

حدود سلطة الإدارة التقديرية بفسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد
(دراسة مقارنة)

**The Limitation of the Managerial Discretion during the
Termination of an Administrative Contract without
The Contractor's Fault (Comparative Study)**

إعداد

هند محمد علي جواد المخ

إشراف

الاستاذ الدكتور عبد الرحمن سعد العرمان

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

حزيران، 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ... ﴿١﴾ ﴾ صدق الله العظيم

[سورة المائدة, ﴿١﴾]


تفويض

أنا هند محمد علي جواد المخ، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكاتب، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: هند محمد علي جواد المخ.

التاريخ: 2022 / 06 / 19.

التوقيع:



قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة والموسومة بـ : حدود سلطة الإدارة التقديرية بفسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد/ دراسة مقارنة.

للباحثة: هند محمد علي جواد المخ.

وأجيزت بتاريخ: 2022 / 6 / 19.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. عبدالرحمن سعد العرمان	مشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	
د. محمد علي الشباطات	عضواً من داخل الجامعة ورئيساً	جامعة الشرق الأوسط	
د. أيمن يوسف الرفوع	عضواً من داخل الجامعة	جامعة الشرق الأوسط	
أ.د. مصلح ممدوح الصرايرة	عضواً من خارج الجامعة	جامعة مؤتة	

شكر وتقدير

اتقدم بالشكر والتقدير إلى استاذي الدكتور عبد الرحمن العرمان على قبوله الاشراف على الرسالة وعلى ما بذله من جهد وما قدمه من توجيه وارشاد طيلة فترة اشرافه ولغاية انجازها

كما اتقدم بالشكر الجزيل والعرفان للسادة اعضاء لجنة المناقشة الموقرين لما سيبدونه من مقترحات قيمة تهدف إلى تصويبها والارتقاء بها

وكذلك شكري كل من سهل لي مهمتي في انجاز هذه الرسالة.

جزاكم الله جميعا على كل خير وسدد على طريق الحق خطاكم.

الإهداء

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار ... والدي

إلى ينبوع الذي لا ينضب من الحب والحنان ... والدتي

إلى من رافقاني منذ أن حملنا حقائق صغيرة ولا أزال أجد فيهما الدعم والمساندة والتشجيع أخي وأختي

إلى البسمة التي اضافت لي كل معاني الحياة بناتي

أهدي لهم هذا الجهد المتواضع

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
العنوان	أ
تفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
شكر وتقدير	د
الإهداء	هـ
فهرس المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ح
الملخص باللغة الإنجليزية	ط

الفصل الأول: مقدمة الدراسة

أولاً: مشكلة الدراسة	2
ثانياً: أسئلة الدراسة	3
ثالثاً: اهداف الدراسة	3
رابعاً: أهمية الدراسة	3
خامساً: حدود الدراسة	4
سادساً: مصطلحات الدراسة	5
سابعاً: الاطار النظري للدارسة	6
ثامناً: الدراسات السابقة ذات الصلة	6
تاسعاً: منهجية الدراسة	8

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للإدارة وعلاقتها بالعقد الإداري

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وأساسها القانوني	10
المطلب الأول: التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة	11
المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة	23
المبحث الثاني: العقد الإداري	30
المطلب الأول: تطور الاختصاص القضائي للعقد الإداري	30
المطلب الثاني: النظام القانوني ومعايير العقد الإداري	38
المبحث الثالث: حدود السلطة التقديرية للإدارة تجاه إبرام وتنفيذ العقد الإداري	52
المطلب الأول: حدود السلطة التقديرية في المرحلة السابقة على تنفيذ العقد الإداري	52
المطلب الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري	66

الفصل الثالث: فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد والآثار الناتجة عنه

- المبحث الأول: فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.....74
- المطلب الأول: حالات فسخ العقد الإداري خارج متغيرات المصلحة العامة.....74
- المطلب الثاني: فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة مبرراته وشروطه.....86
- المطلب الثالث: نطاق تطبيق سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد لدواعي المصلحة العامة.....101
- المبحث الثاني: الآثار الناتجة عن فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.....112
- المطلب الأول: أساليب تسوية المنازعات العقدية.....112
- المطلب الثاني: الوسائل القضائية لفض المنازعات العقدية الناتجة عن الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة.....121
- المبحث الثالث: حقوق المتعاقد الناتجة عن فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.....138
- المطلب الأول: حقوق المتعاقد ذات الطبيعة المالية (التعويض).....138
- المطلب الثاني: الحقوق ذات الطبيعة الإدارية والقانونية.....146

الفصل الرابع: الخاتمة والنتائج والتوصيات

- اولاً: الخاتمة.....151
- ثانياً: نتائج الدراسة.....152
- ثالثاً: توصيات الدراسة.....153
- قائمة المراجع.....155

حدود سلطة الإدارة التقديرية بفسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد دراسة مقارنة

إعداد: هند محمد علي جواد المخ

إشراف: الأستاذ الدكتور عبد الرحمن العرمان

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة حدود سلطة الإدارة التقديرية بفسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد، من خلال استعانة الإدارة بالعقود الإدارية على مختلف أنواعها كوسيلة قانونية يمكن من خلالها إشباع الحاجات العامة وانجاز مشاريعها المختلفة، التي اخذت بالتوسع في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الا ان العقد الإداري بالرغم من اهميته قد لا يشهد نهاية طبيعية له بسبب متغيرات المصلحة العامة وانتفاء حاجة المرفق العام له دون خطأ المتعاقد، مما يقتضي تدخل الإدارة كسلطة عامة وبارادتها المنفردة.

الا ان الإدارة المتعاقدة التي تستند في ذلك إلى سلطتها التقديرية لا تكون بمنأى عن الرقابة القضائية تجاه قراراتها غير المشروعة.

لذا فان هدف الدراسة هو لبيان حدود سلطة القاضي الإداري تجاه حالة الفسخ غير المبررة سواء بإلغاء قرار الفسخ غير المشروع أو بتعويض المتعاقد المتضرر دون الحكم بإلغاء القرار، والمهم ان تبقى الرقابة القضائية كصمام امان لمصالح المتعاقدين مع الإدارة وحماية مراكزهم القانونية لما في ذلك من ترسيخ لمبدأ الامن القانوني والقضائي وزرع الثقة في نفوسهم وتشجيعهم على التعاقد مع الإدارة من أجل تأمين السير الحسن للمرافق العامة والمشاريع المختلفة ذات النفع العام.

الكلمات المفتاحية: الإدارة التقديرية، فسخ العقد الإداري، خطأ المتعاقد.

**Limitations of the Management's Discretion to Terminate the
Administrative Contract without the Contractor's Fault
(Comparative Study)**

Prepared by: Hind Muhammad Ali Jawad Al-MUKH

Supervised by: Prof. Abdul Rahman Al-Arman

Abstract

This study aimed to study the limits of the discretionary authority of the administration to terminate the administrative contract without the contractor's mistake. This can be occurred through the administration's use of administrative contracts for its various purposes as a legal means through which it can satisfy public needs and complete its various projects, which have taken expansion in various aspects of economic, social and cultural life. However the administrative contract, despite its importance, may not witness a natural end to it due to the variables of the public interest and the absence of the public utility's need for it without the contractor's fault, which requires the intervention of the administration as a public authority and with its individual's will.

However, the contracting administration, which relies on its discretionary authority, is not immune from judicial oversight towards its illegal decisions.

Therefore, the study comes to clarify the limits of the administrative judge's authority towards the case of unjustified cancellation, either by abolition the illegal cancellation of a decision or by compensating the aggrieved contractor without ruling to cancel the decision. Instilling confidence in them and encouraging them to contract with the administration in order to ensure the smooth running of public utilities and various projects of public interest.

Keywords: Discretionary Management, Termination of the Administrative Contract, Contractor Error.

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

يعد العقد الإداري الوجه الآخر للنشاط القانوني للإدارة بجانب القرار الإداري الذي لا يمكن للإدارة المتمثلة بالدولة ومؤسساتها المختلفة من الوفاء بمهامها المختلفة واشباعها للحاجات العامة دون الاستعانة بالغير (أفراداً أو شركات)، أو حتى الأشخاص عامة، عن طريق إبرامها للعقود الإدارية وبمختلف الأغراض من أجل ضمان حسن سير مرافقها العامة بانتظام واطراد، سيما مع توسع نشاط الدولة وتنوعه من خلال البرامج التطويرية لنواحي مجالات الحياة، مع تزايد الحاجة للاستعانة بالشركات الكبيرة المحلية منها والدولية لتنفيذ العقود التي بحاجة إلى تقنيات مهمة ونفقات مالية كبيرة.

إلا أن العقد الإداري لم ولن يكن غاية في ذاته، بل هو وسيلة الإدارة لتحقيق غاية متمثلة بالمصلحة العامة، التي تعد هدف لكل نشاط قانوني للإدارة، لذا لا بد أن تتبوأ الإدارة المتعاقدة مركزاً قانونياً أعلى من المتعاقد معها الذي يكون عادة في المركز الأضعف، بغية تمكين الإدارة من ضمان إنجازها للعقد الإداري بما يتفق مع الغاية التي تميزه عما هو عليه العقد المدني الخاضع لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، التي تقضي بالمساواة بين ارادتي طرفي العلاقة العقدية، ويعني ذلك أن ما تم الاتفاق عليه عند التعاقد لن يتم تعديله دون توافق الإرادتين معاً، إلا إذا نص العقد على غير ذلك.

إن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري تقضي بتمتع الإدارة بسلطات واسعة تجاه المتعاقد معها، تتمثل بالامتيازات التي تستند إلى الشروط الاستثنائية التي تعد أحد أهم العناصر المميزة للعقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، التي تمنح الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية لاسيما خلال مرحلة تنفيذ العقد تلجأ إليها كلما اقتضت المصلحة العامة للعقد ذلك وبارادتها المنفردة دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر، طالما أن قراراتها متوافقة مع قواعد المشروعية ومتلائمة مع حاجة المرفق العام.

لقد تطور القضاء الإداري المتمثل بشكل خاص بجهود مجلس الدولة الفرنسي وعلى وجه الخصوص لمفوضي الحكومة لدى المجلس بما قدموه من اجتهادات قضائية، وكذلك لفقته الإداري الفرنسي ومن أبرزهم كل من دوكي وجيز وبونار ولوبادير، لا سيما القواعد التي تحكم العقود الإدارية المكونة في

مجموعها نظرية متكاملة للعقد الإداري، مستقلة عن عقود القانون الخاص، رغم وحدة العناصر الأساسية المكونة لكل من العقدين الإداري والمدني.

لذا فان من النتائج الأساسية التي قادت إليها نظرية العقد الإداري هو اعتبار المتعاقد مع الإدارة كمتعاون معها لغرض تحقيق حاجات المرفق العام اكثر من كونه خصما لها ، لذا فان القضاء الإداري قد حرص على ايجاد معادلة تقضي بضمان حقوقه المالية من خلال مبدأ الحفاظ على الميزان الاقتصادي للعقد كلما ترتب على تصرف الإدارة المتعاقدة مساسا بالحقوق المالية للمتعاقد معها، ناتجة عن تعديلها للشروط العقدية مقابل تمتع الإدارة بسلطة عامة لا تقف عند حدود التعديل بل تتجاوزها إلى الفسخ، ولكن يقابل سلطتها في فسخ العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد معها ودون حاجة إلى لجوئها لقاضي العقد ، هو ضمان حقوق المتعاقد معها لاسيما المالية التي كانت هي الغاية التي من اجلها دفعت المتعاقد إلى إبرامه للعقد الإداري ان مبدأ حسن النية الذي يحكم العقود الإدارية بكل حرص واخلاص وامانه لا يتعارض مع كل حالة تنتفي المصلحة العامة عن وجودها بسبب متغيرات تحصل خلال مرحلة تنفيذ العقد ، مما يفقد معه الجدوى من الاستمرار به، الذي يعني هدرا للمال العام دون فائدة والاضرار بالمرفق العام 0

أولاً: مشكلة الدراسة

ان الاعتراف للإدارة بممارسة سلطتها التقديرية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ بما تحمله من امتيازات مرتبطة بالغاية التي يسعى إلى تحقيقها العقد الإداري وهي ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، الا ان هذه السلطة التقديرية القائمة على منح الإدارة المتعاقدة حرية اتخاذ الحل الاكثر ملائمة مع متطلبات المصلحة العامة قد يؤدي إلى تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في مواجهة المتعاقد معها ، مما يقتضي معه بيان الحدود التي ينبغي على السلطة الإدارية مراعاتها وعدم تجاوزها من أجل ضمان إبرام وتنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق اهدافها، وتمكين المتعاقد معها من تامين حقوقه المشروعة ومساعدته في تنفيذ العقد طبقا للشروط المنصوص عليها في العقد دون تعسف أو تجاوز منها.

ثانياً: أسئلة الدراسة

- 1- ما لمقصود بالأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة تجاه فسخ العقد الإداري؟
- 2- ما هو معيار المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقه في فسخ العقد؟
- 3- ما حدود الرقابة القضائية تجاه سلطة الإدارة التقديرية بفسخ العقد؟
- 4- ما هو موقف المشرع من سلطة الإدارة بفسخ العقد الإداري؟
- 5- ما هو نطاق التعويض المالي الذي يمكن للمتعاقد الحصول عليه جراء فسخ العقد؟

ثالثاً: اهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على سلطة الإدارة التقديرية تجاه العقد الإداري على اعتبار انها سلطة عامة مناط بها تحقيق المصلحة العامة التي من اجلها يبزم العقد الإداري ، ولغاية اصدار قرارها بفسخه دون خطأ المتعاقد معها في ظل الانظمة القانونية المعتمدة في هذه الدراسة، مع بيان حدود الرقابة القضائية تجاه سلطة الإدارة القائمة على أساس ملائمة قرارها الفاسخ للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وكذلك تجاه حقوق المتعاقد مع الإدارة الطرف الاضعف في العلاقة العقدية بغية التعرف على الواقع القضائي في العراق مقارنة مع ما هو قائم في فرنسا ومصر، وكذلك الأردن، بغية التعريف بما يشوب نظامنا القانوني والقضائي العراقي في ميدان منازعات العقود الإدارية والاختصاص القضائي من نقص أو عدم توافق مع مستجدات أو متطلبات الحاضر من أجل تشجيع الأفراد بالتعاقد مع الدولة لغرض تمكينها من الوفاء بحاجات المرافق العامة.

رابعاً: أهمية الدراسة

يعد تزايد اختصاصات الإدارة حديثاً في مجالات الحياة المتنوعة من خلال نشاطها الإداري، يتعذر معه تنظيم دقائق هذا النشاط بقواعد مسبقة ومحددة ، فالإدارة ليست بالة صماء عندما تواجه اوضاعاً متغيرة تقتضي معالجة كل حالة وفقاً لظروفها الخاصة بغية تحقيق الصالح العام ، لذا لم يعد هناك جدلاً في ضرورة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية التي تعد شرطاً أساسياً لاستمرارية المرافق العامة خاصة بعد توسع مجالات الأنشطة لهذه الاخيرة ، الا انه يتفق في نفس الوقت على ان هذه السلطة التقديرية لا بد ان تمارس في حدود القانون والا تحولت إلى سلطة تعسفية ، ويعتبر فسخ الإدارة للعقد

الإداري بالإرادة المنفردة دون خطأ المتعاقد معها من اكثر الدراسات أهمية في نطاق القانون الإداري بصورة عامة والعقود الإدارية بشكل خاص ، بسبب ارتباطها بالعديد من المسائل الهامة ولاسيما موضوع القرار الإداري وأهمية تكريس القضاء الإداري لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة .

وبالتالي تظهر أهمية هذه الدراسة أكثر من خلال الموقف المتغير للقضاء الإداري في العديد من الحالات تجاه سلطة الإدارة التقديرية لما تحمله هذه السلطة من اضرار بمصالح المتعاقدين معها واحتمالية المساس بالضمانات العقدية التي تكفل لهم حقوقهم التي تنتج عن تزايد انحراف الإدارة في ميدان فسخ العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة.

ومن الناحية الذاتية فان أهمية الموضوع تبرز في الرغبة بتزويد المكتبة العراقية بدراسة قانونية متخصصة في ميدان فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

خامساً: حدود الدراسة

تتناول الدراسة التعريف بالسلطة التقديرية للإدارة وتمييزها عن السلطة المقيدة، وعلاقتها بالعقد الإداري في مرحلتي إبرام وتنفيذ العقد، مستعرضاً لمجالات ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية بفسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد معها في عقود التزام المرفق العام وعقد الاشغال العامة وعقد التوريد العام، مع تناول الدراسة وسائل التسوية للمنازعات العقدية الودية والقضائية وبيان سلطة القاضي الإداري تجاه مشروعية فسخ الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة وقرار حقوق المتعاقد المالية بالتعويض العادل.

الحدود المكانية:

تتناول الدراسة الواقع القانوني والقضائي في كل من مصر والعراق والأردن إضافة إلى فرنسا فيما يتعلق بسلطة الإدارة التقديرية تجاه فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد.

الحدود الزمنية:

تبحث الدراسة في أحدث التشريعات على مستوى القوانين والانظمة وكذلك التعليمات النافذة في دول القانون المقارن المتعلقة بسلطة الإدارة بفسخ العقد الإداري مع الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المختص.

الحدود الموضوعية:

تناولت الدراسة التعريف بالسلطة التقديرية للإدارة وأساسها القانوني مع استعراض المبادئ التي تحكم العقود الإدارية وبيان ماهية الفسخ للعقد الإداري، وفكرة التعويض عن الأضرار التي تصيب المتعاقد بسبب قرار الإدارة الانفرادي.

سادساً: مصطلحات الدراسة

- العقد الإداري: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وإية ذلك بان يتضمن العقد شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو ان يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. (1)
- السلطة التقديرية للإدارة: هي الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت ووسيلة تدخلها وتقدير بعض الحالات القانونية التي تحدث ولتقدير أصلح الوسائل للمواجهة. (2)
- السلطة المقيدة للإدارة: تعرف بانها عندما يكون مسلك الإدارة قد املاه القانون مقدماً والمشروع قد يجد لاعتبارات متعلقة بالصالح العام ان يضيق شيئاً فشيئاً من سلطة الإدارة التقديرية في اصدار القرارات حتى إذا ما اشتد الخناق على هذه السلطة واصبحت معدومة تماماً بحيث لا يملك الموظف المختص ازاء حالة معينه الا التصرف على نحو معين كان اختصاصه في هذه الحالة مقيداً. (3)

(1) محمد سليمان الطماوي (1991). النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، عين شمس، بيروت، ص50.

