



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل - كلية القانون

حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

حلاء نافع كطافه العبداني

إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير

في القانون العام

بإشراف

الدكتور إسماعيل عصام البديري

أستاذ القانون العام المساعد

2009م

1430هـ

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
Babylon University
College of Law



**Limits specialty of Administrative
Judiciary in Disputes CONTRACT BUILD ,
OPERATE AND TRANSFER**

((A comparative study))

A thesis Submitted by

Alaa Nafe'e Al-Edani

Submitted to the Council of the College of Law
Babylon University as a part of the requirements
for gaining the Master degree in the Public Law

**Supervised by
Prof . Dr. Ismaeel Al-Bidery**

2009 . M

1430 . H

شكر وتقدير

أحمد الله واسجد له شكراً على ما هدانا إليه وما انعم علينا به من نعم لو حاولنا عدها لهما أحصيناها ، وأصلي وأسلم على اشرف المرسلين سيدنا أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الغر الميامين الثابتين على دربه من بعده .
أما بعد :

لايسعني بعد أن شارفت عملية البحث على الانتهاء إلا أن أتقدم بوافر الشكر إلى أستاذي المشرف الدكتور إسماعيل صمصاع البديري الذي تجشم عناء الإشراف على رسالتي، فجزاه الله عني خير الجزاء إذ كان لي خير المعين في إنهاء رسالتي.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل عموماً واطح منهم بالذكر أستاذي الدكتور رافع شبر والدكتور حسن عودة الغانمي والدكتور علي هادي والدكتور جعفر الياسين والدكتور حكمت عبد الرزاق الدباغ والدكتور علاء عبد الحسن والدكتور محمد علي سالم والدكتورة إسراء محمد علي ولا يغيب عن بالي أن أتقدم بالشكر للسادة أعضاء لجنة المناقشة الدكتور ياسين كريم الحلفي والدكتور ميثم حنظل شريف لتحملهم عناء السفر ومخاطر الطريق والحضور لمناقشة الرسالة وفقهم الله لما يحب ويرضى.

هذا ولا يسعني إلا أن أتقدم عرفانا بالجميل لكل من مد لي يد العون والمساعدة وبالأخص أساتذتي في كلية القانون جامعة البصرة ، كذلك موظفي المكتبات التي استعنت بها في كلية القانون جامعة البصرة ، وكلية القانون جامعة بغداد ، وكلية الحقوق جامعة النهرين ، ومكتبة وزارة العدل والمعهد القضائي . كما أتقدم بالشكر الجزيل الى كافة موظفات قسم الدراسات العليا في كلية القانون / جامعة بابل .

ولتكن خاتمة شكري مسكاً إذ إنني أتقدم بشكري وتقديري واعتزازي وحبّي إلى عائلتي لجهودهم المثمرة وصبرهم الطويل ومؤازرتهم لي طيلة مدة الدراسة فلهم مني كل الحب والتقدير . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة على خير المرسلين سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين أئمة الحق وسادة الخلق (عليهم السلام) وصحبه الكرام.

الباحث



قرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة ، بأننا اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ

(حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل

الملكية /دراسة موازنة) وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وكل ما له علاقة بها

ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون العام.

التوقيع

أ.م.د. ميثم حنظل شريف

(عضواً)

التوقيع

أ.د. رافع خضر صالح

(رئيساً)

التوقيع

أ.م.د. إسماعيل صمصاع البديري

(عضواً مشرفاً)

التوقيع

أ.م.د. ياسين كريم الحلفي

(عضواً)

صدقت من مجلس كلية القانون، جامعة بابل

التوقيع

أ.م.د. منصور حاتم محسن

عميد كلية القانون /جامعة بابل

التاريخ 2009/ 12/

إقرار المشرف

أشهد بأن إعداد رسالة الماجستير للطالب (علاء نافع كطافه) الموسومة
بـ (حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل
ونقل الملكية / دراسة موازنة) قد تم تحت إشرافي في كلية القانون / جامعة
بابل وهي جزء من متطلبات شهادة الماجستير في القانون العام.

التوقيع

أ.م.د. إسماعيل صمصاع البديري

2009/ 12/

بناءً على التوصيات المتوفرة ، أرشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع

أ.م.د. هادي حسين الكعبي

معاون العميد للشؤون العلمية و الدراسات العليا

2009/ 12 /



سعيًا متواضعاً أضعه باباب حضرتك.....

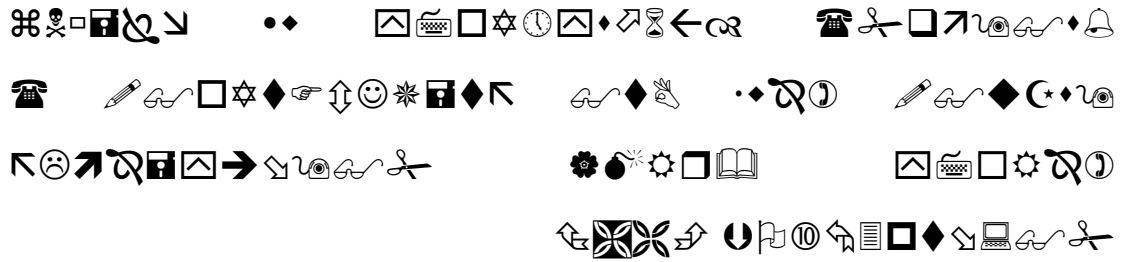
عسى أن يرسم قلبي هدية في سجل شفا عتك.....

يــــــــــــا علي

**فان جدت عليّ بالقبول - وأنت أهل لذلك -
فأودع أجرها المزكى في ميزان والديّ، لما لهما عليّ من
الحقوق فتزكو صلاتي ببرهما إن شاء الله.**

علاء





صالح الله العلي العظيم

الآية (32) سورة البقرة



(حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية)

يمثل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية صورة جديدة من العقود التي بدا الاهتمام بها نتيجة التطور الذي يشهده العالم المعاصر في دور الدولة في ظل المتغيرات الاقتصادية . فقد أدى تزايد حاجة المواطنين الى المرافق العامة والبنى التحتية ، وضعف إمكانيات الدولة المالية نتيجة الأعباء الكبيرة الملقاة على عاتقها والتي أرهقت ميزانيتها، الى حمل هذه الأخيرة على اللجوء الى التعاقد مع القطاع الخاص لإقامة المرافق العامة والبنى التحتية بحيث لا تتحمل الدولة أعباء التمويل أو نفقات التشغيل نظراً لأن المتعاقد معها سيتحمل هذه الأعباء مقابل قيامه باستغلال تلك المرافق لمدة محددة تعود بعدها إلى الدولة.

ومما يلاحظ على هذا الأسلوب من أساليب التعاقد الإداري أن هناك تعارض بين مصالح أطرافه ، حيث أن الدولة تسعى إلى تحقيق أقصى استفادة من المرافق العامة التي تتعاقد بشأنها لتلبية لحاجات مواطنيها الذين تتبلور مصالحهم بالحصول على أفضل الخدمات ، في حين يزداد اهتمام المتعاقد إلى تحقيق أكبر قدر من الربح وبأقل تكلفة في المشروع محل العقد ونظراً لما يتميز به هذا العقد من طول مدة تنفيذه التي قد تصل إلى مايزيد على خمسين عاماً فأن من الطبيعي أن تنشأ العديد من المنازعات التي لا بد من تحديد الجهة المختصة بالفصل فيها .

ولما كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد برز في مجال الدراسات المتعلقة بالعقود الإدارية بوصفه من العقود التي تسعى الإدارة من وراءها إلى تحقيق المصلحة العامة فلاشك إن القضاء الإداري سيكون صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الناشئة عنه . غير أن مسألة التسليم بهذه الحقيقة قد كانت من بين المسائل المختلف بشأنها ، ولعل من أهم الأسباب التي أدت إلى هذا الاختلاف هو الادعاء بأن هذا العقد لا يحمل خصائص العقود الإدارية نظراً لأن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى إبرام هذا العقد مع شركات الأجنبية لا يمكن استخدام أساليب القانون العام معها، الأمر الذي يحتم بأن يكون هذا العقد من العقود الخاصة التي تبرمها الإدارة على قدم من المساواة مع المتعاقد معها وهذا ما لا يجعل للقضاء الإداري أي مبرر لنظر المنازعات الناشئة عنه. والحقيقة هذا أن الادعاء لا يمكن إنكاره بسهولة مالم يتم الرجوع إلى القواعد التي أستند عليها القضاء الإداري في تحديد نظرية العقود الإدارية فهذه الأخيرة إنما تعد من النظريات التي أرساها القضاء الإداري الفرنسي وحدد خصائصها وطبيعة اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عنها ، ثم تبعه في ذلك القضاء الإداري في مصر وبقية الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج، بل وحتى بعض الدول التي اعترفت بوجود النظام القانوني المتميز للعقود الإدارية بالرغم من أن القضاء العادي هو الذي يمارس الاختصاص بنظرها وهذا ماينطبق على العراق الذي لازال القضاء العادي فيه يختص بنظر منازعات العقود الإدارية على الرغم من وجود محكمة للقضاء الإداري ،حيث أنه مما تقتضي ملاحظته في هذا المجال أن التسليم باختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية أصبح لا يقتصر على وجود قضاء متخصص بنظرها وإنما يمكن التسليم بوجود ذلك الاختصاص عندما يتم فض هذه المنازعات على وفق المبادئ المستقر عليها في أحكام القضاء الإداري بصدد نظرية العقود الإدارية ، ويبدو إن هذا الأمر هو الذي يفسر الاتجاه الذي ظهر في الوقت

الحاضر بشأن إمكانية فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من خلال وسائل غير قضائية أهمها التحكيم، بالرغم مما أثاره هذا الأمر من خلاف لدى الفقه والقضاء الإداريين حول مدى مشروعيته من جهة ، ومدى إمكانية الحفاظ على المبادئ الإدارية التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية من جهة أخرى.

وبذلك فإن المشكلة الأساسية التي يتناولها هذا البحث تتمثل بالوقوف على المجال الذي يمكن للقضاء الإداري أن يمارس من خلاله اختصاصه بنظر المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، حيث أن تحديد هذا المجال هو أمر يتعلق بالمقام الأول بتحقيق المصلحة العامة التي تبتغيها الإدارة من وراء إبرام هذا العقد الذي يعد من العقود المهمة التي تتجه أغلب الدول ومن بينها العراق إلى اعتمادها في سبيل مواكبة التطورات الاقتصادية وتوفير بنية أساسية قوية من شبكات للطرق، والصرف الصحي، ومياه الشرب ، والكهرباء، والموانئ والمطارات وغيرها من المرافق التي ترتبط بحاجات الجمهور .

وسوف تكون معالجة هذا البحث في ثلاثة فصول يسبقها مبحث تمهيدي نحاول من خلاله الوقوف على مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك ببيان تعريفه والآراء التي قيلت بشأن طبيعته القانونية ، أما الفصل الأول فسنفرد له لبحث أساس اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك على مبحثين ، خصصنا الأول لبيان قواعد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، والثاني لبحث مسوغات اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. ثم سنبين في الفصل الثاني طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال تقسيم الفصل على مبحثين الأول منهما يتناول دور قضاء الإلغاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والثاني يتناول دور القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، أما في الفصل الثالث والأخير فسنركز فيه على بحث التحكيم وأثره على اختصاص القضاء الإداري إذ قسم الفصل إلى مبحثين خصصنا الأول لبحث مفهوم التحكيم ومدى مشروعية اللجوء إليه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والثاني لبحث أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية . وفي خاتمة الرسالة تم استعراض ما تم التوصل إليه من نتائج ومقترحات .

Abstract

Build contract , operate and transfer property represent new image which have started to get attention as a result of the development the new world has witnessed under by the role of the government under the economical changes. The increase of population's needs for public facilities and infrastructures, and the lack of government's capability due to great burden that have weakened its budget has led the latter government to make contract with the private sector to establish the public facilities and infrastructures whereas the government will not bear the burden of financing and operating expenditures because whoever contract with the government will have this role , and the contractor on the other hand will use those facilities for a period of time which will be returned to the government at last.

Due the importance of contract of the building, operating and transferring property which has emerge in the field of the studies related to administrative contracts form which the administration seek to achieve public interest , there is no doubt the administrative judiciary will have sound specialty to undertake these disputes. But , the matter of acknowledgment of this fact is always subject to many different views , and probably the most important of reason that led to these different views is the claim that this contract has no administrative contracting features because the management always makes contracts with foreign companies in which it cannot use the public judiciary method with those foreign companies where it should use special contracts that the management government has to do the same with everybody, and that matter will make the administrative insignificant and unjustifiable. As a matter of fact this claim cannot be denied easily unless your have to refer to rules that the administrative judiciary based on to determine the theory of administrative contracts , and this theory is to be considered the one that the French administrative judiciary has established and determined its characteristics and the nature of its specialty in disputes followed by administrative judiciary in Egypt and the rest of countries of dual lawful system and also the those countries which acknowledged the existence of the distinguished lawful system of the administrative contracts despite the fact that the ordinary judiciary has undertaken these issues , and Iraq is one of them who still have the ordinary judiciary look in these administrative issues in spite of the existence of the administrative law. Something it should be noted in this field that to acknowledge in the specialty of administrative judiciary in administrative contracts dispute is not only the existence of specialized judiciary that look into these administrative issues but it can acknowledge that this

B

specialty is existed when these disputes should be solved according to stabilized principles in the administrative judiciary rules in connection with the theory of administrative contracts, and this matter seems to interpret the tend which has been emerged in present day related to the possibility of solving the deputes resulting from administrative contracts through unlawful means such as the Arbitration despite the fact that this matter had stir the differences between the jurisprudence and the administrative judiciary on its legitimate on one hand , and the possibility to maintain the administrative principles which have to applied on the administrative contracts on the other hand.

Thus, the main problem that this research deals with is to look into the field in which the administrative judiciary can be practiced its specialty to solve the disputes resulted from the build contract, operate or transfer.

This research will be dealt with in three chapters preceded by initial study through which we try to review the concept of the contract of building, operating and transferring property by identifying it (the contract) and the opinions that said concerning this matter and its lawful nature. As for the first chapter, will deal with the base of the specialty of the administrative judiciary in disputes of the contracting of building, operating and transferring the property in two studies (small researches) the first one will be dedicated to outline the rules of administrative judiciary specialty in disputing the administrative contract of building, employment, and transferring property, and the second one, to looking into the justifications of administrative judiciary specialty in disputing the contract of building, employment, and transferring property . In the second one will deal with the role of entire role of the judiciary in disputing the contact of building, employment, and transferring property. As for the third and the last chapter we will focus on the Arbitration and its affect on the administrative judiciary specialty where the chapter has been divided into two studies, the first one has been dedicated to the concept of the Arbitration and the its legitimate in disputing the contact of building, employment, and transferring property. And the second one will deal with the influence of the Arbitration on the contact of building, employment, and transferring property.

The conclusion of this research we will review what we have reached form results and proposals.

المقدمة

1 // موضوع البحث :- يمثل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يصطلح على تسميته بعقد البوت (B.o.t) صورة من العقود التي بدأ الاهتمام بها نتيجة التطور الذي يشهده العالم المعاصر في أثر الدولة في ظل المتغيرات الاقتصادية ، فقد أدى تزايد حاجة المواطنين الى المرافق العامة والبنى التحتية ، وضعف إمكانيات الدولة المالية نتيجة الأعباء الكبيرة الملقاة على عاتقها والتي أرهقت ميزانيتها، الى حمل هذه الأخيرة على اللجوء الى التعاقد مع القطاع الخاص لإقامة المرافق العامة والبنى التحتية إذ لا تتحمل الدولة أعباء التمويل أو نفقات التشغيل. لأن المتعاقد معها سيتحمل هذه الأعباء مقابل قيامه باستغلال تلك المرافق لمدة محددة تعود بعدها إلى الدولة.

ومما يلاحظ على هذا الأسلوب من أساليب التعاقد أن هناك تعارضاً بين مصالح أطرافه ، إذ أن الدولة تسعى إلى تحقيق أقصى استفادة من المرافق العامة التي تتعاقد بشأنها لتلبية لحاجات مواطنيها الذين تتبلور مصالحهم بالحصول على أفضل الخدمات ، في حين يزداد اهتمام المتعاقد إلى تحقيق أكبر قدر من الربح وبأقل تكلفة في المشروع محل العقد ، ونظراً لما يتميز به هذا العقد من طول مدة تنفيذه التي قد تصل إلى ما يزيد على خمسين عاماً ، فأن من الطبيعي أن تنشأ العديد من المنازعات التي لابد من تحديد الجهة المختصة بالفصل فيها .

ولما كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد ظهر في مجال الدراسات المتعلقة بالعقود الإدارية بوصفه من العقود التي تسعى الإدارة من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة فلاشك أن القضاء الإداري سيكون صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الناشئة عنه . غير أن مسألة التسليم بهذه الحقيقة قد كانت من بين المسائل المختلف بشأنها ، ولعل من أهم الأسباب التي أدت إلى هذا الاختلاف هو الادعاء بأن هذا العقد لا يحمل خصائص العقود الإدارية نظراً لأن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى إبرام هذا العقد مع شركات الأجنبية لا يمكن استخدام أساليب القانون العام معها، الأمر الذي يحتم بأن يكون هذا العقد من العقود العادية التي تبرمها الإدارة على قدم من المساواة مع المتعاقد معها وهذا ما لا يجعل للقضاء الإداري أي مسوغ لنظر المنازعات الناشئة عنه.

والواقع أن الادعاء أعلاه لا يمكن إنكاره بسهولة مالم يتم الرجوع إلى القواعد التي أُسست عليها القضاء الإداري ذاته في تحديد نظرية العقود الإدارية ، فهذه الأخيرة إنما تعد من النظريات التي أرساها القضاء الإداري الفرنسي وحدد خصائصها وطبيعة اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عنها ، ثم تبعه في ذلك القضاء الإداري في مصر وبقية الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج، بل اعترفت بعض الدول بوجود النظام القانوني المتميز للعقود الإدارية بالرغم من أن القضاء العادي هو الذي يمارس الاختصاص بنظرها وهذا ماينطبق على العراق الذي مازال القضاء العادي فيه يختص بنظر منازعات العقود الإدارية على الرغم من وجود محكمة للقضاء الإداري ،حيث أنه مما تقتضي

ملاحظته في هذا المجال أن التسليم باختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية أصبح لا يقتصر على وجود قضاء متخصص بنظرها وإنما يمكن التسليم بوجود ذلك الاختصاص عندما يتم فض هذه المنازعات على وفق المبادئ المستقر عليها في أحكام القضاء الإداري بصدد نظرية العقود الإدارية ، ويبدو أن هذا الأمر هو الذي يفسر الاتجاه الذي ظهر في الوقت الحاضر بشأن إمكانية فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من خلال وسائل غير قضائية أهمها التحكيم، بالرغم مما أثاره هذا الأمر من خلاف لدى الفقه والقضاء الإداريين حول مدى مشروعيته من جهة ، ومدى إمكانية الحفاظ على المبادئ الإدارية التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية من جهة أخرى .

2- أهمية موضوع البحث :- لا شك أن التسليم باختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أمر يتعلق بالمقام الأول بتحقيق المصلحة العامة التي تبتغيها الإدارة من وراء إبرام هذا العقد الذي يعد من العقود المهمة التي تتجه أغلب الدول ومن بينها العراق إلى اعتمادها في سبيل مواكبة التطورات الاقتصادية وتوفير بنية أساسية قوية من شبكات للطرق، والصرف الصحي، ومياه الشرب ، والكهرباء، والموانئ والمطارات وغيرها من المرافق التي ترتبط بحاجات الجمهور. ولعل اختيارنا موضوع حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يرجع إلى ما أثير حول هذا العقد من غموض وخلاف كبير حول طبيعته الإدارية ومدى إمكانية ممارسة الإدارة من خلاله سلطاتها المتعارف عليها في مجال العقود الإدارية وهو موضوع على ما نرى بالغ الأهمية في العراق نظراً لإمكانية معرفة الجانب الإداري والقضائي العراقي للحلول الموضوعية بصدد المنازعات الحاصلة بشأنه ، ولأننا في العراق أمام قضاء إداري ما زال لا يملك النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية- سوى في مجال ضيق جداً، فأن معرفة الاختصاص القضائي الذي يخضع له هذا العقد ستكون له أهمية خاصة في حالة توسيع المشرع لاختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل منازعات العقود الإدارية.

3- مشكلة البحث :- أن المشكلة الأساسية التي يتناولها هذا البحث تتمثل بالوقوف على المجال الذي يمكن للقضاء الإداري أن يمارس من خلاله اختصاصه بنظر المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، حيث أن تعدد وتعارض مصالح أطراف هذا العقد المتمثلين بالإدارة المتعاقدة من جهة ، والشخص القانوني الخاص المكلف بإنشاء وتشغيل المرفق محل العقد من جهة ثانية ، والمنفععين بخدمات المرفق والعاملين فيه الذين يمكن أن تمتد اليهم آثار العقد من جهة ثالثة سوف يؤدي ذلك دون شك الى تنوع صور المنازعات التي يمكن أن تحصل سواء في مرحلة تكوين العقد أم في مرحلة تنفيذه . وإذا ما تم التسليم باختصاص القضاء الإداري بنظر تلك المنازعات ، فإن السؤال الذي سيبقى مطروحاً هو ما الأساس القانوني لهذا الاختصاص ؟ وما هي طبيعة هذا الاختصاص ؟ ومن جانب آخر يلاحظ أن ارتباط عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بمفهوم سياسة الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار قد أدى الى أن تنشأ الى جانب القضاء الإداري وسائل غير قضائية

أبرزها التحكيم الذي كثيراً ما يتم النص على إمكانية اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عنه ، وهنا يظهر تساؤل في غاية الأهمية وهو ما أثر إدراج هذا الشرط في العقد؟ وما أثره على اختصاص القضاء الإداري هذه الأسئلة ستكون المحاور الرئيسية في دراستنا وسنسعى الى إيجاد أجوبة لها في أثناء هذا البحث .

4- منهجية البحث :- نرى أن المنهجية الأكثر انسجاماً مع طبيعة موضوع بحثنا هو اعتماد منهجية تحليلية مقارنة نسعى من خلالها استعراض أهم القواعد القانونية الوطنية والمقارنة سواء في فرنسا أم مصر والمرتبطة بموضوع بحثنا، وكذلك سنتطرق إلى ما انتهى إليه القضاء الإداري العراقي والفرنسي والمصري مع بيان ماتبناه الفقه الإداري بشأن موضوع بحثنا، كما سنعزز موضوع بحثنا بالجانب التطبيقي العملي، الذي يكشف عن أوجه التطبيق المختلفة وكيفية معالجة الموضوعات التي تضمنها البحث سعياً منا للوصول الى الفكرة القانونية السليمة التي يمكن أن تؤدي الى مستوى مقبول في إطار البحث العلمي.

5- تقسيم البحث :- وبناءً على ماتقدم فقد ارتأينا تقسيم خطة البحث على ثلاثة فصول يسبقها مبحث تمهيدي نحاول من خلاله الوقوف على مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك ببيان تعريفه والآراء التي قيلت بشأن طبيعته القانونية ، أما الفصل الأول فسنفرده لمبحث أساس اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك من خلال مبحثين ، خصصنا الأول لبيان قواعد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، والثاني لمبحث مسوغات اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. ثم سنبين في الفصل الثاني طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال تقسيم الفصل على مبحثين الأول يتناول دور قضاء الإلغاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والثاني يتناول دور القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، أما في الفصل الثالث والأخير فسنركز فيه على بحث التحكيم وأثره على اختصاص القضاء الإداري وسيقسم الفصل إلى مبحثين خصصنا الأول لمبحث مفهوم التحكيم ومدى مشروعية اللجوء إليه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والثاني لمبحث أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. وفي خاتمة الرسالة سوف يتم استعراض ما تم التوصل إليه من نتائج ومقترحات .

. إن شاء الله تعالى .

المبحث التمهيدي

مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.o.t

من أجل إعطاء صورة واضحة عن مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يصطلح على تسميته بعقد البوت (B.o.t) سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزه من بعض الصور المشابهة، أما المطلب الثاني فسنبين فيه الطبيعة القانونية لهذا العقد وذلك بالوقوف على أبرز آراء فقهاء القانون التي قيلت بشأن تكييفه:

المطلب الأول

تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزه من بعض الصور المشابهة

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وتمييزه من بعض الصور المشابهة له وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يُعرف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه اتفاق تعهد بمقتضاه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلى أحد الأشخاص المعنوية الخاصة وطنياً كان أم أجنبياً، مهمة إنشاء مشروع من مشروعات الدولة الأساسية أو المرافق العامة من أجل إشباع حاجات عامة للجمهور وذلك على نفقة ذلك الشخص ومسؤوليته، مقابل قيامه بإدارة واستغلال ذلك المشروع أو المرفق لمدة محددة وبشروط معينة، مع الالتزام بإعادة المشروع إلى الدولة بحالة جيدة عند انتهاء المدة المحددة في العقد⁽¹⁾.
وقيل أن المقصود بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو ذلك العقد الذي تعهد بمقتضاه الإدارة لأحد الملتزمين وعلى نفقته ومسؤوليته مهمة إنشاء وإدارة واستغلال إحدى المرافق العامة لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات ذلك المرفق مع الخضوع للقواعد الضابطة لسير

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار: عقود البوت Bot والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص35.

المرافق العامة والأحكام الواردة في العقد، على أن تنتقل ملكية ذلك المرفق بكافة مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى الدولة أو الجهة المتعاقدة بعد انتهاء المدة المحددة في العقد⁽¹⁾.

ويرى بعضهم إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتمثل بكونه امتيازاً تعهد به الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية وسواء كانت من القطاع العام أم القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع، من أجل إنشاء وتمويل وصيانة مرفق عام يتولى إشباع حاجة عامة، وتشغيله لحسابها مدة من الزمن تنتقل بعدها ملكية ذلك المرفق إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة⁽²⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما هو إلا نظام لتمويل مشروعات البنية الأساسية بواسطة القطاع الخاص وبمقتضاه تمنح الدولة امتيازاً أو ترخيصاً لإحدى الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية تسمى في العمل - شركة المشروع - من أجل إنشاء أحد المشاريع الأساسية، واستغلاله لمدة محددة من الزمن تكون كافية لاسترداد التكاليف التي أنفقت، فضلاً عن قدر من الربح، على أن تلتزم شركة المشروع بعد انتهاء المدة بإعادة المشروع إلى الدولة المتعاقدة بحالة جيدة ودون مقابل⁽³⁾.

وفي المعنى ذاته عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)⁽⁴⁾ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمدة من الزمن أحد الاتحادات المالية ويدعى شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات تكفي لاسترداد تكاليف البناء وتحقيق أرباحاً من خلال استغلال ذلك المشروع تجارياً، على أن تنتقل ملكية المشروع للحكومة في نهاية مدة الامتياز⁽⁵⁾.

وفي ضوء التعريفات السابقة يمكن لنا تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه العقد الذي تمنح بمقتضاه الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها امتيازاً لأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية،

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص3.

(2) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد: عقود البوت Bot وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص3. كذلك الدكتور عبد الفتاح مراد: الترجمة الانكليزية لقوانين البوت والتأجير التمويلي والنصوص العربية المقابلة لها، من دون ناشر، من دون سنة طبع، ص40.

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية Bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص31. كذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي، بيروت، 2003، ص53. كذلك الدكتور عصام احمد البهجي: عقود البوت Bot الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص12.

(4) اليونسترال: هي منظمة بين الحكومات تابعة للأمم المتحدة أنشئت من أجل وضع القوانين والمعاهدات النموذجية الخاصة بالعلاقات التعاقدية والتي تساعد الدول على تحديث قوانينها في مجال العقود الاستثمارية والقواعد الخاصة بالمناقصات والمزايدات. ينظر في ذلك الدكتور منير محمد الجهنبي: قوانين اليونسترال النموذجية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص24.

(5) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد ال Bot، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص82.

الخاصة - في الغالب - أو العامة، الأجنبية أو الوطنية، من أجل إنشاء إحدى المرافق العامة الضرورية واستغلالها لمدة محددة من الزمن تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها على أن يعود المرفق أو المشروع موضوع العقد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة ودون مقابل عند نهاية مدة العقد.

ونود أن نشير أخيراً إلى أن الاصطلاح الذي يتخذ العقد بالانكليزية (Bot) ليس اصطلاحاً قانونياً، وإنما هو اصطلاح افرزه الواقع العملي حيث انه يمثل الأحرف الأولى لمصطلحات انكليزية ثلاثة وهي مصطلح (Built) ويعني البناء أو التشييد، ومصطلح (Operate) ويعني التشغيل أو الاستغلال، ومصطلح (Transfere) ويعني نقل أو تحويل⁽¹⁾. وعلى الرغم من سهولة ترجمة اصطلاح البوت (Bot) إلى اللغة الفرنسية نجد أن الفقه الفرنسي لم يستبدل به مصطلحاً فرنسياً وذلك نزولاً على حكم شيوع الاصطلاح الانكليزي وهو الاتجاه الذي يسير عليه اغلب الفقه المصري في استخدام الاصطلاح الانكليزي (Bot) للدلالة على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية⁽²⁾.

الفرع الثاني

تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من بعض الصور المشابهة

ذكرنا بأن الغاية الأساسية من إقدام الدول للتعاقد بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.o.t) هي الاستعانة بخدمات القطاع الخاص لإنشاء واستغلال بعض مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وذلك بموجب اتفاق يخول المتعاقد مع الدولة ذلك ولمدة محددة تنتقل بعدها تلك المشروعات أو المرافق إلى الدولة المتعاقدة. غير أن مشاركة القطاع الخاص للدولة لم يقتصر على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بل أن تلك المشاركة قد اتخذت صوراً متعددة اصطلاح على تسميتها بمشتقات أو أشكال عقد البوت B.ot. ومن أجل تحديد ذاتية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فانه يجب التفرقة وعدم الخلط بين هذا العقد والذي يمثل الصورة الأكثر انتشاراً في الدول المختلفة⁽³⁾. وبين تلك الصور التي افرزها الواقع العلمي والتي تتشابه في بعض عناصرها مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، ومن ابرز تلك الصور:

أولاً: عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية: ويصطلح عليه بالإنكليزية (B.o.o.t) اختصاراً للمصطلحات (Build . opereate . own . transfere). في إطار هذا العقد فان شركة المشروع تقوم ببناء المرفق أو المشروع على نفقتها وتتملكه طوال مدة العقد لغرض استغلاله خلال تلك المدة، على أن تلتزم بعدها بنقل ملكية ذلك المرفق أو المشروع إلى الجهة المتعاقدة⁽¹⁾. وتختلف

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص21.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عمرو احمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص103.

(3) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي: التطور الحديث لعقد الالتزام B.o.t، مجلة كلية الحقوق، المجلد (8) العدد (13)، 2005، ص152.

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار: عقود البوت Bot، مصدر سابق، ص46.

هذه الصورة عن صورة عقد ال B.o.t, نظراً لأنها تتيح لشركة المشروع ملكية المرفق أو المشروع خلال مدة العقد, مقابل التزام أو وعد بنقل الملكية إلى الدولة عند انتهاء المدة, في حين نجد أن ملكية المشروع تظل قائمة للجهة الإدارية طوال مدة العقد في صورة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية⁽²⁾.

ثانياً: عقد البناء والإيجار ونقل الملكية: ويصطلح عليه بالإنكليزية (B.I.o) اختصاراً للمصطلحات (Build - lease - operate). وبموجب هذا العقد تقوم شركة المشروع بتشيد المرفق أو المشروع على نفقتها, وعند إتمام التشييد تقوم الجهة الإدارية باستئجاره من شركة المشروع خلال مدة العقد, على أن تؤول ملكية ذلك المرفق أو المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عند نهاية المدة. ويبدو أن الاختلاف واضح بين هذه الصورة وصورة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية, ذلك لأن شركة المشروع لا تتولى إدارة وتشغيل المرفق الذي أنشأته, بل يقتصر دورها على إنشاء المرفق وتأجيرها للجهة المتعاقدة التي تتولى تشغيله بمعرفتها أو عن طريق الآخرين⁽³⁾.

ثالثاً: عقد البناء ونقل الملكية: ويصطلح عليه بالإنكليزية (B.t) اختصاراً للمصطلحات (Build - transfere). في هذه الصورة من العقود يتم الاتفاق بين الدولة وشركة المشروع بإنشاء المرفق أو المشروع ثم القيام بتسليمه إلى الجهة الإدارية, مقابل الحصول على تكاليف البناء بالإضافة إلى قدر من الربح على شكل أقساط تدفع من الجهة المتعاقدة. وهذا النوع من العقود يختلف تماماً عن صورة عقد ال B.o.t, نظراً لأن شركة المشروع لا تتولى استغلال المرفق أو تشغيله, وإنما يتم ذلك بواسطة الجهة الإدارية المتعاقدة⁽⁴⁾.

رابعاً: عقد البناء والتملك والتشغيل: ويصطلح عليه بالإنكليزية (B.o.o) اختصاراً للمصطلحات (build - own - operate) في هذا النوع من العقود تتولى شركة المشروع بموجب اتفاق مع جهة الإدارة بإقامة المشروع وتملكه واستغلاله استغلالاً كاملاً, من دون أن تلتزم بإعادته إلى الجهة المتعاقدة. ونرى بأن هذه الصورة تعد من صور خصخصة المرافق العامة, لذا فهي تختلف اختلافاً واضحاً عن صورة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (Bot) نظراً لأن شركة المشروع تكون هي المالكة للمشروع طوال مدة العقد حيث ينتهي المشروع ذاتياً بانتهاء مدة الامتياز⁽¹⁾.

خامساً: عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية: ويصطلح عليه بالإنكليزية (M.o.o.t) اختصاراً للكلمات (Modernize - own - operate - transfere) ومضمون هذا العقد أن تتفق الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها مع إحدى شركات القطاع الخاص, على تطوير أو

(2) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية, بحث مقدم إلى مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية, كلية الحقوق, جامعة الكويت, 2005, ص 294.

(3) ينظر في ذلك نعيم مغنغب: عقود البناء والأشغال العامة والخاصة, الطبعة الثالثة, من دون ناشر, 2003, ص 486.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي: عقود البوت B.o.t, مصدر سابق, ص 26.

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد المتولي: الاتجاهات الحديثة لخصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق, دار النهضة العربية, القاهرة, 2004, ص 32. كذلك حسن محمد علي: مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير, أطروحة دكتوراه, كلية القانون, جامعة الموصل, 2005, ص 326.

تحديث احد المرافق العامة أو مشاريع البنية الأساسية الموجودة أصلاً، مقابل تملك المشروع واستغلاله خلال مدة زمنية محددة في العقد من اجل الحصول على تكاليف ذلك التحديث، على أن تنتقل ملكية ذلك المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة المتعاقدة بعد انتهاء المدة⁽²⁾. وتختلف هذه الصورة عن صورة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، ف أن شركة المشروع لا تقوم بإنشاء المشروع أو المرفق، كما أنها تمتلك ذلك المرفق طوال مدة العقد على أن تلتزم في نهاية المدة بإعادة ذلك المرفق إلى الدولة المتعاقدة. ونشير أخيراً إلى أن ما ذكرناه أعلاه يمثل ابرز الصور التي قد تتشابه مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، ذلك لان هناك العديد من تلك الصور التي افرزها الواقع العلمي⁽³⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

اختلف الفقه القانوني حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إذ لم يتفق الرأي على إسباغ تكييف قانوني واحد عليه، بل تعددت الآراء التي قيلت بشأن تكييف هذا العقد حيث يمكن لنا أن نميز في هذا الصدد بين ثلاثة اتجاهات أساسية، نحاول استعراضها من خلال الفروع الثلاثة الآتية :-

الفرع الأول

تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على انه من العقود الإدارية

لقد ذهب العديد من الفقهاء إلى تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على انه من عقود القانون العام، أي من قبيل العقود الإدارية⁽¹⁾. وقد استند هذا الاتجاه إلى عدة حجج نظرية لتبرير موقفه منها: أولاً// إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما هو إلا عقد التزام المرافق العامة ومما لاشك فيه أن عقد الالتزام يعد من أهم العقود الإدارية، وهو عقد إداري بطبيعته أي انه عقد إداري بكل الأحوال

(2) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2003، ص36.

كذلك الدكتور مازن ليلو راضي: التطور الحديث لعقد الالتزام B.o.t، مصدر سابق، ص153.

(3) لمزيد من التفاصيل حول تلك الصور يراجع الدكتور الياس ناصيف: عقد ال Bot، مصدر سابق، ص124.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عمرو احمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مصدر سابق، ص18. كذلك

الدكتور جابر جاد نصار: عقود البوت Bot والتطور الحديث لعقد الالتزام، مصدر سابق، ص54. كذلك الدكتور إبراهيم

الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام B.ot، مصدر سابق، ص3، 4. كذلك الدكتور محمد عبد اللطيف، الاتجاهات

المعاصرة لإدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص33.

لمجرد كون الإدارة طرفاً فيه، واتصل بنشاط مرفق عام⁽²⁾. غير أنه يلاحظ أن هناك من الفقهاء في هذا الاتجاه من ينفرد بخصوص نوعية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إذ يرى بان هذا العقد هو عقد أشغال عامة وليس عقد التزام مرافق عامة استناداً إلى أن موضوع هذا العقد هو القيام بإعمال إنشائية على نحو معين وفي مدة محددة، كما أن الباعث من إبرام هذا النوع من العقود هو القيام بإعمال إنشائية لأحد مرافق الدولة على اختلاف طبيعتها وهو ما يغلب على عنصر إدارة المشروع⁽³⁾. ومع ذلك فإن هؤلاء الفقهاء لم يخرجوا عن هذا العقد على أنه من العقود الإدارية.

ثانياً// يرى أصحاب هذا الاتجاه أيضاً أن موضوع هذا العقد يتعلق بإنشاء أو تطوير احد المرافق العامة ومن ثم فإن الخصوصية الأساسية لهذا العقد هي أداء خدمة عامة أو إشباع حاجات عامة للجمهور بواسطة المتعاقد الذي يتولى إنشاء واستغلال المرفق طوال المدة المحددة في العقد وطبقاً للشروط المتفق عليها مع الجهة الإدارية المتعاقدة، وتحت رقابتها وإشرافها وذلك لضمان سير المرفق بانتظام وباضطراد⁽⁴⁾. واستناداً لذلك فإنه من الصعب التسليم بخضوع هذا العقد لقواعد القانون الخاص نظراً لأن هذا الأمر يمكن أن يؤدي إلى نوع من المساواة غير المنطقية بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية، مما قد يؤدي في النهاية إلى احتمال توقف المرفق العام عن أداء الخدمة بسبب تطبيق قواعد القانون المدني⁽⁵⁾.

ثالثاً// يضيف أنصار الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بان هذا العقد تتوافر فيه الشروط المميزة للعقد الإداري، فالطرف الأول في العقد هو الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، والتي تعد من أشخاص القانون العام. كما أن موضوع هذا العقد يتمثل بإنشاء وإدارة إحدى المرافق الاقتصادية الضرورية لتقديم الخدمات للجمهور وهو ما يتحقق به الشرط الثاني المميز للعقد الإداري⁽¹⁾. أما فيما يتعلق بالشرط الثالث المتمثل بالشروط الاستثنائية فيرى هذا الاتجاه أن الإدارة وإن كانت تفتقد العديد من امتيازاتها في هذا العقد إلا أن هذا الشرط يبقى متوافراً أيضاً ذلك لان الدولة حينما تعهد لفرد أو شركة مهمة إنشاء أو تشغيل مرفق عام فإن ذلك يعد أمراً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية، لكون الإدارة هي المكلفة أصلاً بإنشاء وإدارة المرافق العامة من اجل تحقيق المصلحة العامة. فضلاً عن أن الإدارة المتعاقدة بموجب هذا العقد لا يمكن أن تتخلى عن وظيفتها في الرقابة والإشراف على سير المرفق أو المشروع موضوع العقد. ذلك لأنها مقيدة بمبدأ دستوري

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، مصدر سابق، ص 65.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، ص 56، كذلك الدكتور بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 61.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، مصدر سابق، ص 610.

(5) ينظر في ذلك الدكتور ياسر أحمد الصيرفي: النظام القانوني لعقد البوت Bot، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2008، ص 57.

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية، مصدر سابق، ص 295.

مهم في مجال المرافق العامة ألا وهو مبدأ ضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا بقيام الإدارة بالرقابة على تنفيذ هذا العقد بكافة مراحله⁽²⁾.

الفرع الثاني

تكيف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه من عقود القانون الخاص

على خلاف الاتجاه المؤيد للطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن هذا العقد هو من قبيل العقود العادية التي تخضع لقواعد القانون المدني والتجاري وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي⁽³⁾. ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم على الحجج الآتية:

أولاً// إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يختلف اختلافاً جوهرياً عن عقد التزام المرافق العامة، ذلك لأن شركة المشروع في هذا العقد تتولى إنشاء المرفق وتشغيله من حالة العدم، ولا شك في أن هذه المهمة تتطلب أموالاً ضخمة، بخلاف ما هو عليه في عقد التزام المرافق العامة حيث لا يقوم الملتزم بإنشاء المشروع أو المرفق ومن ثم فهو لا يتكبد أية مبالغ مالية على وجه الإطلاق⁽⁴⁾. ويضيف أصحاب هذا الاتجاه بأن ملكية المرفق في عقد التزام المرافق العامة الإدارية تظل للدولة مانحة الالتزام، بخلاف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي تكون فيه ملكية المرفق لشركة المشروع طوال المدة المنصوص عليها في العقد وهذا ما لا يمكن تبريره إلا إذا كان هذا العقد من عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

ثانياً// يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمثل أحد صور عقود الاستثمار العادية، وذلك لأن الدولة بموجب هذا العقد تلجأ للتعامل مع الشركات الأجنبية والمستثمرين الأجانب متجردة من الامتيازات التي يمكن أن تتمتع بها في مواجهة رعاياها الوطنيين⁽²⁾. وبذلك يجد أصحاب هذا الاتجاه أن الاعتبارات العملية التي أملت متطلبات التجارة الدولية هي

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، مصدر سابق، ص 96.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية Bot، دار النهضة، القاهرة، من دون سنة طبع، ص 28 وما بعدها.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي: عقود البوت Bot، مصدر سابق، ص 107.

(1) ينظر في ذلك حسن محمد علي: مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير والتطوير، مصدر سابق، ص 223.

(2) ينظر في ذلك Prosper Weil: Droit international public et droit administrative, in melonaes, 1970, p 527.

أشار إليه الدكتور جابر جاد نصار: عقود البوت Bot والتطور الحديث لعقد الالتزام، مصدر سابق، ص 50.

التي فرضت على الدولة التخلي عن إتباع أسلوب القانون العام، إذ أنها لو تمسكت بذلك فإنها سوف تهدم علاقاتها التجارية الخارجية⁽³⁾.

ثالثاً// ينكر أصحاب هذا الاتجاه الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بحجة عدم توافر جميع الشروط المميزة للعقد الإداري فيه. فالإدارة وإن كانت طرفاً في العقد، وكان موضوعه متصلاً بإنشاء وإدارة مرفق عام، إلا أنه يفترق إلى الشروط الاستثنائية التي لا غنى عنها في تمييز العقود الإدارية ومنها عقد التزام المرافق العامة الذي لم يوصف بكونه عقداً إدارياً بطبيعته إلا باحتوائه على مثل هذه الشروط، فالجهة الإدارية -على حد قولهم- تتعاقد مع شركة المشروع بنفس الأسلوب الذي يتعاقد به الأفراد في عقود القانون الخاص، كما أنها تقف موقف المساواة مع المستثمر الأجنبي متجردة من سلطاتها التقليدية المتعارف عليها في مجال العقود الإدارية، وبالتالي فإن هذا العقد يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يجعل منه عقداً مدنياً أو تجارياً وليس عقداً إدارياً⁽⁴⁾.

رابعاً// أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتمد تملك شركة المشروع لأصول المرفق محل العقد ملكية تامة ونهائية، وهذا ما يتعارض مع القول بطبيعته الإدارية، ذلك لأن الدولة غالباً ما تتنازل عن ملكية أصول المشروع للمستثمرين من أجل تمكينه من رهن أصول المشروع لغرض تمويله، ولا شك أن في هذا التنازل خير دليل على عدم خضوع العقد لقواعد القانون العام التي تقتض دائماً ملكية المشروع للدولة⁽⁵⁾.

الفرع الثالث

تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه عقد ذو طبيعة خاصة

لقد حاول بعض الفقه أن يتوسط الاتجاهين السابقين في تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فهو يرى أن هذا العقد يتم إبرامه عادة من خلال آليات متعددة، كما أن تنفيذه يستلزم إبرام العديد من العقود، وإن كل عقد يبرم في إطار العقد الرئيسي يتمتع بظروفه الخاصة وهو ما يجعل منه عقداً ذا طبيعة خاصة يصعب معها وضع قاعدة عامة لتحديد ما إذا كان عقداً إدارياً أو مدنياً⁽¹⁾. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن كل محاولة لوضع تكييف قانوني واحد ينطبق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي محاولة محكوم عليها بالفشل، ذلك لأن الاتفاقات التي تبرم في إطار هذا العقد تختلف فيما بينها بالشروط والعناصر التي تتضمنها والظروف والملابسات التي تحيط بها، مما يجعل من الصعوبة بل من المستحيل وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود، لذلك فإن من

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مصدر سابق ص192. كذلك

الدكتور احمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص107.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ال Bot، مصدر سابق، ص28.

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، مصدر سابق، ص82.

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقد البوت، مصدر سابق، ص386. كذلك الدكتور احمد رشاد

محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مصدر سابق، ص196.

الأفضل فحص كل عقد على حده، من أجل تكييفه في ضوء شروطه وعناصره بحيث يتمشى ذلك مع جوهر العقد وخصوصيته لذلك فإن هذا العقد قد يكون في بعض الحالات عقداً إدارياً إذا ما توافرت العناصر اللازمة لذلك، وقد يكون من عقود القانون الخاص، أو من العقود الدولية إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، والعبرة في ذلك هو بتحليل عناصر كل عقد على حده من أجل معرفة أركانه والنظام القانوني الذي يحكمه⁽²⁾.

وبعد أن انتهينا من عرض الآراء الفقهية التي قيلت بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نود أن نشير إلى أننا نؤيد ون دعم الاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية لهذا العقد وذلك لوجاهة الحجج التي استند عليها، ولأن القول بخلاف ذلك يعني التسليم بإمكانية إخضاع هذا العقد لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي على الرغم من أن هذا العقد يرتبط بمرافق حيوية في الدولة يصعب معها أن تخضع لقواعد القانون الخاص وبغض النظر عما إذا كان المتعاقد مع الدولة طرفاً وطنياً أم أجنبياً، فالمصلحة العامة تقتضي ألا تتخلى الإدارة عن امتيازاتها المقررة لها في العقود الإدارية في إطار هذا العقد. غير أننا نرى في الوقت نفسه أن تأكيد إدارية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يجب أن لا يقتصر على ترديد الحجج النظرية التي يقول بها هذا الاتجاه وذلك ، بل لا بد من إثبات ذلك من خلال فحص الخصائص الذاتية والتطبيق العملي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك في ضوء القواعد والمبادئ المستقر عليها لدى الفقه والقضاء الإداري حول نظرية العقود الإدارية وهذا ما سوف نتناوله لاحقاً إنشاء الله.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محي الدين القيسي: التجربة اللبنانية في عقود البوت، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص110. كذلك الدكتور محمود احمد حسن: النظام القانوني للعقد الدولي، من دون ناشر، من دون سنة طبع، ص3.

المحتويات

المحتويات	هـ - ح
المقدمة	3-1
المبحث التمهيدي: مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .	12-4
المطلب الأول : تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزه من بعض الصور المشابهة.	8-4
الفرع الأول : تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية .	6-4
الفرع الثاني: تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من بعض الصور المشابهة.	8-6
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية .	12-8
الفرع الأول : تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه من العقود الإدارية .	10-9
الفرع الثاني : تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه من عقود القانون الخاص .	11-10
الفرع الثالث : تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه عقد ذو طبيعة خاصة.	12
الفصل الأول : أساس اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.	76-13
المبحث الأول : قواعد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية .	41-14
المطلب الأول : تنظيم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.	26-14
الفرع الأول : تنظيم اختصاص القضاء الإداري الفرنسي بمنازعات العقود الإدارية.	18-14
الفرع الثاني: تنظيم اختصاص القضاء الإداري المصري بمنازعات العقود الإدارية.	21-18
الفرع الثالث : موقف القضاء العراقي من فكرة الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية.	26-21
المطلب الثاني : شروط اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية .	41-26

31-27	الفرع الأول : وجود الإدارة طرفاً في العقد .
36-31	الفرع الثاني: اتصال موضوع العقد بنشاط مرفق عام .
41-36	الفرع الثالث: تضمين العقد شروطاً استثنائية.
76-42	المبحث الثاني : مسوغات اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية.
51-43	المطلب الأول : الصفة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه التزام مرافق عامة.
61-51	المطلب الثاني : الخصائص التي تُميّز إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
76-61	المطلب الثالث: التطبيقات العملية لفكرة الشروط الاستثنائية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
144-77	الفصل الثاني: طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
111-78	المبحث الأول : دور قضاء الإلغاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
87-79	المطلب الأول: اختصاص قضاء الإلغاء بنظر الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال.
82-80	الفرع الأول: تعريف القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري .
87-82	الفرع الثاني: أسباب الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري .
106-88	المطلب الثاني: نطاق الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
98-88	الفرع الأول : القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تكوين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
106-98	الفرع الثاني : القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
111-106	المطلب الثالث: أثر إلغاء القرارات القابلة للانفصال على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

144-112	المبحث الثاني : دور القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
118-112	المطلب الأول : التعريف بمبدأ اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية.
144-118	المطلب الثاني: مجالات اختصاص القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
128-119	الفرع الأول: دعوى المطالبة بإلغاء قرارات الإدارة المتصلة بتنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
139-128	الفرع الثاني : دعوى المطالبة بالتعويض .
144-139	الفرع الثالث: دعوى المطالبة بفسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
194-145	الفصل الثالث : التحكيم وأثره على اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
175-146	المبحث الأول : مفهوم التحكيم ومدى مشروعية اللجوء إليه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
157-146	المطلب الأول : مفهوم التحكيم .
151-146	الفرع الأول : تعريف التحكيم .
157-151	الفرع الثاني: تمييز التحكيم من بعض الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
175-157	المطلب الثاني: مدى مشروعية التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
163-157	الفرع الأول : مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا.
171-163	الفرع الثاني : مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في مصر.
175-171	الفرع الثالث: مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في العراق.

194-176	المبحث الثاني: أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
183- 177	المطلب الأول: أثر التحكيم في الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
180-178	الفرع الأول : التمسك بتطبيق المبادئ الإدارية الواردة ضمن نصوص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
183-180	الفرع الثاني: التمسك بتطبيق القانون الإداري على منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أمام هيئة التحكيم.
194-183	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أحكام التحكيم .
188-184	الفرع الأول : تصديق حكم التحكيم وتنفيذه .
194-188	الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم وبطلانه.
199-195	الخاتمة.
212-200	المصادر.
A-B	ملخص باللغة الانكليزية.

الفصل الأول

أساس اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

لقد رأينا فيما سبق كيف أن الفقه لم يستقر على تكييف قانوني واحد بشأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فعلى الرغم من أن الاتجاه الغالب في الفقه يرى أن هذا العقد هو من قبيل العقود الإدارية، نجد بالمقابل أن هناك محاولات فقهية حثيثة سعت لإنكار الصفة الإدارية على هذا العقد من أجل الخروج به من دائرة القانون العام إلى دائرة القانون الخاص وذلك ترجيحاً لمصلحة المتعاقدين - المستثمر - على مصلحة الدولة، وانطلاقاً من أن هذا العقد لا تتوافر فيه سمات العقود الإدارية المستقر عليها، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يخضع إلا لقواعد القانون الخاص بوصفه من العقود العادية التي تبرمها الدولة، وإن المبادئ الموجودة في القانون المدني تعد الأساس القانوني الذي يجب أن يخضع إليه⁽¹⁾.

وواقع الأمر نجد أن كل اتجاه فقهي يسعى إلى تكييف العقد وفقاً للمجال القانوني الذي يعمل فيه ومن خلال تنفيذ الحجج النظرية للاتجاه الآخر. ومن جانبنا وإن كنا نسير مع الرأي الغالب في الفقه على أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو من قبيل العقود الإدارية الذي ينبغي أن تخضع المنازعات الناشئة عنه لاختصاص القضاء الإداري⁽²⁾، إلا أننا نرى أنه من الخطأ السير مع هذا الاتجاه وإعطاء العقد هذا الوصف مجرداً وبعيداً عن القواعد الأساسية التي تحكم نظرية العقود الإدارية كما لا يمكن الاستناد إلى منطلقات نظرية فقط لوصف هذا العقد بأنه عقد إداري، بل لا بد من الوقوف على مضمون هذا العقد والتطبيق العملي له من أجل إثبات إداريته ومدى اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عنه.

وانطلاقاً من ذلك نرى بأنه لا يمكن الجزم بالطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إلا من خلال القواعد والمبادئ التي أرساها القضاء الإداري فيما يتعلق باختصاصه بمنازعات العقود الإدارية. ومن أجل بيان الأساس الذي نستند إليه في تبرير اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على مبحثين: نبين في المبحث الأول القواعد العامة لاختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية والتي ترتبط بنشأة هذه العقود والمعيار المعتمد في تمييزها، أما المبحث الثاني فسنبين فيه مسوغات اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك من خلال إثبات الصفة الإدارية لهذا العقد ونبين ذلك من خلال ما يأتي:

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي: عقود البوت Bot، مصدر سابق، ص 105 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام B.ot، مصدر سابق، ص 14.

المبحث الأول

قواعد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية

لقد نشأت نظرية العقود الادارية كإحدى نظريات القانون الإداري نشأة قضائية شأنها شأن معظم نظريات هذا القانون بل إن فكرة العقود الادارية تُعد من أحدث نظريات هذا الفرع من فروع القانون العام، إذ لم تكتمل معالمها إلا منذ مدة ليست بالبعيدة⁽¹⁾. ويلاحظ أن الاختصاص بنظر منازعات العقود الادارية قد مرّ بمراحل متعاقبة حاول القضاء الإداري من خلالها البحث عن ضابط دقيق لتمييز العقود الادارية من أجل تسوية اختصاصه بالمنازعات الناشئة عنها. كما انه وخلال تلك المراحل حاول المشرع تمييز بعض العقود التي تبرمها الإدارة بإرادته رغبة منه في إرساء نظرية العقود الادارية على بعض العقود المهمة⁽²⁾.

لذلك ومن أجل الإحاطة بالقواعد العامة لاختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الادارية سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: نتناول في المطلب الأول تنظيم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الادارية، أما المطلب الثاني فسنبين فيه شروط اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الادارية والمرتبطة بعناصر العقد الإداري.

المطلب الأول

تنظيم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية

نشير في هذا المطلب إلى تنظيم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الادارية في فرنسا لأن فكرة العقود الادارية قد ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بنشأة مجلس الدولة الفرنسي الذي يرجع إليه الفضل في صياغة نظرية العقود الإدارية. وفي مصر التي تعد الأنموذج العربي للقضاء الإداري، كما نحاول التعرف على موقف القضاء العراقي من فكرة الاختصاص بمنازعات العقود الادارية، ونبين ذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول

تنظيم اختصاص القضاء الإداري الفرنسي بمنازعات العقود الإدارية

يمكن القول إن اختصاص القضاء الإداري الفرنسي بنظر المنازعات الادارية قد نشأ في مراحل الأولى مقترناً بظروف تاريخية واكبت قيام الثورة الفرنسية، حيث أخذ رجال الثورة بتفسير

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص5.

(2) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقود الإدارية بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006،

حرفي لمبدأ الفصل بين السلطات ترتب عليه إخراج المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها من اختصاص المحاكم القضائية العادية⁽¹⁾.

وبهذه الطريقة طوع رجال الثورة الفرنسية مبدأ الفصل بين السلطات لتحقيق أهدافهم من خلال منع المحاكم العادية من الرقابة على أعمال الإدارة بحجة أن ذلك يتعارض مع حسن سير الدولة، ويتناقض مع مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾. وقد ترتب على الأخذ بهذا المعنى عدم وجود قضاء متخصص لنظر المنازعات الإدارية، فكانت النتيجة الطبيعية لذلك أن الإدارة هي التي كانت تفصل في المنازعات التي تكون طرفاً فيها ولاشك أن هذه النتيجة كانت شاذة وغير منطقية لكون الإدارة تعد الخصم والحكم في الوقت نفسه. وهذا ما أدى إلى ضرورة الأخذ بنظام القضاء المزدوج وفصل المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها عن المنازعات المدنية، فقد كان ذلك من الأسس التي ارتبطت بمبدأ الفصل بين السلطات حينذاك⁽³⁾. وفي ضوء ذلك تم إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي استعمل في مراحله الأولى معياراً شكلياً يقوم على أساس اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها وبخاصة إذا كان الهدف من تلك المنازعات الحكم على الدولة بمبلغ من المال وهو ما يعرف بفكرة أو نظرية الدولة المدينة والتي كانت تستند إلى القانون الفرنسي الصادر سنة (1793) الذي كان يحرم على المحاكم العادية في ذلك الوقت تقرير مديونية الدولة⁽⁴⁾.

غير أن تطبيق هذا المعيار قد أدى إلى توسيع اختصاص القضاء الإداري بكافة المنازعات لمجرد كون الإدارة طرفاً فيها، على الرغم من أن الكثير منها يجب أن تخضع لاختصاص القضاء العادي نظراً لغياب عنصر السلطة العامة فيها، ومثال ذلك العقود التي تبرمها الدولة كالأفراد وفقاً لقواعد القانون الخاص⁽⁵⁾.

لذلك وجد الفقه والقضاء الفرنسيين أن من المحتم اللجوء إلى معيار جديد لتحديد اختصاص القضاء الإداري، وهو ما حدث بالفعل، إذ تم اللجوء إلى معيار آخر وهو معيار السلطة العامة الذي ظهر في النصف الأول من القرن التاسع عشر وهو يقوم على فكرة التمييز في نطاق أعمال الإدارة، بين الأعمال التي تستعمل فيها الإدارة سلطاتها في الأمر والنهي وتلك التي تنزل فيها منزلة الأفراد في تصرفاتهم. واستناداً لذلك فقد كانت المنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة العامة هي وحدها التي

-
- (1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار: العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص15.
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص33.
 - (3) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم: معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص25. كذلك الدكتور ثروت بدوي: النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص128.
 - (4) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق الساري: قواعد وأحكام القضاء الإداري، الطبعة السادسة، من دون ناشر، 2006، ص191.
 - (5) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص15.

يختص بها القضاء الإداري أما التصرفات العادية التي تهبط فيها الإدارة إلى مرتبة الأفراد العاديين فإنها تخضع لاختصاص القضاء العادي⁽¹⁾.

إلا أن هذا المعيار أدى إلى التضيق من دائرة اختصاص مجلس الدولة الفرنسي، إذ خرجت من اختصاصه المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرها الإدارة بوصفها من التصرفات العادية التي لا تتضمن من مظاهر السلطة العامة شيئاً ومن ثم فإن القضاء العادي هو المختص بنظر المنازعات الناشئة عنها⁽²⁾.

ونظراً للنتائج المترتبة على معيار السلطة العامة والتي تعد في الواقع شاذة وغير صحيحة لاستبعادها العقود الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإداري الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي حاول خرق هذه القاعدة في حالات كثيرة، إذ بدأ يحيل إلى القضاء الإداري- مجلس الدولة الفرنسي ومجالس الأقاليم- اختصاصاً بنظر بعض العقود التي تبرمها الإدارة رغبة منه في أن يخضع هذه العقود إلى مبادئ متميزة يراعي فيها مجلس الدولة ملائمة وظروف العمل الإداري العام⁽³⁾. ومن بين تلك العقود، عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد وعقد بيع أملاك الدولة، وعقد القرض العام. والتي أطلق عليها الفقهاء تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون نظراً لأن اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عنها لم يستند إلى خصائصها الذاتية وإنما إلى إرادة المشرع⁽⁴⁾.

غير أنه على الرغم من وجود النصوص التشريعية السابقة يؤكد الفقه أن سلطة القضاء الإداري قد بقيت هي الأساس في تحديد وصف العقد الإداري، ذلك لأنه يجب ألا يفهم من أن وجود مثل هذه النصوص تعني أنها بمثابة أوامر يتعين على القاضي إتباعها والالتزام بها حرفياً، بل إن القاضي الإداري الفرنسي عادة ما كان يقوم بتفسيرها وتحديد نطاق تطبيقها ومدى انطباقها على العقود المعروضة عليه⁽⁵⁾.

لذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف عند تلك النصوص بل بذل جهداً كبيراً في سبيل توسيع اختصاصه بالنظر في منازعات لم تشملها النصوص السابقة، ففأس على عقد الأشغال العامة المنصوص عليه عقوداً لم ترد بشأنها نصوص ومنها عقد طلب المعونة، والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه في المدن(عقود امتياز المرافق العامة) استناداً إلى أن تلك العقود تحتوي على عنصر الأشغال العامة⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي: الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مطبعة دار الكتب، الموصل، 1992، ص13.

(2) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص6.

(3) ينظر في ذلك الدكتور علي محمد بدير وآخرون: مبادئ وأحكام القانون الإداري، مديرية دار الكتب، بغداد، 1992، ص476.

(4) ينظر في ذلك الدكتور حلمي مجيد محمد الحمدي: كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره: بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد الخامس، العدد الأول والثاني، 1986، ص205.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مصدر سابق، ص64.

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص8.

ويلاحظ بأن إدراج المنازعات في نطاق اختصاص القضاء الإداري استناداً إلى النصوص التشريعية يعد أمر منتقد إذ يرجع في حقيقة الأمر إلى أسباب تاريخية خاصة بظروف فرنسا، ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسي كان يضيق من اختصاصه بتلك المنازعات إلى أقصى حد ممكن، نظراً لأن اختصاص القضاء الإداري بهذه العقود قد يكون على خلاف حقيقة العقد وطبيعته⁽²⁾.

ونتيجة لذلك فقد أظهر مجلس الدولة الفرنسي ميله إلى إهمال معيار السلطة العامة والتوجه إلى معيار جديد ألا وهو المرفق العام، الذي أدى تطبيقه إلى التوسيع من نطاق اختصاص القضاء الإداري الفرنسي ليشمل كافة المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة والتي تتصل بتنظيم أو تسيير مرفقاً من المرافق العامة في الدولة⁽³⁾.

ويشير الواقع أن أول حكم طبق فيه مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العام لتحديد اختصاصه بمنازعات العقود الإدارية هو حكمه الصادر في قضية تربييه (terrier) والذي يتعلق بعقد مبرم بين إحدى المحافظات والسيد (تربييه) موضوعه قتل الأفاعي التي كانت تهدد المواطنين وصحتهم وقد جاء في الحكم بأن كل ما له علاقة بتنظيم وعمل المرفق العام يعد عملاً إدارياً يخضع لاختصاص القضاء الإداري ووفقاً لتقرير مفوض الدولة (روميو) على هذا الحكم فقد أوضح بأن اختصاص القضاء الفرنسي اخذ يتناول كل ما يتعلق بتنظيم أو تسيير المرافق العامة قومية كانت أو محلية⁽⁴⁾. ثم توالى بعد ذلك الأحكام التي استندت على فكرة المرفق العام بوصفه معياراً لتمييز العقد الإداري واختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عنه ومن أهم تلك الأحكام حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية تيرون (therond) عام (1910) والذي يتعلق بعقد أبرم بين السيد تيرون ومدينة مونبلييه وكان موضوعه جمع والتقاط الحيوانات المريضة والكلاب الضالة من الأماكن العامة فحدث نزاع بين المتعاقدين والمدينة وبموجبه قضى مجلس الدولة بأن ((...مدينة مونبلييه

(2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 35 كذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 13.

(3) تجدر الإشارة إلى أن معيار المرفق العام قد ظهر بوصفه معياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري الفرنسي في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وذلك مع حكم مجلس الدولة في قضية روتشيلد (Rotchild) الصادر في (1855/12/6) في مجال المسؤولية المدنية. وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (ديكسترا) الصادر عام 1861. أشار إلى هذين الحكمين الدكتور أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 14. كذلك الدكتور مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 10. هذا وقد تأكد معيار المرفق العام بصفة نهائية من خلال حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في قضية بلانكو (Blanco) والذي جاء فيه ((...إن المسؤولية التي يمكن أن تقع على الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد أفعال الأشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي وضعها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد... بل إن لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق... وانه بذلك يكون القضاء الإداري وحده مختصاً بنظرها)) أشير إلى هذا الحكم في مجموعة مارسولون وبروسبيرفي وجي بريبان: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 22.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية تربييه الصادر في (1903/2/6) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، المصدر نفسه، ص 104.

بتعاملها مع السيد تيرون إنما تصرفت من أجل صحة السكان وبذلك كان هدفها تحقيق مرفق عام وأنه بهذا تكون الصعوبات التي يمكن أن تنشأ من عدم تنفيذ المرفق أو سوء تنفيذه من اختصاص مجلس الدولة...⁽¹⁾.

غير أن معيار المرفق العام وعلى الرغم من الأهمية التي نالها من أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلا أنه لم يتمتع طويلاً بموقع الريادة، إذ سرعان ما تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي فلم يعد يكتف بمعيار المرفق العام وإنما تطلب إضافة لذلك وجوب أتباع الإدارة في تعاقداتها لأساليب القانون العام وظهورها بمظهر السلطة العامة نظراً لأن الإدارة حينما تبرم أحد العقود المتصلة بمرفق عام قد تتبع فيه أسلوب القانون الخاص وبالتالي فإن مثل هذا العقد يعد من العقود المدنية وفقاً للأسلوب الذي اتبعته الإدارة⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم نجد أن القضاء الإداري الفرنسي لم يتخل نهائياً عن معيار السلطة العامة بل أصبح يأخذ بالمعيارين معاً، وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة وفقاً لطبيعة المنازعات المعروضة أمامه. على أنه قد استقر على ضرورة البحث في خصائص العقد الذاتية لمعرفة مدى توفر الشروط أو المعايير التي وضعها لإضفاء الصفة الإدارية على عقد من عقود الإدارة دون الاكتفاء بوصف المشرع.

الفرع الثاني

تنظيم اختصاص القضاء الإداري المصري بمنازعات العقود الإدارية

إذا كانت نظرية العقود الإدارية قد ارتبطت بنشأة القضاء الإداري الفرنسي، فإنه لا يمكن الحديث عن نظرية العقود الإدارية في مصر قبل إنشاء القضاء الإداري المصري المتمثل بمجلس الدولة عام (1946)، ذلك لأن القضاء المصري قبل هذا التاريخ لم يسلم بالمبادئ التي شيدها مجلس الدولة الفرنسي لتحكم العقود الإدارية، إذ كانت المحاكم القضائية المصرية (الأهلية والمختلطة) حينذاك، تطبق على العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها قواعد القانون المدني أو القواعد الواردة في التشريعات الخاصة بكل عقد منها كما أن المحاكم لم تعرف في تلك المرحلة نظرية الظروف الطارئة التي استقرت عليها أحكام القضاء الإداري الفرنسي في مجال العقود الإدارية⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية تيرون الصادر في (1910/3/4) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، مصدر سابق، ص172.

(2) أن تطور أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي رافقه عدم الاكتفاء بمعيار المرفق العام كان بمناسبة صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (شركة الجرائيت) الصادر في (1912/7/31) والذي قرر فيه عدم اختصاصه بنظر النزاع الحاصل بخصوص عقد توريد أحجار الجرانيت المبرم مع مدينة (ليل) الفرنسية، استناداً إلى أنه قد تم وفقاً لقواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، أشير إلى هذا الحكم في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، المصدر نفسه، ص199.

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم عبد العزيز شياح: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص177.

ففي حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة الصادر بتاريخ (1924/3/31) أنكرت المحكمة المذكورة على شركة مياه الإسكندرية حقها في طلب زيادة المقابل الذي تتقاضاه من المنتفعين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً، إذ قدرت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودي مع الإدارة، وإن ليس للقضاء أن يتعدى على حق الإدارة بهذا الخصوص لكون اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترام شروطها دون تعديل⁽²⁾. وقد تأكد مثل هذا الاتجاه أيضاً بحكم محكمة الإسكندرية المختلطة الصادر بتاريخ 1926/5/6 والذي جاء فيه على أن ((القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة، وإن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التي تعقد، وإن هذه المبادئ تسري على الامتيازات التي تبرمها الإدارة....))⁽³⁾. وعلى الرغم مما سبق فإن هناك من يرى أن الحجة التي استند إليها أغلب الفقهاء المصريين لنفي وجود العقود الإدارية في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة المصري عام 1946 ليست دليلاً كافياً لنفي وجود العقود الإدارية قبل هذا التاريخ وقد استند هذا الاتجاه إلى حكم صادر عن محكمة القاهرة الابتدائية المختلطة بتاريخ (1917/4/2) ورد فيه ((أن الحكومة تعقد عقداً من عقود الالتزام بمرفق عام وتعهد إدارته إلى أحد يديره بدلاً عنها، لذا فإن هذا العقد لا يمكن أن يكون إلا من عقود القانون العام))⁽⁴⁾.

غير أن هذا الاتجاه قد ظل نظرياً إذ لم يتأكد بصورة يمكن معها القول بوجود نظرية العقود الإدارية في مصر على غرار النظرية الفرنسية في ذلك الوقت⁽⁵⁾.

وقد استمر الحال كذلك حتى تم إنشاء مجلس الدولة المصري بالقانون رقم (112 لسنة 1946) والذي يمثل بداية القضاء الإداري في مصر التي أخذت منذ هذا التاريخ بالقضاء المزدوج. إلا أن إنشاء هذا القضاء المتخصص لم يغير من الوضع الذي كان سائداً قبل إنشاءه ذلك لأن الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية قد ظل خاضعاً لولاية القضاء العادي، إذ لم يتضمن قانون إنشاء مجلس الدولة رقم (112 لسنة 1946) أي نص على اختصاص مجلس الدولة بمنازعات العقود الإدارية⁽¹⁾. لكن قسم الرأي في مجلس الدولة قد احتفظ بحق الفتوى فيما يخص المنازعات الإدارية ومنها بطبيعة الحال منازعات العقود الإدارية، إضافة إلى انعقاد الاختصاص لمجلس الدولة في هذه المرحلة بنظر الطعن ضد القرارات المتصلة بالعقود الإدارية والقبالة للانفصال

(2) أشار إلى هذا الحكم الدكتور جابر جاد نصار: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 19.

(3) أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 43.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاته في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص 3 وما بعدها.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مصدر سابق، ص 76.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 322.

عنها⁽²⁾. وعندما صدر القانون رقم (9) لسنة (1949) بشأن تنظيم مجلس الدولة المصري نص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل بالمنازعات الخاصة بثلاثة عقود فقط وهي عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد . وقد ورد ذكر هذه العقود على سبيل الحصر, كما أن اختصاص محكمة القضاء الإداري في ظل هذا القانون قد اقتصر على المنازعات الناشئة بين الإدارة والمتعاقد معها دون المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والمتعهدين بتنفيذ تلك العقود حيث بقيت خاضعة لاختصاص القضاء العادي. فضلاً عن أن اختصاص محكمة القضاء الإداري لم يكن خالصاً بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود وإنما كان مشتركاً مع المحاكم العادية بحيث كان يترتب على رفع الدعوى أمام إحدى جهتي القضاء عدم جواز رفعها أمام الجهة الأخرى⁽³⁾.

الحقيقة أن مثل هذه القيود المفروضة على اختصاص القضاء المصري بموجب القانون رقم (9 لسنة 1949) كانت منتقدة وغير موفقة, إذ لم يتخلص منها القضاء الإداري المصري إلا بصور القانون رقم (165 لسنة 1955) الذي نصت المادة العاشرة منه على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره بالمنازعات الخاصة بعقد الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر. وهكذا فإن المشرع المصري قد تلافى عيوب الاختصاص المشترك في القانون السابق, واسند للقضاء الإداري الاختصاص المطلق للنظر في منازعات العقود الإدارية كافة, وقد تأكد ذلك الاختصاص في كل من قانون رقم (55 لسنة 1959) والقانون الحالي لتنظيم اختصاص مجلس الدولة رقم (47 لسنة 1972) الذي نص على أن ((تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية... حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر))⁽⁴⁾. وهي الصياغة ذاتها الواردة في القانون رقم 165 لسنة 1955 والقانون رقم 55 لسنة 1959.

وبذلك نجد أن القضاء الإداري المصري قد أصبح المختص وحده دون غيره بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية كافة, وفيما يخص نص المشرع المصري على إبراز بعض أنواع العقود الإدارية وهي عقد الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد يؤكد الفقه إن هذا النص جاء على سبيل التمثيل وليس الحصر والدليل على ذلك أنه ذكر في نهاية الفقرة عبارة أو بأي عقد إداري آخر ويضيف أيضاً إلى أن نص المشرع المصري على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية قد جاء في القوانين الثلاثة المنظمة لاختصاص مجلس الدولة المصري مطلقاً, أي أن هذا الاختصاص يشمل المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية كافة محددة وفقاً للخصائص الذاتية وتكييف القاضي الإداري وليس بالاستناد إلى أرادة المشرع الأمر الذي ينفي فكرة وجود عقود إدارية بتحديد

(2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري, منشأة المعارف, الإسكندرية, 2004, ص236. كذلك الدكتور إبراهيم عبد العزيز شياح: القضاء الإداري, مصدر سابق, ص179.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية, مصدر سابق, ص23.

(4) ينظر في ذلك الفقرة (11) من المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.

القانون في مصر⁽¹⁾. وهذا ما انتهت إليه صراحة محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ (1956/12/9) الذي جاء فيه((..... لم يعد هذا الاختصاص مقصوراً على عدد معين من عقود الإدارة ، بل انطوى على كافة العقود الإدارية، وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقوداً إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون، ولا وفقاً لإرادة المشرع...))⁽²⁾.

الفرع الثالث

موقف القضاء العراقي من فكرة الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية

من المعلوم أن العراق وحتى عام (1989) كان ينتمي إلى دول القضاء الموحد، إذ لا يوجد سوى قضاء واحد له الولاية العامة بنظر المنازعات كافة، ومنها المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد. وقد أكدت الولاية العامة للقضاء العادي العراقي بقوانين عديدة بدءاً بالقانون الأساسي (دستور 21 - آذار - 1925)⁽³⁾ ومروراً بقوانين السلطة القضائية والتنظيم القضائي⁽⁴⁾ والمرافعات المدنية⁽⁵⁾.

وقد ظل العراق من دول القضاء الموحد حتى مرحلة وجود ما يعرف بالمحاكم الإدارية التي تشكلت بموجب القانون رقم (140) لسنة (1977) الذي جاء تلبية لقانون إصلاح النظام القانوني رقم (35) لسنة (1977) الذي دعا إلى التخصص في مجال القضاء. فقد كان اختصاص هذه المحاكم محصوراً في النظر في المنازعات الناشئة عن تصرفات الوزارات ومؤسسات الدولة دون أن يكون للأفراد الحق في منازعة الإدارة أمام هذه المحاكم مباشرة، بل كان لابد لهم من الدخول مع الجهة الإدارية عندما تكون خصماً في الدعوى⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 182. كذلك الدكتور احمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقد البوت، مصدر سابق، ص 32. كذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مصدر سابق، ص 82

(2) أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 58.

(3) ينظر في ذلك المادة(73) من دستور العراق الصادر سنة 1925 التي نصت على أن ((للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق في كل الدعاوى والامور المدنية والجزائية والتي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها....))

(4) ينظر في ذلك المادة(3) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 المعدل والتي نصت على أن((تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة...))

(5) جاء في المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل على أن ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص)).

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب: المحاكم الإدارية في العراق وأفاق تطويرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، عدد خاص، مايس، 1984، ص 117، 118.

وعندما صدر القانون رقم (131) لسنة (1980) الخاص بتعديل نصوص القانون السابق، فإنه سمح للأفراد والقطاع الخاص حق منازعة الإدارة أمام تلك المحاكم مباشرة، غير أن ذلك لم يجعل من تلك المحاكم قضاءً إدارياً متخصصاً في مجال المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية وذلك لأن هذه المحاكم قد ظلت جزءاً من القضاء العادي حيث كانت تنتظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بغض النظر عن طبيعتها⁽²⁾.

وهكذا نجد إن القضاء العراقي في هذه المرحلة لم يأخذ بالتمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية على الرغم من وجود تلك المحاكم.

وفي عام (1989) تم إنشاء محكمة للقضاء الإداري في العراق وذلك بموجب القانون رقم (106 لسنة 1989) الخاص بتعديل قانون مجلس شوري الدولة رقم (65 لسنة 1979) وقد أصبح العراق منذ هذا التاريخ من دول القضاء المزدوج، وقد كان من المؤمل أن يحسم هذا القانون مسألة اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية كافة ومنها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، غير أنه تجاهل هذا الموضوع تماماً فبقي الوضع كما هو عليه فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية⁽³⁾.

فقد ذكر هذا القانون اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بصحة الأوامر والقرارات الإدارية التي لم يحدد القانون مرجعاً للطعن فيها⁽⁴⁾، دون المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية، على الرغم من أنها تشكل أهم أعمال الإدارة التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج.

