة على المقاول ٢٥٪ من قيمة الدين من جهة اخرى[٣].

واشارت المادة (٦٩١) من قانون التجارة العراقي النافذ والمعدل الى حالة حصول الاتفاق بين الطرفين على عقد الصلح حيث نصت على (تزول جميع الآثار المترتبة على الحكم بإشهار الإفلاس عند إصدار قاضي التفليسة قراره بالموافقة على الصلح وذلك باستثناء الآثار المنصوص عليها في المادة (٦٠٢)، واستنادا الى هذا النص فان تم الصلح

(١) ينظر: نص المادة (٢٧٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل والنافذ.

(٢) ادور عيد، احكام الافلاس وتوقف المصارف عن الدفع، ج٢، (مكتبة زين الحقوقية، بيروت |١٩٧٢)، ص٧.

(٣) د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الإفلاس، مج٤، (مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان| ١٩٨٥)، ص١٠٥.

بين الطرفين زالت جميع الآثار، باستثناء تلك الاثار التي نصت عليها المادة (٦٠٢)، والتي اجازت أن يكون إشهار الإفلاس مبررا قانونيا لإنهاء أية معاملات يكون فيها التعامل مع المقاول المفلس قد تم على أساس جدارته ونزاهته[١].

بالإضافة الى ذلك فقد يكون لهذا المقاول أو الشركة التي تعاقدت معها الادارة دائنين وبأموال كبيرة، الامر الذي قد يدفعهم للقيام بمراقبة المقاول في تنفيذه للعقد وفي كل ما يتعلق بأعمال المقاولة بقصد ضمان استحصالهم لديونهم من المبالغ والدفعات التي تصرف للمقاول المنفذ على الحساب اثناء تنفيذه للمشروع المتعلق بالمرفق العام [٢]، وقد يتم تحقق هذه الحالة ولكن من زاوية اخرى من خلال الاتفاق مع الدائنين على القيام بالتنفيذ من قبلهم الامر الذي يجعلهم يغلبون مصلحتهم الخاصة للحصول على ديونهم المستحقة على المقاول او الشركة على المصلحة العامة التي ترمي اليها الادارة من خلال المرفق العام موضوع المقاولة الامر الذي يحقق ضررا محققا بالمرفق العام، فاذا ما تحققت هذه الحالة منحت الادارة سببا دافعا لغرض اللجوء الى سحب العمل[٣].

المطلب الثاني

حالة تصفية الشركة المتعاقدة والحجز على أموال المقاول المتعاقد مع الادارة

نصت المادة (٦٥/ و) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية على (إذا كان المقاول شركة أعلنت تصفيتها عدا التصفية الاختيارية لأغراض الاندماج أو إعادة التكوين) من الاسباب التي تؤدي الى توقيع جزاء سحب العمل، كما ان الفقرة (ز) من المادة نفسها نصت على انه (إذا وقع الحجز على أموال المقاول من محكمة ذات اختصاص وكان

(١) ينظر: نص الفقرة (٢) من المادة (٦٠٢) من قانون التجارة العراقي النافذ والمعدل.
(٢) د. احمد خورشيد حميدي المفرجي، القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الاحكام العامة في سحب العمل وتسوية المنازعات الناشئة عنه، دراسة في القانون المدني والإداري، (ط١، دار الحامد للنشر، عمان، الاردن |٢٠٢٠)، ص ٣٨ .
(٣) ينظر: نص المادة (٦٥ / ١ / هـ) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، والمادة ٤١ / ١ من الشروط العامة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية.

من شأن هذا الحجز إن يؤدي إلى عجز المقاول من الإيفاء بالتزاماته)، وعلى هذا الاساس سنتناول البحث في هذه الحالات من خلال فرعين سيخصص الاول لبيان حالة تصفية الشركة المتعاقدة مع الادارة كأحد الاسباب المؤدية الى سحب العمل، في حين سنتناول في الفرع الثاني منه حالة الحجز على اموال المقاول المتعاقد مع الادارة وكما يأتي :-

الفرع الاول

تصفية الشركة المتعاقدة مع الادارة

يقصد بتصفية الشركة : مجموعة الاجراءات والعمليات التي تهدف الى انهاء اعمال الشركة والقيام بتحديد حقوق الشركة تجاه كل من الشركاء والغير وكذلك القيام بدفع ديونها للغير، وتجدر الإشارة الى ان الشركة المتعاقدة تعد في حالة التصفية بحكم القانون بعد انقضائها [١]، اي بعد القيام بحل الشركة بغض النظر عن سبب الحل والتصفية ومع ذلك تبقى متمتعة بشخصيتها المعنوية ولكن بالقدر اللازم للتصفية [٢]، وبناء على ذلك لا يجوز للشركاء القيام باي عمل او نشاط لا تكون له علاقة بأمور التصفية مثل ابرام صفقات جديدة او الدخول بمشاريع ومقاولات جديدة او القيام بأية أعمال من شأنها ان تؤدي الى الابقاء على الشركة واستمرارها أو إبقائها بعد انحلالها[٣]، ويستثنى من ذلك الحكم في حالة التصفية الاختيارية والتي تتم لأغراض إعادة التكوين، او الاندماج[٤]، لان الشركة المتعاقدة مع الادارة في هذه الحالة، أي حالة التصفية الاختيارية تصبح في

(١) د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الاحكام العامة في شركات الاشخاص وشركات الأموال، (دار الفكر الجامعي، الاسكندرية |٢٠٠٧)، ص٥٢.

(٢) د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، (دار الفتح للطباعة والنشر، القاهرة |١٩٩٢)، ص٦٢؛ د. نادية محمد عوض الشركات التجارية، (دار النهضة العربية، القاهرة |٢٠٠١)، ص١٠٥

(٣) د. باسم محمد صالح، د. أكرم يا ملكي، القانون التجاري، القسم الثاني، الشركات التجارية، (مطبعة جامعة بغداد، بغداد| ١٩٨٣)، ص ٣٢١؛ د. لطيف جبر كوماني الشركات التجارية، (مكتبة السنهوري، بغداد | ٢٠١٢)، ص٢٧٩.

(٤) القاضي هادي عزيز علي، المرشد لتأسيس الشركات، (المكتبة القانونية، بغداد|٢٠١١)، ص١٤٢.

مركز مالي اكبر يؤهلها القيام بالأعمال موضوع العقد [١]، وعلى الرغم من كون هذا الاستثناء يؤدي في النهاية الى تصفية الشركة المتعاقد مع الادارة استنادا الى أحكام (المادة ١٤٧ / فقرة ٤) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧[٢] .

الفرع الثاني

الحجز على أموال المقاول المتعاقد مع الادارة

يعتبر الحجز على أموال المقاول وسيلة من وسائل الضغط لقهر المدين وجبره على الوفاء بالحقوق المترتبة بذمته، ويتم بمقتضاه التنفيذ على اموال المدين عن طريق السلطة العامة والتي يجيز القانون التنفيذ عليها واستحصال الحقوق منها بحيث يتم الحجز عليها ومن ثم تباع ويتم تسديد حقوق الدائنين من اثمانها [٣] .