(2) محمد سليمان الطماوي (1991). الاسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين الشمس، القاهرة، ص59.

(3) عبد الفتاح ساير داير (1955). نظرية السيادة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة، ص78.

- المصلحة العامة: هي المطالب والرغبات التي تستدعيها الحياة في مجتمع منظم تعد المصلحة العامة هدفا لكل قرار اداري تتسم بطابع واقعي وموضوعي فهي فكرة واقعية تتحقق بإشباع حاجات معينه بطريقه اوفى وأكمل على يد الإدارة من أجل تحقيق الغرض المحدد في القرار. (1)
- التعويض: انه المبلغ أو الترضية من جنس الضرر يعادل ما لحق المضرور من خسارة ومافاته من كسب كان نتيجة الفعل الضار، فالتعويض وسيلة القضاء لجبر الضرر وهو ما يدور مع الضرر وجودا وعدما ولاتاثير لجسامة الخطأ فيه، وينبغي ان يتكافا مع الضرر دون ان يزيد عليه أو ينقص منه. (2)

سابعاً: الاطار النظري للدراسة

يتم تناول فكرة السلطة التقديرية للإدارة وأساسها القانوني إضافة إلى التعريف بالعقد الإداري وعلاقته بالسلطة التقديرية للإدارة في الفصل الثاني، وتدارس حالات الفسخ للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في الفصل الثالث، واستعراض لوسائل تسوية المنازعات العقدية بالاستناد إلى النصوص القانونية واللائحة النافذة في دول القانون المقارن، كذلك بيان الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر إضافة إلى العراق والأردن ذات العلاقة بالفسخ للعقد الإداري دون خطأ المتعاقد وحقوقه في التعويض.

ثامناً: الدراسات السابقة ذات الصلة

يتناول الباحث فيما يلي بعض الدراسات السابقة ذات الصلة على النحو التالي:

- 1- (الرواحي محمد بن هلال) رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة جرش سنة 2015 بعنوان (انهاء العقد الإداري لخطا المتعاقد وللمصلحة العامة) تضمنت الرسالة سلطات الإدارة تجاه فسخ العقود الإدارية بالإرادة المنفردة عند ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً أو لدواعي المصلحة العامة وقد تناول الباحث حدود الرقابة القضائية تجاه انهاء العقد الإداري في حالتها الخطأ الجسيم والمصلحة

(1) محمد حسنين عبد العال (1971). فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ص344.

(2) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير (1980). الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ص244.

العامة ومدى سلطة القاضي الإداري تجاه قرار الفسخ غير المشروع لدواعي المصلحة العامة والخطأ الجسيم

2- (بو خلاف) اطروحة دكتوراة مقدمة إلى جامعة الجزائر سنة 2016 بعنوان (حدود السلطة التقديرية للإدارة بالعقود الإدارية) تناولت الاطروحة موضوع العقد الإداري ونطاق السلطة التقديرية تجاهه في مرحلتي الإبرام ومرحلة التنفيذ وحدود هذه السلطة في ايقاع الجزاءات وتعديل الشروط العقدية وصولاً إلى فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة مع بيان أساس هذه السلطة ومدى خضوعها إلى رقابة القضاء الإداري

3- (سيف محمد السويدي وعصام سعيد عبد العبيدي) بحث بعنوان (فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة) مجلة جامعة الشارقة.

حاول الباحث تسليط الضوء على موضوع حق الإدارة في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة عند ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيم يترتب عليه خروج العقد الإداري عن الغاية التي وجد من أجلها وهي المصلحة العامة واستطرق البحث إلى حالة حق المتعاقد بالحصول على تعويض عن الضرر الذي يلحق به عن الفسخ الإداري للعقد

4- (عبد الوهاب محمد) بحث بعنوان (الانتهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة) مقدم إلى جامعة الجبلاني تناول الباحث موضوع انتهاء الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد استناداً إلى السلطة التقديرية للإدارة

5- (مقداد زينه) بحث مقدم إلى جامعة سعيدة بعنوان (سلطة الإدارة بفسخ العقد الإداري) تضمنت الدراسة موضوع سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري على اعتبارها من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في إطار تنفيذ العقود الإدارية التي تمارسها حتى لو لم ينص عليها العقد ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء مستندة في ذلك إلى الأساس القائم على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد سواء كان لدواعي المصلحة العامة أو الفسخ الجزائي.

6- (ايمن محمد عبد اللطيف) بحث بعنوان (فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة وأنواع الفسخ) تطرق الباحث إلى أنواع الفسخ المنصوص عليه في العقد الإداري أو غير المنصوص عليها وقد استطرق الباحث إلى الأساس القانوني لسلطة الإدارة بالفسخ دون خطأ المتعاقد مشيراً إلى

القيود التي ترد على الفسخ الإداري للعقد دون خطأ كما تناول البحث حالة الفسخ الجزائي بسبب الخطأ الجسيم، كذلك حالة الفسخ القضائي للعقد الإداري وأسبابه.

خلاصة ماتقدم يمكن القول بان الدراسات السابقة قد أقتصرت على تناول موضوع الفسخ للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ، اما كأحد انواع قطع العلاقة العقدية نهائيا إلى جانب حالات الفسخ الاخرى أو ان حالة الفسخ لدواعي المصلحة قد جرى بحثها بصورة موجزة لم تحيط بكامل جوانب الموضوع لذلك جاءت الدراسة التي تقدمت بها لتحيط بموضوع فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد من خلال إضافة عدد من العناصر المهمة وهي النصوص التشريعية الحديثة التي احاطت بموضوع التعاقدات الحكومية على مستوى القانون المقارن ، كذلك ابرزت الدراسة الواقع التشريعي العراقي تجاه سلطات الإدارة في فسخ العقد الإداري بدواعي المصلحة العامة مقارنة بما هو قائم في مصر والأردن وفرنسا إضافة إلى ان الدراسة اشارة إلى اهم القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري الفرنسي بخصوص الموضوع.

تاسعاً: منهجية الدراسة

من أجل الاحاطة بالدراسة سيتم المقارنة بين النظام القانوني للعقود الإدارية في العراق مع الانظمة القانونية في كل من الأردن ومصر وفرنسا، من أجل الاسترشاد بما هو قائم على مستوى التشريع والقضاء، وكذلك الفقه لاسيما وان فرنسا تعد مهد القانون الإداري التي استقى منه النظام القانوني المصري وكذلك العراقي والأردني، للمبادئ التي تحكم القضاء الإداري من حيث التشكيل والاختصاص. وقد حرصت الدراسة على الاخذ بالمنهاج الوصفي والتحليلي الهادفة إلى استقراء النصوص التشريعية والحلول التي جاءت بها الاجتهادات القضائية إضافة إلى المدارس الفقهية التي حملت نظريات مفسرة للعديد من جوانب سلطة الإدارة التقديرية تجاه العقود الإدارية.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للإدارة وعلاقتها بالعقد الإداري

تمارس الإدارة اختصاصاتها المختلفة عن طريق الاستعانة بوسيلتين أساسيتين هما القرار الإداري الذي يصدر عن إرادتها المنفردة مستهدفة المراكز القانونية للغير دون حاجة إلى رضا المخاطبين به طالما أنه مشروع، لذلك يعد القرار الإداري من أخطر امتيازات السلطة الإدارية.

أما الوسيلة الأخرى هو العقد الذي يعد اتفاقاً رضائياً بين الإدارة كشخص عام والمتعاقد معها (فرداً أو شركة) أو أحد أشخاص القانون العام الذي يكون غالباً عقداً إدارياً عند تحقق شروطه الذي يتميز عن العقد المدني بعدم التكافؤ بين طرفي العلاقة العقدية وذلك لاختلاف أهمية الغاية التي يسعى إليها أطراف العقد، فإن كانت غاية العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة التي من أجلها تبرم العقود الإدارية بيد أن المصلحة الذاتية هي الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد معها. (1)

لذا فإن متطلبات تحقيق المصلحة العامة تقتضي منح الإدارة المتعاقدة سلطات استثنائية تجاه العقد الإداري من شأنها تقرر للشروط العقدية قدرًا من المرونة بغية توافيقها مع حاجات المرفق العام.

لذا فإن القرار الإداري والعقد الإداري هما وجهان لعملة واحدة متمثلة بمظاهر السلطة العامة الممنوحة للإدارة تستعين بها من أجل تلبية متطلبات سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، إلا أن هذه السلطة مصدرها المشرع الذي يتولى وضع القواعد القانونية التي تحكم أداء الإدارة وتحدد في ذات الوقت طبيعة الاختصاص المناط لها فتارة يكون اختصاصها مقيداً حين تكون الإدارة ملزمة باتباع ماورد في مضمون القاعدة القانونية حرفياً وأخرى سلطة تقديرية تمنح الإدارة قدرًا من الحرية في اختيار القرار الملائم مع الوقائع التي تدفع رجل الإدارة حين إصداره للقرار الإداري، ويحتل العقد الإداري ميداناً مهماً في نطاق ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لاعتبارات تتعلق بضمان أداء المرفق العام للخدمات المختلفة (2) فما هي أهمية السلطة التقديرية ومدى خضوع العقد الإداري لها؟ لذا سيتم تقسيم الفصل إلى العناوين الآتية:

(1) محمد علي جواد ونجيب خلف أحمد الجبوري، القضاء الإداري، ط1، مطبعة الغفران 2010، بغداد، ص 78.

(2) وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة النهريين، بغداد، 2015، ص 51

المبحث الاول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وأساسها القانوني.

المبحث الثاني: العقد الإداري.

المبحث الثالث: حدود السلطة التقديرية للإدارة تجاه الإبرام والتنفيذ للعقد الإداري.

المبحث الأول

مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وأساسها القانوني

يعد موضوع السلطة التقديرية من أكثر موضوعات القانون الإداري إثارة للنقاش والجدل الفقهي، مما يعني صعوبة صياغة نظرية متكاملة تضع قواعد واضحة محددة لها، فالسلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع تعني تمتعها بقدر من حرية التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية، فالمشرع حينما يقوم بتحديد إحدى سلطات الإدارة العامة يكون مخيراً بين أسلوبين:

أما إن يحدد القانون سلفاً للإجراء الذي يجب على الإدارة اتخاذه عن طريق النص على الشروط الواجب توفرها حتى تستطيع اتخاذ القرار الإداري، وفي هذه الحالة لا تكون للإدارة حرية الاختيار لماهية القرار الإداري أو زمانه أو تدخلها أو عدم تدخلها عند توفر شروط القاعدة القانونية⁽¹⁾ كما لو قرر القانون حكماً واحداً في كل حاله تتوفر فيها شروط معينة.⁽²⁾

أو إن يمنح المشرع للإدارة الحرية في اتخاذ القرار الإداري الملائم وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة إلا أن هذه الحرية لا تكون تحكيمياً أو مطلقاً بل تبقى ضمن الإطار العام للمشروعية بالمقابل إن السلطة التقديرية تبقى خاضعة لإرادة المشرع الذي يقتضي منه التدخل كلما يجد أن من الضرورة التخفيف من قيود المشروعية وبالتالي يبقى التشريع هو أساس هذه السلطة لذا سيتم تناول الموضوع من خلال المطالبين التاليين:

(1) محمد علي جواد، القانون الإداري، مكتبة السنهوري ط1، بغداد، 2010، ص20

(2) انظر، عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق،

المطلب الأول: التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة

تخضع السلطة التقديرية للإدارة إلى عدد من الخصائص التي تميزها عن السلطة المقيدة لها، إلا أن السلطتين لا يخرجان عن دائرة المشروعية التي تحكم النشاط الإداري و حدود المصلحة العامة التي تعد هدفا لكل نشاط اداري لذا سيتم تقسيم الموضوع إلى العنوانين الآتيين: الفرع الاول: خصائص السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، وفي الفرع الثاني: حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية.

الفرع الاول: خصائص السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة

تمارس الإدارة نشاطها وفقا لنصوص قانونية محددة لاختصاصاتها التي بموجبها تصدر قراراتها الإدارية عند توفر شروط معينه تقتضيها القاعدة القانونية، التي يمكن التعرف من خلالها على ماهية السلطة المناطة إلى الإدارة ان كانت سلطة مقيدة أو تقديرية، ولكل من هاتين السلطتين مبرراتها التشريعية واهدافهما المحددة من قبل المشرع.

ان المقصود بالسلطة المقيدة هي التي تمارس الإدارة مهامها بصورة محددة وبطريقة مرسومة من قبل المشرع فهي لا تكون حرة تجاه اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه بل هي ملزمة بإصداره عند توفر شروط معينة، أو تحقق عناصر واقعية معينة⁽¹⁾، وقد تتمثل بالهدف الذي يجب على الإدارة السعي إلى تحقيقه لذا فان الزام المشرع للإدارة مثلا ارساء العقد إلى من يقدم اوطا عطاء في عقود المناقصات العامة وهذا ما جاء به مثلا قانون المشتريات الحكومية المصري رقم 182 لسنة 2018⁽²⁾ دون اي اعتبار اخر يعد ان سلطة الإدارة في هذا الشأن هي مقيدة وليست تقديرية، رغم ذلك فان الإدارة تملك هامشا تجاه هذه الحالة من سلطة تقدير وهو التخلي الكلي عن المناقصة العامة قبل المصادقة على عملية الارساء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁽³⁾

(1) عبد المجيد ابراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعية الجديد، الاسكندرية، 2010، 414
(2) نصت المادة (35) من قانون التعاقدات الحكوميه المصري (... تتم تسوية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الافضل شروطا والاقبل سعرا 000) وكذلك المادة (14، أ) من نظام المشتريات الحكومية الاردني رقم 28 لسنة 2018 التي نصت (للجنة الشراء ان تطلب من المناقص الذي تقدم باسعار اقل من سعر الكلفة أو الاسعار الدارجة تقديم ايضاحات أو مبررات عن الاساس الذي اعتمده للسعر الذي تقدم به.

(3) المادة (18، أ / 4) من نظام المشتريات الحكومية الاردني ((للجنة الشراء الغاء اي عملية شراء أو اي من اجراءات الشراء قبل توقيع المناقص عقد الشراء إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

لذا فان كان مبدأ المشروعية يعد من سمات الدولة القانونية الذي يهدف إلى سيادة القانون وحماية حقوق الأفراد من تعسف الإدارة، الا ان خضوع الإدارة التام إلى المشروعية قد يؤدي إلى صعوبة انجاز عملها عندما تمارسه في الظروف الطبيعية، لذا يعتمد المشرع وكذلك القضاء الإداري إلى اخضاع مبدأ المشروعية إلى قدر من المرونة عن طريق منح الإدارة لبعض الامتيازات تحت صفة السلطة التقديرية التي لا تعد خروجاً عن المشروعية بل هو أبعاد الإدارة من نطاق سلطتها المقيدة التي تثقل كاهلها بمنحها القدرة على اختيار الحلول المناسبة واتخاذها للقرارات الإدارية الأكثر ملائمة لمتطلبات المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام، وتبقى الرقابة القضائية كصمام الأمان تجاه ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية من تعسفها أو انحرافها⁽¹⁾، ومن الجدير بالذكر ان المصلحة العامة ستبقى مصدراً لسلطة الإدارة التقديرية والمقيدة كونها تعد غاية النشاط الإداري، فان غابت عنه يعد تصرفها باطلاً، لذا يمكن القول ان المصلحة العامة هو مقياس لمشروعية أي العمل الإداري.

ان دور المشرع تجاه منح السلطة التقديرية قد يأتي من خلال رسم الاطار العام لها بقواعد قانونية مانحة الإدارة امكانية الحركة داخل هذا الاطار باختيار الوقت المناسب للتدخل أو عدم التدخل أو مضمون القرار لذا تملك الإدارة حرية تقدير الظروف والوقائع المبررة لتدخلها المبررة لإصدارها للقرار أو ممارستها للتصرف الذي تراه ملائماً من عدمه، أو منح الإدارة حرية المفاضلة بين عدد من الحلول التي يضعها المشرع أمام الإدارة التي تعد في هذه الحالة مشروعة عند اختيارها لاي منها ليتم اختيار الانسب أو الأكثر ملائمة منها للمصلحة العامة⁽²⁾، غير ان فكرة السلطة التقديرية للإدارة قد اثارَت جدلاً فقهيًا حول ما إذا كانت القواعد القانونية أو المشرع تعد مصدرها الوحيد دون اي اعتبار اخر وهو ما يؤيده اغلبيه فقهاء القانون الإداري وعلى رأسهم الفقيه بونار (Bonnard) ولويادير (laubadere) وفالين (walin) حيث يرى العميد (بونار) ان هناك سلطة تقديرية للإدارة عندما تنص القواعد القانونية واللائحية على اختصاص الإدارة بمناسبة علاقه قانونيه لها تجاه الأفراد تاركة لها سلطة تقديرية في اقدمها على

(1) خالد الزغبى، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص4.
(2) علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الاردني، الكتاب الاول، قضاء الالغاء مطبعة كنعان، الطبعة الاولى، 1995، ص 67.