على أننا لا يمكن أن ننكر أن مجلس شوري الدولة قد احتفظ بحق إبداء الرأي في المسائل القانونية المختلف عليها لدى إحدى الوزارات أو الجهات الإدارية غير المرتبطة بوزارة⁽⁵⁾، إذ كانت من بين تلك المسائل التي يمكن أن يرد الخلاف بشأنها مسألة العقود التي تبرمها الإدارة استناداً إلى بعض التشريعات الصادرة بخصوص تعاقدات الدولة⁽¹⁾. كذلك فإن محكمة القضاء الإداري قد

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وأفاق تطويرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الأول والثاني، المجلد الرابع، 1985، ص 184، 185.

(3) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس: محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم (106) لسنة (1989)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990، ص 229.

(4) ينظر في ذلك الفقرة (د) من البند (ثانياً) من المادة (7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

(5) ينظر في ذلك البند (رابعاً) من المادة (6) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

(1) أن المشرع العراقي قد حدد بعض أنواع العقود التي يمكن أن تُعد من العقود الإدارية إذا ما توفرت فيها الشروط المميزة للعقود الإدارية وفقاً لما هو مستقر عليه في الدول المقارنة كفرنسا ومصر. وقد ورد هذا التحديد في قوانين عديدة نذكر منها (قانون تنفيذ مشاريع التنمية رقم 60 لسنة 1985، والخاص بعقود التنمية للمشاريع. كذلك قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986، والخاص بعقود البيع والإيجار الواردة على أموال الدولة) واستناداً إلى ما جاء في البند (رابعاً) من المادة (6) من قانون مجلس شوري الدولة فقد احتفظ المجلس بحق الفتوى بخصوص طبيعة العقود المبرمة استناداً إلى تلك التشريعات، فقد ورد في إحدى الفتاوى الحديثة الصادرة عن مجلس شوري الدولة بخصوص الطبيعة القانونية

احتفظت بحق النظر في الطعون المقدمة ضد القرارات المتصلة بإبرام العقود الإدارية والقابلة للانفصال عنها⁽²⁾. وفيما عدا ذلك فإن القضاء العادي ظل صاحب الولاية العامة في نظر منازعات العقود الإدارية.

وفي هذا الإطار ينبغي أن نعترف بأن القضاء العادي في العراق متمثلاً بمحكمة التمييز قد كان له الأثر الذي لا يمكن إنكاره في معرفة فكرة العقود الإدارية، وتبني المبادئ الإدارية المستقر عليها في القضاء الإداري الفرنسي والمصري بخصوص المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، حيث لم تعتمد محكمة التمييز عند نظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية على قواعد القانون المدني وإنما على قواعد مستوحاة مما تستلزمه تلك العقود من معاملة خاصة، فقد جاء في أحد أحكامها القول على أنه ((... لا جناح على المحاكم إذا ما عرض عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس في قضائها مهمة القضاء الإداري وإن تلتزم في قضائها على ما جرى به الفقه والقضاء الإداري...))⁽³⁾. كما ذهبت محكمة التمييز في حكم آخر لها إلى أنه ((... يجب معاملة عقود الإدارة والسلطة العامة معاملة تغاير معاملة العقود المدنية... لما تنطوي عليه هذه العقود من استهداف للمصلحة العامة التي من أجلها صدرت التشريعات العديدة لحمايتها...))⁽⁴⁾.

وهكذا نجد فكرة العقود الإدارية في العراق قد نشأت على يد محكمة التمييز وهي مؤطرة في نطاق القانون الإداري على الرغم من بقاء الاختصاص للمحاكم العادية بشأن المنازعات الناشئة عنها. غير أن ما يؤخذ على محكمة التمييز أنها لم تستقر على نهجها الخاص في معاملة العقود الإدارية، إذ كان موقفها متردداً وغير مستقر على حال⁽¹⁾. لذلك نرى أن من الضروري حسم هذه الإشكالات في مسألة الاختصاص في منازعات العقود الإدارية من خلال تدخل صريح من جانب

لبعض العقود التي أبرمتها أمانة بغداد ((..... أن عقود إيجار العقارات المسجلة باسم أمانة بغداد هي عقود مدنية استناداً إلى عدم توافر المعايير المميزة للعقود الإدارية والمستقر عليها ... وبالتالي فهي تخضع للقانون العادي وليس القانون الإداري)). ينظر في ذلك فتوى مجلس شورى الدولة رقم (38) الصادرة بتاريخ (2006/5/18) أشير إليها في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2006، وزارة العدل، بغداد، 2006، ص119.

(2) ينظر في ذلك حبيب إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، ص52.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز المرقم (52/حقوقية/65) الصادر في (1965/7/25) منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني السنة الحادية والعشرون، 1966، ص51.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز المرقم (2527) الصادر في (1966/11/12) أشار إليه عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي: تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1992، ص101.

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، مطبعة التعليم العالي، الموصل، 1989، ص17. وينظر كذلك حكم محكمة التمييز المرقم (228/حقوقية) الصادر في (1959/4/14) الذي جاء فيه أن ((.... المقولة المعقودة بين مدير أوقاف الموصل وواحد المقاولين لإنشاء مكتبة عامة تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ... التي تحكم ما يترتب عليها من التزامات...)). هذا الحكم منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، 1959، ص524.

المشرع العراقي لسد النقص في اختصاص محكمة القضاء الإداري وجعلها المختصة دون غيرها بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية أسوة بدول القضاء المزدوج.

وفي هذا الشأن نود أن نشير إلى أنه في الوقت الحالي قد صدر ما يعرف بقانون العقود العامة بأمر من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (87) لسنة (2004) ⁽²⁾. وقد أشار هذا القانون إلى ضرورة وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة إدارية مستقلة تختص بنظر الشكاوي والمنازعات الناشئة عن منح العقود العامة من قبل الحكومة ⁽³⁾. واستناداً إلى هذا القانون فقد أصدرت وزارة التخطيط تعليمات لتنفيذه ⁽⁴⁾. وقد جاءت المادة العاشرة من هذه التعليمات مبينة آلية تشكيل المحكمة واختصاصها وإجراءات الطعن في الأحكام الصادرة منها ⁽⁵⁾.

وغاية ما في الأمر أننا لا يمكن أن ننكر الأهمية التي جاء بها قانون العقود العامة بخصوص بعض المبادئ الإدارية الخاصة بالعقود التي تبرمها الدولة، إلا إن هناك تساؤلاً يطرح نفسه بخصوص مسألة إنشاء المحكمة والمسماة بالإدارية، فهل أن المشرع العراقي في هذه المرحلة قد استكمل النقص الموجود في اختصاص القضاء الإداري العراقي فيما يتصل بمنازعات العقود الإدارية؟ وهل أن إنشاء هذه المحكمة سوف يجعل من القضاء الإداري المختص وحده دون القضاء المدني في المنازعات الناشئة عن هذه العقود؟

الحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن الإجابة عن هذه التساؤلات هي النفي، بمعنى آخر أن صدور قانون العقود العامة والتعليمات الصادرة بشأنه لم يغير من الأمر شيء، كما أن تسمية المحكمة المشكلة طبقاً لهذا القانون بالإدارية لا يجعلنا نسلم بأنها تشكل محكمة للقضاء الإداري على وفق ما هو معروف في دول القضاء المزدوج، كما لا يمكن أن نسلم بأن منازعات العقود الإدارية قد صارت تنظر من قضاء إداري متخصص والسبب في ذلك يبدو من عدة جوانب تبدأ من آلية تشكيل المحكمة إلى إجراءات الطعن في الأحكام الصادرة عنها. فتشكيل المحكمة وبحسب ما جاء في البند (ثانياً) من المادة العاشرة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة عام (2008) قد كان بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي والذي يمثل في الواقع سلطة تنفيذية وليس قضائية. كما أن عضوية هذه المحكمة تتمثل بقاضي مُنسب من مجلس القضاء الأعلى وممثل من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي وممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين والملاحظ على هذا التشكيل إنه لا يتسم بالصفة القضائية الخالصة وإنما يبدو أقرب إلى أن يكون لجنة إدارية ليس إلا. ولو سلمنا جدلاً بكون هذه

(2) ينظر في ذلك قانون العقود العامة رقم (87) لسنة (2004) منشور في الوقائع العراقية العدد (3984) بتاريخ (2004/6/1).

(3) ينظر في ذلك البند (ثانياً) من قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004.

(4) لقد أصدرت وزارة التخطيط تعليمات لتنفيذ قانون العقود العامة رقم (1) لسنة (2007) ونشرت في الوقائع العراقية في العدد (4039) بتاريخ (2007/4/18). وقد ألغيت هذه التعليمات وصدرت حالياً تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة (2008) المنشورة في الوقائع العراقية، العدد (4075) بتاريخ (2008/5/19)، والنافذة حالياً.

(5) ينظر في ذلك البند (ثانياً) من المادة (10) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم (1) لسنة 2008.

المحكمة هي محكمة إدارية فكان من المفروض أن تكون من ضمن تشكيلات مجلس شورى الدولة وذلك من خلال تعديل اختصاص محكمة القضاء الإداري التي تشكل إحدى تشكيلات المجلس , وذلك تجنباً لكثرة الجهات التي تنظر في المنازعات الناشئة عن تصرفات الدولة التعاقدية وهذا بخلاف ما هو موجود بشأن هذه المحكمة والتي تعد تابعة لوزارة التخطيط!

ومن الملاحظ أيضاً أن اختصاص هذه المحكمة وبحسب ما ورد في البند (ثالثاً) من المادة العاشرة من التعليمات النافذة ليس اختصاصاً شاملاً لجميع المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية بل انه يقتصر فقط على نظر المنازعات الناشئة في المراحل السابقة على التعاقد والمتعلقة بالاعتراضات والشكاوى التي تقدم من مقدمي العطاءات ضد قرارات الإحالة الصادرة عن الجهات الإدارية المتعاقدة, أما المنازعات الناشئة بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه فنجد أن المادة (11) من التعليمات النافذة قد أشارت إلى أمكانية النظر فيها من خلال التوفيق أو التحكيم أو إحالة النزاع إلى المحاكم المختصة لإصدار حكمها في موضوع النزاع⁽¹⁾. ولا شك أن ذلك يشكل تناقضاً يختلف عما هو مستقر عليه في دول القضاء المزدوج التي يكون فيها القضاء الإداري مختصاً بنظر المنازعات الناشئة في كافة مراحل إبرام وتنفيذ العقود الإدارية. إضافة إلى ذلك نجد أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد أشارت في البند ((خامساً)) من المادة (10) إلى أمكانية الطعن في قراراتها أمام محكمة الاستئناف المختصة بصفة تمييزية, وهذا ما يدل على أن القضاء العادي سيكون صاحب الاختصاص النهائي في البت بالمنازعات الداخلة في اختصاص هذه المحكمة. وأخيراً فإن المادة (24) من التعليمات النافذة قد عادت وأكدت ما كان معتمداً قبل صدور قانون العقود العامة بخصوص ولاية القضاء العادي في منازعات العقود العامة⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم نجد أن الوضع قد بقي كما هو عليه بشأن الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية, وإن قانون العقود العامة والتعليمات النافذة حالياً لم تعالج الأشكال القائم حول ضرورة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية. لذلك نرى ضرورة تدخل المشرع العراقي لإعادة تنظيم مجلس شورى الدولة واختصاص محكمة القضاء الإداري, مع الحرص على وجوب جعل المجلس تابعاً لمجلس القضاء الأعلى وليس للسلطة التنفيذية المتمثلة بوزارة العدل كما هو عليه الآن. وهذا ما نعتقد إمكانية القيام به من خلال إعادة صياغة نص المادة (101) من دستور العراق الحالي الصادر سنة (2005) والتي أشارت إلى إمكانية إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري حيث أنه كان من الأجدر بالمشرع الدستوري النص على على عد مجلس شورى الدولة الموجود هيئة قضائية تختص بوظائف القضاء الإداري وينظم ذلك بقانون ومما لا شك فيه أن من بين تلك الوظائف النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

(1) ينظر في ذلك البند (أولاً) من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم (1) لسنة 2008.

(2) ينظر في ذلك المادة (24) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

المطلب الثاني

شروط اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية

ذكرنا أن فكرة العقود الإدارية إنما تدين بوجودها للقضاء الإداري الذي أقام أساسها وابتدع أحكامها المتميزة عن أحكام عقود القانون الخاص، إذ كان لهذا القضاء المتخصص وبخاصة في فرنسا ومصر، الأثر المهم في تأصيل القواعد وإرساء الأحكام التي اعتمدها في إيجاد ووضع نظرية متكاملة بشأن العقود الإدارية، فمن المسلم به أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وإن كان يقترب في مفهومه العام من العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، من حيث أن كلا العقدين يقومان على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة فيلزم في كليهما توافر الرضا والمحل والسبب وهو ما يعرف بأركان العقد⁽¹⁾. بيد أن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني من عدة جوانب تتمثل في الغالب بأسلوب الإدارة في التعاقد وتنفيذها العقود والغاية من وراء إبرام العقد وهو ما يعرف بالاختلاف في طبيعة النظام القانوني الذي يخضع له كلا العقدين، فضلاً عن الاختلاف في الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عنها⁽²⁾.

ولما كان من المسلم به أنه ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعد عقداً إدارياً ذلك لأنها يمكن أن تبرم عقوداً طبقاً لقواعد القانون الخاص فيكون القضاء العادي هو المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنها وهذا النوع من العقود يعرف بعقود الإدارة الخاصة، كما أنها- الإدارة- يمكن أن تبرم عقوداً تتبع فيها أساليب القانون العام فيختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عنها وهذه هي العقود الإدارية⁽³⁾. لذلك نجد أن القضاء الإداري قد عمد حقيقة إلى وضع شروط أو معايير من أجل الاستناد إليها لنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ولأجل التسهيل على المتقاضين أنفسهم في التعرف على جهة القضاء التي يتوجهون إليها بمنازعاتهم مع الإدارة حول احد العقود⁽⁴⁾.

وفي هذا الشأن فقد كان المستقر عليه لدى الفقه والقضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر تعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره وإن تظهر نيته في الأخذ بأساليب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽²⁾. وفي المعنى ذاته نلاحظ أن محكمة التمييز العراقية ذهبت أيضاً

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص17.

(2) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري، مصدر سابق، ص22. وينظر كذلك

-Henry Puget: Trite de droit administratif.Paris. 1964. P 529.

(3) ينظر في ذلك الدكتور حسين عثمان محمد: قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص244.

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص29.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004،

ص13. كذلك الدكتور ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة، الإسكندرية، 2004، ص18، 19. ومن

أحكام القضاء الإداري ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (5811) لسنة (42 ق) الصادر بتاريخ

إلى أن ((... العقد قد أبرمته الإدارة مع المفاوض من أجل إنشاء مرفق عام متوسطة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة في العقود المدنية فيكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص))⁽³⁾.

وهكذا نجد أن القضاء الإداري يتطلب من حيث المبدأ- توافر ثلاثة شروط حتى يعد العقد إدارياً ومن ثم ينعقد اختصاصه بالمنازعات الناشئة عنه وسوف نبين هذه الشروط من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول

وجود الإدارة طرفاً في العقد

يمثل هذا الشرط الجانب العضوي أو الشكلي في المعيار المميز للعقد الإداري، فوجود الإدارة طرفاً في العقد هو شرط ثابت لا يتغير، وهو ضروري لإعطاء الصفة الإدارية للعقد⁽⁴⁾. بل إن هذا الشرط يمثل في حقيقة الأمر شرطاً مفترضاً في العقد الإداري، بمعنى أن القضاء الإداري لا يمكن أن يبدأ بالحديث عن عقد إداري ولا عن مدى اختصاصه بالمنازعات الناشئة عنه إلا إذا تحقق من إن الإدارة تمثل أحد أطراف العقد، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القواعد الإدارية ما جاءت إلا لتحكم نشاط السلطات الإدارية عكس نشاط الأفراد والهيئات الخاصة الذي تحكمه قواعد القانون الخاص⁽¹⁾. وقد استقرت على هذا الشرط أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية جاء فيه إلى أن ((... العنصر الأول في معيار تمييز العقود الإدارية وهو كون الإدارة طرفاً فيها أمر طبيعي لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً....))⁽²⁾. ويلاحظ في هذا الصدد أن مفهوم الإدارة التي ينبغي لها أن تكون أحد أطراف العقد الإداري يشمل في الواقع الأشخاص المعنوية العامة سواء تعلق الأمر بالدولة التي تعد من أهم الأشخاص

(1998/11/24) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الأول، دار المجد للطباعة، القاهرة، 2004، ص44.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز المرقم (52/ حقوقية) الصادر بتاريخ (1965/7/25)، منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني السنة الحادية والعشرون، 1966، ص51.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص5.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص259.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (1386) الصادر بتاريخ (1994/1/18) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص38.

المعنوية العامة، أم بأحد أشخاص القانون العام الإقليمية أم المحلية، كالمحافظة، أو المدينة، أو القرية، أم بأحد أشخاص القانون العام المصلحية أم المرفقية كالمؤسسات العامة والهيئات العامة⁽³⁾. على انه يجب التنويه هنا إلى أن لفظ الإدارة كأحد أطراف العقد الإداري قد اتسع ليشمل إضافة إلى الأشخاص العامة التقليدية كالدولة والإدارات الإقليمية أو المؤسسات العامة، أشخاص عامة ذات طبيعة متميزة كالنقابات المهنية التي تتمتع بقدر من السلطة العامة ومثالها نقابة المحامين والأطباء والمهندسين التي استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على الاعتراف لها بالشخصية المعنوية العامة⁽⁴⁾، ومن ثم فقد كانت العقود التي تبرمها هذه الأشخاص يمكن أن تكتسب الصفة الإدارية متى ما توافرت فيها بقية الشروط التي وضعها القضاء الإداري⁽⁵⁾. وهذا ما سار عليه القضاء العراقي أيضاً، حيث ذهبت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى وصف نقابة المهن الطبية بكونها من الأشخاص المعنوية العامة وإن قراراتها تعد قرارات إدارية يمكن الطعن فيها بالإلغاء⁽¹⁾. وعلى هذا النحو فإن ليس ثمة ما يمنع من وصف عقودها على أنها عقود إدارية.

وعلى كل حال فإن ضرورة وجود الإدارة طرفاً في العقد يجعل من البديهي القول بأن العقود المبرمة بين الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة لا تعد بحسب الأصل من العقود الإدارية حتى ولو تدخلت الإدارة للتوفيق بين أطراف العقد ، كذلك لا يمكن وصف العقد بأنه عقد إداري لمجرد أن أحد طرفيه هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام إذ أن هذه الأشخاص تعد من الأشخاص الخاصة حتى ولو استهدفت تحقيق النفع العام⁽²⁾. وبهذا المعنى قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن ((العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يعد عقد إداري حتى لو كان أحدهم ملتزماً بأداء مهام متعلقة بمرفق

(3) لقد حددت المادة (2/ أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة عام (2008) في العراق الجهات الإدارية المتعاقدة التي تسري عليها أحكام هذه التعليمات وهي دوائر الدولة والقطاع العام متمثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة كذلك الأقاليم والمحافظات غير المرتبطة في إقليم. وفي مصر فإن قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89 لسنة 1998) قد حدد في المادة الأولى منه الجهات الإدارية التي يمكن أن تتعاقد بموجب أحكامه، وهي وحدات الجهاز الإداري التابعة للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، كذلك وحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة خدمية كانت أم اقتصادية.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مونبير (Monpeurt) الصادر في (31/7/1942). وكذلك حكمه الصادر في قضية بوجوان (Bouguen) الصادر في (2/4/1943). أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، مصدر سابق، ص 433، 447. ومن أحكام القضاء المصري ينظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في (26/12/1990) أشار إليه الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري، مصدر سابق، ص 97.

(5) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 642. (1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز الصادر في (6/7/1975) أشار إليه الدكتور إبراهيم طه الفياض: القانون الإداري، نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988، ص 48.

(2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 70. وينظر كذلك A.de Laubadere, F.Moderne et P.Delvolle: traite des contrasts administratifs. Tome 2. Paris. 1984. p 163.

عام⁽³⁾، كما قضى في حكم آخر بأن ((...النزاع الذي أحيل إلى مجلس الدولة والمتعلق بتنفيذ عقود أبرمت في ظل القانون الخاص بين شركة اقتصاد مختلط وشركة مساهمة .. لا تخضع لاختصاص القضاء الإداري...))⁽⁴⁾.

وإذا كان الأصل الذي ذكرناه هو ضرورة وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري، فإن القضاء الإداري الفرنسي قد خرج عن هذا الأصل في حالتين: تمثلت الحالة الأولى بالاعتراف بالصفة الإدارية للعقود المبرمة بين شركات الاقتصاد المختلط وهي من أشخاص القانون الخاص مع طرف خاص آخر وذلك إذا كان موضوع هذه العقود يتعلق بأشغال عامة تخص الدولة كما هو الحال بالنسبة للعقد المبرم بين ملتزم إحدى الطرق السريعة ومقاولي الأشغال العامة الذين اتفق معهم على إنشاء ذلك الطريق⁽⁵⁾. أما الحالة الثانية فتقوم على أساس فكرة التفويض أو التمثيل القانوني للإدارة، فالعقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص يمكن أن تكون عقوداً إدارية في حالة وجود تفويض أو تصريح من جانب الإدارة لأحد طرفي العقد، كما لو أبرم العقد بين أحد الأفراد وشركة أو هيئة تعمل لحساب إحدى المصالح الحكومية أو إحدى البلديات⁽⁶⁾. ويلاحظ بأن القضاء الإداري الفرنسي قد ذهب إلى أبعد من ذلك حينما أقر بإمكانية وجود نيابة أو تفويض ضماني من أحد الأشخاص العامة إلى أحد الأفراد في عقد من العقود لإطلاق وصف العقد الإداري على ذلك العقد⁽¹⁾.

وفي القضاء الإداري المصري نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد سارت على النهج ذاته للقضاء الإداري الفرنسي، فقد ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه ((... متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا توفرت فيه العناصر الأخرى.... وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص دون غيره بنظر المنازعات الخاصة به...))⁽²⁾. كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1963/12/13) أشار إليه الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص30.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1972/3/21)، أشار إليه الدكتور علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1976، ص17.

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (شركة بيرو) الصادر في (1963/7/8) أشار إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، مصدر سابق، ص765.

(6) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص37.

(1) ينظر في الدكتور ماهر صالح علاوي: مبادئ القانون الإداري، مديرية دار الكتب للطباعة، الموصل، 1996، ص35.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم (1558) الصادر بتاريخ (1964/3/7) أشار إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من عام (1955) إلى عام (1965)، إصدار المكتب الفني

بمجلس الدولة، 1966، ص1042.

آخر لها إلى الاعتراف بالصفة الإدارية للعقد المبرم بين إحدى الشركات الخاصة واحد الأفراد استناداً إلى كون الشركة كانت تتصرف بصفقتها نائبة عن الدولة⁽³⁾.

وغني عن البيان أن القضاء الإداري لم يستلزم بالضرورة أن يكون أحد أطراف العقد جهة إدارية والطرف الآخر شخصاً عادياً حتى يعترف بإدارية ذلك العقد إذا ما توافرت فيه الشروط الأخرى، بل انه يسلم في اغلب الأحوال بإدارية العقود المبرمة فيما بين الأشخاص المعنوية العامة وذلك على أساس أن أشخاص القانون العام تتبع عادة أسلوب الإدارة العامة أو القانون العام عند القيام بتصرفاتها وبالتالي فإن العقود المبرمة بين شخصين عامين تعد من حيث المبدأ عقوداً إدارية ما لم يثبت أنها لجأت إلى أسلوب القانون الخاص الذي لا يوجد ما يمنعها من إتباعه⁽⁴⁾. كما وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحديد طبيعة الشخص المعنوي العام كأحد أطراف العقد الإداري هي وقت إبرام العقد وليس قبله أو بعده، لذلك فإن تغير هذه الصفة بعد إبرام العقد لا تؤثر على تكييف العقد ذاته، فتحول الشخص المعنوي العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص عن طريق سحب الشخصية المعنوية عنه لا يغير من الصفة الإدارية للعقد الذي أبرمه في وقت تمتعه بالشخصية المعنوية العامة. وبالمقابل فإن تحول الشخص الخاص إلى شخص من أشخاص العام بعد إبرامه لأحد العقود الخاصة لا يمكن أن يضيفي على مثل هذا العقد الصفة الإدارية⁽⁵⁾.

ويمكن أن نخلص مما تقدم أن القضاء الإداري يشترط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لكي يصبح إدارياً، أما العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص فلا يمكن أن تكتسب الصفة الإدارية إلا إذا ثبت أن الشخص الخاص قد تعاقد لحساب ولمصلحة جهة الإدارة. على أن وجود الإدارة طرفاً في العقد وإن كان شرطاً لازماً إلا انه غير كافٍ لإضفاء الصفة الإدارية على العقد لذلك نجد أن القضاء الإداري يتطلب ضرورة توافر الشروط الأخرى.

الفرع الثاني

اتصال موضوع العقد بنشاط مرفق عام

من المسلم به أن فكرة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ترتبط عادة بحماية المصلحة العامة التي تستهدفها تلك العقود، لذلك فإن القضاء الإداري لا يكتفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد بمجرد أن تكون الإدارة طرفاً فيه، بل يستلزم أن يكون موضوع ذلك العقد مرتبطاً

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم (851) الصادر في (1980/6/21) أشير في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص26.

(4) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص33. كذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص249.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم: معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، مصدر سابق، ص89.

بنشاط مرفق عام بأي صورة من الصور , كأن يتصل بإنشاء احد المرافق العامة أو تنظيمها أو استغلالها أو غير ذلك من صور الاتصال المختلفة التي يأخذها التطبيق العملي للعقود الإدارية⁽¹⁾.
ويلاحظ في هذا الصدد أن الفقه يكاد يجمع على وجوب اتصال العقد بنشاط مرفق عام لأجل وصفه بأنه عقد إداري⁽²⁾ , غير أن الخلاف يثار عادة بشأن المدلول المعتمد لدى القضاء الإداري للمرفق العام, كذلك الدرجة المتطلبة لاتصال العقد بالمرفق العام, إضافة إلى مدى كفاية هذا الشرط لتمييز العقد الإداري وانعقاد اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عنه.
ففيما يتعلق بمدلول المرفق العام يلاحظ أنه قد يؤخذ بأحد المعاني الآتية:

-المعنى الأول: ويتمثل بالمعنى الشكلي أو العضوي الضيق للمرفق العام, ويراد به الهيئة أو المنظمة التي تقوم بأداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة وتكون تابعة للدولة⁽³⁾. ويلاحظ أن هذا المعنى يعد مرادفاً لكلمة الإدارة, فيقال أن العقد قد أبرم بين احد الأفراد والمرفق العام. ولا شك أن أصحاب هذا المعنى يعطون أهمية خاصة لعنصر السلطة العامة الذي تمثله الإدارة في مجال وصف المرفق على انه من المرافق العامة⁽⁴⁾.

-المعنى الثاني: وهو المعنى الموضوعي الواسع للمرفق العام, وطبقاً لهذا المعنى فإن المقصود بالمرفق العام هو الخدمة أو النشاط الذي تمارسه الإدارة مباشرة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه لعدم إمكان ممارسته على الوجه الأكمل بواسطة النشاط الخاص⁽¹⁾. ويلاحظ على هذا المدلول انه يركز على طبيعة النشاط أو موضوعه والهدف الذي يستهدفه هذا النشاط بصرف النظر عن الأساليب المستخدمة في ممارسته أو تركيب الجهاز الإداري القائم على ذلك النشاط⁽²⁾.

-المعنى الثالث: وهو المعنى المزدوج الذي يجمع بين المعنيين السابقين وطبقاً لهذا المعنى فإن المرفق العام ينصرف مفهومه إلى النشاط الذي تضطلع به الإدارة بنفسها أو بواسطة أشخاص

(1) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن, مصدر سابق, ص29.

(2) ينظر في ذلك الدكتور حسن محمد عواضة: المبادئ الأساسية للقضاء الإداري, المؤسسة الجامعية للنشر, بيروت, 1997, ص149. وينظر كذلك

Michel Fromont : Traite de droit administratif Allemand. Bruxelles. 1969.P.444.

(3) ينظر في ذلك مجيد مجهول درويش: ضمانات مبدأ سير المرفق العام, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة بابل, 2004, ص4.

(4) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية, مصدر سابق, ص10. كذلك الدكتور عبد الفتاح صبري أبو الليل: الوجيز في القانون الإداري, دار النهضة العربية, القاهرة, 2000, ص177.

(1) ينظر في ذلك الدكتور حمدي القبيلات: القانون الإداري, الماهية والتنظيم والنشاط الإداري, دار الأوائل للنشر, عمان, 2008, ص276.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد المتولي: الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة, مصدر سابق, ص4.

عاديين وذلك تحت إشرافها وتوجيهها من أجل إشباع حاجات عامة⁽³⁾. ويلاحظ بشأن هذا المعنى انه يتبنى مدلولاً مركباً للمرفق العام فهو يخفف من غلو المعيار العضوي لإمكان ممارسة نشاط المرفق من الأفراد وذلك تحت أشرف الدولة، كما انه يشترط توافر عنصر آخر يتعلق بهدف هذا النشاط الذي يجب أن يحقق إشباع حاجات عامة⁽⁴⁾.

وهنا يثار تساؤل حول المعنى المأخوذ به في مجال العقود الإدارية هل هو المعنى العضوي الضيق، أم المعنى الموضوعي الواسع، أم المعنى المزدوج ؟
للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أنَّ المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين سواء في فرنسا أم في مصر هو الأخذ بالمعنى الموضوعي الواسع للمرفق العام⁽⁵⁾، ونجد مثل هذا الاتجاه أيضاً بالنسبة للعراق⁽⁶⁾.

ففي فرنسا نجد أن القضاء الإداري الفرنسي قد اعتنق في بادئ الأمر المعنى الشكلي للمرفق العام وقد كان ذلك بمناسبة صدور حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية (بلانكو) عام (1873) والذي مثل بداية نشأة نظرية المرفق العام في فرنسا⁽⁷⁾. غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر بعد ذلك على الأخذ بالمعنى الموضوعي الواسع للمرفق العام، والذي يعتمد على طبيعة النشاط والهدف منه بصرف النظر عن التنظيم الذي يمارس في ظله، وقد كان هذا الاتجاه واضحاً في حكم مجلس الدولة الصادر في قضية (ترييه) عام (1903)، وكذلك حكمه الصادر في قضية تيرون عام (1910)⁽¹⁾.

أما في مصر فقد استقر مجلس الدولة المصري على تبني المعنى الموضوعي الواسع للمرفق العام، ونشير هنا إلى ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ (1968/5/3) والذي جاء فيه ((.... لما كانت إدارة مشروع الغاب تهدف إلى تحقيق مشروع ذي نفع عام لتنمية

(3) ينظر في ذلك الدكتور إسماعيل صعصاع البديري: فكرة التخصصية في المرافق العامة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد الثاني، 2007، ص 171.

(4) ينظر في ذلك مجيد مجهول درويش: ضمانات مبدأ سير المرفق العام، مصدر سابق، ص 5.

(5) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 50. كذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مصدر سابق، ص 107.

(6) ينظر في ذلك الدكتور علي محمد بدير وآخرون: مبادئ وأحكام القانون الإداري، مصدر سابق، ص 60.

(7) ينظر في ذلك حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في (1873/2/8) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 22.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1903/2/6) وكذلك حكمه الصادر بتاريخ (1910/3/4) أشير إلى هذين الحكمين في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 104، 172.

الإنتاج الاقتصادي في البلاد، فهي بهذا تعتبر مرفقاً عاماً تديره الدولة عن طريق نظام خاص (...)(2).

أما موقف القضاء العراقي، فيلاحظ أن مسألة التعامل مع معيار المرفق العام في إطار العقود الإدارية ما زالت خاضعة لقضاء محكمة التمييز والتي تسير على الأخذ بالمعنى المزدوج للمرفق العام، فقد جاء في حكم لها بان ((مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقاً من المرافق العامة والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه أو تشرف على إدارته ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام ... وللمرفق العام نظام قانوني تقتضيه طبيعة المرفق يكفل له الدوام والاستمرار وتقوم السلطة الإدارية بإدارته مباشرة (...)(3). وإذا كان هذا موقف القضاء العراقي فيجدر بنا أن نشير إلى أننا نفضل تبني المعنى الموضوعي للمرفق العام كما هو مستقر عليه في فرنسا ومصر وذلك لان من شأن الأخذ بهذا المعنى أن يجعل عنصر اتصال العقد بنشاط المرفق العام عنصراً واسعاً يشمل الكثير من المرافق الموجودة في الدولة كالمرافق الاقتصادية والتجارية التي يعترف لها القضاء الإداري بإمكانية إبرامها عقوداً إدارية متى ماضمتها شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. وتجدر الإشارة إلى أننا قد لمسنا مثل هذا الموقف من مجلس شورى الدولة العراقي فقد جاء في إحدى الفتاوى الصادرة عنه إلى ((... أن محل هذه العقود المستوضح عنها لا يرق إلى مستوى المرفق العام الذي يتمثل بالنشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات المواطنين أو تقديم خدمات للجمهور ..)(4).

وإذا كنا قد بينّا المدلول المعتمد للمرفق العام في مجال العقود الإدارية نأتي الآن إلى معرفة الصلة التي يتطلبها القضاء الإداري بين العقد والمرفق العام، إذ أن السؤال المطروح هنا هو: هل أن القضاء الإداري يتطلب أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام على درجة معينة حتى يعترف بطبيعته الإدارية ؟

الحقيقة أن الإجابة عن هذا التساؤل في فرنسا تختلف عنها في مصر والعراق. ويرجع السبب في ذلك إلى أن القضاء الإداري الفرنسي ومنذ حكم مجلس الدولة الصادر عام (1956) في قضية الزوجين (برتان) أكد على أن وجود الصلة الوثيقة بين العقد والمرفق العام يمكن أن تجعل من هذا العقد عقداً إدارياً ولو لم يتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية، فبموجب هذا الحكم قضى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن العقد الذي أبرمه الزوجان برتان مع الإدارة عام (1944) والمتضمن كفالة تغذية الرعايا السوفيت المقيمين في فرنسا لحين إعادتهم إلى روسيا إنما يعهد لهما مهمة تنفيذ مرفق

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (65/الصادر في 1961/5/30) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 21.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة التمييز العراقية المرقم (326/صلحية/الصادر في 1968/4/20) منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الأول، 1969، ص 266.

(4) ينظر في ذلك فتوى مجلس شورى الدولة العراقي رقم (38/الصادرة بتاريخ 2006/5/18)، أشير إليها في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2006، إصدار وزارة العدل، مصدر سابق، ص 119.

عام وان هذه الصلة الوثيقة تكفي لوصف العقد محل النزاع بصفة العقد الإداري الذي يدخل في اختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

وإنطلاقاً من ذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي اخذ يكتفي بمعيار المرفق العام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، غير انه تشدد في الصلة التي ينبغي أن تكون بين العقد والمرفق العام، فاشتراط أن تكون هذه الصلة على درجة عالية من المتانة، كأن يكون المرفق عنصراً جوهرياً في العقد أو يكون موضوع العقد ذا صلة وثيقة ومباشرة بالمرفق العام وهذا ما أشار إليه في حكمه الصادر في قضية شركة (جوندراند) عام 1956⁽²⁾. على انه يلاحظ أن مسألة تقدير مدى متانة هذا الاتصال قد ظلت خاضعة في كل الأحوال لتقدير القاضي الإداري⁽³⁾.

وفي مصر، يمكن القول إن القضاء الإداري المصري لم يستلزم الدرجة العالية من القوة والمتانة في اتصال العقد بالمرفق العام حتى يعد عقداً إدارياً، وذلك لأنه يتطلب بالإضافة إلى شرط اتصال العقد بالمرفق العام، شرطاً آخر يتمثل بوجود إتباع الإدارة لوسائل القانون العام. ومن ثم فإن القضاء الإداري المصري يكتفي أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور، طالما انه يشترط دائماً أن تتوافر في العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بالقول ((أن علاقة المرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يصبح العقد إدارياً إلا أنها ليست كافية لمنحه تلك الصفة ... إذ انه مع اتصال العقد بالمرفق العام فان الإدارة قد لا تلجأ إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها العود إلى أسلوب القانون الخاص ...))⁽⁴⁾.

أما موقف القضاء العراقي من فكرة الصلة بين العقد والمرفق العام فنلاحظ أن محكمة التمييز تشير إلى ذات المعايير التي يعتمدها القضاء الإداري المصري. لذلك نرى أنها لا تتطلب أن تكون الصلة بين العقد والمرفق العام على درجة من المتانة، طالما أنها تشترط ضرورة توافر الشروط الاستثنائية في العقد الإداري، وهذا ما أشارت إليه في حكمها الصادر في (1966/7/28) والذي جاء فيه ((... تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (برتان) الصادر في (1956/4/20)، أشير إليه في مجموعة

مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 669.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (جوندراند) الصادر في (1956/6/11)، أشارت إليه الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص 57.

(3) ينظر في ذلك في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 57.

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم (316) الصادر بتاريخ (1957/6/2) أشير إليه في الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية من عام (1946) إلى عام (1985)، الجزء = الثاني، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1986، ص 493. وينظر في المعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (906/ الصادر في 1999/5/9) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 63.

مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة، وتجرى فيه الحكومة بإتباع أساليب القانون العام ...))⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هناك تساؤلاً يتصل بهذا الموضوع يتمثل بالأثر المترتب على انقطاع الصلة بين العقد والمرفق العام كما لو قامت الإدارة بإبرام عقود لا تتصل بنشاط مرفق عام وإنما تتعلق بأموالها الداخلة في دومينها الخاص فهل أن مثل هذه العقود يمكن أن تعد عقوداً إدارية إذا ما تضمنت شروط استثنائية ؟

يمكن القول إن الاتجاه المستقر عليه حالياً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى أن انقطاع الصلة بين العقد والمرفق العام لا يعني بالضرورة أن هذا العقد يعد عقداً مدنياً، ذلك لأن العقود التي تبرمها الإدارة لإدارة دومينها الخاص يمكن أن تكتسب الوصف الإداري إذا احتوت على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽²⁾. أما القضاء الإداري المصري فيعد انقطاع الصلة بين العقد والمرفق العام دليلاً على كون هذا العقد من العقود المدنية التي تبرمها الإدارة حتى ولو تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. لذلك فإنه يرى بأن العقود التي تبرمها الأشخاص العامة لإدارة أموالها الداخلة في دومينها الخاص تُعد عقوداً خاصة حتى ولو احتوت على شروط استثنائية طالما أنها لم تتصل بنشاط مرفق عام⁽³⁾. وفي الاتجاه ذاته ورد في فتوى مجلس شورى الدولة العراقي التأكيد على وجوب اتصال العقد بالمرفق العام لكي يوصف بأنه عقد إداري إذ جاء فيها ((... إن العقود التي أبرمتها أمانة بغداد هي عقود مدنية لكونها واردة على عقارات مسجلة باسم الأمانة وتعد من أموالها الخاصة...))⁽⁴⁾.

وأخيراً نرى أنه من الضروري اشتراط تعلق موضوع العقد بنشاط مرفق عام حتى يمكن الاعتراف له بالصفة الإدارية وعند تخلف هذا الشرط فإنه لا يمكن الجزم بانتفاء الصفة الإدارية عن العقد بل يكون من الواجب التأكيد على الأقل من أن غرض الإدارة من وراء التعاقد هو تنظيم أو استغلال إحدى المشروعات العامة، وفي هذا الصدد نرى بأن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي نحو الاعتراف بإدارية العقود التي تبرمها الدولة لإدارة دومينها الخاص يجب ألا يفهم منه أن مجلس الدولة قد تخلّى عن معيار المرفق العام بل أنه مازال متمسكاً بهذا الشرط ونعتقد أن موقفه هذا يدل على مرونة هذا القضاء في تحديد العقود الإدارية، وتقديره للأهمية التي يجب أن تحظى بها بعض

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (158/ حقوقية/ الصادر في 1966/7/28) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني السنة الخامسة، 1969، ص 208.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1990/6/15) أشار إليه الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري، مصدر سابق، ص 112.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (5187) لسنة (43 ق) الصادر في (1999/12/28)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 50.

(4) ينظر في ذلك فتوى مجلس شورى الدولة رقم (38/ الصادرة بتاريخ 2006/5/18) مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2006، مصدر سابق، ص 19.

العقود التي يمكن أن تتصل ولو بصورة غير مباشرة بالمصلحة العامة وهو ما ينطبق على عقود الإدارة الواردة على أموالها الخاصة.

الفرع الثالث

تضمن العقد شروطاً استثنائية

على الرغم من الأهمية التي أولاها القضاء الإداري لشرط اتصال العقد بنشاط مرفق عام لكي يوصف بأنه عقد إداري، نجد أنه لم يكتف بهذا الشرط فقط، وإنما ذهب إلى ضرورة أن يتضمن العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. وهذا الشرط هو الآخر يكاد يكون مستقراً عليه في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري⁽¹⁾.

ويلاحظ أن أهمية هذا الشرط تكمن في أن توافر الشروط الاستثنائية في العقود التي تبرمها الإدارة تمثل في حقيقة الأمر أهم وسيلة للكشف عن اتجاه إرادة الإدارة في اتباع أساليب القانون العام في إدارة المرافق العامة، وبالتالي فهي تعبر عن اتجاهها في عدم الظهور بمظهر الأفراد العاديين في تعاقدهم، ومن ثم نيتها في خضوع هذا العقد لقواعد القانون الإداري لا لقواعد القانون المدني، إذ أن المسلم به أنه لا يوجد أي مانع من قيام الإدارة بالتعاقد طبقاً لأسلوب القانون الخاص على الرغم من ارتباط العقد بالمرفق العام⁽²⁾، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء سواء في فرنسا أم في مصر لم يتفقا على وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية، مما أدى إلى ظهور تعاريف غامضة وغير محددة لتلك الشروط ففي الفقه الفرنسي يمكن التمييز بين ثلاثة اتجاهات بصدد تحديد المقصود بالشروط الاستثنائية:

-الاتجاه الأول: يرى أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تعد باطلة إذا أدرجت في عقود القانون الخاص لمخالفتها للنظام العام.

-الاتجاه الثاني: يرى أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط الغريبة بطبيعتها على عقود الأفراد . لان السلطة الإدارية تدرجها في العقود الإدارية نزولاً عند مقتضيات الصالح العام، في حين لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم التي ترتبط عادة بالمصالح الخاصة للمتعاقد.

(1) لقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي أهمية الشروط الاستثنائية في العديد من أحكامه نذكر منها حكمه الصادر في (1910/10/11) والذي أوضح فيه بأن ((العقد المبرم بين الإدارة وإحدى المطابع والمتصل بمرفق التعليم لا يعد عقداً إدارياً لأنه أبرم بالشروط المألوفة في العقود المدنية)) أشار إلى هذا الحكم الدكتور احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص7. وفي القضاء الإداري المصري نجد أنه لم يفرط بهذا الشرط في جميع أحكامه وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في (1995/1/24) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص39.

(2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص86. وينظر كذلك
-Jean Rivero : droit administratif. Dalloz . 1973 . p116 .

-الاتجاه الثالث: يرى أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية المعروفة في القانون الخاص والتي ترتبط بفكرة السلطة العامة فيكون موضوعها منح الإدارة حقوقاً أو تحميل المتعاقد بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يتفق عليها المتعاقدان في ظل القوانين المدنية⁽¹⁾.

أما الفقه العربي فقد حاول أيضاً تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية، إذ يرى بعضهم أن الشروط الاستثنائية المميزة للعقود الإدارية تتمثل عادةً بنوعين من الشروط: الأول: يتعلق بالشروط التي تحدد الطبيعة الإدارية للعقد بصفة مباشرة وهذه الشروط تتمثل بالشروط التي تعبر عن امتيازات السلطة العامة. أما النوع الثاني: فيتمثل بالشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص كتلك المتعلقة بمبدأ من مبادئ القانون العام، وهذه الشروط لا تحدد الطبيعة الإدارية للعقد إلا بصورة غير مباشرة فهي تكشف عن نية المتعاقدين في الأخذ بأحد أساليب القانون العام⁽²⁾. في حين يرى جانب آخر من الفقه أن تحديد المقصود بالشروط الاستثنائية لا يكمن في مجموعة الشروط التي يتضمنها العقد وإنما يتم ذلك بالاستناد إلى ما يخوله العقد للإدارة باستعمال سلطاتها تجاه المتعاقد الآخر والتي تملكها أصلاً بحكم تعلق عقودها بتنظيم وسير المرافق العامة. لذلك فإن هذا الاتجاه يرى بأن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تتصل بطبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة والتي يكشف عنها القاضي الإداري من خلال فحص العقد بصورة إجمالية من حيث ظروف إبرامه والسلطات التي يمكن أن تمارسها الإدارة ولو لم يتضمنها العقد⁽³⁾.

أما موقف القضاء الإداري من تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية فنجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد حاول في بعض أحكامه أن يضع تعريفاً للشروط الاستثنائية، إذ ذهب في حكم له إلى أن الشروط الاستثنائية ((هي تلك الشروط التي من شأنها أن تعطي المتعاقدين حقوقاً أو تلقي عليهم التزامات تختلف بطبيعتها عن الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد مدني أو تجاري يقوم على أساس الإرادة الحرة))⁽¹⁾. كما ذهب في حكم آخر إلى تعريف الشروط الاستثنائية بأنها ((تلك الشروط التي تختلف بطبيعتها عن الشروط التي يمكن ذكرها في عقد مماثل في القانون المدني))⁽²⁾.

(1) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي: دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1998، ص 62. كذلك الدكتور حلمي مجيد محمد: كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره من عقود الإدارة، مصدر سابق، ص 103.

(2) ينظر في ذلك الدكتور ثروت بدوي: النظرية العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 103.

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 53.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Stein) الصادر في (1950/11/20)، أشارت إليه الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص 63.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1952/5/19). أشار إليه الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 80.

أما القضاء الإداري المصري فنجد أنه قد اعتمد في الكثير من أحكامه في تعريف الشروط الاستثنائية على ضرب الأمثلة لما يعد من تلك الشروط، نذكر من ذلك ما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا من أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي ((... تخول الجهة الإدارية الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها، أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ... كذلك حقها في توقيع العقوبات على المتعاقد معها))⁽³⁾.

وفي المعنى نفسه من بيان الشروط الاستثنائية جاء في الفتوى الصادرة عن مجلس شورى الدولة العراقي بأن الشروط الاستثنائية تتمثل عادة بامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ومنها ((... سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون التوقف على رضا المتعاقد معها، وسلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، كذلك سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد ...))⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن عدم توصل الفقه والقضاء إلى تعريف شامل وجامع للشروط الاستثنائية لا يعني أن تلك الشروط قد ظلت مبهمة، وذلك لأن أحكام القضاء الإداري وهي بصدد تمييز العقود الإدارية أوردت العديد من تلك الشروط، وقد حاول الفقه الاستدلال بهذه الأحكام من أجل تحديد أبرز صور الشروط الاستثنائية كما عرّفها القضاء الإداري ومنها:-

أولاً: الشروط الاستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة // وتمثل هذه الشروط الأصل في تأسيس فكرة الشروط الاستثنائية، إذ إنها تمكن الإدارة من التمتع بسلطات في مواجهة المتعاقد معها لا يمكن التسليم بها في عقود القانون الخاص، ومن أبرز هذه السلطات، سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وإعطاء بعض التوجيهات والتعليمات الملزمة للمتعاقدين معها، كذلك سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها والتي تتنوع إلى جزاءات مالية كالغرامة التأخيرية والتعويضات وجزاءات ضاغطة كسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، ووضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد. فضلاً عن الجزاءات الفاسخة التي تتمتع بها الإدارة في إنهاء العقد من دون حاجة إلى اللجوء للقضاء⁽¹⁾. كما أن من بين هذه الشروط (المتصلة بامتيازات السلطة العامة) تلك التي قد تمكن المتعاقد مع الإدارة من استخدام بعض مظاهر السلطة العامة تجاه الغير، وهو أمر لا يمكن تصوره في عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة نسبية أثر العقود، ومن أبرز هذه الامتيازات، حق المتعاقد في عقد الالتزام بتحصيل

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1995/1/24)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 32.

(4) ينظر في ذلك فتوى مجلس شورى الدولة العراقي الصادرة في (2006/5/18)، مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة حتى عام 2006، مصدر سابق، ص 118.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 40.

الرسوم من المنتفعين، وحقه في نزع الملكية للمنفعة العامة وحقه في استعمال بعض سلطات الضبط الإداري وغير ذلك من السلطات التي تقتضيها طبيعة العقد⁽²⁾.

ثانياً: الشروط التي تحمل طابع القانون العام والتي لا يمكن تفسيرها إلا في ضوء نظريات وأهداف القانون العام // وتتمثل هذه الشروط بكونها لا تتصل بمظاهر السلطة العامة وإنما تعد شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد. ومن أبرز هذه الشروط تلك التي تعطي للإدارة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، كذلك الشروط التي تخول الإدارة الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ولو لم يصدر من المتعاقد معها أي خطأ. ومن هذه الشروط أيضاً ما تمنح للمتعاقد من الحق في إعادة التوازن المالي للعقد نتيجة تدخل الإدارة⁽³⁾.

ثالثاً: الشروط التي يمكن أن تساعد في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد وذلك في حالة كون العقد غير واضح المعالم // ومن هذه الشروط حالة قيام الإدارة بإيراد شرط يتضمن الإحالة إلى بعض أنواع دفاتر الشروط التي كثيراً ما تقوم الإدارة بإعدادها لأجل تنظيم شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية، وهي تعد جزءاً من تلك العقود التي تبرمها الإدارة حتى ولو لم تتضمنها نصوص العقد، ويلاحظ أن الشرط الذي يتضمن الإحالة على مثل هذه الدفاتر يتوقف أثره في تحديد طبيعة العقد على ما تحتويه هذه الدفاتر من شروط وبمعنى آخر أن الإحالة على هذه الدفاتر لا يمكن الاستناد إليها في تحديد إدارية العقد إلا إذا كانت الشروط التي تتضمنها غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽⁴⁾.

كما إن من بين الشروط التي قد تساعد في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد الشرط الذي قد تضعه الإدارة في العقد وتسند فيه للقضاء الإداري الاختصاص بنظر المنازعات كافة التي قد تنشأ عن ذلك العقد. ويلاحظ في هذا الصدد أيضاً أن قواعد الاختصاص القضائي تعد من النظام العام لذلك فإن هذا الشرط لا قيمة له إلا إذا كان متفقاً مع الطبيعة الذاتية للعقد الإداري. ومعنى ذلك أن الإدارة لا تستطيع أن تتفق مع المتعاقد معها على جعل الاختصاص للقضاء الإداري في عقد ذي طبيعة مدنية واضحة، كما لا يمكن للإدارة أو المتعاقد معها أن يتفقا على جعل الاختصاص للقضاء العادي في عقد تظهر فيه سمات العقد الإداري بصورة واضحة، فكل اتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص القضائي يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام⁽¹⁾.

ومن خلال ما بيناه من محاولات للفقه والقضاء الإداري لتحديد ماهية الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الإداري نستطيع القول: إن هذه المحاولات تسعى إلى تجسيد المقصود بالشروط الاستثنائية في كل حالة يشار فيها إلى إعطاء الإدارة حقوقاً أو سلطات تقتضيها ضرورة تحقيق

(2) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري، مصدر سابق، ص 140.

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقد البوت، مصدر سابق، ص 31.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 96.

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، مصدر سابق، ص 71.

المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة التي تشكل موضوع العقود الإدارية. ونرى أن ترك تحديد هذه الشروط لقاضي الموضوع هو الأرجح. ذلك لأن القضاء يملك مسالة تحديدها في كل حالة على حده بوصفها مسائل موضوعية، مستهدياً بذلك ببعض القرائن التي تعطي امتيازات للإدارة أو المتعاقد معها.

وقبل الانتهاء من الحديث عن الشروط الاستثنائية في العقد الإداري، فإن هناك تساؤلاً يمكن أن يطرح نفسه في هذا الخصوص، وهو: هل أن وجود الشروط الاستثنائية في العقد الذي تبرمه الإدارة يكفي لانعقاد اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات المتولدة عن ذلك العقد بوصفه من العقود الاداريه ؟.

الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا استعراض موقف القضاء الإداري في فرنسا ومصر، وكذلك تحديد موقف القضاء العراقي من ذلك. أمّا القضاء الإداري الفرنسي فنجد أن مجلس الدولة الفرنسي ومنذ حكمه الصادر في قضية (الزوجين برتان) عام (1956) قد استقر على أن هناك معيارين يكفي اعتماد احدهما لإضفاء الصفة الإدارية على العقد⁽²⁾، وهما معيارا: المرفق العام و معيار الشروط الاستثنائية⁽³⁾. أما موقف القضاء الإداري المصري، فقد ذكرنا سابقاً بأنه مستقر على ضرورة توافر الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري، ومن ثم فهو لا يكفي بمجرد أن العقد الذي أبرمته الإدارة يتضمن شروطاً استثنائية ومها كانت هذه الشروط، بل يستلزم دائماً ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها ((... إذا افتقد العقد أي من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص، ...، كأن لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيمياً أو تسييراً، أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ...))⁽⁴⁾.

أما موقف القضاء العراقي فنرى أن محكمة التمييز قد سارت على وفق نهج القضاء الإداري المصري من ضرورة توافر الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري⁽¹⁾.

وهذا ما أشارت إليه فتوى مجلس شورى الدولة العراقي بقولها إن ((... ما يميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص ليس المعيار الشكلي المتمثل في كون شخص من أشخاص القانون العام

(2) مع ملاحظة انه لا بد من أن يقترن احد هذين المعيارين مع المعيار العضوي والمتمثل بوجوب أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص70. كذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مصدر سابق، ص136

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (4056/ الصادر في 1999/12/7)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص54.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز رقم (158/ حقوقية) الصادر في (1966/7/28)، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، مصدر سابق، ص208.

طرفاً فيه، بل يلزم إضافة إلى ذلك توافر أساسين يتصلان بموضوع العقد من حيث وجوب اتصال العقد بمرفق عام، وإن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام في شأن هذا العقد ...⁽²⁾.
وختاماً نرى أن جميع ما ذكرناه من قواعد عامة تشكل حقيقة الأساس القانوني الذي يجب الاستناد إليه لمعرفة مدى إدارية العقود التي تبرمها الإدارة ، وهذا ما ينطبق تماماً على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية موضوع البحث.

(2) ينظر في ذلك فتوى مجلس شورى الدولة رقم (38) الصادرة بتاريخ (2006/5/18) مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2006، مصدر سابق، ص119.

المبحث الثاني

مسوغات اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

إذا كنا قد رأينا بأن القواعد العامة التي تحكم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية إنما ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالطبيعة الذاتية لهذه العقود وما تقوم عليه من خصائص ومميزات هي في حقيقتها من صنع القضاء الإداري ، فلا شك أن التسليم باختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء وتشغيل ونقل الملكية لابد وأن ينطلق من إثبات إدارية هذا العقد بموجب تلك القواعد.

والواقع أنه بالاستناد إلى هذه القواعد في مجال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نستطيع القول: إن الحقيقة القانونية والخصائص الذاتية التي أكدها التطبيق العملي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تؤكد وبصورة لا تدع مجال للشك على أن هذا العقد يعد من قبيل العقود الإدارية الذي تتوفر فيه جميع الشروط والمقومات التي اعتمدها القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر والتي أخذ بها القضاء العراقي بصدد تميز العقود الإدارية .

وهنا نود أن نشير ابتداءً إلى أنه إذا كان القضاء الإداري يعتمد في ممارسة اختصاصه في منازعات العقود الإدارية كما ذكرنا سابقاً بوجود كون العقد موضوع النزاع من العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها ، ووجوب اتصاله بنشاط مرفق عام ، واحتوائه على شرط أو شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، فإن وجود الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها طرفاً في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمثل إحدى الخصائص والمميزات المهمة والعناصر التي يقوم عليها هذا العقد ، لذلك فإن توافر هذا الشرط هو أمر لا يثير أي إشكال ومسلم به من جميع الفقهاء حتى من كانت له وجهة نظر خاصة حول الطبيعة القانونية لهذا العقد⁽¹⁾.

كذلك فإن اتصال موضوع العقد بنشاط مرفق عام يشكل هو الآخر إحدى السمات البارزة والمميزة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، إذ إن الموضوع الأساسي الذي يرد عليه هذا العقد إنما يمثل بإنشاء واستغلال جانب من المرافق العامة الحيوية التي يناف بها إشباع الحاجات العامة لمواطني الدولة المتعاقدة ومثال ذلك مرافق توزيع المياه وتوليد الطاقة والسكك الحديدية والطرق العامة والموانئ والمطارات وخدمات الاتصالات⁽²⁾. ولاشك أن مثل هذه المرافق التي يرد عليها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تمثل أهم المرافق العامة الاقتصادية التي شكلت الموضوع الأساسي لعقود التزام المرافق العامة والتي أعلن القضاء الإداري صراحة اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عنها

(1) ينظر في ذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2003 ، ص 462 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح مراد : الترجمة الانكليزية لقوانين البوت و النصوص العربية المقابلة لها ، مصدر سابق ، ص 40 .

نظرا للارتباط الوثيق بينها وبين المرافق العامة التي ترد عليها⁽¹⁾. أما الشرط الثالث المميز للعقود الإدارية والمتمثل بضرورة تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص فيلاحظ أن وجود مثل هذه الشروط نستطيع الكشف عنها صراحة من تطبيقات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية .

واستنادا إلى ما تقدم سوف نحاول في هذا المبحث بيان مسوغات اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال ثلاثة مطالب نبين في الأول منها إثبات الصفة الإدارية لهذا العقد بوصفه من عقود الالتزام وفي المطلب الثاني نبين الخصائص التي تميز إبرام هذا العقد . أما المطلب الثالث فسوف نشير فيه إلى التطبيقات العملية لفكرة الشروط الاستثنائية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

المطلب الأول

الصفة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه عقد التزام مرافق العامة

يمكن القول إن لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كوسيلة تستهدف من ورائها إفساح المجال أمام القطاع الخاص للقيام بأثر تنموي في مجال إنشاء وتمويل وإدارة مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة الاقتصادية من أجل التوصل إلى تقديم أفضل الخدمات لمواطني الدولة ، إنما يدل ذلك دلالة واضحة على أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يخرج عن كونه مسمى جديداً لعقد التزام المرافق العامة المعروف بطبيعته الإدارية ، وهي الحقيقة التي أوردها غالبية فقهاء القانون العام الذين يرون بأن تكليف المتعاقد مع الإدارة بمهمة إنشاء واستغلال إحدى المرافق العامة في الدولة يعد أمراً حاسماً في تكييف هذا العقد على أنه من عقود الامتياز⁽²⁾.

والواقع أننا لو عرضنا للمفاهيم القانونية الأساسية والاجتهادات المستقر عليها بالنسبة لعقود التزام المرافق لوجدنا أنها تتطبق بصورة كاملة على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية . فبالرجوع إلى مفهوم عقد الالتزام نجد المشرع العراقي يعرفه في المادة(1/891)من القانون المدني بأن ((التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون)).

ووفقاً للمفهوم السائد والمستقر عليه في كتابات الفقه وأحكام القضاء يُعرّف عقد الالتزام بأنه عقد إداري تعهد بموجبه الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها إلى شخص من أشخاص

(1) ينظر ذلك في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية عقد التزام (شركة ديفني لإنتاج الكهرباء) الصادر في 1902/1/10 . أشير إليه في مجموعة مارسولون : أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري ، مصدر سابق ، ص 58.

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق ، ص 44 . كذلك الدكتور عمرو احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام Bot ، مصدر سابق ، ص 101 .

القانون الخاص يسمى بالملتزم للقيام بمهمة إدارة مرفق عام واستغلاله خلال مدة محددة وتحت مسؤوليته الكاملة مقابل الحصول على رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط الواردة في العقد⁽¹⁾. ويلاحظ في هذا الصدد أيضا أن هناك رأياً مستقراً عليه يؤكد بأن عقد الالتزام عموماً بوصفه طريقة من طرق إدارة المرافق العامة بواسطة القطاع الخاص يتضمن في العديد من الحالات تخويل الملتزم القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق أو القيام ابتداء بإنشاء المرفق وتشغيله مدة العقد مقابل الحصول على رسوم يتقاضاها من المنتفعين لتغطية تكاليف الإنشاء والإدارة وهذه هي الصورة التي يطلق عليها الفقه الفرنسي التزام الأشغال العامة والتي تمثل ابرز صور عقود الالتزام⁽²⁾.

وبمقارنة المفهوم أعلاه لعقد الالتزام مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضح لنا أن الأخير يمثل الامتداد الطبيعي لعقد الالتزام وبخاصة صورة التزام الأشغال العامة الذي تسري عليه القواعد القانونية كافة الخاصة بعقد الالتزام ، وهو يختلف عن عقد الأشغال العامة نظراً لأن المقابل الذي يحصل عليه الملتزم ليس ثمناً كما هو الشأن في عقد الأشغال العامة وإنما يتمثل بالرسوم التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد ، وأيضاً فإن الباعث من لجوء الإدارة إلى إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس إنشاء المشروع بحد ذاته وإنما للتوصل الى تقديم خدمات المرفق محل العقد إلى جمهور المنتفعين ، فضلاً عن أن الملتزم يجد أن الباعث الرئيس من تعاقدته هو تشغيل واستغلال المرفق أما قيامه بالأعمال الإنشائية فهي ليست إلا وسيلة للوصول إلى ذلك الاستغلال والحصول على عوائد التشغيل⁽³⁾. وانطلاقاً من ذلك فقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن الصورة الشائعة لعقد الالتزام في الدول المعاصرة اليوم تتمثل بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)⁽⁴⁾.

وفي الاتجاه نفسه فقد حسم الاجتهاد الفقهي اللبناني حديثاً مسألة التكييف القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالتأكيد على انه من عقود الالتزام المعروفة بطبيعتها الإدارية وإن القضاء الإداري (مجلس شورى الدولة) يعد من حيث المبدأ المرجع الصالح للنظر في المنازعات الناشئة

(1) ينظر في ذلك الدكتور أنس جعفر : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 102 . وينظر بهذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في (25/3/1956) أشارت إليه الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 76 .

(2) Andre de laubadere , F. Moderen , P. Delvolve : Traite'des contrats Administratifs op .cit . P311 .

وينظر كذلك الدكتور خالد عبد الله الرشيد : جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد : مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2004 ، ص 185 .

(3) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشراوي : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 86 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي : النظام القانوني لعقود البوت Bot ، بحث مقدم إلى مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية ، الأبعاد القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 2005 ، ص 697 . كذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 528 .

عنه ⁽¹⁾. والواقع أن هذا الموقف قد تبناه القضاء الإداري اللبناني فعلا ، إذ نجد أن مجلس شورى الدولة اللبناني أصدر حكمين أكد فيهما صراحة بأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما هو إلا عقد التزام المرافق العامة ، ففي الحكم الأول الصادر بشأن النزاع بين الحكومة اللبنانية وشركة ليبانسل بخصوص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المبرم بينهما في مجال مرفق الاتصالات ذهب المجلس إلى ((.... إن العقد موضوع النزاع هو امتياز منح بموجب تفويض من المشرع بالقانون رقم (218) الصادر في (13/5/1993) من أجل استثمار مرفق عام وطني ولمدة محدودة بموجب أحكام الدستور اللبناني....)). أما الحكم الثاني الصادر بشأن النزاع بين الحكومة اللبنانية وشركة (فرانس تيلكوم) في مجال الاتصالات أيضا فقد ورد فيه ((... إن هذا العقد هو عقد امتياز لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة منح وفق أحكام المادة (89) من الدستور ، وإن تسميته الانكلوسكسونية (BOT) لا تؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد امتياز مرفق عام ، فالعناصر التي يتضمنها : البناء والاستثمار ونقل الملكية هي العناصر ذاتها التي يتضمنها عقد الامتياز وفقا لما هو وارد في المادة (89) من الدستور اللبناني ، منح امتياز لاستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مصلحة ذات منفعة عامة أو احتكار إلى زمن محدد...)) ⁽²⁾.

وفي موقف مشابه لمجلس شورى الدولة اللبناني ذهب قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري إلى التأكيد على أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو من العقود الإدارية وبالتحديد عقد التزام مرافق عامة ، وقد كان ذلك بمناسبة عرض مشروع عقد بين هيئة كهرباء مصر وإحدى الشركات الأجنبية لإنشاء واستغلال وإعادة محطة كهرباء (سيدي كير) بأسلوب عقد البوت وكان العقد يتضمن في المادة (18) منه على إن التصرفات الواردة به تعد تصرفات تجارية ففندت إدارة الفتوى ذلك وذكرت ((...إن مكونات مشروع الاتفاق المشار إليه تعتبر في حقيقتها جزءاً من عقد امتياز المرافق العامة طبقاً لصريح نص المادة (7) من القانون رقم (12 لسنة 1976) المعدلة بالقانون رقم (100) لسنة (1996) والتي نصت على اعتبار تلك العقود عقود امتياز المرافق العامة ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه في حدود الضوابط المنصوص عليها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة ،...)) ⁽³⁾.

ويتضح لنا من هذا الرأي الذي أيده مجلس الدولة المصري انه يدل دلالة قاطعة على إدارية هذا العقد وكونه من عقود الالتزام كما يلاحظ في هذا الصدد إن قيام الإدارة بعرض مشروع العقد

(1) ينظر في ذلك الدكتور محي الدين القيسي : التجربة اللبنانية في عقود البوت Bot ، مصدر سابق، ص 110 . كذلك الدكتور مروان محي الدين القطب : طرق خصخصة المرافق العامة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2009 ، ص 309. وكذلك الدكتور وليد حيدر جابر : طرق إدارة المرافق العامة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2009 ، ص 130 .

(2) ينظر في ذلك حكمي مجلس شورى الدولة اللبناني رقم (638/639 في 17/10/2001) أشير إليهما في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول، مصدر سابق، ص 238.

(3) ينظر في ذلك رأي اللجنة الثالثة في قسم الفتوى في مجلس الدولة المصرية، الصادر في (24/12/1997) أشار إليه الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot ، مصدر سابق ، ص 168 .

أعلاه على المجلس ما هو إلا دليل على اتجاه إرادة الإدارة في إبرام أحد العقود الإدارية تنفيذاً للمادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47 لسنة 1972) التي تنص على أنه ((.... لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد ... في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة)).

وإذا كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتطابق مع عقود الالتزام من حيث المفهوم الذي أوردناه والذي أيده الاجتهاد الفقهي والقضائي ، فإنه يمكن القول أيضاً إن هذا العقد قد تأكد بكونه من عقود التزام أو امتياز المرافق العامة من خلال العديد من تشريعات الدول التي حاولت تنظيم هذا العقد⁽¹⁾ ، بل يلاحظ أن التسليم بالحقيقة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه من عقود الامتياز يعد أمراً منسجماً مع ما هو سائد في أغلب النظم القانونية بخاصة الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كدول النظام اللاتيني وعلى رأسها فرنسا وبلجيكا وإيطاليا والنمسا وتركيا وكذلك مصر ولبنان والكويت والعراق من الدول العربية⁽²⁾.

فعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في النظام القانوني الفرنسي لا يمكن أن يوصف إلا بكونه من العقود الإدارية وتحديداً عقد التزام مرافق عامة وقد تأكد ذلك صراحة عندما أصدر المشرع الفرنسي بعض التشريعات الخاصة بتنظيم بعض القواعد والإجراءات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة أو كما يصطلح عليها بـ(عقود تفويض المرفق العام)⁽³⁾ ، مشيراً فيها إلى ذات الصورة التي نحن بصدددها والمتمثلة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه أحد أهم صور عقود تفويض المرفق العام⁽⁴⁾.

ومن جملة هذه التشريعات القانون رقم (125 لسنة 1992) المتعلق بالتنظيم الإداري وكذلك القانون رقم (122 لسنة 1993) المعروف باسم قانون (sapin) والمتعلق بتجنب الفساد الإداري وتنظيم الإجراءات الخاصة بتبادل الإيجاب والقبول في عقود تفويض المرفق العام⁽⁵⁾. وبموجب هذه التشريعات فقد تطرق المشرع الفرنسي لمفهوم تفويض المرفق العام على أنه (العقد الذي يعهد بموجبه

(1) حيث نلاحظ إن العديد من الدول حاولت تنظيم عقدال Bot من خلال نصوص قانونية نظراً لأهميته واتصاله المباشر بمشاريع ومرافق حيوية في الدولة وقد استخدمت اصطلاح (امتيازأولالتزام مرافق عامة) للدلالة على هذا العقد ومثال ذلك القوانين الصادرة عام 1995 في كل من ألبانيا و البرازيل وبلغاريا وتركيا وكذلك القوانين الصادرة في مصر و المتعلقة بمنح الالتزام بأسلوب عقد البوت Bot في مجالات الطرق و الموانئ و المطارات و الطاقة . ولمزيد من التفاصيل يرجع الدكتور محمد المتولي : الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة ،مصدر سابق ، ص 70 .

(2) ينظر في ذلك وائل محمد السيد : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت Bot ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2008 ، ص 34 . وكذلك اسامة مدلول خريص : خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل Bot ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم القانونية ، المملكة المغربية ، الرباط ، 2006 ، ص 78 .

(3) ينظر في ذلك حسن محمد علي : مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير ، مصدر سابق ، ص 193 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور مروان محي الدين القطب: طرق خصخصة المرافق العامة مصدر سابق ، ص 475

(5) ينظر في ذلك الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2005 ، ص 603 وما بعدها.

شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام أو إقامة منشآت أو مرافق عامة وإدارتها بحيث يكون المقابل الذي يحصل عليه صاحب التفويض مرتبطاً بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق) كما أشار أيضاً إلى صور العقود التي يمكن أن يرد عليها تفويض المرفق العام وفي مقدمتها عقد التزام المرافق العامة سواء كان ينطوي على تحويل الملتزم إدارة مرفق عام قائم بالفعل أم أنشاء المرفق ابتداءً وإدارته واستغلاله كما في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وهو الأمر الذي كرسه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في (15/5/1994) والذي اقر فيه بالطرق الذي حددها المشرع لاستغلال المرافق العامة من خلال عقود تفويض المرفق العام مؤكداً على خضوع هذه العقود للمبادئ العامة للقانون الإداري وأحكام الامتياز التي أرساها القضاء الإداري مع مراعاة ما جاء به المشرع من قواعد وإجراءات اقتضتها ضرورات التطور⁽¹⁾.

أما في مصر فنجد أن المشرع المصري في تنظيمه القانوني الحديث لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في بعض المجالات قد كان أكثر وضوحاً وصراحة في التسليم بكون هذا العقد يشكل الامتداد الطبيعي لعقود الالتزام حيث أنه نظراً لقصور التشريعات التي كانت تنظم أحكام عقود الالتزام في مصر⁽²⁾، عن استيعاب التطورات الحديثة التي انطوى عليها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فقد قام المشرع بإصدار قوانين عدة لتنظيم منح التزامات المرافق العامة بهذا الأسلوب تماشياً مع هذا التطور ومن أهم هذه القوانين:-

أولاً:- القانون رقم (100 لسنة 1996) الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة (1976) في شأن هيئة كهرباء مصر. وقد ورد في المادة السابعة منه على أنه ((... يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وتشغيل محطات توليد الكهرباء ... وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية: أ - أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية ب- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة. ج- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد. ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه في حدود القواعد الإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة))⁽³⁾.

ثانياً: . القانون رقم (229 لسنة 1996) الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم (84) لسنة (1968) بشأن الطرق العامة . وقد أشار هذا القانون في المادة (12) منه إلى أنه ((.. يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين والأجانب أشخاصاً طبيعيين أو معنويين وذلك لإنشاء

(1) ينظر ذلك الدكتور مروان محي الدين القطب : طرق خصخصة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص437.

(2) يعد القانون رقم (129 لسنة 1947) في شأن التزام المرافق العامة من أبرز التشريعات التي نظمت أحكام عقود الالتزام في مصر. الا انه نظراً لتبني المشرع المصري الفكر الاشتراكي فقد جرى تطبيق هذه القانون لمدة محدودة وفي نطاق ضيق جداً. ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق ، ص119.

(3) أشير الى نصوص هذا القانون كملحق لدى الدكتور عصام احمد البهجي : عقود البوت BOT ، مصدر سابق ، ص255، 256 .

طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها ... وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية ...⁽¹⁾ وقد تضمن هذا القانون المبادئ نفسها المشار إليها في القانون أعلاه .

ثالثاً:- القانون رقم (3) لسنة (1997) الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول . وقد نصت المادة الأولى منه على انه ((مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول .. وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية...)) ونصت المادة الرابعة منه على انه ((يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت... وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبجالة جيدة صالحة للاستعمال)). ونصت المادة الخامسة من هذا القانون على انه ((يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء))⁽²⁾

رابعاً:- القانون رقم (22) لسنة (1998) الخاص بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (1) لسنة 1998 في شأن الموانئ التخصيصية حيث أضيفت مادة بتسلسل (4) مكرر ونصت على أن ((مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة و المطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانئ والسفن يجوز منح التزامات المرافق العامة ... لإنشاء موانئ تخصصية وأرصفت متخصصة في الموانئ وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية...))⁽³⁾ . وقد تضمن أيضاً جانب من المبادئ المشار إليها في القانون أعلاه .

ويتضح لنا من خلال ما تقدم إن التشريعات المصرية تدل دلالة قاطعة على إدارية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وكونه يمثل امتداد لعقود الالتزام، إذ إنها تحدثت صراحة عن منح التزامات المرافق العامة ، كما وصفت أيضاً المتعاقد مع الإدارة بأنه ملتزم كما بينت آلية منح الالتزام ومدة الالتزام والتزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد شخصياً ومراعاة ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد مع تنظيم وسائل الرقابة على الملتزم وكل ذلك يصلح دليلاً قاطعاً على أن المشرع المصري لم يدر ذهنه سوى تنظيم قواعد عقود الالتزام بالصورة التي نحن بصددتها .

(1) ينظر نصوص هذا القانون مشار إليها كملحق لدى الدكتور عصام احمد البهجي : عقود البوت BOT ، المصدر نفسه ، ص 257.

(2) ينظر نصوص هذا القانون واردة كملحق لدى الدكتور عصام احمد البهجي ، المصدر نفسه ، ص 260 – 262 .

(3) ينظر نصوص هذا القانون واردة كملحق لدى الدكتور عصام احمد البهجي ، عقود BOT ، المصدر نفسه ، ص 263 .

وإذا كان ذلك موقف المشرع المصري فإن الإدارة في مصر لم تخالف ما رساه المشرع من وصف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه من عقود الالتزام فقد تم على صعيد التطبيق العملي الموافقة على إبرام عقود عدة استنادا إلى القوانين السابقة من خلال قرارات أشارت صراحة إلى أنها قد صدرت لمنح التزام المرافق العامة، ومثال ذلك ماجاء في قرارات مجلس الوزراء المصري المرقمة (1، 2، 3) بالموافقة على إبرام عقود إنشاء واستغلال وإعادة كل من مطار رأس السد ومطار العلمين ومطار مرسى علم ، حيث ورد من إن مجلس الوزراء قرر ((منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار بنظام ال BOT ... وفقا لأحكام القانون رقم 3 لسنة 1997 وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه....))⁽¹⁾. لذلك نؤيد موقف المشرع المصري الذي حدد صراحة الطبيعة القانونية لهذا العقد بأنه عقد التزام كأى عقد إداري آخر ، وهو أمر يشكل مسوغا أساسيا للقضاء الإداري في ممارسة اختصاصه في المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

ويمكن أن نشير أخيرا إلى أن الحقيقة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في العراق لا يمكن أن تختلف عن الصورة التي يمكن أن تكون عليها في فرنسا ومصر والمتمثلة بكونه احد عقود الالتزام الإدارية وإن كانت مسألة التنظيم القانوني لعقود الالتزام في العراق لم تحض بالأهمية ذاتها التي حظيت بها في تلك الدول ، فمن المسلم به إن منح التزامات المرافق العامة لم تنظم في العراق من خلال قانون خاص وموحد ، بل جاء تنظيم بعض القواعد الخاصة بعقد الالتزام ضمن نصوص القانون المدني العراقي التي تناولت حقيقة مفهوم عقد التزام المرافق العامة وأشارت أيضا الى مجموعة من القواعد والمبادئ الإدارية المستقر عليها في أحكام القضاء الإداري في دول القانون المقارن كالنص على وجوب التزام الملتزم بتطبيق قاعدة المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة والنص على حق الإدارة في إعادة النظر في تعريفات الأسعار وتعديلها والتأكيد على ضرورة ضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد وعدم التوقف عن تقديم الخدمات⁽²⁾.

وعلى صعيد التطبيق العلمي فقد عرف العراق عقود الالتزام من خلال الامتيازات الممنوحة لشركات النفط الأجنبية قبل تأميمها⁽³⁾. كذلك فقد تم استخدام عقود الالتزام في بعض المجالات كالمواصلات وتوزيع المياه ومن الأمثلة على ذلك عقد الالتزام المبرم بين وزارة الاقتصاد والمواصلات العراقية وأحد أشخاص القانون الخاص عام (1933) والذي يبرز لنا الصورة ذاتها لعقد البناء

(1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر :العقود الإدارية ، مصدر سابق ،ص422 .

(2) ينظر في ذلك المواد (891- 899) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .

