

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

الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

[دراسة مقارنة]

مرسالة تقدم بها الطالب

علاء إبراهيم محمود الحسيني

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

بإشراف

أ. م. د. إسماعيل صمصاع البديري

1429هـ

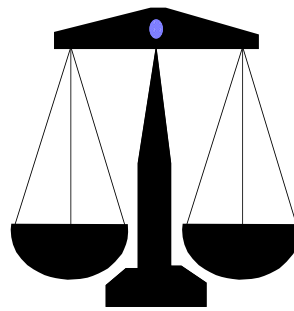
2008م

Z

((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا
بِالْعُقُودِ))

صدق الله العلي العظيم
المائدة من الآية (1)

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



**THE OBLIGATIONS AND THE
RIGHTS COME FROM CONTRACT
BUILD , OPERATE AND TRANSFER
B.O.T**

((A comparative study))

A thesis Submitted by

Alaa Ibraheem Al-Hussainy

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

2008 . M

1429 . H

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

”يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

أَقِمُوا الصَّلَاةَ

صدق الله العلي العظيم

الآية (1) سورة المائدة



الأهل

الى وصي الأبرار وإمام الأخيار
الى باب الله الذي منه يؤتى
الى الذي قال فيه تعالى ” إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين
يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون ،، (1)
الى الذي قال فيه الرسول الأعظم محمد صلى الله عليه واله وسلم يوم
الأحزاب ” خرج الإيمان كله الى الشرك كله ،، (2)
إليك يا سيدي يا أمير المؤمنين علي ابن أبي طالب (عليه السلام) اهدي
جهدي المتواضع أملاً من فيض جودك قبول هذا القليل من الجهد ” فلما
دخلوا عليه قالوا يا أيها العزيز مسنا وأهلنا الضر وجئنا ببضاعة مزجاة
فأوف لنا الكيد وتصدق علينا إن الله يجزي المتصدقين ،، (3)
فنصدق علي بقبول هذا القليل

الباحث

-
- (1) الآية (55) من سورة المائدة .
(2) ينابيع المودة : للحافظ سليمان بن ابراهيم القندوزي ، منشورات الشريف الرضي ، الطبعة السابعة ، 1965
، الباب الثالث والعشرون ، ص 108 .
(3) الآية (88) من سورة يوسف .

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين الغر الميامين ، وعلى صحبه الثابنين على حرمهم من بعده .

عرفاني وشكري أولاً لأستاذي الدكتور اسماعيل صمصاع البديري على قبوله الإشراف على هذه الرسالة ، وتحمله عناء مراجعتها وصولاً إلى الغاية المرجوة منها ، إذ لولا توجيهاته وملاحظاته السديدة لما أمكن ان تنجز بصورتها الماثلة .

هذا ولما يسعني الا التقدم بوافر الشكر والتقدير الى أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل عموماً وأخص منهم بالذكر أستاذي الدكتور حسن عودة الغانمي والدكتور حكمت عبد الرزاق الدباغ والدكتور رافع شبب والدكتور علاء عبد الحسن والدكتور محمد علي سالم والدكتور علي هادي والدكتورة اسراء محمد علي .

وأقدم بوافر الشكر والامشان لكل من مديد العون والمساعدة لي ولو بتقديم نصيحة او بكلمة وبالأخص موظفي المكينات الني اسعنت بها في مكتبة الصحن الحيدري الشريف والصحن الحسيني المقدس ، وموظفي مكتبة كلية القانون جامعة بغداد ، وكلية الحقوق جامعة النهرين ، ومكتبة وزارة العدل والمعهد القضائي .

ولكن خاتمة شكري مسكاً اذ انني اتقدم بشكري وتقديري واعترازي وحببي الى عائلتي لجهودهم المثمرة وصبرهم الطويل ومؤازرتهم لي طيلة مدة الدراسة حيث تحملوا معي مشاق الطريق فكان انجاز هذا العمل فيض من غيض مساعدتهم الكريمة ومواقفهم الطيبة وأيدهم الممدودة دوماً بالدعاء والمساعدة والنصح والإرشاد فلهم مني كل الحب والتقدير وأدعو من الله (ﷻ) ان يوفقهم لكل خير وصالح في الدنيا والاخرة .

The Summary of the thesis

THE OBLIGATIONS AND THE RIGHTS COME FROM CONTRACT BUILD , OPERATE AND TRANSFER

The subject of our research seek about the "administrative contract" we are finished from definition as a contract between the national administration and the contractor that he is natural person or artificial , whether citizen or foreign person , during the validity , which contained certain circumstances , one of which the contractor has to undertake to build public service connect with the infrastructures of the society by using his own competences "moneys and workers".....etc .

According to the clauses of the contract , the contractor can collect certain fees from the beneficiaries of there ending the mentioned project .

The contract is controlled by a number of important rules that take the agreement from the contract extremities , the contractor is obligated to return the public service and building with its increases to the administration without opposite on condition the public service must be in good status and able to maintain in the work .

The administrative judicial , the legislation , and the opinion of the jurisprudence in Egypt , Lebanon and Iraq consider that this contract is a type of the administrative contracts .

We have divided the study to three chapters , in the first one we seek the important rights and obligations that result from the contract to the contractor.

In the second chapter we determined the rights and obligations of the official administration ,generally the contractor and the administration obligated by a number of obligations in order to benefit the rights that results directly from the build , operate and transfer contract .

The first contractor obligations is building of public service after this he should manage & operate the public service , finally he should transfer the public service with its increases to the administration without opposite .

Necessarily he should complete the work by himself , and he shouldn't quitclaim of the contract or part of it to another one without the administration agreement .

The contractor will take important rights some of them is the taxes , the right in the financial balance of the contract and his right in compensation .

The administration from its side will obligate much of obligations like another contractor in any administrative or civil contract and it have wide authorities , like supervision the contract's execution , changing items of the contract to be responsible with the scientific & technological developments .

The administration is posses very important and dangerous authority which is imposing punishment on his contractor if he mistake or delayed (neglect) in his obligation executions .

In the third chapter we study the foreign from the contract , in beginning defined him, and observed that the foreign obligate much of obligations , and gets a number of rights , and he can demands the administration or the contractor by giving to him , if refuse (one of them) giving the rights to the foreign , he can go to administrative judge .

تمهيد : التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

يعد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية امتداداً طبيعياً لعقد التزام المرافق العامة ، كما وان المتنبع لنشأة هذا العقد يلاحظ انه يملك جذور تاريخية يرجعها بعض الدارسون الى القرن الثامن عشر عندما منحت الادارة في فرنسا التزام مرفق تصفية ونقل الماء الصالح للشرب للمناطق السكنية ، ويرجعه اخرون الى عقد حفر قناة السويس حيث كانت أعمال الحفر هي أساس العقد اما الادارة (التشغيل) فقد كان التزام تابع للحفر ، فيما شاع في عقد الثمانينيات من القرن المنصرم تسميته الحالية أي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وبالأخص عام 1984 عندما صرح بهذه التسمية رئيس الوزراء التركي الساق (توركوت اوزال) ومنذ ذلك الوقت شاعت تسميته هذه ، واصطلاح البوت B.O.T هو اختصار لكلمات إنكليزية ثلاث هي (Build) وتعني بناء او تشييد و (Operate) وتعني تشغيل او استغلال ، و (Transfer) وتعني تحويل او تسلم او نقل ملكية (1) ، وفي إطار هذا التمهيد سنسعى الى بيان تعريف هذا العقد وتحديد أطرافه وأخيراً نخرج على تكييفه القانوني .

أولاً // تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية :

الاتجاه الفقهي الأول :- عرّفوا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه عقد ، يبرم بين الادارة والملتزم (شخص طبيعي او معنوي سواء من مواطني الدولة ام شخصاً أجنبياً) يتعهد من خلاله الملزم بناءً على مسؤوليته وبالأستعانة بامواله الخاصة وعماله ومستخدميه ببناء وتشبيد مرفق عام ثم القيام بكل ما يلزم لتشغيل هذا المرفق وأدارته ، خلال مدة العقد المتفق عليها بين الطرفين مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق ، ويخضع المرفق في هذا العقد الى ما تم الاتفاق عليه بالاضافة الى القواعد العامة الضابطة لسير المرافق العامة والمتعارف عليها كقواعد عامة في إطار القانون الاداري ، وفي نهاية العقد يلتزم المتعاقد بتسليم المرفق ونقل ملكية ما أحدثه من زيادات للادارة دون مقابل وبحالة جيدة بحيث يكون المرفق قابلاً للاستمرار بالعمل (2)

(1) ينظر في ذلك المحامي مورييس نخله وآخرون : القاموس القانوني الثلاثي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 ، ص370 ، وما بعدها ، ص455 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص3 ، وكذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص88 ، والدكتورة عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية ، بحث منشور في مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية الأبعاد القانونية ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، الجزء الأول ، 2005 ، ص277 .

الاتجاه الفقهي الثاني :- عرّفوا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه مشروع ، تعهد من خلاله الادارة المتعاقدة إلى شخص (طبيعي او معنوي سواء كان من مواطني الدولة ام شخصاً أجنبياً) والذي يؤسس بعد أبرام العقد معه شركة تعرف بشركة المشروع مهمتها القيام بتنفيذ العقد بدءاً بإنشاء وتشبيد المرفق ثم تشغيله وأدارته خلال مدة العقد المتفق عليها واستغلال المرفق تجارياً وذلك من خلال اقتضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق كمقابل للخدمات التي يتلقونها من المرفق ، وفي نهاية مدة العقد يلتزم المتعاقد باعادة المرفق للادارة ونقل ملكية الزيادات التي أوجدها بلا مقابل للادارة شرط ان تكون كل مقومات المرفق بحالة جيدة وقابلة للاستمرار بالعمل (1)

الاتجاه الفقهي الثالث :- عرّفوا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه أسلوب ، من أساليب تمويل المشاريع العامة والمهمة المتعلقة بالبنى التحتية للمجتمع حيث يلتزم المتعاقد مع الادارة (سواء كان شخصاً طبيعياً ام معنوياً ،) بتمويل المشروع على ان تبقى ملكية الادارة للمرفق قائمة وتنحصر مهمة المتعاقد بالقيام بأعمال التصميم والبناء والتشييد وادارة المشروع وبعد الانتهاء من البناء والتشييد والتجهيز يقوم المتعاقد مع الادارة بادارة المشروع لمدة محددة – يتفق عليها الطرفان – يلتزم خلالها المتعاقد مقابل التصريح له باستيفاء مبالغ من المال على شكل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق ، وهذه الرسوم تغطي ما أنفقه الملزم من نفقات

وتحقيق أرباح لتوزيعها على مجموعة المساهمين ان كانوا شركة ثم في نهاية مدة العقد يلتزم المتعاقد بتسليم المرفق بحاله جيدة للإدارة ودون مقابل.⁽²⁾

ونجد ان بعض الفقه المصري يؤكد على حقيقة مفادها ان اصطلاح البوت B.O.T ليس مصطلحا قانونيا وانما هو مصطلح متعارف عليه من جمع الأحرف الأولى للكلمات ———

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 38 ، وكذلك الدكتور نعيم مغيب : عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001 ، ص 486 ، وينظر كذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 283 ، وكذلك الدكتور بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص 62 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية وعقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 356 ، وكذلك الدكتور مهند مختار نوح : الايجاب والقبول في العقد الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، ص 828 ، وينظر كذلك الدكتور ياسر الصرفي : النظام القانوني لعقد B.O.T ، بحث منشور في مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية ، الأبعاد القانونية ، مصدر سابق ، ص 305-306 ، وكذلك ينظر الدكتور محي الدين القيسي : التجربة اللبنانية في عقود B.O.T (البناء والتشغيل والتحويل) بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص 109 .

الإنكليزية (Build Operate Transfer) وقد افرزه الواقع العملي ثم تطورت أساليب الاستثمار بموجبه وتطورت نظم تمويل المشاريع المدارة بواسطته وكان من الطبيعي نتيجة لذلك ان يغلب على تعريف رجال الفقه القانوني لهذا المصطلح الطابع الوصفي الساعي الى ابراز السمات والخصائص الجوهرية التي يتمتع بها هذا النظام القانوني والتي تميزه عن غيره من الأوضاع القانونية الأخرى لهذا يمكن تعريفه بأنه عقد يبرم بين الإدارة وأحد الأشخاص الذي في الغالب يكون شركة (او تؤسس شركة بعد إبرامه للقيام بالالتزامات العقدية تدعى شركة المشروع) ، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بناء المرفق على نفقته ومسؤوليته الخاصة ثم يقوم بالتشغيل وإدارة المرفق خلال مدة العقد مقابل السماح له باستحصال عائدات الاستغلال التجاري للمرفق — رسوم تؤخذ من المنتفعين — وفي نهاية مدة العقد يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتسليم المرفق لها ونقل ملكية ما أحدثته من زيادات بلا مقابل وبحالة جيدة تسمح للمرفق بالاستمرار بالعمل.⁽¹⁾

وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الانسترا UNCITRAL) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (بانها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمدة من الزمن احد الاتحادات المالية امتياز وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناء وتشغيل وإدارة المشروع لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة).⁽²⁾

ومن جهتها عرفت منظمة اليونيدو التابعة للأمم المتحدة (UNIDO) منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بانه (هو اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى احد أشخاص القطاع الخاص انشاء احد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام باعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق ، ويقوم المتعاقد بإدارة وتشغيل المرفق خلال مدة زمنية محددة ، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق ، واية رسوم أخرى بشرط ان لا تزيد عما هو مقترح في العطاء ، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين المتعاقد من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة الى عائد مناسب على استثمار أمواله ، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم المتعاقد باعادة المرفق الى الحكومة ، او الى شخصية خاصة

(1) وهو التعريف الذي نفضله لانه يعطي صورة واضحة عن هذا النمط الحديث من عقود التزام المرافق العامة وهو مستقى من تعريف الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 17 – 18 .

(2) أشار اليه الدكتور مازن ليلو راضي : التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثامن ، العدد (13) ، 2005 ، ص 151 .

جديدة ، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة .⁽¹⁾

أما عن أشكال عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فهي متنوعة ونعرض لاهمها فيما يأتي :

أ- عقد البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية :-

(Build , Ownership , Operate and Transfer) B.O.O.T

حيث يرى جانب كبير من الفقه ان المتعاقد مع الادارة في هذه الصورة من صور عقد البوت يقوم أولاً ببناء المشروع ثم تملك أصول المشروع ثم يقوم باعمال الادارة والتشغيل وعند انقضاء مدة العقد تنتقل ملكية المرفق للادارة بلا مقابل وبحالة جيدة.⁽²⁾

لكن هناك من يرى ان هذا النوع يقوم على التشييد ثم تملك أصول المشروع قبل البدء بعملية التشغيل وذلك لكي يحصل على قروض من المؤسسات المالية المقرضة بضمانة هذه الأصول التي يملكها وأيدوا رأيهم بالاستناد الى المادة (1038) من القانون المدني المصري التي تبيح لمالك المباني المقامة على ارض الغير رهنها ، فان بدأت مرحلة التشغيل والادارة تندمج أصول المشروع بالمرفق وتصبح جزءاً لا يتجزأ منه ولا يستطيع عندها الملتزم التصرف بها لان ملكية المرفق ثابتة للادارة⁽³⁾ ، ونؤيد الرأي الثاني لانه يعطي لكلمة (ownership) معنى حقيقياً وليس كما فعل أصحاب الرأي الأول لان ملكية المرفق للادارة لا تستطيع التنازل عنها بحال من الأحوال فتستطيع الادارة تأجير المرفق او التعاقد بشأنه مع أشخاص القانون الخاص لكنها لا تستطيع ان تنتازل عن ملكية المرافق العامة .

ب - عقد البناء والتسليم والتشغيل :-

(Build , Transfer and Operate) B.T.O

وفي هذا النمط من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تقوم شركة المشروع ببناء

(1) يقع دليل اليونيدو (UNIDO) والصادر عام 1995 باللغة الانكليزية وهو منشور على موقعها الالكتروني ، وقد لاحظت المنظمة الأهمية المتزايدة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لذا أصدرت دليلها وهو عبارة عن ارشادات لكيفية الاستفادة من هذا النمط من العقود وبالخصوص للدول النامية حيث بينت كيفية خوض المفاوضات العقدية و ابرام مثل هذا العقد ، ولمزيد من التفاصيل ينظر هذا الدليل على موقع المنظمة على شبكة الانترنت <http://www.unido.org> ولمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 17 - 18 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 128 ، وكذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص 63 - 64 ، وينظر الدكتور عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص 279 - 280 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص 43 .

المرفق على نفقتها الخاصة وعند الانتهاء من البناء تسلمه للادارة المتعاقدة مقابل أبرام عقد جديد ينطوي على تشغيل المرفق لمدة معينة تسمح للشركة باسترداد نفقاتها وتحقيق الارباح التي تصبو اليها ولهذا النمط من عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية اهمية كبيرة لفوائده الجمة وعدم سماحه لتغلغل نفوذ الشركات الأجنبية في الاقتصاد الوطني وهو يستعمل عادة لبناء الفنادق السياحية الضخمة وغيرها من المشاريع السياحية والخدمية.⁽¹⁾

ج - عقد التحديث والتشغيل والتمليك ونقل الملكية :-

(Modernize , Ownership , Operate and Transfer) M.O.O.T

في هذه الصورة من صور عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يكون موضوع العقد مرفقاً قائماً فعلاً فينصب عمل شركة المشروع على تطوير هذا المرفق وادخال الأساليب التكنولوجية الحديثة في ادارته وثم بعد ذلك تملك المحدثات او الزيادات التي اقامتها طوال مدة العقد ثم تشغل المرفق وأخيراً تلتزم بنقل ملكية الزيادات وتسليم المرفق للادارة المتعاقدة من دون مقابل شرط ان يكون المرفق بحالة جيدة عند التسليم وتسترد ما أنفقت من نفقات من الرسوم التي تنقضاها من المنتفعين طوال مدة العقد.⁽²⁾

ثانياً // أطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية :

1- الجهة الادارية :- الطرف الأول في العقد هو شخص من أشخاص القانون العام فان لم يكن من أشخاص القانون العام يكون العقد عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني ، والملاحظ في هذا الصدد ان الادارة تقوم بدورين في علاقتها مع المتعاقد معها فهي تمارس أعمال بوصفها سلطة عامة من جهة ومن جهة أخرى تمارس أعمالاً أخرى بوصفها شريكاً اعتيادي في العقد فتتصرف في اطار المساواة القانونية المعروفة في القانون الخاص وتعمل

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 48
(2) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية : دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 78 ، والدكتور مازن ليلو راضي : التطور الحديث لعقد الالتزام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 153 ، وهناك صور أخرى لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تمثل تطبيقات مختلفة منها :

- عقد البناء والتمويل والتحويل B.F.T (Build , Finance and Transfer) .
- عقد التصميم والبناء والتحويل والتشغيل D.B.F.O (Design , Build , Finance and Operate) .
- وعقد التأجير والتدريب والتحويل L.T.T (Lease , Training and Transfer) .
- وعقد الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.R.O.T (Lease, Renwal, Operate , Transfer) .
- وعقد البناء والتملك والتشغيل B.O.O (Build , Ownership , Operate) .

ولمزيد من التفاصيل عن هذه الصور ينظر الدكتور محمد المتولي : الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 57 ، وكذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 21 - 23 وكذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 104 - 108 .
في اطار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وعندما تتصرف بوصفها سلطة عامة فان قواعد القانون العام تمنحها امتيازات غير معروفة في اطار القانون المدني.⁽¹⁾

عموما دستور البلد او القانون هو الذي يحدد الأشخاص المعنوية العامة التي يمكنها ابرام العقود الادارية والتمتع بامتيازات القانون العام ، ومن الملاحظ في اطار العقود الادارية ان الادارة قد لا تظهر مباشرة في العقد ومع ذلك يعد العقد ادارياً اذا ما ابرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وكان احدهما يعمل باسم الادارة ولمصلحتها ، كما يفعل البعض في أوقات الازمات عندما يتولى مهمة توزيع السلع والخدمات على المواطنين نيابة عن الدولة.⁽²⁾
ويعد هذا الشخص في تصرفاته وكياً عن الادارة لأنه يعمل باسمها ولحسابها ونيابته عنها قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه ، لكن رغم استقرار أحكام القضاء في فرنسا ومصر على إمكانية إبرام العقد الإداري بواسطة شخص يعمل باسم ولحساب الادارة الا إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبالنظر للتعقيد في اتفاقيات هذا العقد لا يمكن ابرامه الا من قبل الادارة نفسها.⁽³⁾

ولعل تساؤلاً يمكن أن يطرح هو هل يمكن إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بين أشخاص القانون الخاص بحيث لا يكون احد طرفيه شخصاً إدارياً ؟

يجيب عن ذلك بعض الفقه بالإيجاب ويقولون لا يوجد مانع قانوني يمنع ذلك كما لو لجأ احد النوادي او الجمعيات او حتى شركة خاصة لإبرام عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية مع شركة خاصة أخرى للاستفادة من مزايا هذا النوع من العقود، لكن هذا العقد بحسب الرأي الراجح يكون عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني لان احد أطرافه لم يكن شخصاً من أشخاص القانون العام وبالتالي تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.⁽⁴⁾

2- صاحب حق الامتياز (شركة المشروع) : الطرف الثاني من أطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص ، وفي هذا النمط من

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1975 ، ص 775 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، دار الثقافة ، عمان ، 1998 ، ص 33 ، وكذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، جامعة الموصل ، 1992 ، ص 26 - 27 .

- (3) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي : التطور الحديث لعقد الالتزام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 158 وينظر كذلك القانون رقم (3) لسنة 1997 المصري الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول الذي حصر امكانية ابرام العقد بمجلس الوزراء فقط .
- (4) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 42 .

العقود الادارية وبالنظر لتعدد التزامات المتعاقد وما تحتاج اليه من أموال وعاملين نجد ان المتعاقد غالبا ما يكون شركة وان كان شخصاً طبيعياً فإنه يسعى الى تأسيس شركة تسمى شركة المشروع وهي التي تعد طرفا في العقد وتنفذ جميع الالتزامات الملقاة على كاهل المتعاقد مع الادارة وهي التي تحصل على امتيازات العقد المالية ثم توزع على المساهمين بحسب ما ينص عليه عقد الشركة وبحسب اختلاف نوع الشركة.⁽¹⁾

كما ان المتعاقد مع الادارة قد يكون عبارة عن اتحاد مالي لمجموعة من الشركاء التجاريين او ما يعرف باسم الكونسورتيوم (CONSORTIUM) والذي يعرف بأنه ((عبارة عن اتفاق يبرم بين مجموعة من الأشخاص الطبيعية او المعنوية (محلية او أجنبية) يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين لمدة محددة ، من اجل تحقيق الربح ، دون ان تنشأ عن هذا الاتفاق كيان ذاتي او شخصية قانونية مستقلة فبموجب هذا الاتفاق يتم تجميع الشركاء في كيان غير مستقل عن مكوناته الذين يحتفظون بشخصيتهم المستقلة ، حيث يتم إنشاء الكونسورتيوم بموجب اتفاق متعدد الأطراف لتوفير الأموال والتكنولوجيا ثم يقوم كل جانب بتنفيذ الجزء الذي يقع عليه من العمل))⁽²⁾.

إذن نفهم من تعريف الكونسورتيوم انه مجرد اتفاق بين مجموعة من رجال الأعمال او الشركات للتقدم بعبء واحد والدخول في منافسة للفوز بمشروع في إحدى الدول ولا يتشكل عنه شركة او شخصية مستقلة بل يحتفظ كل طرف بشخصيته وبذمته المالية مستقلا عن الآخرين وكل ما ينتج عنه هو اتفاق التعاون بحيث لو قُبل عطاؤهم سيتقاسمون اداء العمل ونقل التكنولوجيا اللازمة للمشروع ويتقاسمون تمويل المشروع ، وفي النهاية هم يتقاسمون أرباح المشروع بعد سد جانب النفقات .

وأسباب اللجوء إلى تشكيل كونسورتيوم متعددة ، منها اتفاق الأطراف على تقديم عطاء مشترك بالنظر لضخامة المشروع المزمع التعاقد بشأنه ، او تكون الغاية منه تنفيذ مشروع معين عندما ترسو المناقصة على عطاء شخص معين فيسعى إلى تشكيل كونسورتيوم مع شركاء آخرين لتنفيذ المشروع موضوع العقد دون التقيد بقواعد القانون الخاصة بالشركات وإنما يتقيد أطراف الكونسورتيوم ببنود الاتفاق المبرم بينهم فقط فهم لا يسعون إلى تشكيل شركة لها صفة الدوام بل هم يسعون إلى تأسيس نوع من الشراكة في العمل فيما بينهم وتحكم شراكتهم بنصوص اتفاقهم فقط.⁽³⁾

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محي الدين القيسي : التجربة اللبنانية في عقود البوت ، مصدر سابق ، ص 111 ، وكذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 231 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمد محمد بدران : عقد الإنشاءات في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 347 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور محمد محمد بدران : المصدر نفسه ، ص 348 .

والاتحاد المالي (الكونسورتيوم) ليس كالشركات تضم العديد من الاختصاصيين في مجال الهندسة والقانون ،.... الخ ، لذا نجد إن هذا الاتحاد يلجأ الى ابرام عقود مع مهندسين واختصاصيين للاستفادة من خبراتهم في تنفيذ العمل .

كما انهم يستعينون بمستشارين قانونيين لصياغة العقد مع الادارة ، وتنفيذ العقد يحتاج الى راس مال كبير لتمويل عمليات البناء والتجهيز لذا يساهم جميع أطراف الكونسورتيوم بتمويل المشروع او لجوء المساهمين في الكونسورتيوم الى الاقتراض من المؤسسات المالية المختلفة لتوفير السيولة المالية اللازمة للقيام بالعمل موضوع العقد.⁽¹⁾

وسواء كان المتعاقد شركة كبرى ام كونسورتيوم فإنه يكون مسؤولاً عن القيام بكل الأعمال اللازمة من بناء وتجهيز المرفق وتشغيله ، وفي الغالب يستعين المتعاقد مع الادارة بمجموعة من الأشخاص فيبرم معهم عقود من الباطن لأداء جزء او أكثر من أجزاء العمل

كالتعاقد مع مقاولين او موردين ... الخ ، لكن في نهاية الأمر يبقى المتعاقد مع الادارة هو المسؤول عن أنجاز كل الأعمال بما فيها ذلك الجزء الذي تعاقد بشأنه من الباطن وكل هذه التعاقدات سواء كانت بين المساهمين أنفسهم ام بينهم وبين مقاولين من الباطن تعمل سوية لانجاز العمل وهو الأمر الذي يعتمد بالدرجة الأساس على نجاح هذه التعاقدات وترابطها وعدم تعارضها مع الغاية من العقد فكل عقد منها سيؤدي دورا في أنجاز العمل⁽²⁾

3- الطرف الثالث هم المنتفعون بخدمات المرفق :- وهم من يتعين على طرفي العقد معرفتهم والوقوف على احتياجاتهم ومدى تناسب خدمات المرفق مع احتياجاتهم وتناسب الرسوم مع قدراتهم المالية وتمتد اليهم آثار العقد فترتب لهم حقوقا معينة وتلزمهم بجملة من الالتزامات سيكون موضع دراستها الفصل الثالث من هذه الرسالة .

ثالثا // الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية : دار خلاف فقهي واسع فيما يخص التكيف القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وهل هو عقد اداري ام انه عقد مدني ام غير ذلك ، واختلف آراء الفقهاء في ذلك فمنهم من رجح كفة مدنية هذا العقد ومنهم من اتجه الى إعطاء طبيعة تنظيمية وأخيرا الرأي المعول عليه كثيرا اليوم وهو الرأي الذي أسبغ الطبيعة الادارية على هذا العقد وسنتعرض لهذه الآراء تباعا كما يأتي :

1/ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقدا من عقود القانون الخاص

ذهب رأي فقهي الى ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شأنه شأن أي عقد استثمار يخضع لاحكام القانون الخاص ويختص بنظر المنازعات الناشئة عنه القاضي المدني

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 43 وكذلك الدكتور محمد علي جواد : العقود الدولية : دار الثقافة ، عمان ، 1997 ، ص 10 – 13 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 129 ، وكذلك الدكتور مازن ليلو راضي : التطور الحديث لعقد الالتزام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 159 .

وعرضوا لحجج تؤيد رأيهم حيث يقول أصحاب هذا الاتجاه ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخضع لاحكام القانون الخاص وتحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ويسوده مبدأ سلطان الارادة ما يعني ان أرادة الطرفين المتعاقدين واضحة في هذا العقد حيث ترتيب الالتزامات والحقوق المتبادلة بحيث يحرص الطرفين على جعلها متوازنة الى حد ما ولا تملك الادارة سلطات استثنائية واسعة بل ان الادارة تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها⁽¹⁾ .

كما إن تحول الدولة نحو نظام الاقتصاد الحر بما ينتهجه هذا النظام من اتاحة الفرصة أمام القطاع الخاص لاستثمار أمواله الخاصة بقطاعات مختلفة ، فينبغي على الدولة ان تتعامل مع المستثمرين كفرد عادي لأنها لو ظهرت بمظهر السلطة العامة وتمسكت بسلطاتها المعروفة في نطاق القانون العام هذا الأمر بالتأكيد سيسبب عزوف الأفراد وبالأخص الأجانب عن التعامل معها⁽²⁾ .

كما ان الادارة لا تستطيع فرض أرادتها على المتعاقدين معها لان متطلبات التجارة الدولية تفرض عليها ان تنزل في العقد شأنها شأن الأفراد ، وذلك لكي تحافظ على علاقات تجارية مع الخارج فلو تمسكت الادارة بمبدأ السيادة على الاقتصاد الوطني فانها تهدم علاقاتها التجارية مع الخارج وقد يبلغ الأمر حد الصدام مع دول أجنبية يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها عندما يطلب من دولته حمايته وحماية أمواله⁽³⁾ .

وقد قال بعض الفقه ان هذا العقد يمكن ان يعد اداريا في فرنسا ولكنه عقد مدني في مصر لاختلاف المعيار المميز للعقد الاداري في فرنسا عنه في مصر ، فالقضاء الاداري المصري يشترط توافر المعايير الثلاثة المعروفة في أطار العقد الاداري وهي كون الادارة طرفا في العقد واتصاله بمرفق عام وتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في العقد المدني وبما ان هذا العقد لا يتضمن شروطا استثنائية فهو عقد مدني في مصر اما القضاء الاداري الفرنسي فيكتفي بمعيار كون الادارة طرفا في العقد فان كان احد طرفي العقد شخص معنوي عام يسبغ القضاء الاداري الفرنسي صفة الادارية على العقد⁽⁴⁾ .

لكن هذه الحجج رد عليها الفقه ولم يقبل بالأخذ بها ونجمل الرد عليها فيما يأتي :

ليس من الصحيح الربط بين الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الإداري بمبدأ سيادة الدولة بحيث ان الإدارة لو لم تتنازل عن امتيازاتها ستعارض عقودها مع متطلبات التجارة الدولية

(1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 80 – 81 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 384 ، وكذلك ينظر غسان عبيد محمد : عقد الاستثمار الأجنبي للعقار : رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2006 ، ص 58

(3) ينظر في ذلك الدكتور ياسر الصرفي : النظام القانوني لعقد B.O.T ، مصدر سابق ، ص 317 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T مصدر سابق ، ص 51 .
التي تقتضي تنازل الدولة عن سيادتها التامة على الاقتصاد الوطني وتسمح للأجانب باستثمار أموالهم وان يتعاقدوا معها وفقاً لأحكام القانون المدني ، هذا الكلام لا يتفق مع طبيعة العقود الإدارية لأنها تتضمن جملة من الامتيازات ممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها الغاية منها ضمان سير العمل في المرفق العام بانتظام واطراد ، كما القول ان متطلبات التجارة الدولية تتطلب نزول الإدارة عن سلطاتها المقررة لها في إطار القانون العام قول يتجاهل اختلاف التوازن بين الدول الغنية صاحبة رؤوس الأموال والدول الفقيرة التي تحاول اجتذاب رؤوس الأموال وان أعمال قواعد القانون المدني وبالأخص قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) من شأنها ان تؤدي الى بسط سيطرة الدول القوية على الدول الفقيرة (1) ، وهو الأمر الذي يبرر بقاء الدولة (الإدارة) تتمتع بامتيازات القانون العام دون ان يتعارض ذلك مع متطلبات التجارة الدولية وذلك لسبب بسيط هو تعلق العقد بمرفق عام وليس مرد هذه السلطات هو سيادة الدولة بل هو ضرورة استمرار سير العمل في المرفق بانتظام واطراد .

كما ان القول بانه هذا العقد مدني وتحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإدارة هو قول يتعارض مع موضوع هذا العقد لان موضوع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو انشاء وإدارة مرفق عام والإدارة عندما تتعاقد مع القطاع الخاص لإدارة مرفق عام هذا لا يعني تنازلها عن المرفق بل يبقى المرفق تحت رقابتها طوال مدة العقد ويخضع الملزم لمراقبتها وإشرافها وبإمكانها تعديل بنود العقد لضمان سير المرفق بانتظام ولكي يتلائم سير المرفق مع الظروف المستجدة وهذه السلطات مقررة لمصلحة الإدارة وهي من النظام العام وليس للإدارة التنازل عنها وان أي شرط في العقد مقتضاه تنازل الإدارة عن هذه السلطات يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً (2) .

اما عن الرأي الذي يقول بإدارية هذا العقد في فرنسا ومدنيته في مصر فيمكن الرد عليه بان هذا العقد هو صورة من صور عقد التزام المرافق العامة وبالرجوع الى عقد الالتزام نجد بانه عقد اداري بطبيعته لاحتوائه على العناصر المميزة للعقد الإداري فموضوع العقد هو إدارة مرفق عام والجهة الإدارية هي احد طرفي العقد والعقد يتضمن شروطاً استثنائية مستقاة من القواعد العامة في القانون الإداري (3) ، وسنعرض من خلال هذه الدراسة لهذه الشروط الاستثنائية من خلال فصول هذه الدراسة الثلاث .

2 / عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو تنظيم

يرى جانب من الفقه ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كعقد يتمتع بطبيعة تنظيمية

(1) ينظر في ذلك الدكتور ياسر الصرفي : النظام القانوني لعقد B.O.T ، مصدر سابق ، ص 318 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الإداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، 1977 ، ص 65 -67 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T مصدر سابق ، ص 52 .
لا اتفاقية او بعبارة أخرى هو تنظيم لمجموعة من الاتفاقيات والعقود المتشابهة والمتعددة الأطراف والتي تسعى الى تحقيق غاية معينة هي بناء المرفق ثم إدارته ، ولذا يسعى المتعاقد مع الإدارة بعد ابرام عقد الالتزام الذي بموجبه تكلفه الإدارة ببناء مرفق وإدارته الى ابرام مجموعة من التعاقدات لتسهيل تنفيذ مهمته ولكل عقد من هذه العقود يكون المتعاقد مع الإدارة طرفاً فيه والطرف الآخر هو شركة او شخص آخر ولكل عقد ظروف خاصة به تؤثر فيه ، وللتوصل للطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يجب علينا تكييف كل عقد من هذه العقود

على حدة ، ولا يمكن وضع تكييف قانوني واحد لكل العقود او لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ككل وبالتالي من الممكن ان تكون هذه العقود مدنية او ادارية بحسب توافر معايير العقود الادارية فيها من عدم توافرها (1) .

ويرى مؤيدي هذا الرأي ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أصبح مفهوما جديدا في ميدان الدراسات القانونية وذلك لاعتماده على القطاع الخاص في تمويل المشروع وتحمل مخاطره التجارية وعلى الرغم من ان بعض جذوره تمتد لتصل الى عقد الالتزام في القانون الاداري الا ان الفوارق تقوم بينهما من حيث ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أثار مواضع جديدة لابد من تدخل المشرع لتنظيمها او تقوم الادارة بتنظيمها بالاتفاق مع المتعاقد معها ، ومن أمثلة هذه المواضع ما يأتي :

ملكية الأرض التي سيقوم عليها المشروع ، مدى جواز تحويل الأموال الى الخارج ، كيفية إعادة المشروع للدولة ، الرسوم التي يستحقها المتعاقد مع الادارة (2) .

كما وعضد بعض الفقه المصري هذا الرأي ببعض الحجج ونعرض لها كما يأتي :

- 1- إن هذا النمط من التعاقدات يتفق مع العقود الادارية في ان موضوعه هو ادارة مرفق عام الا انه يختلف عن العقد الاداري في ان الادارة لا تظهر بمظهر السلطة العامة أي ان العقد يخلو من الشروط الاستثنائية المقررة لمصلحة الادارة .
 - 2- عدم وجود تشريع يتناول هذا العقد بكل جزيئاته وان ما صدر في مصر يعالج جوانب معينة تتعلق في الغالب بنوعية المشروعات التي يمكن ان تبرم من اجل تنفيذها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية دون ان تتناول العقد بشكل مفصل .
 - 3- كما ان القانون المدني لم ينظم مثل هذا العقد ولم يشر له باية إشارة لا من قريب ولا من بعيد مما يعني خروج مثل هذا العقد عن نطاق القانون المدني (3) .
- ومن الثابت ان هذا الرأي ليس محل أجماع الفقه بل هو رأي منتقد لانه ينكر الطبيعة العقدية (الاتفاقية) لهذا العقد ويرده الى الطبيعة التنظيمية بحجة ان هناك جملة من

(1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 82 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : المصدر نفسه ، ص 83 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 386 .

التعاقدات تبرم في اطاره ، ويمكن القول صحيح ان هذه التعاقدات مرتبطة بالعقد الرئيسي لكنها أبرمت بعد إبرامه لتسهيل تنفيذ العقد الرئيسي فعندما نبحث التكييف القانوني نبحث عن تكييف العقد الرئيسي المبرم بين الادارة وشركة المشروع دون الالتفات الى الاتفاقيات والعقود التي ستبرمها فيما بعد شركة المشروع مع شركات وأفراد لتنفيذ أجزاء من العمل فهذه العقود حسب الرأي الراجح هي عقود مدنية لان طرفيها هم من أشخاص القانون الخاص (المتعاقد مع الادارة كطرف أول ، ومقابل ثانوي او شركة مقاولات كطرف ثاني) مع التأكيد على مسؤولية شركة المشروع عن تنفيذ العقد بأكمله وحتى ذلك الجزء الذي تم التعاقد بشأنه من الباطن تبقى شركة المشروع هي المسؤولة عن حسن تنفيذه أمام الادارة فمسؤولية المتعاقد مع الادارة - شركة المشروع - مسؤولية شخصية تجاه الادارة عن تنفيذ كل العقد (1) ، لذا هذا الرأي بعيد كل البعد عن اعطاء أساس قانوني واقعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لانه يأخذ بنظر الاعتبار كل التعاقدات في حين ما يهمننا هو العقد الرئيسي العقد المبرم بين الادارة والملتزم او شركة المشروع اما عن ملكية ارض المشروع وغيرها من المسائل التي أثارها أصحاب هذا الاتجاه فيمكن الرد عليها بان ملكية الأرض تبقى للادارة ولا يتملك المتعاقد معها الأرض وانما هو يملك الزيادات لذا التزامه الأخير هو التزام بالتسليم (تسليم المرفق) ونقل ملكية المحدثات (2) وفيما يتعلق بحرية تحويل الأموال للخارج فان قوانين الاستثمار الحديثة حلت هذه المسألة بالنص على حرية المتعاقد مع الادارة (الأجنبي) بإخراج راس المال الذي استثمره مع عوائده التي تحققت (3)

3/ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقد أداري : وهو الرأي الراجح والذي يؤيده أحكام القضاء الاداري ونصوص القانون ، فبالرجوع الى تعريف عقد الالتزام نجد المشرع العراقي يعرفه في القانون المدني بأنه ((التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة

محددة من الزمن بمقتضى القانون ((⁽⁴⁾) ، ويعرف الفقه اللبناني الالتزام بأنه عقد اداري يعهد بموجبه شخص عام ويسمى مانح الالتزام الى شخص من أشخاص القانون الخاص ويسمى بالملتزم بمهمة ادارة مرفق عام واستغلاله خلال مدة محدودة وتحت مسؤوليته الكاملة مقابل الحصول على رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق ،⁽⁵⁾ ويمكن

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص50 ، وكذلك الدكتور مازن ليلو راضي : التطور الحديث لعقود الالتزام B.O.T ، مصدر سابق ، ص155.
(2) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة، مصدر سابق ، ص287.
(3) ينظر في ذلك المادة (11) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006.
(4) ينظر في ذلك المادة (1/891) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
(5) ينظر في ذلك الدكتور فوزت فرحات : القانون الاداري ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2004، ص229.
تعريف عقد الالتزام بانه عقد اداري يتولى فيه الملتزم – فرد او شركة – وعلى مسؤوليته ادارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق ، مع التأكيد على خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً على الشروط التي تضمنها الادارة في العقد بالاتفاق مع المتعاقد ⁽¹⁾ ، وبمقارنة تعريف عقد الالتزام مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتبين لنا بان العقد الأخير هو تطور لعقد الالتزام ، لذا يعرف بعض الفقه المصري عقد الالتزام بأنه ((عقد بين الادارة وفرد او شركة على أن يتولى المتعاقد مع الادارة وفقاً للشروط التي وضعتها الادارة إنشاء وإدارة مرفق عام اقتصادي ثم يقوم بتشغيله واستغلاله لمدة محددة وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وباستخدام عماله ومقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق وان الصورة الشائعة لعقد الالتزام في الدول المعاصرة اليوم هو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T)) ⁽²⁾.

وهو الاتجاه ذاته الذي تبناه بعض الفقه اللبناني فعرفوه بانه عقد التزام مرفق عام وطني لمدة محددة يمنح وفقاً لأحكام الدستور اللبناني والذي نص على انه ((لا يجوز منح أي التزام او امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية او مصلحة ذات منفعة عامة او أي احتكار الا بموجب قانون والى زمن محدود)) ⁽³⁾ ، وان تسميته بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا تؤثر على طبيعته الادارية ولا على اعتباره من صور عقد الالتزام ⁽⁴⁾.

في حين يقول البعض في لبنان انه في الوقت الحاضر شاع استخدام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في كثير من دول العالم واستخدمته الحكومات لتنفيذ المشاريع الحيوية والمهمة المتصلة بالبنى الأساسية للمجتمع ولقد اعتقد بعض الفقه ان هذا النوع من العقود هو فئة جديدة غير ان تسمية البوت (B.O.T) هي التسمية الانكليزية لعقد الالتزام فهو عقد الالتزام لا أكثر ⁽⁵⁾ ، وهناك من الفقه الاداري من كيف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بانه عقد التزام أشغال عامة ، وعقد التزام الأشغال العامة يعرفه الفقه الفرنسي بانه (صورة من صور عقد الالتزام او هو اتفاق يكلف به احد أشخاص القانون العام شخصاً

(1) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، الطبعة الرابعة ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1984 ، ص96 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص528 .

(3) ينظر في ذلك المادة (89) من دستور لبنان لعام 1926 المعدل .

(4) ينظر في ذلك الدكتور محي الدين القيسي : التجربة اللبنانية في عقود ال-B.O.T ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثاني ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2003 ، ص248 .

(5) ينظر في ذلك الدكتورة هيام مروة : القانون الاداري الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2003 ، ص103 ، وينظر في الاتجاه ذاته الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود الالتزام B.O.T ، مصدر سابق ، ص101 .

آخر لتنفيذ احد الأشغال العامة واستغلال ناتج العمل الذي تم انجازه مقابل مكافأة يتم تحصيلها من العوائد المالية للاستغلال ⁽¹⁾.

وان جانباً من الفقه المصري ذهب الى القول ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتطابق مع عقد التزام الأشغال العامة لان الادارة تعهد الى الملتزم - شركة المشروع - ببناء المرفق ثم يقوم بعملية تجهيز المرفق ثم تشغيله وتقاضي الرسوم من المنتفعين مقابل الخدمات التي يقدمها المرفق لهم ثم يلتزم في نهاية مدة العقد باعادة المرفق للادارة بحالة جيدة. (2)

أما عن موقف القضاء الإداري فنجد إن مجلس شورى الدولة اللبناني أصدر قراراً في نزاع نشأ بين الدولة اللبنانية وشركتي (سيليس ولييان سل) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المبرم بينهما حيث قرر مجلس شورى الدولة إبطال البند التحكيمي الوارد في العقدين الموقعين بين الدولة اللبنانية (وزارة المواصلات) وهاتين الشركتين اللتين منحتا امتياز الهاتف النقال ، وورد في الحكم ((إن منع التحكيم في العقود الإدارية هو مبدأ يتعلق بالنظام العام ، وان التحكيم يفرض في ذاته تنازلاً مسبقاً من الإدارة عن بعض حقوقها ومنها اختصاص القضاء الوطني ، مما يعتبر مساساً بالسيادة ، كما ان اختصاص القضاء الإداري هو مبدأ ذو قيمة دستورية وفق أحكام المادة (20) من الدستور اللبناني ولا يقابل ذلك بان الدولة لا يجوز لها التكر لتعهداتها لان الأمر يتعلق بالسيادة كذلك ان الاختصاص يعود للمحاكم اللبنانية دون سواها عملاً بالمادة (77) من قانون أصول المحاكمات وبالتالي لا إمكانية للتحكيم ولا لأي حكم من محكمة أجنبية)) (3).

وهذا الحكم يدل دلالة قاطعة على إدارية هذا العقد في لبنان لان مجلس شورى الدولة اللبناني رفض صراحة البند التحكيمي الوارد في العقدين الموقعين بين وزارة المواصلات وهاتين الشركتين وهذا دليل على إدارية العقد لان البند التحكيمي ربما يعني اقتراب العقد من عقود القانون الخاص ، أو قبول الحكم الصادر من محكمة أجنبية ذات طابع دولي يعني اقتراب العقد من العقود الخاصة ذات الطابع الدولي (عقود التجارة الدولية التي تحسم منازعاتها باللجوء إلى التحكيم أو مؤسسات قضائية غير وطنية لحل المنازعات) (4).

(1) A.de Laubadere , F. Moderne , P. Delvolve' : Traite' des contrats , Administratifs . tome2 . L.G.D.J . paris . 1984 , p311 .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرفاوي : العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص86 ، وكذلك الدكتور مهند مختار نوح : الايجاب والقبول في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص829 .

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس شورى الدولة اللبناني في (17/تموز/2001) أشار اليه الدكتور نعيم مغيب : عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة ، مصدر سابق ، ص514 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق ، ص23 وما بعدها .

وكذلك الوضع في مصر حيث عرض مشروع عقد بين هيئة كهرباء مصر وإحدى الشركات الأجنبية لإنشاء محطة توليد طاقة كهربائية بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وكان العقد يتضمن شرط تحكيم لحل المنازعات المستقبلية في المادة (18) منه إلا إن مجلس الدولة حاول قدر الامكان التضييق من هذا الشرط واقترح تعديل المادة (18) بحيث يصبح نصها كآلاتي ((تختص محاكم مجلس الدولة بنظر أي نزاع قد ينشأ عن تطبيق العقد ، ويجوز استثناء اللجوء إلى التحكيم في أي نزاع بين الطرفين في أثناء تنفيذه بموافقة الوزير المختص ، وبان تأخذ موافقة الوزير المختص على كل تحكيم قد ينشأ عن أي خلاف في أثناء مدة الالتزام)) وهذا الرأي الذي أيده مجلس الدولة يدل دلالة قاطعة على إدارية هذا العقد لأنه بمجرد عرض العقد على المجلس هو تنفيذ للمادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم

(47) لسنة 1972 ، لان المجلس وفقاً لهذه المادة ينظر في كل عقد يكون احد أطرافه إحدى الوزارات أو المصالح المصرية الملزمة بعرض العقود على المجلس قبل التصديق عليها بشكل نهائي (1) ، وأردفت ادارة الفتوى القول ((...)) وحيث 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 بناءً على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة ، وحيث

انه من المستقر عليه فقها وقضاءً إن عقود امتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية وحيث إن ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية من إن ما تضمنته تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية ، إذ إن مناط اعتبار العقد تجارياً هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال بحسب الغرض الذي تسعى الشركة إلى تحقيقه ويترتب على ذلك آثار هامة مجالها القانون التجاري ، أما العقد الحالي المعروف فهو من العقود الإدارية الخالصة طبقاً لصريح نص القانون ((⁽²⁾).

اما عن موقف التشريع فنجد ان المشرع المصري أصدر قوانين عدة لتنظيم هذا النمط من العقود نعرض لها كالآتي :-

1- في شأن المطارات وأراضي النزول صدر القانون رقم (3) لسنة 1997 الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول حيث نصت مادته الأولى على انه ((مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل

(1) ينظر في ذلك رأي اللجنة الثالثة في قسم الفتوى في مجلس الشورى المصري في (1997/12/24) أشار إليه الدكتور محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص93.

(2) ينظر في ذلك رأي اللجنة الثالثة في قسم الفتوى المشار اليه أعلاه.

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 أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضي النزول ،...، وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

أ- ان يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

ب- ان لا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد)) .

ونصت المادة الثالثة على انه ((لا يجوز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولا سلكية ومنارات ، وما بداخلها من مهمات أو أدوات أو آلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام)) .

ونصت المادة الرابعة من هذا القانون على ((يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال)).

ونصت المادة الخامسة على ((يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح من الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء)) .

2 - في مجال الموانئ التخصيصية صدر القانون رقم (22) لسنة 1998⁽¹⁾ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (1) لسنة 1996 في شأن منح التزام الموانئ المتخصصة بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حيث أضيفت مادة بتسلسل (4) مكررة ونصت على ((مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانئ والسفن يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين ،..... ، ويتعين مراعاة القواعد والإجراءات التالية في شأن منح الامتياز :-

أ- ان يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية .

(1) حددت المادة الأولى من القانون معنى الموائى التخصصية بالقول (تسري أحكام هذا القانون على موائى الصيد والتعدين والبتروول والسياحة وغيرها من الموائى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على الموائى المصرية)

ب- ان لا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .
ج- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد ،....

و- ان لا ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن بذلك من مجلس الوزراء .
ز- ان تتول جميع المنشآت إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص) .

3- في مجال الطرق العامة صدر القانون رقم (229) لسنة 1996 المعدل للقانون رقم (84) لسنة 1968 وتضمن المبادئ ذاتها المشار إليها في القوانين أعلاه . وهذه التشريعات المصرية تدل دلالة قاطعة على إدارية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لأنها تحدثت عن منح الالتزام وبينت آلية ذلك ثم تكلمت عن مدة الالتزام وعن التزامات المتعاقد مع الإدارة في أن ينفذ العقد شخصيا ولا يجوز له التنازل عن العقد دون إذن الإدارة وعن التزامه بصيانة موجودات ومعدات المرفق وعن التزامه بتسليمها للإدارة في نهاية المدة وهي بحالة جيدة وتكلمت عن مدة العقد وحددتها بحد أقصى هو (99) عاماً .

ولا نؤيد الرأي الفقهي الذي كيف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه عقد التزام أشغال عامة لأننا نجد إن بعضاً آخر من الفقه يؤكد بان عقد الالتزام عموماً يتضمن القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق فمرفق النور والماء والغاز تحتاج الى مد الأنابيب والمواسير تحت الأرض او مد الأسلاك والأعمدة فوق سطح الأرض وما الى ذلك من أعمال مما يعني إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا ينفرد بالإنشاءات المتعاقد بالقيام بإنشاءات معينة حيث إن كل عقود الالتزام تتضمن القيام بالإنشاءات اللازمة (1).

ولذلك نؤيد موقف التشريع المصري والقضاء الإداري في مصر ولبنان في تكييفهم لهذا العقد بأنه عقد التزام كأى عقد إداري آخر .

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء السابع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص288 .

إقرار المشرف

اشهد بان إعداد رسالة الماجستير للطالب (علاء إبراهيم محمود) الموسومة بـ (الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T / دراسة مقارنة) قد تم تحت إشرافي في كلية القانون / جامعة بابل ، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام .

التوقيع

أ.م.د. إسماعيل صمصاع البديري
2008 / /

بناءً على التوصيات المتوفرة أشرح هذه الرسالة للمناقشة

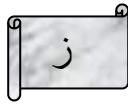
التوقيع

أ.م.د. هادي حسين الكعبي
معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا
2008 / /

المحتويات

الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية		
هـ	المحتويات.....	
ح	المقدمة.....	
17 - 1	التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.	تمهيد
113 - 18	التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة .	الفصل الأول
72 - 19	التزامات المتعاقد مع الإدارة .	المبحث الأول
41 - 19	الالتزام بتنفيذ موضوع العقد .	المطلب الأول
20	التزام المتعاقد مع الإدارة بالبناء .	الفرع الأول
28	الالتزام بالتشغيل وإدارة المرفق .	الفرع الثاني
39	الالتزام بالتسليم ونقل الملكية .	الفرع الثالث
59-42	التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا .	المطلب الثاني
43	اثر فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد .	الفرع الأول
50	اثر التنازل والتعاقد من الباطن على العلاقة العقدية .	الفرع الثاني
72 - 59	الالتزامات العقدية عند الشروع بتنفيذ العقد .	المطلب الثالث
60	التزام المتعاقد باحترام مدد التنفيذ .	الفرع الأول
68	التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقا للمواصفات المتفق عليها وبطريقة سليمة وعناية تامة .	الفرع الثاني
70	التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته بحسن نية .	الفرع الثالث
113 - 73	حقوق المتعاقد مع الإدارة .	المبحث الثاني
81 - 73	حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المقابل النقدي .	المطلب الأول
74	القواعد العامة في تحديد الرسم .	الفرع الأول
78	القواعد العامة المتبعة عند تعديل الرسم .	الفرع الثاني
101 - 82	حق المتعاقد في التوازن المالي للعقد .	المطلب الثاني
83	مدلول فكرة التوازن المالي للعقد .	الفرع الأول
87	إعادة التوازن المالي للعقد .	الفرع الثاني
113-102	حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض .	المطلب الثالث
103	القواعد العامة لاستحقاق التعويض .	الفرع الأول
108	الأسباب الموجبة للتعويض .	الفرع الثاني
206-114	التزامات وسلطات الإدارة المتعاقدة .	الفصل الثاني
141-115	التزامات سلطة المتعاقدة .	المبحث الأول
122-115	التزام الإدارة ^{هـ} بربط العقد .	المطلب الأول
136-123	التزام الإدارة بتمكين المتعاقد من تنفيذ العقد والاستمرار في التنفيذ .	المطلب الثاني
141-136	اثر مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية .	المطلب الثالث
206-142	سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها .	المبحث الثاني
152-143	سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه .	المطلب الأول
143	مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه .	الفرع الأول
146	الأساس القانوني لحق الإدارة في الرقابة والتوجيه .	الفرع الثاني
150	حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه .	الفرع الثالث
151	التطبيقات التشريعية لسلطة الرقابة والتوجيه في عقد البناء	الفرع الرابع

	والتشغيل ونقل الملكية .	
169-153	سلطة الادارة في تعديل العقد .	المطلب الثاني
154	مفهوم سلطة الادارة في تعديل العقد .	الفرع الأول
156	الأساس القانوني لسلطة الادارة في تعديل العقد .	الفرع الثاني
159	شروط ممارسة سلطة التعديل .	الفرع الثالث
168	نطاق سلطة الادارة في تعديل العقد .	الفرع الرابع
206-170	سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها .	المطلب الثالث
171	الخصائص العامة للجزاءات الادارية .	الفرع الأول
176	الأساس القانوني لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها .	الفرع الثاني
179	صور الجزاءات الادارية .	الفرع الثالث
198	سلطة الادارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة (الاسترداد) .	الفرع الرابع
278-207	آثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالنسبة للغير .	الفصل الثالث
207	المقصود بمبدأ نسبية آثار العقد .	المبحث الأول
213-208	أطراف العقد .	المطلب الأول
208	مفهوم المتعاقد .	الفرع الأول
212	مفهوم طرف العقد .	الفرع الثاني
228-214	مفهوم الغير و	المطلب الثاني
217	الغير عن العقد من أشخاص القانون الخاص .	الفرع الأول
222	الغير عن العقد من أشخاص القانون العام .	الفرع الثاني
242-229	الأساس القانوني لامتداد آثار العقد الى الغير .	المبحث الثاني
237-229	نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .	المطلب الأول
230	مفهوم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .	الفرع الأول
232	أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .	الفرع الثاني
234	تقييم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .	الفرع الثالث
238	نظرية الطبيعة الذاتية للعقد .	المطلب الثاني
240	إنكار المبدأ في ذاته ومحاولة تسوية كل حالة على حده .	المطلب الثالث
278-243	الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد تجاه الغير .	المبحث الثالث
260-243	الالتزامات التي يترتبها العقد على الغير .	المطلب الأول
243	ممارسة المتعاقد مع الادارة بعض مظاهر السلطة العامة .	الفرع الأول
251	منح المتعاقد مع الادارة امتيازات في مواجهة الغير .	الفرع الثاني
278-261	الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد .	المطلب الثاني
261	حق الغير في ابرام العقد وفقا لاحكام القانون .	الفرع الأول
265	حق الغير في التمسك ببعض نصوص العقد المدرجة لمصلحته .	الفرع الثاني
268	حقوق الغير تجاه طرفي الرابطة العقدية .	الفرع الثالث
283-279	الخاتمة	
296-284	المصادر	
A - B	ملخص باللغة الإنكليزية	



1- التعريف بالموضوع :- من الثابت ان الادارة تلجأ عند ممارسة نشاطاتها وأعمالها اليومية الى عدة وسائل ، ومن بين أهم نشاطات الادارة هو ادارة المرافق العامة ، والوسائل التي تستعين بها الادارة قد تكون ذات طابع مادي كبناء المنشآت العامة او تعبيد الطرق ومد الجسور وغيرها او أعمالا قانونية تهدف من ورائها الادارة الى احداث آثار قانونية معينة وتشكل هذه الأعمال المادية والقانونية ما يعرف (أعمال الادارة) والأعمال القانونية التي تصدر عن الادارة تكون على نوعين فهي قد تكون صادرة بالارادة المنفردة للإدارة اي القرارات الادارية ، او أعمال صادرة بتلاقي أرادتتين الادارة من جهة وشخص آخر سواء أكان طبيعياً ام معنوياً من جهة أخرى وهي العقود الادارية .

والقرارات الادارية تعد من أنجع وأفضل وسائل الادارة عندما تمارس اعمالها اليومية ومما يلاحظ ان الادارة عندما تصدر القرار الاداري تكون بمركز قانوني قوي كونها تعد سلطة ادارية صاحبة سيادة وسلطان والغرض من اصدار القرار الاداري هو دائماً تحقيق المصلحة العامة ، بينما العقود الادارية تقوم على أساس الاتفاق بين الطرفين بعيدا عن لغة الالزام والتهديد ، وفي الوقت الحاضر يلاحظ المتتبع بوضوح ازدياد اتجاه الادارة الى التعاقد مع أشخاص آخرين حيث ثبت للادارة عملياً أهمية هذه الوسيلة وخصوصا في المجالات الاقتصادية كما وثبت لها وبالتجربة ان أسلوب المكافأة التي تقوم عليها العقود الادارية يحقق نتائج مبهرة في حقيقة الأمر ، فالمتعاقد مع الادارة ينتظر حصوله على مكافأة مقابل قيامه بالتزاماته واذا ما شعر بان هذه المكافأة ستتضاعف ان أحسن وأجاد في عمله سيكون هذا بلا شك دافعا للابتكار والإلتقان في العمل لذا لا يخفى اليوم الأهمية المتزايدة للعقود الادارية كونها من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ اليها الادارة لتصل الى ادارة مرافقها العامة وتقديم الخدمات للإفراد ، وبذلك تتحقق مهمتها كسلطة تنفيذية تسعى الى تحقيق المصلحة العامة .

كما ان العقود التي تبرمها الادارة لا تخضع لنظام قانوني واحد وانما تنقسم في ذلك على قسمين ، القسم الأول هو عقود الادارة المدنية والذي لا تظهر فيه الادارة بمظهر السلطة العامة ولا يحكم عملها قواعد القانون العام وانما تتصرف في إطار من المساواة مع الأفراد وتحت مظلة القانون المدني ، اما القسم الآخر فهو العقود الادارية والتي تظهر فيها الادارة بمظهر السلطة العامة وتبرم هذه العقود وتنفذ وفقا لقواعد القانون العام والتي تمنح الادارة سلطات متميزة تجاه المتعاقد معها لضمان تحقيق الغاية من قواعد القانون العام عموما الا وهي تحقيق المصلحة العامة .

ولقد برز في ميدان الدراسات المتعلقة بالعقود الادارية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه أسلوبا استثماريا يعول كثيرا على القطاع **ح** ويسهم في بناء مرافق عامة استراتيجية تعد إضافة مهمة للبنى التحتية ، ولعل من أهم **ح** اجوء لمثل هذا النمط من العقود الادارية هو ازدياد تبني الدول لنظام الاقتصاد الحر ، فالدول العربية وأوروبا الشرقية وغالبية الدول الآسيوية قد عاشت مرحلة المد الاشتراكي بعد نهاية الحرب العالمية الثانية وهو الأمر الذي حدا بهذه الدول الى الاتجاه نحو زيادة الاعتماد على القطاع الحكومي الى درجة الإفراط في الاعتماد عليه ، فالدول ذاتها اليوم تعيش مرحلة الجزر المضاد لهذا النظام الاقتصادي حيث نلاحظ وبوضوح انحسار النظام الاشتراكي وتبني غالبية الدول صراحة لنظام الاقتصاد الحر .

وان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من أفضل وسائل وأدوات الاقتصاد الحر واكثرها تحقيقا للمصلحة العامة لاسباب عدة أهمها ان المتعاقد يبقى خاضعا لقانون الدولة الوطني ولرقابة الادارة الوطنية عليه طوال مدة العقد ، ولا يبرم العقد الا باتباع قواعد القانون العام التي تتيح

للادارة سلطات واسعة في تعديل العقد والرقابة والإشراف على المتعاقد وكذلك امكانية فرض جزاءات ادارية عليه ان خالف بنود العقد بما يضمن تحقيق المصلحة الوطنية العامة .

2- أهمية الموضوع :- غدا واضحا ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول النامية والوضع العراقي أحوج ما يكون لمثل هذه الوسيلة ولا سيما والبلد يعاني من تركبات ثقيلة خلفتها السنين والعقود المنصرمة مع ما حملته من حروب وتدمير لكل مقومات الحياة في البلد ، وتركت البلد يرزخ تحت أعباء المديونية الخارجية والبنى التحتية المنهارة والاقتصاد الوطني المضطرب ، والفساد المالي والاداري الذي ينخر جسد الدولة ، لذا نرى انه من اللازم على المعنيين التفكير ببدايل عن القطاع الحكومي ، وان تتبنى الدولة أساليب حديثة بالاعتماد على القطاع الخاص ورؤوس الأموال الخاصة وتقليل الاعتماد في تمويل المشاريع الاقتصادية من الموازنة العامة لاستثمار هذه الأموال المخصصة في هذا الاتجاه لقطاع آخر كالصحة والتعليم وغيرها ، وبذلك ستحصل الدولة على مشاريع ومرافق ضخمة واضافات حقيقية للبنى التحتية دون ان تنفق من الموازنة العامة مبلغاً ولو صغيراً من المال وتحصل كذلك على وسائل وأساليب تقنية متقدمة وتشغل أيدي عاملة

وطنية وبذلك من الممكن ان تحصل على كوادر مدربة تدير المرفق مستقبلا ان انقضت مدة العقد وعاد المرفق للدولة وتحصل الادارة كذلك على نسبة من الارباح ان اتفقت على ذلك مع الملتزم وبذلك يمكننا القول ان هذا العقد يحقق فوائد جمة ان أحسن استعماله كونه وسيلة رأسمالية من وسائل نظام اقتصاد السوق الحر الذي تبناه العراق بعد التغيير السياسي عام 2003 .

3- مشكلة البحث :- عند بحثنا موضوعاً مهماً وجانباً أساسياً من جوانب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وهو الالتزامات والحقوق التي تنتج عن العقد ، تبرز مشكلة البحث في ان هذا العقد يبرم بين شخصين احدهما ينتمي لنظام القانون **ط** اي يمنحه سلطات استثنائية غير معروفة في نطاق القانون المدني بينما المتعاقد الآخر **ط** ينتمي لنظام القانون الخاص او العام سواء كان مواطناً ام أجنبياً ، لذا تبرز بوضوح مشكلة البحث وهي كيفية التوفيق بين الأهداف التي يسعى اليها كل من طرفي العقد ، فالادارة تسعى دائماً وابدأ الى تحقيق المصلحة العامة وضمان سير العمل بالمرافق العامة بانتظام واطراد وإشباع الاحتياجات الفردية بأسعار مناسبة وبشكل مستمر ومتواصل لتجنب المشاكل السياسية والاجتماعية والاقتصادية والصحية الناجمة عن توقف المرافق العامة ، بينما يهدف المتعاقد معها دائماً وابدأ الى تحقيق مصالحه الخاصة متمثلة باسترجاع الأموال التي أنفقها في بناء المرفق وتجهيزه وتشغيله وصيانته لذا فاختلاف المركز القانوني للمتعهدين يعني أنّ أحكاماً خاصة ستترتب منها مثلاً ستطبق أحكام القانون العام بدل أحكام القانون الخاص الأمر الذي يمنح الادارة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد ويجعل قواعد القانون الاداري واجبة التطبيق على العلاقة العقدية ويختص القاضي الاداري بدل القاضي المدني بنظر المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ومن جانب آخر من الثابت في العقود الادارية ان المنتفعين من خدمات المرفق والعاملين فيه وغيرهم يوصفون بالغير عن العقد لكن آثار العقد تمتد اليهم وبذلك يتحملون التزامات معينة ويحصلون على حقوق في الوقت ذاته لذا فان مشكلة بحثنا تبرز بوضوح عندما نتكلم عن وجود حقوق والتزامات متقابلة لكلا الطرفين بل ان بعضها يتجاوز الطرفين لتمتد للغير عن العقد إذن ما هذه الالتزامات ؟ وما هذه الحقوق ؟ وما أساسها القانوني ؟ هذه الأسئلة ستكون محاور رئيسية في دراستنا وسنسعى الى ايجاد أجوبة لها في ثنايا البحث .

4- نطاق البحث :- حيث يتحدد نطاق بحثنا في أطار العقود الادارية بوصفها إحدى وسائل الادارة القانونية التي تستعملها عند ممارسة نشاطاتها اليومية فاخترنا من العقود الادارية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه عقد التزام مرافق عامة وسنسعى الى تحديد بحثنا في أهم ما يرتبه هذا العقد من حقوق والتزامات متبادلة بين طرفي العقد والغير بعد ان نحاول اعطاء صورة

عن هذا العقد ككل ولو بعجالة في التمهيد لموضوعنا فنعرض لتعريفه وبيان تكييفه القانوني وسندرس كل هذه المقدمات في إطار القواعد العامة للعقود الادارية كون العقد موضوع الدراسة يعد عقدا اداريا بحسب الرأي الراجح وسنحاول ابراز أهم الخصائص المميزة لهذا العقد والتي تطبعه بطابع خاص مميزة له عن باقي أنماط العقود الادارية .

5- منهجية البحث :- سنسعى في بحثنا الى اعتماد منهجية تحليلية مقارنة كون خصوصية الموضوع تحتم علينا ذلك حيث سنسعى الى استعراض أهم القواعد القانونية الوطنية والمقارنة المتعلقة بموضوع بحثنا وكذلك سنعرض الى ما انتهى اليه القضاء الاداري الوطني والمقارن وكذلك نبين ما تبناه الفقه الاداري فيما يتعلق بموضوع بحثنا وسنقوم بتحليل ذلك واستعراض مواطن الضعف والقوة في موقف التشريع والقضاء والفقه ومحاولة مقارنة ذلك بتشريعاتنا الوطني والقضاء الوطني لنصل في نهاية الأمر الى أهم المبادئ القانونية التي أرساها القانون والقضاء والفقه سعيا منا للوقوف على الفكرة القانونية السليمة والرأي الراجح اتماما للفائدة العلمية .

6- تقسيم البحث :- ووفقا لما بيناه أعلاه سنقسم موضوع بحثنا الى ثلاثة فصول وتمهيد نبين فيه تعريف العقد موضوع الدراسة وأطراف العلاقة العقدية ، وكذلك نحدد التكييف القانوني للعقد ، اما الفصل الأول فسنفرده لبحث التزامات المتعاقد مع الادارة وحقوقه ففي المبحث الأول سنكرس البحث لبيان التزامات المتعاقد مع الادارة وفي المبحث الثاني سنبين حقوقه العقدية تجاه الادارة المتعاقدة تاركين حقوقه تجاه الغير لتبحث في مكان واحد مع حقوق الغير في الفصل الأخير من الرسالة ، ثم سنبين في الفصل الثاني التزامات وسلطات الادارة المتعاقدة من خلال تقسيم الفصل على مبحثين الأول منهما يتناول التزامات الادارة والآخر يتناول سلطاتها تجاه المتعاقد معها ، اما في الفصل الثالث والأخير فسيكرس البحث لبيان آثار العقد تجاه الغير فهذا الفصل سيقسم على ثلاثة مباحث الأول منها سيكون مدارا لبيان مبدأ نسبية اثار العقد والثاني يكون كاشفا عن الأساس القانوني لانصراف اثار العقد الاداري نحو الغير وأخيراً في المبحث الثالث والأخير سنبحث بالتفصيل التزامات وحقوق الغير الناتجة عن العقد تجاه الادارة والمتعاقد معها .

وأخيراً في الخاتمة سننتهي الى أهم النتائج والمقترحات او التوصيات والتي تمخض عنها البحث ، راجين من الله (عز وجل) العون والتوفيق والسداد انه ارحم الراحمين .



الفصل الأول

التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة

يسود تنفيذ عقود الإدارة مبدأ عام مقتضاه تنفيذ العقد الإداري بحسن نية ، وهذا المبدأ يطبق على كل من الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها على حد سواء ، فمما لا شك فيه ان العقود الادارية كأداة تلجأ اليها الإدارة لتنفيذ المشروعات المهمة وتسيير المرافق العامة انما يكون ذلك لتحقيق الصالح العام ، وهذه الغاية من وراء إبرام العقود الادارية تترك أثرها على التزامات المتعاقد مع الإدارة الذي يكون معاوناً ومساعداً للإدارة في المقام الأول ولكنه في الوقت ذاته يخضع في تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد الإداري لقواعد اشد صرامة من تلك القواعد الحاكمة لالتزامات المتعاقد في العقد المدني .

وإذا كنا قد انتهينا إلى إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد اداري تعهد من خلاله الإدارة للمتعاقد معها بمهمة إنشاء وإدارة وتشغيل احد المرافق العامة مقابل رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين ، لذا سنبيين في هذا الفصل التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة والمتولدة مباشرة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية آخذين بنظر الاعتبار اهمية هذا النمط من العقود الادارية لاعتبارات عدة فمدة العقد طويلة تصل الى ما يربو على (50) سنة واتصاله بالمرافق العامة المرتبطة بحياة الناس اليومية وضرورة استمرار هذه المرافق في أداء خدماتها بانتظام واستمرار لكي لا تتعرض حياة الناس للمصاعب الأمر الذي يولد مشاكل غير محسوبة النتائج ولذلك تبرز اهمية بيان التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه التي يمكنه التمسك بها ، وهو الأمر الذي نحاول بيانه في هذا الفصل بتقسيمه على مبحثين نبحت في الأول منهما التزامات المتعاقد مع الإدارة وفي الثاني نبين حقوق المتعاقد مع الإدارة مبينين آراء ومواقف الفقه والقضاء والتشريع في العراق ومصر وفرنسا .

المبحث الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة

من المسلم به ان المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري يلتزم في نطاق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بجملة من الالتزامات التعاقدية شأنه في ذلك شأن المتعاقد في أي عقد اداري آخر وهذه الالتزامات تجد أساسها في النصوص العقدية او نصوص القوانين والتعليمات وغيرها التي تنظم علاقة الإدارة بالمتعاقد معها ، كما ان العرف والعادات المرعية في ممارسة مهنة او عمل معين تلعب دوراً في تحديد التزامات المتعاقد مع الإدارة وتعد مصدراً آخر من مصادر التزامات المتعاقد مع الإدارة ، وفي إطار هذا العقد يلتزم المتعاقد بجملة من الالتزامات المطلوب منه

تنفيذها بحسن نية مهما كان مصدرها سواء العقد أم القانون أم العرف وسنعرض لهذه الالتزامات في هذا المبحث بتقسيمه على ثلاثة مطالب ، سنتناول في المطلب الأول منها التزامات المتعاقد بتنفيذ موضوع العقد وهو التزام يميز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيره من عقود الإدارة الأخرى ، ثم في المطلبين الثاني والثالث سنبحث مبادئ مشتركة في كل العقود الإدارية فخصصنا المطلب الثاني لبحث مبدأ الاعتبار الشخصي في إطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وفي المطلب الثالث نبين التزامات المتعاقد عند الشروع والبدء بتنفيذ العقد .

المطلب الأول

الالتزام بتنفيذ موضوع العقد

يمر عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بثلاث مراحل الأولى تتمثل بالالتزام المتعاقد مع الإدارة بالبناء وإقامة الإنشاءات اللازمة وهي لا تنصب على عملية البناء فقط بل هي مجموعة أعمال متلاحقة تبدأ من إعداد الدراسات والتصاميم والخرائط ، واستلام موقع العمل وتنتهي بإتمام عمليات البناء في هياكل المرفق الرئيسية وتجهيزها بما يلزم لتشغيلها ، ثم تبدأ مرحلة التشغيل واستغلال المرفق وما يرافق هذه المرحلة من الالتزامات مثل ضرورة استخدام أفضل الوسائل وأحدث التقنيات وأكفأ العمال والمستخدمين ، ثم المرحلة الأخيرة وهي تسليم المرفق ونقل ملكية الزيادات المستحدثة عليه وهي المرحلة التي ينتهي بها العقد نهاية طبيعية بتنفيذ أطراف العقد كامل التزاماتهم وعودة المرفق للإدارة بلا مقابل وبحالة جيدة ، هذه المراحل تمثل موضوع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ولقد بينا في التمهيد أن هذا العقد تحدر منه أشكال عدة يحصي الفقه منها قرابة (20) نوعاً لذا نؤكد أن موضوع العقد يختلف باختلاف هذه الأشكال وينصب كلامنا في هذا المطلب على الشكل الرئيسي وهو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وسنحاول بيان التزام المتعاقد بتنفيذ موضوع العقد بتقسيمه على ثلاثة فروع متتالية وكما يأتي :-

الفرع الأول

التزام المتعاقد مع الإدارة بالبناء

وهذا الالتزام واضح من الإشارة إليه بالحرف (B) اختصاراً لكلمة (Build) والتي تترجم إلى البناء والتشييد ونحن بصدد بحث هذا الالتزام لا بد من أن نتعرف على فكرة إنشاء المرفق العام وهو ما عرفه بعض الفقه بأنه قيام السلطة بأداء خدمة عامة للجمهور بإنشاء مشروع أو الهيمنة على مشروع خاص قائم فعلاً يؤدي هذه الخدمة فتتولى بنفسها إدارته أو تعهد به لغيرها من الأشخاص ولكن تحت إشرافها ورقابتها، أو يعرف بأنه إقرار الهيئات الحاكمة (الإدارة المركزية أو المحلية) بأن حاجة جماعية ما قد بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخلها لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، ويستوي في ذلك إن كان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا .⁽¹⁾

أما عن كيفية إنشاء المرفق العام فيمكن أن نتلمس مبدأ عاماً يحكم عملية إنشاء المرافق العامة مقتضاه إن المرفق لا ينشأ إلا بقانون أو بناءً على قانون، وذلك يكون بتحويل الحكومة إمكانية إنشاء المرافق العامة وفي كل ذلك يكون المرجع دستور الدولة⁽²⁾ ، والأمثلة على ذلك متعددة فمثلاً نص الدستور المصري على إن ((يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...))⁽³⁾.

وفي العراق نجد ان القانون الأساسي العراقي نص على انه ((لا يعطي انحصار، او امتياز لاستثمار مورد من موارد البلاد الطبيعية، او لاستعماله او مصلحة من المصالح العامة

(1) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية وضمانات الرقابة الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 274 – 275.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مطبعة جامعة بغداد ، 1993 ، ص 251 .

(3) ينظر في ذلك المادة (123) من الدستور المصري النافذ لعام 1971 .
، ولا تعطى الواردات الأميرية بالالتزام إلا بموجب القانون ، على ان ما يتجاوز منها مدة ثلاث سنوات يجب ان يقترن بقانون خاص لكل قضية))⁽¹⁾.

في حين خلت الوثائق الدستورية اللاحقة للقانون الأساسي من أي إشارة فمثلا دستور عام 1958 ، ودستور (4) نيسان 1963 ، و(22) نيسان 1964 كلها وثائق دستورية مقتضبة تعنى بتنظيم السلطة السياسية التي تدير البلاد ، أما دستور (29) نيسان لعام 1964 فقد تضمن نصا يشير الى انشاء المرافق العامة ((تختص الهيئات الممثلة للوحدات الادارية بكل ما يهم الوحدات التي تمثلها وتساهم في تنفيذ الخطة العامة ، ولها ان تنشئ وتدير المرافق والمشروعات الاقتصادية ،....))⁽²⁾ ، وعلى النهج ذاته سار دستور عام 1968⁽³⁾ ، اما عن دستور 1970 فقد تضمن اشارات قريبة من ذلك⁽⁴⁾ ، وبعد التغيير السياسي في العراق عام 2003 صدرت وثائق دستورية لعل اهمها دستور 2005 والذي لم يورد نصا مباشرا يشير الى اختصاص الحكومة المركزية بانشاء المرافق العامة وانما وردت اشارات في الاختصاصات المشتركة بين المركز والاقاليم ((رسم سياسة التنمية والتخطيط العام)) كما واعطى الاقاليم والمحافظات امكانية ذلك بتحويلها كل ما لم يرد به نص⁽⁵⁾ ، ومن كل هذا نفهم ان الوسيلة الوحيدة في العراق هي صدور قانون ينص على انشاء المرافق الجديدة او منح الالتزام لادارتها او يصدر قانون يمنح ذلك للحكومة العراقية .

ولقد انتهينا فيما سبق ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقد اداري كأي عقد آخر يبرم بين الادارة وشخص آخر (طبيعي او معنوي – أجنبي او وطني -) تعهد بمقتضاه السلطة الادارية المتعاقدة الى هذا الشخص بمهمة انشاء مرفق عام وادارته خلال مدة العقد ، مقابل حصوله على رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وبالجمع بين تعريف انشاء المرافق العامة وتعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، نجد ان الادارة مسؤولة عن تقدير حاجة منطقة معينة او مدينة لمرفق معين ثم تقوم بانشاءه واختيار الطريقة التي سידار بها مستقبلا ووسائلها في ذلك دائما هي القانون ووفقا لما يرسمه الدستور لكن مسؤولية الادارة هذه لا تمنعها من اختيار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كوسيلة لانشاء المرفق وادارته في الوقت ذاته ، وبذلك تشبع الحاجات العامة في منطقة معينة دون ان تتفق من أموال الموازنة العامة أي مبلغ وتحصل في نهاية العقد على مرفق عام يعمل بشكل جيد ويشبع الحاجات العامة .
لذا في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يقوم المتعاقد ببناء المرفق العام بإتباع نصوص العقد

(1) ينظر في ذلك المادة (94) من القانون الأساسي العراقي لعام 1925 .

(2) ينظر في ذلك المادة (84) من دستور العراق الصادر في (29) نيسان 1964 .

(3) ينظر في ذلك المادة (78) من دستور العراق العام 1968 ،

(4) ينظر في ذلك المواد (12 و 13 و 62/ح) من دستور العراق لعام 1970 .

(5) ينظر في ذلك المواد (110 و 114 و 115) من دستور العراق الحالي الصادر عام 2005 .

المتفق عليها مع الالتزام الكامل بالقوانين والتعليمات الصادرة بهذا الخصوص ، كما ان الملتزم مطالب بمراعاة الخرائط والتصاميم المتفق عليها مع جهة الادارة ، ويقوم بأعمال الإنشاء والبناء على نفقته الخاصة على اعتبار انه يعد الممول الرئيسي لنفقات المشروع ، كما عليه الالتزام بمدد التنفيذ المتفق عليها مع الادارة وليس له الخروج عنها لأنه سيعرض نفسه للعقوبات الادارية وخاصة الغرامة التأخيرية التي تتضاعف عن كل يوم تأخير ، ولا بد للمتعاقد كذلك من تجهيز المرفق بالمعدات والآلات اللازمة عن طريق إبرام اتفاقيات توريد مع موردين متخصصين وتركيبها في موقع العمل وتشغيلها والتعاقد مع أشخاص مدربين للعمل على مثل

هذه المعدات ⁽¹⁾ ، ويذهب احد الفقهاء الى القول بانه عندما يتعلق الأمر بمرافق عامة جديدة يجب إنشاؤها وبخاصة المرافق التي تتضمن تشييد مبانٍ عامة يكون من مصلحة الادارة بوصفها ممثلاً عن المجتمع بدلاً من ان تقوم بهذا العمل بنفسها فتقوم بأعمال البناء والتجهيز والتشغيل ، تعهد بها الى متعاقد يلتزم بعمل كل ما هو ضروري لبناء وتشغيل المرفق وتحفظ الادارة بحقوقها في الرقابة على عمله والحق في توجيهه نحو استعمال وسائل أو أساليب تجد انها أكثر ملاءمة لإشباع الحاجات العامة مقابل حصوله على رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق ، ولقد احتل نظام الامتياز بهذه الصيغة مكاناً كبيراً في تعاقدات الادارة الفرنسية الأمر الذي اتاح لها انشاء مشاريع كبيرة بهذا الأسلوب سواء تعلق الأمر بانشاء مرفق النقل بواسطة سكك الحديد ، ام انشاء مرافق توزيع الماء والكهرباء وغيرها. ⁽²⁾

والتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لكي يتم اعمال البناء والتجهيز والتشغيل ، وبالنظر لضخامة المشاريع المدارة (المنفذة) بهذا الأسلوب من العقود، نجد انه يبرم مجموعة من التعاقدات من الباطن لتسهيل إنجاز العمل وذلك بلجوءه الى الشركات المتخصصة بأعمال البناء أو المقاولين ليبرم معهم عقوداً من الباطن – بعد ان تأذن له الادارة بذلك – لان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد مركب من عدة مراحل ويحتاج الى تضافر جهود عدة لإتمام العمل ، فشركة المشروع صاحبة حق الالتزام ترتبط مع الادارة بعقد التزام وتقوم بجميع الاعمال اللازمة وتتفق على هذه الاعمال من راس مالها الخاص وهي التي تتحمل مخاطر المشروع طوال مدة العقد. ⁽³⁾

- (1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد ال-B.O.T ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان 2006 ، الجزء السادس من سلسلة الأبحاث القانونية ، ص 244.
- (2) ينظر في ذلك جورج فوديل : القانون الاداري ، الجزء الثاني ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، 2001 ، ص 573 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 98 .

وجميع العقود والاتفاقيات المبرمة بين شركة المشروع والمقاولين والشركات – عقود الباطن – الغاية منها تنفيذ اتفاقية الامتياز أو العقد المبرم بين الشركة والادارة وهو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فاتفاقية الامتياز الغاية منها هي :-

- 1- ان تقوم الادارة المتعاقدة بمنح شركة المشروع التزام بناء احد المرافق العامة لتقوم الشركة بعمل التصميمات اللازمة والخرائط والمرتسمات وبإعمال البناء والتشييد وبعده تقوم بأعمال التشغيل وفقاً للنظام الداخلي لشركة المشروع وبما هو متفق عليه مع الادارة.
- 2- بيان التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية من لحظة توقيع العقد الى حين انقضاء مدة العقد وتسلمه من قبل الادارة المتعاقدة ⁽¹⁾ ، ولتسهيل قيام شركة المشروع بأعمالها ترتبط بجملة من التعاقدات ولعل اهمها ما يأتي :

أ- اتفاقية المقاول :- عقد المقاول عرفها القانون المدني العراقي بأنها ((المقاوله عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر)) ⁽²⁾ ، وفي العقد موضوع الدراسة تلجأ شركة المشروع (الملتزم) الى ابرام عقد مقاوله مع مقاولين او شركات متخصصة لتقوم بأعمال البناء والتشييد ، وان ما يربط بين شركة المشروع والمقاول هو عقد مدني لان طرفي العقد كليهما من أشخاص القانون الخاص ، ونظراً لأهمية موضوع العقد تلجأ شركة المشروع (الملتزم) الى الاستعانة بشركات كبرى متخصصة تملك من الخبرات والكفاءات الفنية والمالية ما يؤهلها للقيام بمثل هذه المشاريع المهمة لتتولى عملية البناء والتجهيز وتسليمها لشركة المشروع. ⁽³⁾

ومما هو جدير بالذكر ان المقاول يلتزم بتنفيذ العمل كما هو متفق عليه ، فاذا لم يكن هناك نصوص عقدية تنظم التزاماته وجب إتباع العرف الجاري لدى أرباب الصناعة والفن والخبرة ، ثم ان المقاول من الباطن ملزم بإنجاز العمل خلال مدة العقد المتفق عليها وبينه وبين شركة المشروع واذا لم يحدد العقد مدة للتنفيذ وجب عليه تنفيذ العقد خلال المدة المعقولة لإنجاز العمل

، كما ان المقاول يلتزم بتنفيذ العمل بحسن نية وبما يتفق مع مقتضيات العقد وبخلاف ذلك يحق لشركة المشروع بوصفها رب العمل ان تطلب فسخ العقد او التنفيذ العيني

- (1) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 27 ، وكذلك مؤلفها دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ، مصدر سابق ، ص 291 ، والدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص 165-166 .
- (2) ينظر في ذلك المادة (864) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور محمد المتولي : الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 81 .

باتباع قواعد القانون الخاص.(1)

كما ان التزامه (المتعاقد) بإنجاز العمل خلال المدة المتفق عليها يعد التزاما بنتيجة لا ببذل عناية لذا لا يعفى المقاول الثانوي من المسؤولية المدنية تجاه المقاول الأصلي بادعائه انه بذل العناية اللازمة ولا تنتفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.(2)

ومن السلطات المعترف بها للإدارة في إطار العقد الإداري سلطتها بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة اذا ما ترك المتعاقد المرفق دون استغلال بما يعطله عن العمل ويعرض الحياة الاجتماعية للإرباك لان توقف المرفق عن العمل يعني انقطاع الخدمات عن الأفراد.(3)

ب- اتفاقية التوريد :- تلجأ شركة المشروع (الملزم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الى ابرام عقد توريد مع موردين ليقوموا بتوريد ما تحتاج اليه من مواد أولية سواء كانت مواد البناء ام الآلات والمعدات الضرورية لإتمام العمل ام لتشغيل المرفق كما انها تحتاج الى ابرام اتفاقيات توريد خدمات كما لو أبرمت عقد توريد مع شركة معينة لتقوم بتوريد الماء او الكهرباء للمرفق موضوع عقد الالتزام.(4)

ج- اتفاقية التمويل :- لإتمام تنفيذ التزاماتها العقدية تحتاج شركة المشروع (الملزم) الى مبالغ ضخمة لانفاقها على عمليات الإنشاء والبناء لذا هي تلجأ الى المؤسسات المالية والبنوك وغيرها للحصول على المال اللازم فتبترم مع الجهات الممولة عقد تمويل وهذه الجهات المقرضة تعتمد على الدخل المتوقع للمشروع وعلى اصوله كضمانة لسداد الدين.(5)

- (1) ينظر في ذلك محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي في العقد الإداري ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2000 ، ص 67-68 .

(2) ينظر في ذلك محمود خليل خضير : المصدر نفسه ، ص 68 ، وينظر المادة (868) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((اذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل او تأخر عن انجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم)) وكذلك ينظر الفقرة (1) من المادة (869) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((اذا ظهر لرب العمل إثراء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او منافع للعقد، فله ان ينذره بان يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له فاذا انقضى الأجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقد واما ان يعهد بالعمل الى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا)) .

- (3) ينظر في ذلك رفاه كريم كربول : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2000 ، ص 38 .

(4) ينظر الدكتور محمد المتولي : الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 81 (5) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 31 ، وكذلك نعيم مغيب : عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة ، مصدر سابق ، ص 502 .

د- اتفاقية الخبراء او الخبرة :- فشركة المشروع (الملزم) تحتاج الى اعداد دراسات دقيقة قبل البدء بالعمل وتحتاج الى مستشارين لذلك تقوم شركة المشروع بإبرام عقد مع الخبراء والمستشارين سواء كانوا مهندسين ام قانونيين ام مع شركات متخصصة بالاستشارات للإشراف

على مراحل العمل وإعداد الدراسات الدورية وكل ما يحتاجه العمل من خرائط ورسومات وغيرها.⁽¹⁾

و- اتفاقية تشغيل المشروع :- في مرحلة التشغيل تلجأ الشركة الى ابرام عقود مع أشخاص ليعملوا في المشروع كعمال او مستخدمين او تلجأ الى شركات متخصصة تملك من القدرات الفنية والمالية ما يؤهلها للقيام بعملية تشغيل المشروع⁽²⁾، او تقوم بالتشغيل بنفسها وبمشورة شركة ذات كفاءة وخبرة وسمعة طيبة في هذا الصدد.⁽³⁾

و- اتفاقية الشراء :- ذكرنا ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يكلف المتعاقد مع الادارة تكاليف باهضة فلا بد من تعويضه عنها بإقرار حقه بتقاضي رسوم من المنتفعين تسد نفقاته وتحقق له الأرباح بوصفه مستثمراً يسعى الى الأرباح - وإلا لما تعاقد مع الادارة - لكن تكلفة تقديم الخدمة في بعض الاحيان تكون مرتفعة فتضطر الادارة الى ان تسمح له برفع سعر تعريفة الرسم لكن هذا الإجراء يصطدم بإمكانيات الأفراد المحدودة فتضطر الوزارة او الجهة الادارية المتعاقدة - الجهة الحكومية الوطنية - الى شراء الخدمة من شركة المشروع تقوم بتقديمها للمستفيدين بأسعار تتناسب مع قدراتهم.⁽⁴⁾

وفي اغلب الاحيان يتم ابرام هذه الاتفاقيات المساعدة لشركة المشروع بمعرفة الادارة لكي تتمكن من ممارسة حقوقها الطبيعية في العقد الاداري مثل سلطة التعديل وسلطة الرقابة وغيرها ، لضمان التزام شركة المشروع والمتعاقدين معها من الباطن بشروط العقد وبما يحقق انجاز العمل في مواعيده المتفق عليها وبما يضمن للإدارة كفاءة المقاولين او الشركات المتعاقدة معها من الباطن لتطمئن على سلامة العمل وكفاءته وكفاءة اعمال الصيانة لان مصير المرفق هو العودة للإدارة بعد انقضاء مدة العقد .

(1) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن : عقود البوت ، مصدر سابق ، ص 31 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 99 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن سيد احمد : دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ، مصدر سابق ، ص 294 ، وكذلك Bernard Gross et Olivier Cachard : les disposition legislatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures A financement - prive . op . cit . p384.

وهو بحث لبرنارد كروس واوليفر كاسترد منشور باللغة الفرنسية في مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية ، الأبعاد القانونية ، مصدر سابق ، ص 374 وما بعدها .

(4) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص 166.

مع التأكيد على ان هذه الاتفاقيات والعقود هي النمط الرئيسي المتبع في اغلب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لكن باختلاف موضوع العقد قد تبرز اتفاقيات وعقود اخرى لها دور حاسم بحسب مقتضى الحال ، والتزام شركة المشروع او المتعاقد مع الادارة يمتد ليشمل جميع الاعمال المتعلقة بالإنشاءات سواء قام بها بنفسه ام عهد بها الى مقاول من الباطن وفي جميع الأحوال تبقى مسؤوليته شخصية أمام الادارة عن أخطائه الشخصية وأخطاء مستخدميه ومن تعاقد معهم من الباطن ، ثم انه ملزم باحترام شروط العقد كافة وبخاصة تلك المتعلقة باستعمال المواد الأولية حسب المواصفات المتفق عليها وعدم مخالفة التصاميم والخرائط والمرتسمات المتفق عليها مع الادارة المتعاقدة ، كما ان الادارة تملك سلطة مراقبته وهو يقوم بالعمل ولها ان توفد مهندسين ومختصين الى موقع العمل لمتابعة التنفيذ كما ان لها ان ترفض او ان تعترض على أي تغيير في التصاميم والخرائط والرسومات المتفق عليها سلفاً ، او أي تغيير في نوعية ومواصفات المواد المستخدمة او التجهيزات اللازمة مما يقلل من الاستفادة من المرفق او ان يؤدي الى تعذر انتقال ملكيته للإدارة بعد انقضاء مدة العقد.⁽¹⁾

والغاية من وراء لجوء الادارة الى ابرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي تحقيق المصلحة العامة لذلك المتعاقد مع الادارة ملزم باحترام مدد التنفيذ المتفق عليها في العقد لكي لا يفوت على الادارة الغاية من وراء إبرامها هذا العقد ، كما ان من واجباته ادارة وتشغيل المرفق لذا هو مطالب بتجهيز المرفق بعد بنائه بأحدث المعدات ونقل الأساليب التكنولوجية الحديثة لان

لها دوراً كبيراً في تحسين أداء المرفق الأمر الذي ينعكس ايجابياً على تحسين نوعية الخدمة ويزيد من طلب المواطن عليها وبالتالي سيستفيد الملتزم نفسه بزيادة الطلب على الخدمة بحصوله على الرسوم التي يسد بها نفقاته ويحقق الأرباح⁽²⁾.

وتلجأ بعض الدول الى جدولة تشييد المرفق وتجهيزه بحيث يلتزم المتعاقد مع الادارة بوضع خطة او جدول زمني لإتمام الاعمال وفقاً لما هو مرسوم له في الجدول ولقد طبقت هذا الاسلوب بعض دول أمريكا اللاتينية مثل الأرجنتين عندما أبرمت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T لإنشاء الطريق السريع الخاص بالحافلات حيث اتفقت الحكومة والشركة المتعاقدة على وضع جدول زمني يتكون من مرحلتين هما :

المرحلة الأولى // وتنتهي بنهاية (آب 1996) وهي تشمل انشاء وتوسيع الطريق وبناء بوابات عليه ، وانتهت هذه المرحلة في (آيار 1998) بعد ادخال تعديلات حكومية.

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، مصدر سابق ، ص 65-66 ، وكذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 143 .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص 206 ، وينظر الدكتورة عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص 300-301 .

المرحلة الثانية // وتبدأ مع بداية التشغيل وتنتهي بنهاية مدة العقد عام (2016) ، وان هذه الطريقة تجنب الادارة إثارة مشاكل مستقبلية والمنازعات التي قد تنشأ نتيجة تأخر الشركة بعملها وعدم التزامها بمدة التنفيذ⁽¹⁾.

ولا يفوتنا التأكيد على ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد يتضمن نصاً يفرض غرامة تاخيرية على المتعاقد مع الادارة في حال تأخره عن اداء العمل في الوقت المحدد له ، والغرامة التأخيرية هي جزاء اداري اتفاقي – لا بد من الاتفاق عليه وإيراده في العقد الاداري – تفرضه الادارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها الذي تأخر في انجاز العمل دون الحاجة لحكم قضائي او اعدار للمتعاقد المقصر ، والغاية منها هي ضمان حسن سير العمل في المرفق بانتظام وتنفيذ العقد وفقاً لما هو مرسوم له⁽²⁾ ، وبهذا الصدد ورد نص في عقد (B.O.T) أبرمته الحكومة المصرية مع شركة لإنشاء مطار العلمين حيث اشترطت الحكومة المصرية على المتعاقد في حال تأخر في تنفيذ التزاماته فانه سيكون عرضة لفرض غرامة تأخيرية عليه وتتضاعف عن كل شهر يتأخر فيه التنفيذ الى ستة اشهر بعدها يحق للحكومة اتخاذ الاجراءات القانونية بحقه⁽³⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 143-144 ، والدكتور محمد علي جواد : العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص 135-138 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص 101 ، ويعزز الدكتور محمد الروبي رأيه بالاستناد الى بند ورد في احد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية المبرم بين الحكومة المصرية وشركة (انترجن) لبناء محطة كهرباء (سيدي كبر) حيث تضمن العقد بندا يلزم الشركة بدفع مبلغ (80000) دولار أمريكي عن كل يوم تأخير في تنفيذ المشروع او أي يوم تعجز فيه الشركة عن توريد الطاقة المتفق عليها ، وغرامات أخرى في حال عدم تحقق معدلات الإنتاج المتفق عليها .

وينظر في ذلك أيضاً الفقرة (ثانياً من المادة 12) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي والتي نصت على ((يحدد الحد الأعلى للغرامات التأخيرية من الجهة المتعاقدة بنسبة (10%) عشرة من المئة من مبلغ العقد او المقابلة وعلى الجهة المنفذة تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية ، ...)) . وكذلك الفقرة (ثالثاً من المادة ذاتها) نصت بانه ((على الجهة المتعاقدة وبقرار مسبب فرض غرامات تأخيرية او إيقافها عند سحب العمل من المقاولين او المتعاقدين)) وبذات المعنى ينظر نص (البند ثانياً ورابعاً / من المادة 16) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2008 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي .

(3) ينظر في ذلك المادة (4) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة (كانوا الاستثمارية) لبناء مطار العلمين وهو منشور كملحق في مؤلف الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 431.

الفرع الثاني

الالتزام بالتشغيل وإدارة المرفق

تشغيل المشروع (O) operate وتعني تشغيل أو استغلال وهي المرحلة التالية لمرحلة البناء والتشييد وإكمال أعمال التجهيز أي تجهيز المرفق بما يلزمه من معدات وأدوات لإتمام عملية التشغيل وفي هذا الفرع سنبحث عدة مسائل ، وفي مقدمتها نبحت القواعد الأساسية في تشغيل وإدارة المرفق ثم بعد ذلك نبحت التزام المتعاقد مع الإدارة بالصيانة ، وأخيرا نعرض على التزام المتعاقد بنقل التكنولوجيا الحديثة للمرفق وتدريب العاملين على استخدامها ، اخذين بنظر الاعتبار إن مرحلة التشغيل هي من المراحل المهمة لكلا الطرفين ففي هذه المرحلة يحصد المتعاقد ثمار استثمار أمواله في العقد المبرم بينه وبين الإدارة بحصوله على رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق ، كما تظهر أهمية هذه المرحلة بالنسبة للإدارة المتعاقدة كونها المسؤولة أصلا عن تشغيل المرافق العامة وتقديم الخدمات للجمهور وعندما تتعاقد مع شخص من القطاع الخاص ليقوم بذلك فهي تحرص على استمرار سير المرفق بانتظام واطراد لتلبية حاجات الجمهور ، كما ان رقابتها على أداء المتعاقد معها تنصرف إلى الرقابة على الصيانة اللازمة للمرفق وموجوداته وعلى تدريب العمال المحليين لان مصير المرفق هو العودة إليها لذا تحرص على بقاءه بحالة جيدة .

أولا // القواعد الأساسية في إدارة المرفق العام :-

إذا كان موضوع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو إدارة مرفق فهذا الوضع يفرض علينا بحث القواعد الأساسية التي تتصل بسير المرفق العام وهي ملزمة لشركة المشروع صاحبة الامتياز بان تلتزم بها في مرحلة التشغيل .

- 1- مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد .
- 2- مبدأ مواكبة المرفق العام للظروف المستجدة .
- 3- مبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام .⁽¹⁾

1- مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد :-

أشرنا من قبل إلى ان انشاء المرفق العام يعني اقرار الجهات الادارية المختصة بان حاجة جماعية ملحة قد بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخلها لتوفيرها للمواطن ووسيلتها في ذلك هي اللجوء لقواعد القانون العام وهذا الوضع الطبيعي نظرا لأهمية المرافق العامة في

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البر زنجي وآخرون : مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 256 .

حياة المجتمع وصعوبة الحياة بدونها بل استحالتها في بعض الأحيان فمن الصعب تصور استمرار الحياة بشكل منتظم مع انقطاع خدمات مرفق الماء والكهرباء ، ... الخ ، لذا فالإدارة تكون حريصة على إدارة المرفق بنفسها وان عهدت الى غيرها بذلك فيكون الملتزم تحت رقابتها لتضمن بذلك سير المرفق العام بانتظام واطراد وهذا المبدأ تسوّغه الاعتبارات العملية والعدالة الاجتماعية ، ومبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام من المبادئ العامة التي استقر عليها القضاء الإداري في فرنسا ومصر دون حاجة لنص تشريعي وسائر الفقه القضاء الاداري باقراره بأهمية هذا المبدأ .⁽¹⁾

فالإدارة كسلطة عامة تملك وسائل تضمن بموجبها سير المرفق بانتظام وهذه الوسائل مستقاة من المبادئ العامة للقانون الإداري ، وتطبيقاتها متعددة مثل حق الادارة في الرقابة والتوجيه ، وحققها في تعديل بنود العقد ، وحققها في فرض جزاءات ادارية على المتعاقد معها اذا ما خالف بنود العقد وقصر في اداء التزاماته العقدية ، كما تملك إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل

انقضاء مدة العقد ، وكل هذه السلطات مقررة لمصلحة الإدارة لضمان السير المنتظم والمطرد للمرفق العام .⁽²⁾

وان مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد يعد من المبادئ الأساسية التي لا غنى عنها في اطار عقد التزام المرافق العامة ، بل ان هذا المبدأ يعد من النظام العام ولا يحتاج الى نص في العقد او القانون ليقرره بوصفه مبدأ من المبادئ العامة في القانون الاداري والتي لا غنى عنها في عقد الالتزام .⁽³⁾

ويترتب على هذا المبدأ عدة نتائج مهمة نعرض لها تباعاً وكما يأتي :-

أ- تنظيم إضراب الموظفين : يقصد بالاضراب هو امتناع الموظفين عن أداء عملهم مع تمسكهم بوظائفهم وفي الغالب يلجأ الموظفون لهذا الأسلوب من اساليب ابداء الرأي للتعبير عن سخطهم وعدم رضاهم لأمر معين او لتحقيق مطالب معينة ، وتظهر خطورة الاضراب في انه من الممكن ان يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام وشل حركته المنتظمة .⁽⁴⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، ص 307 .

(2) ينظر في ذلك مجيد مجهول درويش : ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2004 ، ص 92 وما بعدها ، وينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ أحكام العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر ، ص 165 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد مرغني خيري : الوجيز في القانون الاداري المغربي ، مطبوعات دار المغرب الرباط ، 1978 ، ص 209-210 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور هاني علي الطهراوي : القانون الاداري ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص 297 ، وينظر الدكتور محمد عبد الحميد ابو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 312 .

ولقد اختلفت التشريعات الوطنية من بلد لآخر في شأن تنظيم الإضراب بين من يبيح ذلك وبين من يحرمه ، فعلى صعيد التشريع العراقي نجد ان الدساتير العراقية قد خلت من نص صريح يبيح او يحرم الاضراب إلا في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الذي نص على ((للعراقي الحق بالتظاهر والاضراب سلمياً وفقاً للقانون))⁽¹⁾ اما عن دستور 2005 فقد تضمن معنى قريب من ذلك وان لم يكن مباشراً فقال ((تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والآداب / أولاً :- حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل ،...))⁽²⁾ ، اما قانون العقوبات العراقي فقد عاقب على الاضراب وعده جريمة فنص على ((1- يعاقب بالحبس ،... كل موظف او مكلف بخدمة عامة ترك عمله ولو بصورة الاستقالة او امتنع عمداً عن واجب من واجبات وظيفته او عمله ،... متى كان من شأن الترك او الامتناع ان يجعل حياة الناس او صحتهم او أمنهم في خطر ، او كان من شأن ذلك ان يحدث اضطراباً او فتنة بين الناس او اذا عطل مرفقاً عاماً / 2- ويعتبر ظرفاً مشدداً اذا وقع الفعل من ثلاثة اشخاص او اكثر وكانوا متفقين على ذلك او مبتغين منه تحقيق غرض مشترك))⁽³⁾.

وينتقد بعض الفقه العراقي النص العقابي اعلاه لانه يتعارض مع تصديق العراق على الاتفاقية الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتي نصت في مادتها الثامنة على حق الاضراب ، والتصديق على المعاهدة يعني صيرورتها جزءاً من القانون الداخلي ، الامر الذي يعني ان المشرع العراقي مدعو الى الغاء النص العقابي .⁽⁴⁾

اما عن موقف مجلس الدولة الفرنسي فيشار الى انه سبق المشرع هناك بتحريم الاضراب وجعله مسوغاً كافيّاً للفصل من الخدمة وقد تأكد ذلك في حكمه في قضية (Winkel)⁽⁵⁾ ، والذي تتلخص وقائعه في حصول اضطرابات في ادارة البريد عام 1909 فتدخلت الادارة بشكل قمعي وعزلت عدداً كبيراً من العاملين في دائرة البريد دون الالتزام بالقواعد الشكلية لتأديب الموظفين ومن اهم هذه القواعد الشكلية ضرورة توجيه انذار للموظف قبل فصله من الوظيفة ومن الموظفين من قدم طعناً لمجلس الدولة الفرنسي وكان منهم السيد

(1) ينظر في ذلك المادة (13) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الصادر في 8 / 3 / 2004 .