التصرف أو عدمه وفي هذا السياق يؤكد فالين بالقول: ان القانون يترك للإدارة هامش للسلطة التقديرية ولكن في حالة تجاوزها لهذا الهامش فان إجرائها سيخضع إلى رقابة القضاء بالقول: (1) وفي حالة اتخاذها للقرار يترك لها تقدير مضمون قرارها الذي تصدره (2)، ويلخص (بونار) فكرته بواسطة تحليله للقرار الإداري والتعرف على اركانه ومن خلال هذه الاركان يتم التمييز بين العنصر التقديري والتنفيذي في تلك الاركان (3)، كذلك ذهب الفقيه (لوبادير) إلى القول ان السلطة التقديرية تتحقق عندما تكون الإدارة حرة باتخاذها القرار من عدمه اي عندما لا يكون مسلکها محددًا أو منصوص عليه مسبقاً، مؤكداً بان السلطتين التقديرية والمقيدة مرتبطة بتقدير الملائمة الا ان الفرق بينهما ان رجل الإدارة يكون حراً في اختيار الحل الذي يراه اكثر ملائمة بينما السلطة المقيدة يكون رجل الإدارة فاقدًا لمثل هذه الحرية. (4)

ولقد ذهب الفقيه الالمانى (لون) إلى ان جوهر السلطة التقديرية هو حق الإدارة في الاختيار بين عدد من الحلول يضعها المشرع ليترك لها تقدير اختيار احداها التي اضى عليها المشرع جميعاً بمشروعيتها، غير ان هذه الفكرة ان كانت تميز سلطة الإدارة التقديرية في الاختيار وبين الزامها بخيار معين دون غيره يعد تقييداً ضمن سلطتها التقديرية، لان ما يؤخذ على تعدد الحلول هو اختصاص يقع بين التقدير والتقييد اي التقدير في حرية الاختيار والتقييد في تحديد الخيارات، ان هذه الآراء الفقهية القائمة التي اسندت السلطة التقديرية إلى إرادة المشرع حصراً قد واجهت راي مغاير يقوم على اعتماد معياراً قضائياً يتمثل بعدم وجود للسلطة التقديرية الا في الحالات التي لا تخضع تصرفات الإدارة فيها للرقابة القضائية، واستناداً إلى هذا الرأى ان الميدان الذي تستقل فيه الإدارة عن الرقابة القضائية هو الذي يحدد نطاق سلطتها التقديرية، وعليه ان السلطة التقديرية ستتوقف متى خضع نشاطها الإداري للرقابة القضائية وفي هذا الاتجاه يؤكد الاستاذ محمد سليمان الطماوي ان مصدر السلطة التقديرية يجمع

(1) mais c est dans cette mesure seulement que l autorite administrative agit discretionnairement la loi lui a laisse une marge de pouvoir discretionnaire mais si elle depasse cette marge il ne respecte pas la loi et son acte dans cette mesure est soumis au controle juridique). انظر de laubadere, yves gaudemet: traite droit administratif·tom·1·L0G0D0J·16 edition·paris، 1999·p·578.

(2) roger Bonnard :les droits publis subjectifs des administres ، revue du droit public 1932 ،p696.

(3) انظر محمد حسين عبد الجواد (1953). سلطة الإدارة التقديرية واختصاصاتها المقيدة، مجلة مجلس الدولة، القاهرة، ص204.

(4) حيث عرف الاستاذ لوبادير السلطة التقديرية ما يلي:

(le pouvoir discretionnaire c est la marge de liberte que les sources de la legalite peuvent laisser a ladministrateur dans son activite) : انظر de laubadere ، yves gaudemet ،op.cit.p.578.

بين القواعد التشريعية والقواعد القضائية، الا انه يرجح ما ذهب إليه العميد (بونار) في معياره للسلطة التقديرية، رغم ذلك فان غالبية الفقه الإداري يعترف بان الاختصاص المقيد بالكامل هو امر نادر الحصول، والعكس صحيح حيث ان حرية التقدير تختلف بين التصييق تارة والانتساع تارة أخرى، حسب الظروف والاعتبارات التي يقدرها القانون، ويترتب على ذلك انه حتى لو كان القانون قد املى على الإدارة التزاما يجب اتخاذه حين توفر الشروط المنصوص عليها في القاعدة القانونية فانه لا يمكن القول بانعدام السلطة التقديرية طالما ان الإدارة تملك سلطة تحديد التاريخ لأتخاذه حين توفر الشروط المنصوص عليها في القاعدة القانونية.

ان حقوق الأفراد الذين تنظم القواعد القانونية مراكزهم القانونية فان هذه المراكز تبقى غير فاعلة ان لم تتدخل الإدارة وتصدر قراراتها الإدارية لتطبق ماورد فيها من مضامين، لذا تبقى الإدارة متمتعه بقدر من السلطة التقديرية ضمن فرضيات الاختصاص المقيد وهذا مايجز للقاضي الإداري إلزام الإدارة باصدارها للقرار الإداري عند تأخرها أو تباطؤها غير المبرر عن اصداره (1) وما يراد قوله في هذا الصدد ان امتلاك الإدارة جانب من السلطة التقديرية في قراراتها ضمن اطار سلطتها المقيدة فان ذلك لا يعني وجود حالة توازن بين عناصر القرار المقيدة وعناصره التقديرية بل يمكن القول ان العناصر المقيدة تكون لها الكفة الالهة تجاه العناصر الخاضعة للسلطة التقديرية والعكس صحيح عند تمتع الإدارة بقدر من السلطة التقديرية

فان الرجحان سيميل إلى عناصر التقدير في القرار الإداري من حيث حدود الرقابة القضائية (2)، ومن الجدير بالذكر ان اسلوب الاختصاص المقيد بالرغم من عدم ملائمتة في العديد من ميادين ممارسة الإدارة لنشاطها الإداري غير انه يعمل على تحقيق الاستقرار في المعاملات، لان المخاطبين بأحكام القاعدة المنظمة لهذا الاختصاص يسهل عليهم المعرفة بكيفية تطبيقها والاثر القانوني المترتب عليها مقارنة بالاختصاص التقديري (3) لذا فان السلطة المقيدة تعد من وجهة نظر الفقه الإداري النظام أو المنهج التشريعي الملائم لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، الا انه ما يؤخذ عليه انه يفصل بين القانون

(1) محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لاعمال الادارة، دراسة مقارنة، بيروت، دار النهضة العربية، 1978، ص 137

(2) محمد علي جواد، القانون الإداري، مكتبة السنهوري، مرجع سابق، ص 25

(3) محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1993، ص 48

المنظم لهذا الاختصاص وبين واقع الحياة المتغيرة سيما وان القرار الإداري ما هو الا وسيلة لتحقيق اهداف القانون في المجتمع التي لا يمكن ان تتحقق الا بقدر من المرونة والملائمة في التطبيق للظروف الواقعية الخاصة بكل حال⁽¹⁾ لذا يمكن ان تكون النتائج القانونية والعملية التالية هي مبررات للسلطة التقديرية للإدارة ، التي لا تعني الحرية المطلقة لها بل اخضاعها لمقتضيات المصلحة العامة، وبالتالي فان سلطتها قد جاءت لاعتبارات قانونية واخرى عملية ومن اهمها⁽²⁾.

1- عجز المشرع عن الاحاطة مسبقا بكل دقائق الامور أو جزئيات العمل الإداري مهما بلغت دقة المشرع في صياغة القواعد القانونية فانه لا يستطيع الالمام بكل المسائل والتفاصيل التي قد تواجهها الإدارة ، فان جاء التشريع مفصلا من الناحية النظرية الا انه من الناحية العملية أو التطبيقية ليس ممكن لان ذلك سيجعل المشرع عاجزا تجاه الجزئيات والافتراضات المتعددة التي تتسم بطابع التغير المستمر للظروف ، لذا فان اعتبارات تبدل الظروف وتطورها انسجاما مع تطور الحياة تجعل تحديد نشاط الإدارة بقواعد ثابتة مسبقاً امراً متعذراً ، لذلك لا يمكن ان تقتصر دور الإدارة على تنفيذ القوانين تنفيذا حرفيا بل لابد من تمكينها من الاختيار ما هو الملائم عند اصدارها لقراراتها، وهذا ما سيكفل لها بالنهاية حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽³⁾.

2- ان الخبرة الإدارية المكتسبة من خلال تسييرها للمرافق العامه وما تواجهه من ظروف مختلفة يجعلها الاقدر من غيرها على اختيار الحلول الاكثر ملائمة مع هذه المتغيرات وتقدير ما هو مناسب مع طبيعة الظروف.⁽⁴⁾

3- ان تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية يجعلها في مواجهة التزام قانوني داخل إطار المشروعية لذا فإنها تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال ملائمة قراراتها، وبالتالي فان السلطة التقديرية

(1) ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، طبع مكتبة الفلاح، الكويت، 1988، الجزء الثالث، ص58

(2) احمد عمر حمد (السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الاولى، الرياض، 2003، ص 191

(3) محمد كامل ليلة: الرقابة على اعمال الادارة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1968، ص76.

(4) احمد حافظ عطية: السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى انحراف السلطة في الاحكام الحديثه لمجلس الدوله الفرنسي، مجلة العلوم

الإدارية، لسنة 23، العدد (1) ، القاهرة، 1982، ص 36

هي ليست سلطة تحكمية أو تعسفية بل هي سلطة قانونية تخضع لرقابة تجاه مشروعيتها، الا ان هذه المشروعية لا تتحقق الا حين تحقيقها للمصلحة العامة وهذا مناط عادة بالقاضي الإداري.

4- ان منح الإدارة السلطة التقديرية في ممارسة نشاطها الإداري يؤدي إلى تحسين زيادة كفاءة الاداء الوظيفي للإدارة سيكون بمقدورها اجراء المفاضلة بين عدد من الخيارات مع مراعاتها للظروف الواقعية لكل حالة وبالتالي فان النتائج سوف تكون متحققة ومنسجمة مع المتغيرات الإدارية. (1)

الفرع الثاني: حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية

ان منح المشرع للإدارة حرية التعامل مع الوقائع والظروف عند ممارستها لنشاطها الإداري بهدف عدم تقييدها المطلق لتمكينها من تحقيق المصلحة العامة التي تعد سبق كقيد عام لا يسمح لها بتجاوزه ، يأتي ذلك من أجل جعل منح الإدارة القدرة على ملائمة قراراتها مع المتغيرات والمستجدات شريطة ان لا يكون هناك تجاوز أو انحراف في استعمالها لصلاحياتها وسلطاتها التقديرية في مواجهة الغير ، لذا فان الإدارة ليست حرة وطلبة من كل قيد بل تخضع سلطتها التقديرية للإطار العام للمشروعية تحت رقابة القضاء، ومايراد قوله بهذا الصدد ان مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية لا يعني عدم خضوعها لاية رقابة من اي نوع كان، فلا وجود للسلطة التحكيمية المطلقة وعليه يجب ان تستند الإدارة في كل تصرفاتها إلى أساس من القانون، اي ان يكون تصرفها مبنيا على قاعدة قانونية قائمة تمنحها الحق بالتصرف، الا انه يكفي ان هذا التصرف متفقا مع القانون أو بالأحرى غير مخالف للقانون لكي يكون مشروعاً (2) وذلك من أجل التوفيق بين مبدأ المشروعية والسلطة التقديرية للإدارة ولكن دون العناصر المرتبطة بالملائمة التي يتمتع القضاء الإداري من رقابتها لان ذلك يصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات، وهذا معناه ان فحص القاضي الإداري للملائمة معناه تنصيب من نفسه سلطة رئاسية لجهة الإدارة أو انه يحل محلها في ممارسة الوظيفة الإدارية التقديرية.

لذا فان القاضي الإداري هو قاضي مشروعية، ألا إذا كانت الملائمة تشكل عنصراً من عناصر المشروعية (3) فمتطلبات سير المرفق العام بانتظام واطراد التي تخضع تقديراتها إلى رقابة القضاء مما

(1) محمد علي جواد، القانون الإداري ، مرجع سابق ،ص21

(2) andre de laubadere : le controle de pouvoir discretionnaire dans la jurisprudence recente du conseil d etat mélange offerts ، waline،paris،p،533.

(3) وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، مكتبة النهدين ، 2015 ، ص 47

يقتضي من الإدارة توخي الدقة في تسبب قراراتها وملائمة تصرفها مع المصلحة العامة والتحقق من ممارسة سلطتها التقديرية من حيث وجود الوقائع ومطابقتها وتبريرها للقرار⁽¹⁾، رغم ذلك ما يجب الاشارة إليه بهذه الصدد ، ان حدود الرقابة القضائية لمشروعية التصرف الإداري الصادر عن سلطتها التقديرية تكون مختلفة تبعاً لطبيعة كل عنصر من عناصر القرار الإداري ومدى خضوعه من عدمه إلى السلطة التقديرية للإدارة وكما سنتناوله تباعاً.

أولاً: عنصر السبب

يمثل ركن السبب في القرار الإداري الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى التدخل لإصدار القرار الإداري، وسبب القرار الإداري يجب ان يكون له وجود موضوعي خارجي عن القرار وسابق عليه وان يكون ملائماً له فليس للإدارة حرية اصدار القرار الا للأسباب المبررة⁽²⁾

ان من الجدير بالذكر بانه حتى اوائل القرن العشرين ان الرقابة القضائية كانت تنصب على نواحي المشروعية اي على الميادين التي تكون سلطة الإدارة مقيدة فيها ومن ثم ان كان هناك اي عيب في مشروعية القرار فان على القاضي الإداري الغاءه، وحينما توجد سلطة تقديرية للإدارة فان سلطة القاضي تنحصر في الالغاء والتعويض الا ان هذه القاعدة قد شهدت تطوراً حيث امتدت الرقابة الى صلب السلطة التقديرية للإدارة، لذا فبعد ان بدا مجلس الدولة الفرنسي رقابته على عنصر السبب من خلال الوجود المادي للوقائع التي يستند عليها القرار التي تعتبر الحد الأدنى من الرقابة القضائية التي تمكنه من الغاء القرار الإداري نتيجة الخطأ في تحديد الوقائع المادية ، حيث يعد أول قيد على السلطة التقديرية للإدارة⁽³⁾، وكان قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية monod عام 1907 أول قرار قضائي يشير إلى أساس مشروعية القرار إلى الوقائع المادية ، ثم خطى مجلس الدولة الفرنسي باتجاه رقابة سلطة الإدارة التقديرية من خلال الرقابة على صحة التكييف القانوني للوقائع.

(1) غازي فيصل ، الحدود القانونية لسلطات محكمه القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، 2011 ، 25.
(2) محمد ماهر ابو العينين ، الفتاوى والاحكام بخصوص العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات ، الجزء الرابع ، القاهرة ، 2004،
(3) محمد حسين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الالغاء ، دار النهضة العربية ، طبعة 1991، ص112

ويعد هذا المستوى من الرقابة أكثر فاعليه مما عليه من رقابة الحد الأدنى، اي ان القاضي الإداري بحاجة إلى جهد أكبر من أجل تفحص الوقائع المعروضة عليه.

ويراد بالتكليف القانوني للوقائع هو اعطاء الواقعة القانونية عنوانا يحدد موضوعها داخل نطاق قاعدة قانونية التي يراد تطبيقها، لذا ان عملية التكليف يعد عملا قانونيا بحيث لو ثبت للقاضي الإداري صحة الوقائع مادياً ولكن ان اتضح بان الإدارة لم تمنح الوقائع التكليف القانوني الصحيح فان القاضي يعتبر سبب القرار معيب وقابل للالغاء.

ان رقابة التناسب تعتبر المرحلة الأكثر توسعا في ميدان الرقابة القضائية تجاه مشروعية القرارات الإدارية ويراد بها مدى التناسب بين سبب القرار وبين الاجراء المتخذ على أساسه اي بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار وبين مضمونه ، ويعد القضاء الإداري المصري له الاسبقية في هذا النوع من الرقابة التي اطلق عليها برقابة (الغلو في استعمال السلطة) ، وهو ما اطلق عليه مجلس الدولة الفرنسي لاحقا تسمية (الغلط البين) أو (الخطأ الجسيم) ، وبهذا الصدد قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة) حاليا ⁽¹⁾ في حكم لها عام 1999 (بان السلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة دائما وانما تخضع لرقابة القضاء لفحص قراراتها والتأكد من خلوها من التعسف لاستعمال هذه السلطة) ⁽²⁾ كذلك في قرار اخر صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة العراقي (000 لدى التدقيق والداولة من المحكمة الإدارية العليا ... وجد ان القرار غير صحيح مخالف للقانون حيث ان التحقيق الإداري مع المدعي اسفر عن معاقبته انضباطيا بعقوبة تنزيل درجة عن المخالفة المنسوبة إليه وحيث ان نقل الموظف الذي يقع ضمن السلطة التقديرية للإدارة في تسيير المرفق العام هو ذلك الذي تقتضيه المصلحة العامة ولايلحق ضرراً مادياً أو معنوياً بالموظف والافانه يكون بمثابة عقوبة مقنعة تشير إلى تعسف في استعمال سلطتها). ⁽³⁾

(1) قانون رقم 71 لسنة 2017 المتضمن احلال تسمية مجلس الدولة بدلا من مجلس شورى الدولة، طبقا للمادة (101) من الدستور العراقي لسنة 2005

(2) الدعوى 24/انضباط تمييز /2006 / 2006/2/29 غير منشور، صعب ناجي عبود، الرقابة على السلطة التقديرية للقضاء الإداري في مجلة العلوم، المكتبة القانونية، جامعة بغداد، 2019، مجلد 34، عدد 193، ص20

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 379 في 2013/9/19 غير منشور، صعب ناجي عبود، مصدر سابق، ص27.

وفي هذا الصدد صدر حكم لمحكمة العدل العليا الأردنية في القضية رقم 99/80 نص على انه (مجرد اقتناع رجل الإدارة بالواقعة لا يحول دون تدخل المحكمة في بسط رقابتها على ثبوت الواقعة وعلى تكيف الفعل المنسوب للموظف ان كان يشكل ذنبا تاديبيا).⁽¹⁾

ومن جهة أخرى تعد رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار الاكثر توسعا في ميدان الرقابة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي تجاه سلطة الإدارة التقديرية عند تولي القاضي الإداري الموازنة بين المزايا والاضرار المترتبة على القرارات الإدارية، فان كانت المزايا هي المرجحة فان القرار يكون مشروعاً، اما في حالة العكس اقتضى الغاء القرار لعدم المشروعية.⁽²⁾

وفي هذا الشأن اكدت الهيئة العامة لمجلس الدولة في العراق في قرار لها عام 2005 (ان احالة الموظف على التقاعد دون تقديم طلب منه ودون اكماله السن القانوني لاسند له من القانون لان القرار الإداري يكون معيب بعيب السبب).⁽³⁾

كذلك ورد في قرار لمحكمة العدل العليا الأردنية السابقة بتاريخ 2009/11/28 (ان السبب الذي استندت إليه نقابة المحامين في اصدار قرار نقل المستدعي من سجل المحامين المزاويلين إلى سجل المحامين غير المزاويلين هو احتراف المستدعي للتجارة دون ان ترد اي بينة تفيد ان المستدعي يمارسها أو اتخذها مهنة له وحيث لم يثبت صحة السبب الذي قام عليه القرار الطعن فيكون مستوجب للإلغاء لاستناده على سبب غير صحيح).⁽⁴⁾

ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير تريبون (tripon) بالغاء القرار الإداري الذي صدر باعفاء المدعي من وظيفته بناء على طلبه حين تبين عدم وجود هذا الطلب الذي استندت إليه الإدارة عند اصدارها للقرار كسابقة قضائية في هذا الشأن.