(3) فقد كانت هناك العديد من اتفاقيات الامتياز الممنوحة للشركات الأجنبية نذكر منها اتفاقية الامتياز المعقودة في (14/3/1925) بين الحكومة العراقية وشركة النفط التركية التي سميت فيما بعد شركة نفط العراق المحدودة . كذلك اتفاقية الامتياز المعقودة في (25/12/1951) بين الحكومة العراقية وشركتي نفط خانقين المحدودة ونفط الرافدين المحدودة وكذلك اتفاقية الامتياز المعقودة في (3/2/1952) بين الحكومة العراقية وشركات النفط العراقية المحدودة ونفط البصرة = =المحدودة ونفط الموصل المحدودة .ينظر في ذلك فؤاد الراوي: المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، نصوص (6) من عام (1950-1955) ، مجلس التخطيط، بغداد ، 1975 ،ص212.

والتشغيل ونقل الملكية إذ انه يتعلق بمنح احد الأفراد التزام لإنشاء واستغلال محطة لتوزيع المياه في مدينة كربلاء لمدة خمسين عام ينتهي بعدها العقد ويؤول المشروع بجميع موجوداته إلى الدولة من دون مقابل⁽¹⁾. غير أن تبني العراق للنهج الاشتراكي أدى الى انحسار تطبيق عقود الالتزام فيه وبخاصة في مجال استثمار واستغلال موارد الثروة الطبيعية ، فقد حظر المشرع الدستوري في المادة(13)من دستور العراق الصادر عام (1970الملغي) منح الامتيازات الخاصة بموارد الثروة الطبيعية وقرر أن يكون استثمارها من السلطة المركزية بصورة مباشرة، لكن مع تغير النظام السياسي في العراق عام (2003) نجد أن هناك اتجاهاً واضحاً في تشجيع القطاع الخاص للمشاركة في خدمات القطاع العام والمشاركة في إنشاء واستغلال مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة في العراق. فقد أشار المشرع الدستوري العراقي في دستور عام (2005) الحالي إلى ما يفيد ذلك بالنص على أن ((تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته))⁽²⁾.

وانطلاقاً من ذلك فإن العراق في هذه المرحلة قد توجه فعلاً إلى تشجيع القطاع الخاص بطرق عديدة منها صدور أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (65) لسنة (2004) الذي أنشئت بموجب هيئة عامة مستقلة تعمل على النهوض بواقع الاتصالات في العراق أطلق عليها اسم المفوضية المستقلة للاتصالات والإعلام وقد أنيط لها الاختصاص بتنظيم منح التراخيص والعقود المتصلة بخدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية والبريد والإرسال وشبكات المعلومات في العراق⁽³⁾. واستناداً لهذا الأمر فقد تم منح التزامات خدمة الهاتف النقال في العراق الى عدة شركات من القطاع الخاص أبرزها عقود الالتزام المبرمة مع كل من شركة أسياسل وشركة الأثير وشركة عراقنا⁽⁴⁾. كذلك فقد لجأ المشرع العراقي في هذه المرحلة أيضاً الى تشجيع القطاع الخاص في التنمية من خلال حوافز الاستثمار التي جاء بها قانون الاستثمار العراقي رقم (13 لسنة 2006)⁽⁵⁾.

ونجد أيضاً إن هناك اتجاهاً واضحاً في العراق إلى السعي لإصدار قوانين لتنظيم استغلال موارد الثروة الطبيعية بمشاركة القطاع الخاص كأعداد مشروع قانون النفط والغاز المزمع إقراره وإصدار قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام والذي تبرز لنا نصوصه إشارة واضحة إلى

(1) وقائع هذا العقد أوردتها حكم محكمة التمييز العراقية رقم (930/حقوقية في 1967/12/2) أشار إليه محمد عبد الله الدليمي: سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1983، ص137.

(2) ينظر في ذلك المادة (25) من دستور العراق الصادر عام (2005).

(3) ينظر في ذلك الأمر رقم (65 لسنة 2004) الصادر عن سلطة الائتلاف المنحلة والمنشور في الوقائع العراقية العدد (3982) في 2004/11/17.

(4) ينظر في ذلك علي حسن عبد الأمير : النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، 2008 ، ص208-210.

(5) ينظر نصوص هذا القانون منشورة في الوقائع العراقية ، العدد (4031) بتاريخ (2007/1/17).

إمكانية إبرام عقود التزام تتطابق مع الصورة التي نحن بصددھا والمتمثلة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إذ جاء فيه ((للقطاع الخاص إنشاء مصافي لتكرير النفط ... وتشغيلها وإدارتها وتسويق منتجاتها عدا امتلاكه للأرض))⁽¹⁾.

وختاماً نرى ضرورة قيام المشرع العراقي بالتدخل في إصدار تشريع عام وموحد ينظم القواعد الخاصة بمنح الالتزام بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مع التأكيد صراحة على حقيقة كونه من عقود الالتزام من أجل إن يشكل ذلك دليلاً ومسوغاً أساسياً لتطبيق المبادئ الإدارية المستقر عليها في أحكام القضاء الإداري بصدد نظرية العقود بصفة عامة وعقود الالتزام على وجه التحديد.

المطلب الثاني

الخصائص التي تميز إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يمكن القول ان البحث في آلية إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يكشف لنا عن مجموعة الخصائص والقواعد القانونية التي تنطلق في الواقع من ذات القواعد والمبادئ القانونية التي تحكم النظام القانوني لتكوين العقود الإدارية بنحو عام وعقود الالتزام على وجه الخصوص. فإذا كان من المسلم به فقها وقضاء إن العقود الإدارية تخضع في تكوينها الى قواعد وإجراءات أكثر تعقيداً منها في العقود المدنية وبخاصة بالشق المتعلق بطريقة التعبير عن إرادة الإدارة الذي عادة ما يتم في شكل عملية مركبة تكون على مراحل متعددة وفي مدد متلاحقة تلتزم الإدارة خلالها بجملة من القواعد القانونية التي تشكل مخالفتها ابرز صور المنازعات التي يمكن أثارها أمام القضاء الإداري⁽²⁾. فإنه يلاحظ أيضاً أن إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخضع لسلسلة من الإجراءات والقواعد القانونية التي عادة ما يفرضها المشرع على حرية الإدارة لتشكل في حقيقة الأمر قيوداً يتعين عليها مراعاتها والتقيّد بها قبل الشروع في إبرام العقد وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة وضمان الوصول الى اختيار أفضل الأشخاص الذين يمكن الاعتماد عليهم في تنفيذ العقد. ويلاحظ إن هذه القيود عديدة إلا أن أهمها ما يتعلق بضرورة توافر الاعتماد المالي كذلك ضرورة الحصول على الإذن بالتعاقد، وضرورة اختيار الوسيلة القانونية المحددة لاختيار المتعاقد - شركة المشروع - ويمكن أن نوضح ذلك من خلال ما يأتي:-

أولاً:- ضرورة توافر الاعتماد المالي :-

(1) ينظر في ذلك المادة (2) من قانون الاستثمار الخاص بتصفية النفط الخام رقم (64) لسنة (2007) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (4062) بتاريخ (2008/2/18).

(2) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود : العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 281 . وينظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن (32 لسنة 17 ق الصادر في 1975/4/5) أشار إليه المستشار علي الدين زيدان والمستشار محمد السيد : الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري ، نظرية العقود الإدارية ، المجلد الرابع ، المكتب الفني ، القاهرة، من دون سنة طبع ، ص 81.

يمثل هذا القيد أول الإجراءات التمهيدية التي يتعين على الإدارة استيفاؤها قبل إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ذلك لأن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد وتلتزم بمبالغ مالم يكن لديها الاعتماد المالي اللازم لتغطية هذا الالتزام تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي بأن أي إنفاق عام يستوجب أن يكون له اعتماد مالي⁽¹⁾. وفيما يتعلق بضرورة استيفاء الإدارة لهذا القيد في مجال إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يلاحظ أنه على الرغم من كون تنفيذ هذا العقد يعتمد اعتماداً أساسياً على التمويل من جانب القطاع الخاص الذي ينبغي أن يتحمل كافة الأعباء المالية اللازمة لإنشاء واستغلال المرفق محل العقد ، إلا أن وصول الإدارة الى هذه المرحلة يتطلب منها القيام بالعديد من الأعمال التي تستوجب الكثير من النفقات اللازم تغطيتها والتي تنصب بالغالب على:

1// النفقات اللازمة لإعداد دراسة خاصة بتحديد المشاريع والمرافق العامة التي ترغب الدولة في التعاقد بشأنها بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، إذ أنه عادة ما يلزم ضرورة اختيار المشروع أو المرفق الذي سيقام ويشغل بموجب هذا العقد بالاستناد الى طبيعته إذ يقتضي أن يكون المرفق صالحاً لإنتاج الإيرادات عند تشغيله لكون هذه الإيرادات تمثل العنصر الأساسي لتمويل المشروع وتحقيق الأرباح التي ينشدها القطاع الخاص وهذا يعني أن المرافق التي يمكن أن تقام وتُشغل بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي المرافق العامة الاقتصادية الأمر الذي يستوجب من الإدارة ضرورة تحديد ما تحتاج اليه من هذه المرافق تحديداً دقيقاً وذلك على ضوء حاجات المجتمع وأولوياته⁽²⁾.

2// النفقات اللازمة للخبراء والاستشاريين الذين يمكن أن تستعين بهم الإدارة للقيام بدراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع أو المرفق المزمع التعاقد بشأنه حيث إن هذه الدراسة تمثل أهم الخطوات التي ينبغي أن تقوم بها الإدارة من أجل ضمان تنفيذ العقد على أسس علمية تتضح من خلالها أهمية المشروع و مردوده المالي والاقتصادي وشروطه الفنية وضرورة تنفيذه⁽³⁾.

(1) ينظر في ذلك محمد عبد العال السناري: وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ص 65 . كذلك هاتف كاظم جاسم : حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2006 ، ص 5.

(2) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن السيد : عقود البوت BOT وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، مصدر سابق ، ص 46 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد البوت BOT ، مصدر سابق ، ص 177. وينظر كذلك ما جاء في البند (أولاً) من المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود العراقية رقم (1) لسنة 2008 النافذة حالياً من إن ((على جهات التعاقد في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مراعاة استكمال المتطلبات التالية قبل إعداد وثائق المناقصات :أ - وجود مصادقة مسبقة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي على تقارير الجدوى الفنية والاقتصادية ... ب- وجود دراسة محدثة عن الكلفة التخمينية للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه ضمن تقرير دراسته الجدوى بغية استخدامها كمقياس عند تحليل العطاءات... ج- وجود تخصيصات لتنفيذ العقد في الموازنة العامة الاتحادية ... د- أن تكون الشروط والمواصفات وجدول الكميات والخرائط وغير ذلك مما هو ضروري للتنفيذ جاهزة ودقيقة... هـ- وجود موافقات الجهات المعنية على الموقع وتخصيص الأراضي المطلوبة للمشروع ... و- إزالة المشاكل القانونية والمادية إن وجدت في موقع العمل...)).

3// التكاليف اللازمة لإعداد وثائق ومستندات المناقصة أو كراسة الشروط الخاصة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كذلك أجور النشر والإعلان في الصحف المحلية أو الخارجية أو في وسائل النشر الأخرى نظرا لأن إبرام هذا العقد - كما سنرى - يستلزم أن يتم في إطار من المنافسة والعلانية. ومن كل ما تقدم يتضح مدى أهمية مراعاة الإدارة لقيد توافر الاعتماد المالي الضروري للتمهيد لإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتسهيل تنفيذه، لكن ما يلاحظ في هذا الصدد هو أن الفقه والقضاء، مستقران على أن مخالفة الإدارة لقيد الاعتماد المالي لا يترتب عليه بطلان العقد الإداري، إلا إن هذه المخالفة من شأنها أن تثير مسؤولية الإدارة أمام القضاء الإداري أثناء تنفيذ العقد نظرا لإخلالها بالتزامات المالية⁽¹⁾.

ثانياً:- ضرورة الحصول على الإذن بالتعاقد :-

كنتيجة طبيعية لأهمية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وحساسية المرافق التي يرد عليها والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأداء الخدمات العامة وإشباع الحاجات المختلفة للجمهور ولكونه يخول فرداً عادياً أو شركة الحلول محل السلطات العامة في إنشاء وإدارة مرفق عام واستغلاله نجد أن معظم التشريعات قد حرصت على تنظيم نوع من الرقابة على الإدارة ذاتها فيما يتعلق بمنح التزامات المرافق العامة. ففي فرنسا نلاحظ أن القاعد التي كانت سائدة والتي اعتنقها الفقه التقليدي في فرنسا تقضي بأن موافقة الإدارة على إنشاء مرفق عام وإدارته بطريق الامتياز، فضلاً عن تحديد القواعد والشروط المتعلقة بتنظيم المرفق وتسييره يقتضي أن يكون بقانون أو بناء على قانون⁽²⁾، لكن هذه القاعدة قد أصبحت تقليدية على ما يبدو بموجب الدستور الفرنسي الصادر عام (1958) إذ إن المادة (34) منه قد حددت الأمور التي يتعين تنظيمها من البرلمان وتلك التي يضع المشرع أسسها العامة دون أن تذكر بأن إنشاء المرافق العامة هي من الأمور المخصصة للبرلمان، وبذلك تكون النتيجة المنطقية لإعطاء الإذن بمنح التزام إنشاء واستغلال المرافق العامة من الموضوعات التي تختص الحكومة (مجلس الوزراء) بموجب مرسوم تصدره استناداً للمادة (37) من الدستور. وهذا ما تأكد بالقانون الصادر في (29/1/1993) الذي لم يشترط ضرورة موافقة البرلمان على عقود تفويض المرفق العام وإنما أشار إلى ضرورة أن يتم منح الالتزام بمرسوم يصدره مجلس الوزراء⁽³⁾. أما في مصر فيلاحظ أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد درجت على النص على ضرورة تدخل البرلمان لإعطاء الإذن بإبرام عقود الالتزام⁽⁴⁾. وبموجب الدستور المصري الحالي الصادر عام

(1) ينظر ذلك الدكتور حمدي حسن الحلفاوي : ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، من دون ناشر ، 2002 ، ص 125 . وكذلك :

A.Delaubader,F.Modrne,P.Delvolve: traite des contrats Administratifs , Tome1 , L.G.D.J. Paris . 1983. P474.

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام BOT ، مصدر سابق ، ص 142.

(3) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر: الرقابة القضائية على العقود التي يبرمها البرلمان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 66.

(4) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص 56.

(1971) فقد نصت المادة (123) منه على أن ((يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ...)) ونظراً لعدم صدور قانون استناداً للنص أعلاه فقد كان المعول عليه في ذلك هو القانون رقم (61) لسنة 1958 المعدل للقانون رقم (129 لسنة 1947) والذي استلزم المادة الأولى منه بأن يتم منح الالتزامات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب. ويؤكد الفقه بأن هذه المادة قد أصبحت تمثل القاعدة العامة في منح التزامات المرافق العامة وفي تعديل شروطها (1).

غير إن المشرع المصري استجابة منه للتطورات الاقتصادية ولمواكبة التطور الحديث في عقود التزام المرافق العامة في صورة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فقد أورد بعض الاستثناءات من القاعدة العامة الواردة في القانون رقم (129 لسنة 1947) والقانون رقم (61 لسنة 1958) في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، من ذلك القانون رقم (3) لسنة 1997 الصادر في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول الذي نصت المادة الخامسة منه على أن ((... يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها وحصة الحكومة... قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص....)). ونجد مثل هذا النص قد ورد في كل من القانون رقم (100) لسنة 1996 المعدل للقانون رقم (12 لسنة 1976) بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر ، والقانون رقم (229 لسنة 1996) بشأن الطرق العامة والقانون رقم (22 لسنة 1998) الصادر بشأن الموائئ التخصصية⁽²⁾. وفي ضوء هذه القوانين الأربعة نلاحظ أن المشرع المصري قد تبسط الى أقصى حد في تحديد السلطة المختصة بمنح الالتزام ، فبعد أن كان الأمر يقتضي صدور إذن من رئيس الجمهورية وموافقة مجلس الشعب فإن هذه التعديلات اقتصر على قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص وهو الأمر الذي عده الفقه المصري خطوة مهمة في تفعيل دور القطاع الخاص وإشراكه في إنشاء وتشغيل المرافق العامة نظراً للمرونة التي يمكن أن يتم فيها منح الالتزام حالياً (3).

أما في العراق فنجد أن القانون الأساسي العراقي (دستور عام 1925) نص على انه ((لا يعطى انحصار أو امتياز لاستثمار مورد من موارد البلاد الطبيعية أو لاستعماله أو مصلحة من المصالح العامة ولا تعطى الواردات الأميرية بالالتزام إلا بموجب القانون على إن ما يجاوز منها ثلاث سنوات يجب ان يقترن بقانون خاص لكل قضية))⁽⁴⁾. ويلاحظ على هذا النص إن المشرع الدستوري قد فرق بين حالة أن يتم منح الالتزامات لمدة تقل عن ثلاث سنوات والحالة التي يتم فيها منح الالتزام لمدة تزيد على ثلاث سنوات فأوجب أن يتم منح الالتزام بناء على قانون ينظم أحكامه في الحالة الأولى -

(1) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشراوي: العقود الإدارية ، المصدر نفسه، ص58.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصام احمد البهجي: عقود البوت BOT ، مصدر سابق ، ص 256-264.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عمرو احمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة BOT ، مصدر سابق ، ص147.

(4) ينظر في ذلك المادة (94) من دستور العراق لعام 1925.

وهو الأمر الذي لم يحدث حقيقة - أما الحالة الثانية فقد أوجب ضرورة إصدار قانون في كل حالة على حده .

هذا وقد خلت الوثائق الدستورية اللاحقة للقانون الأساسي من أي إشارة الى مسألة منح التزامات المرافق العامة إذ إن المتأمل في كل من الدستور الصادر عام (1958) ودستور (4) نيسان 1963 ، ودستور (22) نيسان 1964 يلاحظ بأنها قد اهتمت بدرجة أساسية بتنظيم السلطة السياسية في تلك المراحل. أما في ظل دستور (29) نيسان 1964 ودستور (21) أيلول 1968 ودستور (16) تموز 1970 ، فنعتقد أنها قد مثلت مرحلة التحول الاشتراكي في العراق حيث أنها لم تتضمن أي نص يشير الى إمكانية منح التزام أنشاء واستغلال المرافق العامة وبخاصة في مجال استغلال الثروة الطبيعية التي قررت استغلالها من الدولة مباشرة ⁽¹⁾ . أما الدستور النافذ عام (2005) فنجد أنه قد أشار في أكثر من موضوع الى ضرورة تشجيع القطاع الخاص في الاستثمار . كما نص على أن ((تنظم بقانون الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها والتصرف فيها والحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شي من هذه الأموال)) ⁽²⁾ . وفي مجال استثمار موارد الثروة الطبيعية وبخاصة النفط والغاز فقد حدد الدستور أيضا آلية إدارة وتطوير هذه المرافق من الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة مع التأكيد على أهمية تشجيع الاستثمار في هذه المجالات على أن ينظم ذلك بقانون ⁽³⁾ . غير أنه لم يصدر الى الآن أي قانون ينظم حالات إدارة المرافق العامة الاقتصادية عدا بعض مشاريع القوانين التي مازالت في طور الولادة مثل مشروع قانون النفط والغاز الذي ينظم عقود الاستغلال البترولي، ومشروع قانون الاتصالات الذي ينظم كيفية استغلال الطيف الترددي ⁽⁴⁾ . ومن هنا نأمل من المشرع العراقي ضرورة إعداد مشروع قانون موحد ينظم الأحكام الضابطة لمنح التزامات المرافق العامة وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتحديد السلطة المختصة بإعطاء الإذن بمنح الالتزام من خلال الاسترشاد بتجارب بعض الدول كفرنسا ومصر والكويت ولبنان مثلا.

(1) ينظر على سبيل المثال المادة (9) من دستور العراق الصادر في (29) نيسان 1964 . كذلك المادتان (13،14) من دستور العراق لعام 1968 . كذلك المادة (13) من دستور العراق لعام 1970 وقد ورد فيها ((الثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج الأساسية ملك الشعب تستثمرها السلطة المركزية في جمهورية العراق استثمار مباشرة وفقا لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني)).

(2) ينظر في ذلك المادة (27/ثانيا) من دستور العراق النافذ عام 2005.

(3) ينظر في ذلك المادة (112) من دستور العراق الحالي الصادر عام (2005) .

(4) تجدر الإشارة الى أن هيئة الاتصالات المستقلة المشكلة بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (65 لسنة 2003) تعد حاليا هي الجهة المختصة بإعطاء الإذن والتصريح بإبرام عقود التزام خدمات الاتصالات في العراق . إلا أن هناك مشروع قانون قد تم إعداده من قبل الحكومة لغرض عرضه على البرلمان بعد إعداد صياغته القانونية من قبل مجلس الشورى الدولة ، وهذا المشروع يسعى الى ضم هذه الهيئة الى وزارة الاتصالات لأجل ان يكون لمجلس الوزراء دور في مسألة منح التزامات خدمات الاتصالات . وهذا ما جاء في اللقاء الي أجرته قناة الحرة الفضائية مع الدكتورة هيام الياسري (مستشارة في وزارة الاتصالات) بتاريخ 2009/4/8 .

وعلى العموم نجد أن ضرورة حصول الإدارة على إذن أو تصريح بالتعاقد يشكل أهم القيود التي يجب على الإدارة استيفاؤها عند إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك أيا كانت الصورة التي يرد عليها هذا الإذن أو التصريح سواء اتخذ صورة قانون أم قرار رئيس مجلس الوزراء أم قرار وزاري أم قرار من أي جهة أخرى فالحكم واحد في جميع هذه الحالات إذ إن هذا الإذن يعكس مدى مشروعية تصرف الإدارة في إبرام العقد كما أنه ضروري لقيام الرابطة التعاقدية فإذا تخلف يضحى العقد المبرم باطلاً بطلاناً مطلقاً . ويؤكد الفقه في هذا الصدد إن تعاقد الإدارة دون الحصول على الإذن بالتعاقد يمكن أن يشكل في جانبها خطأ يعطي الحق للمتعاقد الذي تضرر من بطلان العقد منازعة الإدارة أمام القضاء الإداري لإثارة مسؤوليتها التقصيرية الناشئة عن التعاقد خلافاً للقانون⁽¹⁾.

ثالثاً :- ضرورة إتباع الوسيلة القانونية المحددة لاختيار المتعاقد شركة المشروع:-

من المسلم به لدى الفقه والقضاء الإداري أن الإدارة ليست حرة كالأفراد في اختيار المتعاقد معها ، نظراً لأن المشرع غالباً ما يفرض عليها إتباع طرق وأساليب معينة يهدف من ورائها ضمان المصلحة المالية للدولة ومراعاة مصلحة الإدارة لتمكينها من اختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية أم حسن السمعة أم الكفاءة الفنية والمالية⁽²⁾.

ويلاحظ إن الطرق التي يقيد بها المشرع سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها تتمثل في الغالب بثلاثة طرائق رئيسية وهي المناقصات و المزايدات العامة، و الممارسة، و الاتفاق المباشر، على أن أسلوب المناقصات والمزايدات يعد الأصل العام في التعاقد أما الممارسة والاتفاق المباشر فهي تمثل طرقاً تكميلية واستثنائية يضعها المشرع مراعاة منه للظروف ودواعي المرونة فيكون اللجوء إليهما في حالات محدودة وعلى سبيل الحصر⁽³⁾. وما نريد أن نبنيه في هذا الصدد هو إن الإدارة حينما تلجأ إلى إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لتنفيذ مشروعاتها الأساسية و إنشاء وإدارة مرافقها العامة الاقتصادية فإنها تكون أقل حرية في اختيار من تتعاقد معه من الأشخاص أو الشركات ، ويرجع السبب في ذلك إلى كون المتعاقد معها إنما سيكون معاوناً ومشاركاً ومسانداً لها في تأمين سير المرفق العام موضوع التعاقد بصفه منتظمة ومضطردة وهذا ما يجعل دور المتعاقد مع الإدارة في هذا الشأن جوهرياً يختلف عن دور المتعاقد في عقود القانون الخاص⁽⁴⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، القرارات والعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007، ص40.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص85. كذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص145. وينظر في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (32) لسنة

(17) ق الصادر في 1975/4/5 (أشير إليه في مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام 1946-1985) ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ص1833.

(3) لمزيد من التفاصيل حول هذه الطرق والصور التي ترد فيها يراجع الدكتور جابر جاد نصار : المناقصات العامة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002، ص9 وما بعدها.

(4) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد البوت BOT ، مصدر سابق ، ص175.

أما الأسلوب الذي ينبغي على الإدارة التقيد به عند إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فنجد أن القاعدة التي كانت سائدة في كل من فرنسا ومصر تقضي بأن يكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال اختيار الملتزم انطلاقاً من عدم وجود نص قانوني يلزمها بإتباع أسلوب معين عند إبرامه لذلك فقد كانت الإدارة تتمتع بحرية في هذا الشأن فلها أن تلجأ إلى أسلوب المناقصة أو المزايدة أو أسلوب الممارسة بل لها أن تلجأ إلى التعاقد المباشر وفقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة على أن تخضع في ممارستها للسلطة التقديرية لرقابة القضاء الإداري الذي يبسط رقابته الدنيا على معطيات اختيار الملتزم للتأكد من عدم وجود انحراف باستعمال السلطة⁽¹⁾.

ولكن يلاحظ هنا أن التشريعات الحديثة التي صدرت في فرنسا ومصر بشأن إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد أوردت قيوداً على حرية الإدارة عند اختيار الملتزم.

ففي فرنسا نص القانون الصادر في (29/1/1993) والمعروف باسم قانون (SapiN) على ضرورة أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية وأكد على ضرورة أن يتم تبادل الإيجاب والقبول وفقاً لقواعد إجرائية كما هو محدد بالقانون بحيث يصبح تجاوز الإدارة لهذه القواعد تصرفاً يستوجب البطلان.⁽²⁾ وفيما يخص مبدأ العلانية فقد أوجب المشرع الفرنسي على الإدارة مانحة الالتزام بضرورة تحقيق العلانية من خلال الالتزام بالنشر مرتين الأولى في دورية لها حق نشر الإعلانات القانونية والثانية في دورية متخصصة بالإعلانات الاقتصادية وذلك من أجل فسح المجال واسعاً أمام الشركات المتخصصة بتنفيذ هذه النوعية من المشروعات للعلم والتقدم بما يضمن لها جودة تنفيذ المشروع محل عقد الالتزام.⁽³⁾ وبالنسبة لمبدأ المنافسة فقد نص المشرع الفرنسي في قانون (29/1/1993) على ضرورة قيام الإدارة مانحة الالتزام بكفالة التقدم للمنافسة لكل من تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها القانون والمتعلقة بالكفاءة الفنية والمالية ومن دون تمييز غير مشروع بين المتنافسين ، كما ألزم الإدارة بضرورة إعداد قائمة بالمرشحين المقبولة عروضهم بعد فحص ضماناتهم المالية وكفاءتهم الفنية مع تمكين الجميع بالاطلاع على كافة الوثائق المتعلقة بالمنافسة لكي يتمكن أي متقدم من أن يعرف مواطن الخلل لديه عند عدم قبول عطائه، وبخلاف ذلك يكون لكل ذي مصلحة حق الطعن في تصرفات الإدارة غير المشروعة أمام مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية التي تنظر هذا الطعن بصفة مستعجلة⁽⁴⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز الرفق العام BOT ، مصدر سابق ، ص 120 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 572.

(3) ينظر في ذلك وائل محمد السيد : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت ، مصدر سابق ، ص 92.

(4) ينظر في ذلك مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 657.

وفي مصر فقد أوردت القوانين المتعلقة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نصاً مماثلاً يتعلق بضرورة أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية⁽¹⁾. وعلى الرغم من عدم تحديد المشرع المصري للأسلوب الذي يجب على الإدارة التقيد به عند اختيار الملتزم - شركة المشروع- نجد أن الرأي المستقر عليه والذي تؤيده يذهب إلى القول بأن الإدارة ملزمة باتباع أحد أساليب التعاقد الإداري التي ورد النص عليها في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 بوصفه يمثل الشريعة العامة في إبرام العقود الإدارية مما يكون واجب التطبيق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية طالما لم يرد في شأنه نص يقضي بخلاف ذلك⁽²⁾. وفي هذا المعنى فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إلى أنه ((.... لا سبيل لمجلس الوزراء إن أراد منح امتياز الطرق الحرة بأسلوب عقد البوت BOT ... سوى اتباع قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 باعتباره السبيل الوحيد الذي يوفر للمصلحة العامة أفضل فرص تحقيق المنافسة والعلانية))⁽³⁾.

ويتضح من ذلك أن من واجب الإدارة اختيار أسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة لكون هذين الأسلوبين يمثلان الأصل العام في التعاقد في مصر إضافة إلى قيامهما على قواعد المنافسة الحرة والمعلنة مما يعني أنه لا يجوز للإدارة من حيث المبدأ أن تقوم بإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن طريق الأساليب التي لا تكفل تحقيق المنافسة والعلانية كالاتفاق المباشر مثلاً⁽⁴⁾.

أما في العراق فالأسلوب الذي ينبغي على الإدارة التقيد به عند إبرام عقودها الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فنلاحظ إن المبدأ الذي يحكم تعاقد الإدارة في العراق هو أنها لا تملك حرية اختيار المتعاقد معها بل هي ملزمة دائماً من حيث الأصل باتباع الأسلوب المنصوص عليه قانوناً والذي غالباً ما يمثل أسلوب المناقصة العامة أو المزايدة العامة⁽⁵⁾. وبموجب

(1) ينظر على سبيل المثال نص المادة (12) من قانون منح التزام إنشاء واستغلال وإعادة الطرق الحرة المصري رقم (229 لسنة 1996). كذلك المادة (1) من قانون منح التزامات المرافق العامة الصادر بشأن إنشاء واستغلال وإدارة المطارات وأراضي النزول رقم (3 لسنة 1997).

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام BOT ، مصدر سابق ، ص 151 .

(3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري رقم (100 الصادر في 2003/6/4) أشار إليها الدكتور عصام أحمد البهجي : عقود البوت BOT ، ص 303.

(4) ينظر في ذلك جابر جاد نصار : عقود البوت BOT ، مصدر سابق ، ص 43. وينظر كذلك المادتان (2،1) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89 لسنة 1998) .

(5) تجدر الإشارة إلى أن العراق لا يوجد فيه ولحد الآن تشريع موحد يحكم أساليب التعاقد الإداري مثلما هو متبع في العديد من الدول كمصر ولبنان والكويت . إلا أنه هناك بعض التشريعات التي نظمت بعض أساليب التعاقد كالمناقصات العامة والمزايدات العامة إلا أنها جاءت متناثرة هنا وهناك في القوانين العراقية ومن أهم ماصدر في هذا الخصوص قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 والذي أكدت المادة الثالثة منه على ضرورة تقيد الإدارة باتباع أسلوب المزايدة العلنية عند التعاقد على بيع وإيجار أموال الدولة المنقولة وغير المنقولة . ومن ذلك أيضاً تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع أعمال خطط التنمية والقومية الصادرة من مجلس التخطيط الملغي 1975 والتعليمات التي حلت محلها عام (1988) وقد

تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة حالياً نجد إنها أشارت الى أساليب عدة يمكن للإدارة اعتمادها عند تنفيذ العقود العامة بمختلف أنواعها ، وهذه الأساليب هي اسلوب المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة أو المناقصة بمرحلتين أو الدعوة المباشر أو العطاء الواحد أو لجان المشتريات ⁽¹⁾.

ونعتقد إن الأسلوب الأساسي الذي يجب أن تنقيد به الإدارة بموجب هذه التعليمات هو اسلوب المناقصة العامة الدولية أو الداخلية وذلك لكون هذا الأسلوب يحقق مبادئ التنافس والعدالة والشفافية والعلنية التي أكد قانون العقود العامة على ضرورة مراعاتها من جهات التعاقد ⁽²⁾ .

وهكذا نجد ان اعتماد أساليب التعاقد الإداري التي تقوم على مبادئ العلانية والمساواة وحرية التنافس يشكل في الوقت الحاضر اتجاهاً يحظى باهتمام اغلب التشريعات الحديثة التي تهدف الى ضمان تشجيع الشركات ذات الكفاءة المالية والخبرات الفنية في التقدم الى التعاقد مع الإدارة دون التخوف من عدم قبول عطائها عندما لا يخضع التعاقد لإجراءات الشفافية والعلانية والمنافسة لا شيء سوى لقيام الإدارة مانحة الالتزام بمحاباة بعض المتقدمين على حساب بعضهم الآخر . ومن الجدير بالذكر ان الفقه المعاصر يؤكد بأن إلزام الإدارة بإجراء المنافسة المسبقة على اختيار شركة المشروع - الملتزم - لا يتناقض ولا يخل بمبدأ الاعتبار الشخصي الذي يجب أن يقوم عليه اختيار الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ذلك لان إتباع الإدارة لهذه الإجراءات يمكن أن يتيح لها اختيار أفضل الإمكانيات المؤهلة لإنشاء وإدارة المرفق محل العقد من خلال إجراء مقارنة فعالة بين مختلف الصفات والمميزات التي يحملها المتنافسون ، كما يمكن للإدارة اللجوء الى اسلوب التفاوض مع المرشحين المقبولة عروضهم بعد فحص ضماناتهم الفنية والمالية وكفاءتهم في تأمين استمرار المرفق وتحقيق المساواة بين المنفعين بخدماته ، ولاشك أن إجراء التفاوض من شأنه أن يعطي الإدارة الحرية في اختيار من تتفاوض معه وتحديد عدد المرشحين الذين يخضعون لهذا الإجراء ⁽³⁾.

حددت اسلوب المناقصات العامة كأسلوب أساسي لتنفيذ المشاريع . وفي هذا الصدد نرى بضرورة تدخل المشرع العراقي لوضع قانون خاص تتوحد فيه جميع التشريعات المتعلقة بأساليب التعاقد الإداري وذلك لأجل التسهيل على الجهات الإدارية عند إبرام العقود الإدارية ولكون ذلك يمثل ضمان أكيد للراغبين في التعاقد .

(1) ينظر في ذلك المادة (4) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008.
(2) ينظر في ذلك القسم (4) من قانون العقود العامة رقم (87 لسنة 2004) وقد جاء فيه ((تطرح التعهدات العامة الحكومية على أسس تنافسية وبأقصى حد ممكن وقبل طرح التعهدات العامة لغرض التنافس على سلطة التعاقد..... ان تبين تحريها ثمن التعهدات المقدمة كي تكون نزيهة ومعقولة....)).

(3) ينظر في ذلك الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 607 . كذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام BOT ، مصدر سابق ، ص 121، 122 . ومن الجدير بالذكر أن المفاوضات في مجال إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تلعب دوراً بالغ الأهمية نظراً لما يتسم به هذا العقد من الضخامة والتعقيد ولما يلزم لإتمام إبرامه ضرورة الوقوف على الكثير من المسائل التفصيلية سواء كانت مسائل فنية أم مالية أم قانونية والتي من شأن الاتفاق عليها التقليل من حجم المنازعات التي يمكن أن تنشأ أثناء تنفيذ العقد . وتعرف المفاوضات في العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها وسيلة لتبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي تخص أطراف التفاوض والتي يكون من شأنها تعرف كل طرف على مايفرضه الاتفاق من حقوق

ومما تجدر الإشارة إليه أن اشتراط المشرع للمنافسة والعلانية في إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يمكن أن يقيد حرية الإدارة عندما يكون موضوع العقد يتعلق بمرفق حيوي يحتاج تنفيذه الى خبرات خاصة لا تتوافر إلا لعدد محدود من الشركات أو لشركة واحدة او عندما يستلزم تنفيذ المشروع طابع السرية في ظل ظروف استثنائية معينه فيكون للإدارة والحالة هذه إمكانية التعاقد دون التزام المنافسة والعلانية كأن تلجأ الى الممارسة أو الاتفاق المباشر وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة⁽¹⁾.

كذلك يلاحظ أن مبدأ المنافسة الذي يجب أن يحكم إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يمكن أن يقيد سلطة الإدارة في تقدير صلاحية وكفاءة المتقدمين للمنافسة في ضوء مقتضيات المصلحة العامة حيث يكون لها في سبيل ذلك حق تقرير حرمان بعض الأفراد أو الشركات من الدخول للمناقصة حتى لو توافرت في عروضهم الشروط المطلوبة وهذا يكون من خلال ما تتمتع به الإدارة من سلطات استثنائية تخولها إصدار قرارات منع واستبعاد بعض الأشخاص والشركات أما جزاءً لهم بسبب أخلالهم بالتزامات عقدية سابقة مع الإدارة ويسمى بالحرمان الجزائي ، أو قد يكون الحرمان يهدف الى تهئية الجو المناسب للمنافسة عندما تكون هناك عطاءات غير مطابقة للشروط المقررة أو لوجود نقص واضح في إمكانيات ومؤهلات بعض المتنافسين وهذا ما يسمى بالحرمان الوقائي الذي عادة ما تتخذه الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، على ان الإدارة في هذه الحالات تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتأكد من خلو قراراتها من إساءة استعمال السلطة⁽²⁾. وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية الى أن ((للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لايجدها في ذلك الاعيب إساءة استعمال السلطة...⁽³⁾).

وترتباً على ما تقدم نجد أن جميع ما ذكرناه من قواعد قانونية خاصة بإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ولازمة لاختيار شركة المشروع تشكل في الواقع جوهر القواعد المطبقة بشأن إبرام العقود الإدارية ، فهي تمثل من جانب صورة للطابع الاستثنائي لإبرام العقود الإدارية بخلاف عقود القانون

والتزامات للطرفين . لمزيد من التفاصيل يراجع الدكتور محمد احمد عبد النعيم : مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 35. كذلك الدكتور احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي: دار النهضة ، القاهرة ، 2001 ، ص 31 . كذلك عبد اللطيف نايف عبد اللطيف : التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2006 ، ص 110 وما بعدها.

(1) ينظر في ذلك الدكتور ياسر احمد الصيرفي : النظام القانوني لعقد البوت BOT ، مصدر سابق ، ص 80. وينظر في هذا المعنى ما ورد في الفقرتان (رابعاً وخامساً) من المادة (4) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1 لسنة 2008).
(2) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص 27 . كذلك هانف كاظم جاسم : حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة ، مصدر سابق ، ص 23 ، 24.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (1067 الصادر في 1962/2/17) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ، مصدر سابق ، ص 1062 .

الخاص⁽¹⁾. ومن جانب آخر نجد إن مراعاة الإدارة للمبادئ والقواعد اللازمة لاختيار الملزم هي التي تُكوّن ركن المشروعية في العقود الإدارية بصفة عامة ومن بينها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لذلك فأن الإخلال بها يعد المدخل لرقابة المشروعية التي يمكن أن يمارسها القاضي الإداري - سواء في فرنسا أم مصر أم العراق - بحيث إذا أختل احدها كان تصرف الإدارة غير مشروع وبات لكل ذي مصلحة أن يطعن بإلغاء تصرفها نظرا لان اغلب ما تتخذه الإدارة من إجراءات خاصة بإبرام العقد واختيار شركة المشروع تشكل ابرز صور القرارات القابلة للانفصال التي تقبل الطعن بالإلغاء وفقا لما سوف نبينه لاحقا . وختاما نرى ان النظام القانوني لإبرام عقد البوت يمكن أن يمثل قرينة أساسية ومسوغ مهم في ممارسة القضاء الإداري لاختصاصه في المنازعات الناشئة عن مرحلة مهمة من مراحل تكوين هذا العقد ألا وهي مرحلة إبرامه.

المطلب الثالث

التطبيقات العلمية لفكرة الشروط الاستثنائية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

خلافًا للإشكال الذي أثاره العديد من الفقهاء والمتمثل بإنكار الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية واختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عنه بحجة عدم احتوائه بل وعدم إمكانية تضمينه لشروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽²⁾. فإننا نود أن نشير هنا إلى إن التطبيقات العلمية التي رافقت هذا العقد قد أفرزت صراحة توافر جميع صور الشروط الاستثنائية وفقا للمستقر عليه فقهاً وقضاءً من بيان مثل هذه الشروط ، وبخاصة الشروط التي تكشف عن خصوصية العقود الإدارية في مرحلة تنفيذها والمتعلقة بما يضمنه العقد الإداري للإدارة من سلطات وامتيازات كثيرة لا مثل لها في عقود القانون الخاص كذلك الشروط التي تعطي للمتعاقد حقوقا غالباً ما تخرج عن المألوف في عقود القانون الخاص⁽³⁾. وعليه سوف نحاول في هذا المطلب الكشف عن تطبيقات فكرة الشروط الاستثنائية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مع التنويه الى أننا سوف نبين هذه الأمور بالصورة التي تكشف لنا عن الخصائص الإدارية لهذا العقد والتي بدورها تؤدي إلى ضرورة التسليم باختصاص القضاء الإداري بالمنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تطبيقها وذلك وفقا لما أوردته التطبيقات العلمية سواء كان مصدرها النصوص الاتفاقية أم القانونية ، وفي ضوء ما هو مستقر عليه في آراء الفقه وأحكام القضاء ونبين ذلك من خلال ما يأتي:-

أولاً:- الشروط المتعلقة بسلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها (شركة المشروع):

-
- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، مصدر سابق ، ص94.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمد بهجت قايد : إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، مصدر سابق ، ص29 . كذلك الدكتور عصام احمد البهجي : عقود البوت BOT ، مصدر سابق ، ص96.
- (3) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص86.

من المسلم به إن غاية ما تستهدفه الإدارة من إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تمثل دائما السعي الى تحقيق المصلحة العامة وتأمين أفضل الخدمات لمواطنيها بواسطة المرفق العام الذي تعهد الإدارة بتنفيذه الى القطاع الخاص - شركة المشروع - الذي لابد وأن يلتزم بموجب العقد بالتزامات عديدة تتمثل عادةً بوجوب القيام بإنشاء وتشديد المرفق طبقا للمواصفات الحديثة والتكنولوجيا المتطورة المتفق عليها مع الالتزام بتشغيل المرفق وفقا لما تقتضيه طبيعية المرافق العامة من وجوب سيرها بانتظام واضطراد وكذلك الالتزام بالمحافظة على المرفق لأجل ضمان تسليمه ونقل ما فيه من أجهزة ومعدات إلى الجهة الإدارية عند نهاية مدة العقد بحالة جيدة وصالحة للاستخدام⁽¹⁾. ومن هذا المنطلق نجد أن الإدارة لكي تضمن حسن تنفيذ العقد من جانب شركة المشروع فإن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد وردت ضمن تطبيقاته العملية العديد من الشروط التي أعطت للإدارة حق ممارسة جميع السلطات المتعارف عليها في مجال العقود الإدارية بدءاً من سلطة الرقابة والتوجيه ومروراً بسلطة تعديل العقد وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية وانتهاءً بسلطة إنهاء العقد للمصلحة العامة. ونشير الى تطبيقات ذلك بما يلي:-

1// سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه // يلاحظ إن ممارسة الإدارة لهذه السلطة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تكتسب أهمية كبيرة لسببين : الأول يكمن في طول مدة العقد التي قد تصل إلى ما يزيد على خمسين سنة ، والثاني هو التزام المتعاقد مع الإدارة - شركة المشروع - بتسليم وإعادة المرفق الى الإدارة عند نهاية مدة العقد بحالة جيدة تسمح باستمرار استغلاله ولاشك أن هذا الأمر لا يمكن أن يتحقق إلا مع الاعتراف للإدارة بحق الرقابة على تنفيذ العقد ومتابعة شركة المشروع في كل مراحل التنفيذ . وانطلاقاً من ذلك فقد ورد التأكيد على حق الإدارة في مراقبة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تماماً كما هو مستقر عليه في مجال عقود التزام المرافق العامة التي تعطي للإدارة حق ممارسة الرقابة من النواحي الفنية والإدارية والمالية⁽²⁾.

ومن تطبيقات ذلك ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر سنة (1993) من وجوب خضوع عقود تفويض المرفق العام والتي من بينها عقد البوت لرقابة السلطة مانحة الالتزام من الجوانب الفنية والإدارية والمالية ، وتتم الرقابة الفنية والإدارية من هيئة تكلفها السلطة مانحة الالتزام بمراقبة تنفيذ العقد من جانب الملتزم وإعداد تقرير يتضمن الوقوف على مدى تقيّد الملتزم بالوسائل الفنية

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد البوت BOT ، مصدر سابق ، ص 217 وما بعدها . كذلك علاء إبراهيم محمود : الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2008 ، ص 18 وما بعدها . وينظر كذلك ما جاء في المادة (4/1) من عقد إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين في مصر من انه (يجب على الملتزم التقيد بالرسومات والمواصفات الخاصة بتصميم المطار والصادرة عن الملتزم بعد موافقة المالك عليها) كما جاء في المادة (2/3) من العقد ذاته (يتعهد الملتزم - عند نهاية المدة بتسليم المطار بجميع الإنشاءات والتجهيزات والمعدات ... الى المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل وبما يؤمن استمرارية العمل بالكفاءة المطلوبة ...) أشير الى هذا العقد كملحق في مؤلف الدكتور انس جعفر : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 440.

(2) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 318. كذلك المادة

(7) من قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947.

المستخدمة في إنشاء وتشغيل المرفق العام وبرنامج تحديث وصيانة هذه الوسائل ، كذلك مدى تلبية المرفق العام لحاجات المستفيدين من خدماته لاسيما فيما له علاقة بمواعيد تأدية الخدمات ودرجة إشباع حاجات المستفيدين ومقدار الرسوم المفروضة مقابل أداء الخدمات ومدى تناسبها مع الخدمات المؤداة ، كذلك مدى احترام الملتزم للمبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة خصوصا مبدأ المساواة بين المستفيدين من خدمات المرفق ومبدأ ضمان استمرارية التشغيل ، وفيما يتعلق بالرقابة المالية فقد نص المشرع الفرنسي ، على إن للسلطة مانحة الالتزام مراقبة حسابات الملتزم من خلال إلزامه بإعداد تقرير سنوي يرفع اليها يتضمن الحسابات التي تبين إجمالي عوائد تنفيذ العقد واستغلال المرفق⁽¹⁾.

وفي مصر أكد المشرع المصري في القوانين الصادرة بمنح الالتزام بأسلوب عقد البوت (BOT) على وجوب ((.... تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد....))⁽²⁾. واستنادا الى ذلك فقد تضمن عقد إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين في مصر النص على حق جهة الإدارة المتمثلة بالهيئة المصرية العامة للطيران بالرقابة الفنية من خلال القيام ((.... بإجراء التفتيش الدوري على المطار والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيله وفقا للبرنامج الذي تضعه الهيئة....)) كما ورد في العقد ذاته النص على حق الجهة الإدارية بممارسة الرقابة الإدارية عن طريق القيام بتعيين عدد من الأعضاء في مجلس إدارة شركة المطار صاحبة الامتياز لأجل تمثيل الهيئة والاطلاع على مجريات تنفيذ العقد والاشتراك في إصدار القرارات الداخلية . كذلك فقد ورد أيضا التأكيد على حق ممارسة الرقابة المالية بالنص على أن ((يتعهد الملتزم بإنشاء وحدة حسابية للمالك لمتابعة الأعمال مع امداده بكافة البيانات والدفاتر اللازمة لإجراء التفتيش المالي...))⁽³⁾.

أما عن الوضع في العراق فنستطيع القول ان ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة قد ورد التأكيد عليها في تشريعات عدة ، فعلى سبيل المثال نصت المادة(80/أولا)من الدستور الحالي على سلطة مجلس الوزراء في ((.... الإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة)). وهذا النص

(1) ينظر في ذلك الدكتور مروان محي الدين القطب: طرق خصخصة المرافق العامة ،مصدر سابق ،ص510.
(2) ينظر في ذلك الفقرة (ج) من المادة (7) من قانون إنشاء هيئة كهرباء مصر رقم (100) لسنة 1996 . كذلك الفقرة (ج) من المادة (2) من قانون الطرق العامة (229) لسنة 1996 المصري. كذلك الفقرة (ج) من المادة (1) من قانون منح =التزامات المرافق لإنشاء واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري رقم (3) لسنة 1997. وينظر كذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد واستغلال والتسليم BOT ، مصدر سابق، ص 99.

(3) ينظر في ذلك المواد (3-5) من عقد إنشاء واستغلال وإعادة العلمين بمصر .أشير الى هذا العقد كملحق في مؤلف الدكتور انس جعفر:العقود الإدارية ،مصدر سابق ،ص411. وينظر في هذا الشأن أيضا ما ورد في المادة(13) من عقد إنشاء واستغلال وإعادة مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة ومرافق الصرف الصحي في الكويت والمبرم عام سنة(2004) بأسلوب عقد البوت وتتص على (يحق لبلدية الكويت أن تراقب سير المشروع موضوع العقد أثناء فترتي الإنشاء والاستغلال من النواحي الفنية والإدارية والمالية ...)وفي المعنى ذاته ورد في المادة (9) من عقد امتياز إعداد وتشغيل وإدارة مشروع منطقة الشعبية الصناعية في الكويت والمبرم بأسلوب البوت أيضا ((للهيئة المانحة أن تراقب سير العمل موضوع العقد أثناء مراحل الإنشاء والإدارة والتشغيل والصيانة من النواحي الفنية والمالية والإدارية ..)) أشير الى نصوص هذين العقدين كملحق في رسالة أسامة مدلول خريص : خصوصية المرافق العمومية ، مصدر سابق ،ص210 وما بعدها.

يشير الى إمكانية أن يراقب المجلس سير العمل في مرافق الدولة عموماً ومنها المرافق التي يمكن التعاقد بشأنها بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ،ومثال ذلك مرافق الثروة النفطية التي ورد التأكيد في مشروع قانون النفط والغاز على وجوب خضوع جميع اتفاقيات الامتياز والتراخيص التي تمنح لاستغلال الثروة النفطية لرقابة وإشراف مجلس الوزراء بالتنسيق مع المحافظات والأقاليم المنتجة (1).

كما ويبرز لنا على صعيد التطبيق العملي قيام مجلس الوزراء بممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التزام خدمات الهاتف النقال وذلك من خلال توجيه الشركات المكلفة بإنشاء واستغلال هذا المرفق الاقتصادي الحيوي الى ضرورة تحسين أداء خدماتها . وفي هذا الشأن يلاحظ أن ممارسة سلطة الرقابة على عقود الهاتف النقال في العراق تعد من السلطات المخولة للهيئة العامة للاتصالات العراقية بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (65) لسنة 2004 والذي نص على حق الهيئة في مراقبة الخدمات التي تقدمها الكيانات (الشركات) المرخصة وملاحظة أية ممارسات في العمل تنطوي على تضليل أو تزوير ،كما جاء التأكيد على حق الهيئة في الرقابة ضمن نصوص العقود المبرمة مع الشركات الملتزمة (شركة زين وشركة آسيا سيل) (2).

وبموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية نجد أن المشرع العراقي قد نص ((على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في أقاليم مراعاة ما يأتي : أولاً :- تضمين عقود الأشغال العامة أحكاماً تلزم تطبيق شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية ... واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد وفي كل ما لم يرد به نص)) (3).

وبالرجوع الى تعليمات الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية نجدها تنص على أن ((1- تكون واجبات ممثل المهندس المراقبة والإشراف على الأعمال وفحص واختيار أية مواد يراد استعمالها أو مهارة عمل يراد استخدامها في الأعمال،....)) (4) كذلك ألزمت هذه التعليمات المقاول بأن يقدم للمهندس خلال مدة محددة منهاجاً يبين فيه المراحل والأسلوب الذي يعتزم إتباعه في تنفيذ الأعمال ،كما أوجبت على المقاول أن يهيئ ويوفر الإشراف والإدارة الضرورية الكاملة أثناء تنفيذ الأعمال وهو ما يعكس أنماط الرقابة الإدارية التي اشرنا اليها أعلاه (5).

ومن كل ما تقدم نجد أن ممارسة الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إنما هو أمر يثير امتيازات الإدارة في مواجهة شركة المشروع ويكشف عن

(1) ينظر في ذلك المادة(5) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي. وينظر كذلك علي حسن عبد الأمير : النظام القانوني لعقد امتياز المرفق لعام وتطبيقاته في العراق ، مصدر سابق ،ص257،256.

(2) ينظر في ذلك القسم الخامس من أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (65) لسنة 2004. وينظر كذلك علي حسن عبد الأمير: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق،مصدر سابق،ص213.

(3) ينظر في ذلك البند (أولاً) من المادة (20) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية النافذة حالياً رقم (1) لسنة 2008 .

(4) ينظر في ذلك المادة (2) من تعليمات الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988.

(5) ينظر في ذلك المادتان (14،15) من تعليمات الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988.

حقيقة ثابتة في هذا العقد وهي إن الإدارة حينما تعهد بمهمة إنشاء واستغلال أحد المرافق العامة الى شركة المشروع فأنها لاتتخلى عن مسؤوليتها تجاه هذا المرفق الذي يعد جزء من مرافق الدولة الواجب ضمان سيره بانتظام واضطراب (1) .

ولاشك أن هذا الأمر يشكل الأساس القانوني لحق الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة حتى لو لم يرد النص عليها في العقد (2). وهو ما أكده قضاء مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في قضية عقد التزام (شركة حديد الشرق) (3). كذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصري بالقول ((... إن القانون الإداري يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات ...، والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام)) (4). وبهذا المعنى أيضا ذهبت محكمة التمييز العراقية الى ((أن من المسلم به في القانون الإداري إن الملتزم يخضع في القيام بإدارة المرفق العام واستغلاله لرقابة الحكومة سواء نص في عقد الالتزام على الرقابة أم لم ينص...)) (5).

ولكن يجب ملاحظة أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ليست مطلقة وإنما هي مقيدة- شأنها شأن بقية سلطات الإدارة- بقيود تمثل ضمانات للمتعاقد معها (شركة المشروع) ومن أهم هذه القيود أن يكون الباعث من تصرفها تحقيق المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق بانتظام وإلا كان تصرفها إساءة لاستعمال السلطة، كما إن على الإدارة ألا تستخدم سلطاتها في الرقابة بوصفها ستاراً لتعديل شروط العقد أو ممارسة سلطاتها المقررة لها كسلطة ضبط إداري، أو أن تستخدم سلطة الرقابة على نحو يؤدي الى عرقلة قيام شركة المشروع بإدارة واستغلال المرفق، وبخلاف ذلك يظهر حق المتعاقد في اللجوء الى منازعة الإدارة أمام القضاء الإداري الذي يمكن أن يمارس دوراً مهماً في رقابة ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة على النحو الذي يتفق مع مقتضيات الصالح العام ومقتضيات المرفق العام محل العقد من جهة ومصلحة شركة المشروع من جهة أخرى (6) .

-
- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، دار الثقافة الجامعية ، 1991، ص203.
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص295. كذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003، ص90. وينظر في هذا الصدد أيضا : Andrede Laubadere : Traite theorique et pratique des contrats administratifs , tome2. Paris . 1956. P58 .
 - (3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1907/12/6) مع تقرير مفوض الدولة (تاردييه) حول إمكانية ممارسة الإدارة سلطة الرقابة ولو لم يرد نص في العقد . أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري ، مصدر سابق ، ص146.
 - (4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم (377 الصادر في 1957/6/30) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص58.
 - (5) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (930/حقوقية/ الصادر في 1967/12/2 أشار إليه محمد عبد الله الدليمي : سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ، مصدر سابق، ص137 .
 - (6) ينظر في ذلك الدكتور عمرو احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص161. كذلك علاء إبراهيم محمود : الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، مصدر سابق ، ص150.

2// سلطة الإدارة في تعديل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية// إن هذه السلطة أو الحق تمثل هي الأخرى إحدى السلطات المهمة التي ورد التأكيد عليها مجال هذا العقد ، فقد حرص المشرع المصري في القوانين الصادرة بمنح الالتزام بأسلوب عقد البوت BOT التأكيد صراحة على مسألة إمكانية تعديل العقد بموجب قرار يصدر عن مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص⁽¹⁾. كما جاء في النصوص الاتفاقية التي أوردتها التطبيقات العملية لعقد البوت الإشارة الى حق الإدارة في تعديل شروط العقد وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، من ذلك ما تضمنته بنود التمهيد الملحق بعقد إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين في مصر من أنه ((.... يعتبر بنود التمهيد الملحق بهذا العقد جزءا لا يتجزء منه ... ويتمتع بنفس القوة الإلزامية ... أي تعديل لأحكام هذا العقد وشروطه....))⁽²⁾. وفي المعنى ذاته ورد في المادة(12) من عقد إنشاء واستغلال مشروع معالجة النفايات الصلبة ومرافق الصرف الصحي في الكويت على انه ((.... أية تعديلات يجريها الطرف الأول- البلدية - تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد مثل تعديل المساحة ، محاضر الاستلام وأي قرارات متعلقة بالمشروع تصدرها لجنة المشاريع يمكن إضافتها ... ولها من القوة والنفوذ ما لشروط هذا العقد))⁽³⁾. وفي هذا الإطار نجد أيضا ان مسألة حق الإدارة في تعديل بنود العقد قد ورد النص عليها في عقود التزام خدمات الهاتف النقال في العراق ، إذ تتمتع الهيئة العامة للاتصالات في العراق بهذه السلطة طبقا لما جاء ضمن الشروط التي أعدتها والتي تخضع لها كل شركة تريد التعاقد معها⁽⁴⁾.

ومن هذا العرض المحدد نستطيع القول إن تضمن عقد البناء ونقل الملكية لشروط تخول جهة الإدارة تعديل بنوده هو من دون شك قرينة أساسية على إدارية هذا العقد وابتعاده عن عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فمما لاشك فيه أن سلطة التعديل تعد وفقا للرأي الراجح من الحقوق الثابتة للإدارة في مجال العقود الإدارية والسبب في ذلك هو ارتباط هذه العقود بمرافق عامة تستلزم قواعد إدارتها ضرورة الاستجابة للتغيرات في الظروف الأمر الذي يستلزم تدخل الإدارة لتعديل العقد بما ينسجم مع الظروف الجديدة وبما يؤمن تحقيق المصلحة العامة⁽⁵⁾.

(1) ينظر في ذلك المادة (5) من قانون التزام المرافق العامة الخاص بإنشاء واستغلال وإعادة المطارات وأراضي النزول المصري رقم (3) لسنة 1997.

(2) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر :العقود الإدارية ،مصدر سابق ،ص442.

(3) ينظر في اسامة مدلول خريص: خصوصية المرافق العمومية ، مصدر سابق ،ص212.

(4) ينظر في ذلك علي حسن عبد الأمير : النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق ، مصدر سابق ،ص213.

(5) لمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ،مصدر سابق ،ص159 وما بعدها بعدها . كذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية ،ص182 .وينظر كذلك:

- Andrede Laubadere : F. Moderne , P. Delovle : traite des contrats adminstratifs. tome1 . op. cit .
P402 .

لذلك فقد اعترفت الكثير من التشريعات بهذا الحق للإدارة⁽¹⁾. كما تبنته أحكام القضاء الإداري ، نذكر من ذلك ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الصادر بقضية الشركة الفرنسية للتزام والخاص بعقد التزام مرفق عام والذي أكد خلاله على أن ((.... للإدارة الحق ليس فقط في إقرار مواعيد القطارات من حيث أمن المرور ... ولكن كذلك الأمر بالتعديلات والإضافات اللازمة لكفالة السير العادي للمرفق تحقيقاً لصالح الجمهور...))⁽²⁾. كما أن أحكام القضاء الإداري المصري صريحة بالاعتراف للإدارة بسلطة التعديل نذكر من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن((.... سلطة الجهة الإدارية في تعديل العقد سواء إنشاء تنفيذه أو عند تجديده لا يجوز التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام...))⁽³⁾. وفي هذا الإطار أيضاً جاء في حكم محكمة التمييز العراقية ((تبين من أوراق الدعوى ومن عقد المقابلة المبرم بين الطرفين أن المميز (متصرف لواء كركوك) قد أيد اعتبار التاريخ....، هو تأريخ انجاز العمل وقد أيده وزير الداخلية بذلك مما يُعد تعديلاً للميعاد المحدد في هذه المقابلة وقد تسلم المميز العمل فليس له الحق الادعاء بالغرامات التأخيرية))⁽⁴⁾.

ومما تقدم نستنتج أن حق الإدارة في التعديل يمكن استخدامه في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نظراً لما هو معروف من ارتباط موضوع هذا العقد بمرافق عامة تماماً كما في عقود التزام المرافق العامة، كذلك لطول مدة العقد التي قد تستمر إلى ما يزيد على خمسين عاماً يصبح خلالها تغير الظروف أمر مألوف خلال هذه المدة الطويلة مما يستلزم تدخل الإدارة لتعديل بعض الالتزامات العقدية لشركة المشروع بما يساير مقتضيات إدارة المرفق العام وحاجته المستمرة للتجديد تبعاً للتقدم العلمي والتكنولوجيا الحديثة ، وهذا ما حدث فعلاً على صعيد التطبيق العملي عندما قامت الحكومة اللبنانية (وزارة الاتصالات) بتعديل العقد المبرم مع شركة لبيان بوست لإنشاء واستغلال وإعادة مشروع التزام الهاتف النقال عام 1998⁽⁵⁾.

(1) فقد نصت المادة (5) من قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947 على أن ((للمرافق العامة التزام دائم متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به....)) كما نصت تعليمات الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق على أن ((للمهندس إجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية الأعمال أو في أي جزء منها إذا رأى ضرورياً أو مرغوباً فيه....))
(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1910/3/21) مع تقرير مفوض الدولة (ليون) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور أحمد يسري، مصدر سابق، ص 177-181.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (1001، الصادر في 1998/11/24) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 126.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (1046 حقوقية / 1965 / الصادر في 1966/6/29) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني السنة الخامسة ، 1966 ، ص 215.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مروان محي الدين القطب : طرق خصخصة المرافق العامة ، مصدر سابق، ص 366.

لكن الذي يلاحظ أن سلطة الإدارة في تعديل العقد كما هو معلوم ومستقر عليه ليست مطلقة بل مقيدة بطبيعة الحال بجملة من الشروط أو القيود أهمها وجوب اقتصار التعديل على نصوص العقد اللائحية المتصلة بتسيير المرفق العام وحاجاته على أن يجري التعديل في حدود معقولة من حيث مداه بحيث لا يجوز أن يؤدي إلى تغيير موضوع العقد أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه وإلا فأن القضاء الإداري يعترف للمتعاقد حق منازعة الإدارة للمطالبة بالتعويض الكامل أن كان له مقتضى أو المطالبة بفسخ العقد⁽¹⁾. كما يلزم لأجراء التعديل أيضا ضرورة وجود ظروف مستجدة تسوغ للإدارة القيام به ، كذلك فأن الإدارة في الأحوال التي يحق لها تعديل العقد ملزمة باحترام قواعد المشروعية والتي تفرض وجوب إجراء التعديل من السلطة المختصة قانونا مع مراعاة الإشكال و الأوضاع المقررة وفقا للقوانين و الأنظمة وبخلاف ذلك فأن من حق المتعاقد منازعة الإدارة أمام القضاء الإداري الذي يملك سلطة الرقابة وتقدير مشروعية تصرفها⁽²⁾.

3// من الشروط الاستثنائية التي تمثل امتيازاً للإدارة والتي ورد التأكيد عليها في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تلك التي أعطت الجهة الإدارية مانحة الالتزام سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها - شركة المشروع- وذلك في حال تقصيره في تنفيذ التزاماته المكلف بها بموجب العقد سواء كان تقصيره راجعا إلى عدم تنفيذ الالتزام أم التأخر فيه أم تنفيذه على غير الوجه المطلوب وذلك بقرار تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء وفقا لما هو مستقر عليه فقها وقضاء من الاعتراف للإدارة بهذا الامتياز في مجال العقود الإدارية استنادا إلى سلطتها في التنفيذ المباشر⁽³⁾.

ويلاحظ أن الجزاءات الإدارية التي تملك الإدارة توقيعها على شركة المشروع في عقد البوت تتنوع ما بين سلطة فرض جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وجزاءات فاسخة تماما كما هو متعارف عليه في عقود التزام المرافق العامة ويمكن أن نشير إلى تطبيقاتها على النحو الآتي:

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام BOT ، مصدر سابق ، ص 260. ومن التطبيقات القضائية على هذه الحالة ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم (865 الصادر في 1968/6/30) =بالقول ((إن مخالفة جهة الإدارة لما يفرضه عليها العقد الإداري من التزامات وما ينشأ من ذلك من زيادة أعباء المتعاقد معها عن الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد إرهابا كبيرا يتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية فأن ذلك يستتبع الحكم بفسخ العقد...)) أشير إلى هذا الحكم في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية ، المكتب الفني ، السنة العشرون ، 1968 ، ص 622.

(2) ينظر في ذلك عمرو احمد حسبو : التطور الحديث العقود التزام المرافق العامة BOT ، مصدر سابق ، ص 175 . كذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 50 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 ، ص 14 وما بعدها. وينظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (1181 الصادر في 1994/1/25) والذي جاء فيه ((إن التنفيذ العيني للعقود الإدارية هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة لحماية سير المرافق العامة ، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إلى هذا الإجراء دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء ...)). أشير إلى هذا الحكم في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 540.

أ:- الجزاءات المالية// نجد أن هناك العديد من النصوص الاتفاقية الخاصة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد أعطت جهة الإدارة الحق في توقيع غرامات تأخيرية أو المطالبة بالتعويض أو مصادرة التأمين النهائي كجزاء يفرض نتيجة أخلال شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها العقدية . ونذكر تطبيقات ذلك ما جاء في عقد إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين في مصر من أن ((مدة الالتزام خمسون عام شاملة فترة الإنشاء على أن يتعهد الملتزم بإنشاء المطار ... بحد أقصى مدة ثلاث سنوات من تاريخ استلام الموقع ... فإذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزاماته المحددة، ... ،يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامة تأخيرية ،...، تزداد بواقع ... عن كل شهر، بعدها يحق للمالك اتخاذ الإجراءات القانونية أو مصادرة خطاب الضمان))⁽¹⁾ . وفي هذا الشأن أيضا نجد أن عقود التزام خدمات الهاتف النقال في العراق تضمنت النص على حق الهيئة العامة للاتصالات بتوقيع غرامات تأخيرية على الشركات الملتزمة في الحالات التي تتوقف فيها عن تقديم الخدمة أو تقوم بتقديم خدمات رديئة وهذا ما حدث فعلا عندما لجأت الحكومة إلى فرض غرامات مالية على كل من شركة زين وشركة اسياكل نتيجة سوء خدماتها⁽²⁾.

ويتضح مما تقدم إن جميع النصوص التي ذكرناها تشير صراحة إلى جوهر المبادئ المستقر عليها في مجال العقود الإدارية بخصوص سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية بالإرادة المنفردة دون اللجوء إلى القضاء⁽³⁾. وهذا ما تؤكدته العديد من أحكام القضاء الإداري نذكر من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية قولها ((... ، غرامة التأخير مقررة أصلا في العقود الإدارية لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها وهي توقع بمجرد حصول التأخير ولو لم تترتب أية أضرار ، ودون ما حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قانونية))⁽⁴⁾. وفي هذا المعنى ورد في حكم محكمة التمييز العراقية ((يعتبر التأخير في أداء العمل ضار في جميع الحالات ، وتستحق به الغرامة التأخيرية كاملة واستحقاقها بهذه المثابة هو نتيجة إصدار قرار إداري

(1) ينظر المادة (4) من عقد التزام إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين بمصر . مشار إليه في مؤلف الدكتور انس جعفر : العقود الإدارية مصدر سابق ، ص443.

(2) أشير إلى ذلك في اللقاء الذي أجرته قناة الحرة الفضائية مع الدكتورة هيام الياسري بتاريخ (8 / 4 / 2009).

(3) لمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع هاشم : الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص60 وما بعدها . كذلك الدكتور علي خطر شطناوي ، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقدين معها ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة (24) ، 2000، ص96 . كذلك خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991 ، ص9-12.

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (4669 الصادر في 1997/11/25) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية ، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص563.

بموجب شروط العقد لا تملك النزول عنه... لأنه أصبح من حقوق الدولة التي لا يجوز التنازل عنها⁽¹⁾.

ب: الجزاءات الضاغطة// نجد أيضا أن هناك عدة نصوص واردة ضمن تطبيقات عقد البوت قد أعطت لجهة الإدارة الحق في الحلول محل شركة المشروع لإرغامها على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية خاصة عند توقف المرفق محل العقد توقفا كلياً أو جزئياً سواء كان هذا التوقف راجعاً إلى تقصير الشركة تقصيراً جسيماً أم كان بسبب ظروف لا يد للشركة فيها كإضراب عمال المرفق العام، وهو المفهوم المستقر عليه بالنسبة لجزاء فرض الحراسة على المرفق في عقد التزام المرافق العامة⁽²⁾. ومن تطبيقات ذلك نذكر ما جاء في المادة (10) من عقد إنشاء واستغلال وإعادة محطة كهرباء سيدي كرير في مصر والتي نصت على أنه ((إذا وقعت حالة تقصير من الشركة بعد تاريخ التشغيل،... أو إذا توقفت الشركة دون موافقة كتابية مسبقة من الهيئة عن تشغيل المجمع لمدة (48) ساعة متتالية يكون عندئذ للهيئة الحق فيما يلي،... دخول المجمع وتشغيله إلى أن تثبت الشركة وبشكل مناسب ... أنها سوف تستأنف تشغيل المجمع طبقاً للأساليب المناسبة لا عمال المرافق وطبقاً لهذه الاتفاقية))⁽³⁾. ويتضح لنا من هذا النص حقيقة أنه يخول الإدارة حق اتخاذ إجراء فرض الحراسة على المرفق من خلال رفع يد شركة المشروع مؤقتاً عن إدارة المشروع وذلك ضماناً لاستمرار سير المرفق العام وعدم توقفه عن تقديم خدماته ، ولاشك إن النص على مثل هذا الجزاء يتفق والطبيعة الذاتية لعقود التزام المرافق العامة كما يعد في الوقت ذاته مظهراً من مظاهر السلطة العامة وشرطاً استثنائياً يسوغ اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع الذي قد ينشأ عن إساءة استخدام الإدارة لهذا الجزاء⁽⁴⁾.

ج: الجزاءات الفاسخة// ويمكن أن نشير أيضاً إلى أن هناك عدة نصوص واردة في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد تضمنت شروط تخول الجهة الإدارية سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية مع شركة المشروع قبل انقضاء مدة العقد وذلك كجزاء توقعه الإدارة على شركة المشروع نتيجة ارتكابها أخطاء جسيمة عند تنفيذ التزاماتها العقدية . ومن تطبيقات ذلك ما جاء في عقد التزام إنشاء وإعادة محطة كهرباء سيدي كرير في مصر من أنه ((تعتبر كل حالة من حالات التالية حالات تقصير الشركة إذا لم تعالجها خلال المدة المسموح بها أن كان هناك ثمة مدة ... فأنها تنشئ حقاً

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (1218/ح/ في 1966/11/6) منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول السنة (6) ، 1967 ، ص253.

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام BOT ، مصدر سابق ، ص72. كذلك الدكتور عبد المجيد الفياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص302 ، 303.

(3) أشير إلى نصوص هذا العقد كملحق في مؤلف الدكتور عصام أحمد البهجي: عقود البوت BOT ، مصدر سابق، ص397.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص104. كذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، مصدر سابق، ص105.

للهيئة في إنهاء هذه الاتفاقية وهذه الحالات هي (أ) تقصير الشركة في البدء في الإنشاءات خلال (90) يوم....(ب) تقصير الشركة في الالتزام بتاريخ التشغيل... (ج) تخلي الشركة عن المشروع للغير... (د) تخلف الشركة عن تشغيل أو صيانة أو إصلاح المجمع طبقاً للممارسات الحديثة للمرافق...⁽¹⁾. وبهذا الصدد أيضاً نجد أن عقود التزام خدمات الهاتف النقال في العراق قد تضمنت نصوص تسمح للهيئة العامة للاتصالات سلطة إنهاء عقود الشركات المتعاقدة وسحب الالتزام منها عندما تتخلف أو تعجز عن تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد⁽²⁾.

ومما تقدم نلاحظ أيضاً أن ما جاء ضمن نصوص العقود التي أوردناها تمثل هي الأخرى جوهر المبادئ المستقر عليها في مجال العقود الإدارية وتحديد عقد التزام المرافق العامة إذ أنها تخول جهة الإدارة مانحة الالتزام سلطة فسخ العقد أو إسقاط الالتزام كما يعبر عنه في فرنسا وذلك بسبب الأخطاء الجسيمة التي يقترفها الملتزم (شركة المشروع) في إدارة المرفق محل العقد بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في تقديم خدمات المرفق على نحو سليم، على أن ممارسة الإدارة لهذه السلطة تخضع هي الأخرى للرقابة القضائية⁽³⁾.

4// انطلاقاً مما هو ثابت ومعترف به للإدارة في مجال عقد التزام المرافق العامة من سلطة إنهاء الالتزام بالإرادة المنفردة قبل انقضاء مدة العقد حتى لو لم ينسب إلى الملتزم أي خطأ استناداً إلى مقتضيات الصالح العام، فقد وردت ضمن تطبيقات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شروط تخول الإدارة سلطة إنهاء العقد واسترداد المرفق عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك نذكر من ذلك ما نص عليه عقد إنشاء واستغلال وإعادة مشروع معالجة نفايات البلدية ومرافق الصرف في الكويت من أن ((للطرف الأول استناداً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة إنهاء العقد واسترداد المشروع وفي هذه الحالة تبلغ الشركة كتابياً مع منحها المهلة التي تحددها الهيئة ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية وفي هذه الحالة تؤول المنشآت إلى الدولة على أن تدفع الدولة بعد تقدير الجهات المختصة للشركة قيمة البنية الأساسية وجميع المنشآت الموجودة مخصوماً منها قيمة الاستهلاك على أساس مدة العقد البالغة (20 سنة) ، كذلك ما تقره الدولة من مستحقات التعويض للشركة))⁽⁴⁾. وواضح من هذا النص أنه ينظم صراحة عملية الاسترداد التعاقدية للمرفق العام محل عقد البوت، ولا شك أن مثل هذه الشروط تمثل تطبيقاً لحق الإدارة في إنهاء عقد الالتزام قبل انتهاء مدته

(1) ينظر في ذلك المادة (5) من عقد التزام محطة كهرباء سيدي كبر في مصر . أشير إليه لدى الدكتور عصام احمد البهجي: عقود البوت BOT ، مصدر سابق، ص 395.

(2) ينظر في ذلك علي حسن عبد الأمير: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق ، مصدر سابق، ص 215.

(3) لمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك الدكتور محمد صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص 60 وما بعدها. وكذلك رفاه كريم كريل: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد ، 2005، ص 37 .

(4) ينظر في ذلك المادة (21) من عقد التزام إنشاء واستغلال مشروع معالجة نفايات البلدية ومرافق الصرف الصحي في الكويت . مشار إليه لدى اسامة مدلول خريص: خصوصية المرافق العمومية ، مصدر سابق، ص 220.

نهاية مبتسرة دون خطأ من جانب الملتزم كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك على أن يقابل هذه السلطة تعويض الملتزم عن الأضرار التي تلحق به نتيجة النفقات التي يتكبدها في سبيل إنشاء وإدارة المرفق⁽¹⁾. وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مناسبات عديدة أكد خلالها بأن للإدارة دائماً الحق في استرداد مرفق الامتياز ولو لم ينسب إلى المتعاقد معها خطأ معيناً⁽²⁾. وهذا ما سارت عليه أحكام القضاء الإداري المصري أيضاً نذكر من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا من أن ((... لجهة الإدارة سلطة إنهاء العقود الإدارية إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض...))⁽³⁾. كذلك فقد أشارت محكمة التمييز العراقية إلى سلطة الإدارة بإنهاء عقودها معتبرة ذلك ترديدا لقاعدة مستقر عليها لدى الفقه والقضاء الإداريين فقد جاء في أحد أحكامها القول ((أن لوزير الدفاع بناء على المصلحة العامة أن يفسخ المواقلة متى شاء))⁽⁴⁾.

ونلاحظ في هذا الإطار أيضاً إن المشرع في قانون العقود العامة العراقي قد نص صراحة على سلطة الاسترداد بقوله ((الإنهاء بناء على مصلحة الحكومة: 1- لا ينتهك حق الحكومة التي تتصرف في إطار صلاحية التعاقد المنوط بها ... بإنهاء العقود العامة ،... كلياً أو جزئياً حينما تكون في مصلحة الحكومة . 2- إذا انتهى العقد وفقاً لمصلحة الحكومة ، فإن حقوق وواجبات الأطراف والتزاماتها بما فيها تعويض الموقوف، تكون وفقاً للإجراءات المشار إليها في القسم (12) من هذا الأمر حول (تسوية النزاع))⁽⁵⁾.

أخيراً نرى أن ممارسة الإدارة لسلطة فرض الجزاءات الإدارية كذلك سلطة إنهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية للمصلحة العامة يجب أن تكون دائماً محكومة بمبدأ المشروعية ، الأمر الذي يعطي للمتعاقد -شركة المشروع- الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري عندما تخرج الإدارة عن الشروط والقيود التي يجب عليها مراعاتها عند استخدام سلطاتها المخولة لها طبقاً لما تقضي به القواعد العامة المقررة في مجال العقود الاداريه⁽⁶⁾.

-
- (1) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشراوي: العقود الإدارية ،مصدر سابق، ص66.
 - (2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة في قضية (magnac) الصادر في (1958/5/2) أشار إليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع :سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، مصدر سابق، ص507.
 - (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (3986 الصادر في 1992/11/15) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية ، الكتاب الثالث،مصدر سابق، ص240.
 - (4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم(1774/الصادر في 1966/2/2)أشار إليه مازن ليلو راضي: دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، مصدر سابق، ص122.
 - (5) ينظر في ذلك القسم (11) من قانون العقود العامة العراقي رقم (87) لسنة 2004.
 - (6) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، مصدر سابق، ص220 . وكذلك رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ،رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بغداد ، 2005، ص14.