(2) ينظر في ذلك المادة (38 / أولاً) من دستور العراق لعام 2005 .

(3) ينظر في ذلك المادة (364) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .
(4) ينظر في ذلك الدكتور اسماعيل صمصاع البديري : مضمون الاضراب الوظيفي ، بحث غير منشور ، 2007 ، ص 19 ، ويشار الى ان العراق صادق على الاتفاقية الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في (3) كانون الثاني 1976 .

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (7/آب/1909) أشير اليه في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، مارسلون بروبسبيرجي بريان ، ترجمة الدكتور احمد يسري : منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1991 ، ص 117 .

((Winkel)) الذي قدم طعنه استنادا الى المادة (65) من قانون (22 / نيسان / 1905) والتي توجب الاخطار قبل الفصل ، الا ان مجلس الدولة الفرنسي رفض الطعن وأكد شرعية قرار الادارة للحفاظ على السير المنتظم للمرفق العام ، الا انه في مرحلة لاحقة وتحديدا عندما صدر دستور الجمهورية الرابعة والذي أكد على حق الموظفين في الاضراب في مقدمة الدستور التي جاء فيها ((لكل انسان ان يدافع عن حقوقه ومصالحه عن طريق العمل النقابي، وله ان ينظم للنقابة التي يختارها ، وممارسة حق الاضراب تكون داخل الإطار الذي تحدده القوانين المنظمة له))⁽¹⁾، عدل مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق فاقر بشرعية الاضراب في حكمه الصادر في قضية (Dehaene)⁽²⁾ ، ثم تأكد هذا الموقف في فرنسا بصور تشريع في (13 / تموز / 1963) اباح الاضراب كوسيلة للتعبير عن الرأي وفي الوقت ذاته حرم الاضراب الشامل الذي يؤثر في كافة عناصر المرفق ويؤدي الى تعطيل شامل له وفرض على النقابات التي تعتزم تنفيذ اضراب في غير هذه الحالة ابلاغ السلطات المختصة قبل (5) أيام على الأقل من التاريخ المحدد للقيام بالاضراب⁽³⁾ ، ويشار الى ان دستور فرنسا النافذ والصادر عام 1958 قد تبنى مقدمة دستور 1946 ما يعني ان الأحكام ذاتها والتي بينها اعلاه بقيت على حالها وبلاستناد لذلك صدر قانون (13/تموز/1963).

ب – تنظيم استقالة الموظفين : الاستقالة هي إفصاح الموظف عن رغبته في ترك العمل نهائيا وبالتالي فهي تختلف عن الاضراب الذي يعد امتناعا مؤقتا ، ولقد نظم المشرع العراقي الاستقالة في قانون الخدمة المدنية اذ نص على ان ((للموظف أن يستقيل من وظيفته بطلب تحريري يقدمه الى مرجعه المختص))⁽⁴⁾ ، والموظف الذي يقدم استقالته لا تنقطع علاقته الوظيفية بالمرفق مباشرة بل هي تستمر لحين قبول الاستقالة من قبل المرجع المختص لذا هو ملزم بالاستمرار بالعمل لحين قبول استقالته ، ولقد نص قانون الخدمة المدنية العراقي

(1) ينظر في ذلك مقدمة الدستور الفرنسي الصادر عام 1946 .

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (7 / تموز / 1950) أشير اليه في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص 401 ، ويشار الى ان مجلس الدولة بهذا الحكم اخذ طريقا وسطا بين اباحة الاضراب وبين مبدأ استمرارية عمل المرفق بانتظام واطراد لذا هو اعطى الحق للحكومة بوضع قيود على ممارسة الموظفين لحق الاضراب حتى تصدر السلطة التشريعية قانون تنظيم الاضراب بشكل كلي .

(3) أشار اليه الدكتور ماجد راغب الحلو : القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 1998 ، ص 423-424 . وينظر كذلك الدكتور محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 122 .

(4) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (35) من قانون الخدمة المدنية العراقي رقم (24) لسنة 1960 المعدل .

((2 - على المرجع ان يبيت في الاستقالة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ويعتبر الموظف منفكا بانتهائها الا اذا صدر امر القبول قبل ذلك. 3- اذا قدم الموظف اسقالته وعين فيها موعدا للقبول فيجوز قبولها من تاريخ ذلك الموعد او قبله))⁽¹⁾

ومن ثم يؤكد الفقه العراقي على ان الموظف هو من يملك الحق بتقديم طلب الى مرجعه المختص بارادته المنفردة وبورقة مكتوبة فلا يؤخذ بطلب الاستقالة الشفهي ولا يترتب عليه أي اثر ، ويجب ان تكون ارادة الموظف سليمة وخالية من العيوب او الضغوط ولا تنتهي خدمته الوظيفية الا بقرار القبول من المرجع المختص وليس له ترك العمل قبل صدور قرار القبول لانه سيتعرض للعقوبات الانضباطية⁽²⁾ ، وفي هذا الصدد نؤكد ان استقالة عدد كبير من الموظفين وبوقت واحد من شأنه ان يؤثر على السير المنتظم للمرفق العام ولذلك استقر الرأي على عدم

امكانية ان تصبح الاستقالة نهائية او ينقطع الموظف عن العمل الا بقرار قبولها من المرجع المختص⁽³⁾.

كما ان تركه للعمل قد يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات العراقي فقال ((يعاقب بالحبس ،...، كل موظف او مكلف بخدمة عامة ترك عمله ولو بصورة الاستقالة متى كان من شأن الترك او الامتناع ان يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر ،...))⁽⁴⁾

ج - الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة في حكم شهير له صادر في قضية (غاز بور دو) وهذه النظرية تهدف الى اعادة التوازن المالي للعقد الاداري الذي اختل بسبب الظروف الطارئ لذا فمن الضروري تدخل الادارة لتدفع تعويضاً للمتعاقد معها وحمايته من الافلاس فلو افلس سيتأثر السير المنتظم للمرفق العام وسنتكلم عن هذه النظرية في معرض بحثنا لحقوق المتعاقد مع الادارة⁽⁵⁾.

د - ومن نتائج مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام نظرية الموظف الفعلي : وهو ذلك

(1) ينظر في ذلك الفقرتان (2 ، 3) من المادة (35) قانون الخدمة المدنية العراقي رقم (24) لسنة 1960 المعدل ، ويشار الى انه قد صدر قرار من مجلس الانضباط العام العراقي يحمل الرقم (62/ 1972 بتاريخ 10/ 5/ 1972) اقر فيه المجلس استمرار العلاقة الوظيفية لحين قبول الاستقالة ، أشار اليه الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 374 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض : القانون الإداري ، مطبعة الفلاح ، الكويت ، 1989 ، ص 141-143 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم عبد العزيز شياح : مبادئ وأحكام القانون الاداري اللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، من دون سنة نشر ، ص 371.

(4) ينظر في ذلك المادة (1/364) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .
(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (30/ آذار/ 1916) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص 163.

الشخص الذي يتولى مهام الموظف الرسمي في ظروف معينة ويعترف القضاء بصحة تصرفاته رغم انه لم يعين تعييناً صحيحاً او ان تعيينه انتهى وعلاقته الوظيفية بالادارة انقطعت وهي نظرية أرساها مجلس الدولة الفرنسي للحفاظ على دوام سير المرافق العامة بانتظام في الظروف الاستثنائية و العادية ، ففي الظروف الاستثنائية يحدث ان يغيب او يفر الموظف الرسمي لأي سبب كان فيقوم شخص ما دون تخويل بمهامه دون سند شرعي ليؤمن سير المرفق العام بانتظام ولذا عد القضاء الاداري الفرنسي تصرفاته صحيحة ومنتجة للأثار القانونية على اساس (حالة الضرورة) ، كما في حكم المجلس في قضية (Laurent Dames dol et)⁽¹⁾ ، أما في الظروف العادية يحدث ان تصدر تصرفات من بعض الأفراد رغم كونهم ليسوا موظفين ويعترف القضاء الاداري الفرنسي بصحتها اخذاً بفكرة الظاهر وحماية الطرف الآخر حسن النية الذي تعامل مع مدعي الوظيفة العامة وقد سماها مجلس الدولة الفرنسي بنظرية (الموظف الظاهر) كما في حكمه في قضية (Dame cachet) والسبب كذلك في اعترافه بصحة تصرفات مدعي الوظيفة العامة هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽²⁾.

2- مبدأ مواكبة المرفق للظروف المستجدة :-

ويقصد بهذا المبدأ ضرورة استجابة القواعد المنظمة لعمل المرفق العام للتطور والتغيير الذي يحصل في الحياة الاجتماعية وما ينتج عنه من تغيير في الاحتياجات الاجتماعية وضرورة مسايرة المرفق لهذه التغييرات تحقيقاً للمصلحة العامة ، فالإدارة بوصفها المدافع عن المصلحة العامة يمكنها وبحسب ما يقرره هذا المبدأ ان تعيد النظر في القواعد التي تحكم سير العمل في المرفق العام والارتقاء بها الى الأفضل فلها مثلاً تغيير وسيلة استغلال المرفق والزام المتعاقد معها على استخدام التقنيات الحديثة او الوسائل التكنولوجية المتطورة لمسايرة تطور حاجات المجتمع دون ان يحتج عليها بوجود حقوق مكتسبة لمصلحة الملتزم او الغير⁽³⁾.
ويترتب على قاعدة مواكبة المرفق للظروف المستجدة الآثار الاتية :

أ - تعديل مركز الموظفين العموميين : الأصل ان علاقة الموظف بالادارة علاقة قانونية

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (28/ شباط /1919) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص178 ، وكذلك الدكتور هاني علي الطهراوي : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص308-309
- (2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (3/ تشرين الثاني /1922) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص209.
- (3) ينظر في ذلك الدكتور محمد محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص123-124.

ومركزه تنظيمي تحكمه مجموعة القواعد القانونية المقررة في قوانين الخدمة المدنية وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية بقولها ((ان مركز الموظف هو مركز تنظيمي وعلاقة الحكومة بموظفيها هي علاقة تنظيمية عامة تحكمها القوانين والانظمة))⁽¹⁾ ، وان مبدأ مواكبة المرفق للظروف المستجدة هو الذي يسوّغ تعديل المركز الوظيفي لموظفي المرفق وليس لهم التمسك بالنظام الوظيفي المعمول به وقت التعيين بدعوى ان لهم حقا مكتسبا بذلك.⁽²⁾

ب - تعديل بنود العقد : العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بمميزات لا مثيل لها في العقد المدني ومن اهمها امكانية ان تعدل الادارة بنود العقد بارادتها المنفردة لتجعل من العقد اكثر اتفاقا مع الظروف المستجدة ولقد نص على هذا الحق المشرع المصري صراحة بقوله ((لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه اركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام او قواعد استغلاله ،...))⁽³⁾ اما في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فمن المتفق عليه هو ان الادارة تملك سلطة التعديل كاملة الا انها يجب ان تراعي في استخدامها حق المتعاقد معها بالتعويض نظرا لخصوصية هذا العقد الذي يمتد لمدة طويلة وينفق في سبيل اتمامه المتعاقد معها مبالغ كبيرة.⁽⁴⁾

ج - اثر استجابة المرفق العام للظروف المستجدة على حقوق المنتفعين : المنتفعون بخدمات المرفق ليس لهم الاعتراض على تعديل الادارة لبنود العقد استجابة للظروف المستجدة فهم لا يملكون الحق بان يتمسكوا بحقوق مكتسبة على خدمات المرفق لانهم لو كانوا في مركز تنظيمي فالادارة تملك تعديله في أي وقت وليس لهم الاعتراض على ذلك اما ان كانوا في مركز تعاقدى فالادارة تملك تعديل بنود العقد بما ينصرف لعلاقة الملزم بالمنتفعين عن طريق تعديل بنود العقد المتصلة بكيفية تقديم خدمات المرفق⁽⁵⁾ ، ولا يرد على سلطة الادارة هذه الا قيدان هما :

- ان قرار التعديل ينبغي ان تنصرف آثاره للمستقبل فقط فتعديل تعريفة الكهرباء مثلا تنصرف الى المستقبل وليس للادارة تعديل التعريفة لما مضى من الوقت واستيفاء مبالغ عن مدد سابقة على التعديل .

- ان يكون دافع الادارة الى التعديل هو تحقيق المصلحة العامة لانها لو ابتغت غير ذلك

- (1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (275/ح/965 في 12/7/1965) أشار اليه الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون :مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص261.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : المصدر نفسه ، ص261-262 .
- (3) ينظر في ذلك المادة (5) من القانون رقم 129 بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
- (4) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص149-150 .
- (5) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي : مبادئ القانون الاداري ، بغداد ، 1996 ، ص97 ، وكذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص443 وما بعدها .

يكون قرارها عرضة للطعن به امام القضاء الاداري الذي يملك حق الغائه⁽¹⁾.

3- مبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام :-

ويعد مبدأ المساواة بين الناس من اهم المبادئ التي أكدتها الاديان السماوية واعلانات حقوق الانسان والداستاتير الوطنية ، قال تبارك وتعالى: ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى

وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ))⁽²⁾.

ولقد نص الاعلان العالمي لحقوق الانسان على ((لكل انسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الاعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر او اللون ، او الجنس او اللغة ، او

الرأي السياسي ، أو أي شيء آخر ، أو الاصل الوطني والاجتماعي ، أو الثروة أو الميلاد ، أو أي وضع آخر ، دون أي تفرقة بين الرجال والنساء))⁽³⁾ . وكذلك نص الدستور العراقي الحالي على هذا الحق ((العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي))⁽⁴⁾ . والمساواة في خدمات المرفق تشمل جميع المواطنين وتعد امتداداً لمبدأ مساواتهم في الحقوق والواجبات وهذا يعني مساواتهم في خدمات المرافق العامة دون أي تمييز مع الأخذ بنظر الاعتبار امكانيات المرفق وظروف المنتفعين الخاصة⁽⁵⁾ . ومبدأ المساواة لا يمنع من السماح للمتعاقد مع الادارة من وضع قواعد وتعليمات يجب ان يلتزم بها من يرغب في الحصول على خدمات المرفق كذلك مبدأ المساواة لا يمنع من فرض رسوم لقاء الحصول على خدمات المرفق ، وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قلنا هو عقد التزام مرفق عام وبالتالي هذه المبادئ تنطبق عليه فينبغي على شركة المشروع ان تساوي بين الافراد في تلقي الخدمات وان لا تمتنع عن تقديم خدماتها لفرد او شريحة اجتماعية معينة متى توافرت فيهم شروط الانتفاع بالخدمة ، وان يلتزم - شركة المشروع -

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 171-172 ، وكذلك الدكتور عمرو فؤاد بركات : مبادئ القانون الاداري ، شركة وحيد رأفت للطباعة ، الاسكندرية ، 1985 ، ص 208 .
- (2) الآية (13) من سورة الحجرات وقال النبي محمد صلى الله عليه واله وسلم ((الناس سواسية كأسنان المشط)) وقال أيضاً ((كلكم لآدم وادم من تراب)) .
- (3) المادة (2) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10 / 12 / 1948 .
- (4) ينظر في ذلك المادة (14) من دستور العراق الحالي الصادر عام 2005 .
- (5) ينظر في ذلك الدكتور محمد محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 120 - 121 وينظر الدكتور ماهر صالح علاوي : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 98 .

في هذا العقد وخلال مدة العقد يقع عليه التزام كفالة استقرار وانتظام الخدمة التي يقدمها المرفق كما ان الادارة تملك ان تلزم المتعاقد بان يطور اسلوب عمله لمسايرة التطورات الحاصلة لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد .

ثانياً // التزام المتعاقد مع الادارة باجراء الصيانة :-

وتظهر اهمية هذا الالتزام في ان المرفق محل الالتزام سيؤول الى الادارة المتعاقدة بعد انقضاء مدة العقد بدون مقابل فالادارة تستفيد من موجودات المرفق سواء كانت معدات ام آلات ام غيرها لادارة المشروع والاستمرار في تقديم الخدمات للافراد ولذلك أحدى أهم التزامات المتعاقد في مرحلة التشغيل هو التزامه بالصيانة للمحافظة على مقومات المرفق وبقيائها بحالة جيدة لحين نقل ملكيتها للادارة⁽¹⁾ .

ولقد نص على هذا الالتزام القانون المصري بالقول ((يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام ،...))⁽²⁾ ، وهي تدل دلالة قاطعة على التزام المتعاقد بالصيانة ، وينبغي ان تكون الصيانة بجدول دوري حتى تبقى موجودات المرفق بحالة جيدة ، ولضمان ذلك تلجأ الادارة الى تضمين العقد شرطاً يشير الى التزام المتعاقد بالصيانة بشكل منتظم ودوري ، كما ان للادارة ان تفرض رقابة دورية على المتعاقد معها لضمان تنفيذ التزامه بالصيانة واذا ما خلا العقد من نص ينظم موضوع الصيانة فالمتعاقد ملزم بموجب العرف السائد المنظم لاصول المهنة بان يقوم بالصيانة المنتظمة للمشروع ، وذلك لان من مصلحة المتعاقد القيام بالصيانة للمحافظة على المعدات وادامتها كما ان المتعاقد مع الادارة يرتبط بالتزامه بالصيانة التزام آخر مفاده ان يطور المشروع من خلال استعمال احدث التقنيات التكنولوجية والمعدات المتطورة لضمان تقديم اكفا الخدمات للمنتفعين

الامر الذي ينعكس ايجابيا لصالحه من خلال زيادة مستخدمي المرفق ويساعده على الحصول على رسوم أكثر تساهم في سد نفقاته وتحصيل الارباح (3) ومن الثابت في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ان المتعاقد مطالب بالتسليم ونقل ملكية موجودات المرفق للإدارة المتعاقدة ، لذا فمن مصلحة الإدارة ان تكون جميع أصول المشروع بحالة جيدة ، ويمكن للإدارة ان تطلب من المتعاقد تعهد يقضي بسلامة جميع

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص 94-98 ، وكذلك الدكتور علي خطر شطناوي : الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل : عمان ، 2003 ، ص 705
 - (2) ينظر في ذلك المادة (4) من القانون رقم (3) لسنة 1997 الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري .
 - (3) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 150-151 .
- موجودات المرفق ويسري هذا التعهد لمدة معينة يلتزم بها المتعاقد بضمان موجودات المرفق وكل هذا مرهون بوجود نص في العقد يعطي للإدارة الحق بطلب الضمان لمدة معينة بعد تسليم المرفق وإذا تعهد المتعاقد مع الإدارة باعطاء هذا الضمان فهذا يعني التزامه بالصيانة ولا يستطيع إهمال الصيانة أو التهرب منها لأن الضمان سيحول دون ذلك وبالأخص عندما تشرف مدة العقد على الانقضاء فإن المتعاقد قد يقصر بالتزامه بصيانة موجودات المرفق فإن وجد الضمان فلن يهمل ذلك (1).

ثالثا // التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا الحديثة للمرفق وتدريب

العاملين :- فمن الثابت ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتمد بشكل كبير على استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة ولهذا السبب تكون المناقصة في مثل هذا العقد مناقصة ذات طابع دولي (تذوب فيها اعتبارات الجنسية) وتشترك في المناقصة شركات كبرى عالمية ، تملك الوسائل التقنية والفنية والتكنولوجية المتطورة والتي تؤهلها لتولي مثل هذه المشاريع الضخمة ، بل ان الإدارة قد تفرض على المتعاقد معها استخدام اساليب تقنية معينة تساعد الدولة على تحقيق برامج التنمية الاقتصادية ، او تشترط على الشركة ان يكون العاملون لديها من مواطني وموظفي الدولة مانحة الالتزام وبنسبة مئوية معينة قد تصل الى أكثر من (90%) وهذه النسبة تحدد باتفاق الطرفين في العقد للحصول على كوادر مدربة على استعمال التقنيات الحديثة (2).

ونجد ان هيئة الأمم المتحدة اعدت مشروع قانون يعرف بـ(السلوك لنقل التكنولوجيا) عرفت به نقل التكنولوجيا بأنه نقل معلومات فنية تستعمل في انتاج السلع او في تطبيق طريقة او تقديم خدمات ، ثم ذكر جملة من الامثلة على ذلك منها ((1- عناصر الملكية الصناعية ، كحقوق الاختراع والرسوم والنماذج ،....)) (3).

ويعد نقل التكنولوجيا (التقنية المتقدمة) أهم الاهداف التي تسعى الدول النامية الى تحصيلها من عملية التعاقد ، وبما ان الشركات الكبرى العالمية لها باع طويل في التقدم العلمي والتكنولوجي لذا تسعى الدول النامية الى التعاقد معها لنقل الاساليب الحديثة اليها وبذلك تحقق التنمية الاقتصادية التي تعد ضالة هذه الدول ، ويعرف نقل التقنية بأنها عملية نقل الحقوق الفكرية والصناعية بجميع عناصرها التي يمكن ان تكون محلا للبيع او الشراء او

- (1) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 110-111 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مصدر سابق ، ص 306-307 ، وكذلك الدكتور محمد عبد المجيد اسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، مصدر سابق ، ص 66 ، وكذلك غسان عبيد محمد : عقد الاستثمار الأجنبي للعقار ، مصدر سابق ، ص 69 .
- (3) أشار اليه الدكتور الياس ناصيف : عقد مفتاح في اليد ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 1999 ، الجزء الرابع من سلسلة الأبحاث القانونية ، ص 90-91

هي المجموع الكلي للمعرفة العلمية المكتسبة والخبرات المستخدمة في تطوير اساليب العمل والانتاج والخدمات ، وتعد التكنولوجيا قابلة للتداول كغيرها من الاموال المنقولة او المعنوية وهي تشمل براءة الاختراع ، والمعرفة المسجلة او غير القابلة للتسجيل وفقا للقوانين التي تنظم براءة الاختراع (1).

وتعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مدخلا طبيعيا لنقل التكنولوجيا المتطورة للبلد المضيف نظرا لارتباط العقد بالمرافق العامة المتصلة بحياة الناس اليومية وطول مدة العقد وضخامة الاموال المستثمرة في هذا النمط من العقود مما يدفع الملتزم - شركة المشروع - الى الاستعانة بأحدث التقنيات التكنولوجية والعمل على تطوير المشروع بشكل مطرد وتتمثل التكنولوجيا المتطورة في العقد موضوع البحث في استعانة الملتزم بأحدث الوسائل والتقنيات عند وضعه للتصاميم والرسومات ومواصفات المواد المستخدمة في المشروع وتوضع هذه المعلومات في (كاتلوكات) وتنقل للدولة المضيفة وتلحق صور منها بالعقد لتسلم للدولة كما تلتزم شركة المشروع بوضع شرح تفصيلي للتقنيات التي استعملتها بصورة ملاحق تبين فيها ما استعملته من آلات ومعدات متطورة وتنقل كلها للدولة بوضع تصاميم المشروع وخرائطه وتجهيزاته واسرار الانتاج والتشغيل وكيفية تشغيلها وصيانتها وكل ما يتعلق بها تحت تصرف الدولة المضيفة وان في النقل في بعض الاحيان يستوجب تدريب عاملي الدولة عليها لتتم عملية نقل التكنولوجيا ولتتمكن الادارة من عملية ادارة المرفق بعد انقضاء مدة العقد (2).

ولقد تضمن القانون العراقي بعض المبادئ التي تصلح ان تكون قاعدة لتشجيع القطاع الخاص لكي يستثمر أمواله داخل البلد ونقل التقنيات الحديثة والاساليب التكنولوجية المتطورة الى المشاريع المنفذة فقد نص قانون الاستثمار على انه ((يهدف هذا القانون الى ما يأتي :

أولا : تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الإنتاجية والخدمية وتنويعها .

ثانيا : تشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة باحكام هذا القانون في الاسواق المحلية والأجنبية .

(1) ينظر في ذلك صالح بن عبد الله : المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز البحوث والدراسات الادارية ، معهد الادارة العامة ، السعودية ، 1998 ، ص207-209 ، وكذلك الدكتور بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق ، ص57 ، وكذلك وفاء فريد : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، 2005 ، ص131 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد ال-B.O.T ، مصدر سابق ، ص277-279

ثالثا : تنمية الموارد البشرية حسب متطلبات السوق وتوفير فرص عمل للعراقيين،... (((1).

كما بين القانون بان اهم التزامات المستثمرين في العراق ما يأتي ((...، تدريب مستخدميه من العراقيين وتأهيلهم وزيادة كفاءتهم ورفع مهاراتهم وقدرتهم وتكون الأولوية لتوظيف واستخدام العاملين العراقيين)) (2).

ونرى ان قانون الاستثمار العراقي بما أورده من مبادئ تعزز دور القطاع الخاص وتؤسس لاقتصاد عراقي جديد يعتمد على قوى السوق والاقتصاد الحر خطوة أولى في الاتجاه الصحيح الا ان هذا القانون في بعض أحكامه لا يتلاءم مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه امتداداً لعقد المرافق العامة أي انه عقد اداري بطبيعته وبالتالي لا غنى من صدور قانون عراقي يعالج هذا النمط من العقود.

الفرع الثالث

الالتزام بالتسليم ونقل الملكية

نقل الملكية للجهة الادارية هي المرحلة الأخيرة من عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (transfer) تعني تحويل او تسليم او نقل الملكية وهي تعبر عن آخر مرحلة من التزامات المتعاقد مع الادارة والمتعلقة بموضوع العقد ، حيث ان نقل الملكية يعني قيام المتعاقد بتحويل

أصول المشروع الثابتة والمنقولة للجهة الادارية مانحة الالتزام بعد انقضاء مدة العقد دون مقابل فالمرفق يعود للدولة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (3) ونقل الملكية يكون لمصلحة الجهة المتعاقدة او أي جهة اخرى تحددها الجهة المتعاقدة لذا هذه المرحلة تبرز اهمية تحديد مدة الالتزام لان عدم تحديدها يثير منازعات وخلافات بين الطرفين المتعاقدين (4).

وموقف المشرع المصري من تحديد مدة الالتزام ومن التزام المتعاقد بالتسليم في غاية الوضوح فقد نص القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة في مادته الأولى بان لا تتجاوز مدة التزام المرافق العامة المتعاقد بشأنها عن (30) عاماً ثم بعد ذلك صدرت قوانين منظمة لعقد التزام المرافق العامة بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وكان لها

(1) ينظر في ذلك المادة (2) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 .
(2) ينظر في ذلك الفقرة (ثامناً) من المادة (14) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 .
(3) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن سيد احمد : دور السلطة التشريعية في الرقابة على الاموال العامة ، مصدر سابق ، ص 293 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T مصدر سابق ، ص 109 – 110 .
موقف خاص من تحديد المدة ومن الالتزام بالتسليم فنص قانون منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول على انه (... ، ب – ان لا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة) (1) كما نص على ((يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام وتؤول جميعها الى الدولة في نهاية مدة الالتزام ، دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال)) (2)

كما نص القانون الخاص بمنح التزام الموانئ التخصصية على (...، ان تؤول جميع المنشآت الى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه واحكامه او تعديلها في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص)) (3).

من استقراء هذه النصوص وآراء بعض الفقه المصري الذي فسرها نجد ان من المراحل المهمة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي مرحلة التسليم ونقل الملكية فالتسليم ينصب على المرفق وارض المشروع التي أقيم عليها لانها اصلاً مملوكة للإدارة ولم تنتقل ملكيتها للملتزم ، اما عن نقل الملكية فيقصد به نقل ملكية ما أحدثه المتعاقد من زيادات أي ما نفذه من بناء وإنشاءات وما جهز به المرفق من آلات ومعدات واساليب تقنية وتكنولوجية والتي استخدمها طوال مدة التشغيل فعند انقضاء مدة العقد يكون ملزماً بنقل ملكية ما أحدثه من زيادات للإدارة دون مقابل (4).

وقد لاحظنا اعلاه عند بحثنا التزامه بالصيانة (أي المتعاقد) ان المشرع المصري يلزمه بالصيانة لكي تبقى موجودات المرفق بحالة جيدة بما يسمح للإدارة من استغلال المرفق والاستمرار في تشغيله وتقديم الخدمات للمنتفعين ، كما نلاحظ ان التشريع المصري اشترط ان يكون تسليم الموجودات دون مقابل لان المتعاقد قد استلم المقابل خلال مدة العقد التي سمح له فيها باستغلال المرفق مالياً من خلال تقديمه الخدمات للمنتفعين مقابل رسوم تحدد بالاتفاق بينه وبين الادارة وتخضع للغة التغيير بتغير الظروف المحيطة بالمرفق والمصاحبة لعملية

(1) ينظر في ذلك الفقرة (ب) من المادة (1) من القانون رقم (3) لسنة 1997 الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري
(2) ينظر في ذلك المادة (4) من القانون رقم (3) لسنة 1997 الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري .
(3) ينظر في ذلك الفقرة (ز) من المادة (4) مكررة من قانون الموانئ التخصصية المصري رقم (22) لسنة 1998 والمعدل للقانون رقم (1) لسنة 1996 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص 278 .
تنفيذ العقد الأمر الذي يسمح له باسترداد ما أنفقه من نفقات وتحقيق الربح .

ويرى احد المختصين ان تسليم المرفق ونقل ملكية موجوداته بلا مقابل ليست قاعدة عامة اذ من الممكن للمتعاقد مع الادارة ان يتفق معها على ان تدفع له تعويضا ، اذ انه لا يستحق هذا التعويض الا اذا اتفق مع الادارة على استحقاقه ، كما ان الادارة قد ترى ان من المصلحة استمرار شركة المشروع بادارة المرفق فتجدد العقد معها باتباع ما نص عليه العقد من اجراءات عند التجديد ، اما اذا لم يتوقع تجديد العقد لمدة اخرى فيعقد اتفاق جديد بين الجانبين نظرا لما تتمتع به شركة المشروع من مؤهلات لادارة المرفق العام .⁽¹⁾

كما يتفق بعض الفقه المصري على ان مسؤولية المتعاقد لا تنتهي عند تسليم المرفق ونقل ملكية موجوداته للادارة بحالة جيدة وقابلة للاستمرار بالعمل ، بل قد يمتد التزامه لمدة أطول من ذلك على شكل ضمان لمدة معينة اذا ما اتفق الطرفان على ذلك في العقد ، وهذا الضمان قد ينصرف الى الابنية التي اقامها الملتزم او ضمان المنشآت والمعدات والاجهزة وغيرها ، وان تضمن العقد شرطا يقضي بضمان المعدات او الابنية لمدة معينة بعد نقل ملكيتها يعد بلا شك محققاً لمصلحة الادارة لانه سيحول بين الملتزم وبين توريد أنواع رديئة او اهمال صيانة ما اورده من معدات لانه يعلم بانه مسؤول عن عملها حتى بعد نقل ملكيتها للادارة المتعاقدة⁽²⁾ ، وفيما يتعلق بالعاملين في المرفق محل العقد فأنهم قد يكونوا من مواطني الدولة او اجانب وفي كلا الحالتين من مصلحة الادارة الابقاء عليهم كونهم ايدي عاملة مدربة يمكنها ادارة المرفق بعد انتقاله للادارة .

اذن مرحلة التسليم ونقل الملكية هي خاتمة التزامات المتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وينتهي العقد بتسليم المرفق ونقل ملكية جميع أصول المشروع العقارية والمنقولة التي شيدها الملتزم اثناء مرحلة التشييد واستخدامها اثناء مرحلة التشغيل فملكيتها تنحصر فيما أحدثه من زيادات اما ملكية المرفق فهي ثابتة للادارة كما ان الادارة تتلقى ملكية الزيادات خالصة فهي غير مسؤولة عن ديون المتعاقد ، الا اذا نص العقد على خلاف ذلك ، كما ان الادارة يمكنها ان تجدد العقد مع الملتزم ذاته باتباع ما نص عليه العقد – عند احتوائه شرطاً ينظم التجديد – او بابرام اتفاق جديد كما بينا اعلاه ونحن نرى ان العقد الجديد ليس عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية بل هو عقد التزام مرافق عامة طبيعي والسبب في ذلك ان من اهم واخص خصائص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو قيام المتعاقد مع الادارة ببناء المرفق وتجهيزه ثم ادارته اما في التجديد فيقوم بالادارة فقط الا اذا اتفق الطرفان على ان يقوم المتعاقد باعمال بناء اضافية او اعمال تحديث المرفق ففي هذه الحالة يعد العقد الجديد

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص152-153 .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص110 ، وكذلك ينظر الدكتور عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص301 .

عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية والسبب في ذلك يعود الى اننا ذكرنا ان لهذا العقد صوراً عدة منها عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T)

(Modernize , Ownership , Operate and Transfer)

فمرحلة البناء في هذا العقد تتمثل في قيام المتعاقد بتحديث المرفق وادخال التقنية الحديثة والاساليب التكنولوجية المتطورة الى المرفق ثم يقوم بادارته ونقل ملكيته في نهاية المدة الثانية .

المطلب الثاني

التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا

من النتائج المسلم بها ان العقد الاداري تحكمه قواعد تختلف عن تلك القواعد المنظمة للعقد المدني ، لان العقد الاداري كوسيلة تستخدمها الادارة لاشباع الحاجات العامة وذلك بان تعهد للمتعاقد معها بادارة احد المرافق العامة ويكون من أهم التزامات المتعاقد مع الادارة في العقد الاداري الحرص على سير المرفق العام بانتظام واطراد بوصفه معاوناً ونائباً عن الادارة المسؤولة اصلا عن ادارة المرفق ولكي تضمن الادارة ذلك نجد ان القانون العام اقر لها مجموعة

من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها لضمان السير المنتظم للمرفق وتستخدم الادارة هذه السلطات عندما يخالف المتعاقد معها التزاماته العقدية ونحن من خلال هذا المبحث نسعى الى بيان اهم التزامات المتعاقد في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وفي هذا المطلب نبين احد هذه الالتزامات ألا وهو التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا فلا يجوز له ان ينيب غيره في ذلك ، وسندرس هذا المطلب بعد تقسيمه على فرعين في الفرع الأول نسلط الضوء على مفهوم الاعتبار الشخصي وفي الفرع الثاني نبين اثر التنازل عن العقد او التعاقد عليه من الباطن مبينين اهم الآثار القانونية المترتبة على ذلك سواء وافقت الادارة على التنازل والتعاقد من الباطن ام لم توافق من خلال ما يأتي :

الفرع الأول

اثر فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد

أولاً // مفهوم مبدأ الاعتبار الشخصي:

يقع على عاتق المتعاقد مع الادارة التزام أصيل هو تنفيذ العقد شخصيا وليس له ان ينيب غيره في ذلك لان مبدأ الاعتبار الشخصي من المبادئ المتعارف عليها في القانون العام ، ففي العقود الادارية عموما وعقد الالتزام على وجه الخصوص يسود مبدأ مهم هو ضرورة تنفيذ العقد من المتعاقد مع الادارة شخصيا ، والسبب في اشتراط التنفيذ الشخصي للعقد لان الادارة عندما تعاقدت مع الملتزم واختارته دون غيره لم يكن اعتباطا بل هو اختيار راجع لصفاته وقدراته الشخصية والتي تعد مؤهلات في شخص المتعاقد مع الادارة ذات طبيعة فنية ومالية وقانونية تضمن بها الادارة حسن تنفيذ العقد وتحقيق الغاية من وراء ابرام العقد الا وهي تحقيق المصلحة العامة.⁽¹⁾

ويقصد بمبدأ الاعتبار الشخصي ان شخصية احد المتعاقدين او كليهما محل اعتبار وعدّها عنصرا جوهريا في التعاقد ، ففي العقود المدنية يمكن تلمس هذا المبدأ بوضوح والذي يعرف بمبدأ الاعتبار الشخصي في العقود المدنية ويقصد به الاعتراف بشخص احد الطرفين المتعاقدين او بصفة من صفاته دون مراعاة شخص المتعاقد الآخر او صفاته ، وفي الوقت ذاته فالاعتبار الشخصي يطبق على العقود الادارية ويقصد به ان شخص المتعاقد او صفاته محل اعتبار وهي قاعدة مطردة في العقود الادارية كافة بغض النظر عن نوع العقد سواء كان عقد اشغال عامة ام عقد امتياز ام توريد.⁽²⁾

ويرى بعض الفقه العراقي ان المتعاقد مع الإدارة سواء نفذ العقد بمفرده أم استعان بالآخرين فإنه في كل الأحوال يكون مسؤولا مسؤولية شخصية ومباشرة تجاه الادارة المتعاقدة بما في ذلك الجزء من الاعمال التي عهد بتنفيذه للغير – مقال ثانوي – لان الأخير غير مسؤول أمام الإدارة مباشرة لعدم وجود رابطة عقدية مباشرة بينه وبين الادارة والسبب يعود الى ان العقد المبرم بين الملتزم والمقاول الثانوي يعد عقدا مدنيا لا إداريا أي عدم ارتباطه بالادارة مباشرة وان كان موضوع عقده يرتبط بالعقد الاداري ، كما ان المتعاقد مع الادارة اذا

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف: فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص12 ، والدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد

الاداري ، مصدر سابق ، ص 810 – 814 ، وكذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض : العقود الادارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، جامعة الكويت ، 1977، ص 172.
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية، دار الثقافة الجامعية ، 1991 ، ص 47 – 49 .

كان أكثر من جهة أي مجموعة اشخاص متضامنين فان الادارة تملك الرجوع عليهم باجمعهم وبذلك تتسع دائرة الضمان لتكون فرصة الادارة في استيفاء حقها مضمونة أكثر.⁽¹⁾
وفي هذا الصدد تجدر الإشارة الى الخلاف الفقهي الذي أثير في فرنسا فيما يتعلق بمدى الاعتداد بمبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الادارية المختلفة ، فالفقيه الفرنسي (جيز) يرى ان الالتزام بمبدأ الاعتبار الشخصي لا يكون بالدرجة ذاتها بالنسبة لكل العقود الادارية ، ويعلل ذلك بالقول ان هذه الفكرة تعد أكثر ارتباطاً بالمرافق العامة فمن المنطقي ان يرتبط تطبيقها بمدى صلة المتعاقد بالمرفق العام ، بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام ويتمثل ذلك في عقد التزام المرافق العامة ويؤكد الفقيه (جيز) ان القضاء الاداري يلتزم بتلك القاعدة بغاية الصرامة في مجال عقد الالتزام نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون ادارته ، اذ ان سير المرفق موضوع الالتزام بنحو من الاستمرارية والاطراد يعتمد على القدرات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة وتتأكد هذه الحقيقة بالنظر إلى ان عقد الالتزام في الغالب يبرم بطريق الممارسة حيث يكون للإدارة هامش حرية اكبر في مراعاة المؤهلات الشخصية للمتقدمين للتعاقد معها ، في حين يرى الفقيه (دي لوبادير) ان القضاء لا يؤيد ما ذهب إليه الفقيه (جيز) على الأقل فيما يتعلق باعمال هذه القاعدة في مجال تنفيذ العقود الادارية ، بمعنى ان القضاء يطبق فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الادارية دون تمييز عقد الالتزام عن غيره فكل العقود الادارية متساوية في انها تتطلب مؤهلات شخصية حدت بالادارة الى ابرام العقد مع المتقدم بعتاء اليها.⁽²⁾

ويذهب بعض الفقه المصري الى القول بان ((اساس قاعدة الاعتبار الشخصي تؤكد رأي الفقيه جيز وذلك ان الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بابرام العقد الاداري واثاره لا يشكل هدفا في حد ذاته بقدر ما يكون وسيلة تتمكن بها الادارة من ضمان تنفيذ العقد الاداري على نحو تحقيق النفع العام ومصلحة المرفق)).⁽³⁾

والالتزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية بنفسه يعد من المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية وبالتالي هذا الالتزام واجب على المتعاقد حتى ولو لم ينص عليه صراحة فهذا المبدأ يعد من مقتضيات تنفيذ العقد الاداري بحسن نية وقد اكد القضاء الاداري هذا المعنى في أكثر من مناسبة نذكر منها حكم المحكمة الادارية العليا المصرية ((.... ، من المسلمات ان يقوم

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص 16 – 17 .
(2) A.de laubadere : traite throrique et pratique des contrats administratifs , tome2 .
والدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي . Paris. L.G.D.J. 1956 . p 100 .
في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 21-22.
(3) ينظر في ذلك مؤلف الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 50 .

المتعاقد بنفسه بالتنفيذ ، فالتزامات المتعاقد مع الادارة التزامات شخصية لا يجوز له ان يحل غيره فيها....)⁽¹⁾

ويوصف هذا الالتزام بانه التزام بنتيجة وليس التزام ببذل عناية وهذا يعني ان الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يلتزم بتحقيق نتيجة وهي بناء المرفق وادارته ولا تبرأ ذمة الملتزم الا بالوفاء بالعمل موضوع العقد كاملاً او اذا اثبت ان عدم وفائه بالعمل راجع لسبب لا يد له فيه.⁽²⁾ ، وقد حدد الفقه مجموعة معايير تأخذها الادارة بنظر الاعتبار في بحثها عن متعاقد كفوء وهي على الوجه الاتي :-

1- الكفاية المالية : ان يسر المتعاقد مع الادارة وكفاءته المالية هي خير ضمان لتنفيذ العقد وبالأخص اذا ما علمنا ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يحتاج الى إمكانيات ضخمة وهذا يعني ان كفاءة المتعاقد المالية ستلعب دوراً حاسماً في اداء الملتزم لواجباته العقدية .

2- الخبرة الفنية : فمؤهلات المتعاقد وخبرته وإمكانياته التقنية هي من افضل الوسائل الضامنة لتنفيذ العقد باحسن صورة ، وفي العقد موضوع الدراسة ذكرنا حاجة المشروع إلى احدث الوسائل التكنولوجية والتقنية لتسهيل عملية إنشاء المرفق ثم إدارته وتشغيله بما يعود بالخير على الاقتصاد الوطني .

3- الخلق والسمعة والخبرة السابقة : اغلب القوانين المنظمة للمناقصات العامة تنص على هذا المعيار فتشترط ان يكون المتعاقد معها ذا سجل مرض وان لا يكون ممن عرف عنه استخدام وسائل تنطوي على الغش والخداع والتضليل مع رجال الإدارة في تعاقدات سابقة .

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (1109 ، 28 / 12 / 1963) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات من (1955-1965) المكتب الفني ، ص 1065.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : الالتزام بوسيلة الالتزام بنتيجة في التعاقد مع الادارة ، بحث منشور في مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية ، العدد الأول السنة الأولى ، 2006 ، ص9 ، والالتزام بنتيجة معينة من أمثلته اذا تعهد شخص لآخر ببناء دار خلال مدة معينة او القيام بعمل من اعمال البناء او الهدم خلال مدة معينة ويسمى التزام بنتيجة لانه حدد بالكمية والمقدار وكذلك حدد الوقت او مدة انجازه ، اما الالتزام بوسيلة فهو غير محدد وانما هو يقتصر على مجرد بذل قدر معين من الحيلة والحذر في تنفيذ عمل معين كالالتزام الطبيب تجاه مريضه والتزام المحامي تجاه موكله وتظهر اهمية هذا التقسيم في آثاره حيث ان الملتزم بنتيجة لو لم تتحقق يعد مخطئا ما لم يثبت ان سبب عدم تحقيقها هو أجنبي لا قبل له بدفعه اما الملتزم ببذل عناية فكل ما مطلوب منه هو القيام بعمله مع مراعاة الحيلة والحذر ومعيار ما مطلوب منه من الحيلة والحذر هو ما يقوم به الرجل المعتاد فلو ثبت انه بذل عناية الرجل المعتاد تبرأ ذمته ، ولمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور عبد المجيد عبد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة بغداد ، 1986 ، ص 26-27 .

4- الجنسية : بعض أنواع العقود الإدارية يراعى في إبرامها شرط الجنسية وخصوصا العقود المتعلقة بتوريد أسلحة ومهمات حربية أو العقود المتعلقة بالبحوث العلمية لما تتطلبه هذه العقود من سرية تامة أما في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فان المتعاقد مع الإدارة شخص طبيعي أو معنوي من مواطني الدولة أو أجنبي مما يعني ان معيار الجنسية لا محل له في هذا العقد (1) ، وخصوصا في الدول النامية .

ولقد بينت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية بعض هذه المعايير حيث قضت بانه ((...)) ، تعتمد الضوابط الآتية لغرض التوصل إلى العطاء الأفضل :

- 1- استبعاد العطاء الذي يقل بنسبة 25 % فأكثر عن الكلفة التخمينية .
- 2- استبعاد العطاء غير المستوفي للمواصفات الفنية المطلوبة حتى لو كان أوطأ العطاءات .
- 3- استبعاد المقاول غير الكفوء من خلال تجربة الدولة معه في المقاولات السابقة التي نفذها
- 4- الكفاءة المالية من خلال تقديم حساب ختامي مصادق من محاسب قانوني لآخر سنة .
- 5- حجم الالتزام المالي للمقاول او الشركة المقولة خلال العام .
- 6- القدرة على الالتزام بمواعيد الإنجاز والتسليم .
- 7- سجل مرض في إنجاز الأعمال السابقة .
- 8- توفر المهارات والقدرات الفنية لتنفيذ العقد (كوادر هندسية وفنية ومعدات تخصصية)
- 9- قائمة بالأعمال المنجزة او المماثلة ((2)).

ثانيا // نتائج فكرة الاعتبار الشخصي :

إذا كانت شخصية المتعاقد مع الإدارة محل اعتبار كما بينا أعلاه فما اثر وفاة المتعاقد او افلاسه على العقد ؟

1- اثر وفاة المتعاقد مع الإدارة على العقد :-

الأصل كما بينا ان شخصية المتعاقد محل اعتبار لذا فان وفاته تؤدي الى انقضاء العقد ، وهذا ما ذهب اليه الفقيه الفرنسي (جيز) والذي يقول ان وفاة المتعاقد تؤدي الى فسخ العقد وانقضائه بقوة القانون ، بينما يذهب (دي لوبادير) الى القول ان احكام القضاء الاداري توفيق بين مقتضيات سير المرفق العام بانتظام وبين الحقوق التي يستمدّها الورثة من المتعاقد المتوفى وان الوفاة في عقد الالتزام ترتب النتائج الآتية : -

- ان عقد الالتزام لا يفسخ بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم .
- ان الالتزام ينتقل الى الورثة لينفذوه الا اذا نص العقد على خلاف ذلك .

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص 219- 220 .
 (2) ينظر في ذلك الفقرة (ط / سابعا) من المادة رقم (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 والبنـد (عاشرأ 7 /) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لعام 2008 .
 - في حال تضمن عقد الالتزام نصا يشترط موافقة الادارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ عقد الالتزام ، فالادارة لا تملك حق الرفض الا اذا انعدمت الكفاءة الفنية المطلوبة لدى الورثة ، هذا ويشار ان مجلس الدولة الفرنسي يعول كثيرا على بنود العقد او دفتر الشرط الذي تمت الإحالة عليه لمعرفة آثار وفاة الملتزم وهل تؤدي الى انقضاء العقد ام لا .⁽¹⁾

وبهذا الصدد نشير الى ان اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري تضمنت نصا يشير الى هذه الحالة بالقول ((اذا توفي المتعاقد جاز للجهة الادارية فسخ العقد مع رد التامين اذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد او السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذه العقد بشرط ان يعينوا وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة واذا كان العقد مبرما مع اكثر من متعاقد وتوفي احدهم فيكون للجهة الادارية الحق في انتهاء العقد مع رد التامين او مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه ، ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ اي اجراءات اخرى او الالتجاء الى القضاء)) .⁽²⁾ ويلاحظ الفقه بهذا الصدد ما يلي :-

- 1- ان سلطة الادارة المتعاقدة تعد سلطة تقديرية – واسعة – لتختار بين استمرار الورثة في التنفيذ او تختار فسخ العقد بلا معقب على قرارها لاتصاله بالمصلحة العامة ، ومن ثم لا يمكن للورثة ان يلزموا الادارة بأي شكل من الأشكال على استمرارهم في التنفيذ والسبب في ذلك لكي لا يفرض متعاقد على الادارة لا تطمئن الى كفاءته .
- 2- وبالمقابل الادارة لا تملك الزام الورثة على الاستمرار بتنفيذ عقد مورثهم لان شخصية مورثهم كانت محل اعتبار لدى الادارة وبالتالي لما توفي لا يمكن ان يحل مورثه بدلا عنه الا اذا وافق الطرفان (الادارة ، الورثة) .
- 3- واعمالا لقواعد القانون المدني لا تنتقل التزامات المتوفى الى ورثته كون القاعدة الشرعية تقول (لا تركه الا بعد سداد الديون) فيؤخذ من تركته ما يوفي بالتزاماته تجاه الادارة فما زاد عن ذلك لا تعد ذمة الورثة المالية مسؤولة عنه .⁽³⁾

(1) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats administratifs . tome2 . op . cit . p114 .

(2) ينظر في ذلك المادة (77) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

(3) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contracts administratifs . tome2 . op . cit . p118.

وعزز (دي لوبادير) رأيه باحكام لمجلس الدولة الفرنسي وهي حكم المجلس في (3 / نيسان / 1925 ، في قضية Ville de Mascara) وحكمه في (21 / نيسان / 1950 ، في قضية Nuncie) ، ولمزيد من التفصيل ينظر الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 160 .

ولقد أكدت محكمة القضاء الاداري المصرية هذا المعنى في احد احكامها فقضت بان ((المدعي عليه بصفته احد ورثة الموقول الأصلي وقد قبلت الجهة الادارية ان يحل محل مورثه في اتمام الاعمال فانه لا يكون مسؤولا امام الجهة الادارية عن سداد هذه المديونية الا في حدود ما آل اليه من تركة مورثه)) .⁽¹⁾

اما المشرع العراقي فقد عبر عن موقفه القانون المدني العراقي اذ قال ((1- تنتهي المقولة بموت الموقول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، فان لم تكن محل

اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته ، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة (885) الا اذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ((2)). وهذه المبادئ التي جاءت بها هذه المادة رغم كونها من مبادئ القانون المدني الا اننا نرى انها الاصلح للقاضي الاداري اذا ما عرضت عليه دعوى من هذا القبيل . وفيما يتعلق بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية انتهينا الى ان المتعاقد مع الادارة في الغالب يكون شركة وهي كشخصية قانونية لا تنقضي بالموت لكن لو حلت الشركة او اعلن افلاسها فما الحل ؟ للإجابة عن ذلك نقول ينبغي مراعاة الطبيعة الخاصة لهذا النمط من عقود التزام المرافق العامة نظرا لطول مدته التي قد تصل الى (99) سنة والتزامات المتعاقد المتعددة التي تبدأ بالبناء والتشييد ثم تنتهي بالتسليم ونقل ملكية الزيادات وهي بحالة جيدة وقابلة للاستمرار ، لذا يرى بعض الفقه ان حل الشركة يأخذ حكم وفاة المتعاقد ذاته أي ينقضي به عقد الالتزام لان شخصية الشركة كانت محل اعتبار لدى الادارة عند التعاقد فالادارة لا تتعاقد الا مع شركة لها من الامكانات المالية والفنية ما يميزها عن غيرها وعند حلها بقرار قضائي او نتيجة افلاسها فيصار الى تصفيتها وينقضي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتصفى حسابات الشركة وتقسّم حقوقها على الشركاء بحسب ما ينص عليه عقد الشركة او قانون الشركات النافذ .(3)

2- اثر إفلاس المتعاقد مع الادارة :-

الإفلاس كالوفاة من حيث ترتيب الآثار ، فاذا افلس المتعاقد مع الادارة لا بد من العودة الى نصوص العقد او دفتر الشروط لمعرفة ما اذا كانت هذه الحالة منظمة على شكل

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم (6692 في 13 / 4 / 1986) أشير اليه في مجموعة (العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء واقتناء مجلس الدولة المصري حتى عام 2004) ، الكتاب الثالث ، مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 188 .

(2) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (888) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل (3) ينظر في ذلك الدكتور نعيم مغيب : عقود مقاولات البناء والاشغال الخاصة والعامة ، مصدر سابق ، ص 480 - 481 وكذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص 240 . شرط في العقد ام لا ، فاذا لم تنظم في العقد فان العقد مصيره الفسخ بسبب عجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته ، وفي القانون المصري الفسخ لا يكون سلطة تقديرية للادارة كما بينا ذلك في الوفاة وإنما الادارة ملتزمة بالفسخ في مصر ، والفسخ بحسب نص القانون المصري يكون تلقائيا والادارة ملزمة بذلك (1) ، وقد اورد قانون تنظيم المناقصات والمزايدات نصا جاء فيه ((يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين :

أ- اذا ثبت ان المتعاقد قد شرع بنفسه او بواسطة غيره بطريق مباشر او غير مباشر في رشوة احد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون او حصل على العقد عن طريق الرشوة .// ب- اذا افلس المتعاقد او اعسر .)) (2).

ويرى بعض الفقه الفرنسي ، انه بالنظر للطبيعة الخاصة لعقد الالتزام وطول مدة العقد فان افلس المتعاقد مع الادارة فيترتب على افلاسه فسخ العقد بقوة القانون او باتباع ما تنص عليه الشروط الواردة في دفتر الشروط التي توجب الفسخ في حالة افلاس المتعاقد في عقد الالتزام ، والفقيه الفرنسي ((دي لوبادير)) يرى ان خلو العقد او دفتر الشروط من النص على الفسخ التلقائي بسبب الافلاس او الاعسار فان الادارة تملك حق ايقاع الفسخ حتى ولو لم يوجد هناك نص في العقد او دفتر الشروط لضمان تحقيق المصلحة العامة .(3)

وبهذا المعنى يتطابق رأي الفقيه الفرنسي ((دي لوبادير)) مع رأي الفقه المصري الذي اوردناه سلفا حين قال ان فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيلة لا غاية تتمكن بها جهة الادارة من ضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المنتفعين بخدمات المرفق.(4)

لكن لاحظنا كيف ان المشرع المصري لم يمنح الادارة الخيار وانما الزمها بالفسخ وعقد العقد مفسوخا بشكل تلقائي اذا افلس المتعاقد مع الادارة او اعسر ، ونتفق مع موقف المشرع المصري لان المتعاقد مع الادارة اذا اعسر او افلس فمن المستحيل بعد ذلك الاطمئنان على قدراته في ادارة المرفق العام وان تساهل الادارة او تراخى بها هذا الخصوص ربما يعرض

المصالح العامة للخطر المتمثل بتوقف المرافق العامة المهمة عن العمل ، وهو ما يتفق مع طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يحتاج الى أموال ضخمة لإدارة المشروع فإذا افلس المتعاقد مع الإدارة فإن التوقف هو مصير المرفق .

- (1) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشراقوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 448 – 449 .
- (2) ينظر في ذلك المادة (24) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998
- (3) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats administratifs. Tome2 . op . cit . p121.
- وأشار الفقيه الفرنسي لمجموعة من احكام مجلس الدولة لتعزيز رأيه منها مثلاً حكم المجلس في (9 / اذار / 1951 قضية Dionna) .
- (4) ينظر في ذلك الصفحة (44) من هذه الرسالة .

الفرع الثاني

اثر التنازل والتعاقد من الباطن على العلاقة العقدية

أولاً // التنازل عن العقد :- وهو تصرف قانوني يجريه الملتزم مع الغير – الأجنبي عن العقد – من شأنه احلال ذلك الغير محله في اداء التزاماته العقدية والانتفاع بمزايا العقد التي تمثل حقوقاً للملتزم ، ويعد الفقه التنازل عن العقد اهداراً لمبدأ الاعتبار الشخصي في عقد الالتزام ولذا هم يشترطون موافقة الإدارة على هذا التصرف ليتسم بالصحة ، وينتج أثره القانوني في مواجهتها ، وليس بلالزم ان يكون اشتراط موافقة الإدارة منصوصاً عليه في وثيقة العقد ، لان هذا الحق يستمد سنده من طبيعة عقد الالتزام وبما يحمله هذا العقد من مميزات وخصائص ذاتية تكمن في حرص الجهة الادارية المتعاقدة على ضمان السير المنتظم للمرفق العام (1).

ويعد بعضهم منع التنازل عن العقد أمراً بدئياً في عقد الالتزام لان الإدارة عند اختيارها للمتعاقد معها راعت اعتبارات معينة تمثل صفات مهمة مثل قدرته المالية وسمعته الحسنة وكفاءته الفنية وخبرته المتراكمة وكلها تمثل جوهر الاعتبار الشخصي في عقد الالتزام ، فان تنازل عن العقد لغيره فهو يهدم بذلك ثقة الإدارة به وهو ما عبرت عنه المحكمة الادارية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه ((ان العقود الادارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعاً ولو لم ينص عليها في العقد ومن هذه القواعد التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية يجب ان ينفذها بنفسه ويترتب على ذلك انه لا يجوز له ان يحل غيره فيها او ان يتعاقد بشأنها مع الغير إلا بموافقة الإدارة ، فاذا حصل التنازل دون موافقة الإدارة فان التنازل يعتبر باطلاً يتعلق بالنظام العام ، ولا يحتج به في مواجهة الإدارة ولا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أي علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين)) (2).

ولبيان الآثار المترتبة على التنازل نتناولها في الفقرتين الآتيتين :

الحالة الأولى // موافقة الإدارة على التنازل عن عقد الالتزام لصالح الغير :

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، مصدر سابق ، ص 58-59 ، وكذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 157-158 .
- (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (1109، في 1963/12/28) سبق ان اشرنا اليه ، ص 45 من هذه الرسالة .

من الثابت ان الإدارة عندما تتعاقد مع شخص معين تراعي شخصية وصفات ذلك المتعاقد وتكون شخصيته او صفاته محل اعتبار لكن يحدث أحيانا ان هذا الشخص يفقد قدراته المالية او كفاءته الفنية فيتصرف في العقد بالتنازل عنه لآخر يملك مقومات تمكنه من الاستمرار في تنفيذ العقد ، فمن مصلحة الإدارة ان تقبل بهذا التنازل لتحقيق الصالح العام فاذا ما وافقت الإدارة سننشأ علاقة عقدية بين المتنازل اليه والإدارة لانه سيكون مسؤولاً عن تنفيذ العقد في المرحلة

المستقبلية كما يحصل على ما يدره العقد من مزايا ويبقى المتنازل والمتنازل اليه ضامنين للعقد في حدود ما نفذ كل منهما الا اذا تعهد المتنازل اليه بضمان ما نفذه المتنازل وقبلت الادارة بذلك (1).

ولقد تضمنت تعليمات الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية العراقية نصا يتفق مع ما ذكرناه ((لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من صاحب العمل التنازل عن المقولة او أي جزء منها او اية منفعة او التزام او مصلحة له فيها او بموجبها ،...)) (2). وقد نصت تعليمات تنفيذ العقود العراقية على ((للمتعاقد إحالة أجزاء من العقد الأصلي الى مقولين ثانويين بموافقة جهة التعاقد على ان تبقى مسؤولية تنفيذ العقد للمتعاقد الأصلي ، ولا يجوز التنازل عن المقولة او العقد الى متعاقد آخر من الباطن)) (3).

وقد يثار سؤال حول مدى حرية الادارة في الرفض او الموافقة على طلب المتعاقد التنازل عن العقد ؟ وللإجابة عن هذا السؤال فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Wuillaume) وفي قضية (Dame Vue Bastit) (4) بان عقد الالتزام عقد تبرز فيه شخصية المتعاقد بروزا ملموسا ، وعليه اذا تقدم الملتزم الى الادارة بطلب الموافقة على تنازله عن العقد فيجب على الادارة ما يأتي :

- أ- الرد على الطلب خلال ميعاد مناسب ولا يجدي نفعا التزامها الصمت .
- ب- لا تستطيع الادارة ان ترفض الطلب لمجرد الرفض بل عليها ان تستند على أسباب معقولة تتصل بالنظام العام .
- ولقد ساند الفقه المصري هذا الرأي بقوة وأكدوا ان الادارة لكي ترفض الطلب عليها ان تستند الى اسباب معقولة وبعبكس ذلك يثبت الحق للملتزم بالرجوع الى قاضي العقد

- (1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص 224-225 .
- (2) ينظر في ذلك المادة (3) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية الصادرة عن وزارة التخطيط في عام 1988 .
- (3) ينظر في ذلك البند (رابعاً/ 8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لعام 2008 .
- (4) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1908/11/13) وكذلك حكمه في (1942/4/20) أشار اليهما :
A . de Laubadere : traite therorique des contrats administratifs . tome2 . op . cit . p111 .

للحصول منه على حكم بالغاء القرار الاداري الرافض للتنازل ، كما ان له ان يطلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى عن اضرار اصابته المتعاقد مع الادارة على أساس إساءة استعمال السلطة، ونستنتج من ذلك ان حق الادارة في الرفض يدخل في نطاق السلطة التقديرية المشروطة بحسن استعمالها ومقيدة دائماً باستهداف الصالح العام (1).

ويترتب على قبول الادارة للتنازل ما يأتي :

- 1- في علاقة الادارة بالمتنازل اليه : تعد موافقة الادارة على التنازل بمثابة عقد جديد حل محل العقد السابق وتنشأ علاقة عقدية بينهما .
- 2- في علاقة المتنازل بالمتنازل اليه : اذا وافقت الادارة على التنازل يتحرر المتعاقد الاصلي من العقد ومن جميع التزاماته العقدية ويحل المتنازل اليه فيها وتصفى الأمور المالية بينهما بالاتفاق .

- 3- علاقة الادارة بالمتنازل : هذه العلاقة تزول بقبول الادارة للتنازل وترجع اليه التامين وجميع مستحقاته المالية قبلها الا في حال وجدت حقوق لها عليه تستوفيها من هذه المستحقات ، كما ان المعمول به في فرنسا ان الادارة في الغالب تضمن العقد نصا يقضي ببقاء المتعاقد المتنازل ضامناً للمتعاقد الجديد (2).

الحالة الثانية // رفض الادارة للتنازل عن العقد :

اذا ثبت لادارة ان المتنازل اليه لا يتمتع بالمؤهلات الكافية ليتولى ادارة المرفق العام فلها ان ترفض التنازل ولها ان تفسخ العقد او تستخدم سلطتها في التنفيذ الجبري ، ولكن في حالة فقدان المتعاقد معها لمؤهلاته المالية والفنية فلا فائدة من التنفيذ الجبري ولا بد من فسخ العقد

واختيار ملتزم جديد والإدارة في كل هذه الخيارات المتاحة لها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة لا يحدها إلا اعتبارات تحقيق المنفعة العامة (3).

أما عن نتائج رفض التنازل عن العقد فهي :

1- علاقة التنازل اليه بالإدارة : لا تنشأ أي علاقة عقدية بينهما وليس له أن يطالبها بأي حقوق تعاقدية ولكنه أن قام بتنفيذ العقد كلياً أو جزئياً له أن يرجع على الإدارة وفقاً للدعوى

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 175 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 352-354 . وكذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 ، ص 130-131 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 65 ، وكذلك :

Barnard Gross et Olivier Cachard : les disposition legislatives types de la CNUDCI sur les projects d' infrastructures a financement prive . op . cit . p387 .

غير المباشرة في القانون المدني على أساس نظرية الإثراء بلا سبب ، كما يستطيع بصفته دانئاً للمتعاقد الأصلي أن يطالبها بحقوقه في حدود ما للمتعاقد الأصلي قبلها من حقوق .

2- علاقة التنازل بالإدارة : تبقى العلاقة قائمة ويبقى مسؤولاً عن التنفيذ وليس له الاحتجاج في مواجهة الإدارة بإجراء لم تقبله ، ويعد تصرفه خطأً عقدياً لأنه لم يحظ بموافقة الإدارة ويعد التنازل إجراءً باطلاً بطلاناً مطلقاً ، بل أنه يسوّغ قيام الإدارة بفرض جزاءات إدارية على المتعاقد المتنازل دون موافقتها (1).

وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتم اختيار المتعاقد في إطار من المنافسة والعلانية كما أن مدة العقد تعد طويلة تصل كما عرفنا إلى ما يربو على (90) سنة بحسب القانون المصري ، كما أن تعلق العقد بمرفق عام من المرافق المهمة في الدولة كلها أسباب ضاعفت من أهمية الاعتبار الشخصي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، لذا فشركة المشروع لا يحق لها التنازل عن العقد إلا بإذن الإدارة ، وهذا ما أكدته القانون المصري بالقول ((يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه – أو تعديلها – وحصة الحكومة في حدود القواعد والأجراءات السابقة ، قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء)) (2).

والإدارة لكي توافق على التنازل ينبغي أن يكون التنازل إليه متمتعاً بمؤهلات مقاربة لمؤهلات المتنازل أو تفوقها لأن الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال العقد الإداري وهذا ما أكدته الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري ((أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة بشأنه ، على مصلحة الأفراد الخاصة ، بينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية ، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة ، إذا يعلو فيها الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي املت الأصل في تنفيذ العقود الإدارية ، وفحواه عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن العقد ، وحتى لا

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص 136-137 . وكذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 127-128 ، والدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 79-81 .

(2) ينظر في ذلك المادة (5) من قانون التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري رقم (3) لسنة 1997 ، وكذلك ينظر فتوى الجمعية العمومية رقم (380) في 2002/7/31 ، وكذلك فتاها رقم (528) في 2003/4/27 أشير إليهما في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 87-94 .

تكون العقود الإدارية مجالاً للوساطات والمضاربات (((1).

ونتفق مع الاتجاه الفقهي الذي يرى بان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كأبي عقد اداري آخر لا يجوز التنازل عنه الا بموافقة الادارة ، وتسري على العقد احكام التنازل التي بحثناها اعلاه في حالتنا قبول الادارة او رفضها للتنازل ، وان السبب في التأكيد على سريان هذه الاحكام واضح لان الادارة ابتداءً لا تعهد بادارة المرفق العام الحيوي والذي يتصل بالبنى التحتية للدولة الا لمن توافرت فيه مجموعة من المؤهلات والمستقاة من قدراته المالية وكفاءته الفنية ويعد اختيار الادارة للمتعاقد معها بهذا الاسلوب مظهرا من مظاهر السلطة العامة في اطار العقود الادارية .⁽²⁾

ثانيا // التعاقد من الباطن :-

ويقصد بالتعاقد من الباطن ان يتفق المتعاقد في العقد الاداري مع الغير لأجل تنفيذ جزء فقط من العقد⁽³⁾ ، او هو تصرف قانوني يبرمه المتعاقد الاصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء او اكثر من اجزاء العقد على افتراض ان يكون محل العقد قابلا للتجزئة ، وهذا التصرف يكثر اللجوء اليه في عقد التزام المرافق العامة لطول مدة العقد والتقدم العلمي والتكنولوجي المتسارع وما يترتب عليه من التخصص وتقسيم العمل وضرورة مساهمة عدة اطراف في انجاز هذا العمل في مختلف المراحل التي يمر بها العقد .⁽⁴⁾

ويمكن تعريف المتعاقد من الباطن بانه شخص او مؤسسة او شركة يملك عقدا مباشرا مع ملتزم المرفق العام مقتضاه القيام بجزء من موضوع العقد الاصلي المبرم بين الملتزم والادارة⁽⁵⁾ ، والتعاقد من الباطن في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن تعريفه بانه اتفاق بين الملتزم – المتعاقد مع الادارة – ومتعاقد ثانوي يقصد به الملتزم تسهيل عملية انجاز موضوع العقد بان يعهد لهذا المتعاقد تنفيذ جزء او اكثر من العمل نظراً لضخامة موضوع العقد وتشعب النظم التكنولوجية وانتشار الشركات المتخصصة باعمال معينة تمثل احتكارا فعلياً لهذه الشركات كما قد يحتاج الملتزم الى التعاقد مع الشركات التي تملك الخبرات الفنية

(1) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم الملف (335/1/54) جلسة 1996/10/23 (أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد المتولي : لجان التوفيق وفقا لاحكام القانون رقم (7) لسنة 2000 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ، ص325 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص109-112 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص87 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص197 .

(5) ينظر في ذلك محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص13 .

أو التقنية او الاستشارية او مع افراد يحملون مهارات معينة ، وكل هذا مشروط بان يكون موضوع العقد قابلا للتجزئة ، بل ان طول مدة العقد وتعدد الاعمال المتصلة بموضوعه تفرض على الملتزم التعاقد بشأنه من الباطن لاعتبارات تقسيم الاعمال ومساهمة الشركات والمؤسسات المتخصصة في مراحل تنفيذ العقد بدءاً من مرحلة البناء وانتهاءً بمرحلة التسليم ونقل الملكية .⁽¹⁾ كما ان التعاقد من الباطن يختلف عن التنازل عن العقد لان التنازل كما بينا فيه إهدار لمبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الادارية فالأصل تحريم التنازل عن العقد دون موافقة الادارة ، في حين ان التعاقد من الباطن لا يؤدي الى اهدار مبدأ الاعتبار بل انه سيساعد في انجاز موضوع العقد لذا فالأصل فيه الإباحة ولكن بموافقة الادارة وان عدم موافقتها يعني ان العقد لا يمكن ان يحتج به من قبل المتعاقد من الباطن في مواجهتها ، ويبقى المتعاقد الاصلي هو المسؤول عن تنفيذ كامل العقد تجاهها .⁽²⁾ وقد اكدت التعليمات العراقية هذا المعنى قولها ((للمتعاقد احالة اجزاء من العقد الى مقاولين ثانويين بموافقة جهة التعاقد على ان تبقى مسؤولية تنفيذ العقد للمتعاقد الاصلي ، ...))⁽³⁾

ولقد أكد هذا الاختلاف بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يرتب على موافقة الادارة على التعاقد من الباطن الا نتيجة واحدة هي جعل التعاقد من الباطن

مشروعاً ولا تستطيع الإدارة انكار هذا العقد بعد ذلك والا ارتكبت خطأً عقدياً يوجب مسؤوليتها بالتعويض امام المتعاقد الاصيلي (4).

وفي اطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الأصل هو ان شخصية المتعاقد محل اعتبار لكن هذا لا يعني ان يقوم المتعاقد بجميع الاعمال بل يمكنه ان يتعاقد بشأنها من الباطن شرط ان يبقى هو المسؤول امام الإدارة عن تنفيذ العقد ، اذ ان التعاقد من الباطن في العقود الادارية عموماً وعقد الالتزام خصوصاً امر مباح بشرط موافقة الإدارة ويبقى المتعاقد الاصيلي هو المسؤول عن التأخير في تنفيذ العقد حتى لو كان سبب التأخير راجعاً للمتعاقد من الباطن (5).

لكن بعض الفقه يرى في موافقة الإدارة أثراً سلبية تتمثل في جانبين الأول هو الجانب الفني وحسن تنفيذ شروط العقد والجانب الآخر هو القانوني بسبب تعدد المسؤوليات لان تقسيم

- (1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد B.O.T ، مصدر سابق ، ص 227-228 .
- (2) ينظر في ذلك محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي ، مصدر سابق ، ص 50.
- (3) ينظر في ذلك البند (8/ رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2008.
- (4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1894/11/30 في قضية Ville de Toulouse) أشار اليه الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 404.
- (5) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 148.

العمل سيؤدي الى تعدد المسؤوليات الناشئة عن تنفيذ العقد (1).

لكن برغم ما يسببه هذا النمط من صعوبات فنية او قانونية الا ان بعض الفقه يرى ان لا مفر من منح المتعاقد مع الإدارة مكنة التعاقد من الباطن لإتمام الاعمال في العقود الادارية طويلة المدى نظراً لضخامة هذه العقود وتعدد مراحلها وما تتطلبه من اعمال بناء وتوريد الخ ، لذا يقول بعض الفقه المصري بالنظر لاهمية التعاقد من الباطن ودوره في تنفيذ العقد فان موافقة الإدارة عليه تكون مفترضة ما لم يكن هنالك شرط في العقد ينص على منع المتعاقد الاصيلي من التعاقد بشأن موضوع العقد من الباطن (2).

بل ان الطلبات الثانوية التي يحصل بمقتضاها المتعاقد على مواد اولية فيتعاقد مع الآخرين من اجل الحصول عليها لتسهم في تمكينه من تنفيذ موضوع العقد كاتفاقه مع شركة خاصة لتقوم بتجهيز المشروع بمواد اولية او تجهزه بالكهرباء وغير ذلك ، فهذه الطلبات لا تخضع للموافقة المسبقة من الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك (3).

اما عن الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن فنفرق بين حالتي موافقة الإدارة او عدم موافقتها على هذا الاجراء :

1- علاقة جهة الإدارة بالمتعاقد الاصيلي :- استقر الرأي سواء أكان تشريعياً ام قضائياً على استمرارية المسؤولية الشخصية للمتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد برمته ، ولقد تضمنت الشروط العراقية نصاً ذا صلة وهو ((لا يحق للمقاول التعاقد من الباطن على الأعمال باجمعها ولا يحق للمقاول (فيما عدا الأحوال المنصوص عليها بخلافه في المفاولة) ان يتعاقد من الباطن على اي جزء من الأعمال بدون موافقة تحريرية مسبقة من المهندس والتي يجب ان لا تحجب بدون سبب معقول (...)) (4) اما عن موقف القضاء الاداري فقد اصدرت المحكمة الادارية

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، العدد الثاني السنة الأولى ، 1999 ، ص 39

- (2) ينظر الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 75 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 146.
- (4) ينظر في ذلك المادة (4) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط عام 1988 ، ويعقب بعض الفقه العراقي على هذه المادة بالقول انها أرست مجموعة من المبادئ من أهمها ما يأتي:

أ- انه لا يجوز للمتعاقد الاصيلي ان يتعاقد من الباطن على جميع الأعمال الموكلة اليه القيام بها .

ب- ينبغي قبل تعاقد من الباطن ان يحصل على موافقة الإدارة لكن بعض الاتفاقيات المتعلقة بالأمور المالية او الفنية او الطلبات او التوريدات لا تحتاج الى موافقة الإدارة المسبقة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك

العليا المصرية حكما جاء فيه قولها ((....، ان التزامات المتعاقد مع الادارة شخصية يجب ان ينفذها بنفسه ويترتب على ذلك انه لا يجوز له ان يحل غيره فيها او ان يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن الا بموافقة الادارة،...))⁽¹⁾، والتعاقد من الباطن لا ينشئ رابطة عقدية بين المتعاقد من الباطن والادارة بل يبقى المتعاقد الاصلي هو المسؤول امامها عن تنفيذ كامل العقد وفي حال تقصيره فمن الممكن فرض جزاءات ادارية عليه حتى ولو كان سبب التقصير راجعاً الى المتعاقد من الباطن الذي وافقت الادارة على اجراء عقده.⁽²⁾

2- علاقة المتعاقد من الباطن بالادارة :- قلنا بالأ وجود لرابطة عقدية بينهما وليس له ان يطالبها بدفع مستحققاته المالية في مواجهة المتعاقد الاصلي، وان كان من الممكن الرجوع عليها وفقا لقواعد القانون المدني برفع دعوى غير مباشرة ومن جهة اخرى الادارة تملك ممارسة رقابة على عمله وهذه الرقابة مستمدة من القواعد العامة في القانون الاداري وليست بحاجة لنص يقرها وان هذا النص يعد نصا كاشفا ومنظما للرقابة لا منشئ لها.⁽³⁾

وان عدم اقامة علاقة مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن لا يمنع اذا ما تم هذا التعاقد بموافقتها من انتاج بعض الآثار والتي يمكن تمثيلها بما يأتي :

أ- ممارسة الادارة للرقابة على عمل المتعاقد من الباطن وتأخذ هذه الرقابة صوراً متعددة منها:
- الرقابة الفنية : فعلى المتعاقد من الباطن ان يلتزم بما تصدره الادارة من تعليمات وتوجيهات كما ان لها ان توفد لجاناً الى موقع العمل للتأكد من التزامه بتلك التعليمات ومن

ب- منح الموافقة الادارية للمتعاقد من الباطن هو سلطة تقديرية، لكنها عندما ترفض ذلك ينبغي ان تستند الى اسباب معقولة وهذا ما عبرت عنه المادة اعلاه بالقول (يجب ان لا تحجب بدون سبب معقول) .

د- ان منح المتعاقد الموافقة للتعاقد من الباطن لا يعفيه من المسؤولية فهو مسؤول عن كل الاعمال بما فيها تلك التي تعاقد بشأنها من الباطن، لمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية، مصدر سابق، ص 163-164 .

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية (1109، في 1963/12/28)، سبق ان اشرنا اليه ص 45 من هذه الرسالة .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي، مصدر سابق، ص 47، وكذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية، مصدر سابق، ص 164 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية، مصدر سابق، ص 148-151، والدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، مصدر سابق، ص 131-133، وينظر المادة (883) من القانون المدني العراقي ((يكون للمقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول))....

نوعية المواد المستعملة ومدى مطابقتها للمواصفات القياسية ومدى اتفاقها مع بنود العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الاصلي .

- الرقابة المالية : تملك الادارة سلطة اجراء رقابة محاسبية على اعمال الملتزم (المتعاقد الاصلي) ومن الطبيعي ان تمتد هذه الرقابة لتشمل المتعاقد من الباطن لتلافي وقوع الأخطاء وتصويب الاوضاع .

- الرقابة الأمنية : مراعاة لاعتبارات مصلحة الدولة في الحفاظ على امنها واستقرارها تملك الادارة ممارسة رقابة أمنية يلتزم بموجبها المتعاقد من الباطن بالحفاظ على اسرار العمل والحفاظ على الأمن والنظام العام في موقع العمل والالتزام بتعليمات الادارة المتعلقة بالجانب الأمني.⁽¹⁾

ب- المظهر الآخر من مظاهر العلاقة يتمثل فيما تقدمه الادارة للمتعاقد من الباطن من تعاون ومساعدة مالية حيث كان الوضع في فرنسا يجري على ان تسديد الثمن يكون حصراً عن طريق المتعاقد الاصلي لكن الوضع تطور فيما بعد فقبل صدور مرسوم (11/ايار/1953) كان يحصل على حقه من الملتزم، وبعد صدور هذا المرسوم أصبح بالامكان اخذ المقابل المالي مباشرة من

الإدارة و عدل بتشريع آخر عام (1975) الأمر الذي يدل على وجود علاقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة فيما يتعلق بالثمن المستحق لمصلحته في فرنسا .⁽²⁾

3- العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن :- العلاقة بينهما يحكمها العقد المبرم بينهما فهي علاقة عقدية والعقد يكيف بأنه عقد مدني ويخضع لاحكام القانون المدني والمنازعات الناشئة بشأنه يختص القضاء العادي بنظرها .⁽³⁾

اما عن الآثار القانونية للتعاقد من الباطن في حالة رفض الإدارة للتعاقد من الباطن ، فان العقد في هذه الحالة لا ينتج آثاراً في مواجهة الإدارة ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهتها والعقد المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن يعد خطأ عقدياً من جانب المتعاقد الأصلي يوجب فرض اقسى الجزاءات الادارية عليه كفسخ العقد ، كما انه يسأل عن الاضرار التي تلحق بالإدارة نتيجة تعاقد من الباطن دون موافقتها .⁽⁴⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص82-84 ، وكذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص199-200 ، والدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص134.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي ، مصدر سابق ، ص47-48 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص366 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص174 ، وكذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص136 .

وبهذا الصدد جاء حكم لمحكمة القضاء الاداري المصرية وكما يأتي (...، انه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد ان يعهد بتنفيذ الاعمال المطلوبة او الالتزامات التي ارتبط بها الى شخص آخر ، والتحرير هنا لا ينصرف الى حالة حصول المتعاقد على اشياء والمواد الاولية اللازمة لتنفيذ عقده مع الغير او اتفاهه مع بعض رجال المال في شأن تمويل العملية ، اذ ان مثل هذه التصرفات جائزة الا اذا نص العقد صراحة على تحريمها ، وانما يحرم على المتعاقد ان يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها .⁽¹⁾

ونتفق تماماً مع حكم محكمة القضاء الاداري المصرية ، لما تضمنته من أحكام عملية لا غنى عنها في تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية . لكن هل يستطيع المتعاقد الأصلي تضمين العقد من الباطن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ؟ يجيب الفقه بـ(نعم) اذا قبلها المتعاقد من الباطن فانها تسري في حقه .⁽²⁾

المطلب الثالث

الالتزامات العقدية عند الشروع بتنفيذ العقد

تبرز في ميدان دراسة العقود الادارية العديد من الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين المتعاقدين والبعض منها يكون في مرحلة ما قبل التعاقد او مرحلة المفاوضات العقدية والبعض منها بعد إبرام العقد والقسم الأكبر تبرز عند البدء بتنفيذ العقد ، وما يهمنا هو التزامات المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد في الواقع إن الالتزامات متعددة ومتشعبة باختلاف أنواع العقود الادارية وهذه الالتزامات قد يكون مصدرها نصوص العقد او القوانين والتعليمات المنظمة لسير المرافق العامة وقد تجد مصدرها في العرف والعادات المرعية في بعض أنواع العقود الادارية وفي بعض الأحيان يكون مصدرها ما تصدره الإدارة من أوامر للمتعاقد خلال مدة تنفيذ العقد والسبب في تعدد مصادر الالتزامات هو ارتباط العقد الاداري بالمرفق العام والذي يتميز بقواعد خاصة تنظم عمله وبخاصة قاعدة ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ، لذا نحن في هذا المطلب نحاول إعطاء صورة لأهم التزامات المتعاقد مع الإدارة عندما يبدأ بتنفيذ العقد ولذا قسمنا

هذا المطلوب على ثلاثة فروع في الفرع الأول نبين التزامه باحترام مدة التنفيذ وفي الفرع الثاني ندرس التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفق _____

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم (198 في 27 / 1 / 1957) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، المكتب الفني ، السنة الحادية عشرة ، من أول تشرين الثاني 1956 إلى آذار 1957 ، ص 174 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد البوت B.O.T مصدر سابق ، ص 238 .
المواصفات المتفق عليها وبطريقة سليمة وفي الفرع الثالث نناقش التزامه بتنفيذ الالتزام بحسن نية مع التأكيد على أن تنفيذ الالتزام بحسن نية هو التزام عام يشمل طرفي العقد الملزم والإدارة على حد سواء كما إن هذا الالتزام لا يظهر في مرحلة التنفيذ فقط بل هو التزام يظهر في كل مراحل العقد دون استثناء وعلى طرفي العقد أن يراعى هذا الالتزام عند قيامهما بتنفيذ بنود العقد لأنه من المبادئ العامة المقررة في القانون الخاص والقانون العام وهو من الالتزامات المهمة والتي لا غنى عنها .

الفرع الأول

التزام المتعاقد باحترام مدد التنفيذ

وفي إطار هذا الالتزام لابد للمتعاقد مع الإدارة أن يحترم مدد التنفيذ المحددة في العقد ، ومن الثابت إن عقد الالتزام عموماً وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوجه خاص إحدى أهم مستلزماته هو تعيين مدد التنفيذ لاتصاله بالمرافق العامة الحيوية التي تتصل بحياة الناس اليومية وتلبية احتياجاتهم المتجددة ، وإن احترام مدد التنفيذ يعد من الوسائل المهمة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وتقديم خدمات منتظمة وبشكل دائم للأفراد ، ويشير بحث مدد التنفيذ مسائل عدة على جانب من الأهمية تقع في مقدمتها التعريف بمدد التنفيذ ثم كيفية حسابها والقوة الملزمة التي تتمتع بها وأخيراً مسوغات عدم الالتزام بمدد التنفيذ .

مع التذكير بمسألة غاية في الأهمية وهي إن مدد تنفيذ العقد تنوع إلى نوعين فعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يحتوي على مدة تنفيذ العقد ككل تحدد بالاتفاق بين الطرفين تصل في بعض الأحيان إلى ما يربو على (90) سنة بحسب القانون المصري وتدعى مدة العقد الكلية ، وهناك مدد تنفيذ جزئية تحدد بالعقد يلتزم خلالها المتعاقد بان يوفي بالتزامات محددة ، مثل التزامه بالبناء فالإدارة لا تدع الالتزام مطلقاً هكذا وإنما تحدده بمدة دائماً تتراوح بين (3-5) سنوات ويجب على الملزم الوفاء بالتزاماته خلالها أو تحدد مدة معينة له لتوريد ما يحتاجه المرفق من آلات ومعدات وغيرها .

أولاً // التعريف بمدد التنفيذ :- تدل مدد التنفيذ على معان ثلاثة هي :

المعنى الأول / يقصد بمدة التنفيذ هي المدة الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة بالاتفاق بين الطرفين عند التعاقد ومثبتة كبند في العقد ، ليتسنى له خلالها إدارة المرفق واستغلاله بتحصيل ما يدره من رسوم ويعبر عنها بـ ((مدة الاستغلال ، أو مدة الاستثمار)) وخلال هذه المدة تتاح للملزم الفرصة باستعادة ما أنفقته من نفقات في عملية إنشاء المرفق وإدارته وصيانته ، وهذا المعنى يتفق مع التعاريف التي ذكرناها لفقهاء القانون الإداري عندما عرفوا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، كما إن القضاء الإداري استند إلى هذا المعنى ليميز بين عقد التزام المرافق العامة عن عقد الترخيص لاستغلال الدومين العام .(1)

المعنى الثاني / ويراد بمدد التنفيذ هي المدة المحددة في العقد والتي يلتزم من خلالها المتعاقد بإقامة المنشآت والأبنية وتجهيزها بالمعدات اللازمة للبدء بعملية التشغيل واستغلال المرفق .

المعنى الثالث / وتعرف بأنها جدول خدمات المرفق أو المواعيد الدورية لأداء الخدمات وإمكانية انتفاع الأفراد بها يأتي من خلال معرفتهم لهذا الجدول والتزامهم به ، كمواعيد تسير القطارات ومواعيد رحلات الطائرات وغيرها ، والتي تحدد في أغلب الأحيان بالاتفاق بين الإدارة والمتعاقد بوضع أسس عامة تحكم عمل الملزم .(2)

ونرى ان هذه المعاني الثلاثة تندمج في ما بينها في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حيث يتفق المعنى الأول مع مفهوم المدة في العقد محل الدراسة والمعنى الثاني ينصرف الى بيان معنى المدة في عقد الأشغال العامة ، في حين يتفق المعنى الثالث مع المدة في عقد التزام المرافق العامة ، وبالجمع بين هذه المعاني يمكننا ان نعرف المدة بانها الفسحة الزمنية الممنوحة للمتعاقد مع الادارة وفي الغالب هي ترد كنص في العقد يلتزم خلالها المتعاقد ببناء المرفق وتجهيزه والقيام باعمال التشغيل وتقديم الخدمات للأفراد في مواعيد دورية يلتزم بها المتعاقد بدقة ليتسنى لهم الاستفادة من خدمات المرفق ، كما ويتاح له خلالها استغلال المرفق تجارياً بتحصيل الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق لاسترجاع ما أنفقه من تكاليف في عمليات البناء والتجهيز والتشغيل والصيانة خلال مرحلتي البناء والتشغيل .

ثانياً // كيفية حساب مدة التنفيذ :- لتحديد مدة تنفيذ التزامات المتعاقد مع الادارة ولدرء أي نزاع مستقبلي يضمن الطرفان المتعاقدان بنود العقد شرطاً يحدد مدة تنفيذ الأعمال اللازمة من بناء وغيرها للبدء بعدها باستغلال وإدارة المرفق ، وإذا غاب هذا النص فإن المدة تحتسب وفقاً لمعيار قضائي يعرف بمعيار المدة المعقولة وهذا المعيار يعود الفضل في إرسائه للقضاء

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (440، في 17/1/1970) الذي جاء فيه ((يبين من مراجعة القانون رقم (129) لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة انه وضع لتنظيم العلاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم في شأن ادارة المرفق العام الذي يعهد الى الملتزم بالمشاركة في تسييره على أساس إن عقد الالتزام يمنح لمد طويلة نسبياً وليس لمدة قصيرة ،...، هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التي قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة لانها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لأجل قصيرة وغير قابلة للتجديد ويحق لجهة الادارة مانحة الترخيص إلغائها في أي وقت ،...، فلا تسري عليها أحكام القانون رقم (129) لسنة 1947 المشار اليه)) أشار اليه المحامي زكي شمس : الأسس العامة للعقود الادارية ، الجزء الثاني ، مطبعة الداودي ، دمشق ، 2000 ، ص 1707.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 178 ، والدكتور عبد العليم عبد المجيد : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 43 .

الاداري حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه ((اذا جاء شرط المدة عاما او غير محدد في بنود العقد فان ثمة مدة معقولة يتعين احترامها))⁽¹⁾

وانتهى إفتاء مجلس الدولة المصري الى ((المتعاقدين وان لم يتفقا على ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك ان يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني ، ودائماً يتم في مدة معقولة وفقاً للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو إليه))⁽²⁾.

ومعنى ذلك إن العقد لو خلا من نص اتفاقي يحدد مدة التنفيذ فإن المدة المعقولة هي التي يتم الرجوع اليها وهي مدة يراعي القاضي في تحديدها العرف السائد في كل حالة على حده وحسب طبيعة العمل المراد إنجازه وبمراعاة ما تعارف عليه أهل الفن والخبرة .⁽³⁾

وقريباً من هذا المعنى تضمنت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية نصاً يقول ((مدة العقد والتمديد :-

أولاً // على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على ان تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة او من تاريخ توقيع العقد او اية مدة اخرى ينص عليها العقد ،...))⁽⁴⁾.

وفي الغالب تبدأ مدة تنفيذ الأعمال الخاصة بالبناء والتشييد من تاريخ تسليم موقع العمل خالياً من الشواغل حيث نظم المشرع المصري ذلك بالقول ((...، وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع – الا اذا اتفق على خلاف ذلك – ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم إحداها للمقاول وتحتفظ الجهة الادارية بالنسخة الاخرى ، واذا لم يحضر المقاول او مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدده في أمر الإسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل))⁽⁵⁾.

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1930/12/28) في قضية Barre) وكذلك حكمه في (1951/10/3) في قضية Stecitroen (أشار اليهما الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص516.

(2) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري في (1992/11/11) أشارت اليها الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص68.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص157.

(4) ينظر في ذلك المادة (6) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007، وينظر المادة (14) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2008 والصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي ، وكذلك المادة (74) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

(5) ينظر في ذلك المادة (74) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

كما ان المتعاقد من حقه نفي مسؤوليته عن التأخير في انجاز العمل اذا استطاع ان يثبت ان الادارة تقاعست في تسليمه موقع العمل ، وبصورة عامة المدة تبدأ من تسلم موقع العمل وجميع المستندات اللازمة والتسهيلات الاخرى ان التزمت الادارة بتقديمها كالرسومات والخرائط والتصاميم وما الى ذلك ، كما ان بعض أنواع العقود لا تبدأ مدتها الا بصور قرار اداري من الجهة الادارية المتعاقدة مما يعني ان المتعاقد يتخلص من مسؤولية التأخير لو اثبت تأخر الادارة في تسليمه الوثائق والتسهيلات او انها تأخرت في إصدار الأمر الاداري له .⁽¹⁾

ومما تجدر الاشارة اليه ان مدة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في القانون المصري هي كما صرحت المادة الأولى من قانون التزام المرافق العامة لانشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول (99) عاما وهي مدة طويلة ومحل انتقاد ادارة الفتوى في مجلس الدولة المصري بمناسبة مشروع عقد عرض عليها فقالت ((...، ان مدة الالتزام المنصوص عليها في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكن ان تصل الى 99 عاما وهي مدة طويلة جدا تقترب من القرن من الزمان تغل فيها سلطة الدولة – بارادتها المنفردة – عن تعديل بنود الاتفاقية في عقد الالتزام (طبقا لما جاء في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع) وهو ما يعد تقييدا لاجيال قادمة عن ملاحقة التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة في مجال حيوي مثل مجال مياه الشرب والصرف الصحي ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز ثلاثين عاما وذلك استهداءً بما نص عليه في القانون رقم (129) لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة))⁽²⁾.

ثالثا // القوة الملزمة لمدة التنفيذ :- إن الأساس القانوني الذي تستند عليه القوة الملزمة لمدة التنفيذ يرجع الى فكرتين متميزتين هما فكرة المرفق العام وفكرة الرضائية بوصفها جوهر عملية التعاقد في القانون الخاص وسنوضح كلا الفكرتين وفقا للاتي :

1- فكرة المرفق العام كأساس للقوة الملزمة لمدة التنفيذ :- وفكرة المرفق العام تعد الأساس المتجدد للأبحاث والدراسات في القانون الاداري ، كما تلعب دورا متميزا في العقود الادارية وبالأخص خلال مدة تنفيذ العقد لاننا سبق وبيننا ان المرفق العام تحكمه مجموعة مبادئ من أهمها ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد وهذا السير المنتظم لا يمكن أن يضمن الا من خلال بذل المتعاقد مع الادارة لأقصى جهد ممكن وفي جميع الظروف من اجل ضمان هذا الانتظام في عمل المرفق ولاسيما في مرحلة تنفيذ العقد ولهذا نجد ان الادارة تملك سلطات واسعة في اطار العقد الاداري تصل الى حد فسخ العقد بالإرادة المنفردة وهذه

(1) ينظر في ذلك الدكتور علي خطار شطناوي : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة (24) ، 2000 ، ص 90.

(2) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (33 / 2000 ، في 29 / 4 / 2001 (أشار اليها الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 98 .

الجزاءات ثابتة بمقتضى القواعد العامة للقانون الاداري سواء نص عليها العقد ام لا ولا تلجأ الادارة اليها الا لضمان تنفيذ العقد وفقا للمدد المتفق عليها لضمان سير المرفق بانتظام واطراد⁽¹⁾ ، ويترتب على التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقا للمدد التنفيذ – رعاية لمصلحة المرفق العام –

نتيجة غاية في الأهمية مؤداها بان لا يسمح للمتعاقد مع الإدارة ان يوقف تنفيذ العقد كلياً او جزئياً أياً كان العذر او الظرف الذي يمر به ، الا في حالة مواجهته لحالة قوة القاهرة لا يستطيع دفعها .
 2- فكرة الرضائية او الاتفاق (العقد) كأساس للقوة الملزمة لمدة التنفيذ في العقد الإداري :- فقد يرد نص في العقد يؤكد إلزامية مدة التنفيذ فيكون هذا البند ملزماً لطرفي العقد وقد يكون هذا الشرط وارداً في دفتر الشروط الذي تمت الإحالة عليه ، وضمان إلزامية المدة في هذه الحالة هو ما ينص عليه العقد من جزاء في حال مخالفة الملتزم لشرط المدة وان لم يتضمن العقد جزاء لمخالفة شرط المدة فان الإدارة بوصفها سلطة عامة في العقود الادارية تملك مجموعة من الجزاءات الادارية المالية والضاغطة ومنها غرامة التأخير والتي تعد جزاءً رادعاً كونها تتضاعف عن كل يوم تأخير او تنفيذ الالتزام على حساب الملتزم المقصر بوصفه جزاءً ضاغطاً.(2)

رابعاً // المسوغات القانونية لعدم التزام المتعاقد بمدد التنفيذ في العقد محل الدراسة وغيره من العقود حيث يعالج الفقه هذه المسوغات بارجاعها الى سببين أساسيين هما القوة القاهرة وفعل الإدارة المتعاقدة وسنعرض لهما تباعاً :-

الحالة الأولى // القوة القاهرة :- وهي حدث غير متوقع ، مستحيل الدفع ، يؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام بشكل كلي او جزئي ويؤدي الى اعفاء الملتزم من التنفيذ .(3)
 او هو حادث مستقل عن ارادة طرفي العقد ولا يمكن توقعه ويترتب عليه استحالة التنفيذ سواء لكل الالتزامات العقدية ام لبعضها (4) ، ومن هذا التعريف يمكن استنتاج اهم الشروط الواجب توفرها للقول بوجود قوة القاهرة وهي :
 1- خارجية الحدث . 2- عدم إمكانية التوقع . 3- استحالة الدفع .

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص210.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور علي خنجر شطناوي : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير ، مصدر سابق ، ص96-98.
- (3) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم : دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص109 ، وكذلك اسماعيل صعصاع : مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2003 ، ص176 .
- (4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح أبو الليل : الوجيز في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص122.

اما عن بحث شروط القوة القاهرة فهي :

- 1- أن يكون الحدث خارجياً :- فلا يكون هنالك دخل لإرادة أي من طرفي العقد في تحقيق القوة القاهرة فالإضرار لكي يعد قوة القاهرة ينبغي أن لا يكون لأحد المتعاقدين دور في التحريض عليه أو تشجيعه أو تسهيله بل أكثر من ذلك ينبغي أن لا يملك الوسيلة لدفعه .(1)
- 2- عدم التوقع :- فالقوة القاهرة حادث مفاجئ وغير متوقع وليس المقصود بالمفاجئ غير المتوقع إطلاقاً بل يقصد بعدم التوقع انه في ظل الظروف المحيطة بالتعاقد وقت الإبرام لم يتوقع المتعاقد مع الإدارة ان تحل القوة القاهرة التي تعجزه عن التنفيذ .(2)
- 3- استحالة الدفع :- أي عدم إمكانية المتعاقد تحاشي آثار القوة القاهرة فلا يستطيع دفعها او تحاشي آثارها وبهذا الشأن جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا المصرية ((... ، إن عدم وفاء المدين بالتزاماته يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه ، فتتحقق القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلاً ، وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية والإيطالية على منع تصدير الأسلحة المتفق عليها الى الحكومة المصرية ، وهذا السبب الأجنبي ليس في امكان أي شخص في مثل مركز المدين أن يتوقعه او يدفعه ،...))(3) وتظهر تطبيقات القوة القاهرة فيما يأتي :-
 أ- الظواهر الطبيعية : وهي حوادث خارجية سببتها الطبيعة وتنسم بخاصية عدم التوقع وعدم القدرة على دفعها كالزلازل والعواصف والبراكين والتي تتسبب بقطع طرق المواصلات او تدمير موقع العمل ... الخ.
 ب- فعل الغير : ويقصد بالغير هنا الأجنبي عن العقد - ليس هو احد طرفيه - ولا يكون المتعاقد مسؤولاً عنه كما في حالة المتعاقد الثانوي ، ويعد فعل الغير بمصاف القوة القاهرة اذا

كان خطيرا وغير متوقع الحدوث فيؤدي الى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته ، من أمثلة فعل الغير الذي يعد قوة قاهرة ، الثورات الشعبية والانتفاضة والعصيان المدني (4) اما الحرب فتعد حالة نموذجية لتطبيق نظرية القوة القاهرة ، بشرط ان تتوافر فيها الشروط الثلاثة لحالة القوة القاهرة مجتمعة ولقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من

(1) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، المصدر سابق ، ص 411 ، وكذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في (1968/2/3) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 192.

(2) ينظر في ذلك اسماعيل صمصاع : مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي ، مصدر سابق ، ص 176-177 ، وكذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 109-110 وكذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1320 في 1969/2/15) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 216-217.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (689، في 1959/12/12) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 219.

(4) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 415-416.

مناسبة وخصوصا بعد الاجتياح الألماني لإقليم فرنسا في الحرب العالمية الثانية كما في قضية (Gaz de la ferte'-Milon) (1) والتي تتلخص وقائعها في تدمير القوات الألمانية لمعدات شركة الغاز مما أعجزها عن الوفاء بالتزاماتها .

ولعل تساؤلا يطرح هو هل يعد فعل المتعاقد من الباطن من قبيل فعل الغير ؟ لقد بينا سابقا أن مسؤولية المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد هي مسؤولية شخصية وهو مسؤول وحده امام الادارة عن تنفيذ العقد وعن أخطائه الشخصية سواء صدرت عنه ام عن مستخدميه والمتعاقدين معه من الباطن سواء في ذلك أذنت الادارة بالتعاقد من الباطن ام لا ، بل ان مسؤوليته في حال عدم موافقة الادارة تكون مشددة عن أخطاء المتعاقدين معه من الباطن لكن مجلس الدولة الفرنسي قبل تذرع المتعاقد بخطأ المتعاقدين من الباطن في حكم واحد يتيم وعلل ذلك بقبول الادارة (2).

و عن النتائج المتحققة نتيجة للقوة القاهرة فيمكن التأكيد على انه اذا توافرت شروطها فأنها تؤدي الى استحالة التنفيذ كليا او جزئيا مما يسوغ اعفاء المتعاقد من التزاماته العقدية كليا او جزئيا متى أصبح من المستحيل عليه تنفيذها بحسب ما ورد في العقد ، مما يعني انها تسوغ الخروج عن الالتزام بمدد التنفيذ كما ان القوة القاهرة تسمح للمتعاقد مع الادارة بطلب التعويض ان كان له مقتضى وله أن يطلب فسخ العقد اذا ما استحال عليه تنفيذ العقد كليا (3).
الحالة الثانية // فعل الادارة :- يعد فعل الادارة الذي يصعب من مهمة المتعاقد معها مسوغاً قانونيا لعدم التنفيذ او التأخير فيه والخروج عن المدد المحددة في العقد ، وفعل الادارة له شروط معينة من أهمها :

- صدوره من الادارة المتعاقدة وان يكون خارجا تماما عن ارادة الطرف المتضرر .
 - عدم توقع الطرف المتضرر أن يصدر هذا العمل من الادارة وقت ابرم العقد معها .
 - عدم إمكانية الدفع او عدم قدرته على مقاومة العمل المسبب لاستحالة التنفيذ (4).
- وفعل الادارة المسوغ لعدم التنفيذ بالوقت المحدد يأخذ عدة أشكال ، فقد يأخذ شكل عدم التزامها بالعقد او تاخرها في تنفيذ التزاماتها العقدية ، او مبالغتها في استخدام السلطات المتاحة لها في اطار العقود الادارية مثل سلطة التعديل بحيث تبالغ بالتعديلات العقدية بما

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (5/كانون الثاني /1942) أشار اليه الدكتور محمد عبد المجيد المغربي : المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقد الاداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، 1998 ، ص 39 .

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1936/7/22) في قضية (Socie'te' des e'tabl) اشار اليه الدكتور محمد عبد المجيد المغربي : المصدر نفسه ، ص 34 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح أبو الليل : الوجيز في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 131.

(4) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 422.

يجعل المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ، كما يجب التأكيد على أن فعل الإدارة لا يكون دائماً راجعاً لخطأ أو إهمال منها ، بل قد يكون راجعاً لاستعمالها لحق من حقوقها كما لو استعملت سلطة التعديل لكن بشكل مبالغ فيه – فعل الأمير- أو قد تتقاعس الإدارة عن إعادة النظر في رسوم المرفق المستحقة للملتزم رغم تغير الظروف التي تستدعي تغيير الرسوم بما يتلاءم مع ما يتكبدته الملتزم من نفقات ، كما قد تتراخي في تسليم المتعاقد موقع العمل وما إلى ذلك من أشكال تقصير الإدارة الذي يسوغ عدم التزام المتعاقد بمدة العقد .⁽¹⁾

ويترتب على فعل الإدارة الآثار ذاتها المترتبة على حالة القوة القاهرة حيث أنها تسوغ عدم تنفيذ العقد وفقاً للمدد المحددة في العقد كما أنها تسوغ طلب الملتزم للتعويض عما لحقه من أضرار وأخيراً يمكنه أن يطلب من القاضي الإداري فسخ العقد لاستحالة تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً لسبب راجع لفعل الإدارة .

وبهذا الصدد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية قولها ((... ، إذا ثبت أن الإدارة قد ارتكبت خطأ جسيماً ،...، يجوز له اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد ، وللقضاء 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 تنص بأنه " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر – بعد إعداره للمدين – أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى))⁽²⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح أبو الليل : الوجيز في القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 128-130 ، وكذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 111 .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية (الدائرة الثالثة الطعن رقم 1101 لسنة 37 ق ، جلسة 1997/2/25) أشار إليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص 322 .

وقد أشارت التشريعات العراقية لبعض هذه المعاني في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 الصادرة عن وزارة التخطيط حيث نصت المادة (6) على ((مدة العقد والتنفيذ : أولاً // على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها ،...، وعلى أن تراعى الأسباب الآتية عند تمديد العقد :

أ- إذا طرأت أية زيادات أو تغيير في الأعمال بالنسبة للمقاولات المختلفة أو الكميات المطلوب تجهيزها كما أو نوعاً وكان من شأن ذلك أن يؤثر في تنفيذ المنهاج المتفق عليه بحيث لا يمكن إكمالها ضمن المدة المتفق عليها .

ب- إذا كان تأخير تنفيذ العقد يعود لأسباب أو إجراءات تعود للجهة المتعاقدة أو لاية جهة مخولة قانوناً أو لاي أسباب تعود لمتعاقدين آخرين تستخدمهم جهة التعاقد .

ج- إذا استجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية لا يد للمتعاقد فيها ولم يكن بالوسع توقعها أو تفاديها وترتب عليها تأخير في أكمال الأعمال أو تجهيز المواد المطلوبة بموجب العقد)) ، وتكرر النص ذاته في تعليمات 2008 في المادة (14) .