والأصل العام أن جميع أموال المدين هي قابلة للحجز، وهذا لا يعني ان الحجز يتم توقيعه على جميع أموال المدين، بمعنى انه يحجز من هذه الاموال بالقدر الذي يكفي معه لسداد الدين والمصاريف[٤]، وقد عمد المشرع العراقي في نص المادة (٦٢) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل والنافذ إلى تعداد الاموال التي لا يجوز حجزها من أموال المدين[٥]، فالحجز لا يكون دائما نتيجة لعجز المدين عن تسديد الدين فقط، بل قد

(١) د. عبد علي شخانبة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، (جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان). ص٢٨؛ مروان بدري ابراهيم، تصفية شركات المساهمة العامة، (دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة| ٢٠١٠)، ص ١١.

(٢) ينظر: نص المادة (١٤٧ / فقرة ٤) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

(٣) جبار وحيد حسن، شرح قانون تحصيل الديون الحكومية رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٧، (ط١، بغداد، ٢٠١٢)، ص١١.

(٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك، أحكام قانون التنفيذ، (العاتك لصناعة الكتاب، ط٤، بغداد |٢٠١١)، ص١٣٥.

(٥) ينظر: نص الفقرة (خامسا) من المادة (٦٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل والنافذ.

يكون السبب في توقيع الحجز هو لامتناع المدين عن قيامه بتسديد ذلك الدين بالرغم من كونه ممتلئا [١] .

ونتيجة لتحقق هذه الحالة فأن لجهة الادارة ان تقوم بسحب العمل من المقاول المتعاقد معها، وذلك لان من شأن حجز أموال المقاول المتعاقد أن يؤدي الى حدوث عجزه عن الايفاء بالتزاماته التعاقدية الامر الذي يصبح عندئذ مبررا كافيا للإدارة لقيامها بتوقيع جزاء سحب العمل منه [٢].

المبحث الثاني

حالات ترتبط بتأييد المهندس المشرف

مما لاشك فيه أن لجوء الادارة الى الاستعانة بالخبرة الفنية للمهندس المشرف على العمل ومن ثم اصدار قرارها في سحب العمل يعتمد على تقرير المهندس المشرف على العمل هو توجه منطقي صحيح، وذلك لأن الغاية من سحب العمل ليس لغرض التنكيل بالمقاول او لغرض المساس بحقوقه، وإنما هو لغرض ضمان حسن تنفيذ المشروع اولا، وتحقيقا للمصلحة العامة التي تتوخاها الادارة وعلى هذا الاساس سنتناول البحث في هذه الحالات من خلال مطلبين، سيتم بحث حالة تخلي المقاول عن المقاولة وعجزه عن التنفيذ في المطلب الاول، بينما سيتم تناول حالة اهمال المقاول في التنفيذ واخفاقه في اكمال العمل في المطلب الثاني، وكما يأتي :-

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر نفسه، ص١٣٥.

(٢) ينظر : نص المادة (٦ /١/٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية .

المطلب الاول

حالة تخلي المقاول عن المقاولة وعجزه عن التنفيذ

من الوارد جدا اثناء تنفيذ العقد ان يتخلى المقاول عن تنفيذه للمقاولة، سواء أكان ذلك التخلي قبل المباشرة بالعمل ام بعد المباشرة بالعمل وتأخذ حالة التخلي عن المقاولة صورا متعددة، كما ان المهندس اذا استشعر ان المقاول لم يتخلى عن تنفيذ عقد المقاولة بمحض ارادته، كما ورد في الافتراض السابق، لكنه عجز وبدون عذر مشروع عن الاستمرار في قيامه بتنفيذ الواجبات الملقاة على عاتقه، وعلى هذا الاساس سنتناول الموضوع بالبحث من خلال فرعين نتناول في الفرع الاول حالة تخلي المقاول عن المقاولة اما في الفرع الثاني فسنبحث في حالة عجز المقاول عن التنفيذ وكما يأتي :-

الفرع الاول

حالة تخلي المقاول عن المقاولة

تتجلى هذه الحالة في صورة امتناع المقاول الذي قبلت الادارة عطاءه عن التصديق على صيغة التعاقد، وقد اشارت الى هذه الحالة المادة (٦٥) /١/ ط من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧ حيث وردت هذه الحالة على انها احد الأسباب التي تؤدي إلى سحب العمل في حين اعتبرت المادة (١٠) / اولا / أ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ هذا الامتناع والذي اطلق عليه تسمية النكول والذي تترتب عليه جملة من الاثار كإحدى صور التخلي عن المقاولة ، وتجدر الاشارة الى القول ان جانبا من فقهاء القانون الاداري يذهب الى القول بان قرار الإحالة الصادر عن الادارة يعد بمثابة اقتران قبول صادر عنها بإيجاب صادر عن المتقدم الفائز بالعطاء، لذا فهذا الجانب من الفقهاء يرى بأن العقد قد اصبح ملزما لطرفيه بمجرد صدور قرار الإحالة من الادارة[1].

وبالعودة الى الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧ نرى انها تذهب إلى موقف مغاير، حيث تعتبر المقاولة (....نافذة اعتبارا من تاريخ تبلغ المقاول

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة القانون الإداري، (دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية | ٢٠١٢)، ص٥٨٨.

بالإحالة أو من تاريخ توقيع الطرفين على صيغه التعاقد أيهما أسبق ما لم ينص على خلافه في صيغة التعاقد)[١]، والملاحظ على هذا النص من الشروط العامة احتمالية أن يكون التوقيع سابقا على صدور قرار الإحالة وهو افتراض يستحيل تصور تحققه، لان المقاول لا يوقع العقد عادة إلا بعد أن يتم إحالة المقاولة عليه ومن ثم تبليغه بقرار الإحالة وصولا الى توقيع صيغة التعاقد .

في حين أن نص المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة قد اعتبرت المقاول ناكلاً وذلك في حال امتناعه عن توقيع العقد بعد قيام الادارة بتوجيه الإنذار له ب(١٥) يوما، بمعنى اخر إن المقاول الفائز الذي يمتنع عن توقيع العقد خلال مدة (١٤) يوما من تاريخ تبليغه بقرار الإحالة، يجب على الادارة المتعاقدة أن توجه له إنذارا تطالبه فيه بوجوب توقيع العقد خلال مدة اقصاها (١٥) يوما، فإذا لم يحضر المقاول خلال هذا المدة اعتبر المقاول ناكلاً وترتبت على هذا النكول آثار قانونية ليس من بينها سحب العمل[٢].

الفرع الثاني

حالة عجز المقاول عن التنفيذ

تعتبر حالة عجز المقاول عن الاستمرار في تنفيذ الاعمال او ايقاف تقدمها احد اسباب سحب العمل منه من قبل الادارة ، حيث ان المقاول ملزم بالمباشرة بالعمل بعد توقيعه العقد فورا وفقا للسياقات العامة المعمول بها في نطاق العقود الادارية ، وبالتالي يعتبر تاريخ نفاذ المقاولة تاريخا للمباشرة من قبله بالأعمال، فاذا ما تلكأ بالمباشرة في

(١) ينظر: نص المادة (٩) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧.

(٢) وجدير بالذكر ان الفقرة (١) من المادة (٤٠) من الوثائق القياسية الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية قد نصت على انه: ((حال صدور إشعار الإحالة أي كتاب القبول على صاحب العمل تزويد مقدم العطاء الفائز بصيغة العقد)) في حين نصت الفقرة (٤) من المادة (٤٠) ((على مقدم العطاء الفائز وخلال فترة لا تزيد عن (٢٩) يوما من استلامه لصيغة العقد بضمنها مدة الإنذار أو بعد انتهاء فترة الطعن توقيع العقد وتثبيت تاريخه وأعادته إلى صاحب العمل)).