(1) حكمها الصادر في 1999/6/29 ، مجلة نقابة المحامين لسنة 2000 العددان ،(1،2) ص62

(2) انظر de laubadere ، delvolvo ، ville nouvelle 0A0J0D0A01971، p0404. ،28،mai،1971، C0E انظر (2) ، moderne: trait des contrats administratifs tome 2،L0G0D0J،1983،P0443.

(3) قرارها بالعدد 232 / انضباط / تمييز/ 2005/12/5 عن محيي الدين القيسي ، القانون الإداري العام ، طبع منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعه الاولى 2007 ،ص 103

(4) حكم محكمه المرقم 53 / هيئة خماسية في 2009/11/28 http/ www law jo net /vb/ show thread.php.

ثانياً: عنصر المحل

يراد بالمحل هو موضوع القرار الإداري ومحتواه الذي ينتج عنه حالا ومباشرا بالتغيير في المراكز القانونية سواء لانشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو الغائها.

ويمكن القول ان رجل الإدارة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تجاه محل القرار الإداري كلما منحتة القاعدة القانونية حرية الاختيار بين أكثر من تصرف قانوني، وكل منها هو جائزاً ومشروعاً قانونياً، ويلاحظ بهذا الصدد ان تحديد المشرّع عدداً من الحلول تعد تقديرية في جانب منها ومقيدة في جانب آخر فهي تقديرية كونها مانحة للإدارة حرية الاختيار للقرار الانسب ومقيدة من حيث الاطار العام المحدد للحلول التي لايجوز للادارة تجاوزه.

ومما يجدر الاشارة إليه ان سلطة الإدارة تكون اكثر وضوحاً عند خضوع ركني السبب والمحل إلى سلطة الإدارة التقديرية، عندها فان التناسب بين سبب القرار ومحلّه يكون أساساً لمشروعية القرار الإداري، اما إذا حدد القانون المركز القانوني الذي يقتضي ان يستهدفه القرار فلا يكون للإدارة في مثل هذه الحالة مجالاً للسلطة التقديرية⁽¹⁾، لذا فان للإدارة حرية التدخل أو عدم التدخل في اصدار القرار في موضوع ما وحربتها في اختيار وقت التدخل وهو يعد ابرز عناصر السلطة التقديرية بهذا الصدد جاء حكم المحكمة الإدارية العليا العراقية بتاريخ 2021/8/18 المتضمن بان (تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في وضع ضوابط مفاضلة في التعيين مقيد حتماً بان الاسس والضوابط الموضوعية هو التعامل مع جميع المرشحين على حد سواء لتمائل مراكزهم القانونية باعتبارهم مؤهلين قانوناً للانتفاع بحقهم في تولي الوظيفة العامة التي اقرها الدستور في المادة 14 منه حيث قضت بان (العراقيين متساوون أمام القانون دون تمييز) فلا سند من القانون لوضع نسبة معينة للدرجات الوظيفية لتعيين الاناث تقل عن نسبة الذكور).⁽²⁾

(1) ابراهيم عبد العزيز شياح، مبادئ واحكام القضاء الإداري ، بيروت الدار الجامعية 1994، ص146

(2) قرار رقم 54،5 / 2021 / رقم الاضبارة 720 ، قضاء اداري تمييز / 2021 ، 2021/ 8/18 ، مازن ليلو راضي ، مستشار في مجلس الدولة ، عبر الانترنت.

ثالثاً: عنصر الاختصاص

يقصد بالاختصاص ((هي القدرة القانونية على مباشرة عمل اداري معين))⁽¹⁾ أو هي الصلاحية القانونية للإدارة في اتخاذ قرار معين، وعادة يتولى المشرع تحديد الجهة أو الشخص المحدد لممارسة نطاق الاختصاصات المناطة له دون غيره فان صدر قرار اداري من جهة غير مختصة كان معيباً لعدم الاختصاص، وبالتالي لا وجود للعلاقة بين فكرة الاختصاص والسلطة التقديرية للإدارة فهو محدد قانوناً على اعتبار ان النصوص امرة وتعد من النظام العام⁽²⁾ وبالتالي فان غياب الاختصاص أو مخالفته الجسيمة لا يعد القرار الإداري باطلاً بل منعدماً أحياناً.⁽³⁾

بهذا الصدد يرى الباحث ان تفويض الرئيس الإداري لمؤوسيه جزء من اختصاصاته القانونية بناء على اذن مسبق من المشرع وطبقاً لقواعد عدم التركيز الإداري مع الاخذ بالاعتبار ان التفويض يعني منح للسلطة دون المسؤولية يعد مع ذلك قدراً من السلطة التقديرية للإدارة طالما ان الرئيس الإداري يملك حرية تحديد ماهية الاختصاصات المناطة إلى المرؤوس، فان له تحديد مدة التفويض إضافة إلى قدرة الرئيس الإداري سحبها أو إنقاصها أو زيادة ماهية الاختصاصات تبعاً لمتطلبات المصلحة العامة.

رابعاً: عنصر الغاية

تعرف الغاية بانها النتيجة التي سعى إليها مصدر القرار، وتعتبر الغاية احد اركان القرار الإداري الذي لا تظهر فيه نية الإدارة التقديرية ذلك ان المشرع هو الذي يحددها مسبقاً على سبيل قاعدة تخصيص الاهداف، الذي يراد بها ان المشرع حينما يجد ان بعض القرارات الإدارية لا تكفي ان تكون المصلحة العامة بمدلولها الواسع غاية للقرار الإداري بل يفرض على الإدارة تحقيق اهداف محددة بذاتها⁽⁴⁾ وفي هذه الحالة فانه لا يكفي توجه الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة بل مصلحة محددة عينها المشرع وفي هذا الصدد اصدرت الهيئة العامة لمجلس الدولة في العراق بصفتها التمييزية قراراً

(1) محمد علي الخلايله: النظرية العامة للقرار الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،الاردن ،2021، ص58

(2) محمد سليمان الطماوي (1976). النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 203.

(3) مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مطبعة جامعة دهوك /العراق ،2010، ص221

(4) قادر احمد حسين ، انحراف القرار الإداري عن قاعدة تخصيص الاهداف في التشريع العراقي (دراسة مقارنة) مجلة التقني ،

قضائياً جاء فيه (ان السلطة التقديرية ليست مطلقة وانما تخضع لرقابة القضاء لفحص قراراتها والتأكد من خلوها من التعسف باستعمال السلطة).⁽¹⁾

خامساً: عنصر الشكل والاجراءات

اوجب المشرع وكذلك القضاء الإداري على الإدارة ان تصدر قرارها مستوفيا اركانها وشروطه مع مراعاة شكلياته واجراءاته التي اوجب القانون أو المبادئ العامة اتباعها فيما يصدر عنها من قرارات، ذلك ان الشكل يعد عنصراً جوهرياً في القرار الإداري، وبالتالي فان عيب الشكل يعتبر سبباً من أسباب الغاء القرار الإداري طالما ان الشكل أو الاجراءات قد تقررت اصلاً لحماية حقوق الأفراد حقوقهم أمام سلطة الإدارة مقابل بما تتمتع به من امتيازات وسلطات.

لذا تتضمن عناصر الشكل في القرار الإداري مسألتين:

اولاً: هي الاجراءات التي يقتضيها صدور القرار الإداري باعتبارها ضماناً أساسية لحماية حقوق الأفراد، فلو تم مثلاً ايقاع عقوبة تأديبية بحق الموظف دون اتباع الاجراءات المنصوص عليها قانوناً المتضمنة تشكيل لجنة تحقيقية، أو كان تشكيلها مخالفاً للنص القانوني فان القرار الإداري سيكون باطلاً⁽²⁾.

ثانياً: المظهر الخارجي فالأصل ان الإدارة هي غير مقيدة في الافصاح عن ارادتها في صيغة محدد بل ان سلطتها تكون تقديرية مالم يقضي القانون شكل معين كان يكون مكتوباً أو مسيباً أو صريحاً. ولقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة في هذا الشأن حيث أشارت في قرار قضائي جاء نصه ((ان لجنة التحقيق كانت مشكلة فقط من عنصرين واستمعت إلى اقوال الشاهد دون أداء القسم القانوني كما تتطلب أحكام المادة 145 من نظام الخدمة المدنية فان اجراءات هذه اللجنة تعتبر معيبة بعيب مخالفة أحكام المادة السالفة الذكر وتوصية اللجنة المعنية فان القرار الطعن يبدو معيباً)).⁽³⁾

(1) قرار مجلس الشورى الدوله العدد 24/انضباط، تمييز / 2006، 2006/2/6 نقلا عن صباح صادق جعفر ، مجلس شوري الدوله ، بدون دار نشر ، 2008، ص318

(2) عبد القادر الشخلي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للطباعة والنشر 1982، ص29

(3) قرار محكمه العدل العليا الاردنيه بالعدد 423 / 2012 في 2012/12/27

انظر شبكة الانترنت <http://www.lowjo.net/vb/showthread.php>

المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة

المقصود بأساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة هي المبررات والاسس القانونية والفنية وكذلك العملية التي تقتضي منح الإدارة قدرا من حرية التقدير والملائمة لأداء وظائفها بانتظام واطراد ، فاذا كانت فكرة السلطة المقيدة تجد أساسها في مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون الذي يعني ضرورة اخضاع جميع التصرفات الصادرة عن السلطات في الدولة من النواحي الشكلية والاجرائية وكذلك الموضوعية للقانون، فان لفكرة السلطة التقديرية مبررات وأسباب قانونية وفنية وعملية تحتم وجودها وتمتع السلطات الإدارية المختصة بها عند القيام بمهامها ، فالسلطة تعني مباشرة الاختصاصات اي انها ترجمة للاختصاصات، فالاختصاص هو الحد الخارجي للسلطة سواء كانت مقيدة ام تقديرية.

وبهذا الصدد تعددت النظريات الفقهية التي تناولت البحث في أساس السلطة التقديرية التي جاءت وفقا لسياقاتها التاريخية والمدارس الفقهية التي سنتناولها بالتتابع:

الفرع الاول: المعيار القائم على اساس تشريعي

1- نظرية الحقوق الشخصية

وتعد هذه النظرية من أقدم الآراء التي قدمت بصدد بيان أساس السلطة التقديرية للإدارة، وتقوم على تمتع الإدارة بسلطة تقديرية عند عدم وجود حق شخصي ذاتي، وعند وجوده تنتفي السلطة التقديرية لان تعيين الحقوق الشخصية يقتضي عدم الجواز للإدارة ان تمسها الا في اضيق الحدود. (1)

وبهذا الصدد فقد ميز الفقيه بارتملي الذي دافع عن هذه الفكرة بين المصالح البسيطة والحقوق الشخصية، معرفا للمصلحة هنا بانها تلك المنافع أو المزايا التي تقرر للشخص وليس لها حماية قضائية، اما الحقوق الشخصية فهي تلك الاعتبارات التي يمكن ضمان احترامها قانونيا وهي الدعوى القضائية، فالاختلاف الجوهرى بين الحق الشخصي والمصلحة في وجود الدعوى القضائية على اعتبار ان المصالح لا تتمتع بالحماية القضائية وهذا معناه الاعتراف للإدارة بتمتعها بكامل الحرية في المجالات التي لا

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001، ص21.

يستطيع الأفراد مخاصمتها ، بينما الحقوق الشخصية فإنها تجعل من الدعوى الحامية لها هو الأساس الذي يفسر الاختصاص المقيد. (1)

كما أكد الفقيه بونارد (Bonnard) على فكرة الحقوق الشخصية لها أرتباطها بالاختصاص المقيد ومعناه تحقق وجود السلطة التقديرية للإدارة عند غياب هذه الحقوق الشخصية للأفراد تجاه الإدارة (2)، ويترتب على ذلك انه لايمكن لهؤلاء الأفراد مطالبة الإدارة القيام بتصرف معين طالما، يمكن حماية هذه الحقوق عن طريق رفع دعوى قضائية ضد الإدارة باعتباره صاحب حق (3) لذا تسمى هذه الحقوق بالحقوق الشخصية العامة.

بالمقابل لا يستطيع الأفراد في حالة غياب الحقوق من مخاصمة الإدارة لانتفاء الالتزام أو الرابطة القانونية بين الإدارة وبينهم. (4)

لقد واجهة هذه النظرية النقد وذلك لعدم وجود أرتباط بين السلطة التقديرية للإدارة وغياب الحقوق الشخصية للأفراد، فالرابط بينهما هو غير حقيقي، فالإدارة رغم وجود الحقوق الشخصية فإنها تستطيع ان تفرض قيودا على ممارسة الأفراد لهذه الحقوق كعدم السماح لهم مثلا بالبناء في املاكهم الخاصة الا بعد حصولهم على ترخيص اداري بذلك.

إضافة إلى ذلك هناك حالات من الاختصاص المقيد لا يمكن أسنادها على حالة الحقوق الشخصية كإدراج اسماء المواطنين الذين لهم حق الانتخاب في قوائم الناخبين.

كما توجد نصوص تشريعية تخول الإدارة سلطة تقديرية استناداً إلى المصلحة العامة كما هو في مسائل الضبط الإداري وذلك بغض النظر عن فكرة الحقوق الشخصية.

(1) سامي جمال الدين ،قضاء الملائمه والسلطة التقديرية للإدارة ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،2010 ص 17

(2) Bonnard : les droits publics subjectifs des administes: revue de droit public.1932 P 695.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الإداري ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2001، ص21

(4) نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ،دار الجامعه الجديده ،2002،ص30

كما ان الحقوق الشخصية الذاتية قد تكون حقوق عامة أو خاصة وللصعوبة التي تطرح هنا هو معيار التمييز بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة نظرا للتداخل بين هذين الحقيين في طبيعتهم. (1)

واخيرا فان هذه الفكرة تتصل في الحقيقه بمجال السلطة التقديرية وليس بأساسها القانوني وهو مايجعلها غير صالحه لاتخاذها أساسا تبنى عليه فكرة السلطة التقديرية.

3- نظرية تدرج القواعد القانونية

جاء بهذه النظرية الفقيه النمساوي (كلسن) التي تقوم على أساس ان السلطة التقديرية تستند إلى فكرة تدرج القواعد القانونية ذلك ان النظام القانوني في الدولة يتكون من عدد واسع من القواعد القانونية التي تكون في مجموعها هرم متدرج بصورة تنازليه، حيث تعتبر كل قاعدة قانونيه في هذا السلم تنفيذا للقاعدة الاعلى منها مرتبة التي هي منشأة للقاعدة الأدنى مرتبة، لذا كل عمل قانوني يتضمن تخصيصا لقاعدة اعلى وتقييدا لقاعدة ادنى عليه فانه بموجب هذه الفكرة تكون القاعدة العليا هي التي تحدد نطاق القاعدة الأدنى التي تعد تخصيص وتجسيد للقاعدة العليا، فهي تضيف شيئا جديدا ملزما للقاعدة الأدنى، وهكذا حتى تصل إلى القواعد التنفيذية في ادنى السلم الهرمي لذا كل عمل قانوني هو بمثابة تخصيصا لقاعدة اعلى وتقييدا لقاعدة ادنى ومعناه ان القاعدة القانونيه العليا هي التي تقرر وتحدد مجال القاعدة القانونيه الأدنى (2)، عليه فان القاعدة الدنيا عندما تقوم بتفسير وتجريد عمومية القانونية العليا فهي تضيف شيئا جديداً ملزماً للقاعدة الأدنى، لذا من نتائج هذه النظرية انها تقوم على انها حين توجه رجل الإدارة الى تنفيذ القاعدة القانونية فان اختصاصها يكون مقيدا إذا اقتصر على التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية بينما يكون اختصاصها تقديريا إذا اضافت في قرارها العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها هذا الاختصاص ، وهذا يكون الامر بين التقييد والتقدير متلازمين بحيث لايمكن الفصل بينهما.

نستنتج من ذلك ان المدرسة النمساوية تفترض بعدم وجود حد فاصل بين السلطتين التقديرية والمقيدة بل وجودهما معا في كل عمل اداري، لذا فان التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة لسلطات الإدارة

(1) نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق.

(2) سامي جمال الدين (1992). قضاء الملائمه والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 31.

هي مسألة نسبية. (1) تخصيصاً لقاعدة اعلى وتقييدا لقاعدة أدنى يجعل كل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد وهو الاصل العام الذي لا يمكن تطبيقه الا بإضافة عناصر جديدة لمواجهة الحالات الفردية، في حين انها قد تحقق كذلك حالة اختيار بين قرارين أو أكثر أو الامتناع عن اتخاذ القرار، وفي هذه الحالات جميعا لا توجد أية اضافات لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى.

لذا يمكن القول ان النظرية تؤكد وجود السلطة التقديرية لكنها عجزت عن بيان أساس وجودها أو منحها أو تقديرها.