الفرع الثاني

التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها وبطريقة سليمة وعناية تامة

فمن الثابت أن مرحلة إعداد التصاميم والرسومات والخرائط من المراحل الأولى التي تسبق البدء بالعمل في المرفق محل الالتزام وأن لهذه الخطوة أهمية كبيرة بالنسبة للطرفين المتعاقدين ، فالإدارة تحرص على أن تكون التصاميم والخرائط معدة بشكل جيد وبطريقة سليمة كونها تعد رب العمل وأن تشييد المرفق يعتمد على ذلك كما أن جودة التنفيذ وسلامته تعتمد على دقة إعداد التصاميم والخرائط والمرسمات ، والتي تحقق للإدارة إنشاء مرفق ذي كفاءة عالية كونها رب العمل.⁽¹⁾

كما أن الملتزم لكي يقوم بالتشييد ينبغي أن تكون لديه تصور كامل عن المشروع وأن أعداد التصاميم هو موضوع محل اتفاق بين طرفي العقد ، وغالباً ما نجد أن الإدارة تكون حريصة على أن تعد التصاميم بنفسها وذلك عن طريق مكاتبها الاستشارية أو تعهد بذلك للمتعاقد

معها شرط أن يعرضها على الإدارة لتوافق عليها قبل البدء بالعمل ، وفي أغلب الأحيان في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يحال أمر إعداد التصاميم الى صيغ جاهزة ومعدة من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين .⁽²⁾

وإذا كانت الإدارة هي الملتزمة بتقديم التصاميم والخرائط والرسوم وتأخرت في تنفيذ هذا الالتزام قد تثار مسؤوليتها في حالتين هما :-

أولاً // إذا امتنعت عن تقديم التصاميم والخرائط بما يتسبب بتأخير العمل .

ثانياً // إذا قدمت تصاميم وخرائط معيبة .⁽³⁾

وبعد اتفاق الطرفين على التصاميم المناسبة تبدأ عملية بناء وتشبيد المرفق والمتعاقد مع الإدارة مطالب بالالتزام الكامل بالتصاميم والخرائط المعدة من قبل الإدارة او التي أعدها بنفسه ووافقت الإدارة عليها ، وتتميز بشكل عام الخرائط والرسوم والتصاميم عند تنفيذ المشروع بموجبها انها تلقي التزاماً على المتعاقد هو ضرورة الحفاظ على السرية التامة لهذه

(1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص 284 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص 300.

(3) ينظر في ذلك سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2003 ، ص 48 - .

الخرائط وان يزود الإدارة بنسخ منها لتتأكد من إن العمل يتم بموجبها لان المرفق في نهاية المطاف سيؤول اليها لذا يسأل المتعاقد عن الخرائط والتصاميم اذا تبين انها لا تفي بالغرض او انه لم يلتزمها بأمانة ، ونظرا لتعلق العمل بمرفق عام يقدم خدماته للجمهور ويشعب حاجات عامة والعقد ذو طبيعة إدارية لذا فالإدارة تملك سلطة الرقابة والتوجيه تجاه المتعاقد في مرحلة اعداد التصاميم وفي مرحلة تنفيذها وان مخالفته لذلك تثير مسؤوليته العقدية .⁽⁴⁾ كما إن تقديم التصاميم قد يؤدي دورا في تحديد تاريخ البدء بالعمل - تحديده مدة التنفيذ - فاذا كانت الإدارة هي التي تعهدت بتقديم التصاميم والخرائط فان مدة تنفيذ العقد تبدأ من تاريخ تسلمها من قبل الملتزم وهذا المعنى أكدته محكمة التمييز العراقية بقولها ((ان المباشرة بالعمل تعتبر من التاريخ الذي سلمت فيه الخارطات إذ يستحيل عملا على الما قول ان يبدأ بالعمل قبل تسلم هذه الخارطات)) .⁽²⁾

ولقد تضمن التشريع المصري نصا بتنظيم هذه الحالة في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري جاء فيه قول المشرع ((يلتزم الما قول بان يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات والخرائط المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولا تبعا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد فيها كما لو كانت مقدمة منه)) .⁽³⁾

وفي كل الأحوال شركة المشروع ينبغي عليها الالتزام وبأمانة بالمواصفات الفنية

(1) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد ال-B.O.T ، مصدر سابق ، ص 242 - 243 . وينظر المعنى بذاته ما نصت عليه المادة (5) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 اذ ورد فيها ((أولا // يراعي في الإعلان عن مناقصات العقود العامة الإجراءات الآتية ، و - النص على أيلولة ملكية التصاميم والخرائط والمواصفات التي تعدها الجهة التي وجهت لها الدعوى المباشرة عند التعاقد معها باستثناء الحالات الخاصة وبموافقة الوزير المختص وعلى ان تمتنع هذه الجهات عن نشر أي معلومات تتعلق بطبيعة العقد الا بعد الحصول على تخبيل خاص بذلك من الوزارات المختصة ز - الطلب من مقدمي العطاءات إرفاق عطاءاتهم للأعمال المماثلة ان وجدت .

ح - الطلب من هذه الجهات بيان مؤهلات الجهاز الفني فيها والاختصاصيين المتفرغين وغير المتفرغين العاملين لديها عند تنفيذ مشاريع المقاولات بمختلف أنواعها

ط - الطلب من هذه الجهات تقديم منهاج العمل المطلوب)) وكذلك البند (ثانياً/5) من تعليمات 2008.

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم الاضبارة (931 / ج / 66 في 22 / 11 / 1996) أشارت إليه سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة ، مصدر سابق ، ص 69 .

(3) ينظر في ذلك المادة (80) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

والهندسية والتي تشمل بطبيعة الحال التصميم والخرائط بعد موافقة الإدارة عليها ، وخضوعها لرقابة الإدارة عند البدء بتنفيذ العمل أي إن الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عندما يشرع بالتنفيذ ويبدأ بعمليات البناء والتشييد فإنه يخضع لرقابة الإدارة خلال هذه المرحلة لكي تتأكد الإدارة من التزامه بالمواصفات القياسية او المواصفات التي وافقت عليها الإدارة وبتابعه للمرسومات والخرائط والتصاميم التي اتفق عليها الجانبان .⁽¹⁾

وفيما يتعلق بتنفيذ الالتزام بطريقة سليمة وبعناية تامة ، هذا الواجب يتطلب من الملتزم أن يكون على علم ودراية بالشؤون الفنية والتقنية بالنسبة الى العمل الذي ينفذه أي يكون من أصحاب الخبرة في هذا المجال او ما يعرف في المناقصات العامة بشرط القيام بأعمال مماثلة⁽²⁾ ، وبحسب طبيعة ومتطلبات كل عقد ، وفي هذا الصدد يبرز التزام المتعاقد بتنفيذ الأعمال الموكلة اليه بدقة وإتقان كاملين وبحسب شروط العقد وبمراعاة طبيعة العمل ومتطلباته ، وكذلك بمراعاة الأسس العلمية للتخطيط والتنفيذ وأصول المهنة وان يستخدم في تنفيذ العقد من الأدوات والأجهزة والمواد الأولية وغيرها ما يطابق الشروط الخاصة بالمواصفات القياسية او يطابق اتفاهه مع الإدارة .⁽³⁾

وأخيراً عليه أن ينفذ التزامه بعناية تامة ولقد سبق وأكدنا إن التزام المتعاقد مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية أي انه يعد مقصراً لو لم تتحقق النتيجة النهائية من العقد وهي في هذا العقد بالتحديد قيامه ببناء المرفق وتجهيزه وإدارته لتقديم الخدمات العامة للأفراد .

الفرع الثالث

التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته بحسن نية

تخضع العقود عموماً سواء المدنية ام الادارية لأصل عام من اصول القانون يقضي بوجوب تنفيذ العقد بطريقة سليمة وبما يتفق مع مقتضيات مبدأ حسن النية ، وتنفيذ العقد بما يتفق مع مبدأ حسن النية وهو التزام مفاده أن يكون المتعاقد مع الإدارة حريصاً على تحقيق

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص 35 .
(2) ينظر الفقرة (ز / أولاً) من المادة (5) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 ، والفقرة (ج/ثانياً) (5) من تعليمات 2008.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 171 ، وكذلك ينظر محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 104 - 107.

المصلحة العامة ، فلا يكون مجرد مضارب لا يهتم الا بتحقيق الأرباح ، وإذا ما طرأت اثناء مدة تنفيذ العقد حالة قوة قاهرة او تقصير من جانب الإدارة المتعاقدة في تنفيذ احد التزاماتها فإنه ملزم ببذل ما في وسعه لتفادي التأخير في تنفيذ العقد قدر المستطاع .⁽¹⁾

ولقد تضمن القانون المدني العراقي نصاً يقضي بان ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))⁽²⁾ ، والرأي الراجح اليوم يذهب الى إن التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه بحسن النية هو تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ العقود وعلى هذا الأساس المتعاقد ملزم بتنفيذ التزاماته العقدية ولا يمكنه بحال من الأحوال الاعتماد على الشكل والمظاهر او الألفاظ الواردة في العقد بل عليه الاهتمام بالمقاصد والمعاني التي إبرم العقد من اجلها مما يعني أنه ملزم بتنفيذ العقد لتحقيق الغاية من العقد وهي تحقيق المصلحة العامة فعليه مواكبة الظروف الموضوعية المتجددة والمحيطه بالمرفق ، وكل هذه الاعتبارات يفصل بها القاضي الإداري بحسب كل قضية على حده أخذاً بنظر الاعتباران المتعاقد مع الإدارة ما هو الا معاون ومساعد للإدارة في تسيير مرافقها العامة الأمر الذي يستدعي منه بذل عناية اعتيادية لتنفيذ

التزاماته العقدية وبذل عناية حريصة بوصفه مشاركاً في إدارة أحد المرافق العامة التي تشبع الحاجات العامة الأمر الذي يتطلب منه في بعض الأحيان تقديم توضيحات تشمل على تخليه عن جزء من أرباحه إذا ما كان هناك خطر جسيم يهدد الدولة وتقديمه للتوضيحات لا تلغي حقه بالتعويض بل هي تؤكد حقه فيه، والقاضي الإداري عندما يقدر التعويض المستحق لمصلحة الملتزم يضع في حساباته مقدار التضحية التي قدمها المتعاقد وإذا ما عرض على القاضي نزاع من هذا النوع فهو سيأخذ بنظر الاعتبار مدى جسامة المخاطر التي تهدد البلد الأمر الذي يسمح بتقدير تعويض مناسب هذا ما يتفق مع قواعد العدالة وضرورة مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة (3).

ومن مقتضيات تنفيذ الالتزام بحسن نية أن المتعاقد مع الإدارة عليه أن يستمر بتنفيذ الالتزام مهما كانت الظروف التي تواجهه وليس له أن يتوقف عن أداء عمله بحجة أن ثمة إجراءات إدارية حالت بينه وبين ذلك لأن السماح له بذلك يعني تهديد السير المنتظم للمرفق العام تهديداً جدياً ، بل عليه الاستمرار بالعمل ورفع دعوى قضائية أمام القاضي الإداري

(1) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (67) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية والتي جاء فيها ((إذا نشبت حرب أثناء مدة إكمال الأعمال سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن ضمن حدود الجمهورية العراقية أو كان العراق طرفاً فيها بحيث تؤثر بصورة هامة من الناحية المالية أو من النواحي الأخرى على تنفيذ الأعمال فعلى المفاوض ما لم تنته المفاوضة بموجب هذه المادة أن يبذل أقصى جهد لإكمال تنفيذ الأعمال ،))

(2) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 171 - 172 .

يطلب فيها الفسخ مع التعويض وليس له التوقف لحين صدور قرار قضائي بالفسخ (1).

ولقد أكدت الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري أهمية التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزامه بحسن نية فجاء في أحد فتاوى الجمعية العمومية قولها ((من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقتضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع بوجبه حسن النية ، هذا الأصل مطبق في العقود جميعاً سواء المدنية أو الإدارية ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تنقيد بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة ،)) (2).

ونتفق مع اتجاه مجلس الدولة المصري أعلاه في إن تنفيذ الالتزام بحسن نية في العقود الإدارية كافة هو مبدأ عام والتزام أساسي احتراماً وتأكيذاً للثقة في التعاملات بين الطرفين ، وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ذكرنا ارتباطه الوثيق بالمرافق العامة المهمة وامتداده لمدة طويلة لذا فلا بد من الالتزام بتنفيذه بحسن نية ، فينفذ المتعاقد التزاماته بأمانة ولا يلجأ إلى استخدام الغش والمماطلة في تنفيذ التزاماته وإن يبذل قصارى جهده لتنفيذ العقد وخصوصاً في أوقات الأزمات ، وإذا ما استجد ظرف طارئ يعرقل سير العمل أو إذا ما استجدت قوة قاهرة وكان بإمكانه معها الاستمرار بتنفيذ العقد ، وإن لا يتعسف باستعمال حقه بطلب التعويض وعليه دائماً السعي إلى تحقيق غاية العقد الإداري ألا وهي تحقيق المصلحة العامة ولذا فإن تنفيذ الالتزام بحسن نية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو التزام في غاية الأهمية ، كما إن الإدارة من جانب آخر مطالبة بمراعاة حسن النية وإن تمد يد العون للمتعاقد معها كلما تطلب ذلك تنفيذ العقد ، وإن لا تتمسك بشكل تعسفي بنصوص العقد وإن تضع نصب عينها مبادئ العدالة ومصلحة المرفق العام وإن التزام الطرفين بمبادئ حسن النية يساعد على مد جسور الثقة بين الطرفين ويساعد على تنفيذ العقد بأمانة وصدق وإخلاص في العمل بما يعود بالخير على المصلحة العامة .

- (1) ينظر في ذلك الدكتور احمد محمود جمعة : العقود الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية , 2002 ، ص 214 – 215 .
- (2) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (883 في 1995/12/2) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 31 - 32 .

المبحث الثاني

حقوق المتعاقد مع الإدارة

إزاء تمتع جهة الإدارة بسلطات واسعة والتي يقرها القانون العام لمصلحة الإدارة المتعاقدة ، فإن للمتعاقد معها جملة من الحقوق التي تمثل في الوقت ذاته التزامات على عاتق الإدارة ينبغي عليها الوفاء بها ، ولقد عمل مجلس الدولة الفرنسي منذ تأسيسه على إقرار وحماية هذه الحقوق لأنها توازي وتقابل سلطات الإدارة المتعاقدة ، لكي لا تشكل هذه السلطات عقبة في وجه الأفراد عندما يتعاملون مع الإدارة ، وكذلك من أجل أن لا تخسر الإدارة وسيلة من أهم وسائل القانون العام لإدارة المرافق العامة الاقتصادية ألا وهي العقد الإداري ، كما ويمكن القول أن الأسس العامة لحقوق المتعاقد مع الإدارة هي مستقاة من نصوص العقد ذاته وما يمثله من قوة ملزمة للطرفين المتعاقدين أو تنشأ حقوقه من القواعد العامة المنظمة لعمل المرافق العامة كما لو اختل التوازن المالي للعقد الإداري لسبب خارج عن إرادة طرفي العقد فتلتزم الإدارة بدفع تعويضات للمتعاقد معها والأساس القانوني المسوّغ لدفع التعويضات في الحالة الأخيرة هو ضرورة إعانة المتعاقد لمواجهة الظروف المرافقة لعملية التنفيذ لتضمن بذلك الإدارة سير المرفق العام بشكل منتظم ، وسنحاول من خلال هذا المبحث إعطاء صورة عن أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة ولاسيما حقه في المقابل النقدي المتمثل بالرسم في العقد موضوع الدراسة والذي يحصل عليه من المنتفعين مباشرة والذي سنبحثه في المطلب الأول ، ثم بعد ذلك ومن خلال المطلب الثاني نبين حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد إذا ما اختل هذا التوازن لأي سبب من الأسباب ، وأخيراً نبين في المطلب الثالث حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض وهو حق ثابت للمتعاقد مع الإدارة لذا سنبين الأسس التي تحكم وتنظم حقه بالتعويض وأسباب الحكم له بالتعويض .

المطلب الأول

حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المقابل النقدي

وهو الحق الأول الذي يستمده المتعاقد من العقد الإداري ، إذ يمثل المقابل الذي يستحقه لقاء تنفيذه للعقد ، ومن الثابت أن صور هذا المقابل تختلف من عقد لآخر فيكون هذا المقابل على شكل ثمن في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد ، ويأخذ شكل رسم في عقد التزام المرافق العامة ، كما قد يكون على شكل مرتب شهري في عقد إيجار خدمات الأشخاص ، والأصل أن المتعاقد لا يستحق المقابل النقدي إلا بعد تنفيذه لالتزاماته العقدية .⁽¹⁾

ومن الثابت في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أن المقابل النقدي يكون على شكل رسوم يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق ، وسنبحث موضوع الرسم في فرعين ، نخصص الأول منهما لبحث القواعد العامة المتبعة في تحديد الرسم ، وفي الفرع الثاني نبين القواعد العامة واجبة التطبيق عند تعديل الرسم بوصف عملية تعديل الرسم حقاً من حقوق المتعاقد مع الإدارة ، وبالأخص عندما تتغير الظروف المحيطة بالمرفق وبعملية الاستغلال فيغدو من حق الملتزم تعديل الرسم بالزيادة إذا ما ازدادت تكاليف تقديم الخدمة للأفراد ، ومن حق الأفراد مطالبة الإدارة بإنقاص سعر تعريفة الرسم إذا لم تعد تتلاءم مع إمكانياتهم المالية وهو ما سيكون موضوع بحثنا في الفصل الثالث عندما نتناول حقوق الغير تجاه طرفي العقد .

الفرع الأول

القواعد العامة في تحديد الرسم

الرسم (fees) وهو المقابل النقدي الذي يتقاضاه ملتزم المرفق العام من المنتفعين بخدمات المرفق ، ففي عقد الالتزام يتعهد المتعاقد مع الإدارة بتقديم خدمات المرفق موضوع العقد مباشرة للأفراد مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، ويساعد على ذلك طبيعة المرفق كونه مرفقاً اقتصادياً عاماً⁽²⁾.

ويعرف الرسم بأنه ثمن الخدمة التي يقدمها المرفق للأفراد وفي عقد الالتزام يستوفي المتعاقد مع الإدارة هذا الرسم من المنتفعين بخدمات المرفق مباشرة وهو يمثل حقه في المقابل النقدي⁽³⁾، وإن بحثنا لموضوع الرسم وقواعد تحديده يفتح عدة نوافذ على موضوعات تكون على درجة من الأهمية لذا سنتناول هذه الموضوعات حسب التسلسل الآتي :

أولاً // الطبيعة القانونية للشروط العقدية المنظمة للرسم :-

وفي هذا الموضوع على وجه التحديد يطرح سؤال رئيسي وهو هل هذه النصوص العقدية ذات طبيعة تنظيمية أم إنها ذات طبيعة اتفاقية ؟ الشرط التنظيمي هو الشرط

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عمرو فؤاد بركات : مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 557 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 112 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 187 .

المنصوص عليه في القانون أو التعليمات أو في دفتر الشروط الذي يحيل إليه المتعاقدان تنظيم العلاقة بينهما ، أما الشرط الاتفاقي (العقدي) هو الشرط الذي اتفق عليه الطرفان وضمناه في العقد لذا فهو محل اتفاق الطرفين في وضعه أول مرة وفي تعديله أما الشرط التنظيمي فلا يكون محل اتفاق بينهما والإدارة وحدها بإرادتها المنفردة تملك تعديله إن اقتضت الظروف المصاحبة لعملية تنفيذ العقد ذلك .

وعندما بحث الفقه الفرنسي هذا السؤال انقسموا على فريقين أو اتجاهين هما :-
الاتجاه الأول ويمثل رأي غالبية الفقه ويؤيدون الطبيعة التنظيمية (اللائحية) لهذه الشروط بحيث تملك الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة مستقبلاً⁽¹⁾.
أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى أن الطبيعة القانونية لهذه الشروط مزدوجة حيث إنهم ميزوا بين علاقتين هما :

العلاقة الأولى / وهي علاقة الإدارة والملتزم بالمنتفعين بخدمات المرفق فقالوا هذه العلاقة قانونية والشروط العقدية المنظمة للرسم في إطارها ذات طبيعة تنظيمية بحجة أن صالح المنتفعين يحتم على الإدارة التدخل لمصلحتهم ولحمايتهم وتحقيق الصالح العام في تحديد تعريفه رسم ملائمة لإمكانياتهم المادية وبذلك تحقق الإدارة التوازن بين مصالح المنتفعين (مصلحة عامة) ومصالح الملتزم (مصلحة خاصة) .

أما العلاقة الثانية / فهي علاقة الإدارة بالملتزم حيث تنسم الشروط المتعلقة بالرسم بطابع تعاقدية اتفاقي فلا يمكن تعديل هذه النصوص إلا بالاتفاق بين الطرفين⁽²⁾.
لكن رأي مجلس الدولة الفرنسي في هذا الأمر كان واضحاً ففي قضية (Lorient) اعتبر أن طبيعة النصوص العقدية المتعلقة بالرسم هي اتفاقية (عقدية)⁽³⁾.

أما في مصر فقد نص القانون رقم 129 بالتزامات المرافق العامة على ((لمانح الالتزام دائماً ، 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 ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل))⁽⁴⁾.

وهو موقف المشرع المدني العراقي ذاته الذي نص على ((تعريفات الأسعار التي يجب أن

(1) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 181 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : المصدر نفسه ، ص 181- 182 . وكذلك ينظر :
M . Waline : Droit administratif . (9) edition – edition sirey . 1963. p612.

A . de Laubadere : traite de droit administratif . L.G.D.J . paris . 1973 . p359.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (21/تشرين الأول/1980) أشار إليه جورج فوديل : القانون الإداري ، ترجمة منصور القاضي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 580.

(4) ينظر في ذلك المادة (5) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
يؤيدها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها او تصديقها عليها))
(1) ، يفهم من النصين العراقي والمصري ان المشرع يأخذ بالطبيعة التنظيمية للشروط العقدية المتعلقة بالرسم وبذا هو يسمح للإدارة ان تنفرد بتعديل هذه النصوص بإرادتها المنفردة

ثانياً// القيود الواردة على حرية المتعاقدين في تحديد الرسم :-

1- احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين :- ويمثل هذا المبدأ أحد أهم القواعد العامة الضابطة لسير المرفق العام بانتظام واطراد وكما درسنا ذلك سابقاً ، وهي تعني مساواة المتنافسين جميعاً والمقصود بالمساواة هي توحيد المعاملة إذا تساوت مراكزهم القانونية أما إذا كان هناك تفاوت في المراكز القانونية والظروف المرافقة (الظروف المكانية والزمانية) (2) ، فمن حق الملتزم ان لا يساوي بينهم في المعاملة ، وقد نص القانون المدني العراقي بأنه ((على ملتزم المرفق ان يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات او في تقاضي الأجور)) (3).

وبعكس ذلك لو كانوا متساوين في المراكز فهو ملزم بالمساواة بينهم ويرى الفقه الإداري والدستوري في مصر ان الفرد الذي يحرم من الانتفاع بخدمات مرفق معين له الحق بالطعن أمام مجلس الدولة المصري مستنداً الى خرق هذا القرار لمبدأ دستوري ألا وهو مبدأ مساواة الأفراد بخدمات المرافق العامة كما وله الحق بطلب تعويض لحرمانه من حق من حقوقه دون مسوغ قانوني . (4)

2- التدخل التشريعي في مجال تحديد الرسم :- قد يتدخل المشرع في موضوع تحديد الرسم المستحق للملتزم فيحدد صراحة السعر الذي يتعين ان يتقاضاه مقابل الخدمة العامة كما لو حدد قانون سعر الكهرباء او الماء او الكيوسين ... الخ ، فحينئذ لا تستطيع الإدارة او الملتزم الخروج عن سعر هذه التعريفة لأنها محددة بنص القانون ، ومن الأمثلة على ذلك نجد ان القانون المصري نص على ((لا يجوز ان تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق العام (10%) من راس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ،)) (5)

عموماً لا تخرج أساليب تحديد الرسم المستحق لمصلحة الملتزم عن احد ثلاثة أساليب هي :-

(1) ينظر في ذلك المادة (894) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 119 ، كما وينظر نص المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 ، والمادة (14) من الدستور العراقي الحالي الصادر عام 2005 .
(3) ينظر في ذلك المادة (893 / 1) من القانون المدني العراقي .
(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الغني بسيوني : النظم السياسية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1990 ، ص 355-357.

(5) ينظر في ذلك المادة (3) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
أ- ان تتولى الإدارة وإرادتها المنفردة تحديد تعريفة الرسم ، وفي بعض الأحيان تلجأ الى طلب رأي الملتزم للاستئناس به لا أكثر ورأيه غير ملزم لها بل هي تستقل بتحديد الرسم
ب- ان تحدد الإدارة الرسم دون ان تطلب رأي ومشورة الملتزم بإرادتها المنفردة .

ج- ان تحدد الإدارة حداً أقصى للرسم تاركة للملتزم حرية تحديد الرسم على ان لا يتجاوز الحد الأقصى ، لكن هذا الأسلوب الأخير يوصف بالاتفاقي أي ان الرسم يحدد بمعرفة الملتزم وبموافقة الإدارة بحيث ان تحديد الرسم او تعديله لا يكون نهائياً إلا بموافقة كلا الطرفين المتعاقدين . (1)

ومما هو ملاحظ ان هذا التحديد سواء بنص القانون أم بإرادة الادارة المنفردة كما رأينا في القانون المصري الخاص بالتزام المرافق العامة هما لا يتلاءمان مع طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ، فمن المستقر عليه حديثاً في مصر سواء على صعيد القانون ام الفقه ان هذين الأسلوبين لا يتفقان مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والسبب في ذلك يعود الى ان هذا العقد هو عقد التزام لكنه يختلف عن عقد الالتزام الاعتيادي في ان المتعاقد يقوم ببناء المرفق ثم تجهيز المرفق ثم تشغيله خلال مدة العقد المتفق عليها وبالتالي العائد الذي يبحث عنه المتعاقد ينبغي ان يكون كافياً لسد هذه المصاريف وتحقيق أرباح لذا نجد الفقه المصري يؤكد على ان هذا العقد يتميز بميزتين أساسيتين تميزانه عن عقد الالتزام الاعتيادي هما :

1- ان الرسم في هذا العقد ذو طبيعة تعاقدية (اتفاقية) لا تنظيمية بما يعني انه يتحدد باتفاق الطرفين ولا يحق للإدارة ان تنفرد بتعديل هذا الرسم بإرادتها المنفردة بل لابد ان تتفق مع الملتزم على تحديده ابتداءً ثم تعقد اتفاقاً آخر لتعديل الرسم في المستقبل ان أصبح ذلك ضرورياً ، ولذلك نجد الادارة في مثل هذه العقود مضطرة لشراء الخدمة من الملتزم ثم بيعها بأسعار مناسبة لقدرات المنتفعين متحملة بذلك فرق السعر لأنها لا تملك تعديل السعر بإرادتها المنفردة عندما لا يتلاءم مع قدرات المنتفعين المالية وان تخفيض التعريفة عما هو متفق عليه يتسبب بخسائر فادحة للملتزم لذا فهي تتكفل بشراء الخدمة وبيعها بأسعار مدعومة للأفراد .⁽²⁾

2- ان الرسم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في مرحلة تحديده او تعديله لا يخضع لأحكام القانون رقم (129) لسنة 1947 وهو ما صرحت به المادة الأولى من القانون رقم (3) لسنة 1997 المصري الخاص بالتزام المطارات وأراضي النزول والتي جاء فيها

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص436.
(2) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص156، وكذلك ينظر الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص71، وينظر الدكتور الياس ناصيف : عقد ال-B.O.T ، مصدر سابق ، ص282.

قول المشرع ((... ، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، ... ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (129) لسنة 1947، ...)) وهذا ما يسوّغ تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقد الالتزام من ناحية الرسم فالرسم في عقد الالتزام تستقل الادارة بتحديدته وتعديله حسب القانون رقم (129) لسنة 1947 أما العقد موضوع الدراسة فأحكامه خاصة فقد نص صراحة المشرع على استثنائه من القانون المذكور.⁽¹⁾

مما يعني ان طبيعة النصوص العقدية المتعلقة بالرسم في العقد موضوع الدراسة هي طبيعة اتفاقية تحدد بالاتفاق وهو ما يتفق مع موقف القضاء الاداري الفرنسي الذي لاحظنا انه كيف هذه الشروط بأنها ذات طبيعة اتفاقية ، ولا يتفق مع موقف المشرع المدني العراقي الذي أكد الطبيعة التنظيمية لنصوص العقد المتعلقة بالرسم في عقد الالتزام لذا فلا بد من صدور تشريع تنظم فيه أحكام هذا النمط من عقود الالتزام وينظم في ثنياه الرسم المستحق للملتزم .

كما ان الأصل ان يختص الملتزم بكل الرسوم او ان يختص بها مع دفع جزء منها للدولة ، ونؤيد فكرة حصول الدولة على جزء من هذه الرسوم لأنه يمثل بلا شك مورداً حيويّاً للدولة كما انه ينظم مسألة حصول الملتزم على المقابل المالي ويمنع من ان يحصل الملتزم على أرباح فاحشة من وراء العقد كما انه يشكل ورقة ضغط على الملتزم لكي لا يطالب برفع سعر التعريفة لان حصة الادارة ستزداد مع ارتفاع التعريفة ، وهو ما لاحظناه مؤخراً في عقود الهاتف النقال في العراق عندما حصلت مزايدة في عمان لمنح تراخيص الهاتف النقال اشترطت الدولة العراقية ان يكون لها نسبة من صافي إيرادات الشركات وقدرت هذه النسبة بـ(18%).⁽²⁾

الفرع الثاني

القواعد العامة المتبعة عند تعديل الرسم

الرسم شأنه شأن أي بند في العقد قد يطرأ عليه تعديل أو تغيير نتيجة تغيير الظروف المحيطة بالعقد ، وان بحثنا للقواعد العامة في التعديل تثير مسألتين جوهريتين تشكلان محور دراستنا في هذا الفرع وهما السلطة المختصة بالتعديل وأسلوب التعديل وسنعرض لهما في الفقرتين الآتيتين:-

أولاً // السلطة المختصة بالتعديل :- وهي الجهة التي تملك تعديل الرسم في العقد الإداري

- (1) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن : عقود البوت B.O.T، مصدر سابق ، ص 71-72.
- (2) نقلا عن قناة العراقية الفضائية التي أوردت تصريح لوزير المالية العراقي السيد بيان جبر الزبيدي يوم 2007/8/21.

ولمعرفة هذه الجهة سنبين دور الجهات الآتية :-

1- دور قاضي العقد :- الأصل في العقود الإدارية إنها تخضع لما اتفق عليه طرفاه ، فإذا منحت الشروط العقدية المتعلقة بالرسم الطبيعة الاتفاقية كما لاحظنا في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هذا يعني حرمان القاضي من سلطة تعديل الرسم لان الرسم في هذه الحالة لا يعدل إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين ، وهو ما يتفق مع موقف القضاء الإداري الفرنسي الذي عدّ الشروط العقدية المتعلقة بالرسم ذات طبيعة تعاقدية ونجد مجلس الدولة الفرنسي يقول بان ((قاضي العقد لا يملك المساس بالشروط المتعلقة بالرسم بهدف تعديل أحكامها ، ومن الطبيعي ان يكون تدخله جائزا اذا ما تعلق الأمر بتطبيق احد الشروط الواردة بالعقد وكانت وثيقة الامتياز تتضمن القواعد الواجبة الإتباع عند إعادة النظر في قوائم الأسعار بسبب تغيير الظروف ونشوء خلاف بين المتعاقدين حول تطبيق هذه الشروط ، حينئذ يكون حكم القاضي في شأن ذلك متفقا وصحيح حكم القانون))⁽¹⁾.

وهذا يعني عدم حرمان القاضي من أي دور في تعديل الرسم بل قد تتضمن وثيقة الالتزام الشروط والقواعد الواجبة الإتباع عند تعديل الرسم ثم ينشأ خلاف بين المتعاقد والإدارة حول تطبيقها فيكون دور قاضي الموضوع النظر في الخلاف وإصدار حكم يتضمن حلا للنزاع وتطبيقا للشروط العقدية بشكل سليم يتفق مع ارادة الطرفين⁽²⁾.

2- دور المتعاقد مع الإدارة :- وهو ملزم بقوائم الأسعار ولا يملك تعديلها بإرادته المنفردة وليس أمامه إلا الاتفاق مع الإدارة على التعديل وقيامه باي تعديل انفرادي يصدر عنه دون موافقة الإدارة يثير مسؤوليته العقدية تجاه الإدارة الا اذا نص العقد على خلاف ذلك بتحويله سلطة التعديل او وضع حدا أعلى للتعريفية ويمنح سلطة زيادة التعريفية بتغيير الظروف دون تجاوز هذه النسبة⁽³⁾.

3- دور السلطة الادارية مانحة الالتزام :- وهي تملك تعديل الرسم بإرادتها المنفردة حسب القانون المصري⁽⁴⁾ ، أي عندما تعطى الشروط العقدية الطبيعة التنظيمية وهو موقف بعض الفقه الفرنسي لكن عند إعطاء هذه النصوص الطبيعة الاتفاقية فلا تملك بإرادتها المنفردة ذلك ، حيث لو تغيرت الظروف لما استطاعت تعديل تعريفية الرسم الا باتفاق مع الملتزم وهو موقف القضاء الفرنسي ، وبهذا الصدد يثير الفقه سؤالين هما :-

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1944/1/21)، في قضية (Sted'entreprises) أشار إليه الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 227 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : المصدر نفسه ص 227 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 552.
- (4) ينظر المادة (5) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .

السؤال الأول : ما مدى سلطة الإدارة مانحة الالتزام في رفض طلب الملتزم زيادة الأسعار ؟

يجيب الفقه بالإيجاب ويرى بان الإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة تمكنها من رفض طلب زيادة الرسوم ، ولا يحد من سلطتها التقديرية هذه الا ما قد يرد في العقد من نصوص تلزم الإدارة بالموافقة اذا ما تغيرت الظروف المحيطة بالمرفق مستقبلا ، وتكفلت وضمنت للملتزم بان يدر المرفق نسبة معينة من الأرباح حينئذ على الجهة الادارية ان توافق على الزيادة ، او ان تتحمل فرق الأسعار ، وان لجوء الملتزم للقاضي الاداري لن ينفعه في الحالة الأخيرة لان

القاضي لا يمكنه ان يحل محل الادارة ويحكم بإجراء تعديل الرسم رغم رفض الادارة الا في حالة ان يكون رفض الادارة تعسفيا بقصد الأضرار بالملتزم ففي هذه الحالة ايضا هو لا يملك تعديل الرسم بل يملك إلزامها بدفع تعويض على أساس الخطأ الذي ارتكبته (1).

والسؤال الثاني يقول : ما مدى سلطة الجهة الادارية مانحة الالتزام في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة ؟ وللإجابة عن ذلك يتعين العودة الى ما سبق ان بيناه عندما درسنا الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم وهل هي شروط تنظيمية تملك الادارة تعديلها بإرادتها المنفردة أم هي شروط اتفاقية (تعاقدية) ، ذكرنا ان الفقه الفرنسي منقسم على اتجاهين فريق نادى بالطبيعة التنظيمية وفريق نادى بالطبيعة المزدوجة ، في حين القضاء الاداري الفرنسي في قضية ((Lorient)) والتي رفعت ضد وزير التجهيز والتأهيل في الإقليم ورد في حكمه ما يأتي : ((...)) غالبا ما تتضمن البنود التعريفية بنود تغيير (آلي) او إعادة نظر تستدعي مفاوضة جديدة لا تستطيع الادارة تجاهلها بان تعارض بدون إحام مسؤوليتها ((2)).

ثانيا // الأساليب المتبعة في تعديل الشروط العقدية المتعلقة بالرسم : والتي يمكن حصرها في أسلوبين هما :-

1- الأسلوب الاتفاقي : هذا الأسلوب لا يثير إشكالا إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على انه في حال تغير الظروف فانهما يبرمان اتفاقاً ودياً بينهما لتعديل الرسم وإذا ما أدرج هذا الاتفاق بصورة بند في العقد يصبح واجب النفاذ .

2- الاسلوب التشريعي : صدور قانون جديد عن السلطة التشريعية في البلد سيؤثر بلا شك بشكل مباشر او غير مباشر على العلاقات العقدية وخصوصا في الدول التي تنتهج سياسة توجيه الاسعار التي تتبناها بعض الدول رعاية لمصالح رعاياها واقتصادها الوطني والتدخل

(1) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص187 ، وينظر في ذلك أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسي في (30 / 6 / 1937 في قضية Tramways) أشار اليه الدكتور عمر احمد حسبو : المصدر نفسه ، ص187 .
(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (31 / تشرين الأول / 1980) سبق ان اشرنا اليه ص 75 من هذه الرسالة .

يتم بما يأتي :

أ- التدخل المباشر :- وفيه يتدخل المشرع بشكل مباشر في العلاقة العقدية ، كما لو أصدر المشرع قانوناً جديداً ينظم من خلاله مسألة معينة وبالتأكيد هذا التشريع يكون ملزماً للإدارة والمتعاقد معها (1).

ب- التدخل غير المباشر :- وهنا يصدر المشرع قانونا يخول فيه الادارة مانحة الالتزام سلطة تعديل الرسوم وبهذه السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة تستطيع تعديل الرسم دون أن تشكل بنود العقد عقبة في وجهها لانها عندما تعدل بنود العقد في هذه الحالة هي التي تنفذ إرادة المشرع بوصفها سلطة تنفيذية (2).

ومن تطبيقات التدخل التشريعي غير المباشر في القانون المصري ما نص عليه القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري الذي نص على ((لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام او قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض ان كان له محل)) (3) ، ولقد تضمنت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون المسوغات القانونية التي تبرر للإدارة إعادة النظر في قوائم الأسعار ((انه اذا كان الالتزام لمدة طويلة فانه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير ، ومن الجائز بعد مضي وقت معين ان تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة اما لأنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم ، واما لانها تتقلب عبئا ثقيلا يبهض كاهل المنتفعين بالمرافق العام)) (4).

وبعد ان بينا موقف الفقه والقضاء والتشريع المصري في معرض التعليق على هذه المواقف يثير بعض الفقه المصري ملاحظتين هما :

1- لا بد من التمييز بين المنشأ الاتفاقي للنصوص العقدية المتعلقة بالرسم وبين طبيعتها القانونية فاذا وجدت هذه النصوص في العقد فهذا دليل على أصلها الاتفاقي .

2- مع ملاحظة خلو القانون الفرنسي من نص يبين الطبيعة التنظيمية لهذه الشروط على غرار النص المصري في القانون رقم (129) لسنة 1947 ، ومع وجود أحكام صريحة لمجلس الدولة الفرنسي يصرح فيها بالطبيعة الاتفاقية لهذه الشروط فهذا دليل على طبيعتها الاتفاقية في فرنسا (5).

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 229 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص 286
- (3) ينظر في ذلك المادة (5) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
- (4) ينظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (129) لسنة 1947 .
- (5) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 259-260.

ونؤيد ما ذهب إليه القضاء الاداري الفرنسي في اعتبار النصوص العقدية المتعلقة بالرسم ذات طبيعة اتفاقية لأنها أكثر اتفاقاً مع الطبيعة الخاصة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وقد لاحظنا ان المشرع المصري في السنوات الأخيرة رغم انعدام النص صراحة على ذلك الا انه رجح هذا الاتجاه عندما شرع القانون رقم (3) لسنة 1997 الذي نص في مادته الأولى بأنه يجوز منح التزام المطارات وأراضي النزول دون التمسك بأحكام القانون رقم (129) لسنة 1947 الخاص بالتزام المرافق العامة والذي صرح بلائحية هذه النصوص (تنظيمية) في المادة (5) وكذلك المادة (894) من القانون المدني العراقي التي أعطتنا انطباعاً بان المشرع العراقي يرجح تنظيمية هذه العقود لا طبيعتها العقدية ، وسبب ترجيحنا للطبيعة التعاقدية هو طول مدة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وضرورة إعادة النظر بالرسم بشكل دوري ومنظم كلما استجدت ظروف تستدعي ذلك الإجراء.

المطلب الثاني

حق المتعاقد في التوازن المالي للعقد

قد يتعرض عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كأى عقد آخر إنشاء تنفيذه للتدخل من جانب الادارة بما تملكه من سلطة التعديل وقدرتها على زيادة التزامات المتعاقد معها ، او قد تعترض عملية التنفيذ ظروفاً غير متوقعة تزيد من التزامات المتعاقد مع الادارة وتجعل من تنفيذ العقد مكلفاً له وتؤدي الى قلب التوازن المالي في العقد الاداري ، لذا يؤكد الفقه والقضاء بأنه طالما تكون التزامات المتعاقد مع الادارة عرضة للتغيير فينبغي أن تكون حقوقه المالية عرضة للتغيير أيضاً . بما يعيد التوازن المالي للعقد الاداري الى حالته الأولى التي كان عليها وقت التعاقد – من التوازن بين حقوق طرفي العقد – لذا من المؤكد اليوم ان مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد الاداري احد أهم المبادئ المتعارف عليها في إطار العقود الادارية واحداً أهم حقوق المتعاقد مع الادارة ، والتأصيل التاريخي لهذا المبدأ يعود الى موقف مجلس الدولة الفرنسي عندما أصدر حكماً بمناسبة تدخل الادارة في عقد التزام الشركة الفرنسية للترام عام 1910 ونشأت هذه الفكرة منذ ذلك اليوم حين أكد مفوض الدولة (بلوم) في تقريره بمناسبة هذه القضية بان فكرة التعادل والتوازن الأمين بين أطراف العقد هو ضرورة وحق لا مفر منها (1) ، لذا سنبحث هذا المبدأ بعد تقسيم دراستنا على فرعين في الفرع الأول نبين مدلول فكرة التوازن ، وفي الفرع الثاني نبحث سبل إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الظروف المصاحبة للعقد سواء كانت ظروفاً طبيعية ومعتادة ام ظروفاً استثنائية وغير معتادة .

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1910/3/21) أشير إليه في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص 125.

الفرع الأول

مدلول فكرة التوازن المالي للعقد

إن التوازن المالي في العقود الادارية يعد من السمات المميزة لهذا النمط من التعاقدات، بل هو انعكاس طبيعي لتدخل الادارة في تنفيذ العقد واستخدامها لسلطة التعديل بإرادتها المنفردة ، وما ينتج عن تدخلها من زيادة في التزامات المتعاقد معها ، وفي بعض الأحيان تطرأ أثناء تنفيذ العقد حوادث تمثل ظروفًا غير متوقعة تجعل من تنفيذ الالتزام مكلفًا للمتعاقد مع الادارة تكلفة باهضة لذا يصبح من الضروري أن تتدخل الادارة لتمد يد المساعدة والعون للمتعاقد معها ، لان تركها له يواجه هذه الظروف بمفرده يؤدي الى إفلاسه وعدم تمكنه من الاستمرار في إدارة المرفق العام بانتظام واطراد.(1)

ومن الثابت إن الخصائص الذاتية لعقد الالتزام وما تقضي به مبادئ العدالة تشكل الأساس القانوني المسوّغ لتقرير التعويض لمصلحة المتعاقد في عقد الالتزام ، فتحقيق المصلحة العامة غاية تسعى لها الادارة من وراء تعاقدتها مع الأفراد ولتحقيق هذه الغاية لابد لها ان تمد يد العون للملتزم لإعادة التوازن المالي للعقد وبذلك تسهم في ضمان سير المرفق

(1) ينظر في ذلك علي حسين الخطيب : دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام طوارئ التنفيذ في العقد الإداري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، الجامعة الوطنية اللبنانية ، 2002، ص88، وتجدر الإشارة الى وجود اختلاف بين مصطلحي التوازن المالي للعقد والتوازن الاقتصادي فهما قد يتفقان في إنها تطبيقان من تطبيقات مقتضيات العدالة ، فمن العدالة أن يتساوى طرفا العقد من حيث الحقوق والواجبات، ولكن الاختلاف يقوم بينهما من حيث النطاق والطبيعة والأثر .

أ- من حيث النطاق :- التوازن الاقتصادي له تطبيقات في العقود المدنية والادارية على حد سواء ، أما التوازن المالي فتطبيقاته تنحصر في العقود الادارية فقط بل إن التوازن المالي يعتبر تطبيقاً من تطبيقات التوازن الاقتصادي والعلاقة بينهما هي علاقة عموم وخصوص .

ب- من حيث الطبيعة :- فكرة التوازن المالي للعقد تجسيد لمبادئ العدالة التي قامت على أساسها نظريات الظروف الطارئة ، وعمل الأمير ، والصعوبات المادية غير المتوقعة وهي تعطي للمتعاقد مع الادارة الحق بتقاضي تعويضاً لقاء ما تحمله من أعباء إضافية ، في حين ان فكرة التوازن الاقتصادي هي الأخرى تجسيد لمبادئ العدالة في نظرية العقد خصوصاً في حالات تعرض المتعاقد للاستغلال او الغبن والتغريب مع الغبن وكذلك في حالتي الإذعان والظروف الطارئة .

ج- من حيث الأثر :- حيث إن فكرة التوازن المالي تهدف الى تعويض المتعاقد مع الادارة عن الخسائر التي يتحملها نتيجة تدخل الادارة او نتيجة الظروف الطارئة والصعوبات التي لم يكن بالوسع توقعها .

أما فكرة التوازن الاقتصادي فهي تهدف الى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد اذا ما اختل والعودة به الى سابق عهده ، ولمزيد من التفاصيل ، ينظر في ذلك عصمت عبد المجيد : اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1978، ص12-14.

العام بانتظام واطراد .(1)

فمما لا شك فيه إن زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة خلال مدة تنفيذ العقد على نحو لم يتوقعه الملتزم مع امتناعها – أي الادارة – عن تعويضه ، سيصل الأمر بالإدارة الى نتيجة مزدوجة تتمثل بعزوف الأفراد عن التعامل معها من جهة ومن جهة أخرى فان ما يقدمه المرفق من خدمات يكون مهدداً بالتوقف نتيجة عجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد.(2)

وان فكرة التوازن المالي للعقد أضحت مبدأ مسلماً به فقها وقضاء – لكن ربما الاختلاف يدور حول مدلول الفكرة وشروط تطبيقها – فمجلس الدولة الفرنسي والمعروف بروحه الواقعية لا يبدي اهتماماً بالجانب النظري لذا نجد انه لم يتطرق الى تحديد مدلول هذه الفكرة او الى شروط تطبيقها ، لكن نجد إن الفقه في فرنسا والفقه والقضاء المصري له محاولات لإعطاء صورة عن مدلول الفكرة ولذلك هم اتفقوا على ثلاث قواعد رئيسية وهي:-

القاعدة الأولى // إن التوازن المالي هو التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق : فالتوازن المالي للعقد لا يعني توازن حسابي دقيق كما ذكر بعض الفقه ، بل هو التوازن الشريف بين حقوق والتزامات طرفي العقد ، ويعني إن مرونة التزامات المتعاقد تقابلها مرونة حقوقه تجاه الادارة وكما هي تملك زيادة التزاماته العقدية فهو يملك مطالبتها بتعويضه عما لحقه من أضرار نتيجة زيادة واجباته او تسمح له بتعديل تعريفه الرسم بما يعادل زيادة التكاليف التي ينفقها في

سبيل توفير خدمات المرفق ، وهذه الموازنة لا تعني موازنة حسابية صارمة بين ما يرتبه العقد من حقوق والتزامات كما يرى بعض الفقه الذي ذهب الى ضرورة وجود نسبة حسابية دقيقة بين الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين.(3)

والرأي السائد في الفقه الحديث إن التوازن المالي للعقد لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات بوضع نسبة بينها بل المقصود به مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه ، وإن الموازنة في إطار العقد تعد سياسة عقدية وتوجه عام الهدف منه الحفاظ على العقد ومن ورائه الحفاظ على المرفق العام وتجنب نتيجة الاختلال بالتوازن والمتمثلة بتوقف

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري المصري والمقارن ، الجزء الأول ، مطبعة نصر ، القاهرة ، 1958 ، ص787 ، وكذلك الدكتور أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص217-218.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عمر أحمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر

سابق ، ص192 وكذلك M . waline : Droite administratif . Op . cit . p612

(3) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص507-508 ، وينظر كذلك A . de Laubadere : traite theorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p32.

المرفق موضوع الالتزام.(1)

والرأي الثاني هو الراجح لأنه يمثل غالبية الفقه ويمثل رأي القضاء الإداري المصري أيضا حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن ((إن الفقه والقضاء الإداري ، قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد ، وغيرهما من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المزايا التي ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة ، مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون تعويضاً كاملاً ، وتارة يكون جزئياً ، وإياً كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد ، واختلاف الرأي في مبرراتها ، فانه مما لا شبهة فيه إنها ترتد في الحقيقة الى اصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري ، كما إن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شؤون المرافق العامة ،....)) (2) ، وهذا الحكم يبين بشكل لا لبس فيه معنى ومدلول التوازن المالي للعقد .

القاعدة الثانية // إن فكرة التوازن المالي هي السبب في استحقاق التعويض :

إن توازن المصالح في عقد الالتزام عموماً يتحقق من خلال إيجاد علاقة تعاون بين الإدارة والملتزم بغية إنجاز العمل ، وفكرة التعاون والتساند تؤدي الى الاعتراف للمتعاقد بان من حقه استلام تعويض اذا تحمل أعباء أكثر مما هو متفق عليه تجعل تنفيذ العقد أكثر شدة ، على اعتبار أن الملتزم لو علم بهذه التكاليف غير المتوقعة (المستقبلية) لما أقدم على إبرام العقد بدون الحصول على تطمينات على حقوقه المستقبلية لذا فإن مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد يمثل أحد أهم المبادئ القانونية المنظمة للعقود الإدارية وإحدى أهم ضمانات الملتزم المستقبلية بمواجهة سلطات الإدارة والظروف غير المتوقعة.(3)

ومن المستقر عليه فقها وقضاء إن فكرة التوازن المالي للعقد هي التي تفسر استحقاق الملتزم تعويضاً يحكم به لمصلحته لتعويض ما أصابه من ضرر ناتج عن أعمال الإدارة في

(1) ينظر في ذلك الدكتور وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الإدارية مع التعمق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص9 ، وينظر الدكتور مازن ليلو راضي : العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، ص135-136 ، وكذلك الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص51.

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في (1957/6/30) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص414-420.

(3) M . Walin : Droit administratif . op . cit . p617.

وكذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ وأحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص269. نطاق نظرية عمل الأمير مثلاً ، وفي غير هذه النظرية فإن فكرة التوازن المالي للعقد تسوّغ التعويض الذي يأخذه الملتزم رغم إن الإدارة لم تكن مخطئة ، بل التعويض مستحق هنا لإعانة الملتزم على الاستمرار بعمله وإدارة المرفق لأن عدم مد الإدارة يد العون له في هذه الحالة يعني إفلاسه ويعني توقف المرفق العام.⁽¹⁾

القاعدة الثالثة // مدى الارتباط بين فكرة التوازن المالي للعقد والنية المشتركة للطرفين المتعاقدين : حيث ارجع جانب من الفقه أساس فكرة التوازن المالي للعقد الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وما يؤكد رأيهم حالة وجود نص صريح في العقد ينص على ضرورة التوازن المالي للعقد او ينظم إعادته الى وضعه الطبيعي ، وهو بحسب رأي الفقه المضمون الحقيقي لشرط المراجعة الدورية للرسم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.⁽²⁾

وفي حال خلو العقد من هكذا نص فإن أساس التعويض لإعادة التوازن المالي للعقد يعود لفكرة العدالة ومصلحة المرفق العام ، فحق التعويض في الحالة الأخيرة يعد حقاً للملتزم يقابل ما تملكه الإدارة من سلطات واسعة تجاهه في إطار العقد الإداري ، وبالخصوص سلطة تعديل بنود العقد التي تملك الإدارة من خلالها زيادة التزامات المتعاقد معها ، فمن العدل ان يأخذ تعويضاً يتناسب مع الأعباء الجديدة الملقاة على كاهله ، كما ان التعويض في الحالة الأخيرة سيعود بالمنفعة على المرفق العام لأنه سيمكن الملتزم من الاستمرار بالوفاء بالتزاماته العقدية وتنفيذ العقد بأحسن صورة ، كما انها عامل يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة لأنها ضمان لهم ولحقوقهم يرجونها من وراء تعاقدهم مع الإدارة.⁽³⁾ وتلبي طموحاتهم التي

-
- (1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض: العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص184.
 (2) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مصدر سابق ، ص203-204، وكذلك المستشار علي الدين زيدان والأستاذ محمد سيد احمد : الموسوعة الشاملة في القانون الاداري ، الجزء الثاني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002، ص881-882.
 (3) ينظر في ذلك الدكتور وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الادارية مع التعمق ، مصدر سابق ، ص10-11، والدكتور الياس ناصيف : عقد B.O.T، مصدر سابق ، ص291-292، كما جاء في فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري في (1956/2/4) (....)، على انه وان كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفية بتخفيضها او تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته ، إلا ان إثارة الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه تضحية هذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده الأضرار ، فإذا ترتب على إنقاص التعريفية خسارة ، فعلى مانح الالتزام أن يعرضه عن هذه الخسارة ، إذ إن من المسلم أن للملتزم حقاً في التوازن المالي للمشروع ،....)) أشار إليها الدكتور وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص20 .

الفرع الثاني

إعادة التوازن المالي للعقد

لما كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الزمنية التي تمتد لمدة طويلة من الزمن ، فإن تغيير الظروف أمر متوقع خلال مدة العقد ، او خلال هذه المدة تتدخل الإدارة باستعمال سلطاتها المعروفة في إطار العقد الإداري وتغير في شروط العقد نتيجة تغيير الظروف او لحماية المنتفعين ، وان تدخل الإدارة سينتج عنه خلل في التوازن المالي للعقد ، وقد تطرأ ظروف لا دخل لارادة احد طرفي العقد فيها تؤثر على التوازن المالي للعقد لذا سنبحث في هذا الفرع امكانية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف العادية المتوقعة وفي ظل الظروف الاستثنائية في الفقرتين الآتيتين :

أولاً // إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الظروف العادية او المتوقعة :- إن الطبيعة الذاتية - الخاصة - لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وامتداد العقد لمدة طويلة تحتم على طرفي الرابطة العقدية ان يضمنا العقد شروطاً خاصة تنظم إمكانية تعديل بنود العقد وبالأخص تلك المتعلقة بالرسم الذي يستوفيه الملتزم من المنتفعين آخذين بنظر الاعتبار المتغيرات المتوقعة في اقتصاد البلد ، وإمكانات المنتفعين المادية ، وما يعترض عملية تنفيذ العقد من ظروف مستجدة تنعكس على التوازن المالي للعقد ، فمن المتوقع في المستقبل ان يتدخل المشرع ويصدر قوانين تؤثر على العملية التعاقدية برمتها بما يؤثر على التوازن المالي، لذا يكون من مصلحة الإدارة والملتزم ان يتفقا على إمكانية إعادة التوازن المالي للعقد من خلال إعادة النظر بالرسم المتفق عليه بشكل دوري او ان تدفع الإدارة تعويضات للملتزم لان من العدالة ان تعوضه الإدارة عن ما افضت اليه التعديلات من التزاماته العقدية الأمر الذي يحفظ حقوق الملتزم من الضياع في حال تدخل المشرع في العقد وخصوصاً اذا زاد تدخله في التزامات المتعاقد إلا ان إثبات ضرورات سير العمل بانتظام على المصالح الخاصة للملتزم لا تعني التضحية بهذه المصالح بشكل كلي بل يثبت له الحق في التعويض في زيادة تعريف الرسم بما يتلاءم مع التكاليف الجديدة للمرفق موضوع عقد الالتزام وان العدالة تقضي بان لا يتحمل الملتزم وحده عبء تعديل العقد او يتحمل تبعات تغيير الظروف المحيطة بالعمل والتي لم تكن لإرادته دخل في حلولها وأثرت على التوازن المالي للعقد (1).

وسنعرض لإعادة التوازن المالي للعقد في ظل الظروف العادية كما يأتي :-

1- مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية

(1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مصدر سابق ، ص306. المتوقعة او العادية :- فقد سبق وبيننا حكم القانون المصري عندما بحثنا القواعد العامة في تعديل الرسم ولاحظنا ان المشرع نص على ان ((لمانح الالتزام متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام ،...)) (1)، وذكرت المذكرة الإيضاحية لهذا التشريع مسوغات هذا الموقف التشريعي بانه مع طول المدة التي يستغرقها تنفيذ عقد الالتزام فانه من الصعب تحديد قوائم الأسعار من بدء الالتزام بوجه ثابت لا يتغير فمن الجائز بعد مضي مدة معينة ان تصبح الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية التي ابرم عقد الالتزام في ظلها اما لأنها لا تكون كافية كمقابل نقدي للمتعاقدين يوازي التزاماته الناشئة عن عقد الالتزام واما تنقلب عبئاً ثقيلاً يبهظ كاهل المنتفعين بخدمات المرفق موضوع الالتزام .

والمتعاقدين مع الإدارة في العقد موضوع الدراسة هو صاحب مشروع ويسعى الى الربح كما ان طبيعة المشروع تحتم عليه إنفاق مبالغ ضخمة لإنجاز العمل لذا من حقه ان تسمح له الإدارة باسترداد ما أنفقه وتحقيق ما يصبو إليه من أرباح والا فلن تجد الإدارة من يتعاقد معها مستقبلاً وبذلك يكون من حقه إعادة التوازن المالي للعقد من خلال تعويضه عما لحقه من أضرار نتيجة تغيير الظروف المحيطة بالعقد (2).

2- في ظل الأوضاع الاقتصادية العادية قد ترد قيود تشريعية تؤثر على إعادة التوازن المالي للعقد : فقد يقر المشرع قوانين تؤثر على التوازن المالي للعقد وكما يأتي :-

أ- إجراءات وقف ارتفاع الأسعار :- كما لو تبني المشرع سياسة توجيه الأسعار فيصدر قوانين او أوامر تقضي بتثبيت أسعار المنتجات والخدمات لحماية المستهلكين وجمهور المنتفعين .

ب- إحلال الأسلوب الإداري محل الأسلوب التعاقد في تغيير المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة :- إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على تضمين العقد شروطاً تقضي بإعادة النظر بالمقابل النقدي إذا ما طرأت ظروف جديدة للحفاظ على التوازن المالي ثم بينوا كيفية إعادة التوازن بالاتفاق على آلية حسابية معينة تتبع في ذلك ، لكن إحلال الأسلوب الإداري يعني الخروج عن هذا الاتفاق بتفويض من المشرع (3).

ثانياً // إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الظروف غير المتوقعة :-

فقد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف غير متوقعة تؤثر بشكل او بآخر على التوازن

- (1) ينظر المادة (5) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
 (2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، مصدر سابق ، ص292 .
 (3) A . deluabadere : traite therorique et pratique des contrats . tome2. op . cit . p 216.
 وينظر كذلك الدكتور الياس ناصيف : المصدر نفسه ، ص293 وكذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص125.
 المالي للعقد الاداري ، ولا بد من اعادة التوازن المالي للعقد ، وهو ما يتفق مع قواعد العدالة ومصلحة المرفق لان من العدل ان تساهم الادارة في تحمل جزء من الأعباء الجديدة الناتجة من ظروف غير متوقعة كما ان من مصلحة المرفق ان تمت الادارة يد العون للملتزم لتساعده على تخطي الأوقات الصعبة ، وان اعادة التوازن المالي للعقد في الظروف الاستثنائية ارجعه القضاء الاداري الى ثلاث نظريات وهي نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة واخيرا نظرية الصعوبات غير المتوقعة وسنتناولها تباعا كما يأتي :-

1- نظرية عمل الأمير :- ويقصد بعمل الأمير كل عمل مشروع يصدر عن السلطة الادارية المتعاقدة ويؤثر على تنفيذ العقد ، ويؤدي الى زيادة أعباء المتعاقد المالية ، وقد يأخذ شكل قرار فردي او قرار تنظيمي صادر عن الادارة ، كما لو عدلت الادارة بعض شروط العقد ، او أصدرت تعليمات بزيادة الرسوم الجمركية بما يؤثر على عمل المتعاقد معها ، ويترتب على هذه النظرية استحقاق المتعاقد تعويضا عن الأضرار التي أصابته (1).
 وتجدر الإشارة الى ان مجلس الدولة المصري توسع في بعض الأحيان في فهم الادارة المتعاقدة وعد صدور تشريع جديد بمثابة العمل الصادر عن الادارة المتعاقدة بشرط ان يترتب عليه ضرر خاص يلحق بالمتعاقدين دون غيره فان كان الضرر عاما فلا يمكنه الاستناد على هذا التشريع للمطالبة بالتعويض على اساس انه عمل أمير وتأكيذا لهذه الفكرة حكمت محكمة القضاء الاداري المصرية بان ((...)) يشترط لقيام الحق بالتعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير ان تصدر الحكومة تشريعا جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص ((2)).
 وقد عرفت الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري هذه النظرية بانها ((اجراء خاص او عام يصدر من جانب الجهة الادارية المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، وترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الاجراء)) (3) ، ويعرفه (فالين) بانه (الاجراء الصادر عن السلطة العامة والذي يسئ او يضر دون خطأ من الادارة بمركز المتعاقد مع الجهة الادارية) (4)
 ويمكن استنتاج شروط نظرية عمل الأمير من التعاريف اعلاه كما يأتي :-

- (1) ينظر في ذلك الدكتور حسين عثمان : أصول القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص649-650.
 (2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم (195 في 1955/1/30) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص469 .
 (3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (297/في 1965/10/28) أشار اليها الدكتور محمد حسين عواضة : المبادئ الأساسية للقانون الاداري ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1997 ، ص159 .

(4) M . Waline : Droit administratif . op . cit . p620.

أ- ان يكون هناك عقد اداري :- فلا تطبق احكام هذه النظرية الا في العقود الادارية ولا مكان لها في العقود المدنية بل حتى عقود الادارة المدنية لا تطبق فيها احكام هذه النظرية لان الادارة لا تتمتع بامتيازات القانون العام عندما تكون طرفا في عقد مدني ، ولقد حكمت المحكمة الادارية العليا المصرية بهذا الصدد في دعوى بقولها : ((...)) قضاء هذه المحكمة مستقر على ان القضاء باحقية المتعاقد مع الادارة بالتعويض بناءً على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق هذه النظرية وهي :-

1- ان يكون ثمة عقد من العقود الادارية ، (...)) (1)

ب - صدور الفعل الضار من الشخص الاداري المتعاقد :- ولهذا سميت هذه النظرية بعمل

الأمير أو نظرية المخاطر الادارية لصدور الفعل الضار من الادارة المتعاقدة ولقد قضت المحكمة الادارية العليا بهذا الصدد بقولها ((ان تدخل القضاء الاداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الاداري تطبيقاً لنظرية عمل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط ان يكون الفعل الضار صادراً من جهة الادارة المتعاقدة ، فاذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي ابرم العقد تخلف احد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق احكامها ، والامتناع لا يحول دون تطبيق الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها))⁽²⁾

ج - تضرر المتعاقد مع الإدارة :- وهذا الشرط بديهي فمن الواجب لتطبيق هذه النظرية ان يكون العقد الاداري قد عدل من قبل الادارة المتعاقدة وهذا التعديل أصاب المتعاقد بضرر نتيجة اختلال التوازن المالي بين واجباته العقدية وحقوقه ، ولا يشترط في الضرر درجة معينة من الجسامة فقد يكون جسيماً او يسيراً وقد يكون ضرراً فعلياً يصيب المتعاقد وقد يكون مجرد نقص في الارباح المتوقعة للمشروع والتي يعول عليها المتعاقد فكل ما يتطلبه الفقه والقضاء الاداري ان يحدث ضرر يؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد.⁽³⁾

وهذا المعنى أكدته فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري بقولها : ((عمل الأمير هو اجراء خاص او عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة ، لم يكن متوقعاً وقت التعاقد ، يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسه الاجراء))⁽⁴⁾

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (65، في 20 / 5 / 1961) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص484.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (10562، في 11 / 5 / 1968) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص4 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد المغربي : المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص84 .

(4) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (297/في 11/3/ 1965) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص495 .

د- ان يكون الاجراء غير متوقع :- ينبغي ان يكون الاجراء الذي اتخذته الإدارة وسبب ضرراً للمتعاقد مع الإدارة أي سبب إخلالاً للتوازن العقدي غير متوقع فلو كان متوقعاً لما استحق المتعاقد تعويضاً وبهذا الصدد جاء حكم محكمة القضاء الاداري المصرية ناصاً على ((من شروط نظرية عمل الأمير ان يكون الاجراء او التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد فاذا توقعته نصوص العقد فالمتعاقد مع الادارة يكون قد ابرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد الى نظرية عمل الأمير))⁽¹⁾

هـ - يشترط كذلك ان الإدارة عندما اتخذت الاجراء لم تكن مخطئة :- لانها لو كانت مخطئة

فستحقق مسؤوليتها العقدية ويمكن للمتعاقد الرجوع عليها بالتعويض وفقاً لذلك وليس بالاستناد الى نظرية عمل الأمير ، اما ان كان الضرر ناتجاً عن استخدامها حق من حقوقها كحقها في تعديل بنود العقد فمن الممكن ان يرجع المتعاقد عليها وفقاً لنظرية عمل الأمير ان كان تصرفها مبالغاً فيه مما سبب ضرراً له.⁽²⁾

لذا يمكن القول ان من أهم النتائج المترتبة على نظرية عمل الأمير هي : وجوب تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً يشمل ما فاتته من كسب وما لحقته من خسارة ، وإعفاء المتعاقد من التنفيذ ان تحول الاجراء الاداري الى قوة قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ويحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد ان ادى الاجراء الاداري الى زيادة التزامات المتعاقد بشكل كبير يتجاوز إمكانياته المادية والفنية ويجعله وكأنه أمام عقد جديد كما ان النظرية في بعض الأحيان تسوّغ تأخر المتعاقد عن تنفيذ العقد في المواعيد المحددة ، ولا يحق للمتعاقد التحلل من التزاماته بإرادته المنفردة بل عليه اللجوء للقاضي الاداري ليحكم حسب ما يراه اما بفسخ العقد مع التعويض ان كان الضرر جسيماً او يحكم فقط بالتعويض⁽³⁾ ، اما عن الأساس القانوني للتعويض وفقاً لنظرية عمل الأمير فنجد ان الفقه انقسم على فريقين هما :

الفريق الأول : رجح أن تكون فكرة التوازن المالي للعقد هي الأساس القانوني لهذا التعويض على أساس ان مبدأ التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين هو المسوّغ للحكم بهذا التعويض

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في (30 / 6 / 1957) سبق ان اشرنا اليه ص 85 من هذه الرسالة .

(2) ينظر في ذلك الدكتور وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الإدارية مع التعمق ، مصدر سابق ، ص 29 ، وكذلك علي حسين الخطيب : دور الفقه والقضاء في إنشاء احكام نظريات طوارئ التنفيذ ، مصدر سابق ، ص 19-20 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد المغربي : المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 117-118 ، وكذلك الدكتور عدنان عمرو : مبادئ القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 213-214 ، كذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 140 .

وان مقتضيات العدالة والمصلحة العامة تسوّغ التعويض وذلك بالنظر للعقد الإداري كوحدة واحدة من حيث الحقوق والالتزامات وإذا ما أدى تدخل الإدارة إلى زيادة جانب الالتزامات لا بد من دفع تعويض ليعادل تلك الزيادة (1).

اما الفريق الآخر : وهو يمثل غالبية الفقه الإداري المصري والعراقي فيرى ان الأساس القانوني يكمن في مسؤولية الادارة القائمة بغير خطأ ، ومبدأ مساواة الأفراد امام الأعباء العامة ، وذلك لان المتعاقد سيكون عرضة للمخاطر أثناء مدة تنفيذ العقد وبالأخص المخاطر الإدارية أو التشريعية لذا فلا بد ان يشاركه في هذه المخاطر جميع الأفراد من ممولي الخزانة العامة وتظهر مشاركتهم له من خلال قيام الإدارة بدفع تعويض له (2) ، ونتفق مع الرأي الأخير لأنه رأي غالبية الفقه الإداري كما انه يؤسس مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر وتحمل التبعة (مسؤولية الإدارة دون خطأ) وهو ضمانتة أكيدة لحقوق المتعاقد مع الإدارة ويشكل عاملاً دافعاً للأفراد ليقبلوا على التعاقد مع الدولة .

2- نظرية الظروف الطارئة :- قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف مستقلة عن إرادة طرفي

العقد وغير متوقعة عند إبرامه ومن شأنها ان تخل بالتوازن المالي للعقد الإداري ، مع ملاحظة إنها لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولكنها توقع المتعاقد مع الادارة بخسائر فادحة وتجعل تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة إليه ، ويكون من حقه ان تتدخل الإدارة لمساعدته على تخطي تلك الظروف بتغطية جزء من الخسائر لدفع الإرهاق عنه (3).

ونظرية الظروف الطارئة هي نظرية قضائية المنشأ إذ يرجع الفضل في إنشائها إلى مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز مدينة (بور دو) والتي من الممكن ان نلخص وقائعها في ان الشركة العامة لإنارة مدينة بور دو أقامت دعوى أمام مجلس إقليم (الجيروند) تطالب من خلالها برفع سعر الغاز المحدد في وثيقة الالتزام والحصول على تعويض بسبب الخسائر التي لحقت بها جراء ارتفاع سعر الفحم الحجري المستعمل كمادة أولية في تصنيع الغاز من (35) فرنك عام 1915 الى (117) فرنك عام 1916 بسبب ظروف الحرب العالمية الأولى لكن البلدية في المدينة المذكورة رفضت رفع سعر التعريفه او تعويض الشركة متمسكة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، في نهاية الأمر عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بأنه ((....)) من المهم لوضع حد للصعوبات الوقتية البحث عن حل يراعي في نفس الوقت الصالح العام الذي يقتضي استمرار قيام الشركة بالمرفق مستعينة بكل وسائلها في ———

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري المصري والمقارن ، مصدر سابق ، ص 772 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور طعيمة الجرف : القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص 242 وكذلك الدكتور إبراهيم طه الفيض : القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 507 .

(3) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 511 ، وكذلك

M . Waline : Droit administratif . op . cit . p 622.

الإنتاج ، ومن ناحية أخرى بان عليها ان تتحمل فقط خلال هذه الفترة الوقتية جزء من النتائج المبهضة لموقف القوة القاهرة وعلى الادارة مد يد العون إليها مؤقتاً لحين زوال هذه الظروف (((1) ، فالظروف الطارئة لا تجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً لكنها تجعله مكلفاً للمتعاقد تكلفة تبهضه وتجعله عاجزاً عن الاستمرار لمدة طويلة بإدارة المرفق دون ان يتعرض للإفلاس ، وهي بشكل عام ظرف خارج عن أرادة الطرفين وغير متوقع ولا يمكن دفعه وتؤدي الى إخلال بالتوازن

المالي للعقد الإداري ، لذا فالإدارة مطالبة بمد يد العون للمتعاقد خلال مدة الظروف الطارئة ولحين زوالها.(2)

ومما تقدم يمكن استخلاص أهم الخصائص التي تتمتع بها نظرية الظروف الطارئة وهي :
أ- النظرية تعالج أسباب تخل بالتوازن المالي للعقد ومصدرها دائماً خارجي أي ليست بفعل أحد طرفي العقد .

ب- ان النظرية مستقاة من مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهي أحد أهم نتائج هذا المبدأ .

ج- الغاية منها هي مد يد العون للمتعاقد مع الإدارة ليتخطى الأوضاع الصعبة وليستمر في إدارة المرفق .

د- هي نظرية قضائية حيث ترجع لحكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1916.
هـ- إن هذه النظرية تلعب دوراً كبيراً في عقود الالتزام طوال مدة العقد والتي قد تستمر لعقود من السنين ومن الأكيد أن تطراً ظروف تعرقل سير العمل وتهدد السير المنتظم للمرفق العام.(3)
وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد تصل مدته إلى (90) سنة لذا بحث احكام هذه النظرية له أهمية كبيرة بالنسبة لهذا العقد .

كما ان نظرية الظروف الطارئة معروفة في إطار العقد المدني كذلك حيث نص القانون المدني العراقي على ((على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائره فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (3 / آذار / 1916) سبق ان اشرنا اليه ص 32 من هذه الرسالة .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر ، ص 13.

(3) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشراوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 511-512، وكذلك الدكتور محمد علي الطائي : الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد(1-2) السنة (37) ، بغداد ، 1982، ص 85 وما بعدها.

الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ((1)، وباستقراء هذه المادة نرى الفرق الشاسع بين تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني عنها في القانون الإداري ففي القانون الإداري لا يصار الى إنقاص الالتزامات بل تبقى كما هي وكل ما هنالك ان الإدارة تدفع له تعويضاً جزئياً لتغطية الخسائر غير العقدية (غير المتوقعة) في حين القانون المدني يسمح للقاضي بالتدخل لينقص من التزامات المتعاقد وهذا المبدأ لا يتلاءم نهائياً مع الروابط الإدارية ، ويضاف الى ما ذكرناه إن القانون المدني يرتب على الظرف الطارئ نتيجة هي اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في حين القانون الإداري يرتب على حلول الظروف الطارئة اختلال التوازن المالي للعقد وهو فرق آخر وبحسب ما نرى يجعل روابط القانون الإداري في مفترق طرق عن الروابط المدنية .

لذا نجد إن القانون رقم 129 بالتزامات المرافق العامة المصري نص على الظروف الطارئة ليعطيها الطبيعة الإدارية ويميزها عن الطبيعة المدنية الواردة في القانون المدني المصري فنص على ((اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام او الملتزم فيها وأفضت الى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام ، او الى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقرراً وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام ان يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال ان يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكن الملتزم من ان يستمر في استغلاله او لخفض الأرباح الباهضة الى القدر المعقول))(2).

ويمكن تلخيص شروط نظرية الظروف الطارئة فيما يأتي :

أ- ان يطرأ ظرف استثنائي عام أثناء تنفيذ العقد :- من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع أسعار المواد ارتفاعاً فاحشاً ، او يكون عسكرياً كنشوب حرب او يكون طبيعياً كالزلازل وهذا ما بينته فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري بقولها: ((يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر

بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة الى الدولار حادثا استثنائيا عاما في حكم المادة " 2/147 من القانون المدني ، اذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين ابرام العقد ،...، ان كانت خسارة المتعهد من هذا الاجراء قد جعلت تنفيذ التزامه امرا مرهقا مهددا له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر ان يشاركه في تلك الخسائر بالقدر الذي يحد منها ويردها الى الحد المعقول ،...))⁽³⁾ ، ويقصد بالحادث الاستثنائي : هو الحادث المغاير للمألوف وقليل الوقوع ولا يتفق مع السير الطبيعي للأمر .⁽⁴⁾

- (1) ينظر في ذلك الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
 - (2) ينظر في ذلك المادة (6) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947.
 - (3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (360 ، في 1954/7/17) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص446.
 - (4) ينظر في ذلك مجيد مجهول درويش : ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام ، مصدر سابق ، ص135.
- وأكدت هذا المعنى محكمة التمييز العراقية بقولها : ((الحادث الاستثنائي العام لا يشترط فيه ان يكون ذا طبيعة اقتصادية وانما يكفي أن يكون له تأثير اقتصادي بغض النظر عن طبيعته فقد يكون الحادث طبيعيا كالزلازل او الفيضانات وقد يكون اجراء اداريا او تشريعيا او عسكريا كالحرب))⁽¹⁾.

ب- يجب أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن طرفي العقد ومستقلاً عن أرائهم :- اي لا يكون لارادة احد طرفي العقد شأن في حلول هذا الظرف وبالأخص المتعاقد الذي يشترط ان لا يكون الظرف ناتجاً عن تصرفه الخاطئ او اهماله ، فلو كان لأحد الطرفين شأن في حلول الظرف فان القاضي الاداري يأخذ بعين الاعتبار مدى مساهمة أي منهما في ذلك عندما يتصدى لتقدير التعويض .⁽²⁾

ج- ان يكون الظرف الطارئ مرهقا :- أي يسبب ارهاقاً للمتعاقد مع الادارة لان الظرف الطارئ يشكل تهديداً جدياً بافلاس المتعاقد مع الادارة او يسبب له خسائر فادحة ومهما كانت جسامه الظرف الطارئ فانها عديمة الأثر اذا لم ينتج عنها ارهاق للمتعاقد وبالتالي افلاسه الأمر الذي ينتج عنه عجز المتعاقد عن الاستمرار في ادارة المرفق العام ، ولقد أشارت الى هذا المعنى المحكمة الادارية العليا المصرية بقولها ((... ، وان تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومؤثرة في التزامات المتعاقد مع الادارة بحيث تهدده بخسائر فادحة وتجعل تنفيذه لالتزاماته مرهقا له ،...))⁽³⁾.

د- ان يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه :- فلو أمكن توقع الظرف الطارئ فلا تطبق احكام هذه النظرية ، ومما تجدر الاشارة اليه ان التقلبات الاقتصادية والأعمال العسكرية وغيرها من الظروف هي غير متوقعة ولا يستطيع المتعاقد مع الادارة دفعها وتسبب له ارهاقا وزيادة غير متوقعة في الالتزامات ومعيار عدم التوقع او القدرة على الدفع هو معيار الرجل المعتاد هل كان هذا الرجل يتوقع حصول الظرف او كان قادرا على تلافي آثاره ام لا ؟⁽⁴⁾ ، والجدير بالذكر إن اشتراط عدم التوقع او القدرة على الدفع يلقي على كاهل المتعاقد مع الادارة التزاماً مفاده ان يتحرى طبيعة الأعمال الموكلة اليه قبل البدء بالعمل

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (841/مدنية أولى /92 في 1992/8/24) أشير اليه في مجموعة (المختار من قضاء محكمة التمييز) ، الجزء الرابع ، ابراهيم المشاهدي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2000 ، ص 194 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص673.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (843 لسنة 26ق ، جلسة 1982/11/20) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص450.

(4) ينظر في ذلك الدكتور منير محمود الوتري : العقود الادارية وأنماطها التطبيقية ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة بغداد ، 1979 ، ص209.

وتحديد ما هي الصعوبات التي من الممكن ان تواجهه مستقبلا ويبذل في بحثه عناية الرجل المعتاد اما عن قدرته على دفع الظرف فهي تلقي التزاماً على المتعاقد يتمثل في مدى إمكانية

تلافي وقوع هذا الظرف فمثلا إضراب الموظفين كظرف طارئ لو تسبب به المتعاقد نتيجة خلاف شخصي معهم أو كان بإمكانه منع ذلك ولم يبذل جهدا في سبيل منع الإضراب فلا تطبق في هذه الحالة أحكام نظرية الظروف الطارئة كما وان الإدارة مطالبة وفقا لمبادئ حسن النية في تنفيذ العقود ان تمد يد العون للمتعاقد معها اذا ما واجهه ظرف غير متوقع ومستعصي على الدفع (1).

هـ وقت حصول الظرف الطارئ :- وهو ما يعني إن الظرف الذي يستند الى وقوعه المتعاقد ينبغي أن يتحقق خلال مدة تنفيذ العقد ، فلا يمكن أن يتمسك المتعاقد بوجود ظرف طارئ وقع قبل التعاقد او بعد انقضاء العقد الا في حالة واحدة وهي انقضاء العقد مع استمرار بعض آثاره فيمكن في هذه الحالة التمسك بالنظرية موضوع الدراسة ، كما ان اتفاق طرفي العقد على تمديد العقد لمدة جديدة حصل خلالها ظرف طارئ فمن الممكن تطبيق النظرية أيضا ، ولا يفوتنا التأكيد على إن العقد لو انقضت مدته ولم ينتهِ المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته لسبب يعود اليه فلا مجال للقول بإعمال النظرية لان المتعاقد بخطئه الشخصي أخر إتمام العقد لذا هو يتحمل وحده آثار الظرف الطارئ (2).

ولقد أكدت هذا المعنى محكمة التمييز العراقية في احد أحكامها بالقول ((ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لان العقد المبرم بين طرفي الدعوى قد انتهت مدته في 2003/12/3 فلا يوجد سبب قانوني يعطي المفاوض متعهد التنظيف المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة التي يدعي أنها حصلت أثناء تنفيذ العقد حيث ان المطالبة بإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد تكون أثناء تنفيذ العقد لا بعد انتهاء مدته فتنبذه للعقد يعني انه لم يكن مرهقا بالنسبة له)) (3).
أما عن الآثار القانونية التي تتحقق نتيجة حلول الظرف الطارئ أثناء مدة العقد وهي متعددة ومن أهمها ان هذه النظرية لا تؤدي الى إعفاء المتعاقد من التزاماته لا كليا ولا جزئيا

(1) ينظر في ذلك علي حسين الخطيب : دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام نظريات طوارئ التنفيذ ، مصدر سابق ، ص 93-94 ، وكذلك :

P. Delvolve : traite des contrats administratifs . tome2 ، F. Moderne ، A.de Laubadere . op . cit . p.571.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مصدر سابق ، ص 70-71 ، وكذلك الدكتور منير محمود الوتري : العقود الادارية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص 208.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم الدعوى (120/ استئنافية ، في 2006/5/17) ، غير منشور. ولا تبيح له ترك العمل او التنصل من اي التزام عقدي كما انه ملزم بالاستمرار بالعمل ، ويستحق نتيجة ذلك تعويضا تدفعه الإدارة له يوصف بأنه (جزئي ومؤقت) لتغطية جانب من الخسائر غير العقدية التي يتحملها المتعاقد ، وهي جزئية لانها تغطي فقط جانبا من خسائر المتعاقد غير التعاقدية ، كما وانها مؤقتة لانها تستحق خلال مدة بقاء الظرف الطارئ فاذا مازال الظرف الطارئ لا تطالب الإدارة بأي مبالغ أخرى .

كما وان استمرار المتعاقد بتنفيذ العقد يجد أساسه في مبدأ استمرارية عمل المرفق العام بانتظام واطراد فلا يعفى المتعاقد من التزامه الا اذا تطور الظرف الطارئ الى درجة القوة القاهرة (1) ، ولقد أشارت لهذا المعنى المحكمة الادارية العليا المصرية بقولها ((... ، فاذا ما توقف دون وجه حق جاز لجهة الإدارة ان تنفذ العقد على حساب المتعاقد المتخلف او ان تقرر انهاء العقد ومصادرة التأمين)) (2).

والمتعاقد كما يكون من واجبه الاستمرار بالعمل فان من حقه اخذ تعويض ولقد بين مجلس الدولة المصري حقه بالتعويض (...، ان التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الفائت اياً كان مقداره او الخسائر العادية المألوفة في التعامل وانما أساسه تحمل الجهة الادارية المتعاقدة لجزء من خسائر محققة وفادحة تتدرج في معنى الخسائر الجسيمة بغرض اعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل المصلحة العامة) (3).

وهذا الحكم يبين بوضوح مقدار التعويض المستحق وكونه جزئياً لأنه لا يشمل ما فاتته من كسب وما لحقته من خسائر فادحة ومؤقتاً لأنه ينقضي بانقضاء الظرف الطارئ والإدارة تدفع هذا التعويض لإنقاذ المتعاقد من الإفلاس الأمر الذي يهدف السير المنتظم للمرفق العام⁽⁴⁾. وأخيراً من أهم آثار نظرية الظروف الطارئة هو امكانية إنهاء العقد الإداري إذا تيقن طرفا العقد أنه من الصعب العودة به إلى سابق عهده وإن توازنه المالي لن يعود لحالته الأولى فلا يكون أمامهم إلا حل واحد وهو فسخ الرابطة العقدية لأن الإدارة ستجد نفسها

- (1) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشراقوي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 536 ، كما تؤكد الدكتورة سعاد على أنه إذا تحقق الظرف الطارئ واستمر المتعاقد بالتنفيذ ثم تحول الظرف إلى قوة القاهرة أجبرته على التوقف فمن حقه استلام تعويض عن المرحلة الأولى التي كان فيها ظرف طارئ أضر به.
- (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم (767 لسنة 11ق، في 1969/7/5) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 449.
- (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم (3562 لسنة 39ق، في 1987/5/16) أشير إليه في المجموعة ذاتها للدكتور محمد ماهر أبو العينين : مصدر سابق ، ص 452.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، بحث منشور في المجلة القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، العدد الثامن ، 1996 ، ص 313.

مضطرة بأن تدفع تعويضات لملتزم مرفق خاسر ، ولقد أرسى هذا الحل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية ترام مدينة (شيربورغ) (tramways de Cherbourg) وتتخلص وقائع القضية في أن مدينة (شيربورغ) كان فيها ملتزم لنقل الركاب بالترام لكن المشروع واجه مشاكل منذ عام (1916) بسبب انتشار وسائل النقل الحديثة والسريعة كالسيارات وغيرها ، فانصرف سكان المدينة عن استعمال الترام ما اضطر الإدارة إلى وضع ملاحق للعقد أجازت للشركة رفع أسعار تعريفة استخدام الترام إلا أن المشروع استمر بالخسارة وما يحققه من إيرادات لا يسد التكلفة المرتفعة لتسيير الترام لذا عرض الأمر على مجلس الدولة وجاء في تقرير مفوض الدولة (Josse) والذي أيده المجلس ما يأتي ((من حيث أنه لمناح الالتزام في حالة الظروف الطارئة التي أثرها قلب العقد أن يتخذ الإجراءات الضرورية حتى يستطيع الملتزم تأمين سير المرفق العام الذي يقع على عاتقه ، وخاصة أن يقدم له معونة مالية ليواجه المصروفات غير العقدية الخاصة بفترة الطوارئ ، ولكنه لا يمكن أن يتحمل هذا الالتزام إلا إذا كان انقلاب العقد ذا صفة وقتية ، وأنه على العكس في حالة ما تكون الظروف الاقتصادية الجديدة انشأت موقفاً نهائياً لا يسمح للملتزم بعد ذلك بموازنة نفقاته مع الموارد التي تحت تصرفه فلا يلزم من منح الالتزام بكفالة تشغيل مرفق لم يعد صالحاً للحياة على نفقة دافعي الضرائب ، وأنه في هذا الفرض يكون الموقف الجديد الناشئ على هذا الوجه حالة قوة القاهرة تخول على هذا الأساس سواء الملتزم أو منحه الالتزام عند عدم الاتفاق الودي على منح الاستغلال اتجاهاً جديداً ، أن يطلب من القاضي فسخ الالتزام مع التعويض إذا كان له محل على أن تؤخذ في الاعتبار سواء شروط العقد أو كل ظروف القضية ،....))⁽¹⁾.

وقد لاحظ الفقه المصري أن سبب الفسخ في حكم مجلس الدولة الفرنسي الأخير هو استحالة عودة التوازن المالي للعقد وهو ما يعني تحول الظرف الطارئ إلى قوة القاهرة وهي بحد ذاتها تسوّغ إنهاء العقد كون الإدارة ستكون ملزمة بدفع تعويضات إلى ما لا نهاية⁽²⁾.

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :- وهي تلك الصعوبات التي قد يواجهها

المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد وتوصف بأنها صعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة عند إبرام العقد ، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وإرهاقاً للمتعاقد مع الإدارة مما يؤدي إلى اختلال التوازن المادي للعقد ، فيجب من باب العدالة أن تعوضه الإدارة عن طريق زيادة الأسعار على اعتبار أن الأسعار المثبتة في العقد كانت موضوعة لمواجهة الظروف العادية والمتوقعة، والتعويض في حال اكتشاف صعوبات غير متوقعة يكون كاملاً أي يغطي ما

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (9/12/1932) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص253.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مصدر سابق ، ص100-101.

فات المتعاقد من كسب وما لحقته من خسارة لا جزئيا كما لاحظنا في الظروف الطارئة .⁽¹⁾ وترجع هذه الصعوبات المادية الى صعوبات ناتجة عن الظواهر الطبيعية كطبيعة الأرض التي ينفذ عليها المشروع حيث يتبين انها تحتاج إلى تكاليف إضافية لتهيئتها للعمل .⁽²⁾ كما إن هذه النظرية تجد مجال تطبيقها الأرحب في عقد الأشغال العامة لما يمكن ان يصادفه المفاوض في أثناء تنفيذ العقد من صعوبات كما لو تبين ان هناك طبقة صخرية يصعب حفرها او وجد اشربة مائية تهدد أساسات البناء ، لكن رأياً في الفقه العراقي يقول لا نرى مانعا يمنع تطبيق أحكام هذه النظرية على باقي العقود الإدارية إذا ما توفرت شروطها .⁽³⁾ ونتفق مع هذا الرأي تماما على اعتبار ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضمن مرحلة البناء التي يلتزم التعاقد بإقامة أبنية ومنشآت ومن الممكن ان تصادفه خلال هذه المرحلة صعوبات مادية غير متوقعة تجعل من تنفيذ التزامه أكثر إرهاقا وتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد فيكون من حقه ان تسارع الإدارة إلى مساعدته .

أما عن شروط هذه النظرية فهي كالآتي :

أ- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية استثنائية :- (تعرف هذه النظرية باسم المخاطر الطبيعية) حيث ان هذه الصعوبات في الأعم الأغلب تعود لظواهر طبيعية كما لو تبين ان ارض المشروع ذات طبيعة صخرية او رطبة وفي هذا الصدد أفتت الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري بأنه ((عند تنفيذ العقود الإدارية ، ، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد ، وتجعل التنفيذ اشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ،)).⁽⁴⁾

ب- ان تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي :- وهذا يعني ان تواجه المتعاقد صعوبات ذات طبيعة مادية تتصل بارض المشروع تمنع من تنفيذ العقد ببسر وسهولة وهي استثنائية لانها تسبب زيادة غير متوقعة في التزامات المتعاقد وتكلفه تكاليف إضافية لم يتم حسابها ابتداءً عند التعاقد وبهذا الشأن قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بانه ((قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرها عند التعاقد وتجعل من التنفيذ اشد وطأة

- (1) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، مصدر سابق ، ص 319 – 320 ، وكذلك الدكتور محي الدين القيسي : مبادئ القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص110 – 111 .

(2) ينظر في ذلك علي حسين الخطيب : دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام نظريات طوارئ التنفيذ ، مصدر سابق ، ص25 .

- (3) ينظر في ذلك الدكتور منير محمود الوتري : العقود الإدارية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص217.
- (4) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (95 في 4 / 2 / 1964) أشير إليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص506 .
- على المتعاقد وأكثر كلفة فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها ،...)).⁽¹⁾

ج- ان تكون الصعوبات المادية غير متوقعة :- وهذا الشرط مصداق لتسمية هذه النظرية باسم (المخاطر الطبيعية) اي انه لا يكون لدى احد طرفي العقد علم بوجود هذه المخاطر قبل التعاقد ، فالإدارة لو كانت تعلم بوجودها فان مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد الاداري توجب عليها أخبار المتعاقد معها ولو قصرت في ذلك لنتحقق أركان مسؤوليتها العقدية ، كما ان المتعاقد هو الآخر ملزم باجراء اختبارات ودراسات للتأكد من صلاحية ارض المشروع للعمل قبل البدء بالتنفيذ والمعيار في ذلك هو (الرجل المعتاد) والقاضي لو تبين له ان احد طرفي العقد قصر في ذلك اي ان الادارة لم تبلغ المتعاقد عما تعلمه من طبيعة الأرض او المتعاقد لم يقم باعمال الفحص والدراسة بشكل جيد ، فالقاضي في هذه الحالة سيأخذ بعين الاعتبار تقصير اي منهما في واجباته واذا تحققت مسؤولية اي منهما في ذلك سيتحمل تبعية هذه الصعوبات لوحده .⁽²⁾

د- أن تسبب هذه الصعوبات اخلافاً في التوازن المالي للعقد :- وهذا الشرط بديهي للحكم بالتعويض لمصلحة المتعاقد مع الإدارة حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بانه ((...)) ، ومن حيث ان الشركة الطاعنة تبرر طلباتها السالفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وقضاء هذه المحكمة قد جرى على ان مناط أعمال هذه النظرية التي تخول المتعاقد حقاً في طلب التعويض من الإدارة المتعاقد معها ، هو ان يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير متوقعة واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند أبرام العقد وتؤدي الى جعل تنفيذه مرهقا للمتعاقدين...)).⁽³⁾

كما ان هذه النظرية في حال تحقق شروطها فانها ترتب آثاراً عدة أهمها ما يأتي :
أ- ضرورة استمرار المتعاقد بتنفيذ العقد : اي الاستمرار بتنفيذ التزاماته العقدية رغم وجود الصعوبات المادية على اعتبار ان هذه الصعوبات لا تجعل الالتزام مستحيلاً بل تجعله مرهقا ويمكنه تجاوز الإرهاق بالتعويض الذي يأخذه من الإدارة ، فان أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً فهذا يعني تحول الصعوبات المادية الى قوة قاهرة تعفي المتعاقد من التنفيذ ، فان توقف

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن (4567، جلسة 1997/12/30) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص516.

(2) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص180-181، وكذلك الدكتور محي الدين القيسي : مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص111-112.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن (8000 ، جلسة 1992/5/19) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص502-503.

المتعاقد عن أداء واجباته العقدية بحجة وجود صعوبات مادية فانه سيحرم من التعويض ومن الممكن للإدارة ان تفرض عليه جزاءات إدارية كالغرامة التأخيرية وسواها.⁽¹⁾

ب- ان الصعوبات المادية من الممكن ان تعفي المتعاقد من غرامات التأخير : اذا استطاع اثبات وجود هذه الصعوبات المادية ، فالمحكمة الإدارية العليا قبلت اعفاء المتعاقد من غرامات التأخير في تنفيذ الأعمال اذا كان هناك صعوبات مادية غير متوقعة فقضت بانه ((...)) ، الا انه استثناء من هذه القاعدة يعفى المقاول من المسؤولية في حال تاخره في تنفيذ التزاماته اذا كان مرد ذلك الى أسباب لم يمكن توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن أرادته)).⁽²⁾

ج- الحق بالتعويض الكامل : وقد بينا ما معنى التعويض الكامل اي شموله ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة بسبب تحقق وجود حالة صعوبات مادية غير متوقعة في ارض المشروع وعبء اثبات وجود هذه الصعوبات يقع على عاتق المتعاقد نفسه ، اما اذا ادعى علم الإدارة وأحجامها عن أخباره فعليه إثبات علم الإدارة او يثبت ان الإدارة لم تساعد على العلم بوجودها على الأقل ، والتعويض يقدره القاضي على أسس موضوعية أخذاً بنظر الاعتبار امكانية ان تتحقق مسؤولية وتقدير احد الطرفين في الكشف عن وجود الصعوبات.⁽³⁾

واذا ما ثبت للقاضي الإداري قيام المتعاقد بما يلزم لتقصي طبيعة الأرض قبل البدء بالعمل وانه بذل في ذلك عناية حريصة الا انه اكتشف فيما بعد وجود صعوبات مادية فمن حقه ان تدفع له الإدارة تعويضاً ويحكم القاضي لمصلحته اما اذا استطاع اثبات علم الإدارة وأحجامها عن ابلاغه فالقاضي سيتشدد على الإدارة نظراً لتحقيق مسؤوليتها العقدية وسبب تشديد القاضي عليها هو ثبوت سوء نيتها.⁽⁴⁾

لكن ما الحكم لو ورد في العقد نص يقضي بتحمل المتعاقد لوحده اثر الصعوبات التي تواجهه مهما كانت طبيعتها ؟ هذا الشرط طرح للمبحث أمام مجلس الدولة الفرنسي وفسر هذا الشرط بانه ينصرف الى الصعوبات المتوقعة فقط ، اما الصعوبات غير المتوقعة فان للمتعاقد

(1) ينظر في ذلك الدكتور وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص146.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن (311 لسنة 11ق في 1969/6/14) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص514.

- (3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد المغربي : المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص72.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص228.

الحق بالتعويض عنها رغم وجود هذا الشرط .⁽¹⁾ ونتفق مع رأي مجلس الدولة الفرنسي لان أيراد مثل هذا الشرط في العقد الاداري يعني اعطاء حصانة للإدارة ضد الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي بتحقيقها تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة وتهده بتكاليف باهضة تخل بالتوازن المالي للعقد وبما يؤثر على السير المنتظم للمرفق الذي يمثل غاية العقود الادارية .

المطلب الثالث

حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض

من المسلم به في إطار نظرية العقد عموما إن إخلال احد طرفي العقد بالتزاماته يوجب التعويض للطرف الآخر ، ومن المقرر أيضا في العقود الادارية إن العقد ملزم لطرفيه (الإدارة والمتعاقد معها) وان إخلال احد الطرفين بالتزاماته يعني إلحاق ضرر بالطرف الآخر وإمكانية مساءلته وإيقاع جزاء معين عليه ، والإدارة كطرف في العقد هي تلتزم بجملة التزامات سنبحثها في الفصل الثاني من هذه الدراسة وان إخلالها باحد هذه الالتزامات يعني إلحاق ضرر بالمتعاقد معها ولا بد من الحكم عليها بدفع تعويض لجبر الضرر ، ففي الحالة الأخيرة تحققت مسؤولية الإدارة نتيجة ارتكابها خطأ متمثل بعدم الالتزام بالعقد ، لكن في أحيان أخرى هي تدفع تعويض للمتعاقد معها دون ان ينسب لها خطأ كما في نظرية عمل الأمير او نظرية الظروف الطارئة او الصعوبات المادية غير المتوقعة كذلك في حالة قيام المتعاقد باعمال مفيدة للإدارة او ضرورية لتحقيق مصلحة المرفق العام دون إذن سابق من الإدارة ، وفي جميع هذه الحالات تلتزم الإدارة بدفع تعويض دون ان ترتكب خطأ تؤاخذ عليه وفي جميع الأحوال ينبغي لكي يستحق المتعاقد تعويضا ان يكون مرتبطاً مع الإدارة بعقد أداري ساري المفعول يستند عليه للمطالبة بالتعويض ، وسنحاول من خلال هذا المطلب بيان احد حقوق المتعاقد الأساسية تجاه الإدارة وهو حق المتعاقد بالتعويض وسنقسم البحث على فرعين في الأول منهما ندرس القواعد العامة لاستحقاق التعويض ، وفي الفرع الآخر نبين الأسباب الموجبة للتعويض وكالاتي :

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ((27/آذار/1903 في قضية commune de jeumomst)) وكذلك حكمه في ((10/كانون الأول / 1938 في قضية Gouv gen de lindochine)) أشار الى هذه الأحكام الدكتور وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص135.

الفرع الأول

القواعد العامة لاستحقاق التعويض

ان القواعد العامة التي بمقتضاها يستحق المتعاقد تعويضا ندرسها بشكل متتالي وفقا لما يأتي :

أولا // قيام مسؤولية الإدارة لاستحقاق التعويض :- والمسؤولية بشكل عام لا تقوم الا بوجود عقد اداري نافذ ، وارتكاب خطأ وينتج عن هذا الخطأ ضرر يصيب الطرف الآخر وقيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، والإدارة لا تكون مسؤولة عن التعويض ما لم ينسب اليها خطأ سواء كان ناتجا عن عمد ام إهمال ام تقصير في تنفيذ التزاماتها العقدية ذات الطابع الفني او

المادي كما لو تأخرت الإدارة في تسليم المتعاقد معها موقع العمل ، او لم تسلمه مستحقاته المالية ، او قصرت في تحصيل الرخص الادارية اللازمة للمشروع ، ولكي يستحق المتعاقد التعويض عليه إثبات ذلك (1) ، وقد أكدت هذا المعنى المحكمة الادارية العليا المصرية بقولها ((بالنسبة للمسؤولية العقدية يجب توافر عناصرها الثلاثة ، خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ويجب على الدائن اثبات الضرر ومقداره والدليل على ثبوته ، وعليه فلا يصح القضاء بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصر الضرر)) (2).

وفي حكم آخر تقول المحكمة ذاتها ((إن تقصير الجهة الادارية الطاعنة في التزاماتها في عقود النزاع ، وإلقاء تبعه هذا التقصير على عاتق المتعاقدين وقيامها بسحب العمل منهما بغير حق فضلا عن توقيع غرامات تأخيرية ، تكون قد ارتكبت خطأ عقدياً ، تسبب بأضرار المتعاقدين معها ، وتكون مسؤولة عن تعويض هذه الأضرار)) (3).

هذان الحكمان قائمان على أساس مسؤولية الادارة الخطئية او القائمة على أساس الخطأ الصادر عنها (4) ، لكن في أحيان أخرى تقوم مسؤولية الادارة بغير خطأ او ما يعرف —

- (1) ينظر في ذلك الدكتور منير محمود الوترى : العقود الادارية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص 151-153 ، وكذلك الدكتور حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، مصدر سابق ، ص 188.
- (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (2756 ، جلسة 1996/3/19) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص 305.
- (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (2083 جلسة 1993/4/13) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : المصدر نفسه ، ص 305.

(4) والمسؤولية الخطئية كما أسلفنا تقوم على صدور خطأ من الادارة ولحوق ضرر بالمتعاقد معها وتحقق الرابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ولمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : المسؤولية الادارية في اليابان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص 108 ، وكذلك الدكتور عبد الفتاح ابو الليل : مسؤولية الأشخاص العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 31.

بمسؤوليتها على أساس المخاطر وفي هذه الحالة تلتزم الادارة بدفع تعويض للمتعاقد معها رغم انها غير مخطئة ، ويؤكد الفقه الاداري قيام المسؤولية في الحالة الأخيرة على أساس المخاطر وتحمل التبعية أي توزيع الأعباء العامة على الكل فالضرر الذي يحدث نتيجة لنشاط الادارة يتحمل عبئه كل المواطنين وليس المضرور وحده والأساس في ذلك هو المساواة أمام الأعباء العامة (1).

ومن تطبيقات مسؤولية الادارة بلا خطأ في إطار العقد الاداري ، نظرية عمل الأمير حيث لا ينسب للإدارة أي خطأ عندما تعدل العقد لأنها تستعمل حقاً من حقوقها العقدية ولكن ينتج عن ذلك ضرر للمتعاقد يستحق عليه التعويض ، ويضيف الفقه الى ذلك حالة قيام المتعاقد بأعمال مفيدة او ضرورية للمرفق ولمصلحة الادارة يستحق عليها التعويض على أساس إثراء الادارة على حسابها بلا سبب لو لم تعوضه عما قام به لمصلحتها وان لم يستحصل إذنهما (2).

اما الركن الآخر من أركان المسؤولية هو ((الضرر)) ويعرف بأنه الأثر المترتب على العمل المنسوب للإدارة ويشترط فيه أن يكون :

أ- خاصاً فيصيب شخص المتعاقد فان كان عاماً أصاب الجميع لا يمكن له مطالبة الادارة بالتعويض .

ب- أن يكون الضرر مباشراً اي أصاب مصلحة او حقاً عائداً للمتعاقد مع الادارة .

ج- أن يكون محققاً لا احتمالياً اي انه وقع او على وشك الوقوع وليس ضرراً مستقبلياً ممكن ان يقع او لا يقع (3).

اما الركن الأخير فهو ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمتعاقد فان انتفى هذا الركن فلا محل للقول باستحقاق المتعاقد مع الادارة للتعويض (4).

ثانياً // ان كان المتعاقد مع الادارة مقصراً في واجباته فمن الممكن الحكم عليه بالتنفيذ العيني :- في هذه الحالة نميز بين حالتين الأولى اذا كانت الادارة هي المقصرة فلا يمكن للمتعاقد معها ان يطلب التنفيذ العيني وليس أمام المتعاقد الا اللجوء للقاضي الاداري الذي هو الآخر لا يملك توجيه أوامر ونواهي للإدارة والوسيلة الوحيدة المتاحة أمامه هي الحكم لمصلحة المتعاقد بالتعويض (5).

(1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : المسؤولية الادارية في اليابان ، مصدر سابق ، ص116 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عمرو فؤاد بركات : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص558.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح ابو الليل : مسؤولية الأشخاص العامة ، مصدر سابق ، ص53-54.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح ابو الليل : المصدر نفسه ، ص43.

(5) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح ابو الليل : الوجيز في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص165.

اما اذا كان المتعاقد مع الإدارة هو المقصر بالتزاماته فيمكن للإدارة ان تطلب منه التنفيذ العيني لالتزاماته بل يمكن إلزامه بذلك من خلال اللجوء الى الوسائل القانونية التي منحها إياها القانون العام مثل (وضع المرفق العام تحت الحراسة) وهذا الوضع يوصف بأنه احد الجزاءات الادارية الضاغطة التي تملكها الإدارة في أطار نظرية العقد الاداري وتملك إيقاعها على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة اذا ما اخل بالتزاماته وكذلك تملك وسيلة فرض الغرامات التأخيرية او التعويض وهي جزاءات مالية وسنتناولها في حينها في هذه الدراسة⁽¹⁾.

ثالثاً // على المتعاقد لكي يستحق التعويض الاستمرار في أداء التزاماته العقدية تجاه المرفق العام : وليس له التوقف بحجة ان ثمة إجراءات ادارية حالت بينه وبين إتمام العمل او ان ظروفه طارئة او صعوبات غير متوقعة منعتة من الاستمرار بالعمل لانه لو توقف عن ذلك مع قدرته على الاستمرار فانه سيتعرض للمساءلة ومن الممكن ان تفرض الإدارة عليه جزاءات ادارية ، الا اذا ثبت ان تدخل الإدارة او الطوارئ التي حدثت حالت بينه وبين الاستمرار بالعمل اي انها أخذت طابع القوة القاهرة حينها يعفى المتعاقد من المسؤولية نتيجة التوقف ويعفى من غرامات التأخير⁽²⁾.