التنفيذ لما تم الاتفاق عليه في العقد، تقوم الادارة بإنذاره وفقا لصيغة قانونية محددة بوجوب قيامه بالمباشرة بالعمل الموكل اليه خلال مدة معينة، واذا باشر المقاول بالعمل وبعد ذلك اوقف سير عمله لمدة (٣٠) يوما بدون عذر مشروع يبرر هذا التوقف، فانه يكون قد ارتكب خطأ تعاقديا يمنح الادارة المبرر القانوني لسحب العمل منه[١] وقد ايدت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٤٠٦ والصادر في ٥/٥/ ٢٠٠٩هذا الاتجاه[٢].

المطلب الثاني

حالة اهمال المقاول لتنفيذ المقاولة واخفاقه

من الجدير بالذكر ان الخطأ التعاقدي الذي يمنح الإدارة سلطة توقيع جزاء سحب العمل من المقاول يأخذ اسلوب قيام الادارة بمجموعة من إجراءات الضغط المؤقت تجاه المتعاقد المخل، وهذه الاجراءات قد تأخذ أشكال مختلفة تتفق وطبيعة العقد محل الإجراء، ففي نطاق عقد المقاولات العامة قد يأخذ الخطأ التعاقدي احدى صورتين :-

(١) ينظر: نص المادة (٦٥) /١/ ط / ٢ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧. وكـذلك نص المادة (٤١ /١) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية.

(٢) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٠٦ / الهيئة الاستئنافية / منقول / ٢٠٠٩/ في ٥/ ٥/ ٢٠٠٩ (غير منشور) والذي جاء فيه ((...أن المدعى عليه وبعد انذاره للمدعي بوجوب الإيفاء بالالتزامات طبقا لعقد المقاولة موضع الدعوي قام بسحب العمل منه بموجب الامر الاداري المرقم ٢٣٥١ المؤرخ في ٩/ ١٠ / ٢٠٠٦ لعجزه عن تنفيذ الأعمال الموكلة اليه وهي انجاز شبكة مجاري مياه أمطار الشطرة في الناصرية وأحال العمل على مقاول ثاني لإنجازه على نفقة المدعي المقاول وان ما قام به المدعى عليه يجد سنده القانوني في أحكام المادة ٨٦٩ من القانون المدني والمادة ٦٥ من الشروط العامة لأعمال المقاولات الهندسة المدنية....))اشار اليه القاضي حسين ابراهيم حمود، سحب العمل من المقاول في العقود الحكومية، منشور على الموقع الالكتروني :

https://www.hjc.iq/view.5167

تاريخ الدخول للموقع ٢٨ / ٤/ ٢٠٢٥ - وقت الزيارة: ٨:٣٠ مساء

الصورة الاولى: حالة الإخلال بشروط العقد وذلك من خلال اهمال المقاول للتنفيذ المتفق عليه في العقد[١]. **اما الصورة الثانية** : فهي حالة عدم احترام المقاول للأوامر الصادرة عن الادارة المتعاقدة[٢] ومن ثم اخفاق المقاول في رفع المواد من موقع العمل أو في هدم الاعمال او استبدالها وهذه الصور ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين :-

الفرع الاول

حالة اهمال المقاول للتنفيذ

من المحتمل جدا ان يقوم المقاول بتنفيذ العمل الموكل اليه خلافا لما نص عليه عقد المقاولة اوقد يعتري تنفيذه العمل الاهمال وعدم المبالاة في التنفيذ. خلافا لما يجب على المقاول تنفيذه طبقا لأحكام العقد، فالعقد كقاعدة عامة هو قانون المتعاقدين وشريعتهما وعلى المقاول أن يبذل العناية اللازمة لتنفيذ المشروع وبما يتلاءم مع مبدأ حسن النية وهو ما قضت به المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، فاذا ما ثبت للإدارة أن المقاول مقصر في تنفيذ العمل طبقا لما نص عليه عقد المقاولة، او انه متعمد الاهمال وعديم المبالاة في تنفيذ التزاماته فأن للإدارة بعد قيامها بإنذاره لكي يصلح مساره من خلال العودة إلى الطريقة الصحيحة للتنفيذ خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ انذاره فاذا مضت هذه المدة، ورفض المقاول العدول إلى الطريقة الصحيحة في التنفيذ فانه ينهض للإدارة المتعاقدة الحق في توقيع جزاء سحب العمل منه[٣].

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، (ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٠٤.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر نفسه، ص ٣٠٥.

(٣) نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي على ان ((١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))، ينظر: نص المادة (٦٥) /١/ د من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧. وكذلك نص المادة (٤١ /١) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية.

الفرع الثاني

حالة اخفاق المقاول

تتجسد هذه الحالة عند اخفاق المقاول في قيامه برفع المواد من موقع العمل أو في حالة مطالبته من قبل المهندس المقيم المشرف على المشروع بهدم الاعمال او استبدالها، بمعنى ادق ان المقاول بعد أبرامه لعقد المقاولة مع الادارة والبدء في تنفيذ المشروع قد يقوم بوضع مواد لا تتمتع بالجودة والكفاءة والشروط الفنية المطلوبة، او قد يقوم المقاول بالبناء خلافا للتصاميم والخرائط الخاصة بالمشروع موضوع المقاولة، او قد يرفض المقاول رفع هذه المواد الغير مطابقة للمواصفات المعتمدة من قبل الادارة الممثلة بالمهندس المقيم المشرف على المشروع نيابة عنها، او قد يرفض استبدالها بمواد ذات كفاءة عالية ومطابقة للشروط الموصوفة في جدول الكميات على الرغم من اشعاره من قبل المهندس المقيم المشرف على المشروع فاذا مضت المدة المحددة قانونا على هذا الأشعار من دون اتخاذ ما يلزم من قبله لغرض ازالتها أو استبدالها فان للإدارة صلاحية سحب العمل منه لتحقق الاسباب الدافعة لقيامها بهذا الاجراء[١].

فاذا كانت الإدارة تمتلك السلطة لاتخاذ قرار سحب العمل من المتعاقد، فإن قرار السحب هنا غالبا ما يرتبط بتحقق القناعة التامة لدى المهندس والتي تقضي بان هناك شروط مادية تظهر بصورة أعمال وتصرفات من قبل المقاول سواء كانت ايجابية أو سلبية تستدعي بالضرورة سحب العمل منه[٢]، فبعد التأكد من تحقق هذه الوقائع اولا واقتناع المهندس بحدوثها ثانيا، يقوم المهندس المشرف بتأييدها تحريريا باعتباره ممثلا عن رب العمل في الموقع ومن ثم توجيهها الى رب العمل، ومضمون هذا الكتاب التحريري هو الذي

(١) احمد سالم وداي، احكام سحب العمل في العقود الحكومية، دراسة مقارنة، (دار ومكتبة أوراق، بغداد| ٢٠١٩)، ص ٧٤.

(٢) احمد سالم وداي، المصدر نفسه، ص٧٤.

يتحدد على اثره مصير العقد باعتباره احد الصور التي تخضع للسلطة التقديرية للمهندس[١].