4- النظرية التشريعية اللائحية

يعتبر العميد بونار (Bonnard) هو من نادى بهذه الفكرة التي تفترض وجود سلطة تقديرية للإدارة عندما تنص القوانين واللوائح على ذلك، وتترك لها حرية ملائمة أعمالها وعندها لا تكون خاضعة سلطتها لرقابة قضائية، غير ان أصحاب هذه النظرية يروا ان المشرع من النادر يحدد بنصوص صريحة للالتزامات الإدارة القانونية، وهذا شجع أصحاب هذه الفكرة إلى وجوب استخلاص معيارا عاما يتم الاستناد إليه يقاس بواسطته مختلف الاختصاصات الإدارية للتعرف على مجال السلطة التقديرية وتمييزها عن السلطة المقيدة بوضوح. (2)

لذا نادوا أصحابها بان مضمون اي تصرف يتحدد بصورة جوهرية بأسبابه التي يقوم عليها، وعليه فان الفقيه بونار اتجه إلى تحليل العناصر الأساسية المكونة للقرار الإداري التي تقضي التحقق من ناحية الواقع وكذلك القانون قبل اقدمه على اتخاذ القرار، وقد اطلق على الجانب الخارجي السابق على التصرف بالسبب، لذا ان توفرت أسباب محددة فانها ستبرر له اتخاذ تصرف معين دون غيره (3) عندها إذا حدد القانون تصرف معين أسباب محددة فان هذا التصرف سيكون خاضعا للسلطة المقيدة للإدارة، وبعبارة أخرى إذا نصت القوانين واللوائح على اختصاص معين للإدارة دون تحديد أسبابه فان سلطة الإدارة تكون تقديرية، غير ان الفقيه بونار اتجه إلى وضع معيار يقوم على ان السبب المحدد الذي يقيد اختصاص الإدارة هو ذلك السبب الذي يرتبط بوقائع منح المشرع للإدارة حرية تقدير وجودها المادي أو

(1) محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 49

(2) محمد سليمان الطماوي (1978). نظرية التعسف في استعمال السلطة، مطبعة عين شمس، الطبعة الثالثة، مصر، ص 48.

(3) محمد عبد الجواد حسين (1953). بين سلطة الادارة التقديرية واختصاصها المقيد، السنة 4، القاهرة، كانون الثاني، ص 222.

تقدير قيمتها لان الإدارة بتقديرها بوجود الوقائع المادية أو قيمتها فانها تعد تمتلك سلطة تقديرية، هذا المعيار يقود إلى ان القاضي لا يستطيع ممارسة رقابته سوى أتجاه الأسباب المنصوص عليها في القانون بشكل واضح ومحدد لأن القاضي الإداري ليس قاضي ملائمة بل هو قاضي مشروعية ولان السلطة التقديرية المرتبطة بعنصر الملائمة نشاط الإدارة مستبعدة من الرقابة القضائية بصورة عامة.

ان ما يؤخذ على هذه النظرية بالرغم من مقبوليتها انها قد اخضعت معيار السلطة التقديرية حصراً إلى اللوائح والقانون بينما معيار السلطة التقديرية يستمد وجوده من مصادر القانون الإداري بمعناه الواسع مع نكران هذه النظرية لدور القاضي الإداري باعتباره منشئ لقواعد القانون الإداري⁽¹⁾. ومن جهة أخرى ان الوقائع المشار إليها في القوانين واللوائح التي تستند إليها الإدارة في تصرفاتها في حالة تحققها لا يمكن اثبات وجودها الا بعد تكييفها القانوني لها من قبل الإدارة، وطبقا لما ذهب إليه أصحاب هذه الفكرة فان هذه الوقائع لاتخضع لرقابة القضاء الإداري، الا ان الرقابة القضائية في حقيقتها قد امتدت لتشمل الرقابة على التكييف القانوني للوقائع وتجاوزت حالة الوجود المادي وتكييف الوقائع لتصل إلى مدى تناسب هذه الوقائع مع الاجراء المتخذ.

لهذا فان سلامة المعيار الذي وضعه العميد بونار لا يكفي وحده ان يكون معيارا ضابطا ومميزا لهذه السلطة.

1- نظرية المعيار المزدوج

ان نظرية العميد بونارد قد انتهت إلى وجود سلطة تقديرية في كل حالة لم يحدد القانون بشأنها مقدما للسبب الذي يدفع الإدارة لمواجهة تلك الحالة وبخلاف ذلك يكون اختصاص الإدارة مقيدا عند تحديد القانون مقدماً لأسباب التصرف القانوني بصورة واضحة وعندها يقتصر عمل رجل الإدارة على مجرد التأكد من الوجود المادي للأسباب دون ان يكون قادرا على تقدير قيمة تلك الأسباب، غير ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي اتجه إلى الكشف عن عدم كفاية نظرية العميد بونار وحدها للوصول إلى أساس مميز للاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية، فالنص مقدما على تحديد السبب لا يحقق لنا الحلول بسبب تدخل القاضي الإداري في كثير من الحالات سيما في ميدان الحريات العامة والضبط الإداري حيث لا يبحث القضاء فقط عن الهدف من تصرف الإدارة وهو تهديد الامن بل يتجاوز ذلك

(1) نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 28.

الى البحث عما إذا كانت هذه التهديدات تشكل من الخطورة بدرجة ترتقي لاتخاذ الاجراء الذي صدر عن الإدارة من عدمه، فهنا يقدم قضاء مجلس الدولة معياراً مزدوجاً لتمييز الاختصاص المقيد عن الاختصاص التقديري: - (1)

المعيار الاول: هو وجود اختصاص مقيد لجهة الإدارة عندما يحدد القانون أو اللائحة مقدماً للأسباب التي من اجلها تمارس الإدارة الاختصاص الذي أوجدها القانون في التصرف المطعون فيه قيام هذه الأسباب المحددة.

المعيار الثاني: وهو الذي إضافه مجلس الدولة الفرنسي للحالات التي لها علاقة بالنشاط الاداري مع الحريات العامة ففي هذه الحالات يحدد القاضي الإداري الأسباب التي لم يقرها القانون بالوضع الذي كان على الإدارة ان مراعاتها للتصرف الذي خوله اياها القانون ،وبذلك فالقاضي الإداري يضيف إلى الرقابه على المشروعية رقابة أخرى على الملائمة (2) وفي هذا يمكن القول ان مجلس الدولة فرض رقابته على التصرفات الخاضعه إلى السلطة التقديرية متى تضمنت عناصر هذه التصرفات مخالفة للمشروعية الا ان القاضي الإداري الذي يتولى رقابة الأسباب التي دفعت الإدارة الى اتخاذ القرار، وهذا يعني ان القانون ليس وحده مصدر الاختصاص المقيد بل ان القضاء مصدرا اخر له، وبالتالي يمكن القول باختصاص مقيد بأحكام قانونية واختصاص مقيد بأحكام القضاء. (3)

الفرع الثاني: الأساس القائم على طبيعة النشاط الإداري

1- نظرية المرفق العام

ذهب جانب من الفقه الإداري إلى منح المرفق العام الأساس في سلطة الإدارة التقديرية وذلك للاخذ بالاعتبار لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد من اجل ضمان تادية الخدمات الضرورية للمواطنين ومواكبة التطورات والظروف المستجدة التي تتعلق بحاجات المصلحة العامة، لذا فالمرفق العام هو أساس للسلطة التقديرية للإدارة، يقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية لاختيار انسب الوسائل وفضل الاوقات لاداء العمل الإداري، وعليه يكون منح الإدارة زمام المبادرة وكذلك وحرية الحركة من أجل

(1) نبيل اسماعيل عمر - مرجع سابق -ص 25

(2) محمد عبد الجواد حسين - مرجع سابق - ص 225

(3) يوسف سعد الله الخوري: القانون الإداري العام - الجزء الاول - بدون سنة نشر - الطبعة الثانية - 1998 - ص26.

مواجهة مختلف الظروف المتغيرة، لذا فان الفكرة الأساسية للمرفق العام تقتضي تامين الادارة لسير المرفق بانتظام دون توقف والا وصفت بالجمود واصيب نشاطها بالشلل، مما ينعكس سلباً على المصلحة العامة على اعتبار ان الإدارة مسؤولة بطبيعة مهامها عن تسيير وتنظيم المرافق العامة عليه تقتضي الضرورة منحها قدراً من الحرية تمكنها من مواجهة المتعاقدين معها بما يضمن تنفيذهم التزاماتهم التعاقدية والأحتياط بأي اختلال من قبلهم قد يلحق الضرر بالمرفق العام.⁽¹⁾

2- نظرية المشروع

بسبب عدم كفاية نظريات السابقة تجاه بيان أساس السلطة التقديرية جاءت فكرة المشروع التي نادى بها الفقيه: (موريس هوريو)، التي تقوم على أساس تشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، حيث ان الإدارة حين أدائها لنشاطها تعد بمثابة المشروع حيث ان طبيعة المشروع هي التي تفسر تمتع الإدارة بسلطة تقدير حر مشابه لما يقوم به مدير المشروع الفردي الذي يتمتع كافة الخيارات لتسيير مشروعه، لذا ان ما يمتلكه الأفراد عند ادارتهم لمشروعاتهم من قدر كبير من حرية التقدير فان الإدارة كذلك تتمتع بقدر واسع من السلطة التقديرية مع اختلاف الغاية والقصود⁽²⁾ وهذا يقود الى ان القضاء الإداري عندما منح الإدارة سلطة فسخ العقد الاداري يستند الى حالة غياب المصلحة العامة عن العقد⁽³⁾ وبالرغم من ان هذه النظرية يمكن ان تكون اكثر قبولا من الناحية الموضوعية على اعتبار تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية لتحقيق المصلحة العامة الهادفة إلى حسن سير المرفق العام الذي هو يعد مشروع يقدم الخدمة العامة⁽³⁾، الا ان النقد الموجه إلى هذه الفكرة انها تشبه المشاريع الخاصة بالإدارة العامة، وهذا مالم يمكن القبول به ذلك ان المشروع الفردي في مجال القانون الخاص لا يستهدف أساساً إشباع حاجات المصلحة العامة بل تحقيق حاجات المصالح الخاصة لمدير المشروع يتضح مما سبق ان الباحث يرى بان النظريات التي جاءت تباعاً من أجل ايجاد مبررات لسلطة الإدارة التقديرية لم يحضى ايا منها باجماع فقهي لكونها قد تناولت فكرة السلطة التقديرية وليس أساسها، غير انها رغم الاختلافات الفقهية حول أساس السلطة التقديرية فهي تتفق مع بعضها على ان السلطة التقديرية تبقى وسيلة أساسية بيد الإدارة من أجل الوفاء بنشاطها القانوني.

(1) Pierre- Laurent frier : precis de droit administratif 3 edition – montchretien- paris -2004 -p201.

(2) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة، مرجع سابق، ص31

(3) Andre de laubadere – manuel de droit administratif-12ed-1982-LOG0D0J-P-266.

المبحث الثاني العقد الإداري

لقد احتلت العقود الإدارية مساحة واسعة من النشاط القانوني للإدارة لما لهذه العقود من أهمية خاصة في تلبية احتياجات المرافق العامة ولما تحمله من امتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة المتعاقدة بغية تمكينها من تحقيق الهدف الذي تسعى إليه وهو المصلحة العامة.

لذا فإنه من أجل ضمان تحقيق هذه العقود لغاياتها وأهدافها فإن المشرع والقضاء وكذلك الفقه الإداري قد ساهموا جميعاً في إيجاد مبادئ وقواعد تميزها عن عقود القانون الخاص من حيث الاختصاص القضائي وكذلك المعايير أو العناصر التي يجب توفرها في العقد لكي يتسم بالصفة الإدارية لذا سنتناول هذا الموضوع من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تطور الاختصاص القضائي للعقد الإداري.

المطلب الثاني: النظام القانوني ومعايير العقد الإداري.

المطلب الأول: تطور الاختصاص القضائي للعقد الإداري

لقد خضع الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية إلى مراحل منسجمة مع تطور مبادئ القانون الإداري التي كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في انضاجها تدريجياً ، وهذا ما أدى إلى تطور القواعد التي تنظم الجانب الهيكلي للقضاء الإداري من جهة وتوسيع دائرة اختصاصه تجاه منازعات العقود الإدارية من جهة أخرى، إلا أن الواقع القائم في فرنسا ليس كما هو عليه في بلدان القضاء الإداري الأخرى من حيث النشأة والتطور وكذلك القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي في هذا الميدان، رغم ذلك يمكن إيجاد قدر من التقارب أو التماثل بين الواقع القضائي الإداري القائم في دول القانون المقارن تجاه منازعات العقود الإدارية في التمييز بين ما هو قائم بين فرنسا ومصر من جهة وبين العراق والأردن من جهة أخرى لذا سنأتي على دراسة هذين النظامين القضائيين كلا على حده.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي في كل من فرنسا ومصر

يمكن تمييز واقع الاختصاص القضائي في كل من فرنسا ومصر في تولي المحاكم الإدارية في كلا النظامين مهام النظر في منازعات العقود الإدارية مع التفاوت في المصدر المانح لهذا الاختصاص بين البلدين وكما يلي:

أولاً: تطور اختصاص القضاء الإداري الفرنسي

من أجل التعرف على واقع الاختصاص القضائي تجاه العقود الإدارية في فرنسا فإنه من باب أولى لابد من بيان التطور الذي حصل تجاه البناء التنظيمي للجهاز القضائي على اعتبار ان عملية ايجاد المشرع للاجهزة القضائية تحتل الاولوية في اعتباراته من أجل اقامة نظاما قضائيا متخصصا ومتميزا عن النظام القضائي المدني لتأكيد استقلالته من الناحية العضوية وكذلك الموضوعية المتمثلة بالقواعد القانونية المنظمة للاختصاصات القانونية والمحددة لنطاقها.

1- الهيكل التنظيمي للقضاء الإداري الفرنسي

قام نابليون بونابرت عام 1799 بإنشاء جهاز استشاري وقضائي خلفا لمجلس الملك استناداً إلى المادة (52) من دستور السنة الثامنة للثورة الفرنسية، اطلق عليه مجلس الدولة بوصفه هيئة استشارية للفصل في الدعاوى المقامة ضد الدولة وتقديم المشورة للحكومة، إضافة إلى مجالس الاقاليم ذات الاختصاص المكاني العام على ان يتم الطعن بقراراتها استثناءً أمام مجلس الدولة⁽¹⁾، لقد مارس مجلس الدولة مهمة كمحكمة ابتدائية كجهة قضاء مقيدة خلال المراحل الأولى من ممارسة نشاطه القضائي لاينظر في الدعاوى الا بناء على الاحاله من قبل السلطة التنفيذية، ولايعد القرار القضائي نافذا الا بعد تصديقه من رئيس الدولة ، غير ان هذا الاختصاص المقيد لهذا الجهاز بعد ان اثبت قدرته وكفاءته وحاز على ثقة الدولة والأفراد به قد منح بموجب تشريع 24 مايو عام 1872 سلطة اختصاص مفوض لاصدار الأحكام القضائيه دون حاجة إلى تصديق لاحق من قبل السلطة التنفيذية، وكان ذلك بدأ من قراره الشهير cadot عام 1889 غير ان انتهاء مرحلة الاختصاص المقيد قد حملت مجلس الدولة خلال المرحلة التي اعقبتها حتى عام 1953 تحمله كمحكمة أول واخر درجة بسبب الكم الواسع من المنازعات المنظورة امامه مما ادى الى اجهاده ، وهذا مادفع الى ضرورة ايجاد اجهزة قضائية بجانب مجلس الدولة للتخفيف من عبئ قضائي لاعادة تنظيم اختصاصه القضائي كان ذلك عام 1953 بصدر مرسوم 30 ايلول الذي الغي بموجبه مجالس الاقاليم ليحل محلها المحاكم الإدارية ليجعل من مجلس الدولة ذا اختصاص مقيد مانحا للمحاكم الإدارية الولاية العامة لتشمل كافة المنازعات القضائية المتعلقة

(1) jaque georgel – contrats administratifs par nature –j-c-a –fasc 502 – n54.

بالإلغاء والقضاء الكامل لتكون أمام مجلس الدولة محاكم أول درجة⁽¹⁾ وبالتالي تم تأسيس قضاء بدرجتين ليصبح مجلس الدولة محكمة استئناف للقرارات الصادرة عنها وتمييز في بعض من اختصاصاته، ثم جاء التطور الجديد في التنظيم القضائي الفرنسي عام 1987 بصدر قانون (3/ كانون أول) بايجاد المشرع ثمان محاكم استئناف موزعه على عموم البلاد ليكون مجلس الدولة محكمه تمييز للنظر بمشروعية القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف، وبذلك يمكن القول بتكامل بناء الهيكلية القضائية التي اصبحت على درجات ثلاث على غرار القضاء العادي المتمثل بمحاكم الدرجة الأولى ثم محاكم الاستئناف ومحكمة التمييز أو النقض.

2- التطور القضائي الفرنسي تجاه منازعات العقود الإدارية

لقد شهد قضاء مجلس الدولة في ميدان العقود الإدارية تطوراً مستمراً متوافقاً مع الواقع السياسي والاجتماعي في الدولة الذي خضع لها مجلس الدولة كجهاز قضائي رقابي مستقل إلى التوجهات السياسية للأنظمة الحاكمة المتعاقبة في الدولة، وكذلك تأثره بالنظريات والمدارس الفقهية التي نادى بها كبار الفقهاء في ميدان القانون الإداري كالفقيه دوكي وجيز ويونار وبارتملي إضافة إلى مفوضي الحكومه في مجلس الدولة، التي كان لهم الأثر الواضح في إنضاج قواعد القانون الإداري بصورة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصورة خاصة.

لذا نجد ان واقع توزيع الاختصاص القضائي الذي كان سائداً خلال القرن التاسع عشر القائم على معيار السلطة الذي كان من شأنه جعل منازعات العقود الإدارية خاضعة إلى اختصاص القضاء المدني على اعتبارها ضمن نشاط الإدارة العادي وهذا مادفع بالمشرع الفرنسي إلى انتشار عدد من عقود الإدارة من اختصاص القضاء العادي واسنادها إلى القضاء الإداري على اعتبار ان هذه العقود هي إدارية بتحديد القانون، كما سميت كذلك (بالعقود المسماة)، غير ان قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي صدر عام 1903 في قضية تيريير (TERRIER) قد كان له اثره الكبير في التحول في تحديد اختصاص منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الإداري الفرنسي، حيث أكد مفوض الدولة (روميو) بمناسبة هذا القرار القضائي بان كل مايتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمقتضاها الحقيقي هي من اختصاص

(1) محمد عي جواد - القانون الإداري - مرجع سابق - ص35.