ثانيا : - الشروط المتعلقة بالحقوق المخولة لشركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

ـ

إذا كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخول الإدارة التمتع بسلطات واسعة في مواجهة شركة المشروع ،فأنه يلاحظ أيضا أن تطبيقات هذا العقد تضمنت العديد من الشروط التي أعطت المتعاقد مع الإدارة -شركة المشروع- حق الحصول على جملة من الحقوق توازي وتقابل ما تتمتع به الإدارة من سلطات.وهنا لا نريد الخوض في تفاصيل هذه الحقوق بكل إبعادها ، بل نحاول فقط التأكيد على أن الحقوق الممنوحة لشركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تشكل في الواقع امتيازات لا يمكن تصور وجودها إلا في مجال العقود الإدارية وتحديدًا عقد التزام المرافق العامة فهي تتمثل عادة بالحق في اقتضاء الرسوم من المنتفعين بالمرافق وحق الحصول على بعض الضمانات والامتيازات كذلك الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد . ونشير لتطبيقات ذلك فيما يلي:-

1// فيما يتعلق بحق شركة المشروع في اقتضاء الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد نلاحظ أن هذا الحق قد تم التأكيد عليه في جميع العقود المبرمة بأسلوب عقد البوت بوصفه يمثل المقابل النقدي الذي يجب أن تحصل عليه شركة المشروع من أجل تمويل المرفق وتغطية نفقات إنشائه وإدارته والحصول على الإرباح التي تسعى إليها ⁽¹⁾. وتطبيقا لذلك فقد ورد في عقد التزام إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين في مصر ((يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والاستغلال.... وفقا لما يتم تحديده))⁽²⁾. كذلك نجد تطبيقات هذا الحق قد ورد النص عليه في عقود التزام خدمات الهاتف النقال في العراق ⁽³⁾.

ويتضح مما تقدم أن وجود مثل هذه الشروط التي تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في فرض الرسوم على المنتفعين بخدمات المرفق إنما تعد من قبيل استخدام مظاهر السلطة العامة في مواجهة الغير وهي بطبيعة الحال تمثل شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة نسبية أثر العقود كما أنها تسوغ اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي يمكن أن يثيرها المنتفعون من خدمات المرفق ضد الملتزم أو الإدارة ⁽⁴⁾.

2// لقد تضمنت تطبيقات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شروط ألزمت الإدارة المتعاقدة ضرورة منح شركة المشروع -الملتزم - مجموعة من الضمانات والامتيازات التي تمكنها من إقامة المرفق

(1) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي: النظام القانوني لعقود البوت BOT، مصدر سابق، ص721.

(2) ينظر في ذلك المادة (3) من عقد العلمين في مصر ، أشيراليه لدى الدكتور انس جعفر : العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص441. وينظر الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، مصدر سابق، ص114.

(3) ينظر في ذلك علي حسن عبد الأمير : النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق ، مصدر سابق ، ص216.

(4) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص110. كذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف :حدود انصراف اثر العقد الإداري إلى الغير ، من دون ناشر ، 2004، ص71.

العام موضوع العقد وتشغيله. ومن أهم هذه الامتيازات ما يتعلق بإعطاء شركة المشروع حق طلب الاستملاك أو نزع الملكية للمنفعة العامة وطلب الاستيلاء المؤقت على بعض العقارات أو التمتع بارتفاقات على أملاك الغير متى كان ذلك ضروريا لتنفيذ المشروع أو التوسع فيه. ونذكر من تطبيقات ذلك ما نص عليه القانون المصري الخاص بإنشاء واستغلال الطرق العامة من تخويل الملتزم سلطات واختصاصات الجهة الإدارية المشرفة على الطرق بما في ذلك الحق في استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق وفي بدايته ونهايته⁽¹⁾. كذلك فقد ورد في عقد إنشاء واستغلال مطار العلمين في مصر النص على أن ((يمنح المالك للملتزم الحق في،، إشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام...))⁽²⁾.

هذا ويلاحظ في هذا الشأن إن من بين الامتيازات الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما يتعلق بالاستفادة من قوانين الاستثمار التي عادة ما تضمن له إعفاء نشاطه المتعلق بإقامة وتشغيل المرفق العام من دفع الضرائب سواء بصفة دائمة أم مؤقتة، كذلك إمكانية الاستفادة السلع والأجهزة المستوردة والمخصصة للمرفق موضوع العقد من تخفيضات في الرسوم الكمركية أو الإعفاء منها كذلك إمكانية الاستفادة من حق تملك العقارات دون التقييد بقيود تملك الأجانب وكل هذا قد ورد النص عليه صراحة في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997⁽³⁾. وهو ما تضمنه أيضا قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006⁽⁴⁾. ويتبين من ذلك أن وجود الشروط التي تمنح شركة المشروع ممارسة جميع السلطات والامتيازات التي ذكرناها والتي تشكل في الوقت ذاته أعباء مفروضة على الغير⁽⁵⁾، لا يمكن تفسيرها إلا في ضوء نظرية العقود الإدارية ونرى أن السبب في تمتع شركة المشروع بهذه السلطات يرجع إلى الغاية ذاتها من إعطاء الإدارة هذه الحقوق بهدف تحقيق المصلحة العامة. وهنا نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه من أن أية منازعات يمكن أن تنشأ عن استخدام الملتزم - شركة المشروع - لهذه السلطات

(1) ينظر في ذلك الفقرة (د) من المادة (12) من القانون رقم (229) لسنة 1996 الخاص بمنح التزام الطرق العامة في مصر

(2) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص442. وينظر في هذا الصدد ما جاء في الفقرة (و) من البند (أولاً) من المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة (2008) من ضرورة قيام جهات التعاقد بإزالة كافة المشاكل القانونية والمادية في موقع العمل بما في ذلك إجراءات استملاك الموقع.

(3) ينظر في ذلك المادة (1) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997.

(4) ينظر في ذلك المواد (15-18) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006.

(5) ينظر في ذلك غسان لعبي مناتي: مفهوم الغير في العقد الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، 2005، ص48 وما بعدها.

والامتيازات ستكون خاضعة حتما لولاية القضاء الإداري تأسيساً على فكرة كون الملتزم يعد في هذه الأحوال نائباً عن الإدارة في استخدامها⁽¹⁾.

3 // من الشروط الاستثنائية التي تمثل تطبيقاً لمبادئ القانون العام والتي ورد النص عليها في مجال العقود المبرمة بأسلوب عقد البوت تلك التي أعطت لشركة المشروع الحق في مطالبة الإدارة بضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد عند اختلاله نتيجة تدخل الإدارة في تعديل بنود العقد أو إصدار قوانين وأنظمة أثناء تنفيذه أو بسبب الصعوبات أو الظروف الاقتصادية

غير المتوقعة التي قد تواجه شركة المشروع أثناء تنفيذه . ومن تطبيقات هذه الشروط ما جاء في عقد التزام إنشاء استغلال وإعادة مطار العلمين في مصر النص على أنه ((إذا لحق ضرر بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة أو بسبب ظروف استثنائية يكشفها الملتزم ويقرها المالك سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل.. على المالك أن يشارك في دفع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم ... لإعادة المطار إلى ما كان عليه،....))⁽²⁾.

وهنا نلاحظ أيضاً أن الاعتراف لشركة المشروع في إطار عقد البوت بالحق في إعادة التوازن المالي للعقد والمطالبة بالتعويض على أساس نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات غير المتوقعة إنما يؤكد تماماً إدارية هذا العقد وكونه من عقود الالتزام ذلك لأن من المسلم به أن فكرة إعادة التوازن المالي للعقد تعد من الأفكار التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي عندما اصدر حكماً بمناسبة تدخل الإدارة في عقد التزام الشركة الفرنسية للترام عام 1910 حيث نشأت هذه الفكرة من ذلك الوقت حين أكد مفوض الدولة (بلوم) في تقريره المقدم بشأن هذه القضية بأن فكرة ضمان التوازن بين المزايا التي تتقرر للملتزم والأعباء التي تفرض عليه هي ضرورة وحق لا مفر منها⁽³⁾. ولاشك أن هذه الفكرة قد أصبحت الآن من النظريات المرتبطة بمبادئ القانون الإداري⁽⁴⁾. وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها (أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان

(1) ينظر في ذلك الدكتور عمرو احمد حسبو : التطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة BOT ، مصدر سابق ، ص141.

كذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، مصدر سابق، ص112.

(2) ينظر في ذلك المادة (10) من عقد التزام مطار العلمين في مصر .

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1910/3/21) أشير إليه في مجموعة مارسولون ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري ، مصدر سابق، ص177.

(4) لمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك علي عبد الحسين الخطيب: دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام طوارئ التنفيذ في العقد الإداري ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، الجامعة الوطنية اللبنانية ، 2003 ، ص20 وما بعدها . كذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر، ص10 وما بعدها.

توازننا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها... وان هدفها هو تحقيق ، المصلحة العامة...⁽¹⁾.

نخلص من كل ما ذكرناه في هذا المطلب أن جميع المقومات التي يشترطها القضاء الإداري لممارسة اختصاصه بمنازعات العقود الإدارية موجودة بل ومؤكده في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، لذلك نرى أنه بعد صراحة النصوص الواردة في مجال هذا العقد والتي تدل دلالة واضحة على إدارية هذا العقد وكونه من عقود التزام المرافق عامة ، لانعتقد أن يشكك أحد بإدارية هذا العقد أو بضرورة خضوع المنازعات الناشئة عنه من حيث المبدأ لولاية القضاء الإداري.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في (1957/60/30) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية : الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص51.

الفصل الثاني

طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

ذكرنا أن القضاء الإداري يعد من حيث الأصل صاحب الاختصاص الأصلي في نظر المنازعات التي يمكن أن تظهر في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك انطلاقاً من الطبيعة الإدارية الواضحة لهذا العقد، التي تؤدي إلى وجوب الاعتراف بالصفة الإدارية لأغلب صور المنازعات التي قد تترتب على هذا العقد، وهو ما يحتم خضوعها لولاية القضاء الإداري. والواقع أن التسليم بخضوع المنازعات الناشئة عن هذا العقد لاختصاص القضاء الإداري يتطلب تحديد طبيعة هذا الاختصاص، ذلك لأن من المعروف أن القضاء الإداري يمارس اختصاصه من خلال نوعين من الدعاوى وهما: دعوى الإلغاء، ودعوى القضاء الكامل، فهل أن حسم المنازعات الناشئة عن هذا العقد تتم من خلال دعوى الإلغاء – أمام قاضي الإلغاء – أم دعوى القضاء الكامل ؟

للإجابة عن ذلك يمكن القول بأن المبدأ المستقر عليه هو أن قضاء العقود الإدارية ينتمي لولاية القضاء الإداري الكامل، بمعنى أن الدعوى التي ترفع بصدد منازعات العقود الإدارية هي دعوى القضاء الكامل⁽¹⁾، ومع ذلك فأن دعوى الإلغاء قد اتخذت مجاًلاً لا يمكن إنكاره في إطار المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ومنها بطبيعة الحال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه أحد صور عقود الالتزام الإدارية. إذ تمثل دور قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية بظهور فكرة إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة من خلال العملية العقدية في حال ما إذا كان بالإمكان فصلها عن العقد الإداري المتصلة به وهذه هي فكرة القرارات القابلة للانفصال التي ابتدعها القضاء الإداري.

وبناء على ذلك نجد أن القضاء الإداري يمكن أن يمارس اختصاصه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال دعوى الإلغاء كذلك دعاوى القضاء الكامل. ومن أجل بيان ذلك سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول دور قضاء الإلغاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. أما المبحث الثاني فنبين فيه دور القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 587. كذلك الدكتور محمد علي جواد: القضاء الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة طبع، ص 42.

المبحث الأول

دور قضاء الإلغاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يجدر بنا أن نوضح في بداية الأمر أن دعوى الإلغاء في منازعات العقود الإدارية لم تتضح معالمها إلا من خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي وبعد عدة مراحل من التطور الذي سار عليه هذا القضاء. فالقاعدة العامة المستقر عليها فقهاً وقضاءً هو أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إلا ضد القرارات الإدارية وهذا يعني إغلاقه بالنسبة للعقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. والحقيقة أن الأسباب التي تنطلق منها مسألة عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية ترجع إلى مبدئين مهمين⁽¹⁾: أحدهما: هو أن هذه الدعوى كما هو مستقر عليه لدى أغلب الفقهاء دعوى قضائية ترفع من قبل صاحب الشأن أمام القضاء الإداري من أجل المطالبة بإبطال قرار إداري كان قد صدر خلافاً لما تقتضي به القواعد القانونية⁽²⁾. وهذا يعني أن دعوى الإلغاء توجه عادةً إلى أعمال الإدارة القانونية الانفرادية أي - القرارات الإدارية - نظراً لما تتمتع به هذه الدعوى من طبيعة موضوعية أو عينية⁽³⁾، ومن ثم فهي لا توجه ضد العقود الإدارية لكونها تنشأ عن توافق إرادتين. أما المبدأ الآخر فيتمثل في أن الطعن بالإلغاء يكون جزاء لعدم المشروعية في حين أن الإخلال بالالتزامات التعاقدية هي التزامات شخصية⁽⁴⁾.

وإذا كان القضاء الإداري يرفض قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري استناداً إلى تلك المبادئ فقد ثار تساؤل حول حكم القرارات التي قد تصدرها الإدارة خلال عملية إبرام العقد الإداري هل هي قرارات إدارية أم أنها تعد جزءاً من العقد الإداري ؟

يشير الواقع إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتنق في بداية الأمر نظرية بمقتضاها رفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري، متمسكاً بوحدة العملية العقدية التي تعد في نظر القضاء وحدة قانونية لا تقبل عناصرها للانفصال أو التجزئة، غير أن مجلس الدولة الفرنسي لم يستمر على موقفه هذا لمدة طويلة، إذ أنه ومنذ مطلع القرن العشرين أخذ يهجر نظرية الاندماج تماماً، واستقرت أحكامه على تطبيق فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العمليات القانونية المركبة ومنها العقود الإدارية . وقد ظهر هذا الاتجاه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ

(1) ينظر في ذلك الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس

الدولة الفرنسي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد (3) السنة (11)، 1987، ص16.

(2) لمزيد من التفاصيل حول تعريف دعوى الإلغاء ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، منشأة المعارف،

الإسكندرية، 2004، ص65. كذلك الدكتور سامي جمل الدين: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف،

الإسكندرية، 2004، ص62. كذلك الدكتور محمد العبادي: قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر، عمان، 1995، ص123.

(3) ينظر في ذلك الدكتور طارق فتح الله خضر: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص172. كذلك

الدكتور نواف كنعان: القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص173.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: مبادئ وأحكام العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة

طبع، ص54.

عام (1903)⁽¹⁾، ثم تبلور بشكل نهائي ووضحت معالمه من خلال حكمه الصادر في قضية مارتن (martin) عام (1905) إذ قبل المجلس في هذه القضية الطعن بالإلغاء الموجه ضد إحدى القرارات الصادرة بمنح امتياز لإحدى شركات الترام على الرغم من أن هذا القرار يندرج في عقد الامتياز التي تدخل المنازعة بشأنه في اختصاص مجالس الأقاليم ((المحاكم الإدارية حالياً))⁽²⁾.

ثم توالى بعد ذلك أحكام القضاء الإداري الفرنسي في تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية وباقي العمليات المركبة كالضرائب والانتخابات، بل انه توسع في تطبيقها بشكل ملحوظ في مجال العقود الإدارية، ثم تبعه في ذلك القضاء الإداري في كل من مصر والعراق على التوالي.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن دور قضاء الإلغاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتمثل بإمكانية رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات التي تتخذها الإدارة في إطار هذا العقد وذلك إذا ما اتسمت بصفة القابلية للانفصال عنه. ونرى أن معالجة ذلك يستوجب منا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول اختصاص قضاء الإلغاء بنظر الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال. ونبين في المطلب الثاني نطاق الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أما المطلب الثالث فنبين فيه اثر حكم الإلغاء على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

المطلب الأول

اختصاص قضاء الإلغاء بنظر الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال

من الواضح أن القضاء الإداري في قبوله الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية ينطلق من كونها قرارات إدارية بالمعنى المتعارف عليه، غير أن ما يميز هذه القرارات هو أنها تتخذ من الإدارة في أثناء عملية مركبة والمتمثلة هنا عملية إبرام العقد الإداري، الأمر الذي يستلزم الوقوف على معنى القرارات القابلة للانفصال والمعيار المتبع في معرفتها هذا من جانب، من جانب آخر، يلاحظ أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال يتعين أن يؤسس على وجود عيب من عيوب المشروعية التي يمكن أن تعيب القرار الإداري بصفة عامة، إلا أن الطعن بالإلغاء القرارات القابلة للانفصال يأخذ بعداً متميزاً عن الطعن في الأنواع الأخرى من القرارات الإدارية من حيث انه قد يثير مسألة مدى إمكانية تأسيس الطعن بالإلغاء على عدم مشروعية العقد الإداري الذي تتصل به هذه القرارات. وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 11.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارتن الصادر في (4/8/1905) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 125.

تعريف القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، ونتناول في الفرع الثاني أسباب الطعن بإلغاء القرارات القابلة للانفصال:

الفرع الأول

تعريف القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري

لقد تعددت التعاريف التي أوردها الفقه سواء في فرنسا أم مصر أم العراق للقرارات القابلة للانفصال، إذ عرفها البعض بأنها ((قرارات إدارية تكون جزءاً من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية إلا أن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، ويقبل الطعن عليها على انفراد))⁽¹⁾. وورد تعريفها أيضاً بأنها عبارة عن ((تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها، في إطار عملية مركبة مع إمكان تجزئة هذه التصرفات لتشمل على عدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب اثر قانوني معين، أي كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها))⁽²⁾.

ويذهب بعض الفقه أيضاً إلى أن مفاد نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية تكمن في ((إن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة تتوافر في الكثير منها صفات وأركان القرار الإداري وهي وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن فيها بالإلغاء))⁽³⁾.

هذا ولم يقتصر تعريف القرارات القابلة للانفصال على الفقه بل ورد تعريفها أيضاً في بعض أحكام القضاء الإداري، من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر من أن القرار القابل للانفصال في مجال العقد الإداري هو ((...قرار يسهم في تكوين العقد، ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن العقد وينفرد في طبيعته الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزاً))⁽⁴⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الأول، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد (362) السنة (66)، 1975، ص 495.

(2) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 43.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 56. كذلك حبيب إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري، مصدر سابق، ص 35.

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (456 الصادر في 1975/4/5) أشير إليه في مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية من عام (1946-1985) الموسوعة الإدارية الحديثة، == الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 397. وينظر بالمعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1994/3/22) =الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 397. وينظر بالمعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1994/3/22) =الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 397. وينظر بالمعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1994/3/22) =الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 397. وينظر بالمعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1994/3/22) =الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 397. وينظر بالمعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1994/3/22) =الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 397.

ومن خلال هذا العرض المحدد لمجمل التعاريف التي أوردها الفقه والقضاء للقرارات القابلة للانفصال نستطيع القول أن هذه القرارات هي قرارات إدارية بالمعنى الدقيق، غير أنها تتميز من بقية القرارات الإدارية المتخذة في المجالات الأخرى في أن الإدارة لا تتخذها لذاتها وإنما لأجل تحقيق غاية محددة تتصل بها تتمثل في إتمام العملية التعاقدية، ومادامت تتطوي على صفات وخصائص القرارات الإدارية فإنه لا يوجد ما يمنع من فصلها وقبول الطعن فيها بالإلغاء ومثال ذلك القرارات التي تمهد لإبرام العقد الإداري كقرار اختيار الملتزم مثلاً.

والحقيقة أن فكرة القرارات القابلة للانفصال قد ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي شأنها شأن معظم نظريات القانون الإداري من أجل ممارسة رقابته على بعض القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة في إطار عملية قانونية دون النظر إلى اكتمال هذه العملية نظراً لكون هذا الانتظار قد يترتب العديد من الآثار السلبية التي تؤثر على حقوق الأفراد بالمخالفة للقانون. كما أن القضاء الإداري الفرنسي قد أراد في الواقع أن يبسط رقابته على مثل هذه القرارات لكونها قد تدخل ضمن عملية قانونية يدخل اختصاص النظر فيها لجهة قضائية أخرى أو أن لا يقبل الطعن فيها على الإطلاق كما هو الحال في أعمال السيادة⁽¹⁾.

وإذا كان من الواضح تعريف القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري فإن السؤال المطروح للجوابه هنا هو: ما المعيار المتبع لتمييز القرارات الإدارية القابلة للانفصال؟ ذلك لأنه لو سلمنا بوجود قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري فمعنى ذلك أنه توجد قرارات أخرى ضمن العملية العقدية لا تقبل الانفصال عنه، وهذا هو الواقع إذ أن هناك عدة قرارات إدارية متخذة في إطار العقد الإداري تندمج ضمن هذا العقد أو تتخذ تنفيذاً له أو بالإسناد إلى نصوصه الأمر الذي يتطلب وجود معيار لمعرفة ما يقبل وما لا يقبل الانفصال عنه.

للجوابه عن التساؤل أعلاه يؤكد الفقه بأن المعيار المتبع والمستقر عليه حالياً لتمييز القرارات الإدارية القابلة للانفصال من العقد الإداري إنما هو معيار موضوعي يعتمد تقدير القاضي الإداري ، نظراً لأن مسألة تحديد مدى قابلية القرارات الإدارية للانفصال عن العقد الإداري المتصلة به إنما تعد بحد ذاتها من المسائل الموضوعية التي ينبغي تركها لتقدير قاضي الموضوع الذي يجب عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار التمييز بين ما إذا كان القرار المطعون فيه يشكل عنصراً لا يمكن الاستغناء عنه في موضوع الدعوى الخاصة بالعملية العقدية ككل بحيث لا يمكن فصله عن مجمل النزاع فهنا يجب عليه ألا يقبل فصل القرار ومن ثم يتعين عليه أن يرفض الطعن بالإلغاء ضده وهذا ما يتبع عادة في القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد. أما إذا كان القرار المطعون فيه لا يشكل مثل تلك المكانية بحيث لا يمكن أن يترتب سوى نتائج جانبية لا تؤثر على العقد الإداري بعد إتمامه إلا بصورة عرضية فهنا لا يوجد ما يمنع من فصل ذلك القرار وقبول الطعن فيه استقلاً عن العقد⁽¹⁾. وهذا يعني أن القاضي

(1) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 46.

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي: القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص 188.

الإداري إذا تم الطعن أمامه ضد إحدى القرارات المتصلة بالعقد الإداري فإنه سوف يتأكد من مدى صلاحية القرار بحد ذاته وبغض النظر عن باقي العملية العقدية في ترتيب آثار قانونية معينة دون التوقف على إجراء آخر من العقد ودون النظر إلى العملية التعاقدية بصورة مكتملة⁽²⁾.

وخلاصة الأمر نرى أن تحديد القرارات القابلة للانفصال عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تعود بالدرجة الأساس لتقدير قاضي الموضوع (القاضي الإداري) وذلك في ضوء المراحل التي تتخذ بها هذه القرارات والآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عليها إن لم يُقبل الطعن فيها بالإلغاء، وما من منازع أن القضاء الإداري الفرنسي كان وما زال يسعى لتحديد ملامحها ووضع ضوابطها من أجل تطبيقها على كافة المراحل التي تتخذ فيها ضمن العقد الإداري وهو ما سوف نشير إليه في حينه.

الفرع الثاني

أسباب الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري

إذا كان القضاء الإداري لم يضع لنفسه معياراً واضحاً للقرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية وآثر في ذلك أن يتبع كعادته منهجاً عملياً مرناً مَرده مصلحة المتقاضين إذ أنه قد يرفض فصل القرارات عن العملية العقدية أو يقبلها وفقاً لما يراه محققاً للعدالة⁽³⁾. بيد أنه باستقراء التطبيقات القضائية لفكرة القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية. والتي تنطبق تماماً على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، نجد أن هناك اعتبارات عدة مستمدة من طبيعة هذه القرارات محل الطعن تحكم ولاية قاضي الإلغاء بصدها وتشكل في الوقت ذاته مسوغات أو أسباب لقبول الطعن فيها بالإلغاء، حيث يمكن أن نفرق في هذا الصدد بين ثلاث حالات يثيرها الطعن بالإلغاء ضد القرارات المتصلة بالعقود الإدارية والقابلة للانفصال عنها وهذه الحالات هي:

أولاً: حالة عدم مشروعية القرار الإداري القابل للانفصال:

لما كان من الثابت كون القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل، فإنه يفترض أن تكون هذه القرارات قد صدرت بصورة مشروعة وغير مشوبة بأي عيب من العيوب التي تجيز الطعن فيها بالإلغاء والمتمثلة بعيب عدم الاختصاص وعيب الشكل وعيب المحل (مخالفة القانون) وعيب الغاية وعيب السبب والتي نصت عليها قوانين مجلس الدولة في مصر والعراق⁽¹⁾. وعليه فإن المستقر عليه فقها وقضاءً هو قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية إذا ما أصابها عيب من العيوب المشار إليها، وبغض النظر عن

(2) ينظر في ذلك الدكتور جرجي شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 50.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الثاني، مجلة مصر

المعاصرة، العدد (363) السنة (67)، 1976، ص 101.

(1) ينظر في ذلك الشق الأخير من المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972. كذلك المادة (7) -ثانياً-

(هـ) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

مشروعية أو عدم مشروعية العقد المتصلة به. ويمكن أن نشير بإيجاز إلى تطبيقات هذه العيوب من خلال أحكام القضاء الإداري على النحو الآتي:

1// عيب عدم الاختصاص: يعرف عيب عدم الاختصاص بأنه (عدم القدرة قانوناً على اتخاذ قرار معين، وذلك لأن المشرع قد جعل ضرورة صدوره من خلال عضو أو هيئة أخرى)⁽²⁾.

وأحكام القضاء الإداري مستقرة على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد الإداري إذا كان صادراً من غير الجهة الإدارية المختصة، من ذلك ما جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1970/7/20) الذي ألغى من خلاله القرار الصادر بالتوقيع على أحد العقود الإدارية لكونه صادر عن جهة لها حق مناقشة موضوع العقد دون التوقيع عليه⁽³⁾. ومن قبيل ذلك أيضاً ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في (1995/6/13) من قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار صادر عن جهة غير مختصة بإصداره في إطار أحد العقود الإدارية معللة في ذلك في أن ((... العقد الإداري لا يقوم ولا ينشأ إلا بإرادة صريحة من جهة الإدارة وصادر ممن يملك التعبير عن تلك الإرادة إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية إلا من أنيط بهم قانوناً هذا الاختصاص))⁽⁴⁾.

2// عيب الشكل والإجراءات: ويقصد به حالة مخالفة الإدارة لما يوجبها القانون عليها من ضرورة اتباع القواعد الإجرائية والشكلية في إصدار القرارات الإدارية⁽⁵⁾. وهذا العيب يعد مسوغاً لقبول الطعن ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية في العديد من أحكام القضاء الإداري، حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي في (قضية مارتن) الطعن بالإلغاء ضد قرار التصريح بالالتزام لكونه لم يراع فيه ما أوجبه القانون من ضرورة تقديم تقرير من الجهة المختصة بذلك (مدير الإقليم) عن الموضوع والذي يجب أن يوزع على الأعضاء⁽⁶⁾.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإلغاء المناقصة دون الأخذ برأي لجنة البت، وهو ما يجعل القرار معيب بعيب الشكل⁽¹⁾.

وفي الاتجاه ذاته ذهبت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المزايدة على أحد المتقدمين إليها لكون هذا القرار قد شابته عيب الشكل المتمثل بعدم مراعاة

(2) ينظر في ذلك الدكتور علي خطار شطناوي: القضاء الإداري الأردني، مطبعة كنعان، اربد، الأردن، 1995، ص 290.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Rousset) الصادر في (1970/7/20)، أشار إليه الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 28.

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (3490) لسنة (40 ق) الصادر في (1995/6/13)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص 179.

(5) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين: المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، من دون سنة طبع، ص 229.

(6) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارتن الصادر في (1905/8/4) مع تعليق المفوض هوريو، منشور في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 126.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (4721) لسنة (41 ق) الصادر في (1999/1/26)، مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 848.

الجهة الإدارية للقواعد القانونية التي ورد النص عليها في قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986⁽²⁾.

3// عيب مخالفة القانون: ويرتبط هذا العيب بمحل القرار الإداري الذي يجب أن يكون موافقاً للقانون، ويعرف هذا العيب بأنه حالة عدم مشروعية مضمون القرار الإداري أي الأثر القانوني الذي يترتب على صدوره تجاه المراكز القانونية للأفراد⁽³⁾. وتأسيساً على هذا العيب فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد إحدى القرارات الصادرة بالتصديق على قرار إبرام عقد التزام لكونه قد صدر مخالفاً لما أوجبه القانون⁽⁴⁾. كما أن محكمة القضاء الإداري في العراق ألغت قرار إداري صادر برفض تملك الدار موضوع العقد على من رست عليه المزايدة لكون القرار قد صدر مشوباً بعيب مخالفة القانون⁽⁵⁾.

4// عيب الغاية (إساءة استعمال السلطة): ويقصد بهذا العيب هو حالة استخدام الإدارة لسلطاتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء أكانت بعيدة عن المصلحة العامة، أم مغايرة للغاية التي حددها القانون⁽⁶⁾. والكثير من الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم القضاء الإداري تستند في إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية إلى وجود التعسف في استخدام السلطة من الإدارة المتعاقدة، وتأسيساً على ذلك فقد عمدت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى إلغاء قرار مدير البلديات العامة القاضي بإلغاء عملية بيع قطعة أرض بالمزاد، ثم الإعلان عن بيعها مجدداً بمزايدة علنية وإرساءها على مشتري جديد غير المدعي وبالسعر نفسه، وقد استندت المحكمة في ذلك بالقول ((... أن القانون وإن أجاز للموظف الإداري ومنحه سلطة إصدار القرار أو المصادقة أو الرفض إلا أنه ألزمه بأن يكون ذلك دون تعسف، والتعسف واضح في القرار المطلوب إلغاؤه ...))⁽¹⁾.

5// عيب السبب: يعرف السبب في القرار الإداري بأنه الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصدار القرار الإداري⁽²⁾. أما عيب السبب فهو عدم مشروعية سبب القرار الإداري، أما

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (21/ قضاء إداري/ الصادر في 28/11/1990) أشار إليه عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي: تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق، مصدر سابق، ص103.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص85.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص31.

(5) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (64/ إداري/ الصادر في 4/7/1992) أشار إليه حبيب إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري، مصدر سابق، ص64.

(6) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص406.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (78/ قضاء إداري/ الصادر في 2/5/1996) أشار إليه الدكتور ماهر صالح علاوي: مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الأول، 1999، ص81.

(2) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين: المنازعات الإدارية، مصدر سابق، ص247.

لعدم وجود الحالة الواقعية الباعثة على اتخاذه أو لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار⁽³⁾. والقرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية شأنها شأن أي قرار إداري آخر ينبغي لها أن تقوم على أسباب صحيحة من حيث الواقع والقانون وإلا كانت عرضه للطعن فيها للإلغاء أمام القضاء الإداري. لذلك نجد أن محكمة القضاء الإداري في العراق في حكمها أعلاه- قد استندت في إلغاء قرار بيع المزايدة بالمرة الثانية إلى مشتري جديد غير المدعي وبذات السعر الذي رست عليه بالمرة الأولى إلى وجود أكثر من سبب من الأسباب التي دفعتها إلى إلغاء القرار (... ومن هذه الأسباب عيب الخطأ في تطبيق القانون وذلك يبدو واضحاً من عدم اعتبار المبلغ المدفوع كتأمينات من المدعي، هو التأمينات القانونية المطلوبة، ... كما لم يكن هناك سبب قانوني لإعادة المزايدة لأن إعادتها لم توفر للدولة أي ربح أو زيادة على المبلغ الذي رست عليه المزايدة ...)⁽⁴⁾.

ثانياً: حالة عدم مشروعية العقد الإداري:

إذا كان قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد الإداري يمكن أن يستند إلى وجود عيب من عيوب المشروعية التي ذكرناها، فإن هناك تساؤلاً يطرح نفسه في هذا الخصوص وهو هل من الممكن أن يؤسس الطعن بالإلغاء ضد القرار القابل للانفصال على عدم مشروعية العقد الإداري المتصل بهذا القرار ؟

في الواقع أن أحكام القضاء الإداري في فرنسا مستقرة على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المتصل بعقد إداري غير مشروع بغض النظر عن مشروعية ذلك القرار، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي العديد من طعون الإلغاء الموجهة ضد قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري استناداً على عدم مشروعية العقود الإدارية المتصلة بها، من ذلك حكمه الصادر في قضية (Lefebvre) الذي ألغى بموجبه القرار الصادر من المجلس البلدي والمتضمن الموافقة على إبرام عقد التزام توزيع الطاقة الكهربائية انطلاقاً من عدم مشروعية العقد الذي يتضمن مخالفة لنصوص القانون الفرنسي الصادر في (1906/6/15)⁽¹⁾. كما قبل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (Ville de severne) الطعن بالإلغاء ضد قرار المصادقة على مداوات المجلس البلدي بشأن إبرام أحد عقود الالتزام ذلك لأن قرار المصادقة ورد على عقد غير مشروع لكونه قد أبرم بالمخالفة للقواعد القانونية الخاصة بمنح الالتزامات⁽²⁾.

(3) (4) ينظر في ذلك الدكتور طارق فتح الله خضر: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 93.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في (1996/5/2) أشار إليه الدكتور ماهر صالح علاوي: مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري في العراق، مصدر سابق، ص 81.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1996/5/2) أشار إليه الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مصدر سابق، ص 23.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1955/2/4) أشار إليه الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص 51.

ويلاحظ انه على الرغم من عدم وجود أحكام إدارية مباشرة للقضاء الإداري المصري بهذا الخصوص إلا أن الفقه المصري يجمع على انه لا يوجد هناك ما يمنع القضاء الإداري المصري من قبول الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري استناداً إلى عدم مشروعية العقد انطلاقاً من أن عدم مشروعية العقد الإداري سوف تنعكس آثاره على القرار الإداري المتصل به، بالشكل الذي يجعل منه قراراً إدارياً غير مشروع⁽³⁾.

أما موقف القضاء الإداري العراقي فنجد أن محكمة القضاء الإداري لم تتطرق على حد علمنا لمسألة قبول أو عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابل للانفصال استناداً إلى عدم مشروعية العقد الإداري المتصلة به , ومع ذلك فإن ما يمكن قوله هنا انه لا يوجد من الناحية القانونية ما يمنع محكمة القضاء الإداري في العراق من قبول دعوى الإلغاء ضد قرار إداري قابل للانفصال عن عقد إداري غير مشروع, وسندنا في ذلك هو أن المتأمل في هذه الحالة لا يجد أنها تخرج عن المألوف في أوجه الطعن بدعوى الإلغاء, فصحيح أن من ينظر إلى قبول الطعن في هذه الحالة قد يستغرب من موقف القضاء الإداري لكون العقد الإداري لا يعد من مصادر المشروعية التي تبرر قبول الطعن في دعوى الإلغاء, إلا أن الأمر ليس كذلك, ذلك لأن عدم مشروعية العقد الإداري هنا تمثل في الوقت ذاته عدم مشروعية ركن السبب في القرار المتصل بالعقد القابل للانفصال عنه, وبمعنى آخر أن الطعن بالإلغاء في هذه الحالة ينصب على عدم مشروعية الحالة الواقعية لركن السبب في القرار القابل للانفصال وهذه الحالة تتمثل بالعقد غير المشروع.

ثالثاً: حالة مخالفة القرار الإداري القابل للانفصال لنصوص العقد الإداري:

لقد استقر الرأي عند اغلب فقهاء القانون الإداري على أن مخالفة القرار لنصوص العقد الإداري لا يمكن أن يجعل منه قراراً غير مشروع, أو بالأحرى أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن تؤسس على مخالفة القرار لنصوص عقدية⁽⁴⁾.

وتؤيد أحكام القضاء الإداري مسلك الفقه من عدم قبول دعوى الإلغاء إذا كان مبنى الطعن هو مخالفة القرار لنصوص عقدية⁽¹⁾. ومن قبيل ذلك ما جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Stein) الذي رفض فيه قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار الوزير بعدم إبرام عقد إداري (تجديد العقد) على أساس أن هذا القرار مخالف للالتزامات عقدية, وهذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن الاحتجاج به في تدعيم طلب إلغاء القرار لتجاوز السلطة⁽²⁾.

(3) ينظر في ذلك الدكتور حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري, مصدر سابق, ص105.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري, منشأة المعارف, الإسكندرية, 2005, ص578.

(1) يجدر بنا أن ننوه هنا بأن هناك حالات في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تعد فيها مخالفة الإدارة أو الملتزم لنصوص عقد الالتزام مخالفة للمشروعية غير أن هذه النصوص تتمثل بالنصوص اللانحائية وليس الاتفاقية.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1950/11/20) أشار إليه الدكتور عبد الحميد كمال حشيش:

القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة, ج2, مصدر سابق, ص19.

وقد تواترت أحكام القضاء الإداري المصري على عدم قبول الطعن بدعوى الإلغاء ضد القرار الإداري الذي يخالف النصوص العقدية ، نذكر من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا من أن ((الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصاص القرار الإداري ذاته ... لذلك لا يجوز الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز إلغاء ما اتخذته من قرارات ...))⁽³⁾.

ويسير القضاء الإداري العراقي على موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري في عدم قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات المتخذة في إطار العقود الإدارية والمخالفة لنصوصها، على أساس أن هذه القرارات تصدر عادة بعد إبرام العقد الإداري وتتخذ صفة المنازعة العقدية التي تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري وتدخل في اختصاص القضاء الكامل المتمثل بالمحاكم العادية التي ما زالت تعد صاحبة الولاية في نظر منازعات العقود الإدارية. من أجل ذلك فقد رفضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها قبول الطعن بالإلغاء الموجه ضد قرار إداري صدر بالمخالفة لنصوص العقد المبرم بين الإدارة والمدعي على أساس أن هذه المخالفة تعد مخالفة عقدية يختص بنظرها قاضي العقد (المحاكم العادية)⁽⁴⁾.

وخلاصة القول: إن القضاء الإداري يمكن أن يمارس دوره في الرقابة على القرارات القابلة للانفصال في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لأسباب قد تنطوي على عدم مشروعية هذه القرارات أو لكونها تتصل بعقد غير مشروع، أما حالة مخالفة القرار لنصوص العقد الاتفاقية – وليست اللائحية – فهي تعد قرارات غير منفصلة ومن ثم فهي تدخل في اختصاص قاضي العقد.

المطلب الثاني

نطاق الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يمكن القول بأن القرارات التي يمكن أن تتخذها الإدارة في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية – كما هو الشأن في بقية العقود الإدارية – تتنوع بحسب المرحلة التي تصدر فيها تلك القرارات، فالإدارة يمكن أن تتخذ قرارات إدارية عدة أثناء مرحلة تكوين العقد والتي من الممكن فصلها عن العقد والطعن فيها بالإلغاء، كما أن من القرارات الإدارية ما تتخذ في أثناء تنفيذ العقد

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (1645/الصادر في 1994/3/22)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص 147.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (99/قضاء إداري في 1990/11/14) أشار إليه حبيب إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 72.

والتي أيضاً قد تكون قرارات قابلة للانفصال عن العقد بالشكل الذي يسمح بالطعن فيها بالإلغاء وهي تظهر بصورة مميزة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. ومن أجل بيان ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين نبيين في الفرع الأول: القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تكوين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، ونبين في الفرع الثاني: القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

الفرع الأول

القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تكوين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

نظراً لأهمية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وحساسية المرافق العامة التي يرد عليها والتي تتصل اتصالاً مباشراً بحاجات المواطنين، فإن تكوين هذا العقد يخضع عادةً إلى جملة من القواعد القانونية والشروط الواجبة على الإدارة مراعاتها عندما تلجأ إلى هذا الأسلوب من التعاقد. وأول ما يجب على الإدارة مراعاته في إطار هذا العقد - بوصفه من عقود الالتزام - هو الحصول على الأذن بالتعاقد والذي رأينا أن هذا الأذن قد تمثل في الوقت الحاضر في فرنسا ومصر بضرورة موافقة مجلس الوزراء، أما في العراق فقد رأينا أنه لا يوجد تشريع خاص ينظم كيفية منح الالتزام على الرغم من أن الدستور الحالي لعام (2005) قد أشار في المادتين (25، 27) منه إلى أهمية تشجيع دور القطاع الخاص وشروط التصرف بالأموال العامة. كما أن القانون المدني لم يوضح ما إذا كان تنظيم عقد الالتزام يتطلب الموافقة على إبرامه بقانون أو بناء على قانون يحدد الجهة المختصة بمنح الأذن بإبرام عقد الالتزام، ومع ذلك فإن الأمر الذي نفضله هو إصدار تشريع ينظم كيفية منح الالتزام ويحدد الجهة التي تمنح الالتزام والتي عادة ما تتمثل بمجلس الوزراء.

وغاية ما في أن الأمر أول ما يمكن أن يثيره عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عندما يكون أمر الإذن الخاص به يرجع إلى مجلس الوزراء هو إمكانية قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بالتصريح أو الإذن بالتعاقد، ذلك لأن هذا القرار يعد ومن دون منازع قراراً إدارياً قابلاً للانفصال عن العقد مما يعطي لكل ذي مصلحة حق الطعن فيه بدعوى الإلغاء عندما يكون معيباً بأحد عيوب المشروعية وهو الأمر الذي تؤكد في أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر⁽¹⁾، والذي لا يمنع من الأخذ به في القضاء الإداري العراقي. وعلى أية حال فإن الإدارة بعد أن تحصل على الإذن بالتعاقد، تتولى إبرام العقد من أجل اختيار الملتزم الذي يتولى مهمة إنشاء واستغلال المرفق محل العقد، وإبرام العقد لا يأتي إلا من خلال مجموعة من المراحل والخطوات التي تتخذ من خلالها الإدارة الكثير من القرارات منها ما تكون سابقة على عملية إبرام العقد ومنها ما تكون معاصرة لإبرام العقد. وعليه فإن

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1977/1/11) أشار إليه الدكتور جورجي شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 106. كذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في (1947/11/25) أشار إليه الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري، مصدر سابق، ص 656.

الطعن بالإلغاء في مرحلة تكوين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن أن يتم ضد القرارات السابقة أو المعاصرة لإبرام العقد ويمكن أن نوضح ذلك بالنقاط الآتية:

أولاً: القرارات السابقة على إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

بعد حصول الإدارة على إذن التعاقد فإن إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخضع لمجموعة من الإجراءات التي تتخذها الإدارة من أجل التمهيد لاختيار الملتزم - شركة المشروع - وأول هذه الإجراءات هي تحديد أسلوب التعاقد الإداري الذي يُمكن الإدارة من اختيار أفضل الشركات التي تتولى مهمة إنشاء وإدارة وصيانة المرفق العام محل العقد. وإذا كانت القاعدة التقليدية في فرنسا ومصر - كما لاحظنا - تقضي بأن الإدارة حرة في اختيار الملتزم دون إلزامها بوسيلة معينة، فإن الوضع المستقر عليه حالياً هو وجوب اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية والتي لا يمكن تحقيقها إلا بإتباع أحد أساليب التعاقد الإداري كالمناقصة العامة أو المحدودة أو الممارسة العامة والتي لا تتعارض مع مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يحكم هذا العقد، بل إن هذه الوسائل يمكن أن تُمكن الإدارة من اختيار أفضل المتنافسين دون التعارض مع مبدأ الاعتبار الشخصي وحرية الإدارة في اختيار الملتزم، من هنا جرى التطبيق العملي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر وفرنسا والذي لا يمنع من الأخذ به في العراق على أتباع الإدارة لأسلوب المناقصة العامة أو المحدودة لاختيار المتعاقد استناداً إلى كون هذا الأسلوب من شأنه أن يحقق المبادئ الأساسية التي ينبغي أن يقوم عليها هذا العقد والمتمثل بمبدأي المنافسة الحرة والعلانية⁽²⁾.

وعليه فإن الإدارة إذا لجأت إلى إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فلا بد من قيامها بالعديد من الإجراءات المتتابعة تبدأ من مرحلة الإعلان عن المناقصة وتلقي العروض - العطاءات - وفحصها ثم القيام بتحليل العطاءات والبت فيها وذلك بإرساء العقد على الشركة أو اتحاد الشركات التي تقدم أفضل العطاءات⁽¹⁾. وغاية ما في الأمر أن الإدارة في إطار هذه الإجراءات تتخذ العديد من القرارات الإدارية التي تمهد لعملية إبرام العقد والتي اصطلح الفقه الفرنسي على تسميتها بالقرارات المدعمة للعقد (actes-sutien)، والتي استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على قبول الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العقد الإداري⁽²⁾. وبناء على ذلك سوف نحاول استعراض أهم أنواع هذه القرارات القابلة للانفصال والسابقة على إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال أحكام القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية والتي تنطبق تماماً على هذا العقد، ونشير إليها كما يأتي:

1- القرارات الصادرة من لجنة فتح العطاءات وفحصها:

(2) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي: النظام القانوني لعقد البوت Bot، مصدر سابق، ص 702. كذلك الدكتور

محمد عبد اللطيف: الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مصدر سابق، ص 37.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي: عقود البوت Bot، مصدر سابق، ص 127.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 20.

من مقتضيات التمهيد لإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو أن تتولى الإدارة في بادئ الأمر بالإعلان عن المناقصة وذلك بدعوة كافة الشركات المتخصصة الراغبة في التعاقد مع بيان الشروط الموضوعية التي يتم على أساسها تقديم العطاءات إلى الجهة الإدارية ويتم ذلك عادةً وفقاً للقواعد المطبقة بشأن المناقصات في الدولة المتعاقدة والتي غالباً ما تنص على وجوب احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجراء الإعلان وعدد مراته⁽³⁾. و يؤكد الفقه إن أول ما يترتب هنا هو إمكانية الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة المخالف لهذه الإجراءات⁽⁴⁾. وبعد تقديم العطاءات فإن الإجراء اللاحق يتمثل بقيام الإدارة بتشكيل لجنة لفتح العطاءات وفحصها. وهذه اللجنة يتم تشكيلها بقرار من الجهة الإدارية المختصة التي يجب أن تراعي في تشكيلها الجوانب القانونية والمالية والإدارية والفنية التي تتطلبها التشريعات ذات العلاقة⁽⁵⁾. وهذا يعني أن قرار تشكيل هذه اللجنة يعد دون منازع قرار قابل للانفصال يمكن الطعن فيه بالإلغاء إذا كان قد صدر بشكل مخالف للقانون. ويلاحظ أن الأصل في اختصاص لجنة فتح العطاءات هو الأعداد لعمل لجنة البت، غير أنها قد تمارس اختصاص نهائي تصدر من خلاله العديد من القرارات التي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري. و من أبرز هذه القرارات هي:

أ//القرار الصادر بحرمان بعض الأشخاص أو الشركات من التقدم للمناقصة:

من المقرر أن الإدارة تتمتع بسلطة حرمان بعض الأشخاص أو الشركات من التقدم إلى المنافسة وذلك أما جزاءً على المتنافس بسبب إخلاله بالتزام سابق مع الإدارة وهو ما يسمى بالحرمان الجزائي، أو يكون الحرمان لغرض تهيئة الجو المناسب للمنافسة وهذا ما يعبر عنه بالحرمان الوقائي⁽¹⁾.

(3) ينظر في ذلك المادة (5) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008. كذلك المادة (2) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89 لسنة 1998).

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot , مصدر سابق, ص 101.

(5) لقد نصت المادة (6) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة في العراق رقم (1) لسنة 2008 على أن ((أولاً: تشكل في مركز كل وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة لجنة مركزية أو أكثر لفتح العطاءات من ذوي الخبرة والاختصاص برئاسة موظف لا تقل وظيفته عن مدير أو رئيس مهندسين وعضوية ممثل عن كل من الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود فيها، وموظف فني مختص ومقرر لا يقبل عنوان وظيفته عن ملاحظ. ثانياً: يجوز تشكيل لجان فتح العطاءات في التشكيلات التابعة للوزارة أو الجهة غير مرتبطة بوزارة وفقاً لما هو منصوص عليه في البند (أولاً) من هذه المادة. ثالثاً: تشكل في كل جهة تعاقدية في الإقليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم لجنة مركزية برئاسة رئيس جهة التعاقد أو من يخوله وعضوية ممثلين عن الاختصاصات (القانونية والمالية والفنية والجهة المستفيدة) وممثل عن مجلس المحافظة ... للقيام بفتح العطاءات التي يعلن عنها في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم. ...)) وفي مصر فقد جاء في المادة (12) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89 لسنة 1998) على أن ((يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة، وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد ...)).

(1) ينظر في ذلك الدكتور مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مصدر سابق , ص 379.

ووفقاً للمستقر عليه في أحكام القضاء الإداري فإن القرارات الصادرة بالحرمان تخضع للطعن فيها بالإلغاء، بوصفها قرارات إدارية قابلة للانفصال لكونها تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة. وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الذي ألغى فيه قرار الإدارة باستبعاد أحد المتقدمين إلى المناقصة لكونه ينطوي على إساءة استعمال السلطة⁽²⁾. كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقبول الطعن بالإلغاء من شخص مُنع من الدخول إلى المناقصة نتيجة شطب اسمه من سجل الموردين⁽³⁾. وفي العراق نجد أن محكمة القضاء الإداري قد عمدت هي الأخرى إلى إلغاء القرار الصادر بحرمان بعض الأشخاص من المشاركة في مزيدة علنية بحجة قيامهم ((... بالتأثير على نزاهة المزيدة واستغلال الحضور واستخدام الضغوط المخالفة للنظام العام وقواعد القانون ... وحيث لم يثبت للمحكمة ذلك، فإنها (أي الإدارة المتعاقدة) تعد متعسفة فيه ويكون أمرها مشوب بعيب التعسف الأمر الذي يوجب إلغائه⁽⁴⁾.

ب // القرار الصادر من لجنة فتح العطاءات باستبعاد بعض العطاءات:

لاشك أن الإدارة تسعى في أطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى اختيار أفضل العطاءات وفقاً للشروط الفنية والمالية التي أعلنت عنها، لذلك فإن من واجب لجنة فتح العطاءات استبعاد أي عطاء غير مستكمل للشروط القانونية المطلوبة كالشروط المتعلقة بتقديم التأمينات الأولية أو خطابات الضمان من البنوك المصرفية مثلاً، لذلك فإن قبول الإدارة للعطاء الواجب استبعاده يشكل في الواقع قرار إداري قابل للانفصال يجوز لكل ذي مصلحة الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري⁽¹⁾. وبالمقابل فإن قرارات الاستبعاد الصادرة من الإدارة تعد قرارات قابلة للانفصال بحيث يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري إذا ما صدرت بصورة مخالفة للمشروعية. وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار الإداري الصادر باستبعاد أحد العطاءات بسبب وجود نزاع قضائي بين الإدارة وصاحب العطاء المستبعد مما جعل قرار الاستبعاد مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة⁽²⁾. كما سار القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه على قبول دعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة الصادرة باستبعاد العطاءات، نذكر من ذلك ما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا من قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة باستبعاد عطاء إحدى الشركات من

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1976/7/23) أشار إليه الدكتور محمد عبد العال السناري:

التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص 44.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (1225) لسنة 25 ق في (1984/2/25)، أشير إليه في

مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 511.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (81/ قضاء إداري في (1991/12/31) أشار إليه حبيب

إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري، مصدر سابق، ص 78.

(1) ينظر في ذلك الدكتور حمدي حسن الحفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مصدر سابق،

ص 164.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1931/1/11)، أشار إليه الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن

بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 24.

المناقصة، وقد قضت المحكمة بعد أن قبلت الطعن، بصحة الاستبعاد لكون الشركة لم تقدم سابقة عن أعمالها وهو ما تتطلبه من مستندات المناقصة⁽³⁾.

وغاية ما في الأمر يمكن القول بأن كل قرار يصدر عن الإدارة في إطار عقد البوت ويتضمن حرمان بعض المتنافسين أو استبعاد عطاءاتهم يجب أن يصدر في إطار المشروعية وإلا كان عرضة للإلغاء أمام القضاء الإداري لكونه يشكل أهداراً لمبدأ حرية المنافسة.

2- القرارات الصادرة من لجنة تحليل العطاءات وتدقيقها:

بعد انتهاء لجنة فتح العطاءات من عملها فأنها تقوم بإحالة العطاءات إلى لجنة تدقيق وتحليل العطاءات والبت فيها والتي يتم تشكيلها بقرار من السلطة الإدارية المختصة مع مراعاة ذات الضوابط القانونية المطلوبة في لجنة فتح العطاءات⁽⁴⁾. ويعد قرار تشكيل هذه اللجنة قراراً قابلاً للانفصال يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء إذا كان قد صدر بصورة مخالفة للمشروعية، كما يلاحظ أن كافة القرارات الصادرة عن لجنة البت تعد قرارات إدارية نهائية، وأهم هذه القرارات هي قرار إرساء المناقصة على من هو صاحب أفضل العطاءات من النواحي الفنية والمالية.

وفي هذا المجال استقرت أحكام القضاء الإداري على قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار لجنة البت بإرساء المناقصة لكونه يعد من القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري وهذا ما تأكد في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Communde Bry)⁽⁵⁾. كذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بقبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر عن المجلس الأعلى للسكك الحديدية والمتضمن إرساء مناقصة إنشاء محطة للسكك الحديدية في منطقة (الشيالة) لأنه كان مشوباً بإساءة استعمال السلطة ومخالفة القانون⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أن اختصاص لجنة البت يعد اختصاصاً مقيداً بقبول العطاءات أو رفضها من دون أن يكون من حقها تعديل شروط المناقصة لجعلها متطابقة مع احد العطاءات إذ إن ذلك يعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين المتنافسين⁽²⁾. كما ويلاحظ أن لجنة البت قد توصي بتشكيل لجنة للتفاوض مع إحدى الشركات المتنافسة التي تتوافر فيها جميع المؤهلات الفنية والمالية إلا أن عطاءها قد يكون

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (3583) لسنة 44 ق في (2002/6/11)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص406.

(4) ينظر في ذلك المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية (رقم 1) لسنة 2008.

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1976/7/23)، أشار إليه الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص27.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (288) لسنة 4 ق في (1969/2/1) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (1955-1965)، المكتب الفني، مصدر سابق، 1050.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص132.

مقترناً ببعض التحفظات وهنا نجد أن تشكيل لجنة التفاوض يتم هو الآخر بقرار إداري صادر عن الجهة الإدارية المختصة وهو يعد أيضاً من القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي يجوز فيها الطعن بالإلغاء, كما أن ما يصدر عن هذه اللجنة من قرارات نهائية تعد من قبيل القرارات القابلة للانفصال التي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ومثال ذلك قرار لجنة التفاوض بقطع المفاوضات مع إحدى الشركات المتنافسة والانتقال إلى التفاوض على عطاء شركة أخرى بالرغم من عدم وجود ما يثبت امتناع الشركة صاحبة العطاء الأول من الاستجابة لمطالب لجنة التفاوض فمثل هكذا قرار يعد في الواقع قراراً إدارياً قابلاً للانفصال ويجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري⁽³⁾.

ثانياً: الطعن بالإلغاء في القرارات المعاصرة لإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

من المسلم به أن إجراءات المناقصة أو الممارسة أو غيرها من وسائل التعاقد الإداري ما هي إلا إجراءات تمهيدية للعقد الذي سوف يبرم في نهاية الأمر بين الإدارة والمتقدم بأفضل العطاءات. وهذا يعني إن إرساء المناقصة على صاحب أفضل العطاءات وإن كان يتم بقرار إداري إلا أنه لا يؤدي إلى إتمام عملية التعاقد مع الملتزم - شركة المشروع- ذلك لأن إرساء المناقصة ما هو إلا إجراء مؤقت لا يكون نهائياً إلا بترتيب إجراء لاحق ألا وهو المصادقة على قرار إرساء المناقصة من الجهة الإدارية المختصة. وهذا ما ذهب إليه محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها ((للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرساءها على المتعهدين, ذلك لأن طرح المناقصة وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرساءها على صاحب أفضل عطاء كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة ...))⁽⁴⁾. كما ورد مثل هذا المبدأ في حكم محكمة التمييز العراقية الذي جاء فيه ((أن المزايدة التي تجريها الجهات الحكومية لا تكون نهائية ما لم يصادق على الإحالة رئيس الدائرة المختصة ...))⁽¹⁾.

ويلاحظ في هذا الشأن أن الجهة الإدارية المختصة بالتصديق على قرار إرساء المناقصة واعتماد قرار منح الالتزام في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إما أن تعتمد إلى الموافقة على قرار الإرساء أو أن ترفض التصديق عليه، وإتباع الإدارة لأي من الحالتين ينطوي في واقع الأمر على العديد من القرارات الإدارية التي استقرت آراء الفقهاء وأحكام القضاء على قبول الطعن فيها بالإلغاء بوصفها قرارات قابلة للانفصال. ويمكن الإشارة إلى أهم هذه القرارات كما يلي:-

1- قرار التصديق على الإحالة الأولية بمنح الالتزام:

(3) ينظر في ذلك الدكتور عصام احمد البهجي: عقود البوت Bot, مصدر سابق, ص147.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم (251 لسنة 12 ق في 1960/1/5) أشير إليه في مجموعة

الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية, مصدر سابق, ص836.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية في القضية (1104/ إدارية ثانية/1982) منشور في مجلة الأحكام العدلية,

العدد (2) السنة (13) 1982, ص34.

إن التصديق على قرار إرساء المناقصة على صاحب أفضل العطاءات ينبغي أن يتم من قبل الجهة الإدارية المختصة - الوزير المختص أو رئيس الجهة الإدارية غير المرتبطة بوزارة - ويكون ذلك بموجب قرار إداري بالموافقة على منح الالتزام. والمستقر عليه أن هذا القرار يعد من القرارات القابلة للانفصال عن عقد الالتزام مما يعني أنه لا يوجد ما يمنع من الطعن فيه بدعوى الإلغاء إذا ما أصيب بعيب من عيوب المشروعية ، وتطبيقاً لذلك فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء المقدم ضد قرار سلطة الوصاية (سلطة الإقليم) بالموافقة على عقود امتياز توزيع الكهرباء والغاز⁽²⁾، كما عمد مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه إلى إلغاء القرار الصادر من الإدارة - الوزير - بالتوقيع على اتفاقية امتياز لمخالفة الشكليات التي فرضها القانون⁽³⁾، ومن أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الصدد ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري من أن ((... الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمر جائز قانونياً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة))⁽⁴⁾.

2- القرار الصادر برفض التصديق على قرار الإحالة الأولية بمنح الالتزام:

تتمتع الجهة الإدارية المختصة بالتصديق على قرار الإحالة بسلطة تقديرية في مسألة اعتماد المناقصة والتصديق على قرار إبرام العقد أو رفض اعتماد قرار الإحالة وعدم أتمام العقد أي العدول عنه وذلك بحسب ما تقتضي به دوافع المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة. وهذا المبدأ ورد في العديد من أحكام القضاء الإداري من ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من أن الوزير برفضه اعتماد إرساء المناقصة لم يفعل إلا مباشرة لسلطاته المستمدة من القوانين واللوائح⁽¹⁾. كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى أن ((... للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقد ... فهي تملك كلما رأت المصلحة العامة تقتضي بذلك إلغاء المناقصة أو العدول عنها))⁽²⁾. وهذا المبدأ سارت عليه محكمة القضاء الإداري في العراق إذ ذهبت إلى أن ((... المصادقة على

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Villede saverne) الصادر في (1955/2/4) أشار إليه الدكتور

جورجي شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 92.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Department decreure) الصادر في (1934/11/19) أشار إليه

الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، ج 1، مصدر سابق، ص 544.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الطعن رقم (34 لسنة 7 ق الصادر في 1956/1/8)، أشير إليه في

مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 138.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1848/3/4) أشار إليه الدكتور احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة

العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 176.

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم (251 لسنة 12 ق الصادر في 1960/1/5)، أشير إليه في

مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 838.

معاملة البيع تعود لسلطة الوزير التقديرية رغم توافر الشروط المطلوبة للاشتراك في المزايدة ورسوم المزايدة على المدعية ...))⁽³⁾.

غير انه على الرغم مما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في عدم اعتماد قرار الإرساء على العطاء الأفضل إلا أنها مقيدة بوجوب أن يصدر قرارها والحالة هذه غير مشوب بالتعسف وإلا فان من الممكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ، ويمكن لنا أن نتصور ذلك في حالتين: -الحالة الأولى: عندما ترفض الإدارة التصديق على قرار إرساء المناقصة بمنح الالتزام، ثم تعمد في الوقت نفسه إلى إصدار قرار بإحالة المناقصة إلى غير من عينته لجنة البت، فقرار الإدارة والحالة هذه يعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء⁽⁴⁾، ذلك لان الجهة الإدارية المختصة بالتصديق إن رأت عدم أتمام التعاقد فعليها أن تتخلى عن ذلك نهائياً وإلا فأنها ملزمة بالتعاقد مع من عينته لجنة البت بوصفه صاحب العطاء الأفضل الذي لم يتم التوصل إليه إلا من خلال دراسة وتحليل دقيق من خبراء ومختصين.

وانطلاقاً من ذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بإلغاء القرار الصادر عن جهة الإدارة - المحافظ - بالتعاقد بالأمر المباشر مع احد المتناقصين على الرغم من ((.. أن عطاءه لم يكن أفضل العطاءات ورغم توصية لجنة البت بالترسية على الشركة المطعون ضدها ... وهو ما يشكل مخالفة جسيمة لأحكام القانون وينطوي على إهدار القواعد المنظمة للمناقصات والمزايدات ...))⁽⁵⁾. وفي حكم أكثر تفصيلاً لمحكمة القضاء الإداري في العراق جاء فيه أن ((... إعادة المزايدة ورسومها في المرة الثانية على مشتري جديد غير المدعي وبذات السعر ينطوي على أكثر من سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة (7 - ثانياً - هـ) من قانون مجلس شورى الدولة ومن هذه الأسباب الخطأ في تطبيق القانون ... وهناك سبب آخر هو التعسف في استعمال السلطة، لان القانون وإن أجاز للموظف الإداري ومنحه سلطة إصدار القرار أو المصادقة أو الرفض إلا انه ألزم بان يكون ذلك دون تعسف، والتعسف واضح من القرار المطلوب إلغائه حيث لم يكن هناك سبب قانوني لإعادة المزايدة، لان إعادتها لم توفر للدولة أي زيادة على المبلغ الذي رست به المزايدة كما أن القرار الإداري المطلوب إلغائه لم يستند إلى سبب صحيح))⁽¹⁾.

ونرى أن محكمة القضاء الإداري قد اتبعت خلال هذا الحكم منهجاً تحليلياً منطقياً في بيان القرارات الإدارية القابلة للانفصال وأوجه الطعن فيها بالإلغاء.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في العراق القضية رقم (22 لسنة /قضاء إداري/ 1993/7/25)، أشار إليه

حبيب إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري، مصدر سابق، ص89.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص110.

(5) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (313 لسنة 4 ق في 1960/2/12) أشيراليه في مجموعة

المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (1955-1965)، مصدر سابق، ص1051.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (78 / قضاء إداري/ الصادر في 1996/5/2) أشار إليه

الدكتور ماهر صالح علاوي: مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري في العراق، مصدر سابق، ص81.

-الحالة الثانية: عندما ترفض الإدارة المصادقة على منح الالتزام من خلال إلغاء المناقصة أي (عدم إتمام التعاقد) فإن موقفها هذا يشكل في واقع الأمر قراراً إدارياً نهائياً يتعين أن يصدر بصورة مشروعة وإلا كان من الممكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري بوصفه قراراً إدارياً قابلاً للانفصال. والحقيقة أن قيام الإدارة بإصدار قرار إلغاء المناقصة بعد كافة الإجراءات الطويلة والمعقدة يعد إهداراً لمصلحة صاحب العطاء الأفضل عندما يكون قرار إلغاء المناقصة قد صدر لأسباب لا تتصل بدوافع المصلحة العامة التي من أجلها منحت الإدارة سلطة إلغاء المناقصة وعدم إتمام التعاقد، وهذا ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه عندما قبل الطعن بالإلغاء ضد قرار أحدى المجالس البلدية القاضي برفض بيع قطعة أرض من الأراضي العامة إلى الطاعن⁽²⁾. كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى تأكيد المبدأ أعلاه عندما أقرت باختصاصها بالفصل في كل ما ينشأ من منازعات في مختلف مراحل عملية التعاقد المركبة، فتختص فيما يثور من منازعات في المرحلة التمهيدية للتعاقد وبالفصل فيما إذا كان العقد قد أبرم أو لم يبرم⁽³⁾. وهذا ما سارت عليه محكمة القضاء الإداري في العراق فقد رأينا من خلال ما ذكرناه في حكمها أعلاه، كيف أنها قبلت الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة المتضمن رفض التصديق على قرار إرساء المزايدة على المدعي بعدما اتضح لها أن قرار إلغاء التصديق قد جاء مخالفاً لأحكام القانون وينطوي على إساءة استعمال السلطة مما يشكل وجود أكثر من سبب من أسباب قبول الطعن أمام محكمة القضاء الإداري⁽⁴⁾.

ونود أن نشير أخيراً إلى أن المبدأ المستقر عليه في أحكام القضاء الإداري والذي يؤيده الكثير من فقهاء القانون الإداري يقضي بجواز قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تكوين العقد سواء قدم من الغير أم من المتعاقد⁽¹⁾. وما تجدر الإشارة إليه أن الغير في مرحلة تكوين العقد ينصرف إلى كل من له مصلحة (من الأشخاص الخاصة أو العامة) في التعاقد مع الإدارة، كذلك جميع المتقدمين للتعاقد وهؤلاء جميعاً يتمتعون بمراكز قانونية متشابهة ويكون لكل واحد منهم مصلحة في أن تتعاقد معه الإدارة وإن يتم إبرام العقد وفقاً للقانون⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر إن مصلحة الغير في الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال ينبغي أن تكون مصلحة شخصية مباشرة وذلك بان يكون الطاعن في حالة قانونية قد اثر فيه القرار الإداري

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Gailbrd) الصادر في (1976/7/23) أشار إليه الدكتور محمد عبد

العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص48.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الطعن رقم (155) الصادر في (1962/5/27)، أشير إليه في

مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص315.

(4) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي: مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري في العراق، مصدر سابق،

ص81.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص30.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي: العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص138.

تأثيراً مباشراً، فإذا توافرت هذه المصلحة الشخصية المباشرة قبل الطعن بالإلغاء بغض النظر عما إذا كانت هذه المصلحة محققة أو محتملة مادية أو أدبية بشرط أن تتوافر وقت رفع الدعوى⁽³⁾.

أما بالنسبة للمتعاقد فيلاحظ بأنه وإن كان من حقه التوجه بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد عندما تنتضرر مصلحته من قرار قابل للانفصال كان قد صدر في مرحلة تكوين العقد، إلا أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً أن يتوجه بالطعن بدعوى الإلغاء ضد قرار إداري قابل للانفصال كان قد صدر في مرحلة تكوين العقد واثّر فيه تأثيراً مباشراً مما تحقق له شروط قبول دعوى الإلغاء شأنه شأن الغير عن العقد . وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي عندما قبل الطعن المقدم من البلدية المتعاقدة ضد قرارات سلطة الوصاية على مداوات المجلس البلدي وعلى عقد الالتزام⁽⁴⁾. كما قبلت محكمة القضاء الإداري في مصر الطعن المقدم من بعض المتعاقدين مع الإدارة ضد قرار صادر عن مصلحة الشؤون القروية بإرساء مناقصة ردم البرك على بعض القرى دون بعضها الآخر⁽⁵⁾.

وختاماً نرى إن هناك مجاًلاً واسعاً لدعوى الإلغاء في مرحلة تكوين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتمثل بقبول الطعن ضد أي قرار إداري نهائي كان قد صدر خلافاً للمشروعية مما يعطي لكل ذي مصلحة التمسك بإلغاء مثل هكذا قرارات. كما أن لهم الحق بالمطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل⁽¹⁾، ونرى أن كل ذلك يصب في مصلحة الشركات الراغبة بالتعاقد مع الإدارة في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهذا ما يوفره القضاء بشكل يتميز به من الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات كالتحكيم مثلاً.

الفرع الثاني

القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ عقد البناء

والتشغيل ونقل الملكية

من الجدير بالملاحظة أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه امتداداً لعقد الالتزام يشكل في واقع الأمر مجاًلاً خصباً لفكرة القرارات القابلة للانفصال ليس فقط بالنسبة للقرارات الصادرة في

(3) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين: المنازعات الإدارية، مصدر سابق، ص 147 وما بعدها. كذلك الدكتور محمد علي جواد: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 57-59. ولقد نصت الفقرة (د) من البند ثانياً من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل النص على أنه ((تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية ... بناء على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن)).

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1955/2/4) أشار إليه الدكتور جورج شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 92.

(5) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن (203 لسنة 4 ق الصادر في 1951/3/6)، أشار إليه الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص 54.

(1) ينظر في ذلك رفاه كريم رزوقي: دعوى التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2007، ص 32.

مرحلة تكوين العقد، بل تمتد أيضاً إلى الكثير من القرارات الصادرة في أثناء تنفيذه وبصورة يتميز بها من سائر العقود الإدارية التي عادة ما تكون القرارات الصادرة في أثناء تنفيذها متصلة بها وغير قابلة للانفصال عنها بالشكل الذي يجعل من القضاء الكامل هو القضاء الأصيل للنظر فيها. ويعود السبب إلى أن نصوص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تماماً كما هو الشأن في عقد التزام المرافق العامة، لا تقتصر فقط على نصوص اتفاقية تنظم علاقة الإدارة بشركة المشروع بل إنها تنطوي على جملة من النصوص اللائحية التي تتعلق بتنظيم المرفق محل العقد وقواعد سيره وعلاقته بجمهور المنتفعين به والعاملين فيه⁽²⁾. وانطلاقاً من الطبيعة اللائحية لبعض نصوص هذا العقد نجد أن هناك الكثير من القرارات التي تصدر أثناء تنفيذه تعد قرارات قابلة للانفصال، مما يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري وهذا ما يمثل استثناءً خاصاً بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. على أن ما يلاحظ هنا أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ عقد البوت لا يسري على الملزم - شركة المشروع - بالشكل الذي يكون فيه بالنسبة للغير، ومن أجل توضيح مجال الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد، نشير إلى الطعون المقدمة من الملزم وتلك المقدمة من الغير من خلال النقاط الآتية:

أولاً: نطاق طعون الملزم ضد القرارات الصادرة في أثناء تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

قد يتبادر إلى الذهن أن من مقتضى وجود النصوص اللائحية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو أن يسمح القضاء الإداري للملزم - شركة المشروع - الطعن بدعوى الإلغاء ضد القرارات التي تتخذها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد والتي تنطوي على مخالفة النصوص اللائحية الواردة فيه. غير أن مثل هذا التصور لم يتبعه القضاء الإداري بالنسبة لعلاقة الإدارة مع الملزم، وإنما استقرت أحكامه على أن كافة القرارات التي تصدرها الإدارة في علاقتها بالملزم استناداً إلى نصوص العقد تعد قرارات غير قابلة للانفصال بغض النظر عما إذا كانت الإدارة قد اتخذتها استناداً إلى النصوص العقدية أم اللائحية، وبمعنى آخر أن مثل هذه القرارات (كقرار تعديل العقد أو فرض الجزاءات) تدخل في اختصاص قاضي العقد بدعوى القضاء الكامل⁽¹⁾.

واستناداً لهذه القاعدة فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم له إلى أنه ((لا يقبل من الشركة المدعية الطعن في القرار لمجاوزة السلطة على أساس ادعائها أن هذا القرار قد تضمن مخالفة لنصوص عقد الالتزام))⁽²⁾. كما استقر القضاء الإداري في مصر على تلك القاعدة، من ذلك ما ذهب

(2) ينظر في ذلك غسان لعيبي: مفهوم الغير في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 43. وينظر كذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد B.O.T، مصدر سابق ص 127 وما بعدها.

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot، مصدر سابق، ص 417.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Compagne Francalse) الصادر في (1917/3/9) أشار إليه الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، ج 2، مصدر سابق، ص 64.

إليه محكمة القضاء الإداري في احد أحكامها إلى القول ((... أن القرار مثار النزاع والصادر من المجلس البلدي في القاهرة بإلزام الشركة بزيادة عدد السيارات المقررة أنما صدر من المجلس البلدي استناداً إلى نص في قائمة الشروط الخاصة بالالتزام ومن ثم فإن المنازعة في شأنه تدخل في منطقة العقد الإداري فهي منازعة حقوقية وتكون محلاً للطعن بالإلغاء على أساس استدعاء ولاية القضاء الكامل ... دون ولاية قضاء الإلغاء))⁽³⁾. هذا وقد سار القضاء الإداري في العراق على ما هو مستقر عليه في فرنسا ومصر بصدد مضمون القاعدة المتمثلة بعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة في أثناء مرحلة تنفيذ العقد، من ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري من رفض قبول دعوى الإلغاء ضد إحدى القرارات الصادرة عن الإدارة في أثناء مرحلة تنفيذ العقد، حيث عمدت إلى إحالة الدعوى إلى قاضي العقد (المحاكم المدنية) على أساس أن كافة القرارات الصادرة بعد أبرام العقد الإداري تدخل ضمن اختصاص قاضي العقد لكونها من المنازعات العقدية⁽⁴⁾.

مما تقدم نجد أن القضاء الإداري من حيث الأصل العام ينظر إلى كافة القرارات التي تتخذها الإدارة في إطار تنفيذ عقد الالتزام - كما هو الشأن في بقية العقود الإدارية الأخرى - على أنها قرارات متصلة بالعقد وغير قابلة للانفصال عنه يستوي في ذلك أن تكون الإدارة قد اتخذتها استناداً إلى نصوص العقد الاتفاقية أم اللائحية فهي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء مادامت الإدارة قد اتخذتها بصفتها متعاقدة مما يعني أنها تخضع للطعن فيها أمام قاضي العقد بدعوى القضاء الكامل كما سنرى لاحقاً. ومما يلاحظ في هذا الشأن أن جانب من الفقه ينتقد مسلك القضاء الإداري في رفض قبول طعن الملتزم ضد القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد وبخاصة إذا كان مبنى الطعن هو مخالفة النصوص اللائحية في العقد إذ أن مخالفة هذه النصوص تعد مخالفة للمشروعية بغض النظر عما إذا كان الطاعن هو الملتزم أم الغير⁽¹⁾. والحقيقة أننا لا يمكن إنكار وجهة الانتقاد الفقهي لمسلك القضاء الإداري، غير أن ما يمكن قوله هنا أن مسلك القضاء الإداري من رفض قبول الطعن بدعوى الإلغاء من الملتزم يكمن في أن الملتزم عادة ما يناقش قرارات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد بوصفه متعاقداً معها يسعى إلى الدفاع عن مركزه الذاتي وحقوقه المستمدة من العقد ومن ثم فهو لا يلجأ إلى الطعن بدعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة المخالفة لنصوص العقد حتى وإن كانت لائحية طالما أن لديه دعوى أمام قاضي العقد، وهذا بخلاف الغير الذي لا يملك الالتجاء إلى قاضي العقد

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الطعن رقم (357 لسنة 11 ق الصادر في 1957/3/24)، أشير

إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 64.

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (99 /قضاء إداري /الصادر في 1991/11/14) أشار إليه شاعر

أكباشي خلف: القرارات الإدارية القابلة للانفصال، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2007، ص 76.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، ج 2، مصدر سابق، ص 64.

للطعن ضد القرارات الصادرة بالمخالفة للنصوص اللاتحوية طالما انه ليس طرفاً في العقد، مما يعني انه سوف يكون في مركز قانوني تجاه القرارات المخالفة للنصوص اللاتحوية⁽²⁾.

وعلى أية حال فان ما ذكرناه يمثل القاعدة العامة في أحكام القضاء الإداري، إلا أن هناك استثناء من هذه القاعدة يتمثل في أن القضاء الإداري قد سمح للملتزم الطعن بدعوى الإلغاء ضد القرارات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى سلطتها العامة المستمدة من القوانين والأنظمة وهذا ما سار عليه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، إذ قبل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (Compagnie des chemins de Fer de l'est et autres) الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن وزير الأشغال العامة التي اتخذها بناء على سلطات الضبط المخولة إليه لضمان أمن وطمأنينة السكك الحديدية والمحافظة عليها وتنظيم استعمالها واستغلالها من قبل شركات الالتزام، وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في قبول الطعن بقوله ((... يجب فحص شرعية هذه القرارات في ذاتها مع تجريدها عن العقد، ويتعين على الشركات إذا أرادت الطعن على قرارات السلطة هذه أن تلجأ إلى الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ...))⁽³⁾.

وفي مصر نجد أن محكمة القضاء الإداري قد استقرت أحكامها على قبول الطعن بدعوى الإلغاء المقدم من المتعاقد ضد القرارات التي تتخذها الإدارة بصفها سلطة عامة، من ذلك ما ورد في حكمها الصادر في (1997/1/27) من أن قرار الإدارة إذا كان ((... مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر .. قراراً إدارياً ويطعن فيه بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ... أما إذا كان .. مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له فان المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استدعاء الولاية الكاملة لهذا القضاء ...))⁽¹⁾.