المبحث الثالث

حالات تتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة

كقاعدة عامة في مجال العقود الادارية ان توقيع جزاء سحب العمل يعد قرار اداري تمتلكه جهة الإدارة، والمقاول مع الإدارة يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية بصورة شخصية وبدقة وحسن نية، ولا يجوز له التوقف عن القيام بعمله محل التعاقد أو ان يكون ادائه لالتزاماته خارج الميعاد المنصوص عليه في العقد، وذلك بحجة عدم صرف الإدارة لمستحقاته المالية في مقابل الأعمال التي أنجزها " وبخلافه سيتعرض إلى توقيع جزاء سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه، وفي المقابل يجب على الإدارة أن تقوم بممارسة سلطتها في توقيع جزاء سحب العمل وفقا لمبدأ المشروعية وبخلافه سوف تنعقد مسؤوليتها التعاقدية نتيجة الاستعمال غير المشروع لذلك الحق وعلى هذا الاساس فان هذه المسائل تتطلب من الباحث بيان الحالات التي تتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الاول حالة الاخلال ببنود العقد، بينما سنتناول في المطلب الثاني حالة بلوغ الغرامات التأخيرية حدا معينا وكما يأتي :-

المطلب الاول

حالة الإخلال ببنود العقد

تفترض هذه الحالة إن المتعاقد مع الادارة قد وقع عقد المقاولة، ولكنه أخل بالتزاماته التعاقدية اثناء تنفيذ العقد، فهذه الحالة قد منحت جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اتخاذها الاجراء المناسب لهذا الاخلال وعلى هذا الاساس سنتناول الحديث عن صور الاخلال ببنود العقد من خلال فرعين نتناول في الفرع الاول حالة التأخير في التنفيذ

(١) فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم ١٠- ٢٣٦ المعدل والمتمم، (رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة مولود معمر- تيزي وزو، الجزائر| ٢٠١٣)، ص ٢٩٠.

لعدم التزام المقاول بمدد التنفيذ بينما سنتناول في الفرع الثاني مسالة عدم التزام المقاول بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وكما يأتي :-

الفرع الاول

عدم مراعاة المقاول لمدة التنفيذ والجزاء المترتب عليها

تعد حالة الاخلال بمدة التنفيذ من أهم صور المخالفات التي تمنح الادارة سلطة توقيع جزاء سحب العمل فقد يتأخر او يتهاون المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية عن الموعد المحدد في دفاتر الشروط او العقد الأمر الذي يؤدي إلي عجزه بشكل واضح عن تنفيذ الاعمال وانجازها في الموعد المقرر له حسب الاتفاق، فاذا نص العقد على تاريخ معين للتنفيذ وتجاوز المقاول هذا الموعد فعندها يكون في حالة تأخير بعد هذا التاريخ مما يبرر لجهة الادارة توقيع جزاء سحب العمل منه(١).

كما انه من المحتمل ان يكون العقد خاليا من النص على المدة المحددة للتنفيذ، فيجب حينها على المقاول تنفيذ العقد في مدة معقولة بحيث تسمح بإنجازه حسب طبيعته وبما يقتضي الانجاز من دقة وحسب ما يقرره عرف المهنة اضافة الى مقدرة المقاول وامكانياته الفنية والمالية وما يمتلكه من وسائل وكذلك توفر النية المشتركة للطرفين(٢).

فهو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزام ببذل عناية، وعليه فان التزام المقاول ببذل عناية الشخص المعتاد لا يكفي لإعفائه من المسؤولية في حالة تأخيره في انجاز الاعمال الموكلة اليه خلال المدة المحددة في العقد بحجة عدم كفاية المدة المحددة للإنجاز، وحتى تنتفي عنه المسؤولية يجب عليه أن يثبت أن السبب الأجنبي كالقوة القاهرة او الحادث الفجائي أو فعل الإدارة نفسها هو السبب في حصول التأخير، بشرط ألا يكون

(١) د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الاشغال العامة- دراسة مقارنة، (ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر| ٢٠١٦)، ص١٦٣.

(٢) د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة |١٩٧٩)، ص ٣٩٩.

الحادث الفجائي او القوة القاهرة مسبوقا بخطأ صادر من المقاول، وإلا كان مسؤولا بنفس القدر من هذا الخطأ [١]، وقد ابرز مجلس الدولة الفرنسي هذا المعنى من خلال وضع تقويم للتنفيذ مصادق عليه من قبل السلطة المختصة وذلك بعد إبرام العقد، مما يعتبر بمثابة تحديد للمدة المقررة للتنفيذ ويدخل في باب القصد المشترك للطرفين[٢].

في حين قضى مجلس الدولة المصري بهذا المضمون بقوله ((أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني، وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنوا إليه))[٣].

اما في العراق فقد نصت المادة (٩/ رابعا / ج) من الفصل الثامن من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة الية تحديد مدة التنفيذ وكيفية حسابها، كما نصت الضوابط رقم (٦) الصادرة عن وزارة التخطيط / دائرة العقود الحكومية العامة على معالجة حالات توقف و تمديد أعمال المقاولات وعقود التجهيز وعقود الخدمات الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية [٤] .

(١) د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة |١٩٩٧)، ص ٨٨– ٨٩.

(٢) د. عيسى عبد القادر الحسن، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٣) ينظر: |" فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع"| في، ١٩٩٢/١١/١١، منشور في |مجلة هيئة قضايا الدولة|، العدد الأول، (١٩٩٥)، ص١٤٤.

(٤) ينظر: |" ضوابط تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة "|،٢٠١٤ منشورة في |جريدة الوقائع العراقية|، العدد ٤٣٢٥، الطبعة المنقحة، (تموز،٢٠١٧)، ص١٢– ٣٨.

الفرع الثاني

حالة عدم التزام المقاول بضمان سير المرفق العام

يعد عقد المقاولات العامة أحد أهم العقود الإدارية التي تلعب دورا هاما في تسيير المرافق العامة اما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة[١] وبالتالي فأن كل إخلال من جانب المقاول المتعاقد مع الادارة يـؤدي إلى الحاق الضرر بســير المرفق العام ســواء بعـدم تنفيذه للالتزام ام بتخلفه عن التنفيذ الامر الذي يؤدي إلى توقيع الجزاءات التعاقدية عليه نتيجة لارتكابه هذا الخطأ الذي يوصف بالجسيم[٢].

وعلى هذا الاساس يمكن تقسيم حالات عدم التزام المقاول في عقود المقاولات العامة بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد الى حالتين :-

اولا – في حالة عدم امتثال المقاول للأوامر الصادرة عن الادارة :-

الاصل ان المقاول يلتزم في عقود المقاولات أثناء تنفيذه للمشروع، بالاستجابة للأوامر والقرارات الصادرة عن الادارة على اعتبار ان عمل الادارة في مجال العقود الادارية يتجلى في صورة قرار إداري يتسم بطابع الالزام للمقاول الذي يوجه إليه[٣]، ولا تقتصر تلك الاوامر والقرارات على ما يدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد فحسب، وانما تمتد إلى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة اثناء التنفيذ، فإذا كان المتعاقد مع الادارة في كل من عقدي الالتزام وعقد التوريد، يتمتع بقدر من الحرية لا بأس به اثناء التنفيذ برغم ما يخضع له من رقابة وتوجيه، فأن المقاول في عقد المقاولات العامة لا يتمتع إلا بقدر يكاد يكون محدودا، ويرجع السبب في ذلك لأن الإدارة في عقد المقاولات العامة تكون هي صاحبة المشروع وبالتالي تعتبرهي المدير والمسير الحقيقي لهذا العقد، والمقاول ما هو إلا شخصا معاونا لها في هذا المجال ويقتصر دوره فقط على تنفيذ التعليمات والاوامر الصادرة اليه من جهة الإدارة .