القضاء الإداري .. فكل الدعاوى بين الاشخاص العامة والغير أو بين هذه الاشخاص العامة المتعلقة بتنفيذ المرفق العام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه هي من اختصاص القضاء الإداري.

بناء على ذلك لقد كان لقرار TERRIER⁽¹⁾ سبباً في ظهور معيار جديد هو معيار طبيعة العقد الإداري بذاته ومدى ارتباطه بتنظيم أو تسيير المرفق العام، عليه ان كان موضوع العقد تسيير أو تنظيم مرفق عام فانه يكون عقدا اداريا بطبيعته ويخضع لاختصاص القضاء الإداري⁽²⁾ علماً ان قرار محكمة التنازع الفرنسية الصادر في 8 شباط 1973 في قضية بلانكو (BLANCO) الذي يعد مؤسساً حقيقياً لاختصاص القضاء الإداري تجاه المنازعات المتعلقة بنشاط المرفق العام، حيث قررت محكمة التنازع الفرنسية مسؤولية المرفق العام عن الاضرار الناجمة عن نشاطه تجاه الاخرين وتمثلت وقائع هذه القضية بتضرر الطفل اجنيس بلانكو نتيجة اصطدامها بعربة تابعة لمصنع تبغ يدار بصورة مباشرة من قبل الدولة، وقد رفع والد الطفلة دعواه أمام المحكمة المدنية للمطالبة بتحميل الدولة المسؤولية المدنية عن الضرر الذي اصاب الطفل استناداً إلى المواد (1382، 1384) من القانون المدني الفرنسي وعندما رفع الامر إلى محكمة التنازع فقد اسندت الاختصاص إلى القضاء الإداري للفصل في النزاع، حيث استندت إلى الاختصاص القضاء الإداري بموجب تشريع 16/24 اب 1790 الذي منع المحاكم العادية من التدخل باي شكل كان في عمل الجهاز الإداري. لقد كان قرار بلانكو وفقاً لتقدير مفوض الدولة دافيد David بخصوص هذا الحكم منشئاً للقضاء الإداري وابرز فكرة المرفق العام كأساس لمسؤولية الإدارة⁽³⁾ الا ان التطورات اللاحقة للاجتهادات القضائية قد أدت إلى تغيير.

(1) قضية تيريير terrier والمعروفة باسم قضية قتل الثعابين، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 6 شباط 1903 حيث اعلنت أحد مجالس البلدية عن مكافأة يتم منحها لكل فرد يساهم في حملة التخلص من الافاعي التي كانت تهدد السكان وقد اشرفت البلدية على حملة التطهير هذه وخصصت لها مبلغاً مالياً رصد للمساهمين في العملية المذكورة وبعد ان ساهم في الحملة السيد terrier تقدم إلى رئيس البلدية للحصول على مكافأته غير انه فوجئ بالرد من جانب البلدية ان الرصيد المالي المخصص للعملية قد نفذ وماكان من السيد terrier الا ان يتجه للقضاء ولما وصل الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي أقر باختصاصه بالنظر في هذا النزاع وهذا في حكمه الشهير بتاريخ 6/ شباط / 1903 على اساس ان الوعد بالجائزة قد تضمن اجاباً من جانب المجلس البلدي وان قيام السيد terrier بالاصطياد تضمن قبولاً ومن ثم يكون بينهما عقدا موضوعه التخلص من الافاعي التي كانت تشكل خطراً على الصحة العامة في المدينة وهذا العقد في نظر مجلس الدولة تعلق بمرفق عام.

(2) M.long, p.weil g-braibant: les grands Arrets de la jurisprudence administrative, sirey 1969 p.300

(3) محمود محمد حافظ (1998). نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص7.

القواعد المعمول بها سيما تجاه المرفق العام وارتباط نشاطه باختصاص القضاء الإداري وبشكل خاص النزاعات المتعلقة بالمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي والتجاري التي أصبحت من اختصاص القضاء العادي بعد ان كانت خاضعة لاختصاص القضاء الإداري، فقد جاء ذلك في قرار لمحكمة التنازع الفرنسية الذي صدر بتاريخ 22 كانون الثاني 1921⁽¹⁾، (الشركة التجارية لغرب افريقيا) بموجب هذا القرار اقرت محكمه التنازع الفرنسية بوجود مرافق عامة تسيير وفق ذات الشروط والقواعد التي تحكم اداء المشروعات الخاصة التي تدار من قبل الأفراد، وبموجب هذا القرار الشهير فقد ظهرت المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، ومن أجل وصف المؤسسات العامة بانها ذات طابع اقتصادي وتجاري فان القاضي يقوم بالبحث عن مدى توافر عدة معايير اهمها موضوع النشاط ومصدر الموارد الماليه وكيفية تسيير المرفق، وبناء عليه فان وصف مؤسسة عامة بانها ذات طابع اقتصادي وتجاري يترتب عليه اختصاص القاضي العادي للفصل في المنازعات المتعلقة بها وبالتالي فان العقود التي تبرمها هذه المؤسسات لا تعد عقوداً إدارية⁽²⁾. ومن جهة أخرى فقد تدخل المشرع الفرنسي في بعض الميادين لتحديد الاختصاص القضائي الذي من شأنه ان ينعكس ذلك على التعاقدات التي يقرر اخضاعها إلى الاختصاص القضاء الإداري أم المدني فقد أصدر قانون (3 / كانون الاول / 1957) الذي احاله إلى القضاء العادي منازعات الأضرار التي تنتسب بها المركبات التي تعود إلى المرافق العامة للغير وهذا يعد خروجاً على مضمون قرار بلانكو السالف الذكر.

ثانياً: الاختصاص القضائي للعقود الإدارية في مصر

أما في مصر فانها حذت حذو فرنسا في تطبيق فكرة الازدواج القضائي عند انشاء مجلس الدولة المصري بموجب القانون 112 لسنة 1946 مانحا له اختصاصات استشارية وقضائية جاعلا من محكمة القضاء الإداري الجهة المختصة بالفصل قضائياً في المنازعات الإدارية دون ان تكون ذات اختصاص عام بل محدد تجاه المنازعات التي نص عليها القانون المذكور⁽³⁾، إلى حين صدور قانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بتنظيم مجلس الدولة وتحديد اختصاصاته الذي الغي بصدوره القانون السابق وبموجب

(1) Societe commerciale de l ouesf africain (bac d eloka)-tr-c-22janvier-1928

(2) انظر M-lang -p0weil -G-braibant: les grands arrêts de la jurisprudence administrative -sirey -1969 -p0224.

(3) محمود حلمي (1977). العقد الإداري، دار الفكر العربي للطباعة، ص 73.

المادة الخامسة من القانون الجديد جعل المشرع المنازعات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة وعقود الاشغال العامة وكذلك عقود التوريد من اختصاص مجلس الدولة ، لذا يعد القانون الجديد المرحلة الأولى في اناطة منازعات العقود الإدارية إلى اختصاص القضاء الإداري (1) غير ان قانون رقم 165 لسنة 1955 قد اضاف إلى ماسبق من اختصاصه في منازعات العقود الإدارية عددا من العقود الإدارية ليكون اكثر شمولية في اخضاع جميع العقود الإدارية إلى اختصاصه. (2)

وبناء على صدور الدستور المصري لعام 1971 الذي نص في المادة (172) منه على " ان مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويتخصص بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى " لذا صدر قانون رقم 47 لسنة 1972 الخاص بتنظيم اختصاصات مجلس الدولة حيث اكدت المادة (10) من القانون على ذات الاختصاصات الواردة في قانون 165 لسنة 1955 بالنص على ما يلي (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الاتية حادية عشر المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والاشغال العامة أو اي عقد آخر).

ومن هنا يمكن القول ان اختصاص القضاء الإداري تجاه منازعات العقود الإدارية في مصر ذات نشأة تشريعية على خلاف ما هو عليه في النظام القضائي الفرنسي الذي يعد منشئ للقواعد المحدده لما هية العقد الإداري ومنازعاته.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في كل من العراق والأردن

لقد تميز واقع الاختصاص القضائي في كل من العراق والأردن عما هو عليه في كل من فرنسا ومصر بسبب حداثة تشكيل القضاء الإداري فيهما وكذلك في التماثل بين النظامين القضائيين تجاه الاختصاص المتعلق بمنازعات العقود الإدارية التي ابقاها المشرع إلى ولاية القضاء العادي، ويعود ذلك وفق وجهة نظر الباحث إلى عدد من الأسباب واهمها هو تاثر النظام القضائي في كل منهما بنظام القضاء القائم في بريطانيا التي تعد مهد النظام القضائي الموحد الذي لايعترف للادارة في ظل تعاقباتها مع الغير بامتيازات تجعلها في مركز تعاقدى اعلى من المتعاقدين معها كما هو الحال في واقع القضاء

(1) سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على اعمال الادارة، مرجع سابق، ص269.

(2) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، القرار الإداري في مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية ص158.

الإداري الفرنسي فضلاً عن خضوع النظام السياسي في كلا البلدين إلى النفوذ البريطاني وخلال مدة ليست قصيرة من الزمن.

أولاً: الاختصاص القضائي للعقود الإدارية في العراق

يمكن القول من خلال استقراء التطور التشريعي ذات العلاقة بالقضاء الإداري في العراق ان نظرية العقد الإداري لم تتضح بعد بالمقارنة مع الواقع في كل من فرنسا ومصر (1) استناداً إلى تاخر ظهور القضاء الإداري في العراق حتى تاريخ متأخر جداً، كون التنظيم القضائي فيه كان خاضعاً إلى نظام القضاء الموحد حتى عام 1989 ويعني ولاية القضاء العادي تجاه كافة المنازعات المتعلقة بين الأفراد فيما بينهم من جهة ومع الإدارة من جهة أخرى (2) وحتى عام 1989 صدر قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة (مجلس الدولة) حالياً (3) الذي نص بموجب المادة السابعة منه على انشاء محكمة القضاء الإداري لأول مره في العراق ليعلم انضمامه إلى دول القضاء المزوج للنظر بصحة القرارات والامور الإدارية الصادرة عن دوائر الدولة كافة.

حيث نصت المادة 7/ ثانياً: تشكل محكمته تسمى (محكمة القضاء الإداري) في مجلس شوري الدولة ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري في مراكز المناطق الاستثنائية ببيان يصدره وزير العدل بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شوري الدولة ينشر في الجريدة الرسمية) عدا ما تم استثناءه من اختصاصات المحكمة الحصرية التي تصدر أحكامها بدرجة أولى ليتم الطعن بها تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة، الذي خضع للتعديل الخامس عام 2013 الذي نص على انشاء المحكمة الإدارية العليا للنظر بصحة القرارات الصادرة من محكمته القضاء الإداري (4) (1)، غير ان القانون رقم 106 لعام 1989 قد اقتصر على منح محكمة القضاء الإداري بموجب المادة السابعة / ثانياً / هـ منه اختصاص النظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية دون العقود الإدارية التي

(1) محمد علي جواد نجيب خلف الجبوري، القضاء الإداري مطبعة الغفران 2010، مرجع سابق، ص 112.

(2) نصت المادة (3) من قانون السلطة القضائية العراقي رقم 6 لسنة 1963 على ما يلي (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومه وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة الا ما استثنته بنص خاص).

(3) صدر تشريع بموجبه تم تغيير تسمية مجلس شوري الدولة إلى مجلس الدولة برقم 71 لسنة 2017 ونشر في الجريدة الرسمية العراقية بالعدد 4456 بتاريخ 2017/8/7.

(4) محمد علي جواد - نجيب خلف احمد القضاء الإداري - مرجع سابق - ص 45

ابقى خضوع منازعاتها إلى القضاء المدني (1) (2) وهذا يعد من وجهة نظر الباحث نقصاً تشريعياً بحاجة إلى مراجعة المشرع العراقي للقانون الانف الذكر وذلك من أجل تكامل الاختصاص القضائي طالما ان امتيازات الإدارة تجاه المتعاقد معها لا تستند حصراً إلى النصوص العقدية بل حتى خارج العقد لاعتبارات المصلحة العامة وسير المرفق العام، الذي يتعذر على القاضي المدني اخذها بالاعتبار عند خلو العقد من النص عليها بل يقتصر على ما تقرره النصوص التشريعية والعقدية، فضلاً عن ان هناك طائفة من القرارات الإدارية ذات العلاقة بالعقود الإدارية التي يطلق عليها بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري الماسة بالمراكز القانونية للغير الذين يمكن لهم الطعن بها أمام قاضي الالغاء، وبالتالي فإن غياب الاختصاص القضائي للقاضي الإداري العراقي تجاه منازعات العقود الإدارية يبقى بحاجة إلى معالجة تشريعية، رغم ذلك ان غياب الاختصاص في منازعات العقود الإدارية لقضاء مستقل عن القضاء العادي قد اناط بالقاضي المدني البحث في الشروط العقدية لتقرير طبيعة العقد ان كان اداريا ام مدنيا مستعينا بنظرية العقد الإداري، الا انه يبقى حبيس النصوص العقدية دون امكانية الخروج عنها طالما ان العقد يخضع إلى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وفي ذلك جاء القرار القضائي الصادر عام 1963 على سبيل المثال مؤكدا لهذا التوجه عندما نص على ما يلي: (لما كان هذا العقد قد ابرمته الإدارة مع المقاول من أجل انشاء مرفق عام متمثلة بذلك باساليب القانون العام وبشروط غير مالوفة من جراء مناقصة واشترطت تامينات وغرامات تاخيرية فانه يكون عقدا اداريا متميزا عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص. (2)

ثانياً: الاختصاص القضائي للعقود الإدارية في الأردن

يمكن القول ان جهة الاختصاص القضائي تجاه منازعات العقود الإدارية في الأردن لم تختلف عما هو الحال عليه في التشريع العراقي وهو الابقاء على منازعاتها لولاية القضاء المدني رغم اهتمام المشرع الأردني باتباع المنهج المعتمد في كل من فرنسا ومصر المتمثل بايجاد قضاء اداري متخصص في

(1) ومن التطبيقات القضائية بهذا الشأن هو ما ذهبت اليه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة العراقي في قرار لها جاء فيه (ان المدعي المميز يطلب الغاء عقد القرض المبرم بينه وبين المصرف الزراعي التعاوني وان محكمه القضاء الإداري لا تنتظر في مسائل العقود سواء كانت مدنية ام ادارية) عبر النت.

(2) القرار القضائي الصادر في 31/ تشرين الثاني - 1963 نقلا عن محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية - مرجع سابق ص 49.

ميدان دعوى الالغاء، لذا كانت البداية الحقيقية هي بصدور قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم 11 لسنة 1989 الذي نص على انشاء محكمة عدل عليا كمحكمة قضاء اداري مستقلة عن المحاكم النظامية، كما ان انشاءها قد خفف العبء عن كاهل محكمة التمييز كونها اصبحت تمثل أول واخر درجة للقضاء الإداري⁽¹⁾ ولقد استمر نفاذ القانون رقم 11 لسنة 1989 لحين صدور قانون رقم 12 لسنة 1992 المنظم لاختصاصات محكمة العدل العليا.

حتى عام 2014 حيث صدر قانون القضاء الإداري برقم 27 لسنة 2014 الذي نص على انشاء المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا الذي يعني تحقيق التكامل من الناحية الهيكلية للقضاء الإداري في الأردن الذي جاء استناداً إلى المادة (100) المعدلة من الدستور التي اوجبت انشاء قضاء اداري على درجتين⁽²⁾ الذي بقي بعيداً عن منازعات العقود الإدارية.⁽³⁾

وبهذا الصدد يرى الباحث ان اناطت المنازعات العقود الإدارية إلى قضاء مستقل عن القضاء العادي يقتضي معه ايجاد مؤسسات قضائية تتولى تاهيل قضاة متخصصين في ميدان العقود الإدارية لكي يمكن للقاضي المختص اقامة التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة وضمن حقوق المتعاقد مع الإدارة من جهة أخرى، لان القاضي المدني لا يملك القدر الكافي من الخبرة في الاجتهادات المطلوبة تجاه المنازعات العقديه الخاضعة للتطور المستمر.

المطلب الثاني: النظام القانوني ومعايير العقد الإداري

ان التطور الذي شهدته العقود الإدارية من حيث المبادئ العامة التي تحكم إبرامها واساليب انعقادها وكذلك الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة تجاه المتعاقدين معها حتى خارج نطاق النصوص العقدية فانها اصبحت تشكل نظرية متكاملة تتميز بوضوح عن عقود القانون الخاص تخضع إلى نظام قانوني خاص بها إضافة إلى معايير تميزها عن غيرها من العقود، لذا سنأتي على دراسة هذا المطلب من خلال

(1) انظر حمدي قبيلات _ الوجيز في القضاء الإداري _ دار وائل للنشر _ عمان _ 2011_ص115؛ ومحمود محمد حافظ _ القضاء الإداري في الأردن _ مرجع سابق _ص49.

(2) لذا نصت المادة (1/95) من نظام المشتريات الحكومه الأردني رقم 18 لسنة 2019 على اختصاص المحاكم العادية في نظر المنازعات العقدية حيث نصت على مايلي (تكون المحاكم الأردنيه هي المختصة بالنظر في تسوية المنازعات الناشئه عن تنفيذ العقود المبرمه بموجب أحكام هذا النظام وتكون التشريعات الأردنيه واجبة التطبيق مالم تنص وثائق العقد على خلاف ذلك).

(3) نعمان احمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع _ 2011_ ص507.

الفرعين التاليين: الفرع الأول: النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، الفرع الثاني: معايير العقد الإداري.

الفرع الأول: النظام القانوني للعقد الإداري

تخضع العقود الإدارية على مختلف اغراضها إلى قواعد تشريعية واخرى قضائية تميزها عن التي تحكم عقود القانون الخاص تبعاً للاهداف التي تسعى إلى تحقيقها المتمثلة بالمصلحة العامة وحاجات المرفق العام مما تشكل في مجموعها نظرية متكاملة ومستقلة في أحكامها التي يمكن ان تكون ذات نشأة قضائية وليس تشريعية كان لدور مجلس الدولة الفرنسي الاثر الواضح في ايجاد معايير العقد الإداري والاسس التي يقوم عليها لذا سنتناول ما يلي:

أولاً: التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني

تعد نظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبياً مقارنة بنظرية العقد المدني الذي يعد مصدراً لجميع انواع العقود تستقي منه العناصر المكونه لاي علاقة عقدية، لذا فقد اثير جدلاً فقهيها عن الطبيعة القانونية للعقد الإداري ان كان يتسم بالاستقلالية عن غيره من العقود ام انه ذو طبيعة لا يختلف عن عقود القانون الخاص على اعتبار ان العقد الإداري كسائر العقود الاخرى ناتج عن توافق ارادتين لانشاء التزام تعاقدية لذا فقد برز اتجاهين فقهيين حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإداري.