أما موقف القضاء الإداري العراقي فيلاحظ انه يأخذ بقاعدة عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الإدارة في أثناء تنفيذ العقد بصورة مطلقة، ودون التمييز بين القرارات الصادرة من الإدارة بصفتها جهة متعاقدة أم بصفتها سلطة عامة. والواقع أن موقف محكمة القضاء الإداري هذا يرجع إلى التقيد بالتفسير الحرفي الضيق لنص المادة (7 - ثانياً - د) من قانون مجلس شوري الدولة، حيث أنها ترى بأن كل منازعة تنشأ أثناء تنفيذ العقد الإداري تكون خارجة عن اختصاصها

(2) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص 395.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1907/12/6) مع تعليق مفوض الدولة (تارديو/Tardeu) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 145-148.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم (2135 الصادر في 1997/1/27)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 87.

مما يتعين إحالتها إلى قاضي العقد (محاكم البداية)⁽²⁾. ونرى انه من الضروري أن لا تتقيد المحكمة بنص المادة (7) على الأقل بالنسبة للقرارات التي تتخذها الإدارة أثناء تنفيذ العقد بصفتها سلطة عامة.

نخلص مما تقدم أن شركة المشروع في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكنها أن تمارس الطعن بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ضد كافة القرارات التي تتخذها الإدارة خارج نصوص العقد، أي بالاستناد إلى سلطتها العامة، كما هو الحال بالنسبة لقرارات الضبط الإداري المخولة للإدارة بموجب هذا العقد من أجل المحافظة على النظام العام بعناصره (الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة) إذ إن شركة المشروع في إطار عقد البوت ملزمة بالتقيد بجميع قوانين الدولة المتعاقدة ومنها تلك التي تعطي الإدارة الحق في ممارسة سلطة الضبط الإداري تجاه شركة المشروع - الملتزم - للمحافظة على النظام العام في الدولة⁽³⁾. غير أن ما يلاحظ أن الإدارة مقيدة بوجوب عدم استخدام هذه السلطات كوسيلة للتدخل في شؤون المرفق محل العقد أو التأثير على سيره مستفيدة من وضعها بوصفها سلطة عامة، وإلا كان للملتزم - شركة المشروع - الحق في الطعن بالإلغاء ضد ما تتخذه الإدارة من قرارات تخرج فيها عن القوانين والأنظمة⁽⁴⁾.

ثانياً: طعون الغير في القرارات الصادرة في أثناء تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

لقد توسع القضاء الإداري في قبول الطعن بالإلغاء من الغير ضد القرارات الصادرة عن الإدارة في علاقتها مع الملتزم والتي تنطوي على مخالفة الشروط اللائحية لعقد الالتزام والتي تحدد كيفية أداء الخدمة للمنتفعين. والتسويق الغالب لمعظم فقهاء القانون الإداري يرجع حق الغير في رفع دعوى الإلغاء انطلاقاً من كون مخالفة الشروط اللائحية تعد مخالفة للمشروعية⁽¹⁾.

ويمكن القول أن الغير في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يختلف في مفهومه عما هو مستقر عليه في مجال عقود الالتزام إذ أنه قد يتمثل بالأشخاص العامة أو الخاصة الذين هم ليسوا طرفاً في العقد ولم يطلبوا الاستفادة من خدمات المرفق وهؤلاء يحق لهم الطعن بالإلغاء ضد أي قرار تتخذه الإدارة في علاقتها مع الملتزم وينطوي على إلحاق الضرر بهم⁽²⁾. كما يعد من قبيل الغير

(2) ينظر في ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة القضية رقم (21/إداري/تميز، الصادر في 2004/8/9) أشير إليه في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة للأعوام (2004-2005-2006)، إعداد صباح صادق جعفر، بغداد، 2008، ص315.

(3) لقد جاء في المادة (2) من عقد إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين في مصر على أن ((يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية)) كما ورد أيضاً في المادة (7) من عقد التزام محطة كهرباء سبدي كرير في مصر على ((.. وجوب التزام الشركة وفي جميع الأوقات بكافة القوانين المصرية ..))

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي: العقد الإداري، مصدر سابق، ص140.

(1) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص210. كذلك الدكتور انس جعفر: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص246.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف: حدود انصراف اثر العقد الإداري إلى الغير، مصدر سابق، ص125. كذلك غسان لعبي: مفهوم الغير في العقد الإداري، مصدر سابق، ص45.

المستفيدين من خدمات المرفق موضوع العقد والعاملون لدى الملتزم، وهم يحق لهم الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تتخذها الإدارة أثناء تنفيذ العقد في الأحوال الآتية:

1- الطعن بالإلغاء المقدم من المستفيدين من خدمات المرفق:

أن المستفيدين من خدمات المرفق العام يتمثلون عادة بالأشخاص طالبي الانتفاع من خدمات المرفق ممن استوفوا شروط الانتفاع بالخدمة ، كذلك الأشخاص الذين يرتبطون مع الملتزم بعقد يحدد شروط الانتفاع ، وبغض النظر عن العلاقة التي تربط المستفيدين مع الملتزم والتي هي علاقة خاصة تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية. فان لهم - للمستفيدين - الحق في رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة في علاقتها بالملتزم وذلك في حالتين:

أ // الحالة الأولى: عندما يخالف الملتزم - شركة المشروع - الشروط اللائحية المدرجة في العقد والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمستفيدين. ويحصل ذلك عندما يمتنع الملتزم عن تقديم الخدمة للمنتفع أو لا يقوم بتمكين من توافرت فيه شروط الانتفاع بالخدمة من الحصول عليها، أو ينتهك قاعدة وجوب المساواة بين المنتفعين ذوي المراكز المتشابهة⁽³⁾، فهنا يحق للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لدى الملتزم - شركة المشروع - لإجباره على احترام شروط العقد وقواعد القانون، فإذا رفضت الإدارة أو امتنعت عن الرد عَدَّ رفضها أو امتناعها قراراً إدارياً سلبياً بالرفض، ومن ثم يجوز للمنتفعين الطعن ضد هكذا قرار أمام قاضي الإلغاء⁽⁴⁾. ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الحق للمنتفعين منذ حكمه الصادر في قضية (Groix de seguey) والتي تتخلص وقائعها في أن الشركة الممنوحة التزام شبكة ترام - مدينة بوردو- قد عدلت سير الترام، لذلك كون أهالي الحي المذكور رابطة للدفاع عن مصالحهم بناء على مشورة عميد كلية الحقوق (ديجي) وقد طلبوا من مدير الإقليم التدخل لإجبار الشركة على إعادة خط سير الترام إلا أنه رفض، وإزاء رفض الإدارة لهذا الطلب فقد قاموا بالطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة - مدير الإقليم - السلبى أمام مجلس الدولة الذي قبل الطعن واستقرت أحكامه على هذه القاعدة⁽¹⁾.

(3) نصت المادة(893)من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل (1- على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور . 2- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض في الأجور أو إعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح احد عملائه مميزات يرفض منحها للآخرين . 3- وكل تمييز لمصلحة احد العملاء يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة)

(4) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص224.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1906/12/21) أشير إليه مع تقرير مفوض الدولة (روميو) في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص133-

ب // الحالة الثانية: عندما تصدر الإدارة قراراً تخالف فيه الشروط اللائحية الواردة في عقد التزام البناء والتشغيل ونقل الملكية، أو أي قاعدة قانونية أخرى تنظم حقوق المنتفعين من خدمات المرفق، ففي هذه الحالة يحق للمنتفعين الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة الصريح المخالف للقانون⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للمنتفعين بحق الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة في علاقتها بالملتزم وتتضمن مخالفة للنصوص اللائحية الواردة في عقد الالتزام، وهذا ما تأكد في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Storch) والتي تتلخص وقائعها في أن مدير مقاطعة السين قد أصدر قراراً إدارياً يخول فيه ملتزم النقل في المقاطعة استبدال العربات التي تسير على الأرض بعربات أخرى هوائية بالمخالفة لكراسة الشروط الخاصة بالالتزام وهذا ما دفع السيد (Storch) بصفته رئيساً لنقابة التجار والملاك إلى الطعن ضد قرار الإدارة مانحة الالتزام حيث قبل مجلس الدولة هذا الطعن لكونه قد صدر مخالفاً لكراسة الشروط⁽³⁾.

ويؤيد الفقه في مصر إمكانية تطبيق المبادئ الواردة في القضاء الإداري الفرنسي من مجلس الدولة المصري على الرغم من عدم وجود أحكام مباشرة بخصوص طعون المنتفعين ضد القرارات الصادرة من الإدارة في علاقتها بالملتزم والمتضمنة مخالفة لنصوص العقد طالما أن القضاء الإداري المصري يعترف في الكثير من أحكامه بالطبيعة اللائحية المنظمة للخدمة في عقد الالتزام⁽⁴⁾.

أما موقف القضاء الإداري في العراق فنرى أن من الممكن تطبيق مبدأ قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المنتفعين ضد قرارات الإدارة الصادرة بالمخالفة للنصوص اللائحية على الرغم من أن محكمة القضاء الإداري كما ذكرنا تعد أي منازعة ناشئة في أثناء تنفيذ العقد منازعة عقدية تختص بها المحاكم المدنية. إلا أنه يمكن أن نتصور قبول دعوى الإلغاء من المنتفعين بصورة غير مباشرة كما هو الحال في فرنسا ومصر، ويكون ذلك عندما يلجأ المنتفع إلى الإدارة مانحة الالتزام يطالبها باحترام نصوص العقد أو أن يطالبها بإجبار الملتزم على احترام الشروط الواردة في العقد، فإن رفضت طلبه صراحة أو ضمناً فإنه يكون من حقه الطعن ضد قرار الإدارة الإيجابي أو السلبي الناتج عن... (رفض أو امتناع الموظف أو الهيئات في دوائر الدولة.. عن اتخاذ قرار أو أمر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً) وفي هذه الحالة يمكنه أن يقدم تظلم من قرار الإدارة الصريح أو السلبي، التي عليها أن (... تبت في التظلم وفقاً للقانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها، وعند عدم البت في التظلم أو رفضه تقوم محكمة القضاء الإداري بتسجيل الطعن لديها بعد استيفاء

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص359. كذلك الدكتور عمرو

أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة Bot ، مصدر سابق، ص218.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1905/2/13) أشار إليه الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف:

حدود انصراف اثر العقد الإداري إلى الغير، مصدر سابق، ص138.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص39.

الرسم القانوني⁽¹⁾. وبذلك يمكن للمتقاع أن يستفاد من الطعن بدعوى الإلغاء ضد قرار الإدارة الصريح برفض التظلم أو الضمني في حالة عدم إجابة الإدارة لتظلمه مدة (30) يوماً⁽²⁾.

2- الطعن بالإلغاء المقدم من العاملين لدى الملتمزم - شركة المشروع - ضد القرارات الصادرة في أثناء تنفيذ عقد البوت:

من الواضح أن العاملين في المرافق العامة التي يتم إنشاؤها وإدارتها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يشغلون مركزاً قانونياً خاصاً يخضع من حيث الأصل لاحكام قانون عقد العمل الفردي الذي ينظم علاقات العمال بأرباب العمل، كما و تختص محاكم القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة بين العمال وأرباب العمل لكون العلاقة بينهما تعد علاقة خاصة⁽³⁾. غير أن الإدارة غالباً ما تحرص على ان تضمن اتفاقية الامتياز كثيراً من النصوص الخاصة بأوضاع العمال وحقوقهم، من ذلك الشروط الخاصة بالاجور وظروف العمل وضمانات الاستقرار⁽⁴⁾. وهي تحرص على ذلك بدافع المصلحة العامة التي تقتضي بان لا يُترك عمال المرافق العامة تحت رحمة الملتمزم الذي قد يسيء التعامل معهم بالشكل الذي يترتب عليه توقف سير المرفق عن اداء الخدمة.

والمسلم به هنا أن النصوص التي تدرجها الإدارة لمصلحة العاملين في المرفق غالباً ما تكون مستمدة من قوانين الدولة، لذلك فهي تحمل الصفة اللائحية مما يستوجب على الملتمزم احترامها والتقييد بها في علاقته بعماله⁽¹⁾. من اجل ذلك فقد استقرت أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا ام في مصر على قبول الطعن بالإلغاء المقدم من عمال المرفق ضد القرارات الادارية الصريحة او الضمنية التي تتضمن خروجاً على الشروط المقررة لمصلحة العمال⁽²⁾. على أن ما يلاحظ هنا هو اختلاف موقف مجلس الدولة الفرنسي عن موقف مجلس الدولة المصري فيما يخص صفة الطاعن بالإلغاء ضد هذه القرارات. أما موقف القضاء الإداري الفرنسي فيلاحظ انه يقبل الطعن بدعوى الإلغاء من نقابات العمال لا العمال بصفتهم الفردية انطلاقاً من ان العمال ليس لهم إلا الالتجاء إلى

(1) ينظر في ذلك الفقرتان (هـ، و) من البند (ثانياً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

(2) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي: سكوت الإدارة العامة في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 1994، ص 89.

(3) ينظر المواد (137-147) من قانون العمل العراقي رقم (71 لسنة 1987) والتي تتعلق بالية فض منازعات عقود العمل أمام المحاكم العادية (محكمة العمل أو محاكم البداة).

(4) وهذا ماورد في عقد امتياز إنشاء وتشغيل ونقل مشروع معالجة المياه في الكويت حيث جاء في المادة (2) التأكيد على وجوب قيام الملتمزم بالتأمين على عمال المرفق وتعويضهم عن كافة الأضرار مع وجوب التقيد بكافة قوانين العمل والضمان.

(1) في هذا الشأن نصت الفقرة (ثامناً) من المادة (14) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 على إن من أهم التزامات المستثمرين في العراق ما يأتي (...تدريب مستخدميه من العراقيين وتأهيلهم وزيادة كفاءتهم ورفع مهاراتهم وقدرتهم وتكون الأولوية لتوظيف واستخدام العاملين العراقيين) .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، ج 2، مصدر سابق، ص 68.

قاض عقد العمل (المدني) ولهم ان يستفيدوا من النصوص الموضوعية لمصلحتهم استناداً إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي تخول العامل دعوى مباشرة ضد الملتزم، أما النقابات فأنها تمثل الجميع ولها مصلحة محققة في رفع دعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة الإيجابية (المخالفة للنصوص) أو السلبية المتضمنة مخالفة للنصوص اللائحية التي تتضمنها اتفاقية الالتزام، ومن ثم فهي - النقابة - توفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادي⁽³⁾.

أما القضاء الإداري في مصر فإنه يجيز للعمال أنفسهم - بصفتهم الفردية - الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة المخالفة للنصوص اللائحية المدرجة في عقد الالتزام، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في (1963/3/21) في قضية تتلخص وقائعها في شركة سحب التزامها واسند إلى شركة أخرى، وقد تم النص في عقد الالتزام الجديد على شرط يلزم الشركة الجديدة باستخدام عمال الملتزم السابق، وقد طلب أحد عمال الملتزم الأول من الإدارة إصدار قرار لإلزام الشركة باستخدامه، وإزاء رفض الإدارة لطلب العامل، قام بالطعن ضد قرارها السلبي مطالباً بإلغاء القرار والتعويض عما أصابه من أضرار، وقد قبلت محكمة القضاء الإداري النظر بالطعن انطلاقاً من حكم القانون الذي يعد رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً بمثابة قرار إداري يجوز الطعن فيه بالإلغاء⁽⁴⁾.

أما موقف القضاء العراقي من إمكانية طعن العمال ضد قرارات الإدارة مانحة الالتزام المخالفة لنصوص العقد اللائحية فنجد أنه يسير من حيث المبدأ على قاعدة خضوع كافة منازعات عقد العمل لاختصاص المحاكم العادية (محاكم البداية - محاكم العمل)⁽⁵⁾. ومع ذلك نرى أنه ليس هناك ما يمنع محكمة القضاء الإداري في العراق من قبول الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة الصريحة أو السلبية الناتجة عن رفضها التدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط العقد الخاصة بعمال المرفق العام.

ونشير أخيراً أن الغير (المنتفعين بالمرفق أو عمال المرفق) يمكنهم دائماً الاستفادة من حكم الإلغاء لمنازعة الملتزم أمام القضاء العادي استناداً إلى العلاقة الخاصة بينهما، وهنا يكون للقاضي المدني الحق في ترتيب آثار الحكم كافة، مع إلزام الملتزم بتنفيذه وتعويض المتضرر بأثر رجعي⁽¹⁾. وخلاصة الأمر نرى أن دعوى الإلغاء في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن أن تشكل مجالاً واسعاً في كافة مراحل هذا العقد وهذا ما يجعل لقضاء الإلغاء دوراً متميزاً في تسوية المنازعات الناشئة عنه.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص 68.

(4) أشار إليه الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، ج 2، مصدر سابق، ص 69.

(5) ينظر في ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي في القضية (21/ إداري/تميز) الصادر في (2004/8/9) مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة للأعوام (2004-2006)، مصدر سابق، ص 403.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مصدر سابق، ص 68.

المطلب الثالث

اثر إلغاء القرارات القابلة للانفصال على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

ذكرنا أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن أن يقدم من الغير، وقد يُقدم من الملتزم، فإذا ما تم إلغاء احد هذه القرارات - وبخاصة الصادرة أثناء تكوين العقد - نتيجة طعون الغير، فانه قد تكون من مصلحة الغير التمسك بهذا الحكم للتوصل إلى إلغاء العقد . ومقابل ذلك فان أطراف العلاقة التعاقدية - الإدارة والملتزم - قد تقتضي مصلحتهم بالإبقاء على العقد لكون الإدارة لا ترغب في إعادة إجراءات التعاقد الطويلة والمعقدة، كما انه ليس من مصلحة الملتزم التمسك بحكم إلغاء صادر نتيجة طعن غيره. من هنا ثار التساؤل حول ما إذا كان بإمكان الغير إجبار الإدارة على إبطال العقد استناداً إلى إلغاء القرار الإداري الذي يستند عليه العقد ؟

في الواقع أن المبدأ الذي كان سائداً في فرنسا وما زال موجوداً في مصر يقضي بان إلغاء احد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ليس له اثر مباشر على العقد، فهذا العقد يظل قائماً ومنتجاً لآثاره طالما لم يتم الطعن فيه من قبل أحد طرفيه. وقد ظهر هذا المبدأ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الصادر في قضية (مارتان) والذي أوضح مفوض الدولة روميو من خلاله بان العقد لا يتأثر بحكم الإلغاء بل يظل سارياً حتى يتم إبطاله من قاضي العقد مؤكداً على أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة هي قيمة نظرية⁽²⁾.

كما تأكد هذا المبدأ في أحكام القضاء الإداري المصري منذ بداية إنشائه، بل واستقرت أحكامه القديمة منها والحديثة على أن حكم الإلغاء لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا تم التمسك به أمام قاضي العقد وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري بقولها ((...ومن حيث لا يقدح فيما تقدم من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد مادام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، ذلك لان مناط الاختصاص هنا هو التأكد فيما إذا كان هناك قرار إداري يكون محلاً للطعن بالإلغاء أم لا))⁽¹⁾. وفي المعنى نفسه ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة المتضمن عدم السير في توقيع العقد مع المدعي إلا أن المحكمة امتنعت عن قبول طلب المدعي بإلزام الإدارة بإلغاء العقد مستندة في ذلك إلى ((... ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة انه من غير الجائز إصدار القضاء أمراً لجهة الإدارة لاتخاذ إجراء يدخل في شؤونها ...))⁽²⁾.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1905/8/4) مع تقرير مفوض الدولة (روميو)، مجموعة مرسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مصدر سابق، ص 125-128.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في (1947/11/25) أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 201.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (1258 الصادر في 2001/5/8)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 164.

غير أن هذا المسلك من القضاء الإداري قد انتقده الفقه بشدة انطلاقاً من أن القرار الإداري القابل للانفصال والذي قُضي بإبطاله هو جزء من العملية العقدية المركبة ويترتب عليه صحة العملية بأكملها، لذا فإن من غير المنطقي أن يظل العقد قائماً وناظراً على الرغم من إلغاء جزء منه وهو القرار القابل للانفصال⁽³⁾.

وإزاء منطقية الانتقادات الفقهية فإن مجلس الدولة الفرنسي أخذ يسير حقيقة باتجاه جديد يقوم على أن الحكم بإلغاء القرارات المشاركة في تكوين العقد الإداري تؤدي إلى بطلانه بصورة مفترضة وهذا مايتضح من رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضية (socio penerge) تفسير كراسة شروط عقد الالتزام استناداً إلى سبق صدور حكم بإلغاء قرار التصديق عليه لصدوره من جهة غير مختصة⁽⁴⁾.

وتماشياً مع ضرورة ضمان تنفيذ أحكام القضاء الإداري وإعلاءً لحجية الشيء المقضي به فقد تخلص مجلس الدولة الفرنسي من قاعدة عدم تأثير حكم الإلغاء على العقد مباشرة، وقد كان ذلك في مطلع عقد التسعينيات من القرن العشرين إذ اصدر مجلس الدولة الفرنسي حكماً في عامي (1993, 1994) تضمناً إمكانية ترتيب آثار حكم الإلغاء مباشرة وإن لم يطلب أحد أطراف العقد ذلك⁽⁵⁾. كما منح المشرع الفرنسي لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية سلطة توجيه الأوامر للإدارة والأشخاص المكلفة بإدارة مرفق عام لاتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكام القضاء الإداري، وكذلك إمكانية الحكم على الإدارة بغرامة تهديديه لضمان تنفيذ أحكام القضاء الإداري، بل وأكثر من ذلك فإن المشرع الفرنسي قد اعترف للقضاء الإداري وبصفة مستعجلة سلطة إصدار أوامر إلى الجهات الإدارية بناء على طلب صاحب الشأن تلزم الإدارة باحترام القواعد القانونية المتعلقة بالإعلان عن إجراءات العقود التي تبرمها الإدارة وتحقيق المساواة والمنافسة العادلة بين المرشحين للتعاقد، وهذا ما ورد في نصوص القانون الفرنسي رقم (125) الصادر في (8/2/1995)⁽¹⁾. وأيضاً فإن المشرع الفرنسي قد أجرى إصلاحاً قضائياً في (30/6/2000) وسع بمقتضاه سلطات القاضي الإداري إذ خوله الحق في توجيه أوامر مقترنة بتوقيع غرامة تهديديه بناء على طلب يوجه له من صاحب المصلحة يتضمن الطعن بوجود خرق في التزامات العلانية والمنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام. والتي من بينها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. أو

(3) ينظر في ذلك الدكتور نواف سالم كنعان: المبادئ التي تحكم تنفيذ أحكام الإلغاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع السنة الخامسة والعشرون، جامعة الكويت، 2001، ص 248.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1/3/1946) أشار إليه الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص 86.

(5) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 164.

(1) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 121.

مخالفة الإجراءات السابقة في هذه العقود، وإن يأمر بإرجاء توقيع العقد حتى ميعاد الدعوى ولمدة (20 يوم) كحد أقصى⁽²⁾.

وبذلك نجد أن التطور التشريعي في فرنسا يعد بمثابة انقلاباً على القواعد التقليدية التي كانت تمنع القضاء الإداري من توجيه الأوامر إلى الإدارة أو الحكم عليها بغرامة تهديديه لترتيب نتائج حكم الإلغاء⁽³⁾.

وعلى أية حال فإن المبادئ التي تضمنها هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال اثر حكم الإلغاء على العقد الإداري تتمثل بما يأتي:

1// النظر إلى السبب الذي استند إليه حكم الإلغاء. فإذا كان سبب إلغاء القرار القابل للانفصال يرجع إلى وجود عيب في القرار نفسه فإن التزام الإدارة بإبطال العقد يختلف بحسب العلاقة بين القرار والعقد، فكلما كانت علاقة القرار بالعقد مباشرة كلما كان هناك مبرراً لإلغاء العقد وترتيب نتائج حكم الإلغاء. وتطبيقاً لذلك فإن إلغاء قرار التوقيع على العقد أو قرار إبرامه يؤدي إلى أمكانية التوصل لإلغاء العقد أكثر من حالة إلغاء القرار الصادر بالمخالفة لشروط شكلية (كعدم التصديق من جهة مختصة) إذ إن في هذه الحالة يمكن أن تتخذ الإدارة قراراً آخر تصح فيه أجراءاتها السابق، أما إذا كان سبب إلغاء القرار القابل للانفصال يرجع إلى عدم مشروعية العقد فهنا لا يمكن تجاهل أن بطلان العقد هو الذي أدى إلى عدم مشروعية القرار المتصل به، مما يعني أن الإدارة ملزمة بإبطال العقد في هذه الحالة⁽¹⁾.

2// يمكن للغير أن يتوصل إلى إلغاء العقد استناداً إلى سبق إلغاء القرار القابل للانفصال وذلك من خلال توجيه طلب إلى الإدارة لترتيب اثر حكم الإلغاء، فإن رفضت الإدارة جاز له اللجوء إلى قاضي الإلغاء بطلب توجيه أوامر إلى الإدارة أو الحكم عليها بغرامة تهديديه حتى تتخذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ حكم الإلغاء من خلال لجوءها إلى قاضي العقد وإعمال اثر الإلغاء على العقد⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية (شركة هيرتز فرانس) التي تتلخص وقائعها في أن ((مدير مطار باريس قد أبرم عقداً مع عدد من الشركات المتخصصة في تأجير السيارات للمسافرين القادمين إلى فرنسا من الخارج، واستند في إبرام العقد إلى تفويض صادر إليه عن مجلس إدارة المطار بتاريخ (19/3/1998)، غير أن إحدى الشركات - شركة هيرتز فرانك - التي كانت

(2) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامرها للإدارة، المصدر نفسه، ص 121.

(3) يلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد اتخذ موقفه التقليدي في عدم توجيه أوامر إلى الإدارة في ظل الظروف التاريخية التي واكبت الثورة الفرنسية، وما رافقها من نصوص تشريعية أرست مبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والوظائف القضائية مما نتج عن ذلك قاعدة أن القاضي الإداري يقضي ولا يدير. لمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك د. يسري محمد العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة وحظر الحلول محلها وتطوراته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 28 وما بعدها.

(1) ينظر في ذلك الدكتور حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مصدر سابق، ص 115.

(2) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق الساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 168.

متقدمة للتعاقد مع مطار باريس طعنت بالإلغاء أمام مجلس الدولة ضد قرار إبرام العقد مع غيرها من الشركات بوصفه قرار قابل للانفصال واستندت في طعنها إلى عدم مشروعية القرار لاستناده على تفويض باطل حيث أن الأنظمة القانونية التي يخضع لها المطار بوصفه من المؤسسات العامة لا تتضمن نص يجيز التفويض، وبالفعل قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار، كما وجه أمر إلى الإدارة باتخاذ الإجراء اللازم من أجل إلغاء العقد في مهلة شهرين من إعلان الحكم وذلك إما عن طريق التسوية الودية مع الشركات المتعاقدة وأما عن طريق رفع دعوى بطلان العقد أما قاضي العقد⁽³⁾.

وهكذا نجد أن القضاء الإداري الفرنسي أصبح في الوقت الحاضر يأخذ بمبدأ ترتيب اثر حكم الإلغاء مباشرة أو من خلال إلزام الإدارة بالجوء إلى قاضي العقد لترتيب اثر حكم الإلغاء، بغض النظر عما إذا كان الطعن بإلغاء القرار المنفصل قد كان مقدم من المتعاقد أم الغير.

أما موقف القضاء الإداري العراقي فنجد انه قد اتخذ في الواقع موقفاً مغايراً للموقف الذي كان سائداً في فرنسا ومازال في مصر فيما يتعلق بأثر حكم الإلغاء، حيث أنه لم يتقيد بفكرة حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة وحظر الحلول محلها وإنما على العكس من ذلك أقر بسلطته بتوجيه الأوامر الصريحة للإدارة لتنفيذ حكم الإلغاء كذلك سلطته في الحلول محلها عن طريق تعديل القرارات الإدارية المطعون فيها أمامه، وهذا يعني أنه يمكن أن يسير على ترتيب نتائج حكم الإلغاء الصادر ضد القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد الإداري وهو ما يتضح لنا من الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري الذي عمدت من خلاله إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإحالة المزايدة على احد المزايدين بسبب بطلان إجراء المزايدة وتعسف الإدارة في ذلك، مع إلزام الجهة الإدارية بوجوب القيام بإجراء معين لترتيب اثر حكم الإلغاء يتمثل بوجوب إجراء مزايدة جديدة⁽¹⁾.

ونود أن نشير في هذا الصدد أن تبني القضاء الإداري العراقي- سواء محكمة القضاء الإداري أم مجلس الانضباط العام الذي يمارس وظائف القضاء الإداري في مجال الوظيفة العامة- لموقفه المتمثل بترتيب نتائج حكم الإلغاء من خلال توجيه الأوامر الصريحة للإدارة أو الحلول محلها عن طريق تعديل القرار الإداري على النحو الذي يراه متفقاً مع أحكام القانون يمكن إرجاعه إلى عاملين أساسيين: **العامل الأول:** يتمثل بتأثر القضاء الإداري العراقي بموقف القضاء العادي الذي كان يتولى مهمة الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة بحكم ولايته العامة قبل إنشاء محكمة القضاء الإداري عام(1989)، حيث كان القضاء العادي غالباً ما يذهب إلى تضمين أحكامه الإجراءات التي يتعين

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1999/3/26) أشار إليه الدكتور يسري محمد العصار: مبدأ حظر

توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة وحظر الحلول محلها وتطورات الحديثة، مصدر سابق، ص 297.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (121/ قضاء إداري) الصادر في (1990/11/28) أشار إليه

عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي: تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق، مصدر سابق،

على الإدارة أتباعها دون أن يتردد في توجيه الأوامر إليها لتنفيذ الحكم الصادر ضدها⁽²⁾. أما العامل الثاني: والأهم فهو المشرع نفسه وذلك عندما نص على تخويل القضاء الإداري سلطة تعديل القرار الإداري المطعون فيه سواء أمام محكمة القضاء الإداري أم مجلس الانضباط العام، فقد جاء في المادة (7/ثانياً/ط) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65 لسنة 1979 المعدل) على أن ((تبت المحكمة في الطعن المقدم إليها ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى ويكون قرارها قابلاً للطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة...))⁽³⁾. كما نصت المادة (15) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14 لسنة 1991 المعدل) على أن يختص المجلس ((أولاً:النظر في الاعتراضات على قرارات فرض العقوبات....وله أن يقرر المصادقة أو تخفيض العقوبة أو إلغائها)).

وواضح من النصين أعلاه أن المشرع أعطى للقضاء الإداري العراقي سلطة لا يملكها نظيره في فرنسا ومصر ألا وهي سلطة تعديل القرار الإداري، وتفسير هذا الأمر قانونياً ولغوياً يستوجب القول إن القضاء الإداري العراقي يملك سلطة الحلول محل الإدارة في التصرف في القرار الإداري تصرفاً يتناول الوقائع والقانون معاً، وهذا ما يتضح في العديد من الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام⁽¹⁾.

(2) ينظر في ذلك أبو بكر أحمد عثمان: حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص 160.

(3) تجدر الإشارة هنا إلى أن الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة لم يعد لديها الاختصاص في نظر الطعون التمييزية ضد قرارات محكمة القضاء الإداري وذلك منذ صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30 لسنة 2005) الذي نص في المادة (4/ثالثاً) منه على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في (النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري). ينظر نصوص هذا القانون منشورة في الوقائع العراقية العدد (3696) بتاريخ (17/3/2005). والحقيقة إننا لا نؤيد مسلك المشرع العراقي في إعطاء سلطة الرقابة على أحكام و قرارات محكمة القضاء الإداري للمحكمة الاتحادية العليا بعد أن كانت معقودة للهيئة العامة لمجلس شوري الدولة ونعتقد أن هذا المسلك مخالف للدستور، نظراً لأن المادة (93) من الدستور الحالي الصادر عام (2005) أشارت إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية ولم يورد نص يعطي هذه المحكمة الاختصاص المذكور أعلاه. عليه نرى ضرورة تدخل المشرع لتصحيح الوضع غير الدستوري وإعادة اختصاص الرقابة على أحكام محكمة القضاء الإداري للهيئة العامة لمجلس شوري الدولة لكون اختصاصها ينسجم حقيقة مع طبيعة عمل محكمة القضاء الإداري، عكس المحكمة الاتحادية العليا التي عادةً ما يتصل اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة والقيام بتفسيرها.

(1) ومن الأمثلة على ذلك حكم محكمة القضاء الإداري رقم (11/الصادر في 31/3/2004) الذي ألغت المحكمة من خلاله قرار مديرية التسجيل العقاري المتضمن رفض تسجيل العقار الذي اشتراه المدعي باسمه وقررت إلزام المدعي عليه إضافة لوظيفته بتسجيل معاملة الشراء باسم المدعي. (حكم غير منشور). وفي حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري رقم (61/الصادر في 1/9/2004) قضت المحكمة بإلغاء قرار وزارة الإسكان المتضمن رفض تملك المدعية للعقار الذي تشغله... استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (2/لسنة 2002) والزم المدعي عليه - وزير الإسكان إضافة لوظيفته - بتمليك العقار للمدعية... (حكم غير منشور). ومن تطبيقات مجلس الانضباط العام بشأن توجيه الأوامر نذكر ما جاء في قراره المرقم (435/الصادر في 16/3/2006) الذي قضى فيه بإلغاء قرار وزير الاتصالات المتضمن إحالة المدعي إلى التقاعد مع إلزام المدعي عليه إضافة لوظيفته بإعادة المدعي إلى الوظيفة. أشير إلى هذا الحكم في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة للأعوام (2004-2006)، مصدر سابق، ص 353.

وفي هذا الشأن ينتقد جانب من الفقه العراقي موقف المشرع والقضاء الإداري المتضمن الاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه الأوامر للإدارة وسلطة الحلول محلها من خلال تعديل القرار الإداري المطعون فيه ، إذ إنه يرى ذلك تدخلاً من جانب القضاء الإداري في مجالات تدخل في صميم اختصاص الإدارة⁽²⁾.

ومن جانبنا نعتقد أن هذا الرأي يعد صائباً في الشق المتعلق بسلطة القضاء الإداري في تعديل القرار الإداري نظراً لأن هذه السلطة تجعل القضاء الإداري يحل محل الإدارة في ممارسة اختصاصها وهذا ما يشكل خرقاً واضحاً لمبدأ الفصل بين السلطات خاصة وأن القضاء الإداري قد لا يقف عند سلطة التعديل الجزئي للقرار وإنما يذهب في بعض الأحوال إلى حد التعديل الكلي للقرار الإداري. أما فيما يتعلق بممارسة القضاء الإداري العراقي لسلطة توجيه الأوامر للإدارة فنعتقد إن هذا المسلك يعد صائباً بل ويتمشى مع التطورات الحديثة التي لحقت بسلطة القاضي الإداري الفرنسي . بل نرى أن دعوى إلغاء القرارات القابلة للانفصال يمكن أن تكتسب أهمية كبيرة في مجال عقد البناء والبناء والتشغيل ونقل الملكية وسائر العقود الإدارية عندما يكون من الممكن التوصل إلى النتيجة والهدف المنشود من هذه الدعوى.

(2) ينظر في ذلك الدكتور غازي مهدي فيصل: الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الثاني، 2002، ص 100.

المبحث الثاني

دور القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

ذكرنا أن اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية يمكن إرجاعه إلى نوعين رئيسيين هما: قضاء الإلغاء والقضاء الكامل. وقد لاحظنا أن قضاء الإلغاء لا يختص من حيث الأصل في منازعات العقود الإدارية، إلا أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر أم العراق قد أعطى لقضاء الإلغاء أثراً لا يستهان به في مجال المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وقد تمثل ذلك بقبوله الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالصورة التي أوضحناها في المبحث السابق.

وعلى الرغم من عد دعوى الإلغاء من الوسائل الفعالة لاحترام مبدأ المشروعية لكنها في حقيقة الأمر ليست موجهة إلى العقود الإدارية، نظراً لكونها لا تتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي غالباً ما تنطوي على المطالبة بحقوق شخصية، الأمر الذي تطلب بالضرورة وجود قضاء آخر أو بالأحرى وجود دعوى أخرى غير دعوى الإلغاء يمكن للقضاء الإداري أن يمارس اختصاصه من خلالها بصورة تتلاءم مع طبيعة المنازعات العقدية وبشكل يؤمن الحماية الكاملة لإطراف العقد الإداري وبخاصة الطرف المتعاقد مع الإدارة. من هنا فقد سار الفقه والقضاء الإداريين على مبدأ إخضاع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لاختصاص القضاء الإداري الكامل أو كما يعبر عنه بالقضاء الشخصي. وقد أصبح هذا المبدأ يمثل القاعدة العامة المستقر عليها بصدد منازعات العقود الإدارية بحيث لا يخرج عن هذا الاختصاص سوى فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

ومن أجل تسليط الضوء على دور القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه أحد العقود الإدارية سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول التعريف بمبدأ اختصاص القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية ثم نبين في المطلب الثاني أهم مجالات اختصاص القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

المطلب الأول

التعريف بمبدأ اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية

يعرف القضاء الكامل بأنه قضاء شخصي يطالب فيه المدعي خصمه بحق ذاتي، وهو بهذا المعنى ينصب على المطالبة بحقوق شخصية لرافع الدعوى الذي يسعى إلى مخاصمة الإدارة من أجل تحديد مركزه القانوني وبيان الحل السليم للمنازعة المطروحة، فيكون للقاضي سلطات واسعة لا تقتصر على بيان مشروعية التصرف الإداري بل إنها قد تمتد إلى القيام بتعديله أو الحكم بالتعويض

عن الأضرار الناجمة عنه⁽¹⁾. ويلاحظ أن أهمية وجود القضاء الكامل إلى جانب قضاء الإلغاء في مجال المنازعات الإدارية وبحسب ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي (دوجي) والكثير من الفقهاء تكمن في اختلاف طبيعة المنازعات الإدارية المعروضة على القضاء الإداري، وبمعنى آخر اختلاف طبيعة المركز القانوني الذي يؤسس عليه المدعي دعواه⁽²⁾. وعلى هذا الأساس فإن المنازعات الإدارية كانت تدخل في اختصاص قضاء الإلغاء عندما تكون منصبة حول تهديد المراكز القانونية الموضوعية التي يشغلها الأفراد أو الاعتداء عليها، أي عندما تستهدف مخاصمة الأعمال القانونية التي تشوبها عيوب عدم المشروعية وهذا ما يتضح في مجال المنازعات الناشئة عن المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية. أما المنازعات التي تنطوي على الاعتداء أو التهديد بالاعتداء على المراكز القانونية الشخصية للأفراد أي التي تستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد فهي تدخل في اختصاص القضاء الإداري الكامل⁽³⁾.

واستناداً إلى هذه الفكرة في تقسيم ولاية القضاء الإداري بحسب طبيعة المنازعة الإدارية، فقد استقر الرأي في القانون الإداري على أن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية هي منازعات شخصية تستند على حالات الاعتداء أو التهديد بالاعتداء على المركز القانوني الشخصي للمتعاقد ومن ثم فإن سلطة القاضي الإداري على هذه المنازعات يجب أن تكون سلطة قضاء كاملة لكون هذا الأمر يتناسب مع طبيعة تلك المنازعات فيما يخص ارتباطها بالحقوق المكتسبة لطرفي العقد الإداري⁽⁴⁾.

وبمعنى أكثر تفصيلاً فإن الأساس القانوني لاختصاص القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية يكمن في أن هذه المنازعات تمثل في الواقع خصومة حقيقية بين الإدارة والمتعاقد معها تنشأ في الغالب عن الحالات التي تنطوي على الاعتداء على الحقوق الشخصية التي تنظمها أحكام العقد الإداري، فالسبب الذي تقوم عليه هذه المنازعات عادة ما يأتي نتيجة مخالفة النصوص العقدية، أو ارتكاب خطأ من قبل أحد المتعاقدين أو الخلاف حول تفسير بنود العقد أو قيام عارض من عوارض التنفيذ كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة وهذا ما يقتضي أن يكون للقاضي في منازعات العقود الإدارية سلطات واسعة تمكنه من ترتيب جميع النتائج القانونية على الوضع غير المشروع، ومن ثم

(1) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968، ص 11.

(2) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، مصدر سابق، ص 219. كذلك الدكتور حسن السيد بسيوني: دور القضاء الإداري في المنازعات الإدارية، عالم الكتاب، القاهرة، 1981، ص 239.

(3) ينظر في تفصيل ذلك الدكتور انس جعفر: دعاوى الإدارية، مركز القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 2000، ص 19 وما بعدها.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمود محمد حافظ: القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 549. كذلك الدكتور عبد الرحمن نورجان الأيوبي: القضاء الإداري في العراق (حاضره ومستقبله)، دار ومطابع الشعب، بغداد، 1965، ص 121.

فان له فحص الوقائع والقانون وممارسة سلطة الرقابة وإصلاح الأعمال الخاطئة أو غير المشروعة كما له أن يقرر التزامات على عاتق احد طرفي العقد وحقوقاً للطرف الآخر⁽¹⁾.

وعموماً فان أحكام القضاء الإداري قد سارت على هذا الأساس في تفسير المبدأ الذي يقضي بإخضاع منازعات العقود الإدارية لاختصاص القضاء الكامل. ففي فرنسا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعتمد في بادئ الأمر التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل بل كان يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري، غير أن ذلك كان في المرحلة التي لم تكن فيها التفرقة بين الدعويين قد ظهرت بوضوح⁽²⁾. لذلك فانه سرعان ما عدل عن قضائه السابق منذ صدور حكمه في قضية (Levieux) عام (1899) والذي رفض فيه الطعن بدعوى الإلغاء في مجال المنازعات العقدية سواء قدم الطعن من المتعاقد أم من الغير، مؤكداً على إن الطلبات التي تستند إلى نصوص العقد الإداري تبقى هي القانون الذي يحكم العلاقة بين أطرافه ومن ثم لا يستطيع أطرافه التمسك بدعوى أخرى غير دعوى العقد⁽³⁾. ومنذ ذلك التاريخ تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي وأصبح مبدأ انتماء دعوى العقود الإدارية إلى ولاية القضاء الكامل يعد بمثابة القاعدة المستقرة في قضائه سواء أكان الأمر يتعلق بمسؤولية الإدارة تجاه المتعاقد نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أم كان الأمر يتعلق بمسؤولية المتعاقد مع الإدارة لإخلاله بالتزاماته قبلها⁽⁴⁾. وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه بقوله ((ومن حيث أن السيد (Berzowshi) يرتبط مع الإدارة بعقد،فانه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهتها بأي دعوى خلاف دعوى العقد للحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به))⁽⁵⁾. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه على أن منازعة المتعاقد للإدارة بشأن ما تتخذه من قرارات ترتبط بتنفيذ العقد أو إنهائه إنما يجب رفعها أمام قاضي العقد بناء على دعوى العقد وليس بناء على دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء⁽⁶⁾.

ومن الجدير بالإشارة أن قاضي العقد الذي يمارس سلطة القضاء الكامل في فرنسا قد كان يتمثل بمجلس الدولة الفرنسي بوصفه صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية فضلاً عن

(1) ينظر في ذلك الدكتور اعاد علي حمود القيسي: القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر، عمان، 1999، ص110. كذلك الدكتورة شادية إبراهيم المحروقي: الإجراءات في الدعوى الإدارية، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص205.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص46.
(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1899/5/19) أشار إليه الدكتور محمد عبد العال السناري: مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص60.

(4) ينظر في ذلك الدكتور مجدي عز الدين يوسف: مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع السنة العشرون، جامعة الكويت، 1996، ص336. كذلك الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: الدعاوى الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص49.

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1976/12/4) أشار إليه الدكتور مجدي عز الدين يوسف: مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، مصدر سابق، ص340.

(6) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص100.

مجالس الأقاليم التي منحها قانون (1797) ولاية النظر في منازعات عقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة، كما أصبحت صاحبة الاختصاص في نظر كافة المنازعات المتعلقة بعقود الهيئات اللامركزية وفقاً للمرسوم الصادر سنة 1934⁽¹⁾. وبعد صدور مرسوم (1953/9/30) أصبح مجلس الدولة الفرنسي محكمة ذات اختصاص محدود في حين أصبحت مجالس الأقاليم التي أخذت تسمى طبقاً لهذا المرسوم بالمحاكم الإدارية صاحبة الاختصاص العام في منازعات العقود الإدارية على أن تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة، وقد استمر التنظيم القضائي الإداري في فرنسا على هذا النحو حتى صدور قانون (1987/12/31) الخاص بإنشاء المحاكم الإدارية الاستئنافية، فأصبحت المحاكم الإدارية الإقليمية تمثل قاضي أول درجة بالنسبة للمنازعات العقدية، على أن تستأنف أحكامها أمام محاكم الاستئناف الإدارية وكل هذا يتم تحت رقابة مجلس الدولة⁽²⁾.

وفيما يخص موقف القضاء الإداري في مصر من فكرة إخضاع منازعات العقود الإدارية لسلطة القضاء الكامل فإننا نجد أن محكمة القضاء الإداري قد جرى قضاؤها على تفسير نص المادة (11/10) من قانون مجلس الدولة رقم (47 لسنة 1972) ومثله في القوانين السابقة للمجلس منذ عام (1955) تفسيراً واسعاً، إذ أرسى مبدأ مقتضاه امتداد اختصاصها بكل ما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن جميع العقود الإدارية وذلك بمقتضى الاختصاص الكامل الذي يشمل أصل المنازعة وما يتفرع عنها، ومن أوضح أحكامها في هذا الخصوص حكمها الصادر في (1956/11/18) الذي جاء فيه ((... لم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بعملية التعاقد ابتداءً من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي تنشأ عنها وأصبح ... اختصاصها مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات ... في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكاملة في عناصر العملية بأسرها يستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة، طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري ...))⁽³⁾. وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن ((قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها المتعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل التعاقد معها إنما تدرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة حتى لو انصب النزاع على طلب المتعاقد إلغاء قرار إداري ... ذلك لأن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً

(1) ينظر في ذلك الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مصدر سابق، ص 64.

(2) ينظر في ذلك عصام عبد الوهاب البرزنجي: توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما، بحث مقدم إلى بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، بغداد، 1999، ص 10، 11.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم (1180 لسنة 10 ق الصادر في 1956/11/18) أشير إليه في مجموعة الدكتور ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص 107، 108.

للعقد كالتقرارات الخاصة بجزء من الجزاءات التعاقدية أو فسخه أو إنهائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد، .. وبالتالي فإن المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس استدعاء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ومن ثم فلا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء⁽¹⁾. كما قضت في حكم آخر بقولها ((...أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري وبجميع ما يتفرع عنها، وبهذه المثابة لا يقتصر اختصاص المحكمة مصدرة الحكم المطعون به على التصدي لبحث حقوق الطاعن المطالب فيها بل يمتد إلى بحث مستحقات الجهة الإدارية المطعون ضدها للوصول إلى استجلاء وجه الحق في دعوى الطعن (...))⁽²⁾.

هذا ومن الجدير بالملاحظة أن ممارسة دور القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية بمصر قد كان معقوداً إلى محكمة القضاء الإداري دون غيرها ومن ثم فهي كانت تمارس في الوقت نفسه دورها كقاضي إلغاء وقاضي العقود الإدارية على أن ممارسة قضاء العقود قد كان يتم بمقتضى سلطتها الكاملة. وفي ظل قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم (47 لسنة 1972) فإن المشرع قد ادخل تعديلاً جعل بمقتضاه اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية مشتركاً بين محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية⁽³⁾. غير أن اختصاص المحاكم الإدارية قد كان مقتصراً على المنازعات التي لا تتجاوز قيمتها (خمسمائة جنيه مصري)⁽⁴⁾. من جانب آخر فإن أحكام المحاكم الإدارية كانت جميعها قابلة للاستئناف أمام محكمة القضاء الإداري، وهذا يعني أن بإمكان الأخيرة أن توحيد مبادئها بشأن منازعات العقود الإدارية وذلك تحت رقابة المحكمة الإدارية العليا⁽⁵⁾.

أما موقف القضاء الإداري العراقي فقد لاحظنا أن المشرع العراقي قد حصر اختصاص محكمة القضاء الإداري في النظر بصحة الأوامر والقرارات الإدارية التي لم يرسم القانون طريقاً للطعن فيها أو الاعتراض عليها بحيث أخرج من اختصاصها النظر في منازعات العقود الإدارية، باستثناء المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال بالصورة التي أوضحناها سابقاً. وقد ذهب جانب من الفقه العراقي إلى إمكانية ممارسة محكمة القضاء الإداري في العراق سلطة القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية لكون هذه المنازعات تشكل بيئة خصبة لإنماء قواعد القانون الإداري في العراق⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (2348) الصادر في (1995/3/7)، أشير إليه في مجموعة

الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص170.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم (683 لسنة 36 الصادر في 1994/11/29)، أشير إليه في

مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص113.

(3) ينظر في ذلك المادتان (10، 13) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.

(4) ينظر في ذلك الفقرة (3) من المادة (14) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.

(5) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص318.

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص28.

غير أننا لا يمكن أن نأخذ بوجهة النظر هذه وذلك لصراحة نص المشرع العراقي في تحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري بصحة الأوامر والقرارات الإدارية دون منازعات العقود الإدارية وهو التفسير الذي اعتمدته محكمة القضاء الإداري في العديد من أحكامها نذكر من ذلك ما ورد في حكمها الصادر في (1990/9/26) الذي جاء فيه ((... أن هذه المحكمة لا تنتظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود سواء كانت عقود إدارية أم مدنية))⁽²⁾. كما ذهبت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة إلى الاتجاه ذاته بقولها ((... وحيث أن اختصاص محكمة القضاء الإداري محدد بموجب الفقرة (د) من البند (ثانياً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة ... وبالتالي فإنها غير مختصة في الدعوى المقامة بشأن تفسير العقود وما ينجم عنها من خلاف وتكون المحكمة المختصة بذلك هي محكمة البداية (...))⁽³⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة حالياً لم يجعل من اختصاص المحكمة الإدارية المشكلة في وزارة التخطيط سلطة النظر في المنازعات الناشئة أثناء تنفيذ العقود الحكومية (المنازعات العقدية). إذ جاء ذكر اختصاص هذه المحكمة فقط في المنازعات الناشئة قبل عملية التعاقد والمتعلقة بشكاوى واعتراضات مقدمي العطاءات⁽⁴⁾. أما المنازعات الناشئة بعد توقيع العقد أي أثناء تنفيذه فقد ورد النص على أن ((تفرض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف أنواعها باستخدام إحدى الأساليب الآتية.....ج. إحالة النزاع إلى المحاكم المختصة لإصدار حكمها في موضوع النزاع...))⁽⁵⁾. ويتضح لنا من هذا النص أنه يشير صراحة إلى ضرورة مراجعة المحاكم التي كانت تختص سابقاً بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة غير المحكمة الإدارية المشكلة بموجب هذه التعليمات وهذا يعني أن القضاء العادي في العراق والمتمثل بالمحاكم العادية وعلى رأسها محكمة التمييز كان ولا يزال يمثل القضاء المختص بممارسة أثر القضاء الكامل بشأن منازعات العقود الإدارية.

وفي هذا الإطار رأينا أن محكمة التمييز قد عمدت في الكثير من أحكامها على استبعاد تطبيق النصوص المدنية بشأن منازعات العقود الإدارية وذلك حرصاً منها على تطبيق مبادئ القانون الإداري المستقر عليها في أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، وفي هذا الصدد يشير المرحوم الدكتور إبراهيم طه الفياض إلى أن حرص القضاء العادي في العراق على تطبيق المبادئ

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (60/ قضاء إداري/ الصادر في 1990/9/26) أشار إليه عادل حسين شعب: القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص 119.

(3) ينظر في ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي رقم (21/إداري/ تمييز الصادر في 2004/8/9) أشير إليه في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة للأعوام (2004-2006) إعداد صباح صادق جعفر، مصدر سابق، ص 407.

(4) ينظر في ذلك البند (ثانياً) من المادة (10) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2008.

(5) ينظر في ذلك الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008.

الإدارية بصدد منازعات العقود الإدارية يدل على إمكانية القضاء العادي ممارسة هذه المهمة وأية مهام أخرى تتعلق بتطبيق قواعد القانون الإداري الحديثة⁽¹⁾.

ومع التسليم بوجاهة هذا الرأي فإننا نحذ توسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية وذلك سداً للنقص في التشريع ومنعاً لما يمكن أن يحدث من خلاف فقهي، خاصة وإن إضافة هذا الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري العراقي سيؤدي إلى التخصص في مجال هذه الخصومات ذات الطبيعة الإدارية ومن ثم العمل على إنشاء مبادئ تتسجم مع طبيعة المنازعات الإدارية، وهو الأمر الذي دعا إليه العديد من الفقه العراقي⁽²⁾.

المطلب الثاني

مجالات اختصاص القضاء الكامل في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

لا شك أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعد من بين العقود الإدارية التي يمكن للقضاء الكامل أن يمارس اختصاصه بالفصل في العديد من المنازعات التي يمكن أن تتولد عنه والتي تنشأ عادة بين الإدارة مانحة الالتزام والملتزم - شركة المشروع - .ويمكن القول في هذا الصدد أن المنازعات التي يمكن أن تُثار في مجال هذا العقد وتخضع لاختصاص القضاء الكامل تتخذ صور شتى، إذ أنها قد تنصب على المطالبة بإلغاء وإبطال القرارات والإجراءات التي تتخذها الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد على خلاف التزاماتها التعاقدية، كما قد تنصب على مطالبة الملتزم - شركة المشروع - التعويض عن الأضرار التي قد تلحق به أثناء تنفيذ العقد، وأيضاً فإنها قد تستهدف المطالبة بفسخ العقد. وعليه سوف نبحث هذه الصور من خلال أهم الدعاوى التي يمكن أن تُرفع بشأنها وهو ماسوف نبينه بالفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول

دعوى المطالبة بإلغاء قرارات الإدارة المتصلة بتنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

سبق أن أوضحنا أن الإدارة تملك في إطار تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية سلطة اتخاذ العديد من القرارات التي تهدف من ورائها ضمان حسن تنفيذ العقد من جانب الملتزم - شركة المشروع

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض: تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية في القضية رقم (515/مدنية أولى الصادر في 15/ 11/ 1972) ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشرعية، العدد(1)السنة(3)،جامعة الكويت 1979،ص212.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي: مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد(9) ، العدد الأول والثاني، 1990، ص129. كذلك الدكتور فاروق احمد خماس: محكمة القضاء الإداري في ضوء القانون رقم (106 لسنة 1989) ، مصدر سابق، ص320. كذلك الدكتور ماهر صالح علاوي: القضاء الإداري المعاصر وولاية المظالم في الإسلام، بحث مقدم إلى بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، بغداد، آذار، 1999، ص60.

- ، وبرز ما تتمتع به الإدارة في هذا الخصوص هو سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم عندما يتمتع أو يقصر في تنفيذ التزاماته تجاه الإدارة. وطبقاً للمسلم به فقهاً وقضاً أن الإدارة وإن كانت تتمتع بهذه السلطة ضماناً للمصلحة العامة، إلا أنها تخضع في ممارساتها لرقابة القضاء الإداري والتي تعد من قبيل القضاء الكامل لكون ما يصدر عن الإدارة من قرارات في هذا الشأن تعد من قبيل القرارات المتصلة بتنفيذ العقد الإداري وهي غالباً ما تصدرها بصفتها جهة متعاقدة، كما أن المتعاقد عادة ما ينازع الإدارة على هذه القرارات من أجل المحافظة على حقوقه الشخصية المستمدة من عقده مع الإدارة⁽¹⁾.

وعموماً فإن رقابة القضاء الإداري هنا تعد رقابة واسعة توازن ما تتمتع به الإدارة من سلطات، إذ إنها لا تقتصر على رقابة مشروعية قرارات الجزاء من حيث الاختصاص والشكل والمحل والسبب بل إنها تمتد لتشمل الرقابة على البواعث والأسباب التي دفعت الإدارة إلى توقيع قرارات الجزاء، ومن ثم فإن قاضي العقد سوف يبحث في آن واحد الوقائع والقانون معاً⁽²⁾.

وعليه فإننا سوف نسلط الضوء هنا على ما يمكن أن يمارسه قاضي العقد من رقابة على قرارات الجزاء التي تتخذها الإدارة مانحة الالتزام في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ضد الملتزم سواء فيما يتعلق بقرار فرض الغرامات التأخيرية أم وضع المرفق تحت الحراسة أم فسخ العقد وإسقاط الالتزام، مع بيان ما يملكه قاضي العقد من سلطة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو غير المبررة. ونشير إلى ذلك فيما يأتي:

أولاً: رقابة المشروعية على قرارات الجزاء.

من المسلم به أن مبدأ المشروعية يلزم الإدارة عند ممارسة تصرفاتها بالخضوع للقواعد القانونية الملزمة أو العمل في نطاقها من أجل ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم⁽³⁾. والإدارة عندما تمارس سلطاتها في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها فإنها ملزمة بمراعاة القواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية وإلا عد قرارها الصادر بتوقيع الجزاء باطلاً وجدير بالإلغاء من قبل قاضي العقد الذي يملك فحص مشروعية قرار الجزاء من جميع جوانبه. وعليه فإن أوجه عدم مشروعية قرارات الجزاء الصادرة عن الإدارة مانحة الالتزام والتي تخول قاضي العقد سلطة إلغائه تتمثل بما يلي:

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي: العقد الإداري، مصدر سابق، ص 86.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على مشروعات الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 93.

(3) ينظر في ذلك الدكتور رجب محمود أحمد: القضاء الإداري: دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 9.

1// عيب عدم الاختصاص: ويعني حالة اتخاذ قرار الجزاء من شخص أو جهة إدارية لا تملك الصلاحية القانونية بإصداره⁽¹⁾. فمن البديهي إن قرارات الإدارة بفرض الجزاءات شأنها شأن أي قرار إداري ينبغي لها أن تتخذه الجهة المخولة بذلك وإلا كان قرار الجزاء مشوب بعيب عدم الاختصاص وكان من حق المتعاقد أن يطلب إلغاءه بسبب هذا العيب. وكما هو معلوم فإن الجهة التي تملك توقيع الجزاءات المالية أم الضاغطة أم الفاسخة على الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي الجهة الإدارية مانحة الالتزام، وذلك ما لم ينص العقد أو القانون على خلاف ذلك كما هو الشأن بالنسبة لجزاء الإسقاط في فرنسا الذي ينبغي أن يتم توقيعه من قبل قاضي العقد، ما لم تحتفظ الإدارة بهذا الحق بموجب نص صريح في العقد أو كراسة الشروط⁽²⁾.

يملك قاضي العقد هنا وبناءً على طلب من الملتزم الحكم بعدم مشروعية أي من قرارات الجزاء سواء قرار توقيع الغرامة التأخيرية أم وضع المرفق تحت الحراسة أم فسخ العقد وذلك عندما تكون قد اتخذت من غير الجهة المخولة بذلك وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (Department dutran) الذي قضى فيه بعدم مشروعية قرار إسقاط الالتزام الصادر من حاكم الإقليم نظراً لأن النصوص الواردة في كراسة الشروط تمنح هذه السلطة لمجلس الأقاليم⁽³⁾.

2// عيب الشكل والإجراءات: لا شك أن الإدارة مانحة الالتزام ليست مطلقة اليد في اتخاذ قرارات الجزاء ضد الملتزم بل إنها مقيدة بوجوب إتباع العديد من الإجراءات والقواعد الشكلية، أهمها ضرورة أعذار الملتزم، وإعطائه مهلة بين إنذاره وبين توقيع الجزاء عليه، وأيضاً ضرورة تبليغه بالجزاء الموقع عليه. وهذا ما تقضي به القواعد العامة التي سار عليها القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر⁽⁴⁾. فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن ((... يثبت لمناح الالتزام دائماً بجانب الجزاءات الأخرى - إسقاط الالتزام غاية ما في الأمر أنه يشترط في هذا الصدد شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفة جسيمة ... وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع الجزاء عليه))⁽¹⁾. ويتجلى

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي: العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، 1994، ص3.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على مشروعية الجزاءات الإدارية العامة، مصدر سابق، ص105. وينظر كذلك

A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p167.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1947/7/26) أشار إليه الدكتور عبد المجيد الفياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص103.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص259.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية الصادر في (1977/12/30) أشار إليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص605. وفي هذا الشأن نجد إن قضاء محكمة التمييز العراقية (بوصفها قاضي العقد الإداري في العراق) قد أكدت مبدأ الرقابة على الشكل في عقود الالتزام وهذا ما يستفاد من حكمها الصادر في (1967/12/12) الذي سبقت الإشارة إليه حيث أن المحكمة في هذا الحكم استندت في صحة قرار الإدارة بفسخ عقد

في هذا المقام أيضاً أهمية التزام الإدارة بإجراء شكلي وجوهري آخر يتمثل بضرورة قيام الإدارة بتسبيب قرارات الجزاء الصادرة ضد المتعاقد معها وهو الإجراء الذي تأكد في فرنسا بموجب نصوص تشريعية تمثلت بالقانون الصادر في (1979/7/11) ومرسوم (1987/9/28) والذي اوجب ضرورة تسبيب قرارات الجزاء التعاقدية⁽²⁾. وكذلك ماورد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق من أن ((على الجهة المتعاقدة وبقرار مسبب فرض الغرامات التأخيرية أو إيقافها عند سحب العمل من (المقاولين أو المتعاقدين))⁽³⁾.

وعموماً فإن إجراء التسبيب يعد من الضمانات المهمة للمتعاقد مع الإدارة كما انه يسهل عمل قاضي العقد في رقابة أسباب الجزاء بالشكل الذي يملك معه الحكم بعدم مشروعية قرار الجزاء الذي لم تتقيد به الإدارة بهذه الإجراءات والأشكال وذلك ما لم تتمسك الإدارة بالتدخل من هذه القيود الشكلية بموجب نص في العقد أو في حالة الاستعجال⁽⁴⁾. وبخلاف ذلك فإن قاضي العقد يملك الحكم بعدم مشروعية قرار الجزاء لعيب الشكل وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في (1987/2/11) والذي أكد فيه عدم مشروعية قرار إسقاط عقد الالتزام لكونه لم يكن مسبقاً باعذار الملتمزم⁽⁵⁾. وهو الأمر الذي استقر عليه أيضاً مجلس الدولة المصري⁽⁶⁾.

3// عيب المحل (مخالفة القانون): يعرف المحل بأنه الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري والذي قد ينطوي على إنشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو إلغائه ويعد هذا الأثر صحيحاً طالما كان متفقاً مع أحكام القانون، وعيب المحل هو العيب الذي يترتب على مخالفة الإدارة للقواعد القانونية بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة كالخطأ في تفسير أو تطبيق القواعد القانونية على الوقائع⁽⁷⁾.

وفي هذا الصدد يؤكد الفقه أن مشروعية المحل في قرارات الجزاء التعاقدية إنما يتوقف على مدى موافقة محل قرار الجزاء للنصوص القانونية أو الشروط العقدية بحيث لو قامت الإدارة باتخاذ جزاء لم يخولها القانون حق اتخاذه كان قرارها والحالة هذه مشوبة بعيب مخالفة المحل ، فالإدارة مانحة الالتزام وإن كانت تملك الحق في توقيع الجزاءات على الملتمزم حتى لو لم يرد النص عليها في العقد فإنها ملزمة في الوقت ذاته بعدم الخروج على ما قامت بتحديدته من المخالفات التي تسوغ لها

الامتياز توزيع المياه في كربلاء إلى مراعاة الإدارة لتوجيه الإنذارات إلى الملتمزم قبل قيامها بالفسخ. يراجع في هذا الحكم

محمد عبد الله الدليمي: سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، مصدر سابق، ص137.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح أبو المجد : تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص160.

(3) ينظر في ذلك البند (رابعاً) من المادة (16) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لعام 2008.

(4) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص485.

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1987/2/11) أشار إليه الدكتور صلاح عبد البديع: سلطة الإدارة

في إنهاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص128.

(6) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،

العدد الثامن، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996، ص250.

(7) ينظر في ذلك الدكتور اعاد علي حمود : القضاء الإداري وقضاء المظالم، مصدر سابق، ص215.

اتخاذ الجزاءات، إضافة إلى وجوب تقييدها بما يفرضه المشرع من تحديد أركان بعض المخالفات التي تخضع في اتخاذها لرقابة قاضي العقد⁽¹⁾.

وتأسيساً على ذلك فقد استقرت أحكام القضاء الإداري في الحكم بعدم مشروعية قرارات الجزاء التعاقدية عند افتقادها لعنصر المحل، وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أنه ((إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاء بعينه فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء بالعقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات ...))⁽²⁾. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه بعدم مشروعية محل قرار الإدارة بفرض غرامة تأخيرية على المتعاقد معها نظراً لمخالفة القرار لمبدأ الشيء المقضي به⁽³⁾.

//4 عيب السبب: يعرف السبب في القرار الإداري بأنه الحالة القانونية أو الواقعية التي تسبق إصدار القرار الإداري وتدفع الإدارة إلى وجوب التدخل بممارسة اختصاصاتها باتخاذها⁽⁴⁾.

وتؤكد أحكام القضاء الإداري في هذا الصدد أن قرارات الجزاء التعاقدية شأنها شأن أي قرار إداري ينبغي أن تستند في كل الأحوال إلى وقائع مادية متمثلة بوجود مخالفات من جانب المتعاقد مع الإدارة أو وقائع قانونية تدفع الإدارة إلى ضرورة ممارسة اختصاصها في توقيع الجزاء يستوي في ذلك أن تكون الإدارة قد قامت بذكر هذه الأسباب أم لم تذكرها إذ أنها تخضع في كلتا الحالتين لرقابة القضاء الإداري، وهذا ما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر من أن ((... المفروض في كل قرار إداري حتى لو صدر خلو من ذكر الأسباب أن يستند في الواقع إلى دوافع قامت لدى الإدارة حين أصدرته وإلا كان باطلاً لفقدانه ركناً أساسياً هو سبب وجوده ومبرر إصداره ...))⁽⁵⁾.

في ضوء ما تقدم نجد أن رقابة قاضي العقد على مشروعية السبب في قرارات الجزاء التعاقدية تتمثل بفحص الأسباب التي بنيت عليها هذه القرارات من الناحية القانونية والواقعية بل إنها تمتد إلى فحص صحة تقدير الإدارة للوقائع التي استندت عليها وذلك فيما لو كانت تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن. وبهذا المعنى ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى القول ((أن للإدارة حرية تقدير أهمية الحالة والخطورة الناجمة عن إخلال الملتزم بالتزاماته العقدية وتقدير الجزاء الذي تراه مناسباً في حدود النصاب القانوني المقرر، ورقابة القضاء الإداري على صحة الحالة الواقعية

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على مشروعية الجزاءات الإدارية العامة، مصدر سابق، ص 103. كذلك الدكتور حسان عبد السميع هاشم: الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 44.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (1020) الصادر في (1967/4/8)، أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص 568.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1943/4/21) أشار إليه الدكتور عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 104.

(4) ينظر في ذلك الدكتور اعاد علي حمود: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 221.

(5) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في (1952/3/19) أشارت إليه رشا محمد جعفر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مصدر سابق، ص 114.

والقانونية التي تكون ركن السبب ... تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهت إليها مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً، فإذا كانت منتزعة من أصول غير موجودة ... أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها مادياً لا تنتج النتيجة التي يتطلبها القانون كان القرار فاقداً... ركن السبب ووقع مخالفاً للقانون⁽¹⁾.

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (Sahten) إلى عدم مشروعية القرار الإداري الصادر بفسخ العقد استناداً إلى نقص إمكانيات المتعاقد، لكون الإدارة قد قامت بتسبب قرارها تسببياً خاطئاً مبنياً على غلط الإدارة في الواقع الذي يؤكد توافر الإمكانيات اللازمة لدى المتعاقد⁽²⁾.

5// عيب الانحراف بالسلطة: يعد عيب الانحراف بالسلطة أو كما يسمى بعيب التعسف أو الإساءة في استعمال السلطة مرتبطاً بالغاية من القرار الإداري، ويعرف بأنه حالة انصراف إرادة الإدارة إلى غايات لا يقرها القانون أو لا تستهدف تحقيق المصلحة العامة عند ممارسة نشاطها⁽³⁾.

ويؤكد الفقه بان هذا العيب يتحقق في قرارات الجزاء التعاقدية عندما تتخذها الإدارة لتحقيق غاية غير التي منحت من أجلها هذه السلطة والتي تتمثل في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية معاقبة الملتزم عن أخطائه وتقصيره في تنفيذ التزاماته حفاظاً على المصلحة العامة وضماناً لاستمرار سير المرفق محل العقد في تقديم خدماته ومن ثم فإن قيام الإدارة مانحة الالتزام بفرض غرامة تأخيرية أو وضع المرفق تحت الحراسة أو فسخ العقد لتحقيق غرض لا يقره القانون أو لا يتصل بأخطاء صادرة عن الملتزم هو أمر يؤدي إلى عدم مشروعية ذلك القرار الأمر الذي يعطي لقاضي العقد المختص سلطة إلغائه لعيب الانحراف بالسلطة⁽⁴⁾. وبهذا المعنى فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية قرار الإدارة الصادر بوضع المرفق تحت الحراسة لكونه لم يتخذ إلا بقصد الاستفادة من الإدارة المباشرة للمرفق العام من أجل رفع أجور العاملين لدى الملتزم⁽¹⁾. كما قضى في

(1) ينظر حكم المحكمة الإدارية المصرية الصادر في (13/4/1956) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص420.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (21/5/1931) أشار إليه الدكتور أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص272.

(3) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين الشمس، 1978، ص147 وما بعدها.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot، مصدر سابق، ص419.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (29/11/1926 بقضية Villdesaint) أشار إليه الدكتور حمدي على عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، مصدر سابق، ص239.

حكم آخر بعدم مشروعية قرار الإدارة الصادر بإسقاط الالتزام لكونه مشوباً بالتعسف من جانب الإدارة التي لم تتخذ إلا من أجل استبعاد الملتزم وإبرام العقد مع ملتزم آخر⁽²⁾.

وفي هذا الصدد أيضاً ذهبت المحكمة الإدارية في مصر إلى أن ((عيب الانحراف بالسلطة هو العيب الملازم دائماً للسلطة التقديرية للإدارة في حدود مقتضيات الصالح العام وتحقيق حسن سير المرفق العام ... وبهذه المثابة يجري القضاء الإداري على تحري بواعث العمل وملايساته وأسبابه وفرض رقابته على كل ذلك للوقوف على الهدف الذي تنشده الإدارة من قرارها وما إذا كانت حقاً قد رجت به وجه المصلحة العامة أم تنكبت السبيل وانحرفت عن الغاية))⁽³⁾.

ويجوز قضاء محكمة التمييز العراقية - بوصفه قاضي العقود الإدارية - على ذات النهج في القضاء الإداري المصري والفرنسي ، إذ أن قضاء محكمة التمييز مستقر على إمكانية ممارسة الرقابة على مشروعية قرارات الإدارة ، نذكر من ذلك ما جاء في حكم لها من التأكيد على تعسف الإدارة بفسخ أحد العقود الإدارية بالقول ((...)، تقرر إلزام المدعى عليه إضافة لوظيفة بتأدية المبلغ المذكور للمدعي ... وتحمله الرسوم والمصاريف استناداً إلى قيام المدعى عليه إضافة لوظيفته بفسخ عقد المدعي ومصادرة التأمينات دون سند قانوني،...))⁽⁴⁾.

ثانياً: رقابة الملائمة على قرارات الجزاء :

من المبادئ المستقر عليها أن رقابة قاضي العقد على قرارات توقيع الجزاءات التعاقدية لا تقتصر على بيان مدى مشروعية هذه القرارات، وإنما تمتد إلى فحص الأسباب التي دفعت الإدارة إلى اتخاذها ليس فقط من ناحية الوجود المادي والقانوني للجزاء وأسبابه وإنما تشمل الرقابة على تكييف الجزاء مع خطورة الأسباب التي أدت إلى اتخاذه كذلك بيان مدى تناسبه مع الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد⁽⁵⁾.

لذلك يمكن القول إن قاضي العقد يملك في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية سلطة الرقابة على ملائمة الجزاءات التي قد تتخذها الإدارة في مواجهة الملتزم -شركة المشروع- وذلك من خلال إقامة التوازن والتناسب بين أمور عدة منها مدى تناسب الجزاء المتخذ من قبل الإدارة مع جسامة المخالفة التي ارتكبتها الملتزم ، كذلك مدى ما حققه الملتزم من منفعة نتيجة ارتكابه المخالفة

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (11/7/1972 بقضية Crenuiller) أشار إليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص 139.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (1145 الصادر في 11/6/1972) أشير إليه في الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية من عام (1946) إلى عام (1985)، مصدر سابق، ص 390.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (146 /م/3 الصادر في 14/3/2004)، (حكم غير منشور).

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على مشروعية الجزاءات الإدارية العامة، مصدر سابق، ص 113. وينظر كذلك

ومقدار ما ناله من جزاء، وفي ضوء ذلك كله فإن قاضي العقد يمكنه أن يقضي بعدم مشروعية قرار الجزاء المبالغ فيه أو الذي لا يتناسب مع مقدار الخطأ المنسوب الى الملتزم⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بقضية (Ville de saint) بان ((الملتزم في عقد التزام توزيع المياه لم يرتكب خطأ جسيماً يبرر إسقاط التزامه بعد اعذاره ... وذلك عندما أقام المدير المسؤول الدليل على اتخاذ الإجراءات الأولية اللازمة لإثبات القيام بتوزيع المياه، في الوقت الذي قضت فيه المدينة بإسقاط الالتزام، وبناء عليه فإنه في ظل الظروف التي يستشف منها استمرار الملتزم في تنفيذ التزامه، تكون المدينة قد ارتكبت خطأ ... عندما قضت بإسقاط التزام الشركة الفرنسية لتوزيع المياه))⁽²⁾. وفي هذا الصدد أيضاً ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن ((... وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد ... منوط بوجود تقصير من المتعاقد مع الإدارة، فإذا انتفى هذا التقصير وثبت أن السبب راجع إلى الإدارة المتعاقدة فلا يوجد ثمة مبرر لإعمال المادة المذكورة ...))⁽³⁾. كما سار قضاء محكمة التمييز العراقية على نهج القضاء الإداري الفرنسي والمصري فيما يتعلق بممارسة رقابة الملائمة على الجزاءات التعاقدية وهذا ما تأكد بحكمها الصادر في (1972/11/15) والذي أيدت من خلاله حكم محكمة الاستئناف المتضمن الحكم بعدم تناسب مقدار الغرامة التأخيرية التي فرضتها الإدارة على المقول في عقد المقاول مع المدة الصحيحة التي تأخر فيها⁽⁴⁾.

ثالثاً: سلطة قاضي العقد في مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو غير المبررة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية :

لو نظرنا إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكذلك ما يسير عليه القضاء الإداري المصري والقضاء العراقي نجد أن سلطة قاضي العقد في مواجهة قرارات الجزاء غير المشروعة أو غير المبررة تتفاوت من جزاء إلى آخر، إذ أنها قد تضيق بالنسبة لبعض الجزاءات وتتسع في جزاءات أخرى.

وبتطبيق هذا المبدأ على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شأنه شأن سائر العقود الإدارية نجد أن سلطة قاضي العقد في مواجهة الجزاءات المالية تتمثل بالإعفاء منها إذا تبين له أنها غير

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص421.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1955/7/6) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، مصدر سابق، ص253.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن (3552 الصادر في 1993/4/17) أشار إليه الدكتور عبد الرؤوف عيد المتولي: لجان التوفيق وفقاً لإحكام القانون رقم (7 لسنة 2000) ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2002 ، ص317.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (515/ مدنية أولى / الصادر في 1972/11/15) أشار إليه الدكتور إبراهيم طه الفياض: تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية، مصدر سابق، ص201.

مبررة ، كما له تخفيضها إذا كان مبالغاً فيها كذلك فإن له الحكم على الإدارة برد ما حصلت عليه من الملتزم أو أي متعاقد من غرامات أو تعويضات أو مبالغ دون وجه حق. وهذا ما سار عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بالعديد من أحكامه التي قضى فيها بإعفاء المتعاقد من التعويض أو الغرامة التي يتضح عدم وجود ما يبررها، كذلك الحكم برد ما تمت مصادرتة من تأمينات دون وجه حق⁽¹⁾.

وهذا ما تقضي به أيضاً العديد من أحكام القضاء الإداري المصري من ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من أن المتعاقد يستطيع استرداد مبلغ الغرامة التأخيريه الذي فرضته الإدارة عليه على الرغم من عدم صحة المخالفة المنسوبة إليه⁽²⁾.

وقد أكدت محكمة التمييز العراقية مثل هذا المبدأ في حكمها الذي سبقت الإشارة إليه والذي أيدت فيه ضرورة تخفيض مبلغ الغرامة التأخيريه المفروضة على المتعاقد بقدر المدة التي لم يثبت تأخره فيها⁽³⁾.

أما سلطة قاضي العقد في مواجهة الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة غير المشروعة ، فيلاحظ هنا أن قاضي العقد يستطيع دائماً أن يحكم بتعويض الملتزم عن كافة الأضرار التي تلحق به من جراء هذه الجزاءات غير الصحيحة، ويؤكد الفقه بأن قاضي العقد قد يكفي بالحكم بالتعويض فقط عندما تكون هذه الجزاءات غير صحيحة من الناحية الشكلية فقط ولكنها صحيحة أو لها ما يبررها من الناحية الموضوعية ، أما إذا كانت هذه الجزاءات غير مشروعة وغير مبررة من الناحيتين الشكلية والموضوعية فطبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي إن قاضي العقد يملك في إطار عقود الالتزام سلطة إلغاء هذه الجزاءات كذلك الحكم بتعويض الملتزم عن أي ضرر يلحق به، كما يملك فضلاً عن ذلك سلطة تعديل قرار الجزاء من خلال استبداله بجزاء آخر أخف منه كاستبدال جزاء الإسقاط بجزاء فرض الحراسة⁽⁴⁾.