---

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة، (ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة | ١٩٩٥، ص٤٢٤.

(٢) د. هارون عبد العزيز الجمل، مصدر سابق، ص ٣٣٢.

(٣) د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، (دار الجامعة، الإسكندرية |٢٠١٠)، ص ١٢٣.

فتوجيهات الادارة تعد بمثابة قرارات إدارية ملزمة للمقاول يجب عليه احترامها وتنفيذ ما جاء فيها، فإذا كان للمقاول أية اعتراضات، فأنه يتوجب عليه أن يسلك الطريق القضائي للطعن فيها كما يحق له طلب التعويض في حالة وقوع عبء حقيقي على عاتقه [١] .

كما ان كراسة الشروط العامة الفرنسية ((A G، C، C)) قد حددت السلطة التي لها صلاحية اصدار الأوامر والتوجيهات واوكلت مهمة اصدارها إلى الوكيل الفني للإدارة (Maitre d ' euvre) وعلى هذا الاساس فان الافراد والموظفين الرسميين الذين يحضرون إلى مواقع العمل وفي مهمة رسمية تخص عمل لإدارة من دون أن يكونوا ممثلين عنها لا يمتلكون سلطة اصدار الاوامر بغض النظر صفتهم الرسمية[٢].

وفي العراق فان الأوامر الصادرة عن الادارة للمقاول تعد وسيلة الإدارة الأساسية لأجل فرض الرقابة عليه، وهي تصدر عادة من قبل الموظفين الفنيين (المهندسين) المخولين من قبل الادارة لغرض الإشراف على تنفيذ المقاولات العامة، وهذه الاوامر ينبغي أن تصدر بصورة كتابية وان تكون مؤرخة مع الاشارة الى ان مبدا الصيغة الكتابية غير واجب الاتباع إذا لم يكن منصـــوصا عليه في بنود العقد[٣].

ويرى الباحث ضرورة أن يحدد بشكل دقيق في العقد او في دفتر الشروط الملحق به الشخص المختص والمخول من قبل الادارة بإصدار الأوامر وبشكل دقيق، وذلك لما تشكله هذه الأوامر من أهمية في مجال التنفيذ وما يترتب على عدم الخضوع والامتثال لها من قبل المقاول من جزاءات تعاقدية قاسية، بالإضافة الى ما يكون لها من دور في حسم المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تجاوز الاختصاص والصلاحيات .

(١) د. محمد سعيد امين، مبادئ القانون الإداري، (ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة | ١٩٩٨)، ص ٣٥٢.

(٢) د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

(٣) بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، (دار الكتب القانونية، مصر|٢٠١١)، ص ١٠٨

ثانيا – استعمال المقاول للغش :–

من خلال التعامل مع الإدارة في نطاق العقود الادارية، يتم اختيار المتعاقد معها بناء على عدة اعتبارات، منها مركزه ومقدرته المالية والفنية واعتبارات حسن النية، وبالتالي يترتب على اختياره من بين المتقدمين لتنفيذ العمل عدة التزامات تعاقدية ويعد من اهمها على المدى البعيد عدم استعمال المقاول الغش او التلاعب في تعامله مع الإدارة(١).

بالإضافة إلى ذلك فان لجهة الادارة الحق في مصادرة خطاب الضمان المودع لديها(٢) أو مصادرة التأمينات الأولية(٣) وذلك عند تقدمه للمشاركة في المناقصة بعطاء وهمي، أو عند قيامه بتزوير العطاء أو تحريفه او التلاعب بشكل مخالف للقانون لأي مستند يخص المناقصة، وكذلك الامر عند ثبوت تقديم المقاول لمعلومات بشكل مغاير للحقيقة ومخالف للواقع بقصد الأضرار بالمصلحة العامة، وجدير بالذكر ان هذه الحالات التي تندرج تحت مفهوم الغش والتلاعب والتزوير تمنح الادارة صلاحية سحب العمل من المقاول بشرط ان تكون هذه الحالات قد حصلت بعد صدور قرار الاحالة وتوقيع العقد أما اذا حصلت هذه الحالات قبل ذلك، فتطبق عليها عندئذ أحكام النكول(٤).

وتجدر الاشارة ان المشرع المصري اعتبر كلا من الغش والتلاعب الوارد ة في نص المادة (٢٤) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨لسنة ١٩٣٧ المعدل الحالة الوحيدة لشطب اسم المقاول من سجل الموردين والمقاولين، كما أنه اعتبر ارتكاب المقاول للغش في حالة تنفيذه للعقد الإداري جريمة جنائية ايضا ويعاقب عليها المقاول وفقا لنصوص

---

(١) ينظر: نص المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية.

(٢) هنادي فوزي حسين، |"سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها في ضوء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة "|، بحث منشور في |مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية|، العدد ١١، (٢٠١٥)، ص ٢٧.

(٣) د. حميد لطيف نصيف الدليمي، سحب العمل في عقود الاشغال العامة والاثار المترتبة عليه تجاه صاحب العمل والمقاول، (مكتبة صباح، بغداد| ٢٠١٥)، ص٢٨.

(٤) ينظر: نص المادة ١١/ اولا / ثانيا من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ النافذة.

قانون العقوبات المصري[١]، في حين أن المشرع العراقي لم يعرف الغش بمعناه الدقيق والواضح، وإنما ذكر البعض من صوره مثل التغرير والصورية .

ومما تجدر الاشارة اليه ان حالتي التنازل عن المقاولة والتعاقد من الباطن بدون علم وموافقة الادارة تعدان من بين الحالات الخاصة لقيام جهة الادارة بسحب العمل من المقاول في حالة تحققها ولا يسعنا الحديث عن هاتين الصورتين لعدم اتساع واستيعاب البحث لبيان وتفصيل هاتين الحالتين .

المطلب الثاني

سحب العمل في حالة بلوغ الغرامات التأخيرية حدا معينا

تعتبر الغرامة التأخيرية بخصائصها الاستثنائية والمميزة الجزاء المرن والضامن لسير المرفق العام وانتظامه بعيدا الى حد ما عن الإجراءات القضائية العادية والتي غالبا ما تزيد الأمر تعقيدا وبالتالي اطالة أمد التقاضي والنزاع والذي يؤدي في نهاية المطاف إلى عكس ما تبتغيه الإدارة والافراد على حد سواء بالنسبة لمسألة انتظام سير تلك المرافق العامة، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الاول مفهوم الغرامات التاخيرية وطبيعتها القانونية، بينما نتناول في الفرع الثاني حالة سحب العمل نتيجة لبلوغ الغرامات التأخيرية حدا معينا .

الفرع الاول

مفهوم الغرامات التاخيرية وطبيعتها القانونية

تعد الغرامات التأخيرية (Les pe nalites) أبرز صور الجزاءات المالية في نطاق العقود الادارية حيث عرفها الدكتور محمد سليمان الطماوي بانها ((عبارة عن مبالغ أجمالية تقوم الإدارة بتقديرها مقدما، وتنص على فرضها على المتعاقد معها متى ما قصر في التزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في لتنفيذ))[٢] بينما عرفها الدكتور عبد المجيد فياض بالقول بانها ((تعويض جزافي محدد في العقد ولا مصدر له سوى العقد ذاته ولا يشترط

(١) ينظر: نص المادة (٢٤) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.
(٢) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٤٢٢.