رابعاً // الأعذار :- وأعذار المتعاقد المقصر وجوبي لاستحقاق التعويض وهذا ما عبر عنه المشرع العراقي في القانون المدني بقوله ((لا يستحق التعويض الا بعد أعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك))⁽³⁾ ، والأعذار شرط أساسي لاستحقاق التعويض اذا قامت المسؤولية العقدية نتيجة اخلال بتنفيذ الالتزامات او التأخر في ادائها ، ويشار الى ان وجوب الأعذار شرط أساسي ويسري على طرفي العقد على حد سواء لاستحقاق التعويض وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الاداري المصرية في احد احكامها ((ان تخلف احد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار بها الطرف الآخر لا ينشئ حقاً في التعويض الا باعذار الطرف المتخلف وفقاً لاحكام المادة (120) من القانون المدني الملغي والمادة (218) من القانون المدني الجديد ، اذ ان المسؤولية العقدية الناشئة عن هذا التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها أعذار المدين ، كما يجب ان يتم هذا الأعذار فور التأخير))⁽⁴⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص136-137.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عدنان العجلاني : الوجيز في الحقوق الادارية ، مطبعة جامعة دمشق ، 1959 ، ص348-353 .

(3) ينظر في ذلك المادة (256) من القانون المدني العراقي وينظر كذلك المواد (257 و258) .

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية (360 لسنة 7 ق في 1953/3/21) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري – المكتب الفني ، السنة السابعة ، 1953 ، ص1643.

خامساً // لا يحق للمتعاقد مع الإدارة وبارادته المنفردة ان يفسخ العقد الاداري بقرار منه حتى لو توافرت مسوغات الفسخ بل عليه ان يلجأ للقضاء الاداري المختص للحصول على حكم قضائي⁽¹⁾. ويذكر ان مسوغات الفسخ هي في الغالب ناتجة عن تقصير الإدارة بواجباتها العقدية ، ولقد بينت المحكمة الادارية العليا المصرية رايها في هذا الموضوع بوضوح فقالت ((...)) جدير بالذكر انه من المقرر عدم جواز قيام المتعاقد مع الإدارة بفسخ العقد المبرم معها بقرار منه اذا توافرت مبررات الفسخ بل يتعين عليه ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك فلا يستطيع المتعاقد ان يوقع الجزاء على الإدارة بنفسه))⁽²⁾.

والغاية من تقرير هذا المبدأ العام هي ان فسخ العقد الاداري نتيجة تقصير الادارة في الغالب يكون مصحوبا بالتعويض لمصلحة المتعاقد مع الادارة ، كما ان المتعاقد ليس شخصا معنويا عاما يتمتع بامتيازات القانون العام والذي يملك امتيازات واسعة مثل فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة ، لذا كان عليه اللجوء للقاضي الاداري ليحكم له بالفسخ وتحميل الادارة عبء تعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء تقصير الادارة ، وتأكيداً لهذا المعنى نستشهد بحكم للمحكمة الادارية العليا المصرية الذي تقول فيه: ((متى كان من الثابت انه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الادارة له الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل ،....، فان عدم قيام الادارة بتسليم موقع العمل للمتعاقد طيلة عام بأكمله مما يحق معه القول بانها قد أخلت أخلا لا جسيما بواجبها نحو المتعاقد بعدم تمكنه من العمل وانها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول مما يقوم معه سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار بسبب ذلك)) (3).

سادسا // عبء أثبات وقوع الضرر الموجب للتعويض يقع على عاتق المتعاقد مع الادارة :
حيث تقول المحكمة الادارية العليا المصرية ((عبء أثبات الخطأ والضرر يقع على عاتق المدعي عملا بالأصل في هذا الخصوص الا انه حتى يمكن الحكم بالتعويض يتعين على المدعي ان يوضح عناصر التعويض التي يطالب بها وبغير توضيح هذه العناصر والتي تمثل الأضرار التي وقعت عليه لا يمكن الحكم له بالتعويض حتى ولو كان هناك خطأ عقدي)) (4).

- (1) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 504-505.
 - (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (4067، جلسة 1999/2/9) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 265.
 - (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (4189، جلسة 1998/1/24) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 365.
 - (4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (1383، جلسة 1998/12/15) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 323 .
- ويؤكد الفقه على ان من يدعي خطأ الادارة عليه أثبات ذلك بكافة وسائل الاثبات وتطلب الاثبات هنا يتعلق بقواعد الاثبات بشكل عام ولا يتعلق بأساس المسؤولية ، باعتبار ان المسؤولية العقدية تتحقق نتيجة خطأ من الادارة واثبات هذا الخطأ يعد اجراء كاشفاً للمسؤولية الادارية وليس منشئاً لها⁽¹⁾ ، ويميز الفقه بالنسبة لإثبات الضرر بين حالتين :

الحالة الأولى :- اذا ما خالفت الادارة التزاماتها العقدية بدون سبب مشروع والتي يكون فيها أثبات الضرر أمراً سهلاً بالنسبة للمتعاقد حيث يعد عدم قيام الادارة بتنفيذ التزاماتها او تأخرها في الأداء قرائن دالة على خطأ الادارة .

الحالة الثانية :- مخالفة الادارة لالتزاماتها العقدية حين تمارس إحدى سلطاتها المشروعة كما في سلطة تعديل العقد ، في هذه الحالة يتشدد القاضي الاداري في قبول الاثبات ، كون الادارة تمارس حقاً قانونياً ، اما اذا لجأت الادارة الى استعمال سلطة اسقاط الالتزام (فسخ العقد بارادتها المنفردة) فالقاضي الاداري يراقب مسألة وجود خطأ جسيم منسوب للمتعاقد معها ويقرر جسامته المخالفة اي انه يتفحص الوقائع وعلى أساس ذلك يحكم بالتعويض وان وجد ان الخطأ المنسوب للمتعاقد مبالغ فيه فله الغاء القرار الاداري مع الحكم بالتعويض (2).

سابعا // ينبغي ان يتصف الضرر الذي يتم بموجبه التعويض باوصاف معينة : فالضرر هو احد أركان المسؤولية العقدية للإدارة كما بينا ذلك سابقا (مسؤولية الادارة الخطئية المكونة من خطأ وضرر وعلاقة سببية) وقد لا يكون استحقاق التعويض قائماً على أساس المسؤولية العقدية القائمة بناءً على خطأ بل على أساس آخر كالإثراء بلا سبب وضرورة مساواة أطراف العقد في التكاليف العامة او ما يعرف بمسؤولية الادارة على أساس المخاطر .

فيشترط في الضرر ان يكون محققاً لا احتمالياً فالضرر المستقبلي وغير المحقق لا يعرض عنه وكذلك يجب ان يكون خاصاً يصيب المتعاقد خاصة دون عامة الناس (3).

كما يجب ان يكون الضرر مباشرا اي أصاب مصلحة من مصالح المتعاقد المشروعة وسببته مباشرة أعمال منسوبة للإدارة او التابعين لها ((مسؤولية المتبوع تقتصر على الضرر المباشر الذي نشأ عن فعل تابعيها وكانوا سببا فيه ، فاذا شاركت الجهة الادارية في استفحال الضرر تعين اخذ ذلك في الاعتبار عند تقدير التعويض))⁽⁴⁾

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح ابو الليل : مسؤولية الأشخاص العامة ، مصدر سابق ، ص 36-37.
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقود B.O.T. ، مصدر سابق ، ص 287.
 - (3) ينظر في ذلك ابراهيم المنجي : دعوى التعويض الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 80 ، وكذلك رفاه كريم كربل : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 63-64 .
 - (4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (2322، جلسة 2001/10/31) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 347.
- ولا يشترط في الضرر شكلاً معيناً فقد يكون ضرراً مادياً او أدبياً وقد قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بهذا الصدد بقولها ((....، لجهة الادارة الحق في فسخ العقد الاداري ومصادرة التامين بارادتها المنفردة دون اللجوء الى القضاء ، شرط ذلك ان يكون لأسباب تبررها المصلحة العامة ، والا كان للمتعاقد معها طلب الحكم بالتعويض عما لحق به من اضرار مادية او أدبية نتيجة لهذا الأجراء غير المشروع ،....))⁽¹⁾

الفرع الثاني

الأسباب الموجبة للتعويض

للمتعاقد مع الإدارة الحق بتلقي التعويض لأسباب عدة فتارة تلتزم الإدارة بدفع تعويض للمتعاقد معها نتيجة خطئها العقدي ، وتارة تلتزم بالتعويض دون ان ينسب إليها خطأ لأسباب عدة نحاول أن بياناها في هذا الفرع ولذا قسمناه الى فقرات عدة كالآتي :

أولاً // استحقاق التعويض على أساس خطأ الإدارة :-

يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عما يصيبه من اضرار نتيجة خطأ الإدارة بإخلالها بأحد التزاماتها العقدية سواء كان الخطأ ناتجاً عن عمد او إهمال ، وتقول بهذا المعنى محكمة القضاء الاداري المصرية ((من الأمور المسلمة في العقود كافة ، سواء كانت عقوداً ادارية ام مدنية إن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيأ كان السبب في ذلك ، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد او إهماله ، او عن فعله دون عمد او اهمال ، وبما إن العقد الذي تستند إليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهات الادارية المدعى عليها والمدعي للقيام ببناء عقارات لصالح شخص معنوي عام وبقصد تحقيق مصلحة عامة فهو عقد أشغال عامة ، ويولد هذا العقد في مواجهة جهة الادارة التزامات عقدية اخصها إن تمكن المتعاقد من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه ، ولم تقم بهذا الالتزام ، فان هذا يكون خطأ عقدياً من جانبها يخول المدعي في أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الادارة بالتزامها او من جراء تأخرها في القيام به))⁽²⁾

إن عدم قيام الادارة بالتزاماتها او تأخرها في ذلك يمثل خطأ عقدياً يسوّغ الحكم بدفع

- (1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (4682، جلسة 1994/4/26) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 339.
- (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة القضاء الاداري المصرية الطعن رقم (1320، في 25 / 2 / 1969) أشار إليه الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 69.

تعويض لمصلحة المتعاقد معها ، كما إن الإدارة قد تبالغ في استخدام سلطاتها المخولة لها في العقد الإداري كما لو بالغت في تعديل العقد مما يجعل المتعاقد معها وكأنه أمام عقد جديد ، وإن تأخر في تسليمه موقع العمل ، وكل هذه الأفعال تمثل خطأ عقدياً يوجب مسؤولية الإدارة ويخول المتعاقد معها حق اللجوء للقضاء الإداري للمطالبة بالتعويض كما يمكنه إن كان الخطأ جسيماً أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض⁽¹⁾ ، وتجدر الإشارة إلى إن المتعاقد لكي يحق له اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض يجب أن تتحقق أركان المسؤولية العقدية الإدارية بجميع أركانها⁽²⁾.

وتقدير التعويض في الحالة الأخيرة يعود لقاضي الموضوع ، والقاضي عندما يقرر التعويض يأخذ بعين الاعتبار حالة الخطأ المشترك في بعض الأحيان ، أي مدى مساهمة طالب التعويض في حصول الخطأ ولحقوق الضرر به ، فإذا كان الخطأ منسوباً للإدارة فقط وكان جسيماً فالقاضي يمكن أن يحكم بالفسخ والتعويض ، أو بالتعويض فقط وكل ذلك محكوم بطلبات رافع الدعوى⁽³⁾ ، وتؤكد هذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: ((إن إخلاء الموقع واتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأرض التي ستنشأ فيها المباني الجديدة إنما هي أمور تقع على عاتق الإدارة ، وهي ملزمة باستكمالها قبل إصدار الأمر للمدعي بالبدا في العمل طالما أنه لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد إلا أن يتم إخلاء ونزع الملكية ومنع التعرض وبذلك تكون جهة الإدارة قد أخطأت بأن تأخرت في تسليم المدعي موقع العملية)).⁽⁴⁾

ويضيف بعض الفقه حالة بطلان العقد لخطأ من الإدارة – خطأ في إجراءات التعاقد يفضي إلى بطلان العقد – في هذه الحالة يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فإن أصبح ذلك مستحيلاً كما لو بدأ المتعاقد بتنفيذ العقد ففي هذه الحالة تلتزم الإدارة بتعويضه تعويضاً كاملاً.⁽⁵⁾

ثانياً // استحقاق التعويض دون خطأ من جانب الإدارة :-

في هذه الحالة يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً دون أن ينسب للإدارة أي خطأ

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 134 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، مصدر سابق ، ص 188 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 195 - 197 .
- (4) ينظر في ذلك حكم المحكمة القضاء الإداري المصرية الطعن رقم (1305)، في 1 / 1 / 1961) أشار إليه الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 69.
- (5) ينظر في ذلك الدكتور طعيمة الجرف : القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 240 .

والأمثلة على ذلك متعددة كما في نظرية عمل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو الظروف الطارئة ففي كل هذه الأحوال يستحق المتعاقد تعويضاً لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري دون أن ينسب للإدارة خطأ⁽¹⁾.

كما إن الإدارة مطالبة بتعويض المتعاقد معها إذا ما أثرت على حسابه دون سبب ويتحقق هذا الغرض إذا ما قام المتعاقد بأعمال إضافية تأخذ عدة أشكال وستعرض لها تباعاً وكما يأتي :-

1- الأعمال الجديدة :- ويراد بها الأعمال التي ينفذها المتعاقد في ظل ظروف وأوضاع وشروط غير أوضاع وشروط العقد الأصلي ويصفها الفقه الإداري بأنها أعمال غريبة عن العقد الإداري⁽²⁾ ، والأمثلة عليها متعددة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، ففي قضية (Minister des armes) والتي تتلخص وقائعها في إن الإدارة طلبت من المتعاقد معها القيام بأعمال تختلف عن موضوع العقد الأصلي وتبتعد عن موقعه الأصلي⁽³⁾ (3) كيلومترات⁽³⁾، وهناك أمثلة أخرى مثل أن يكون موضوع العقد أعمال صيانة فتطلب الإدارة منه القيام بأعمال إنشاءات جديدة وإن ما يترتب على تكليف الإدارة للمتعاقد بأعمال جديدة هو حقه بان يطلب فسخ العقد الأصلي مع

تعويض لما أصابه من اضرار او تبرم الادارة معه عقداً جديداً يتناول الأعمال الجديدة إن وافق على ان ينفذها .⁽⁴⁾

2- الأعمال غير المتوقعة :- وهي الأعمال التي تكلف الإدارة بها المتعاقد معها ولا تعد غريبة عن العقد ولكنها لم تظهر في بنود العقد الأصلي ، وباستعمال سلطة التعديل يمكن للإدارة ان تطلب من المتعاقد القيام بأعمال لم يتضمنها العقد ابتداءً اي إنها مرتبطة بالعقد او من الأعمال ذاتها محل وموضوع العقد لكن العقد لم ينص عليه ابتداءً .⁽⁵⁾

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد الحميد ابو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، مصدر سابق ، ص 216 ، وكذلك الدكتور مازن ليلو راضي ، العقود الادارية في القانون الليبي والمقارن ، مصدر سابق ص 134 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري ، المكتبة الانكلو مصرية ، القاهرة ، 1961 ، ص 78 .
- (3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي (14 / 4 / 1948) أشارت اليه سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الاداري قضائياً لخطأ الادارة مصدر سابق ص 37 .
- (4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرؤوف هاشم محمد : شبه العقد في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 172 .
- (5) ينظر في ذلك الدكتور رياض عبد عيسى : احكام الاعمال الاضافية في عقود الأشغال العامة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع السنة الحادية عشر ، 1987 ، ص 120 .

وهناك تطبيقات عدة لمجلس الدولة الفرنسي عندما تصدى للحكم بالتعويض لمصلحة المتعاقد مع الادارة ان كلفته الادارة في أعمال غير متوقعة ومنها حكمه في قضية (Tayran) والذي جاء فيه ((إزاء الصعوبات التي تظهر نتيجة اتخاذ الإجراءات التي اقر المهندس المعماري انها ضرورية لضمان العمل في ظل الظروف التي يتطلبها الفن المعماري وتنفيذ المشروع)) .⁽¹⁾

فمن الممكن ان يكلف المتعاقد مع الإدارة في عقد البناء او اي عقد يتضمن إنشاءات اخرى وان كانت غير متوقعة الا انها ضرورية لإتمام العمل مثل نقل اتربة لمنع الرطوبة في موقع العمل او يكلف بحفر وشق قنوات جانبية لتصريف المياه او يكلف بترميم قناة تهدمت بسبب انهيار احد الجسور وغيرها من التطبيقات ، وهناك امثلة عدة لمجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾ ، وكل هذه التطبيقات يقضي بها مجلس الدولة بوجوب دفع تعويض عن الأعمال غير المتوقعة لمصلحة المتعاقد مع الادارة .

3- الأعمال الإضافية :- وهي الاعمال التي تكلف الإدارة المتعاقد معها بمهمة القيام بها وهي أيضا ليست بغريبة عن موضوع العقد بل ان قائمة الأسعار المتفق عليها في العقد الأصلي قد توقعتها ونصت عليها لذا هي تعد مكملة لموضوع العقد الأصلي ونقطة الاختلاف بينها وبين الأعمال غير المتوقعة ان الأخيرة غير منصوص عليها في قائمة الأسعار الملحقة بالعقد لذا يصار الى تحديد ثمنها على شكل تعويض يتفق عليه الطرفان المتعاقدان .⁽³⁾

ويضيف بعض الفقه فرقاً آخر بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة هو ان الأخيرة يقدر ثمنها وسعرها باتفاق جديد بين الطرفين اما الأعمال الإضافية فان ثمنها مقدر ابتداءً⁽⁴⁾ ، والى هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز العراقية بقولها: ((ان "النقر والدرز بالاسمنت" لا تعتبر من جملة الأعمال المنوطة بالمتعهد اذ تعتبر من الأعمال الإضافية التي يتعين النص عليها في العقد)) .⁽⁵⁾

ومن الحكم السابق نفهم ان الأعمال الإضافية تضمنتها قائمة الأسعار الملحقة بالعقد

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (12/ كانون الثاني / 1926) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف هاشم : شبه العقد في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 170 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 79 .

- (3) ينظر في ذلك الدكتور مجدي عز الدين : مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع السنة العشرون ، 1996 ، ص366.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور رياض عبد عيسى : أحكام الأعمال الإضافية ، مصدر سابق، ص119 .
- (5) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم القرار (706-ح-958 في 15/4/1958) منشور في مجلة القضاء العدد (4) السنة (16) ، بغداد ، 1958 ، ص561.

ولكن عادت محكمة التمييز في حكم آخر فقضت بأنه ((....، إن فقرات الدرر التي تعتبر من مستلزمات البناء والتي نصت عليها جداول الفئات والمواصفات والشروط الخاصة وأوضحت طريقة الدرر ومواقع الدرر في البناء هي جزء من العقد على المقاول وجوب تنفيذها والقيام بإنجازها ولا يمكن اعتبارها عملاً إضافياً لأن العمل الإضافي والذي لا يتضمنه عقد المقاول ابتداءً بل يتناوله المتعاقدان باتفاق لاحق عليها ،)).⁽¹⁾

ونتفق مع بعض الفقه العراقي الذي انتقد هذا الحكم بشدة والذي يعتبر قول المحكمة ((يتناوله المتعاقدان باتفاق لاحق عليه)) قولاً غير دقيق وذلك لأن الإدارة عندما تأمر المتعاقد بالقيام بأعمال إضافية هي لا تتفق معه وإنما هي تأمره وهو أمر بإرادة منفردة من جهة ومن جهة أخرى الأعمال الإضافية لا بد أن يكون منصوفاً عليها في القوائم الملحقة بالعقد والا فلا يمكن اعتبارها أعمالاً إضافية بل يمكن أن تكون أعمالاً غير متوقعة أن كانت من جنس العقد الأصلي أو أعمالاً جديدة إن كانت تختلف عن جنسه.⁽²⁾

والأمثلة على الأعمال الإضافية نستقيها من مجلس الدولة الفرنسي كذلك ففي قضية (Btabli Brissent) قضى المجلس بإمكانية تكليف المتعاقد بمد السد المتفق على بنائه لمسافة أطول لأن النهر غير مجراه على نحو غير متوقع.⁽³⁾

4- الأعمال الضرورية والأعمال المفيدة :

- أ- الأعمال الضرورية :- وهي تلك الأعمال غير المنصوص عليها في العقد والتي لم تطلب الإدارة من المتعاقد القيام بها لكنه عندما باشر بالعمل اكتشف عدم إمكانية القيام بالأعمال موضوع العقد دون أن يقوم ببعض الأعمال الضرورية ليضمن من خلالها حسن تنفيذ المشروع ، وفي الغالب هذه الأعمال يغفل عن النص عليها في العقد سهواً رغم أهميتها.⁽⁴⁾
- ب- الأعمال النافعة او المفيدة :- وهي تلك الأعمال التي لن تأمر الإدارة المتعاقد معها بالقيام بها لكن القيام بها يحقق مصلحة ومنفعة للإدارة المتعاقدة.⁽⁵⁾

ففي أعمال بادر المتعاقد مع الإدارة من تلقاء نفسه بها دون أن تطلب منه الإدارة ذلك لذا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد تردد في بادئ الأمر في مسالة التعويض عنها ، إلا أنه

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم الاضبارة (5/عامة/971 في 9/2/1972) منشور في مجلة القضاء العدد (2و1) السنة (27) ، بغداد ، 1972 ، ص359.

(2) ينظر في ذلك الدكتور رياض عبد عيسى : احكام الأعمال الاضافية ، مصدر سابق، ص119-120.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي (30/كانون الأول/1935) أشار اليه الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص445.

(4) ينظر في ذلك الدكتور يوسف سعد الله الخوري : القانون الاداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 ، ص669.

(5) ينظر في ذلك الدكتور يوسف سعد الله الخوري : المصدر نفسه ، ص485، وكذلك الدكتور طعيمة الجرف : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص240 .

حسم الامر لاحقا وقضى بضرورة التعويض عنها استنادا الى قواعد العدالة ومنع إثراء الإدارة على حساب المتعاقد معها دون سبب.⁽¹⁾

ويؤكد الفقه أن التعويض في جميع الأحوال السابقة يكون تعويضا كاملا اي يؤدي الى جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة نتيجة قيامه بأعمال معينة تحقق مصلحة المرفق والإدارة وأن كان أساس التعويض يختلف من حالة لأخرى فتارة يكون الأساس هو مبادئ العدالة وتارة يكون ضرورة ضمان التوازن المالي للعقد بين طرفيه وتارة يكون منع إثراء الإدارة بلا سبب على حساب المتعاقد معها.⁽²⁾

ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Commune de canari) بأن المتعاقد عند قيامه بالأعمال الضرورية او المفيدة للإدارة له الحق بتقاضي تعويضا عنها ويعقب المجلس بأن

استحقاقه للتعويض يكون خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية العقدية فلم ينسب للإدارة خطأ ، حيث يتمسك المتعاقد في دعواه بقواعد الإثراء بلا سبب أي إثراء الإدارة على حسابه بلا سبب ومع ذلك قضى المجلس بأحقية بتقاضي التعويض رغبة منه بضمان السير المنتظم للمرفق العام⁽³⁾.

ونرى إن جميع الأحكام أعلاه التي تناولناها في هذا المطلب تتفق مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لذا نرى أن من حق المتعاقد في هذا العقد مطالبة الإدارة بالتعويض في حال تحققت مسؤوليتها العقدية (إن أخلت بالتزاماتها) وله الحق بالتعويض في حالات أخرى كما لو قام بأعمال مفيدة ونافعة للمرفق والإدارة أو ضرورة لإتمام العمل أو إذا كلفته الإدارة بأعمال إضافية ففي جميع هذه الأحوال هو يستحق تعويضاً والتعويض حق من حقوق المتعاقد الأساسية .

-
- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (11/6/1943، في قضية frands travaux de Marseille) أشار إليه الدكتور حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، مصدر سابق ، ص306.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرؤوف هاشم محمد : شبه العقد في القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص181 وما بعدها .
- (3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (17/تشرين الأول/1975) أشار إليه الدكتور مجدي عز الدين : مبدأ أولوية المسؤولية العقدية ، مصدر سابق ، ص370 .

الفصل الثاني

التزامات وسلطات الادارة المتعاقدة

يبرم العقد الاداري كقاعدة عامة بإيجاب وقبول ، فالإيجاب يتمثل في العطاء الذي يقدمه المتعاقد مع الادارة ، والقبول يتمثل بموافقة الادارة على العطاء وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل ، وبعد إتمام باقي الإجراءات وأهمها موافقة الرئيس الاداري الأعلى او من يخوله القانون سلطة الموافقة على إبرام العقد ليصبح بعدها العقد الاداري ملزماً لطرفيه وواجب التنفيذ .

وقد بينا في الفصل الأول ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يرتب عدة التزامات على عاتق المتعاقد مع الادارة ويمنحه حقوقاً ، ولكنه في الوقت ذاته يرتب التزامات على الادارة المتعاقدة مثلما يمنحها سلطات معينة فهو إذن عقد ملزم لجانبه ، ولا بد من التأكيد على حقيقة ثابتة هي ان التزامات الادارة تمثل حقوقاً للمتعاقد معها وحقوقها في إطار هذا العقد تمثل التزامات تقع على عاتق المتعاقد معها ، وفي إطار العقد محل الدراسة الادارة مطالبة بمساعدة المتعاقد معها للقيام بالتزاماته العقدية لان المتعاقد في الغالب يكون شركة وقد تكون شركة أجنبية وليست وطنية وهذا الأمر بحد ذاته يحمل الادارة التزامات إضافية لمصلحة الشركة تتمثل في تقديم كل مساعدة ممكنة لهذه الشركة كي تعمل على إقليم الدولة الوطني وهذه المساعدة قد تكون بإجراءات قانونية وادارية او تقديم تسهيلات معينة تمكنها من العمل بسلاسة وبدون تعقيدات وقد تأخذ هذه المساعدة شكل ضمانات قانونية كما لو تعهدت الادارة للشركة بمنحها احتكاراً معيناً او تسهيل دخول موظفيها الأجانب للبلد ... الخ ، كما ان المتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يملك الحق بمطالبتها باحترام شروط العقد وتنفيذها بحسن نية وتنفيذ كل ما يترتب عليه العقد في ذمة الادارة من التزامات وفي المقابل فان الادارة تملك سلطات واسعة في هذا العقد كما هو الحال في أي عقد اداري آخر وهذه السلطات مستمدة من قواعد القانون العام وهي ثابتة للجهة الادارية سواء نص عليها العقد ام لا بل إن النص على استبعاد اي من سلطاتها كسلطة الرقابة او التعديل يعد باطلاً لان هذه السلطات تتصل بالنظام العام ، ومن خلال هذا الفصل نحاول ان ندرس أهم ما يترتب عليه العقد في حق الادارة من التزامات وما يمنحها من حقوق تجاه المتعاقد معها ، لذا سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في الأول منهما التزاماتها تجاه المتعاقد معها وفي الثاني نبين أهم السلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد معها لحمله على تنفيذ التزاماته العقدية ولضمان السير المنتظم للمرفق العام .

المبحث الأول

التزامات الادارة المتعاقدة

في إطار هذا المبحث نسعى الى بيان أهم التزامات الادارة تجاه المتعاقد معها فالادارة كطرف في العقد تسعى الى تحقيق المصلحة العامة عن طريق تقديم خدمات المرافق العامة للمواطنين مباشرة وعندما تتعاقد الادارة مع القطاع الخاص لإدارة احد هذه المرافق فإنها تكون بذلك قد أوكلت لهذا الشخص إشباع الحاجات العامة ، ومن جهة اخرى هذا المتعاقد لا يستطيع ادارة المرفق دون ان يحصل على ترخيص من جهة الادارة وتحدد له موقع العمل الذي سيقام عليه المشروع وتمنحه الإذن باستيراد المواد التي يحتاجها وتحترم شروط العقد الصريحة والضمنية الخ .

اذن الادارة كطرف في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مطالبة بعدة أمور نحاول ان نعرضها من خلال هذا المبحث لذا ارتأينا تقسيمه على ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول منها

التزام الإدارة باحترام شروط العقد وفي المطلب الثاني نبين التزام الإدارة بتمكين المتعاقد من تنفيذ العقد كما وهي مطالبة بمساعدته على الاستمرار في عملية تنفيذ العقد وإدارة المرفق العام ، أما المطلب الثالث فنخصه لبيان الأثر أو الجزاء الذي يمكن ان يترتب على جهة الإدارة اذا ما أخلت بتنفيذ التزاماتها العقدية .

المطلب الأول

التزام الإدارة باحترام شروط العقد

كأصل عام جهة الإدارة تملك سلطات واسعة تجاه المتعاقد معها في إطار العقد الإداري فهل يمكن القول إن العقد الإداري ملزم لجانب واحد ؟

إن التسليم بهذا الرأي يؤدي الى نتيجة غاية في الخطورة مفادها إهدار لفكرة التعاقد أو الاتفاق في العقد الإداري وهدم لهذه الفكرة من أساسها ، فمن الثابت إن الإدارة تملك سلطات واسعة لكن هذه السلطات لا تمنع ولا تتعارض مع القوة الملزمة للاتفاق – العقد الإداري – المبرم بين الطرفين بوصف العقد اتفاقاً رضائياً بين الطرفين قبل ان يصبح عقداً ملزماً لهما يستند بالدرجة الأساس الى توافق ارادتين ، وإن المتعاقدين على علم مسبق بطبيعة العقد الإداري الذي يعد عقداً من عقود القانون العام والذي يمنح الإدارة سلطات واسعة تجاه المتعاقد ، والمتعاقد يعلم علم اليقين بهذه السلطات لكنه قبل التعامل مع الإدارة وإبرام العقد الإداري ، كما ان العقد الإداري لا يمنع ان تلتزم الإدارة بجملة التزامات تتفق مع طبيعة العقد الإداري .⁽¹⁾

فالتزام الإدارة بشروط العقد وتنفيذها لهذه الالتزامات يمثل حقا أصيلاً للمتعاقد معها إذ إن العقد منذ إبرامه يولد التزامات عقدية متبادلة على طرفيه ان يلتزم بها وينفذها بحسن نية والإدارة كطرف في العقد مطالبة باحترام التزاماتها الناشئة عن العقد اي ما تضمنته نصوص العقد او ما تقتضيه طبيعة هذا العقد اي ما يتفق مع طبيعة هذا العقد فتتخذ التزامات معينة لم ينص عليها العقد لكنها لازمة لتنفيذ موضوع العقد ولقد أكدت هذا المعنى المحكمة الإدارية العليا المصرية في احد أحكامها بالقول : ((... ، من المسلم به ان العقد الإداري شأنه في ذلك شأن كافة العقود يولد التزامات تعاقدية يجب على الإدارة احترامها ،...))⁽²⁾

ولمعرفة مدى التزام الإدارة باحترام شروط العقد نعرض لأهم ما يترتب عليه من التزامات بمجرد تصديق الموظف المسؤول على العقد الإداري (بعد إرساء المناقصة)

أولاً // التزام الإدارة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه والتصديق عليه من الجهة الإدارية المختصة : ابتداءً لا

يبرم العقد الا من قبل أشخاص معينين يعبرون عن إرادة الإدارة بوصفهم ممثلين عنها ، شرط ان يمر العقد بمراحل وإجراءات شكلية معينة لازمة لصحته ، ثم انه لا يدخل طور النفاذ مباشرة بل لابد ان يصادق عليه من المرجع الإداري المختص (الوزير او الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة) او من يحدده القانون ويمنحه سلطة التصديق على العقود الإدارية.⁽³⁾

ومما يمكن ملاحظته في هذا الشأن إن التزامات الإدارة تبدأ من تاريخ التصديق على العقد ، وتمتد الى نهاية العقد ، اما اذا تراجعت الإدارة عن العقد في مرحلة المفاوضات وقبل التصديق عليه بشكل نهائي فلا يترتب عليها اي التزام.⁽⁴⁾

ويعقب بعض الفقه على ذلك بالقول انه لإجراء المفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد بشكل نهائي ينبغي ان تكون هناك رغبة متبادلة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها وهذه الرغبة لا تنتج آثارها الا بموافقة السلطة الإدارية المختصة ، بل حتى في حال إتباع أسلوب

(1) ينظر في ذلك الدكتور عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مصدر سابق ، ص 399-300.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في (13/آذار/1990) أشار اليه الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 195.

(3) ينظر في ذلك البند (ثامنا) من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 .

(4) ينظر في ذلك طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقدين المشروعة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1976 ، ص 20 .

المناقصات العامة هناك نمط من المفاوضات والموافقة الصريحة لطرفي العقد فالتعاقدين يعبر عن رغبته في التعاقد مع الإدارة وفقا للشروط التي تضعها الإدارة وذلك بتقديمه للعتاء ولا يصبح العقد نهائيا الا بإتباع الإجراءات الشكلية والتي تبدأ بفحص العطاء من قبل لجنة تعينها الإدارة ثم يتحول العطاء الى لجنة ثانية للبت في العطاء وأخيراً لا يصبح العقد نهائياً الا بموافقة الموظف المختص بذلك سواء كان وزيراً ام مديراً أعلى للمؤسسة ام من يحدده القانون ويمنحه هذه السلطة⁽¹⁾.

وبعد إتمام هذه الإجراءات وصيرورة العقد نهائياً يترتب التزام على عاتق الإدارة مقتضاه ضرورة وفائها بالتزاماتها العقدية وتنفيذها للعقد ، ولا تستطيع الخروج عن هذا الالتزام الا لضرورات الصالح العام الملحة ، ولذلك لا تملك الإدارة سلطة فسخ العقد لمجرد الرغبة في التخلص من التزاماتها العقدية ، لان عملها هذا سيؤدي الى نتائج خطيرة تتمثل بإهدار مصالح الأفراد الخاصة بشكل خطير وبالتالي الإدارة ليس لها فسخ العقد للتخلص من التزاماتها والا تحققت مسؤوليتها العقدية ومن الممكن مقاضاتها أمام القاضي الإداري⁽²⁾.

ثانياً // التزام الإدارة باحترام شروط العقد الصريحة والضمنية : ومفاد هذا الالتزام إن من واجبات الإدارة العقدية احترام شروط العقد الصريحة التي وردت في العقد بشكل شرط (بند من بنود العقد) والضمنية ويقصد بها الشروط التي تعد من مستلزمات العقد والتي يكشف عنها تنفيذ العقد فتلتزم الإدارة باحترامها شأنها في ذلك شأن الشروط الصريحة ، ولقد أشارت لهذا الالتزام المحكمة الإدارية العليا المصرية في احد احكامها وكالاتي ((المادة 148 من القانون المدني تنص على أن " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فقط ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام " ، وهذا الحكم يصح تطبيقه في نطاق روابط القانون العام باعتباره من الأصول العامة في الالتزامات وذلك على ما جرى به قضاء هذه المحكمة))⁽³⁾، وفي فتوى للجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري جاء فيها ((انه بتلاقي ارادتي طرفي العقد ، يصبح مضمونه ملزماً لكل منهما ، فلا يجوز لايهما ان يتنصل من التزاماته الناشئة عنه بإرادته المنفردة ، إنما يتعين على كل منهما أن ينفذ التزاماته طبقاً لمضمون العقد ، وان يتوخى في ذلك حسن النية ، وان الالتزامات

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد احمد عبد المنعم : مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 59-61 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عدنان عمرو : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 202 ، والدكتور إبراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 176 .

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (2452) ، جلسة 1992/7/28) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 36 ، وبذات المعنى ينظر المادة (2/150) من الانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

المقصودة هنا هي التي وردت في العقد ، او تلك التي تستلزمها طبيعة العقد ، حسبما يقضي بذلك القانون ، او العرف او اعتبارات العدالة ،...، ومن المستقر عليه افتقاء وقضاء إن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد متى كان ذلك غير راجع للقوة القاهرة (...).⁽¹⁾، وان مجلس الدولة الفرنسي أكد في أحكامه ضرورة احترام الإدارة لشروط العقد وتنفيذها بأمانة ، ومن أهم الشروط التي ركز مجلس الدولة اهتمامه عليها شرط عدم المناقصة او منح المتعاقدين مع الإدارة احتكاراً معيناً ، ففي دعوى عرضت عليه رفعها السيد تيرون (Therond) والتي تتلخص وقائعها في إن مدينة (مونبلييه) منحت السيد (تيرون) امتيازاً مقصوراً عليه في أسماك وحبس الكلاب الضالة وجمع الحيوانات الميتة في محطات سكك الحديد والطرق العامة وفي بيوت الأفراد التي لم يطالب ملاكها عدا تلك التي اعتبرت إدارة التفقيش الصحي مريضة ، وانه في الحالتين على الملتزم إعدام الحيوانات المريضة والتخلص منها فجاء

في حكم المجلس قوله : ((ومن حيث إن مدينة (مونبلييه) بتعاملها في هذه الظروف مع السيد تيرون إنما تصرفت بالنظر الى صحة وطمأنينة السكان وبذلك كان هدفها ضمان تحقيق مرفق عام وانه بهذا تكون الصعوبات التي يمكن ان تنشأ من عدم تنفيذ المرفق او سوء تنفيذه من اختصاص مجلس الدولة اذا لم يوجد نص يمنح الاختصاص لجهة أخرى ، ومن حيث ان السيد (تيرون) تمسك في الطلب الذي قدمه الى عمدة (مونبلييه) ان المدينة أخلت بالامتياز الذي يدعي انه يستمده من عفته وانه بذلك سببت له ضررا يستحق التعويض عنه ، وانه برفض العمدة والمجلس البلدي إجابة الطلب نشأ نزاع بين الطرفين ينظره مجلس الدولة المختص به كما قيل فورا ، وقد عرض عليه عرضا سليما بالطلبات المقدمة اليه وتستهدف فسخ العقد ومنح التعويض))⁽²⁾.

مما يعني إن إخلال الإدارة بشرط العقد يخول المتعاقد معها اللجوء الى القاضي الإداري للمطالبة بفسخ العقد مع التعويض ، وهو الموقف ذاته الذي تبنته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الذي جاء فيه ((متى كان الثابت إن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى مقصف بالميناء الجوي ، إنما يستهدف غرضا أساسيا ، وتنصب أحكامه وبنوده على هذا الغرض وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين ، فان الحكومة اذا عمدت الى إنشاء مقصف آخر لهذا الغرض وعهدت باستغلاله لملتزم آخر ، فانها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماته التي يتضمنها ترخيصه مخالفة بذلك ما يجب عليها قانونا من احترام شروط الترخيص ، وما تفرضه عليها المبادئ القانونية العامة من —————

(1) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري الملف رقم (2705/2/32)، جلسة (1996/11/20) أشار اليها الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص 305-306.

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (4/أذار/1910) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص 121.

التعاون في تنفيذه ، ومن عدم وضع العقوبات والمنافسات في سبيله او زيادة أعبائه وتكاليفه ، وذلك طالما انه لم يتم بسبب من الأسباب التي تبرر سحب الترخيص او إلغائه او إنهائه ، وبذلك تلتزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص وشروطه ،...))⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة اليه إن مجلس الدولة الفرنسي مع تأكيده على ضرورة احترام الإدارة لشروط العقد وبالخصوص شرط عدم المنافسة باعتباره حقاً من حقوق المتعاقد معها ، الا انه خرج في مناسبات عدة عن هذه القاعدة وافر بصحة إجراء الإدارة القاضي بمنح التزام لملتزم آخر اذا ما تغيرت الظروف مما أدى الى تغيير في الوسائل المستعملة في إشباع الحاجات العامة ، مع امتناع صاحب الامتياز الأول عن مسايرة التطور والتقدم العلمي كما لو استعملت الكهرباء بدل الغاز في الإنارة فملتزم مرفق الإنارة لو رفض مسايرة التقدم يمكن للإدارة أن تتعاقد مع ملتزم يقدم خدمات الإنارة باستعمال الكهرباء⁽²⁾.

أخيرا يمكن التأكيد على حقيقة ثابتة في اطار القانون الإداري وهي إن الإدارة كطرف في العقد تملك تعديل نصوص العقد وشروطه بما يجعل العقد أكثر استجابة للمنفعة العامة ، وسلطة التعديل حق ثابت للإدارة ودون حاجة لاشتراط موافقة المتعاقد مع الإدارة ، بل ان الإدارة لا تملك ان تتنازل عن سلطة التعديل وأي تصرف يصدر منها يفهم بانه تنازل عن سلطة التعديل فهو باطل بطلانا مطلقا ، ولكن الإدارة لكي تتدخل لتعديل العقد لابد من ان يستجد سبب يسوغ ذلك يتمثل في تغير الظروف المحيطة بالعقد ، ولكن هل تملك الإدارة تعديل كل نصوص العقد دون استثناء ؟ يؤكد الفقه انه في اطار عقد التزام المرافق العامة هناك نوعان من النصوص العقدية الأول منها يعرف بالنصوص التنظيمية المتصلة بسير العمل في المرفق العام والمنظمة لتقديم الخدمات لجمهور المنتفعين ، والأخرى تدعى بالنصوص العقدية (الاتفاقية) وهي في الغالب تتعلق بحقوق الملتزم وهي لا تعدل الا باتفاق الطرفين المتعاقدين كالشروط المتعلقة بالمقابل النقدي المستحق للمتعاقد مع الإدارة⁽³⁾.

إن الإدارة تملك سلطة التعديل ولكنها مقيدة بحدود النصوص التنظيمية كالنصوص المتعلقة بحجم وكمية المواد المتعاقد عليها او النصوص المتعلقة بمدة التنفيذ ،...، لكن —————

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري رقم (357 ، 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 مجلس الدولة الفرنسي في (10/12/1902 في قضية Deville les Rouen) أشير إليه في مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور أحمد يسري : مصدر سابق ، ص 57.

(3) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 122 وما بعدها .
المتعاقدين مع الإدارة له الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء تعديل العقد بل ان الإدارة ان تجاوزت الحدود المعقولة للتعديل يكون من حق المتعاقدين معها ان يطلب فسخ العقد مع التعويض .⁽¹⁾

ثالثا // التزام الإدارة بتنفيذ العقد كاملا : او بعبارة أخرى التزام الإدارة بتنفيذ موضوع العقد تنفيذا

كاملا ، وموضوع العقد يتغير بحسب اختلاف أنواع العقود الإدارية وتعدد صورها فمثلا هو في عقد الأشغال العامة قد يكون بناء او تشييد مباني معينة على ارض مملوكة للدولة بقصد تحقيق المصلحة العامة ، وفي عقد التوريد يكون موضوع العقد هو توريد بضائع وسلع اما في عقد الالتزام – عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية – يكون موضوع العقد هو ادارة مرفق عام اقتصادي يقدم خدمات معينة للأفراد مقابل تقاضي رسوم منهم .⁽²⁾

ورغم ان القانون الإداري منح للإدارة سلطات واسعة تجاه المتعاقدين معها ورجح كفتها في اطار العقد الإداري على كفة المتعاقدين معها فمنحها سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة تعديل شروط العقد وسلطة فرض الجزاءات على المتعاقدين معها وكلها سلطات غير معروفة في اطار القانون الخاص وهي ممنوحة للإدارة لغرض واحد هو مساعدة الإدارة على تحقيق المصلحة العامة لكنها رغم ذلك ملزمة بعدة التزامات ، من اهم هذه الالتزامات هو وفائها بموضوع العقد ففي اطار عقد الالتزام هي ملزمة بتسليم المرفق للمتعاقدين معها لتمكنه من ادارة هذا المرفق بالإضافة الى وجوب وفائها بباقي الالتزامات المتعلقة بموضوع العقد فهي ملزمة مثلا بعد تسليم المرفق للمتعاقدين بان تسمح له بان يقوم بعمله بادارة المرفق وتقديم الخدمات للجمهور وتحصيل رسوم منهم كما انها ملزمة بالتزامات أخرى يحددها الاتفاق مع المتعاقدين معها فقد تلتزم الإدارة بان تسهل على المتعاقدين حصوله على الرخص الإدارية او تسمح له باستخدام اجزاء من الدومين العام وما الى ذلك ووفاء الإدارة بهذه الالتزامات يعد تنفيذا لالتزامها بتنفيذ موضوع العقد .⁽³⁾

رابعا // التزام الإدارة بعدم التقاعس والتسويق في تنفيذ التزاماتها العقدية : حيث إن الإدارة

كمتعاقدين ينبغي ان تكون متعاقدا شريفا في تنفيذ التزاماتها العقدية وتحرص على الوفاء بها دون تأخير او دون اللجوء الى أساليب التسويق والمماطلة في تنفيذها فان تعهدت للمتعاقدين

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 128 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك الدكتور فوزت فرحات : القانون الإداري العام ، مصدر سابق ، ص 229 وكذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : مبادئ واحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 813-814 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 200-201 ، وينظر كذلك طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقدين المشروعة ، مصدر سابق ، ص 41-44 .

معها بالقيام ببعض الواجبات مثل تسليم موقع العمل ، واستحصال الموافقات الإدارية او تقديم الخرائط والمرتسمات اللازمة للمشروع فان تقاعست الإدارة عن القيام بذلك او لجأت الى أساليب التسويق والمماطلة فمن حق المتعاقدين اللجوء للقضاء الإداري ليطلبها بالالتزام بالعمل والا ستواجه حكما قضائيا بفسخ العقد مع إلزامها بتعويض الطرف الآخر المتضرر .⁽¹⁾

ومن السوابق القضائية المؤكدة لهذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية والتي قضت في احد احكامها بأنه ((متى كان من الثابت انه حيل بين المتعاقدين والبدء في تنفيذ العمليات بسبب تعرض رجال الإصلاح له الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون ان تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن موقع

العمل ،....، مما يقوم سببا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه بسبب ذلك)) (2).

خامسا // التزام الإدارة بتنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه ووفقا لما يقتضي به مبدأ حسن النية في تنفيذ

العقود الادارية : وهذا الالتزام يعد من المبادئ العامة المستقر عليها تشريعا وقضائيا ، فقد نص القانون المدني العراقي على انه ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) (3).

وتطبيقا لذلك ورد في حكم المحكمة الادارية العليا المصرية قولها : ((إن العقود الادارية تخضع لأصل عام من أصول القانون ، يقتضي بان يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق في العقود الادارية شأنه في ذلك شأن العقود المدنية ،...)) (4).

وفي فتوى للجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري تقول فيها : ((من المبادئ المسلمة إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقتضي بان يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل مطبق في العقود جميعا سواء المدنية او الادارية ولا يخل بذلك إن العقود الادارية تنقيد بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة)) (5).

(1) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats .tome 2 . op . cit . p.190 .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (4189 ، جلسة 1998/1/24) سبق ان اشرنا اليه ص 107 من هذه الرسالة .

(3) ينظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (120 في 1957/4/20) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 27-28 .

(5) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (883 جلسة 1995/11/15) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 31.

كما وأصدرت محكمة التمييز العراقية حكما قضى بأنه ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) (1).

فما هو متفق عليه إن العقد الاداري هو رابطة قانونية أساسها حسن النية ، وهذا المبدأ يفرض على الادارة التزاما مفاده أن تحترم الادارة كافة التزاماتها العقدية وتنفذها بطريقة سليمة (2).

والقضاء الاداري عند بحثه في حسن نية الادارة يضع في حساباته مسألة جوهرية الا وهي الطبيعة الذاتية للعقود الادارية أولا ، وما يجري عليه العرف الاداري من التوسع في تفسير مبدأ حسن النية في العقد الاداري ثانيا ، وذلك كله مرهون بطبيعة المصالح التي يحميها العقد الاداري ذاته ، وان مبدأ حسن النية في العقد الاداري يعد من المسائل الموضوعية التي يقدرها القاضي وفقا للظروف والملابسات التي تحيط بالعقد اثناء مدة تنفيذه ، فهناك ربما تطرأ ظروف تحول بين الادارة وبين الوفاء بالتزاماتها بحسن نية فلا بد ان يراعيها القاضي الاداري عند نظر دعوى مرفوعة من قبل المتعاقد مع الادارة (3) ، وفي جميع الظروف على الادارة أن تراعي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الاداري ولا تلجأ لاستعمال سلطاتها العقدية للتخلص من التزاماتها دون ان تكون هنالك مصلحة حقيقية (4).

ونرى إن الادارة كما تملك في اطار العقد الاداري سلطات واسعة وغير متعارف عليها في اطار القانون الخاص ، فلها مثلا سلطة الرقابة على المتعاقد معها وفرض جزاءات ادارية عليه ولها إنهاء العقد واسترداد المرفق حتى وان لم ينسب للمتعاقد معها اي خطأ ، هذه السلطات الواسعة والخطيرة ، فلا بد ان تراعي الادارة عندما تمارسها مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتها العقدية وان مراعاتها لحسن النية هي بمثابة المقابل لما تتمتع به من سلطات واسعة وان تساعد المتعاقد معها على إتمام العمل وان لا تتعسف باستخدام سلطاتها ، وان لا تلجأ لاسلوب فرض الجزاءات على المتعاقد معها او إنهاء العقد دون ان يكون هناك مسوغ قانوني

مشروع مستمد من المصلحة العامة وضرورة استمرار سير العمل في المرفق بانتظام واطراد، وان مراعاتها لمبدأ حسن النية من أهم الحقوق التي من الممكن أن يستفيد منها المتعاقد معها في اطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لأنه في الغالب مستثمر يسعى الى تحقيق الأرباح وهذا لا يتحقق الا إذا التزمت الإدارة بما يقضي به تنفيذ العقد بحسن نية .

- (1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (1229/حقوقية بتاريخ 1968/1/27) أشار إليها طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقدين المشروعة ، مصدر سابق ، ص 31.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور احمد محمود جمعة : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 209 وما بعدها .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 291.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد الرحو : النظام القانوني للتعاقدين بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 151-150.

المطلب الثاني

التزام الادارة بتمكين المتعاقد من تنفيذ العقد والاستمرار في التنفيذ

ويمكن القول اننا من خلال هذا المطلب سندرس مجموعة من التزامات الادارة المتعاقدة والناشئة عن العقد الاداري بعد ابرامه ، وسنقسم هذا المطلب على فقرات نبحثها بشكل متتالي نظرا لارتباطها بالتزام الادارة بان تمكن المتعاقد معها من تنفيذ العقد او الاستمرار في تنفيذه خلال مدة العقد المتفق عليها على اعتبار ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يمتد لمدة طويلة .

أولاً // التزام الادارة بتخصيص قطعة ارض كموقع للمشروع المزمع تنفيذه :-

تلتزم الادارة في العقود الادارية المتضمنة إنشاءات معينة بان تخصص قطعة ارض يقام عليها المشروع ، وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ذكرنا ان المتعاقد ينشئ المرفق ثم يجهزه بالآلات والمعدات ثم يشغله ، لذا فالادارة ملزمة بتخصيص قطعة الأرض هذه وتسليمها للمتعاقد معها في الموعد المتفق عليه وهي ملزمة بعدم التراخي او التأخير في تسليم موقع العمل لأنه سيؤدي الى تأخير إنجاز العمل وخصوصا اذا ما علمنا ان اجراء التسليم له أهمية في عقد الاشغال العامة حيث تبدأ مدة العقد من تاريخ تسليم الأرض خالية من الشواغل⁽¹⁾، وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على ((.... ، وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خاليا من الموانع – إلا اذا اتفق على خلاف ذلك – ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ،... وإذا لم يحضر المقاول او مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدد له في امر الاسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدا العمل))⁽²⁾.

وكذلك نصت الشروط العامة العراقية على ((1- تسليم الموقع : على صاحب العمل باستثناء ما ينص على خلافه في المقالة ان يضع تحت تصرف المقاول ذلك الجزء من الموقع الذي يتطلبه تمكين المقاول من المباشرة والسير في تنفيذ الأعمال ،... ، وعلى صاحب _____ (1) ينظر في ذلك ياسين كريم الحلبي : سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ الاشغال العامة ، أطروحة دكتوراه كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 ، ص 139. وينظر الدكتور مصطفى عبد المقصود : التكييف القانوني لعقود شركات الاقتصاد المختلط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 10-11.

(2) ينظر في ذلك المادة (74) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

العمل من وقت لآخر حسب تقدم الأعمال ان يضع تحت تصرف المقاول الأجزاء الأخرى من الموقع على النحو المطلوب لتمكين المقاول من السير في تنفيذ الأعمال بالسرعة اللازمة طبقاً للمناهج والمقترحات المذكورة))⁽¹⁾

ولقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية على انه :-

((أولا : على جهات التعاقد مراعاة استكمال المتطلبات المبينة أدناه قبل إعداد وثائق العطاءات : ...، هـ- وجود موافقات الجهات المعنية على الموقع وتخصيص الأرض المطلوبة للمشروع أو العمل عند تنفيذ مقاولات الأشغال العامة .
و- إزالة المشاكل القانونية والمادية إن وجدت في موقع العمل عند تنفيذ مقاولات الأشغال العامة .

ز- أن يكون الموقع جاهزا للمباشرة بالعمل فيه كلاً أو جزءاً بما ينسجم والمنهاج الزمني المقرر
ح- القيام بأي إجراءات أخرى تتطلبها طبيعة العمل المطلوب تنفيذه ((2).
فاذا قصّرت الإدارة في التزامها بتسليم موقع العمل فإن تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته يكون مسوّغاً لأنه من المستحيل عليه أتمام العمل ، كما ان تسليمها لموقع العمل ليس نهاية المطاف بل لا بد أن تكون الأرض خالية من الشواغل وان تكون الأرض موفية بالغرض من حيث المساحة والطبيعة والموقع ، وان تحميه من تعرض الغير الذي يدعي ملكية الأرض وفي حال مخالفتها لهذه الالتزامات تكون الإدارة مقصرة ومخطئة خطأ عقدياً (3).
مع ملاحظة انه اذا كانت طبيعة المشروع تنجز على مراحل يمكن تسليم موقع المشروع على مراحل ايضاً ، فان تأخرت الإدارة بتسليمه اي جزء من موقع العمل ترتب عليها ثبوت حق المتعاقد بطلب منحه مدة إضافية (4).

كما إن قيام الإدارة ببيع موقع العمل بعد صدور أمر المباشرة وتبليغه للمتعاقد أو إنها أقامت مشروعاً آخر على الأرض ذاتها فعمل الإدارة هذا يعد خطأ عقدياً وضيقاً للوقت وإهداراً لمصالح المتعاقد معها لأنه بعد تسلم موقع العمل يبدأ بعمله في حين ان تصرف ———
(1) ينظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة (43) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط عام 1988.

(2) ينظر في ذلك الفقرات (هـ، و، ز، ح) من المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007، والفقرات (هـ، و، ز، ح، من ثانياً / المادة (3) من التعليمات رقم (1) لعام 2008.
(3) ينظر في ذلك عبد الجبار ناجي : انقضاء عقد المقولة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد، 1979، ص330-331.

(4) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (43) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة العراقية الصادرة عن وزارة التخطيط عام 1988.

الإدارة هذا اضر به وخصوصاً اذا ما باشر بالعمل فعلياً واعد الخرائط والمرتسمات اللازمة وتهيئة العمالة وما الى ذلك من أعمال ، مما يخوله طلب فسخ العقد الاداري مع التعويض عن عمل الإدارة المذكور (1).

وورد في أحكام محكمة التمييز العراقية ما يؤيد هذا المعنى على وجه التحديد ، فقضت في احد أحكامها بان ((حيث تبين للخبراء بان المدعى عليه محافظ البصرة إضافة لوظيفته (رب العمل) قد اخفق في الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بفقرة تسليم الموقع لإنشاء بعض الأبنية عليها وحيث إن الموقع لم يكن جاهزاً إلا بعد مضي (3) اشهر مما اضطر المقاول الى ان يطلب إعفاءه من العمل ولا يحق بمطالبته بالغرامات وفروق الزيادة في العمل والأسعار لذا تقرر تصديق الحكم وتحميل المميز رسم التمييز ((2).

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز جاء فيه ((...، من التزامات المميزين (وزير البلديات والأشغال ومدير المشاريع العام إضافة لوظيفتهما) تسليم موقع العمل للمقاول تسليمياً فعلياً ولما كان ذلك لم يحصل بتاريخ الإحالة فلا يمكن افتراض وقوع التسليم ، لان التسليم واقعة مادية لا بد من حصولها فعلياً لكي يتمكن المقاول من المباشرة بالعمل ولما كان هذا التأخير لم يكن للمقاول يد فيه فلا ينسب اليهما تقصير في عدم قيامهما بالعمل في موقعه عند إحالة العمل عليهما
(3).((..... ،

وفي فتوى للجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري انتهت فيها الى القول: ((ان موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل ، كما انه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ، ومن ثم فان سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائر لها قانونياً ، وبهذه المثابة فانه يكون من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسابه وتقديره ، واذا كان الأمر على هذا النحو فانه - اي موقع التنفيذ - لا يجوز

تناوله بتعديل بعد أتمام التعاقد ((4)، وفي حكم المحكمة الادارية العليا المصرية جاء فيه ((....، ان سلطة الادارة في التعديل لا تمتد الى موقع التنفيذ لخروجه عن النطاق الجائز لها قانونا ، فهو من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانته وتقديره ، ومن ثم فلا يمكن تناوله بالتعديل بعد اتمام (1) ينظر في ذلك سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الاداري قضائيا لخطأ الادارة ، مصدر سابق ، ص54. (2) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية (6919/مذنية/1990) أشار اليه ياسين كريم الحلفي : سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة ، مصدر سابق ، ص139 الهامش رقم (6) . (3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (150/ استئنافية في 1969/11/6) أشار اليه طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقد المشروعة ، مصدر سابق ، ص37-38. (4) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري جلسة (1973/11/28) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص376-377. التعاقد ((1).

وتتفق مع المحكمة الادارية العليا المصرية والجمعية العمومية في موقفهما هذا من عدم سماحهما للادارة باستخدام سلطة التعديل تجاه موقع العمل لانه من التزامات الادارة الأكيدة هي توفيرها قطعة ارض يقام عليها المرفق في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وليس من المنطق السماح لها بتعديل موقع العمل لان المتعاقد عندما يعين له الموقع يباشر عمله بإجراء دراسة للموقع وأعداد رسومات وخرائط وفحص التربة وما الى ذلك وان السماح للادارة بتعديل الموقع سيضر بلا شك بالمرفق أولا وبالمتعاقد الذي انفق أموالا لدراسة الموقع.

ثانيا // التزام الادارة بنمكين المتعاقد من الحصول على الرخص الادارية :-

ان الجهة المختصة عادة بإصدار هذه الرخص هي السلطات المحلية في البلد ، وان الحصول على هذه الرخص هو من مسؤولية الادارة المتعاقدة وهذا ما أكدته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية بقولها: ((وجود موافقات الجهات المعنية ،...)). (2) والادارة ملزمة بتوفير الرخص والموافقات للمتعاقد لان الأخير لن يتمكن من البدء بتنفيذ العقد ما لم يحصل على هذه الموافقات ، وان الغاية من الزام الادارة بتوفيرها لتمكين المتعاقد من أداء عمله بدون مضايقات ، وليتمكن من إنجاز العمل ضمن المدة المتفق عليها ، ولعل أهم هذه الرخص تلك المتعلقة بالترخيص له بالانتفاع بجزء من المال العام لمد أسلاك أو أنابيب في ارض مملوكة للدولة ، أو الرخص المتعلقة بإجازات البناء أو أجازات استيراد سلع معينة من مناشئ معينة (3).

ولقد بينت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري هذا الالتزام بالنص عليه صراحة بقوله: ((على الجهة الادارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والترخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك)). (4).

وان بعض الباحثين كيّف العقد الاداري قبل الحصول على الرخص الادارية بانه عقد

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (938 في 1970/4/11) أشار اليها الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص63-64.

(2) ينظر في ذلك الفقرة (هـ/أولا) من المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي جواد : العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص104 ، وكذلك سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الاداري قضائيا ، مصدر سابق ، ص47 .

(4) ينظر في ذلك المادة (10) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

معلق على شرط فاسخ ، وهو عدم الحصول على الرخص الادارية للدلالة على أهمية هذا الالتزام ، فاذا فشلت الادارة في الحصول على الرخص المطلوبة يثبت الحق للمتعاقد بان يطلب فسخ العقد مع الحصول على تعويض على أساس إن الادارة قد قصرت في أداء واجبها وارتكبت خطأ عقديا يوجب مسؤوليتها (1).

ولقد استندوا لتعزيز رأيهم على حكم صادر عن محكمة النقض المصرية جاء فيه ((تأخر رب العمل في عقد بالتزامه التعاقدية ومن ثم يعتبر في ذاته خطأ موجبا للمسؤولية لا يدرؤها عنه الا اثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه)) (2).

وتظهر أهمية التزام الإدارة بتزويد المتعاقد بالرخص الادارية اللازمة بشكل جلي وواضح في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك للوصول الى انجاح هذه التجربة الجديدة وبلورة مبادئ وأحكام تتلاءم مع هذا العقد موضوع الدراسة ، كما ان الدولة التي تستقطب الشركات لإبرام مثل هذا العقد تحتاج الى تفعيل دور الادارات المتخصصة بإصدار هذه الرخص وهي مطلوبة بتدريب موظفيها الإداريين لفهم هذا النمط من العقود ، فمما لا شك فيه ان التنظيم الاداري غير المكتمل وغير المؤهل لفهم ماهية هذا العقد واحتياجاته يعرقل الحصول على هذه الرخص وبالتالي يعرقل المشروعات المنفذة بنظام البوت B.O.T وخصوصا اذا ما علمنا ان هذه المشاريع كبيرة وتحتاج الى اذونات من جهات عدة ، وهذا الوضع يلقي بظلاله على التنظيم الداخلي للدولة ، لذا فالدولة التي تتجه نحو إبرام هذه العقود لابد ان يكون لديها كادر أداري مدرب وكفوء يساعد في تنسيق الجهود للوصول الى أفضل النتائج (3)، والسلطة الادارية عندما تيرم عقداً من هذا القبيل هي مطالبة أولاً بالحصول على جميع الرخص والتسهيلات الادارية والقانونية ولاسيما رخص البناء ورخص الاستيراد ، واستقدام العمالة المدربة سواء من داخل البلد ام من خارجه وتسهيل دخول المواد الأساسية التي يستوردها لاستعمالها في المشروع وكل هذه الأعمال تحتاج الى رخص لابد للإدارة أن تسهل عليه عملية الحصول عليها (4) ، وبهذا الصدد نص قانون الاستثمار العراقي على ((تبسيط اجراءات التسجيل والأجازة للمشاريع الاستثمارية ومتابعة المشاريع القائمة منها واعطاء الأولوية لها في الانجاز لدى الجهات الرسمية واستكمال اجراءات إجابة طلبات المستثمرين واستحصال الموافقات اللازمة للمستثمر والمشروع)) (5)، اما قانون ضمانات

(1) ينظر في ذلك سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الاداري قضائيا لخطأ الإدارة ، مصدر سابق ، ص47.
(2) ينظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية رقم (243 في 1992/6/1) أشارت اليه سحر جبار يعقوب : المصدر نفسه ، ص47 .

(3) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص94 .
(4) ينظر في ذلك غسان عبيد محمد : عقد الاستثمار الأجنبي للعقار ، مصدر سابق ، ص71-73 .
(5) ينظر في ذلك البند (ثانياً / 9) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 .
وحوافز الاستثمار المصري فقد نص على ((تتولى الجهة الادارية ،..، الحصول من الجهات المعنية بالنيابة عن أصحاب الشركات والمنشآت على جميع التراخيص اللازمة لأنشائها وادارتها وتشغيلها)) (1)

وان تقصير الإدارة في التزامها بتسهيل تحصيل الرخص الادارية سيؤثر سلبا على عملية التنمية الاقتصادية ، وعلى ثقة المستثمرين بالإدارة كما انه من الممكن ان تتحقق مسؤوليتها العقدية تجاه المتعاقد معها الذي تأخرت في تحصيل الموافقات الادارية لمصلحته ، مما يتيح له فرصة اللجوء للقضاء الاداري ليقاضي الإدارة ويطلب فسخ العقد مع التعويض لانها أخلت بالتزام عقدي مهم ، وهذا المعنى أكدته القضاء الاداري المصري فقد قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بان ((....، إن نكول الإدارة عن تنفيذ التزاماتها بتسليم تصاريح مواد البناء يشكل خطأ عقديا تسأل عنه اذا ترتب عليه ضرر)) (2).

وقضت محكمة القضاء الاداري المصرية بان ((ومن حيث إن العقد قد حدد مدة استغلال المسرح والبوفيه محل العقد بثلاث سنوات تبدأ من ...، وتنتهي في ...، إلا إن الظاهر من الأوراق إن هناك عقبة مادية حالت ما بين المدعي وبين استغلال المنشأة طبقا لبنود العقد الا وهي امتناع الجهة الادارية المتعاقدة وهي ذات الجهة المنوط بها إصدار ترخيص التشغيل عن منح المدعي ترخيصاً للتشغيل رغم قيامه بتنفيذ كافة التزاماته التعاقدية وطبقا لحسن النية في تنفيذ العقود الادارية فان مدة تنفيذ العقد تبدأ من تاريخ صدور الترخيص بإدارة المنشأة خاصة اذا ما وضع في الاعتبار إن ذات الجهة المتعاقدة هي الجهة القائمة على إصدار التراخيص)) (3) ، هذا الحكم الأخير جعل من تاريخ منح الترخيص تاريخا لبدء مدة العقد لان الإدارة المتعاقدة هي

ذاتها المختصة بمنح الترخيص وعندما قصرت بهذا الالتزام المهم الزمها القاضي الإداري بان جعل المدة لا تبدأ من التاريخ المثبت في العقد بل من تاريخ صدور الترخيص لعدم استطاعة المتعاقد معها من الاستفادة من المنشأة قبل صدور الترخيص .

ثالثا // التزام الإدارة باحترام مدة تنفيذ العقد :-

بيّنا سابقا ما هو معنى مدة التنفيذ وكيفية حسابها وقلنا إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كأى عقد أداري يحتوي على مدة تدعى (مدة العقد) وتحدد في هذا العقد على وجه التحديد باتفاق الطرفين (أما من تاريخ توقيع العقد وهو الغالب او من تاريخ تسليم موقع

- (1) ينظر في ذلك المادة (5) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997.
 - (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن (3076 ، جلسة 1998/1/26) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص376.
 - (3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الطعن (933 ، جلسة 1993/10/17) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص378.
- العمل كما في عقد الاشغال العامة) وخلال هذه المدة يقوم الملتزم بالأعمال اللازمة بدءاً من عمل الإنشاءات والأبنية اللازمة ثم تجهيزها استعدادا لتشغيل المرفق وتقديم الخدمات للجمهور ، وبعد انقضاء هذه المدة يسلم المرفق بما يحتويه من مقومات مادية ومعنوية للإدارة بدون مقابل ، هذه المدة مطلوب من الإدارة احترامها وعدم التعرض للمتعاقدين خلالها ، وهي مدة محددة بالعقد ولكن في بعض الأحيان يحصل أن تكون غير محددة أو أن تكون العبارات الواردة في العقد عامة وغير محددة هنا قد يحصل خلاف حول احتساب المدة ولكن مجلس الدولة الفرنسي وكذلك القضاء الاداري المصري حل هذه المسألة بالرجوع الى ما يعرف بمعيار المدة المعقولة وبمراعاة ظروف العمل .⁽¹⁾

وبهذا الخصوص جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Villa de paris) حيث انتهى المجلس الى إن هناك مدة معقولة ينبغي مراعاتها واحترامها من قبل الإدارة وهي لا تستطيع ان تتسبب بتصرفها المنفرد في إطالة مدة التنفيذ الى ما يجاوز الحد المعقول دون ان تعرض نفسها للمسؤولية ويراعي مجلس الدولة الفرنسي عند تحديد المدة المعقولة ظروف العمل المطلوب تنفيذه ومدى كفاية الشركة المتعاقدة اي قدراتها الذاتية .⁽²⁾

اما عن مجلس الدولة المصري فقد عبرت عن رأيه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقولها: ((.....من المبادئ المسلمة في العقود عامة انها تخضع لاصل من أصول القانون يظلها جميعا يقتضي بان يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وان هذا الأصل وعلى ما جرى به إفتاء وقضاء مجلس الدولة لا مندوحة من التقيد به في العقود الادارية شأن العقود المدنية ، بل إن التقيد به في العقود الادارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تتطلب به هذه العقود ولا تنفك عنها ، مقتضى ذلك ولازمه إن المتعاقدين وان لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك ان يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني وانما يتعين ان يتم في مدد معقولة وفقا للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو اليه)) .⁽³⁾

وهذا المبدأ اي احترام الإدارة لمدة العقد المحددة فيه او المعقولة يسري على الالتزامات الجزئية لجهة الإدارة كموعده تسليم موقع العمل او موعده تسليم خرائط ورسمات او موعده تسليم مبلغ من المال ... الخ ، كلها الإدارة ملزمة بان تنقيد بالمدة المحددة فيها فمثلا بتسليم موقع العمل قد يحدد بالعقد ذاته بان يسلم بتاريخ معين لا بد للإدارة من احترام هذه المدة —————

- (1) ينظر في ذلك الدكتور إبراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص177 .
 - (2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1951/2/7) أشار اليه الفقيه :
 - A . de Laubadere : traite theorique et pratique des contrats .tome2 . op . cit . p189 .
 - (3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (1007 في 1992/11/11) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص29 .
- اما اذا لم تحدد المدة فعليها احترام المدة المعقولة ، مع الأخذ بنظر الاعتبار إن شرط المدة يلعب دورا بارزا في العقود الزمنية كعقد الامتياز وما يتفرع عنه .⁽¹⁾

ومما تجدر الإشارة إليه إن الإدارة تملك سلطة تعديل شروط العقد ومنها الشروط المتعلقة بالمدة سواء منحها العقد هذه السلطة أم لا لأنها مقررمة بمقتضى القواعد العامة للقانون الإداري وأكثر من ذلك بإمكانها إنهاء العقد الإداري أي إنهاء مدة العقد ، ولكنها في جميع الأحوال عندما تمارس هذه السلطة ينبغي أن تراعي مصلحة المتعاقد معها والقاضي الإداري سيراقب مشروعيتها قرارها القاضي بإنهاء العقد (قطع المدة) أو تعديل المدة .⁽²⁾

وبهذا المعنى جاء حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ((إذا كان أخلاء الموقع واتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأرض التي ستنشأ فيها المباني الجديدة إنما هي أمور تقع على عاتق الإدارة وهي ملزمة باستكمالها قبل إصدار الأمر للمتعاقد بالبدء في العمل طالما أنه لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد إلا بعد أن يتم الإخلاء ونزع الملكية ومنع التعرض، بذلك تكون جهة الإدارة قد أخطأت بأن تأخرت في تسليم المتعاقد معها موقع العمل))⁽³⁾.

وقد ذهب بعض من الفقه المصري إلى القول إن التزام الإدارة باحترام مدة التنفيذ يعد أمراً طبيعياً ومنطقياً فالواقع العملي يشير إلى أن العقد الإداري عموماً وعقد الالتزام خصوصاً هو أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة وأن إدارة المرفق العام تحكمه مجموعة من المبادئ تقع على رأسها ضرورة استمرار المرفق العام وسيره بانتظام ، فيرى هذا الاتجاه الفقهي بأن احترام الإدارة لمدة العقد هو ترجمة فعلية لقاعدة السير المنتظم للمرفق العام بل إن احترام مدة التنفيذ هو أصل جوهري من أصول القانون الإداري تحكم تنفيذ الالتزامات المتقابلة في العقد الإداري من جانب الإدارة أو المتعاقد معها .⁽⁴⁾

ولقد نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على ((... ، وفي حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك ، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها ، ...))⁽⁵⁾ ، ونجد إن مجلس ———

(1) A . de Laubadere : traite theorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p189.

وكذلك الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص151-152.

(2) ينظر في ذلك طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقد المشروعة ، مصدر سابق ، ص98-100 .

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (1503 ، 1985/4/2) أشار إليه الدكتور إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص152.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص201-202 .

(5) ينظر في ذلك المادة (23) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 . الدولة الفرنسي قد أورد تطبيقات لمخالفة الإدارة لالتزامها باحترام مدة العقد وأباح في بعض منها للمتعاقد المطالبة بالفسخ مع التعويض ، فمن هذه التطبيقات إيقاف الإدارة للأعمال موضوع العقد مدة طويلة دون مسوّغ معقول جاء هذا الحكم في قضية (Bongert)⁽¹⁾ ، وذكر تطبيقات أخرى مثل تأخر الإدارة بشكل كبير وملحوظ في البدء في تنفيذ العمل أو إلغائها للمشروع بدون سبب معقول يسوّغ ذلك كما في حكم مجلس الدولة في قضية (Ville de poissy)⁽²⁾ .

ومن تطبيقات ذلك أيضاً في مصر ما عبرت عنه الجمعية العمومية في مجلس الدولة بالقول ((إن فكرة التوازن المالي للالتزام تقوم على إن الملتزم إنما يقبل توظيف أمواله في إدارة المرفق واستغلاله اعتماداً على ربح معقول يطمع في تحقيقه وأن هذا القدر المعقول من الربح الذي كان من حق الملتزم أن يتوقعه وقت منحه الالتزام يجب أن تضمنه له السلطة العامة مما يفرض عليها احترام المدة المحددة له لأن الملتزم رتب عملياته المالية على أساس هذه المدة معتمداً على أنه يستطيع أن يسد نفقات المشروع ويحصل على ربح معقول إذا استمر الالتزام نافذا المدة المقررة بوثيقة الالتزام فإذا انقضت هذه المدة اختل الأساس الذي بنى عليه تقديره وحرّم من حقه في التوازن المالي ولهذا تحقق له المطالبة بتعويض عن الأضرار التي تصيبه بسبب ذلك ، ...))⁽³⁾ .

من موقف مجلس الدولة الفرنسي والمصري يمكننا أن نقول أن هذا التأكيد على حق الملتزم باحترام مدة العقد من جانب الإدارة أن دل على شيء إنما يدل على أهمية التزام الإدارة باحترام المدة وعدم استخدامها لسلطة التعديل الممنوحة لها لتقصر من هذه المدة أو تستخدم

سلطة إنهاء العقد لتنتهي هذه المدة بشكل تعسفي بل ينبغي عليها لاستخدام سلطتي التعديل أو الإنهاء ان تستند الى مصلحة حقيقية عامة تهم المجتمع ككل واحترام الادارة لمدة العقد في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بكل تأكيد هو يحقق مصلحة الملتزم لانه اعد حساباته بالاعتماد على هذه المدة والتي سيتاح له خلالها استغلال المرفق تجاريا ليحصل على رسوم تغطي ما أنفقه من نفقات ومن ثم تحقيقه الأرباح ، ولذا إن دخل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حيز التطبيق في العراق لابد للادارة من الالتزام باحترام مدة العقد لانها تمثل

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (26/تموز/1947) أشار اليه الدكتور محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص207.
 - (2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (2/آذار / 1951) أشار اليه الدكتور محمد سعيد أمين : المصدر نفسه ، ص206.
 - (3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (609 ، في 15/6/1963) أشير اليها في مجموعة احمد سمير ابو شادي : مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري في عشر سنوات ، الجزء الثالث ، ص2568.
- حقاً من حقوق الملتزم تجاه الادارة ، والتمزام أساسي يقع على عاتق الادارة .

رابعاً // التزام الادارة بمنح المتعاقد بعض مظاهر السلطة العامة :-

وهذا الالتزام يلقي على عاتق الادارة واجبا مفاده منح المتعاقد مع الادارة سلطات وصلاحيات مستقاة من قواعد القانون العام وغير متعارف عليها في نطاق القانون الخاص ، كما وعد الفقه الاداري هذه السلطات الممنوحة للمتعاقد مع الادارة من الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الاداري عن العقد المدني .⁽¹⁾

وفي هذه النقطة بالتحديد يتعين على الادارة منح المتعاقد سلطات معينة تمكنه من تنفيذ موضوع العقد وهي على قدر من الأهمية وكما يأتي :

- 1- منح المتعاقد مع الادارة سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة .
- 2- منح المتعاقد سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات او الحصول على أشياء من الأراضي المجاورة .
- 3- منح المتعاقد مع الادارة سلطة استعمال بعض أجزاء الأموال العامة (الدومين العام) .
- 4- منح المتعاقد مع الادارة سلطة استعمال بعض مظاهر الضبط الاداري (البوليس الاداري)⁽²⁾ وستكون هذه السلطات موضوع بحثنا في الفصل الثالث عند بحث حقوق المتعاقد مع الادارة تجاه الغير لذا نحيل بشأنها الى هناك .

خامساً // منح المتعاقد مع الادارة امتيازات في مواجهة الغير عن العقد :-

من التزامات الادارة الأخرى هي منح المتعاقد معها امتيازات في مواجهة الغير عن العقد والتي تستثنيه من خلالها من مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة او تمنحه سلطة تحصيل الرسوم مباشرة منهم وغير ذلك من الامتيازات والتي سنعرض لأهمها فيما يأتي :

- 1- منح المتعاقد مع الادارة امتياز تقاضي الرسوم من مستخدمي المرفق محل عقد الالتزام .
- 2- منح المتعاقد مع الادارة امتياز عدم المنافسة (منحه احتكاراً فعلياً او قانونياً) .
- 3- منح المتعاقد مع الادارة امتياز الإعفاء من بعض التكاليف العامة كما لو اعفي من أداء الضرائب او الرسوم الجمركية او غير ذلك .
- 4- منح المتعاقد مع الادارة امتياز النقاضي وهو ما يقصد به منح المتعاقد امتياز مقاضاته

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص75-79.

(2) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، أطروحة دكتوراه كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 ، ص133 ، وكذلك محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص113.

أمام القاضي الاداري لا العادي .⁽¹⁾

وستكون هذه الامتيازات موضوع بحث ودراسة في الفصل الثالث من هذه الرسالة .

سادساً // منح التعاقد مع الإدارة ضمانات مستقبلية أخرى :-

ان حاجة الدول النامية الى رؤوس الأموال والخبرات الفنية والتقنية والتكنولوجية الحديثة والمتطورة لتحريك عملية التنمية الاقتصادية دفع هذه الدول الى الإقرار بعدد من الضمانات لصالح الشركات الكبرى العالمية المالكة للمقومات المادية والفنية ، والغاية من هذه الضمانات هي اجتذاب هذه الشركات وأهم هذه الضمانات منح هذه الشركات إمكانية إدراج شروط في العقد تضمن بها هذه الشركات حقوقها المالية تجاه الإدارة في المستقبل إن تغيرت الظروف ومن أهم هذه الشروط والتي لا تتعارض مع طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الإدارية ما يأتي :-

1- شرط المراجعة الدورية : مراجعة شروط العقد بصورة دورية خلال فترات منتظمة او كلما تطلبت الظروف ذلك ويسمى ((clauses de revision)) ويطلق عليه ايضاً شرط المراجعة الشاملة او العامة للعقد بشكل دوري .

2- شرط إعادة التفاوض : وهو شرط يتيح لطرفي العقد إعادة التفاوض حول شروط العقد كلما تغيرت الظروف المحيطة بالعقد ويسمى بـ ((clauses de renegotiation)) ويطلق عليه ايضاً شرط المراجعة الجزئية للعقد اي يتعلق بالشروط العقدية التي لم تعد تلائم الظروف الجديدة .

3- شرط توافق او استجابة العقد للظروف المستجدة : ويسمى أيضاً ((L'adaptation aux situations nouvelles)) ويعني إن العقد يعدل كلما تغيرت الظروف .

4- شرط التعويض التشريعي :- وهو يسمى بـ ((L'indemnité)) ويعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق بالتعويض إن مست التشريعات الجديدة الصادرة من البرلمان حقوقه العقدية (2)، هذه الشروط لا تتنافى مع طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومن الممكن ان توضع في العقد لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو هل من الممكن منح الشركة المتعاقدة ضمانات أخرى مثل ضمانات عدم التأمين و ضمانات شرط الثبات التشريعي ؟

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص220 وكذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص140 ، وكذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص134-135 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص119 ، وكذلك الدكتورة حفيدة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مصدر سابق ، ص360 وما بعدها .

الجواب عن ذلك وحسب ما نرى يكون بالفرض وذلك للأسباب التالية :-

1- فيما يتعلق بشرط تحصين المرفق ضد التأمين :

والتأمين بداية هو عمل قانوني يصدر عن الإدارة الوطنية يقضي بتحويل احد المشاريع المملوكة للأفراد الى مشروع مملوك ملكية عامة او هو إجراء نزع الملكية الخاصة (تنازل إجباري لمصلحة الإدارة) والسبب في ذلك هو تحقيق المصلحة العامة فالمشروع المؤمم غالباً ما يكون مشروعاً حيوياً فتفضل الإدارة ان تديره بنفسها فتستولي على مقوماته المادية والمعنوية مقابل تعويض عادل للمالك الأصلي وذلك لتحقيق العدالة وحتى لا يطعن بقرار التأمين على اعتبار انه قرار تعسفي ، وهذه الآلية هي إحدى أهم أساليب الاشتراكية فقد اتبعت الدول وخصوصاً العربية منها هذه الآلية في منتصف القرن الماضي للتحويل نحو نظام الاقتصاد المركزي وتملك القطاع العام لكل وسائل الإنتاج المهمة (1) .

اما في الوقت الحاضر فتسعى الدول الحديثة الى التحول الى نظام الاقتصاد الحر والتخلص من النظام المركزي ولذلك نجد المشرع العراقي مؤخراً أصدر تشريعاً خاصاً بالاستثمار في العراق ومنح المتعاقد الأجنبي او الوطني حصانة ضد التأمين فنص على ((يضمن هذا القانون للمستثمر ما يأتي :

ثالثاً // عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات (((2).

لكن هل من الممكن منح المتعاقد مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هذه الضمانة التي تحصن مشروعه ضد التأميم ونقل المرفق للإدارة ؟

نرى إن الإجابة واضحة فعقد الاستثمار التي تبرم وفق أحكام هذا القانون تتحصن ضد التأميم ، أما عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فهو عقد إداري لا يمكن أن يتحصن ضد التأميم وليس قصدنا من هذا الكلام اقلال ضمانات المتعاقد مع الإدارة وفقاً لنظام البوت (B.O.T) فقد انتهينا إلى إن هذا العقد هو إداري بطبيعته بوصفه امتداداً لعقد الالتزام وهو متعلق بمرفق عام يقدم خدماته للجمهور لذا هو يتصل بحياة الناس ومن الثابت إن الإدارة في إطار العقد الإداري تملك سلطات واسعة كسلطة الرقابة والتوجيه وسلطة تعديل العقد وسلطة فرض جزاءات على المتعاقد مع الإدارة وسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، مع الاعتراف للإدارة بكل هذه السلطات يمكننا القول إنه لا مجال لمنح المتعاقد مع الإدارة في عقد البناء

(1) ينظر في ذلك قسطنطين كاتزاروف : نظرية التأميم ، ترجمة عباس الصراف ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1972 ، ص 394 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك البند (ثالثاً) من المادة (12) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 ، ويشار إلى إن العراق بعد التغيير السياسي عام 1968 تبنى النظام الاشتراكي صراحة وأصدر عدة قوانين لتأميم النفط وغيره من المشاريع الحيوية .

والتشغيل ونقل الملكية حصانة ضد التأميم لأن الإدارة تملك إنهاء العقد في أي وقت إن اقتضت ذلك المصلحة العامة ولو لم ينسب للمتعاقد معها أي خطأ .

كما أننا أكدنا مراراً على إن ملكية المرفق تبقى للإدارة ولا تنتقل إلى القطاع الخاص وكل ما يملكه المتعاقد هو ما أوجده من زيادات ، أخيراً يمكننا التساؤل عن مدى امكانية ادراج شرط الثبات التشريعي لمصلحة المتعاقد مع الإدارة ؟

وهذا الشرط متعارف عليه في العقود ذات الطابع الدولي ، وتسعى الشركات الكبرى العالمية إلى الاتفاق مع الدول المستضيفة للاستثمار على إبراد مثل هذا الشرط في العقد وذلك لتغل يدها من المساس بالعقد عن طريق تغيير تشريعاتها الداخلية ، فمن المعروف أن صدور تشريع جديد يعني إنه يسري على العقود النافذة ليحكم آثارها المتحققة في ظلّه دون أن يمتد إلى ما تحقق من هذه الآثار قبل نفاذه إلا إذا نص القانون ذاته على سريانه على الماضي ، في حين شرط الثبات التشريعي تسعى من خلاله الشركات المتعاقدة إلى التخلص من هذه التشريعات الوطنية من خلال النص في العقد على أن القوانين النافذة وقت التعاقد هي التي تحكم العقد وحتى لو استبدلت مستقبلاً بغيرها تبقى هي المطبقة على العقد ولا تسري عليه التشريعات الجديدة ، كما لو صدر تشريع جديد مثلاً يزيد من الضرائب أو يرفع من رسوم الاستيراد فكلها لا تسري على العقد (1).

ولقد اختلف الفقه في تكييف شرط الثبات التشريعي واتجهوا في ذلك إلى اتجاهين هما :

الاتجاه الأول : اعتبر إن شرط الثبات هو بمثابة استثناء من مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد فهو يهدف إلى استمرار سريان القانون الذي اتفق في ظلّه الأطراف على العقد.

أما الاتجاه الثاني : فذهب إلى القول بأن شرط الثبات يهدف إلى إدماج القانون في العقد وذلك لأن القوانين التي أبرم العقد في ظلّها ستندمج مع العقد ويتحصن المتعاقد ضد القوانين الجديدة التي من الممكن أن تجعله في مركز تعاقد غير متكافئ مع الإدارة (2).

عموماً شرط الثبات التشريعي لا يمكن إبراده في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لاعتبارات عدة تقف في مقدمتها إنه عقد إداري تملك الإدارة تعديل شروطه في أي وقت إذا تغيرت الظروف واقتضت المصلحة العامة ذلك .

كما أن هذا العقد من العقود طويلة المدة ويستغرق تنفيذه عقوداً من الزمن وإن اعتراف الإدارة للمتعاقد معها بمزايا استثنائية كالاعتراف له بعدم سريان التشريعات الجديدة _____

(1) ينظر في ذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 305-308 ، وكذلك الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، مصدر سابق ، ص 106 .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مصدر سابق ، ص 336-340.
عليه يؤدي الى نتائج خطيرة لان المشرع هو من يقرر سريان القانون على الكل وليس أطراف العقد .⁽¹⁾

ويقول بعض الفقه إن هذا الشرط يغلب اعتبارات الإرادة المنفردة ويسبغ عليها القدسية تجاه التشريع ويعطي لهذا التشريع تحديداً من حيث الزمان ويؤدي الى إفلات هذا العقد من الخضوع للقانون الجديد ، حيث ان من حق المشرع حماية المصلحة العامة بإصدار تشريعات جديدة وليس للمتعاقد مع الإدارة الطلب منها استثناء من هذه التشريعات .⁽²⁾
من هذا العرض نستنتج إن الإدارة والمتعاقد معها في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يملكان إبراد شرط في العقد يقضي بالتجميد الزمني (الثبات التشريعي) لانه شرط يخالف طبيعة العقود الادارية ويسلب من الادارة أهم سلطة الا وهي سلطة تعديل العقد ليتناسب مع الظروف المستجدة ولتحقق بذلك المصلحة العامة ، كما ان من يملك تحديد سريان التشريع من حيث الزمان هو المشرع وليس الادارة بل ان الادارة هي المطالبة بتنفيذ التشريعات التي يصدرها البرلمان ولا تملك الاتفاق مع احد على استبعاده من حيث سريانها وبالتالي يمكننا القول ان شرطي التحصين ضد التأميم او ضد التشريعات المستقبلية لا يمكن ايرادهما في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لانهما يؤديان الى التمييز بين الأفراد بما ينافي مقتضيات العدالة والمساواة بين جميع الأفراد كما انهما يؤديان الى نتائج خطيرة فمثلا شرط الثبات يؤدي الى إهدار القيمة القانونية للتشريعات الصادرة عن البرلمان باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي بإصدار التشريعات المحققة للمصلحة العامة ، كما اننا نؤيد إدراج شرط من الشروط المقبولة في إطار العقد موضوع الدراسة كشرط إعادة التفاوض او شرط المراجعة الدورية للعقد .

المطلب الثالث

اثر مخالفة الادارة لالتزاماتها العقدية

الأصل إن الإدارة هي المسؤولة عن انشاء المرافق العامة وعن ادارتها وتقديم الخدمات للأفراد واشباع حاجاتهم ، الا ان هيمنة الادارة على المرافق العامة أمر يبدو صعبا ان لم يكن مستحيلا لذا تلجأ الادارة الى الأفراد لكي يشاركوها في بناء هذه المرافق وفي

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص 324-425 .
(2) ينظر في ذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مصدر سابق ، ص 347 .

ادارتها ، بعد ان تبرم معهم عقودا ادارية وسبق ان بينا ان العقد سواء كان اداريا ام مدنيا هو ملزم لجانبيه وان مخالفة احد الطرفين لالتزاماته يعني أضراره بالطرف الآخر ، وفي إطار العقد الاداري اذا لم تلتزم جهة الادارة بالتزاماتها فمما لا شك فيه ان يتضرر المتعاقد معها لذا يثبت له الحق بالرجوع على الادارة بالتعويض عن طريق القضاء الاداري .⁽¹⁾

وهذا الوضع في العقود الادارية يتفق كل الاتفاق مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كونه عقدا اداريا ملزما لجانبيه وان مخالفة الادارة لالتزاماتها يلحق ضرراً بشركة المشروع المتعاقدة ويكون من حقها اللجوء للقاضي الاداري لاستيفاء حقها ومن خلال هذا المطلب سنبين مسألة مهمة وهي الجزاء الذي يمكن ان يوقع على الادارة المتعاقدة ومن هي الجهة التي يمكنها ان توقعه لذا سنتناول طبيعة الجزاء ثم نتناول صور الجزاء .

أولا // طبيعة الجزاء المترتب على الإدارة عند مخالفة التزاماتها العقدية :-

ان الجزاء الذي يمكن توقيعه على الإدارة يختلف من حيث طبيعته عن الجزاء الذي يوقع على المتعاقد معها من عدة نواحي وهي كالآتي :

فالجزاء الإداري الذي يوقع على المتعاقد مع الإدارة يحمل معنى العقوبة لانه خالف التزاماته العقدية ولم يلتزم بها مما شكل خطرا على المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واطراد ، اما الجزاء الذي يوقع على الإدارة فلا يحمل معنى العقوبة بل يحمل معنى التعويض وجبر الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة تقصير الإدارة في أداء التزاماتها العقدية ، كما ان الجزاءات التي توقع على الإدارة ليست كثيرة ومتنوعة كما هو الحال بالنسبة للمتعاقد معها بل تنحصر في التعويض وفسخ العقد وكذلك يختلفان من حيث الجهة المختصة بفرضه على الإدارة فالمتعاقد لا يمكنه ان يفرض اياً منهما لا التعويض ولا الفسخ بارادته المنفردة بل عليه اللجوء لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة للنظر في الخطأ المنسوب للإدارة ويصدر حكمه اما بالتعويض او بالتعويض وفسخ العقد (2) ، وهذا الوضع اقرته المحكمة الادارية العليا المصرية في احد أحكامها بالقول: ((من حيث ان فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها الا حق المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى وينبغي على ذلك انه ليس للمتعاقد مع الإدارة ان يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه اذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه ان يلجأ الى القضاء

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد الحميد ابو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، مصدر سابق ، ص 215-216 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم محمد علي : آثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 157 . للحصول على حكم منه بذلك ، كما ان الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام ايضا غير جائز في العقود الادارية لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرافق العامة التي يجب ان تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة ان يوقف سير المرفق لاي سبب حتى ولو كان الخطأ او التقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها (العقدية ...). (1)

ثانيا // صور الجزاءات التي يمكن ان توقع على الإدارة

1- ان القاضي الإداري وكقاعدة عامة لا يستطيع ان يأمر الإدارة : بعمل شيء

معين او الامتناع عن عمل نظرا لاستقلال السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية ، مما يعني ان القاضي لا يستطيع ان يأمر الإدارة بان توفي بالتزاماتها العقدية ولا يملك الوسيلة ايضا لاجبارها كما هو الحال مع القاضي المدني حين يملك اللجوء الى الغرامات التهديدية المعروفة في القانون المدني (2) ، ومعلوما انها تتضاعف كلما تأخر في تنفيذ التزامه (3)

لكن مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Maggi) سلك طريقا جديدا استطاع من خلاله ان يصل الى حل عن طريق تخيير الإدارة بين الوفاء بالتزاماتها او الحكم عليها بالتعويض ، وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي نجده لم يكتف بالتخير بل حدد مهلة للإدارة للرد او الحكم عليها بالتعويض وهذا الموقف ورد في قضية (foyche) (4).

فالأصل كما لاحظنا ان القاضي الإداري لا يملك توجيه أوامر للإدارة بعمل شيء معين او الامتناع عن عمل معين ولا يملك فرض غرامات تهديدية عليها الا اذا نص القانون على غير ذلك ، فمجلس الدولة الفرنسي ومنذ حصوله على سلطة القضاء البات عام 1872 تجنب كثيرا اصدار أمر مباشر للإدارة ففي حكمه في قضية (فادون) والذي جاء فيه ((عدم اختصاص المجلس بتوجيه أمر الى جهة الإدارة بتطبيق قانون العفو على موظف معين بالذات وذلك بعد إلغاء القرار الصادر بفرض تطبيقه عليه)) (5).

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (1027 ، جلسة 1978/1/28) أشار اليه الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 82-83 .

(2) ينظر في ذلك المادة (253) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 210 ، والدكتور عدنان عمرو : مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 204 .

- (4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (18/12/1938) وحكمه في (23/12/1924) أشار اليهما الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 520 .
- (5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (17/نيسان/1963) أشار اليه ابو بكر احمد عثمان : حدود سلطات القضاء الاداري في دعوى الإلغاء ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005 ، ص 126.

وكذلك الحال في مصر حيث صرح مجلس الدولة وفي أكثر من مناسبة بعدم اختصاصه بتوجيه أوامر للإدارة وتمسكه بالمبدأ العام القاضي بحضر توجيه أوامر للإدارة ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة القضاء الاداري المصرية في احد احكامها الذي جاء فيه ((الطلب باصدار أمر للوزارة باعتبار الطالبة ناجحة في امتحان النقل لا يدخل في ولايتها)) (1).

2- إلغاء القاضي للقرار الإداري غير المشروع : فالإدارة عندما تبشر سلطاتها

المعروفة سواء سلطة التعديل ام سلطة فرض الجزاءات الادارية على المتعاقد معها هي تبشره عن طريق اصدار قرار اداري يمكن الطعن بمشروعيته امام القاضي الاداري ، والقاضي الاداري في مصر والعراق يملك سلطة النظر في الدعاوي الناشئة عن العقد الاداري ، واعتبر قانون مجلس الدولة ولاية القاضي الاداري في هذه الحالة قضاءً كاملاً (2) ، وليس فقط قضاءً لإلغاء القرار غير المشروع ، مما يعني ان القاضي يمكنه ان يبحث في مشروعية القرار ومدى ملاءمته وعندما يصدر حكمه وبإمكانه ان يقضي بإلغاء القرار مع التعويض عن الأضرار التي أصابت الطاعن ويمكنه ان يقضي بفسخ العقد مع التعويض (3).

3- التعويض : والحكم بالتعويض هو السلوك الأصل للقاء الاداري او العادي على

الطرف الذي يلحق ضرراً بالآخر ، وهو يتفق مع ما يهدف اليه المتعاقد مع الإدارة الا وهو تحقيق الربح لان في الأصل المتعاقد مع الإدارة عندما أقدم على التعاقد واستثمار أمواله كان هدفه هو تحقيق المنافع المالية وان الحكم على الإدارة بالتعويض يحقق ما يهدف اليه المتعاقد، ويقدر التعويض باتباع قواعد القانون المدني حيث يقدر التعويض بالنظر لدرجة الضرر الذي أصاب المتعاقد مع الإدارة مع مراعاة حالة الخطأ المشترك بحيث لو كان الخطأ مشتركاً يتحمل كل من الإدارة والمتعاقد معها نصيبه من هذا الخطأ ويخضع من حق المتعاقد بالتعويض بنسبة ما أسهم به في وقوع الضرر (4).

وفيما يتعلق باتبات الضرر يميز الفقه الاداري بين حالتين هما :

الحالة الأولى // اذا خالفت الإدارة التزاماتها العقدية وكان هناك شرط في العقد يبين المخالفات فعمل الإدارة هذا يثبت ارتكابها الخطأ وحصول الضرر للمتعاقد معها ولا يجد المتعاقد في هذه الحالة صعوبة في اثبات لان عمل الإدارة واضح ومخالفتها تنطوي على

- (1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في (15/6/1948) أشار اليه ابو بكر احمد عثمان : المصدر نفسه ، ص 127 .

- (2) ينظر في ذلك الفقرة (11) من المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 236-237 وكذلك الدكتور ابراهيم محمد علي : آثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 160.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد امين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 205 .

قدر من التدليس في تعاملها مع المتعاقد معها .

الحالة الثانية // الإدارة هنا لا ترتكب خطأ وانما تمارس حقها في تعديل العقد ، في هذه الحالة القاضي الاداري يتشدد على المتعاقد لاثبات الضرر الذي لحقه لان الإدارة كما هو معلوم تملك سلطات واسعة في العقد الاداري الغاية منها هو الحفاظ على المصلحة العامة لذا عندما يدعي المتعاقد معها تضرره من عملها يتشدد عليه القاضي الاداري في الإثبات (1).

4- الفسخ : وهو اخطر أنواع الجزاءات التي يمكن ان يوقعها القاضي الاداري على الإدارة

المتعاقدة ، والفسخ عادة لا يحكم به القاضي الا عند ارتكاب الإدارة لأخطاء جسيمة ، وأسباب الفسخ متعددة ولكنها تعود لأصل واحد هو أخلال الإدارة بالتزام عقدي وإخلالها ربما يكون بالتزاماتها المالية او الادارية (2).

وينتج عن الفسخ إنهاء العقد وتصفية آثاره ، كما اننا نؤكد من جديد ما ذكرناه سابقا عندما تناولنا طبيعة الجزاءات اذ لاحظنا ان المتعاقد مع الادارة لا يمكنه ان يقرر الفسخ من تلقاء نفسه بل عليه ان يرفع الأمر الى القاضي الاداري وذكرنا حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الذي جاء فيه ((...)) وينبني على ذلك انه ليس للمتعاقد مع الادارة ان يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه اذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك ، كما ان الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز في العقود الادارية لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرافق العامة التي يجب ان تسير بانتظام واطراد ((...))⁽³⁾ هذا الحكم أرسى مبادئ مهمين هما ان المتعاقد مع الادارة لا يمكنه ان يفسخ العقد بارادته بل عليه العودة للقاضي الاداري الذي يحكم له بالفسخ ، كما ان الحكم أرسى مبدأ مفاده عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ مما يعني ان الادارة لو قصرت في أداء التزاماتها لا يمكن ان يتوقف المتعاقد معها عن ادارة المرفق العام وأداء خدماته بحجة ان الادارة قصرت تجاهه بل

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد امين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص205-206 ، وكذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص236 .
- (2) ينظر الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص180 ، والأمثلة على أخلال الادارة بالتزام مالي مثل عدم دفع الادارة المستحقات المالية للمتعاقد معها ، والتزاماتها الادارية كما لو أخلت بالتزاماتها السابقة على التعاقد او اللاحقة للتعاقد كما لو لم تسلمه موقع المشروع ، لمزيد من التفاصيل ينظر سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الاداري قضائيا لخطأ الادارة ، مصدر سابق ، ص29-74 وكذلك الدكتور عدنان عمرو : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص204 .
- (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1027 ، 1978/1/28) سبق ان اشرنا اليه ص 138 من هذه الرسالة .

عليه ان يستمر لحين صدور قرار بفسخ العقد من القاضي الاداري ما لم ينص العقد على خلاف ذلك وهذا ما تبنته المحكمة ذاتها في احد أحكامها بالقول: ((الأصل ان الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز ان يتمسك به المتعاقد مع الادارة في العقود الادارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، الا انه يجوز للطرفين عند التعاقد ان يخرجوا على هذا الأصل ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ،...))⁽¹⁾ .

واذا ما حكم القاضي بالفسخ فانه يحكم أيضا بالتعويض لخطأ الادارة الجسيم والتعويض هنا يوصف بالتعويض الكامل عما فاتته من كسب وما لحقته من خسارة ، ويقدر التعويض كما بينا بإتباع قواعد القانون المدني وقد يضاف الى مبلغ التعويض فوائد تأخيرية اذا كان المبلغ المحكوم به على الادارة معلوم المقدار⁽²⁾ .

وبدورنا نؤيد ما تقدم ونرى ان جميع الأحكام التي بحثناها أعلاه صالحة للتطبيق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فالادارة المتعاقدة تلتزم بجملة من الالتزامات تقع في مقدمتها تخصيص قطعة ارض ليقام عليها المشروع والحصول لمصلحة شركة المشروع على الرخص الادارية اللازمة وان تأخيرها في احد هذه الالتزامات او تقصيرها في ادائها يعني تحقق مسؤوليتها ومن الممكن لشركة المشروع ان تقاضيهما وتطلب التعويض او فسخ العقد او الفسخ والتعويض ان كان تقصير الادارة في التزاماتها جسيما يسوّغ ذلك كونها متعاقداً في أساسه الاتفاق لذا تترتب عليها التزامات لا بد لها من الوفاء بها وان تقصيرها يحق مسؤوليتها العقدية .

- (1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (76 ، في 18/12/1971) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص50 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد امين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص208 وكذلك ينظر المواد (168-176) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

المبحث الثاني

سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها

الادارة المتعاقدة تملك سلطات واسعة في اطار العقد الاداري ، وتوصف هذه السلطات بانها وسائل قانونية تملكها الادارة في مواجهة المتعاقد معها في مرحلة تنفيذ العقد لتضمن تحقيق الغاية التي ابرم العقد الاداري لأجلها الا وهي تحقيق المصلحة العامة ، وهذه الوسائل القانونية تظهر بعدة اشكال في العقد الاداري ، بدءاً بسلطة الادارة في الرقابة والتوجيه ومروراً بسلطة الادارة في تعديل العقد وفرض جزاءات على المتعاقد معها بارادتها المنفردة وانتهاءً بسلطتها في انهاء العقد ، اما ما يتعلق بسلطة الادارة بفرض الجزاءات الجنائية على المتعاقد فهي تعد من السلطات العامة ايضاً ولكنها لا تدخل في نطاق بحثنا كون حق فرض الجزاءات الجنائية على المتعاقد تستمد من سلطتها الادارية بوصفها سلطة عامة تسعى الى المحافظة على النظام العام بعناصر المعروفة ((الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة والآداب العامة)) لا بوصفها جهة في العقد ، وهذه السلطات لاحظ الفقه انها تتميز بخصائص من أهمها ما يلي :

- 1- ان هذه السلطات متعلقة بالنظام العام ، وحتى لو لم ينص عليها العقد فهذا الوضع لا يعني ان الادارة لا تمتلك سلطة المراقبة والتعديل وفرض الجزاءات باعتبار ان هذه السلطات هي الضمانة لسير المرافق العامة بانتظام واطراد .
- 2- اذا نص العقد على بعض هذه السلطات دون النص على البعض الاخر ، فان ذلك لا يحول دون استعمال الادارة للسلطات غير المنصوص عليها في العقد .
- 3- لا يجوز ان تتفق الادارة مع المتعاقد معها على التنازل عن كل او بعض ما تملكه من سلطات او ان تقيد حقها في استعمال بعض هذه السلطات ، وكل اتفاق من هذا القبيل يعد باطلا كون هذه السلطات متعلقة بالنظام العام .
- 4- ان استعمال الادارة لهذه السلطات غير مقيد الا بما يرسمه لها القانون من حدود او ما هو متعارف عليه في هذا الشأن ⁽¹⁾ .

واستناداً الى ما تقدم سوف نتناول في هذا المبحث سلطات الادارة المتعارف عليها في اطار العقد الاداري ونقسمها على ثلاثة مطالب نتناول في الأول منها سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه وفي المطلب الثاني سلطة الادارة في تعديل بنود العقد وفي المطلب الثالث نتناول سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ان اخل بتنفيذ التزاماته العقدية .

(1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 115 .

المطلب الأول

سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه

وهذه السلطة تنطوي على عدة احكام نحاول ان نبحثها تباعاً من خلال تقسيم هذا المطلب على أربعة فروع نتناول في الفرع الأول مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه ثم ندرس في الفرع الثاني الاساس القانوني لحق الادارة في الرقابة والتوجيه وفي الفرع الثالث نبين حدود هذه السلطة وأخيراً في الفرع الرابع نذكر تطبيقات هذه السلطة المهمة لجهة الادارة في العقود الادارية عموماً وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية خصوصاً لاتصاله بالمرافق العامة المهمة التي تعد امتداداً للبنى التحتية للمجتمع .