ويسوغ اغلب الفقه هذه السلطة الواسعة المخولة لقاضي العقد في مواجهة الجزاءات غير المشروعة في إطار عقد الالتزام بأنها تعد بمثابة ضمان للملتزم الذي تكبد نفقات باهضة في سبيل القيام بإنشاءات ضخمة لصالح الإدارة وهو ما يقتضي أن يكون له حق مكتسب في ضمان انتفاعه

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (13/3/1935 بقضية Minstere de lamarine) وكذلك حكمه الصادر في (20/3/1957 بقضية Ruiz) أشار إليهما الدكتور عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 105.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (61 الصادر في 22/5/1960) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من عام (1955) إلى عام (1965)، إصدار المكتب الفني، مصدر سابق، ص 1074.

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض: تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية، مصدر سابق، ص 200 وما بعدها.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot، مصدر سابق، ص 148. وينظر كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (10/11/1923) والذي قضى فيه بضرورة استبدال قرار إسقاط الالتزام بفرض الحراسة نظراً لعدم تناسب الجزاء مع جسامة خطأ الملتزم. أشار إلى هذا الحكم الدكتور محمد صلاح عبد البديع: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص 148.

بالتزامه طوال المدة المنصوص عليها في العقد⁽¹⁾. كما ويسير قضاء مجلس الدولة المصري على التأكيد على سلطة قاضي العقد الواسعة في مواجهة جزاءات الإدارة غير المشروعة نذكر من ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية من انه ((... يتعين لو صم المتعاقد مع الإدارة بالغش والتلاعب في تنفيذ التزاماته وتوقيع الجزاءات المقررة لذلك ... الأمر الذي لم يقد الدليل عليه في الدعوى الحالية لذلك يكون القرار الصادر من محافظة الشرقية بفسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي ... قرار غير قائم على سند صحيح من القانون لذلك يتعين إلغائه مع ما يترتب عليه من آثار))⁽²⁾. وفي القضاء العراقي نرى انه ليس هناك ما يمنع محكمة التمييز بوصفها قاضي العقد الإداري من ممارسة سلطات واسعة في مواجهة قرارات الجزاء غير المشروعة سواء بإلغائها أم التعويض عنها وهذا ما يمكن أن يستفاد من حكمها الصادر في (1968/3/2) الذي جاء في ((... أن للمحاكم الولاية العامة للنظر في كل ضرر يلحق الأشخاص من القرار الإداري المخالف للقانون ..))⁽³⁾.

وإذا كان لقاضي العقد مثل هذه السلطات الواسعة في مواجهة قرارات الجزاء التعاقدية فهناك تساؤل يطرح نفسه هنا وهو هل يمكن لقاضي العقد إلزام الإدارة بتنفيذ أحكامه ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: إن المبدأ التقليدي الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي والذي مازال القضاء الإداري المصري متمسكاً به يقضي بأن القاضي الإداري عموماً لا يملك كقاعدة عامة إلزام الإدارة بتنفيذ أحكامه من خلال إصدار الأوامر إليها أو إجبارها على ذلك عن طريق فرض الغرامات التهديدية المعروفة في القانون الخاص، ومن ثم فإن قاضي العقد وإن كان يملك سلطات واسعة في مواجهة الجزاءات إلا انه مقيد بالمبدأ الذي لا يسمح له إصدار أوامر للإدارة⁽⁴⁾. لكن مجلس الدولة الفرنسي كان يسلك طريقاً آخر في هذا المجال يتمثل في تخيير جهة الإدارة المتعاقدة بين الوفاء بالتزاماتها أو الحكم عليها بالتعويض، كما انه قد يحدد للإدارة مهلة لكي تختار بين الطريقتين⁽⁵⁾.

غير أن القاعدة التقليدية التي تُحرم على الإدارة إصدار أوامر للإدارة تخلص منها مجلس الدولة الفرنسي بصدور القانون رقم (125 لسنة 1995) الصادر في (1995/1/8) الذي منح المجلس والمحاكم الإدارية على اختلاف درجاتها سلطة إصدار أوامر إلى الإدارة لضمان اتخاذها الإجراءات الضرورية اللازمة لتنفيذ أحكام القضاء، فضلاً عن إمكانية الحكم عليها بغرامة تهديدية

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 114.

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن (331 الصادر في 1971/4/4) أشار إليه طاهر طالب: حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1976، ص 203.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية في القضية (1335/حقوقية/967 الصادر في 1968/3/2) منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثاني السنة الثانية، 1968، ص 284.

(4) ينظر في ذلك أبو بكر احمد عثمان: حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص 126.

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1938/12/18 بقضية maggi) وكذلك حكم الصادر في (1938/1/23 بقضية foyche) أشار إليهما الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 55.

في حال تأخرها عن تنفيذ ما يتطلبه الحكم⁽¹⁾ ، وأكثر من ذلك فإن المشرع الفرنسي قد أكد وبصورة قاطعة على سلطة قاضي العقد في الرقابة على جميع الجزاءات التعاقدية الصادرة في العقود الإدارية كافة، لتشمل الرقابة على مشروعية وملائمة الجزاء التعاقدية مع سلطة الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه أو استبداله بجزاء آخر إذا قدر القاضي بأن الجزاء الذي اختارته الإدارة لا يتناسب مع مخالفة المتعاقد التي تم توقيع الجزاء بسببها⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم نرى أن جميع ما ذكرناه بخصوص الرقابة الواسعة التي يملكها قاضي العقد الإداري على قرارات فرض الجزاءات التعاقدية يمكن الأخذ بها بل والتأكيد عليها في مجال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية انطلاقاً من كونه يمثل الامتداد الطبيعي لعقود التزام المرافق العامة وانطلاقاً من كون هذه الرقابة يمكن أن تحقق مصلحة الإدارة وشركة المشروع على حد سواء.

الفرع الثاني

دعوى المطالبة بالتعويض

من المسلم به في إطار نظرية العقود الإدارية أن تمتع الإدارة بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها لا يعني انتفاء القوة الملزمة للعقد الإداري بوصفه عقداً ملزماً للجانبين (الإدارة والمتعاقد معها). ومن المسلم به أيضاً في إطار نظرية العقد إن إخلال أحد طرفي العقد في تنفيذ التزاماته يوجب التعويض للطرف الآخر. وبتطبيق هذا المبدأ على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نجد أن الإدارة مانحة الالتزام تملك من الوسائل ما يمكنها من مواجهة أي تقصير أو إخلال من جانب الملتزم شركة المشروع. ومقابل ذلك فإن الملتزم يملك من حيث المبدأ اللجوء إلى قاضي العقد المختص لمواجهة إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها والمطالبة بتعويض عن كل ضرر يلحق به نتيجة لذلك.

والواقع أن التعويض يعد المسلك الأصيل الذي يطبقه القضاء الإداري في مجال مسؤولية الإدارة العقدية وهذا ما يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه الملتزم من وراء استثمار أمواله وضمان الحصول على ربح من وراء إبرام العقد. ولذلك فإن التعويض يعد من أهم صور القضاء الكامل⁽¹⁾، ويمثل ضماناً للملتزم عن كل خسارة قد تلحق به نتيجة إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية بل أكثر من ذلك فإن الملتزم قد يحكم له بالتعويض على الرغم من عدم ارتكاب الإدارة لأي خطأ أو تقصير في تنفيذ التزاماتها كما هو الحال في ظل نظريات التوازن المالي، أو حالة قيام الملتزم بأعمال

(1) ينظر في ذلك الدكتور يسري محمد العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة وتطوراتها الحديثة، مصدر سابق، ص 239.

(2) ينظر في ذلك الدكتور يسري محمد العصار: المصدر نفسه، ص 189-200.

(1) ينظر في ذلك رفاه كريم كريل: دعوى التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، مصدر سابق، ص 32.

إضافية لمصلحة المرفق العام وأيضاً في حالة قيام الإدارة بممارسة حقها المشروع في استرداد المرفق العام محل العقد. ومن أجل إيضاح سلطة قاضي العقد في مجال تعويض الملتزم نبين شروط استحقاق التعويض والأسباب الموجبة للحكم به في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:-

أولاً:- شروط استحقاق التعويض:

أن التعويض بوصفه جزاءً يفرض على الإدارة يتعين كي يحكم به قاضي العقد لمصلحة المتعاقد مع الإدارة أن يتحقق من وجود جملة من الشروط التي تمثل في الواقع قواعد أساسية تقوم عليها نظرية التعويض في العقود الإدارية والتي تقترب في أكثر الأحيان من النظرية الموازية لها في العقود المدنية ونبين أهم تلك الشروط :-

1// وجوب قيام مسؤولية الإدارة المتعاقدة:

يلزم في بادئ الأمر لكي تتوافر المسؤولية العقدية للإدارة على نحو عام ضرورة وجود عقد إداري نافذ، كما يتعين أيضاً تحقق أركان هذه المسؤولية والمتمثلة بارتكاب خطأ ينتج عنه ضرر يصيب الطرف الآخر وقيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر⁽²⁾. وهو المعنى الذي ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: إن (مناط المسؤولية العقدية هو وجود خطأ يترتب عليه ضرر وان تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ...)⁽³⁾.

لذلك فإن الإدارة لا يمكن من حيث الأصل أن تكون مسؤولة عن التعويض ما لم ينسب إليها خطأ أو تقصير في تنفيذ التزاماتها العقدية. والخطأ العقدي كما عرفت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في (1999/3/16) هو حالة ((... عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ... يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو عن فعله دون عمد أو إهمال ...))⁽⁴⁾. وطبقاً للقواعد العامة في نظرية التعويض فإن عبء إثبات خطأ الإدارة يقع على عاتق من يدعيه وهذا ما أشارت إليه أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول ((أن عبء إثبات الخطأ والضرر يقع على عاتق المدعي عملاً بالأصل العام في هذا الخصوص ...))⁽¹⁾. والواقع أن وجوب تحقق شرط الخطأ العقدي يقتصر على حالة قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ ومعنى ذلك أن هذا الشرط غير ضروري في الحالات المعروفة في إطار نظرية العقود الإدارية والتي يستحق فيها المتعاقد للتعويض على الرغم من عدم ارتكاب الإدارة لأي خطأ عقدي كما اشرنا، ففي هذه الحالات تكون مسؤولية الإدارة قائمة على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة،

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم المنجي: دعوى التعويض الإداري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص59.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن (3683 الصادر في 1999/11/19) أشار إليه الدكتور عبد الرؤوف عيد المتولي: لجان التوفيق، مصدر سابق، ص229.

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (726 الإداري في 1999/3/16) أشير إليه في مجموعة الدكتور ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مصدر سابق، ص310.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (1383 الصادر في 1998/12/15) أشير إليه في المصدر نفسه، ص323.

حيث أن الإدارة قد تستفيد من بعض الأعمال وتفيد منها الكثيرون لكن قد يترتب على هذه الأعمال المشروعة بعض الأضرار التي تقتضي العدالة في أن يتحملها الجميع وليس المتضرر وحده انطلاقاً من مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة⁽²⁾.

وعموماً فإنه يلزم لقيام مسؤولية الإدارة بالتعويض ضرورة تحقق الركن الآخر للمسؤولية والمتمثل بالضرر، والذي يعد من أهم أركان المسؤولية العقدية أو التقصيرية على حد سواء، حيث أن الضرر هو الذي يعطي الحق بالتعويض وهو الذي يبرر الحكم به، ويعرف الضرر بأنه الأثر المترتب على العمل المنسوب إلى الإدارة والذي قد يكون مادياً يصيب المتعاقد في مصلحته المالية أو يكون ضرر أدبياً يصيب المتعاقد بمصلحة غير مالية كالضرر الذي يصيبه في شعوره وكرامته أو مركزه الاجتماعي أو سمعته التجارية، فالقاضي الإداري هنا شأنه شأن القاضي المدني يمكنه الحكم بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي⁽³⁾.

ويلاحظ أن القضاء يشترط في الضرر الموجب للتعويض ما يأتي :

أ- أن يكون الضرر مباشراً أي أن يكون قد أصاب حقاً أو مصلحة عائدة للمتعاقد.
ب- أن يكون الضرر خاصاً بمعنى أن يصيب المتعاقد شخصياً حيث لا يمكن المطالبة بالتعويض عن ضرر أصاب الجميع.

ج- أن يكون الضرر محققاً بمعنى أن يكون قد وقع فعلاً أو على وشك الوقوع أما الضرر الاحتمالي الذي قد يقع أو لا يقع فلا يمكن التعويض عنه. والواقع أن هذه الشروط إنما تعد تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني والتي يسترشد بها القاضي الإداري للحكم بالتعويض⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد أيضاً نجد عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتعاقد الذي يدعيه⁽⁵⁾، ويميز الفقه بشأن إثبات الضرر بين حالتين:

-الحالة الأولى: عند مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية من دون سبب مشروع. وفيها يكون إثبات الضرر أمراً سهلاً بالنسبة للمتعاقد حيث يعد عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها العقدية قرينه على إصابة المتعاقد ضرر نتيجة خطأ الإدارة.

-الحالة الثانية: عند مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية إعمالاً لسلطتها المشروعة في تعديل العقد. وفيها يتشدد القاضي في إثبات الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة إجراء التعديلات المشروعة⁽¹⁾.

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم المنجي: دعوى التعويض الإداري، مصدر سابق، ص55.

(3) ينظر في ذلك إسماعيل صمصاع غيدان: مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2003، ص44 وما بعدها.

(4) ينظر في ذلك الدكتورة فاطمة السويسي: المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص32.

(5) ينظر في ذلك حكم محكمة الإدارية العليا في الطعن (2756 الصادر في 1996/3/19) والذي أكد على ضرورة قيام المتعاقد بإثبات الضرر وتحديد مقداره. أشار إليه الدكتور محمد أنور حمادة: المسؤولية الإدارية والقضاء الكامل، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص39.

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد ال Bot، مصدر سابق، ص287.

أما الركن الأخير من أركان مسؤولية الإدارة عن التعويض فيتمثل بضرورة قيام رابطة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المتعاقد بمعنى وجوب أن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة حتمية للأعمال المنسوبة للإدارة، فإذا انتفى هذا الركن فلا محل بالقول بقيام مسؤولية الإدارة بالتعويض كما لو كان الضرر راجع إلى خطأ المتعاقد ذاته⁽²⁾.

2// يجب على المتعاقد لكي يستحق التعويض الاستمرار في تنفيذ التزاماته تجاه المرفق العام: إذ ليس له التوقف بحجة إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها قبله، أو بحجة أن هناك ثمة إجراءات إدارية أو ظروف طارئة قد حالت بينه وبين إتمام العمل، ذلك لأن المبدأ المستقر عليه في مجال العقود الإدارية هو أن المتعاقد لا يملك التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المعروفة في القانون المدني نظراً لاتصال العقد بالمصلحة العامة، وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول ((ليس للمتعاقد مع الإدارة ... الامتناع عن الوفاء بالتزاماته بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى الإخلال بأحد التزاماتها قبله إذ يتعين عليه الاستمرار بالتنفيذ ثم مطالبة الإدارة بالتعويض إذا كان لذلك ثمة مقتضى ...))⁽³⁾.

كما سار مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه على تأكيد مبدأ عدم جواز توقف المتعاقد عن تنفيذ التزامه حتى لو كان هناك إخلال من جانب الإدارة، وإلا تعرض المتعاقد للمسؤولية ما لم يتمكن من درءها بإثبات القوة القاهرة⁽⁴⁾. وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في أحد أحكامها بأنه ((ليس للمقاوّل أن يتوقف عن العمل بحجة أن الالتزام أصبح مرهقاً بسبب الظروف الطارئة التي حدثت أثناء تنفيذه بل له التقدم إلى المحكمة المختصة بطلب تعويض عن ذلك أن كان له موجب))⁽⁵⁾.

3// يجب على المتعاقد لكي يستحق التعويض القيام بأعذار الإدارة: وهذا ما تقتضي به القواعد العامة، حيث تنص المادة (256) من القانون المدني العراقي على انه ((لا يستحق التعويض إلا بعد أعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك)).

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم المنجي: دعوى التعويض الإداري، مصدر سابق، ص 81.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن (1738 الصادر في 1993/8/24) أشار إليه الدكتور عبد الرؤوف عيد: لجان التوفيق، مصدر سابق، ص 314.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1925/12/27 بقضية Dolfini) أشار إليه الدكتور طاهر طالب التكمجي: حماية مصالح المتعاقدين المشروعة في العقد الإداري، مصدر سابق، ص 73.

(5) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (179/ مستعجل /80 الصادر في 1980/8/24) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، إعداد القاضي إبراهيم المشاهدي، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988، ص 491.

و في تأكيد ذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن ((تخلف احد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضر به الطرف الآخر لا ينشئ حقاً بالتعويض إلا باعذار الطرف الآخر ...))⁽¹⁾. وإذا كان الاعذار يمثل القاعدة المطبقة في مصر والعراق، فإن المبدأ المطبق في فرنسا بهذا الصدد يقضي بضرورة لجوء المتعاقد إلى الإدارة أولاً قبل أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أو بفسخ العقد، وهو ملزم بذلك إما على أساس نص في العقد، وإما على أساس قاعدة القرار الإداري السابق والتي تعد من أسس التقاضي التي يقوم عليها قضاء التعويض في فرنسا ومضمون هذه القاعدة هو أن الطاعن يجب عليه قبل أن يقدم طعنه إلى المحاكم الإدارية اللجوء إلى الإدارة ليحصل منها على قراراً صريحاً أو ضمناً تنازعه فيه في طلباته وترفضها كلياً أو جزئياً⁽²⁾.

وفي هذا الصدد نرى أن قاعدة القرار السابق في فرنسا تؤدي دور الاعذار في هذا المجال.

ثانياً: الأسباب الموجبة للحكم بالتعويض في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

لقد اشرنا إلى أن الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يحق له اللجوء إلى قاضي العقد المختص للمطالبة بالتعويض عن كل ضرر يصيبه نتيجة أخطاء الإدارة مانحة الالتزام، كما يمكنه المطالبة بالتعويض على الرغم من عدم ارتكاب الإدارة لأي خطأ عقدي، ونحاول هنا الإشارة إلى هاتين الحالتين مع بيان سلطة قاضي العقد في تقدير التعويض في كل منهما:

1// استحقاق التعويض على أساس خطأ الإدارة: يمكن لقاضي العقد الإداري المختص أن يحكم للملتزم بالتعويض عن كل ضرر يصيبه نتيجة خطأ الإدارة المتمثل بإخلالها بتنفيذ أحد التزاماتها العقدية أو تأخرها في ذلك. ويمكن القول في هذا الصدد أن ابرز صور إخلال الإدارة مانحة الالتزام في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تتمثل بعدم احترام الإدارة لشروط العقد الصريحة أو الضمنية التي تفرض عليها ضرورة الالتزام بتسليم مواقع العمل اللازمة لإنشاء المرفق والعمل على تقديم كافة التسهيلات المالية والإدارية اللازمة للبدء في التنفيذ، كذلك الشروط التي تلزمها بضمان عدم منافسة شركة المشروع - الملتزم - في تنفيذ العقد⁽³⁾.

ويؤكد الفقه في هذا الصدد أيضاً أن أهم أخطاء الإدارة الموجبة للتعويض تتمثل في كل حالة تمارس فيها الإدارة لسلطاتها بصوره غير مشروعة كما لو بالغت في تعديل العقد أو قامت بفرض جزاءات مالية أو ضاغطة أو فاسخة بصورة مبالغاً فيها أو على الرغم من عدم ارتكاب الملتزم لأي خطأ يبررها، فهنا يتمتع قاضي العقد بسلطة الحكم بإلغائها لعدم مشروعيتها أو عدم الملائمة، والقاضي حين يحكم بعدم مشروعية فلا شك أن ذلك معناه أن الضرر الذي رتبته الجزاء غير

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم (360 الصادر في 1953/6/21) أشار إليه الدكتور مطيع علي حمود: العقد الإداري، مصدر سابق، ص542.

(2) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، مصدر سابق، ص856.

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot، مصدر سابق، ص294-296. كذلك علاء إبراهيم محمود: الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية Bot، مصدر سابق، ص116-120.

المشروع جاء على غير مقتضى القانون، الأمر الذي يثير لا محالة مسؤولية الإدارة بالتعويض على أساس الخطأ الناتج من عدم المشروعية⁽¹⁾.

وعموماً فإنه يمكن أن نشير هنا إلى أبرز التطبيقات القضائية للحكم بالتعويض عن خطأ الإدارة ونذكر من ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من تعويض لملتزم استغلال مواقف السيارات نظراً لعدم قيام الإدارة مانحة الالتزام بتسليمه جميع الأماكن المتفق عليها في العقد، حيث رأى المجلس أن حقوق الملتزم قد تقلصت نتيجة خطأ الإدارة⁽²⁾. وكذلك ما جاء في حكمه الصادر بقضية (Ville de saint) الذي قضى فيه باستحقاق ملتزم إنشاء واستغلال أحد المتنزهات للتعويض عن خطأ الإدارة الناشئ عن قيامها بتعديل حدود الالتزام خارج نصوص العقد الأمر الذي ترتب عليه الحكم بعدم مشروعية قرار التعديل ومن ثم حق الملتزم بالتعويض⁽³⁾. وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي جاء فيه ((أن عقد الالتزام قد انتهى بواسطة البلدية دون أن تتوفر في قرار الإنهاء الشروط الشكلية والموضوعية الواردة في المادة (19) من كراسة الشروط الملحقة باتفاقية الامتياز لذلك فإن الفسخ قد وقع خاطئاً لخطأ البلدية ومن ثم يكون لصاحب الامتياز الحصول على التعويض عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة الفسخ))⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات القضاء الإداري المصري للحكم بالتعويض عن خطأ الإدارة ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالقول ((.. من المقرر إن العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عديدة اخصها أن تمكن المتعاقد من تنفيذ العقد والمضي بتنفيذه، فإذا لم تقم الإدارة بهذا الالتزام فإن هذا الخطأ يكون خطأً عقدياً في جانبها يخول المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به.. ومن حيث أن محافظة القاهرة قد تعاقدت مع الطاعن على عملية إنشاء سور... إلا أنها لم تمكنه من الاستمرار في تنفيذه مما ترتب على ذلك تأخره في تنفيذه... وبالتالي فإن خطأ محافظة القاهرة يترتب مسؤوليتها عن تعويض الإضرار التي أصابته ..))⁽⁵⁾. كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتعويض الملتزم مخالفة الإدارة شروط العقد الخاصة بضمان عدم المنافسة فقد قضت ((... إن الحكومة إذا عمدت إلى إنشاء مقصف آخر في الميناء الجوي لخدمة ركاب الترانزيت العابرين ... وعهدت باستقلاله إلى ملتزم آخر فإنها تكون قد حالت ... بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماتها ... مخالفة في ذلك ما يجب عليها قانوناً من عدم وضع

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية، مصدر سابق، ص160.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1959/3/18) أشار إليه الدكتور حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مصدر سابق، ص301.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1978/11/27) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، مصدر سابق، ص388.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1975/1/24) أشار إليه الدكتور حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مصدر سابق، ص388.

(5) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (2013 الصادر في 1992/7/21) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص538.

العقبات والمنافسات في سبيله أو زيادة أعباءه ... وبذلك تلتزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص ..⁽¹⁾ .

هذا وتسير محكمة التمييز العراقية على النهج نفسه للقضاء الإداري الفرنسي والمصري بصدد الحكم بالتعويض عن إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية أو ممارستها غير المشروعة لسلطاتها نذكر من ذلك ما جاء في حكمها الصادر في (1999/5/29) الذي ورد فيه ((... وجد أن المميز المدعى كان قد أقام دعواه طالباً التعويض المادي عما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح نتيجة إلغاء العقد المبرم بينه وبين المميز عليه إضافة لوظيفته.... وترى هذه المحكمة أن دعوى .. المطالبة بالتعويض قد توافرت شروطها))⁽²⁾ . كما ذهبت في حكم آخر لها إلى أن ((العقد المبرم بين الطرفين عبارة عن عقد مقاوله .. ومن حيث أن المميز عليه إضافة لوظيفته قد قام بفسخ العقد من جانبه لذا ينبغي ... تعويض المدعي عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من أعمال))⁽³⁾.

وبناء على ما تقدم نجد أن ماأشرنا إليه ينطبق تماماً على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فالملتزم شركة المشروع- يستحق تعويضاً عن كل ضرر يلحق به من جراء خطأ الإدارة أو إخلالها في تنفيذ التزامها. ويؤكد الفقه هنا بأن قاضي العقد يملك سلطة تقدير التعويض طبقاً للقواعد العامة، والتعويض الذي يحكم به في هذه الحالة يجب أن يشتمل على ما لحق المتعاقد من خسارة مادية وما فاتته من كسب كان يتوقع الحصول عليه لو لم تخل الإدارة في تنفيذ التزاماتها أو تستخدم سلطاتها بصورة غير مشروعة⁽⁴⁾.

هذا وينبغي أن يُقدر التعويض بحسب مقدار الضرر الذي أصاب الملتزم مع وجوب مراعاة حالة الخطأ المشترك بحيث لو كان الخطأ مشتركاً وجب على القاضي أن يقضي بتحميل كلا الطرفين نصيبه منه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول ((ومن حيث أن الضرر الذي أصاب الشركة المتعاقدة جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة - الشركة - ... كان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عنه في التعويض وفقاً لحكم المادتين (169، 216) من القانون المدني ...))⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري رقم (357 الصادر في 11 / 3 / 1956) أشير إليه في مجموعة المبادئ

القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، المكتب الفني، مجموعة السنة الحادية عشرة ، ص 300 .

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (1480/3/1999 الصادر في 1999/5/29) منشور في مجلة القضاء، الأعداد (1-4) السنة 53، 1999، ص115.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (60/ منقول / 2004 الصادر في 2004/5/31) (حكم غير منشور).

(4) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص287. وينظر كذلك المادة (169) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى سلطة المحكمة في تقدير التعويض وتحديد عناصره المتمثل بالخسارة اللاحقة والكسب الفائت.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة العليا في الطعن (1302) الصادر في (1966/12/31) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، 374. وينظر كذلك المادة (210) من القانون المدني

وإذا كان قاضي العقد يملك سلطة تقديرية التعويض من حيث مقداره وشكله فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل أن تقدير التعويض يكون وقت وقوع الضرر أم وقت صدور الحكم والفصل في الدعوى ؟ للإجابة عن ذلك نقول: إن القاضي ولكي يحكم بتعويض عادل ينبغي عليه أن يقدر قيمة التعويض وقت صدور الحكم لا وقت وقوع الضرر أو وقت رفع الدعوى ذلك نظراً لما هو معروف من تقلب الأسعار فضلاً عن تقلب الظروف الاقتصادية التي قد تلحق بالمتعاقد أضراراً جسيمة لو تم التعويض وقت وقوعه⁽²⁾.

2//استحقاق الملتزم للتعويض دون خطأ من جانب الإدارة:

نشير هنا إلى الحالات التي يستحق فيها الملتزم للتعويض دون أن ينسب للإدارة أي خطأ وهي تتمثل بما يأتي:

أ: - استحقاق الملتزم للتعويض للحفاظ على التوازن المالي للعقد:

من المسلم به فقهاً وقضاً أن هناك حالات عدة يحق فيها للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به نتيجة زيادة أعباءه زيادة لا يمكن أن ينسب فيها إلى الإدارة أي خطأ، وتتمثل هذه الحالات عادة بحالة قيام الإدارة بممارسة سلطاتها المشروعة في تعديل العقد والتي قد تمارسها في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عند تغير الظروف الاقتصادية التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد فتلجأ إلى مراجعة قوائم الأسعار أو المقابل المالي للملتزم أو العمل على تغيير طرق ووسائل التنفيذ . ولا شك أن قيامها بذلك يجب أن يقابله احترام الطابع الاتفاقي والتوازن المالي للعقد، وهذا ما يقتضي ضرورة تعويض الملتزم عن كل ضرر يصيبه بسبب ذلك⁽³⁾. كذلك فإن القواعد العامة نقضي بأن يكون للملتزم حق المطالبة بالتعويض في حالة تحقق شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تمثل السبب المسوغ لمبدأ التعويض بلا خطأ من أجل المحافظة على التوازن المالي للعقد الإداري وضمان استمرار الملتزم في إدارة المرفق العام وتأمين حسن سيره لتحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

وعموماً فإن تحقق شروط تطبيق أيّاً من هذه النظريات تسوغ لقاضي العقد وبناء على طلب من الملتزم سلطة الحكم بتعويضه عن الأضرار التي تلحق به وتؤدي إلى زيادة أعبائه، على أن ما يلاحظ هنا أن التعويض الذي يستحقه الملتزم يكون تعويضاً كاملاً في إطار نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة ومعنى ذلك أنه يشتمل على ما لحق الملتزم من خسارة تكبدها في

العراقي التي تنص على ((يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوء مركز المدين)).

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم المنجي: دعوى التعويض الإداري، مصدر سابق، ص358.

(3) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص358.

(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص302.

سبيل مواجهة هذه الظروف كذلك ما يفوته من كسب كان يتوقع الحصول عليه لو لم تحدث هذه الظروف⁽¹⁾.

أما التعويض الذي يحكم به قاضي العقد للملتزم تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة فالمسلم به انه يعد تعويضاً جزئياً يقتصر على مشاركة الإدارة للملتزم في جزء من خسارته الحاصلة نتيجة الصعوبات الاقتصادية التي تواجهه وهذا ما قضت به العديد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري⁽²⁾. وهذا ما تأكد أيضاً بقضاء محكمة التمييز العراقية في العديد من أحكامها نذكر من ذلك ما ورد في احد أحكامها بالقول ((... على المتعاقد أن يشكو الإرهاق في تنفيذ التزاماته بسبب الظروف الطارئة وان يستمر في تنفيذ التزاماته لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق))⁽³⁾.

وبهذا الصدد يسلم الفقه بأن قاضي العقد الإداري قد يلجأ من الناحية العملية إلى تحميل الإدارة الجزء الأكبر من عبء التعويض عن الظروف الطارئة، غير انه لا توجد قاعدة ثابتة في ذلك وإنما يعود الأمر إلى تقدير قاضي العقد تبعاً لنوع الظروف والمقدار الذي يمكن من خلاله رفع الإرهاق عن الملتزم إلى الحد المعقول⁽⁴⁾.

ب: - استحقاق الملتزم للتعويض عن الأعمال الإضافية:

مما لا شك فيه أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كأى عقد إداري آخر يفرض على الإدارة ضرورة تحديد محله تحديداً نافياً للجهالة، إذ يتحدد نطاق الالتزامات المفروضة على كل من الطرفين. وهذا يعني أن الإدارة لا تملك من حيث الأصل تكليف الملتزم بأعمال لم تتضمنها اتفاقية الالتزام، كما أن الملتزم لا يجب عليه إلا تنفيذ الأعمال المطلوبة منه والمحددة في العقد.

غير انه يلاحظ أن الظروف قد تقتضي في بعض الأحيان أن ينفذ المتعاقد (الملتزم) أعمالاً غير واردة في العقد إما بتكليف من الإدارة أو يقوم بتنفيذها دون أن تطلب منه الإدارة ذلك، ويسلم الفقه أن مثل هذه الحالات يمكن أن تكون سبباً مسوغاً للجوء المتعاقد إلى قاضي العقد للمطالبة

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص 309.

(2) ينظر على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1949/7/1) أشار إليه الدكتور علي حسن الخطيب: دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام طوارئ التنفيذ، مصدر سابق، ص 305. وينظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (3562 الصادر في 1987/5/16) الذي جاء فيه (أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة نتيجة الظروف الطارئة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره ... وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة بجزء من خسارة محققة وفادحة ...) أشير إلى هذا الحكم في مجموعة الدكتور ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص 452.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (266/حقوقية /67 الصادر في 1968/10/27) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية في فضاء محكمة التمييز، إعداد القاضي إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص 486.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: الصواب القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، مصدر سابق، ص 110.

بالتعويض عن الأعمال الإضافية على الرغم من عدم قيام حالة الخطأ⁽¹⁾. ويمكن لنا أن نوضح أحكام التعويض عن الأعمال الإضافية من خلال التمييز بين نوعين من هذه الأعمال:

***النوع الأول: الأعمال الإضافية التي ترد على محل العقد من جانب الإدارة:**

وتتمثل هذه الأعمال بكونها أعمالاً لم تدرج في نصوص العقد المتفق عليها إلا أن الإدارة تكلف المتعاقد القيام بها لكونها ضرورية ولازمة لتنفيذ العقد كما أنها ليست غريبة عن موضوعه الأصلي⁽²⁾. والواقع أن القضاء الإداري يسلم للإدارة تكليف المتعاقد معها بالقيام بمثل هذه الأعمال غير المتوقعة وذلك من خلال استخدام حقها في التعديل ولكن مع الاعتراف للمتعاقد بحق الحصول على تعويض الضرر الذي يصيبه نتيجة زيادة أعبائه بسبب الأعمال الإضافية وهذا ما تؤكد بالعديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾.

***النوع الثاني: الأعمال الإضافية التي ترد على محل العقد من جانب الملتزم:**

بصدد هذه الأعمال يميز الفقه والقضاء بين الأعمال الضرورية والأعمال المفيدة، ويقصد من الأعمال الضرورية هي الأعمال التي لم يرد النص عليها في العقد والتي لم تطلب الإدارة من المتعاقد القيام بها إلا أنه يكتشف في أثناء التنفيذ بأنها ضرورية ولازمة لحسن تنفيذ المشروع أو المرفق محل العقد⁽⁴⁾. أما الأعمال المفيدة فهي تلك الأعمال التي لم تطلب الإدارة من المتعاقد القيام بها ومع ذلك فإن تنفيذها من جانب المتعاقد يمكن أن يحقق مصلحة ومنفعة للمرفق والإدارة⁽⁵⁾.

ويلاحظ هنا أن قيام المتعاقد بتنفيذ الأعمال من تلقاء نفسه وبخاصة (الأعمال المفيدة) لا يعطيه من حيث المبدأ حق المطالبة بالتعويض، غير أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي وبعد ترده في بادئ الأمر بمسألة استحقاق المتعاقد للتعويض، استقرت أحكامه على ضرورة استحقاق المتعاقد لتعويض عن الأعمال التي يقوم بها وذلك تأسيساً على قواعد العدالة وتطبيقاً للقواعد الخاصة بمنع إثراء الإدارة دون سبب على الرغم من عدم قيام قواعد المسؤولية العقدية الناتجة عن خطأ الإدارة⁽⁶⁾.

ج:- استحقاق الملتزم بالتعويض عن الاسترداد المشروع للمرفق العام محل العقد:

من المنفق عليه فقهاً وقضاءً أن من أهم الآثار المترتبة على ممارسة الإدارة لحقها المشروع في استرداد الالتزام من دون خطأ من جانب الملتزم سواء كان استرداداً تعاقدياً أم غير تعاقدية يقابله

(1) ينظر في ذلك الدكتور مجدي عز الدين يوسف: مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، مصدر سابق، ص367.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرؤوف هاشم: شبه العقد في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص70. وينظر كذلك المادة (15) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2008.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1910/10/30) بقضية (Depart seine inferieure) والذي قضى فيه بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً بسبب تكليف الإدارة له بإنشاء أحد الجسور التي تمر بها سكك الحديد محل العقد. أشار إليه الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص470.

(4) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، مصدر سابق، ص304.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مجدي عز الدين يوسف: مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، مصدر سابق، ص370.

(6) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1975/10/17) بقضية (Commune de canri) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر: المسؤولية التعاقدية للإدارة، مصدر سابق، ص307.

حق الملتزم بالحصول على تعويض من الإدارة تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الأفراد أمام الأعباء العامة والذي يعد مبدأ عاماً يسري على جميع العقود الإدارية في حالة الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة⁽¹⁾. وعموماً فإن المبدأ العام في تعويض الملتزم عن حالة الاسترداد هو أن قاضي العقد يستطيع الحكم له بتعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة مادية ناشئة عن عدم حصوله على المبالغ التي استثمرها في سبيل إنشاء المرفق نظراً لإنهاء العقد قبل مدته المنصوص عليها، كما يشمل التعويض ما فاتته من كسب وأرباح كان يتوقع الحصول عليها لو استمر بتنفيذ عقده واستغلال المرفق طوال مدة العقد⁽²⁾.

غير أن ما يجدر ذكره هنا أن سلطة قاضي العقد في تحديد مقدار التعويض تختلف باختلاف نوع الاسترداد. ففي حالة الاسترداد التعاقدي فإن التعويض فيه يتميز من كونه تعويضاً اتفاقياً ومن ثم فإن قاضي العقد لا يملك حرية واسعة في تقديره، بل يجب عليه تطبيق النصوص الواردة في وثيقة الالتزام الخاصة بالتعويض والتي غالباً ما تنص على أن يتم التعويض أما بدفع مبلغ إجمالي للملتزم يتضمن تغطية النفقات اللازمة لإنشاء واستغلال المرفق وكذلك ما يفقده الملتزم من أرباح نتيجة استرداد التزامه قبل الموعد، أو أن يتم دفع التعويض على شكل أقساط سنوية وفقاً لما هو محدد بالعقد أو كراسة الشروط⁽³⁾.

أما حالة الاسترداد القانوني للالتزام فنجد أيضاً أن سلطة قاضي العقد لا تتعدى سوى تطبيق نصوص القوانين الصادرة باسترداد الالتزام والتي عادةً ما تنص على كيفية احتساب التعويض وكيفية دفعه للملتزم⁽⁴⁾. أما في حالة الاسترداد غير التعاقدي والذي لا يستند إلى أي نص عقدي أو قانوني

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص 404. وكذلك A.de Laubadere , F . Moderne , P. Delvolve : traite des contrats .tome1 .op.cit. p 776 .
ومن أحكام القضاء الإداري المصري ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (882 الصادر في 1968/3/2) الذي قضت فيه باستحقاق الملتزم للتعويض عن إنهاء الإدارة لعقده للمصلحة العامة. أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مصدر سابق، ص 285.

(2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص 394.
(3) ينظر في ذلك رفاه كريم رزوقي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص 102. و ينظر كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1980/4/24) أشار إليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مصدر سابق، ص 669.

(4) فقد جاء في المادة (1) من قانون تأمين قناة السويس في مصر رقم (285 لسنة 1956) والذي يعد من أهم قوانين الاسترداد الصادرة في مصر على أنه (تؤم الشركة العالمية لقناة السويس -شركة مساهمة مصرية- وتنقل إلى لدولة جميع مالها من أموال وحقوق وما عليها من التزامات وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة على إدارتها. ويعوض المساهمون وحملة حصص التأسيس عما يملكون من أسهم وحصص بقيمتها مقدرة بحسب سعر الأقفال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون في بورصة الأوراق المالية بباريس). أشار إليه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة = للعقود الإدارية. مصدر سابق، ص 776. ويلاحظ أيضاً في العراق أن جميع القوانين الصادرة بإنهاء الامتيازات النفطية قد تضمنت نصوص خاصة بالتعويض من ذلك ما جاء في المادة (2) من قانون تأمين عمليات نفط البصرة رقم (300 لسنة 1975) على أن (تؤدي الدولة تعويضاً عما آل إليها من أموال وحقوق وموجودات بموجب المادة الأولى من هذا القانون وفقاً للأسس التالية: أ- تحسب قيمة الأموال والحقوق والموجودات طبقاً لقيمتها الدفترية الصافية ويحدد مبلغ التعويض طبقاً لذلك. ب- يحسم من

فان قاضي العقد سوف تكون له سلطة واسعة في تقدير التعويض وتحديد عناصره، ولا شك انه سوف يقضي بالتعويض طبقاً للقواعد العامة التي تقضي بضرورة أن يكون التعويض تعويضاً كاملاً يغطي ما لحق الملتزم من خسارة وما فاتته من كسب⁽¹⁾.

وخلاصة لكل ما تقدم نجد أن القضاء الإداري بوصفه قضاءً كاملاً يملك من خلال دعوى التعويض سلطات واسعة تشكل ضماناً مهماً للملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية خاصة وأنه يمكن له الحصول على تعويض حتى لو لم يكن هناك ثمة خطأ منسوب للإدارة، ولا شك أن هذه الميزة إنما تعد من الخصائص المميزة للعقود الإدارية.

الفرع الثالث

دعوى المطالبة بفسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

استناداً إلى القواعد والمبادئ المستقر عليه في إطار العقود الإدارية نستطيع القول: إن قاضي العقد سواء في فرنسا أم في مصر أم العراق يملك سلطة الحكم بفسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك بناء على طلب الملتزم - شركة المشروع - الذي قد يجد نفسه أمام أوضاع يتعذر معها الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كما لو أخلت الإدارة في تنفيذ التزاماتها إخلالاً جسيماً لا يصلحه الحكم بالتعويض، أو وجد الملتزم نفسه أمام استحالة مطلقة في تنفيذ التزاماته بسبب القوة القاهرة أو تعذر إعادة التوازن المالي لعقده. وقبل التعرض لهذه الحالات المسوغة لفسخ القضاء لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نبين أولاً شروط الحكم بالفسخ القضائي ثم نبين الأسباب المسوغة للحكم بالفسخ وأيضاً النتائج المترتبة على الحكم بالفسخ ونشير لذلك من خلال ما يأتي:

أولاً: شروط الحكم بالفسخ: يمكن لنا أن نبين أهم هذه الشروط بالنقاط الآتية:

1// إذا كان للإدارة وكما ذكرنا سلطة فسخ العقد وإنهاء الالتزام بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء، فان المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن المتعاقد مع الإدارة - الملتزم - لا يملك الحق بفسخ العقد الإداري من جانبه وإرادته المنفردة حتى لو توافرت مسوغات الفسخ، بل يتعين عليه في جميع الأحوال أن يلجأ إلى قاضي العقد المختص للحصول على حكم قضائي بفسخ العقد⁽¹⁾. وهذا ما

مبلغ التعويض المبالغ اللازمة للوفاء بالضرائب والدفوعات التكميلية والرسوم والأجور والطلبات وأي مبالغ أخرى تستحقها الدولة أو مؤسساتها (...)). نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية العدد (2502) بتاريخ (1975/2/8).

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص 396.

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: وسائل التعاقد الإداري وحقوق التزامات الإدارة والمتعاقد معها، مصدر سابق، ص 230. كذلك سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2003 ، ص 37. وينظر في هذا الشأن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1937/7/27) بقضية (Toaue) والذي أكد

ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول (... من الجدير بالذكر انه من المقرر هو عدم جواز قيام المتعاقد مع الإدارة بفسخ العقد المبرم معها بقرار منه بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم فيه بذلك حيث لا يستطيع المتعاقد أن يوقع الجزاء على الإدارة ...) (2).

وطبقاً للقواعد العامة لدعوى الفسخ - كما هو الشأن في دعوى التعويض - فإن الملتزم ملزم بالاستمرار في تنفيذ التزاماته وعدم التوقف عن تسيير المرفق مهما كانت الأسباب وإلا كان للإدارة أو القضاء ترتيب مسؤوليته عن ذلك ما لم يوجد نص في العقد يقضي بخلاف ذلك . وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها إلى القول (ومن حيث أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص به جهة الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام ... وينبني على ذلك انه ليس للمتعاقد أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بذلك ... كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضاً غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرفق العامة التي يجب أن تسيّر بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب حتى لو كان الخطأ والتقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية) (3).

2// وجوب قيام الملتزم بأعذار الإدارة قبل المطالبة بالفسخ: وهذا الشرط يمثل هو الآخر من القواعد العامة الواجب مراعاتها في مصر والعراق قبل المطالبة بالتعويض أو الفسخ، وهذا ما عبر عنه المشرع العراقي في القانون المدني بالقول ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للعقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى ...)) (4). وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول بان ((للقضاء الإداري أن يفسخ العقد إذا ثبت أن الإدارة قد ارتكبت خطأ جسيماً، والقضاء بالفسخ لا يحول دون القضاء بالتعويض إعمالاً لحكم المادة (157) من القانون المدني والتي تعطي للمتعاقد الآخر بعد أعذار المدين طلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى ...)) (1). أما في فرنسا فان القاعدة المستقر عليها في هذا الصدد - كما بينا - تتمثل بوجوب قيام المتعاقد في دعوى القضاء الكامل

فيه المجلس بضرورة لجوء المتعاقد إلى القضاء لطلب الفسخ حتى لو كان أمام قوة القاهرة .. أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 742.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن (4067 الصادر في 1999/2/9) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مصدر سابق، ص 265.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن (1027 الصادر في 1978/1/28) أشار إليه الدكتور عبد الحميد الشواربي: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 83.

(4) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (177) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة الإدارية العليا بالطعن (1101 الصادر في 1997/2/25) أشار إليه الدكتور عبد الرؤوف عيد: لجان التوفيق، مصدر سابق، ص 322.

ومنها دعوى الفسخ بالتوجه إلى الإدارة أولاً قبل رفع دعواه بالفسخ استناداً إلى فكرة القرار الإداري السابق⁽²⁾.

ثانياً: الأسباب المسوغة للحكم بالفسخ: أن هذه الأسباب قد ترجع إلى خطأ الإدارة الجسيم أو لقيام حالة القوة القاهرة أو لتعذر إعادة التوازن المالي للعقد ونبين ذلك بإيجاز كما يأتي:

1// الفسخ القضائي لخطأ الإدارة الجسيم:

يعد فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة من أخطر أنواع الجزاءات التي يمكن أن يوقعها قاضي العقد على الإدارة، ذلك لأن الحكم بالتعويض عادة ما يكون الجزاء الأصيل في نطاق المسؤولية العقدية للإدارة، ومن هنا فإن قاضي العقد الإداري لا يحكم بالفسخ إلا عند ارتكاب الإدارة لخطأ عقدي جسيم⁽³⁾. وإذا كان الخطأ العقدي - كما اشرنا - هو عدم قيام الإدارة بتنفيذ أحد التزاماتها العقدية أو تأخرها في تنفيذه سواء عن عمد أم إهمال فيلاحظ إن الفسخ لن يتقرر كجزاء على أي خطأ صادر عن الإدارة ولو كان يسيراً أو تافهاً بل يجب أن يصل ذلك الخطأ إلى درجة من الجسامة تسوغ للقاضي الحكم بالفسخ. وفي تحديد درجة جسامة الخطأ يؤكد الفقه بان هذه المسألة تخضع لتقدير قاضي العقد الذي يملك تحديد درجة الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ومدى أهمية تنفيذ ذلك الالتزام في استمرار التعاقد الآخر بالتنفيذ، ليحكم بعد ذلك أما بفسخ العقد أو رفض طلب الفسخ والاقتصار على التعويض⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن مسالة ترك تقدير جسامة الخطأ الموجب للفسخ لقاضي العقد أشار إليها المشرع العراقي في الشق الثاني من الفقرة (1) من المادة (177) من القانون المدني بقوله ((... يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)).

وعليه فإن ما يمكن قوله هنا إن خطأ الإدارة الجسيم الذي يسوغ لقاضي العقد الحكم بفسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على مسؤولية الإدارة مانحة الالتزام يمكن أن يتمثل بحالة إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية ذات الطابع الإداري أو الفني أو المالي، كذلك في حالة إساءة استخدام سلطاتها في توقيع الجزاءات الإدارية على الملتزم-شركة المشروع- بشكل يحول دون تمكن الأخير من الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، ومن الأمثلة على ذلك حالة عدول الإدارة مانحة الالتزام دون سبب معقول عن المشروع موضوع العقد، أو تأخرها تأخراً كبيراً في البدء بالتنفيذ وتسليم مواقع العمل، أو أن تقوم بتعليق تنفيذ وتسليم مواقع العمل، أو أن تقوم بتعليق تنفيذ العقد لمدة طويلة دون مبرر معقول، كذلك لو لجأت إلى فرض غرامات تأخيرية أو وضعت المرفق تحت الحراسة وأقامت

(2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص551.

(3) ينظر في ذلك سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، مصدر سابق، ص104.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مصدر سابق، ص24. كذلك الدكتور محمد

عبد العال السناري: وسائل التعاقد الإداري وحقوق التزامات الإدارة والمتعاقد معها، مصدر سابق، ص219.

بفسخ العقد على مسؤولية الملتزم على الرغم من عدم ارتكابه لأي خطأ أو تقصير يسوغ توقيع هذه الجزاءات⁽¹⁾.

والحقيقة أن ما تقدم من أمثلة تشكل أهم صور الأخطاء الجسيمة المسوغة للفسخ والتي ورد بشأنها العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي وبخاصة في مجال عقود الامتياز، نذكر من ذلك ما جاء في حكمه الصادر بقضية (Dep. Nordmichon) الذي قضى فيه ((من حيث أن عقد التزام ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة، وحيث يوجد حالة مخالفة جسيمة من جانب الإدارة مانحة الالتزام لتعهداتها تجاه الملتزم فإن هذا الأخير يحق له طلب الفسخ))⁽²⁾.

ومن تطبيقات ذلك في قضاء مجلس الدولة المصري نذكر ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في احد أحكامها إلى انه ((متى كان من الثابت انه حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإدارة له الأمر الذي ترتب عليه توقف تنفيذ العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل ... فإن عدم قيام الإدارة بتسليم موقع العمل ... يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها نحو المتعاقد ... مما يقوم معه سبب مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار بسبب ذلك))⁽³⁾. ونذكر في هذا الشأن أيضاً ما جاء في حكم محكمة التمييز العراقية من أن ((... المدعي قد استأجر بموجب العقد المبرم ... مع مدير الشركة العامة لإدارة النقل الخاص -إضافة لوظيفة- نهاية خط (الحرية الكاظمية) إلا أن المدعي عليه قد خالف التزاماته العقدية لكونه قد قام بتأجير جزء من الخط إلى متعهدين آخرين ... بشكل مخالف للقانون .. وعليه فقد أصدرت محكمة البداية حكماً يقضي بفسخ العقد من تاريخ إقامة الدعوى ... وقد صدق القرار تمييزاً))⁽⁴⁾.

2// الفسخ القضائي للعقد بسبب القوة القاهرة:

من المسلم به أن المقصود بالقوة القاهرة هي كل حدث خارجي مستقل عن إرادة طرفي العقد بحيث لا يكون لأحدهما توقعه أو دفعه بعد وقوعه مما يترتب عليه استحالة تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً⁽¹⁾. وطبقاً للراجح فقهاً وقضائاً فإن قيام حالة القوة القاهرة أثناء تنفيذ العقد تعد مسوغاً لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية دون أن تستطيع الإدارة إرغامه على التنفيذ من خلال فرض

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص237.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1947/2/7) أشار إليه الدكتور محمود حلمي: العقد الإداري، مصدر سابق، ص299.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن (4189 الصادر في 1998/1/24) أشير إليه في مجموعة الدكتور ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مصدر سابق، ص365.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (1822/ 2م / 2001) أشارت إليه سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، مصدر سابق، ص55.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح أبو الليل: الوجيز في القانون الإداري، مصدر سابق، ص122.

الجزاءات الإدارية عليه⁽²⁾. كما تعد القوة القاهرة من الأسباب القانونية المسوغة لطلب فسخ العقد وذلك إذا ما ترتب عليها استحالة تنفيذ العقد كلياً وهذا ما تأيد بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (electricite defrence)⁽³⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن حكم القاضي بالفسخ هنا يكون كاشفاً لا منشأً نظراً لأنه ملزم بالحكم فيه لمجرد أن يتأكد من أن ما استند إليه المتعاقد هو من قبيل القوة القاهرة المسوغة للفسخ قانوناً.

3// الفسخ القضائي للعقد بسبب استحالة إعادة التوازن المالي:

إذا كان التعويض يمثل الحل الأمثل لإعادة التوازن المالي للعقد عند تحقق شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات غير المتوقعة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف لكل من الإدارة والملتزم الحق في طلب فسخ العقد قضائياً إذا ثبت أن التوازن المالي والاقتصادي سوف لن يعود إليه بالرغم من دفع الإدارة للتعويض، وهذا ما أرساه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (ترام مدينة شيربورغ) والتي تتلخص وقائعها في أن ملتزم نقل الركاب في مدينة شيربورغ قد واجه مشاكل في تنفيذ عقده بسبب انتشار وسائل النقل الحديثة، فانصرف سكان المدينة عن استعمال الترام، وعلى الرغم من موافقة الإدارة على رفع أسعار تعريفه استخدام الترام فإن مشروع الامتياز كان أبعد من أن يغطي تكاليفه ولم يكن هناك ثمة أمل في أن يعود للعقد توازنه الاقتصادي، ولما عرض الأمر على مجلس الدولة أكد على أن الحل ((... في هذا الفرض يكون الموقف الجديد الناشئ على هذا الوجه حالة قوة القاهرة تخول على هذا الأساس الملزم أو مانح الالتزام عند عدم الاتفاق على منح الاستغلال اتجاهًا جديدًا أن يطلب من القاضي فسخ الالتزام مع التعويض أن كان له محل ...))⁽⁴⁾.

ويلاحظ على هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي قد أسبغ على حالة استحالة مواجهة الظروف الطارئة صفة القوة القاهرة، وهذا ما دفع العديد من الفقهاء إلى القول بأن مجلس الدولة قد استحدث فكرة القوة القاهرة الإدارية كسبب مسوغ للفسخ القضائي⁽¹⁾.

(2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص 742. وينظر كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1909/1/29 بقضية Compagnies messageries) والذي اعتبر فيه المجلس الإضراب العام الذي قام به أركان البحرية من قبيل القوة القاهرة وبالتالي من حق الشركة الملزمة إعفاءها من غرامات التأخير الموقعة عليها بسبب عدم التنفيذ. أشير إلى هذا الحكم في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 154، 155. وينظر في ذلك أيضا الفقرة (2) من المادة (899) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى عدم مسؤولية الملزم عن الاستمرار بالتنفيذ عند قيام القوة القاهرة.

(3) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1952/7/16) أشار إليه الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 742.

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (1932/12/9) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، مصدر سابق، ص 356.

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف: عقد البوت Bot ، مصدر سابق، ص 384.

ونود أن نشير في هذا الصدد إلى أن الفقه والقضاء الإداري متفقان على إمكانية الحكم بفسخ العقد قضائياً بسبب استحالة عودة التوازن المالي للعقد الإداري - وبخاصة في مجال عقود الالتزام أو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية - وذلك في حالة ما إذا لجأت الإدارة إلى تعديل شروط عقد الالتزام تعديلاً يخل بتوازنه الاقتصادي إخلالاً جسيماً يفوق إمكانيات الملتزم الفنية أو الاقتصادية، أو يغير من جوهر وموضوع العقد بالشكل الذي يجعله كأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه لأول مرة⁽²⁾.

ويتضح لنا من كل ما تقدم أن قاضي العقد يمكن أن يحكم بفسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بناء على طلب الملتزم وذلك في كل حالة يترتب عليها ارتفاع تكاليف العقد بما يتجاوز إمكانياته المادية والفنية أو الاقتصادية بحيث يضحي إنهاء الرابطة العقدية هو الحل الأنسب للملتزم.

ثالثاً: النتائج المترتبة على الحكم بالفسخ:

يمكن القول إن هناك نتيجتين أساسيتين يمكن أن تترتب على حكم القاضي بفسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شأنه أي عقد إداري آخر وهما:

1- إنهاء العقد وتصفية آثاره، ولا شك أن اثر الحكم بالفسخ يترتب إلى تاريخ رفع الدعوى على الرغم من استمرار الملتزم في تنفيذ التزاماته إلى وقت النطق بالفسخ⁽³⁾.

2- استحقاق الملتزم للتعويض: إذ أن حكم القاضي بالفسخ نتيجة خطأ الإدارة الجسيم أو تسببها في زيادة أعباء الملتزم غالباً ما يترتب عليه الحكم بتعويضه تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويتولى القاضي تقدير التعويض على وفق ما ذكرنا سابقاً باللجوء إلى القواعد العامة التي تقضي بضرورة تقديره وقت الحكم لا وقت وقوع الضرر⁽⁴⁾.

وختاماً نرى أن جميع القواعد والمبادئ التي أوردناها في هذا المطلب بخصوص المنازعات أو الدعاوى الخاضعة لولاية القضاء الإداري الكامل تنطبق تماماً على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبصورة تؤكد أهمية خضوع منازعات هذا العقد لاختصاص القضاء الإداري نظراً لما يكفله من وسائل تراعي دائماً مسألة التوفيق بين مصلحة الإدارة والملتزم -شركة المشروع- .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري: وسائل التعاقد الإداري وحقوق التزامات الإدارة والمتعاقد معها، مصدر سابق، ص 223-225. كذلك الدكتور علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مصدر سابق، ص 294.

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهراوي: عقد امتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق، ص 237.

(4) ينظر في ذلك الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص 553. كذلك الدكتور محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 48.

الفصل الثالث

التحكيم وأثره على اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

إذا كان القضاء الإداري وكما سبق أن أوضحنا ، يعد صاحب الاختصاص الأصيل في نظر المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كما هو الحال في بقية العقود الإدارية ، فإنه نظراً لتراكم القضايا أمام القضاء ، وببطء إجراءات التقاضي ، كذلك ما رافق هذا العقد من تطور في تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية ، وارتباطه بتشجيع الاستثمار والمشاركة في إنشاء واستغلال مشروعات البنية الأساسية اللازمة للتنمية الاقتصادية في أغلب الدول ، فقد أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى لتسوية منازعات هذا العقد كالتحكيم والصلح والخبرة والتوفيق ، إلا إن التحكيم قد ظهر كوسيلة مثالية يسعى إليها المتعاقد مع الإدارة لحسم المنازعات الناشئة عن هذا العقد خروجاً على الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات ، وقد ساعد على ذلك ما يمتاز به أسلوب التحكيم من بساطة ومرونة وسرعة وقيامه على رضا أطراف النزاع مقدماً بالحكم الذي سيصدر عن هيئة التحكيم فضلاً عن إمكانية توافر الخبرة الفنية والعملية لدى المحكمين الذين يختارهم أطراف النزاع والحفاظ على أسرار هذه الأطراف والعلاقة الودية بينهم⁽¹⁾.

وعموماً فإن أسلوب التحكيم قد أصبح أمراً مألوفاً في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نظراً لأن الطرف المتعاقد مع الإدارة - الملتزم - عادة ما يكون مستثمراً أجنبياً يحرص في أغلب الأحوال على أن تتم تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم ، كما أن الإدارة عادة ما توافق على هذا الشرط رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الأجنبية والعمل على إشراك القطاع الخاص في إنشاء واستغلال مشروعات البنية الأساسية والمرافق الاقتصادية في الدولة⁽²⁾.

غير أن ما يلاحظ في هذا الصدد أن التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات العقدية قد نشأ في واقع الأمر بديلاً عن الاختصاص القضائي في مجال القانون الخاص ، أما في مجال القانون العام فقد كانت هنالك خلافات عديدة حول مدى حول مشروعية اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن التحكيم يقوم أساساً على إرادة أطراف النزاع الذين يفضلون اللجوء إليه على قضاء الدولة ، وإن قبول الإدارة به قد يؤدي إلى استبعاد اختصاص القضاء الإداري أو بالأحرى استبعاد القواعد الموضوعية التي أُنشئت عليها القضاء الإداري لتحكم نظرية العقود الإدارية. لذلك فقد ثار التساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بالتحكيم في نطاق القانون الإداري بصفة عامة وفي إطار

(1) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد : عقود البوت Bot وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، مصدر سابق ، ص 123.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 158 .

العقود الإدارية وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على وجه التحديد، كما ثار التساؤل أيضاً عن مدى تأثير التحكيم على اختصاص القضاء الإداري والطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ؟ للإجابة عن هذه التساؤلات سنقوم بتقسيم هذا الفصل على مبحثين نبين في المبحث الأول مفهوم التحكيم ومدى مشروعية اللجوء إليه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، أما المبحث الثاني فنبين فيه أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول

مفهوم التحكيم ومدى مشروعية اللجوء إليه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

سننتظر في هذا المبحث إلى معرفة مفهوم التحكيم وبيان مدى مشروعيته في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

مفهوم التحكيم

في بداية الأمر نود أن نشير إلى أن هناك الكثير من المؤلفات التي تناولت تحديد مفهوم التحكيم بالبحث والتحليل لاسيما أنه غدا من الأهمية بحيث لا يكاد فرع من فروع القانون الخاص أو العام لا يعرفه وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة ، والواقع أن التحكيم بحد ذاته قد ارتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الدولية بحيث يشكل فرعاً مستقلاً من فروعها ومصدراً هاماً من مصادرها يهتم به فقهاء القانون التجاري وكذلك القانون الدولي الخاص وأيضاً القانون الدولي العام ، غير أن الاتجاه المتزايد نحو الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية وبخاصة في عقود الالتزام والصورة الحديثة التي نحن بصددتها قد دفعت العديد من فقهاء القانون الإداري إلى التعرض لبيان مفهوم التحكيم في مجال المنازعات الإدارية وتحديداً في منازعات العقود الإدارية ، ولغرض الإحاطة بمفهوم التحكيم نرى ضرورة الوقوف على تعريفه وتمييزه من بعض الوسائل غير القضائية التي ظهرت إلى جانبه في مجال تسوية المنازعات كالتفاوض والصلح والخبرة والتوفيق، وهذا ما سوف نتناوله من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

تعريف التحكيم

يقصد بالتحكيم لغة بأنه إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير وهو مصدر حَكَمَ يحكم ، فيقال حَكَمَ الخصمان فلاناً إذا جعلاً له النظر في نزاعهما، ويقال حَكَمْتُ فلان في مالي إذا

فوضت إليه الحكم فيه ، والمحاكمة تعني المخاصمة إلى الحاكم⁽¹⁾. أما اصطلاحاً فقد تعددت التعريفات التي أوردها الفقه للتحكيم بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه غير أن جميعها تدور حول جوهر واحد له وتعتبر عنه ، فقد ذهب بعضهم إلى أن التحكيم هو (نظام لتسوية المنازعات ملزم لأطرافها وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراد عادييين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع بديلاً عن نظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة)⁽²⁾ ، وقيل أيضاً أن التحكيم هو (عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته بهدف الوصول إلى تسوية قضائية ملزمة)⁽³⁾. وقد عرفه بعض الفقه بأنه (نظام للقضاء الخاص بواسطته تخرج خصومة معينة من اختصاص القضاء الوطني لينظرها أشخاص مختارين للفصل فيها)⁽⁴⁾.

وعن التحكيم في إطار العقود الإدارية فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه (الأسلوب الاستثنائي الذي تلجأ بمقتضاه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقات قانونية عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين أحدها وأحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أم إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الأمرة وخروجاً على مبدأ ولاية القضاء الإداري)⁽⁵⁾.

وقد ذهب بعض الفقه أيضاً إلى أن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يقصد منه (اتفاق طرفي العقد وهما الدولة وشركة المشروع - الملزم - على أحالة كل أو بعض المنازعات التي يحتمل أن تنشأ بينهما بمناسبة تنفيذ اتفاقية المشروع أو عقد الالتزام عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو أشخاص عادييين يتفقاً على اختيارهم أثناء إبرام العقد أو عند قيام المنازعة لإصدار قرار ملزم في شأن المنازعة المطروحة بين طرفي العقد)⁽⁶⁾.

ومن خلال ما تقدم نستطيع تعريف التحكيم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه نظام استثنائي للتقاضي يسمح بمقتضاه لطرفي العقد - الإدارة وشركة المشروع - بأن يتفقوا على

(1) ينظر في ذلك أبو الفضل جمال الدين ابن منظور : لسان العرب ، المجلد الرابع ، دار صادر ، بيروت ، 2000 ، ص86.

(2) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص9. وكذلك الدكتور محسن شفيق : التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص25.

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص31 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور أحمد رشاد محمود : عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مصدر سابق ، ص310 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص24 ، كذلك الدكتورة نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص26 .

(6) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص33 . كذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي : النظام القانوني لعقود البوت Bot ، مصدر سابق ، ص762 .

أخراج بعض أو كل المنازعات القائمة أو المستقبلية من ولاية القضاء الإداري أو القضاء المختص أصلاً بنظر هذه المنازعات ليتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم متخصصة أو شخص أو أشخاص عاديين يختارهم طرفي العقد ليسندوا إليهم مهمة الفصل في منازعاتهم بحكم ملزم .

ويتضح لنا من ذلك أن التحكيم على هذا النحو ينبغي له أن يركز على عنصرين أساسيين:

الأول : أرادة الخصوم : حيث أن التحكيم نظام اتفاقي يستلزم لسلوكه ضرورة اتفاق أطراف النزاع على اختياره لحسم منازعاتهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء الذي يعد حقاً تكفله الدساتير للناس كافة⁽¹⁾. ويلاحظ أن اتفاق أطراف النزاع على الالتجاء للتحكيم ينبغي أن لا يفهم منه بأنه تنازل عن حقهم الدستوري في اللجوء للقضاء , ذلك لأن اللجوء للقضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه , وإنما تقتصر أرادة الخصوم على إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في الحكم في النزاع , فإذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الفصل بالنزاع إلى المحكمة المختصة, وهذا ما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها أن ((التحكيم طبقاً لما أسترر عليه الفقه والقضاء هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة , والمحتكم باتفاقه على التحكيم لا ينزل عن حماية القانون وعن حقه في الالتجاء للقضاء ... لأنه من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام , وإنما المحتكم باتفاقه على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة ... بحيث إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة ...))⁽²⁾.

أما العنصر الثاني الذي يقوم عليه التحكيم فيتمثل بضرورة إجازة المشرع لإرادة الخصوم . حيث أنه على الرغم من كون إرادة أطراف العقد أو النزاع هي التي تنشئ اتفاق التحكيم , إلا أنها لا تكفي وحدها لكي يتسنى الفصل في منازعاتهم عن طريق التحكيم , ذلك لأن التحكيم يعد استثناء من الأصل العام القاضي باختصاص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات , لذلك فلا بد من إقرار المشرع للخصوم باللجوء إلى التحكيم عن طريق وضع القواعد القانونية التي تسمح باللجوء إليه وتحديد نطاقه وآلية تنفيذ أحكامه⁽³⁾.

ويلاحظ أن اتفاق التحكيم عادة ما يتم إفراغه في إحدى صورتين أولهما يسمى بشرط التحكيم وثانيهما يطلق عليه مشاركة التحكيم فإذا ورد اتفاق التحكيم ضمن نصوص العقد مصدر الرابطة القانونية أو تم الاتفاق عليه في ملحق للعقد الأصلي من أجل مواجهة ما قد ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه سمي الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم , وهو بذلك يكون سابقاً على قيام

(1) ينظر في ذلك الفقرة (ثالثاً) من المادة (19) من دستور العراق الحالي (2005) التي تنص على أن ((التقاضي حق مصون ومكفول للجميع)) .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن (886 الصادر في 18 / 1 / 1994 , أشار إليه الدكتور عبد الرؤوف عيد المتولي : لجان التوفيق , مصدر سابق , ص 330 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور علي أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , المجلد (22) , العدد (1) , كلية القانون , جامعة بغداد , 2007 , ص 274 .

النزاع أي أنه يواجه نزاعاً محتملاً⁽¹⁾. أما إذا ورد الاتفاق على التحكيم بين أطراف العقد بصدد نزاع قائم فعلاً فإنه يسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم⁽²⁾.

ويبدو أن الفرق واضح بين كل من شرط ومشاركة التحكيم إذ إن الأول يتعلق بنزاع سيولد ، بينما الثاني يتعلق بنزاع قد ولد فعلاً .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يكن يعترف بشرط التحكيم إلا بصور قانون المرافعات الفرنسي الجديد المرقم (81 – 500) الصادر في (14 / 5 / 1980) ، والذي نص في المادة (1442) على إمكانية اتفاق أطراف العقد على إخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم بالمستقبل للتحكيم ، كما أعترف في المادة (1447) على إمكانية اتفاق أطراف العقد على إحالة نزاع قائم بينهم الى محكم أو محكمين لكي يتولوا الفصل فيه⁽³⁾.

أما المشرع المصري فقد اعترف بصورتي التحكيم (الشرط والمشاركة) ، حيث نصت الفقرة (2) من المادة (10) من قانون التحكيم الحالي رقم (27 لسنة 1994) على أنه ((يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ...)) .

أما المشرع العراقي فقد سار على النهج ذاته لنظيره المصري ، حيث نصت المادة (252) من قانون المرافعات المدنية رقم (83 لسنة 1969 المعدل) على أنه ((لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة ، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة ، فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة الى أن يصدر قرار التحكيم)) . ونرى هنا أن المشرع العراقي في هذه المادة قد أشار الى صورتَي التحكيم (الشرط والمشاركة) بطريقة غير مباشرة وهو الأمر الذي نلمسه أيضاً في نص المشرع المصري على إمكانية الاتفاق على التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أم بعد ذلك .

وفي هذا المقام نود أن نشير أخيراً الى أن التحكيم عموماً يتخذ أنواع متعددة يمكن إيجاز أهمها بما يلي :

أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري :

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا ، بحيث يستند في قيامه على إرادة أطراف النزاع ليستغنوا به عن اللجوء الى المحاكم بموجب اتفاق يختارون فيه المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم⁽⁴⁾ . وهذا يعني أن اختيارية التحكيم تنصب على ترك الحرية لأطراف النزاع في

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 25 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور أشرف عبد العليم الرفاعي : اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006، ص 12 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 28 ، 29 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري : الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة

، 2004 ، ص 58. كذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 62 .

اللجوء الى هذا الأسلوب أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء أو اللجوء الى أي طريق آخر لتسوية نزاعهم⁽¹⁾. غير أن التحكيم قد يكون إجبارياً وذلك حينما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات ذات الطبيعة الخاصة , كالخلافات التي تنشأ بين أشخاص معنوية عامة أو مملوكة للدولة كمشروعات القطاع العام أو قطاع الاعمال ومن أهم الأمثلة على ذلك التحكيم الخاص بمنازعات الكمارك والضرائب وهيئات القطاع العام وشركاته في مصر⁽²⁾. ويلاحظ أن المشرع في هذا النوع من التحكيم قد يكتفي بفرض التحكيم الإلزامي ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم , وقد يتدخل المشرع بشكل أوسع فيضع له تنظيمات إلزامية لإجراءاته بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور تجاهها⁽³⁾.

ثانياً : التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر :

يكون التحكيم مؤسسياً أو (نظامياً) عندما يكون له وجود دائم في ظل نظام قائم , بمعنى أن تتولاه هيئات أو منظمات تحكيم وطنية أو دولية وفقاً لقواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً .وقد انتشرت في الوقت الحاضر العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدولية سواء في الدول العربية أم الأجنبية وهي مؤسسات قائمة مهمتها الإشراف على حل المنازعات بالتحكيم وقد أنشئت لها لوائح خاصة بها تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الخصوم مركز معين للفصل في النزاع⁽⁴⁾.

أما التحكيم الحر فهو الذي يختار فيه أطراف النزاع المحكم أو المحكمين دون التقيد بنظام دائم , فهو يجري في حالات فردية لا يختار فيها الأطراف هيئة تحكيم دائمة وإنما يلجأون الى اختيار المحكمين بمعرفتهم لكي يتولى هؤلاء الفصل في النزاع المعروض عليهم وفقاً لما يحدده الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة للتحكيم . والواقع أن أساس التفرقة بين التحكيم المؤسسي والحر يرجع الى اتفاق التحكيم ذاته , على أن اتفاق الطرفين على التحكيم الحر لا يمنع من العدول عن ذلك في أي وقت واللجوء إلى سلوك التحكيم المؤسسي بدلاً منه وبالعكس⁽⁵⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية , مصدر سابق , ص 28 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإلزامي , الطبعة الرابعة , منشأ المعارف , الإسكندرية , 1983 , ص 51 . وتجدر الإشارة هنا إلى أن التحكيم الإلزامي قد تراجع في مصر بموجب القانون رقم (203 لسنة 1991) بشأن شركات قطاع الأعمال , والذي أحال الى تنظيم التحكيم الإلزامي بخصوص المنازعات الناشئة بين هذه الشركات أو بينها وبين الجهات الحكومية الى قانون المرافعات المدنية والتجارية . ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 30 .

(3) ينظر في ذلك عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 29 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد حسين منصور :العقود الدولية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , 2006 , ص 473 . كذلك الدكتور أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , القاهرة , 1981 , ص 21 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : العقود الدولية , مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 1997 , ص 198 ,

ثالثاً : التحكيم الوطني والتحكيم الدولي : إن التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي تبدو واضحة من ظاهر التسمية , إذ إن الأول يجري داخل الدولة المتعاقدة , في حين أن التحكيم الدولي يجري خارج الدولة المتعاقدة بواسطة هيئة أو مركز تحكيم دائم أو من قبل محكم يحمل جنسية مختلفة عن جنسية الطرفين المتعاقدين ⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

تمييز التحكيم من بعض الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

من أجل الوقوف على حقيقة التحكيم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فلا بد من تمييزه من بعض الوسائل غير القضائية التي قد يتفق طرفي العقد على اللجوء إليها من أجل تسوية بعض الخلافات الناشئة بينهما مثل التفاوض والصلح والخبرة والتوفيق ونبين ذلك فيما يأتي :

أولاً : التفاوض:-

قد يجد من يتعاقد مع الإدارة أن من مصلحته أن تنتهي الخلافات العقدية بوسائل ودية من دون الحاجة للجوء الى القضاء أو التحكيم , لذلك تعد المفاوضة أو التفاوض من أهم هذه الوسائل التي كثيراً ما تنتهي المنازعة بين أطراف العقد من خلالها ⁽²⁾ .

ويعرف التفاوض هنا بأنه أسلوب للحوار بغرض الإقناع يقوم على أساس الاتصال المباشر بين طرفي العقد بهدف الوصول الى اتفاق بين المتفاوضين حول خلاف معين بما يؤدي الى تحقيق مصلحة كل منهم بالقدر الممكن ⁽³⁾ , ويؤكد الفقه أن التفاوض يعد من أهم الوسائل السلمية لتسوية المنازعات في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ذلك لأن اللجوء إليه من شأنه أن يجنب الدولة وشركة المشروع الكثير من الجهد والتكاليف الناجمة عن اللجوء الى القضاء أو التحكيم , كما أنه يوفر قدراً كبيراً من السرية والحفاظ على العلاقة الودية بين طرفي العقد , ومن الممكن اللجوء إليه حتى لو لم ترد الإشارة عليه في العقد ⁽⁴⁾ , على أنه كثيراً ما يحرص طرفا عقد البناء والتشغيل ونقل

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية, مصدر سابق , ص 30 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها , مصدر سابق , ص 318 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور أحمد رشاد محمود : عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية Bot , مصدر سابق , ص 283 . وتجدر الإشارة إلى أن المفاوضة بالمعنى الواسع تقوم على التشاور أو الحوار بين الأطراف حول موضوع معين أو بهدف أبرام عقد معين . ينظر في هذا المعنى عبد اللطيف نايف عبد اللطيف : التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 100 وما بعدها .

(4) ينظر في ذلك الدكتور منصور السعيد : تسوية المنازعات في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية Bot , بحث مقدم الى مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية , كلية الحقوق , جامعة الكويت , آذار , 2005 , ص 688 .

الملكية على النص في العقد على ضرورة اللجوء الى التفاوض لتقريب وجهات النظر حول المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهما , ومثال ذلك ما جاء في نص المادة (13) من عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسي علم في مصر على أنه ((إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولاً محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما ...))⁽¹⁾. ونذكر في هذا الصدد أيضاً الى ما جاء في مشروع قانون النفط والغاز العراقي من ((أن أي نزاعات قد تنشأ حول تفسير وتطبيق هذا القانون ... وترتيبات وشروط العقود سوف يتم أولاً حلها بحسن نية عن طريق المفاوضات بين الأطراف المعنية ...))⁽²⁾ .

وما نلاحظه هنا إن التفاوض والتحكيم وسيلتان لتسوية المنازعات العقدية بدلاً من القضاء العام في الدولة , كما إن كلا منهما يجد أساسه في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة , وإن إدراجه ضمن نصوص العقد يشكل قيداً على حرية المتعاقدين تمنعهم من عرض النزاع على القضاء قبل أتباع مثل هذه الإجراءات المسبقة. إلا انه بالرغم من هذا التشابه بين الأسلوبين فان هناك بعض الفروق الجوهرية بينهما نذكر أهمها :

1// في التحكيم يكون الفصل في النزاع بين أطراف العقد من شخص أو هيئة متخصصة من غير أطراف النزاع أما في التفاوض فان الذي يحسم النزاع هم الأطراف أنفسهم من خلال الحوار المباشر بينهما حول المسائل الخلافية دون تدخل طرف ثالث⁽³⁾ .

2// في التحكيم لا ينتهي النزاع بمجرد أبرام الاتفاق عليه , وإنما ينتهي بممارسة المحكم لمهامه في طرح موضوع النزاع والفصل فيه من خلال إصرار حكم لصالح أحدهما , أما في التفاوض فأن النزاع يمكن أن ينتهي عند اتفاق الطرفين المتفاوضين على ما يستحقه أحدهما قبل الآخر بالتراضي , وغالباً ما يكون ذلك عن طريق تخلي كل طرف عن جزء من مطالبه والتسليم للطرف الآخر ببعض ما يدعيه من حقوق⁽⁴⁾ .

3// إن أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات العقدية تتمتع من حيث المبدأ بحجية الأمر المقضي به وذلك بعد استنفادها لطرق الطعن المقررة قانوناً , ومن ثم فإنه لا يجوز طرح النزاع التي تم الفصل فيه بواسطة التحكيم أمام القضاء و ذلك نظراً لسبق الفصل فيه . أما التفاوض فأن ما يتراضى عليه الطرفان لا يؤدي الى الاستجابة لكامل طلبات أحد الطرفين أو الآخر في النزاع القائم ومن ثم فإنه لا يوجد ما يمنع من لجوء الأطراف إلى القضاء طالما لم يتم الفصل في النزاع بحكم حاسم⁽⁵⁾ .