لتطبيقها إثبات الضرر))[١]، وذهب الدكتور ماهر صالح علاوي الى تعريفها بانها ((مبالغ مالية يذكر مقدارها في العقد كجزاء لإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية فيذكر مبلغا معينا عن كل يوم تأخير، وللإدارة حق استيفاء الغرامات بمجرد تأخر المتعاقد معها عن المواعيد المحددة ومن دون الحاجة لإثبات الضرر))[٢]

وغرامة التأخير في العقد الإداري ترجع اصولها الى قواعد القانون الخاص حيث تسمى بالغرامة التهديدية (التهديد المالي)[٣] والذي يمكن وصفها بانها (الحكم على المدين بناء على طلب الدائن بمبلغ معين عن كل يوم أو أية وحدة زمنية يتأخر فيها حتى يقوم المدين بالتنفيذ أو يتضح إصراره على عدم التنفيذ)[٤]، فإذا توقع كل من المتعاقدين ان هناك خطأ معينا وقاما بتحديد جزاء بعينه في العقد فلا يجوز كقاعدة عامة لجهة الادارة ان تخالف هذا النص[٥]، وهذا ما ذهبت اليه الجمعية العمومية المصرية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها الصادرة في ١٩٩٩/٢/١[٦].

(١) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، (ط١، دار الفكر العربي، القاهرة| ١٩٧٥)، ص١٦٨.

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، (مكتبة السنهوري، بغداد| ٢٠٠٩)، ص٤٤٥.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، (ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت| ٢٠٠٠)، ص ٤٨.

(٤) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها – دراسة مقارنة، (ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان| ٢٠١٠)، ص ٢٣-٢٤.

(٥) د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر|١٩٧٣)، ص٣٣٩؛ حسام محسن عبد العزيز، سلطة الادارة الجزائية فـي فرض الغرامة التأخيرية وضماناتها– دراسة مقارنة، (ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة | ٢٠١٨)، ص٣٦.

(٦) ينظر: فتوى الجمعية العمومية المصرية، رقم ٧٥، السنة ٥٣، بتاريخ ١٩٩٩/٢/١، (غير منشور) اشار اليها حسام محسن عبد العزيز، المصدر نفسه، ص٣٦.

وهذا الاجراء تبناه القضاء العراقي من خلال منح الإدارة صلاحية فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة وخارج نطاق الجزاءات التي نص عليها في بنود العقد، حيث ذهبت محكمة التمييز في حكمها الصادر في ١٩٨٦/١٠/٢٣ إلى القول ((...وجد أن الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية فيما يتعلق بنسب الغرامات التأخيرية هي توجيه للدوائر ذات العلاقة، أما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما تضمنه العقد شريعة المتعاقدين، فإذا كان عقد المقاولة بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فان النص هو الذي يعمل به...))[١].

ويرى الباحث بان جهة الإدارة تتمتع بحق فرض الغرامة التأخيرية حتى وان لم ينص عليه في العقد كما ان لجوء الأفراد الى التعاقد مع جهة الادارة لا يلغي الاساس الاتفاقي للغرامة التأخيرية، كما أن طبيعة الجزاءات التعاقدية التي تفرض على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل عام تتخذ العديد من الصور التي تمت الإشارة اليها، وذلك باعتبارها جزاء[٢] وكذلك باعتبارها تعويضا للإدارة، كما انها تعد وسيلة لإرغام المتعاقد[٣] على القيام بتنفيذ التزاماته التعاقدية في آن واحد .

(١) ينظر: حكم محكمة التمييز العراقية، المرقم (١٨١٩)، والصادر في (٢٣ / ١٠ / ١٩٨٦). أشار اليه د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، (مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد | ١٩٨٥)، ص١٣٩.

(٢) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في قرارها المرقم (٣٧٦١) لسنة (٤١/ ق ع) جلسة (١٠/٢٨/ ١٩٩٧) أشار اليه د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية|٢٠١٠)، ص٨٤.

(٣) ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية المرقم (٤٥٥) والصادر في (١١/١٠/ ١٩٦٨) منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز العراقية، المجلد الخامس، ص٣٤٢ اشار اليه حسام محسن عبد العزيز، مصدر سابق، ص١٤٣.

الفرع الثاني

سحب العمل نتيجة لبلوغ الغرامات التأخيرية حدا معينا

ذكرنا فيما تقدم ان الغرامة التأخيرية هي احدى الجزاءات المالية التي تمتلك جهة الادارة سلطة فرضها على المتعاقد معها وذلك بمجرد تراخيه او تأخره في تنفيذ الالتزامات التعاقدية المنوطة به ومن دون الحاجة الى تكليف جهة الإدارة لإثبات وقوع ضرر اصابها نتيجة لهذا التأخير [١] .

ففي حالة حدوث ظروف قد تطرأ اثناء تنفيذ العمل تؤدي الى حدوث تأخير كبير في التنفيذ لأسباب قد لا تعود الى رب العمل أو حتى المقاول نفسه، يتقدم على اثرها المقاول بطلب لتمديد المدة المتفق عليها للتنفيذ الى جهة الادارة إلا أن مثل هذا الطلب قد يبقى معلقا بدون ان يتم حسمه من قبلها ويمتد حتى تبلغ حدا معينا الزمن يقابله تناسب طردي في زيادة مبالغ الغرامات التاخيرية، فيقوم محاسب المشروع التابع لصاحب العمل باحتساب الغرامات التأخيرية على حساب ذرعة المقاول وبالنتيجة تكون مبالغ الغرامات التأخيرية مستنفذة لكل أو لمبلغ كبير من قيمة سلفة الاعمال المنجزة من قبله الامر الذي يؤدي الى قلة السيولة النقدية لدى المقاول وبالتالي ينعكس على ادائه في التنفيذ[٢]، فكلما زاد التأخير أو التراخي في التنفيذ زادت معه مبالغ الغرامات المحتسبة على حساب المقاول الامر الذي قد يشكل بمجمله احد الاسباب الدافعة لجهة الادارة لسحب العمل من المقاول تحت طائلة اكثر من سبب كما ذكرنا انفا عند الحديث عن حالات سحب العمل، وعلى هذا الاساس فان لجهة الإدارة صلاحية سحب العمل من المقاول في حالة بلوغ الغرامات التأخيرية حدا معينا، وذلك استنادا لما نصت عليه المادة (١٦ / ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(١) لسـنة ٢٠٠٨(الملغاة)، واستنادا الى هذا النص فان لجهة الادارة

---

(١) د. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام– دراسة مقارنة، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية| ٢٠٠٧)، ص٣٣.

(٢) خولة كاظم محمد، عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة و بحث منشور على الموقع الالكتروني:

http://it.uobabylon.edu.iq/fileshare /repository1_publication34012_19 1916.pdf

تاريخ الدخول للموقع :٢٠٢٥/٤/٢٧ – وقت الزيارة : ٦:٣٠ مساءا .

الاختيار بين خيارين فإما تقوم بتشكيل لجنة إسراع اوان تقوم بسحب العمل من المقاول وهذا يعني ان جهة الادارة مجبرة على اتخاذ إجراء واحد من هذين الاجراءين وليس لها ان تمتنع عن اتخاذ أي منهما فهي ليست مخيرة مطلقا على الرغم من تمتعها بسلطة تقديرية واسعة في الاختيار بين الإجراءين الإيجابيين .