الفرع الأول

مفهوم سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه

ذهب الفقه في تحديد مفهوم هذه السلطة الى معنيين ، الأول ضيق والآخر واسع وهما :

المعنى الضيق : او حق الادارة في الرقابة والاشراف على تنفيذ العقد وضمن ان يتفق هذا التنفيذ مع نصوص العقد وما هو متفق عليه بين الطرفين ، وفي الغالب تتم هذه الرقابة من خلال اعمال مادية يقوم بها رجال الادارة كدخول المرفق ومخازنه والورش التي يتم فيها العمل او الإطلاع على الوثائق والأوراق وأجراء التحريات اللازمة بهذا الخصوص ، كما يمكن ان تتم هذه الرقابة في صورة أعمال قانونية كما لو أصدرت الادارة أوامر وتعليمات وتوجيهات ملزمة للمتعاقد معها وهذا المعنى الضيق للرقابة هو مقرر للادارة حتى ولو لم ينص عليه العقد لانه يعد من النظام العام .⁽¹⁾

المعنى الواسع : للرقابة فيعني سلطة التوجيه وما تنطوي عليه من حق الادارة في توجيه الاعمال التنفيذية واختيار انجع الوسائل وأفضلها بما يتناسب مع تنفيذ العقد ، وهذا المعنى الواسع يعني حق تدخل الادارة بشكل اكبر ففي المعنى الضيق قلنا ان الادارة تتأكد من مطابقة الاعمال لشروط ونصوص العقد ولكنها في المعنى الواسع تأخذ معنى التوجيه مما يعني تدخلها حتى في اختيار وسائل التنفيذ بتوجيه اوامر مباشرة للملتزم وهي تقترب كثيرا _____

(1) ينظر في ذلك الدكتور علي خنجر شطناوي : الوجيز في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 714-715 وكذلك محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي ، مصدر سابق ، ص 169-170.

من سلطة تعديل شروط العقد مع بقاء الفوارق بينهما – لان سلطة الرقابة والتوجيه لا تصل الى حد تغيير نصوص العقد – والرقابة بالمعنى الواسع لا تتم الا باعمال قانونية كما لو أصدرت الادارة تعليماتها للمتعاقد معها بضرورة استخدام وسائل معينة او الامتناع عن استعمال اسلوب معين في تنفيذ العقد⁽¹⁾ ، والمعنى الأول هو يتفق مع سلطة الاشراف اما المعنى الآخر فهو يتفق مع سلطة التوجيه ، ونرى ان الرقابة بالمعنى الواسع تتفق مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والسبب في ذلك هو ان الوسائل التقنية والتكنولوجية متجددة باستمرار والعقد يمتد لمدة طويلة فالاعتراف للادارة بسلطة التوجيه يعني انها تلزم المتعاقد معها دوما باتباع الوسائل الأحدث والاكفا في ادارة المرفق العام ، والى هذا المعنى يذهب البعض الى القول: ((في العقود الادارية لا يمكننا ان نعتبر مجرد اشتراط قدر من الاشراف والرقابة على تنفيذ العقد شرطا من الشروط الاستثنائية ما لم تتعد الرقابة الى توجيه المتعاقد لكيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ))⁽²⁾ ، وان حق الرقابة يختلف من عقد لآخر حيث ان بعض الفقه يؤكد ان مدى سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه في بعض العقود ومنها عقد الالتزام قد تصل الى درجة التدخل في علاقة الملتزم بمستخدميه وتنظيم ساعات عملهم وتحديد اجورهم⁽³⁾ ، ولعل الغاية من وراء هذا الموقف الفقهي هي لنقادي حصول اضرار او تقاعس عن العمل الامر الذي يضر بالسير المنتظم والمطرد للمرفق العام ، وتجدر الإشارة الى ان سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه ليست مطلقة بل هي مقيدة باعتبارين مهمين هما :-

أ- وجوب ان تتوافر ضمانات للمتعاقد مع الادارة ضد تعسفها او انحرافها في استعمال السلطة وذلك باستغلال هذه السلطة لتحقيق أهداف بعيدة عن المصلحة العامة .

ب- عند ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه ينبغي ان لا يتطور الأمر الى حد التدخل بشؤون المرفق الداخلية والا عد تدخل الادارة استغلالا مباشرا للمرفق العام وليس تعاقداً مع الأفراد.⁽⁴⁾

وان الغاية والهدف من الرقابة هو تحديد الأخطاء التي قد يقع فيها المتعاقد وتداركها

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 ، ص 288 ، وكذلك مجيد مجهول درويش : ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام ، مصدر سابق ، ص 102 .

(2) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 106.

(3) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 101-102 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 110-111 ، وكذلك الدكتور طعيمة الجرف : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 229-230 .

وهذا يعني ان عملية الرقابة يمكن ان توصف بانها عملية تصحيح لمسارات التنفيذ عن طريق معالجة القصور والانحراف ، وتنبيه المتعاقد لضرورة تجاوز مواطن الزلل والخطأ والقصور او الاهمال ومعالجة ما حدث من ذلك وتفاديه مستقبلا .⁽¹⁾

وان حق الرقابة والتوجيه يؤدي دورا كبيرا في عقد الالتزام لان هذا العقد يرد على مرفق عام ينبغي ان يعمل باطراد لسد حاجة الجمهور ويثبت الحق للادارة بان تراقب العمل من خلال تعيين مندوبين عنها في الجهاز الاداري للمرفق العام ويكون عمل هؤلاء المندوبين مقتصر على تقديم توصيات للملتزم ورفع التقارير لجهة الادارة ، ومما هو ثابت ان سلطة الرقابة في عقد الالتزام تعد اثرا من اثار عقد الالتزام ذاته لان الاصل ان الادارة هي المطالبة بادارة المرفق والمتعاقد معها ما هو الا مساعد او معاون للادارة ، ولا يمكنها باي حال من الاحوال ان تنازل عن المرفق العام ولذا عندما تعهد لشخص ما بادارته يكون من حقها ان تراقبه لضمان سير العمل بانتظام وافضل وسيلة تضمن بها ذلك بتعيين مندوبين عنها في الجهاز الاداري للمرفق .⁽²⁾

وان حق الادارة في الرقابة وان كان أمرا مسلما في العقود الادارية كافة الا ان مداه يختلف من عقد لآخر ففي عقد الالتزام نجد ان هذه السلطة تكون أوسع مجالا وأرحب نطاقا ، ومرد ذلك الى طبيعة عقد الالتزام كون الملتزم فيه مسؤولا عن ادارة المرفق وبتغيير الظروف تتغير طرق واساليب ادارته وبالتالي يثبت الحق للادارة بان تمارس عليه سلطة الرقابة والتوجيه أي توجيهه نحو تحسين اساليب ادارته .⁽³⁾

وهذا ما أكدته القانون المصري بقوله: ((لمانح الالتزام ان يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية ، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والادارات التي ينشأها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح الوزير مانح الالتزام او المشرف على الجهة مانحة الالتزام ان يعهد الى ديوان المحاسبة بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية او ان يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى اي هيئة عامة او خاصة ، كما يجوز للوزير المختص ان يقرر تشكيل لجنة او اكثر من بين موظفي وزارته او غيرها من الوزارات او الهيئات العامة لتولي أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة او الهيئة او اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيظ ———

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد الحميد ابو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، مصدر سابق ، ص 207-208 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 69-70 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 199 .

بها رقابتها وتقديم تقرير الى كل من الوزير المختص او الجهة مانحة الالتزام ، ...)) .⁽¹⁾

الفرع الثاني

الأساس القانوني لحق الإدارة في الرقابة والتوجيه

ان بحث موضوع الأساس القانوني لحق الادارة في الرقابة والتوجيه لا يخلو من حالتين فاما ان يكون منصوفاً عليه في العقد او دفتر الشروط او القوانين والتعليمات أولا يكون منصوفاً عليه لذا لابد من بحث هاتين الحالتين كلاً على افراد .

أولاً// سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه المنصوص عليها :

وسواء كان منصوفاً عليها في العقد ام في الشروط ام في قانون ام تعليمات فاذا تضمنت نصا يشير الى سلطة الرقابة فلا حاجة بعد ذلك لبحث الاساس القانوني لهذه السلطة وفي بعض

الحالات يتضمن النص كذلك ضمانات للمتعاقد ضد تعسف الادارة في ممارستها لهذه السلطة وبعض هذه النصوص ربما تلزم المتعاقد مع الادارة بان يقدم تسهيلات معينة تسهم في عملية المراقبة ، وتتضمن جزاءً معيناً يوقع على المتعاقد المقصر كما ان وسائل ممارسة هذه السلطة تكون محددة بهذه النصوص .⁽²⁾

الا ان مما يشار اليه هو اختلاف النصوص الواردة في العقد او دفتر الشروط عن تلك الواردة في القانون او التعليمات ، ففيما يتعلق بالنصوص الواردة في القوانين والتعليمات لابد من التمييز بين تلك النصوص المنظمة لسلطة الضبط الاداري (الناشئة خارج العلاقة العقدية) عن تلك النصوص المنظمة لسلطة الرقابة فالنصوص القانونية المنظمة لسلطات الضبط الاداري تعد مجرد تطبيق وترديد لامتيازات الدولة وسلطاتها في تنظيم المرافق العامة ، وهي تنظم السلطة التي تملكها الدولة تجاه الافراد في استعمالهم للمرافق العامة ، وكذلك تبين مدى تدخل الدولة في شؤون المرافق العامة وكيفية ادارتها ومدى سلطاتها في تعديل ادارة المرفق وكيفية استغلاله ، والادارة تباشر سلطة الضبط الاداري بواسطة قرارات ادارية لا صلة لها بالعقد الاداري وحتى الطعن فيها متاح للافراد وللمتعاقد والطعن يكون بالالغاء امام القاضي الاداري ، اما ان كان الطاعن هو المتعاقد وكان يطعن بقرارات الادارة عندما تمارس الرقابة عليه فالطعن في هذه الحالة يستند الى تجاوز السلطة المخولة للجهة الادارية في اطار العقد

(1) ينظر في ذلك المادة (7) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 وهذه المادة معدلة بالقانون رقم (497) لسنة 1954 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 291-292 .

الاداري فيطلب من القاضي الغاء هذا القرار الاداري ، وبهذا الصدد صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية (compagnie des chemins de fer de L'est et autres) والتي تتلخص وقائعها في ان تشريعين فرنسيين صدرا (11/حزيران/1842 ، وآخر صدر في 15/تموز/1845) منح الحكومة تفويضا لضمان امن وطمانينة السكك الحديدية للمحافظة عليها وتنظيم استعمالها واستغلالها بلائحة ادارية عامة فاصدرت الحكومة لائحة في (15/ تشرين الثاني/1864) لتنظيم ذلك ثم عدلت هذه اللائحة بلائحة جديدة في (1/آذار/1901) لمسيرة التطور الاقتصادي والتقدم الفني في وسائل النقل فطعنن بهذه اللائحة الشركات الكبرى متذرة بان الحكومة ليس لها سلطة اصدار اللائحة الجديدة دون تفويض جديد من البرلمان ، وطعنوا كذلك بانها قامت بتعديل كراسة الشروط بارادتها المنفردة واتهموها بتجاوز السلطة لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض طعونهم .⁽¹⁾

اما النوع الاخر من النصوص القانونية فهي التي تنظم سلطة الرقابة الادارية على تنفيذ العقد الاداري على نحو ما فعل المشرع المصري في القانون رقم 129 لسنة 1947 .⁽²⁾

وكذلك ما فعله المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بقوله: ((على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والاقاليم والمحافظات مراعاة ما يأتي :

أولا : تضمين عقود مقاولات الاشغال العامة فيها أحكاما تلزم تطبيق شروط المقاولات لآعمال الهندسة المدنية ،... واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد في كل ما لم يرد به نص ،...⁽³⁾ ، وبالرجوع الى تعليمات شروط المقاولات لآعمال الهندسة المدنية نجدها قد نصت على ((واجبات وصلاحيات ممثل المهندس :-

1- تكون واجبات ممثل المهندس المراقبة والاشراف على الاعمال وفحص واختبار اية مواد يراد استعمالها او مهارة عمل يراد استخدامها في الاعمال ،...⁽⁴⁾ .

في حين تعد النصوص الواردة في العقد او دفتر الشروط الذي تمت الإحالة اليه شروطا استثنائية تميز العقد الاداري عن نظيره المدني ، واذا حددت هذه النصوص الوسائل التي تمارس من خلالها الرقابة فانها بلا شك تعد ضمانا للمتعاقد مع الادارة وقيوداً على حرية

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (6/كانون الأول/1907) ، ولقد جاء في تقرير مفوض الدولة (تارديه / Tardieu) (...) من حيث انه عندما يكلف المشرع رئيس الدولة بكفالة تنفيذ احد القوانين بلائحة ادارة عامة فلا يستتف هذا التفويض من حيث المبدأ باول لائحة تصدر تنفيذا لهذا القانون،...)) ينظر

هذا الحكم في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص100.

- (2) ينظر في ذلك المادة (7) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
 - (3) ينظر في ذلك المادة (13) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 .
 - (4) ينظر في ذلك المادة (2) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988.
- الادارة في عدم ممارسة الرقابة بوسائل غير ما هو منصوص عليه في العقد ، والامثلة على هذه النصوص متعددة كالنصوص المنظمة للرقابة على الرسوم التي يتقاضاها الملزم من المنفعين (1).

ثانيا // سلطة الرقابة والتوجيه غير المنصوص عليها :-

في حالة عدم النص على حق الادارة في الرقابة والتوجيه فقد اختلف الفقه في تحديد الاساس القانوني لحق الادارة في الرقابة مع اتفاقهم على ان سلطة الرقابة سلطة أصيلة مرتكزة على المبادئ العامة للقانون الاداري ومتصلة بالنظام العام ومن ثم فان النص عليها لا ينشئ حقاً للادارة بقدر ما ينظم ممارستها (2) ، لذا نجد الفقه منقسم على عدة اتجاهات في تسويغ حق الادارة في الرقابة والتوجيه في حالة سكوت العقد او القانون عن النص عليها فذهب بعض الفقه الى ان الاساس في ذلك يكمن في النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وعدوها ارادة ضمنية مستخلصة من ظروف التعاقد ، بينما يرى البعض الاخر ان فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين اذا كانت مسلمة ولها اهميتها الا انها ليست الوحيدة المسوغة لسلطة الرقابة وانما فكرة المنفعة العامة هي التي تسوّج وجود سلطة الادارة هذه بالرغم من عدم النص عليها في العقد او دفتر الشروط او القانون فالادارة مطالبة بتحقيق الصالح العام في كل الاحوال الامر الذي يسوّج اعطاءها سلطة الرقابة على عمل المتعاقد معها (3).

في حين يرى البعض الاخر من الفقه المصري ان هذه السلطة تعد امتداداً لفكرة السلطة العامة وقدرة الادارة على اصدار أوامر مباشرة للمتعاقد معها باستخدام حق التنفيذ المباشر المعترف به لجهة الادارة لضمان تنفيذ الالتزامات العقدية (4).

الا ان الرأي الغالب يرى ان الطبيعة القانونية للمرفق العام وتلبية احتياجاته هي الاساس المسوّج لسلطة الرقابة والتوجيه وان ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد تمنح الادارة سلطة مراقبة المتعاقد معها حتى لو خلا العقد من نص يمنحها هذه السلطة ولقد تبنى هذا الرأي المشرع المصري في التعديل الثاني للقانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة جاء فيه ((حق الرقابة على الملزم حق أساسي مرده الى فكرة المرفق العام

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص170 - 171 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص240 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص299 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : المصدر نفسه ، ص299 ، والدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص35 .

وما يقتضيه سيره وانتظامه ، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام (((1).

ولقد تبنى القضاء الاداري المصري هذا الرأي أيضا فقد ورد في حكم للمحكمة الادارية العليا المصرية قولها: ((ان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية الا انها في العقود الادارية غير متكافئة ، اذ يجب ان يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الاداري ويترتب على ذلك ان للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود (((2).

وقد أصدرت محكمة التمييز العراقية حكماً قضى بضرورة ان يقوم المتعهد بتنفيذ شروط العقد حسب الاصول الفنية والمواصفات الواردة في شروط العقد ، الا ان الادارة قد تريد الإسراع بتنفيذ المشروع موضوع العقد الاداري قبل الموعد المحدد فتقوم بتعيين فنيين وعمال وشراء مواد واركان العمل الى جهة اخرى قد تكون أسرع من المتعاقد معها وهذا التصرف من جانب الادارة يعتبر من قبيل التوجيه الفني الذي يكون ثابتاً للادارة وبخاصة في عقود الاشغال العامة ، ولكن على الادارة في هذه الحالة ان تتحمل ما يصيب المتعاقد معها من اضرار نتيجة سحب العمل واحالته الى جهة اخرى .⁽³⁾

ونؤيد الرأي الأخير الذي اعتبر ان أساس حق الرقابة في حال عدم وجود نص في العقد هو طبيعة المرفق العام وضرورة منح الادارة سلطات متميزة لكي تضمن سير العمل فيه بانتظام واطراد ولضمان تحقيق المصلحة العامة وهو رأي كما لاحظنا سائده التشريع والقضاء في مصر والى حد ما نستشف هذا المعنى من حكم محكمة التمييز العراقية سالف الذكر .

(1) ينظر التعديل الثاني للمادة (7) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947، حيث عدلت هذه المادة تعديلين الأول بالقانون رقم (497) لسنة 1954 ولقد اشرنا اليه سابقاً والتعديل الثاني بالقانون رقم (185) لسنة 1958 الذي أضاف المذكرة الإيضاحية اعلاه .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية (1520 ، في 20 / 4 / 1957) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات (1955-1965) ، المكتب الفني ، ص 1065 .

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (82/1/16) في عام 1982) أشار اليه الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 112 .

الفرع الثالث

حدود سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه

عندما تمارس الادارة سلطة الرقابة – الاشراف – والتوجيه ينبغي ان تراعي مبادئ المشروعية وان لا يشوب عملها عيب من عيوب المشروعية وبالاخص عيب الانحراف بالسلطة فالاصل ان سلطتها ليست مطلقة وانما محددة بقيود تمثل ضمانات للمتعاقدين معها ومن اهم هذه القيود ان يكون الباعث من تصرفها تحقيق المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام والا كان تصرفها إساءة لاستعمال السلطة كما ان للمتعاقدين ان يطلب من الجهة المتعاقد معها ان تمارس الرقابة بنفسها او بواسطة من تعهد اليه بذلك لا ان تقوم جهة ادارية اخرى بعمل الرقابة دون سند شرعي ، وان تمارس الرقابة وفقاً لما ترسمه نصوص العقد او القوانين والتشريعات وفي حال عدم النص عليها في العقد والتشريعات ان لا تخرج الادارة في رقابتها عن الحد المعقول ، وللقاضي الاداري ان يراقب ممارسة الادارة لسلطة الرقابة بما يجعلها متفقة مع مقتضيات الصالح العام ومقتضيات المرفق العام من جهة ومصلحة الملتزم من جهة أخرى⁽¹⁾.

كما ان على الادارة عندما تمارس سلطة الرقابة ان لا تلجأ الى أسلوب ممارسة سلطاتها المقررة لها كسلطة بوليس اداري لانها بعملها هذا ستجعل الروابط العقدية خلف ظهرها وتلجأ الى نظام قانوني له عناصره المستقلة عن العقد الاداري فالادارة في سلطة الضبط الاداري تسعى الى حماية النظام العام بعناصره المعروفة في نطاق القانون الاداري وهي (حماية الصحة العامة والسكينة العامة والأمن العام والآداب والأخلاق العامة)⁽²⁾ ، في حين تهدف سلطة الرقابة الى ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية بما يضمن السير المنتظم للمرفق العام والفوارق اكثر وأوسع من ذلك عندما تمارس الادارة سلطات الضبط الاداري فهي قد تصدر قرارات ادارية (تنظيمية او فردية) تتضمن جزاءً جنائياً يوقع على من يخالف أوامر الادارة بينما في سلطة المراقبة قلنا ان هناك سلطة اشراف للتأكد من مطابقة العمل مع نصوص العقد وسلطة أوسع هي

التوجيه قد تصل من خلالها الادارة الى الزام المتعاقد باتباع أسلوب معين في ادارة المرفق العام وبالتالي لا تستطيع اتخاذ قرارات تنطوي على جزاء جنائي⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 46-47 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 687-691 ، وكذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الاداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص 259 وما بعدها .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ وأحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 180-182 ، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 524 .

الفرع الرابع

التطبيقات التشريعية لسلطة الرقابة والتوجيه في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كاي عقد اداري أخر يخول الادارة ممارسة حقها في مراقبة تنفيذ العقد ، وبالنظر لأهمية هذه العقود فان ممارسة الادارة لسلطة الرقابة تصبح واجبا على جهة الادارة لسببين :

- أ- طول مدة العقد التي قد تصل الى تسع وتسعين سنة .
 - ب- التزام شركة المشروع المتعاقدة مع الادارة بالتسليم ونقل الملكية للادارة بعد انقضاء مدة العقد ، ويجب ان يكون المرفق بحالة جيدة تسمح باستمرار استغلاله وهذا لا يمكن ان يتحقق الا مع التسليم للادارة بحق المراقبة والتوجيه⁽²⁾.
- ونجد تطبيقات في بعض دول أمريكا اللاتينية مثل (البرازيل وكولومبيا وبيرو) عندما أبرمت عقوداً وفق نظام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) اشترطت تعيين ممثلين للحكومة في مجلس ادارة الشركة صاحبة الامتياز ، وان كان هذا الممثل لا يملك حق التصويت الا انه يختص بمراجعة اي توسع رأسمالي مستقبلي واطلاع الحكومة على ذلك ويحق له مراقبة موازنة المرفق ومراقبة عقود الصيانة ومدى جدواها وكفاءتها وله ان يقدم ما يرى فيه صالحاً من مقترحات مفيدة للمرفق⁽³⁾.

(1) ينظر المادة الأولى من قانون منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول رقم (3) لسنة 1997 المصري والتي نصت على ((مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبالنظم 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 أو أجزاء منها أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم ،...، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

أ- ان يتم اختيار الملتزم في اطار من المنافسة والعلانية .

ب- ان لا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج- تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

(2) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 201-202 .

كما ان الرقابة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ينبغي ان لا تصل الى درجة تعديل نصوص العقد ، وهذا القيد على سلطة الادارة له أهمية خاصة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لان التعديل ربما يؤثر على حقوق المتعاقد المالية التي يعول عليها المتعاقد لسد نفقاته

وتحقيقه الارباح ، وبالأخص اذا ما علمنا ان مدة العقد هي الضمان بالنسبة للمتعاقد مع الادارة ، كما ان ممارسة الرقابة لها أهمية بالنسبة للادارة للتأكد من انها في نهاية المدة ستستلم المرفق وهو بحالة جيدة قابلة للاستمرار ، وبالتالي هي من خلال سلطة الرقابة ستتأكد من قيام المتعاقد معها باعمال الصيانة ، لذا فالادارة من مصلحتها ان تمارس سلطة الرقابة على المتعاقد طوال مدة الاستغلال للتأكد من تنفيذ الملتزم للعقد وفقا لما هو متفق عليه واجراءه عمليات الصيانة والادامة طوال مدة الاستغلال .⁽¹⁾

وان الرقابة بشكل عام تاخذ عدة اشكال من أهمها ما يأتي :

أ- الرقابة الفنية :- وهي تلك الرقابة التي تمارسها جهة الادارة على المتعاقد معها طوال مدة التشييد والبناء وخلال مدة التشغيل والاستغلال وذلك للتأكد من مطابقة العمل مع ما هو متفق عليه في العقد ومن خلال هذه الرقابة يحق لرجال الادارة دخول المرفق موضوع العقد للإطلاع على الوثائق والرسوم والخرائط ومدى مطابقتها للاتفاق المعقود بين الطرفين كما ان لها اختبار المواد المستعملة في البناء والتشييد للتأكد من مطابقتها للمواصفات العالمية المتعارف عليها .

ب- الرقابة المالية :- ويعني خضوع شركة المشروع وحساباتها المالية للرقابة من قبل الجهة الادارية المتعاقدة ، فالمتعاقد في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو ملزم بمسك دفاتر حسابات وفقا للقواعد المحاسبية المعمول بها .

ج- الرقابة الادارية :- والتي اشرنا الى تطبيقاتها في الدول اللاتينية وتعني مشاركة الادارة من خلال ممثليها في مجلس ادارة الشركة صاحبة الامتياز والاطلاع عن كثب على كل التفاصيل الادارية والفنية والمالية .⁽²⁾

اما عن الوضع في العراق فنجد ان هناك تشريعات عدة خولت جهات معينة سلطة الرقابة فعلى سبيل المثال نص الدستور الحالي على سلطة مجلس الوزراء في ((...)) ،

(1) ينظر في ذلك الدكتور جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص99.
(2) ينظر نص المادة (7) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 وكذلك الفقرة (ج) من المادة الأولى من القانون رقم (3) لسنة 1997 المصري الخاص بمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول وينظر كذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص96-99 ، وكذلك

A . de Laubadere : traite theorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p56-58.
وكذلك الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص290

الاشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة)⁽¹⁾ وهذا يعني امكانية ان يراقب المجلس سير العمل في المرافق الحكومية المختلفة في عموم البلاد ، اما في ظل الدستور السابق نجد انه خول جهات عدة سلطة الرقابة والاشراف فحول رئيس الجمهورية سلطة الإشراف على عمل جميع المرافق العامة .⁽²⁾، ومنح قانون المحافظات رؤساء الوحدات الادارية المحلية صلاحية الرقابة والاشراف على العقود والمشاريع التي تنفذ ضمن حدود وحداتهم الادارية .⁽³⁾، وكذلك فعلت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية عندما منحت ممثل المهندس سلطة الرقابة والاشراف على الاعمال وفحصها واختبار اية مواد يراد استعمالها او مهارة عمل يراد استخدامها .⁽⁴⁾، كذلك ألزمت هذه التعليمات المقاول بان يقدم للمهندس خلال مدة محددة منهاجا يبين فيه المراحل والاسلوب الذي يعتزم اتباعه في العمل وهذه الرقابة تعد نمطا من أنماط الرقابة الادارية التي اشرنا اليها اعلاه .⁽⁵⁾

المطلب الثاني

سلطة الادارة في تعديل العقد

ان العقد الاداري يعد من اهم الوسائل التي تستعين بها الادارة لمباشرة إحدى وظائفها الا وهي ادارة المرافق العامة ، ومن المستقر عليه ان الظروف المحيطة بالمرفق هي في تغير

مستمر لذا قد تجد الادارة ان شروط العقد المبرم بينها وبين احد الأفراد من القطاع الخاص لادارة احد المرافق العامة لم تعد تتلاءم مع الظروف المستجدة فتلجأ الى سلطة تعديل شروط العقد ، وسبب الاعتراف لها بسلطة تعديل شروط العقد هو ان ثبات العقد وبنوده لا يتلاءم مع متطلبات المصلحة العامة لذا فمن حق الادارة ان تتدخل لتغيير شروط العقد بما يضمن السير المنتظم للمرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ، وان دراستنا لسلطة الادارة في تعديل العقد تحتم علينا تقسيم البحث على فروع نتناول من خلالها أهم المبادئ المستقرة فقها وقضاءً وتشريعاً في الفرع الأول سنحاول بيان مفهوم سلطة التعديل وفي الفرع الثاني سنبين الأساس القانوني لمنح الادارة هذه السلطة المهمة والخطيرة في الوقت ذاته ثم في الفرع الثالث يدور البحث حول بيان أهم شروط سلطة التعديل وأخيراً في الفرع الرابع نحدد نطاق هذه السلطة .

- (1) ينظر في ذلك البند (أولاً) من المادة (80) من دستور العراق الحالي لعام 2005 .
- (2) ينظر في ذلك الفقرة (ك) من المادة (58) من دستور العراق الملغى لعام 1970 .
- (3) ينظر الفقرة (16) من المادة (17) من قانون المحافظات العراقي رقم (159) لسنة 1969 المعدل .
- (4) ينظر في ذلك المادة (2) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988 .
- (5) ينظر في ذلك المادة (14) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988 .

الفرع الأول

مفهوم سلطة الادارة في تعديل العقد

ان سلطة الادارة في تعديل بنود العقد تعني ان جهة الادارة المتعاقدة يمكنها وفي اي وقت ان تعدل شروط العقد الامر الذي يزيد من التزامات المتعاقد معها او تنقصها ، والسبب في ذلك يعود لارتباط العقد بمرفق عام ، والمرفق العام من اهم قواعد ادارته استجابته للتغيرات المحتملة في الظروف الامر الذي يستلزم تدخل الادارة لتعديل العقد بما ينسجم مع الظروف الجديدة .⁽¹⁾

وان سلطة التعديل تعد اشمل واطر من سلطة الرقابة لامكان ان تتدخل الادارة بنحو معين يؤدي الى زيادة التزامات المتعاقد مع الادارة ، وهي سلطة غير معروفة في نطاق القانون المدني الذي يحكم التزاماته قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .⁽²⁾

ومبدأ ثبات العقد لا يتماشى مع المصلحة العامة التي تسعى الادارة الى تحقيقها لذا كان لزاماً على الادارة ان تخرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فالعقد الاداري لا يمكن ان يتصف بالثبات في التزاماته التي يرتبها بل تملك الادارة تعديله كلما تطلبت الظروف المستجدة ذلك وبالأخص في العقود الادارية التي تمتد في تنفيذها لمدة طويلة فان تغير الظروف امر محتوم ويصبح تعديل العقد امراً لا مفر منه .⁽³⁾

وبالرغم من التأييد الواسع من جانب الفقه والتشريع والقضاء لحق الادارة في التعديل الا ان جانباً من الفقه انكر على الادارة سلطة التعديل اذا لم يكن منصوباً عليها في العقد الاداري او التشريع ولكن الرأي الراجح يذهب الى الاعتراف للادارة بسلطة التعديل لاتصالها بالصالح العام⁽⁴⁾ ، فمما لا شك فيه ان حق الادارة في التعديل حق ثابت ولا نقاش حوله اليوم

- (1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 161-162 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 456 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 44-45 .
- (4) على الرغم من التأييد الواسع لسلطة التعديل الا ان الفقه في فرنسا وتابعه بعض الفقه المصري انقسم على ثلاثة اقسام البعض اعترف بحق الادارة في التعديل سواء نص عليها العقد ام القانون ام لا والبعض أنكر هذه السلطة على الادارة والقسم الاخير اتبع طريقاً وسطاً فاعترف للادارة بسلطة التعديل لكن ضمن ضوابط معينة ، ولمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، دار الفكر العربي ، 1976 ، ص 65-116 . وكذلك ينظر خالد مرموص خلف : سلطة الادارة في تعديل عقودها

الادارية بارادتها المنفردة ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية ، 1987، ص 65-106 .

لان التشريعات نصت عليه صراحة وتبنته احكام المحاكم الادارية فعلى سبيل المثال نص القانون المصري على: ((لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه اركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام او قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الاسعار الخاصة به ، ...))⁽¹⁾، كما تضمنت تعليمات الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية نصاً يقضي بان: ((للمهندس اجراء اي تغيير في شكل ونوعية وكمية الاعمال او في اي جزء منها اذا رأى ان ذلك ضروريا او مرغوباً فيه ،...))⁽²⁾.

كما ان احكام مجلس الدولة المصري صريحة بالاعتراف للادارة بسلطة التعديل فقد أكدت المحكمة الادارية العليا المصرية هذا المعنى بقولها: ((ان سلطة الجهة الادارية في تعديل العقد سواء اثناء تنفيذه او عند تجديده لا يجوز التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام - وجود شرط في العقد يفيد بتنازل الجهة الادارية عن هذه السلطة يعد باطلا - ،...))⁽³⁾.

وجاء في فتوى للجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري قولها: ((ان جهة الادارة لها سلطة تعديل العقد كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ،...))⁽⁴⁾.

وجاء في حكم لمحكمة التمييز العراقية قولها: ((تبين من أوراق الدعوى ومن عقد المقولة المبرم بين الطرفين ان المميز متصرف لواء كركوك قد ايد اعتبار ،..، هو تأريخ أنجاز العمل وقد أيده وزير الداخلية بذلك مما يعتبر تعديلاً للميعاد المحدد في هذه المقولة وقد تسلم المميز العمل فليس له حق الادعاء بالغرامات التأخيرية))⁽⁵⁾.

من هذه النصوص القانونية والاحكام القضائية نستنتج ان حق الادارة في تعديل العقد يعني انها تملك تعديل شروط العقد بما يزيد من التزامات المتعاقد او ينقص منها دون حاجة للتوقف على موافقة المتعاقد معها ، كما انه لا يجوز للادارة ان تتنازل عن هذه السلطة واي اتفاق بغير ذلك يعد باطلا .

ويكون التعديل في بنود العقد عن طريق إصدار أوامر ادارية تأخذ شكل القرارات الادارية موجهة الى المتعاقد مع الادارة ، الذي عليه الامتثال لها واحترامها وتنفيذها واذا ما كان له وجهة نظر مخالفة لذلك او وجد انها تضر بمصالحه فله ان يعترض امام الادارة ———

- (1) ينظر في ذلك المادة (5) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
- (2) ينظر في ذلك المادة (52) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988.
- (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1001، جلسة 1998/11/24) اشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 126 .
- (4) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري الملف (30/9/7 جلسة 1973/11/28) اشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 130.
- (5) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (1046/ح/1965 صادر بتاريخ 1966/6/29) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني السنة الخامسة ، 1966، ص 215.

أولا لتقديم تظلم اداري فان لم تستجب الادارة لتظلمه كان له الحق في الطعن بقرارها امام قاضي الالغاء⁽¹⁾ ، وان حق الادارة في التعديل هو حق مستمد من فكرة المرفق العام ومسؤولية الادارة عن ادارته وضماني سيره بانتظام فاذا ما تخلت عن ذلك لمتعاقد معها يثبت لها الحق في التعديل ، والسبب في ذلك يعود الى ان من المبادئ الاساسية المنظمة للمرافق العامة هو مبدأ ضرورة استجابة المرفق العام للظروف المستجدة ، وان فكرة التعديل هي نتيجة حتمية لمبدأ مواكبة المرفق العام للظروف المستجدة⁽²⁾.

والادارة عندما تباشر هذه السلطة ينبغي ان يكون الباعث الدافع لعملها هو تحقيق المصلحة العامة وان لا تتخذ من حقها في التعديل وسيلة للتملص من التزاماتها العقدية وبالتالي هي تجعل من المتعاقد وكأنه امام عقد جديد مما يضطره الى طلب فسخ العقد ، وبعبارة اخرى ان سلطة التعديل ليست مطلقة بل هي محددة بحدود ينبغي ان لا تتجاوزها جهة الادارة وهي سلطة لا تشمل كل بنود العقد فهناك مثلاً البنود المتعلقة بالمقابل المالي لا تستطيع الادارة باستخدام حق التعديل ان تمسها وتحرم المتعاقد معها من حقوقه المالية⁽³⁾.

وان حق الادارة في التعديل يعد من اهم حقوقها العقدية وشرطا من الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الاداري عن العقد المدني وهو حق ثابت للادارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد لتعلقه بالنظام العام والمبادئ العامة للقانون الاداري .⁽⁴⁾

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الادارة في تعديل العقد

اختلف رأي الفقهاء في فرنسا حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الادارة في تعديل العقد وانقسموا على اتجاهين متميزين الاتجاه الأول بحث عن الأساس القانوني خارج الروابط العقدية في حين ان الاتجاه الاخر رجح ان يكون الأساس يكمن في الروابط العقدية وسنعرض لكلا الرأيين وكالاتي :

الرأي الأول : وهو الاتجاه الذي يرى ان سلطة الادارة مستمدة من خارج العقد :- او بعبارة اخرى الأساس القانوني يكمن فيما تتمتع به الادارة من سلطة بوصفها سلطة عامة وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي (بكيبيو) ان الادارة عندما تمارس سلطة التعديل لا تمارس امتيازاً عقدياً

(1) Marcel Walin : précis de droit administratif .edition mont chrestien . Paris . 1969 . p.419 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص71-72 .
(3) ينظر في ذلك ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص128-129 .
(4) ينظر في ذلك محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي ، مصدر سابق ، ص180 .
بل تمارسه كونها سلطة عامة وسلطة التعديل هي حق وواجب على الادارة وهذا الحق من النظام العام فلا يجوز لها ان تتنازل عنه وان أي اتفاق بما يخالف ذلك يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾ ، ويرى بعض الفقه الفرنسي ان الادارة في مرحلة تنفيذ العقد الاداري تتصرف تجاه المتعاقد معها مرة بوصفها سلطة عامة وتسعى الى تحقيق المصلحة العامة ومرة تتصرف بكونها شخصاً معنوياً يرفع حقوقه ومصالحه الخاصة⁽²⁾ .

ولذلك فان الادارة باعتبارها الراعية للمصلحة العامة اذا ما تعاقدت مع فرد او شركة ليسهم في ادارة احد المرافق العامة فانه في الوقت نفسه يسهم في تحقيق الهدف الذي تسعى اليه الادارة وهو تحقيق المصلحة العامة لذا فان حق الادارة في التدخل وتعديل العقد يعد حقاً اصيلاً مقررًا لمصلحة الادارة متى اقتضت ذلك المصلحة العامة ، ويمكن القول ان كل ما يضيق من حرية الادارة في اتخاذ القرارات اللازمة بهذا الشأن يعد باطلاً وهو بطلان متصل بالنظام العام مما يعني ان الادارة عندما تعاقدت مع الافراد وعهدت اليهم ادارة احد المرافق العامة احتفظت لنفسها بحق التدخل في المستقبل بطريق التعديل بما يحفظ المصلحة العامة⁽³⁾ .

اما في مصر فقد ساند هذا الاتجاه بعض الفقه الذي قال بان تعديل بنود العقد هو حق أكيد من حقوق الادارة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة تمتلك صلاحيات واسعة تجاه الافراد وليس بوصفها طرفاً في العقد ويرى هذا الاتجاه الفقهي ان سلطة التعديل لها وجهان هما :

الوجه الأول سلبي ويتمثل في تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة .
الوجه الثاني وهو وجه ايجابي ويتمثل في منح الادارة المتعاقدة امتيازاً من امتيازات السلطة العامة ، وهي سلطة غير متعارف عليها في اطار العقد المدني تتمكن الادارة من خلالها ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد⁽⁴⁾ .

ويضيف اصحاب هذا الاتجاه الفقهي بان فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة تظهر بوضوح في نظرية عمل الأمير المسلم بها فقهاً وقضاً ، ويضيف اصحاب هذا الرأي ايضا بان استعمال الادارة لسلطة تعديل شروط العقد هو انعكاس طبيعي لسلطتها في التنفيذ المباشر بوصفها سلطة عامة تسعى الى تحقيق المصلحة العامة⁽⁵⁾ .

(1) G.Pequignot : contribution a' la theorie general du contrat administratif . these Montpellier . 1945 .p. 367-369 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الإداري ، مصدر سابق ، 148 .
(3) ينظر في ذلك الدكتور علي الفحام : المصدر نفسه ، ص149 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد كامل ليلة : نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، 1962 ، ص114-115 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمد كامل ليلة : المصدر نفسه ، ص115-116 ، وعزز الدكتور ليلة رأيه بالاستناد إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي في (21/آذار/1910 في قضية Compagnie general francaise) .

ولا يفوتنا ان نذكر ان بعض الفقه وجه سهام نقده لهذا الاتجاه الفقهي فقد اعتبر البعض إن عبارة (أعمال السلطة العامة) عبارة لفظية وتؤدي إلى ازدواج شخصية الدولة بوصفها شخصاً اعتبارياً تارة وباعتبارها سلطة عامة تارة أخرى لذا تخلى عنه معظم الفقه الحديث ، كما انتقد هذا الرأي لان سلطة الإدارة في التعديل لا تعد امتيازاً تعاقدياً كون هذا القول يؤدي إلى نتيجة مفادها اعتبار المتعاقد مع الإدارة شخصاً عادياً وليس متعاقداً أي نفي الرابطة العقدية .⁽¹⁾

الرأي الثاني : والذي يعتبر إن سلطة الإدارة في التعديل هي سلطة مستمدة من الروابط العقدية ويقيم أصحاب هذا الاتجاه الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد على أساس احتياجات المرفق العام وضرورة تحقيق المصلحة العامة او كلاهما لان بعض القائلين بهذا الاتجاه يرون ان سلطة التعديل تقوم على أساس المصلحة العامة ومقتضيات المرافق العامة وان كليهما يؤدي الى النتيجة ذاتها وهي تسويغ سلطة التعديل وفقاً للروابط العقدية .⁽²⁾

ومن اشد المدافعين عن هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (دي لوبادير) الذي تبني صراحة هذا الأساس بقوله ان سلطة الادارة بالتعديل لا يمكن ان تؤسس الا على اساس مستلزمات المرافق العامة واحتياجاتها ، والتغيرات التي تحصل فيها بفعل عامل الوقت .⁽³⁾

ولقد ناصر هذا الاتجاه بعض الفقه المصري والذي رأى ان سلطة التعديل لا يمكن ان تقوم الا على اساس احتياجات المرافق العامة فهي نتيجة لازمة لفكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد .⁽⁴⁾

وأيدت هذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: ((تختلف العقود الادارية عن العقود المدنية في انها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة ،...، ومن اجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الادارة سلطات استثنائية ،...، ومن ذلك سلطة الادارة في تعديل العقد وهي الطابع الرئيسي لنظام العقود الادارية ، بل هي ابرز الخصائص التي تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية ، ومقتضى هذه السلطة ان الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة حق تعديل العقد اثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها ،...، فتزيد من الابعاء الملقة على عاتق الطرف الاخر او تنقصها ، وذلك كلما اقتضت

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص220-221 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص118 وما بعدها .

(3) A.de Laubadere ، F . Moderne ، P. Delvolve : traite des contrats .tome2 .op.cit. p402 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص422 .
حاجة المرفق هذا التعديل ، لان طبيعة العقود الادارية واهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد ،...، ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به ، وضرورة الحرص على انتظامه وسيره ووجوب استدامة تعهد الادارة له وإشرافها عليه بما يحقق الصالح العام ،...))⁽¹⁾

ونتفق مع الرأي الثاني الذي يرجع الأساس القانوني للروابط العقدية لسبب مهم واساسي مقتضاه ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقد طويل المدة يستمر لمدة قد تصل الى (99) سنة في مصر وان تغير الظروف امر محتوم خلال هذه المدة الطويلة لذا فان مقتضيات ادارة المرفق العام وحاجته المستمرة للتجديد تبعاً للتقدم العلمي والتكنولوجي والتقني تحتم تدخل الادارة

واستعمال حقها في تعديل بعض الالتزامات العقدية ليساير المرفق التقدم التكنولوجي الحاصل ، كما ويمكننا القول انه طالما العقد الاداري يرتبط بالمرفق وهذا الاخير عرضة للتطور والتغير بفعل الظروف لذا فلا بد من تعديل العقد ليلأئم المرفق ، والادارة تتمتع بهذه السلطة كما قلنا ذلك سابقا استنادا للقواعد العامة في القانون الاداري وليس لها ان تنتازل عنها في العقد بل ان اي نص يرد في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يقضي بالتنازل عن هذا الحق يعد باطلا بطلانا مطلقا .

الفرع الثالث

شروط ممارسة سلطة التعديل

يمكن بحث شروط ممارسة سلطة التعديل في ثلاث نقاط رئيسية هي كالآتي :-

أولا // ان ينحصر التعديل في اطار العقد الاصلي

ثانيا // مراعاة مبدأ المشروعية عند ممارسة سلطة التعديل .

ثالثا // ان تستجد ظروف جديدة تسوّغ تعديل العقد .

أولا // ان ينحصر التعديل في اطار العقد الاصلي :-

الادارة كاصل عام تملك سلطة تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة ولكن ينبغي ان يكون التعديل في اطار وحدود العقد الاصلي دون ان تتعداه لان المتعاقد معها اتفق معها ابتداءً على معاونتها في ادارة مرفق معين وتعهده ببذل ما في وسعه في حدود هذا العقد لسد احتياجات المرفق العام والادارة لا تملك الزامه باي التزام خارج هذا العقد .⁽²⁾

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم (1609، في 16/12/1956) اشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 113 .

(2) ينظر في ذلك طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقد المشروعة ، مصدر سابق ، ص 101 – 102 .

واذا كانت احتياجات المرفق توصف بانها متجددة ومتغيرة باستمرار فان مما لا مفر منه لجوء الادارة الى تعديل العقد الاداري بما يتفق مع الظروف المحيطة بالمرفق على ان لا تتجاوز الادارة في التعديل العقد الاصلي⁽¹⁾ ، والادارة عندما تعدل نصوص العقد ينبغي ان تراعي الإمكانات المالية والفنية للمتعاقد والا وصف عملها بانه انحراف بالسلطة وتعسف باستعمال سلطة التعديل الامر الذي يعني ابتعاد الادارة عن جادة الصواب .⁽²⁾ وعلى هذا الأساس فان التزام الادارة بان يكون التعديل في اطار العقد الاصلي يظهر من خلال المعايير الثلاثة الآتية :-

1- عدم تغيير موضوع العقد الاصلي .

2- ان لا تتجاوز النسب المقررة في التعديل .

3- عدم قابلية الشروط التعاقدية للتعديل .

فيما يتعلق بالنقطة الاولى وهي :

1- عدم تغيير موضوع العقد الاصلي :-

فمن المسلم به ان كل عقد له موضوع محدد فعقد التوريد موضوعه توريد بضائع او سلع وعقد الالتزام موضوعه ادارة مرفق عام وسلطة التعديل ينبغي ان لا تخرج عن اطار موضوع العقد ولذا نجد ان مجلس الدولة الفرنسي وضع ضوابط تنطبق على كل العقود الادارية ينبغي على الادارة مراعاتها عند ممارسة التعديل تتمثل بالفكرتين الآتيتين :-

أ – فكرة قلب التوازن المالي للعقد وتغيير مضمونه .

ب- فكرة الاعمال الجديدة .⁽³⁾

أ – فكرة قلب التوازن المالي للعقد :- ولقد بينا في الفصل الأول معنى قلب التوازن المالي للعقد وقلنا ان الادارة عندما تمارس سلطاتها المخولة لها في اطار العقد الاداري ومنها سلطة التعديل ينبغي ان لا يصل الامر بها الى حد الاخلال بالتوازن المالي للعقد مما يؤثر على حقوق المتعاقد معها .

وبعبارة اخرى يمكن القول ان الادارة عندما تمارس سلطة تعديل العقد ينبغي ان يكون التعديل ضمن الحدود الطبيعية والمعقولة وضمن موضوع العقد وان لا يصل الامر الى جعل المتعاقد وكأنه امام عقد جديد مما يعني قلب اقتصاديات العقد ، فاذا تبادلت الادارة في تعديلاتها فمن حق المتعاقد ان يطلب فسخ العقد مع التعويض وهذا ما أكدته محكمة القضاء

- (1) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 124 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور رياض عبد عيسى : مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، مطبعة الغري ، النجف الاشرف ، 1976 ، ص 221 – 222 .
- (3) ينظر في ذلك خالد مرموص خلف : سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية ، مصدر سابق ، ص 119-120 .

الاداري المصرية في احد احكامها بقولها: ((ان مخالفة جهة الادارة لما يفرضه عليها العقد الاداري من التزامات وما ينشأ من ذلك من زيادة أعباء المتعاقد معها عن الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها او ان تفوق في قيمتها ونتائجها ما اتفق عليه في العقد بدرجة كبيرة او ان يكون من شأنها ان تقلب العقد رأساً على عقب وتؤدي الى ارهاق المتعاقد ارهاقاً كبيراً يتجاوز إمكانياته الفنية او المالية او الاقتصادية ، فان ذلك يستتبع الحكم بفسخ العقد تأسيساً على ان التعويض الذي تلزم به جهة الادارة لا يكفي لإصلاح الضرر)) (1).

اما مجلس الدولة الفرنسي فانه استعمل اصطلاحات ((انقلاب العقد وتغيير مضمونه)) وهذه المصطلحات هي التي يستعملها مجلس الدولة في احكامه مثل حكمه الصادر في قضية (Daux) وحكمه في قضية (Briancon) بل انه في الدعوى الاخيرة اباح للمتعاقد مع الادارة المطالبة بفسخ العقد اذا ما ادت تعديلات الادارة الى قلب التوازن المالي للعقد الاداري والمطالبة بتعويض ان كان له مقتضى (2).

اما في العراق فالتطبيقات القضائية قليلة نظرا لاختصاص محكمة التمييز بنظر منازعات العقود الادارية ، اما عن المادة (52) من تعليمات الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية فانها حين تمنح الادارة سلطة التعديل لا يعني ان الادارة مطلقة اليد في سلطة التعديل بل عليها ان تراعي العقد وان لا تتجاوز موضوعه الاصلي وان لا تؤدي تعديلاتها الى قلب التوازن المالي للعقد وبخلاف ذلك سنشهد حالة من عزوف الافراد عن التعاقد مع الادارة خوفاً على مصالحهم (3).

ب – فكرة الاعمال الجديدة :-

لجأ مجلس الدولة الفرنسي الى فكرة الاعمال الجديدة ليحد من سلطة الادارة في التعديل وبالتالي يلزمها بان لا تخرج من موضوع العقد الاصلي وفكرة الاعمال الجديدة سبق

- (1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء المصرية رقم (865) في 1968/6/30 (أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري المصرية ، المكتب الفني ، السنة العشرون ، 1968 ، ص 622 .

- (2) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في (5 / حزيران / 1918 في قضية Daux) وكذلك حكمه في (23 / حزيران / 1920 في قضية Briancon) أشار اليهما طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقد المشروعة ، مصدر سابق ، ص 104 .

- (3) ينظر في ذلك خالد مرموص خلف : سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية ، مصدر سابق ، ص 125-126 ، حيث استمرت محكمة التمييز العراقية بنظر منازعات العقود الادارية حتى بعد القانون رقم (106) لسنة 1989 الذي عدل قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 وبعد ذلك صدر قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004 الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة ثم صدور التعليمات رقم (1) لسنة 2007 المتعلقة بتنفيذ العقود الحكومية حيث انشئت محكمة ادارية للنظر بدعوى العقود الادارية الا ان تطبيقاتها غير موجودة لحد الان.

ان بحثنا في الفصل الأول عندما بحثنا حق المتعاقد في التعويض ولذلك نحيل الى ما درسناه سابقاً ونكتفي به ولكن نؤكد على نقطة مهمة هي ان الاعمال الجديدة هي اعمال تنفذ بشروط جديدة واطراف جديدة عن العقد وهي تختلف عن الاعمال غير المتوقعة او الإضافية او الاعمال المفيدة ، ويؤكد الفقيه الفرنسي ((دي لوبادير)) ان مجلس الدولة الفرنسي يبيح طلب فسخ العقد

مع التعويض في حال فرض الادارة على المتعاقد اعمالاً جديدة لا علاقة لها بموضوع العقد ويؤكد على ان مجلس الدولة الفرنسي يصفها بانها ((اعمال غريبة عن موضوع العقد))⁽¹⁾. وتبنى هذه الاحكام ايضا مجلس الدولة المصري اذ قررت محكمة القضاء الاداري بان المتعاقد له ان يمتنع عن تنفيذ الاعمال الجديدة التي فرضتها الادارة والتي تخرج عن موضوع العقد الأصلي وله ان يطلب فسخ العقد على أساس ان التعويض لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا التعديل.⁽²⁾

2- عدم تجاوز النسب المحددة للتعديل : حيث نصت الشروط العامة لاعمال مقاولات الهندسة المدنية العراقية على ذلك بالقول : ((التغيرات في فقرات جدول الكميات المسعر :-

أ - اذا كان التغيير يتعلق بجزء من فقرة في جدول الكميات المسعر عندئذ تتخذ أسعار المقاول للفقرة الاصلية المطلوب تغييرها اساساً للتسعير على ان يطرح او يضاف اليها فرق كلفة المواد او العمل ،...، ج - فيما يتعلق بالتغييرات التي تطرأ على كمية اي فقرة في جدول الكميات المسعر يطبق عليها سعرها في المقولة لحد (20%) بالزيادة او النقصان من الكميات الواردة إزاءها في جدول الكميات المسعر

د - اذا طرأ تخفيض على كميات فقرات جدول الكميات المسعر بنسبة تتجاوز (20%) من الكميات الواردة إزاءها في جدول الكميات المسعر فينبغي عندئذ تعويض المقاول عما فاتته من ربح متوقع عن التخفيض الذي تجاوز النسبة المذكورة ، وفي الحالة التي يؤدي فيها التخفيض الى تفادي المقاول خسارة متوقعة فيجب مراعاة نفس المبدأ لصاحب العمل .))⁽³⁾

ومما يؤخذ على هذه المادة انها لم تجز للمتعاقد سوى طلب التعويض في حالة زيادة الكميات او انقصائها عن نسبة الـ (20%) المبينة في هذه المادة والمتاح للادارة الزيادة

(1) A. de laubader : traite therorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p.228.

(2) ينظر حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم (865 ، في 1968/6/30) سبق ان اشرنا اليه ص 161 من هذه الرسالة ، وحكمها (1609 ، في 1956/ 12 / 16) سبق ان اشرنا اليه ص 159 من هذه الرسالة .
(3) ينظر الفقرة (2) من المادة (53) من تعليمات الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية الصادرة عن وزارة التخطيط عام 1988 . وتقابلها المادة (78) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

والنقصان بما يقابلها وهناك عدة آراء حول حق المتعاقد بطلب فسخ العقد عند تجاوز الادارة للنسبة المقررة بمقتضى القانون او دفتر الشروط الذي تمت الاحالة اليه فهناك من يرى بانه لا يجوز للمتعاقد طلب فسخ العقد في حين يرى آخرون ان من حقه طلب الفسخ في حين يرى فريق ثالث ان حق الفسخ مرهون بتحقيق ارهاق المتعاقد مع الادارة اذا ما تجاوزت التعديلات النسب المحددة في القانون او دفتر الشروط بما يتجاوز امكانيات المتعاقد المالية والفنية وتسبب له ارهاقا⁽¹⁾.

ونتفق مع الرأي الاخير لانه الاصول والأقرب الى العدالة فاذا لم تكن التعديلات في النسب تتجاوز امكانيات المتعاقد المالية والفنية فليس له الحق بطلب فسخ العقد لان التزاماته الجديدة لا تعد مرهقة له وفي حال ان كانت مرهقة يثبت له الحق بطلب فسخ العقد .

3- عدم قابلية الشروط العقدية للتعديل :-

عندما يدرس الكتاب موضوع المرفق العام وعقد التزام المرفق يقولون ان عقد الالتزام الخاص بالمرافق العامة يحتوي على نوعين من الشروط الاولى تنظيمية والاخرى

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 244 ، ومن التطبيقات القضائية على هذه الحالة حكم مجلس الدولة الفرنسي في (26/تشرين الثاني/1938 في قضية Barre) الذي جاء فيه ((ان الادارة لا تستطيع ان تتجاوز نسبة (40%) من الزيادات والتخفيضات المحتملة في الوزن الذي التزم المتعاقد بنقله)) أشار اليه طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقد المشروعة ، مصدر سابق ، ص 110.

وفي فتوى للجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري برقم (7-30/9/1973) جاء فيها ((من المبادئ المستقرة ان الجهة الادارية تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة حق تعديل العقد اثناء تنفيذه ،...، فتزيد من الاعباء الملقاة على كاهل الطرف الاخر او تنقصها ، وتتناول الاعمال او الكميات المتعاقد عليها بالزيادة او بالنقص ،...، غير ان سلطة التعديل هذه ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها ، وفي مقدمة هذه القيود ما يتصل بطبيعة التعديل حيث تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام ونطاق ومقتضيات

العمل المطلوب تنفيذه من المتعاقد على ان جهة الادارة لا تملك ان تتناول بالتعديل النصوص المتعلقة بالمزايا المالية المتفق عليها والتي يستفيد منها المتعاقد حرصا على المصلحة الخاصة، ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار او نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل ، اذ يتعين ان تكون هذه الاعباء في الحدود الطبيعية و المعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية او ان يكون من شأنها ان تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه امام عرض جديد ، او تغير في موضوع العقد او محله والا جاز للمتعاقد طلب فسخ العقد ، ويقابل حق الادارة في تعديل العقد الاداري اثناء التنفيذ حق المتعاقد معها في المحافظة على التوازن المالي للعقد وتعويضه عن الآثار المترتبة على هذا التعديل ((أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص117-118 .

عقدية ⁽¹⁾، والشروط التنظيمية تخضع للتعديل المنفرد من قبل الادارة ، اما الشروط العقدية فلا تعدل الا باتفاق الطرفين ، وفي الغالب تتعلق النصوص العقدية بحقوق المتعاقد المالية حيث لا يجوز ان يشملها التعديل بالارادة المنفردة للادارة بل لابد ان يتم ذلك بالاتفاق بين الطرفين ⁽²⁾ ، والمعيار المميز بين النصوص التنظيمية والنصوص العقدية يظهر في امكانية الاستغناء عن الشروط العقدية اذا ما قررت الادارة اخذ زمام المبادرة وادارة المرفق بطريق الاستغلال المباشر اما اذا لم يكن بالامكان الاستغناء عنها فهي تعد شروطا تنظيمية ⁽³⁾.

إذن الادارة لا تستطيع بارادتها المنفردة ان تعدل الشروط العقدية في عقد التزام المرافق العامة ومن اهم هذه الشروط هو الرسم وبالرجوع الى ما بحثناه في القواعد العامة في تعديل الرسم ذكرنا ان الفقه الفرنسي منقسم بين من يكتف الشروط العقدية المتعلقة بالرسم بانها شروط لائحية او تنظيمية وبالتالي يحق للادارة تعديلها ، وبين من يكتفها بانها ذات طابع مزدوج وفي علاقة الادارة بالملتزم لا تملك التعديل الا بالاتفاق مع المتعاقد وان مجلس الدولة الفرنسي يسلم بالطبيعة التعاقدية لشروط العقد المتعلقة بالرسم ⁽⁴⁾ ، وفي مصر نص القانون على الطبيعة التنظيمية لشروط العقد المتصلة بالرسم مما يمنح الادارة امكانية تعديلها بارادتها المنفردة الا ان القوانين المصرية الحديثة وبالخصوص قانون منح التزام المطارات وأراضي النزول نصت صراحة على تنظيم احكام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وصرحت بعدم الالتزام بالقانون السابق أي قانون التزام المرافق العامة لعام 1947 ، لذا فالرأي في مصر بعد صدور التشريعات الحديثة يرجح رأي مجلس الدولة الفرنسي ويرى ان الرسم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ذو طبيعة اتفاقية (تعاقدية) ولا تستقل الادارة بسلطة تعديله ⁽⁵⁾.

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في (1977/12/21) والذي جاء فيه ((المسلم به فقها وقضاء ان شروط عقد التزام المرافق العامة تنقسم الى نوعين شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بارادته المنفردة في اي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون ان يتوقف ذلك على قبول الملتزم والمسلم به ان التعريف وخطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بارادة مانح الالتزام المنفردة ،...)) أشار لهذا الحكم الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص170 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : نظرية التنفيذ المباشر ، مصدر سابق ، ص118-119 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص538-539 .

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (23/أيار/1936 في قضية Lorient) وقد سبقت الإشارة اليه ، ص73 من هذه الرسالة .

(5) لمزيد من التفصيل ينظر الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص233 .

ثانيا // مراعاة مبدأ المشروعية عند ممارسة سلطة التعديل :-

واحترام قواعد المشروعية تعني ان الادارة عندما تمارس هذه السلطة عليها أولا احترام النصوص القانونية والعقدية مما يعني انه لو كان العقد ينظم سلطة التعديل فعلى الادارة احترام ما يقضي به العقد اما اذا لم يوجد نص في العقد فالادارة مطالبة باحترام الشروط العامة المستمدة من مبادئ المشروعية المعروفة في اطار القانون الاداري وهذا يعني مراعاة عناصر الصحة في القرار الاداري الصادر عن الادارة كما ان الادارة لا تستطيع تعديل كل نصوص العقد وهذا يعني انها يمكن ان تعدل النصوص التنظيمية دون النصوص العقدية وان يكون القرار الاداري القاضي بالتعديل صادرا

عن الجهة الادارية المختصة ومراعي الشروط الشكلية وان يكون محله تعديل العقد الاداري والغاية منه تحقيق المصلحة العامة والسبب تغير الظروف (1).

وبهذا المعنى جاء حكم المحكمة الادارية العليا المصرية ((حقوق المتعاقد مع الادارة والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة وما قد يطرأ عليه من تعديلات ، وان العقد الاداري لا ينشأ ولا يعدل الا بارادة صحيحة من جهة الادارة صادر ممن يملك التعبير عن هذه الارادة اذ لا يملك ابرام العقود الادارية او تعديلها الا من نيظ بهم قانونا هذا الاختصاص ، ومقتضى ذلك انه حين يجوز لجهة الادارة ان تعدل من شروط العقد الاداري فلا سبيل الى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانونا ما لم تلتزم عند اجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى التعديل الا من السلطة المختصة باجرائه ، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة اثرا في تعديل العقد وتحوير اثره وتغيير مقتضاه)) (2).

ثالثا // ان تستجد ظروف جديدة تسوغ تعديل العقد :-

ان الادارة كأصل عام لا تتدخل لتعديل العقد الا اذ استجدت ظروف جديدة تؤثر على تنفيذ العقد فالادارة ملزمة بان تستخدم سلطتها في تعديل العقد ، فعندما تتغير الظروف المحيطة بالمرفق عندئذ لابد من تغيير بنود العقد بما ينسجم مع الظروف الجديدة (3).
لكن بعض الفقه يطرح سؤالا هو لو لم تتغير الظروف لكن الادارة عندما أبرمت العقد أساءت تقدير مقتضيات سير المرفق ولم تستطع تقديرها بشكل سليم يغطي كل احتياجات المرفق وبما يضمن تقديم أفضل الخدمات للجمهور ، مما يعني وجود حاجات معينة لم تستطع

(1) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 173 ، والدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 128 .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (845 في 1980/11/22) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 119-120 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 129-130 .

الادارة تقديرها وقت التعاقد لعدم أحاطتها بحقيقة احتياجات المرفق ؟ يجيب عن هذا السؤال بعض الفقه بالقول: ((... ، اذا لم تقدر الادارة مصالح الجماعة تقديرا سليما فانها لا تستطيع ان تستند على خطئها وتفرض على متعاقد معها تعديل العقد ، في سبيل الاستجابة لافضل حاجات الجماعة بل عليها ان تدرس حاجاتها جيدا قبل ان تطرحها للتعاقد ، ...)) (1).

ويرى بعض الفقه المصري ان في اتاحة الفرصة للادارة لتتدارك خطئها هو اطلاق ليد الادارة لكي تتحلل من التزاماتها متى شاءت واهدار لمصلحة المتعاقد معها الامر الذي يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الادارية ويؤدي الى نتائج عكسية وسلبية (2).

وفي الاتجاه ذاته يرى ايضا بعض الفقه ان سلطة التعديل هي سلطة استثنائية تتمتع بها جهة الادارة ، وتلجأ اليها لمجابهة ظروف غير متوقعة في اوضاع المرفق العام وتؤثر عليه ، وان سوء تقدير احتياجات المرفق لا يمكن مساواتها مع تغير الظروف المحيطة به والمسوغة لتعديل العقد المتصل به ، والقول بخلاف ذلك يعني اعطاء الادارة الحق بالتعديل رغم كونها مخطئة والخطأ مردود عليها والتعديل هنا يعني استفادتها من خطئها وهو ما يخالف القاعدة الأصولية القائلة (لا يصغى الى قول من يستفيد من سوء عمله) وهو يعني مخالفة قواعد حسن النية في تنفيذ العقود الادارية ، ومما يؤيد ذلك ان المشرع في فرنسا ومصر قد أعطى اهتماما كبيرا لحاجات المرافق العامة وضرورة تلبيتها عند التعاقد مع الافراد بشأنها وهو يلقي على الادارة التزاما بضرورة توقع حاجات المرفق وإمكانية تغييرها بتغير الظروف ويؤكد على ان العقد الاداري عند إبرامه يكون شريعة المتعاقدين اي خاضع لما اتفقوا عليه اما عند تنفيذه فقد تستجد حاجات جديدة لم تتوقعها الادارة فلا بد من التعديل وبالتالي يكون العقد الاداري في مرحلة تنفيذه شريعة المرفق العام ، وهو الامر الذي يسمح بالتعديل لو كان سببه راجعاً لاسباب استجدت في مرحلة التنفيذ اما اذا كان راجعاً لاسباب تعود لمرحلة التعاقد فلا يمكن الاستناد عليها (3).

وعلى الجانب الاخر نجد ان بعض الفقه المصري يخالف هذا الرأي ويرى ان ((هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل ، فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير

المرافق العامة ومن اهمها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير ، والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت ان التغيير من شأنه ان يؤدي الى تحسين الخدمة التي يقدمها للمنتفعين ،

(1) ينظر في ذلك رسالة الدكتور ثروت بدوي باللغة الفرنسية (s : Badaui ، droit de l'administration ، p69. de modifier ses contrats) أشار اليها الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص134.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري المصري والمقارن ، مصدر سابق ، ص798.
(3) ينظر في ذلك الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص134-135.

وفكرة التعديل ملازمة للفكرة السابقة وسواء كانت الادارة مخطئه في تقديراتها ام غير مخطئه فانه يجب ان نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على اتم وجه ، لاننا لسنا بصدد عقاب الادارة على خطئها ولكن بصدد اعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة وواضح ان الرأي السابق يؤدي الى اهدار المصلحة العامة بقصد اعمال قاعدة استقرار العقود وهي فكرة يقصد بها حماية المتعاقد ، ولهذا لم يجد أصحاب هذا الرأي مناصا من الاعتراف بان رايهم هذا يخالف الفقه الحديث في فرنسا وقضاء محكمة القضاء الإداري المصرية ((⁽¹⁾)) ، ويذهب بعض الفقه العراقي الى ضرورة تغيير الظروف لتسويغ سلطة التعديل ولكنه يوسع من مفهوم الظروف فيقول ((ويدخل في مفهوم الظروف تقدير مقتضيات سير المرافق العامة)) وهذا التوسع في رأيه لا يخل بمشروعية التعديل لانه يمثل استجابة للقواعد المنظمة للمرافق العامة وان تغير الظروف ليس شرطا لازما للتعديل وانما هو شرط يمهد للتعديل الذي قد يكون ضروريا لا غنى عنه او غير ضروري بقدر ما يستجد من تغييرات وبقدر ما تهدف الى ادخاله جهة الادارة من تغييرات ، وينتهي هذا الرأي الى ان سلطة التعديل تختلف من عقد لآخر وبحسب الظروف والملايسات المحيطة بكل منها .⁽²⁾

ونتفق مع أصحاب الرأي الاخير لسبب مهم هو لو لم تعط الادارة امكانية التعديل الا بتغير الظروف فمعنى ذلك تعطيل المرافق العامة المتعاقد بشأنها مع الأفراد بحجة ضرورة احترام الاتفاق ومراعاة مبادئ حسن النية في تنفيذ العقود الادارية ، فاذا حرمت الادارة من هذا الحق فهو عقاب للمنتفعين بخدمات المرفق وليس عقابا للادارة المتعاقدة ، لانها حين تمارس سلطة التعديل يفترض انها تهدف الى تحقيق المصلحة العامة ، وهذا الكلام يطبق في حالة اذا لم تقدر الادارة احتياجات المرفق تقديرا صحيحا ابتداءً ، كما ونتفق مع اجماع الفقه الإداري حول ضرورة تغير الظروف لتدخل الادارة في تنفيذ العقد مستخدمة سلطة التعديل ، مع الأخذ بنظر الاعتبار ان تغير الظروف ليس هو الأساس القانوني لسلطة الادارة في التعديل بل هو سبب دافع للادارة ومسوغ كاف لتدخلها وفي غير حالة تغير الظروف لا يجوز لها التدخل وتعديل العقد لانها سوف تضر بمصالح المتعاقد معها والذي يكون من حقه مراجعة القاضي الإداري للمطالبة بالتعويض عن الاعمال الجديدة ، وان كانت التعديلات مبالغ فيها فمن حقه طلب فسخ العقد مع التعويض .⁽³⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص280-281 ، وينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في (1957/6/30) سبق ان اشرنا اليه ص85 من هذه الرسالة .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص153 .
(3) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص141.

وان عدم تغير الظروف يعني غياب السبب الدافع للادارة نحو استخدام سلطة التعديل ويعني امكانية إلغاء قرارها القاضي بالتعديل ،⁽¹⁾ كما ونرى ان التوسع في فهم الظروف الذي قال به بعض الفقه العراقي انه مكمل لما ذكرناه أعلاه ما يعني ان الادارة لا تستطيع تعديل العقد ما لم تتغير الظروف ولكن في بعض الاحيان متطلبات المرفق العام تستدعي تدخلها فالقاضي هنا يتوسع في فهم تغير الظروف ليعتبر متطلبات المرافق العامة الملحة سببا كافيا ومسوغاً لتعديل العقد .

الفرع الرابع

نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد

في هذا الفرع نسلط الضوء على المجال الذي تتحرك من خلاله الإدارة عندما تمارس سلطة التعديل اذ تظهر سلطة الإدارة من خلال زيادة أو انقاص التزامات المتعاقد معها أو تعديل وسائل التنفيذ أو مدد التنفيذ وسنعرض لهذه الصور تباعاً وكما يأتي :-

أولاً // التعديل في مقادير التزامات المتعاقد :-

ان سلطة التعديل تمنح الإدارة امكانية تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالانقاص والتعديل في هذه الحالة يوصف بأنه تعديل كمي أي ورد على كمية الالتزامات ولإدارة هنا تزيد الكمية أو تنقصها دون أن تغير النوعية ، فللإدارة مثلاً أن تأمر ملتزم مرفق النقل بزيادة عدد السيارات الناقلة أو زيادة عدد العربات التي تنقل البضائع والسلع لمصلحة الإدارة .⁽²⁾

ثانياً // التعديل في طرق ووسائل التنفيذ :-

فلو تبين للإدارة أن الوسائل التي يستعملها الملتزم لم تعد تتلاءم مع الوسائل الحديثة واساليب التنفيذ المتقدمة فلها أن تأمر المتعاقد معها بأن يساير التطور التكنولوجي واستعمال الوسائل الأكثر تقدماً⁽³⁾ ، وفي فرنسا هناك العديد من السوابق القضائية فمثلاً في حكم (Deville les Rouen) عندما تغيرت أساليب الإنارة من استعمال الغاز إلى الكهرباء ساير مجلس الدولة الإدارة في تعديل أساليب الإنارة إلى الكهرباء بدل الغاز المتفق عليه _____

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 47.
- (2) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 149.
- (3) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 193 ، وكذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 175 .

في العقد ، وتتلخص وقائع القضية في أن مدينة (ديفي ليه روان) أبرمت عقد اضاءة مع شركة باستعمال الغاز وبعد أن راج استعمال الكهرباء للإضاءة بدل الغاز طلبت البلدية من الشركة صاحبة الالتزام ابدال الغاز بالكهرباء لكن الشركة رفضت ، فابرمت البلدية عقد التزام جديد مع شركة أخرى تقدم خدماتها باستعمال الكهرباء فطعنت الشركة الأولى بوصفها صاحبة احتكار ، لكن مجلس الدولة قضى بصحة تصرف البلدية واستوحي حكمه من مبادئ العدالة وعقب على الحكم بالقول ينبغي للمرفق مسايرة التقدم في الوسائل التقنية المستخدمة لإدارته وأن رفض الشركة الأولى ذلك خول البلدية أبرام عقد جديد مع شركة جديدة⁽¹⁾.

ثالثاً // تعديل مدد التنفيذ :-

فالإدارة تملك حق تعديل مدد التنفيذ الواردة في العقد والتي يمثل احترامها واجبا على المتعاقد فللإدارة أن تقصر من مدد التنفيذ أو تطيلها إذا اقتضت الظروف المرافقة للتنفيذ ذلك ولها أن تطلب من المتعاقد إنهاء العمل في موقع المشروع قبل المدة المحددة في العقد أو أن تطيل المدة إذا ما طرأت ظروف طارئة مثل حالة الحرب مما يستدعي أن تطيل الإدارة مدة التنفيذ .⁽²⁾

أما فيما يتعلق بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فنرى بما أنه عقد حديث نسبياً وقد بنا في طبيعته القانونية أنه عقد إداري لذا فإن جميع الأحكام التي درسناها والمتعلقة بتعديل شروط العقد تنطبق عليه فالإدارة تملك سلطات واسعة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شأنه شأن أي عقد إداري آخر وبالتالي هي تتمتع بسلطة تعديل بنود العقد لكن ضمن الضوابط التي ذكرناها أعلاه .

ويؤكد بعض من الفقه المصري وجهة النظر هذه ويقول ان جميع الأحكام المتعلقة بتعديل العقد الاداري تسري على المتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مع احتفاظ شركة المشروع بحق التعويض ان كان له مقتضى (3).

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (1902/12/10) أشير لهذا الحكم في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص57-58.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص416-419 ، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص532 ، وكذلك الدكتور رياض عبد عيسى : مظاهر سلطة الادارة ، مصدر سابق ، ص209-210 ، وكذلك خالد مرموص خلف : سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية ، مصدر سابق ، ص164-166.
- (3) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص205-206 .

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

المتعاقد مع الادارة مطالب بتنفيذ التزاماته العقدية بحسن نية وان لا يقصر في واجبه هذا لان تقصيره يشكل بالاضافة الى الاخلال بالتزام تعاقدى مساسا بالمرفق العام وضرورة انتظام سيره وتأمين تقديم الخدمات للجمهور لذا فالمتعاقد لو تأخر او امتنع عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية يثبت الحق للإدارة بفرض احد الجزاءات الادارية المناسبة وحسب جسامته مخالفته (1) ولا بد من التأكيد على ان الادارة عندما تمارس سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها إنما هي تمارس مظهرا من مظاهر السلطة العامة ، وتعرف السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات تتمتع بها الادارة في اطار القانون العام لتساعدها في تحقيق المصلحة العامة واشباع الحاجات العامة (2).

والإدارة لا تحتاج إلى اللجوء للقضاء لفرض هذا الجزاء بل هي تفرضه بإرادتها المنفردة وعن طريق استعمال امتياز التنفيذ المباشر بحق المتعاقد معها ، وهي تستطيع إيقاع هذه الجزاءات حتى ولو لم يكن منصوبا عليها في العقد الاداري لانها مستفاعة من المبادئ العامة للقانون الاداري ومتصلة بالنظام العام (3).

وان السبب وراء الاعتراف للادارة بسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها هو ضمان تنفيذ العقد الإداري ، وضمان سير المرفق العام المدار بهذا العقد بانتظام واطراد ، ولهذا تنطوي الجزاءات الإدارية على معنى العقوبة الرادعة للمتعاقد المقصر بتنفيذ التزاماته وحمله على تنفيذها ، وان سلطة الادارة بفرض هذه الجزاءات وباستعمال امتياز التنفيذ المباشر (4) ، أعطاهها قدرا مناسباً من الحرية لتلزم المتعاقد معها على تنفيذ التزامه والقضاء الاداري سواء في فرنسا ام في مصر ام في العراق اعترف للادارة بسلطة فرض الجزاءات _____

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص112-113 ، وكذلك الدكتور محمد عبد الحميد ابو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، مصدر سابق ، ص208-209.

(2) ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع هاشم : الجزاءات المالية في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص12-14.

- (3) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص663.
- (4) التنفيذ المباشر :- هو حق الادارة في ان تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية ، اذا رفضوا تنفيذها اختياريا دون حاجة الى اذن سابق من القضاء ، ولمزيد من التفصيل ينظر الدكتور محمد كامل ليلة : نظرية التنفيذ المباشر في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص15.

على المتعاقد معها حتى ولو لم ينص العقد على هذه السلطة وسنعرض تباعا لاحكام من الأنظمة القضائية الثلاثة أعلاه في ثنايا البحث ، وسنقسم البحث على ثلاثة فروع في الفرع الأول نبحث

الخصائص العامة للجزاءات الادارية وفي الفرع الثاني نتناول الأساس القانوني لسلطة فرض الجزاءات وفي الفرع الأخير نبين أهم صور أو أنواع الجزاءات .

الفرع الأول

الخصائص العامة للجزاءات الإدارية

1- الجزاءات الإدارية تفرض بالإرادة المنفردة للإدارة :- وهذا يعني ان الادارة عندما

تمارس سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فانها تفعل ذلك بارادتها المنفردة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك ، وهذا المبدأ مستقر عليه فقها وقضاءً والمسوّغ دائماً هو مصلحة المرفق العام وضرورة اتخاذ الإجراءات السريعة من قبل الادارة لتلافي مخاطر توقف المرافق العامة ، والادارة عندما تصدر قراراً بفرض جزاء معين هي لا تستند دائماً الى نصوص العقد اذ قد يخلو العقد من النص على فرضه ، وهذا لا يعني حرمان الادارة من سلطة فرض الجزاء ، وهذه السلطة مستمدة من المبادئ العامة في القانون الاداري ولا تحتاج الى النص عليها ، واذا نص عليها العقد فان هذا النص لا ينشئ الحق للإدارة بل قد ينظمه او هو تأكيد له فقط .⁽¹⁾

وقد جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا المصرية قولها: ((ان التنفيذ العيني للعقود الادارية هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الادارة لحماية سير المرافق العامة بانتظام ، وتنتمتع جهة الادارة بسلطة تقديرية في اللجوء الى هذا الاجراء وهو ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني وتملك الادارة اللجوء الى هذا الاجراء دون حاجة الى الرجوع للقضاء ولا يشترط لتوقيع هذا الاجراء حدوث ضرر عام يصيب المرفق العام))⁽²⁾ ، والادارة حرة في اختيار الوقت الذي توقع فيه الجزاء الاداري مما يعني تمتعها بسلطة تقديرية واسعة وهذا ما أكدته مجلس الدولة المصري في احد احكامه بالقول: ((جزاء اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته المنصوص عليها بالعقد ترخص الادارة في —————

(1) ينظر في ذلك رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005 ، ص 8 ، وكذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 261-262.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1181 لسنة 33 ق ، في 1994/1/25) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص 316.

اختيار الوقت المناسب لتوقيعه بحسب ما تراه أصلح لضمان سير المرافق العامة ،...)).⁽¹⁾ ولا يحد من سلطة الادارة في توقيع الجزاءات بارادتها المنفردة الا ضرورة مراعاة الصالح العام في قراراتها وخضوع سلطتها لرقابة القاضي الاداري اذ يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يلجأ للقضاء ليطلعن بالغاء القرار الاداري المتضمن ايقاع جزاء اداري عليه كما له ان يطلب التعويض عما سببه له من اضرار .⁽²⁾

2- الجزاءات الادارية تفرض دون حاجة الى النص عليها في العقد :- قد يتضمن العقد الاداري

النص على بعض الجزاءات الادارية والتي تلجأ اليها جهة الادارة اذا ما اخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته ، ولكن هل يجوز للإدارة ان توقع جزاء على المتعاقد معها غير منصوص عليه في العقد ؟ للإجابة عن ذلك يمكن ان نقول انه كان الاعتقاد السائد في فرنسا لدى الفقه والقضاء الاداري ان الادارة تملك فرض الجزاءات المنصوص عليها في العقد فقط وان خلو العقد من النص على جزاء معين يقابل مخالفة معينة يعني ان الادارة لا تملك ايقاعها على الملتزم المخالف فكان الطريق الوحيد المتاح امام الادارة هو الغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعه هذا الالغاء ، لكن الادارة ذاتها لم تكن تستسيغ هذا الحل المتطرف لذا كانت في الغالب تغض النظر عن المخالفات البسيطة او التي لم تصل الى مستوى المخالفات الجسيمة ، وبعد تطورات تاريخية تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الموقف واعترف لجهة الادارة بسلطة فرض جزاءات على المتعاقد وان خلت نصوص العقد من النص عليها .⁽³⁾

وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية (Deplanque) حيث جاء في حيثيات الحكم قوله: ((ولو ان دفتر شروط الالتزام لم ينص على جزاء للوقائع المنسوبة للمقاول بصفة صريحة ، فانها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ لالتزاماته ومن طبيعة تبرر منح تعويض لمدينة (نوزون) نظرا للضرر الذي لحقها من جراء ذلك)) علما ان جزاء التعويض لم يكن منصوصاً عليه في العقد .(4)

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (988 لسنة 9ق ، في 1967/5/20) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص546-547.

(2) ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع : الجزاءات المالية ، مصدر سابق ، ص26 .

(3) A. de Laubadere : traite de droit administratif .op . cit . P. 351 .

(4) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (31/كانون الثاني/1907) أشار لهذا الحكم A. de Laubadere : traite de droit administratif .op . cit . P352 . وتتلخص وقائع الدعوى في ان السيد (ديبلانك) ابرم عقد انارة مع مدينة (نوزون) ونص العقد على جزاء الفسخ فقط ، وقد نسب للسيد ديبلانك تقصيره في بعض التزاماته وعرض الأمر على القضاء الذي لم يكن امامه الا الحكم بالفسخ او توقيع جزاء آخر غير منصوص عليه ، فانبرى مفوض الدولة (روميو) في تقريره الذي قدمه للمحكمة واصر على امكانية فرض جزاء التعويض فاخذ مجلس الدولة الفرنسي بمقترحات السيد روميو والزم السيد ديبلانك بدفع تعويض .

وجاء في تقرير مفوض الدولة (روميو / Romieu) الذي عرضه في هذه الدعوى ما يأتي:

- أ- ان خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الادارة من الحق في توقيعها .
- ب- ان النص في العقد على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع غيرها .
- ج- ان وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الادارة في توقيع جزاءات عن مخالفات أخرى .
- د- اذا توقع العقد خطأ معيناً ووضع له جزاء معيناً فيجب ان تنقيد الادارة بالجزاء ولا يجوز لها استبداله بغيره .(1)

وفي احكام أخرى لمجلس الدولة الفرنسي حول الادارة سلطة فرض الجزاءات دون الرجوع اليه ما يعني سلطة الادارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها بارادتها المنفردة حتى ولو لم ينص عليها العقد مثل حكمه في قضية شركة الملاحة في جنوب الأطلنطي (compagnie des messageries et autres) والتي تتلخص وقائعها بتوقيع الدولة عقود مع عدة شركات لنقل البريد البحري ومنها شركة (المساجيري مارتيم) وتمت الإحالة الى كراسة شروط تفرض غرامات جزائية على الشركة التي تتأخر ببدء التزامها الا ان الشركة المذكورة تأخرت بفعل اضراب قيادات البحرية التجارية بميناء (مرسيلىا) فلما فرضت الادارة الغرامة على الشركة رفعت الشركة دعوى امام مجلس الدولة وطعنت بحجة الإضراب متذرة كونه قوة قاهرة ، وجاء في تقرير مفوض الدولة (تارديه / Tardieu) بانه لا يعد الإضراب قوة قاهرة الا في الحالات الآتية :

- أ- اذا كان مستقلا عن ارادة المتعاقدين .
 - ب- اذا جعل المتعاقد في استحالة مطلقة من الوفاء بالتزاماته .
 - ج- اذا لم يستطع توقعه او انهاءه .
- وقضى المجلس بان الإضراب العام لقيادات البحرية التجارية بميناء (مرسيلىا) لم يترتب عليه استحالة تنفيذ الشركة لنقل البريد المعهود به اليها والى شركة أخرى بين فرنسا والجزائر وتونس وطرابلس ومراكش من جهة أخرى وان الدولة عرضت على الشركة وضع ميكانيكيين من البحرية الوطنية بعدد كافٍ لسد العجز القائم في القيادات البحرية وان الشركة رفضت عرض الحكومة ، والسبب في رفض الشركة للتمسك بالإضراب كقوة قاهرة منعتها من القيام بعملها اذ المجلس لا يرى تحقق حالة القوة القاهرة وان الحكومة محقة بفرضها غرامة التأخير على الشركة .(2)

(1) أشارت اليه الدكتورة سعاد الشرفاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص463 .

(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (29/كانون الثاني/1909) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص107-108 .

ولقد أكدت هذه المعاني احكام مجلس الدولة المصري حيث قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بان ((فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد من سجل المتعهدين المقبولين لدى الادارة ، جزاءات تملك الادارة توقيعها في حالة تخلفه عن الوفاء بالتزاماته واستعماله الغش والتلاعب في تعامله معها ،...))⁽¹⁾.

وجاء في حكم لمحكمة التمييز العراقية بانه ((يعتبر التأخير في اداء العمل ضاراً في جميع الحالات ، تستحق به الغرامة التأخيرية كاملة واستحقاقها بهذه المثابة هو نتيجة اصدار قرار اداري بموجب شروط العقد لا تملك الادارة النزول عنه او التفريط فيه لانه أصبح من حقوق الدولة التي لا يجوز التنازل عنها))⁽²⁾.

الا ان هناك استثناء مقتضاه اذا توقع العقد مخالفة معينة وحدد لها عقوبة لا يمكن للادارة ان تخرج عما هو منصوص عليه في العقد وتقول بهذا الخصوص المحكمة الادارية العليا المصرية: ((اذا ما توقع المتعاقدان في العقد الاداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاء بعينه فيجب ان تنقيد جهة الادارة بما جاء في العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة ان تخالفه او تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات المشار اليها ،...))⁽³⁾.

وهناك اختلاف آخر هو ان التعويض في فرنسا تستحصله الادارة مباشرة بقرار منها اما في مصر فلا يستحصل التعويض الا بقرار من القاضي⁽⁴⁾ ، وان التزام مجلس الدولة المصري بالجزاء المحدد في العقد لمخالفات معينة موضع انتقاد من بعض الفقه العراقي الذي يرى بانه ((لا نعتقد صواب هذا الاتجاه اذ غالباً ما تكون المخالفة من الجسامة بحيث لم تكن الادارة قد توقعت حصولها عند أبرام العقد وان الجزاء الذي نصت عليه في العقد لا يتناسب مع مقدار تلك المخالفة))⁽⁵⁾ ، ونؤيد ذلك لصعوبة ان تتوقع الادارة مقدار جسامة مخالفة المتعاقد معها فتحدد لها عقوبة ملائمة ابتداءً .

3- تعدد الجزاءات الادارية التي تفرض على المتعاقد مع الادارة :- الادارة تملك ايقاع أنواع عدة من الجزاءات على المتعاقد معها وتعدد أنواع الجزاءات يمنح الادارة سلطة تقديرية

- (1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1109، في 1963/12/28) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 547 .
- (2) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (1218 /حقوقية/ في 1966/11/6) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول السنة السادسة ، نيسان ، 1967 .
- (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1020، جلسة 1967/4/8) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 568.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 217 - 218.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 104 .
لنقد الجزاء المناسب على أساس جسامة المخالفة المنسوبة للمتعاقد وهذه الجزاءات بشكل عام تنقسم على نوعين النوع الأول جزاءات مالية مثل غرامة التأخير والتعويض ومصادرة التأمين واخرى غير مالية ضاغطة او فاسخة والضاغطة مثالها وضع المشروع تحت الحراسة اما الفاسخة فتتمثل باسقاط الالتزام⁽¹⁾.

4- ان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات ليست مطلقة وانما ترد عليها قيود :- فتصرفات الادارة بشكل عام محكومة بمبدأ المشروعية ومقتضاه ان الادارة عندما تتصرف ينبغي ان لا يشوب تصرفها تجاوزاً لسلطاتها المقررة بمقتضى القانون وان سلطة الادارة بفرض الجزاءات كتحصيل حاصل هي محكومة بمبدأ المشروعية أيضاً ، وهذا المعنى أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية ((toulousained bazacle)) ((ليس بوسع الادارة "من دون تجاوز حدود السلطة" ان تسن لائحة او قراراً تنظيمياً موائماً للعقوبة القانونية من اجل تنفيذ العقد))⁽²⁾.
وان أهم القيود التي ترد على سلطة الادارة هي :

أ- **الأعذار :** والأعذار هو ضمانات مهمة من ضمانات المتعاقد مع الادارة ويعطيه فرصة لتصحيح الخطأ قبل ان تفاجئه الادارة بفرض جزاء معين عليه ولا تعفى الادارة من الأعذار الا اذا ورد نص في العقد يعفيها منه⁽³⁾.

ب- الرقابة القضائية على توقيع الجزاءات : حق التقاضي هو حق دستوري مضمون لكل أفراد المجتمع والمتعاقد ان تضرر بقرار صادر عن الادارة له اللجوء للقاضي الاداري ومن باب أولى ان يلجأ للقضاء المتعاقد مع الادارة اذا ما تضرر من جراء فرض جزاء اداري عليه ، والقاضي يراقب ويتأكد من مشروعية قرار الادارة وتمتد رقابته لعنصر الملاءمة لان العقود الادارية والدعاوي الخاصة بها تنتمي لنظام القضاء الكامل مما يعني ان القاضي له سلطة الغاء القرار والحكم بالتعويض عنه كما ان القاضي يمكنه ان يحكم بفسخ العقد مع التعويض وبحسب طلبات الخصوم .⁽⁴⁾

ج - ليس للادارة ان توقع جزاءات جنائية على المتعاقد معها بوصفها طرفاً في العقد : بل ان لها ان توقع عليه الجزاءات الجنائية بوصفها سلطة بوليس اداري تسعى الى حفظ _____
(1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم محمد علي : آثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 73 .
(2) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في (19/أذار/1930) أشارت اليه رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات ، مصدر سابق ، ص 14 .
(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 173-174 .
(4) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 80 – 82 والدكتورة سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 464 – 465 .

النظام العام فاذا ما اخل المتعاقد اثناء قيامه بتنفيذ العقد بالنظام العام ثبت الحق للادارة بان توقع عليه جزاءات جنائية .⁽¹⁾

فمما هو مستقر عليه في مصر ان الادارة لا تستطيع اللجوء الى الجزاءات الجنائية بوصفها متعاقداً لتجبره على الوفاء بالتزاماته لان فعلها هذا يعد إساءة لاستعمال السلطة وانحرافاً عن مقاصدها .⁽²⁾

5- الضرر ليس شرطاً لتوقيع الجزاء الاداري :- الادارة المتعاقدة عندما تمارس سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها غير ملزمة بإثبات الضرر فجزاء تأخير تنفيذ العقد او التلكؤ فيه او إهمال بعض الالتزامات من قبل الملتزم تجعل الضرر مفترضاً ومسوغاً كافياً لإيقاع الجزاءات الادارية عليه ⁽³⁾ ، وقد جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا المصرية ما يأتي ((... لا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام ، اذ ان هذا الضرر مفترض لمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه بالعقد ، ذلك ان التراخي في تنفيذ العقود الادارية ينطوي في ذاته على اخلال بالتنظيمات التي رتبته الادارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها))⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها

من المسلم به فقها وقضاء في فرنسا ومصر والعراق ان الادارة تملك فرض الجزاءات على المتعاقد معها حتى ولو لم ينص عليها العقد الاداري ، لكن الخلاف يدور حول الأساس القانوني لهذه السلطة ويمكن ان نبين الأساس القانوني من خلال استعراض رأي الفقه الاداري وكما يأتي :

الاتجاه الأول // ذهب الى ان الأساس القانوني يعود لفكرة السلطة العامة فالجزاءات التي توقعها الادارة على المتعاقد معها هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، _____

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي: المصدر نفسه ، ص 80 ، وكذلك مجيد مجهول درويش : ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام ، مصدر سابق ، ص 118 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع : الجزاءات المالية ، مصدر سابق ، ص 45-46 .
(3) ينظر الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 264.

(4) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1078 جلسة 1963/11/30) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات ، المكتب الفني ، 1955-1965 ، مصدر سابق ، ص 1074.

وهي تطبيق عملي لاهم امتياز تملكه الادارة وهو امتياز " التنفيذ المباشر " فبعض الفقه الفرنسي يرى ان حق الادارة في استعمال امتياز التنفيذ المباشر يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق ما تبرمه من عقود متصلة بالمرافق العامة فلها ان تفسخ العقد او تنفذه على حساب المتعاقد معها دون حاجة الى اللجوء للقضاء .⁽¹⁾

ويرى (فالين) ان من الامتيازات الأساسية لجهة الادارة هي توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته ، وبعض هذه الجزاءات ينتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة ، ويرى بعض الفقه الفرنسي ان الحق في توقيع الجزاءات من جانب واحد يعد امتيازاً اصيلاً للسلطة العامة وهو حق من حقوق الادارة وامتياز متعلق بالنظام العام .⁽²⁾

ويؤيد بعض الفقه المصري هذا الرأي ويجد ان الأساس القانوني لسلطة الادارة في فرض الجزاءات الادارية يكمن في فكرة السلطة العامة ، وما تملكه الادارة من جزاءات هي مظهر من مظاهر السلطة العامة وهي عندما توقع احد هذه الجزاءات على المتعاقد انما تلجأ لاهم امتياز من امتيازاتها الا وهو امتياز التنفيذ المباشر .⁽³⁾

الاتجاه الثاني // وقد ذهب هذا الاتجاه الى ان الأساس القانوني يكمن في فكرة المرفق العام وضرورة استمرار سيره بانتظام واطراد وفي هذا الصدد يذهب بعض الفقه الى ان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب اكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الاداري ، ولذلك فمن المهم ان تكون للالتزامات المتعاقد مع الادارة جزاءات حازمة ، وفي العقد الاداري فان الرجوع لقواعد القانون العام تظهر بوضوح ارادة طرفيه في السماح للادارة بتطبيق الجزاءات التي تهدف الى ان تجعل من الممكن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام ، فاحتياجات المرافق العامة هي أساس وقياس جزاءات القانون العام ، وبذلك فان ميزة هذه الجزاءات يجب ان تتمثل في سلطة الادارة في ان تتخذها على الفور وبالكامل لمواجهة عجز المتعاقد او تقصيره دون وساطة القاضي وتقاديا للتأخير الناتج عن تدخل القضاء والإجراءات المطولة امام المحاكم .⁽⁴⁾

وفي هذا الاتجاه يذهب أيضا بعض الفقه الى القول ان التزامات المتعاقد مع الادارة تتصل بالصالح العام وان اي اخلال بالتزاماته العقدية لا يمثل اخلالا بالعقد فحسب بل انه —————

(1) ينظر في ذلك الدكتور خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، العدد 18 ، كلية الحداثة الجامعة - الموصل ، 2007 ، ص 160-161 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 54-55 ، وكذلك M . Waline : précis de droit administratif .op. cit . p. 419.

(3) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 341-342.

(4) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 51. ينطوي على مساس بالمرفق العام وضرورة سيره بانتظام ولذا من الواجب ان تكون الجزاءات المترتبة على هذا الاخلال شديدة ورادعة وان هدفها الأساسي هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد لا مجرد إعادة التوازن المالي للعقد بالنسبة للالتزامات المتبادلة ولذا لا بد للادارة ان توقعها بارادتها المنفردة وباستعمال امتياز التنفيذ المباشر .⁽¹⁾

ومن التطبيقات القضائية للرأي الأخير نذكر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الذي جاء فيه ((ان للادارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، ومنها فسخ العقد ومصادرة التامين وشطب الاسم وهي في هذا لا تستند الى العقد الاداري بل الى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بان طبيعة العقود الادارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة)) .⁽²⁾

وبعد استعراض رأي الفقه والقضاء الإداريين نتفق مع الرأي الذي يقول ان اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة انما يرجع الى خلاف اعم واشمل وهو خلافهم حول تحديد الأساس القانوني للقانون الاداري وهل يعد هذا القانون قانون ممارسة السلطة العامة ام قانون المرافق العامة ، وهو أمر أثار جدلاً ومناقشة معمقة بين دعاة الفكرتين ، كما ونؤيد رأي جانب من الفقه المصري الذي يذهب الى القول ان فكرة السلطة العامة لا يمكنها ان تقدم أساساً قانونياً صالحاً

لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، لانها وسيلة لبلوغ غاية هي توفير الخدمات للمنتفعين ، كما ان العقد الاداري لا يعد عملا من اعمال السلطة العامة بل هو كأي عقد مدني اصله توافق ارادتين ولكن الاختلاف عن العقد المدني هو تمتع الادارة بسلطات واسعة الغاية منها هي تحقيق المصلحة العامة مما يعني انه عقد قبل كل شيء اصله ايجاب وقبول ولا تصلح فكرة السلطة العامة كمسوخ لتحديد الأساس القانوني لسلطة الادارة في فرض الجزاءات وحتى بعد ان صاغها دعائها بصياغة جديدة وثوب جديد لانها تقف عند الوسيلة دون الغاية ، فضلا عما قد ينتج عنها من احتمال استبداد الادارة وتعسفها في استعمال هذه السلطة .⁽³⁾ ، لذا نرى ان الاصلح هو المعيار الثاني أي معيار المرفق العام .

- (1) ينظر في ذلك الدكتور طعيمة الجرف : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص230 ، وبالاتجاه ذاته رأي الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري المصري والمقارن ، مصدر سابق ، ص799 .
- (2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1109 في 1963/12/28) سبق ان اشرنا اليه ص 45 من هذه الرسالة .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور زكي محمد النجار : حدود سلطة الادارة في توقيع عقوبة الغرامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص77-79 ، وتجدر الإشارة الى ان معيار السلطة العامة لجأ اليه الفقه ليعده فكرة مسوخة للأساس القانوني للقانون الاداري ومحددا لنطاق تطبيقه وبسبب الانتقادات التي تعرض لها هذا المعيار لجأ المدافعون عنه الى إعادة صياغته فقالوا اذا كان معيار السلطة العامة يعني مجموعة الامتيازات التي تتمتع بها الادارة في مواجهة الأفراد فانها لا تستخدم هذه الامتيازات الا لتحقيق الصالح العام وهذا الأمر بالتحديد يفرض عليها التزامات تجاه الأفراد مقتضاها ان تسعى

الفرع الثالث



صور الجزاءات الادارية

تنقسم الجزاءات بشكل عام على جزاءات مالية واخرى غير مالية ، اما الجزاءات المالية فانها تنقسم على الغرامة التأخيرية والتعويض ومصادرة التامين في حين تكون الجزاءات غير المالية اما ضاغطة وهي وضع المرفق تحت الحراسة الادارية او فاسخة وهي فسخ العقد الاداري او إسقاط الالتزام .

أولاً // الجزاءات المالية :

1- الغرامة التأخيرية :- وهي عبارة عن مبالغ مالية محددة سلفاً ومنصوص عليها في العقد وتفرض من جانب الادارة على المتعاقد معها اذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته العقدية ولا يشترط لاستحقاقها إثبات ان ضرراً ما لحق جهة الادارة فالضرر مفترض لمجرد تأخر التنفيذ لتعلق العقد بالمرفق العام .⁽¹⁾

وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في احد احكامها جاء فيه ((...) ، وقد تحقق ان المميز تأخر في تسليم الدور الأربعة التي تعهد بإنشائها ،.. من دون ان تكون له معذرة مشروعة كما تحقق لحوق ضرر بالمميز عليه بسبب هذا التأخير ،...)).⁽²⁾

ومن الثابت ان الغرامة التأخيرية كجزاء لا بد ان تكون منصوصاً عليها في العقد الاداري فاذا خلا العقد من النص عليها فلا تستطيع الادارة توقيع عقوبة الغرامة ولا يكون امامها الا اللجوء للقاضي الاداري ليحكم لها بتعويض عن الأضرار التي أصابها نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها ولا يلزم الا عذار قبل توقيعها .⁽³⁾

دائماً وبلاستعانة بامتيازات القانون العام الى تحقيق المصلحة العامة ، ولمزيد من التفاصيل عن معيار السلطة العامة بصياغته الجديدة ينظر الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص219 .

- (1) ينظر في ذلك الدكتور خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص165 ، وكذلك الدكتور زكي محمد النجار : حدود سلطة الادارة في توقيع عقوبة الغرامة ، مصدر سابق ، ص53 ،

- وكذلك محمود خليل خضير : الغرامات التأخيرية في العقود الادارية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991 ، ص 8-10.
- (2) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (223 / حقوقية في 1962/3/2) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثالث السنة الأولى ، أيلول ، 1962 ، ص 197 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور علي خطار شطناوي : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها ، مصدر سابق ، ص 57 .

وان النص على تضمين العقود الادارية شرطا يتضمن الغرامة التأخيرية غير كافٍ فلا بد من ان يرد نص في العقد ينص صراحة على الغرامة ومقدارها او يحيل الى قانون معين جاعلا منه جزءاً من العقد⁽¹⁾ ، اما عن الاعذار فانه وجوبي في فرنسا ولا تسري الغرامة في حق الملتزم الا من يوم اعذاره وبدون الاعذار لا يمكن للادارة فرض الغرامة التأخيرية ، اما في مصر والعراق فقد جرى العمل على ان الادارة تتمتع بسلطة تقديرية في الغرامة التأخيرية دون حاجة الى اعذار المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته الا اذا نص العقد على خلاف ذلك⁽²⁾ ، وقد جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا المصرية قولها ((... ، غرامة التأخير مقررّة أصلا في العقود الادارية لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها ، وهي توقع بمجرد حصول التأخير ولو لم تترتب عليه اية اضرار ، ودون ما حاجة الى تنبيه او إنذار او اتخاذ اية إجراءات قانونية))⁽³⁾.

- (1) نص البند (ثانيا) من المادة (12) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 على ((يحدد الحد الأعلى للغرامات التأخيرية من الجهة المتعاقدة بنسبة (10%) عشرة من المئة من مبلغ العقد او المقولة وعلى الجهة المنفذة تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية ،...)) ، وجاء في فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (88 لسنة 21 ق في 1967/4/5) على ((ان هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد احكامها او الإحالة عليها باعتبارها جزءاً مكملاً له وبذلك فان الادارة لا يجوز لها توقيع غرامة ما لم ينص عليها العقد استنادا الى اللائحة المذكورة)) أشير اليها في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 570 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 168-169 ، وكذلك ثامر محمد ابراهيم : الجزاءات الادارية في عقد الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2000 ، ص 37-39 ، وكذلك رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات ، مصدر سابق ، ص 27.
- (3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (4669 جلسة 1997/11/25) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص 314 ، كما ان محكمة التمييز العراقية أصدرت حكماً في القضية رقم (515/مدنية أولى / في 1972/11/15) جاء فيه ((ان محكمة التمييز تؤيد حكم محكمة استئناف بغداد بفسخ الحكم الابتدائي تعديلاً - وذلك بالزام المستأنفة (الوزارة) بان تعيد المستأنف عليه مبلغ (720) ديناراً من مبلغ الغرامة ورد الدعوى التي أقامها المقاول بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف وأتعاب المحاماة بنسبة ما حكم لهما ، ولقد أسست محكمة الاستئناف حكماً على ان العقد المبرم بين الوزارة والمقاول هو من العقود الادارية المتميزة عن العقود المدنية ،... ، ذلك لان الغرامة التأخيرية في العقود الادارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ،... ، ونظراً لان العقد المبرم هو من العقود الادارية التي يفترض فيها الضرر عند حصول التأخير ،...)) أشار اليه الدكتور ابراهيم طه الفياض : تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة الثالثة ، 1979 ، ص 199-201 .

والغرامة التأخيرية بهذه الصفة الجزائية تترتب عليها عدة نتائج اهمها :

أ- السلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الادارة :

والتي تمارسها بناءً على ما هو مقرر لها من امتياز التنفيذ المباشر ، اذا ما نص العقد على الغرامة التأخيرية وتوصف الغرامة التأخيرية بانها اتفاقية وتلقائية ومرنة فمن أهم خصائص غرامة التأخير بانها اتفاقية اي بانها تحدد بالاتفاق بين الادارة والمتعاقد معها على شكل شرط في العقد وتتميز بانها تلقائية مما يعني ان الادارة تستحصلها دون سابق أعذار وقرار اداري صادر بالإرادة المنفردة للادارة ، وتوصف بانها مرنة وهو ما يعني ان الادارة حرة في اقتضاء كامل المبلغ او جزء منه او قد تعفي المتعاقد من دفع الغرامة كما لو كان سبب تأخير المتعاقد في التنفيذ راجعاً الى سبب أجنبي⁽¹⁾.