(1) أشار إلى ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت , مصدر سابق , ص 36 .

(2) ينظر الفقرة (أ) من المادة (41) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot , مصدر سابق , ص 35 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور أحمد رشاد محمود : عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية , مصدر سابق , ص 283 .

(5) ينظر في ذلك مصطفى محمود عفيفي : النظام القانوني لعقود البوت Bot , مصدر سابق , ص 774 .

ثانياً: الصلح :-

يعد الصلح كما هو الشأن في التفاوض وسيلة ذاتية لحل المنازعات العقدية ودياً دون اللجوء الى القضاء أو التحكيم ⁽¹⁾. وقد عرفه المشرع العراقي في المادة (698) من القانون المدني رقم(40 لسنة 1951) على أنه (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي). كما عرفه المشرع المصري في المادة (549) من القانون المدني على أنه (عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته).

ويتضح مما تقدم أن هنالك ثمة تشابه بين الصلح والتحكيم يتمثل في أن كلا منهما تتوافر فيه رغبة الأطراف في حل النزاع القائم أو المحتمل بطريقة يتفقان عليها بدلاً من القضاء , كما يتفقان أيضاً بالنسبة للمسائل التي يجوز أن يرد عليها أي منهما , حيث غالباً ما يرد النص في القوانين المنظمة للتحكيم على أنه (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ...) ⁽²⁾ وأيضاً فإن كلا منهما يؤدي الى عدم جواز عرض النزاع الذي تم الفصل فيه مجدداً أمام القضاء نظراً لما يتمتعان به من حجية الشيء المحكوم به ⁽³⁾ وعلى الرغم من أوجه الشبه بين الصلح و التحكيم على النحو الذي ذكرناه إلا أنه توجد بينهما بعض الفروق الجوهرية نذكر منها :

1// أن حسم النزاع بواسطة التحكيم يتم بواسطة طرف ثالث من غير أطراف العقد , أما الصلح فلا يحتاج الى غير أطراف العقد , إذ أن الذي يحسم النزاع هم الأطراف أنفسهم من خلال إتفاقهم على إبرام عقد الصلح ⁽⁴⁾ .

2// إن الصلح يقوم على فكرة التنازل من أطراف الخصومة بطريقة تبادلية بهدف الوصول الى حسم النزاع , أما التحكيم فلا يتضمن أي تنازل , إذ أنه يرمي الى إيصال الحق إلى مستحقه بقرار ملزم ⁽⁵⁾ .

3// إن حكم التحكيم يمكن أن يكون قابلاً للتنفيذ الجبري على المحكوم عليه وفقاً للإجراءات المقررة بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه , أما عقد الصلح فلا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ولا يحوز حجية الشيء المقضي به و لا يطعن به أمام الجهات القضائية إلا إذا تم في صورة محضر رسمي أمام المحكمة , أو أن يصدر حكم قضائي بتصديقه ⁽⁶⁾ .

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : العقود الدولية , مصدر سابق , ص 192 .

(2) ينظر في ذلك نص المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83 لسنة 1969) المعدل . وقد ذكرت الفقرة (2) من المادة (704) من القانون المدني العراقي من أنه (... لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ...) .

(3) ينظر في ذلك الدكتور أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت Bot , مصدر سابق , ص 284 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور علي أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق ص 271 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 25 .

(6) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم حرب محيسن : طبيعة الدفع بالتحكيم , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 1999 ,

4// إن حكم المحكمين يقبل الطعن عليه بالطرق المقررة في القانون، بينما عقد الصلح يلزم أطرافه ومن ثم فإنه لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام ، وأن كان قابلاً للفسخ أو البطلان بحسب قواعد القانون المدني (1) .

ثالثاً: الخبرة: - قد يكون موضوع النزاع منصباً على مسألة معينة تستدعي ضرورة الاستعانة بخبرة شخص من ذوي الخبرة والدراية والمعرفة في موضوع النزاع ، والخبرة تعد من ضمن الأمور الاستشارية التي قد يستعين بها القاضي أو المحكم عندما تتطلب الدعوى المعروضة أمامه الفصل بمسائل ذات طبيعة فنية أو مهنية أو مالية لا تدخل ضمن اختصاصه وإنما ضمن اختصاص الخبير . لذلك تعرف الخبرة بأنها الوسيلة التي يعهد بمقتضاها القاضي أو المحكم أو الخصوم الى شخص بمهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على معرفة بها ولكن دون أن يكون رأيه ملزماً للقاضي أو المحكم أو الخصوم (2) . ويلاحظ إن الخبرة تعد من الوسائل المهمة لحل الخلافات الناشئة عن عقود الإنشاءات بصفة عامة وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على وجه التحديد حيث أنه كثيراً ما تكون المنازعات الناشئة بين أطراف العقد متصلة بمسائل ذات طابع فني ، وتأكيداً لذلك فقد جاء في المادة (16) من عقد إنشاء واستغلال وإعادة محطة كهرباء سيدي كير في مصر (أ- أي نزاع بين الهيئة والشركة ... بشأن مدى التعديل المطلوب ... يتم تقديمه الى خبير للبت فيه ، ب- بالنسبة للأمور الفنية يتعين أن يكون الخبير مهندساً مستقلاً ذا خبرة فنية واسعة في مجال إنشاء وتشغيل محطات قوى كهربائية مماثلة للمجمع ، وبالنسبة للأمور المالية يتعين أن يكون الخبير أستاذاً مالياً مستقلاً ذا خبرة واسعة في إنشاء وتمويل المشروعات ...) كما ورد في البند (2) من المادة (18) من العقد ذاته بأنه (إذا لم يمكن للأطراف البت في النزاع طبقاً للبند (18 - 1) من هذه الاتفاقية ... يجوز لأي من الطرفين إحالة النزاع إلى خبير للنظر فيه والحصول على توصية منه بشأن البت فيه) (3) .

وفي المعنى ذاته فقد ورد في مشروع قانون النفط والغاز العراقي (إذا كان النزاع يتعلق بمسألة فنية أو هندسية أو تشغيلية أو حسابية ... ومن الممكن أن يخضع الحل من قبل خبير ... حينها يجوز للأطراف رفع النزاع الى خبير فني مستقل من أجل التوصية حول حل ذلك النزاع ...) (4) . يتضح لنا مما تقدم أن الخبرة تتشابه مع التحكيم في أن كليهما يقوم على أساس اتفاق أطراف العقد على رفع النزاع القائم بينهما الى شخص من الغير ليست له صلة بالمنازعة ، كما يتطلب في

(1) ينظر في ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص 30 . وينظر كذلك المواد (717 - 721) من القانون المدني العراقي المتعلقة بأحكام بطلان الصلح وفسخه .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد حسين منصور : العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص 477 . وينظر كذلك المادة (140) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

(3) أشار إلى ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : عقود البوت ، مصدر سابق ، ص 439 - 442 .

(4) ينظر في ذلك الفقرة (ت) من المادة (41) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

كل من الخبير والمحكم الحياد والاستقلال وانتفاء الموانع القانونية لديه ⁽¹⁾ غير أن التحكيم يتميز عن الخبرة بما يأتي :

//1 إن التحكيم نظام للفصل في المنازعات قد يتوصل من خلاله المحكم إلى حكم حاسم للنزاع وحائز لقوة الأمر المقضي به وواجب الإلتباع من الخصوم، أما الخبير فلا يقوم بالفصل في النزاع وإنما يقتصر دوره على أبداء الرأي في المسائل الفنية المختلف عليها ، والذي يعد رأياً استشارياً غير ملزم سواء للقاضي أم المحكم أم الخصوم الذين يطلبون منه هذا الرأي ⁽²⁾ .

//2 إن الخبير ملزم بإبداء رأيه في موضوع النزاع وهو ليس محكوم بقانون التحكيم أو بقانون العقد وإنما يكون رأيه مستمداً تأثيره من حكمته وخبرته ⁽³⁾ ، أما المحكم فقد يكون ملزماً بتطبيق القانون الموضوعي ، أي القانون المتفق عليه بين أطراف العقد ، أو القانون الذي يراه المحكم أكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع (التحكيم بالقانون) وقد لا يلزم بتطبيق أحكام قانون معين إلا ما تعلق منها بالنظام العام (كالتحكيم بالصلح) ⁽⁴⁾ .

//3 إن قرار الخبير لا يقبل الطعن بالطرق المقررة قانوناً نظراً لأنه لا يعد حكماً ، في حين يجوز الطعن فيما يصدره المحكم من أحكام ⁽⁵⁾ .

رابعاً:التوفيق :

يعد التوفيق من بين الوسائل المهمة التي يمكن اللجوء إليها لحسم المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بطريقة ودية دون اللجوء الى القضاء أو التحكيم، ويعرف بأنه وسيلة بمقتضاها يلجأ طرفي النزاع الى أحد الأشخاص أو اللجان المتخصصة من أجل العمل على إيجاد حلول ملائمة للنزاع يمكن أن يرضيها الطرفان ⁽⁶⁾ . وبمعنى آخر فإن التوفيق هو محاولة للوساطة بين أطراف النزاع عن طريق شخص أو أكثر يعهد إليه أو إليهم مهمة دراسة موضوع النزاع من أجل تقديم مقترحات أو توصيات من شأنها التقريب بين وجهة نظر الأطراف المتنازعة والوصول الى حل وسط يمكن أن يتفق عليه الطرفان من خلال الصلح بينهما ⁽⁷⁾ .

(1) ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع هاشم : الخبرة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 21 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن سيد : عقود البوت Bot وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، مصدر سابق ، ص 117 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور أحمد رشاد محمود : عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية Bot ، مصدر سابق ، ص 289 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 166 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت Bot ، مصدر سابق ، ص 282 .

(6) ينظر في ذلك الدكتور منصور السعيد : تسوية المنازعات في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية Bot ، مصدر سابق ، ص 617 .

(7) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التوفيق في بعض منازعات الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 6 .

ويلاحظ في هذا الصدد أن العديد من الدول قد لجأت عملياً الى التوفيق بوصفه وسيلة أساسية لحل المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومن هذه الدول بريطانيا والصين وبنغلادش وبعض دول أمريكا الجنوبية⁽¹⁾ .

كما أن التوفيق يعد من الوسائل التي أجاز المشرع الفرنسي صراحة اللجوء إليها في منازعات العقود الإدارية وبخاصة في عقود الأشغال العامة , حيث وضع المشرع الفرنسي مجموعة من القواعد المطبقة في شأن التسوية الودية لمنازعات عقود الإدارة بواسطة لجان للتوفيق تنشأ في الوزارات , وقد كانت أول هذه القواعد تلك الصادرة عام (1907) في وزارة الأشغال العامة ثم تبعتها القواعد الصادرة في (11 / 5 / 1953) وكذلك القواعد الصادرة في (18 / 3 / 1981) والتي أنشئت بموجبها اللجنة الوطنية الاستشارية لتسوية المنازعات ودياً (C.C.R.A)⁽²⁾ . وفي هذا الصدد أيضاً نجد أن المشرع المصري قد عمد الى إصدار القانون رقم (7 لسنة 2000) الخاص بإنشاء لجان للتوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات أو الأشخاص العامة طرفاً فيها سواء كانت هذه المنازعات ذات طبيعة مدنية أم تجارية أم إدارية⁽³⁾ .

أما في العراق فقد ورد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة حالياً على أنه ((... تقض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف أنواعها باستخدام إحدى الأساليب الآتية : أ- التوفيق : ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها من مقاولين أو مجهزين أو استشاريين , لدراسة الموضوع والاتفاق على المعالجات حسب أحكام القوانين والتعليمات النافذة في شأن موضوع النزاع ..))⁽⁴⁾ .

ومن خلال ما تقدم نستطيع القول: إن التوفيق يتشابه مع التحكيم في أن كل منهما يدخل في مفهوم الوسائل الاتفاقية لحل المنازعات العقدية عن طريق أشخاص يتم اختيارهم بمعرفة طرفي النزاع , غير أنه توجد بينهما أوجه اختلاف تتمثل في أن ما تصدره لجان التوفيق في المنازعات المرفوعة إليها تعد محض توصيات , ومن ثم فهي لا تصدر أحكاماً ولا حتى قرارات ملزمة لأطراف النزاع⁽⁵⁾ , في حين أن ما يصدره المحكم يعد بمثابة حكماً ملزماً لأطراف العقد وعند امتناع أحدهما عن تنفيذه يكون بإمكان الطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على الصيغة التنفيذية الملزمة لذلك فأن التوفيق يميل الى أن يكون إجراءً تمهيدياً أكثر من كونه طريقة مستقلة لتسوية النزاع، وهذا

(1) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد أحمد : عقود البوت Bot وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها , مصدر سابق , ص 115 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها , مصدر سابق , ص 233 , 234 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عمرو أحمد حسبو: لجان التوفيق في المنازعات في ضوء أحكام القانون رقم (7) لسنة 2000 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2001 , ص 6 وما بعدها . كذلك الدكتور عبد الرؤوف عيد المتولي : لجان التوفيق وفقاً لأحكام القانون رقم (7) لسنة 2000 , مصدر سابق , ص 11 وما بعدها .

(4) ينظر في ذلك الفقرة (أ) من البند (أولاً) من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور عمرو أحمد حسبو : لجان التوفيق في المنازعات , مصدر سابق , ص 10 .

بخلاف التحكيم الذي يعد وسيلة لإنهاء النزاع القائم بين أطراف العقد من خلال ما يصدره المحكم من قرار ملزم⁽¹⁾.

وبناء على كل ما تقدم نرى أن جميع ما ذكرناه في هذا الفرع من وسائل غير قضائية تتميز من التحكيم بكونها عبارة عن وسائل يمكن أن تؤدي إلى حل المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بطريقة ودية بعيداً عن فكرة الخصومة كما أنها قد تؤدي إلى إمكانية تعرف أحد أطراف العقد على مدى ما يستحقه من حقوق قبل الطرف الآخر قبل اللجوء إلى القضاء , وبذلك نستطيع القول أن هذه الوسائل لا يمكن أن تشكل قيوداً أو استثناءات حقيقية على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذا العقد .

المطلب الثاني

مدى مشروعية التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

في البداية يجب الإقرار أن التحكيم لم يجد له مناخاً مناسباً في منازعات العقود الإدارية وذلك بسبب نشأته في أحضان القانون الخاص كما ذكرنا . غير أنه تحت تأثير الاتجاه المتزايد إلى أسلوب الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية كما هو الحال في عقود الامتياز سواء الصورة التقليدية أم الصورة الحديثة التي نحن بصدددها والمتمثلة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية - فقد أضحت للتحكيم في العقود الإدارية مجالاً يخوض فيه بعد أن كان مقصوراً على قواعد القانون الخاص . ولكن مسألة قابلية منازعات العقود الإدارية للتحكيم قد أثارت جدلاً واسعاً سواء على صعيد التشريع من جهة أم الفقه والقضاء من جهة أخرى , ولكي نتوصل إلى إجابة عن تساؤلنا في عنوان هذا المطلب يتعين أن نستعرض تباعاً لمدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر والعراق وذلك في فروع ثلاثة على النحو الآتي :-

الفرع الأول

مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا

ليتسنى لنا الوقوف على مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في فرنسا , يتعين أن نشير أولاً إلى الأصل العام الذي أرساه المشرع الفرنسي والمتمثل بحظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم مع بيان الموقف القضائي والفقهي من هذا الحظر , ثم نعرض بعد ذلك للاستثناءات التي حاول المشرع من خلالها التقليل من نطاق حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية وسنبين ذلك على النحو الآتي :

(1) ينظر في ذلك رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهرين , 2007 ,

أولاً : الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية وموقف القضاء والفقهاء من ذلك :

لقد حظر المشرع الفرنسي في المادتين (83) و (1004) من قانون الإجراءات المدنية الصادر في سنة (1806) التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة أو الأشخاص المعنوية العامة إذا كان من الواجب إبلاغ النيابة العامة في شأنها، وظاهر هذا النص إنه يشمل كافة المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصاً معنوياً عاماً⁽¹⁾. وقد تأكد هذا الحظر بالقانون رقم (626) الصادر في (5 / تموز / 1972) الذي عدل المادة (2060) من التقنين المدني ليحظر التحكيم بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالوحدات المحلية والمؤسسات العامة ، بل وفي جميع الموضوعات المتصلة بالنظام العام⁽²⁾ . ويتضح من ذلك أن القاعدة العامة التي جاءت بها هذه النصوص هي منع أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ولو انتقلنا إلى موقف القضاء الفرنسي من مبدأ الحظر التشريعي للتحكيم نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق هذا المبدأ بشدة وعدّه من المبادئ العامة للقانون الفرنسي⁽³⁾ ، فالقاعدة العامة عنده هي عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك⁽⁴⁾. ويلاحظ أن تبني مجلس الدولة لهذا الموقف قد جاء منذ زمن طويل وأول أحكامه في ذلك حكمه الصادر في قضية (ouvrard – أوفراد) والمتعلق بعقد توريد تضمن شرط تحكيم، قضى بطلانه استناداً إلى عدم جواز لجوء الدولة في منازعاتها إلى التحكيم⁽⁵⁾ .

ثم درج مجلس الدولة الفرنسي على بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية وإلى كون اختصاصه بنظر منازعات العقود الإدارية يعد من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته⁽⁶⁾. ومن قبيل أحكامه بهذا الخصوص حكمه الصادر في قضية (Boyer) عام 1825 كذلك حكمه الصادر في قضية (societe general des telephones) الصادر في عام (1891)⁽⁷⁾ .

وعلى خلاف موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي طبق مبدأ حظر لجوء الدولة والأشخاص القانونية العامة إلى التحكيم تطبيقاً جامداً ، فإن القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 41 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 176 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في إدارة في المرافق العامة الاقتصادية ، مصدر سابق ، ص 82 .

(4) M. Boisseson : interrogations et doutes sure une evolution legislative. Paris. 1987.P3.

(5) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 128 .

(6) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 43 .

(7) ينظر ذلك الدكتور جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 129 .

قد حاول التخفيف من حدة تطبيق هذا المبدأ ، حيث قصر نطاق حظر اللجوء الى التحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الأشخاص القانونية العامة في المجال الداخلي ، في حين اعترف بمشروعية اتفاق هذه الأشخاص على التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود ذات الطابع الدولي وهذا ما تأكد في العديد من الأحكام الصادرة من محكمة النقض الفرنسية، من ذلك حكمها الصادر في قضية (capitaine du sancarlo) عام 1964، وأيضاً حكمها الصادر في قضية (Galakis) عام 1966⁽¹⁾. ويلاحظ هنا أن محكمة النقض الفرنسية كانت تؤيد صحة لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية حتى مع غياب وجود إتفاقية دولية أو قانون يسمح بذلك تأسيساً على أن الحظر التشريعي للتحكيم يتصل بالنظام العام الداخلي فقط بحيث إذا تعلق الأمر بعقد ذا طابع دولي وقبلت فيه الدولة أو إحدى المؤسسات العامة شرط التحكيم فإن هذا الحظر لا يسري، بل يجب عليها أن تلتزم بمقتضيات هذا الشرط وهذا ما لم يسلم به مجلس الدولة الفرنسي إطلاقاً ، إذ إنه يشترط دائماً للجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم ضرورة وجود قانون أو إتفاقية دولية ترخص بذلك⁽²⁾ .

أما موقف الفقه الفرنسي من مسألة حظر التحكيم في العقود الإدارية فقد ظهر في هذا الصدد اتجاهان:-

الاتجاه الأول: يذهب إلى تأييد موقف مجلس الدولة الفرنسي من مبدأ حظر لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام الى التحكيم في العقود الإدارية دون وجود نص تشريعي يصرح بذلك⁽³⁾ . ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على أنه لا يتصور أن شخصاً عاماً لا تكون لديه الثقة في القضاء الوطني كما أن من غير المنطقي أن تقوم الأشخاص العامة بمنح هيئة تحكيم سلطة الفصل في المنازعات الإدارية في الوقت الذي لا تملك فيه المحاكم العادية ذاتها التي تعد جزءاً من السلطة القضائية صلاحية الفصل في هذه المنازعات هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن القضاء الإداري يكفل للجهات الإدارية و المتعاقدين معها ضمانات لا تتحقق لهما أمام أية جهة أخرى ، فضلاً عن ذلك فإن إساءة اختيار المحكمين من أطراف النزاع يمكن أن تؤدي الى المساس بالمبادئ التي تحكم نظرية العقود الإدارية الموضوعية من مجلس الدولة الفرنسي الأمر الذي يترتب عليه الإضرار

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 177 .

(2) تجدر الإشارة هنا إلى أن الاتفاقيات الدولية تلعب دوراً مميزاً في منح الأشخاص العامة حق اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ في مجال العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية التي تكون طرفاً منها ، حيث يمكن أن تكون أساساً قانونياً لإزالة قيود النظام الداخلي الذي يحظر التحكيم وذلك لما لها من قوة قانونية أعلى من التشريع الداخلي في فرنسا ومساوية له في مصر والعراق ، ونذكر من هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك المبرمة عام (1958) ، واتفاقية جنيف المبرمة عام (1961) واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة عام (1965) ، ولمزيد من التفاصيل حول المعاهدة الدولية وقوتها الملزمة ينظر كل من الدكتور نجلاء حسن سيد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، مصدر سابق ، ص 160 ، ومابعدھا . كذلك الدكتور عصام العطية : القانون الدولي العام ، ط 6 ، جامعة بغداد ، 2001 ، ص 165 ، ومابعدھا .

(3) ينظر في ذلك الدكتور أياد محمد بدران : التحكيم والنظام العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 ، ص 108.

بالمصالح العامة للجماعة وظهور اجتهادات أخرى تنبثق عن التحكيم الإداري⁽¹⁾. **أما الاتجاه الثاني:** الذي يمثل غالبية الفقه الفرنسي فقد أنتقد بشدة مبدأ الحظر التشريعي للتحكيم أنطلاقاً من أن تطبيق هذا الحظر من شأنه أن يعرض مصالح البلاد الاقتصادية للضرر، كما عارض أصحاب هذا الاتجاه أيضاً الموقف المتشدد لمجلس الدولة في التمسك بحظر التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى النصوص التشريعية المدنية على الرغم من كون هذه النصوص لا تتمتع في المجال الإداري إلا بقيمة ثانوية⁽²⁾. لذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه بجواز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خروجاً عن مبدأ الحظر الوارد في نصوص قانون الإجراءات المدنية والتقنين المدني نظراً لأن هذا الحظر لم ينظم سوى مسائل إجرائية لا تتصل بالفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري خاصة وإن مجلس الدولة الفرنسي قد أصر على حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية بخلاف القضاء العادي الذي هو ملزم أساساً بتطبيق النصوص المدنية ومع ذلك حاول الخروج عن هذه النصوص بأجازة التحكيم في العقود الدولية فكان الأجدر بمجلس الدولة الفرنسي أن لا يتمسك بتطبيق هذه النصوص التي حاول القضاء العادي الخروج عليها⁽³⁾. ومن جانبنا نؤيد موقف مجلس الدولة الفرنسي الرافض للتحكيم في العقود الإدارية من دون إجازة صريحة من المشرع وذلك لأن التحكيم يمثل دائماً استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه.

ثانياً : الاستثناءات التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية وموقف مجلس الدولة الفرنسي :

لقد تدخل المشرع الفرنسي أكثر من مرة لتقرير جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية خروجاً على الأصل العام وللحد من الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي في رفض التحكيم في العقود الإدارية , خاصة بعد تطور التجارة الدولية والاستثمارات المالية التي أرتبطت بها بعض منازعات العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية , وسوف نشير هنا الى هذه الاستثناءات التشريعية لنتعرف على نطاق تطبيقها وشروط أعمالها وموقف مجلس الدولة منها وذلك على النحو الآتي :

1-الاستثناء الأول // التحكيم في ظل قانون (17 / 4 / 1906) .

يمثل هذا القانون أول تخفيف من غلو مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث أجاز المشرع الفرنسي في المادة (69) منه للدولة والمديريات والبلديات اللجوء الى التحكيم لإنهاء

(1) Andre de Laubadere, F.Moderne, P.Delvolle : Traite des contrats administratifs. Tome2 . op . cit . p 950.

(2) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 187 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد البوت Bot , ص 363 .

المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد⁽¹⁾ . ويلاحظ إن نطاق تطبيق هذا القانون كان محدوداً من أكثر من ناحية , فمن ناحية أولى إن هذا الاستثناء لا يشمل جميع العقود الإدارية وإنما يقتصر فقط على عقود الأشغال العامة والتوريد وبالمسائل المتعلقة بتصفية النفقات فقط , ومن ناحية ثانية فقد حدد القانون نطاق التحكيم بعقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والبلديات وعدّ مجلس الدولة الفرنسي هذا التعداد على سبيل الحصر , لذلك فإنه يستبعد من نطاق التحكيم عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها المرافق العامة⁽²⁾ , ومن ناحية ثالثة وأخيرة فإن المشرع الفرنسي أشتراط لأعمال هذا القانون أن يتم اللجوء الى التحكيم عبر مشاركة التحكيم أي بعد نشوء النزاع ومن ثم فلا يصح إدراج شرط التحكيم ابتداءً في العقد , كما أشتراط المشرع أيضاً للجوء الدولة إلى التحكيم ضرورة موافقة مجلس الوزراء بمرسوم موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص , وفيما يتعلق بالعقود التي تبرمها المديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية مشاركة التحكيم ويوافق عليها الوزير المختص , أما عقود البلديات فيجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة للتحكيم⁽³⁾ .

وبحسب قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن الشروط التي أستلزمها المشرع الفرنسي تعد شروطاً جوهرية يترتب على مخالفتها بطلان مشاركة التحكيم وهذا ما تأكد في حكمه الصادر في (22 / 1 / 1973) بقضية (Debachy)⁽⁴⁾ .

2-الاستثناء الثاني // التحكيم في ظل قانون (9 / 7 / 1975) .

لقد قرر المشرع الفرنسي بموجب هذا القانون إضافة فقرة جديدة الى المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي تجيز لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء الى التحكيم بشرط أن يتم التصريح لها بمرسوم باللجوء إليه⁽⁵⁾ .

ويلاحظ الفقه على هذا الموضوع أنه على الرغم من وجود هذا الاستثناء فإنه لم يصدر حتى الان مرسوم يصرح للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم , إلا أنه صدرت بهذا

(1) لقد صدر هذا القانون لمواجهة المشكلات التي أرتبطت بالتسوية المالية للعقود التي أبرمت من أجل المعرض العالمي الذي أقيم في باريس عام (1900) . ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها , مصدر سابق , ص 318 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم , مصدر سابق , ص 178 . وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي قد عمد الى توسيع نطاق التحكيم في قانون (17 / 4 / 1906) بموجب المرسوم الصادر عام (1960) ليشمل عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها النقابات المشتركة والمراكز الحضرية والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية . يراجع الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 48 - 49 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 191 ..

(4) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 48 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمد محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية , مصدر سابق , ص 85 .

الخصوص عدة تشريعات أجازت لبعض المؤسسات العامة اللجوء الى التحكيم مباشرة بموجب نص صريح ومن تلك القوانين :

أ- القانون الصادر في (30 / 12 / 1982) الذي أجاز لمؤسسة السكك الحديدية الاتفاق على شرط التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفاً فيها .

ب- القانون الصادر في (2 / 7 / 1990) الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية , وقد منح بمقتضاه المشرع لمرافق البريد والاتصالات أمكانية اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن العقود التي يبرمها المرفق مع الغير .

ج- القانون الصادر في (13 / 2 / 1997) الذي صرح لبعض شركات الاقتصاد المختلط مثل شركة الطيران الفرنسية (air France) وشركة الاتصالات الفرنسية (France Telecom) بالاتفاق على التحكيم في عقودها المبرمة مع الغير .

د- القانون الصادر في (12 / 7 / 1999) الذي أجاز للمؤسسات العلمية الثقافية التي تساهم في مرفق التعليم العالي اللجوء الى التحكيم من أجل حسم المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ العقود التي تبرمها مع الغير سواء كانت إدارية أم مدنية ⁽¹⁾ .

3- الاستثناء الثالث // التحكيم في ظل قانون (19 / 6 / 1986) .

لقد أجاز المشرع الفرنسي بمقتضى هذا القانون للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في عقودها الإدارية ذات الطابع الدولي والمبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناءً من أحكام المادة (2060) من القانون المدني ⁽²⁾ .

والواقع أن هذا الاستثناء يمثل أهم الاستثناءات التي أوردها المشرع الفرنسي على حظر التحكيم في العقود الإدارية وبخاصة في مجال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية موضوع البحث . فقد جاء إصدار هذا القانون على خلفية إصرار شركة والت دزني (Walt Disney) الأمريكية التي تعاقدت مع الحكومة الفرنسية من أجل إنشاء واستغلال وإعادة مدينة ترفيهية بمقاطعة (مارن لافيه) الفرنسية على تضمين هذا العقد شرط اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذه , وأمام عدم وجود نص تشريعي صريح يجيز للدولة اللجوء الى التحكيم فقد أفتى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم وعدّه مخالفاً للنظام العام , وإزاء ذلك لم يجد المشرع الفرنسي مناصاً من إصدار القانون السالف الذكر رغبة منه في الحفاظ على المصالح الاقتصادية التي يمكن أن

(1) ينظر في ذلك الدكتور جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 203 . كذلك الدكتور أياد محمد بدران : التحكيم والنظام العام , مصدر سابق , ص 110 . كذلك الدكتور نجلاء حسن سيد : التحكيم في المنازعات الإدارية , مصدر سابق , ص 137 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي , مصدر سابق , ص 193 .

تعود على الدولة بالنفع عند تنفيذ هذا المشروع⁽¹⁾. وبذلك يكون هذا القانون قد أجاز صراحة التحكيم في العقود الإدارية إلا أنه يشترط لتطبيقه ما يلي :

أ- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية ومن ثم فلا ينطبق هذا الاستثناء على العقود الإدارية المبرمة مع شركات وطنية .

ب- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي (مرفق عام حيوي) .

ج- ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم ويكون ذلك في كل حالة على حده⁽²⁾ .

ونرى من كل ماتقدم أن التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في فرنسا يعد مشروعاً بعد تطور القانون الفرنسي في الأخذ به في مجال العقود الإدارية , غير أن نطاق هذه المشروعية يقتصر على حالة كون الملتزم يمثل شركة أجنبية . غير أن إصرار مجلس الدولة الفرنسي على بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية الداخلية كان محل انتقاد حتى من جانب بعض مفوضي المجلس . الأمر الذي دعا مجلس الدولة إلى إصدار تقريراً في عام (1993) بعنوان (التسوية البديلة للمنازعات) وردت فيه عدة اقتراحات أهمها الموافقة على توسيع نطاق التحكيم في مجال العقود الإدارية المسماة الداخلية والدولية⁽³⁾.

الفرع الثاني

مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في مصر

إن التعرف على موضوع مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومن بينها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر يتطلب منا الوقوف على ثلاث مراحل أساسية دار خلالها خلافاً كبيراً سواء على صعيد الفقه أم القضاء الإداري , إذ انقسمت الآراء بصدد ذلك ما بين معارض لفكرة اللجوء إلى التحكيم ومؤيد لها , وتتمثل هذه المراحل بمرحلة غياب النص الذي يفصح صراحة عن موقف المشرع المصري من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية . ومرحلة صدور القانون رقم (27 لسنة 1994) . وأخيراً مرحلة صدور القانون رقم (9) لسنة 1997 الذي حسم المشرع المصري من خلاله الخلاف الفقهي والقضائي بالنص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية. ونحاول الوقوف على هذه المراحل تباعاً كما يأتي:

(1) ينظر في ذلك الدكتور أنس جعفر : العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 93. كذلك الدكتور علي أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 279.

(2) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 251 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم , مصدر سابق , ص 182

أولاً - مرحلة غياب النص التشريعي الصريح وتباين موقف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية .

في هذه المرحلة عرف النظام القانوني المصري التحكيم من خلال النصوص الواردة في قوانين المرافعات المدنية ابتداءً من القانون الصادر عام (1883) ومروراً بقانون المرافعات رقم (77 لسنة 1949) وأخيراً في قانون المرافعات المدنية رقم (13 لسنة 1968) المعدل⁽¹⁾ . غير أن مسألة مدى إمكانية التحكيم في العقود الإدارية لم تظهر بصورة عملية كبيرة إلا في ظل قانون المرافعات الحالي (رقم 13 لسنة 1968) فالمادة (501) من هذا القانون نصت على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ...) وظاهر النص يشير إلى إمكانية التحكيم في جميع العقود لكونه قد أطلق عبارة جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد يستوي في ذلك أن يكون عقداً مدنياً أم ادارياً، لكن الحقيقة إن الإدارة كانت تقبل شرط التحكيم عند أبرام عقودها مع الغير لاسيما في عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز⁽²⁾ وعند حدوث نزاع معين تلجأ إلى القضاء زاعمة بأن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية وهو موقف يؤدي في حقيقة الأمر إلى الغرابة والدهشة خاصة عندما يعلن القضاء الإداري عن عدم مشروعية شرط التحكيم الذي كانت الإدارة قد قبلت به بإرادتها⁽³⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور ياسر عبد السلام منصور : دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 3 .

(2) وهذا ما درج العمل عليه في مجال عقود الامتياز النقطية وعقود استغلال الموارد الطبيعية بصفة عامة ، ينظر في تفصيل ذلك الدكتور سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 288 وما بعدها .

(3) ينظر في ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص 79. ولنا أن نشير في هذا الصدد الى الموقف الذي ظهر على صعيد التطبيق العملي في مجال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في لبنان ومفاده إن وزارة البريد والاتصالات اللبنانية كانت قد أبرمت عقدين أولهما مع شركة (ليبانسل) الفرنسية من أجل إنشاء واستغلال وإعادة مشروع نظام الراديو الخليوي الرقمي والعقد الثاني مع شركة (فرانس تليكوم) بهدف إنشاء واستغلال وإعادة مشروع الخليوي وقد وافقت الوزارة بموجب هذين العقدين صراحة على ما جاء في نصوصهما من إمكانية اللجوء الى التحكيم بصدد المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الملتزم والوزارة ، وعلى أثر الخلاف الذي نشأ بين الوزارة والشركتين المذكورتين في أثناء تنفيذ المشروع تقدمت الشركتين بمعاملة تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية في باريس غير إن الوزارة لجأت الى مجلس شوري الدولة اللبناني زاعمة عدم مشروعية شرط التحكيم الذي تضمنه العقدين لكونهما من العقود الإدارية ، وبنتيجة مراجعة المجلس لما ورد في العقدين من شرط التحكيم فقد أصدر قراره المرقم (638 بتاريخ 11 / 7 / 2001) والمتعلق بالمنازعة مع شركة ليبانسل ، والقرار رقم (639 بتاريخ 17 / 7 / 2001) المتعلق بالمنازعة مع شركة فرانس تليكوم ، مشيراً في قراره الى عدم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ومن بينها العقدين موضوع المراجعة لكونهما يمثلان عقود امتياز مرافق عامة داخلية حتماً في اختصاص المجلس الأمر الذي يترتب عليه بطلان البند التحكيمي الوارد فيهما. لمزيد من التفاصيل ينظر كل من الدكتور الياس ناصيف : عقد البوت Bot ، مصدر سابق ، ص 357 . كذلك الدكتور محي الدين القيسي : إمكانية التحكيم في حسم منازعات مشروعات البنية الأساسية Bot ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثاني ، مصدر سابق ، ص 248 . كذلك الدكتور عبد = الحميد الأحذب : وجهة نظر قانونية في حكمي مجلس الشورى في شأن الخليوي ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، مصدر سابق ، ص 130 وما بعدها .

وعموماً فإنه إزاء موقف المشرع المصري الذي لم يكشف صراحة عن حظر أو جواز التحكيم في العقود الإدارية فقد اختلفت آراء الفقه وتباينت أحكام القضاء في اتجاهين: الأول يعارض فكرة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في حين يرى الاتجاه الثاني عكس ذلك ، وقد كان لكل اتجاه أسبابه وأدلته القانونية على موقفه وهو ما سوف نبينه على النحو الآتي:

1//الاتجاه الفقهي والقضائي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية مستنداً في ذلك إلى عدة حجج وأسانيد قانونية. فعلى صعيد الفقه المصري أتجه جانب منه الى القول بأن التحكيم بصفة عامة يتعارض مع سيادة الدولة لأنه يسلب اختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر سيادتها فضلاً عما قد ينتهي إليه التحكيم من استبعاد تطبيق القانون الوطني لطبق بدلاً منه القانون الأجنبي⁽¹⁾. كما أن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع الأصل الدستوري الوارد في المادة (172) من الدستور المصري لسنة (1971) والتي تنص على أن ((مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى)) فضلاً عن الأصل القانوني المحدد بنص الفقرة الحادية عشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47 لسنة 1972) التي تنص على اختصاص مجلس الدولة دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد أداري آخر ، فالدستور و قانون مجلس الدولة قررا صراحة بأن الاختصاص في منازعات العقود الإدارية يكون لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها ، لذلك فأن جواز التحكيم في العقود الإدارية يشكل سلباً وعدواناً على اختصاص القضاء الإداري⁽²⁾ . ويضيف أنصار هذا الاتجاه أيضاً بأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام حيث أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وأن العقد الإداري تهيمن عليه المصلحة العامة مما يجعله جزءاً من النظام العام ، وبما أن المادة (551) من القانون المدني المصري تنص على أنه (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام) وقد جاء في الشق الأخير من المادة (501) من قانون المرافعات رقم (13 لسنة 1968) من أنه (...لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) لذلك فأن التحكيم غير جائز في العقود الإدارية إلا إذ نص المشرع صراحة بخلاف ذلك⁽³⁾ .

أما على صعيد القضاء الإداري فقد صدرت بعض الأحكام من مجلس الدولة المصري تقضي بعدم جواز اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية نظراً لغياب النص التشريعي الذي يجيز

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، مصدر سابق ، ص 70 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت Bot ، مصدر سابق ، ص 293 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 183 .

ذلك ، ومن هذه الأحكام حكم المحكمة الإدارية الصادر في (20 / 2 / 1990) والمتعلق بالنزاع القائم بين الشركة المصرية للتعمير والإنشاء ووزارة الإسكان والتعمير وذلك بشأن عقد امتياز هضبة (منطقة المقطم) والذي ورد في البند الخامس منه على إمكانية اللجوء للتحكيم لإنهاء المنازعات التي قد تنشأ عنه ، وقد جاء في حكم المحكمة على أنه ((... ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يهدم خصائص العقد الإداري وبما لا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد إذ أن اختصاص المجلس قد ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة ، بينما إن منح التزام المرافق العامة يعتبر من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصايا على السلطة التنفيذية وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع ... ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون ...))⁽¹⁾ . وفي هذا الشأن أيضاً ، فقد التزمت محكمة القضاء الإداري المصرية في العديد من أحكامها بما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومن بين هذه الأحكام نذكر حكمها الصادر في (9 / 12 / 1990) والذي قضت فيه برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع المتعلق بعقد أداري بحجة اختصاص هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد موضوع النزاع واستندت المحكمة في ذلك إلى أن (... محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وهذا الأمر قد ورد بنص تشريعي الأمر الذي يتعين ألا يخالفه ما هو أدنى من التشريع مرتبة في تدرج القواعد القانونية ...)⁽²⁾ . كذلك فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في (30 / 1 / 1991) بخصوص النزاع المتعلق بعقد إنشاء نفق (الشهيد أحمد حمدي) الى رفض دفع الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري لوجود شرط التحكيم في العقد واستندت في ذلك الى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك تأسيساً على أنه يسلب اختصاص محاكم مجالس الدولة المقررة بالمادة العاشرة من القانون رقم (47 لسنة 1972)⁽³⁾ .

2//الاتجاه الفقهي والقضائي المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية .

يذهب أنصار هذا الاتجاه الى جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك استناداً الى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع صراحة التحكيم في هذه العقود ، فالمادة (501) من قانون المرافعات المدنية على الرغم من أنها لم تواجه أساساً مشكلة التحكيم في العقود الإدارية ، إلا إنها أشارت إلى إمكانية التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين وهي عبارة من السعة بحيث تشمل في نطاقها فكرة العقد الإداري، كما إن نص المشرع في المادة (172) من دستور (1971) والمادة

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (3049 الصادر في 9 / 2 / 1990) أشار إليه الدكتور عصمت

عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 166 .

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم (5837 الصادر في 9 / 12 / 1990) أشار إليه في

مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 321 .

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم (5429 الصادر في 30 / 1 / 1991) أشار إليه

وائل محمد السيد إسماعيل : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت، مصدر سابق، ص 276 .

العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (47 لسنة 1972) على اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية لم يرد به سوى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة والتأكيد على بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري ، ومن ثم فلا يجوز تعدي هذا القصد الى القول بأن هذا النص يحظر التحكيم في العقود الإدارية فلو أراد المشرع تقرير هذا الحظر لنص عليه صراحة⁽¹⁾. ويستند أصحاب هذا الاتجاه أيضاً الى ما تضمنته المادة (58) من قانون مجلس الدولة رقم (47 لسنة 1972) والتي تنص على أنه (... لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة) فهذه المادة تكشف عن إمكانية لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وإلا لما فرض المشرع عليها عندما تريد اللجوء الى التحكيم ضرورة عرض اتفاقها على مجلس الدولة لأخذ رأيه فيه⁽²⁾ .

وفي هذا الاتجاه فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بجواز الاتفاق على اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك أستاذاً الى أجازة قانون المرافعات له وتنظيمه له في المواد (501 وما بعدها) والتي تعد قواعد عامة يمكن تطبيقها في مجال العقود الإدارية بما لا يتعارض مع الروابط الإدارية ، كذلك ما نصت عليه المادة (58) من قانون مجلس الدولة التي تقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية الإدارية منها والمدنية⁽³⁾ .

وفي ضوء ما تقدم نرى أن الاتجاه الفقهي والقضائي الذي عارض اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بسبب غياب النص التشريعي الصريح الذي يجيز ذلك يمثل الاتجاه الأقرب للصواب وذلك لان التحكيم- كما ذكرنا- يشكل استثناءً على القاعدة العامة في الاختصاص القضائي لايجوز اللجوء إليه إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك.

ثانياً - مرحلة صدور القانون رقم (27 لسنة 1994) .

أمام تباين موقف الفقه وأحكام القضاء على النحو المتقدم ذكره ما بين مؤيد ومعارض للتحكيم في العقود الإدارية ومن بينها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فقد أصدر المشرع المصري القانون (رقم 27 لسنة 1994) بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي ألغى المواد (501 - 513)

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 77 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ص 181 .
(3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم (661) الصادرة في (1989/7/1) أشار إليها الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 369 .

من قانون المرافعات المدنية رقم (13 لسنة 1968)⁽¹⁾ , وقد جاءت المادة الأولى منه تنص على أنه (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر , أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون)) والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا هل إن هذا القانون قد حسم الجدل الفقهي والقضائي بشأن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نلاحظ أن هذا القانون لم يحسم الخلاف حول مسألة جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية , إذ أنقسم الفقه بهذا الصدد على اتجاهين :

يذهب الاتجاه الأول إلى أن هذا القانون قد شمل بنطاقه أمكانية التحكيم في العقود الإدارية وذلك لعموم نص المادة الأولى منه والتي أشارت صراحة إلى امتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص كما إن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (27 لسنة 1994) قد أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم وبذلك حسم المشرع الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم⁽²⁾. ويضيف أنصار هذا الاتجاه أيضاً إلى أنه عند مناقشة أعضاء مجلس الشعب لمشروع هذا القانون - أي قانون التحكيم - اقترح أحد الأعضاء تعديل المادة الأولى والنص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية ذلك لأن النص على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع قد لا يفيد بخضوع العقود الإدارية للتحكيم إلا أن المجلس رفض الاقتراح مكتفياً بما ورد بالمذكرة الإيضاحية⁽³⁾ .

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب أنصاره إلى أن القانون رقم (27 لسنة 1994) لم يجز بنص صريح اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية , فهذه المنازعات لا يجوز استثنائها من الخضوع لاختصاص القضاء الإداري إلا بنص صريح وما ورد في نص المادة الأولى من هذا القانون والمناقشات التي دارت حولها في مجلس الشعب وما أورده المذكرة الإيضاحية لا تقطع برأي نهائي حول أمكانية التحكيم في العقود الإدارية التي تحكمها قواعد خاصة وخارقة للشرعية العامة وهي قواعد القانون الإداري التي تعد في معظمها قضائية من صنع القضاء الإداري⁽⁴⁾ . وقد زاد من تعزيز

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي سكيكر : تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية , منشأة المعارف , الإسكندرية , 2006 , ص 13 . كذلك الدكتور أحمد السيد الصاوي : التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994 , المؤسسة الفنية للطباعة والنشر , القاهرة , 2004 , ص 23 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور أنس جعفر : العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 282 وما بعدها . كذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 76 .

(3) ينظر في تفصيل ذلك الدكتورة نجلاء حسن سيد : التحكيم في المنازعات الإدارية , مصدر سابق , ص 84 , 85 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 92 .

موقف هذا الاتجاه ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها الصادرة في (18 / 12 / 1996) التي انتهت فيها إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية مخالفة في ذلك موقفها في الفتاوى السابقة التي أيدت فيها جواز التحكيم في العقود الإدارية , وقد صدرت هذه الفتوى بعد صدور قانون التحكيم رقم (27 لسنة 1994) بمناسبة مراجعة مشروع العقد المزمع إبرامه بين كل من المجلس الأعلى للآثار وشركة (جلستير سلفرنايت) الانكليزية بخصوص القيام بأعمال تكميلية للموقع الخارجي لمتحف أسوان , كذلك مشروع عقد استكمال بعض الأعمال بالمتحف المذكور , وبعد مراجعة الجمعية العمومية لمشروع العقد ذهبت الى عدم مشروعية شرط التحكيم الوارد فيها انطلاقاً من أن قانون التحكيم رقم (27 لسنة 1994) قد ((... أعد أصلاً لينظم التحكيم في المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل قانون المرافعات ... فالقانون صدر أساساً ليعالج المسائل المدنية والتجارية , أما بالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم ... فأن هذا القانون في أي مرحلة من مراحل أعداده الى حين صدوره لم يشتمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون ...)) (1).

وفي هذا الشأن نرى إن استمرار الخلاف حول مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية يرجع حقيقة إلى غموض نص المشرع المصري في قانون التحكيم رقم (27 لسنة 1994) وهو الأمر الذي تم تداركه بالقانون رقم (9 لسنة 1997) كما سنبين ذلك.

ثالثاً : مرحلة صدور القانون رقم (9 لسنة 1997) وجواز التحكيم في العقود الإدارية .

نظراً لاستمرار الخلاف الفقهي والقضائي حول مدى أمكانية التحكيم في العقود الإدارية ومن بينها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبهدف إنهاء هذا الجدل فقد تدخل المشرع المصري بإصدار القانون رقم (9 لسنة 1997) الذي عدل بموجبه المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (27 لسنة 1994) لتنص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية، فقد جاء نصها (وبالنسبة الى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة , ولا يجوز التفويض في ذلك) (2).

(1) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (54 / 1 / 339 / 160) الصادر في (18 / 12 / 1997) أشار إليها الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر , ص 12 .

(2) ينظر في ذلك الفقرة (2) من المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم (27 لسنة 1994) المضافة بالقانون رقم (9 لسنة 1997). والجدير بالملاحظة إن المشرع اللبناني وأزاء الخلاف الذي حصل بشأن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية وتحديداً في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية , فقد أنتهج نهج المشرع المصري بحسم الخلاف من خلال النص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية وهذا ما أقره المشرع اللبناني بالقانون رقم (440 لسنة 2002) والذي عدل بمقتضاه أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (90 لسنة 1983) الخاصة بالتحكيم فقد أضاف فقرة جديدة الى المادة (762) تنص على أنه (يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء الى التحكيم) وأضاف في الفقرة (3) من المادة ذاتها (اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي لا يكون بند التحكيم = أو اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد أجازته بمرسوم من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ...). ينظر في ذلك الدكتور محي الدين القيسي : إمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية Bot , مصدر سابق , ص 113.

ويتبين من النص أعلاه أن المشرع المصري قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية كافة ومن بينها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إذ لم يستبعد من نطاق التحكيم أي عقد إداري، كما يتضح أن المشرع قد أقر التحكيم في جميع منازعات العقود الإدارية سواء حدثت في مرحلة إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذه وسواء كان اللجوء الى التحكيم عبر شرط يرد في صلب العقد الأصلي أم عبر مشاركة تحكيم يبرمها الأطراف في مرحلة لاحقة على إبرام العقد و بصدد نزاع قائم فعلاً إلا أن المشرع قد اشترط لجواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يمارس اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، كما اشترط ضرورة عدم قيام الوزير أو من يتولى اختصاصه أن يفوض غيره في ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية⁽¹⁾. ويبدو أن السبب في عدم إجازة المشرع للتقويض في الاختصاص بشأن الموافقة على التحكيم في العقود الإدارية يرجع إلى أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم فيها وضماناً لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية من خلال التملص من تطبيق القانون الإداري.

وهنا يرى جانب من الفقه وبحق أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على التحكيم قد يكون كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية لكنه ليس كذلك بالنسبة للعقود المتصلة باستغلال الثروة الطبيعية أو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إذ كان ينبغي النص لأدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء بالإضافة إلى الوزير المختص فذلك أدعى للحيلة وضبطاً لممارسة التحكيم في العقود الإدارية⁽²⁾. ونرى حقيقة أن ضرورة موافقة مجلس الوزراء على شرط التحكيم هو أمر متحقق بالفعل في مجال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ذلك لأن القوانين الخاصة بمنح الالتزام والتي صدرت في مجالات المطارات والطرق والموانئ جميعها نصت على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه قرار عن مجلس الوزراء ، وهو الأمر الذي تحقق بالفعل بصدور القرارات الخاصة بالموافقة على منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة كل من مطار مرسى علم ، ومطار العلمين ، ومطار رأس السد ، والتي تضمنت العقود الخاصة بها على نصوص أشارت الى أمكانية حسم المنازعات التي قد تنشأ عنها بواسطة التحكيم وذلك بعد أخذ موافقة مجلس الوزراء والوزير المختص بذلك⁽³⁾ .

وبناء على ماتقدم نستطيع القول إن المشرع المصري بموجب القانون رقم (9 لسنة 1997) قد أرسى قاعدة عامة بشأن جواز التحكيم في العقود الإدارية كافة، وقد تأكد هذا الاتجاه بصدور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89 لسنة 1998) الذي نصت المادة (42) منه على أنه (يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد).

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 185 . كذلك الدكتورة

جيهان حسن سيد : عقود البوت Bot وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، مصدر سابق ، ص 135 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي: النظام القانوني لعقود البوت Bot ، مصدر سابق، ص 766.

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد إمتياز المرفق العام Bot ، مصدر سابق ، ص 87 .

الفرع الثالث

مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في العراق

نحاول في هذا الفرع التعرف على موقف التشريع والقضاء والفقه في العراق من مسألة التحكيم في العقود الإدارية وذلك على النحو الآتي :

أولاً - موقف التشريع العراقي من التحكيم في العقود الإدارية .

لقد أفرد المشرع العراقي الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية رقم (83 لسنة 1969) المحتوي على المواد (251 - 276) للتحكيم بصورة عامة ومن دون أن يضمن أحكامه ما يشير صراحة الى حظر التحكيم في العقود الإدارية أو أجازة اللجوء إليه. فقد نصت المادة (251) من القانون أعلاه على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين , كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) .

وبموجب الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط سنة (1988) نجد أن المادة (69) منها أجازت اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة من تفسير أو تنفيذ المقابلة التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها (رب العمل) والمقاول كطرف ثاني عراقياً كان أو أجنبياً⁽¹⁾ . ويلاحظ أن ما تضمنته المادة (69) أعلاه من إمكانية اللجوء الى التحكيم تسري على المنازعات الخاصة بعقود المقاولات العامة المتصلة بأعمال الهندسة المدنية كإنشاءات الطرق والجسور والمباني العامة , على أن يتم عرض النزاع أو الخلاف الناشئ بين الإدارة والمقاول على المهندس الاستشاري أولاً من أجل إصدار قرار بشأن ذلك النزاع والذي يكون ملزماً للطرفين إذ لم يعترض عليه أيّاً منهما⁽²⁾ . فإذا لم يقبل صاحب العمل (الإدارة) أو المقاول بقرار المهندس جاز لأي منهما وفي غضون ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتأريخ التبليغ بقرار المهندس طلب إحالة النزاع إلى التحكيم ليتم الفصل فيها عن طريق هيئة التحكيم⁽³⁾ , التي يكون لها السلطة الكاملة في إعادة النظر أو تنقيح أو تعديل أي قرار أو رأي أو شهادة أو تميمين صدر عن المهندس⁽⁴⁾ .

(1) ومثل هذا النص ورد في المادة (45) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية الصادرة عن وزارة التخطيط سنة 1988 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور حامد المختار : التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها , بحث منشور في مجلة القضاء , الأعداد (1 , 2 , 3 , 4) , 1981 , ص 427 .

(3) تتألف هيئة التحكيم طبقاً لما جاء في المادة (69) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية من محكم يختاره صاحب العمل وآخر يختاره المقاول , ويتولى هذان الحكمان اختيار حكم ثالث ليتولى رئاسة هيئة التحكيم وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق حول الحكم الثالث خلال أربعة عشر يوماً من آخر تاريخ لتعيينهما فعندئذ يكون لصاحب العمل أو =المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين الحكم الثالث على وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية أو وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص بأمر التحكيم .

(4) ينظر في ذلك الدكتور فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي , جامعة بغداد , 1992, ص 119 .

وبصدور قانون العقود العامة رقم (87 لسنة 2004) نجد أن المشرع قد أشار ضمناً إلى جواز اللجوء إلى التحكيم حيث ورد في القسم (12) على أن ((التسوية البديلة للنزاع - عند تسوية جميع النزاعات الممكنة - أي سواء أكانت اعتراضات على المناقصة أو شكاوى خلال إدارة العقود العامة - تستعمل مبادئ التسوية البديلة للنزاع الى أقصى حد ممكن شرط أن يتفق الطرفان))⁽¹⁾ . ومما لاشك فيه أن ما جاء في هذا النص ينطبق على التحكيم بوصفه أحد سبل تسوية المنازعات الذي يستلزم أعماله اتفاق طرفي العقد على ذلك , وهذا ما تم النص عليه صراحة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة (2008) النافذة حالياً فقد جاء في المادة (11) منها على أنه ((... تقض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف أنواعها باستخدام أحد الأساليب الآتية : ... ب- التحكيم : ويكون باختيار كل طرف متنازع حكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ويختار المحكمان محكماً ثالثاً لرئاسة لجنة التحكيم , وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث (...)). وأضافت الفقرة (د) من المادة نفسها على أن ((لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع)) . ويتبين من ذلك أن المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد أقر صراحة بإمكانية لجوء الدولة وأشخاص القانون العام الى التحكيم كأسلوب لحسم المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة مع جهات تعاقدية عراقية كانت أو أجنبية وذلك في المجالات التي تسري عليها هذه التعليمات والتي تتمثل بعقود الأشغال العامة والعقود الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات⁽²⁾ . كذلك فأشار المشرع قد أشار الى إمكانية اختيار التحكيم الدولي عندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً.

ومما تجدر الإشارة إليه أن إدراج شرط التحكيم في عقود الإدارة في العراق قد ظهر في مجال التطبيق العملي في مجالات عدة , أبرزها عقود امتيازات النفط الممنوحة من العراق الى شركات النفط الأجنبية كذلك عقود المقاولات الإنشائية ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (40) من اتفاقية الامتياز المبرمة في (14 / 3 / 1925) بين الحكومة العراقية وشركة النفط التركية التي سميت فيما بعد شركة نفط العراق المحدودة من انه ((إذا حصل ... شك أو خلاف أو نزاع ما بين الحكومة والشركة فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ مواد هذه الاتفاقية أو أي شيء من محتوياتها أو متعلقاتها أو حقوق أو مسؤوليات أحد الفريقين المتعاقدين فيجب أن يشرعاً في التحكيم)⁽³⁾ . وهذا ما ورد أيضاً في اتفاقية الامتياز المبرمة في (25 / 12 / 1951) بين الحكومة العراقية وشركتي نفط خانقين المحدودة ونفط الرافدين المحدودة , كذلك الاتفاقية المبرمة في

(1) ينظر الفقرة (خ) من البند (2) من القسم (12) من قانون العقود العامة العراقي رقم (87 لسنة 2004) .

(2) ينظر في ذلك البند (أولاً) من المادة (2) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة (2008) .

(3) ينظر في ذلك الدكتور هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية , بحث منشور في

(3/ شباط /1952) بين الحكومة العراقية وشركات النفط العراقية المحدودة و النفط البصرة المحدودة و نفط الموصل المحدودة اللتان تنص الفقرة (ج) من المادة (13) منهما على أنه ((إذا نشأ نزاع أو خلاف بين الحكومة والشركات حول تفسير أو تنفيذ هذه الاتفاقية ... فيحسم ذلك بالتحكيم ...))⁽¹⁾ . وكمثال أخير على أدراج شرط التحكيم نذكر ما ورد في المادة (35) من العقد المبرم مع مجموعة شركات (ايراب الفرنسية) والتي نصت على أن ((تحل في النهاية عن طريق التحكيم كافة المنازعات الناشئة من تطبيق أحكام هذا العقد))⁽²⁾.

ثانياً - موقف القضاء والفقه في العراق من مشروعية التحكيم في العقود الإدارية .

من خلال اطلاعنا على بعض الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء محكمة التمييز العراقية في الدعاوى المتعلقة بمسائل التحكيم في العقود الإدارية , فأننا لم نجد من بينها أحكاماً تقضي بأبطال شرط التحكيم أو إجراءاته بسبب أن أدراجه في مجال العقود الإدارية محظوراً أو مخالفاً للقانون⁽³⁾ , ومن قبيل هذه الأحكام نذكر ما جاء في حكم محكمة التمييز الصادر في (18 / 12 / 1997) من أنه ((إدعى المدعون لدى محكمة بداءة الكرخ بأنهم سبق أن تعاقدوا مع المدعى عليها منشأة الجهاد العامة على تطوير مشروع مبالز الاسحاقى ... ولقيام المدعى عليها بسحب العمل منهم وتنفيذه على حسابهم فقد طلبوا اللجوء الى التحكيم لحل الخلافات بينهم وقد تألفت هيئة التحكيم ونظرت في الخلاف وأصدرت قرارها في (6 / 8 / 1996) بالأكثرية وحيث إن قرار التحكيم قد وردت فيه أخطاء جوهرية فقد طعن المدعون بالقرار المذكور ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن محكمة الموضوع لم تتبع ما ورد في المادتين (273) و (274) من قانون المرافعات المدنية ... وكان عليها في حالة وجود إحدى الحالات أن تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرارهم ... عليه قرر نقض الحكم المميز ..))⁽⁴⁾ وفي حكم حديث لمحكمة التمييز العراقية والمتعلق بالنزاع الحاصل بين الإدارة وأحد المقاولين بخصوص تشكيل هيئة تحكيم للنظر في النزاع فقد ذهبت الى أنه ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز وجد أن الطعن

(1) ينظر في ذلك فؤاد الراوي : المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات , نص (6) من (1950 - 1955) , مصدر سابق , ص212 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية , مصدر سابق , ص41. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر الدكتور محمد ظاهر معروف : شرط التحكيم في عقود القانون العام وفي عقود القانون الخاص, بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني , العدد الأول السنة السادسة , ص 60 - 62.

(3) على خلاف اتجاه محكمة التمييز العراقية فقد صدر من ديوان التدوين القانوني قرار تبني فيه اتجاه معارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية استنادا لكونه يمكن أن يمس بسيادة الدولة التي تحتكر العدالة من خلال محاكمها. ينظر قرار ديوان التدوين القانوني المرقم (123 / 78 / الصادر في 28 / 8 / 1978) أشار إليه الدكتور فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي , مصدر سابق , ص121 .

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز المرقم (1724 / 3 / 1997 الصادر في 18 / 12 / 1997) أشار إليه القاضي مدحت المحمود : شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83 لسنة 1969) وتطبيقاته العملية , الطبعة الثانية , مكتبة العدالة , بغداد , 2008 , ص377.

التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إن محكمة الاستئناف كانت قد اتبعت قراري النقض الصادرين من محكمة التمييز ... وقامت بتعيين محكم ثالث في موضوع التحكيم بدلاً من المحكم المتوفي ... وقد تبين من وقائع الدعوى بأن المحكمين قد فصلوا في النزاع على أساس عقد الطرفين ... تمشياً مع أحكام المواد (266/ 267 / مرافعات) ... وأن محكمة الاستئناف قررت تصديق قرار التحكيم ... وحيث إن قرار التحكيم جاء تماشياً مع أحكام القانون وأن تصديقه من المحكمة المختصة ... كان متفقاً وأحكام القانون أيضاً فعليه قرر ... رد الطعون التمييزية ... (1) .

والحقيقة أن اتجاه محكمة التمييز أعلاه والمؤيد للجوء الإدارة إلى التحكيم لا يشكل موقفاً عاماً للقضاء العراقي من التحكيم في العقود الإدارية كافة , ذلك لأن أغلب الأحكام الصادرة بهذا الشأن تناولت التحكيم طبقاً لشروط المقابلة لأعمال الهندسة المدنية (2) .

أما موقف الفقه في العراق من مسألة التحكيم في العقود الإدارية فقد وجدنا خلال المدة السابقة على صدور قانون العقود العامة والتعليمات الصادرة بشأنه إن هناك من يؤيد اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية استناداً إلى نص المادة (251) من قانون المرافعات المدنية والتي أجاز المشرع فيها الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما أجاز الاتفاق عليه في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين , ولما كانت هذه الإجازة مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه فإن المشرع بذلك قد أعترف بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لحسم جميع المنازعات العقدية ومن بينها المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية (3) . في حين يعارض جانب آخر من الفقه -والذي نؤيده- فكرة إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى كون المادة (251) من قانون المرافعات المدنية لا تصلح أساساً لأجازة التحكيم في العقود الإدارية نظراً لأن نطاقها يقتصر على المواد المدنية والتجارية فحسب , كما لا يمكن الاستناد إلى ما جاء في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية من إجازة للتحكيم نظراً لأنها تقتصر على عقود المقاولات العامة فقط دون بقية العقود الإدارية الأخرى ,

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (222 / موسعة ثانية / الصادر في 6 / 4 / 2004) أشار إليه القاضي مدحت المحمود : المصدر نفسه , ص 379 . وينظر في المعنى ذاته حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (618 / م / 2004 . الصادر في 23 / 6 / 2004) والذي أكدت فيه المحكمة باختصاصها بنظر أحالة النزاع الحاصل بين الإدارة وأحد المقاولين إلى التحكيم . هذا الحكم منشور في مجلة القضاء , العدد الأول والثاني السنة 1958 , 2005 , ص 127 , 128.

(2) ينظر في ذلك الدكتور على أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 290 .

(3) ينظر في ذلك المحامي جمعة سعدون الربيعي : المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية , المكتبة القانونية , بغداد , 1993 , ص 217. كذلك الدكتور فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي , مصدر سابق , ص 118 . كذلك رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 64.

ولما كان التحكيم لا يتقرر إلا بإرادة المشرع الذي يحدد نوعه وأحكامه فلا مجال بعد ذلك للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا وجد نص خاص وصريح يقضي بذلك (1) .

أما مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في العراق بعد صدور قانون العقود العامة لسنة (2004) والتعليمات الصادرة بشأنه رقم (1 لسنة 2008) النافذة حالياً فالحقيقة أنه لا يمكن أن ننكر أن ما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية من إمكانية لجوء الدولة وأشخاص القانون العام الى التحكيم يفصح عن رغبة المشرع العراقي في الاستفادة من التحكيم في ظل حركة الاستثمارات التي من المؤمل أن يشهدها العراق وحاجة الإدارة إلى التعاقد مع شركات أجنبية ومستثمرين أجانب يفضلون اللجوء الى التحكيم لحسم ماقد ينشأ من منازعات حول تنفيذ أو تفسير العقود التي تربطهم بالإدارة بعيداً عن بطأ إجراءات التقاضي أمام المحاكم غير أن ما يلاحظ إن هذه التعليمات لم تنظم أحكاماً عامة يمكن الاستناد عليها في جميع العقود الإدارية , كما إنها لم تحدد القواعد والضوابط التي تبين آلية إدراج شرط التحكيم في العقود الخاضعة لأحكام هذه التعليمات وإنما نجدها تشير الى الاسترشاد بقانون المرافعات المدنية رقم (83 لسنة 1969)(2).

وعليه نرى أن حسم مسألة مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في العراق تستلزم في كل الأحوال ضرورة تدخل المشرع بنص صريح بذلك , وما نرجوه من المشرع العراقي في هذا الخصوص هو أن يتولى تنظيم أمور التحكيم في قانون مستقل بعيداً عن قانون المرافعات المدنية على أن ينص فيه صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع إحاطة هذا النص بضمانات تتمثل بوجوب استلزام موافقة مجلس الوزراء والوزير المختص على إدراج شرط التحكيم في كل حالة على حده خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود استغلال الثروة الطبيعية وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كذلك التأكيد على ضرورة التقيد بالقواعد الموضوعية التي تحكم نظرية العقد الإداري من جانب هيئة التحكيم وذلك حتى لا تتعارض فكرة اللجوء للتحكيم بمنازعات العقود الإدارية مع المبادئ التي أرساها القضاء الإداري.

(1) ينظر في ذلك الدكتور علي أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 292 , كذلك الدكتور شعيب

أحمد سليمان : التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة , دار الرشيد للنشر , بغداد , 1981 , ص 144 .

(2) ينظر في ذلك البند (سادساً) من المادة (10) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 .

المبحث الثاني

أثر التحكيم على اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

من المسلم به أن اللجوء إلى القضاء الإداري الوطني في حسم المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كما هو الحال في بقية العقود الإدارية هو الأصل بينما يعد اللجوء إلى التحكيم استثناء من القاعدة العامة في الاختصاص القضائي.

وإذا كان من الواضح أن التحكيم يمثل أسلوباً لفض المنازعات ملزم لأطرافها وهو يقوم أساساً على إرادة أطراف النزاع الذين يفضلون اللجوء إليه على قضاء الدولة وهم الذين يحددون المحكمين ويسمونهم ويعينون مكان التحكيم والإجراءات والقواعد التي يخضع لها، فإن من البديهي القول: إن الأثر المباشر الذي يترتب على التحكيم يتمثل في غالب الأمر بالنسبة إلى منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها أطراف النزاع ليعهدوا إليها مهمة الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهم ، غير أن ما تجدر ملاحظته في هذا الصدد إن قبول التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كاستثناء من الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري يتطلب منا الوقوف على أمرين : الأول : وهو إن الاتصال الوثيق لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالمصلحة العامة ومصالح المنتفعين من المرافق التي ينصب عليها هذا العقد يستوجب ضرورة أن لا يفسر الأثر المترتب على التحكيم تفسيراً من شأنه إنكار الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل من خلال استبعاد تطبيق القواعد الموضوعية التي تحكم نظرية العقود الإدارية ، بل لابد من التمسك بهذه الطبيعة الإدارية بالشكل الذي يمكن معه الحفاظ على الجانب الموضوعي من اختصاص القضاء الإداري. أما الأمر الثاني: فيتمثل في إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأن كان من شأنه أن يؤدي إلى نقل الاختصاص من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إلى هيئة تحكيم يتفق عليها أطراف النزاع إلا أنه ينبغي أن لا يفهم من ذلك إن العلاقة بين التحكيم والقضاء ستكون منقطعة ، ذلك لأن أغلب الأنظمة القانونية – كما سنرى – تحرص على أن يكون للقضاء الوطني دور رقابي على الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم .

ومن أجل الوقوف على ما ذكرناه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين : نبين في الأول منهما أثر التحكيم في الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، أما المطلب الثاني فنبين فيه الرقابة القضائية على أحكام التحكيم .

المطلب الأول

أثر التحكيم في الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يتمثل السؤال المطروح للإجابة عنه هنا هو تحديد الأثر الذي يمكن أن يترتب على الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عند اللجوء إلى التحكيم , وللإجابة المباشرة عن هذا السؤال فأنا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه من أن التحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كما هو الحال في بقية العقود الإدارية الأخرى , ذلك لأن من الممكن اللجوء إلى التحكيم مع الحفاظ على الخصائص الإدارية لهذا العقد ومع التمسك بتطبيق القواعد الموضوعية التي أرساها القضاء الإداري لتحكم نظرية العقد الإداري من جانب هيئة التحكيم لكون التحكيم في العقود الإدارية يبقى دائماً استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره⁽¹⁾.

لكن ما تجدر إليه الإشارة هنا أن مسألة ضمان عدم تأثير التحكيم في الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كما هو الشأن في بقية العقود الإدارية تتوقف في واقع الأمر على إرادة أطراف النزاع وبخاصة إرادة الإدارة المتعاقدة وموقفها عند قبول شرط التحكيم في منازعاتها الناشئة عن عقودها الإدارية المبرمة مع غيرها , فمما لا شك فيه أن من القواعد القانونية التي يقوم عليها نظام التحكيم تجري على أن يكون للأطراف الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محل التحكيم وفي حالة إغفالهم اختياره يكون لهيئة التحكيم إختيار القانون الأكثر ملاءمة للنزاع⁽²⁾ , وهنا قد تثار مشكلة تطبيق قانون لا يعرف التفرقة بين المنازعات الإدارية والمنازعات المدنية الأمر الذي قد يؤدي إلى أن تفقد الإدارة مركزها القانوني المتميز في مجال العقود الإدارية طالما أنه ليس هناك من عمل يمنع هيئة التحكيم من أن تحكم في النزاع بما يتعارض مع المبادئ التي تحكم نظرية العقود الإدارية وهو الأمر الذي عادة ما يبرز في ظل التحكيم الدولي الذي غالباً ما يجري بين يدي محكمين أجانب يتنامى لديهم الاتجاه الذي يرمي إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني وما يكفله من قواعد تراعى فيها مصلحة الإدارة المتعاقدة من أجل تطبيق قانوناً أجنبياً بشكل يتعارض مع

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot , مصدر سابق , ص 149 . كذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 210 .

(2) ينظر في ذلك المادة (1496) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي والتي تنص على إن (... يتولى المحكم حل النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي أختاره الأطراف , وفي حالة تخلف اتفاق التحكيم عن تحديد القانون على المحكم أن يفصل فيه وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية التي يراها ملائمة) وفي هذا المعنى فقد أورد المشرع المصري في المادة (39) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 من أنه (1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان . 2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع) . يراجع في ذلك الدكتورة نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية , مصدر سابق , ص 529 , كذلك الدكتور محمد علي سكيكر : تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية , مصدر سابق , ص 45 . وينظر في هذا الخصوص المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83 لسنة 1969 المعدل) .

المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال عقودها الإدارية المتصلة بتنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة (1) .

والحقيقة التي نود إبرازها هنا أن مثل هكذا أمر إن كان من الممكن قبوله في إطار العقود المدنية أو التجارية للإدارة أو الأفراد , فأن من غير المنطقي بل ومن غير الجائز التسليم به في مجال العقود الإدارية وبخاصة عندما يتعلق النزاع محل التحكيم باستغلال موارد الثروة الطبيعية أو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي - كما أوضحنا - يتصل اتصالاً مباشراً بتحقيق المصلحة العامة ومصالح المنتفعين بالمرافق العامة التي يرد عليها هذا العقد الأمر الذي يفرض ضرورة الحفاظ على الطبيعة الإدارية له في ظل نظام التحكيم .

من هنا يؤكد الفقه وبحق من أن السماح للإدارة باللجوء إلى التحكيم بصدد المنازعات الناشئة عن أحد العقود الإدارية - كما هو الشأن في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية- يتطلب منها بل ويجب عليها ضرورة التوفيق بين قبول التحكيم كمطلب حيوي ومحفز للقطاع الخاص لما يوفره من سرعة وسرية في حسم المنازعات , وبين مطلب الإدارة في الحفاظ على سمو مركزها تجاه المتعاقدين في إطار نظرية العقود الإدارية (2) , ولتحقيق هذا الهدف فأن للإدارة التمسك بتطبيق مبادئ نظرية العقد الإداري عندما يكون منصوص عليها في العقد محل التحكيم , كما لها أيضاً أن تتمسك أمام هيئة التحكيم بأن يكون القانون الوطني (الإداري) هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد الإداري أياً كان المكان الذي يجري فيه التحكيم , وسنحاول الوقوف على آلية الحفاظ على الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في ضوء ما أشرنا إليه أعلاه من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

التمسك بتطبيق المبادئ الإدارية الواردة ضمن نصوص عقد البناء والتشغيل ونقل

الملكية

ذكرنا بأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إنما يجعل للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى , والواقع أن هذا الأمر لا يجري على إطلاقه إذ إن ما يمنحه المحكم إلى المحكم يتعلق بالنسبة لإجراءات التحكيم فقط والتي تبدأ من وقت إدراج شرط التحكيم في العقد أو مشاركة التحكيم إلى وقت إختيار المحكمين ومكان التحكيم, أما القواعد الموضوعية فيلاحظ أن من غير المتصور أن تتنازل الإدارة

(1) ينظر في ذلك الدكتور جورجي شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 121 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية, مصدر سابق , ص 236 . كذلك الدكتور نجلاء حسن سيد : التحكيم في المنازعات الإدارية , مصدر سابق , ص 558 .

مانحة الالتزام عن سمو مركزها القانوني الذي تقرره لها مبادئ القانون العام , والذي تستهدف من ورائه تحقيق المصلحة العامة وتفضيلها على المصلحة الشخصية التي يسعى الملتزم - شركة المشروع- إلى تحقيقها ⁽¹⁾ .

ومثل هذا الوضع قد لمسناه فعلاً في نصوص العديد من العقود المبرمة بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تضمنت صراحة الأخذ بالقواعد الموضوعية التي تحكم نظرية العقود الإدارية، كالتأكيد على حق الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد , وحققها في ممارسة سلطة التعديل الانفرادي لتلبية للمصلحة العامة وضرورة سير المرفق محل العقد بانتظام وأضطراب , وأيضاً حققها في فرض الجزاءات الإدارية على الملتزم - شركة المشروع- عند إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية , كذلك حققها في استرداد الالتزام عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك ⁽²⁾ .

وهنا تبدو الأهمية العملية لتضمن العقد محل التحكيم للأحكام المتميزة للعقود الإدارية في الحفاظ على الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عند عرض النزاع الناشئ بصده على التحكيم , ذلك لأن بإمكان الإدارة والحالة هذه أن تتمسك أمام هيئة التحكيم بوجوب تطبيق هذه الأحكام والأخذ بها بعين الاعتبار عند الفصل في النزاع خاصة وإن إدراج هذه الأحكام ضمن نصوص العقد سوف يؤدي إلى أن تأخذ الطابع التعاقدي ويحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الأمر الذي يقطع أي فرصة أمام هيئة التحكيم في أن تحكم في موضوع النزاع بما يتعارض مع ما جرى عليه القضاء الإداري من أحكام بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ⁽³⁾ . واستكمالاً للفائدة المرجوة من ضمان تطبيق المبادئ الأساسية للعقود الإدارية من جانب هيئة التحكيم فأنا نشارك الرأي الفقهي الذي يذهب إلى وجوب قيام الإدارة المتعاقدة في إختيار محكمها في هيئة التحكيم من بين المختصين في مجال القانون العام بحكم فهمهم لطبيعة العقد الإداري التي يصعب على غير المتخصصين معرفتها والدفاع عنها ⁽⁴⁾ .

ويتضح لنا من كل ما تقدم أن عدم تضمن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شروطاً تخالف المبادئ التي تحكم نظرية العقود الإدارية سوف لا يجعل لقبول شرط التحكيم فيه أي أثر على الطبيعة الإدارية له , وهو أمر يجب على الإدارة مانحة الالتزام إن كانت حريصة على مصلحة الدولة ألا تتخلى عنه وإن أدى موقفها هذا إلى عزوف من ترغب التعاقد معه حتى لو كان من الشركات الأجنبية التي تملك الخبرة الفنية والإمكانات المالية، ذلك لأن من غير المنطقي أن تسعى

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيز الشريف : التحكيم الإداري في القانون المصري , دار النهضة العربية القاهرة , 1993 , ص 108 .

(2) يراجع بشأن ذلك ما أشرنا إليه في المبحث الثاني من الفصل الأول . ولمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية , مصدر سابق , ص 299 - 301 . كذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : عقود البوت Bot , مصدر سابق , ص 316 , وما بعدها .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية, مصدر سابق , ص 238 .

(4) ينظر في ذلك الدكتورة نجلاء حسن سيد : التحكيم في المنازعات الإدارية , مصدر سابق, ص 532 .

الإدارة إلى تحقيق هدف والتضحية بآخر أهم منه ولاشك أن تحقيق المصلحة العامة من خلال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المتصل بالمرافق الحيوية المهمة في الدولة يبقى دائماً هو الهدف الأهم .