اولهما تزعمه العميد دوكي Doquit الذي اكد على انه لوجود أساساً للتمييز بين فكرة العقد الإداري وبين العقد المدني، طالما انهما متفقان في عناصرهما الجوهرية ، فالعقد الإداري يتمتع دائماً بالخصائص ذاتها للعقد المدني، الذي تحكمها عناصر ثلاث جوهرية وهي ركن الرضا أي ان يكون العقد صحيحاً صادراً عن الجهة الإدارية المختصة مع وجوب توفر ركن السبب المشروع، كذلك ركن المحل اي مضمون العقد، الا ان الاختلاف بين العقدين الإداري والمدني من وجهة نظر العميد دوكي هو الاختصاص القضائي حصراً الذي بموجبه يتم اخضاع العقد الإداري إلى قضاء متخصص هو القضاء الإداري وليس المدني طالما ان الإدارة تظهر في العقد الإداري كسلطة عامة ، من هنا فان العقد الإداري وفقاً لهذا المفهوم اصبح يشكل نظرية لها خصائصها التي ترتبط بالمرفق العام الذي يعد الوسيلة بيد الإدارة للوفاء بالحاجات العامة ، تهدف إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ، والدليل على فكرة الاختصاص كأساس للتمييز بين العقدين الإداري والمدني وهو حالة اخضاع العقود التجارية التي هي

احد انواع عقود القانون الخاص إلى قضاء متميز هي المحاكم التجارية وليس المحاكم المدنية، غير ان الفكرة التي قدمها دوكي، بالرغم من اتسامها بقدر من المقبولية الا انها واجهت نقدا ومعارضة من قبل فقهاء اخرون الذين قدموا فكرة تتسجم مع تطور فكرة المرفق العام واتساع اهميتها تجاه العقود الإدارية، وكان على راسهم الفقيه دي لوبادير (de laubadere) وكذلك الفقيه جيز (jeze) وفيدل (vedel) إلى ان العقد الإداري يكون خاضعا إلى نظام خاص يختلف تماما عن النظام الذي يخضع له العقد المدني وذلك لاختلاف المصدر لكل من العقدين سواء تعلق ذلك بالمبادئ الخاضعة للمنازعات وكذلك لاختلاف الغاية التي يسعى إلى تحقيقها كلا من اطراف العقد، فالمصلحة العامة التي هي هدف الإدارة المتعاقدة تعلق على الغاية التي يسعى المتعاقد معها وهي المصلحة الذاتية لهذا يمنح العقد الإداري للشخص العام امتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها مع تخويلها سلطة تقديرية واسعة ومن أجل ضمان تحقيق الغرض الذي من اجله ابرم العقد الإداري (1) عندما بادر إلى جعل منازعاتها إلى اختصاص القضاء الإداري ومن ثم تولى القضاء الإداري بصياغة شروط العقد وخصائصه كما سنراها لاحقا.

ولقد ساهم المشرع وكذلك القضاء والفقهاء الإداري بانضاج نظرية العقد الإداري القائمة على ايجاد قدرا من التوازن بين مقتضيات مصلحة المرفق العام التي تقضي التضحية بالشروط العقدية عندما تصبح غير متوافقة مع متطلبات المصلحة العامة التي يهدف العقد الإداري إلى تحقيقها عندما يقتضي تدخل الإدارة بتغييرها بل وصولا إلى فسخ العقد بارادتها المنفردة مع ضمان حقوق المتعاقد معها انطلاقاً من الفكرة القائلة ان المتعاقد مع الإدارة هو كطرف متعاون مع الإدارة من أجل ضمان تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، اكثر من ان يكون خصما دائماً، لذا جاءت نظريات العقد الإداري تقضي بحق المتعاقد تجاه الإدارة بمد يد العون له كلما واجه صعوبات في الاستمرار بتنفيذ العقد الإداري دون ان يتمسك ايا منهما بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكمه القانون المدني، ان الخصائص التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري قد أرتبطة بفكرة المرفق العام أساسا وكما سنراها تباعا: - (2)

(1) Andre de laubadere – manuel de droit administratif OP.cit.p.31.

(2) مال الله جعفر عبد الملك (2014). حقوق المتعاقد مع الإدارة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص569.

ثانياً: نظرية العقد الإداري والمرفق العام

ان ظهور فكرة المرفق العام كأساس للقانون الإداري منذ قرار (بلانكو) عام 1973 وما أعقب ذلك من قرارات قضائية شهيرة ساهمت بشكل مباشر بتعزيز وتوثيق علاقه بين العقد الإداري والمرفق العام الذي أصبح وجوده مرتبط بسير المرفق العام بانتظام واطراد ويعد الهدف الذي أجله يبرم العقد الإداري فماهي النتائج المترتبة عليه بقدر تعلق علاقته بالعقد الإداري؟

1- دوام سير المرفق العام

يعد مبدأ دوام سير المرفق العام من مبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام ذاته ويعني الحاجة الجماعية الذي من أجلها يتم انشاء المرفق العام، التي يمكن بلوغها من خلال الاداء الوقتي أو المنقطع أو الاداء غير المنتظم للمرفق، لذلك يجب ان يكون تقديم الخدمة التي يتم انشاء المرفق العام من أجل اشباعها بصورة دائمة ومنتظمة طالما الأفراد قد نظموا حياتهم على أساس ديمومة نشاطه ومفترضين استمرار سيره دون توقف كمرفق النقل بسكك الحديد أو مرفق الماء والكهرباء والصحة ... إلخ).⁽¹⁾

لذا ان مبدأ دوام سير المرفق العام يعتبر مبدأ أساسي إلى الحد الذي اتجه جانبا من الفقه الفرنسي إلى اعتباره من بين المبادئ الدستورية على أساس ارتباط سير المرافق العامة بديمومة وجود الدولة ذاتها واستناداً لذلك فانه يترتب عليه بان كل ما من شأنه إيقاف أو تعطيل سير المرفق العام يجب التصدي له، ولا سيما في شان استمرارية تنفيذ العقد الإداري وبالعكس. ان كل مامن شأنه ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد يتم دعمه وتقويته ومساندته⁽²⁾ لذلك فان دوام المرفق العام يتطلب بقدر تعلق الامر بالعقد الإداري هو وجوب استمرار التعاقد بتنفيذ العقد دون توقف رغم ما يواجهه من صعوبات فنية أو مالية لارتباط العقود الإدارية بتحقيق اغراض المرفق العام.

2- مبدأ المساواة بين المتنافسين للتعاقد مع الإدارة

ان مبدأ المساواة وفقا لمعناه العام يقوم على مفهومين هما:

(1) محمد عبد الحميد ابو زيد (1976). دوام سير المرافق العامة، دار النهضة، القاهرة، ص2.

(2) مصطفى ابو زيد فهمي (2005). نظرية المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص38.

أ- المساواة ضمن القاعدة القانونية على اعتبارها من مهام السلطة التشريعية التي يحرص عند صياغته لها ان تكون موجهة إلى فئة من المخاطبين بها دون تمييز أو محاباة فيما بينهم، اي يجب ان يعامل كل المراكز المماثلة بطريقة متطابقة، وبعبارة أخرى تصبح القاعدة القانونية غير دستورية.

ب- المساواة أمام القاعدة القانونية: وهي من مهام السلطة التنفيذية التي تتولى تطبيق القاعدة القانونية وفقا لإرادة المشرع الهادفة إلى المساواة بين المخاطبين بها وبعبارة أخرى نكون أمام حالة مخالفة القانون أو انحراف السلطة منما يؤدي الى اثاره مسؤولية الادارة وابطال تصرفها. (1)

3- قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل

يقصد بهذا المبدأ ان نشاط المرفق العام على اختلاف اشكاله واغراضه موجه لتحقيق المنفعة العامة وعندما يصبح هذا النشاط غير متوافق مع متطلبات المصلحة العامة للأفراد بسبب طريقة ادارة أو تسيير المرفق العام أو لتخلف الوسائل الفنية المستخدمة في ادارته عندها يقتضي تدخل السلطة الإدارية من أجل ضمان الابقاء على الغاية التي من اجلها انشئ المرفق العام (2) وبالتالي فان الفسخ الإداري للعقد الإداري بارادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد يأتي ضمن نطاق مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل الذي يعد من المبادئ العامة للقانون (3)

الفرع الثاني: معايير العقد الإداري

يمكن القول بان العقد الإداري لم يحظى بمبادرة من المشرع في تقديم تعريفا محددا للعقد الإداري يحمل خصائص هذا العقد تحاشيا منه بعدم وضع هذه الخصائص في قوالب قانونية تتصف بالجمود مما يصعب معه تعديلها أو تغييرها لاحقا عندما يقتضي الامر ذلك.

لذا اكتفى المشرع الفرنسي سابقا باضفاء صفة المصلحة العامة على بعض العقود من خلال اسناد منازعاتها إلى القضاء الإداري حصريا، لذا اطلق عليها الفقه الإداري بالعقود الإدارية بنص القانون أو بارادة المشرع (3)، غير ان ما يؤخذ على هذا التحديد التشريعي من وجهة نظر الباحث هو عندما يتضمن

(1) مصطفى ابو زيد منهي : نظرية المرفق العام - مرجع سابق - ص 50

(2) ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - المجلد الاول - دار النهضة العربية - القاهرة - 1966 - ص 16.

(3) محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 49.

العقد على عناصر متعددة ومن بين هذه العناصر ما يقتضي ان يكون اختصاصها مناط في منازعاته إلى القاضي الإداري بنص القانون، كعقد الاشغال العامة، عند أحتواء العقد على عنصر توريد للمواد المطلوبه في عمليات الانشاء وعنصر تصنيع ضمن اطار عقود نقل التكنولوجيا، لذا فان القاضي الإداري يقتضي منه تكييف العقد استناداً إلى معايير تتعلق بأهمية كل عنصر من هذه العناصر ومدى شموليته من حيث عدد فقرات العقد المبرم ليقرر ان كان احد العناصر الثلاث له الارحية في تكييف العقد على العنصرين الاخرين الذي يعود إلى سلطة القاضي التقديرية في وصفه للعقد من حيث الموضوع والاختصاص القضائي حتى لو تدخل المشرع باضفاء الصفة الإدارية عليه، وهذا مما يضعف من أهمية التحديد المسبق لطبيعة العقد من قبل المشرع؛ لذا جاءت المعايير القضائية لتكون لها الاولوية في تكييف العقد التي سنتناولها تباعاً.

المعايير القضائية للعقد الإداري

من أجل التمييز بين العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص كان الدافع إلى بذل القضاء والفقه الإداريين لاسيما في فرنسا الجهود من أجل تحديد الشروط والعناصر الواجب توافرها في العقد لكي يكون اداريا من عدمه ولقد استقر القضاء الإداري على عناصر ثلاث أساسية وهي العنصر العضوي المتمثل بالشخص العام والعنصر الموضوعي يراد به المرفق العام والعنصر المادي هي الشروط الاستثنائية وغير مالوفة في عقود القانون الخاص التي سنأتي على دراستها تباعاً.

أولاً: الإدارة طرفاً في العقد

يمثل هذا العنصر الجانب (العضوي) في المعيار المميز للعقد الإداري الذي يستند في المقام الاول على صفة المتعاقدين، فالعقود الإدارية تعد طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فان العقد الذي لا يكون احد طرفية شخصاً من اشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقدا اداريا⁽¹⁾، كما ان الجهة الإدارية المتمثلة بصفه دوله، وزارة، محافظة يجب ان تتعاقد على كونها سلطة عامة فان تعاقدت باعتبارها شخص من اشخاص القانون الخاص فالعقد يكون مدنيا وليس إدارياً.⁽²⁾

(1) C.E. 13 DECEMBRE 1963 syndicat des praticiens de l'art dentaire du departement du nord

: انظر de laubadere – delvolve–moderne: traite des contrats administratifs–op.cit–p.360

(2) انظر _ جابر جاد نصار _ العقود الإدارية _ الطبعة الثانية _ 2005 _ دار النهضة العربية _ ص 34.

من جهة أخرى ان من خصائص المعيار العضوي للعقد الإداري، ان الشخص العام يجب ان يحتفظ بصفة العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد فان افتقدها اثناء ذلك بان يتحول إلى أحد اشخاص القانون الخاص وهو ما يعرف (بخصصة المشروعات العامة) فان العقد يفقد صفته الإدارية ويصبح عقدا مدنيا ويخضع لأحكام القانون الخاص واختصاص القضاء العادي دون الإداري. (1)

ان مصطلح الإدارة كمعيار عضوي للعقد الإداري قد لا يقتصر على إطار السلطة التنفيذية بل قد يمتد إلى امكانية السلطتين التشريعية والقضائية في إبرام العقود الإدارية، رغم مغايرة اختصاصاتهما الحصريه عن ميدان التعاقدات الذي يمكن للوحدات (2)، الإدارية التابعه لها تولي إبرام العقود وذلك تماشيا مع اصدارها للقرارات الإدارية كتعيين الموظفين في دواوينها مثلاً. (3)

بهذا الصدد نصت تعليمات العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 العراقية في مادتها (1-4-1) بما يلي:

أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الاعلى والامانة العامة لمجلس الوزراء أو الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات المحسوبة على الموازنات الاستشارية الجارية والتشغيلية.

ب- الشركات العامة عند تنفيذها لمشاريعها المدرجه في المنهاج الاستثماري أو الجاري الممول من الموازنات العامة.

كما في ذات الاتجاه قد اقر كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري على اعتبار العقود المبرمة من قبل النقابات المهنية على انها عقودا إدارية مانحين إلى هذه النقابات الشخصية المعنوية العامة فهي بالرغم من انها لا تعد مؤسسات عامة بل مؤسسات ذات نفع عام طالما ان انشائها مستندا إلى القانون

(1) محمد سعيد حسين امين (2005). العقود الإدارية _ دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ص32.

(2) حيث يمكن التأكيد على امكانية هاتين السلطتين ابرام عقودا ادارية اسوة بالسلطة التنفيذية وذلك بواسطة الوحدات.

(3) لؤي كريم عبد (2011). الاسس القانونيه اللازمه لمشروعية العقد الإداري واهميتها في اداء السلطة العامه لواجباتها _ مجلة ديبالي _ العدد الثالث والخمسون، ص3.

المانح لها عددا من الامتيازات التي تستعين بها من أجل تحقيق أهدافها، كإيقاع العقوبات التأديبية تجاه منتسبيها واستيفاء الرسوم المنصوص عليها قانوناً. (1)

بالمقابل لقد اعترف القضاء الإداري بالصفة الإدارية لبعض العقود التي لا تكون أحد اطرافها شخصاً عاماً الذي يأتي استثناء على المعيار العضوي كطرف في العلاقة العقدية كحالة الوكالة عن الشخص العام ومن تطبيقات ذلك. (2)

1- اقرار القضاء الإداري الفرنسي حالة العقد المبرم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص بأنه عقدا اداريا عندما يكون أحد الطرفين وكيلا عن شخص عام.

جاء ذلك في قرار (لمحكمة التنازع الفرنسية الصادر في 8/ تموز/ 1963 مؤسسة (Peyrot) بصفتها شركة ذات اقتصاد مختلط تتولى تنفيذ طريق للمرور السريع، حيث ان محكمة التنازع قد اخذت بالاعتباران تنفيذ طرق المرور السريع يعود تقليديا إلى الدولة التي تتولى تنفيذها مباشرة من قبلها، وبالتالي فان العقود المبرمه من قبل شركة الامتياز تاتي استثناء على الاسلوب التقليدي لذا يكون التعاقد بين الشركة الملتزمة والمقاول لحساب الشخص العام عقداً إدارياً.

ولقد اثار هذا الحكم القضائي جدلا فقهيها بسبب اعتبار العقد اداريا رغم غياب أحد عناصر العقد الإداري هو العنصر العضوي، رافضاً الاتجاه الاول لهذا الاستثناء بينما اقام الاتجاه المؤيد حجته على أساس ان الانفاق المالي بتنفيذ هذا النوع من العقود المبرمه بين شخصين من اشخاص القانون الخاص مصدره المال العام، علما ان قضاء محكمة التنازع قد أكد هذا الاستثناء في قرارات لاحقة الا انه ضمن نطاق محدود جداً. (3)

2- حالة اعتبار القضاء الإداري الفرنسي للعقد المبرم من قبل دولة فرنسا لحساب منظمة دولية على كونها عضوا في هذه المنظمة بان العقد هو اداريا.

ثانياً: اتصال العقد بالمرفق العام

(1) Andre de laubadere et p.Delvolve _ droit public economique precis _Dalloz .5 Edition. 1 1986, p.172.

(2) George vedel. et pierre Delvolve : droit administratif _ed _themis .1982 .p.332

(3) M. lang. p. weil _ G_Braibant: les grands Arrets da la jurisprudence administrative _p310

وهو العنصر الثاني من العناصر المكونة للعقد الإداري ويطلق عليه بالعنصر الموضوعي في العقد الإداري الذي يعد عنصراً أساسياً في تكوين العقد ليكون إدارياً من عدمه حتى وقت قريب عندما تراجع هذا المعيار بحيث لم يعد وحده يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة.