ب- اختلاف الغرامة التأخيرية عن غيرها من الأوضاع القانونية كالشرط الجزائي :

فالشرط الجزائي هو أيضا شرط اتفاقي في العقد المدني ويستحق بمقتضاه المتعاقد تعويضا اذا ما اخل المدين بتنفيذ التزامه ولكن وجه الاختلاف يظهر في ان الشرط الجزائي لا يستحق الا بعد الاضرار واثبات حصول ضرر و صدور حكم قضائي يقضي باستحقاق الشرط الجزائي كما ان الغاية منه هي جبر الضرر الخاص في حين الغرامة التأخيرية كما قلنا اعلاه لا تحتاج الى صدور حكم قضائي ولا حاجة للأضرار او لاثبات الضرر لان الغاية منها هي ضمان حسن تنفيذ العقد الاداري .⁽²⁾

ولقد أكدت هذا المعنى المحكمة الادارية العليا المصرية بالقول: ((...، من المبادئ المسلمة في فقه القانون الاداري ان غرامات التأخير في العقود الادارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، ذلك ان الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته ، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الاخر وأضرار للطرف المقصر ، و صدور حكم به ، وللقضاء ان يخفضه اذا ثبت انه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد ، بينما الحكمة في الغرامات التي ينص عليها في العقود الادارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ولذا فان الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها دون حاجة الى صدور حكم بها اذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الاخلال من

- (1) ينظر في ذلك الدكتور علي خطر شطناوي : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير ، مصدر سابق ، ص 83-84 ، وكذلك الدكتور حسان عبد السميع هاشم : الجزاءات المالية ، مصدر سابق ، ص 62-69 ، وينظر كذلك ثامر محمد ابراهيم : الجزاءات الادارية ، مصدر سابق ، ص 39 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 117 ، وكذلك الدكتور علي خطر : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير ، مصدر سابق ، ص 79-80 .
- جانب المتعاقد معها ،...)).⁽¹⁾

ج- تستحق غرامة التأخير بمجرد التأخير في انجاز العمل :

حيث لا يشترط اثبات ان ضررا ما أصاب جهة الادارة ، بل حتى لو أعطت جهة الادارة للمتعاقد مهلة إضافية لإتمام العمل فهذه المهلة او الرخصة لا تعفي الملتزم من غرامة التأخير.⁽²⁾

د- لا يعفى المتعاقد من الغرامة الا اذا اثبت ان سبب تأخيره في انجاز العمل راجع الى قوة قاهرة لا قبل له بردها او فعل الادارة المتعاقدة هو الذي سبب التأخير .⁽³⁾

هـ- ان جهة الادارة تملك سلطة تقديرية في فرض الغرامة او إعفاء المتعاقد منها او استيفاء جزء منها وفي جميع الأحوال عليها اصدار قرار اداري مسبب .⁽⁴⁾

و- ليس للمتعاقد مع الادارة ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ من جانب الادارة للتخلص من التزاماته بحجة تقصير الادارة بل عليه الوفاء بها ثم يطالب الادارة بالتعويض ، والا تعرض لفرض غرامات تأخيرية ولقد ذهبت المحكمة الادارية العليا الى انه ((ليس للمتعاقد مع الادارة الدفع بعدم التنفيذ للتخلل من التزاماته ، فلا يسوغ له الامتناع عن الوفاء بالتزاماته بحجة ان ثمة إجراءات إدارية أدت الى الاخلال بالوفاء باحد التزاماتها قبله ، اذ يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ طالما كان ذلك باستطاعته ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها اذا كان لذلك ثمة مقتضى ،...)).⁽⁵⁾

ي- جواز الجمع بين الغرامة التأخيرية وغيرها من الجزاءات الضاغطة او الفاسخة :

فبشكل عام يمكن للادارة ان تستوفي الغرامة وتضع الحراسة على المرفق ولها ان تستوفي

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (61 ، في 1960/9/21) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات ، المكتب الفني ، 1955-1965 ، مصدر سابق ، ص 1073 .

(2) ينظر في ذلك ثامر محمد ابراهيم : الجزاءات الادارية ، مصدر سابق ، ص 36 .

- (3) ينظر في ذلك الدكتور زكي محمد النجار : حدود سلطات الادارة في توقيع عقوبة الغرامة ، مصدر سابق ، ص 61 ، وينظر نص المادة (6) من التعليمات رقم (1) لسنة 2007 ، والمادة (14) من التعليمات رقم (1) لسنة 2008 ، الخاصة بالعقود الحكومية العراقية والصادرة عن وزارة التخطيط .
- (4) ينظر في ذلك الدكتور علي خنجر : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير ، مصدر سابق ، ص 82 ، وينظر بهذا المعنى نص المادة (12) البند ثالثاً) من تعليمات العقود الحكومية العراقية والتي قضت بانه ((على الجهة المتعاقدة وبقرار مسبب فرض الغرامات التأخيرية او إيقافها عند سحب العمل من المقاولين او المتعاقدين)) وبالمعنى ذاته ينظر البند (رابعاً/ 8) من تعليمات 2008 .
- (5) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1724) ، في 2000/4/4) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 14-15 .
- الغرامة وتسقط الالتزام (1).

ولقد نص على هذا المعنى صراحة قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري بقوله: ((في جميع حالات فسخ العقد وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد ، يصبح التامين النهائي من حق الجهة الادارية ، كما يكون لها ان تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من اية مبالغ مستحقة او تستحق للمتعاقد لديها ...)).(2)

2- التعويض:- وهو عبارة عن مبلغ من المال يحق للادارة ان تطالب المتعاقد معها بدفعه اذا ما اخل بتنفيذ التزاماته العقدية في حال سكوت العقد عن النص على جزاء آخر ذي طبيعة مالية يواجهه هذا الاخلال. (3)

ويؤكد الفقه الاداري ان التعويض في اطار العقد الاداري يقترب من مفهوم التعويض في العقد المدني ذلك لان التعويض لا يستحق الا اذا تحققت المسؤولية العقدية بصور خطأ من المتعاقد وحصول ضرر للادارة ولكنهما يختلفان بطريقة التحديد وكيفية التحصيل ، ويرى البعض الآخر ان التعويض ليس من الجزاءات المالية لانه تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص ، لكن هذا الرأي مردود لدى غالبية الفقه الاداري الحديث (4) ، ويرى بعض الفقه عدم صواب هذا الرأي لان الادارة في بعض الحالات - كما اذا نص العقد على ذلك - تملك فرضه بارادتها المنفردة وتحدد مقداره وتحدد أسلوب تحصيله وهذه امتيازات تجعل منه جزاءً إدارياً ، ويضاف لهذه الامتيازات ان التعويض لا يعد دائماً تعويضاً عن ضرر اذ في اغلب الاحيان تستعمله الادارة كجزاء ضاغط على ارادة المتعاقد لتلزمه بتنفيذ التزاماته (5).

وفي فرنسا سمح التشريع للادارة بان تقوم بنفسها بتقدير التعويض وتستوفيه مباشرة من المتعاقد معها بطريق اصدار أوامر بالدفع بارادتها المنفردة ، كما ان لها ان تتنازل عن هذا الحق وتلجأ الى القضاء ليقوم بعملية تقدير التعويض ثم يترك أمر استيفائه للادارة ، اما في مصر والعراق فلا يوجد سند قانوني يخول الادارة امكانية تقدير التعويض بدون الرجوع الى القضاء (6).

- (1) ينظر في ذلك الدكتور زكي محمد النجار : حدود سلطات الادارة في توقيع عقوبة الغرامة ، مصدر سابق ، ص 95 ، وينظر كذلك الفقرة (1) من المادة (48) من الشروط العامة لإعمال مقاولات الهندسة المدنية العراقية لعام 1988 .
- (2) ينظر في ذلك المادة (26) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع : الجزاءات المالية ، مصدر سابق ، ص 112 .
- (4) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 152 .
- (5) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو راضي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 106-107 .
- (6) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 135 .

ولكن الادارة في مصر والعراق قد تضمن العقد نصا يخولها امكانية تقدير التعويض دون الرجوع الى القضاء ، وفي كل الأحوال يملك المتعاقد سواء في فرنسا ام مصر ام العراق امكانية الرجوع الى القضاء الاداري ليقوم دعواه على أساس عدم صحة السبب الذي استندت اليه الادارة في تحصيل التعويض او ان التعويض مغالى فيه فيطلب من القضاء تخفيضه بما يحقق العدالة (1).

والقاضي يأخذ بنظر الاعتبار امكانية ان يكون الخطأ مشتركاً وبالتالي ينزل من مبلغ التعويض بمقدار مساهمة الادارة في الخطأ .⁽²⁾

وقد جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا المصرية ما يأتي ((لا وجه لإلزام الادارة بان تلجأ الى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض ، ما دام ان العقد يخولها صراحة الحق في اجراء المقاصة من اية مبالغ تكون مستحقة او تستحق للمتعاقد معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها او أي مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها فاذا كان العقد قد نص أيضا على ان يكون ذلك بدون الاخلال بالمصلحة في المطالبة قضائيا بالخسارة التي لا يتيسر لها استردادها فلا يعني هذا بالضرورة الزام المصلحة بالالتجاء الى القضاء مادام في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار ، بل النص يعني تخويل الادارة حق الالتجاء الى القضاء اذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملا))⁽³⁾ ، ويمكن تحديد القواعد الأساسية التي تحكم التعويض بما يأتي :

أ- الخطأ العقدي : اي اخلال المتعاقد باحد التزاماته العقدية سواء كان خطؤه شخصياً ام صادراً عن احد اتباعه ومساعديه ام المقاول من الباطن .⁽⁴⁾

ب- تحقق وقوع ضرر أصاب جهة الادارة : يشترط لاستحقاق التعويض ان يكون هناك ضرر محقق نزل بالادارة وان كان بعض الفقه يقف عند هذه النقطة ويرى ان التعويض لا يكون عادلا كون الضرر لم يصب الادارة المتعاقدة بقدر ما أصاب المنتفعين من خدمات المرفق ، فما يهم الجمهور هو ان يحصلوا على خدمات المرفق ، اما اخلال المتعاقد بالتزاماته وفرض التعويض عليه فالتعويض يذهب الى خزائن الدولة بحسب تعبير الفقه ، كما ان ———

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص117 ، وكذلك مازن ليلو : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص112 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص135.

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (7) ، في (1965/11/27) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص595 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص172 ، وكذلك ثامر محمد ابراهيم : الجزاءات الادارية ، مصدر سابق ، ص57-59 .

التعويض لا يكون عادلا في بعض الاحيان لصعوبة تحديد الضرر بشكل دقيق فمن الصعب تحديد تعويض عادل عن تأخير توريد المتعاقد صفقات السلاح للدولة في حين ان المعارك دائرة (1).

ج- لا بد من صدور حكم قضائي يحدد مقدار التعويض : وهي القاعدة المعمول بها في مصر والعراق كما قلنا وهي قاعدة عامة لا يرد عليها الا استثناء واحد وهو وجود نص في العقد يمنح الادارة هذا الحق .

د- لا يصار الى التعويض اذا كان التنفيذ العيني ممكنا : ذلك لان الهدف من فرض الجزاءات الادارية هو ضمان حسن سير العمل في المرفق العام وذلك بتنفيذ العقد فاذا كان تنفيذ العقد ممكنا فهو مقدم على استيفاء التعويض وهذا الاتجاه أرسته المحكمة الادارية العليا المصرية في احد احكامها بقولها: ((من الأصول العامة للالتزامات والتي تسري على العقود الادارية والمدنية على حد سواء انه اذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن ، فان المدين يجبر عليه وانه لا قيام للمسؤولية العقدية في مجال التنفيذ العيني ، اذ انه متى كان التنفيذ العيني ممكنا فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ ،...))⁽²⁾.

هـ- الاعذار : في التعويض يكون الاعذار وجوبيا على العكس من الغرامة التأخيرية بل هو شرط من شروط استحقاق التعويض ، ففي مصر والعراق حيث ان الادارة لا تملك تقدير التعويض بل لا بد لها من الرجوع الى القاضي المختص الا في حالة وجود نص عقدي يقضي بغير ذلك اما في غير ذلك فهي ملزمة بالرجوع الى القضاء وعند تحريك الدعوى امام القضاء الاداري فان هذا الامر في حد ذاته ينطوي على عدة إجراءات من أهمها دعوة الطرفين للحضور والدفاع عن نفسيهما وهذا التحريك للدعوى يأخذ حكم الاعذار .⁽³⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 181-182.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (988 ، في 1967/5/20) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص 265 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور حسان عبد السميع : الجزاءات المالية ، مصدر سابق ، ص 118-120 ، وقد نصت المادة (256) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل على ((لا يستحق التعويض الا بعد أضرار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك)) ، وتجدر الإشارة الى انه يجوز الجمع بين التعويض وغرامة التأخير حيث تقول المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم (3761، جلسة 1997/10/28) بان ((عدم التلازم في هذا الشأن بين غرامة التأخير والتعويض ، يرجع الى ان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الادارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب على هذا التأخير اضرار أصابت جهة الادارة او لم يترتب عليها ذلك ، بينما يلزم لتحصيل المتعاقد مع الادارة للتعويض ان يصيب الادارة ضرر نتيجة تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه)) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص 316 .

3- مصادرة التأمين :- والتأمين هو عبارة عن مبلغ من المال تحدده الادارة بنسبة معينة من

قيمة العقد ويقوم المتعاقد بإيداعه لدى احد المصارف المعتمدة فيكون ضماناً لمصلحة الادارة اذا ما اخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته حيث تصدره الادارة واذا نفذ التزاماته يرد اليه التأمين دون حاجة الى تقديم طلب (1) ، وقد عرفته المحكمة الادارية العليا المصرية بانه ((عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الادارة تتوقى بها أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الاداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره)) (2).

والتأمين على نوعين مؤقت ونهائي والمؤقت او الابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء ويحدد بنسبة معينة من قيمة العطاء لضمان جدية مقدم العطاء بحيث لو نكل عن التعاقد يصادر هذا التأمين ، اما النهائي فهو عبارة عن مبلغ من المال يدفع عند قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته (3).

ومصادرة التأمين توصف بانها شرط جزائي من شروط العقد الاداري وبالتالي هو ضمانه لحسن تنفيذ العقد والتزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، وهو يختلف عن الشرط الجزائي في القانون المدني من حيث ان مصادرة التأمين جزاء تفرضه الادارة بارادتها المنفردة ودون حاجة لصدور حكم قضائي بذلك ودون ان تلزم الادارة باثبات ان ضرراً ما لحقها وهو ما يكسب شرط مصادرة التأمين طبيعته الادارية (4).

وقرار المصادرة يعد قراراً إدارياً تصدره الادارة بارادتها المنفردة وباستعمال امتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به في اطار العقد الاداري (5).

وبهذا الصدد يشار الى ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية ((أولاً //

التأمينات القانونية :
أ- لا تقبل التأمينات الأولية لمقدمي العطاءات الا اذا كانت على شكل خطاب ضمان او صك مصدق او كفالة مصرفية ،...

ب- تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة تتراوح بين (1.5%) واحد ونصف من المئة

(1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 269.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (849 ، في 1965/1/2) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا المصرية في عشر سنوات ، المكتب الفني، مصدر سابق ، ص 1086-1088.

(3) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 110 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 226.

(5) ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 275.

الى (3%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية لعقود التجهيز للسلع والخدمات والمقاولات ،...
ج - تحدد التأمينات النهائية لضمان حسن التنفيذ بنسبة (5%) خمسة من المئة من مبلغ العقد يضاف له مبلغ الاحتياط العام للمقولة ولا تطلق الا بعد صدور شهادة القبول النهائية وتصفية الحسابات النهائية)) (1).

ومصادرة التأمين هو شرط جزائي يحدد بالاتفاق ، ويعد احد الجزاءات المالية التي تملكها الادارة تجاه المتعاقد معها ولا يعد تعويضا بل هو جزاء مستقل تفرضه الادارة بارادتها المنفردة وليس لها ان تتنازل عنه وقد قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بان ((للادارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم القضاء))⁽²⁾ . وفي حكم آخر تقول المحكمة ((ان حق الادارة في مصادرة التأمين عند قيام أسبابه وما ترتبه على اخلال المتعهد بالتزاماته مما يرتبط بسلطتها التقديرية التي تنأى عن الرقابة القضائية طالما كانت متفقة مع مبدأ المشروعية وغير متسمة بإساءة استعمال السلطة))⁽³⁾ . ويمكن أخيرا الإشارة الى أهم النتائج المستخلصة من النصوص القانونية والأحكام القضائية :

أ- جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض في حالة الفسخ : وتضمن هذه الحالة قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الذي قضى بان ((في جميع حالات فسخ العقد وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الادارية ،...))⁽⁴⁾ ، وقد استقر قضاء المحكمة الادارية العليا المصرية على جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض لاختلاف كل منهما كجزاء اداري عن الآخر وعلى أساس ان مصادرة التأمين تمثل الحد الأدنى من التعويض بشرط ان لا يتجاوز المبلغ الناتج عن الجمع بينهما المقدار الكافي لجبر الضرر⁽⁵⁾ ، حيث قضت المحكمة في احد الاحكام ((ان التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد انما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للادارة اقتضائه وبحيث لا يقبل من المتعاقد المقصر ان يثبت ان الضرر يقل عن مبلغ التعويض الا انه لا يمثل يقينا الحد الأقصى

(1) ينظر في ذلك المادة (12 البند أولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 الصادرة عن وزارة التخطيط ، وتقابلها المادتان (17 ، 18) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (834 ، جلسة 1963/4/27) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات ، المكتب الفني ، 1955-1965 ، مصدر سابق ، ص 1090 .

(3) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (1127 ، في 1961/4/22) أشير اليه في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات ، مجموعة الدكتور احمد سمير ابو شادي ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 1407 .

(4) ينظر في ذلك المادة (26) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 182 .

(...)⁽¹⁾ ، وفي حكم سابق قضت بان ((...، الوزارة الطاعنة اذ استعملت حقها الذي خولتها إياه بنود العقد وشروط المزايدة فألغت العقد وصادرت التأمين وراحت أيضا تطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها من جراء اخلال المتعاقد معها بالشروط المتفق عليها ، فمصادرة مبلغ التأمين في الحالة الراهنة هي بمثابة جزاء من الجزاءات التي تملك المحافظة توقيعها على الطرف المتعاقد معها عندما يخل بالتزامه ، وذلك بمقتضى المادة (21) من شروط العقد المبرم بينها وبين المدعى عليه بسبب وقوع هذا الاخلال في ذاته ، اما المطالبة بالتعويض فيقصد مواجهة الأضرار التي لحقت بالادارة من جراء أخطاء المتعاقد معها ،...، فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين هذا الجزاء والتعويض في العقد الاداري المبرم بين الطرفين فكل منهما سببه ومبرراته فلا تعارض بين هذا الجزاء والتعويض ولا بين ايهما وفسخ العقد ،...، ولئن لم يرد في البند المذكور النص علاوة على مصادرة التأمين على حق المصلحة في التعويض عما لحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعهد بالتزامه الا ان مجرد عدم النص لا يؤدي في حالة فسخ العقد الى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين))⁽²⁾ .

ب- عد التأمينات في بعض الاحيان بمثابة رسوم مالية تمثل جزءاً من قيمة استخدام أدوات المرفق واندثار آلاته : كما في عقد التزام المرافق العامة فتعد هذه التأمينات في هذا العقد بمثابة رسم عن موجودات المرفق⁽³⁾ .

وبعد ان انتهينا من بحث الجزاءات المالية يرد سؤال مهم هو هل تسري هذه الاحكام على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ؟ او بعبارة أخرى هل من الممكن ايقاع عقوبة الغرامة التأخيرية على الملتزم ان تأخر في تنفيذ التزامه وهل يمكن مطالبته بتعويض الادارة عما أصابها

من اضرار نتيجة تراخيه في العمل وهل يكون للادارة امكانية ان تضع شرطاً في العقد يقضي بدفع تأمينات أولية او نهائية ؟

لقد أجاب الفقه المصري بالإيجاب واستندوا الى ما أبرمته الحكومة المصرية من عقود بناء وتشغيل ونقل ملكية والتي تضمنتها كل هذه الشروط وهذه الجزاءات بما يعني انها تتوافق مع هذا النوع من العقود الادارية .(4)

ونتفق مع هذا الرأي ولا نجد ما يمنع من ان يرد في العقد نص يمنح الادارة سلطة فرض غرامات تأخيرية او اشتراط دفع تأمينات أولية او نهائية او اقتضاء تعويض لانها _____
(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم (508، جلسة 1967/11/18) أشار اليه الدكتور احمد سلامة بدر : المصدر نفسه ، ص182-183 .

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (1109، في 1963/12/28) سبق ان اشرنا اليه ص 45 من هذه الرسالة .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص127 .

(4) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص270 .
جميعا تمثل ضمانات للادارة وبذات الوقت هي جزاءات مالية رادعة للمتعاقد المقصر في اداء واجباته العقدية وبها تضمن الادارة حسن سير العمل في المرفق العام والتزام المتعاقد بمواعيد العمل وامتناعه عن التراخي والتسويق في اداء واجباته لانه يعلم بإمكانية فرض عقوبة مالية عليه ان تأخر بذلك ، اذن هذه الجزاءات تؤدي دور التدابير الوقائية ضد تهاون المتعاقد في عمله ، وان جزاء التعويض حتى ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد تملك الادارة فرضه على المتعاقد معها اذا ما قصر في واجباته ، اما جزاء الغرامة فقد بينا انها اتفاقية اي اذا لم يكن منصوصاً عليها في العقد لا تملك الادارة فرضها ، اما التأمينات فانها ينبغي بخصوصها مراعاة نص القانون وما اتفق عليه الطرفان .

ثانياً // الجزاءات غير المالية :-

وهي اما ان تكون ضاغطة او فاسخة وسنعرض لها كما يأتي :

1- الجزاءات الضاغطة :- في اطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (وضع المرفق تحت الحراسة) فالجزاءات الضاغطة تعني ان تقوم الادارة بنفسها او تعهد لشخص آخر محلها ليقوم مقام المتعاقد في تنفيذ العقد اذا ما نسب له ارتكاب خطأ جسيم وتوصف بانها جزاءات مؤقتة وبان الغاية منها هي إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته العقدية ، مما يعني انها لا تؤدي الى انتهاء العقد وانما الهدف منها هو الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد .(1)

وعندما تحل الادارة او من تختاره محل المتعاقد معها توصف علاقتها بالمتعاقد بانها علاقة وكالة تخضع لاحكام القانون المدني ، لذا تلزم الادارة بان تبذل العناية اللازمة لإدارة المرفق والا تعد مقصرة وخصوصا اذا ما تأخرت في تنفيذ الالتزام .(2)

وتتخذ الجزاءات الضاغطة او المؤقتة صوراً متعددة بحسب اختلاف كل عقد اداري ففي عقد امتياز المرفق العام تتخذ صورة وضع المرفق تحت الحراسة وفي عقد المقاوله تظهر في صورة تنفيذ العمل على حساب المقاول وفي عقد التوريد تكون صورتها الشراء على حساب المورد .

وما يعيننا هو الصورة الأولى فقط اي وضع المرفق تحت الحراسة الادارية والذي سنتناوله في عدة محاور وكالاتي :-

أ- معنى الحراسة على المرفق العام :- تقوم الادارة بوضع المرفق المدار بعقد التزام تحت

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص121-122 ، وكذلك الدكتور علي الدين زيدان ومحمد السيد احمد : الموسوعة الشاملة في القانون الاداري ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص877-878 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا : القانون الاداري اللبناني ، مصدر سابق ، ص475 ، وكذلك الدكتور عمرو فؤاد بركات : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص553 .

حراستها اذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته تقصيرا جسيما ، او اذا طرأت ظروف لا يد للمتعاقد فيها ومن شأنها ان تهدد المرفق العام بالتوقف كإضراب العمال عن العمل ، كما ان وضع المرفق تحت الحراسة لا يعني انقضاء عقد الالتزام بل انه اجراء مؤقت بانقضائه يعود المرفق للمتعاقد لإدارته او ينقضي العقد بالفسخ .⁽¹⁾

اما عن التكييف القانوني لهذه السلطة فيذهب الفقه الى انه اذا كان تكييفها بانها سلطة مستمدة من نصوص العقد فانها لا توجد ولا تمارس الا اذا تضمنها العقد صراحة كما ان الادارة لا تستطيع التوسع في إجراءاتها عما هو منصوص عليه الا بعد موافقة المتعاقد معها ، اما اذا كُتبت بانها سلطة تنظيمية (لائحية) هذا يعني وجودها حتى ولو لم ينص عليها العقد ويمكن للادارة التوسع فيها دون الحاجة لاستحصال موافقة المتعاقد معها لانها تتصل بالنظام العام وضرورة تحقيق المصلحة العامة ، والرأي الأخير هو المعمول به بحيث حتى ولو لم ينص عليها في العقد تملك الادارة وضع المرفق تحت حراستها اذا قصر او اخطأ المتعاقد معها أخطاء جسيمة او استجدت ظروف تهدد المرفق العام بالتوقف ، كما ان الادارة لا تملك التنازل عنها واي نص في العقد يقضي بغير ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا .⁽²⁾

بل ان وضع المرفق تحت الحراسة يعد امتيازاً من امتيازات السلطة العامة الذي تملكه الادارة في اطار كل العقود الادارية ومنها عقد البناء التشغيل ونقل الملكية .⁽³⁾

اما عن الافعال المسوغة لاتخاذ اجراء وضع المرفق تحت الحراسة فهي :

* صدور مخالفات جسيمة من جانب المتعاقد مع الادارة وتقديره البين في تنفيذ التزاماته الأمر الذي يعرض المرفق العام لخطر التوقف الكلي او الجزئي او تناقص قدراته المالية او الفنية اللازمة للاستمرار في ادارة المرفق .⁽⁴⁾

* ان تطرأ ظروف قاهرة لا يد للمتعاقد في حدوثها ومن شأنها تهديد استمرار سير المرفق بانتظام وهنا توقع الادارة اجراء الحراسة على المرفق بدون إسناد اي خطأ للمتعاقد .⁽⁵⁾

ولا يؤدي وضع المرفق تحت الحراسة الى انتهاء العقد كما اسلفنا وانما يؤدي الى رفع يد

(1) ينظر في ذلك الدكتور سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 485.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 200.

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص 105-106.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 231-232.

(5) ينظر في ذلك الدكتور مازن ليلو : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 112 ، وكذلك الدكتور محمد كامل ليلية : نظرية التنفيذ المباشر ، مصدر سابق ، ص 130 .

المتعاقد مؤقتاً عن ادارته لحين استقرار الأوضاع كما ان الادارة غير مطالبة باعذار المتعاقد معها عندما توقع عليه جزاء الحراسة لان وضع الحراسة هو اجراء عاجل تتخذه الادارة بقصد تدارك خطر توقف المرفق العام واستلزام توجيه اعدار يؤخر عمل الادارة⁽¹⁾ ، الا اذا نص العقد خلاف ذلك ومن باب أولى بوقع هذا الجزاء دون حاجة لصدور حكم قضائي⁽²⁾ ، وبدورنا نؤيد ما ذهب اليه بعض الباحثين إعفاء الادارة من الاعذار أمر تقتضيه المصلحة العامة لان في اعتبار الاعذار ضماناً للمتعاقد للمحافظة على مصالحه الخاصة لا يمنع من تقديم المصلحة العامة التي يمثلها جمهور المنتفعين بخدمات المرفق وبالأخص اذا ما علمنا ان الزمن يلعب دوراً حاسماً وأساسياً في عقد الالتزام وهذا راجع الى الطبيعة الخاصة للمرفق العام الذي تحكمه مجموعة من الأسس والقواعد تقع على رأسها قاعدة استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد⁽³⁾.

ب- آثار وضع المرفق تحت الحراسة :

* استبعاد الملتزم من ادارة المرفق بشكل مؤقت لحين انقضاء مدة الحراسة .

* قيام السلطة الادارية المتعاقدة بادارة المرفق بنفسها او ان تعين حارساً محلها لإدارة المرفق العام .

* للإدارة الاستيلاء على كل المنشآت والآلات والمعدات المستعملة لإدارة المرفق للاستفادة منها في أدارته مع بقاء ملكيتها للملتزم ، كما تلتزم الإدارة بالعناية بموجودات المرفق وردها سليمة للمتعاقد معها وتسأل عن اي تلف نتيجة إهمال (4).

* تدبر الإدارة المرفق اثناء مدة الحراسة وفقا للقواعد المتفق عليها في العقد وليس لها ان تنقص الرسوم او ان تزيد من التكاليف ، كما انها مطالبة بإدارة المرفق بشكل جيد وبذل العناية اللازمة لذلك وللمتعاقد ان يطعن امام القضاء الاداري بتصرفاتها غير المشروعة والتي أضرت بمصالحه (5).

* للإدارة الاستيلاء على الرسوم المستحقة عن اداء الخدمات وتوجيهها نحو خدمة المرفق

(1) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص137 ، وكذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص203-205 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص163-164 .

(3) ينظر في ذلك رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ، مصدر سابق ، ص50.

(4) M . Waline : précis de droit administratif . op . cit . p420 .

وكذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص158 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم محمد علي : آثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص102 .

وتطويره بما يضمن استمرار العمل وتقديم أفضل الخدمات (1).

* واذا كان وضع المرفق تحت الحراسة الادارية بسبب يعود لخطأ المتعاقد فان الإدارة عندما تضع الحراسة عليه وتقوم باستغلاله فانها تستغله على حساب المتعاقد ومسؤوليته بل ان إيرادات المرفق لو لم تكف لسد نفقاته فيكون ملزماً بان يوفي النفقات من ماله الخاص ، ولا يمكنه التخلص من هذا الالتزام الا اذا اثبت ان الإدارة ارتكبت خطأ عند أدارتها للمرفق محل الالتزام ، كما انه يتحمل الفوارق فانه يحرم من الزيادات في الإيرادات (2) ، اما اذا كان وضع المرفق تحت الحراسة نتيجة قوة القاهرة لا يد للملتزم فيها فالنفقات تتحملها الإدارة وتدبر المرفق على مسؤوليتها لا مسؤولية الملتزم وهي التي تتحمل الفوارق في التكاليف (3).

* تحدد الإدارة المدة التي سيوضع خلالها المرفق تحت الحراسة واذا ما صادف ان حددت هذه المدة في العقد فان هذا التحديد لا يلزم الإدارة وتنقضي الحراسة بانتهاء المدة التي حددتها الإدارة او بفسخ العقد (4).

ونرى ان احكام وضع المرفق تحت الحراسة من الممكن ان تطبق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فالملتزم ان قصر في تنفيذ التزاماته او طرأت ظروف يعجز عن مقاومتها فمن حق الإدارة وضع المرفق تحت حراستها الادارية لحين استعادة الملتزم لتوازنه او انجلاء الظروف الطارئة فتعيد الإدارة المرفق له ليكمل مدة العقد .

2- الجزاءات الفاسخة :-

ان انقضاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عموما اما يكون طبيعيا بانقضاء مدة العقد وتنفيذ كل طرف كامل التزاماته ، او ان يكون انقضاء مبتسرا على سبيل الجزاء كما في إسقاط الالتزام ، كما يمكن للإدارة ان تنهي العقد بارادتها المنفردة دون ان ينسب للمتعاقد معها اي خطأ او ما يعرف بسلطة الإدارة باسترداد المرفق قبل انقضاء مدة العقد ، وفي هذا المحور نبحت الجزاءات الفاسخة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والمتمثلة بعقوبة إسقاط الالتزام ثم بعد ذلك نتناول الاسترداد بفرع مستقل بوصفه حقا من حقوق الإدارة المتعاقدة ، ولبحث الإسقاط يتعين علينا التعرض لنقاط عدة نعرض لها كالآتي :

أ- معنى الإسقاط : والإسقاط كجزاء يؤدي الى انتهاء الالتزام قبل انقضاء مدة العقد نتيجة

(1) ينظر في ذلك رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ، مصدر سابق ، ص51 .

- (2) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 665.
- (3) ينظر في ذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 211.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 193 .
- الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد مع الادارة ، فاذا ثبتت للادارة ان المتعاقد معها لم يعد قادرا على الاستمرار بعمله بشكل مرضٍ فلها الحق بفسخ العقد لتضمن بذلك سير العمل في المرفق العام بانتظام واطراد ، وتسمية الإسقاط أطلقها مجلس الدولة الفرنسي على سلطة الادارة بفسخ العقد نتيجة خطأ المتعاقد معها ⁽¹⁾ ، ويضيف بعض الفقه ان جزاء الإسقاط في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو انعكاس حقيقي لسلطة الادارة في ايقاع الفسخ الجزائي (على سبيل الجزاء) نتيجة اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته وارتكابه مخالفات خطيرة فتتيقن الادارة من عدم جدوى استمراره في ادارة المرفق فتقوم باسقاط الالتزام ⁽²⁾ .
- ولقد استقر رأي الفقه الاداري في مصر بان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كاي عقد اداري آخر يمكن ان يتضمن شرطاً يبيح للادارة امكانية إسقاط الالتزام في حالة اذا ما اخل المتعاقد بالتزاماته ، اما اذا لم يكن هناك شرط من هذا القبيل فسلطة الادارة بالفسخ هي ثابتة ومستقاة من القواعد العامة في القانون الاداري ، فتستطيع الادارة وبلاستناد الى امتياز التنفيذ المباشر ان تسقط الالتزام وتختار ملتزماً جديداً يحل محل المتعاقد الأول ⁽³⁾ .

ب- شروط استعمال سلطة الادارة باسقاط الالتزام :

- * ان يرتكب المتعاقد مع الادارة أخطاء جسيمة :- والخطأ الجسيم هو اما ان يكون خطأ عقدياً او خطأ ناتجاً عن مخالفة احكام القانون ⁽⁴⁾ ، اذن جزاء الإسقاط لا يمكن اللجوء اليه الا اذا نسب للمتعاقد مع الادارة ارتكاب أخطاء جسيمة وفادحة لا يمكن إصلاحها وثبت ان لجوء الادارة الى فرض جزاءات ضاغطة عليه او جزاءات مالية لن تجدي نفعا لإجبار الملتزم على الاقلاع عن الأخطاء التي يرتكبها ، ومن أهم تطبيقات هذه الأخطاء الجسيمة والمسوغة لإسقاط الالتزام تنازل الملتزم عن العقد لغيره بدون اذن الادارة المتعاقدة ، وعدم احترامه لمدد التنفيذ المنصوص عليها في العقد او دفتر الشروط ، او تركه للمرفق دون استغلال حيث انه يخالف بذلك التزاماً مهماً تصل بالمبادئ المنظمة للمرافق العامة الا وهو مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ⁽⁵⁾ .

(1) ينظر في ذلك الدكتور علي خمار شطناوي : الوجيز في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 720 ، وكذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 365-366 .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 107 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص 107 .

(4) ينظر في ذلك رفاه كريم كريل : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 37 .

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 145 ، وكذلك الدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 185 .

ويرى بعض الفقه الفرنسي ان مجلس الدولة يلتزم كثيراً بهذه القاعدة ويرفض اسقاط الالتزام ان كان الخطأ المنسوب للمتعاقد ليس جسيماً فقد يرى المجلس ان الخطأ لا يستحق الفسخ فيحكم بوضع المرفق تحت الحراسة كما فعل في قضية (Cvill de nantes cborelli) ⁽¹⁾ ، ويخلص هذا الاتجاه الفقهي الى ان مجلس الدولة الفرنسي يراقب مدى ملائمة الجزاء بالنسبة للخطأ المنسوب للملتزم هو يراقب هل المخالفة المنسوبة للملتزم تسوّغ الفسخ ام لا .

* اعدار الملتزم :- حيث يتعين على جهة الادارة وقبل ان توقع جزاء الإسقاط ان توجه أعدارا للملتزم ، وقد تنص على هذا الالتزام شروط العقد او كراسة الشروط وتنظم كيفية الاعذار ومدته ، وحتى لو خلت الكراسة او نصوص العقد من ذلك فالادارة ملزمة بالاقرار ، الا في حالة وجود نص في العقد يعفيها من توجيه الاعذار او تبين ان الاعذار أصبح غير ذي فائدة كما لو أعلن الملتزم انه أصبح غير قادر على الاستمرار في ادارة المرفق ، او تعفى الادارة من الاعذار ان

كان هناك حالة استعجال او حالة ضرورة لا تسمح باعذار الملتزم ، واخيرا تعفى الادارة من الاعذار في حالتي الإفلاس او التصفية القضائية ان كان الملتزم شركة .⁽²⁾

ويذكر بعض الفقه المصري ان الادارة من الممكن ان تعفى من توجيه اعذار للملتزم في حالة اذا كان قد فرضت عليه جزاء ضاعطا كوضع المرفق تحت الحراسة حيث يرون ان الادارة بإمكانها فسخ العقد دون حاجة لأعذار المتعاقد لانه نسب اليه أخطاء جسيمة سوغت وضع المرفق تحت الحراسة ومن باب أولى اخطاؤه تسوغ فسخ العقد وعززوا رأيهم بالرجوع الى حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Thibon) .⁽³⁾

وموقف مجلس الدولة المصري من الاعذار في غاية الوضوح فقد أكدت المحكمة الادارية العليا المصرية بانه على الادارة ان تعذر الملتزم قبل ايقاع جزاء الإسقاط عليه وجاء في حكمها ما نصه ((...) ، كما يثبت لمناح الالتزام دائما – بجانب هذه الجزاءات – اسقاط الالتزام اذا اختل المرفق اختلالا جزيئيا او كلياً او اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة غاية الأمر انه يشترط في هذا الصدد توفر شرطين اولهما ان يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة او يتكرر إهماله او عجز عن تسييره بانتظام ، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا

(1) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p.165.

وحكم مجلس الدولة الفرنسي في (30/نيسان/1948) أشار اليه المصدر ذاته .
(2) ينظر في ذلك الدكتور حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 186 ، وكذلك الدكتور عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 280-281.

(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (26/كانون أول/1930) أشار اليه الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 237.

الجزاء ، ...) .⁽¹⁾
* صدور حكم من القضاء يقضي بالإسقاط :- وهذه القاعدة متعارف عليها في فرنسا حيث لا تملك الادارة ان توقع عقوبة الإسقاط بارادتها المنفردة بل عليها الرجوع للقاضي الاداري ليحكم لها بذلك ، الا في حالة وجود نص في العقد يقضي بغير ذلك وهذا الرأي مستقر عليه فقها وقضاء في فرنسا .⁽²⁾

وفي مصر لا وجود لمثل هذه القاعدة حيث تستقل الادارة بسلطة فرض جزاء الإسقاط بارادتها المنفردة ودون حاجة لصدور قرار قضائي بذلك ، وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الاداري المصرية بقولها: ((ان كل اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة لا يقتصر على ان يكون اخلالا بالالتزام تعاقدى فحسب وانما هو ايضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل به العقد ، واتصاله بالعقد وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد ،.. فمن حق الادارة الفسخ أي الغاء العقد دون اللجوء الى القضاء وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الادارة تقصيرا جسيما)) .⁽³⁾

اما في العراق فان نصوص القانون المدني التي نظمت عقد الالتزام لم تنص على اسقاط الالتزام ، الا ان القضاء العراقي قال كلمته بمسايرة مجلس الدولة المصري في ان الادارة توقع الإسقاط بارادتها المنفردة دون حاجة لحكم من القضاء فقد ورد في حكم لمحكمة التمييز العراقية في دعوى تتلخص وقائعها في ان وزارة الاقتصاد والمواصلات آنذاك عام 1933 منحت امتيازاً لأحد الأفراد لتوزيع الماء على الأهالي في محافظة كربلاء لمدة (50) عاما بدءاً من عام 1933 وبعد انتهاء المدة يعود المرفق بجميع موجوداته للحكومة دون مقابل، ووضع في المادة (31) من العقد نص منح الحكومة الحق بان تلغي الالتزام او تنقله الى سواه – أي الى غيره – ان عجز صاحب الامتياز عن اداء عمله بصورة مرضية وأعطته الحق بان يأخذ تعويضات عن الآلات التي تسلم لخلفه ، وبعد مرور (20) عاماً أقامت بلدية كربلاء مشروع ماء وتحول المشتركون الى المشروع الجديد مما دعا الوزارة المعنية الى الغاء الالتزام كونه غير صالح للعمل من النواحي الصحية والفنية واستنادا الى المادة (31)

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (110 ، في 30/12/1977) أشار اليه المحامي زكي شمس : الأسس العامة للعقود الادارية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 1713.

(2) فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي منذ وقت مبكر على هذا المبدأ حيث لا تستطيع الادارة فرض عقوبة الإسقاط الا بالرجوع للقاضي الاداري ومن أوائل احكام المجلس في هذا الصدد حكمه الصادر في (15/أيار/1888 في قضية Commune de villiers – sur – mer) وحكمه الصادر في (17/تشرين الثاني/1944 في قضية Ville d'avallon) أشار اليهما الفقيه الفرنسي :

A . de Laubadere : traite theorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p167.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الطعن (4186 ، في 11/4 / 1957) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثاني ، مصدر سابق ، ص 529 .

من العقد فطعن الملتزم بقرار الوزارة وانتهى الأمر الى محكمة التمييز فحكمت بان ((... من المسلم به في القانون الاداري ان الملتزم يخضع في القيام بادارة المرفق العام واستغلاله لرقابة الحكومة سواء نص في عقد الالتزام على الرقابة ام لم ينص ، فان هذا العقد قد نص في مواد متعددة منه على سلطة الحكومة في الاشراف على تنفيذ صاحب الالتزام لنصوص العقد وأجاز في المادة الحادية والثلاثين ان تلغي المشروع او تنقله الى غير صاحب الامتياز اذا عجز عن تنفيذه او ادارته بصورة مرضية بمقتضى شروط العقد او اذا خالف هذه الشروط، وقد خلى العقد من نص يوجب على الحكومة دفع اي تعويض في حالة الالغاء فالحكومة قد استعملت حقها المشروع في هذا الالغاء صيانة للمصلحة ولم تتعسف فيه فلا ضمان عليها ، فقد صبرت مدة طويلة وعملت جهدها على حمل أصحاب الامتياز على القيام بالتزاماتهم ووجهت اليهم العديد من الكتب والتحذيرات فلم يجد ذلك نفعا))⁽¹⁾.

من هذا الحكم نستنبط موقف القضاء العراقي الذي اشترط ارتكاب خطأ جسيم من المتعاقد وأعداره من قبل الحكومة واخيرا اعترف لها بسلطة اسقاط الالتزام بارادتها المنفردة دون ان يشترط الرجوع اليه .

ج- آثار الإسقاط : وتترتب على الإسقاط جملة من الآثار يمكن بيانها كما يأتي :-

* سقوط حق المتعاقد المقصر في المطالبة بتعويض بل ان للادارة ان تطلب منه تعويضاً عن الاضرار التي لحقتها جراء إهماله وتقصيره مما سبب أضراراً للمرفق العام⁽²⁾.

وبهذا الصدد أفتت الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري بانه ((تنص المادة الأولى من القرار الجمهوري بالقانون رقم (123) لسنة 1961 في شأن اسقاط الالتزام الممنوح لشركة ترام القاهرة على ان " يسقط طبقاً لاحكام هذا القانون التزام استغلال مرفق النقل العام للركاب بالالتزام ترولي باس بمدينة القاهرة الذي كانت تتولاه شركة ترام القاهرة " كما نصت المادة الثانية منه على " تؤول الى مؤسسة النقل العام بمدينة القاهرة كافة منشآت المرفق المشار اليه وكذا الأموال المرتبطة والمكملة والمتمة له وتتولى مؤسسة النقل العام ادارته " ، ... ، واسقاط الالتزام في حقيقته جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لاختفاء جسيمة اقترفها في ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره في ادارة المرفق وتسييره وفي هذه الحالة لا تقوم السلطة مانحة الالتزام بتعويض

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم (930/حقوقية في 12/2/1967) أشار اليه محمد عبد الله الدليمي : سلطة الادارة في انتهاء عقودها الادارية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1983 ، ص 137.

(2) ينظر في ذلك فتحي عبد الصبور : الآثار القانونية للتأميم ، الطبعة الثانية ، منشورات عالم الكتب ، القاهرة ، 1967 ، ص 149 .

الملتزم عن اسقاط التزامه ، ...))⁽¹⁾.

* للادارة بعد اتمام الإسقاط ان تعلن عن حاجتها لملتزم جديد يدير المرفق العام فتبرم معه عقدا اداريا جديدا وفقا للقوانين المعمول بها⁽²⁾ ، فللجهة مانحة الالتزام ان تعلن بعد اسقاط الالتزام عن رغبتها في التعاقد فتتلقى العطاءات لهذا الغرض وعندما يرسي رأيها على ملتزم جديد ليدير المرفق بدلا عن السابق يدفع ثمن المعدات والآلات الموجودة بالمرفق والمملوكة للملتزم القديم والذي يكون من حقه قبض ثمنها غير ان الأخير يتحمل كافة الأعباء المالية التي تكبدتها الادارة في سبيل العثور على ملتزم جديد ، كما ان المصلحة العامة اذا اقتضت سير المرفق بانتظام

وعدم توقفه لحين اختيار ملتزم جديد فعلى الادارة ان تتولى ادارته بنفسها او تعهد لشخص اخر ليديره مؤقتا ولكن تحت رقابة الادارة وعلى مسؤوليتها الخاصة .(3)

* تصبح التأمينات التي دفعها الملتزم حقا للادارة ، ولا يوجد ما يمنع من ان تجمع الادارة بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض الا اذا نص العقد على خلاف ذلك لانها تطلب تعويضا مكملًا للتأمين لجبر الضرر الذي لحقها .(4)

* لا تكون الادارة مسؤولة عن الوفاء بديون المتعاقد معها في حالة اسقاط الالتزام ، الا اذا نص العقد على خلاف ذلك فهي لا تعد خلفا عاما ولا خاصا للمتعاقد ولكن يمكن لدائني المتعاقد الرجوع بالوسائل القانونية على الادارة بما للمتعاقد السابق عليها من حقوق ، مثل ما مستحق في ذمتها له من أموال ناتجة عن تنفيذ الأعمال او عن قيمة موجودات المرفق التي جهزها بنفسه .(5)

* العقود المبرمة بين الملتزم وعماله ومستخدميه لا تسري بحق الادارة الا اذا نص العقد او القانون على خلاف ذلك ، كما ان للادارة او المتعاقد الجديد الاستفادة من العمال والمستخدمين او من مقاولي الباطن لتنفيذ الأعمال بوصفهم أصحاب خبرة وأكثر اطلاعا على مجريات العمل .(6)

(1) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (4 في 1962/1/2) أشير اليها في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري ، مجموعة الدكتور احمد سمير ابو شادي : الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص2564.

(2) ينظر في ذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد B.O.T ، مصدر سابق ، ص391.

(3) ينظر في ذلك محمد عبد الله الدليمي : سلطة الادارة في انتهاء عقودها الادارية ، مصدر سابق ، ص130.

(4) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص203 ، وكذلك الدكتور عمرو فؤاد بركات : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص554-555.

(5) ينظر في ذلك فتحي عبد الصبور : الآثار القانونية للتأمين ، مصدر سابق ، ص149-150 .

(6) ينظر في ذلك فتحي عبد الصبور : المصدر نفسه ، ص154-158.

وهذا المعنى أكدته فتوى الجمعية العمومية في مصر بقولها: ((ان انشاء المرافق العامة والقيام عليها وادارتها هي قوام وظيفة الدولة وتادية لواجبها الأساسي وهو تقديم خدمات للجمهور وسد حاجاته على اختلاف أنواعها ،...، ومن المسلم ان الدولة لا تتنازل ولا تملك ان تتنازل او تتخلى عن المرفق مهما كانت الوسيلة التي اختارتها لادارته وتظل رقابتها على سير المرفق دائمة ولهذا اذا ما عهدت بدارته الى فرد او شركة بمنحه التزام استغلاله ان تسترده وتتولى ادارته مباشرة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ولها ان تسقط الالتزام عنه اذا اخل بالتزاماته التي التزم بها في عقد الالتزام وتدير المرفق على النحو الذي تراه ، واخيرا فان لها ان تبقي على الالتزام مع تعديل طريقة سير المرفق بما يكفل توفير الخدمة على نحو أكمل ، ويخلص من ذلك ان لجهة الادارة متى استردت التزام استغلال المرفق او اسقطته لإخلال الملتزم بالتزاماته التي يتضمنها عقد الالتزام فانه يعود اليها لا بوصفها خلفا للملتزم السابق وانما بوصفها السلطة مانحة الالتزام باستغلال المرفق القوامه عليه والمسؤولة أصلا بحكم وظيفتها عن توفير خدماته للجمهور ومن ثم فلا تسري عليها العقود السابقة التي ابرمت بين الملتزم وعماله وينشأ بينها وبين العمال وغيرهم علاقات جديدة مما يقتضيها استغلال المرفق وادارته وهذه العلاقات منبئة الصلة بالعلاقات القديمة التي نشأت بين الملتزم والغير ومن بينهم عمال المرفق)) .(1)

الفرع الرابع

سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري بارادتها المنفردة (الاسترداد)

أولاً // مفهوم الاسترداد :-

ويعرف الاسترداد بأنه طريق استثنائي لانتهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انقضاء مدة العقد ، فينقضي الالتزام بقرار اداري صادر عن الادارة المتعاقدة عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك ، حتى لو لم ينسب للملتزم اي خطأ ، ولا تحتاج الادارة الى استئذان القضاء بذلك، مع مراعاة حق الملتزم بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة قرار الادارة القاضي بالاسترداد (2).

(1) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (840 في 1959/12/1) أشير اليها في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري ، مجموعة الدكتور احمد سمير ابو شادي : الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص2558 .

(2) ينظر في ذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص66 ، وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص534.

ويختلف حق الادارة في الاسترداد عن الاسقاط في ان المتعاقد مع الادارة لم يكن مخطئاً عندما قررت ان تسترد المرفق منه ، رغم اتفاقهما كونهما وسيلتين تنهيان العقد نهاية غير طبيعية (مبتسرة) وقبل انقضاء مدة العقد ، الا ان الاسترداد تقرره الادارة لحماية المصلحة العامة ولو لم يكن الملتزم مخطئاً في شيء ، فاحتياجات المرفق العام تسوّغ عمل الادارة هذا فاذا ما اكتشفت ان ادارة المرفق لم تعد تتلاءم مع التطورات الحديثة ، او ان المرفق أصبح غير ذي فائدة حقيقية او ان الاستمرار به يمثل أهداراً للأموال العامة ، او قد يثبت للادارة أهمية المرفق وحتمية سيطرتها عليه وادارته بأسلوب الادارة المباشرة فتقرر استرداده من الملتزم (1) ، ولقد نظم المشرع المصري سلطة الاسترداد في قانون منح التزام المرافق العامة (يجب ان تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته) (2).

وسلطة الادارة في استرداد المرفق تعد مبدأ مستقرا عليه فقها وقضاء في فرنسا ومصر فعلى صعيد الفقه يقول الفرنسي (دي لوبادير) بان سلطة الاسترداد تعد اجراء منفرداً يصدر عن الجهة الادارية مانحة الالتزام اثناء مدة العقد تقصد من ورائه انتهاء العقد قبل انقضاء مدته تحقيقاً للمصلحة العامة ومقابل دفع تعويض عادل للملتزم (3).

وقد استقر رأي الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على ان سلطة انتهاء العقد بارادة الادارة المنفردة يعد من النظام العام ولو لم ينص عليه العقد صراحة ولا تملك الادارة التنازل عنه وان اي شرط في العقد ينص على غير ذلك يعد باطلا (4).

والقضاء الاداري الفرنسي أكد وفي مناسبات عدة على سلطة الادارة في استرداد المرفق دون ان ينسب للمتعاقد معها خطأ معيناً وهذا ما أكدته المجلس في قضية (Coolidge hotch kisset) (5) ، وتابعه في ذلك مجلس الدولة المصري بقوله: ((...، الحق في تعديل العقد المقرر لجهة الادارة بارادتها المنفردة يشمل سلطة انتهاء العقود الادارية قبل الأوان وفقاً لمقتضيات الصالح العام ،..، بغير حاجة الى النص عليه في العقد او الى موافقة الطرف الآخر عليه)) (6).

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص131-132 .

(2) ينظر في ذلك المادة (4) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .

(3) A . de Laubadere : traite de droit administratif . op . cit . p357.

(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري المصري والمقارن ، مصدر سابق ، ص806 وكذلك الدكتور محمد صلاح عبد البديع : سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص424.

(5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (7/نيسان/1974) أشارت اليه رفاه كريم : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص76 ، هامش رقم (2) .

(6) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (3986، جلسة 1992/11/15) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص240 .

ويثبت من ذلك ان هذه السلطة تتصل بالنظام العام وسواء تضمن العقد شرطاً يعطيها الحق بالاسترداد ام لم يتضمن لن يؤثر على سلطتها لانه لا ينشئ الحق وانما ينظمه وليس للادارة ان تتنازل عنه في العقد لانه كما ذكرنا يتصل بالنظام العام (1).

اما عن التكييف القانوني لسلطة الادارة في انتهاء العقد بارادتها المنفردة او الاسترداد فان الفقه في فرنسا ومصر منقسم على فريقين الأول منهما يذهب الى ان سلطة الإنهاء هي امتداد

لسلطة الادارة في تعديل العقد كون الادارة تملك تعديل مدة العقد وبالتالي فانها عندما تملك تعديل المدة بتقصيرها تملك انتهاء المدة ، اما الفريق الآخر فيرى ان سلطة الإنهاء الانفرادي تعد سلطة مستقلة بذاتها وسنعرض لكلا الرأيين وكالاتي :

الرأي الأول : ساند عدد كبير من الفقهاء الفرنسيين أمثال (دي لوبادير ، ريفيرو وروسي وبيكينيو وآخرون) كذلك ساند هذا الرأي بعض الفقه المصري ويرى أصحاب هذا الاتجاه ان الاسترداد ليس سلطة مستقلة بذاتها وانما هو تطبيق من تطبيقات سلطة تعديل العقد .⁽²⁾
اما الاتجاه الآخر : فقد ساند بعض الفقه الفرنسي أمثال الفقيهين (بنوا / Benoit ، لورنس Llorens) وساند كذلك بعض الفقه المصري ويرى أصحاب هذا الاتجاه ان الاسترداد هو سلطة تملكها الادارة وهي مستقلة عن سلطة التعديل لانها تنهي العقد بينما التعديل لا يؤدي الى انتهاء العقد .⁽³⁾ اما عن مجلس الدولة المصري فقد ثبت موقفه في احد الاحكام الحديثة بقوله ((... ولا شك ان هذا الحق في تعديل العقد المقرر لجهة الادارة بارادتها المنفردة يشمل سلطة انتهاء العقود الادارية قبل الأوان باعتبار ان الانهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد ...))⁽⁴⁾.

هذا يعني ان مجلس الدولة المصري تبني الرأي الأول ونتفق مع ذلك ومع الجانب

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص242-244.

(2) A.de Laubadere : traite de droit administratif .op.cit. p. 357.

ولمزيد من التفصيل عن آراء هؤلاء الفقهاء ينظر الدكتور محمد صلاح عبد البديع : سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص429-431 ، وناصر هذا الرأي من الفقه المصري الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص432 والدكتور علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص229-230 ، والدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص150 .

(3) لمزيد من التفصيل عن آراء الفقهاء الفرنسيين ينظر الدكتور محمد صلاح عبد البديع : سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص433-436 ، ومن الفقه المصري ناصر هذا الاتجاه الدكتور محمد صلاح عبد البديع : المصدر نفسه ، ص436-438 .

(4) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (3986، جلسة 1992/11/15) سبق ان اشرنا اليه ص 199 من هذه الرسالة .

الفقهي الأول الذي لم يعد الاسترداد سلطة قائمة بنفسها ، فحين بحثنا سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري تطرقنا الى نطاق سلطة التعديل وقلنا ان احد أهم مجالات سلطة التعديل هو مدة العقد فالادارة تملك تعديل الشروط العقدية المتعلقة بالمدة فتطيلها او تقصرها وحين تنقص من المدة المتفق عليها فبماكانها ان تنهي العقد ، لكننا أشرنا دراسة انتهاء مدة العقد لهذا المكان لكي ندرسها مع سلطة الادارة في انتهاء العقد او الاسقاط بسبب خطأ المتعاقد.

ثانياً // الضوابط العامة للمنظمة لسلطة الاسترداد :-

ويمكن ان نتلخص هذه الضوابط فيما يأتي :

1- ينبغي ان يكون غرض الادارة من استرداد المرفق وانتهاء العقد هو تحقيق المصلحة العامة : وبهذا الشأن جاء حكم المحكمة الادارية العليا المصرية بالقول: ((ان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك ان للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها انه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون ان يحتج الطرف الآخر بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك ان للادارة دائماً سلطة انتهاء العقد اذا قدرت ان هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ولا يكون للطرف الآخر الا الحق بالتعويضات ان كان له وجه حق ...))⁽¹⁾

2- ان تتوافر شروط الصحة والمشروعية في قرار الادارة القاضي باسترداد المرفق محل الامتياز : فعلى الادارة ان تراعي إجراءات الاسترداد المنصوص عليها في العقد – ان وجدت نصوص عقدية – او القانون او اللوائح او التعليمات وتراعي شروط الصحة المتمثلة في صدور القرار من الادارة صاحبة الاختصاص وبمراعاة قواعد الشكل والإجراءات اللازمة لذلك وان لا يشوب القرار عيب في محله او غايته (انحراف السلطة) او سبب القرار (الوقائع المبررة) (2) ، وتأكيذا لهذا المعنى جاء في حكم لمحكمة القضاء الاداري المصرية قولها: ((ان الادارة تتمتع بالحق في إنهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية متى قدرت ان الصالح العام يقتضي إنهاء العقد ، حتى في حالة عدم النص على ذلك في صلب العقد ، وحتى ولو لم يقع خطأ من جانب المستغل ، فان سلطتها التقديرية في ذلك مناطها عدم

- (1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (882 ، في 1968/3/2) أشير اليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر ابو العينين : الكتاب الثالث ، مصدر سابق ، ص258.
(2) ينظر في ذلك الدكتور احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص271-272.

الانحراف بالسلطة ((.(1)

3- سلطة القاضي الاداري في نظر قرار الادارة القاضي بالاسترداد تنحصر في بحث المشروعية دون الملاءمة : أي ان القاضي يبحث مدى مشروعية القرار وعدم مخالفته للقانون وتوافر شروط صحة القرار دون ان يتناول الملاءمة في بحثه لان الادارة عندما تتصرف دافعها الصالح العام وليس للقاضي ان يبحث مدى ملاءمة قرارها مع الصالح العام ، على العكس من اسقاط الالتزام بالإسقاط كجزاء لا توقعه الادارة الا اذا اخطأ المتعاقد معها خطأ جسيما فالقاضي عندما تعرض عليه الدعوى يبحث المشروعية اي مشروعية القرار وملاءمته مع الأخطاء المنسوبة للمتعاقد في حين في الاسترداد لا توجد مخالفة فلا يبحث القاضي عنصر الملاءمة (2) ، وأكثر من هذا فان مجلس الدولة الفرنسي في قضية (SteTV6) قناة التلفزيون السادسة التي أنهت الادارة عقد التزامها بالمرسوم رقم (1986/901) فأقامت الشركة دعوى ضد قرار إنهاء العقد ومن جهة أخرى أقامت ثلاث شركات أخرى مختصة بتقديم الموسيقى والإنتاج الفني والصوتي دعاوي على هذا القرار على أساس انها ترتبط مع الشركة الراعية للقناة السادسة بعقود تجارية رغم عدم ارتباطها بالدولة باي عقد ، فقبل مجلس الدولة الفرنسي هذه الطعون رغم انها مقامة من الغير على أساس ان قرار الادارة يعد قرارا اداريا منفصلا يجوز للغير الطعن به ف قضى في (1987/2/2) بقبول هذه الدعاوي فالشركة الأم كانت تطالب بالغاء القرار مع التعويض والشركات الثلاث كانت تطالب بالغاء القرار ، فألغى المجلس القرار المعيب الذي استندت الادارة اليه وتذرت بوجود مشروع قانون لإصلاح الأعلام المرئي والمسموع وإنشاء هيئة للإصلاح ، ف قضى المجلس بان القانون لا يزال مجرد مشروع ولم يتحول الى تشريع ملزم ف قضى لمصلحة الشركات الاربع (3).

ثالثا // صور الانهاء الانفرادي للعقد (الاسترداد) :-

هناك ثلاث صور رئيسية للاسترداد فقد يكون منصوفاً عليه في العقد او غير منصوفاً عليه او يكون تشريعياً وسنبينها كما يأتي :

1- الاسترداد المنصوص عليه في العقد : وهو الوضع الغالب في مصر وفرنسا حيث تنص الادارة في العقد على امكانية استرداد المرفق بل الوضع وجوبي في مصر حيث نص قانون

- (1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم (199 ، في 1961/6/25) أشار اليه الدكتور احمد عثمان عياد : المصدر نفسه ، ص272 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص247.
(3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (2/شباط/1987) أشار اليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع : سلطة الادارة في إنهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص526-528.

رقم (129) بالتزامات المرافق العامة على ((يجب ان تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته)) (1) ، ولقد حدد الفقه مجموعة شروط على الادارة الالتزام بها حينما تمارس سلطة الاسترداد الاتفاقي او التعاقدية :-

أ- يجب ان يكون هناك نص في العقد يقضي صراحة بان الادارة تملك استرداد المرفق ، اما اذا أنهت العقد بممارسة سلطة الاسترداد ثم ابرمت عقداً مع ملتزم جديد ولم تضمن العقد شرط الاسترداد فانها لا تستطيع ممارسة الحق ذاته المقرر لمصلحتها في العقد الأول ولكنها تبقى دائماً تملك سلطة الاسترداد غير الاتفاقي والذي قلنا انه من النظام العام سواء نص عليها العقد ام لا .

ب- على الادارة توجيه اعدار للملتزم قبل ممارسة سلطة الاسترداد لكي لا يفاجأ باسترداد المرفق ، الا في حالة النص في العقد على خلاف ذلك .

ج- اذا تضمن العقد شرطاً يحظر الاسترداد خلال وقت معين فلا يمكن للادارة ان تتجاوز هذا الشرط العقدي وتسترد المرفق في ذلك الوقت المعين بالعقد ، ولكن تبقى في جميع الأحوال تستطيع ممارسة سلطة الاسترداد غير التعاقدية ان تطلبت المصلحة العامة ذلك .

د- اذا حدد العقد اسباباً معينة في حالة تحققها تسترد الادارة المرفق فلا تستطيع الادارة الاستناد الى غير هذه الاسباب لاسترداد المرفق فمثلاً لو استردته لتحقيق ربح مالي يكون قرارها مشوباً بعيب انحراف السلطة ويمكن للملتزم الطعن به الغاء .

هـ- ينبغي ان يستوفي قرار الاسترداد الشروط الشكلية المنصوص عليها في العقد او القوانين او الأنظمة او التعليمات فينبغي ان يكون القرار صادر من الجهة الادارية المختصة وهي غالباً ما تكون الجهة التي ابرمت العقد وان يستوفي باقي الشروط الشكلية الأخرى . (2)

2- الاسترداد غير التعاقدية او غير المنصوص عليه في العقد : وهو استرداد تمارسه الادارة خلال مدة العقد في حالة اذا لم يكن هناك نص يمنحها سلطة الاسترداد ، او خلال المدة التي يمنح فيها العقد الاسترداد العقدي فتستطيع الادارة اللجوء الى الاسترداد غير التعاقدية خلال مدة الحظر . (3)

ولقد اختلف الفقه حول سلطة الادارة في استرداد المرفق رغم عدم وجود نص في

(1) ينظر في ذلك المادة (4) من القانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص159-160 ، وكذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص200-201 ، وكذلك ينظر محمد عبد الله الدليمي : سلطة الادارة في انتهاء عقودها الادارية ، مصدر سابق ، ص108-109 .

(3) ينظر في ذلك محمد عبد الله الدليمي : المصدر نفسه ، ص111 ، وكذلك فتحي عبد الصبور : الآثار القانونية للتأميم ، مصدر سابق ، ص143

العقد يقضي بذلك ولكن الرأي الراجح ان الادارة تملك هذا الحق حتى ولو لم يوجد نص تعاقدية ، بل ان حقها هذا يتصل بالنظام العام ولا تملك الادارة التنازل عنه فاذا تطلبت المصلحة العامة اثناء مدة العقد ان تستولي الادارة على المرفق فان لها سلوك طريق الاسترداد غير التعاقدية (1)

3- الاسترداد التشريعي : او هو الاسترداد الذي تتضمنه قوانين خاصة فقد بينا فيما سبق ان منح التزام المرافق العامة يتم بقانون يصدر من البرلمان او بناء على قانون عندما يخول البرلمان الحكومة او رئيس الدولة سلطة منح التزام المرافق العامة ولذلك يمكننا القول ان من يملك المنح يملك المنع لذا فالمشرع بإمكانه ان يصدر تشريعاً ينقل بمقتضاه مرفقاً معيناً مداراً بواسطة الأفراد الى الادارة مانحة الالتزام ولهذا الاسلوب كثير من السوابق التاريخية في مصر والعراق منها على سبيل المثال :

في مصر صدر القانون رقم (285) لسنة 1956 الذي تم بموجبه تأميم قناة السويس والقانون رقم (145) لسنة 1957 والذي نقل مرفق ماء القاهرة الذي تديره شركة مياه القاهرة الى البلدية وقضى القانون بتصفية الشركة ، والقانون رقم (107) لسنة 1957 الذي أنهى التزام شركة (ماركوني راديو التلغرافية) المشغلة للتلغراف اللاسلكي في مصر وأيلولة المرفق للادارة ، والقانون رقم (155) لسنة 1960 الذي أنهى التزام شركات النقل في مصر . (2)

اما في العراق فالأمثلة متعددة منها القانون رقم (300) لسنة 1975 والمتخذ بقرار من مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1341) والقاضي بتأميم شركة نفط البصرة .⁽³⁾ ويرى بعض الفقه ان هذه القوانين التي قضت بتأميم مرافق معينة تحمل في ثناياها مضمون سلطة الاسترداد بالاضافة الى كونها تأميم ، على اعتبار ان التأميم هو اجراء قانوني تقف وراءه مقاصد سياسية يقضي بتحويل وسائل الإنتاج الخاصة الى وسائل عامة مملوكة ملكية جماعية .⁽⁴⁾ والملاحظ ان قوانين الاستثمار الحديثة تحرص على تحصين المشاريع الاستثمارية من التأميم.⁽⁵⁾

(1) M.Waline : précis de droit administratif .op.cit. p426 .

- (2) ينظر في ذلك قسطنطين كاتزورف : نظرية التأميم ، ترجمة عباس الصراف ، مصدر سابق ، ص140 .
(3) ومن أمثلة القوانين التي أمتت شركة نفط الجنوب القانون رقم (70 و 90 و 101) لعام 1973 والقانون رقم (300) لسنة 1975 والذي قضى بتأميم كل الحصص الشائعة في عمليات شركة نفط البصرة المحدودة في الجمهورية العراقية والتي لم تشملها قوانين عام 1973 ، وكذلك القانون رقم (69) لسنة 1972 الذي انهي بموجبه امتياز شركة نفط العراق المحدودة .
(4) ينظر في ذلك قسطنطين كاتزورف : نظرية التأميم ، ترجمة عباس الصراف ، مصدر سابق ، ص394 .
(5) ينظر المادة (12 / ثالثاً) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006، والمادة (8) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 .

رابعاً // الآثار المترتبة على قرار الادارة القاضي باسترداد المرفق :-

- 1- تصفية عقد الالتزام ويكون العقد هو المرجع لتحديد حقوق طرفيه .
 - 2- حصول المتعاقد على تعويض كامل يشمل ما فاتته من كسب وما لحقته من خسارة لان استرداد المرفق حصل دون ان ينسب اليه خطأ معين .
 - 3- يكون من حقه مراجعة المحاكم الادارية للطعن بالقرار الاداري القاضي بالاسترداد اذا تضمن هذا القرار عيباً من عيوب صحة القرار كما لو كان صادراً عن غير الادارة المتعاقدة او كان فيه تجاوز للإجراءات الشكلية او عيب الانحراف بالسلطة كما لو قصدت الادارة من وراء استرداد المرفق تحقيق مردود مالي من وراء ادارة المرفق بنفسها .⁽¹⁾
- ويؤكد الفقه ان سلطة الادارة في استرداد المرفق ليست سلطة مطلقة من غير قيود بل ان الادارة دائماً في قراراتها في اطار العقد الاداري مقيدة بان يكون الباعث الدافع لاي منها هو تحقيق المصلحة العامة ، كما انها دائماً تتصرف وتخضع في تصرفاتها لرقابة القاضي الاداري فاذا استردت المرفق فللملتزم التوجه الى القاضي الاداري ليبحث القاضي مدى جدية الاسباب التي دفعت الادارة نحو استرداد المرفق ، مع الأخذ بنظر الاعتبار ان سلطة القاضي محددة هي الأخرى حيث لا يملك القاضي بحث مسألة ملائمة قرار الادارة مع الظروف التي دفعتها لاسترداد المرفق وذلك لان الادارة في تصرفاتها تستند لمقتضيات المصلحة العامة والقاضي لا يبحث مدى ملائمة القرار مع تحقيق المصلحة العامة لذا فهو يبحث في الاسباب الحقيقية لتصرف الادارة فاذا كانت هذه الاسباب غير حقيقية او غير كافية ومسوّغة للاسترداد بامكان القاضي ان يلغي القرار الاداري المذكور .⁽²⁾
- ولعل تساؤلاً يطرح حول سلطة الانهاء الانفرادي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وهل يمكن للادارة ان تسترد المرفق بارادتها المنفردة ؟
- اتفقت كلمة الفقه والقضاء على ان حق الاسترداد هو حق مقرر بمقتضى القواعد العامة وبالتالي هي تملك استرداد المرفق من الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية اذا تطلبت المصلحة العامة ذلك لانه عقد اداري كسائر العقود الأخرى وسواء كان العقد قد نص على سلطة الاسترداد ام لم ينص فان الادارة تملك ذلك .⁽³⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص131-132 ، وكذلك الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص195 ، وكذلك الدكتور محمد صلاح عبد البديع : سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص537 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السناري : مبادئ واحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص246-247.

(3) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T. ، مصدر سابق ، ص404. لكن بعض الفقه المصري ذهب الى اعطاء الادارة حق استرداد المرفق اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك لكنه قيد هذا الحق بضرورة تضمين العقد نصا يمنح الادارة سلطة الاسترداد فلو لم يكن هناك نص فلا تملك الادارة سلطة الاسترداد ، ويسوغ أصحاب هذا الاتجاه رأيهم في ان المتعاقد في العقد محل الدراسة ينفق أموالاً طائلة لبناء المرفق وتشغيله ويعول على مدة العقد لكي يستوفي من خلالها ما أنفقه من خلال حصوله على الرسوم من المنتفعين وان العمل على غير ذلك يعني ان الادارة ستخسر القطاع الخاص في تعاقداتها على مثل هذا العقد الحيوي ، اذن ينبغي ان يكون هناك نص على هذه السلطة لممارستها (1). ونؤيد الرأي الأول الذي لا يشترط النص على الاسترداد في العقد ، ذلك لان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد اداري كأي عقد اخر يمكن للادارة ان تسترد المرفق متى اقتضت ضرورات المصلحة العامة ذلك .

أخيراً عند استقرارنا للتشريع المصري والعراقي نجد بعض التطبيقات التشريعية لسلطتي الاسقاط والاسترداد ، فعلى سبيل المثال نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على ((يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين :

أ- اذا ثبت ان المتعاقد استعمل بنفسه او بواسطة غيره الغش او التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة او في حصوله على العقد / ب- اذا أفلس المتعاقد او أعسر)) (2)، اذن التشريع المصري يفرض على الادارة التزاماً وليس فقط يعطيها سلطة الاسقاط بل يلزمها بالإسقاط في حالتي استعمال الغش من قبل المتعاقد او التلاعب في تعامله مع الادارة ، وكذلك في حالة إفلاس او إعسار المتعاقد .

اما في القانون العراقي نجد قانون العقود العامة ينص صراحة على سلطة الاسترداد بقوله: ((الانهاء بناء على مصلحة الحكومة : 1- لا ينتهك حق الحكومة التي تتصرف في اطار صلاحية التعاقد المنوط بها الى السلطة والمبينة في القسم (3) من هذا الأمر بانتهاء العقود العامة الداخلة تحت سلطة هذا الأمر ، كلياً او جزئياً حينما تكون في مصلحة الحكومة. 2- اذا انتهى العقد وفقاً لمصلحة الحكومة ، فان حقوق وواجبات الأطراف والتزاماتها ، بما فيها تعويض المقاول ، تكون وفقاً للإجراءات المشار اليها في القسم (12) من هذا الأمر حول " تسوية النزاع ")) (3). وهذه المادة نجدها تحول الادارة سلطة استرداد المرفق العام لمقتضيات المصلحة العامة

(1) ينظر في ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T. ، مصدر سابق ، ص220 ، وكذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص104-105.

(2) ينظر في ذلك المادة (24) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

(3) ينظر في ذلك القسم (11) من قانون العقود العامة العراقي رقم (87) لسنة 2004 .

الفصل الثالث

آثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالنسبة للغير

تسود احكام القانون المدني فيما يتعلق بالعقود مبدأ نسبية آثار العقد حيث ان آثار العقد لا تمتد الى غير اطرافه الا في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء ، فالطرفان المتعاقدان تراضيا على ابرام العقد بارادتيهما السليمة والخالية من العيوب لذا فهو يرتب آثاراً على الطرفين المتعاقدين دون غيرهما ، اما اذا انصرفت آثار العقد نحو الغير فهو كما قلنا على سبيل الاستثناء في حالات محددة بنص القانون كالتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير ، لكن في مجال العقود الادارية الوضع مختلف حيث يتصل العقد الاداري بالمرافق العامة الامر الذي يعني احكاماً خاصة تحكم العقد الاداري غير ما هو متعارف عليه في القانون المدني حيث ان العقد يبرم بين طرفين هما الادارة وشخص (طبيعي او معنوي) ، والمتعاقد يعد مساهما ومعاوناً للادارة في ادارة المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة وذلك بإشباع الحاجات العامة .

لذا الاصل ان لا تقتصر آثار العقود الادارية على الطرفين المتعاقدين بل تمتد آثارها نحو الغير عن العقد ، إذن مبدأ نسبية آثار العقد لا يطبق في العقود الادارية كما هو الحال في العقود المدنية اذ الاصل بالعقد الاداري انصراف آثاره نحو الغير ، فيتحمل الغير التزامات ناتجة عن عقد لم يكن طرفاً فيه ويحصل على حقوق ومزايا من عقد كان هو أجنبياً عنه ولذا سنبحث في هذا الفصل أهم الآثار التي يربتها العقد تجاه الغير ولكن قبل ان نبحت هذه الآثار لابد لنا من بيان من هو الغير عن العقد ، لذا سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث في المبحث الأول نبين المقصود بمبدأ نسبية آثار العقد ، ثم في المبحث الثاني نوضح الأساس القانوني لامتداد آثار العقد الاداري نحو الغير وفي المبحث الثالث يكون بحثنا منصبا على تبين اهم تلك الآثار من حقوق والتزامات تترتب في ذمة الغير او لمصلحته .

المبحث الأول

المقصود بمبدأ نسبية آثار العقد

عند البحث عن المقصود بمبدأ نسبية آثار العقد يمكننا القول ان العقد الاداري كتصرف قانوني صادر عن جهة ادارية ويرتب آثاراً قانونية معينة هو بالاصل ينصرف لطرفيه والغير عن العقد حيث اذا ما ابرم عقد اداري بشكل اصولي يرتب آثاراً قانونية ، والآثار هي عبارة عن حقوق والتزامات متبادلة بين طرفي العقد فالاصل في مبدأ النسبية هو انصراف آثار العقد نحو طرفيه فقط لكن نظرا للطبيعة الخاصة للعقود الادارية فان آثارها من الممكن ان تنصرف نحو الغير .⁽¹⁾

والغاية من بحث نسبية آثار العقد لكي نبين من هو المتعاقد ففي القانون الخاص معنى المتعاقد عندما ينصرف اثر العقد اليه لا يشمل شخص المتعاقد فقط بل ان هناك أشخاصاً يعدون متعاقدين رغم كونهم لم يبرموا العقد فتتصرف اليهم آثار العقد وهو الخلف العام والخلف الخاص والى حد ما الدائن العادي ، وان كان ينصرف اليهم الجانب الايجابي المتمثل بالحقوق دون الالتزامات لان الالتزامات تنقضي بالوفاء بها من تركة المتوفى عملاً بقاعدة شرعية هي (لا تركة الا بعد سداد الديون) ، ولذا سنبين في هذا المبحث من هو المتعاقد ومن هو الطرف في العقد في إطار القانون الخاص والقانون العام والغاية من ذلك هي معرفة مدى انصراف اثر العقد الاداري نحو الغير ومن هو ذلك الغير عن العقد ، ولبيان هذه المقدمات نرى تقسيم هذا المبحث على مطلبين في الأول منهما نبين أطراف العقد الاداري وفي المطلب الثاني نبين من هو الغير عن العقد .

المطلب الأول

أطراف العقد

تكملة لما بدأناه في تمهيد دراستنا عندما بينا من هم طرفا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نبين في هذا المطلب أطراف العقد بشكل عام فنبين أولاً من هو المتعاقد ثم نبين من هو الطرف في العقد وكما يأتي :

الفرع الأول

مفهوم المتعاقد

المتعاقد هو كل شخص (طبيعي او معنوي) اشترك في ابرام العقد ، مع التأكيد على اختلاف معنى المتعاقد عن معنى الطرف في العقد ، فالواقع انه ليس كل من ابرم عقداً هو طرف فيه فالنائب والوكيل والقيم والفضولي كلهم يمكن ان يكونوا متعاقدين لكنهم ليسوا طرفاً في العقد لان الطرف هو من تنصرف الى ذمته اثار العقد فمعنى مبدأ نسبية اثار العقد هو

(1) A . de Laubadere , F. Moderne et P. Delvolve : traite des contrats administratif . tome2 . op . cit . p. 786.

انصراف آثاره الى ذمة الطرفين المتعاقدين لا الى ذمة المتعاقدين الذين قد لا يكونا من أطراف العقد .⁽¹⁾

لكن مبدأ نسبية اثار العقد لا يعد من الغير طوائف معينة من الأشخاص بل يعدهم في أحوال معينة ضمن مفهوم أطراف العقد وهم :

أولاً / الخلف العام : وهو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها كالوارث والموصى اليه بكل التركة او بجزء منها .⁽²⁾

ولقد نص القانون المدني العراقي بهذا المعنى على انه ((ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام))⁽³⁾.

إذن الخلف العام لا يعد من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه بل تنصرف اليه اثار العقد ولكن هل تنصرف اليه اثار العقد بشقيها الايجابي (الحقوق) والسلبى (الالتزامات) ام لا ؟ لقد اجابت عن ذلك المادة اعلاه بقولها: ((...، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ،...)) وهذا يعني الرجوع لقاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون وبالتالي ما ينتقل للخلف العام هو الجانب الايجابي فقط بيد ان المادة أعلاه أوردت استثناءات حيث قالت بعدم امتداد اثار العقد نحو الغير مع الإبقاء على صفته كخلف عام للسلف ، وفي بعض الأحيان لا تنصرف اثار العقد اليه لاعتباره من الغير اي الأجنبي عن العقد تماماً وسنبين ذلك كما يأتي :

1- امتناع انصراف اثار العقد تجاه الخلف مع بقائه خلفاً عاماً : وهذا ما أشارت اليه المادة سالفة الذكر ((...، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام)) وسنبين كل استثناء من هذه الاستثناءات على حده .

أ- قد يتفق الطرفان المتعاقدان على عدم انصراف اثر العقد الى خلفهما العام فالعقد شريعة المتعاقدين ، فلا غبار على هذا الاتفاق بل هو ينتج أثره كاملاً ما لم يخالف القانون او النظام العام او الآداب العامة ، كما لو اتفق الما قول مع رب العمل على انقضاء العقد بموت الما قول⁽⁴⁾.

ب- كما ان طبيعة التعامل قد تمنع انتقال اثار العقد الى الخلف العام مثل ان يبرم عقد يقضي

- (1) ينظر في ذلك الدكتور جاسم العبودي : الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد ، من دون ناشر ، بغداد ، 1997 ، ص6.
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، الجزء الاول - مصادر الالتزام ، من دون ناشر ، بغداد ، 1991 ، ص220.
 - (3) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (142) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
 - (4) ينظر في ذلك الدكتور نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول - مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004 ، ص332.
- بدفع مرتب مدى الحياة لشخص معين فاذا مات هذا الشخص فان طبيعة التعامل تقضي بانقضاء العقد ولا ينتقل الى خلفه .⁽¹⁾

ج- وقد تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد كما لو اتفقت شركة مع محامي ليمثلها ثم توفي المحامي فلا يحق لابنه المحامي أيضا ان يحل محل أبيه كون شخصية والده كانت محل اعتبار⁽²⁾، ومن تطبيقات هذه الحالة أيضا انقضاء الوكالة بالوفاة كما نص القانون المدني على ذلك .⁽³⁾

2- عدم انصراف اثر العقد نحو الخلف العام لا اعتبره من الغير : وهذه الحالة اقرها المشرع حماية للخلف من تصرفات سلفه التي يأتي بها أضراراً بالخلف فمثلا القانون يبيح للشخص التصرف بامواله حتى ولو اضر بورثته ، الا انه اذا أوصى بكل أمواله لشخص اخر غير ورثته فتتدخل الشريعة الإسلامية والقانون ليحمي الورثة ويقيد تصرفات المورث بحدود الثلث فما زاد عن الثلث يعاد للورثة ولا ينفذ الا باجازتهم ، وكذلك المريض مرض الموت كل تصرفاته خلال مرض الموت محددة بحدود الثلث ولا تنتج أثراً في حق ورثته فيما زاد عن الثلث الا باجازتهم⁽⁴⁾.

ثانياً / الخلف الخاص : وهو من يخلف غيره في ملكية شيء معين او حق عيني آخر على هذا الشيء كالمشتري الذي يعد خلفاً خاصاً للبائع في ملكية المبيع او الموصى له بجزء معين من التركة .⁽⁵⁾

ولقد نص القانون المدني العراقي على انه ((اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه))⁽⁶⁾.

إذن الخلف الخاص هو من يخلف سلفه بشيء معين ولا يتأثر بجميع ما يصدر عن السلف

- (1) ينظر في ذلك الدكتور توفيق حسين فرج : النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ، 1969 ، ص272 .
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان مرقس : نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1956 ، ص367 .
 - (3) ينظر في ذلك المادة (946) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
 - (4) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص544 .
 - (5) ينظر في ذلك الدكتور محمد حسن قاسم : الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام واحكامه) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 1994 ، ص79 .
 - (6) ينظر في ذلك الفقرة (2) من المادة (142) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- من تصرفات الا تلك الصادرة في حدود الشيء الذي يخلفه فيه ، إذن هناك شروط لانتقال اثر التصرف الصادر عن السلف الى الخلف الخاص وهي :-

- 1- ان يكون التصرف صادراً عن سلفه ومتعلقاً بالشيء ذاته الذي انتقل الى الخلف الخاص .
- 2- ان يكون هذا الأثر المنتقل للخلف الخاص من مستلزمات الشيء ، ففيمما يتعلق بجانب الالتزامات هي تكون من مستلزمات الشيء اذا كانت محددة للشيء مثال ذلك ان تلزم المالك باستعمال ملكه على نحو معين كما لو اشترط البائع على المشتري انه لو أراد البناء مستقبلاً لا

يرتفع بالبناء عن حد معين بما يضر بعقار آخر له مجاور ، وهذا سيؤدي الى غل يد المالك الجديد في استعمال ملكه على نحو معين ، اما اذا كان الأثر من الحقوق فلكي ينتقل ينبغي ان تكون مكملة للشيء لكي تنتقل للخلف الخاص فلو استأجر مالك السيارة كراجا لسيارته ثم باع السيارة فلا ينتقل حقه بوضع السيارة في الكراج الى المالك الجديد لان حقه تجاه صاحب الكراج ليس مكملًا للسيارة ، اما ان كان بيتاً وأمن عليه المالك ثم باعه فسينتقل حق التأمين للمالك الجديد على اعتبار ان التأمين مكمل للبيت .⁽¹⁾

3- ان يكون الخلف الخاص على علم بهذا التصرف لكي ينتقل اليه ، وينبغي ان يكون العلم حقيقيا لا مجرد استطاعة العلم بالتصرف .⁽²⁾

ثالثا / الدائن العادي : لا يعد الدائن العادي خلفاً عاماً ولا خاصاً وبالتالي لا تنصرف اليه آثار العقد الذي يبرمه مدينه فلا تنشأ له حقوق ولا تترتب عليه التزامات ، لكنه يتأثر بشكل مباشر اذا ما تصرف المدين بامواله الأمر الذي يؤدي الى إعساره لان العقود التي يبرمها المدين ستؤثر بشكل مباشر على صافي موجودات ذمة المدين المالية وبالتالي سيتأثر الضمان العام للدائن العادي ، إذن من مصلحته ان لا تبرم هذه العقود ⁽³⁾ ، لكن لو تصرف المدين وابرم عقودا معينة فانها تكون نافذة بحق الدائن العادي اذا كانت هذه العقود جدية ولم يقصد بها المدين اضرار الدائن اي لم يستخدم الغش فاذا كانت هذه العقود صورية الغاية منها هي اضرار الدائن فله الحق بالطعن بتصرفات المدين وله رفع دعوى يطالب فيها بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه اي اعتبار الدائن العادي من الغير تجاه تصرفات مدينه.⁽⁴⁾

- (1) ينظر في ذلك الدكتور جاسم العبودي : الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد ، مصدر سابق ، ص 12-13.
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور محمد علي البدوي : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول – مصادر الالتزام ، منشورات الجامعة المفتوحة ، من دون مكان نشر ، 1991 ، ص 195.
 - (3) ينظر في ذلك الدكتور سليمان مرقس : نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 279-281.
 - (4) ينظر في ذلك المادة (260) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.
- 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون)) .

الفرع الثاني

مفهوم أطراف العقد

من المعلوم ان طرفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هم الادارة والمتعاقد معها والذي يكون في اغلب الأحيان شركة او مجموعة من الشركاء التجاريين يكونون (كونسورتيوم) للتقدم بعبء واحد ثم يتقاسمون العمل او يشكلون شركة تدعى شركة المشروع لادارة العمل بالكامل ، عموما هناك في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شركة تدعى "شركة المشروع " لذا يكون طرفا العقد هم الادارة وشركة المشروع سببين في هذا الفرع من هم اطراف العقد ونفرد لمعنى الغير عن العقد مطلبا مستقلا وكالاتي :

أولاً / الادارة كطرف في العقد : لإضفاء الصفة الادارية على العقد ينبغي ان تكون الادارة طرفا فيه ، ولكن هذا لا يعني ان جميع العقود التي تدخل الادارة فيها كطرف تتمتع بصفة الادارية بل من الممكن ان تبرم الادارة عقودا مع الافراد توصف بالعقود المدنية وتخضع لاحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بنظر منازعاتها ، وفي هذه العقود لا تظهر الادارة بمظهر السلطة العامة ، ولقد بينت هذا المعنى المحكمة الادارية العليا المصرية في احد احكامها بقولها: ((ان العقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام ، بقصد ادارة مرفق عام بمناسبة تسييره ، وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، ومتى كان ذلك فان العقد

يعتبر اداريا ،...، والمرفق العام هو مشروع تنشئه الدولة او تشرف على ادارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الادارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يطلبونها ، بغير قصد الربح ، بل خدمة الصالح العام والنفع العام وان يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، تعبر عن اخذ الادارة بأسلوب القانون العام ، واذا ما ثبت للعقد صفة العقد الاداري اختص مجلس الدولة دون غيره بنظر المنازعات الناشئة عنه تطبيقا للفقرة (11) من المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (1972/47) والتي تقضي بان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية ،...، حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام ، والأشغال العامة ، او التوريد او باي عقد اداري اخر " (1).
والادارة قد تظهر في العقد مباشرة بان تبرمه بنفسها و احيانا يبرم العقد من قبل شخص اخر

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (3703 في 1993/2/9) أشار اليه الدكتور عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق ، مصدر سابق ، ص298.
لكنه يعمل باسم ولحساب الادارة .

ثانيا / المتعاقد مع الادارة : ولقد ذكرنا ان المتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد يكون شخصا طبيعياً او معنوياً وسواء كان وطنياً ام أجنبياً وفي اغلب الأحيان يكون شركة كبرى تملك من المؤهلات المالية والفنية ما يمكنها من التصدي لمثل هذه المشاريع الضخمة او تجمع لشركاء تجاريين (كونسورتيوم) وقد يكون المتعاقد مع الادارة شخصا معنوياً عاماً – جهة ادارية اخرى – لكن في الحالة الأخيرة يطرح سؤال هو هل من الممكن ان تتمتع الادارة المتعاقدة او مانحة الالتزام بامتيازات القانون العام تجاه الشخص المعنوي العام الاخر ؟
بداية يمكن القول ان الفقه والقضاء متفق على امكانية ابرام عقد بين شخصين من أشخاص القانون العام ومن الممكن ان يكون هذا العقد ادالياً او مدنياً ، وتحدد طبيعة العقد بالرجوع لاتفاق الإدارتين ولو كان هذا العقد ادالياً فانه يتمتع بجميع مقومات العقد الاداري وتملك فيه الادارة مانحة الالتزام كل السلطات المخولة لها في اطار القانون العام .(1)
فلو تعاقدت الجامعة مثلاً مع معمل حكومي لانتاج القرطاسية فان العقد يمكن ان يكون مدنيا يخضع لاحكام القانون المدني وتدخل المنازعات الناشئة بسببه في ولاية القضاء العادي، لكن لو ضمنت الجامعة هذا العقد شروطا استثنائية فان العقد يكون ادالياً لتوافر جميع معايير العقد الاداري فيه – كون الادارة طرفاً فيه ، واتصاله بمرفق عام وتضمنه شروطا استثنائية – وتدخل المنازعات الناشئة بسببه في ولاية القضاء الاداري لا العادي ، واكثر من هذا يؤكد بعض الفقه الاداري العراقي على امكانية ابرام عقد التزام مرافق عامة بين ادارتين ويضيف أصحاب هذا الرأي انه من لوازم تعاقد ادارتين فيما بينهما ان تكونا منفصلتين ومستقلتين احدهما عن الاخرى استقلالاً ادالياً وعضوياً ثم بعد ذلك يحدد العقد المبرم بينهما طبيعة العلاقة وهل هي علاقة قانونية خاضعة للقانون الخاص (عقد مدني) ام هي خاضعة للقانون العام (عقد اداري) (2).

بل ان محكمة التنازع الفرنسية في احكامها الحديثة كما في قضية (Union des assurances – des paris) اعتبرت ان كل عقد يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام ذا طبيعة ادارية .(3)

ويرى بعض الفقه ان ابرام العقد بين شخصين من أشخاص القانون العام لا يتنافى مع تكييف

(1) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص225، وكذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص481.

(2) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص187.

(3) ينظر في ذلك حكم محكمة التنازع الفرنسية في (21 آذار/1983) أشار اليه الدكتور ابراهيم طه الفياض : المصدر نفسه ، ص450.

العقد القائم بينهما على انه عقد اداري من حيث الانعقاد او من حيث الآثار ، فمن حيث الانعقاد تخضع الجهة الادارية الراغبة بالتعاقد مع ادارة أخرى للأسلوب ذاته المتبع في ابرام العقود

الادارية الا وهو الاشتراك بالمناقصات العامة او المزايدة العامة او الممارسة العامة ، فتقدم عطاءها للاشتراك شأنها في ذلك شأن أي شخص آخر ، اما من حيث الآثار أي ان الادارة التي دعت للتعاقد تملك سلطات واسعة تجاه الادارة الأخرى (الملتزمة) فتملك تجاهها سلطة الرقابة والتوجيه وتعديل العقد وفرض جزاءات ادارية عليها ان خالفت شروط العقد تحقيقا للمصلحة العامة (1).

ويسوغ هذا الاتجاه الفقهي هذا التوجه أعلاه بان العقد المبرم بين ادارتين يعد عقدا اداريا ونشاطا اداريا بالنسبة للادارة مانحة الالتزام اما الادارة صاحبة حق الالتزام فتعده عقداً مدنياً ونشاطاً خاصاً تهدف من ورائه الى تحقيق الربح وان كان هذا الربح يصب في الخزينة العامة للدولة في نهاية الأمر ، وان هذا الأمر متعارف عليه في المرافق العامة الاقتصادية التي ترمي الى تحقيق الأرباح (2).

المطلب الثاني

مفهوم الغير عن العقد

فبعد ان بينا ما المقصود بالمتعاقد وميزناه عن اطراف العقد وذكرنا ان الخلف العام والخلف الخاص يكونون بحكم أطراف العقد الا في حالات استثنائية اعتبروا من الغير هم والدائن العادي لحمايتهم ، وفي هذا المطلب نبين من هو الغير عن العقد ، واتماما للفائدة العلمية سنسعى في هذا المطلب الى تبيان معنى الغير في القانون الخاص وفي القانون العام ——— (1) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، مصدر سابق ، ص 150 . (2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : المصدر نفسه ، ص 151-153 ، وهذا التفسير لسبب ابرام العقد بين ادارتين نجده تفسيراً منطقياً جداً وتتفق معه فهو يفسر لنا سبب ابرام عقد اداري بين ادارتين فالأولى تهدف الى ايجاد متعاقد يتمتع بالكفاءة المالية والفنية وبالسمة الطيبة ، اما الادارة الأخرى فتسعى الى تحقيق الربح وتعد العقد من جانبها عقداً مدنياً هدفها من وراء ابرامه هو تحقيق مردود مالي فقط ، ولقد أباح المشرع المصري التعاقد بين ادارتين عن طريق الاتفاق المباشر فيما بينهما وحظر التنازل عن العقد المبرم بين ادارتين لغيرهما ، حيث نصت المادة (38) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 على ((يجوز للجهات التي تسري عليها احكام هذا القانون التعاقد فيما بينهما بطريق الاتفاق المباشر ، كما يجوز ان تنوب عن بعضها في مباشرة اجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقا للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد ، ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها)) . لرفع اللبس الذي يشوب المركز القانوني للغير في العقد ومن الثابت ان الغير يمكن ان نمثله بحالتين هما :

الحالة الأولى / الغير هو يدخل اصلا في عداد المتعاقدين كالخلف العام او الخاص او الدائن العادي ولكن في حالات معينة وضمن ضوابط وشروط خاصة يعد من الغير .

الحالة الثانية / الغير هو شخص أجنبي تماما عن العقد (1).

ومن الواضح ان الغير لم يعرفه المشرع العراقي في القانون المدني ولعل السبب في ذلك يعود لصعوبة وضع تعريف جامع مانع لمفهوم الغير عن العقد فقد لاحظنا أعلاه انه قد يكون أجنبيا تماما عن العقد وقد يكون ضمن مفهوم اطراف العقد لكن المشرع عده من الغير حماية له من تصرفات سلفه والتي يأتي بها اضرارا بالخلف ، ولقد حاول الفقه وضع تعريف للغير فنجد مثلا الفقيه الفرنسي (ديبران / Debrand) يعرفه بانه (كل شخص اجنبي عن الاتفاق فلا يستطيع ان يطالب بتنفيذه ولا ان يلزم بهذا الأثر) (2).

ولقد تعرض تعريف (ديبران) للنقد ووصف بانه مصادرة على المطلوب اي انه تجاوز الغرض منه ، فالغرض من تعريف الغير هو بيان من هم الأشخاص الذين لا ينصرف اثر العقد اليهم في حين التعريف يقول الغير هو من لا ينصرف اثر العقد اليه ، وهي نتيجة حتمية (3) ، بينما عرف الفقيه (جوسران / Josserand) الغير بانه (الشخص الذي لا تربطه في الحال او في المستقبل اية علاقة ملزمة باحد الطرفين لا في الحاضر ولا في المستقبل ، ومن اجل هذا شرعت المادة (1165) من القانون المدني الفرنسي وهي تقضي بان العقد لا ينفع الغير ولا يضره) (4) ،

بينما انتقد الفقيه الفرنسي (Weill) هذا التعريف واكد على انه (لو كان الغير الأجنبي عن اثر العقد هو من لا علاقة له بالمتعاقدين لما احتاج المشرع الى نص يقرر فيه ان العقد لا ينفع ولا يضر هذا الغير فتلك بديهية لا تحتاج الى نص)⁽⁵⁾.

ويحدد احد الفقهاء العراقيين معنى الغير بانه: (كل شخص أجنبي تماماً عن العقد وعن طرفيه فهو لم يشترك في العقد ولم يكن ممثلاً فيه كخلف او دائن لأحد طرفيه ، وانه كل شخص لا تربطه بالعقد اية رابطة)⁽⁶⁾ ، ونفضل التعريف الذي أورده بعض الفقه بقولهم _____
(1) ينظر في ذلك الدكتور جاسم العبودي : الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد ، مصدر سابق ، ص 5-7 .

(2) أشار اليه صبري حمد خاطر : الغير عن العقد ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1992 ، ص 14.

(3) ينظر في ذلك صبري حمد خاطر : المصدر نفسه ، ص 14.

(4) أشار اليه الدكتور منير محمود الوتري : العقود الادارية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص 125.

(5) ينظر في ذلك صبري حمد خاطر : الغير عن العقد ، مصدر سابق ، ص 35.

(6) ينظر في ذلك الدكتور جاسم العبودي : الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد ، مصدر سابق ، ص 17.

(الغير هو من لم يكن طرفاً في العقد لا أصالة ولا نيابة)⁽¹⁾ ، كونه تعريفاً مختصراً ومتقناً ويعطي صورة واضحة عن تعريف الغير عن العقد .

يتبين لنا مما سبق ان تحديد معنى الغير له أهمية كبيرة في العقود الادارية والعقود المدنية ، وعندما بحثنا مبدأ نسبية آثار العقد تبين لنا ان الأصل في العقد المدني انصراف اثاره لطرفيه فقط دون غيرهما واستثناءً ينصرف الى الغير وتبين لنا ان القانون المدني لا يعدد الخلف العام والخاص من الغير الا استثناءً حماية لهما وكذلك الدائن العادي يعده من الغير لكن لا تنصرف اليه اثار تصرفات مدينه المضرة به ، وهذه المبادئ عند سحبها على الروابط الادارية نجد امكانية تطبيقها عليها فالمتعاقدين مع الادارة يملك خلفاً عاماً وقد يكون له خلف خاص او دائن عادي الأمر الذي يظهر أهمية بحثنا لهذه الطوائف وبالخصوص اذا كانت القاعدة العامة في القانون الاداري هي سريان اثاره على الغير لذا تحديد مفهوم الغير له أهمية كبيرة في اطار القانون الاداري ، وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد يكون المتعاقد مع الادارة شخصاً طبيعياً أو معنوياً ولذا فهو يملك خلفاً عاماً ويمكن ان يكون له خلفاً خاصاً او دائنين عاديين لان تمويل هذه المشاريع يتم في اغلب الأحيان عن طريق اقتراض الملتزم من المؤسسات المالية بضمانة ايرادات المرفق لتسديد اقساط الدين⁽²⁾.

لذا فالممولون يعدون من الغير عن العقد وتعاقد الملتزم مع مقاولين ثانويين وموردين هم من الغير عن العقد ايضاً والمنتفعين بخدمات المرفق وغيرهم من طالبي الانتفاع هم من الغير ، ولذا نجد من الأهمية بمكان بحث موضوع تحديد الغير عن العقد ، فاعتبارات العدالة وضرورة استقرار المعاملات تقضي بانصراف آثار العقد الاداري نحو الغير فضلاً عن الشروط التي تضمنها الادارة في العقد الاداري لمصلحة الغير وبالخصوص لمصلحة مستخدمي المرفق⁽³⁾ ، وسنحاول ان نحدد معنى الغير في العقد في الفرعين الآتيين :

(1) ينظر في ذلك صبري حمد خاطر : الغير عن العقد ، مصدر سابق ، ص 15.

(2) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن سيد احمد : دور السلطة التشريعية في الرقابة على الاموال العامة ، مصدر سابق ، ص 285.

(3) من امثلة اعتبارات العدالة وضرورة استقرار المعاملات ان المقاول من الباطن يستوفي حقه من الملتزم (المتعاقد مع الادارة) الا انه وفي حالات معينة وخصوصاً في فرنسا كما رأينا ذلك عند بحثنا موضوع التعاقد من الباطن حيث يملك هذا المتعاقد الحق بالرجوع الى الادارة مباشرة للمطالبة بحقوقه كما له الحق برفع دعوى غير مباشرة وفق قواعد القانون المدني (في القانون المدني العراقي الفقرة الأولى من المادة 883) ولمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور محمد علي جواد : التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي ، مصدر سابق ، ص 47-48 ، اما امثلة الاشتراط لمصلحة الغير في العقد الاداري فتظهر بوضوح في عقد التزام المرافق العامة حيث تشترط الادارة على المتعاقد شروطاً عدة لمصلحة المنتفعين بخدمات المرفق ، لمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك الدكتور منير محمود الوتري : العقود الادارية وانماطها التطبيقية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص 130.

الفرع الأول

الغير عن العقد من أشخاص القانون الخاص

بعد ان انتهينا الى ان الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد اما حقيقة كما لو كان لا تربطه بطرفي العقد اي رابطة او حكما كما لو انه مرتبط بالمتعاقدين لكن القانون اعتبره من الغير حماية له ، لذا سنبين في هذا الفرع المقصود بالغير اذا كان شخصاً من أشخاص القانون الخاص ، ولغرض معرفة هؤلاء في العقد الاداري عموماً وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية خصوصاً يجب علينا بيان مركز هؤلاء تجاه المرفق العام حتى نعرف من هو الغير عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على اعتبار انه عقد يمنح بمقتضاه المتعاقد مع الادارة حق امتياز تجاه مرفق عام اقتصادي يقدم خدماته للجمهور ، مع ملاحظة اننا عند ما نقول الغير نقصد اي شخص عدا طرفي العقد واي شخص اخر سواء كان شخصاً معنوياً ام طبيعياً يعد من الغير ان لم يدخل في مفهوم أطراف العقد (خلفهم العام والخاص ، ودائني المتعاقدين) ونقسم بحث الغير الى الأقسام الآتية :

أولاً // العاملين في المرفق العام :- من امثلة هؤلاء العاملين في الوزارات والدوائر الرسمية والوحدات الادارية المركزية او المحلية كالمحافظة والقضاء والناحية والمؤسسات العامة التي تتمتع بشخصية معنوية مستقلة او ما يسمى عندنا في العراق الجهات غير المرتبطة بوزارة والشركات العامة التابعة لها ولا يختلف رأي الفقه او القضاء تجاه هذه الطائفة اذ يطلق عليهم تسمية الموظفين العموميين ويكونون دائماً في مركز تنظيمي تحكمه القوانين والتعليمات والانظمة الخاصة بهم ⁽¹⁾ ، مع ملاحظة ان هؤلاء من الممكن بالاضافة الى صفتهم كونهم

(1) وبهذا الصدد ذهب الفقيه الفرنسي (ديكي / Duguit) الى انه من الممكن عد جميع العاملين في المرافق العامة من العمال الدائمين او المؤقتين موظفين عموميين وخصوصاً العاملين في المرافق العامة المهمة كمرافق الكهرباء او الماء سواء ادير المرفق عن طريق عقد الالتزام ام الادارة المباشرة من قبل الادارة نفسها ، وتطبق عليهم جميع القوانين والانظمة المتعلقة بالموظفين العموميين ، في حين ان الرأي الراجح والذي يمثل رأي غالبية الفقه اليوم تخالف الفقيه (ديكي) في ذلك وتعتبر ان العاملين بالمرافق المدارة بطريق عقد الامتياز عمال الملتزم حيث يرتبطون بعقود عمل مع الملتزم الأمر الذي يعني خضوع هذه العقود لإحكام القانون الخاص ومركزهم يكون تعاقدياً وليس تنظيمياً اي يحكمه العقد المدني لا القانون والانظمة ، ولقد سَوَّغ بعض الفقه موقف الفقيه (ديكي) بانه محاولة لتجنب النتائج السلبية للإضراب كون هؤلاء العاملين لو اعتبروا موظفين عموميين لا يمكنهم الاضراب عن العمل وقت ما يشأون وكيفما يشأون ، بينما العمال هم أحرار في ذلك الا انهم ملزمون بعدم مخالفة العقد المدني المبرم بينهم وبين الملتزم فقط ولا تلزمهم القوانين والانظمة الخاصة بالموظفين العموميين ، ولمزيد من التفصيل ينظر في ذلك سامي حسن نجم : اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005 ، ص36.

عاملين في المرفق قد يكونون منتفعين بالخدمات العامة التي يقدمها المرفق وفئة المنتفعين ايضا هي من الغير عن العقد كما سنرى .

ثانياً // الأشخاص الذين يعاونون الادارة في ادارة المرافق العامة :- وهذه الطائفة تتمثل في الاشخاص الذين يمدون يد العون للادارة او المتعاقد معها لتسهيل مهمة ادارة المرفق العام سواء عن طريق الاشتراك بالعمل مع الأشخاص والهيئات الادارية ام عن طريق الانفراد بالقيام باعمال معينة لمصلحة المرفق كالمقاولين الذين يعهد اليهم باقامة مباني ومنشآت للمرافق العامة او الموردين الذين يقومون باعمال توريد طاقة او سلع ومواد أولية لتسهيل ادارة المرفق ، والمركز القانوني لهؤلاء يكون تعاقدياً حيث ينظم العقد المبرم مع الادارة او ملتزم المرفق العام وضعهم القانوني وبحسب ما اذا كانوا قد تعاقدوا مع الادارة فمن الممكن ان يكون عقدهم ادارياً اما ان تعاقدوا مع ملتزم المرفق العام فان عقودهم تكون مدنية وتخضع للقانون المدني والمنازعات الناشئة بسببها يختص القضاء العادي بحلها .⁽¹⁾

وتدخل في عداد هذه الطائفة المقاولون من الباطن الذين يستعين بهم المتعاقد في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ولقد بينا ان من الثابت ان هؤلاء يرتبطون بعقود مع الملتزم وان

عقودهم تعد مدنية كون طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص لذا ينظم عقد المقاول المبرم بينهما القانون المدني ، وان اشتراط قبول الادارة بهذا العقد انما هو يضفي الرسمية على هذه العقود ويمكن الاحتجاج بها أمام الادارة اما ان لم توافق الادارة لا يعني ذلك بطلان هذه العقود بل يعني تحقق مسؤولية الملتزم أمام الادارة (2).