الخاتمة

من خلال دراستنا لحالات سحب العمل من المقاول المقصر تبين لنا انه لا يجب النظر من زاوية ضيقة إلى هذا الجزاء باعتباره مجرد عقوبة توقعها جهة الإدارة على المقاول المقصر فقط، وإنما هو وسيلة لإرغامه على تصحيح مساره والعمل على تقليل المخالفات المرتكبة من قبله وسرعة الإنجاز المشروع، والعمل على ايجاد نوع من التوازن بين حق الادارة في ممارسة هذه السلطة بتوقيع الجزاء، وبين ضمانات المقاول تجاه الادارة عند استعمالها لحقها في توقيع هذا الجزاء على الالتزام بالتنفيذ وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومن خلال هذا البحث تم التوصل إلى النتائج التالية :-

١- يصنف جزاء سحب العمل بكونه أحد الجزاءات الضاغطة والمؤقتة، تلجأ إليه جهة الإدارة بقصد ضمان سير المرفق العام، بحيث لا يؤدي إلى إنهاء العقد بل يبقى المقاول مسؤولا عن تنفيذ العمل، فهولا يعد عقوبة توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط عليه لمواجهة تقصيره، فالطبيعة القانونية لهذا الجزاء انما ترجع الى امتياز السلطة العامة وخاصة امتيازها في التنفيذ المباشر وتطبيقا لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام لضمان تنفيذ العقد من جهة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من جهة اخرى .

٢- إن الحالات التي تم ذكرها في دفاتر الشروط العامة العراقية، والتي اجازت لجهة الإدارة توقيع جزاء سحب العمل، تعتبر حالات جزئية وقد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وجميع هذه الصور والحالات ترجع الى فكرة أساسية هي ارتكاب المتعاقد مع الادارة خطأ جسيما، بحيث تكون مسوغا كافيا لتوقيع جزاء سحب العمل منه .

٣- إن الأسلوب الذي اتبعته دفاتر الشروط العامة العراقية في تعداد حالات سحب العمل أسلوب منتقد، لكونه لم يشر في مضمونه على اعتبار هذا التعداد قد ورد على سبيل

المثال لا الحصر، بالإضافة الى ورود النص على حالة لا يمكن باي حال من الاحوال إدراجها ضمن الحالات الخاصة بسحب العمل وهي حالة امتناع المقاول عن التوقيع على صيغة التعاقد بعد استلامه لقرار الاحالة .

٤- إن حق الإدارة في اللجوء إلى توقيع جزاء سحب العمل لا يتقيد بزمن ووقت محدد، فبمجرد بدء المقاول بالتنفيذ يمكن لجهة الادارة استعمال حقها في إيقاع هذا الجزاء في حال توفرت شروطه وحالاته الانفة الذكر.

٥- اعتبر المشرع المصري حالات الغش او التلاعب او الإفلاس او الإعسار من اسباب الفسخ التلقائي لعقد المقاولة العامة، وليست من اسباب سحب العمل في حين اعتبر المشرع العراقي هذه الحالات والصور اذا ما تحققت من الاسباب الدافعة لقيام الادارة بسحب العمل من المقاول المقصر.

٦- ان قيام جهة الإدارة بإصدار قرارها الاداري بتشكيل لجنة الإسراع يعني في مضمونه قرارا بسحب العمل، حتى وإن لم يتضمن القرار الصادر لهذا المضمون، وذلك لأن هذا القرار يتفق تماما مع شروط واحكام سحب العمل .

٧- إن ادراج المقاول او الشركة في القائمة السوداء في العراق، يسري فقط عندما يكون المقاول المقصر شخصا طبيعيا يقوم بمزاولة الاعمال التجارية ومنها اعمال المقاولات او اذا كانت شركة من الشركات الخاصة التي تم تأسيسها وفقا لقانون الشركات رقم (٢١) السمنة ١٩٩٧، وعلى هذا الاساس لا يسري هذا الادراج على الشركات العامة المملوكة للدولة التي يتم تأسيسها وفقا لقانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وذلك لأن تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ نصت على عدم سريان الإدراج في القائمة السوداء للشركات العامة المملوكة للدولة استنادا لأحكام الفقرة (ب) من المادة (١) منها .

التوصيات:

١- يوصي الباحث بتعديل ما ورد في نص الفقرة (١) من المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧والعمل على تقنين اسباب سحب العمل من خلال مبدأ عام يحكم جميع حالات الخطأ الجسيم او الاخلال بالتزام جوهري يرتكبه المقاول ومنصوص عليه في عقد المقاولة لأن النصوص الحالية تتضمن مجرد تعداد لحالات جزئية تمنح الإدارة سلطة توقيع جزاء سحب العمل عند توافر أي منها.

٢- يوصي الباحث بحذف حالة امتناع المقاول عن توقيع صيغة التعاقد والتي اعتبرها المشرع من ضمن حالات سحب العمل في دفاتر الشروط العامة والعمل على ازالة التعارض الموجود مع نص الفقرة (اولا / ب) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، الواجبة التطبيق في حالة امتناع المقاول المبلغ بالإحالة عن توقيع صيغة التعاقد حيث يعد ناكلا، ويقتصر حق الإدارة في هذه الحالة على قيامها بمصادرة تأميناته الأولية ومن ثم تحميله فرق البدلين الناجم عن إحالة المناقصة على المرشح الثاني، ومن دون اللجوء إلى توقيع جزاء سحب العمل منه .

٣- نوصي المشرع العراقي بإدراج نص في قانون العقوبات على فرض عقوبة جنائية بحق المتعاقد مع الحكومة إذا أخل عمدا بتنفيذ التزاماته التعاقدية على غرار ما ورد في قانون العقوبات المصري، وذلك لأهمية العقد من جهة وضرورة تنفيذه بالشكل الذي يؤمن دوام سير المرافق العامة من جهة اخرى.

٤- يرى الباحث ضرورة أن تكون الجزاءات التي توقعها جهة الإدارة على المتعاقد المقصر معها متدرجة بحيث تبدأ من الأخف صعودا الى الاشد، باستثناء حالة ما اذا كان إخلاله جسيما ويتطلب ردعا قويا، وبالمقابل ينبغي على جهة الإدارة التغاضي عن الأخطاء البسيطة وقليلة الأهمية التي قد تصدر من المتعاقد معها وخصوصا إذا ما بادر المتعاقد مع الإدارة على تصحيح مساره وتلافي أخطائه.