الفرع الثاني

التمسك بتطبيق القانون الإداري على منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أمام هيئة التحكيم

قد يتفق طرفا المنازعة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على تحديد قانون معين يحكم موضوع النزاع عند اللجوء إلى التحكيم وهنا لا توجد مشكلة حقيقية في وجوب التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون إرادة طرفي المنازعة ⁽¹⁾ . ويلاحظ بشأن هذه الحالة أن تطبيق هيئة التحكيم للقانون الذي إختاره طرفا النزاع لا يمكن أن يؤثر في الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إن تمسكت الإدارة - وهو ما يجب عليها - بأن يكون القانون المتفق عليه مع شركة المشروع هو القانون الوطني (الإداري) إستناداً للاتصال الوثيق لهذا العقد بمصالح الدولة ومرافقها العامة ⁽²⁾ ، وهذا ما ورد النص عليه صراحة في العديد من العقود المبرمة بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نذكر من ذلك ما جاء في المادة (20) من عقد امتياز إنشاء وإستغلال وإعادة محطة كهرباء (سيدي كرير) في مصر التي نصت على أن (تخضع هذه الاتفاقية والالتزامات المترتبة عليها للقوانين المصرية ويتم تفسيرها وتأويلها وفقاً لهذه القوانين) وكذلك ما ورد في عقود إنشاء وإستغلال وإعادة كل من مطار العلمين ومطار مرسى علم ومطار رأس السد في مصر من نص مماثل بشأن القانون الواجب التطبيق حيث جاء في المادة (2) من هذه العقود على أن ((يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية)) ⁽³⁾.

أما في حالة غياب تحديد الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والذي سيطرح على التحكيم فهنا يجد المحكم نفسه ملزماً في البحث عن القانون الأكثر ملائمة للنزاع. وتثير هذه الحالة تساؤل في غاية الأهمية عن

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot , مصدر سابق , ص116 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي : النظام القانوني لعقود البوت Bot , مصدر سابق , ص777 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot , مصدر سابق , ص227 , ومن الأمثلة الواردة في هذا الخصوص أيضاً نذكر ما جاء في المادة (4) من عقد إنشاء وإستغلال وإعادة مشروع معالجة المياه في منطقة الصليبية في الكويت والتي نصت على أن يتم (... إحالة النزاع الى التحكيم وفقاً لأحكام التحكيم بموجب القانون الكويتي ...) وتضيف المادة (5) من العقد ذاته إلى (إن هذا العقد وحقوق والتزامات طرفية سوف تخضع وتفسر وتتخذ وفقاً لقوانين دولة الكويت) , أشار إلى ذلك أسامة مدلول خريص : خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل Bot , مصدر سابق , ص310 - 311 .

مدى إمكانية تمسك الإدارة بتطبيق القانون الإداري (الوطني) وما سيتبعه من تطبيق القواعد الموضوعية التي تحكم نظرية العقود الإدارية أمام هيئة التحكيم ؟

الحقيقة أن الإجابة عن هذا التساؤل يفرض علينا الوقوف على مسألة ما إذا كان أطراف النزاع قد انتقوا على أن يجري التحكيم داخلياً أو دولياً ، ففي مجال التحكيم الداخلي يلاحظ أن هناك قرينة مسلم بها لدى الفقه وهيئات التحكيم تقضي بتطبيق القانون الوطني للبلد الذي يجري فيه التحكيم على النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم وذلك عندما لا يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق (1) . وفي هذا الإطار يسلم فقهاء القانون الإداري بأن اللجوء إلى التحكيم الداخلي ليس من شأنه التأثير في الطبيعة الإدارية للعقد وذلك لكون الغرض من اللجوء إليه في هذه الحالة غالباً ما يتمثل باستبعاد اختصاص القضاء الإداري توخياً للسرعة في فصل المنازعات دون استبعاد القواعد الموضوعية التي تحكم نظرية العقد الإداري (2) .

أما عند اختيار طرفي النزاع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية اللجوء إلى التحكيم الدولي وهو الأمر الذي يجري عادة عندما يكون الطرف المتعاقد مع الإدارة - الملتزم - من الشركات الأجنبية (3) ، فإن غياب اختيار الخصوم صراحة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يفرض على هيئة التحكيم ضرورة البحث عن نية الخصوم من أجل الوقوف على أرائهم الضمنية المفترضة بشأن القانون الواجب التطبيق . وهنا توجد عدة معطيات يمكن أن يستعين بها المحكم في هذا الصدد مثل : قانون محل أبرام العقد وقانون محل تنفيذ العقد وقانون محل إقامة المتعاقدين وكذلك موضوع العقد (4) .

(1) ينظر في ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، مصدر سابق ، ص 97 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 118 . كذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 234 . ونود أن نشير هنا إلى إن من واجب الإدارة عند قبول شرط التحكيم في عقودها المتصلة باستغلال مواردها الطبيعية ومرافقها الاقتصادية الحيوية كما في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أن تتمسك باللجوء إلى التحكيم الداخلي عند عدم الاتفاق على تحديد مكان إجراء التحكيم وذلك من أجل ضمان خضوع هذه العقود المهمة للنظام القانوني الداخلي والقواعد الموضوعية فيه والتي تحفظ للإدارة سمو مركزها في الدفاع عن مصالح مواطنيها ، وتأكيداً لذلك فقد نصت عقود الامتياز النفطية المبرمة بين الحكومة العراقية وكل من شركة نفط العراق المحدودة ونفط الموصل ونفط البصرة على وجوب أن يكون محل انعقاد التحكيم في بغداد عند عدم اتفاق الطرفين على تحديده ، وهذا النص يستنتج منه صراحة وجوب تطبيق القانون العراقي على النزاع الناشئ عن عقود الامتياز النفطية بوصفها عقوداً تهم مصالح الشعب . يراجع في ذلك الدكتور هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية ، مصدر سابق ، ص 50 .

(3) ينظر في ذلك الفقرة (د) من البند (أولاً) من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 والتي نصت على أن (لجهة التعاقد إختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً ...) .

(4) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، مصدر سابق ، ص 257 .

والواقع إن جميع هذه المعطيات تدل بوضوح على أن قانون الدولة المتعاقدة هو قانون الإدارة المفترضة للأطراف والذي يجب أن يحكم موضوع النزاع الناشئ عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروف على التحكيم، حيث أنه لو نظرنا إلى موضوع هذا العقد وهو يتعلق بإقامة مرافق عامة في الدولة المتعاقدة تتصل مباشرة بمصالحها ومصالح مواطنيها وتتركز تماماً داخل إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة، نجد أن من الصعب التسليم باتجاه إرادة أطراف العقد وبخاصة الإدارة إلى اختيار قانون أجنبي يحكم موضوع العقد، وذلك لأنه من غير المتصور أن يتم الاتفاق في هذا العقد - لو افترضنا عدم وجود شرط التحكيم - على أن ينعقد الاختصاص بشأن المنازعات المتولدة عنه لقضاء دولة أجنبية غير قضاء الدولة المتعاقدة، كما أن من غير المتصور بل ومن غير الجائر قانوناً أن تقضي المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة وفقاً لقانون غير قانونها الوطني⁽¹⁾، لذلك ومن باب أولى ينبغي على هيئة التحكيم أن لا تطبق على النزاع المعروف عليها سوى قانون الدولة المتعاقدة ذلك لأن الأمر يتعلق في مجال العقود الإدارية وتحديد في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بسيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية ومرافقها الحيوية، ومبدأ ضمان سير المرافق العامة بانتظام وأضطراب الذي لا بد وأن تنعكس آثاره بصورة أو بأخرى على الحلول القانونية للمنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية وبخلاف ذلك فإن للإدارة أو الدولة المتعاقدة الامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم بصدد هذه العقود نظراً لكونها ستتعارض مع القواعد الآمرة في النظام القانوني الداخلي⁽²⁾.

وإذا كان لموضوع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الدلالة الواضحة في ضرورة التقيد بتطبيق القانون الإداري للدولة المتعاقدة فإن الأمر كذلك بالنسبة لمكان تنفيذ هذا العقد والذي ينحصر داخل إقليم الدولة مانحة الامتياز، فمما لا شك فيه أن هذا المكان تتركز فيه المصالح الجوهرية لطرفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث تتجلى مصالح الجهة الإدارية المتعاقدة في إنشاء مرافق عامة تقوم على إشباع حاجات أساسية لمواطنيها، كما يتحقق عن طريق إنشاء هذه المرافق مصالح الدولة التنموية والاجتماعية والاقتصادية. أما مصالح شركة المشروع - الملتزم - فهي أيضاً تتجسد في مكان التنفيذ حيث أنه عندما تقوم الشركة بتنفيذ التزاماتها المقررة بموجب العقد وذلك من خلال إنشاء المرفق أو المشروع، فإن ذلك سيتيح لها استغلاله طوال المدة المتفق عليها من أجل الحصول على عائد هذا الاستغلال وهي الغاية التي تسعى إليها شركة المشروع في سبيل استرداد ما أنفقته في مرحلة الإنشاء، كما ولا يغيب عن الذهن أهمية مكان تنفيذ هذا العقد بالنسبة للغير سواء أكانوا

(1) ينظر على سبيل المثال ما جاء في الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي رقم (40 لسنة 1951) والتي أكدت على اختصاص المحاكم العراقية ((إذ كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)) كما أوضحت المادة (25) من القانون المدني على أنه ((1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدوا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ... 2- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه)) .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص 258، كذلك الدكتور هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره على عقود البترول العراقية، مصدر سابق، ص 53 .

المنتفعين من خدمات المرفق أم عمال المرفق وبذلك فأن تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية داخل إقليم الدولة المتعاقدة سيقضي حتماً إلى وجوب تطبيق القانون الوطني بوصفه القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع والأصلح والأقرب للتطبيق على المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقد⁽¹⁾.

نخلص مما سبق إن بإمكان الإدارة عند قبولها اللجوء إلى التحكيم بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وفقاً للمعطيات القانونية التي ذكرناها أن تتمسك بوجوب تطبيق القانون الوطني (الإداري) أو تطبيق أي قانون آخر يميز ما بين العقود الإدارية والعقود المدنية من قبل هيئة التحكيم , وهنا لابد وأن يبرز دور هيئات الدفاع في توضيح فكرة العقد الإداري أمام هيئات ومحاكم التحكيم , كما وينبغي على المشرع أن يحرص فيما يضعه من قوانين تجيز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن ينص صراحة على أن يكون القانون الوطني (الإداري) هو القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية وذلك من أجل الحفاظ على خصائص هذه العقود وما تتضمنه من مزايا للإدارة في مواجهة المتعاقد معها , ولضمان تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم .

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على أحكام التحكيم

ذكرنا بأن القضاء يمثل الطريق الطبيعي لفض المنازعات الناشئة بين الخصوم ويترتب على ذلك أنه لايسوغ لأحد أن يرفض تنظيم الدولة للقضاء كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بين الأفراد العاديين أو بينهم وبين الإدارة , إلا أن ذلك لا يمنع من أن يجيز المشرع للخصوم بأن يفضوا منازعاتهم بطريقة أخرى غير القضاء وهو طريق التحكيم الذي يعد استثناء من الأصل العام في الاختصاص القضائي . و هنا نلاحظ انه إذا كان من شأن اللجوء إلى التحكيم تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع القائم بين الأطراف من خلال ما يتخذه من أحكام يتعين الأخذ بها من قبل الخصوم , فأن لتنفيذ حكم التحكيم وتحقيق الثمرة المرجوة منه يلزم في أغلب الأحيان ضرورة اللجوء إلى القضاء للحصول على الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم , كما يحق لمن صدر ضده حكم التحكيم الطعن في ذلك الحكم أو المطالبة ببطالانه أمام القضاء المختص أصلاً بنظر النزاع.

والمستفاد من كل ما تقدم أن القضاء يمكن أن يمثل الملاذ الأخير لحسم النزاع نهائياً بين الخصوم . ومن أجل الوقوف على الدور الرقابي الذي يمكن أن يمارسه القضاء على الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم فأننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الأول منهما تصديق حكم التحكيم وتنفيذه , أما الفرع الثاني فنبحث في آلية الطعن في حكم التحكيم وبطلانه .

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot, مصدر سابق , ص288. كذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot , مصدر سابق , ص141.

الفرع الأول تصديق حكم التحكيم وتنفيذه

ابتداءً يتعين علينا الإشارة إلى أن حكم التحكيم يعد بمثابة الحكم الصادر عن قضاء الدولة لأنه وإن كان المحكم لا يملك صفة أو سلطة القضاء وولايته العامة إلا أنه يحل محل القضاء في حل النزاع المتفق فيه على التحكيم فيكون الحكم الصادر منه معتد به بناءً على اتفاق الخصوم وبإقرار المشرع وتنظيمه (1).

لذلك نجد أن أغلب التشريعات تحرص من حيث المبدأ على أن تكون الإجراءات الواجب إتباعها من هيئة التحكيم لكي تكون صحيحة وموافقة للقانون مماثلة إلى حد ما للإجراءات المتبعة أمام القضاء لإصدار الحكم القضائي فبعد أن تصبح الدعوة التحكيمية مهياً للفصل فيها من قبل المحكمين يقلل باب المرافعة تماماً كما هو متبع أمام القضاء ويصدر المحكمون قرارهم بالإجماع أو بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم وفقاً للقانون ومع وجوب كتابة قرار التحكيم بالطريقة التي يكتب فيها الحكم الذي يصدر من القضاء (2).

كما ويجب أن يتم توقيع الحكم من أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية، وأيضاً يجب أن يشتمل الحكم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وملخص اتفاق التحكيم وطلبات الخصوم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً (3). وبعد الانتهاء من استكمال محتوى القرار التحكيمي نجد أن من الواجب على المحكمين إعطاء نسخة من الحكم التحكيمي لكل من الخصمين مع إيداع النسخة الأصلية للحكم مع أصل اتفاق التحكيم إلى قلم المحكمة المختصة خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره وذلك بوصف موقع عليه من كاتب المحكمة (4). وفي هذه المرحلة تنتهي سلطة المحكمين المخولة لهم وتخرج المسألة من دائرة إختصاص هيئة التحكيم لتدخل ضمن دائرة إختصاص القضاء (المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع) إذ لا يملك المحكمين بعد ذلك من صلاحية سوى تفسير حكم

(1) ينظر في ذلك الدكتور وجدي راغب فهمي : هل التحكيم نوع من القضاء ؟، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العددان (1 ، 2) السنة (17) ، آذار ، 1993 ، ص 139 . وينظر كذلك:

Jacqueline devichi : l'arbitrage nature juridique. paris. 1965 . P 15.

(2) ينظر في هذا الخصوص الفقرة (1) من المادة (270) من قانون المرافعات المدنية العراقي كذلك الفقرة (11) من المادة (43) من قانون التحكيم المصري رقم (27 لسنة 1994).

(3) ينظر في ذلك نص الفقرة (2) من المادة (270) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل . كذلك الفقرة (3) من المادة (43) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

(4) ينظر في ذلك المادة (271) من قانون المرافعات المدنية العراقي. كذلك المادة (47) من قانون التحكيم المصري.

التحكيم إذا ما وقع في منطوقه أدنى غموض، أو تصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية (1).

أما مسألة تنفيذ حكم التحكيم فيلاحظ أنه لا أشكال بالأمر في حالة قيام طرفي النزاع بالموافقة على حكم التحكيم وتنفيذه طوعاً دون اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري، لكن الإشكال يبرز عند رفض المحكوم عليه التنفيذ طوعاً فيكون المحكوم له والحالة هذه مضطراً للجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للحصول على الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم فأحكام التحكيم وبعد إيداعها لدى المحكمة المختصة لا تكون واجبة التنفيذ إلا بأمر تصدره المحكمة المختصة بنظر النزاع وأن قاضي التنفيذ هو القاضي المختص بصدد هذه المسألة (2).

ففي فرنسا نجد أن حصول الخصوم على الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم يتطلب ضرورة مراجعة قاضي التنفيذ في المحكمة المختصة بنظر النزاع - والتي يفترض هنا أن تكون إحدى المحاكم الإدارية المختصة بدعاوى العقود الإدارية- وللقاضي الحق في أن يصدر الأمر بالتنفيذ أو يرفضه في ضوء الحجج التي يوردها الخصوم على أن يسبب قراره الصادر بالتصديق أو الرفض، فإن صدر أمر التنفيذ فيجب أن يرفقه بالنسخة الأصلية لحكم التحكيم لكي يكون الأخير واجب التنفيذ تجاه الخصوم (3). أما في مصر فيلاحظ أن صدور الأمر بتنفيذ حكم المحكمين يتطلب تقديم طلب إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بشأن مسائل التحكيم الداخلي (4)، أما التحكيم التجاري الدولي سواء أجري داخل مصر أم خارجها فإن صدور الأمر بتنفيذ حكم المحكمين يتم إسناده إلى محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إثبات هذا الاختصاص لمحكمة استئناف أخرى داخل مصر (5). ويلاحظ إن المشرع المصري في قانون التحكيم قد منع التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم المحكمين وأجاز فقط التظلم من أمر رفض التنفيذ وذلك خلال مدة ثلاثين

(1) ينظر في ذلك الدكتور مصطفى محمود عفيفي: النظام القانوني لعقود البوت Bot، مصدر سابق، ص 763. وينظر كذلك رنا محمد راضي: التحكيم في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 72.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي: التحكيم في عقود البوت، مصدر سابق، ص 143.

(3) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، مصدر سابق، ص 180.

(4) وهذه الحالة يفترض فيها أيضاً أن يكون أعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الصادر في مجال العقود الإدارية من قبل محاكم القضاء الإداري المختصة في منازعات العقود الإدارية. ويلاحظ في هذا الخصوص إن المشرع اللبناني قد فطن لهذه المسألة صراحة حيث أكد (بموجب القانون رقم 440 الصادر في 29/7/2001) بخصوص تعديل بعض أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالتحكيم على أن يتم أعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الصادر في منازعات العقود الإدارية لمجلس شورى الدولة اللبناني وهذا ما جاء في الفقرة (2) من المادة (795) الجديدة من أنه ((إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة، وفي حالة رفضه يعترض على قراره لدى مجلس القضاة)) ينظر في ذلك الدكتور محي الدين القيسي: إمكانية التحكيم في مشروعات البنية الأساسية Bot، مصدر سابق، ص 254.

(5) ينظر في ذلك المادتان (56، 59) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

يوماً من تاريخ إصدار الأمر , غير أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية هذا النص فقررت إجازة التظلم من أمر القاضي الصادر بالموافقة على تنفيذ حكم التحكيم أو رفضه ⁽¹⁾ .

أما المشرع العراقي فنجد أنه أشار في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة عام (2008) إلى عدم إلزامية حكم التحكيم إلا بعد تصديقه من محكمة الموضوع المختصة وفقاً للقانون ⁽²⁾ . وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية بوصفه يشكل القاعدة العامة في كل ما لم يرد به نص في هذه التعليمات نجد أن المشرع قد نص على وجوب تصديق المحكمة المختصة على قرارات التحكيم بعد دفع الرسوم المقررة لذلك حتى يتمكن الخصوم من تنفيذ قرارات هيئة التحكيم ⁽³⁾ , ويلاحظ بأن المشرع العراقي لا يعرف ما يسمى بقاضي التنفيذ بل يوجد ما يسمى بالمنفذ العدل الذي يعمل بمديرية التنفيذ على تنفيذ الأحكام القضائية الباتة علماً أن قانون التنفيذ أجاز أن يكون قاضي البداءة الأول منفذ عدل مديرية التنفيذ إن لم يكن لها منفذ عدل خاص بها ⁽⁴⁾ .

لذلك فأن دوائر التنفيذ العراقية ممنوعة قانوناً من تنفيذ قرار التحكيم غير المصادق عليه من قبل المحكمة المختصة بنظر النزاع بناء على طلب يقدمه الخصم الذي صدر قرار التنفيذ لصالحه بعد أن يدفع الرسم القانوني المقرر له ⁽⁵⁾ . ويكون قاضي محكمة البداءة هو صاحب الاختصاص في نظر طلب تصديق حكم التحكيم , وعندما تنظر المحكمة المختصة بهذا الطلب فأنها تقوم بدعوة الخصوم في جلسة علنية تتولى بعدها إصدار قرارها إما بتصديق حكم التحكيم والأمر بتنفيذه أو رفض تصديقه وأبطاله كلاً أو جزءاً إن رأت فيه ما يستوجب ذلك قانوناً وبحسب قناعتها بالحجج والأسباب التي يوردها الخصوم ⁽⁶⁾ .

هذا ويكون للمحكمة في حالة رفض تصديق قرار التحكيم والقيام بأبطاله الخيار في أن ترجع الدعوى إلى هيئة التحكيم لغرض إصلاح قرارها أو أن تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت الدعوى صالحة للفصل فيها, ويكون قرار المحكمة الصادر بالمصادقة أو الإبطال غير قابل للاعتراض عليه إلا إنه خاضع للطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً ⁽⁷⁾ .

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (92 لسنة 21 ق الصادر في 6 / 1 / 2001) والذي قررت فيه عدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (58) من قانون التحكيم رقم (27 لسنة 1994) لكونها تمنع من صدر حكم التحكيم ضده من التظلم من أمر التنفيذ أخلاً بالمبدأ الدستوري القاضي بوجوب المساواة بين الخصوم . أشار إلى هذا الحكم الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot , مصدر سابق , ص 432 – 435 .

(2) ينظر في ذلك الشق الأخير من الفقرة (ب) من البند (ثانياً) من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008.

(3) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(4) ينظر في ذلك الفقرتان (رابعاً وخامساً) من المادة (6) من قانون التنفيذ العراقي رقم (40) لسنة 1980 .

(5) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقية .

(6) ينظر في ذلك الدكتور هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية , مصدر سابق , ص 54 .

(7) ينظر في ذلك المادتان (274+275) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل .

وفي ضوء ما تقدم يتضح لنا أن غاية المشرع سواء في فرنسا أم مصر أم العراق من اشتراط تصديق المحكمة على أحكام المحكمين لتكون قابلة للتنفيذ هو لبسط الرقابة القضائية للمحكمة المختصة بنظر النزاع من خلال التأكد من صحة ما وصل إليه المحكمين على أنه يلاحظ أن القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ لا يمارس رقابة قضائية كاملة على حكم المحكم بل رقابة محدودة وخارجية، وبمعنى أدق فإن هذه الرقابة تماثل رقابة محكمة التمييز على الأحكام القضائية يكون الغرض منها هو التحقق من خلو القرارات التحكيمية من العيوب الجوهرية التي قد تشوبها وتؤدي إلى بطلان هذه القرارات⁽¹⁾. وعلى هذا فإن المحكمة المختصة بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم لا تملك البحث والتدقيق في مناقشة المسائل الموضوعية في الدعوى التحكيمية للتحقق من عدالتها وصحة قضائها ولكن يقع على عاتقها التأكد من مدى قانونية أحكام التحكيم أي مدى مطابقتها للشكل والموضوع الذي يتطلبه القانون ويكون ذلك بالتحقق عن مدى صحة ومطابقة الإجراءات التي اتبعها المحكمون لقواعد القانون لفض النزاع بين الخصوم ، كذلك التحقق من النتائج الجوهرية التي توصلت إليها هيئة التحكيم في قرارها النهائي الحاسم للمنازعة، والتحقق أيضاً من مدى مطابقة هذه النتائج مع قواعد القانون الآمرة التي لا يجوز مخالفتها باتفاق الطرفين⁽²⁾.

وبناء على ذلك نجد أن محكمة الموضوع المختصة التي يقع ضمن اختصاصها إصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم تقوم ابتداءً بالتأكد من أن الحكم المراد تنفيذه قد صدر بصدد نزاع يجوز الفصل فيه بواسطة التحكيم ، وأنه قد تم الفصل بموجبه في حدود ما اتفق عليه الخصوم في شرط أو مشاركة التحكيم ومن أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام ، وأنه قد اتبعت فيه جميع الإجراءات القانونية التي يترتب على مخالفتها البطلان كوجوب إصدار الحكم كتابة وبعد مداولة يشترك فيها المحكمون مع ضرورة توقيعه وذكر أسبابه وإعلانه للمحكوم ضده إعلاناً صحيحاً⁽³⁾ .

وختاماً نرى أن تصديق وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بشأن المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كما في بقية العقود الإدارية يستوجب على المحكمة المختصة في إصدار أمر

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد حسين منصور : العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص 506 .

(2) ينظر في ذلك رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 75.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (614 / 3 م / 1998 الصادر في 23 / 4 / 1998) والذي جاء فيه ((... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه موافقاً للقانون للأسباب التي أستاذ إليها وأن الاعتراضات التمييزية لا سند لها من القانون وذلك بعدما ركن الطرفان إلى التحكيم في حل خلافتهما ابتداء بموجب العقد ... وحيث أن التحكيم تم وفق شروطه وتوصل المحكمين الى تكليف العقد بين الطرفين وتكييفه كان إحدى نقاط الخلاف كما توصلوا الى حسم ماطرح من نزاعات أخرى حول هذا العقد وأن قرارهم لم يكن فيه مخالفة للقانون وتجمعت فيه الشروط المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية .. وأن المميز لم يورد أي من الأسباب المنصوص عليها في المادة (273) من نفس القانون حتى يمكن لمحكمة الموضوع أن تبطل قرار المحكمين ووجدته حرياً بالتصديق فصدقته إستناداً الى أحكام المادة (274) من قانون المرافعات .. وعليه ولما تقدم قرر تصديق الحكم المميز ...)) ، أشار الى هذا الحكم القاضي مدحت المحمود شرح قانون المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص 376. وينظر في هذا الصدد أيضاً ماجاء في قرار محكمة التمييز العراقية رقم (1724 / 3 م / 1997 الصادر في 18 / 12 / 1997) الذي نقضت فيه محكمة التمييز قرار المحكمين لكونه لم يستوفي الشكل والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات. أشار الى هذا الحكم المصدر نفسه ، ص 377 .

التنفيذ ضرورة التأكد من مطابقة النتائج التي توصل إليها المحكمون في حكمهم مع جوهر النظرية العامة للعقود الإدارية وذلك حرصاً على المصلحة العامة التي تستهدفها هذه العقود والتي تعد من أبرز معالم النظام العام في الدولة المتعاقدة , ولا شك أن ممارسة الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بهذا النحو سوف يقلل من القلق السائد بشأن إخضاع منازعات العقود الإدارية للتحكيم طالما أن القضاء سوف تبقى له الكلمة الفصل في حسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية موضوع البحث .

الفرع الثاني

الطعن في حكم التحكيم وبطلانه

من المسلم به أن الطعن في الأحكام القضائية يعد من أفضل الضمانات القضائية التي قد يمنحها المشرع للخصوم توصلوا إلى إقامة العدالة التي يرتضونها من قضاء الدولة المختص أصلاً بالفصل في المنازعات الناشئة بينهم , لذلك فمن باب أولى لا يمكن الاستغناء عن ذلك بالنسبة إلى أحكام التحكيم , نظراً لأن حكم المحكمين بوصفه عملاً من أعمال الأفراد الذين هم في أغلب الأحيان بعيدين عن القضاء وتنقصهم الخبرة العلمية والعملية في إصدار ما يماثل الأحكام القضائية يستوجب بطبيعة الحال ألا تحول حجية الحكم الصادر عنهم دون اللجوء إلى القضاء من أجل طلب حماية القانون, لكون القضاء يعد المظلة العليا التي تخضع لها كل صور النشاط الأخرى (1).

والواقع أن هنالك تبايناً في موقف التشريعات الوضعية بخصوص مسألة الطعن في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم . ففيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي نجد أنه يذهب إلى أن حكم التحكيم يعد حكماً حقيقياً يخضع لما تخضع له الأحكام القضائية من حيث وسائل الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية , إلا إن المشرع الفرنسي قد حدد هذه الطرق بالنسبة لأحكام التحكيم بطريقتي الاستئناف وطلب دعوى البطلان العادية في حين أستبعد المشرع طرق الاعتراض على الحكم الغيابي كطريق للطعن ضد أحكام التحكيم إنطلاقاً من إن سلوك هذه الطريق يتنافى مع أهم مزايا التحكيم ألا وهي سرعة الفصل في المنازعات (2). ويلاحظ أن المشرع الفرنسي عد كل تنازل عن طريق الطعن بأحكام التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً إلا إذا نص القانون بخلاف ذلك .

هذا وقد أثير تساؤل حول ما إذا كان القاضي المختص باستئناف أحكام المحكمين الصادرة في بعض منازعات العقود الإدارية الداخلية وجميع العقود الدولية هو مجلس الدولة الفرنسي أم محاكم الاستئناف الإدارية المنشئة عام (1987) ؟ يجيب الفقه عن هذا التساؤل بأن اختصاص المحاكم

(1) ينظر في ذلك الدكتور وجدي راغب فهمي : هل التحكيم نوع من القضاء ؟ مصدر سابق , ص 142 .

(2) Jacqueline de vich : l'arbitrage nature . op . cit . p 23.

الإدارية الاستئنافية وفقاً لما ورد النص عليه لا يتسع إلا لأحكام المحاكم الإدارية دون أحكام التحكيم , لذا فالراجح أن يكون مجلس الدولة هو المختص بنظر استئناف أحكام المحكمين⁽¹⁾.

أما موقف المشرع المصري من طرق الطعن في أحكام المحكمين فيلاحظ أن المشرع في قانون المرافعات المدنية قد أجاز الطعن بالأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم بطريق التماس إعادة النظر وطريق بطلان الحكم التحكيمي في حين لم يجز الطعن فيها عن طريق الاستئناف على أساس أنه لو فتح باب الطعن الاستئنافي ضد أحكام التحكيم لأدى ذلك الى أطالة أمد الخصومة دون سبب حقيقي⁽²⁾ .

أما في ظل قانون التحكيم المصري الحالي رقم (27 لسنة 1994) فنجد أن المشرع المصري قد سار باتجاه جديد يقضي بمنع التعرض بالطعن ضد أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات إلا أنه أجاز في بعض الحالات التي حددها والتي تستوجب الطعن في أحكام التحكيم رفع دعوى بطلان مستقلة ضد حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة⁽³⁾.

أما موقف المشرع العراقي من طرق الطعن ضد أحكام التحكيم , فيلاحظ أنه قد أجاز الطعن بهذه الأحكام بكل الطرق المقررة قانوناً بالنسبة للأحكام القضائية باستثناء طريق الاعتراض على الحكم الغيابي , ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع العراقي لم يتطرق الى إمكانية توجيه الطعن ضد قرارات التحكيم مباشرة , وإنما من خلال السماح باستخدام طرق الطعن مباشرة ضد الحكم الصادر عن المحكمة المختصة بتصديق قرار التحكيم أو أبطاله⁽⁴⁾ . هذا وقد أجاز المشرع العراقي للخصوم أيضاً الطعن ببطلان القرار التحكيمي المعروض على المحكمة المختصة عن طريق دعوى البطلان , كما أعطى للمحكمة سلطة الحكم ببطلان قرار التحكيم من تلقاء نفسها⁽⁵⁾ .

ويتضح لنا مما تقدم أن السماح باستخدام طرق الطعن ضد الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم يمثل نوع من فرض مبدأ الرقابة القضائية على أسلوب التحكيم بوصفه أسلوباً استثنائياً لفض المنازعات , ويلاحظ أن هناك من ينتقد الموقف التشريعي الذي يسمح باستخدام طرق الطعن ضد أحكام التحكيم على أساس أن ذلك سيُطيل أمد النزاع نظراً لأن الدعوى التحكيمية سوف تمر بمرحلتين الأولى أمام هيئة التحكيم والثانية أمام القضاء , وهذا ما يخل بالثقة بحسن تقدير المحكمين وعدالتهم فضلاً عن تناقضه وأحد مبررات التحكيم وهو تخفيف العبء عن القضاء⁽⁶⁾ . ونرى أنه بالرغم من وجهة هذا القول , إلا أننا نؤيد المسلك التشريعي الذي يسمح باستخدام طرق الطعن ضد أحكام التحكيم الصادرة بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وعقد البناء والتشغيل ونقل

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم , مصدر سابق , ص 180 , 181 .

(2) ينظر في ذلك رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 81.

(3) ينظر في ذلك المادتان (52 , 54) من قانون التحكيم المصري رقم (27 لسنة 1994) .

(4) ينظر في ذلك المادة (275) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة 1969 المعدل .

(5) ينظر في ذلك المادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة 1969 المعدل .

(6) ينظر في ذلك الدكتور علي أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 299 .

الملكية , نظراً لأن ذلك سيؤدي الى ضمان عدم تناقض أحكام التحكيم مع المبادئ القانونية التي ينبغي أن تقوم عليها نظرية العقود الإدارية, وأيضاً للتضييق من أثر التحكيم بالنسبة للاختصاص القضائي , حيث يمكن في ذلك الحفاظ على ولاية القضاء الإداري كمصدر إنشائي لنظرية العقود الإدارية على الرغم من اللجوء إلى التحكيم .

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن إمكانية الطعن ببطلان أحكام التحكيم أمام المحكمة المختصة لا يقل أهمية عن اللجوء إلى طرق الطعن القضائية , ذلك لأن التمسك ببطلان أحكام المحكمين من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاعتراف بأي أثر مترتب على اللجوء إلى التحكيم وهذا ما يشكل أبرز ما يمكن أن تصل إليه الرقابة القضائية على نظام التحكيم وخاصة في مجال منازعات العقود الإدارية⁽¹⁾, وأياً كانت الصورة التي يتخذها الطعن ببطلان حكم التحكيم – أي سواء أ اتخذ شكل الطعن ببطلان أمر تنفيذ حكم التحكيم أم اتخذ شكل دعوى بطلان أصلية ضد حكم التحكيم ذاته – فإن الأسباب والحالات التي يمكن التمسك بها أمام المحكمة المختصة للتوصل إلى بطلان حكم التحكيم يمكن إرجاعها في واقع الأمر إلى أسباب شكلية جوهرية وأخرى موضوعية وقانونية . وبالأستناد على ما أورده المشرع سواء في فرنسا أم مصر أم العراق يمكن لنا أن نشير وبايجاز إلى أهم هذه الأسباب والحالات على النحو الآتي :

أولاً – الطعن ببطلان حكم التحكيم لأسباب شكلية .

إن الأسباب الشكلية التي من أجلها يمكن للخصوم أو المحكمة التمسك ببطلان حكم التحكيم قد ترتبط باتفاق التحكيم ذاته أو بحكم التحكيم وهي على النحو الآتي :

1- تخلف الأمور الجوهرية الواجب مراعاتها في اتفاق التحكيم : وهي أمور متعددة يمكن الإشارة إلى أهمها بالقدر الذي يتعلق بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية .
أ//حالة صدور حكم التحكيم دون وجود اتفاق مكتوب .

من المسلم أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وهو يشكل استثناء من الأصل العام في الاختصاص القضائي لا يعتد به مالم يتفق عليه الطرفان كتابة , فالكتابة تمثل شرطاً شكلياً جوهرياً لإثبات وجود اتفاق التحكيم ولاشك إن تخلفه يوجب البطلان نظراً لاستحالة إثبات وجود اتفاق التحكيم وهذا ما أورده الفقرة (1) من المادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي كذلك ما تضمنته الفقرة (أ) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم (27 لسنة 1994) .

ب//حالة صدور حكم التحكيم بناء على اتفاق باطل .

تتمثل هذه الحالة بوجود اتفاق اللجوء إلى التحكيم بشكل مكتوب لكن هذا الاتفاق تتخلف فيه بعض الشروط الجوهرية التي تنزله إلى مرتبة البطلان , ومن هذه الشروط شرط تحديد المسائل

(1) ينظر في ذلك الدكتور أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت Bot , مصدر سابق , ص 287 .

التي يمكن ويجوز أن يقع عليها اتفاق التحكيم⁽¹⁾ , وكذلك شرط وجوب تمتع طرفي النزاع بالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم وهي الأهلية المرتبطة بوجوب تمتع الطرفين بصلاحية التصرف في الحق محل المنازعة⁽²⁾ .

ويلاحظ هنا أن توافر شرط الأهلية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يؤخذ بالمعنى الوارد في قواعد القانون المدني بالنسبة لأهلية الأشخاص الطبيعيين , أما الإدارة فقد رأينا أن إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية يتطلب في فرنسا ضرورة موافقة مجلس الوزراء بمرسوم موقع عليه , وضرورة موافقة وزير المالية والوزير المختص⁽³⁾ . وفي مصر فأن القانون رقم (9 لسنة 1997) قد أشتراط أن يكون الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ولا يجوز التفويض في ذلك وهو الأمر الذي تأكد في المادة (42) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89 لسنة 1998)⁽⁴⁾ .

ومقتضى ما تقدم نجد أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة يؤدي عدم توقيع (مجلس الوزراء) أو الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على اتفاق التحكيم إلى بطلان ذلك الاتفاق ومن ثم يصبح هذا مسوغاً لبطلان حكم التحكيم. وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم حديث لها بتاريخ (19 / 2 / 2006) في خصوص النزاع بين وزارة الطيران المدني والشركات التابعة لها وبين (شركة ماليكوب ليمتد) الممنوح لها التزام إنشاء واستغلال وإعادة مطار رأس السد , فبعد أن انتهت المحكمة من تكييف العقد على أنه عقد أداري فإنها قضت ((... ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المذكور نظراً لعدم موافقة الوزير المختص على اللجوء الى التحكيم بصدد النزاع الحاصل وفقاً لما ورد في المادة (1) من القانون رقم (9 لسنة 1997)))⁽⁵⁾ .

ج//حالة تجاوز الحكم حدود اتفاق التحكيم⁽⁶⁾

لما كان اتفاق التحكيم يشكل الأساس القانوني الذي يخول المحكمين سلطة الفصل في النزاع المعروض عليهم فإنه يجب على هيئة التحكيم الالتزام والتقيد بموضوع النزاع وعدم الخروج عليه

(1) ينظر في ذلك رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 85 .
(2) ينظر بهذا المعنى المادة(254)من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على انه((لا يصح التحكيم ...إلا من له أهلية التصرف في حقوقه...)).وينظر كذلك الفقرة(ب) من المادة(53) من قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994 .
(3) ينظر في ذلك الدكتور عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 220 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 107 .
(5) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في (19 / 2 / 2006) أشار إليه وائل محمد السيد إسماعيل : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت Bot, مصدر سابق , ص 274 .
(6) ينظر الشق الأخير من الفقرة (1) من المادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83لسنة1969المعدل) , كذلك الفقرة (و) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم (27 لسنة 1994) .

وعليها ايضاً ألا تقضي بغير ما يطلبه الخصوم نظراً لأن ذلك يؤدي الى إثارة منازعات فرعية بين الخصوم غير ما عهد به الى هيئة التحكيم لذلك فأن تجاوز المحكمين حدود سلطاتهم يؤدي الى القول بعدم وجود حكم ومن ثم يجوز التمسك ببطلانه (1).

2- عدم مراعاة الإجراءات الجوهرية الواجب التقيد بها عند إصدار حكم التحكيم :

هنالك جملة من الإجراءات التي أوجب القانون مراعاتها عند إصدار حكم التحكيم بحيث يؤدي الإخلال بها الى بطلان حكم التحكيم وانعدام أي أثر مترتب عليه , ومن الأمثلة على هذه الإجراءات الباطلة :

أ// عدم مشاركة المحكمين بأجمعهم في إصدار قرار التحكيم حيث أن القانون يلزم المحكمين بأن يشاركوا جميعهم في إصدار حكم التحكيم (2) .

ب// صدور الحكم خالياً من توقيع المحكمين أو من تاريخ صدور كذلك الحال لو صدر الحكم وهو غير مسبب أو مسبب بصورة غير كافية (3).

ج// عدم مراعاة المحكمين القواعد الأساسية في التقاضي وبخاصة وجوب تبليغ الخصوم قبل وقت كاف لكي يتمكنوا من الحضور وإعداد طلباتهم وتقديم دفوعهم (4) .

ثانياً : الطعن ببطلان حكم التحكيم لأسباب موضوعية أو مادية .

يحق لأي من طرفي التحكيم التمسك ببطلان حكم التحكيم وذلك في حالة صدوره مخالفاً لأحكام العقد وكذلك في حالة صدوره بشكل لا يؤمن الغرض الذي من أجله تم تأليف هيئة التحكيم من قبل أطراف النزاع , ويمكن الإشارة إلى أهم المخالفات التي إذا ارتكبتها هيئة التحكيم أمكن الحكم ببطلان قرارها كما يأتي :

1-حالة مخالفة حكم التحكيم لقاعدة من قواعد النظام العام والآداب (5) :

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً وتشريعاً أنه لا يجوز تنفيذ أي حكم مخالف للنظام العام والآداب , لكن على الرغم من هذا الإجماع فقد بقيت فكرة النظام العام من الأمور المعقدة التي لم يستقر

(1) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن سيد : عقود البوت Bot وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها , مصدر سابق , ص 146 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور حسين المؤمن : الوجيز في التحكيم , مطبعة الفجر , بيروت , 1977 , ص 53 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية , مصدر سابق , ص 55. وينظر بهذا المعنى نص الفقرة (ز) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم (27 لسنة 1994) .

(4) ينظر في ذلك الدكتور عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot , مصدر سابق , ص 163 .

(5) ينظر في ذلك الفقرة (2) من المادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

الرأي على تحديد مفهومها وماهيتها⁽¹⁾. والواقع أن لكل دولة القواعد الخاصة بها وما يُعد من النظام العام في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى نظراً لأختلاف المعايير الاجتماعية والاقتصادية , ففي العراق مثلاً لا يمكن تنفيذ حكم تحكيم يتعلق بنزاع حول الأرباح الناتجة عن إدارة محل يتعاطى العمل بالفواحش نظراً لأن موضوع العقد باطل وما ينبني على الباطل فهو باطل ,وعليه فأن الأمر يبقى عادة متروك لقناعة قاضي التنفيذ الذي يجب عليه الحكم بأبطال حكم التحكيم إذا ما تأيد له أن هذا الحكم يتناقض مع ما يعد من النظام العام في بلاده كما لو وجد إن تنفيذ حكم التحكيم من شأنه التعارض مع مبدأ من مبادئ السيادة أو يخالف نصاً قانونياً⁽²⁾ .

2-حالة تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة:

تمثل هذه الحالة من بين الحالات التي أجاز فيها المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية للخصوم التمسك ببطلان حكم التحكيم وذلك عند تحقق أي سبب من الأسباب التي يمكن بمقتضاها الطعن بطريق إعادة المحاكمة⁽³⁾. وأسباب إعادة المحاكمة بحسب ما حددتها المادة(196)من قانون المرافعات المدنية العراقي تتمثل بـ((1...-إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم.2-إذا حصل بعد الحكم إقرار كتابي بتزوير الأوراق التي أسس عليها أو قضى بتزويرها.3-إذا كان الحكم قد بُني على شهادة شاهد وحُكم عليه بشهادة الزور.4-إذا حصل طالب الإعادة على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها)).

ونستطيع القول هنا إن جميع الحالات التي وردت بالنص أعلاه قد جاءت لمنع الغش والاحتتيال الذي يمكن أن يلجأ إليه أحد الخصوم للحصول على حكم تحكيم لصالحه الأمر الذي يستوجب بطلان ذلك الحكم.

3-حالة استبعاد هيئة التحكيم للقواعد القانونية الواجب تطبيقها على النزاع :

إذا كان خروج المحكمين على حدود اتفاق التحكيم يشكل أساساً سليماً لأبطال قرار التحكيم , فإنه ومن باب أولى أن يكون استبعاد القواعد والقوانين التي عينها الخصوم لتحكم موضوع النزاع العقدي من جانب هيئة التحكيم من الأسباب الموجبة لأبطال الحكم الصادر عن هيئة التحكيم⁽⁴⁾. وبقدر ما يتعلق الأمر بالتحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فإنه يمكن القول إن استبعاد هيئة التحكيم للمبادئ الإدارية المنصوص عليها في العقد أو القيام باستبعاد تطبيق القانون الإداري المتعين تطبيقه بصدد منازعات العقود الإدارية من شأنه أن يؤدي إلى أبطال حكم التحكيم من جانب المحكمة المختصة وهذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر

(1) ينظر في ذلك عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص254 . كذلك إقبال عبد العباس يوسف:النظام العام بوصفه قيداً على الحريات العامة,رسالة ماجستير,كلية القانون,جامعة بابل,2009,ص25ومابعدها.

(2) ينظر في ذلك رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية , مصدر سابق , ص 25 .

(3) ينظر في ذلك الفقرة(3)من المادة(273)من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83)لسنة1969المعدل.

(4) ينظر بهذا المعنى الفقرة (د) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم(27)لسنة1994 .

في (5 / 12 / 1995) والذي جاء فيه ((... لما كان من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصري هو المتفق على تطبيقه على النزاع الماثل ... وكان من الثابت لهذه المحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد إداري ... فإذا تضمن العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري فأن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري , فإذا أعمل حكم التحكيم قواعد القانون المدني المصري دون القانون الإداري فإنه يكون قد أستبعد القانون المتفق على أعمال أحكامه بما يوجب ... بطلان حكم التحكيم ...))⁽¹⁾ .

ومن كل ماتقدم نستطيع القول: إن ممارسة القضاء للرقابة على أحكام التحكيم من شأنها أن تؤدي إلى تقليص الأثر المترتب على استبعاد اختصاص القضاء الإداري وذلك عندما تعمل المحاكم القضائية على تأكيد مسألة وجوب عدم جواز الفصل في منازعات العقود الإدارية من جانب هيئات التحكيم بغير مبادئ القانون الإداري المستقر عليها ، ونرى أن العمل على فرض مثل هذه الرقابة القضائية المميزة على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من شأنها التوفيق بقدر الإمكان بين الأثر الايجابي للتحكيم بوصفه مطلباً تنموياً تسعى الإدارة إلى قبوله لتشجيع الاستثمار , وبين أثره السلبي المتمثل بنقل الاختصاص من المحاكم القضائية الوطنية إلى هيئات تحكيمية , ولا شك أن المشرع يمكن أن يمارس أثراً أساسياً في هذا المجال من خلال تنظيمه لقواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية بقانون يأخذ بنظر الاعتبار ما ينبغي أن تتمتع به العقود الإدارية من قواعد متميزة .

(2) أشار إلى هذا الحكم الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot , مصدر سابق , ص 270.

الخاتمة

بعد أن أنهينا كتابة رسالتنا وجب علينا أن نبين بإيجاز أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات نعرض لها تباعاً وهي على النحو الآتي :

أولاً // النتائج:

1- تبين لنا أن الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ومقارنتها بالأحكام المطبقة على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والتي أفرزتها التطبيقات العملية التي رافقت هذا العقد تؤكد بصورة قطعية أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد إداري تتوافر فيه جميع الشروط والمقومات التي أعتمدها القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر والتي أخذ بها القضاء العراقي بصدد تمييز العقود الإدارية وممارسة اختصاصه بالمنازعات الناشئة عنها، فهو عقد تمثل الإدارة أحد أطرافه الرئيسية ، كما أنه يرد على مرفق من المرافق العامة الاقتصادية التي تتصل بمصالح الجمهور ، وأيضاً فإنه يحتوي على جميع صور الشروط الاستثنائية المميزة للعقود الإدارية والتي قد تتمثل بالشروط المتعلقة بسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، أو الشروط المتعلقة بالحقوق والامتيازات التي يتمتع بها المتعاقد في مواجهة الغير والتي عادةً ما تخرج عن المألوف في عقود القانون الخاص.

2- أن التكييف القانوني الذي اتفق عليه الفقه والتشريع والقضاء الإداري في فرنسا ومصر ولبنان والعراق هو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقد التزام مرفق عام بتسمية حديثة أفرزها الواقع .

3- اتضح لنا أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخول الإدارة - وبحسب ما تأكد بالواقع العملي- حق ممارسة جميع السلطات المتعارف عليها في مجال عقود التزام المرافق العامة دون حاجة للجوء إلى القضاء ، إذ إنها تملك سلطة الرقابة على تنفيذ العقد ، وسلطة تعديل بنوده اللاتحيزة المتصلة بسير المرفق ، وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها إن أحل بتنفيذ التزاماته كفرض الغرامة التأخيرية ، أو وضع المرفق تحت الحراسة أو فسخ العقد وإسقاط الالتزام، كذلك سلطة استرداد المرفق وإنهاء الالتزام وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة حتى لو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ. وأن جميع هذه الامتيازات تمثل حقيقة أهم المعطيات القانونية التي تسوغ للقضاء الإداري ممارسة اختصاصه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه القضاء صاحب التجربة في ممارسة الرقابة على استخدام الإدارة لهذه السلطات ، بل إن التسليم بذلك يشكل أمر في غاية الأهمية بالنسبة للمتعاقد الذي يسعى إلى حماية حقوقه من تعسف الإدارة.

4- لاحظنا أن القضاء الإداري يمكن أن يمارس اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال نوعين من الدعاوى وهما دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل ويتمثل ذلك بما يلي:

أ- بالنسبة لدعوى الإلغاء وجدنا أنها لا يمكن أن توجه من حيث المبدأ ضد العقود الإدارية إلا أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر أم العراق يعترف بإمكانية رفع دعوى الإلغاء ضد ماتتخذها الإدارة من قرارات يمكن أن تتصف بصفة القابلية للانفصال عن العقد ، وهذه القرارات هي قرارات إدارية بالمعنى الدقيق إذ أنها لا تتميز من غيرها من القرارات سوى أن الإدارة تتخذها في إطار عملية التعاقد. وقد تبين ان هناك العديد من القرارات التي تتخذها الإدارة في مجال عقد البوت تقبل الطعن بالإلغاء أوضحها القرارات المتخذة في مرحلة تكوين العقد كقرار الإذن بالتعاقد، وقرار إرساء المناقصة القائمة على مبدأي المنافسة والعلانية على المتعاقد ، وقرارات الاستبعاد والحرمان التي تملك الإدارة سلطة تقديرية في اتخاذها وأيضاً القرار الخاص بالتوقيع على العقد والتصديق عليه. كذلك فإن أهمية دعوى الإلغاء تظهر في مرحلة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالنسبة للقرارات التي تتخذها الإدارة في مواجهة المتعاقد بوصفها سلطة عامة كقرار ممارسة سلطة الضبط الإداري، كذلك القرارات التي تتخذها الإدارة في علاقتها بالمتعاقد والتي تضر بمصالح الغير المستفيدين من خدمات المرفق والعاملين فيه ، كما تبين ان القاعدة التقليدية التي كانت تقضي بعدم إمكانية تأثير حكم الإلغاء على العقد الإداري لم يعد لديها وجود في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد التطور الذي أتى به المشرع الفرنسي في السماح للقضاء الإداري بترتيب نتائج أحكام الإلغاء ، وهذا ما يتفق مع مسلك القضاء الإداري العراقي الذي لم يأخذ بقاعدة عدم إمكانية ترتيب نتائج على العقد الإداري عند إلغاء أحد القرارات القابلة للانفصال عنه بخلاف القضاء الإداري المصري الذي لا زال متمسكاً بالقاعدة التقليدية.

ب- أما دعوى القضاء الكامل فقد اتضح بأنها تشكل الأصل في ممارسة القضاء الإداري لاختصاصه في مجال العقود الإدارية ، نظراً لكون القضاء الكامل يوصف بأنه قضاء شخصي يمكن أن يمارس سلطات واسعة تتلاءم مع طبيعة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي غالباً ما تنطوي على المطالبة بحقوق شخصية يدعيها أحد طرفي العقد الإداري وبخاصة المتعاقد مع الإدارة الذي يسعى دائماً إلى الحفاظ على حقوقه المكتسبة من العقد الإداري والتي قد تتأثر من جراء تعسف الإدارة في ممارسة سلطاتها المعروفة كما هو الحال بالنسبة إلى سلطة فرض الجزاءات الإدارية وسلطة إنهاء الالتزام التي يملك القضاء الكامل حق مراقبة مشروعيتها ومدى ملائمتها ليقرر بعد ذلك الحكم بإلغائها أو تعديلها أو التعويض عنها أو الحكم بالفسخ بسبب تعسف الإدارة باتخاذها . بل أن القضاء الكامل يمكن أن يحقق فائدة للمتعاقد من خلال ضمان حصوله على تعويض مالي عن كافة الأضرار

التي يمكن أن تلحق به نتيجة الظروف غير المتوقعة التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد وتؤدي الي زيادة أعبائه المالية وهذا مايمثل بحالات تحقق شروط نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري . هذا وقد تبين لنا إن ممارسة سلطة القضاء الكامل يتم في فرنسا ومصر من محاكم القضاء الإداري في حين ما زالت المحاكم العادية هي التي تمارس هذا الاختصاص في العراق على الرغم من وجود محكمة القضاء الإداري التي لم يمنحها المشرع هذا الاختصاص ، وعلى الرغم من تشكيل ما تعرف بالمحكمة الإدارية الموجودة حالياً في وزارة التخطيط التي اتضح بأنها لاتملك من الاختصاص سوى النظر في شكاوى المتقدمين للمناقصات الأمر الذي يدعو الى الحاجة الملحة إلى تدخل المشرع لتوسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري في كافة المنازعات الإدارية ومنها المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية.

5- تبين لنا أن التحكيم قد ظهر في الوقت الحاضر بوصفه اسلوباً استثنائياً يمكن الاتفاق على اللجوء اليه بدل القضاء في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبقية العقود الإدارية. إلا أن هذا الاتفاق لايعني التنازل عن الحق في اللجوء الى القضاء لأن هذا الأخير يعد حق مقدس يتعلق بالنظام العام ، كما ان مسألة مشروعية اللجوء إلى هذا الأسلوب في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ترتبط بوجوب وجود نص تشريعي صريح يسمح بذلك نظراً لما هو معلوم من اتصال هذا العقد بالمصلحة العامة . وهنا فقد وجدنا أن المشرع الفرنسي قد أرسى قاعدة عامة حظر بموجبها التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، إلا أنه أورد عليها استثناءات عدة أهمها إجازة التحكيم في العقود الإدارية التي ترد على مرافق ومشروعات حيوية في الدولة والتي يكون فيها الطرف المتعاقد من الأشخاص الأجنبية لكن بشرط الحصول على الموافقة بمرسوم من مجلس الوزراء والوزير المختص. أما في مصر فقد حسم المشرع المصري بموجب القانون رقم (9) لسنة 1997 مسألة إجازة التحكيم في جميع العقود الإدارية ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك بشرط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه وبحيث لا يجوز لأي منهما التفويض في الاختصاص. أما العراق فقد لاحظنا أن المشرع في قانون العقود العامة رقم(87) لسنة 2004 أشار الى إمكانية اللجوء الى الوسائل غير القضائية لفض المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة ، وقد تضمنت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة(2008) النافذة حالياً النص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم ،إلا ان المشرع لم ينظم أحكام اللجوء اليه بل أحال إلى قانون المرافعات المدنية الأمر الذي لا يكشف عن موقف حاسم لإجازته في جميع العقود الإدارية كما فعل المشرع المصري.

6- تبين لنا ان التحكيم بحد ذاته لا يؤثر في الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كما في بقية العقود الإدارية إذ من الممكن اللجوء الى هذا الاسلوب مع الحفاظ على

الخصائص الإدارية لهذا العقد بل ان من واجب الإدارة كي تضمن مشروعية التحكيم في عقودها الإدارية التمسك أمام هيئة التحكيم بوجوب تطبيق مبادئ القانون الإداري المتعلقة بنظرية العقود الإدارية على المنازعة المعروضة ، وهذا ما يؤدي بدوره إلى إمكانية الحفاظ على الجانب الموضوعي لاختصاص القضاء الإداري.

7- اتضح كذلك ان الكلمة الفصل في حسم المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تبقى من اختصاص القضاء نظراً لكون حكم التحكيم (إن تم رفضه من قبل أحد طرفي المنازعة) يبقى مجرد حبر على ورق ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة أصلاً بالفصل بالنزاع وتمنحه الصيغة التنفيذية .

ثانياً // المقترحات :

1- نقترح إعادة صياغة نص المادة (101) من الدستور العراقي النافذ ، والتي أشارت إلى إمكانية إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري حيث أنه كان من الأجدر بالمشروع الدستوري الإشارة الى كون مجلس شورى الدولة هيئة قضائية مستقلة تختص بوظائف القضاء الإداري والمشورة القانونية وصياغة القوانين ومن ثم يكون من المحبذ تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (65 لسنة 1979 المعدل) وذلك بالعمل على توسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل ولاية النظر بمنازعات العقود الإدارية.

2- الى أن يأخذ المقترح الأول طريقه العملي فأنا نعتقد بضرورة أن يتولى المعهد القضائي مهمة تدريس مادة القانون الإداري ونظرياته ومبادئ القضاء الإداري من أجل الحصول على قضاة متخصصين في نظر المنازعات الإدارية التي من بينها منازعات العقود الإدارية ولعل الدافع لذلك أن قضاة المحاكم العادية غير مؤهلين علمياً للنظر في منازعات العقود الإدارية لعدم امتلاكهم العمق الواسع بنظريات القانون والقضاء الإداري ولانشغالهم في ميدان القضاء المدني بحيث تكون نظرة المحكمة للأمور الإدارية هي نظرة قضائية عادية في ميدان القضاء المدني.

3- نأمل من المشرع العراقي العمل على إصدار تشريع متكامل ينظم أحكام منح عقود التزام المرافق العامة وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومع التأكيد على خضوعها لمبادئ القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

4- لكي يتمكن القضاء الإداري من ممارسة اختصاصه على الوجه الأكمل في مرحلة إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نقترح على المشرع العراقي العمل على إصدار تشريع عام يبين طرق وقواعد إبرام العقود الإدارية والإجراءات التي يجب إتباعها من قبل الإدارة في جميع دوائر الدولة ، وذلك ليحل محل بعض القوانين والتعليمات المتناثرة هنا وهناك، ولا شك ان ذلك ينسجم مع ما هو معمول به في مصر من تطبيق قانون المناقصات والمزايدات.

5- أيضاً نقترح على المشرع العراقي تنظيم أحكام اللجوء الى التحكيم في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وباقي العقود الإدارية بموجب قانون خاص يسهل الرجوع اليه ،على ان يشترط فيه صراحةً ضرورة موافقة مجلس الوزراء والوزير المختص من أجل أن يشكل ذلك ضماناً لعدم التعسف في اللجوء الى هذا الاسلوب الاستثنائي بما يحقق رغبات الشركات المتعاقدة على حساب المصلحة العامة التي تمثل الهدف من إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.كما ينبغي على المشرع ان يشترط صراحة وجوب تطبيق القانون الوطني الإداري والمبادئ المستقر عليها في مجال العقود الإدارية مع التأكيد على خضوع أحكام التحكيم لرقابة القضاء الإداري من خلال منحه الاختصاص بإعطاء الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم ، والنظر في الطعون المقدمة ضدها.

6- نقترح على الجهات الإدارية العراقية عند إقدامها على إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية العمل على تضمين نصوص العقد لجميع الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية بصفة عامة وعقود التزام المرافق العامة على وجه التحديد.

المصادر

أولا // المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم:

أ- المعاجم اللغوية

1- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور : لسان العرب ، المجلد الرابع ، دار صادر ، بيروت ، 2000 .

ب- الكتب القانونية

- 1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- 2- د. إبراهيم حرب محيسن : طبيعة الدفع بالتحكيم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 3- د. إبراهيم الشهواني : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
- 4- د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن ، جامعة الكويت ، 1977 .
- 5- د. إبراهيم طه الفياض : القانون الإداري ، مطبعة الفلاح ، الكويت ، 1989 .
- 6- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا : القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2006.
- 7- د. إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 8- د. إبراهيم المنجي :دعوى التعويض الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2003.
- 9- د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 .
- 10- د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1988 .
- 11- د. أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 12- د. أحمد السيد الصاوي : التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2004.
- 13- د. احمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية Bot، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004.
- 14- د. احمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 15- د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- 16- د. احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 .
- 17- د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري : الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 18- د. أشرف عبد العليم الرفاعي : اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- 19- د. اعاد علي حمود القيسي: القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر، عمان، 1999.
- 20- د. الياس ناصيف : عقد ال B.O.T ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 2006 .
- 21- د. انس جعفر : الدعاوى الإدارية : مركز القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 2000.
- 22- د. انس جعفر : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 22- د. أياد محمد بدران : التحكيم والنظام العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004.

- 23- د. بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 .
- 24- د. ثروت بدوي: النظرية العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- 25- د. جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
- د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- د. جابر جاد نصار : المناقصات العامة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 26- جمعة سعدون الربيعي : المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1993.
- 27- د. جورج شفيق ساري : القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- د. جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- د. جورج شفيق الساري: قواعد وأحكام القضاء الإداري، الطبعة السادسة، من دون ناشر، 2006.
- 28- د. جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- 29- د. حسان عبد السميع هاشم : الخبرة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- د. حسان عبد السميع هاشم : الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 30- د. حسن السيد بسيوني: دور القضاء الإداري في المنازعات الإدارية، عالم الكتاب، القاهرة، 1981.
- 31- د. حسن محمد عواضة: المبادئ الأساسية للقضاء الإداري، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 1997.
- 32- د. حسين المؤمن : الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، 1977
- 33- د. حسين عثمان محمد: قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 34- د. حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 35- د. حمدي القبيلات: القانون الإداري، الماهية والتنظيم والنشاط الإداري، دار الأوتل للنشر، عمان، 2008.
- 36- د. حمدي حسن الحلفاوي : ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، من دون ناشر ، 2002 .
- 37- د. حمدي علي عمر: الرقابة القضائية على العقود التي يبرمها البرلمان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، القاهرة ، 2002 .
- د. حمدي علي عمر: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 38- د. خالد عبد الله الرشيد : جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد :مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2004 .
- 39- د. رجب محمود احمد: القضاء الإداري: دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 40- د. سامي جمال الدين: المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، من دون سنة طبع
- د. سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 .
- د. سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 .
- 41- د. سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

- 42- د. سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
- 43- د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968.
- د. سليمان محمد الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين الشمس، 1978.
- د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1991 .
- 44- د. شادية إبراهيم المحروقي: الإجراءات في الدعوى الإدارية، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 45- د. شعيب أحمد سليمان : التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة ، دار الرشيد للنشر ، بغداد ، 1981 .
- 46- د. طارق فتح الله خضر: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 47- د. عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
- 48- د. عبد الرحمن نورجان الأيوبي: القضاء الإداري في العراق (حاضره ومستقبله) ، مطابع الشعب، بغداد، 1965.
- 49- د. عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق وفقا لأحكام القانون رقم (7) لسنة 2000 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002 .
- 50- د. عبد الرؤوف هاشم : شبه العقد في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 51- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 .
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، القرارات والعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.
- 52- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الإداري إلى الغير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 53- د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله: النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 54- د. عبد الفتاح ابو الليل : الوجيز في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- 55- د. عبد الفتاح أبو المجد : تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 56- د. عبد الفتاح مراد: الترجمة الانكليزية لقوانين البوت والتأجير التمويلي والنصوص العربية المقابلة لها، من دون ناشر، من دون سنة طبع.
- 57- د. عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري : دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 .
- 58- د. عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.

- 59- د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .
- د. عزيزة الشريف : التحكيم الإداري في القانون المصري ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1993 .
- 60- د. عصام احمد البهجي: عقود البوت Bot الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- د. عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود البوت Bot ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 .
- 61- د. عصام العطية : القانون الدولي العام ، ط6 ، جامعة بغداد ، 2001 .
- 62- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وعلي محمد بدير ومهدي السلامي : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، جامعة بغداد ، 1993 .
- 63- د. عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
- 64- د. علي الدين زيدان والمستشار محمد السيد : الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الاداري ، نظرية العقود الإدارية ، المجلد الرابع ، المكتب الفني ، القاهرة، من دون سنة طبع .
- 65- د. علي الفحام :سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1976 .
- 66- د. علي خطار شطناوي: القضاء الإداري الأردني، مطبعة كنعان، اربد، الأردن، 1995.
- د. علي خطار شطناوي : الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل ، عمان ، 2003 .
- 67- د. عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- د. عمرو أحمد حسبو : لجان التوفيق في المنازعات في ضوء أحكام القانون رقم (7) لسنة 2000 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- 68- د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، جامعة الموصل ، 1992 .
- 69- د. فاطمة السويسي: المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
- 70- فؤاد الراوي: المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقيات ، مجلس التخطيط، بغداد ، 1975 .
- 71- د. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي ، جامعة بغداد ، 1992 .
- 72- د. ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 .
- د. ماجد راغب الحلو : القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- 73- د. مازن ليلو راضي : العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
- 74- د. ماهر صالح علاوي: القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991.
- د. ماهر صالح علاوي : مبادئ القانون الإداري ، جامعة بغداد ، 1996 .
- 75- د. محسن شفيق : التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
- 76- د. محمد احمد عبد المنعم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 77- د. محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 78- د. محمد العبادي: قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر، عمان، 1995.

- 79- د. محمد المتولي : الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 80- د. محمد أنور حمادة: المسؤولية الإدارية والقضاء الكامل، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 81- د. محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على مشروعات الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 82- د. محمد بهجت عبد الله قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ال Bot ، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر .
- 83- د. محمد حسين منصور :العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 473 .
- 84- د. محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية ، 1991.
- 85- د. محمد صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .
- 86- د. محمد عبد الحميد أبو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- 87- د. محمد عبد العال السناري :التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 .
- د. محمد عبد العال السناري : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
- د. محمد عبد العال السناري : الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
- د. محمد عبد العال السناري: وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
- 88- د. محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 89- د. محمد علي جواد : العقود الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، 1997 .
- د. محمد علي جواد: القضاء الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة طبع.
- 90- محمد علي سكيكر : تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 .
- 91- د. محمد محمد بدران : عقد الإنشاءات في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- 92- د. محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 93- د. محمود احمد حسن: النظام القانوني للعقد الدولي، من دون ناشر، من دون سنة نشر.
- 94- د. محمود حلمي : العقد الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 .
- 95- د. محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية ، دار الثقافة ، عمان ، 1998 .
- 96- د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.

- 97- مدحت المحمود : شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83 لسنة 1969) وتطبيقاته العملية , الطبعة الثانية , مكتبة العدالة , بغداد , 2008 .
- 98- د. مروان محي الدين القطب : طرق خصخصة المرافق العامة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2009 .
- 99- د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة, الطبعة الرابعة, منشأة المعارف, الإسكندرية, 1979.
- 100- د. مصطفى عبد المقصود : معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة , النهضة العربية , القاهرة , 1995 .
- 101- د. مطيع علي حمود: العقود الإدارية بين التشريع والقضاء , دار النهضة العربية, القاهرة, 2006.
- 102- د. منير محمد الجهيني: قوانين الاونسترال النموذجية, دار الفكر العربي, الإسكندرية, 2006.
- 103- د. مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2002.
- 104- د. نبيلة عبد الحليم كامل:الدعوى الإدارية, دار النهضة العربية, القاهرة, 1996.
- 105- د. نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية , الطبعة الثانية , دار النهضة العربية , القاهرة , 2004 .
- 106- د. نعيم مغيبغ : عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2001 .
- 107- د. نواف كنعان: القضاء الإداري, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, 2002.
- 108- د. هاني علي الطهراوي : القانون الإداري , دار الثقافة , عمان , 2001 .
- 109- د. وليد حيدر جابر : طرق إدارة المرافق العامة , منشورات الحلبي , بيروت , 2009 .
- 110- د. ياسر أحمد الصيرفي:النظام القانوني لعقد البوت B.o.t, مجلس النشر العلمي , جامعة الكويت , 2009 .
- 111- د. ياسر عبد السلام منصور : دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري , دار النهضة العربية , القاهرة , 2002 .
- 112- د. يسري محمد العصار: مبدأ خطر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة وحظر الحلول محلها وتطوراته الحديثة, دار النهضة العربية, القاهرة, 2002.

ج- الأبحاث القانونية :

- 1- د. إبراهيم طه الفياض : تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية , مجلة الحقوق والشرعية , جامعة الكويت , العدد الأول السنة الثالثة , 1979 .
- 2- د. إسماعيل صمصاع البديري : فكرة التخصصية في المرافق العامة, مجلة جامعة بابل, العلوم الإنسانية, العدد الثاني, المجلد (14), 2007.
- 3- د. حامد المختار : التحكيم في العراق مشاكله العملية وبعض الآراء والمقترحات لمعالجتها , مجلة القضاء , الأعداد (1 , 2 , 3 , 4) , 1981 .

- 4- د. حلمي مجيد محمد: كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره: مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد الخامس، العددان الأول والثاني، 1986.
- 5- د. حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، المجلة القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الرقازيق ، العدد الثامن ، 1996 .
- 6- د. عادل الطباطبائي : الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثالث السنة الحادية عشر ، 1987 .
- 7- د. عبد الحميد الأحمد : وجهة نظر قانونية في حكمي مجلس الشورى في شأن الخليوي ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 8- د. عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد (363) السنة (67) ، 1976.
- 9- د. عبد الرزاق عبد الوهاب: المحاكم الإدارية في العراق وأفاق تطويرها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، عدد خاص، مايس، 1984.
- 10- د. عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية ، مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية – الأبعاد القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 2005.
- 11- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وأفاق تطويرها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الأول والثاني، 1985.
- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني ، 1990.
- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، 1994.
- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما، بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، بغداد ، 1999.
- 12- د. علي أحمد حسن : التحكيم في العقود الإدارية ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد (22)، العدد (1) ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2007 .
- 13- د. علي خطار شطناوي : صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة الرابعة والعشرون ، 2000.
- 14- د. غازي فيصل : القرار الإداري السلبي والرقابة القضائية ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثاني ، العدد الثالث ، 1998.
- د. غازي مهدي فيصل: الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد الثاني، 2002.
- 15- د. فاروق احمد خماس : محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم (106) لسنة 1989 ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد التاسع ، العدد الأول والثاني ، 1990 .
- 16- د. مازن ليلو راضي : التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثامن العدد (13) ، 2005 .

- 17- د. ماهر صالح علاوي : سكوت الإدارة العامة في القانون الإداري ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر، العدد الثاني ، 1994 .
- د. ماهر صالح علاوي: مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد الأول، 1999.
- د. ماهر صالح علاوي: القضاء الإداري المعاصر وولاية المظالم في الإسلام، بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، بغداد، آذار، 1999.
- 18- د. مجدي عز الدين : مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع السنة العشرون ، 1996 .
- 19- د. محمد ظاهر معروف : شرط التحكيم في عقود القانون العام وفي عقود القانون الخاص، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول السنة السادسة، 1987.
- 20- د. محي الدين القيسي : التجربة اللبنانية في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- د. محي الدين القيسي : إمكانية التحكيم في حسم منازعات مشروعات البنية الأساسية Bot ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 21- د. مصطفى محمود عفيفي : النظام القانوني لعقود البوت Bot ، مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية ، الأبعاد القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 2005 .
- 22- د. منصور السعيد : تسوية المنازعات في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية Bot ، مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، آذار ، 2005 .
- 23- د. نواف سالم كنعان: المبادئ التي تحكم تنفيذ أحكام الإلغاء، مجلة الحقوق، العدد الرابع السنة الخامسة والعشرون، جامعة الكويت، 2001.
- 24- د. هاشم العلوي : شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية ، مجلة القضاء ، العدد (4) لسنة (26) ، 1971
- 25- د. وجدي راغب فهمي : هل التحكيم نوع من القضاء ؟، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العددان (1 ، 2) السنة (17) ، آذار ، 1993 .

د- الاطاريح والرسائل الجامعية :

✽ أطاريح الدكتوراه :

- 1- إسماعيل صمصاع البديري : مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2003 .
- 2- حسن محمد علي: مبدأ قابلية قواعد المرفق العام للتغيير ، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005.
- 3- رفاه كريم رزوقي: دعوى التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2007.

- 4- عادل حسين شبع: القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.
- 5- عبد اللطيف نايف عبد اللطيف : التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية ، كلية القانون، جامعة بغداد ، 2006 .
- 6- علي حسين الخطيب : دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام طوارئ التنفيذ في العقد الإداري ، كلية الحقوق ، الجامعة الوطنية اللبنانية ، 2002 .
- 7- مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 .
- 8- وائل محمد السيد : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت Bot ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2008 .
- 9- ياسين كريم الحلفي : سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ الأشغال العامة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 .
- ✻ رسائل الماجستير :
- 10- أبو بكر احمد عثمان : حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005 .
- 11- اسامة مدلول خريص : خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل Bot ، كلية العلوم القانونية ، المملكة المغربية ، الرباط ، 2006 .
- 12- إقبال عبد العباس يوسف:النظام العام بوصفه قيداً على الحريات العامة ،كلية القانون،جامعة بابل،2009.
- 13- ثامر محمد إبراهيم : الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2000 .
- 14- حبيب إبراهيم حمادة : الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1994 .
- 15- خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الإداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991 .
- 16- رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005 .
- 17- رفاه كريم كربل : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2000 .
- 18- رنا محمد راضي : التحكيم في العقود الإدارية، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2007.
- 19- سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2003 .
- 20- شاكر أكباشي خلف: القرارات الإدارية القابلة للانفصال، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2007.
- 21- طاهر طالب التكمجي : حماية مصالح المتعاقدين المشروعة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1976 .
- 22- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي: تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، كلية القانون، جامعة بغداد، 1992.
- 23- علاء إبراهيم محمود : الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2008.

- 24- علي حسن عبد الأمير : النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، 2008 .
- 25- غسان لعبي : مفهوم الغير في العقد الإداري ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2005 .
- 26- مجيد مجهول درويش : ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2004 .
- 27- محمد عبد الله الدليمي : سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1983 .
- 28- هاتف كاظم جاسم : حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2006 .

د- الأحكام القضائية :

❖ مجموعات الأحكام :

- في فرنسا :

- 1- مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي : مارسيلون بروبسيير جي بريان ، ترجمة / د. احمد يسري ، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.

- في مصر :

- 2- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من (1955 - 1965) ، المكتب الفني ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية في مصر عام 1966 .
- 3- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، المكتب الفني ، مجموعة السنة العاشرة ، 1956 .
- 4- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، المكتب الفني ، مجموعة السنة العشرون ، 1968 .
- 5- الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية من عام (1946) إلى عام (1985)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1986.
- 6- مجموعة العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري حتى عام 2004، الكتاب الثاني والثالث ، تجميع وتعليق / د. محمد ماهر أبو العينين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

- في العراق :

- 7- مجموعة المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، إعداد القاضي إبراهيم المشاهدي، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988.
- 8- مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2006، وزارة العدل، بغداد، 2006.
- 9- مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة للأعوام (2004، 2005، 2006)، إعداد صباح صادق جعفر، بغداد، 2008.

❖ المجلات القضائية :

- 10- مجلة القضاء ، العدد (4) السنة (16) ، بغداد ، 1958 .

- 11- مجلة القضاء , العدد الرابع, بغداد, 1959.
- 12- مجلة ديوان التدوين القانوني , العدد الثالث السنة الأولى , أيلول , 1962
- 13- مجلة ديوان التدوين القانوني , العدد الثالث السنة الثانية , 1963 .
- 14- مجلة ديوان التدوين القانوني , العدد الثاني السنة الخامسة , 1966 .
- 15- مجلة القضاء , العدد الثاني السنة الحادية والعشرون, 1966.
- 16- مجلة العلوم القانونية , العدد الأول السنة (6) , 1967 .
- 17- مجلة ديوان التدوين القانوني , العدد الأول السنة السادسة , نيسان , 1967 .
- 18- مجلة القانون المقارن, العدد الثاني السنة الثانية, 1968.
- 19- مجلة الأحكام العدلية, العدد (2) السنة (13) 1982.
- 20- مجلة القضاء , الأعداد (1-4) السنة (53), 1999..
- 21- مجلة القضاء , العدد الأول والثاني السنة 1958 , 2005 .

هـ- الدساتير والقوانين :

- في العراق :

- 1- القانون الأساسي العراقي لعام 1925.
- 2- دستور 4/نيسان/1963 و دستور 22/نيسان/1964 و دستور 29/نيسان/1964
- 3- دستور عام 1968 ودستور 1970 .
- 4- دستور العراق النافذ لعام 2005 .
- 5- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- 6- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل
- 7- قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل .
- 8- قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979.
- 9- قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل .
- 10- قانون التنفيذ رقم (40) لسنة 1980 المعدل.
- 11- قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986.
- 12- قانون العمل رقم (71) لسنة 1987.
- 13- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 .
- 14- قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 .
- 15- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (87) لسنة 2004 .

- في مصر :

- 16- دستور مصر الصادر عام 1971 المعدل.
- 17- قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947 .

- 18- قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 .
- 19- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997.
- 20- قانون الموائى التخصصية المصري رقم (1) لسنة 1996 والمعدل بالقانون رقم (22) لسنة 1998.
- 21- قانون منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول المصري رقم (3) لسنة 1997 .
- 22- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 .
- 23- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

و- التعليمات

- 24- تعليمات الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط عام 1988.
- 25- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2007 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي .
- 26- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي .
- 27- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري والصادرة بالقرار رقم (1367) لسنة 1998 عن وزارة المالية المصرية .

ثانيا // المصادر الأجنبية :

- 1- Andre de Laubadere : Traite Theorique et Pratique des Contrats Administratifs . tome2 . paris . 1956.
- 2- Andre de Laubadere , Franck Moderne , Pierre Delvolve : Traite des Contrats Administratifs . tome 1 . paris . 1983.
- 3- Andre de Laubadere , Franck Moderne , Pierre Delvolve : Traite des Contrats Administratifs . tome 2 . Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence . paris . 1984.
- 4- Henry Puget :Trite de droit administratif .Paris . 1964.
- 5-Jacqueline devichi : larbitrage nature juridique. paris. 1965.
- 6- Jean Rivero : droit administratif. Dalloz . 1973.
- 7- Michel Fromont : Traite de droit administratif Allemand. Bruxelles. 1969.
- 8- M. Boisseson : interrogations et doutes sure une evolution legislative. Paris. 1987.