ثالثا // المستفيدون والمنفعون بخدمات المرافق العامة :- ويمكننا ان نبين مراكزهم كالاتي

الطائفة الأولى // المستفيدون من خدمات المرافق : وهم عامة أفراد المجتمع والذين يستفيدون من خدمات المرافق العامة الادارية ، حيث تقدم هذه المرافق خدماتها لكافة الافراد دون تمييز سواء تقدم الفرد بطلب الاستفادة ام لا ، كما لا يشترط ان يكون المستفيد مرتبطاً بعقد مع المرفق الاداري ، وهي تدعى بالمرافق الادارية البحتة كمرق الدفاع والأمن والصحة والتعليم الإلزامي والقضاء ، وهذا النمط من المرافق لا يستلزم اي رابطة عقدية بين المرفق العام وبين المستفيد كما ان الجهة الادارية لا تملك التنازل عن هذا المرفق للقطاع الخاص لارتباطها بسيادة الدولة وكيانها ، وهي التي تحدد كيفية تقديم خدمات المرفق ولها استبدال طريقة ادارة المرفق دون ان يكون للمستفيدين من خدماته حق الاعتراض على تبديل طريقة

(1) ينظر في ذلك سامي حسن نجم : المصدر نفسه ، ص36.

(2) ينظر في ذلك غسان لعيبي : مفهوم الغير في العقد الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2005 ، ص43 ، وينظر كذلك الدكتور الياس ناصيف : عقد B.O.T ، مصدر سابق ص127 وما بعدها.

تقديم الخدمة (1) ، والسبب في ذلك يعود الى ان المستفيدين من خدمات المرافق الادارية يتواجدون في مركز تنظيمي لا تعاقدية ومركزهم التنظيمي قابل للتعديل بالارادة المنفردة للادارة دون ان يكون لهم الحق في الاعتراض على ذلك كما ان الادارة عندما تخطئ بحق المنتفعين فيمكن الرجوع عليها وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية لاننا سبق وقلنا ان المركز القانوني للمنتفع تنظيمي تحكمه القوانين والأنظمة وليس عقدياً يحكمه الاتفاق (2).

الطائفة الثانية // وهم المنتفعون بخدمات المرافق العامة الاقتصادية (الصناعية والتجارية) وهذا النمط من المرافق يختلف عن المرافق الادارية في عدة اشياء منها ان خدماتها تقدم للأفراد بشكل مباشر مقابل رسوم يتقاضاها المرفق ان كان تديره الادارة بشكل مباشر او ملتزم المرفق ان كان قد ابرم عقد التزام لإدارته ، بعكس المرافق الادارية فالانتفاع بها مجاني ، ويؤكد الفقه انه بسبب طبيعة النشاط الذي تزاوله هذه المرافق والهدف الذي تسعى اليه فمن الممكن ان تخضع في جزء من نشاطها لقواعد مشابهة لقواعد القانون الخاص ويظهر هذا المعنى بوضوح في عدة زوايا من اهمها ما يأتي :

- 1- في علاقة المرفق العام التجاري او الصناعي بالعاملين فيه : حيث يرتبطون بعلاقات يحكمها عقد العمل وتخضع للقانون الخاص لا العام فهم لا يعتبرون موظفين عموميين .
- 2- في علاقة المرفق بالمنتفعين : حيث تبرم عقود تلقي الخدمات – عقود انتفاع – بين ملتزم المرفق وبين الافراد ليتاح لهم فرصة الاستفادة من خدمات المرفق .
- 3- في علاقة المرفق الصناعي او التجاري بالغير : خدمات المرفق ليست مجانية في الغالب ، حيث يستوفي الملتزم رسوماً من المنتفعين وان أعمال البيع والشراء التي يمارسها المرفق تخضع لاحكام القانون الخاص (3).

4- يحتوي العقد المبرم بين الادارة وملتزم هذا النمط من المرافق على نوعين من النصوص الأول منها نصوص تنظيمية تستطيع الادارة تعديلها بارادتها المنفردة والنوع الاخر نصوص عقدية يتفاهم عليها الطرفان المتعاقدان وفي الغالب هي تتعلق بحقوق الملتزم ولا تملك الادارة تعديلها دون ان تحظى بموافقة المتعاقد معها ومعيار تمييز النصوص التنظيمية عن النصوص العقدية ان الأخيرة يمكن الاستغناء عنها ان تولت الادارة —————

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة ، معهد البحوث والدراسات في جامعة الدول العربية ، القاهرة ، 1970 ، ص153.

(2) ينظر في ذلك الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 181-183 ، وكذلك الدكتور حسن محمد عواضة : المبادئ الأساسية للقانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 190 ، وكذلك الدكتور شاب توما منصور : القانون الإداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، جامعة بغداد ، 1979-1980 ، ص 225-228.

(3) ينظر في ذلك الدكتور شاب توما منصور : القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 231. مسؤولية المرفق بشكل مباشر. (1)

وينقسم المنتفعون بخدمات المرافق العامة الاقتصادية على نوعين هما :
النوع الأول / المرشحون للانتفاع بخدمات المرافق العامة : وهؤلاء أشخاص انشئ المرفق لخدمتهم وسد احتياجاتهم لكنهم لم يحصلوا بعد على الخدمة لذا هم يدعون بالمرشحين للانتفاع بخدمات المرفق ، وهؤلاء لا خلاف على أنهم من الغير عن العقد والاقرب أنهم في مركز تنظيمي تحكمه القوانين والأنظمة تجاه المتعاقدين والمرفق لان اي تعديل في خدمات المرفق او في أسلوب انتفاعهم بخدمات المرفق يسري في حقهم وليس لهم الاعتراض على ذلك لانهم لم يرتبطوا بعلاقة تعاقدية بعد مع الملتزم ، لكن الأساس القانوني لانتفاعهم بخدمات المرفق يختلف فيه الفقهاء الا ان الرأي الراجح يرجعه الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث تشترط الادارة على المتعاقد معها شروطا في العقد لمصلحة المنتفعين المستقبليين وتضمنها العقد مثل هذا النمط من النصوص يبيح لهم مستقبلا مطالبة الملتزم باحترام حقوقهم فان خالفها فلهم الحق بمقاضاته (2).

وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية المواطن (Gay) حيث تتلخص وقائع القضية في ان المواطن (Gay) تقدم بطلب للحصول على الكهرباء من الشركة ملتزمة الخدمة الا انه لم يجب على طلبه فلجأ الى البلدية وقدم طلبا لالزام الشركة باشرائه بالخدمة فرفضت التدخل فرفع الأمر الى مجلس الدولة الذي حكم بانه ((...)) ، اختصاص مجلس المديرية بنظر المنازعة المتعلقة بطلب المنفعة في تنفيذ الشروط التي تقررت لصالح الغير في عقد الامتياز المبرم بين البلدية وشركة الامتياز ، ((...)). (3)

حيث ان مجلس الدولة الفرنسي ذهب الى ان طالب المنفعة لو لم يجب على طلبه فمن حقه الرجوع الى الجهة الادارية مانحة الالتزام ليطالبها بالضبط على الملتزم ليمنحه حق الانتفاع بخدمات المرفق فان رفضت فله الحق في اللجوء الى مجلس الدولة ليطعن بقرار الادارة السلبي ، وذلك لان مركزه تنظيمي الى حين توقيع عقد مع الملتزم حيث يصبح مركزه

(1) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 528-529 ، وكذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 249-250 ، وتأكيذاً لهذا المعنى قضت المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم (1194) ، في (18/2/1989) بانه ((...)) ، ان علاقة المرافق العامة الاقتصادية والمنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص بما يتفق مع وظيفة تلك المرافق والأسس التجارية التي تسير عليها ، ((...)) أشار اليه الدكتور مهند مختار نوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 185.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 158.
 (3) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (29 / تشرين الأول / 1926) أشار اليه الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 680 .

تعاقدياً (1).

النوع الثاني / المنتفعون الحقيقيون بخدمات المرفق : وهذه الطائفة من الأشخاص مركزهم القانوني هو مركز تعاقدية تجاه المرفق وملتزم المرفق ، فكل من يرغب في الحصول على خدمات الماء او الكهرباء او التليفون عليه ان يبرم عقداً مع ملتزم المرفق ذي الشأن ، وهذا ما أكدته المشرع العراقي بالقول: ((والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعماله لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية او ملتزماً)) (2).

فمن الثابت ان للحصول على خدمة يقدمها مرفق معين سواء كان يدار من قبل الادارة ام من قبل أشخاص ارتبطوا مع الادارة بعقود التزام ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لكي يحصل على الخدمة عليه ان يقوم بعمل ايجابي يتمثل بتقديم طلب وملاء استمارات معينة تبين نية هذا الشخص في الحصول على الخدمة لذا فهؤلاء المنتفعون يرتبطون بعلاقات عقدية شخصية

مع ملتزم المرفق على اعتبار ان بعض الفقه عد العقد اذعاناً لان المنتفع لا يستطيع مفاوضة الملتزم بل عليه قبول العقد بشروط الملتزم .⁽³⁾

في حين يرى بعض الفقه الفرنسي ان العلاقة التي تربط المنتفع بالمرفق علاقة تنظيمية تحكمها القوانين والأنظمة المعتمدة في ادارة المرفق مباشرة والمنتفعون يستمدون حقوقهم من هذه القواعد القانونية المنظمة لعمل المرفق .⁽⁴⁾

ولا تنفق مع الرأي الأخير لان نص القانون المدني العراقي واضح حيث يقول: ((والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعماله ، ...)) مما يعني ان الرابطة بين المنتفعين وملتزم المرفق في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية واي عقد التزام اخر هي رابطة عقدية تخضع لإحكام القانون المدني العراقي ويقول المشرع في موطن اخر: ((ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء والغاز والكهرباء والقوة المحركة وما شابه ذلك ، ملزم بالاستمرار في أداء الخدمات التي عهد بها اليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص ابرم معه عقدا فرديا)) .⁽⁵⁾

وقضى المشرع في موطن اخر بان ((للعميل الذي تعاقد مع ملتزم المرفق اذا تعطلت

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص293.

(2) ينظر في ذلك الفقرة (2) من المادة (891) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(3) ينظر في ذلك الدكتور قنديل عبد القادر صالح : قاعدة نسبية اثر العقد ومدى سريانها على العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد التاسع العدد (32) ، 2007 ، ص196 ، وكذلك ينظر غسان لعيبي : مفهوم الغير في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص44.

(4) ينظر في ذلك رأي الفقيهين (Jeze & Duguit) ولمزيد من التفصيل ينظر الدكتور محمد فؤاد مهنا : حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص167.

(5) ينظر في ذلك المادة (897) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

خدمات هذا المرفق او اختلت ان يقاضي الملتزم فيما يخص مصلحته الشخصية ، وليس له ان يرفع الدعوى باسم جمهور العملاء)) .⁽¹⁾

الفرع الثاني

الغير شخص من أشخاص القانون العام

بعد ان بينا معنى الغير كونه شخصا من أشخاص القانون الخاص نبين في هذا الفرع معنى الغير عن العقد ان كان شخصاً من أشخاص القانون العام ولعل تساؤلاً يطرح في هذا الصدد ومقتضاه عند ما تبرم جهة ادارية معينة عقدا اداريا هل تعتبر الأشخاص المعنوية العامة الأخرى من الغير تجاه هذا العقد الإداري ام لا ؟

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي عن هذا السؤال في وقت مبكر ففي قضية (Mony demontmert) حيث قضى المجلس بانه ((تعتبر الوزارات الأخرى من قبيل الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشؤون وزارته))⁽²⁾ ، حيث ذهب المجلس الى ان المرافق العامة الأخرى تعد من الغير تجاه العقود التي يبرمها مرفق معين بغض النظر عن مدى تمتعه بالشخصية المعنوية ، والسبب وراء موقف المجلس هذا هو اعتباره ان العقد رابطة شخصية تلزم طرفي العقد دون غيرهما .⁽³⁾

لكن القضاء الإداري والفقه هجرا هذا الرأي منذ أوائل القرن العشرين وأصبحت الشخصية المعنوية هي الفكرة السائدة حيث لا توصف الجهة الادارية بالغير عن العقد إلا اذا كانت لا تنتمي لذات الوزارة التي تنتمي اليها الجهة الادارية المتعاقدة او بحسب تعبير مجلس الدولة الفرنسي (لا تنتمي لذات الشخص المعنوي العام) فالوزارة لا تعد من الغير او شخصية مستقلة عن الحكومة ، إلا ان المحافظة وباقي التقسيمات الادارية تعد من الغير بالنسبة للحكومة او للأشخاص المعنوية الأخرى .⁽⁴⁾

وعلى أية حال يخلص بعض الفقه العراقي الى ان الغير هو من لا يهيمه التصرف

- (1) ينظر في ذلك المادة (898) من القانون المدني العراقي .
 - (2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (19/أيار/1865) أشار اليه الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص692.
 - (3) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص215.
 - (4) حيث يقصد بالشخصية المعنوية هي مجموعة من الأشخاص تستهدف تحقيق غرض معين او أموال مرصودة لتحقيق غاية معينة ، ويكون الشخص المعنوي متميزاً عن الأشخاص الطبيعية التي تمثلها ولذا هو يملك ذمة مالية مستقلة ويكون أهلاً لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق ، لمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور سعاد الشرفاوي : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص574.
- القانوني الناتج عن ابرام العقد بين شخصين فلا يعود عليه بنفع او ضرر بينما الجهات الادارية ترتبط مع بعضها ارتباطاً هرمياً او ارتباطاً أفقياً لذا فهي تتأثر بما ينتج عن الادارات الاخرى والتي تنتمي للشخص المعنوي ذاته .⁽¹⁾

وبالرجوع الى التنظيم الاداري لكل دولة نجد ان دوائر الدولة تتسلسل بسلم هرمي تقع في قاعه فروع وهيئات ومؤسسات تخضع لمؤسسات أعلى منها في السلم الاداري وصولاً الى الوزارة في العاصمة والتي تقع على قمة الهرم ، وبالتالي اي من هذه المؤسسات او الهيئات لا تعتبر غيراً بالنسبة للوزارة ، ولقد تضمنت التقنيات العراقية العديد من النصوص المنظمة للسلم الاداري في العراق ، فعلى سبيل المثال ينص الدستور العراقي على ((يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة وأقاليم ومحافظات لا مركزية وادارات محلية))⁽²⁾ ، ونص ايضا ((تتكون المحافظات من عدد من الاقضية والنواحي والقرى))⁽³⁾.

ولفهم معنى الغير عن الادارة المتعاقدة ينبغي مراعاة التسلسل الهرمي للتنظيم الاداري فالادارة عندما تتمتع بالشخصية المعنوية ينبغي ان تحترم الادارة الأعلى منها ، وهذا ما يعني ضرورة مراعاة مبدأ المشروعية فحين تتصرف الادارة بمخالفة مبدأ المشروعية فان الجهة الادارية الأعلى منها تعد من الغير عن هذا التصرف نتيجة خطأ الادارة المتعاقدة وتجاوزها لقواعد الاختصاص او تجاوزها لنسب التخصيصات المالية التي ينبغي عليها ان تراعيها عندما تتصرف وتتعاقد مع أشخاص آخرين وهناك حالة اخرى نعرض لها ايضا تظهر في حالة عمل الأمير وسنعرض لها تباعاً :

أولاً / قواعد الاختصاص :- وهي تماثل قواعد الأهلية في القانون المدني وهذا يعني ان الادارة لو لم تكن مختصة فلا يحق لها التصرف بأي شكل من الأشكال ويقصد بالاختصاص الصلاحية القانونية التي تمارس من خلالها الادارة نشاطاً معيناً دون غيرها ، او هو هامش الحرية في التصرف بشأن معين يمنح لجهة ادارية معينة دون غيرها⁽⁴⁾ ، ومن ثم لو صدر من غيرها هذا التصرف عد باطلاً لصدوره عن جهة غير مختصة ، كما ان قواعد الاختصاص تتصل بالنظام العام وان مخالفة الادارة لها تؤسم العقد بالبطلان المطلق وليس للمتعاقد مع الادارة ان يتمسك بهذا العقد الباطل في مواجهة الادارة المختصة لان البطلان

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص215 .
 - (2) ينظر في ذلك المادة (116) من دستور العراق الحالي لعام 2005.
 - (3) ينظر في ذلك البند (أولاً) من المادة (122) من دستور العراق الحالي لعام 2005 ، ويشار الى ان قانون المحافظات العراقي رقم (159) لسنة 1969 نص في مادته الثانية على ((تقسم الجمهورية العراقية الى محافظات والمحافظات الى أقضية والاقضية الى نواحي ويكون لكل منها الشخصية المعنوية في نطاق الوظائف التي تمارسها الادارات المحلية)) .
 - (4) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص216 .
- يتصل كما قلنا بالنظام العام ، بيد انه يملك تقديم طلب تعويض ان لحقه ضرر من جراء تصرف الادارة وطلبه للتعويض لا يكون إلا أمام القاضي الاداري وبالاستناد الى خطأ الادارة وليس بالاستناد الى العقد الاداري لانه باطل ومعدوم ولا اثر له ، اي يؤسس دعواه على أساس الإثراء بلا سبب.⁽¹⁾

وهذا المعنى أكدته الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري بقولها: ((...، فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فان إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون منعدمة اطلاقاً ، اذ ان افراد السلطة التنفيذية الممثلة في

مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية بعدم إرادة الدولة ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ولا وجود له في نظر القانون وإنما هو واقعة مادية بحتة ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار ،...))⁽²⁾.

لكن ما هو الحكم لو استفاد المتعاقد مع الإدارة من هذا العقد المعدوم الصادر عن الغير حيث ان عدم الاختصاص يعني انعدام التصرف من الناحية القانونية ، نجد ان الجمعية العمومية في فتوى أخرى لها تجيب عن هذا السؤال بالقول: ((هذه الآثار " آثار الانعدام " تقف عند الآثار المستقبلية دون الماضية لأن الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسؤوليته عن خطأ الدولة ،...)) ، مما يعني إنها اشترطت حسن نية المستفيد لكي لا يرجع الانعدام بأثر رجعي على ما مضى من آثار العقد ، لكن هل يمكن تصحيح هذا العقد الباطل الذي خالفت به الإدارة قواعد الاختصاص ، تكمل الجمعية العمومية فتواها بالقول: ((... ، ويترتب على ذلك بطلان العقد بطلانا مطلقا بالنسبة للآثار المستقبلية دون الماضية ولا سبيل الى تصحيحه – أي العقد المعدوم – ولو بقانون وإذا أرادت الإدارة ابرام العقد يتعين عليها ابرام عقد جديد ابتداء احتراماً لقواعد الشرعية ومن ثم تنشأ الرابطة العقدية لأول مرة ،...))⁽³⁾.

(1) ينظر في ذلك الدكتور مجدي عز الدين يوسف : مبدأ أولوية المسؤولية العقدية ، مصدر سابق ، ص355-356.

(2) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري في (1954/9/22) أشار اليها الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص165-166.

(3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم (360 في 1954/7/17) أشار اليها الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : المصدر نفسه ، ص167 ، وبهذا الصدد تنص المادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 على ((... ، ولا يجوز لأية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم او تقبل او تجيز أي عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة))

إذن ان خالفت الإدارة قواعد الاختصاص فان باقي الأشخاص المعنوية تكون ~~من~~ تجاه العقد الذي أبرمته الإدارة دون مراعاة الأصول الدستورية او القانونية المنظمة لقواعد الاختصاص .

ثانيا / الاعتمادات المالية :- لكل وزارة او مؤسسة من مؤسسات الدولة تمتلك موازنة خاصة بها تحدد فيها الواردات والمصروفات وهذه الإدارة عندما تتعاقد ينبغي ان يكون هناك تخصيصات مالية كافية لتغطية هذا العقد ، ويكون العقد باطلاً ان لم يكن هناك تخصيصات مالية كافية لتغطية العقد ، لكن ان خالفت الإدارة هذه التخصيصات وأبرمت عقداً إدارياً رغم عدم توفر اعتماد مالي للعقد او تجاوزت الاعتماد المالي المخصص لمثل هذه العقود ، في مصر يؤكد الفقه والقضاء الإداري صحة هذا العقد ولا يعدونه باطلاً بل تتحقق مسؤولية الإدارة وتلزم بالوفاء بجميع مستحقات المتعاقدين المالية لأنه حسن النية ، لكن لا يمكنه ان يجبر الإدارة على الوفاء بالتزاماتها حالاً بل عليه الانتظار لحين ان تتدبر الإدارة المبالغ الكافية بالطرق المشروعة⁽¹⁾.

وقد أكدت هذا المعنى المحكمة الادارية العليا المصرية في احد أحكامها ((الثابت في فقه القانون الإداري ان العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة او التوريد مثلاً ينعقد صحيحاً وينتج آثار حتى لو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال او حتى لو تجاوزت الإدارة حدود الاعتماد او لو خالفت الغرض المقصود منه او فات

← في الفتوى رقم (1075 في 1960/12/17) تقول الجمعية العمومية بانه: ((... ، وجب على كل وزارة او مصلحة من مصالح الدولة ان تعرض مشروع كل عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه على إدارة الفتوى وبذلك يكون القانون قد حذر على الجهات الحكومية ابرام تلك العقود مباشرة مما يتعين معه عرض العقد مقدماً على مجلس الدولة قبل ابرامه ، وغني عن البيان ان القانون لم يشترط ذلك عبثاً وإنما أراد به ان يجنب الوزارات والمصالح المختلفة مواطن الخطأ وان يكفل لها من أسباب السلامة في صياغة تلك العقود ووضع أحكامها ما تتحقق به المصلحة العامة للدولة على أكمل وجه وأوفاه)) أشار اليها الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص649 ، وهذه الفتوى تشير بوضوح الى نص المادة (58) من قانون مجلس الدولة

المصري التي أوجبت عرض العقود على إدارة الفتوى رغم كون الوزارة أو المصلحة العامة في مصر هي المختصة بإبرام العقود لكن المادة أعلاه تلزمها قبل إبرام العقد بشكل نهائي ان تعرضه على إدارة الفتوى لضمان تحقيق المصلحة العامة وهو اتجاه ننصح المشرع العراقي باتباعه وان يجعل مجلس شورى الدولة العراقي ، او مستقبلا عندما يصدر قانون خاص بمجلس الدولة العراقي تنفيذا للمادة (101) من الدستور الحالي لعام 2005 ، بحيث ينيب بإدارة الفتوى أو الجمعية العمومية في مجلس شورى الدولة الحالي مسؤولية مراجعة العقود الحكومية المهمة والتي تزيد قيمتها عن مبلغ معين لضمان الشفافية في إبرام العقود أولا ومنع التلاعب والفساد المالي والاداري وضمان تحقيق المصلحة العامة بإنابة مراجعة بنود العقد بجهة تتمتع بالاستقلالية وبالإطلاع الواسع على القوانين النافذة مما يضمن عدم إبرام عقد يخالف القانون أو الدستور أو يخالف توجهات الدولة العامة ككل . (1) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 50 .

الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الادارة – لا تمس صحة العقد ولا نفاذه – وإنما تستوجب المسؤولية السياسية وعلة ذلك ظاهرة وهي ان العقود الادارية التي تبرمها الادارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية اخرى عدم زعزعة الثقة في الادارة فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها ان يعرف مقدما اذا كان قد صدر اعتماد او لم يصدر وما اذا كان يسمح بإبرام العقد او لا يسمح ، وما اذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد او ليس في حدود الغرض ، فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها ، ولو جعل صحة العقود الادارية او نفاذها رهنا بذلك لما جازف احد بالتعاقد مع الادارة ولتعطل سير المرافق العامة)) (1) ، إذن عندما تخالف الادارة التخصيصات المالية او تتجاوزها ان نفذ العقد لا يكون باطلا بل تتحقق مسؤولية الادارة وتكون الادارة المتعاقدة مطالبة بتدبير الأموال اللازمة لتغطية هذه التخصيصات التي أصبحت تمثل حقا للأفراد المتعاقدين معها والذين نفذوا عقودهم بحسن نية ، اما الوضع في العراق فهناك اختلاف عما عليه الأمر في مصر حيث يؤكد الفقه ان الادارة في العراق مطالبة قبل إبرام العقد بان يكون هناك تخصيصات مالية كافية للمشروع قبل ان تشرع بالعملية التعاقدية فان خالفت التخصيصات المالية وإبرمت العقد دون وجود مخصصات مالية او تجاوزت ما هو مخصص فالعقد يعد موقوفاً في العراق ولا ينفذ إلا بصدر الاجازة ممن يملك أجازته ، فان لم تصدر الاجازة من الوزير او المدير الأعلى عد العقد باطلا ويعاد المتعاقدان الى وضعهما السابق قبل إبرام العقد ، اما اذا أجاز العقد فيصبح صحيحا ومنجبا لأثاره ، لكن ان نتج عن العملية العقدية تنفيذ المتعاقد جزء من العمل فالادارة المتعاقدة تتحمل تعويضه عن جميع الاضرار التي لحقت به جراء عدم اقرار المرجع المختص للعقد الموقوف وتتحقق مسؤولية الادارة المتعاقدة ولكنها مسؤولية تقصيرية وليست عقدية قائمة على أساس الاثراء بلا سبب . (2)

وتأييدا لهذا المعنى نص التشريع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على ((أولا: على جهات التعاقد مراعاة استكمال المتطلبات المبينة ادناه قبل اعداد وثائق العطاءات ،...، ب- وجود تخصيصات لتنفيذ العقد في الموازنة العامة للدولة مؤيدة من الجهات المختصة ويتم الإشارة في وثائق العطاءات الى التبويب الخاص بالمشروع في الخطة)) (3).

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في (1959/6/11) أشار اليه الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 162.

(2) ينظر في ذلك الدكتور فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 74-75.

(3) ينظر المادة (3 / أولا / ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 والمادة (3/ولا / ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لعام 2008 .

هذا ويؤكد احد الفقهاء على أهمية ان تتدبر الادارة الأموال اللازمة لتنفيذ العقد ولا يحبذون فكرة الغاء العقد لعدم توافر الاعتماد المالي للحفاظ على الأوضاع الظاهرة ومراعاة مبدأ حسن النية وذلك لان الذي يقدم على التعاقد مع جهة ادارية لم يضع في حساباته امكانية ان الادارة المتعاقدة لم تراعى مسألة توافر الاعتماد المالي او تجاوزات على القدر المسموح لها لذا فهو حسن النية كما تطلب ضرورة علمه للحكم له بالتعويض مسألة غاية بالصعوبة فمن شبه المستحيل ان يتنبأ المتعاقد ابتداء ان الادارة لا تملك اعتمادات كافية . (1)

ثالثاً / نظرية عمل الأمير:- ولقد سبق وبحثنا نظرية عمل الأمير وقلنا بأنه عمل صادر عن الجهة الادارية المتعاقدة دون خطأ منها ويسبب للمتعاقد ضرراً ، مما ينعكس سلباً على التوازن المالي للعقد فيكون من حق هذا المتعاقد ان يطالب بإعادة التوازن المالي بإلزام جهة الادارة المتعاقدة بدفع تعويض للمتعاقد معها وتطبق احكام هذه النظرية غالباً عندما تستعمل الادارة سلطتها في تعديل العقد الأمر الذي يزيد من التزامات المتعاقد معها ويؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد من ناحية زيادة التزامات المتعاقد مع ثبات جانب حقوقه المالية ، وعندما يتأكد القاضي من توافر شروط النظرية يحكم بتعويض عادل لمصلحة المتعاقد (2) ، بيد ان السؤال الذي يطرح هو ما الحكم لو صدر التصرف من جهة ادارية اخرى غير الجهة المتعاقدة رغم انتمائهما الى شخص معنوي واحد كوزارة واحد فقط ؟

مجلس الدولة المصري أشار لهذه الحالة في احكامه ففي حالة عرضت على المحكمة الادارية العليا المصرية لتلخص وقائعها في ان الهيئة العامة لشؤون النقل المائي الداخلي تعاقدت مع احد الأفراد لتسيير خط ملاحى نهري بين مصر القديمة والوسطى (الخرمان) مقابل مبلغ يدفعه للهيئة مقداره (4300) جنيه مصري بعد ذلك قامت هيئة النقل البري بتسيير أوتوبيس من القاهرة الى حلوان ثم الصف وكذلك سیرت محافظة القاهرة أوتوبيسات نهريّة بين القاهرة وحلوان مما أدى الى انخفاض موارد الملتزم الذي طالب بتخفيض المبلغ الذي يدفعه لهيئة النقل المائي فاقام دعوى أمام محكمة القضاء الاداري وطالب بضرورة تطبيق نظرية عمل الأمير لاعادة التوازن المالي للعقد ، فحكمت المحكمة لمصلحته وقضت بانقاص المبلغ الى (2400) جنيه مصري وعدت ما حصل تعديلاً للعقد لكن الحكم طعن فيه أمام المحكمة الادارية العليا فقضت بأنه ((وان لم يفصح عن ذلك صراحة فقد أشار الى ان جهة الادارة قامت بتعديل الترخيص للوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة دون خطأ من جانبها ، وبناء على ذلك خفضت المحكمة الاتاة المتعاقد عليها ، تحقيقاً للتوازن المالي للعقد ،...، وان تدخل القضاء الاداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الاداري تطبيقاً لنظرية عمل الأمير مناطه

(1) ينظر في ذلك الدكتور قيدير عبد القادر : قاعدة نسبية اثر العقد ، مصدر سابق ، ص200 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور قيدير عبد القادر : المصدر نفسه ، ص201 .

توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط ان يكون الفعل الضار صادراً من جهة الادارة المتعاقدة فاذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي ابرم العقد تخلف احد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق احكامها ، ولكن الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها ((⁽¹⁾)

نستشف من هذا الحكم بأنه رغم انتماء كل من هيئة النقل المائي وهيئة النقل البري لوزارة النقل المصرية الا ان المحكمة اعتبرت هيئة النقل البري من الغير تجاه عقود هيئة النقل المائي لتمتع كل منهما بشخصية معنوية مستقلة ، إذن العقد الذي تبرمه هيئة او مصلحة متمتعة بالشخصية المعنوية يجعل من باقي الأشخاص المعنوية غيراً بالنسبة لهذا العقد وان كانتا تنتميان الى شخص معنوي واحد في حالة تطبيق احكام نظرية عمل الأمير.

فكل شخص اداري يتمتع بالشخصية المعنوية يعد من الغير تجاه التصرفات الصادرة عن الأشخاص الاخرين في حالة صدوره من غير المختص او صدوره من شخص اداري لم يلتزم بالتخصيصات المالية ، وأخيراً يعد من الغير تجاه التصرفات الصادرة عن جهات ادارية اخرى عند الطعن أمام القضاء بتوافر شروط نظرية عمل الأمير .

(1) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (882 ، في 1968/5/11) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا – المكتب الفني ، من منتصف شباط الى أيلول ، 1968 ، مطبعة دار الكاتب العربي ، القاهرة ، ص 625 .

المبحث الثاني

الأساس القانوني لامتداد اثار العقد الى الغير

بعد ان انتهينا الى بيان أطراف العقد وبيان من هو الغير عن العقد نكرس المبحث الثاني لبيان الأساس القانوني لامتداد اثار العقد الاداري نحو الغير لان الاصل في القانون الاداري كما قلنا هو انصراف اثار العقد نحو الغير ليستفيد من بعض المزايا ويتحمل بعض الالتزامات رغم انه لم يكن طرفا في العقد ، وهذا الوضع ناتج عن صلة العقد بالمرفق العام وسعي الادارة الى تحقيق المصلحة العامة وهي مصلحة الجميع الذين يتصلون بشكل او باخر بهذا المرفق ، لذا سنعرض في هذا المبحث أهم النظريات التي فسرت السبب لامتداد اثار العقد نحو الغير بعد ان نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في الأول منها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وفي الثاني الطبيعة الذاتية للعقد وفي المطلب الثالث نبين رأياً فقهياً ذهب الى انكار المبدأ في ذاته وحاول تسويغ كل حالة على حده ونصل في نهاية الامر الى فهم السبب في امتداد اثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تجاه الغير .

المطلب الأول

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

ان من أولى النظريات التي وضعت لتسويغ انصراف اثار العقد الاداري نحو الغير هي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، وهي نظرية ذات أصول مدنية لكن الفقه الاداري لا يرى مانعا من تطبيقها في العقود الادارية واعتمادها كأساس لتسويغ امتداد اثار العقد الاداري نحو الغير ، ولكي نصل الى فهم ماهية هذه النظرية سنقسم بحثنا على ثلاثة فروع في الأول منها نتعرف على مفهومها وفي الثاني نتناول أحكام النظرية وفي الفرع الأخير نبحث عن تقييم الفقه الاداري لهذه النظرية كأساس لامتداد اثار العقد الاداري نحو الغير .

الفرع الأول

مفهوم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

ويعني الاشتراط لمصلحة الغير ان يتعاقد شخص أول ويسمى بالمشتراط (Le stipulant) مع المتعاقد الاخر الذي يسمى المتعهد (Le promettant) حيث يشترط الاول حقا لمصلحة شخص ثالث ويسمى بالمنفع (Le beneficiaire)⁽¹⁾. او هو ابرام شخص يدعى (المشتراط) عقدا مع اخر يدعى (المتعهد) لمصلحة أجنبي عن العقد يدعى (المنفع) من غير ان يكون لدى المتعاقد الذي اشترط لمصلحة الأجنبي توكيل

بذلك ومن غير ان يكون فضوليا وانما هو يتعاقد باسمه ولمصلحة المنتفع (الأجنبي عن العقد)
(2).

إن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتم بين طرفين المشترط والمتعهد كما لو أمن الأب على حياته لمصلحة أولاده فالعقد يكون بين الأب وشركة التأمين اما الأولاد فهم لم يشتركوا في إبرام العقد لكنهم أصبحوا طرفا مستفيدا من العقد ، وتطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير كثيرة في الحياة العملية كتأمين الراهن ضد حريق المنزل المرهون لمصلحة المرتهن حتى لا يتعرض الأخير لضياع حقوقه ان احترق المنزل ، وتأمين رب العمل على معمله لمصلحة العمال ، ضد الحريق او ضد اصابات العمل ، اما في اطار العقود الادارية فان من اوضح امثلة وتطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد الالتزام حيث تمنح الادارة في عقد الالتزام امتيازاً للملتزم سواء كان فردا ام شركة لادارة المرفق العام وتشتترط عليه شروطا معينة لمصلحة مستخدم المرفق حيث يستطيع المنتفعون بخدمات المرفق ان يطالبوا بالملتزم بالوفاء بهذه الشروط⁽³⁾ ، ولقد جوز المشرع المدني العراقي الاشتراط لمصلحة الغير فقال: ((1- يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او أدبية .

2- ويترتب على هذا الاشتراط ان يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ، وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد
(4)).

- (1) ينظر في ذلك الدكتور سليمان مرقس : نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص390 .
 - (2) ينظر في ذلك الدكتور منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات ، مصدر سابق ، ص228 .
 - (3) ينظر في ذلك الدكتور منير محمود الوتري : العقود الادارية وانماطها التطبيقية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص130.
 - (4) ينظر في ذلك المادة (152) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- اما عن شروط نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فيمكن بيانها بالرجوع الى نص المادة اعلاه حيث يشترط ما يأتي :

- 1- ان يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع .
 - 2- ان يشترط حقا مباشرا للمنتفع .
 - 3- ان تكون للمشرط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات الملقاة على كاهل المتعهد .
- ففيما يتعلق في الشرط الأول والذي يقضي بان يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع حيث يجب ان يصدر العقد باسم المشترط نفسه لا باسم المنتفع وهذا الشرط يعد معيارا مميزا للاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة والوكالة والفضالة فكل من النائب والوكيل والفضولي يتصرفون باسم الأصيل بينما المشترط يتصرف باسمه ، كما ان المشترط يعتبر طرفاً في العقد والوكيل والنائب والفضولي يعتبرون مجرد متعاقدين وليسوا أطرافا .⁽¹⁾
- في حين ان الشرط الثاني يقضي بان يشترط حقا مباشرا للمنتفع : فينبغي في عقد الاشتراط لمصلحة الغير ان تنصرف نية كل من المشترط والمتعهد الى اقرار حق مباشر للمنتفع اي يكسبون المنتفع حقا في عقد لم يكن طرفا فيه ، فلا يصار الى تطبيق احكام عقد الاشتراط اذا تعاقد المشترط باسمه ولمصلحته ثم حول الحق بعد ذلك للمنتفع لاننا سنكون امام حوالة حق ، اذ ان حق المنتفع لا ينشأ بعقد بينه وبين المشترط او بينه وبين المتعهد او من حوالة حق بل ينشأ من عقد الاشتراط وبعد موافقته يصبح الحق نهائيا .⁽²⁾
- وهو الأمر الذي نصت عليه المادة سالفة الذكر بقولها: ((ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد ،...)) .

وقضى الشرط الثالث ان تكون هناك مصلحة شخصية للمشرط : وهذا الشرط واضح من قول المشرع: ((... اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او أدبية)) إذن لابد من وجود مصلحة شخصية للمشرط والنص العراقي يساوي بين المصلحة المالية او المعنوية ، اما اذا كانت المصلحة موهومة اي اعتقد المشترط خطأ انه مدين للمنتفع او اعتقد انه

من اقربائه فاشترط لمصلحته او مارس المنتفع عليه نوعاً من التدليس أوهمه بذلك ، في كل هذه الحالات تكون المصلحة وهمية اي لا وجود لها ما يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽³⁾.
كما لا تكفي ان يكون هناك مصلحة بل يجب ان تكون المصلحة مشروعة والا كان العقد باطل بطلاناً مطلقاً كما لو أمن شخص على حياته لمصلحة خليلته (امرأة بغية) للبقاء

- (1) ينظر في ذلك الدكتور نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص343.
(2) ينظر في ذلك الدكتور توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص278.
(3) ينظر في ذلك الدكتور إسماعيل غانم : في النظرية العامة للالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، من دون مكان نشر ، 1996 ، ص378.

على العلاقة غير الشرعية بينهما ، كما قد تكون المصلحة مادية كما لو اشترط شخص على آخر أداء مبلغ من المال لمصلحة المستفيد أداءً لدين له في ذمة المشتري وقد تكون المصلحة أدبية كما في عقد التأمين على الحياة لمصلحة الزوجة والأولاد⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

ان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه ولكنه ثلاثي في اثاره لذا سنبين في هذا الفرع العلاقة المتبادلة والناشئة عن عقد الاشتراط وكما يأتي :

أولاً // علاقة المشتري بالمنعقد : بشكل عام هذه العلاقة خاضعة للعقد المبرم بين الطرفين المتعاقدين ففي عقد الالتزام العقد المبرم بين الادارة والملتزم هو الذي يحكم العلاقة بينهما فان اخل احدهما بواجباته جاز للطرف الاخر مطالبته بالالتزام بواجباته استناداً لنصوص العقد ، ويجوز للمشتري ان يطلب التنفيذ العيني لالتزامات المنعقد ان اخل بها وذلك باللجوء الى القضاء⁽²⁾ ، وهو الأمر ذاته في العقود الادارية مع فارق ان الادارة لا تحتاج الى اللجوء الى القضاء فلها ان تستعمل سلطاتها الواسعة والتي بحثناها فيما سبق .
ولقد بين القانون المدني حكم هذه الحالة فنص على ((ويجوز كذلك للمشتري ان يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير الا اذا تبين من العقد ان الغير وحده هو الذي يجوز له ان يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط))⁽³⁾.

ثانياً // علاقة المشتري بالمنتفع : في الغالب تكون علاقة المشتري بالمنتفع سابقة لعقد الاشتراط ، وعلاقتها في إطار عقد الاشتراط لا تخرج عن إحدى حالتين اما ان تكون العلاقة تبرعاً او معاوضة ، فان كانت تبرعاً إذن نحن أمام هبة غير مباشرة وهنا يشترط في ان يكون المتعاقد – المشتري – كامل الأهلية ليسمح له بالتبرع وقت إبرام العقد مع المنعقد⁽⁴⁾.

- (1) ينظر في ذلك الدكتور إسماعيل غانم : المصدر نفسه ، ص378-379.
(2) ينظر في ذلك سعدي اسماعيل البرزنجي : الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1971 ، ص25 .
(3) ينظر في ذلك الفقرة (3) من المادة (152) من القانون المدني العراقي .
(4) ينظر في ذلك الدكتور محمد سامي مذكور : النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول والثاني السنة الثالثة والعشرون ، 1953 ، ص195 .
اما ان كان التصرف معاوضة كما لو كان المشتري مدين للمنتفع فالمنتفع يصبح دائماً للمتعهد وفقاً لعقد الاشتراط ولا يؤدي العقد الى انقضاء دين المشتري او براءة ذمته بل يبقى ضامناً للمتعهد لحين الوفاء بموضوع العقد لمصلحة المنتفع عندها تبرأ ذمة الطرفين (المشتري والمتعهد)⁽¹⁾.

ثالثاً // علاقة المتعهد بالمنتفع : وتظهر في هذه العلاقة اثار الاشتراط لمصلحة الغير بشكل جلي وواضح حيث يكتسب المنتفع حقا مباشرا تجاه المتعهد ومصدر هذا الحق العقد المبرم بين المشتري والمتعهد ولم يكن المنتفع احد أطراف هذا العقد ، واهم نتيجة يرتبها العقد هو انه ينشئ حقا مباشرا للمنتفع في ذمة المتعهد دون المرور بذمة المشتري المالية ويترتب على ذلك انه لا يحق لورثة المشتري او دائنيه ان يطالبوا بهذا الحق فهو لا يدخل في الضمان العام لدائني المشتري ولا يعد جزءاً من تركة المشتري ان توفي .⁽²⁾

كما ان للمنتفع ان يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه وله الرجوع عليه برفع دعوى مباشرة ليطالب فيها بالتنفيذ العيني ، وان أصبح التنفيذ العيني مستحيلا يصار الى التعويض لكن المنتفع ليس له المطالبة بفسخ العقد (عقد الاشتراط) لانه لم يكن طرفا فيه فلا يمكنه المطالبة بفسخه .⁽³⁾

واذا كان المنتفع لا يزاحمه دائنو المشتري وورثة لكنه يتعرض لمزاحمة دائني المتعهد وورثته لان الأول لم يدخل حق المنتفع في ذمته المالية ، اما حقه تجاه المتعهد فيدخل ضمن الذمة المالية للمتعهد فيتعرض لمزاحمة دائنيه وورثته ، فاذا اقام الدعوى وانتهت الى بيع أموال المتعهد للوفاء بديونه فان باقي الدائنين يزاحمونهم في استيفاء ديونهم من قيمة الأموال المباعة .⁽⁴⁾

ولا بد لنا من التأكيد على ان حق المنتفع تجاه المتعهد ينشأ من تاريخ توقيع العقد الأول اي من تاريخ توقيع عقد الاشتراط لا من تاريخ قبول المتعهد فان مات المنتفع قبل اظهار رغبته او قبل علمه بالاشتراط ينتقل حقه في الاشتراط لمصلحة ورثته .⁽⁵⁾

- (1) ينظر في ذلك الدكتور محمد سامي مدكور : النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير ، مصدر سابق ، ص 195- 196 ، وكذلك الدكتور نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص 347.
 - (2) ينظر في ذلك سعي اسماعيل البرزنجي : الاشتراط لمصلحة الغير ، مصدر سابق ، ص 88.
 - (3) ينظر في ذلك الدكتور اسماعيل غانم : في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص 382 .
 - (4) ينظر في ذلك الدكتور محمد سامي مدكور : النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير ، مصدر سابق ، ص 231 .
 - (5) ينظر في ذلك الدكتور اسماعيل غانم : في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص 383.
- وتأكيداً لهذا المعنى نشير الى حكم مهم أصدرته محكمة النقض المصرية جاء فيه ((ليس في القانون ما يمنع من ان تتعاقد الدولة او غيرها من الأشخاص الادارية العامة او إحدى شركات القطاع العام طالما ان لكل منها شخصيتها المعنوية وذمتها المالية المستقلة التي تؤهلها لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ، واذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه ان وزارة السياحة قد تعاقدت مع الشركة المطعون ضدها الأولى وهي إحدى شركات القطاع العام على ان تقوم بواسطة وكلائها في مدريد بشحن أمتعة وسيارة للطاعن من ميناء برشلونة الى الموانئ المصرية على ان يكون سداد قيمة نفقات وأجور الشحن في ميناء الاسكندرية بالعملة المصرية وكان التكييف الصحيح لهذا التعاقد انه اشتراط لمصلحة الغير يخول الطاعن حقا مباشرا قبل الشركة المطعون ضدها الأولى فان دعواه قبلها بتعويض الضرر الناجم عن التأخير في تنفيذ التزاماتها بالشحن تكون اساسها المسؤولية العقدية ،...)).⁽¹⁾
- نفهم من هذا الحكم انه عندما يطالب المنتفع المتعهد بحقه فان ذلك يكون بالاستناد لمسؤولية المتعهد العقدية .

الفرع الثالث

تقييم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

لا شك في ان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير قد ساهمت وبشكل كبير في كسر جمود مبدأ نسبية اثار العقد في القانون المدني وجعلت من الممكن امتداد اثار العقد لغير المتعاقدين ولذلك احتضنها بعض فقهاء القانون العام ليجعلوا منها أساساً قانونياً مسوّغاً لامتناد اثار العقد الاداري

تجاه الغير ومنهم الفقيه الفرنسي (دي لوبادير) بل ان القضاء الاداري الفرنسي ومنذ بواكير احكامه احتضن هذه النظرية حيث جاء في احد احكام مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Chemin de fer de camargue) والتي تتلخص وقائعها في ان مقاطعة فرنسية منحت حق الالتزام لادارة مرفق السكك الحديدية المحلية لأحدى الشركات بمقتضى عقد التزام مرفق عام وضمنت المقاطعة في هذا العقد شرطاً احتفظت فيه لنفسها بحق مد خطوط تليفون فوق المنطقة المخصصة للمرفق محل الالتزام ، بعد ذلك حدث خلاف حول تفسير النص وأوضح مفوض الدولة (Lagarange) بانه ((ان الشرط محل الخلاف هو اشتراط لمصلحة الغير ، حيث يرى مفوض الدولة ان المستفيد انما يستمد حقا مباشرا من العقد بالتالي فان قاضي ذلك

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية رقم الطعن (252) ، في 19/4/1976) أشار اليه المستشار أنور طلبة : الوسيط في القانون المدني – الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، من دون سنة نشر ، ص 435-436.

العقد هو الذي يختص بكل نزاع يدور حول تفسير الشرط او يثيره تنفيذه (((1). ويرى بعض الفقه الإداري انه ليس هناك ثمة مانع يمنع تطبيق أحكام نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الادارية متى توافرت جميع شروطها التي اشرنا اليها اعلاه وعللوا ذلك بالقول ان هذه النظرية لا تتعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد بل هي تتفق تماما مع هذا المبدأ الذي يحكم جميع العقود الادارية (2). وبهذا الصدد يذهب بعض الفقه العراقي الى القول: ((اننا يمكن ان نتلمس ظاهرة الاشتراط لمصلحة الغير في بعض العقود الادارية كعقد التزام المرافق العامة وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد لكن بمعنى يختلف بعض الشيء عما هو عليه الحال في عقود القانون الخاص ، فنظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تصلح لتبرير انصراف أثار العقد الإداري نحو الغير بنفس الكيفية التي تنصرف بها تلك الآثار الى الغير في العقد المدني (((3) ومن ثم فان هذا الرأي يؤكد على ان خصوصية العقود الادارية تحتم ان تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بطابع خاص يتلاءم مع العقود الادارية وما تتمتع به من مميزات لا توجد في العقد المدني ، ونتفق مع هذا الاتجاه في امكانية امتداد اثار العقد الاداري وفقا لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ولكن مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة كل عقد اداري على حده ، فعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في حقيقته هو عقد التزام مرفق عام ومن الممكن للإدارة ان تضمن العقد نصوصا معينة لصالح المنتفعين بخدمات المرفق بما يمكنهم مستقبلا مطالبة الملتزم بها فان خالفها فمن الممكن ان يتظلما من عمله هذا أمام الادارة المتعاقدة وان لم يستجب لطلبهم فمن الممكن لهم مراجعة القاضي الاداري .

ومع ما لاقتته نظرية الاشتراط لمصلحة الغير من رواج الا اننا نجد ان بعض الفقه وجه اليها سهام نقده ويمكننا تلخيص هذه الانتقادات فيما يأتي :

- 1- في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا بد ان يكون المستفيد معيناً او ممكن التعيين لكن هذا الشرط لا يمكن ان يسحب على العقود الادارية وخصوصا عقد الالتزام لان المنتفعين بخدمات المرفق في الغالب غير معينين ، وبامكان الادارة تعديل شروط العقد الامر الذي يسمح بدخول طوائف جديدة او خروج طوائف سابقة من الانتفاع بخدمات المرفق .
- 2- عقد الاشتراط لمصلحة الغير كما رأينا يمنح حقا مباشرا للمستفيد وتخوله الحق بمقاضاة المتعهد ، ولكن هذا ممكن في عقد الالتزام لكن العقد الأخير يمنح المنتفعين كذلك الحق

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (17/حزيران/1938) أشار اليه الدكتور محمد عبد المجيد اسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، مصدر سابق ، ص 295-296.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد اسماعيل : المصدر نفسه ، ص 295 .

(3) ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 222 ، وكذلك الدكتور قياد عبد القادر : قاعدة نسبية اثر العقد ، مصدر سابق ، ص 190.

بمقاضاة الادارة ذاتها وليس فقط الملتزم وهذا الأمر الذي لا يتفق مع عقد الاشتراط الذي لا يسمح بمقاضاة المشتراط لان الحق لا يمر بذمته المالية .

3- في عقد الاشتراط ان اعلن المستفيد قبوله للعقد يستقر حقه في الشيء محل عقد الاشتراط بصفة نهائية بينما في عقد الالتزام قبول المنتفعين بالخدمة لا يعني نهاية المطاف بل تملك الادارة في اي وقت التدخل لتعديل بنود العقد بما ينسحب على الخدمة المقدمة للمنتفعين ولها حق الغاء المرفق من الأساس ايضاً وما تجريه الادارة من تعديلات تنسحب على جميع المنتفعين السابقين لاجراء التعديل والتالين له .

4- لا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير تفسير حق المستفيد باللجوء لقضاء الالغاء ليطعن بقرار اداري يؤثر على حقوقه لان هذا القضاء قضاء عيني يتعلق بالمشروعية بينما مخالفة الادارة لشروط العقد تثير مسؤوليتها العقدية بما يعني اختصاص القضاء الكامل وليس قضاء الالغاء ، كون القضاء الكامل في الغالب هو يتعلق بحقوق شخصية وليس كقضاء الالغاء لانه قضاء عيني يتعلق بقرار صادر من الادارة بمخالفة مبدأ المشروعية .

5- أخيراً يمكن القول ان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وان صلت لتسوية اكتساب الغير حقوقاً من العقد الاداري فانها عاجزة عن تسوية تحميل هذا الغير الالتزامات الناتجة عن العقد تجاهه .⁽¹⁾

ولا نؤيد الانتقادات التي جاء بها هذا الاتجاه الفقهي فظاهرياً تبدو هذه الانتقادات دامغة الا اننا يمكن ان نرد عليها وكالاتي :

1- ان الفقه الذي أيد امتداد أثار العقد نحو الغير ورأى ان الأساس في ذلك هو الاشتراط لمصلحة الغير لم يغفل عن هذه الانتقادات ولذا فهم يؤكدون وكما لاحظنا في رأي بعض الفقه العراقي بان أثار العقد تنصرف الى الغير في العقد الإداري بكيفية خاصة ولا تصلح النظرية المدنية لتسوية ذلك ما يعني إعادة صياغة النظرية بشكل يتلاءم مع العقود الإدارية.

2- ان بعض الآثار عندما تنتقل الى الغير لا تجد لها تفسيراً الا نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، فيما ذا يفسر منتقوه اشتراط الإدارة في عقد الالتزام على الملزم جملة من الشروط لمصلحة المنتفعين المستقبليين .

3- ان القضاء الاداري الفرنسي تبنى النظرية صراحة كما اشرنا الى ذلك في بحثنا للنظرية وصرح بذلك في اكثر من مناسبة وهو دليل قاطع على إمكانية تطبيق أحكامها في إطار القانون الاداري مع التنبيه لضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية .

(1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 109-110 ، وكذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 275 .

4- اما قولهم بان النظرية لا يمكنها ان تفسر اللجوء لقاضي الالغاء فيمكننا القول ان نظرية القرارات الادارية المنفصلة وكما سنرى فيما بعد هي نظرية قضائية ابتدعها القضاء الاداري ليسمح للغير عن العقد بالطعن ضد القرار الاداري الذي ابرم العقد بناءً عليه فيماذا يفسرون ذلك ؟.

5- اما عن حجتهم الأخيرة والتي يقولون فيها ان النظرية تفسر انتقال الحقوق دون الالتزامات فنقول ان الأساس القانوني لامتناد اثار العقد نحو الغير وكما سنرى فيما بعد هو قائم على طبيعة عقد الالتزام الذاتية وارتباطه بالمرفق العام كون هذا الأساس اتفقت عليه كلمة غالبية الفقه الاداري مع الأخذ بنظر الاعتبار أهمية نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث انها تصلح لتسوية انتقال بعض أثار العقد نحو الغير كما يؤكد ذلك الفقه الاداري وخصوصاً العراقي منه وبالتالي هذه النظرية لا يمكن انكار دورها كمسوّغ لانصراف أثار العقد الاداري وبالخصوص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نحو الغير (المنتفعين) حينما تشترط الادارة شروطاً معينة لمصلحة المنتفعين .

6- أخيراً نجد ان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لعبت دوراً حتى في القانون الدولي وبالرجوع الى مؤلفات فقهاء القانون الدولي نجد انهم يرون ان اثار المعاهدات الدولية قد تنتقل الى الغير عن المعاهدة اي الى دولة أخرى غير متعاقدة ضمن ضوابط محددة وفقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير إذن النظرية ليست دخيلة على فروع القانون العام بل هي تفسر انتقال الآثار الى الغير في القانون الاداري والدولي .⁽¹⁾

ولذلك نؤيد الاتجاه الداعي الى امكانية انصراف بعض آثار العقد الاداري الى الغير بالاستناد الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بمراعاة طبيعة العقود الادارية وبذلك يمكننا ان نفهم الأساس القانوني لحق المنتفعين في مقاضاة الملزم ان خالف النصوص العقدية المدرجة لمصلحتهم كتلك النصوص المتعلقة بالرسوم التي يستوفونها مقابل الخدمات التي يتلقونها فان قام برفع سعر تعريفية الرسم فلهم الحق بمقاضاته ، وكذلك عندما تشترط الادارة عليه وجوب المساواة في تقديم الخدمات لكل المنتفعين او تشترط عليه تقديم الخدمات لجميع سكان منطقة او مدينة معينة فان خالف ذلك الشرط وحرّم سكان او جزء من سكان هذه المنطقة او المدينة من خدمات المرفق فمن حقهم مقاضاته والتمسك بالشروط العقدية المدرجة لمصلحتهم في العقد المبرم بينه وبين الادارة وما من شك انهم يستمدون حقهم هذا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

(1) ينظر في ذلك الدكتور حيدر ادهم الطائي : الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين ، المجلد (9) ، العدد (16) ، 2006، ص170-202 .

المطلب الثاني

نظرية الطبيعة الذاتية للعقد

نظرية الطبيعة الذاتية للعقد جاءت لتفسير انصراف اثار العقد الاداري تجاه الغير وأول من نادى بها هو الفقيه الفرنسي (بيكينيوي) والذي يرى ان أساس امتداد اثار العقد نحو الغير هو الطبيعة الذاتية للعقد الاداري حيث ان العقد الأخير يتميز بخصائص ذاتية تميزه عن العقد المدني فان كان العقد المدني يتقيد بمبدأ نسبية اثار العقد والاستثناء هو امتداد هذه الآثار نحو الغير ، لكن العقد الاداري الاصل فيه امتداد اثاره نحو الغير لان العقد الأخير حسب ما يرى (بيكينيوي) هو وسيلة لا غاية فهو وسيلة تلجأ اليها الادارة لإشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة ، إذن سبب انصراف اثار العقد الاداري تجاه الغير هو ارتباط العقد الاداري بالمرافق العامة التي تقدم خدماتها للجمهور وتشبع حاجات عامة ، ومن شأن ارتباط العقد بالمرافق العامة انصراف اثاره نحو المنتفعين بخدمات هذا المرفق رغم انهم ليسوا طرفا في العقد وهم يملكون مصلحة في ان يبرم هذا العقد وفقا للقانون لانه يتصل بإشباع حاجاتهم العامة .⁽¹⁾

ولاجل تحقيق المصلحة العامة يتضمن العقد الاداري شروطا استثنائية غير مألوفة في اطار القانون الخاص والغاية من هذه الشروط هي ضمان التزام المتعاقد مع الادارة بتنفيذ التزاماته بحسن نية وبما يضمن السير المنتظم للمرفق العام ، فالعقد الاداري يتميز بخصائص تميزه عن نظيره المدني من أهمها كون احد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام سواء كان شخصا إقليميا ام مرفقياً ام مصلحياً ، وارتباط العقد بمرفق عام وتضمن العقد شروطا استثنائية كسلطة الادارة في تعديل العقد وسلطتها في فرض جزاءات ادارية على المتعاقد معها ان اخل او قصر في أداء واجباته دون حاجة الى رفع الأمر للقضاء ، وهذه الشروط اقرها القانون لمصلحة الادارة لغاية واحدة هي ضمان السير المنتظم للمرفق العام ، واتصاف العقد بالطبيعة الخاصة هو المسوّغ لامتداد اثاره للغير وهم المنتفعين بخدمات المرفق العام الذي يرتبط به العقد الاداري .⁽²⁾ ولقد أكدت هذا المعنى محكمة القضاء الاداري المصرية في اكثر من مناسبة ففي حكم لها قضت بانه ((... ، العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات

(1) G . pequignot : Contribution la theorie general du contrat administratif . op . cit . p597 .

وبذات المعنى ينظر الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص110-111 .
(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد المجيد اسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، مصدر سابق ، ص296 .

المرفق الذي يستهدف العقد تسييره او سد حاجاته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة ، ذلك بانه اذا كان المتعاقدان في العقود المدنية يستهدفان تحقيق نافع مادي ومصلحة شخصية فان الأمر في العقود الادارية يختلف عن ذلك لان جهة الادارة – وهي طرف فيه – لا تبغي مصلحة شخصية بل تتعاقد لمصلحة المجموع وهدفها المصلحة العامة وهي القوامه عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها ،...)). (1).

ومع ان نظرية الطبيعة الذاتية للعقد حاولت تجاوز الانتقادات التي وجهت لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير فجاءت بفكرة الطبيعة الذاتية للعقد الاداري والارتباط الوثيق بالمرفق العام الأمر الذي يسوغ تحقيق المصلحة العامة كلها اسباب عدها القائلون بهذه النظرية مسوغات لامتداد اثار العقد نحو الغير ، لكن هذه النظرية لم تسلم من انتقاد الفقه الاداري لها بكونها عجزت عن تفسير بعض الالتزامات الملقة على كاهل الغير والتي تمثل حقوقا للملتزم، مثل حقه في الاستيلاء على العقارات المجاورة واخذ منها مواد معينة ومنها إعطاء سلطة ضبط اداري تجاه الغير وحق الغير في ان تبرم العقود الادارية وفقا لأحكام القانون (2).

كما ان الفقه الاداري المصري يرى انه من غير الممكن التقيد بالقاعدة المدنية (قاعدة نسبية اثار العقد) بالنسبة لطرفيه فقط في العقد الاداري ، وهذا التوجه منتقد لان العقد الاداري وبالخصوص عقد الالتزام يتضمن نوعين من النصوص الأولى ذات طبيعة اتفاقية – تعاقدية – والأخرى ذات طبيعة تنظيمية – لائحية – والنصوص التنظيمية هي التي تسوّغ امتداد اثار العقد نحو الغير ، اما النصوص العقدية فهي نتاج توافق ارادتي الطرفين المتعاقدين وتنشئ حقوقا والتزامات متقابلة لا تمتد نحو الغير ، كما ان الادارة لا تملك تعديل الشروط العقدية بارادتها المنفردة بل عليها ان تتشاور في ذلك مع الملتزم ما يسوّغ الاستناد الى نظرية الطبيعة الذاتية للعقد التزام وارتباطه بالمرفق العام كأساس لانصراف اثار العقد الى الغير (3).

وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عندما بحثنا موضوع الرسم قلنا ان القانون العراقي والمصري (4) عدا النصوص المتعلقة بالرسم ذات طبيعة تنظيمية ، اما في العقد موضوع الدراسة انتهينا الى ان النصوص المتعلقة بالرسم ذات طبيعة اتفاقية ولا تملك الادارة تعديلها بارادتها المنفردة .

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في (1957/6/30) سبق ان اشرنا اليه ص 85 من هذه الرسالة .

(2) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، مصدر سابق ، ص 367.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص 294 .

(4) ينظر في ذلك المادة (894) من القانون المدني العراقي النافذ والمادة (5) من قانون رقم (129) بالتزامات المرافق العامة المصري لسنة 1947 النافذ .

والانتقاد الاخر الموجه لنظرية الطبيعة الذاتية للعقد الاداري انها عدت حق الغير في ابرام العقد الاداري وفقا لأحكام القانون (حقهم في الطعن ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال) ناشئا عن العقد الاداري وطبيعته الخاصة وهذا توجه منتقد لان هذا الحق يكسبه الغير من نصوص القوانين وليس من العقد الذي هم اُجانب عنه (1).

المطلب الثالث

إنكار المبدأ في ذاته ومحاولة تسويغ كل حالة على حده

هذا الرأي ينسب للفقيه الفرنسي (دي لوبادير) فرغم كونه من مؤيدي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وإنكاره لمبدأ انصراف اثار العقد الاداري نحو الغير كمبدأ مستقل وقائم بذاته إلا انه يقر بوجود حالات معينة تنصرف فيها بعض اثار العقد الاداري نحو الغير فيحصل من خلالها الغير على بعض المزايا ويتحمل نتيجتها التزامات معينة رغم كونه لم يكن طرفا في العقد لذا حاول الفقيه الفرنسي دي لوبادير ان يدعو لهذا الاتجاه الجديد الذي أنكر فيه نظرية الطبيعة

الذاتية للعقد الاداري وانكر مبدأ انصراف آثار العقد تجاه الغير كمبدأ مستقل ، واتجه الى تسوية كل حالة على حده وسنعرض لرأيه من خلال النقاط الآتية :

أولاً / فيما يتعلق بالالتزامات التي يتحملها الغير كحق المتعاقد مع الإدارة في الاستيلاء المؤقت أو نزع الملكية على العقارات المجاورة أو اخذ أشياء من الأراضي المجاورة حيث يرى دي لوبادير أن هذه الالتزامات يقررها القانون لمصلحة الإدارة وبموجب العقد تخول الإدارة المتعاقد معها استعمال مثل هذه السلطات أن سمح لها القانون بذلك .

ثانياً / الشروط المقررة لمصلحة العاملين في المرافق العامة كتحديد ساعات العمل أو ما يتعلق بأجورهم أو التأمين ضد إصاباتهم يرى دي لوبادير أن هذه الشروط العقدية المقررة لمصلحة العمال تعود بالأصل الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .⁽²⁾

ثالثاً / حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون لا يرى دي لوبادير أن أصلها العقد الاداري كما فعل (بيكينييو) بل يقول أنها تعود الى ما تقرره القوانين والأنظمة المتبعة فالغير عندما يطعن ضد القرار الاداري المنفصل عن العقد يستند في طعنه للقانون وليس للعقد لانه لم يكن طرفاً فيه .

رابعاً / المزايا الممنوحة للمتعاقد كشرط عدم المنافسة والاعفاء من بعض التكاليف العامة

(1) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 685.
(2) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p86
وينظر كذلك غسان لعبيي : مفهوم الغير في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 111-112.

كالضرائب تشكل التزاماً على الغير في الوقت ذاته ، ويرى دي لوبادير أنها لا ترقى الى مرتبة الاستثناءات من مبدأ نسبية آثار العقد بل هي آثار غير مباشرة كون هذه الإعفاءات تمنح للمتعاقد احتكاراً فعلياً لنشاط معين وفي مكان معين ويعجز الآخرون عن منافسته .⁽¹⁾

ولقد انتقد بعض الفقه هذه النظرية وبالأخص ذلك الجزء القاضي بالرجوع الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وقالوا أنها تمثل عودة الى قواعد القانون المدني الأمر الذي لا يتلاءم مع روابط القانون العام ، كما انتقدت هذه النظرية لتجاهلها العلاقة المتميزة بين العقد الاداري والمرفق العام وهذه العلاقة هي سبب تمتع العقود الادارية بطبيعة خاصة ، وهي التي تسوّغ في الوقت ذاته انصراف آثار العقد الاداري نحو الغير ولذلك ينبغي الرجوع الى نصوص العقد وتمييز نصوصه ذات الطبيعة التنظيمية عن الأخرى ذات الطبيعة العقدية والنظر الى النصوص ذات الطبيعة التنظيمية لأنها هي التي تسمح بانصراف آثار العقد الاداري نحو الغير حيث أنها ترتب حقوقاً للغير وتفرض عليهم التزامات معينة دون حاجة لاستحصال موافقتهم عليها .⁽²⁾

وان بعض الفقه المصري يرى أن الفقيه دي لوبادير لم يعتمد على معيار واحد في تحديد الأساس القانوني لانصراف آثار العقد الاداري نحو الغير بل يعتمد في كل حالة على معيار معين ، ونتفق مع ما تبناه هذا الاتجاه الفقهي كأساس لامتناد آثار العقد حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العلاقة الوثيقة بين العقد الاداري والمرفق العام هي الأساس وأن الغاية من إنشاء المرافق العامة هي تحقيق المصلحة العامة والعقد الاداري وسيلة لإدارة المرافق العامة ولذلك العقد لا يبرم ابتداءً إلا لتحقيق غاية المرفق العام لذا تمتد آثار العقد نحو الغير⁽³⁾ ، والدليل على هذه الصلة أن أحد أهم معايير تمييز العقد الاداري عن العقد المدني هو اتصال العقد الاداري بمرفق عام فالعقد الاداري لا يبرم لتحقيق فوائد مالية أو أرباح لمصلحة الإدارة وإنما هو يبرم لغاية أسمى وهي إدارة مرفق عام يقدم خدماته للجمهور ويحقق مصلحتهم العامة لذا فالعقد الاداري يعد وسيلة مهمة لإشباع الحاجات الجماعية وأهم ما يترتب على صلة العقد الاداري بالمرفق العام هو وجود نوعين من النصوص العقدية وهي كالآتي :

1- الشروط التي لا تتصل بالمرفق العام وتسمى بالشروط التعاقدية : وهي ذات طبيعة اتفاقية تبرم بين الإدارة وملتزم المرفق لتنظيم علاقتهما وهي غالباً ما تتصل بحقوق المتعاقد

(1) A . de Laubadere : traite therorique et pratique des contrats . tome2 . op . cit . p.86.

وينظر كذلك سامي حسن نجم : اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، مصدر سابق ، ص 77.

(2) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 690.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثار العقد الاداري الى الغير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص160-161 .
كالنصوص المنظمة لحقه في المقابل النقدي وهي لا تنصرف الى الغير عن العقد لانها محصورة بين طرفي العقد فقط .

2- النصوص التنظيمية والتي تتصل بشكل مباشر بالمرافق العام : وهي الشروط المميزة للعقد الاداري عن المدني حيث تتصف بالصفة الادارية وتملك الادارة تعديلها في اي وقت باستعمال سلطة التعديل المقررة لها وفقا لنصوص العقد او وفقا للقواعد العامة في القانون الاداري ان خلت نصوص العقد من نص يمنح الادارة سلطة تعديل العقد ، وهذه النصوص التنظيمية هي سبب امتداد اثار العقد الاداري نحو الغير وذلك لانها ترتب حقوقا لمصلحتهم تجاه ملتزم المرفق حيث يكون ملزماً بتنظيم المرفق على نحو يقدم فيه خدماته للجمهور بشكل متساوٍ ، كما انها تحملهم التزامات معينة حينما تمنح المتعاقد مع الادارة سلطات معينة تجاههم لتسهيل عليه مهمة القيام بادارة المرفق .⁽¹⁾

ونخلص من كل هذا الى ان الأساس الذي نفضله هو الأساس القائم على ضرورة احترام الصلة الوثيقة بين العقد الاداري والمرافق العام وما ينتج عن الرجوع الى الطبيعة الذاتية للعقد والتي تتضمن نوعين من النصوص (تنظيمية وعقدية) ، وان النصوص التنظيمية هي المسوغة لانصراف اثار العقد الاداري نحو الغير مع التأكيد على ان باقي الاراء التي قال بها الفقه تصلح لتسوية حالات منفردة ولا تصلح ان تكون أساساً قانونياً وحيداً لتسوية انصراف اثار العقد نحو الغير فعلى سبيل المثال الاشتراط لمصلحة الغير يمكن الأخذ به كأساس مسوغ لامتداد بعض اثار العقد الاداري نحو الغير بشرط ان تتوافر جميع شروط وأركان النظرية وبشكل يتناسب مع طبيعة الروابط الادارية ، فلو أوردت الادارة في العقد نصاً يعطي لمستخدمي المرفق الحق بمقاضة الملتزم ان خالف شروط العقد فلا يمكن تفسير هذا الشرط الا بتفسير واحد وهو انه اشتراط لمصلحة الغير ، كما ان بعض الآثار التي تمتد نحو الغير قد تجد اساسها في القانون كما في حالة منح الغير مكنة الطعن بالقرار الاداري المنفصل كقرار التصديق على المناقصة من قبل الرئيس الاعلى للجهة المتعاقدة وهذه المكنة تعد اثراً يمكن ان ينصرف الى الغير وأساسها القانوني هو نص القانون ذاته ، وأخيراً فان طبيعة العقد الذاتية تصلح لتسوية امتداد غالبية ان لم نقل كل اثار العقد نحو الغير كما لو منح العقد للملتزم احتكاراً فعلياً او قانونياً⁽²⁾ فطبيعة هذا العقد هي الأساس بانصراف اثار العقد نحو الغير الذي يجد عوائق كثيرة تمنعه من منافسة الملتزم .

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء السابع، مصدر سابق ، ص294-295 ، وكذلك الدكتور ابراهيم محمد علي : اثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص477-478 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور أنور العمروسي : العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص166-167 .

المبحث الثالث

الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد تجاه الغير

وفي هذا المبحث نبين موضوع غاية في الاهمية هو اثار العقد الاداري تجاه الغير والآثار تعني ما ينتج من العقد من حقوق والتزامات تجاه الغير وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين في الأول نبين الالتزامات وفي الآخر نبين الحقوق التي يحصل عليها الغير من العقد.

المطلب الأول

الالتزامات التي يترتبها العقد على الغير

في هذا المطلب ندرس اهم الالتزامات التي يترتبها العقد على الغير والتي تمثل حقوقا للمتعاقد مع الادارة والتزامات على الغير وسنقسم هذه الالتزامات على قسمين هما حق المتعاقد مع الادارة في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة وحق المتعاقد مع الادارة في منحه امتيازات معينة وسنبحث كل منهما في فرع مستقل وكما يأتي :

الفرع الأول

ممارسة المتعاقد مع الادارة بعض مظاهر السلطة العامة

الاصل ان الادارة بوصفها سلطة عامة هي وحدها يمكنها ممارسة مظاهر السلطة العامة ولا يملك اشخاص القانون الخاص ممارسة هذه السلطة ، لكن ان تعاقدت الادارة مع الاشخاص قد ترى انه من المصلحة تخويل هؤلاء المتعاقدين بعض مظاهر السلطة العامة في مواجهة الغير عن العقد ليتسنى للمتعاقد القيام بمهمته على اتم وجه لان المتعاقد مع الادارة كما نعلم هو مساعد ومعاون ونائب عن الادارة في تسيير مراقبتها العامة لذا فلا بد لها من منحه بعض مظاهر السلطة العامة والتي سنتناولها كما يأتي :

أولاً / منح المتعاقد مع الادارة سلطة نزع الملكية للنفع العام : فلا بد من التأكيد على ان الملكية الشخصية للأفراد حق دستوري يصونه اسمى قانون في البلد وهو الدستور حيث نص الدستور العراقي الحالي على ((أولاً : الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون .

ثانياً : لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون ،...)) (1).

ويعرف نزع الملكية بأنه حرمان المالك من ملكه جبراً عنه بسبب يتصل بالمنفعة العامة بشرط دفع تعويض عادل له (2) ، كما ويعرف بأنه امتياز ممنوح للادارة للحصول على ملكية العقارات المملوكة لأشخاص القانون الخاص او الحقوق العينية الاصلية جبراً وتحويلها الى الملكية العامة للدولة تحقيقاً للنفع العام ومقابل تعويض عادل يدفع مسبقاً وعلى وفق اجراءات خاصة ينظمها القانون (3).

إذن الاستملاك إجراء جائز ان اقتضت المصلحة العامة ذلك اما في غير حالة المصلحة العامة فهو محظور دستورياً ولا يتم الا ضمن شروط وضوابط معينة وان يدفع تعويض عادل لصاحب العقار وان تتبع الاجراءات الاصولية التي ينص عليها القانون .

لكن هل تملك الادارة تخويل المتعاقد معها سلطة الاستملاك الجبري على العقارات المملوكة للأفراد ؟

لقد اباح التشريع العراقي سابقا هذه السلطة الممنوحة للمتعاقد صراحة فقال: ((الاستملاك : نزع الملكية لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون)) (4). ونص كذلك على ((تعد الأمور التالية من النفع العام :- ...، 8- الاعمال المتعلقة باستثمار منابع البلاد الطبيعية ومشاريع إسالة الماء والتتوير والخدمات الصحية العامة التي تقوم بها الحكومة او البلديات او اي شخص بينه وبين الحكومة اتفاق بموجب امتياز في هذا الباب)) (5)، وذيل المادة اعلاه ينص صراحة على امكانية تحويل المتعاقد مع الادارة سلطة نزع الملكية، الا ان هذا النص الغي بالغاء القانون الذي ورد فيه والقانون النافذ لم يتضمن مثل هذا النص لكن جرت التعاملات على امكانية ان تمنح الادارة المتعاقد معها سلطة نزع الملكية للنفع العام طالما عد المتعاقد مع الادارة نائباً عنها في ادارة المرفق العام (6).

بل ان بعض الفقه المصري الحديث يرى ان من الحقوق المهمة الممنوحة للمتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو حق نزع الملكية للمنفعة العامة فهذا العقد غالبا ما يبرم من اجل مشاريع ضخمة فان احتاج المشروع لتوسيعه او تنفيذه فمن الممكن ————— (1) ينظر في ذلك المادة (23) من الدستور العراقي لعام 2005 وينظر بذات المعنى المادة (16) من دستور العراق الملغي الصادر عام 1970 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري المصري والمقارن ، مصدر سابق ، ص825.
(3) ينظر في ذلك خالد رشيد الدليمي : نزع الملكية للنفع العام ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 ، ص17.

(4) ينظر في ذلك المادة رقم (1) من قانون استملاك الاموال غير المنقولة العراقي رقم (43) لسنة 1934.

(5) ينظر في ذلك الفقرة (8) من المادة (2) من القانون ذاته .

(6) ينظر في ذلك سامي حسن نجم : اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، مصدر سابق ، ص89.

للمتعاقد الاستيلاء على الاراضي المجاورة وتحويل ملكية هذه الارض للمنفعة العامة (1).

ثانيا / منح المتعاقد مع الادارة سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات الخاصة :

ويقصد بالاستيلاء المؤقت : حق السلطة الادارية في حيازة العقارات المملوكة ملكية خاصة بصفة مؤقتة تحقيقا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل (2).

ويعرف الاستيلاء المؤقت بانه قيام جهة الادارة بالاستحواذ على مال معين مملوك لاحد الافراد جبرا عليهم ولكن بصفة مؤقتة وليس بصفة دائمية في احوال معينة بينها القانون مقابل تعويض المالك الذي يبقى محتفظا بحق الملكية ولكن هو يحرم من استعمال ماله مؤقتا اثناء مدة الاستيلاء (3).

والأدق طبعا تعريف الاستيلاء بانه ((استيلاء الادارة على مال معين مملوك للافراد ،...)) والسبب في ذلك يعود لان الاستيلاء يرد على العقار والمنقول وليس كاستملاك الذي لا يرد الا على عقار (4).

وقد نص قانون الاستملاك العراقي على هذه الحالة فنص على ((لدوائر الدولة ،...، في الحالات الاستثنائية الطارئة ، كالفيضانات او نقشي وباء ، ان تقرر الاستيلاء المؤقت على أي عقار مدة تحدد بقرار الاستيلاء على ان لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار)) (5).

ويدخل في ضمن حق المتعاقد مع الادارة في الاستيلاء المؤقت حقه في ان يحصل على اشياء من الاراضي المجاورة وهذا المعنى يمكن تلمسه في عقود الأشغال العامة حيث يحتاج المقاول الى اتربة او الى اماكن معينة لنصب الادوات والآلات للمباشرة بالعمل لذا هو قد يحتاج الى الاستيلاء على الاراضي المجاورة (6)، وان بعض الفقه المصري ذهب الى ان الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بامس الحاجة لمثل هذه الامتيازات لاننا نعلم ان ضخامة المشروع تحتم على شركة المشروع ان تستولي مؤقتا على العقارات المجاورة لموقع العمل لغرض نصب الادوات او الحصول منها على مواد معينة لذا فلا بد للادارة من منح المتعاقد – شركة المشروع – هذه السلطة ولكن ضمن ضوابط معينة ينظمها قانون خاص بذلك الامر الذي يحقق المصلحة العامة بكل تأكيد (7).

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص113.

(2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الطلو : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص667.

(3) ينظر في ذلك خالد رشيد الدليمي : نزع الملكية للنفع العام ، مصدر سابق ، ص30-31.

- (4) ينظر في ذلك خالد رشيد الدليمي : المصدر نفسه ، ص31.
 (5) ينظر في ذلك الفقرة (1) من المادة (26) من قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 المعدل .
 (6) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد ، مصدر سابق ، ص133.
 (7) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، ص113 ، وكذلك الدكتور عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص92 .

وننقق مع هذا الرأي ومن ثم ينبغي منح شركة المشروع سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات او المنقولات المجاورة ضمن ضوابط معينة ينظمها قانون خاص بذلك ومقابل تعويض عادل لاصحابها لان المصلحة العامة تقتضي ذلك ، إذن احد اهم الالتزامات التي يمكن ان يتحملها الغير نتيجة العقد الاداري هو امكانية التعاقد مع الادارة من استملاك ارضه او الاستيلاء عليها مؤقتا وهي سلطة ممنوحة قانونا للادارة ولكن لا نرى مانعا من تخويلها للمتعاهد معها طالما هو يسعى لذات الغاية التي تسعى اليها الادارة وهي المصلحة العامة .

ثالثا / حق المتعاقد مع الادارة في استعمال بعض اجزاء المال العام استعمالا خاصا :-

تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة او للأشخاص المعنوية العامة وتكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون .⁽¹⁾

ولقد اختلف الفقه في تحديد معيار مميز للأموال العامة عن الأموال الخاصة ، فذهب بعض الفقه الى تبني اكثر من معيار ، فالبعض منهم رجح معيار الاستعمال المباشر للجمهور وهو يعني ان الأموال المخصصة للاستعمال المباشر من قبل الجماهير تعد أموالا عامة وعليه الطرق العامة والحدائق والشواطئ كلها تعتبر أموال عامة ، لكن هذا المعيار انتقد لانه يضيق من نطاق الأموال العامة فهناك أموال عامة لكنها غير مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور كالحصون العسكرية ، لذا اتجه البعض الى تبني معيار آخر وهو معيار تخصيص الأموال العامة لخدمة مرفق عام فكل مال عقاري او منقول يخصص لخدمة مرفق عام يعد مالا عاما، وهو معيار منتقد ايضا لانه يوسع كثيرا من نطاق الأموال العامة ، حيث يعتبر هذا المعيار كل مال مخصص لخدمة مرفق عام هو مال عام حتى وان كان ثمنه بسيطاً كالادوات المكتبية البسيطة ، لذا فالرأي الراجح اليوم هو ان معيار الأموال العامة يجمع بين المعيارين سالف الذكر وهو يأخذ بتخصيص الاموال للمنفعة العامة سواء استعملها الجمهور مباشرة ام لا ، وبمقتضى هذا المعيار تعد اموالا عامة كل الاموال المملوكة للدولة والاشخاص العامة والمخصصة للمنفعة العامة كالطرق العامة والجسور ومرفق الدفاع والأمن وغيرها وهذا المعيار يشمل الحصون العسكرية كونها مخصصة لخدمة مرفق الدفاع الذي يحقق بدوره المصلحة العامة .⁽²⁾

كما ان مجلس الدولة الفرنسي يفضل المعيار الاخير حيث يعتبر ان جميع الاموال سواء كانت مملوكة للدولة او لاي شخص من اشخاص القانون العام وسواء خصص للاستعمال المباشر للجمهور ام خصص لخدمة مرفق عام يعتبره المجلس من الاموال العامة بشرط ان يكون هذا المال يملك أهمية جوهرية واساسية لتحقيق غاية المرفق العام او الغرض —————

- (1) ينظر في ذلك المادة (1/71) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
 (2) ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص547-548.

الذي أنشئ من اجله المرفق .⁽¹⁾

اما عن استعمال الاموال العامة فنجد ان هناك اسلوبين لاستعمالها هي :

- 1- استعمال عام مشترك بين سائر الافراد دون تمييز واستعمال هذه الاموال يعد من قبيل ممارسة الحريات العامة كاستعمال الطرق العامة والانهار العامة ودور العبادة الخ ، ولكن صدور تعليمات لتنظيم استعمال هذه الاموال لا يتنافى مع طبيعتها العامة ومع حرية استعمالها كصدور قانون المرور على الطرق العامة .⁽²⁾
- 2- استعمال خاص لجزء من المال العام : وهناك وسيلتان لهذا الاستعمال الخاص هما :
 أ- الترخيص بقرار اداري :- وهي رخصة صادرة بقرار اداري يصدر من الجهة الادارية المختصة تخول فيه احد الاشخاص باستعمال جزء معين من المال العام استعمالا خاصا كما في الرخصة الصادرة لشخص بوضع اكشاك على الشاطئ او على جزء من حديقة عامة .

ب- امتياز استعمال مال عام :- وهو عقد يبرم بين الادارة وأحد الاشخاص تبيح له الادارة بموجب هذا العقد اشغال جزء من المال العام اشغالا خاصا ، كما لو سمحت الادارة لملتزم مرفق عام بمد اسلاك او أنابيب في ارض مملوكة للدولة او سمحت له باستعمال اجزاء من الطريق العام لتلبية متطلبات المرفق .⁽³⁾

ولا بد من الإشارة الى اختلاف المركز القانوني بين مالك الرخصة عن المتعاقد فالأول حصل على حقه بالاستعمال الخاص بقرار اداري لذا تملك الادارة ازاءه سلطات واسعة ويكون مركزه القانوني عرضة للزوال بقرار اداري آخر يلغي الأول ويسحب الرخصة منه اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ولا يستطيع مطالبة الادارة بتعويض اما صاحب حق الامتياز فان مركزه القانوني في مركز تعاقدى ورغم ان الادارة تملك في مواجهته سلطات واسعة الا انها ان قررت انتهاء العقد فقد تتعرض لدفع تعويضات لصاحب الامتياز لانه يملك حق اللجوء للقاضي الاداري للمطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة انتهاء العقد الاداري .⁽⁴⁾

ومما لا شك فيه ان منح المتعاقد مع الادارة سلطة استعمال اجزاء من المال العام تمثل عبئاً على عاتق الغير عن العقد وذلك لانهم سيحرمون من الانتفاع بذلك الجزء من المال العام ، إذن احد الالتزامات الناتجة عن العقد تجاه الغير هي حرمانه من استعمال اجزاء من

(1) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 387.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : المصدر نفسه ، ص 402-404.

(3) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 205-207

(4) ينظر في ذلك الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون : مبادئ واحكام القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 408-409.

الأموال العامة وهو الوضع الذي يعطي الملتزم في العقد حقاً له اهميته الخاصة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حيث تحتاج شركة المشروع الى اشغال اجزاء من المال العام لاتمام العقد المبرم بينها وبين الادارة واتمام بناء المرفق تمهيدا لتشغيله كما لو منحت شركة امتياز توزيع الكهرباء على المواطنين ومنحت حق مد اسلاك الكهرباء والأعمدة في محرمات الطرق العامة .

رابعاً / تخويل المتعاقد مع الادارة بعض مظاهر سلطة الضبط الاداري .

والضبط الاداري عموماً يعرف بأنه تدخل الادارة لفرض النظام العام عند ممارسة الافراد لنشاطهم الحر ، ذلك النظام الذي يقتضيه العيش في الجماعة ، وبعبارة أخرى هو حق الادارة في ان تفرض على الافراد قيوداً تحد بها من حرياتهم بقصد حماية النظام العام .⁽¹⁾

ويعرف ايضا بأنه مجموعة من الاجراءات والقرارات التي تتبناها السلطة العامة الادارية والتي تهدف من ورائها الى حماية النظام العام والمحافظة عليه وهو من اهم وظائف الدولة اذ ان من وظائف الدولة المهمة هي المحافظة على كيان المجتمع ومجموعة الأسس التي يقوم عليها ضد اي عدوان او تهديد فالادارة مكلفة بمواجهة ذلك للمحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة والآداب والاخلاق العامة .⁽²⁾

وهنا يطرح سؤال مفاده اذا كانت الادارة هي المطالبة بحماية النظام العام فهل يمكن للمتعاقد معها ان يطلب منه حماية النظام العام ؟

ينص التقنين المصري بهذا الصدد على انه ((يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الادارية بابعاد كل من يهمل او يرفض تنفيذ التعليمات او يحاول الغش او يخالف احكام هذه الشروط ، ويلزم المقاول ايضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات او حوادث الوفاة للعمال او أي شخص آخر او الاضرار بممتلكات الحكومة او الافراد وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الادارية ،...)).⁽³⁾

وفي هذا الصدد فسر الفقه المادة (77) من اللائحة الملغية والتي تماثل النص اعلاه بتفسيرات مختلفة وهل انها منحت المتعاقد مع الادارة سلطة ضبط اداري ام لا ؟

حيث ذهب بعض الفقه المصري الى القول ان المتعاقد مع الادارة يكون مسؤولاً عن حفظ النظام في موقع العمل وعليه اتخاذ كل الاجراءات اللازمة لمنع اصابات العمل او وفاة

- (1) ينظر في ذلك الدكتور شاب توما منصور : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 169.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 75 .
- (3) ينظر في ذلك المادة (79) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998.

احد العاملين او الحاق ضرر بممتلكات الحكومة او الافراد ، ولتحقيق ذلك لابد من اعطاء المتعاقد سلطة إصدار أوامر تنظم عمل العاملين في المرفق وتنظم استعمال الغير للمرفق وهي ملزمة لهم ويمكنه بالاستناد اليها ممارسة سلطة ضبط اداري لحفظ الأمن والنظام في المرفق⁽¹⁾ ، بينما يرى البعض الآخر ان النص اعلاه لا يمنح المتعاقد مع الادارة سلطة ضبط اداري تجاه الغير عن العقد لانهم غير مرتبطين بعقد وكل ما يرتبه النص اعلاه هو ان المتعاقد مع الادارة ملزم بتوفير الأمن والنظام في موقع العمل بين عماله وله ان يتخذ من الاجراءات اللازمة ما يحقق هذه الغاية ولا يملك تجاه الافراد الآخرين اي سلطة⁽²⁾.

بينما يؤكد بعض الباحثين انه في جميع العقود الادارية يملك المتعاقد مع الادارة قدرا من سلطة الضبط الاداري وان كانت تختلف ضيقا واتساعا بحسب نوع العقد كحق المتعاقد في التفتيش بدخوله موقع العمل وكذلك حقه في منع الافراد العاديين من غير العاملين دخول مواقع العمل كما ويملك اتخاذ اجراءات وقائية ضد اصابات العمل وله من اجل ذلك إصدار تعليمات تنظم حصول الافراد على خدمات المرفق كما لو أصدر تعليمات تنظم كيفية تلقي الخدمة واولا تلقاها وما هي الشروط اللازم توفرها لدى طالب الخدمة⁽³⁾.

ونؤيد الرأي الاخير ويمكننا ان نضيف له ان الضبط الاداري ينقسم على نوعين هما الضبط الاداري العام والضبط الاداري الخاص وسنبينهما كالآتي :

الضبط الاداري العام: هو الذي يستهدف تحقيق النظام العام بعناصره التقليدية في الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة وتمارسه الجهات الادارية حصرا وفقا لقواعد القانون الاداري⁽⁴⁾.

اما الضبط الاداري الخاص : فهو ضبط تنظمه نصوص قانونية (تشريعية او انظمة وتعليمات) خاصة تعهد بجانب من اعمال الضبط الاداري الى هيئة معينة ، او تنظم نوعا من النشاط الضبطي تجاه طائفة معينة من الاشخاص ، او تنظم اعمال الضبط في اتجاه معين ، وقد يستهدف الضبط الخاص اهدافاً واغراضاً جديدة مغايرة لاهداف واغراض النظام العام بعناصره التقليدية⁽⁵⁾.

- (1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 99-100.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 140.
- (3) ينظر في ذلك مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 134.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور محمود عاطف البنا : الوسيط في القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1984 ، ص 417 ، وكذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 259 وما بعدها .

(5) ينظر في ذلك الدكتور محمود عاطف البنا : الوسيط في القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص 417.

اي ان الضبط الخاص يستهدف حماية النظام العام بطريقة معينة من ناحية من نواحي النشاط الخاص لذا فمن الممكن ان تمارسه جهة ادارية او تعهد به الى المتعاقد معها ليمارسه في نطاق ضيق هو نطاق المرفق الذي يتولى ادارته للوصول الى الغاية النهائية الا وهي حماية النظام العام للمجتمع ، ونرى ان من الممكن ان تخول الادارة المتعاقد معها سلطة ضبط اداري خاص ضمن نطاق المرفق الذي يتولى ادارته وهذا التوجه يتفق مع طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يرد على مرافق في الغالب تكون خدمية ولها احتكاك مباشر مع الافراد كالمطارات ومحطات توليد الطاقة ومرفق النقل باستعمال القطار الكهربائي (ميتر الانفاق) ، كل هذه المرافق تتعامل مباشرة مع الافراد ولابد من منح المتعاقد سلطة تجاه مستخدمي المرفق

ليتسنى له إصدار تعليمات يبين فيها كيفية الاستفادة من خدمات المرفق كما ويبين الاجراءات المتبعة لحفظ الأمن والنظام في المرفق ، وهذه السلطة الممنوحة للملتزم بلا شك تمثل امتيازاً له وواجباً على عاتق الغير بضرورة الالتزام بما يصدره الملتزم من تعليمات.

والفقه الإداري من جانبه لا ينكر مثل هذه السلطة الممنوحة للملتزم بل يؤيدها بحيث يقول ان معنى الضبط الإداري الخاص هو تنظيم بعض أنشطة الضبط الإداري تنظيمياً خاصاً لحماية للنظام العام كما في الأمثلة الآتية :

- 1- قد تمنح هيئة معينة سلطة ضبط إداري خاص كمنح هيئة النقل بخطوط سكك الحديد سلطة ضبط في حدود عملها .
- 2- وقد ينظم الضبط الإداري الخاص نشاط فئة من الأشخاص كالضبط الإداري الخاص بإقامة الأجانب في البلد فهو خاص بفئة من الأشخاص أو الضبط الخاص بإصدار تعليمات عمل النساء والأطفال .
- 3- وقد يكون غاية الضبط الخاص تنظيم موضوع معين أو نشاط معين ، كالضبط الخاص بالمحال الخطرة أو المقلقة للراحة العامة أو المضرة بالصحة العامة .
- 4- وقد يهدف الضبط الخاص الى تحقيق غاية غير النظام العام كالضبط الخاص بحماية الآثار أو الضبط الخاص بحماية نظافة وجمال الشوارع (1) ، إذن من الممكن ان يكون موضوع الضبط الخاص موضوعاً متخصصاً بنشاط معين أو فئة معينة وهو ما يعني إمكانية تحويل جهة معينة تتعامل مع الإدارة هذه السلطة .

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمود عاطف البنا : الوسيط في القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص418.

الفرع الثاني

منح المتعاقد مع الإدارة امتيازات في مواجهة الغير

ان الالتزامات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري والتي يتحملها الغير لا تقتصر على منح المتعاقد بعض مظاهر السلطة العامة بل هي أيضاً تمنحه امتيازات معينة نعرض لها من خلال هذا الفرع وكالاتي :

أولاً // امتياز تقاضي رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق :-

والرسم هو عبارة عن مبلغ من المال يؤديه المنتفع بخدمات المرفق للملتزم مقابل الخدمة التي تقدم اليه وفي هذا الصدد نعود الى تقسيمات المرافق العامة حيث تنقسم الى مرافق إدارية تؤدي خدماتها العامة للناس دون مقابل أي أنها مجانية كخدمات الأمن والدفاع ، أما المرافق الاقتصادية وهي مرافق ذات طبيعة صناعية أو تجارية لذا فهي لا تقدم خدماتها مجاناً بل يستوفي مقابل خدماتها مبالغ مالية تتمثل بالرسم وبما ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو يرد على مرفق ذي طبيعة اقتصادية إذن يستحق المتعاقد مع الإدارة رسوماً تدفع اليه من المنتفعين بخدمات المرافق ، أما عن طريقة تحديد الرسم وتعديله فنحيل بشأنها الى ما بيناه سابقاً في الفصل الأول ، وعن سبب استحقاق الرسم في المرافق الاقتصادية فيمكننا القول ان منتفعي هذا النمط من المرافق ملزمون باداء رسوم مقابل الانتفاع بخدماتها وحتى لو كانت الإدارة هي من تدير المرفق مباشرة فلا تقدم خدماتها مجاناً بل تستوفي عنها رسوماً وذلك لان الرسم في هذه الحالة يأخذ معنى تنظيم الانتفاع بالخدمة من جهة ومن جهة أخرى ان الهدف من استيفاء الرسوم ليس تحقيق الربح فقط وإنما الغاية ان لا يتحمل دافع الضرائب تكاليف هذه الخدمة في حين ان المنتفعين بها ليسوا هم كل افراد المجتمع كما هو الحال في خدمات المرفق الإداري بل المنتفعين هم شريحة

اجتماعية معينة يقطنون في مدينة معينة او تتوافر فيهم صفة معينة ، لذا فليس من العدل تمويل نفقات هذه المرافق من الموازنة العامة بل تمويله يكون من الرسوم التي تتقاضاها الادارة او الملتزم من مستخدمي المرفق .⁽¹⁾

ولابد لنا من التأكيد اخيرا ان المتعاقد مع الادارة عندما يستوفي رسوما من المنتفعين هو يحقق بذلك هدفاً مزدوجاً فهو يغطي جانباً من التكاليف ويحقق ربحاً لانه في نهاية الامر صاحب مشروع يسعى الى تحقيق الربح ، واخيرا في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالنظر لطبيعة هذا العقد الخاصة والتكاليف الباهضة التي يتحملها ملتزم المرفق لذا فقد تفرض رسوم عالية لا تتلاءم مع إمكانيات المنتفعين المادية مما يضطر الادارة وبحسب ما يؤكد الفقه —————

(1) ينظر في ذلك سامي حسن نجم : اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، مصدر سابق ، ص 106-107.
المصري الى شراء الخدمة من ملتزم المرفق واعادة بيعها برسوم مدعومة (ميسرة) للأفراد (1).

ودفع الرسوم بشكل عام يشكل التزاما على عاتق الغير عن العقد وحقا من حقوق المتعاقد مع الادارة في اطار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبهذا الصدد جاء في القانون المدني العراقي نص يؤيد هذا المعنى ((ملتزم المرفق العام ملزم بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بان يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للاجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام ،...)).⁽²⁾

إذن الرسم بمقتضى نص القانون العراقي هو المقابل المستحق لمصلحة الملتزم .
ثانيا // امتياز عدم المنافسة :-

قد تمنح الادارة المتعاقد معها امتيازاً مفاده منع منافسة الآخرين له اي ان ممارسة النشاط يبقى حكراً على الملتزم وفي هذه الحالة يتحمل الغير عن العقد التزاماً جديداً هو عدم منافسة الملتزم ضمن حدود منطقة معينة او وقت محدد ، ففي بعض الأحيان تجد الادارة ان تطبيق مبدأ حرية المنافسة (المنافسة الحرة) بين جميع الافراد من شأنه ان ينعكس سلباً على حسن سير المرفق العام او يقلل من اقبال القطاع الخاص على التعاقد مع الادارة لممارسة نشاط معين او عزوفهم عن التعاقد مع الادارة لتولي ادارة مرفق معين لانه يقدم خدمات تقدمها مشاريع خاصة اخرى ضمن نفس الرقعة الجغرافية ، لذا فالادارة قد تلجأ الى منح المتعاقد معها احتكاراً لتضمن بذلك السير المنتظم للمرفق العام ولمنع تعارض مصلحة اصحاب المشروعات الخاصة مع المصلحة العامة التي تمثلها الادارة والمتعاقد معها .⁽³⁾

ومن تطبيقات هذا الشرط في القانون العراقي قول المشرع: ((1- اذا كان العمل الموكول الى العامل يمكنه من معرفة عملاء رب العمل او الاطلاع على سر اعماله ، كان للطرفين ان يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد ان ينافس رب العمل ، ولا ان يشترك في اي مشروع يقوم بمنافسته .

2- غير انه يشترط لصحة هذا الاتفاق :

أ- ان يكون العامل بالغاً رشده وقت ابرام العقد .

ب- وان يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة .

ج- وإلا يؤثر هذا الاتفاق في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيراً ينافي العدالة .

(1) ينظر في ذلك الدكتورة جيهان حسن : عقود البوت B.O.T ، مصدر سابق ، ص 71.

(2) ينظر في ذلك المادة (892) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(3) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 98-99.

د- وان يقرر العقد للعامل تعويضاً عن هذا القيد الوارد على حريته في العمل يتناسب مع مدى هذا القيد ،...)).⁽¹⁾

فالقانون المدني يعرف هذا النمط من الشروط المقررة لمصلحة رب العمل ولكن قيده المشرع بقيود لمصلحة العامل فقال ينبغي ان يكون العامل بالغاً سن الرشده وان يحدد شرط عدم المنافسة من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ،...، ونرى ان السبب في هذه القيود التي أوردها

المشرع لان الاصل في التعاملات هو حرية المنافسة فان ورد في العقد نص يمنع المنافسة فلا بد من تطبيق هذه القيود التي اوردتها المشرع المدني ، بيد ان السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يمكن الاستئناس بالمبادئ التي جاء بها القانون المدني العراقي عند ابرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضمن شرطاً يمنح المتعاقد مع الادارة احتكاراً ؟

نرى ان الجواب نعم من الممكن ذلك لانها مبادئ عامة تتفق مع مبادئ العدالة فيجب ان يكون شرط عدم المنافسة محدداً من حيث الزمان والمكان ونوع النشاط لذا ينبغي تحديده في اطار مدينة معينة او قضاء او ناحية من جانب اخر المدة الزمنية يجب ان تكون محددة ونجد ان عقد الالتزام ذاته حدده المشرع المصري بما لا يزيد عن (30) سنة وفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حدده المشرع المصري بما لا يزيد عن (99) سنة⁽²⁾ ، لذا فشرط عدم المنافسة من باب أولى ينبغي ان يكون محدداً .

وقد اكدت هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية في مصر والتي عرضت عليها مسودة عقد بين مصر وشركة أجنبية وكانت مدة العقد طويلة فرفضت الجمعية ذلك وجاء في فتاها ما نصه ((...)) وقد ارتأى القسم ان مدة الالتزام المنصوص عليها في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكن ان تصل الى (99) عاما وهي مدة طويلة جدا تقترب من القرن من الزمان تغل فيها سلطة الدولة – بارادتها المنفردة – عن تعديل بنود الاتفاقية في عقد الالتزام (طبقا لما جاء في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع) وهو ما يعد تقييدا لاجيال قادمة من ملاحقة التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة في مجال حيوي مثل مجال مياه الشرب والصرف الصحي ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز ثلاثين عاما وذلك استهداء بما نص عليه في القانون رقم (129) لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة⁽³⁾)). وان الجمعية العمومية رفضت ابرام العقد لمدة طويلة فمن باب أولى ترفض الجمعية منح

- (1) ينظر في ذلك الفقرتان (1 ، 2) من المادة (910) من القانون المدني العراقي .
- (2) ينظر في ذلك المادة الأولى من القانون رقم (129) لسنة 1947 المصري الخاص بالتزام المرافق العامة وكذلك المادة الأولى من القانون رقم (3) لسنة 1997 المصري والخاص بمنح التزام المطارات وأراضي النزول ، ويشار الى خلو القانون المدني العراقي من النص على مدة الالتزام .
- (3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري الملف رقم (2000/33) في (2001/4/29) سبق ان اشرنا اليها ص 63 من هذه الرسالة .

شرط احتكار لمدة مماثلة ، كما يمكننا ان نطرح سؤالا اخر هل تبقى الادارة مخلصه لشرط عدم المنافسة الذي منحه للمتعاقد معها طوال مدة العقد ؟

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي العودة لاصل المسألة فشرط عدم المنافسة عندما وضعته الادارة في العقد كانت تبغي من ورائه تحقيق المصلحة العامة وذلك من خلال منح المتعاقد معها امتيازاً وجعله حكرًا عليه ، لكن ان تغيرت الظروف ووجدت الادارة ان الابقاء على هذا الشرط يعني مجافاة المصلحة العامة فان من حقها بل الواجب عليها الخروج عن هذا الشرط وهذا ما بيّنه مجلس الدولة الفرنسي في حكم صدر له بمناسبة دعوى بين شركة صاحبة امتياز ومدينة فرنسية في قضية (deville les Rouen) حيث تتلخص وقائع الدعوى في ان احدى المقاطعات الفرنسية قد منحت امتيازاً على سبيل الاحتكار لشركة كي تقوم باضاءة المدينة باستعمال الغاز وبعد سنوات من ابرام العقد شاع استعمال الكهرباء بدل الغاز في الانارة فطلبت المقاطعة من الشركة تبديل طريقة الاضاءة فرفضت الشركة ونتيجة لهذا الرفض ابرمت المقاطعة عقد انارة مع شخص اخر ليقدم الخدمة باستعمال الكهرباء فرفضت الشركة القديمة دعوى امام مجلس الدولة مطالبة بحقوقها باحتكار العمل في هذه المدينة لكن المجلس رفض دعواها وحكم بـ((...)) تبين من النية المشتركة للطرفين المتعاقدين انها كانت متجهة الى القبول بهذا التغيير حيث ان استعمال الكهرباء كان شائعاً وقت ابرام العقد ،...، فاذا رفضت الشركة استبدال القوة الكهربائية بالغاز في الانارة تكون المقاطعة في حل من الاحتكار ومن ثم تستطيع ان تعهد بهذه المهمة الى شركة اخرى...)).⁽¹⁾

نستشف من هذا الحكم ان رفض المتعاقد مع الادارة او تقاعسه عن مسايرة التقدم العلمي والتكنولوجي لتقديم افضل الخدمات للجمهور يحرم الادارة من شرط عدم المنافسة ، ونرى كذلك

ان العقد هو عقد اداري وبالتالي تملك الادارة سلطة التعديل و شرط عدم المنافسة تملك الادارة تعديله كأى شرط من شروط العقد اما ان كان هذا الشرط ذا طبيعة عقدية (اتفاقيا) ولا يمكن ان يعدل الا باتفاق الطرفين فتملك الادارة سلطة انتهاء العقد في اي وقت اذا تطلبت المصلحة العامة ذلك .

و شرط عدم المنافسة يمثل التزاما على الغير لانه يفرض عليهم الامتناع عن منافسة صاحب المشروع طوال مدة العقد بل ان للادارة انتهاء العقود السابقة التي ابرمتها مع اشخاص اخرين ان ابرمت عقداً مع فرد او شركة وضمنت العقد شرط عدم المنافسة فلها ان تلغي الرخص والعقود السابقة التي منحتها قبل ابرام هذا العقد ، وهذا ما فعلته مصلحة الآثار المصرية عندما ابرمت عقداً مع متعهد لإنشاء كازينو حديث في المنطقة المجاورة لتمثال ابو

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (10/كانون أول/1902) سبق ان اشرنا اليه ص 169 من هذه الرسالة .

الهول وتعهدت لهذا الملتزم بعدم السماح للآخرين بمنافسته في ممارسة نشاطه ليغطي المنطقة باكملها وتنفيذا لهذا الشرط أنهت الادارة بعض العقود السابقة في المنطقة فطعن أصحاب العقود السابقة بقرار الادارة امام محكمة القضاء الاداري لكنها قضت لمصلحة الادارة فحكمت بان ((... ان الادارة لم تستعمل سوى حقها وهي بهذا الأجراء انما توفر مصلحة عامة وذلك انها رأت إقامة مقصف فاخر يشمل نشاط المنطقة كلها بما فيها منطقة الأرض المرخص للمدعي باقامة كشك فيها)) (1).

إن الادارة عندما تضمن العقد شرط عدم المنافسة يعني انها تعطي للمتعاقد معها احتكاراً قانونياً لكن في بعض الأحيان تعطيه احتكاراً فعلياً وليس قانونياً وذلك بمنحه تسهيلات معينة وتعطيه ترخيصات ادارية كما وتسمح له باستعمال أجزاء من الأموال العامة وما الى ذلك من التسهيلات الأخرى دون ان تعطي الآخرين مثل ذلك الأمر الذي يعرقل عمل الآخرين ويكلفهم تكاليف باهضة فيعزفون عن منافسة المتعاقد مع الادارة من تلقاء انفسهم نظرا لان الادارة منحتة تسهيلات يصعب عليهم الحصول عليها ما يعني انها منحتة احتكاراً فعلياً (2).