The Authors declare That there is no conflict of interest

References

First: Legal Books:

1. Al-Fayyadh. Ibrahim, Administrative Contracts: General Theory and Its Applications in Kuwaiti and Comparative Law،)Al-Falah Library، 1st ed.، Kuwait |1981)
2. Al-Mufarji. Ahmed, & Al-Ubaidi. Awad, General Provisions on Withdrawal of Employment and Settlement of Disputes Arising Therefrom، A Study in Civil and Administrative Law،)1st ed.، Dar Al-Hamed for Publishing and Distribution، Amman، Jordan| 2020)
3. Al-Jabouri. Bashar, Withdrawal of Work in Public Contracting Contracts (A Comparative Study)،)1st ed.، National Center for Legal Publications، Cairo | 2017)
4. Badawi. Tharwat,The General Theory of Administrative Contracts،)Dar Al-Nahda Al-Arabiya| 1994)
5. Nassar. Jad, Administrative Contracts،)Dar Al-Nahda Al-Arabiya، 2nd ed.، 32 Abdel Khaleq Tharwat Street، Cairo، no publication year)
6. Al-Hashemi. Rasha, Judicial Oversight of the Administration's Authority to Impose Penalties on Contractors، A Comparative Study،)1st ed.، Al-Halabi Legal Publications، Beirut، Lebanon| 2010)
7. Al-Najjar. Zaki, Limits of the Administration's Authority to Impose a Fine، A Fundamental Study of Financial

Penalties and the Controls for Imposing Them in the Disciplinary System، Administrative Contracts، and Administrative Criminal Law (، Dar Al-Nahda Al-Arabiya، Cairo، | 2000)

8. Muhammad. Sameh, Withdrawal of Work from the Contractor in Public Works Contracts، A Comparative Study،)1st ed.، Arab Studies Center for Publishing and Distribution، Giza، Egypt| 2016)
9. Al-Sharqawi. Suad, Administrative Contracts،)3rd ed.، Dar Al-Nahda Al-Arabiya، Cairo| 2003)
10. Al-Tamawi. Suleiman, General Foundations of Administrative Contracts، A Comparative Study،)5th ed.، Dar Al-Fikr Al-Arabi، Cairo |1995)
11. Mansour. Shab, Administrative Law،)Dar Al-Iraq Press، no place or year of publication) .
12. Khalifa. Abdel Aziz, General Foundations of Administrative Contracts،)1st ed.، National Center for Legal Publications، Egypt |2008)
13. Al-Anzi. Abdullah, The Legal System of Penalties in Administrative Contracts، Dar Al-Jamiah Al-Jadida, Alexandria| 2010)
14. Fayyad. Abdul Majeed, The Theory of Penalties in Administrative Contracts،)Dar Al Fikr، Cairo|1975).

15. Al Aboudi. Othman, Detailed Provisions in Explaining Government Contracts، A Comparative Study،)1st ed. Al Sima Press، Baghdad| 2015).
16. Badir. Ali, & Al Barzanji. Issam, & Al Salami. Mahdi, Principles and Provisions of Administrative Law،)Dar Al Sanhouri، Baghdad | 2015).
17. Al-Sinjari. Ali, The Administrative Judge: Between Legitimacy and Suitability،)1st ed.، Dar Al-Masala for Printing and Publishing، Lebanon| 2018).
18. Jankir. Fares, The Authority of the Contracting Administration in the Case of Defective Implementation of the Administrative Contract, (1st ed., Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon| 2014).
19. Khammas. Farouk, & Al-Dulaimi. Muhammad, A Concise Introduction to the General Theory of Administrative Contracts، College of Law، University of Mosul، 1992.
20. Al-Helou. Majid, Administrative Contracts،)Dar Al-Jami'a Al-Jadida، Egypt | 2009).
21. Radi. Mazen, Administrative Contracts، Legal Culture Organization،)Erbil | 2010).
22. Al-Jabouri. Maher, Administrative Law،)Al-Sanhouri Library، Baghdad | 2009).

23. Abu Dan. Maya, Judicial Oversight of Proportionality in Administrative Decisions: A Comparative Study between France، Egypt، and Lebanon،)Modern Book Foundation، Lebanon| 2011).
24. Al-Jubouri. Mahmoud, Administrative Contracts،)Dar Al-Kutub for Printing and Publishing، Baghdad | 1985).
25. Al-Nujaifi. Mustafa, Administrative Contracts and Arbitration،)Bright Horizons، Amman| 2011).

Second: University theses and dissertations:

1. Ayyad. Ahmed, "Aspects of Public Authority in Administrative Contracts،" A(doctoral dissertation submitted to the Faculty of Law، Cairo University، Cairo |1973) .
2. Bakhira. Saeed, "Administrative Authority During the Implementation of an Administrative Contract: A Comparative Study،" A (doctoral dissertation submitted to the Faculty of Law and Political Science، Algeria| 2008).
3. Bin Shaaban. Ali, "The Effects of Public Works Contracts on Their Parties in Algerian Legislation،" A (doctoral dissertation submitted to the Faculty of Law and Political Science، University of Mentouri، Constantine، Algeria| 2012).
4. Al-Hassan. Issa, "The Obligations and Rights of Contracting Parties in the Implementation of Public

Works Contracts،" A (doctoral dissertation submitted to the Faculty of Law، Cairo University Cairo| 1997).

5. Al-Jamal. Haroun, The Legal System of Penalties in Public Works Contracts،)PhD thesis submitted to the Faculty of Law، Ain Shams University، Cairo| 1979).
6. Al-Zuhairi. Riyad، Aspects of Administrative Authority in the Implementation of Public Works Contracts،)Master's Thesis, College of Law and Politics, University of Baghdad | 1976).
7. Al-Sinjari. Ali, The Administrative Center in the Case for Cancellation and Full Judgment، A Comparative Study،)Master's Thesis Submitted to the Council of the College of Law at the University of Mosul، Mosul| 2004)
8. Al-Daihani. Majid, Coercive Penalties in Administrative Contracts،)Master's Thesis Submitted to the Faculty of Law، Cairo University| 2008).
9. Khadir. Mahmoud, Late Payment Fines in Administrative Contracts، A Comparative Study،)Master's Thesis submitted to the College of Law، University of Baghdad| 1991).
10. Al-Qadi. Walid, Penalties in Administrative Contracts،)Master's Thesis submitted to the College of Jurisprudence and Legal Studies، Al al-Bayt University، Jordan | 2000).

Third: Legal Research and Articles:

1. Khafaji. Ahmed, "The Theory of Public Works in Administrative Law،")Egyptian Law Journal، Issue 6، Year 33، |1953).
2. Al-Khayat. Bashar, "The Electronic Administrative Contract،" a study published in)Al-Baath Journal، Syria، Volume 39، Issue 67| 2017).
3. Al-Bannan. Hassan, Financial Penalties in Administrative Contracts (A Comparative Study)، a study published in)Al-Rafidain Journal of Law، Issue 54| 2012).
4. Al-Mawla. Khaled, Financial Penalties in Administrative Contracts،)Future Research Journal, Al-Hadbaa University College، Issue 8, |March 2007).

Fourth: Foreign sources:

1. De Laubadére. André, Senior Administrative Officer: 5 years،)L.G.D.J. paris; |1970)
2. Lajoye. Christophe, - from public markets.)2 different editions. Today on May 1، |2007 - editor Gualino(
3. Jèze. Gaston, General Principles of Administrative Affairs، General Administrative Principles،)Partie Troisième، Paris، L.G.D.J.،| 1936)

Fifth: Laws and Instructions:

1. Egyptian Civil Law No. 131 of 1948.
2. Iraqi Civil Law No. (40) of 1951، as amended and effective.
3. General Conditions for Contracting for Civil Engineering Works، 1987.
4. General Conditions for Contracting for Electrical، Mechanical، and Chemical Engineering Works، 1987.
5. Instructions for the Implementation of Government Contracts No. (2) of 2014

Sixth: Websites:

1. The Council of State's decision on Domaniality: Public works on private property، pursuant to Decision No. 342896 dated May 16، 2012، published on the website:

https://www.sartorio.fr/actualites/flashs-d-info-juridique/68-cabinet-avocats-droit

2. The decision published on the website:

http://www.sartorio.fr/flas h-info-juridique/cabinet-avocats-droit-public