وخلاصة القول نرى امكانية النص في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على شرط عدم المنافسة ، وهذا الشرط يرتب التزاماً على عاتق الغير ، مع ملاحظة امر مهم هو طول مدة هذا العقد التي تصل الى (99) سنة في القانون المصري لذا لا نرى في ايراد مثل هذا الشرط امرا مرغوباً به وذلك بسبب التغير المستمر في الظروف المحيطة بالمرفق العام والعقد يمتد لمدة طويلة وهذا الشرط يغل يد الادارة والغير مما يتنافى مع المصلحة العامة المستقبلية ويتعدى على حقوق الاجيال اللاحقة وهذا ما ايدته فتوى الجمعية العمومية المصرية (3) .

فمن المصلحة العامة ان تكون هناك منافسة بين اكثر من مشروع مما يعود بالخير على المنتفعين لان الشركات المتنافسة ستسعى الى تقديم افضل الخدمات وباسعار تنافسية وان وجود مثل هذا الشرط يقيد الادارة الى حد ما بينما المستقبل دائماً يحمل التغيير في الظروف والتطور في وسائل واساليب بناء وادارة المرافق العامة ، لذا نعتقد ان ايراد مثل هذا الشرط في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية اتجاه غير محبب ويؤدي الى أثار عكسية مع إقرارنا بامكانية ان يرد في عقود الادارة لكن من دون ان تعطي الشركة ضمانات مستقبلية بعدم

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في (1957/12/8) أشار اليه غسان لعيبي : مفهوم الغير في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 69-70 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور أنور العمروسي : العقود الواردة على العمل ، مصدر سابق ، ص 166-167 ، وكذلك الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص 283-284 .

(3) ينظر في ذلك فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري الملف رقم (2000/33) في (2001/4/29) ولقد اشرنا اليها اعلاه ، ص 253 .

منافستها ان تغيرت الظروف او الوسائل الفنية المستخدمة في اشباع الحاجات العامة ، وذلك لكي تبقى الادارة قادرة دائماً على تعديل العقد بما يسمح لها بالخروج عن شرط عدم المنافسة ان تغيرت الظروف او اقتضت المصلحة العامة ذلك .

ثالثاً // امتياز الاعفاء من بعض التكاليف العامة :-

في كثير من الاحيان ورغبة من الادارة بتشجيع القطاع الخاص على استثمار امواله تمنح الادارة المتعاقدة الملتزم اعفاءات ضريبية وسماحات اخرى ومنها مثلاً اعفاءه من الرسوم الجمركية وغيرها من الاعانات التي تقررها لمصلحة المتعاقد معها ، ومن الثابت ان المبدأ السائد في التكاليف العامة هو مساواة الجميع امامها .⁽¹⁾

لكن الادارة قد تجد انه من المصلحة العامة تقرير اعفاءات وسماحات للمتعاقدین معها لتمكنهم من اداء عملهم على احسن صورة ، كما يمكن ان تكون هذه الاعفاءات دائمية او مؤقتة بحسب مقتضى الحال ، لكن السؤال الذي يرد هنا هل تعد هذه السماحات الضريبية التزاماً على عاتق الغير ؟

الجواب على ذلك نعم لاننا عندما بحثنا امتياز الاحتكار قلنا انه من الممكن منح المتعاقد مع الادارة احتكاراً فعلياً عندما تقدم له الادارة تسهيلات ومعونات كما لو قامت باستحصال الموافقات اللازمة له او رخصت له استعمال بعض اجزاء الدومين العام ومنحته امتيازات اخرى فان اعفاءه من التكاليف العامة ايضاً يمنحه احتكاراً فعلياً لانه يحد من حرية الآخرين ويعرقل نشاطهم مما يجعل صاحب الالتزام هو الوحيد القادر على ممارسة عمله مما يعني انه يرتب التزاماً غير مباشر على الغير .⁽²⁾

بيد ان هذه الاعفاءات والسماحات تثير مسألتين مهمتين هما ما مدى مشروعية قرار الادارة باعفاء المتعاقد معها من بعض التكاليف العامة وبمخالفة مبدأ مساواة الجميع امام التكاليف العامة ؟ والسؤال الاخر ما نوع الالتزام الذي يليه الاعفاء على عاتق الغير عن العقد ؟ ف فيما يتعلق بمشروعية الاعفاءات لقد نصت قوانين الاستثمار الحديثة في مصر والعراق على امكانية تقرير اعفاءات ضريبية وجمركية لمصلحة اصحاب المشاريع المنفذة داخل البلد ، ويرى الفقه الاداري ان هذه الاعفاءات يمكن ان تنقرر لمصلحة الملتزم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لان من اهم أهداف هذه الاعفاءات هو اجتذاب رؤوس الاموال الاجنبية وحثها على الاستثمار في الدولة من اجل تحقيق المصلحة العامة وتحقيق مصلحة الاقتصاد القومي من خلال مساهمتها في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتيسير بناء ———

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الغني بسيوني : النظم السياسية ، مصدر سابق ، ص 360 وما بعدها .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم محمد علي : اثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 460 ، والدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 270 .

و ادارة المرافق العامة المهمة في الدولة .⁽¹⁾

ولقد اكد هذا المعنى مجلس الدولة الفرنسي في احكامه ففي حكمه الصادر في قضيتي (Hebert) وقضية (Comp des chemins de fer de l'ouest)⁽²⁾ ، حيث قضى المجلس بمشروعية ادراج الادارة شرطاً في العقد يقضي باعفاء المتعاقد من الضرائب اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

اما فيما يتعلق بنوع الالتزام الذي يلقي على كاهل الغير فيؤكد الفقيه الفرنسي (دي لوبادير) وكذلك بعض الفقه المصري انه التزام غير مباشر ، اي ان الاعفاءات ترتب التزاماً على عاتق الغير ولكن بصورة غير مباشرة لانها ستعجز الغير عن منافسة المتعاقد مع الادارة⁽³⁾ ، وبدورنا نؤيد ذلك لان الادارة عندما تقرر الاعفاء من الضرائب او الرسوم الجمركية فانها تستشع القطاع الخاص وبالأخص الشركات الكبرى الاجنبية على الاقبال والتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وتفرض التزاماً غير مباشر على باقي الاشخاص لان الاعفاءات لا تشملهم وبالتالي سيكونون عاجزين عن منافسة الشركة المتعاقدة مع الادارة ، وتقرير الاعفاءات امر يتناسب مع قانون الاستثمار العراقي الحالي ويتناسب مع توجهات الدولة العراقية الحديثة والتي تتجه نحو تبني سياسة الاقتصاد الحر وزيادة دور القطاع الخاص للنهوض بواقع الاقتصاد العراقي بتخلي القطاع العام عن مشاريع وقطاعات كانت حكراً عليه سابقاً وتركيز جهد الدولة على المرافق العامة الادارية المرتبطة

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، مصدر سابق ، 122-123 ، وينظر كذلك قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 حيث نصت المادة (15) منه على ((أولا: يتمتع المشروع الحاصل على اجازة الاستثمار من الهيئة بالإعفاء من الضرائب والرسوم لمدة (10) عشر سنوات من تاريخ بدء التشغيل التجاري ، ...

ثانيا : لمجلس الوزراء اقتراح مشاريع قوانين لتمديد او منح اعفاءات بالاضافة الى الاعفاءات المنصوص عليها في البند (أولا) من هذه المادة او تقديم حوافز او ضمانات او مزايا اخرى لاي مشروع او قطاع او منطقة والمدد والنسب التي يراها مناسبة وفقا لطبيعة النشاط وموقعه الجغرافي ومدى مساهمته في تشغيل الايدي العاملة ودفع عجلة التنمية الاقتصادية ، لاعتبارات تقتضيها المصلحة الوطنية.

ثالثا : للهيئة الوطنية للاستثمار زيادة عدد سني الاعفاء من الضرائب والرسوم يتناسب بشكل طردي مع زيادة نسبة مشاركة المستثمر العراقي في المشروع لتصل الى (15) خمسة عشر سنة اذا كانت نسبة شراكة المستثمر العراقي في المشروع اكثر من (50%) ((وتقابل هذه المادة المادتان (16 ، 17) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997.

(2) ينظر في ذلك حكومي مجلس الدولة الفرنسي في (30/تموز/1938) و(28/نيسان/1939) أشار اليهما الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الاداري الى الغير ، مصدر سابق ، ص102.

(3) ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، 676. بسيادة وكيان الدولة كالصحة العامة والتعليم والخدمات والأمن ، واتاحة الفرصة للقطاع الخاص لاستثمار امواله في قطاع النقل والمواصلات والاتصالات والصناعة والزراعة والتجارة ، الامر الذي سيزيد من الاموال الاجنبية المستثمرة في العراق ويحرك قطاع المصارف والتأمين وسوق الاوراق المالية .

رابعا // امتياز التقاضي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية :-

لاحظنا ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو اتفاق بين الادارة وشخص من اشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعيا ام معنويا من مواطني الدولة ام لا ، وان الطبيعة القانونية للعقد بحسب الرأي الراجح انه عقد اداري ويظهر في هذا العقد تجاه الغير التزام اخر هو التزام التقاضي فاذا اصاب الغير عن العقد ضرر نتيجة تنفيذ العقد فمن حق هذا الغير ان يقاضي المتعاقد مع الادارة ولكن دعواه لا تسمع في فرنسا الا امام القاضي الاداري (1) .
اذن لو تسبب المتعاقد مع الادارة بضرر اصاب الغير فلا يقاضى الملتزم الا امام القاضي الاداري لمطالبته بدفع تعويض عادل وليس للغير عن العقد ان يرجع على الادارة

(1) ينظر في ذلك الدكتور انس جعفر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص102 ، والجدير بالذكر ان الدعاوي المقامة بسبب عقد اداري لا تسمع في مصر الا امام القاضي الاداري وفقا لما نصت الفقرة (11) من المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 ، اما في العراق فالوضع مختلف فقد كان العراق يعد من الدول ذات النظام القضائي الموحد – المحاكم المدنية تنظر في الدعاوي الادارية والمدنية على حد سواء – لعدم وجود محاكم ادارية متخصصة ثم صدر القانون رقم (106) لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 ، والذي نص على انشاء محكمة القضاء الاداري ومقرها وزارة العدل للنظر في الدعاوي المقامة ضد الادارة ، لكنه لم ينص على اختصاص المحكمة بنظر دعاوي العقود الادارية مما يعني استمرار القضاء العادي بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الادارية في العراق وهو امر معيب على النظام القضائي العراقي ، ولمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر بحث الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي : مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي ، ص114 وما بعدها ، وبحث الدكتور فاروق احمد خماس : محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم (106) لسنة 1989 ، ص229 وما بعدها ، وهما منشوران في مجلة العلوم القانونية ، الجزء التاسع ، العددان الاول والثاني ، 1990 ، ثم بعد ذلك صدر قانون العقود العامة العراقي رقم (87) لسنة 2004 ونص في القسم الثاني البند (ثانيا) على ((وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة ادارية مستقلة تكون مختصة بالشكاوي والمنازعات الناتجة او تتعلق بمنح العقود العامة من قبل الحكومة)) مما يعني ان هذا القانون اكد على ضرورة وجود محكمة ادارية عراقية مختصة بنظر منازعات العقود الادارية ، ثم بعد ذلك صدرت تعليمات عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي رقم (1) لسنة 2007 لتنفيذ القانون سالف الذكر فنصت في المادة (8) البند (أولا) على ((تشكل بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي محكمة ادارية تختص بالعقود الحكومية برئاسة قاضٍ ينسب من مجلس القضاء الأعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين ومقرر للمحكمة بعنوان ملاحظ في الاقل ، وعلى المحكمة اصدار قرارها بحسم النزاع خلال مدة لا تتجاوز بطلب التعويض الا اذا ثبت إعسار الملتزم (1) .

والسبب في ان الملتزم يتحمل بنفسه دفع التعويضات للغير ان اضر بهم التنفيذ لانه هو المسؤول عن ادارة المرفق العام طوال مدة الالتزام حيث ان المتعاقد مع الادارة في عقد الالتزام باسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية يتعهد للادارة بان يقوم ببناء المرفق وادارته وتقديم الخدمات للجمهور باستعمال امواله الخاصة وعماله وهو الذي يتحمل مسؤولية المخاطر التجارية للمشروع مقابل الحصول على رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق محل الالتزام (2) ، وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الاداري المصرية بقولها: ((... ، ان التزام المرافق ليس الا عقدا اداريا يتعهد احد الافراد او الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة او احدى وحداته الادارية وطبقا للشروط التي توضع له باداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلاءه على الارباح)) (3).

بل ان من اهم نتائج انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بتقصير من جانب الملتزم ان الادارة لا تلزم باداء حقوق دائني الملتزم لانها لا تعد خلفا عاما ولا خاصا للملتزم الا في حالة وجود نص في العقد او القانون يقضي بغير ذلك ، ومع ذلك يمكن لدائني الملتزم الرجوع بكافة الطرق القانونية على ما يستحقه الملتزم تجاه الادارة او تجاه من يخلفه في ادارة المرفق للمطالبة بقيمة موجودات وأدوات المرفق المملوكة للملتزم والتي لا توول للادارة دون مقابل (4) ، اذن امتياز التقاضي يرتب التزاماً على الغير بمقتضاه انهم لا

← (120) يوما من تاريخ تسجيل الشكوى لدى المحكمة)) ومع ان انشاء هذه المحكمة كان خطوة مهمة وتأتي استجابة لنداء فقهاء القانون الاداري العراقي بارساء دعائم الدولة القانونية ، الا انه كان من اللازم ان ينأط هذا الاختصاص بمحكمة القضاء الاداري العراقية المرتبطة بمجلس شوري الدولة اسوة بالتشريعات المقارنة ، كما انه من الضروري ان يكون قرار انشاء وتشكيل المحكمة بعيدا عن القرارات الادارية التي يتخذها أي وزير في الدولة وتأكيدا لمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية لان الربط بين تشكيلها وبين صدور قرار من وزير التخطيط هو امر ولا شك يؤثر على استقلاليتها ويجعلها عرضة للتأثير من جانب السلطة التنفيذية ويخالف المبادئ الدستورية التي ارساها دستور العراق النافذ لعام 2005 في المادة (47) والتي نصت صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات .

- (1) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، 270 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص76.
- (3) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الطعن رقم (146 لسنة 10 ق في 1956/3/25) اشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، المكتب الفني ، السنة العاشرة ، 1956 ، ص 259 .
- (4) ينظر في ذلك محمد عبد الله الدليمي : سلطة الادارة في انتهاء عقودها الادارية ، مصدر سابق ، ص129-130 .

يستطيعون مقاضاته امام القاضي المدني بل هم ملزمون بمقاضاته امام القاضي الاداري وهذه الحالة خاصة بفرنسا فقط ويميز الفقه هناك بين حالتين هما :

1- المرافق العامة الادارية : كمرفق التعليم والقضاء توجد في هذه الحالة علاقة بين المنتفعين والمرفق ولكنها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين والأنظمة وليست علاقة عقدية وينتج عن ذلك ان اي نزاع بشأنها يكون من اختصاص القضاء الاداري حصرا وذلك لان مركز المنتفعين قانوني يحكمه القانون والأنظمة المتبعة .

2- المرافق العامة الاقتصادية : مثل مرفق الماء والكهرباء المنتفعون بخدماتها يقفون في مركز تعاقدية لارتباطهم بعقود مدنية مع ملتزم هذه المرافق فعلاقتهم بالمرفق ينظمها العقد المدني هذا ، وفي حالة حصول ضرر للغير نتيجة عمل صادر من الملتزم المفروض ان يختص القاضي المدني بنظر هذه الدعوى كون الطرفين من اشخاص القانون الخاص ولكن جرى العمل في فرنسا على ان مجلس الدولة الفرنسي هو المختص بنظر هذه الدعاوي ، وهو قضاء استثنائي يخرج عن قواعد الاختصاص والقواعد الموضوعية في المسؤولية ، فلا يستطيع الغير ان يقاضي الادارة ولا ان يطالبها بالتعويض الا اذا ثبت اعسار الملتزم (1).

اما في مصر فان القضاء الاداري المصري يعتبر العلاقة القانونية بين المنتفع وملتزم المرفق علاقة تعاقدية تخضع لاحكام القانون الخاص وقد اكدت هذا المعنى المحكمة الادارية

العليا والتي قضت بانه ((ومن حيث انه غدا مسلما ان عقد اشتراك التليفون كغيره من عقود القانون الخاص التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها هو عقد يرتب - لاطرافه - التزامات وحقوق متبادلة ، أهمها حق المشترك واسرته ومستخدميه في استعمال التليفون ، دون ان يسمح لاي شخص اخر باستعماله الا اذا حصل على تصريح كتابي من الهيئة (...)).⁽²⁾

وان الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة المصري نعتقد بانه الاوفق لتطبيقه في العراق وهو اكثر تلائما مع الروابط العقدية الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حيث يرتبط المنتفعون بعقود مع الملتزم وان خالف الملتزم احكام هذا العقد فالقاضي المدني هو المختص بنظر الدعوى ويؤيد رأينا هذا ان كلا الطرفين من اشخاص القانون الخاص لا العام .

(1) ينظر في ذلك الدكتور احمد سلامة بدر : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص269-270 ، وكذلك ينظر احكام مجلس الدولة الفرنسي في (16/حزيران/1937) في قضية (Gouv-Gen-de l'indochine) وحكمه في (25/نيسان/1941) في قضية (Ville de sail claud) أشار اليهما الدكتور ابراهيم محمد علي : اثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص457.

(2) ينظر في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الطعن رقم (182 لسنة 29 ق ، في 1985/12/28) أشار اليه الدكتور ابراهيم محمد علي : اثار العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص458.

المطلب الثاني

الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد

اذا كان العقد المبرم بين الادارة والملتزم يرتب التزامات في مواجهة الغير عن العقد فانه من باب أولى يمنح هذا الغير حقوقا معينة على اعتبار ان الغير يتحمل عبئا جراء هذه الالتزامات رغم كونهم لم يكونوا طرفا في العقد ، لذا فالعقد الاداري يمنح حقوقا للغير يمكنه المطالبة بها وهذه الحقوق تارة تكون تجاه الادارة وتارة تكون تجاه المتعاقد مع الادارة ، ويمكننا ارجاع هذه الحقوق الى ثلاث صور هي الآتية :

- 1- حق الغير في ابرام العقد وفقا لاحكام القانون .
- 2- حق الغير في التمسك بنصوص العقد المدرجة لمصلحتهم .
- 3- حق الغير تجاه طرفي العقد .

الفرع الأول

حق الغير في ابرام العقد وفقا لاحكام القانون

من الثابت ان العقد الاداري يتميز بطبيعة خاصة تميزه عن العقد المدني فبينما يبرم العقد المدني بمجرد التراضي وتوافق ارادتين الايجاب والقبول بين طرفيه ، نجد ان العقد الاداري يتطلب اجراءات شكلية واخرى موضوعية معقدة وتصل في نهايتها الى ابرام العقد الاداري ، فالادارة وبنص القانون لا يمكنها التصرف و ابرام العقد دون اتباع اجراءات معينة ولقد تضمنت التشريعات العراقية ما يؤكد هذه الحقيقة فقد نص قانون العقود العامة على انه ((يطبق هذا الأمر على جميع عقود التعهدات التي تتعلق بالسلع والخدمات وخدمات الأعمار التي تباشرها دولة العراق عبر وزاراتها او مؤسساتها الفدرالية الأخرى والتي ستدعى هنا أجمالا بـ(المؤسسات)) ، والوحدات الادارية الحكومية بما فيها الأقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الأخرى لدولة العراق ،...)).⁽¹⁾ كما ونصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على ((تسري احكام هذه التعليمات على العقود التي تبرمها دوائر الدولة ممثلة بوزاراتها او الدوائر

المرتبطة بوزارة أو الأقاليم والمحافظات مع الجهات الأخرى العراقية وغير العراقية ،...)). (2) مما يعني اتباع إجراءات خاصة عند إبرام العقد الإداري وهناك

(1) ينظر في ذلك القسم (1) من قانون العقود العامة العراقي رقم (87) لسنة 2004.
(2) ينظر في ذلك المادة (2) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2007 ، وكذلك المادة (2) من تعليمات 2008.

إجراءات سابقة على التعاقد نصت عليها التعليمات العراقية وكما يأتي :
(أ-) وجود دراسة دقيقة عن الكلفة التخمينية للمشروع أو العمل المطلوب بغية استخدامها كمقياس عند تحليل العطاءات وترسية العقود .

ب- وجود تخصيصات لتنفيذ العقد في الموازنة العامة للدولة مؤيدة من الجهات المختصة،....

ج- وجود مصادقة مسبقة على تقارير الجدوى الفنية والاقتصادية للمشاريع ،.....

د- ان تكون الشروط والمواصفات وجداول الكميات والخرائط وغير ذلك مما هو ضروري للتنفيذ جاهزا ،.....// هـ- وجود موافقات الجهات المعنية على الموقع ،...)). (1)

كما ان المشرع حدد اسلوب إبرام العقد الإداري بنص القانون ولا يجوز للدائرة مخالفته فنصت التعليمات العراقية على ((يتم اعتماد احد الأساليب الاتية عند تنفيذ مشاريع التعاقدات العامة بمختلف انواعها :-

أولا : المناقصة العامة : وتتم باعلان الدعوة الى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ المشاريع،....

ثانيا : المناقصة المحدودة : وتتم باعلان الدعوة الى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود من المؤهلين في المشاركة ،....

ثالثا : الدعوة المباشرة : وتتم بتوجيه الدعوة المباشرة الى ما لا يقل عن (3) ثلاثة من المقاولين و/ او الشركات و/ او المؤسسات ،....

رابعا : اسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد) : ويتم بتوجيه الدعوة لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود الاحتكارية على سبيل الحصر لتجهيز او لتنفيذ الأعمال او الصيانة ذات الطبيعة التخصصية للأعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الأصولية)) (2).

كما ان هناك إجراءات شكلية تتطلبها بعض القوانين مثل تطلب الشكل الكتابي للعقد ، او اخذ رأي جهة معينة كما في النص الوارد في قانون مجلس الدولة المصري الذي الزم جميع وزارات ومصالح الدولة بان تأخذ رأي المجلس في العقود الادارية قبل إبرامها فنص على ((...ولا يجوز لاية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم او تقبل او تجيز اي عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الادارة المختصة)). (3)

وكل هذه الإجراءات هي إجراءات اصولية مقيدة لحرية الادارة وملزمة لها في عملها عندما تتعاقد مع الافراد فان خالفها فالعقد يكون باطلا ويثبت الحق للغير عن العقد بان يطعن

(1) ينظر في ذلك البند (أولا) من المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لعام 2007 والبند (أولاً/ من المادة (3) من تعليمات 2008.

(2) ينظر في ذلك المادة (4) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية .

(3) ينظر في ذلك المادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 .

بالغاء العقد ولقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية سميت بنظرية الطعن بالغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد ليتسنى للغير عن العقد والذي تضرر من إبرام العقد ليطعن بالالغاء ، باعتبار انه اجنبي عن العقد ولا يمكنه ان يطعن بالعقد مباشرة لذا سمح له مجلس الدولة الفرنسي ان يطعن بالقرار الإداري الذي أبرم العقد على اساسه كقرار ارساء المناقصة او تصديق العقد من المرجع المختص وبذلك يمكن للغير ان يستفيدوا من قضاء الالغاء . (1)

اما عن موقف القضاء الاداري تجاه حق الغير في الطعن ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال فنلاحظ ان مجلس الدولة الفرنسي مر بمرحلتين بخصوص مدى امكانية طعن الغير ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال :

المرحلة الأولى :- تبنى فيها مجلس الدولة موقفا متشددا رفض فيه السماح بالطعن واعتبر ان العقد الاداري عبارة عن وحدة قانونية غير قابلة للتجزئة او الانفصال وكل القرارات الادارية الصادرة في مرحلة ابرام العقد تندمج في العقد ولا تقبل الانفصال عنه ، ولم يسمح المجلس بالطعن الا للمتعاقد مع الادارة اما الغير والذي يكون اجنبياً عن العقد وعن العلاقات المتولدة عن العقد فلا يمكنه الطعن بقرار الادارة (2).

المرحلة الثانية :- وتبدأ هذه المرحلة منذ حكمه في قضية (Martin) (3) والتي تتلخص وقائعها في ان الادارة ممثلة بمجلس اقليم (Loir et cher) ابرمت عقد التزام مرفق النقل بالتزام قطعان بالقرار السيد (Martin) بوصفه احد اعضاء المجلس متذرعاً بان مدير الاقليم لم يوزع عليهم التقرير المتعلق بالعقد الا قبل (8) أيام مما منعهم من ممارسة عضويتهم وهم عالمون بحقائق الأمور وتمسك مدير الإقليم بحجة ان قرار التصديق الصادر عنه يدخل في نطاق العملية العقدية لكن مجلس الدولة اخذ بتقرير مفوض الدولة (روميو) وقبل الطعن بوصف عمل مدير الاقليم تجاوز للسلطة والسبب في سلوك مجلس الدولة هذا هو ما جاء في تقرير مفوض الدولة (روميو) حيث أكد ان عدم منح الغير مكنة الطعن يعني الاضرار ———

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، العدد (363) السنة (67) ، 1976 ، ص21 ، وكذلك ينظر الدكتور جورجي شفيق ساري : القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص61-64 ، وكذلك حبيب ابراهيم حمادي : القرارات القابلة للانفصال في مجال العقد الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1994 ، ص22 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك التعليق على حكم مجلس الدولة في قضية (Martin) في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص88 ، وكذلك ينظر الدكتور عادل الطباطبائي : الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الادارية ، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت ، العدد (3) السنة (11) ، 1987 ، ص22.

(3) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في (4/ اب / 1905) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص87 .

بحقوق الغير عن العقد ، لان هؤلاء لا يملكون اللجوء لقاضي العقد كونهم ليسوا اطرافاً في العقد ولا يملكون اللجوء الى قاضي الالغاء كون القرارات مندمجة في العملية العقدية ، لذا أدرك مجلس الدولة الفرنسي مدى الاضرار التي تلحق بالغير ان لم يستجب لهم لذلك عدل عن موقفه السابق وقبل ان يسمع الطعن بالالغاء ضد القرارات القابلة للانفصال (1).

كما تبنى النظرية مجلس الدولة المصري اذ جاء في حكم لمحكمة القضاء الاداري ما يؤيد ذلك ((...)) ان القرارات السابقة او اللاحقة على العقد كوضع الادارة لشروط المناقصة او المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بارساء المناقصة او المزايدة هي بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء بسبب تجاوز السلطة ويمكن المطالبة بالتعويض عن الاضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل (...)) (2).

إن حق الغير في ابرام العقد الاداري وفقاً لاحكام القانون يتمثل في اعطاء الغير مكنة الطعن الغاء بقرار الادارة القاضي بابرام العقد والذي يرى الغير انه غير اصولي ، لكن السؤال الذي يرد هنا هو الى اي اساس يستند الغير في الطعن الغاء بقرار الادارة هذا ؟

يؤكد الفقه ان الأساس القانوني لا يرجع الى نصوص العقد لان الطاعن اجنبي عن العقد بل هو يستند الى عدم مشروعية العملية العقدية التي يرتبط بها او يكملها القرار محل الطعن ، كما لو صدر قرار اداري من مجلس احدى المحافظات يقضي بالتصديق على عقد يتضمن شرطاً مخالفاً للنظام العام فمن حق كل فرد من افراد المحافظة الطعن الغاء بقرار المجلس (3).

ويستند الغير الحق بالطعن الغاء بقرار الادارة من نصوص القانون لان الطعن الغاء بالقرار المنفصل قد يرجع الى مخالفة الادارة للقوانين والتعليمات المنظمة لعملية التعاقد مع الافراد والتي تتضمن شروطاً موضوعية وشكلية كما اشرنا اليها اعلاه عند بداية حديثنا عن حق

الغير في ابرام العقد الاداري وفقا لاحكام القانون ، وهذا يعني ان الغير لا يستند في طعنه الى نصوص العقد بل يستند الى مخالفة الادارة لاحكام القانون .⁽⁴⁾ ونتفق مع هذا التكييف القانوني لحق الغير في الطعن الغاء ضد القرارات الادارية القابلة

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عادل الطباطبائي : الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 23-24.
- (2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم (734، في 1956/1/8) أشير اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، المكتب الفني ، السنة العاشرة ، 1956، مصدر سابق ، ص 135-136 .
- (3) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة ، مصدر سابق ، ص 23.
- (4) ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي : العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 138-139.

للانفصال وقت ابرام العقد فاذا ما استبعدت الادارة عطاء احد الاشخاص تعسفا او حرمة من المشاركة بالمناقصة فمن حقه ان يطعن بالقرار الاداري ، كذلك لو شاب القرار الاداري المتعلق بابرام العقد عيب من عيوب الصحة كالعيب المتعلق بشكل القرار الاداري او الاختصاص كونه صدر عن غير مختص او اصابه العيب في الغاية منه او في محله او السبب في ابرامه ففي كل هذه الحالات يحكم القاضي الاداري بالغاء القرار وهذا ما اكدته محكمة القضاء الاداري العراقية في حكم لها بمناسبة طعن احد الأشخاص بقرار اداري يقضي بارساء المزايدة فقضت المحكمة بالغاء القرار المذكور كونه شابه عيب في الشكل عند اصداره .⁽¹⁾

ويمكن ان نقول ان هذه الأحكام صالحة للتطبيق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فان استبعدت الادارة اي شخص من المشاركة في المناقصة لسبب غير مقنع أرسى المناقصة بشكل يخالف احكام القانون والتعليمات ذات الصلة فمن حق كل مقدم عطاء استبعاد عطاء الطعن بالقرار الاداري المنفصل الذي ابرم العقد على اساسه .

الفرع الثاني

حق الغير في التمسك ببعض نصوص العقد المدرجة لمصلحته

غالبا ما ترد في عقود الالتزام نصوص عقدية لمصلحة المنتفعين وكذلك الامر في عقد الاشغال العامة اذ قد ترد نصوص لمصلحة الغير عن العقد ، فمن حق هؤلاء التمسك بهذه الحقوق المقررة لمصلحتهم فالادارة قد ترى في ايراد مثل هذه النصوص ضمانا لحقوق الغير عن العقد ضد تعسف المتعاقد معها تجاه العاملين لديه في عقد الاشغال العامة او تعسف صاحب المشروع في استعمال حقوقه ضد مالكي العقارات المجاورة لموقع العمل او ضد المنتفعين من خدمات مرفق معين ، لذا درجت الادارة على ايراد نصوص في العقد والأمثلة عليها متعددة وكما يأتي :-

أولا // قد تشترط الادارة على المتعاقد معها شروطا لمصلحة العاملين لديه في ادارة المرفق او في تشغيله وخاصة اذا ما علمنا ان انشاء المرفق بأسلوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

(1) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري العراقية رقم (121/قضاء اداري ، في 1990/11/28) أشار اليه حبيب ابراهيم حمادي : الطعن بالالغاء ضد القرارات القابلة للانفصال ، مصدر سابق ، ص 51-52.

يحتاج الى عاملين كثر ويستمر العمل لسنوات طويلة ، لذا تتدخل بوضع شروط عقدية لمصلحتهم مثل تحديد ساعات العمل او الزام صاحب المشروع على التأمين ضد اصابات العمل التي قد يتعرضون لها أثناء تأدية عملهم .

ثانيا // اشتراط الادارة على المتعاقد معها بان يلتزم بتعويض اصحاب العقارات المجاورة عن الاضرار التي من الممكن ان تصيبهم وعقاراتهم اثناء قيامه بعملية البناء والتجهيز ، فمن حق هؤلاء المالكين الاستناد لهذه الشروط لحماية مصالحهم المشروعة ، وبذلك تتخلص الادارة من مسؤولية مطالبتها بالتعويض نتيجة الاضرار التي تصيب الغير نتيجة تنفيذ العقد الاداري .

ثالثا // ان تشترط الادارة على المتعاقد معها التأمين ضد الاضرار التي من الممكن ان تصيب الغير جراء تنفيذ العقد ولا سيما العقد الذي يتضمن تنفيذ اشغال عامة (بناء او انشاءات او تهديم وترميم) والتي تتضمن اثناء تنفيذها مخاطر غير طبيعية قد تصيب الغير .⁽¹⁾

رابعا // وقد تضمن الادارة العقد نصا يقضي بتحميل المتعاقد معها مسؤولية تعويض الغير عن الاضرار التي تصيبه بسبب تنفيذ العقد ، لكن السؤال الذي يمكن ان يطرح هل عدم توفر نص في العقد يقضي بدفع تعويض للغير المتضرر من العقد يعني حرمانهم من التعويض ؟

الجواب طبعاً لا فعدم النص لا يعني حرمان الغير لكن الاختلاف انه في حالة وجود النص يملك الغير مطالبة الملتزم بالتعويض وفقاً لمسؤوليته العقدية اما ان خلا العقد من هكذا نص فانهم يملكون مطالبة بالتعويض وفقاً لمسؤوليته التقصيرية .⁽²⁾

لكن هل تملك الادارة سلطة التدخل بين ملتزم المرفق والغير والذي غالباً ما يكون طالباً للمنفعة ولم يحصل عليها بعد او انه منتفع حصل على المنفعة ، وهل تملك الادارة التدخل في العلاقة بين صاحب المشروع وبين عماله ؟

حقيقةً الجواب عن هذا السؤال المحوري يعيدنا الى ما ذكرناه في بحثنا لامتياز التقاضي المقرر لمصلحة المتعاقد مع الادارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حيث ذكرنا ان المنتفعين يقفون في مركز تنظيمي تحكمه القوانين والانظمة تجاه خدمات المرافق الادارية بينما يقفون في موقف تنظيمي ايضا تجاه خدمات المرافق الاقتصادية في مرحلة تقديمهم طلبات الانتفاع فان اجيبوا الى طلبهم اصبحوا يقفون في مركز تعاقد يحكمه العقد المبرم بين الطرفين ، وهو كما قلنا عقد من عقود القانون الخاص .⁽³⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الاداري الى الغير ، مصدر سابق ، ص 111 وما بعدها .

(2) ينظر في ذلك غسان لعبيبي : مفهوم الغير في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 76.

(3) ينظر في ذلك الدكتور انور العمروسي : العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 163.

لذا نجد الفقه يؤكد ان من حق الادارة التدخل بين الملتزم والمنتفعين لان الادارة هي المسؤولية اصلاً عن ادارة المرفق العام فان عهدت بهذه المسؤولية لغيرها كان للمنتفعين الحق في ان تتدخل الادارة لمصلحتهم من تلقاء نفسها لتتأكد من تلقي الافراد لخدمات المرفق على احسن وجه وباسعار تتفق مع امكانياتهم ، اما ان لم تتدخل جاز للمنتفعين مطالبتها بذلك فان رفضت صراحة او ضمناً ثبت للافراد الحق باللجوء للقاضي الاداري للطعن بالقرار الاداري .⁽¹⁾

اما فيما يتعلق بعلاقة رب العمل بالعاملين فان بعض الفقه ذهب الى القول ان الادارة لا تملك التدخل في هذه العلاقة كونها علاقة خاصة تخضع لعقد العمل المبرم بين الطرفين وهو عقد من عقود القانون الخاص ، بل حتى القانون لا يستطيع تعديل مراكز العاملين القانونية لانها نشأت قبل صدور القانون ، ولكن غالبية الفقه اليوم ترى العكس ويؤكدون على ان مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد يلزم الادارة بالتدخل وذلك لسبب مهم هو انها لو لم تتدخل فان ذلك قد يؤدي الى انهيار العلاقة بين العمال وصاحب العمل وتكثر اعتراضاتهم واضراباتهم الامر الذي يهدد السير المنتظم للمرفق العام بالتباطؤ او التوقف وهو امر ينعكس سلباً على المصلحة العامة لذا فهي لا بد ان تتدخل في هذه العلاقة ان اقتضى الامر ذلك .⁽²⁾

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة ، مصدر سابق ، ص 67-68 ، والجدير بالذكر ان القرار الاداري عموماً هو افصاح جهة الادارة عن ارادتها المنفردة وبما يترتب اثاراً قانونية معينة ، ويلزم ان يكون الافصاح صريحاً ومن الممكن ان يكون ضمناً او سبياً يستفاد من سكوت الادارة فيعد من قبيل القرارات الادارية امتناع الادارة عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً ، ينظر في ذلك خالد الزبيدي : القرار الاداري السلبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت ، العدد الثالث السنة الثلاثون ، 2006 ، ص 338.

وهذا يعني ان القرار الصريح هو الذي تعبر فيه الادارة عن ارادتها صراحة اما موقف الادارة الاخر او الموقف السلبي للادارة وسكوتها عن الرد على الطلب المقدم اليها من احد الافراد فيترتب عليه افتراض ان قراراً ادارياً صدر وهو على نوعين (سلبي وضماني) اما الضمني فشرطه الاساسي ان يحدد المشرع مدة محددة للادارة فان سكنت خلالها فان ذلك يعني صدور قرار اداري ضمني بالرفض او القبول بحسب اختلاف الأوضاع الاخرى ، اما القرار الاداري السلبي فهو الاخر يقوم على سكوت الادارة وعدم ردها على طلب مقدم اليها من الافراد لكن الفارق ان المشرع لم يلزمها بالرد خلال مدة محددة فتسكت لمدة طويلة يستشف القاضي الاداري من سكوتها إساءة لاستعمال السلطة وصدور قرار اداري سلبي ، ولمزيد من التفصيل ينظر الدكتور غازي فيصل : القرار الاداري السلبي والرقابة القضائية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد (2) العدد (3) ، 1998 ، ص 67 .

(2) ينظر في ذلك الدكتور علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص 243-244 . ونؤيد هذا الرأي بسبب ان ترك علاقة الملتزم بالعاملين دون تدخل الادارة ان حدثت ازمة بينهما سيؤدي الى نتائج غير مرضية لانه أولاً وقبل كل شيء سيجعل العمال تحت رحمة وتحكم الملتزم ثم ان اضرابهم عن العمل كاسلوب للتعبير عن سخطهم على الملتزم او تركهم للعمل بشكل نهائي يهدد السير المنتظم للمرفق العام الامر الذي يعود بنتائج كارثية على المصلحة العامة والتي تتطلب السير المنتظم للمرافق العامة ولا سيما المرافق المهمة.

اخيراً نشير الى مسألة غاية في الاهمية فلو كانت حقوق الغير عن العقد (العاملين في المرفق) واردة في العقد المبرم بين الادارة والمتعاقد معها فان من حق الادارة التدخل لتعديل هذه النصوص العقدية وبما يحقق مصلحة العاملين في المرفق وهذا المعنى أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (Air france) اذ قضى بان ((النظام الخاص بالعاملين والمدرج في الاتفاقية المبرمة بين الدولة وشركة (اير فرانس) ذو طبيعة لائحية ،...))⁽¹⁾.

وان في اعطاء هذه النصوص الطبيعة اللائحية (التنظيمية) يعني قدرة الادارة على تعديلها كلما تطلب الامر ذلك ، وهذا الامر يحقق مصلحة العاملين لان الادارة ان تدخلت فهي تتدخل لمصلحتهم وتقف في وجه الملتزم ان تعسف في ممارسة السلطة تجاههم ، لذا فان تضمين العقد نصوصاً لمصلحة الغير عن العقد يحقق مصلحة الغير عن العقد بلا شك ومن حقهم التمسك بهذه الحقوق تجاه الملتزم ، وهو امر يتفق مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فكل شرط عقدي تورده الادارة لمصلحة العاملين او المنتفعين المستقبليين بالعقد هو لصالحهم وبما كانهم التمسك به والمطالبة بالزام المتعاقد مع الادارة ان يحترم هذا النص والتسويغ القانوني لهذه الشروط حسبما استقر عليه الفقه انه اشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾ .

الفرع الثالث

حقوق الغير تجاه طرفي الرابطة العقدية

أولاً // حقوق الغير تجاه الملتزم : فالعقد الاداري يترتب حقوقاً لمصلحة الغير تقع على كاهل الملتزم وتتمثل في حق الغير في الحصول على المنفعة او الخدمة وحقه في مقاضاة الملتزم واخيراً حقه في المساواة وسوف نبحت ذلك في النقاط الاتية :-

(1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (23/شباط / 1968) أشار اليه الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال ، مصدر سابق ، ص 68.

(2) ينظر في ذلك الدكتور منير محمود الوتري : العقود الادارية وانماطها التطبيقية ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص 130 .

1- حق الغير في اقتضاء المنفعة أو الخدمة :- ان غاية انشاء المرافق العامة هي لتقديم خدماتها للأفراد واشباع حاجاتهم العامة ، وهو حق طبيعي للأفراد تجاه السلطة الادارية⁽¹⁾، وهذا المعنى عبرت عنه محكمة القضاء الاداري المصرية بوضوح عندما عرفت عقد الالتزام ثم عرجت على بيان الغاية والهدف من هذه العقود الا وهي تقديم خدماتها العامة للأفراد فقالت المحكمة: ((الالتزام ليس الا عقدا اداريا يتعهد احد الأفراد او الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقة وتحت مسؤولية بتكليف من الدولة او إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له باداء خدمة عامة للجمهور ،...)).⁽²⁾

مع ملاحظة ان الغير عن العقد لكي يتاح له فرصة الحصول على خدمات المرفق عليه ان يبرم عقداً مع ملتزم المرفق العام وهذا الوضع القانوني يجعلنا امام علاقتين هما :

العلاقة الأولى : في حال وجد عقد مبرم بين الملتزم والمنتهين ينظم كيفية انتفاعهم بخدمات المرفق وهذا العقد هو ذو طبيعة مدنية وهو الأمر الذي أكدته المشرع العراقي بالقول: ((ملتزم المرفق العام ملزم بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بان يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين))⁽³⁾ ، بل ان ملتزم المرفق ملزم بالاستمرار بتقديم الخدمة وهذا ما أكدته المشرع العراقي بالقول: ((ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء والغاز او الكهرباء او القوى المحركة وما شابه ذلك ، ملزم بالاستمرار في أداء الخدمات التي عهد بها اليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص ابرم معه عقدا فرديا))⁽⁴⁾.

فان امتنع الملتزم عن تقديم الخدمات للمنتفع الذي ارتبط معه بعقد سيكون من حق المنتفع اللجوء للقاضي المدني في مصر والعراق وللقاضي الاداري في فرنسا⁽⁵⁾ ، ليطالبه بالزام المتعاقد مع الادارة بضرورة احترام العقد المبرم مع المنتفعين والزامه بتنفيذ العقد عينيا.

العلاقة الثانية : في حالة عدم وجود عقد بين الملتزم وطالب المنفعة ، او تقديم بطلب لتلقي

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 208 .
- (2) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الاداري المصرية (146، 25 / 3 / 1956) سبق ان اشرنا اليه ص 259 من هذه الرسالة .
- (3) ينظر في ذلك المادة (892) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- (4) ينظر في ذلك المادة (897) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- (5) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (16/ حزيران 1937/ في قضية Gouv – Gen – de Lindochine) وحكم مجلس الدولة المصري في الدعوى رقم (182 في 1985/12/28) سبق ان اشرنا اليهما ص 260 من هذه الرسالة .

الخدمة ولم يجب على طلبه بعد فهل يمكنه مراجعة القاضي الاداري او القاضي المدني للحصول على حكم يلزم المتعاقد مع الادارة بتقديم الخدمة له ام لا ؟

الجواب عن هذا السؤال ان طالب المنفعة يمكنه ذلك ولكن بطريقة غير مباشرة فأولاً عليه ان يلجأ الى الادارة مانحة الالتزام ليطالب اليها التدخل لدى الملتزم ليسمح له بالتمتع بالخدمة فان فعلت الادارة ذلك فلا حاجة لمراجعة القضاء اما ان رفضت طلبه صراحة او ضمناً فمن حقه اللجوء للقاضي الاداري حصراً للطعن بالقرار الاداري الايجابي او السلبي الناتج عن رفض الادارة الصريح او الضمني لطلبه⁽¹⁾.

اما عن تطبيق هذه الاحكام لدينا في العراق فأننا نلاحظ ان قانون مجلس شورى الدولة نص صراحة على امكانية الطعن بالقرار الاداري السلبي الناتج عن سكوت الادارة فقال: ((...، ويعتبر في حكم القرارات والأوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة ،...، عن اتخاذ قرار او أمر كان من الواجب عليها اتخاذ قانوناً)).⁽²⁾

وفي الحالة التي نحن بصددنا المنتفع لو قدم طلباً للملتزم فرفض الطلب فإليه وسيلة اللجوء للجهة الادارية مانحة الالتزام ليقدم اليها تظلماً يطالبها من خلاله بالتدخل لدى المتعاقد معها ليسمح له بالاستفادة من خدمات المرفق وتظلمه هذا بين حكمه قانون مجلس شورى الدولة بالقول: ((ويشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الاداري ان يتظلم صاحب الطعن لدى

الجهة الادارية المختصة التي عليها ان تثبت في التظلم وفقا للقانون خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها ، وعند عدم البت في التظلم او رفضه تقوم محكمة القضاء الاداري بتسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني ((3).

اذن لكي يحق للغير عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية التمتع بخدمات المرفق عليه أولا تقديم طلب للملتزم ثم ان رفض طلبه فهو يملك التظلم أمام الجهة الادارية المختصة او مانهة الالتزام التي الزمها المشرع العراقي بالإجابة على الطلب خلال مدة محددة فان صدر عنها رد على التظلم يعتبر قرار اداريا صريحا اما ان لازمت حالة الصمت فتتحقق حالة من حالات القرار الاداري الضمني وهو القرار الاداري الضمني بالرفض ففي الحالة الأولى هو قدم طلباً للإدارة بالتدخل فان امتنعت عن التدخل يتحقق قرار اداري سلبى ثم ليطن بقرارها ———

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود الالتزام B.O.T ، مصدر سابق ، ص225.
- (2) ينظر في ذلك الفقرة (هـ/3) البند (ثانيا) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل .
- (3) ينظر في ذلك الفقرة (و) البند (ثانيا) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 ، المعدل .

السلبى امام القضاء عليه التظلم فان لم يجب على تظلمه مدة (30) يوما يكون هناك قرار اداري ضمني بالرفض ويجوز الطعن به الغاء امام محكمة القضاء الاداري العراقية .(1)
ونرى ان الاحكام في أعلاه تتفق مع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في الحالتين ان كان المنتفع مرتبطاً بعقد مدني سيكون من حقه مراجعة المحاكم المدنية لمطالبتها بالزام المنتفع بتقديم الخدمة له ، وان لم يكن مرتبطاً بعقد مع ملتزم المرفق بمقتضى عقد التزام بأسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية سيكون من حقه اللجوء للقضاء الاداري لإلزام المتعاقد بتقديم الخدمة اليه ولكن بأسلوب غير مباشر برجوعه أول الأمر على الادارة المتعاقدة للتدخل لدى الملتزم فان رفضت صراحة او ضمنا التدخل جاز له الطعن بالقرار الاداري الصادر عن الادارة المتعاقدة والرافض لحقه في التمتع بخدمات مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية ، هذا في حال كانت شروط الانتفاع بالخدمة متوفرة فيه اما ان كانت غير متوفرة فمن باب أولى ان ترفض الادارة أجابته الى طلبه وان رفع الأمر الى القاضي الاداري فسيرد القاضي طعنه .

2- حق الغير في مقاضاة الملتزم :- في هذا الحق بالتحديد سنبحث مدى إمكانية الغير في مقاضاة الملتزم ان خالف الأخير نصوص العقد الاداري المبرم بينه وبين الادارة او خالف نصوص العقد المدني المبرم بينه وبين المنتفعين .

أ- الطعن بمخالفة الملتزم لشروط العقد الاداري : ينبغي هنا التأكد ان هذا الغير لا يملك الطعن بمخالفة الملتزم لشروط العقد الاداري لانه من الغير وليس طرفا في العقد كما ان الطعن بالإلغاء هو بالاصل يوجه ضد القرارات الادارية المخالفة لمبدأ المشروعية .(2)

في حين ان الاجراءات الصادرة عن الملتزم بمخالفة عقد الالتزام ليست قرارات ادارية لانها لم تصدر عن جهة ادارية ولذا لا يمكن الطعن بها الغاء ، لكن ان رجعنا الى نظرية القرار الاداري السلبى والضمنى يمكن تلمس طريقاً غير مباشر يمكن ان يسلكه الغير عن العقد للطعن بإجراء صادر عن الملتزم بمخالفة العقد الاداري ، وذلك بلجؤه الى الادارة المتعاقدة ليقدم اليها تظلاً يطلب فيه رفع الظلم الذي لحق به جراء مخالفة الملتزم لنصوص العقد الاداري المبرم معها فان رفضت الادارة هذا التظلم سواء كان صراحة ام ضمنا سيكون من حق هذا الغير مراجعة القاضي الاداري للطعن بالقرار الاداري الصريح او السلبى للإدارة.(3)

ومن السوابق القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى في قضية (Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier-Groix-de seguey)

- (1) ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي : سكوت الادارة العامة في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر ، العدد الثاني ، 1994 ، ص89 .
- (2) ينظر في ذلك الدكتور ماجد راغب الحلو : القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص269.
- (3) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الاداري الى الغير ، مصدر سابق ، ص121-122.

والتي تتلخص وقائعها في ان مدينة (بور دو) منحت عقد امتياز لنقل الركاب باستخدام الدواب لأحد المتعاقدين وبعد ذلك تطورت أساليب النقل فقدم الملتزم طلباً للإدارة لتعديل أسلوب النقل فوافقت الإدارة على استخدام (الترام) لكن الملتزم غير طرق النقل القديمة ايضاً مما حرم سكان حي (Groix-de seguey) من الخط الذي كان يمر بحيهم فقدموا طلباً الى مدير المقاطعة بناءً على مشورة من الفقيه الفرنسي (ديكي) لكن المدير رفض الطلب فرفعوا دعوى امام مجلس الدولة الفرنسي للطعن بقرار مدير المقاطعة فجاء القرار لمصلحتهم⁽¹⁾.

أخيراً لو كان عقد الملتزم مع الإدارة يتضمن قيامه بإنشاءات معينة فان اصاب الافراد ضرر من هذا العمل فمن الذي يتحمل نتيجة ذلك اي من سيدفع التعويض للافراد ؟

يمكننا القول وبلاستناد الى احكام محكمة التمييز العراقية ان هذا التعويض يتحمله احد الطرفين او كلاهما بحسب الاتفاق المبرم بينهما ، فان لم يكن هناك اتفاق وكان الضرر ناتجاً عن خطأ المتعاقد مع الإدارة او تعديه ففي هذه الحالة يتحمل التعويض لوحده ، ففي قضية عرضت على محكمة التمييز العراقية تتلخص وقائعها في ان بلدية الكاظمية تعاقدت مع شخص ليقوم بحفر مجاري شوارع المدينة ولقد أدت أعمال الحفر الى انهدام الدار المرقمة ،...، على دار المدعي وسببت انهدام جدار داره العلوي مع تصدع جبهة الدار لذا طلب جلبهما للمرافعة (مدير البلدية " اضافة لوظيفته " والمقاول) والحكم عليهما بدفع تعويض ، فأيدت محكمة بداءة الكاظمية ذلك وحكمت بالزام المدعي عليهما بدفع التعويض فطعن المدير بالحكم تمييزاً فنقض الحكم البدائي واعادته المحكمة الى محكمة الكاظمية التي بدورها اصرت على موقفها السابق ولدى وصول الأوراق الى محكمة التمييز مرة اخرى نقضت الحكم واصدرت القرار التالي ((وجد ان اصرار محكمة البداءة على قرارها المنقوض لم يستند الى سبب قانوني صحيح وذلك لان الضرر الذي حصل في دار المميز عليه كان بسبب اعمال الحفر التي قام بها عمال المتعهد نتيجة لتعدهه بالقيام بالمشروع الذي قرره مديريته وحدة الكاظمية فهو وحده المسؤول عن الضرر لانه وقع بفعله مباشرة وتعديه ولا يسأل في هذه الحالة مدير وحدة الكاظمية المميز عن الضرر الذي لم يكن نتيجة حتمية لمشروعه الذي قرره ووضعه ، ...)).⁽²⁾

ب- الطعن بمخالفة الملتزم لشروط العقد المدني المبرم بينه وبين المنتفع : هناك حالتان هما الحالة الأولى // ان كان بين الملتزم والغير عقد انتفاع فيسمى الغير هنا بالمنتفع ويكون بينهما

- (1) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (21/ كانون أول / 1906) أشير اليه في مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة الدكتور احمد يسري : مصدر سابق ، ص 91.
- (2) ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم القرار (47 / ح - 1963 ، في 1963/3/30) منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثالث السنة الثانية ، 1963 ، ص 176.

عقد مدني يخضع لأحكام ولاختصاص القانون والقضاء المدني ، كون العقد المبرم بينهما عقداً مدنياً وحصل بمقتضاه المنتفع على الخدمة بعد ان وقع عقد اشتراك في خدمات الكهرباء او الماء او الهاتف⁽¹⁾ ، فان خالف الملتزم بنود هذا العقد فمن حق المنتفع بوصفه طرفاً في العقد الطعن بتصرفات الطرف الآخر ويطلب من القاضي المدني إلزامه بتنفيذ التزاماته⁽²⁾. ولقد أكد هذا المعنى المشرع العراقي بقوله : ((للعميل الذي تعاقد مع ملتزم المرفق اذا تعطلت خدمات هذا المرفق او اختلت ان يقاضي الملتزم فيما يخص مصلحته الشخصية ، وليس له ان يرفع الدعوى باسم جمهور العملاء))⁽³⁾.

وطلب التنفيذ يعني طلب التنفيذ العيني فان رفض الملتزم فله المنتفع اللجوء للقاضي المدني وحسب صريح نص القانون المدني ليطالب بإلزامه بذلك ، فان تبين للقاضي عجزه عن تنفيذ التزامه عينياً يكون من حق الغير الحصول على تعويض وهذا ما بينه القانون بالقول : ((اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه))⁽⁴⁾ ، من هذه المادة نستنتج ان المتعاقد في العقد المدني او عقد الاشتراك بخدمات المرفق هو ملزم أولاً بالتنفيذ العيني فان عجز عن ذلك يصار الى الحكم عليه بالتعويض ولا يعفى الا اذا ثبت ان عدم التنفيذ او التأخر فيه ناتج عن سبب أجنبي وهذه الاحكام نرى

ضرورة تطبيقها في العلاقات الناشئة بين ملتزم المرفق والمنفعين في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بل ان المشرع قد حدد مقدار التعويض المستحق للمنتفع ان لم ينفذ الملتزم واجباته العقدية فقال: ((1- اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره 2- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او اي حق عيني او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به 3- فاذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت)) (5).

الحالة الثانية // ان لم يكن هناك عقد بين الغير والملتزم ولم توقع وثيقة الانتفاع او الاشتراك

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص 300.

(2) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 367.

(3) ينظر في ذلك المادة (898) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(4) ينظر في ذلك المادة (168) من القانون المدني العراقي .

(5) ينظر في ذلك المادة (169) من القانون المدني العراقي .

بخدمات المرفق الا انه وجدت علاقة تعاقدية من نوع خاص تخضع لاحكام القانون المدني مكونة من إيجاب وقبول بطريقة خاصة ، كما لو اشترى المنتفع تذكرة ركوب الطائرة او القطار فمن حقه ان اخل الملتزم بهذه العلاقة الخاصة للجوء للقاضي المدني كذلك (1).

اما ان لم تكن هناك أي رابطة بينهما فلا يملك الرجوع الى القاضي العادي لانه من الغير عن العقد وأجنبي تماما عن روابطه (2) ، لكن ان كان هذا الغير طالب منفعة ولم يجب الى طلبه بعد او رفض الملتزم منحه مكنة الانتفاع فمن حقه مقاضاة الملتزم وذلك بالتظلم أول الأمر امام الادارة مانحة الالتزام فان رفضت التدخل لدى الملتزم نشأ عن موقفها قرار اداري يمكن الطعن به الغاء امام القاضي الاداري (3).

3- حق الغير في المساواة :- وحق المساواة هو حق دستوري وأساسي وهو في الوقت ذاته حق من حقوق الغير عن العقد الاداري والالتزام على عاتق المتعاقد مع الادارة ولقد اشار المشرع لهذا المعنى بوضوح فقال : ((1- على ملتزم المرفق ان يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات او في تقاضي الأجور . 2- ولا تحول المساواة دون ان تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض في الأجور او إعفاء منها على ان ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ولكن المساواة تحرم على الملتزم ان يمنح احد عملائه مميزات يرفض منحها للآخرين . 3- وكل تمييز لمصلحة احد العملاء يوجب على الملتزم ان يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب

على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة)) (4).

ولقد بينا سابقا ان المساواة في تلقي خدمات المرفق العام تكون التزاما على عاتق الملتزم ان كان المنتفعون يقفون في مراكز قانونية متماثلة وان اختلفت ظروفهم ومراكزهم فمن حقه ان يميز فيما بينهم بالمعاملة ، والتزامه بالمساواة لا يمنعه من ان يضع شروطاً او اجراءات معينة ينبغي على طالب المنفعة إتباعها للحصول على الخدمة ما دام ان جميع طالبي الخدمة ملزمون باتباعها فان أعفى البعض وطالب البعض الآخر بها فمن حقهم التظلم من عمله هذا امام الادارة المتعاقدة فان رفضت تظلمه جاز لهم الطعن بالقرار الاداري السلبي

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد فؤاد مهنا : حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 368.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 223-225.

(3) ينظر في ذلك الدكتور عادل الطباطبائي : الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 36-37 وكذلك الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة ، مصدر سابق ، ص 65-67.

(4) ينظر في ذلك المادة (893) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
للادارة (1) ، والفقه وضع أسساً معينة للمتعاقد يجوز له على أساسها التمييز في الرسم الذي يستوفيه من منتفعي المرفق العام وليس للمنتفعين الاعتراض على ذلك والأسس هي :
أ- اختلاف ظروف المكان : ففيما يتعلق بتوزيع خدمات الماء او الكهرباء يعد طالب الخدمة الذي يسكن مركز المدينة في مركز قانوني وظروف تختلف عن الشخص الذي يتواجد في اطراف المدينة او في منطقة نائية لان تكلفة إيصال الخدمة اليه ستكون مرتفعة مما يسوغ فرض رسوم أعلى عليه .

ب- اختلاف نوع الخدمة : فمن يسافر في قطار او طائرة عليه قطع تذكرة تحدد الدرجة التي يسافر فيها فهناك تذاكر الدرجة الأولى والثانية والثالثة وهكذا والخدمة المقدمة لصاحب الدرجة الأولى غير ما هي مقدمة للمسافر في الدرجات الاخرى .

ج- اختلاف استعمال الخدمة : فالمشترك في خدمة توريد المياه للمنازل قد يشترك في خدمة مياه الشرب او في خدمة مياه سقي الحدائق ، وكذلك الحال للملتزم عندما يتعاقد مع الافراد ليورد إليهم الكهرباء يفرض عليهم رسوماً بحسب اختلاف استهلاكهم لها فتعريف الرسم على كهرباء المنازل غير تعريف رسم كهرباء المصانع .(2)

ثانياً // حقوق الغير تجاه الادارة المتعاقدة :

من الثابت ان الادارة هي المطالبة بتقديم الخدمات العامة وادارة المرافق العامة التي تقدم الخدمات للجمهور ، لكن الادارة قد تعهد لأحد الاشخاص او الشركات بادارة مرفق عام وتقديم الخدمات للجمهور مباشرة بشرط ان يتم العمل تحت رقابتها وتوجيهها واشرفها وذلك

لضمان ان المتعاقد يؤدي عمله وفقاً لنصوص العقد وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد الأمر الذي يحقق المصلحة العامة ، ويمكننا ان نبين حقوق الغير تجاه الادارة المتعاقدة بما يأتي :

1- حق الغير بمقاضاة الادارة لإلغاء القرارات الادارية المخالفة للعقد : ويختلف هذا الحق عن الحق الذي تناولناه سابقاً عندما بحثنا حقوق الغير تجاه الملتزم حيث قلنا ان من حق الغير ان يطلب من الادارة المتعاقدة ان تتدخل لمصلحته لدى الملتزم ليتيح له فرصة الاستفادة من خدمات المرفق العام فان رفضت كان له الحق في الطعن بالإلغاء ضد قرار الادارة ، هذا يعني هي تتدخل لان المخالفة صادرة عن الملتزم لكننا في هذه النقطة نبحث المخالفة الصادرة

(1) ينظر في ذلك الدكتور محمد مرغني خيرى : الوجيز في القانون الاداري المغربي ، مصدر سابق ، ص198 ، وكذلك الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا : مبادئ واحكام القانون الاداري اللبناني ، مصدر سابق ، ص375-376 ، وكذلك الدكتور عمرو فؤاد بركات : مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص206.

(2) ينظر في ذلك الدكتور عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الاداري الى الغير ، مصدر سابق ، ص127.

عن الادارة ذاتها عندما تصدر قراراً معيناً يخالف نصوص العقد فيثبت الحق للغير في مقاضاتها من خلال الطعن بقرارها امام القاضي الاداري ان مس هذا القرار حقوق الغير تجاه المرفق ، فالادارة تملك سلطات واسعة في إطار العقد الاداري تجاه المتعاقد معها ومن هذه السلطات سلطة تعديل العقد الاداري بإرادتها المنفردة ، فان اضر التعديل بحقوق المتعاقد كان له ان يقاضيه بالاستناد الى نظرية عمل الأمير اما ان مس القرار حقوق المنتفعين بخدمات المرفق فمن حقهم الطعن مباشرة امام القاضي الاداري بقرار التعديل هذا والطلب من القاضي إلغاءه (1) ، ولقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة بهذه السلطة لمصلحة المنتفعين في قضية (Stroch) والتي تتلخص وقائعها في ان مدير مقاطعة السين قد أصدر قراراً ادارياً يخول فيه ملتزم النقل في المقاطعة استبدال العربات التي تسير على الأرض بالتزام مما أدى الى تغيير خطوط النقل فطعن السيد (Stroch) بصفته رئيساً لنقابة التجار والملاك المقيمين في شارع (Reamur) فقبل المجلس الطعن ضد الادارة مانحة الالتزام رغم ان القرار كان قراراً خاصاً بالعقد وبالعلاقة بين الادارة والملتزم .(2)

وكما يمكن ان يكون تدخل الادارة الذي اضر بمصلحة الغير ايجابياً بإصدارها قراراً ادارياً يمكن ان يكون سلبياً بامتناعها عن القيام بعمل ما يسبب ضرراً لحقوق المنتفعين كما لو امتنعت الادارة عن التدخل لمصلحتهم لإلزام المتعاقد معها باحترام شروط العقد وامتناعها هذا يعد قراراً ادارياً سلبياً يمكن الطعن به الغاءً كما بينا ذلك .(3)

2- حق الغير بمطالبة الإدارة بالتدخل لإنزام المتعاقد معها على احترام شروط العقد : يثبت الحق للغير عن العقد تجاه الإدارة المتعاقدة في أن تتدخل في العلاقة بينهم وبين الملتزم وتراقب عمل الأخير ومدى التزامه بشروط العقد ومبدأ مساواة الجميع تجاه خدمات المرفق وضرورة تقديمه للخدمة لكل من يطلبها أن توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك ، ولعل السبب وراء التزام الإدارة هذا هو أن الإدارة أصلاً هي المطالبة بتقديم الخدمات للجمهور فإن تعاقدت مع أشخاص القانون الخاص للقيام بذلك كان واجباً عليها مراقبتهم أثناء مدة العقد وسلطة المراقبة كما بينا ذلك قد تأخذ شكل تعيين موظفين يمثلون الإدارة في الجهاز الإداري للمرفق حيث تكون مهمتهم رفع تقارير دورية للإدارة عن كيفية سير العمل ومدى التزام المتعاقد باحترام شروط العقد كما ولها أن تمارس رقابة مالية وفنية وأساس هذه السلطة هي اتصال العقد بالمرفق العام وكلما زادت صلة العقد بالمرفق كلما قويت سلطة الإدارة في

- (1) ينظر في ذلك الدكتور عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة B.O.T ، مصدر سابق ، ص 218.
 - (2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (3/شباط/1905) اشار اليه الدكتور محمد وفؤاد مهنا : حقوق الأفراد ازاء المرافق العامة ، مصدر سابق ، ص 214.
 - (3) ينظر في هذا الصدد الصفحة رقم (269) من هذه الرسالة .
- الرقابة والتوجيه ، ومن المعلوم أن سلطة التوجيه تأخذ شكل توجيه أوامر مباشرة للمتعاقد تلزمه بمسايرة التطورات العلمية والتكنولوجية وبما يخدم سير العمل في المرفق بانتظام ويضمن تقديم افضل الخدمات للأفراد .⁽¹⁾

بل أن الإدارة ملتزمة عندما ينسب للمتعاقد معها أخطاء جسيمة أن تبادر الى وضع المرفق العام تحت حراستها الإدارية وإعفاء المتعاقد مؤقتاً من مهمة إدارة المرفق لمنع بذلك خطر التوقف أو التلكؤ في خدمات المرفق فتبادر الى ادارته بنفسها أو تعهد بذلك الى شخص آخر أكثر كفاءة من الملتزم لحين الاطمئنان من امكانيات الملتزم فتعيد المرفق اليه أو تقرر إنهاء العقد أن لاحظت عدم جدوى إعادة المرفق للملتزم .⁽²⁾

لذا فإن بحثنا لحق الغير في مطالبة الإدارة في التدخل لدى المتعاقد والزامه باحترام شروط العقد يكون عندما ينسب للمتعاقد اخلال بشروط العقد الإداري فتتباطأ الإدارة وتنتكأ في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه الأمر الذي يهدد مصلحة المنتفعين بخدمات المرفق ، فيكون من حقهم جميعاً مطالبتها بالتدخل لدى الملتزم والزامه باحترام شروط العقد فإن امتنعت تتحقق حالة وجود قرار اداري سلبى يمكن الطعن به الغاء أمام القاضي الإداري .⁽³⁾

أما أن كان المنتفعون بخدمات المرفق قد ارتبطوا بعقد مدني مع الملتزم في هذه الحالة هم يملكون حقاً مزدوجاً في الرجوع الى القاضي الإداري والمدني فرجوعهم للقاضي الإداري بيناه في اعلاه أما رجوعهم للقاضي المدني فيكون في حالة اخلال الملتزم بشروط العقد المدني المبرم فيما بينهم وللقاضي المدني كامل الحرية في الحكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض وهو أمر يلزم المتعاقد باحترام شروط العقد المدني .

ولقد أكدت هذه الحماية محكمة القضاء الإداري المصرية (...، الإدارة من واجبها حماية الجمهور والأفراد المنتفعين بالمرفق العام وعدم تركهم تحت رحمة الملتزم ومن ثم يجب أن تكون الأرباح التي يجنيها الملتزم بحدود ، بحيث لا تتجاوز الأرباح العادية والمعقولة تأسيساً على أن الملتزم وهو يعاون جهة الإدارة في عمل مقصود منه تحقيق مصلحة المجموع وليس له أن يبالغ في تحقيق أرباحه ،...)).⁽⁴⁾

3- حق الغير في اجبار الإدارة على إتاحة الفرصة لهم ليستفيدوا من العقد الإداري : إذا

- (1) ينظر في ذلك الدكتورة عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 138.
- (2) ينظر في ذلك الدكتور محمد كامل ليلة : نظرية التنفيذ المباشر ، مصدر سابق ، ص 128.
- (3) ينظر في ذلك سامي حسن نجم : اثر العقد الإداري بالنسبة الى الغير ، مصدر سابق ، ص 136-138 ، وكذلك ينظر غسان لعبيبي : مفهوم الغير في العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص 80.

(4) ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الطعن رقم (485 في 1957/1/27) أشير إليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، المكتب الفني ، السنة الحادية عشرة، ص 960 .

كان ملتزم المرفق هو المطالب بتقديم الخدمات للجمهور او المنتفعين فان الادارة تبقى دائما هي المسؤولة عن حسن أداء هذه الخدمات ، وتطبيقا لذلك فان اي شخص يحرم تعسفا من حق الانتفاع بخدمات المرفق المدار بعقد التزام يمكنه اللجوء الى الادارة لمطالبتها بالتدخل لدى المتعاقد معها وإلزام الأخير بتمكين طالب الخدمة من نيلها (2) ، ومن تطبيقات ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Gay) حيث طالب هذا المواطن ملتزم مرفق الكهرباء بتزويده بالخدمة التي تقدمها الشركة الملتزمة فرفضت الشركة ذلك مما اضطر المواطن الى اللجوء الى البلدية مانحة الالتزام للتدخل وإلزام الشركة بالسماح له بالاستفادة من خدمات المرفق فرفضت البلدية التدخل وطعن المواطن بقرارها لدى مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى باختصاص مجلس المديرية بنظر الدعوى بوصفها محكمة العقد وعد المدعي صاحب حق مستمد من عقد الالتزام (3).

وفي نهاية بحثنا لحقوق والتزامات الغير عن العقد الإداري نود ان نؤكد على حقيقة هي ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه عقد التزام تطبق الاحكام التي درسناها اعلاه عليه فيكتسب الغير عن هذا العقد حقوقا ويتحملون التزامات ، ولا أدل على ذلك من فرضية ابرام الدولة عقد وتشترط فيه عدة شروط لمصلحة مواطنيها فمثلا لو اشترطت ان يكون العاملون في المرفق من مواطنيها بما لا يقل عن (90%) فهذا الشرط بلا شك اشترط لمصلحة الغير يكسبهم حقوقاً ، او تشترط على شركة المشروع ضرورة تدريب العاملين من مواطنيها او ضرورة التأمين على حياتهم ضد مخاطر العمل او إتباع نهج معين بالعمل او استخدام تكنولوجيا متطورة كل هذه شروط لمصلحة الغير لاحظناها في عقود ابرمتها دول أمثال تركيا والأرجنتين ومصر . ولا شك في ان للغير من المنتفعين بخدمات المرفق جملة من الحقوق تجاه شركة المشروع والادارة المتعاقدة فهم يملكون الطلب من شركة المشروع ان تقدم لهم الخدمات وان تراعي مبدأ المساواة فيما بينهم في تلقي الخدمات ان تساوت مراكزهم وظروفهم ولهم الحق في مقاضاة الشركة ان أخلت بشروط العقد الإداري او المدني المبرم معهم ومع الادارة ولهم حقوق تجاه الادارة أهمها إمكانية مطالبتها بالتدخل لدى شركة المشروع ومطالبتها بممارسة سلطة الرقابة والإشراف على الشركة ، وهم في الوقت ذاته يتحملون التزامات عدة اشترنا اليها في ثنايا البحث وبهذا نصل الى نتيجة مهمة هي ان آثار العقد الإداري (عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية) تنصرف للغير عن العقد ويتحملون نتيجة ذلك التزامات معينة ويكتسبون في الوقت ذاته حقوقا معينة .

(1) ينظر في ذلك الدكتور ابراهيم طه الفياض : العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص209.
(2) ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في (29 / نيسان / 1926) سبق ان اشترنا اليه ص 220 من هذه الرسالة .

المصادر

أولا // المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم :

أ- الكتب القانونية

- 1- د. ابراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 2- ابراهيم المنجي : دعوى التعويض الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .
- 3- د. ابراهيم طه الفياض : العقود الادارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن ، جامعة الكويت ، 1977 .
- 4- د. ابراهيم طه الفياض : القانون الاداري ، مطبعة الفلاح ، الكويت ، 1989 .
- 5- د. ابراهيم عبد العزيز شيحا : مبادئ وأحكام القانون الاداري اللبناني ، الدار الجامعة للطباعة والنشر ، بيروت ، من دون سنة نشر .
- 6- د. ابراهيم محمد علي : المسؤولية الادارية في اليابان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
- 7- د. ابراهيم محمد علي : اثار العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 8- د. احمد سلامة بدر : العقود الادارية وعقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 9- د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- 10- د. احمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 .
- 11- د. احمد محمود جمعة : العقود الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 .
- 12- د. اسماعيل غانم : في النظرية العامة للالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، من دون مكان نشر ، 1996 .
- 13- د. الياس ناصيف : عقد مفتاح في اليد : الجزء الرابع من سلسلة البحوث القانونية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 1999 .
- 14- د. الياس ناصيف : عقد الـ B.O.T ، الجزء السادس من سلسلة البحوث القانونية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 2006 .
- 15- د. انس جعفر : العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 16- د. أنور العمروسي : العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 17- م. أنور طلبة : الوسيط في القانون المدني ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، بلا سنة نشر .
- 18- د. بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 .
- 19- د. توفيق حسين فرج : النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ، 1969 .
- 20- د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 21- د. جاسم العبودي : الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد ، من دون ناشر ، بغداد ، 1997 .
- 22- جورج فوديل : القانون الاداري ، الجزء الثاني ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، 2001 .
- 23- د. جورج شفيق ساري : القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 24- د. جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

- 25- د. جيهان حسن سيد احمد : دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 26- د. حسان عبد السميع هاشم : الجزاءات المالية في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 27- د. حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري ، المكتبة الانكلو مصرية ، 1961 .
- 28- د. حسين عثمان : أصول القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 .
- 29- د. حفيظة السيد حداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 30- د. رياض عبد عيسى : مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، مطبعة الغري ، النجف ، 1976 .
- 31- م. زكي شمس : الأسس العامة للعقود الادارية ، الجزء الثاني ، مطبعة الداوودي ، دمشق ، 2000 .
- 32- د. زكي محمد النجار : حدود سلطة الادارة في توقيع عقوبة الغرامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 .
- 33- د. سامي جمال الدين : اللوائح الادارية وضمانات الرقابة القضائية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .
- 34- د. سامي جمال الدين : أصول القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 35- د. سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 36- د. سعاد الشرقاوي : العقود الادارية : دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
- 37- د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية ، الطبعة الرابعة ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1984 .
- 38- د. سليمان مرقس : نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1956 .
- 39- د. شاب توما منصور : القانون الاداري ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ، جامعة بغداد ، 1979-1980 .
- 40- د. صالح بن عبد الله : المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز البحوث والدراسات الادارية ، معهد الادارة العامة ، السعودية ، 1998 .
- 41- د. طعيمة الجرف : القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 .
- 42- د. عبد الحميد الشواربي : العقود الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .
- 43- د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 .
- 44- د. عبد الرؤوف عيد : لجان التوفيق وفقا لأحكام القانون رقم (7) لسنة 2000 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 .
- 45- د. عبد الرؤوف هاشم : شبه العقد في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 46- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 47- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف : حدود انصراف اثر العقد الاداري الى الغير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 48- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف : فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- 49- د. عبد الغني بسيوني عبد الله : النظم السياسية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1990 .
- 50- د. عبد الفتاح ابو الليل : مسؤولية الأشخاص العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .
- 51- د. عبد الفتاح ابو الليل : الوجيز في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

- 52- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، جامعة بغداد ، 1986 .
- 53- د. عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري : دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 .
- 54- د. عبد المنعم عبد الحميد شرف : العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 55- عدنان العجلاني : الوجيز في الحقوق الادارية ، مطبعة جامعة دمشق ، 1959 .
- 56- د. عدنان عمرو : مبادئ القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 57- د. عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .
- 58- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وعلي محمد بدير ومهدي السلامي : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، جامعة بغداد ، 1993 .
- 59- د. علي الدين زيدان ومحمد سيد احمد : الموسوعة الشاملة في القانون الاداري ، الجزء الثاني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2002 .
- 60- د. علي الفحام : سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1976 .
- 61- د. علي خطار شطناوي : الوجيز في القانون الاداري ، دار وائل ، عمان ، 2003 .
- 62- د. عمر احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
- 63- د. عمرو فؤاد بركات : مبادئ القانون الاداري ، شركة وحيد رأفت للطباعة ، الاسكندرية ، 1985 .
- 64- د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، جامعة الموصل ، 1992 .
- 65- فتحي عبد الصبور : الاثار القانونية للتأميم ، الطبعة الثانية ، منشورات عالم الكتب ، القاهرة ، 1967 .
- 66- د. فوزت فرحات : القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 .
- 67- قسطنطين كاتزاروف : نظرية التأميم ، ترجمة عباس الصراف ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1972 .
- 68- د. ماجد راغب الحلو : القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998 .
- 69- د. ماجد راغب الحلو : العقود الادارية والتحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2004 .
- 70- د. ماجد راغب الحلو : القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 71- د. مازن ليلو راضي : العقود الادارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .
- 72- د. ماهر صالح علاوي : مبادئ القانون الاداري ، جامعة بغداد ، 1996 .
- 73- د. محمد احمد عبد المنعم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 74- د. محمد الروبي : عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 75- د. محمد المتولي : الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 76- د. محمد حسن قاسم : الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامه) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 1994 .
- 77- د. محمد حسين عواضة : المبادئ الأساسية للقانون الاداري ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1997 .
- 78- د. محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 .

- 79- د. محمد سعيد الرحو : النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2007 .
- 80- د. محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية، دار الثقافة الجامعية ، 1991.
- 81- د. محمد صلاح عبد البديع : سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .
- 82- د. محمد عبد الباسط : القانون الاداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، من دون سنة نشر.
- 83- د. محمد عبد الحميد ابو زيد : منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- 84- د. محمد عبد العال السناري : مبادئ وأحكام العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
- 85- د. محمد عبد العال السناري : الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون سنة نشر .
- 86- د. محمد عبد المجيد اسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 87- د. محمد عبد المجيد المغربي : المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقد الاداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 1998 .
- 88- د. محمد علي البدوي : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، منشورات الجامعة المفتوحة ، من دون مكان نشر ، 1991 .
- 89- د. محمد علي جواد : العقود الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، 1997 .
- 90- د. محمد فؤاد مهنا : القانون الاداري المصري والمقارن ، مطبعة نصر ، القاهرة ، 1958.
- 91- د. محمد فؤاد مهنا : حقوق الأفراد ازاء المرافق العامة والمشروعات العامة ، معهد البحوث والدراسات في جامعة الدول العربية ، القاهرة ، 1970 .
- 92- د. محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1975.
- 93- د. محمد كامل ليلة : نظرية التنفيذ المباشر في القانون الاداري ، دار الفكر الجامعي ، 1962 .
- 94- د. محمد محمد بدران : عقد الانشاءات في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- 95- د. محمد محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 96- د. محمد مرغني خيرى : الوجيز في القانون الاداري المغربي ، مطبوعات دار المغرب ، الرباط ، 1978 .
- 97- د. محمود حلمي : العقد الاداري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 .
- 98- د. محمود خلف الجبوري : العقود الادارية ، دار الثقافة ، عمان ، 1998 .
- 99- د. محمود عاطف البنا : الوسيط في القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1984.
- 100- د. محي الدين القيسي : مبادئ القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 101- د. مصطفى عبد المقصود : التكييف القانوني لعقود شركات الاقتصاد المختلط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 .
- 102- د. منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، من دون ناشر ، بغداد ، 1991 .
- 103- د. منير محمود الوترى : العقود الادارية وأنماطها التطبيقية ، الجزء الأول ، جامعة بغداد ، 1979 .
- 104- د. مهند مختار نوح : الايجاب والقبول في العقد الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 .
- 105- د. نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004 .

- 106- د. نعيم مغبغب : عقود مقاولات البناء والاشغال الخاصة والعامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2001 .
- 107- د. هاني علي الطهراوي : القانون الاداري ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 .
- 108- د. هيام مروة : القانون الاداري الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، 2003 .
- 109- د. وهيب عياد سلامة : دروس في العقود الادارية مع التعمق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

ب- الابحاث القانونية :

- 1- د. ابراهيم طه الفياض : تعليق على حكم محكمة التمييز العراقية ، مجلة الحقوق والشرعية ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة الثالثة ، 1979 .
- 2- د. اسماعيل صمصاع البديري : مضمون الاضراب الوظيفي ، بحث غير منشور ، 2007 .
- 3- د. حمدي علي عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة ، المجلة القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الزقازيق ، العدد الثامن ، 1996 .
- 4- د. حيدر ادهم الطائي : الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الدولي ، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين ، المجلد التاسع العدد السادس عشر ، 2006 .
- 5- د. خالد الزبيدي : القرار الاداري السلبي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثالث السنة الثلاثون ، 2006 .
- 6- د. خالد محمد مصطفى : الجزاءات المالية في العقد الاداري ، مجلة بحوث مستقلة ، كلية الحداثة والجامعة / الموصل ، العدد الثامن عشر ، 2007 .
- 7- د. رياض عبد عيسى : أحكام الاعمال الاضافية في عقود الأشغال العامة ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع السنة الحادية عشر ، 1987 .
- 8- د. عادل الطباطبائي : الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الادارية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثالث السنة الحادية عشر ، 1987 .
- 9- د. عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد (363) السنة (67) ، 1976 .
- 10- د. عزيزة الشريف : العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الاساسية ، مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية – الأبعاد القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 2005 .
- 11- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، الجزء التاسع العدد الأول والثاني ، 1990 .
- 12- د. علي خنجر شطناوي : صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول السنة الرابعة والعشرون ، 2000 .
- 13- د. غازي فيصل : القرار الاداري السلبي والرقابة القضائية ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد الثاني العدد الثالث ، 1998 .
- 14- د. فاروق احمد خماس : محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم (106) لسنة 1989 ، مجلة العلوم القانونية ، الجزء التاسع العدد الأول والثاني ، 1990 .
- 15- د. قياد عبد القادر صالح : قاعدة نسبية اثر العقد ومدى سريانها على العقد الاداري ، مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد التاسع العدد (32) ، 2007 .
- 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 الادارة العامة في القانون الاداري ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر العدد الثاني ، 1994 .
- 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 سامي مذكور : النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول والثاني السنة الثالثة والعشرون ، 1953.
- 20- د. محمد علي الطائي : الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الاداري ، مجلة القضاء ، بغداد ، العدد الأول والثاني السنة (37) ، 1982 .
- 21- د. محمد علي جواد : التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الادارية ، مجلة دراسات قانونية (بيت الحكمة / بغداد) ، العدد الثاني السنة الأولى ، 1999.
- 22- د. محمد علي جواد : الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة في التعاقد مع الادارة ، مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية ، العدد الأول السنة الأولى ، 2006 .
- 23- 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 .
- 24- د. محي الدين القيسي : التجربة اللبنانية في عقود B.O.T (البناء والتشغيل ونقل الملكية) ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- 25- د. ياسر الصرفي : النظام القانوني لعقد B.O.T ، مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية – الأبعاد القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 2005.

ج- الاطاريح والرسائل الجامعية :

* أطاريح الدكتوراه :

- 1- اسماعيل صعبصاع البديري : مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2003 .
- 2- خالد رشيد الدليمي : نزع الملكية للنفع العام ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 .
- 3- سعدي اسماعيل البرزنجي : الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الاسلامي ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1971 .
- 4- صبري حمد خاطر : الغير عن العقد ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1992 .
- 5- عبد الجبار ناجي : انقضاء عقد المقاولة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1979 .
- 6- عصمت عبد المجيد : اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1978 .
- 7- علي حسين الخطيب : دور الفقه والقضاء في انشاء احكام طوارئ التنفيذ في العقد الاداري ، كلية الحقوق ، الجامعة الوطنية اللبنانية ، 2002 .
- 8- مازن ليلو راضي : دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 .
- 9- محمود خليل خضير : المركز القانوني للمقاول الثانوي في العقد الاداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2000 .
- 10- وفاء فريد : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، 2005 .
- 11- ياسين كريم الحلبي : سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ الأشغال العامة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 .
- * رسائل الماجستير :
- 12- ابو بكر احمد عثمان : حدود سلطات القضاء الاداري في دعوى الالغاء ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005 .
- 13- ثامر محمد ابراهيم : الجزاءات الادارية في عقد الاشغال العامة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2000 .
- 14- حبيب ابراهيم حمادي : الطعن بالالغاء ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقد الاداري ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1994 .

- 15- خالد مرموص خلف : سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية بارادتها المنفردة ، معهد البحوث والدراسات العربية في جامعة الدول العربية ، 1987.
- 16- رشا محمد جعفر : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005 .
- 17- رفاه كريم كربل : الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انتهاء العقد الاداري ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2000 .
- 18- سامي حسن نجم : اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005 .
- 19- سحر جبار يعقوب : فسخ العقد الاداري قضائيا لخطا الادارة ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2003 .
- 20- طاهر التكمجي : حماية مصالح المتعاقد المشروعة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1976 .
- 21- غسان عبيد محمد : عقد الاستثمار الأجنبي للعقار ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2006.
- 22- غسان لعبي : مفهوم الغير في العقد الاداري ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2005 .
- 23- مجيد مجهول درويش : ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2004 .
- 24- محمد عبد الله الدليمي : سلطة الادارة في انتهاء عقودها الادارية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1983 .
- 25- محمود خليل خضير : الغرامات التأخيرية في العقود الادارية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1991 .

د- الاحكام القضائية :

* مجموعات الأحكام :

- في فرنسا :

- 1- مجموعة احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي : مارسيلون بروبسيير جي بريان ، ترجمة / د. احمد يسري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1991.
- في مصر :
- 2- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات من (1955 – 1965) مجموعة / د. احمد سمير ابو شادي ، الجزء الثاني .
- 3- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات من (1955 – 1965) ، المكتب الفني ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية في مصر عام 1966 .
- 4- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، المكتب الفني ، مجموعة السنة السابعة ، 1953 .
- 5- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، المكتب الفني ، مجموعة السنة العاشرة ، 1956 .
- 6- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، المكتب الفني ، مجموعة السنة الحادية عشرة ، من أول تشرين الثاني 1956 الى آذار 1957 .
- 7- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في عشر سنوات من أول كانون الأول 1960 الى كانون الأول 1970 ، مجموعة / د. احمد سمير ابو شادي ، الجزء الثالث .
- 8- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري ، المكتب الفني ، مجموعة السنة العشرون لعام 1968 .
- 9- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، المكتب الفني ، العدد الثاني من منتصف شباط الى أيلول عام 1968 ، مطبعة دار الكاتب العربي ، القاهرة .

10- مجموعة العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة المصري حتى عام 2004، الكتاب الثاني والثالث ، تجميع وتعليق / د. محمد ماهر ابو العينين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

- في العراق :

11- ابراهيم المشاهدي : المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2000 .

* المجالات القضائية :

- 12- مجلة القضاء ، العدد (4) السنة (16) ، بغداد ، 1958 .
- 13- مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثالث السنة الأولى ، أيلول ، 1962
- 14- مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثالث السنة الثانية ، 1963 .
- 15- مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني السنة الخامسة ، 1966 .
- 16- مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الأول السنة السادسة ، نيسان ، 1967 .
- 17- مجلة القضاء ، العدد (1 ، 2) السنة (27) ، بغداد ، 1972 .

هـ- الدساتير والقوانين :

- في العراق :

- 1- القانون الأساسي العراقي لعام 1925 (الدستور الملكي) .
- 2- دستور 29/نيسان/1964 .
- 3- دستور عام 1968 و1970 الملغيان .
- 4- قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام 2004 .
- 5- دستور العراق النافذ لعام 2005 .
- 6- قانون استملاك الأموال غير المنقولة رقم (43) لسنة 1934 .
- 7- قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960 .
- 8- قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 .
- 9- قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 .
- 10- قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 .
- 11- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 .
- 12- قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 .
- 13- قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004 .

- التشريعات المقارنة :

- 14- دستور لبنان لعام 1926 المعدل .
- 15- دستور مصر الصادر عام 1971 المعدل.
- 16- قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947 .
- 17- قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 .
- 18- قانون الموائى التخصيصية المصري رقم (1) لسنة 1996 والمعدل بالقانون رقم (22) لسنة 1998 .
- 19- قانون منح التزام المرافق العامة لانشاء وادارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري رقم (3) لسنة 1997 .
- 20- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 .
- 21- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 .

- والتعليمات

- 22- تعليمات شروط اعمال مقاولات الهندسة المدنية والصادرة عن وزارة التخطيط عام 1988.
- 23- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2007 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي .
- 24- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي .

- اللوائح

- 25- 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 . tome 2 . Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence . paris . 1956 .
- 2- Andre de Laubadere : Trait de Droit Administratif . Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence . paris . 1973 .
- 3- Andre de Laubadere , Franck Moderne , Pierre Delvolve : Traite des Contrats Administratifs . tome 2 . Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence . paris . 1984 .
- 4- Bernard Gross et Olivier Cachard : les disposition legislatives types de la CNUDCI sur les projects d'infra structures Afinancement prive .
- 5- Marcel Walin : Droit Administratif . (9) Editin . Edition Sirey . 1963 .
- 6- Marcel Walin : Précis de Droit Administratif . Edition Mont Chrestien . Paris . 1969 .
- 7- George Pequinot : Cotribution a la Theorie General du Contrat Administratif These Montpellier . 1945 .

الخاتمة

بعد ان انهينا موضوع الرسالة نسجل عدد من الاستنتاجات والمقترحات نعرض لها تباعا وكالاتي :

أولا // الاستنتاجات :

- 1- ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد أداري يبرم بين الادارة الوطنية من جهة ومتعاقد اخر سواء من مواطني الدولة ام أجنبي وسواء كان شخصاً طبيعياً ام معنوياً ، يتعهد من خلاله المتعاقد ببناء مرفق عام اقتصادي بالاستعانة بأمواله الخاصة وعماله ومن ثم يلتزم بتجهيزه وتشغيله طوال مدة العقد مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق وفي نهاية مدة العقد يلتزم بتسليم المرفق ونقل ملكية ما أحدثه عليه من زيادات للادارة المتعاقدة بلا مقابل وبحالة جيدة ، وان التكييف القانوني الذي اتفقت عليه كلمة التشريع المصري والقضاء الاداري في مصر ولبنان ورأي الفقه في كل من مصر والعراق ولبنان هو اعتبار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقد التزام مرفق عام .
- 2- لقد بدا جلياً من ثنايا البحث ان الادارة تملك سلطات واسعة تجاه المتعاقد معها وهذا الأمر مسلم به في الفقه والقضاء الاداري كون الادارة ليست مجرد طرف في العقد وانما هي تمثل مصالح المجتمع عامة ، والغاية من منحها هذه السلطات هي ضمان تنفيذ العقد الاداري بأحسن صورة وبما يضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد .
- 3- الإسقاط والاسترداد إجراءان اداريان ينهيان العقد الاداري ، الأول نتيجة نسبة خطأ للمتعاقد مع الادارة فتقرر الأخيرة إنهاء العقد كجزاء فاسخ ، اما الاسترداد فهو إجراء يعود لسلطة التعديل حيث تملك الادارة سلطة تعديل مدة العقد بان تقصر منها او تطيلها ومن باب أولى هي تملك إنهاءها دون ان ينسب للمتعاقد ارتكاب خطأ ، لذا فهو يستحق تعويضاً عن المدة المتبقية على العكس من الاسقاط الذي لا يستحق فيه الملتزم اي تعويض كونه مخطئ .
- 4- ان خلو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من النص على سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه او التعديل او فرض الجزاءات لا يعني حرمانها من ذلك لاننا انتهينا الى ان هذه السلطات من النظام العام ، وبالتالي النص عليها في العقد يعني تنظيمها وليس اقرارها فهي موجودة سواء نص العقد عليها ام لا والنص العقدي كاشف عنها وليس منشي لها .
- 5- الادارة في الوقت ذاته مطالبة بأداء أعمال معينة لمصلحة المتعاقد معها ، وهذه الأعمال هي واجبات عقدية ينبغي الالتزام بها وهي تمثل حقوقاً لمصلحة الملتزم يمكنه المطالبة بها وان تقصيرها بذلك يعني تحقق مسؤوليتها العقدية وامكانية مقاضاتها أمام القاضي الاداري .
- 6- ان الملتزم في هذا العقد عليه الوفاء بالتزامات عدة بدءاً بتنفيذ موضوع العقد والقيام باعمال البناء والتشييد ثم تشغيل المرفق وادارته وتقديم خدماته للجمهور وانتهاءً باعادة المرفق للادارة مع ما أضافه اليه من زيادات بلا مقابل وبشرط ان يكون بحالة جيدة اي قابل للاستمرار بالعمل مما يعني التزامه بصيانة المرفق وموجوداته طوال مدة الاستغلال ، وتبين لنا ان نقل الملكية لا ينصب على المرفق وارض المشروع كون ملكيتهما ثابتة للادارة وانما هو ينقل ملكية الزيادات التي استحدثها لذا فالأدق القول التزام المتعاقد بالتسليم ونقل الملكية .
- 7- ان المتعاقد مع الادارة يملك حقوقاً عدة تجاه الادارة المتعاقدة يقع على رأسها حقه في تقاضي الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العام ، وقد بيّنا ان التشريع المدني العراقي ينظر للنصوص العقدية المنظمة للرسم بانها ذات طبيعة تنظيمية اي تستطيع الادارة تعديلها باراتها المنفردة ، وتبين لنا عدم اتفاق هذا التكييف مع طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كون العقد طويل المدة وتغير الظروف أمر محتوم فلا بد من اعادة النظر بشكل دوري ومنتظم بالرسوم ما يبرز الحاجة الى تشريع عراقي جديد يساير المشرع المصري المعاصر الذي أصدر عدة قوانين تعالج عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كقانون التزام المطارات وأراضي النزول رقم (3) لسنة 1997.

- 8- كذلك يملك المتعاقد مع الادارة الحق بالتوازن المالي للعقد سواء في الظروف العادية ام الاستثنائية فكثيرا ما يلاقي العقد عقبات خلال مسيرة تنفيذه وخصوصا اذا ما علمنا طول مدة العقد تفضي الى نتيجة حتمية هي ان الظروف المرافقة لتنفيذ العقد لابد ان تتغير فيملك المتعاقد الحق تجاه الادارة بمطالبتها بمد يد العون له تارة بتعديل تعريفة الرسم كما لو كانت الظروف طبيعية لكن اسعار الخدمة لم تعد تتلاءم مع تكلفة انتاجها ، وتارة يكون على شكل دفع تعويضات للمتعاقد لاعادة التوازن المالي للعقد اذا ما اختلفت احتمالات الادارة جزء من الخسائر غير العقدية التي تنشأ عن حلول ظروف استثنائية او صعوبات مادية غير متوقعة او صدور أوامر من الادارة بتعديل العقد بشكل مبالغ فيه فيسبب خسائر غير عادية للمتعاقد .
- 9- ان المتعاقد مع الادارة وكضمانة لحقوقه يحتاج الى ان يكون في البلد رقابة قضائية فعالة يستطيع ان يحتمي بها اذا ما أضرت تصرفات الادارة بمصالحه.
- 10- الغير قد يكون من أشخاص القانون الخاص او القانون العام فهو يعد من أشخاص القانون الخاص في حالات وتطبيقات عدة كالعاملين في المرفق او المساعدين على ادارته او طالبي الانتفاع او المنتفعين بخدماته ، وتحديد معنى الغير ان كان من أشخاص القانون الخاص أمر بغاية السهولة وذلك بالرجوع الى قواعد القانون المدني لكن الصعوبة تكمن في تحديد معنى الغير ان كان من أشخاص القانون العام ، حيث يعد الشخص العام من الغير كما رأينا ذلك ان كان لا يمت للادارة المتعاقدة بصلة وان المعيار في ذلك هو الشخصية المعنوية فالجهات المركزية كالوزارة والدوائر التابعة لها في المحافظات لا تعد من الغير عن بعضها البعض بينما الجهات المركزية تعد من الغير عن نظيرتها اللامركزية
- 11- وتبين لنا ان مبدأ نسبية اثار العقد المعروف في نطاق القانون المدني لا تطبيق له في القانون الاداري اذ الأصل انصراف اثار العقد الاداري الى الغير الذي يملك حقوقا تجاه الادارة والمتعاقد معها فمن حقوقه تجاه الادارة ان تتدخل لدى المتعاقد للسماح له بالانتفاع بخدمات المرفق ان رفض الملتزم ذلك ومطالبة الادارة بالتدخل لدى الملتزم والزامه باحترام شروط العقد اي مطالبته بممارسة سلطاتها العقدية فان رفضت ذلك صراحة او ضمنا يملك الغير الطعن بقرارها الصريح او السلبي لدى القاضي الاداري ، ومن حقوقهم تجاه الملتزم السماح لهم بالانتفاع بخدمات المرفق والمساواة فيما بينهم ان تساوت مراكزهم وظروفهم .
- 12- وبمقابل حقوق الغير عن العقد هناك التزامات تلقى على كاهلهم ، وهي ما يتمتع به الملتزم من سلطات وامتيازات في مواجهتهم ، ومنها على سبيل المثال سلطته في فرض رسوم عليهم او في اصدار تعليمات ملزمة لهم وامتياز الاستيلاء المؤقت او الدائم على الاراضي العائدة لهم او اخذ مواد منها ، وهذه الامتيازات والسلطات الاستثنائية كسلطته في ممارسة نمط من أنماط الضبط الاداري والاستيلاء على عقاراتهم هي بالأصل مقررة لمصلحة الادارة فقط كونها تمثل المصلحة العامة لكن جرى العمل وكذلك نصت بعض القوانين على امكانية تحويلها للمتعاقد مع الادارة .
- 13- وقد تبين لنا ان الفقه الاداري مختلف في تحديد معيار يسوّغ انصراف اثار العقد الاداري الى الغير فالغالبية ترجح طبيعة عقد الالتزام الذاتية واتصاله الوثيق بالمرفق العام وان بعض آثار العقد تجد أساسها القانوني في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كما لو أوردت الادارة في العقد نصوصا تشترط فيها على المتعاقد شروطا معينة لمصلحة المنتفعين بخدمات المرفق ، وانتهى الفقه كذلك الى ان نص القانون هو مسوّغ اخر لانصراف اثار العقد الاداري نحو الغير ولا أدل على ذلك من نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال والتي تبيح للغير الأجنبي تماما عن العقد امكانية الطعن بالعقد الذي ابرمته الادارة من خلال توجيه طعنه الى القرار الاداري الذي ابرم العقد على أساسه .

ثانيا // المقترحات والتوصيات :

- 1- اعادة النظر بالمادة (101) من الدستور العراقي النافذ ، والتي قضت بضرورة انشاء مجلس دولة عراقي ، وكان الاوفق الاشارة الى مجلس شوري الدولة كونه جهة مستقلة يمارس مهام

- قضائية إدارية واستشارية وصياغة القوانين كما انه يملك إمكانيات مادية وبشرية كبيرة ومن المستحسن تعديل قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل باعطاء محكمة القضاء الاداري ولاية النظر بال عقود الادارية .
- 2- ونوصي بضرورة صدور تشريع عراقي ينظم منح التزامات المرافق العامة وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه عقد التزام بوجه خاص ، ونهيب بالمشروع العراقي مواكبة نظيره المصري في ذلك .
- 3- والملاحظ ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نمط حديث على الجهات الادارية العراقية لذا نرى ان الأوفق هو ايجاد ملاك اداري متخصص في الوزارات ودوائر الدولة والأقاليم والمحافظات كي يشرفوا على عملية أعداد العطاءات الى حين ابرام العقد ثم يتولوا مهام الرقابة والاشراف والتوجيه واقتراح اللازم في التعامل مع الشركة او الشخص المتعاقد مع الادارة ، وضرورة الاستفادة من ذوي الاختصاص في هذا الشأن ولاسيما أساتذة الجامعات ، فبدون الكادر المتخصص لا يمكن للدولة الاستفادة من مزايا هذا العقد .
- 4- وندعو الى ضرورة وضع سياسة تنموية عراقية متكاملة تشرف عليها مباشرة وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي وفق خطة مدروسة وتتكون من عدة مراحل متتالية وتتضمن وضع بعض المشاريع والمرافق المهمة على راس سلم اولوياتها في التعاقد او التمويل المركزي الامر الذي ينعكس ايجابا على الاقتصاد العراقي .
- 5- ضرورة العمل على احاطة مسألة استقدام المستثمرين والشركات الأجنبية ورؤوس الأموال بضمانات قانونية تضمن بقاءها خاضعة لرقابة الدولة عليها ، وتمنع سيطرتها او تحكمها بالاقتصاد الوطني فلو سيطرت هذه الشركات او الأموال على قطاع معين فمن الممكن ان تستغل سيطرتها لفرض ارادتها وشروطها على الدولة ، ولذا نقترح النص في القانون او العقد صراحة على ضرورة تخصيص جزء من الارباح للدولة لكي تحول دون حصول الشركة او المتعاقد على أرباح طائلة وتستنزف الاقتصاد الوطني ، وكذلك النص على انه اذا زاد الربح السنوي للمرفق عن حد معين فمن اللازم على المتعاقد التصرف بالفائض باحد طريقتين اما صرفه على المرفق بصورة تحسين معداته وموجوداته الامر الذي يعود على المرفق بالخير ، او ان يستثمر هذه الأموال بعد تجميعها لصنع رصيد يودع لدى المصارف العراقية باسم المشروع ليوافق امكانية ان تقل الارباح في السنوات اللاحقة عما هو معتاد عليه او تغير الظروف فتزداد تكلفة انتاج الخدمة فمن الممكن الاستعانة بهذا الرصيد لتغطية ذلك ، كما ولا بد من التأكيد على أهمية احاطة عملية اخراج الأموال من البلد بضمانات قانونية وموافقات أصولية من الجهات المختصة كالبنك المركزي العراقي لكي لا يتسبب عمل المتعاقد باريك الاقتصاد العراقي .
- 6- كما انه من الضروري فرض رقابة ادارية على المتعاقد مع الادارة طوال مدة العقد بطريقتين الأولى ان تفرض الحكومة او الجهة المتعاقدة على المتعاقد تعيين مندوبين عنها في مجلس ادارة شركة المشروع التي ستدير العمل لضمان اطلاعها الكامل على سير العمل في المرفق وتبقى على تواصل مع عمل المتعاقد معها من خلال تلقي التقارير الدورية التي يرفعها مندوبوها عن اعمال ونشاطات الشركة المنفذة لبنود العقد ، وان يوكل كذلك الى الهيئات العراقية الاختصاص ذاته والخبرة في اعمال الرقابة المالية لتراقب الجوانب المالية في عمل الشركة فمثلا يمكن الاستعانة بهذا الصدد بديوان الرقابة المالية العراقي ، وكذلك من الممكن ممارسة رقابة فنية عن طريق تشكيل فرق من المختصين كالمهندسين وغيرهم لزيارة موقع العمل أثناء مدة تنفيذ العقد وبالأخص اثناء اعمال البناء والتشييد للتأكد من مطابقتها لبنود العقد ومطابقة المواد المستعملة للمواصفات القياسية .
- 7- كما وندعو الى منح السلطة التشريعية في العراق والممثلة بمجلس النواب دورا في عملية الرقابة على منح الالتزام في المرافق الحيوية والمهمة والتي تشكل عصب الاقتصاد الوطني والمتعلقة باستثمار موارد البلد الطبيعية ، بل ومن الممكن منح البرلمان سلطة مراقبة تنفيذ العقد خلال مدته المتفق عليها بعدة وسائل منها على سبيل المثال الزام الحكومة برفع تقارير دورية لممثلي الشعب .
- 8- وبالمقابل وأمام التأكيد على منح الادارة سلطات واسعة لضمان تحقيق المصلحة العامة فلا بد من ان تسعى الدولة الى اجتذاب رؤوس الأموال والمستثمرين الأجانب وهو الأمر الذي يتطلب سن قوانين تسمح بذلك وتقديم ضمانات حقيقية للمستثمرين لحماية أموالهم وتشكل بالوقت ذاته دافعا لهم للتعاقد مع الادارة ، ويتمثل ذلك بتوفير بيئة استثمارية وهذا الامر يتطلب تظافر عوامل عدة منها وجود تشريعات عراقية تفتح الباب واسعا امام الاستثمار

الأجنبي والوطني ووجود بيئة سياسية مهينة وتقبل شعبي لذلك ، وان جميع هذه العوامل تعمل مجتمعة على اجتذاب رؤوس الأموال والمستثمرين الوطنيين والأجانب لدفع عجلة الاقتصاد الوطني الى الأمام .

- 9- ونرى ان العقد موضوع الدراسة يهدف الى تحقيق المصلحة العامة واشباع الحاجات الاجتماعية فلا بد من تضمين العقد نصوصا صريحة لمصلحة الغير – المنتفعين المستقبليين – وإيجاد آليات معينة تضمن تلقي المنتفع العراقي لأفضل الخدمات وبانسب الاسعار ، حتى لا يتركوا تحت رحمة وتحكم الملتزم الذي لا يهتمه في الغالب الا تحقيق مزيدا من الارباح .
- 10- ونعتقد ان طول مدة العقد لا تخلو من تغير الظروف المرافقة لعملية التنفيذ الأمر الذي يحمل معه رياح النزاعات بين طرفي العقد ، ولذا ان الأوفق ومنذ البداية وحلا لجميع المنازعات المستقبلية ينبغي على الادارة ان تنص في العقد باختصاص المحاكم العراقية دون غيرها بنظر هذه المنازعات وعدم السماح للمتعاقد بالتذرع بجنسيته ليجر الادارة المتعاقدة الى الهيئات القضائية او التحكيمية في المحافل الدولية .