لقد خضع تحديد تعريف المرفق العام إلى مفهوم عضوي وآخر موضوعي:

المفهوم العضوي: يقصد به المنظمة أو الجهاز الإداري القائم بالنشاط الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ويعد تعبير المرفق العام وفقاً لهذا المفهوم مرادفاً لكلمة إدارة. (1)

المفهوم الموضوعي: الذي يراد به كل نشاط يهدف إلى إشباع حاجات عامة وتقوم به السلطات العامة أو تحت إشرافها في إطار نظام قانوني متميز. (2)

لقد ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية هو السابق ذكره حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية تيريير Terrier الصادر في 6/ شباط / 1903 (3) حين أكد مفوض الدولة (روميو) في تقريره تجاه هذا الحكم القضائي على أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة هي من اختصاص القضاء الإداري، فكل الدعاوى بين الأشخاص العامة والغير (أفراد أو شركات) أو بين هذه الأشخاص العامة نفسها متعلقة بتنفيذ مرفق عام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه هي من اختصاص القضاء الإداري. أن حكم (تيريير) يعد توسعاً في تحديد اختصاص مجلس الدولة كما أشرنا إليه سابقاً تجاه منازعات العقود الإدارية بعد أن كان المشرّع هو الذي يتولى تحديد الاختصاص القضائي في نظر منازعات العقود الإدارية حصراً إلا أن القضاء الإداري اعتمد مبدأً لتحديد ماهية العقد الإداري تبعاً لطبيعته الذاتية ومدى ارتباطه بتنظيم أو تسيير المرفق العام وعلى هذا الأساس شيدت فكرة العقود الإدارية بطبيعتها. (4)

(1) محمد سليمان الطماوي - الأساس العامة للعقد الإداري - مرجع سابق ص 68.

(2) حمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة - في العقود الإدارية - رسالة جامعية عين شمس - 1983 - ص 10

(3) ثروت بدوي (1963). نظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، ص 63.

(4) C. E. 6 fevrier 1903 Terrier Rec . 94 _conclusion romieu

لذا فان حالة غياب المرفق العام عن العقد لا يعد عقدا ادارياً، بل ان القضاء الإداري الفرنسي ذهب إلى ابعده من ذلك في منح الصفة الإدارية حتى لو خلا العقد من الشروط الاستثنائية كما سنراه لاحقاً إذا كان العقد من شأنه اشراك المتعاقد نفسه في تسيير المرفق العام. (1)

وبناء عليه رفضت محكمة التنازع الفرنسية اضافة الصفة الإدارية للعقد المبرم بين مؤسسة كهرباء فرنسا وشركة لتوريد محولات لمركز كهربائي لأن العقد لا يهدف إلى اشتراك الشركة المتعاقدة في تنفيذ المرفق العام، (2) وفي هذا الاتجاه أيضاً قضت محكمة التنازع الفرنسية في 2000/2/14 بان خضوع العقد لقانون الصفقات العامة لا يمكن ان يمنحه وحده طابع العقد الإداري في حين انه يشرك المتعاقد في تنفيذ المرفق العام ولا يتضمن اي شرطاً استثنائياً وغير مالوف في عقود القانون الخاص. (3) وبهذا الصدد فإن القضاء الإداري الفرنسي قد خرج عن المعيار العضوي وهو المرفق العام مانحاً لعقد الصفة الإدارية في اعتماده معيار المصلحة العامة استثناءً جاء ذلك في قرار لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1921 في قضية (monsegur) حيث ارتبط ذلك بواقعة سقوط حجره على طفل كان يلهو في كنيسة تحت الانشاء وعند المطالبة بالتعويض فان قضاء مجلس الدولة ذهب إلى اعتبار الأعمال الجارية في الكنيسة هي اشغال عامة رغم غياب الرابطه بين هذه الأعمال والمرفق العام والدومين العام فقد اسس حكمه على مبدأ المصلحة العامة التي نادى بها الفقيه الفرنسي فالين Walin كمعيار للعقد الإداري التي تهدف إليها هذه الأعمال حيث ان قرار (مونسيكور) يؤكد على فكرة قائمة بان المصلحة العامة ان كانت هي غاية المرفق العام الا ان وجودها لا يعني بالضرورة ارتباطها بنشاط المرفق العام، بمعنى ان نطاق المصلحة العامة الهادف إليها نشاط الإدارة هي اوسع من ميدان المرفق العام. (4)

ثالثاً: اتجاه نية الإدارة في الاخذ بأسلوب القانون العام

يراد بالعنصر الثالث للعقد الإداري ويليضاف إلى العنصرين السابقين هو تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مالوفة في عقود القانون الخاص، أي التي لايجوز للأفراد ادراجها في عقودهم أو انها غريبة في النص عليها بالعقد، لذا عرفها مجلس الدولة الفرنسي بانها تلك الشروط التي تمنح أحد

(1) J-georgel – contrat administratif par nature –op.cit 630.

(2) T.C.17-ferrier-2000 credit lyonnais delectricite de France- Rec. p.201.

(3) T. C. 11-fevrier-2000. Commune des Buie –mahaut.

(4) C. E. le juin 1928 -cne de monsegur rec 537.

الاطراف المتعاقدين حقوقاً أو تحمله بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن ان يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية والتجارية. (1) اما محكمه التنازع الفرنسية فقد عرفت بانها تلك الشروط التي تختلف في طبيعتها عن تلك التي يمكن ان ينص عليها في عقد مماثل من القانون الخاص- (2) ان ما يمكن استنتاجه من التعريفات اعلاه هو قدرة الإدارة عند لجوئها للتعاقد التمسك بامتيازاتها وسلطاتها تجاه المتعاقد معها بالتعبير عن ارادتها بتضمين العقد شروطاً استثنائية وغير مالوفه في عقود القانون الخاص، وهو ما يطلق عليه بالعنصر المادي للعقد الإداري (3) التي يتم استخلاصها من قبل القضاء الواردة في شروط العقد ونصوصه اي يقع على القاضي المختص عبئ البحث عن نية الإدارة والكشف عن اتباعها اساليب القانون العام من عدمه.

تعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي ويمثل الحكم الصادر في 31/تموز/ 1912 في قضية (الكرانيت) ذا أهمية خاصة لانه يمثل تاريخ الاخذ بهذا المعيار لاضافته إلى المعيارين السابقين لوصف عقد معين بالإداري (4) حيث قرر مجلس الدولة باخضاع المنازعه بين الشركة المتعاقدة والإدارة إلى اختصاص المحاكم المدنية استناداً إلى ان العقد كان موضوعه توريد أحجار الكرانيت وفقاً لنفس القواعد والشروط التي تحكم العقود بين الأفراد العاديين، أن ما حمله قرار (كرانيت) من جديد هو اعلان مجلس الدولة عدم كفاية اتصال العقد بالمرفق العام لاعتبار العقد إدارياً بل يتعين احتوائه على شروط استثنائية وغير مالوفه في القانون الخاص، وقد اوضح مفوض الحكومه (بلوم) في تقريره ان العقود المبرمه لصالح مرفق عام يمكن ان تكون إدارية أو عقود مدنية مما أضاف إلى أهمية الشروط الاستثنائية وغير المالوفه كمعيار للمرفق العام هو تراجع معيار المرفق العام الذي كان لغاية عام 1921 في النظام القانوني الفرنسي يعد معياراً قائماً بذاته لتحديد إدارية العقد من عدمه، بسبب

(1) F.B. Benoit – Dommages resultant des travaux public J.C.A. france 165 .1983 .p-u

(2) didier trucher : la valonte des parties – dalloz-1985-p143 T.C.19/ 6/1952 – ste des combustibles – revue de droit – public –p.627

(3) عمار عوايدي – القانون الإداري – النشاط الإداري – الجزء الثاني – الطبعه الاولى – ديون المطبوعات الجامعية الجزائر 2002- ص 194

(4) ثروت بدري -مرجع سابق -ص 134

صدر قرار محكمة التنازع الفرنسية في قضية (الوكا) Bac. d Eloka ⁽¹⁾ المتعلق بالمرافق العامه الاقتصادية والتجارية التي أصبحت من اختصاص القضاء العادي.

بيد ان حكم مجلس الدولة في قضية EPOUX BERTIN عام 1956 ⁽²⁾ قد اعادالى معيار المرفق العام اهميته في تكييف العقد إلى ماكان عليه قبل صدور قراره في قضية (الكرانيت) الذي قضى فيه انه متى كان محل العقد قد عهد إلى أصحاب الشأن تنفيذ المرفق العام ذاته فانه يكفي بذاته في جعل العقد اداريا حتى لو لم يتضمن شروطا غير مالوفة في القانون الخاص.

ان اتجاهات القضاء الإداري الفرنسي في تحديد ماهية الشروط الاستثنائية يمكن حصرها في

اتجاهين:

الاول: ان الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لايجوز اشتراطها إلا من قبل اشخاص تتمتع بالسلطة العامة.

الثاني: الشروط التي لم تجري العادة على اشتراطها في عقود القانون الخاص.

بهذا الصدد يرى الفقيه لوبادير ان الشروط غير المالوفة هي التي تحمل في طياتها الطابع الإداري وتدرج في العقد من أجل تحقيق الاهداف التي يسعى إليها القانون العام ويصبح الشرط غير مالوف كان أساسه اعتبارات الصالح العام التي يمكن وجودها في العلاقات العقدية بين اشخاص القانون الخاص ⁽³⁾

صور الشروط الاستثنائية وغير المالوفة في عقود القانون الخاص

ان الاخذ بالاساليب القانون العام يمكن ان تتضمن الشروط العقدية عددا من المضامين ومن اهمها: الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة اي احتوائها على عنصر أو امتيازات السلطة العامة التي تعد مستحيلة التحقق في عقود الأفراد، ومثاله ما تتضمنه كراسة الشروط من التزام المتقدم بعبثائه بمجرد

(1) societe commerciale de L ouest africain –op.cit

(2) C.E. 20/4/1956 Epoux bertin – rec .p.167 rene chapus – droit administratif general tome-1-1995-p500

(3) De laubadere: traite theorique et pratique des contrat a dministratif – paris – L-G-D-J- 1956. p88

تقديمه بأنه لا يستطيع العدول عنه إلا بعد البت في المناقصة⁽¹⁾ دون التزام الإدارة تجاهه بالتعاقد معه، وقد تظهر هذه الشروط في البنود المتعلقة بتنفيذ العقد كسلطة الإدارة بالتنفيذ المباشر.

كذلك شروط تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير ويتم بتفويض من قبل الإدارة بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير، كما هو عقد التزام المرفق العام في منح الملتمزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام.⁽²⁾

وبالمقابل فإن الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد هي التي تحمل طابع القانون العام كالشروط المتعلقة بسلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها التي ترتبط بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، والشروط المانحة للإدارة الحق في تعديل العقد الإداري المرتبطة بقاعدة قابلية المرفق العام للتغيير.⁽³⁾

وخلاصة القول تتميز الشروط الاستثنائية التي تنتم بطابع السلطة العامة عن الشروط غير المألوفة التي هي ممكنة وجائزة في عقود القانون الخاص ولكنها قليلة الاستعمال، حيث يحمل الشرط الاستثنائي قرينة قاطعة على الصفة الإدارية للعقد الذي تتضمنه بينما الشرط غير المألوف يظهر عن وجود قرينة بسيطة على اتجاه إرادة المتعاقدين نحو اتباع أساليب القانون العام ولكنها قرينة تنتهي بمجرد اثبات ما يخالفها.⁽⁴⁾

حالات انتفاء أهمية الشروط الاستثنائية

أ- في حالة إبرام الإدارة عقوداً إدارية بطبيعتها مثال ذلك عقد امتياز المرفق العام وعقد الأشغال العامة فإنها تعد عقوداً إدارية تتفق مع مقتضيات المرفق العام وتحتوي على شروط تتصل

(1) محمد عبد الواحد الجميلي: ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري-دار النهضة العربية 1997 -ص 133.

(2) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 76.

(3) محمد سعيد حسين امين - العقود الإدارية - مرجع سابق -ص 70

(4) ثروت بدري - مرجع سابق -ص 41

بتنظيم المرفق وتسييره كالشروط اللائحية في عقد التزام المرفق العام وفي هذه الحالة تعد عقود بحكم اتصالها الوثيق بالمرفق العام، فلا حاجة للبحث عن الشروط الاستثنائية غير المألوفة. (1)

كما ان محكمه استئناف باريس قد منحت في قرار لها عام 1954 إلى شروط عقديه صفه شروط استثنائية تلك التي تحتفظ بموجبه الإدارة الحق في مراقبة ظروف استغلال المشروع بطريقة الاشراف عليه باصدار الاوامر إلى المستغل وتوقيع الجزاءات المالية بحقه كما ان حكم مجلس الدولة الفرنسي في 26/حزيران/1965 يعتبر من الأحكام التي تشير بوضوح إلى شروط الاستثنائية الواردة في عقد طرفه بلدية باريس ويتضمن شروط ثلاث:

- 1- حق البلدية بمنع اي احتفال غير منصوص عليه في العقد
- 2- الاحتفاظ لنفسها بحق فسخ العقد من قبلها وحدها
- 3- حقها في مراقبة إيرادات الشركة المستغله. (2)
- 4- حالة افتقاد العقد صلته بالمرفق العام فانه لايمكن ان يكون اداريا حتى لو تضمن شروطا استثنائيا.

(1) محمد ماهر ابو العينين - العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وافتاء مجلس الدولة - الجزء الرابع - مرجع سابق - ص 381

(2) محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 48

المبحث الثالث

حدود السلطة التقديرية للإدارة تجاه إبرام وتنفيذ العقد الإداري

يمر العقد الإداري بمرحلتين أساسيتين هما مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه، وتختلف ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية ضيقاً تارة واتساعاً تارة أخرى تبعاً لهاتين المرحلتين:

ففي المرحلة الأولى المتمثلة بالاجراءات السابقة على التعاقد ومن ثم الصياغة العقدية فإن الإدارة تتمتع بهامش ضيق من السلطة التقديرية، حيث تمارس اختصاصاتها بصورة محدوده وبطريقة مرسومه سلفاً، في ظل الاطر الاجرائية المنصوص عليها قانوناً، وذلك بهدف حماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة ويشترط المشرع على الإدارة القيام بعدد من الاجراءات التمهيديّة ذات الطبيعة الفنية والمالية وكذلك القانونية بينما تتسع ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في مرحلة تنفيذ العقد نظراً لعدم قدرة المشرع من التوقع مسبقاً لما قد يواجهه المتعاقدان من صعوبات أو مستجدات خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري لاسيما التي تحتاج إلى مدد طويلة نسبياً من الزمن، فضلاً عن اعتراف المشرع بتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة التي تمنحها حقوق حتى خارج النصوص العقدية لغرض تامين تحقيق الهدف الذي من اجله ابرم العقد ، لذا سنأتي على دراسة الموضوع من خلال المطالبين الاتيين:

المطلب الاول: حدود السلطة التقديرية للإدارة في المرحلة السابقة على تنفيذ العقد الإداري.

المطلب الثاني: حدود السلطة التقديرية في مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الأول: حدود السلطة التقديرية في المرحلة السابقة على تنفيذ العقد الإداري

تتمثل المرحلة السابقة على تنفيذ العقد الإداري بعدد من الاجراءات المرسومة من قبل المشرع التي تحمل جزء منها صفة تمهيدية يطلق عليها بالاجراءات السابقة على التعاقد، غايتها تبصير الإدارة بأهمية العقد المراد إبرامه وكلفته المالية أو مدى حاجتها إلى الاستشارة وأما الجزء الآخر منها يرد في اجراءات صياغة العقد وتحديد التزامات الطرفين التي عادة يضعها المشرع بصيغة ملزمة للإدارة مقيداً بها سلطاتها تجاه اساليب التعاقد أو آلية اختيار المتعاقدين معها.

لذا سنأتي على تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الاول: السلطة التقديرية للادارة تجاه الاجراءات التمهيديّة لإبرام العقد الإداري.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية تجاه اجراءات إبرام العقد الإداري.

الفرع الاول: السلطة التقديرية للادارة تجاه الاجراءات التمهيديّة لإبرام العقد الإداري

بالنظر لما تتمتع به العقود الإدارية من أهمية متزايدة تستعين بها الدولة والمؤسسات العامة لغرض الوفاء بمتطلبات المرافق العامة سيما مع اتساع نشاط الدولة وتناوله قطاعات مختلفه ذات الصفه الاقتصادية والتجارية وما يتطلبه ذلك من نفقات مالىه كبيره تتحملها الخزينه العامة للدولة لذا يحرص المشرّع على تقييد حرية الإدارة في إبرامها للعقود الإدارية من أجل التحقق من سلامة اجراءاتها التي ستؤدي إلى خضوعها للالتزام تعاقدى التي يطلق عليها بالاجراءات السابقه على التعاقد وتتمثل بما يلي:

1- دراسة الجدوى الاقتصادية

تعد دراسة الجدوى الاقتصادية الخطوة الأولى الأساسية لتعاقد الإدارة مع الغير لذا فان المشرّع عادة يلزم الإدارة الراغبة في التعاقد اعدادها لدراسة مسبقة تتعلق بالجدوى من المشروع⁽¹⁾، وهذا يعني ان على الإدارة تحديد مدى حاجتها الضرورية والفعلية دون التسرع لإبرامها للعقد الإداري لان عدم مراعاتها لهذا القيد يقود إلى استنفاذها للمال العام الذي يتطلبه المشروع دون حاجة فعليه له، وبالتالي لا تملك الإدارة الراغبة في التعاقد سلطة تقديرية تجاه اعدادها لدراسة الجدوى من عدمه لتعلق ذلك بالمصلحة العامة للمرفق العام، ان من الاهداف التي تقود إليها دراسة الجدوى هي ضمان استمرار تشغيل المشروع وادامته وكذلك امكانية الاستفادة منه طيلة فترة عمره المتوقعة من الناحية لاقتصادية إلا أن غياب مثل هذه الدراسة المسبقة لا تؤدي من وجهة نظر الباحث إلى بطلان العقد الإداري وذلك لتعذر معرفة المتعاقد مع الإدارة بوجودها من عدمه، واذا ما اقدمت السلطة الإدارية على عدم إبرام العقد في اي

(1) نصت المادة (2/ اولا) من التعليمات رقم (1) لسنة 2014 العراقيه المتعلقه بالتعاقدات الحكوميه على ما يلي (تلتزم جهة التعاقد باستكمال المتطلبات الاتيه: اعداد دراسة الجدوى الاقتصادية والفنيه والتقارير الفنيه ودراسة التكلفة والمنفعة والتصاميم وجداول الكميات للمشاريع الاستثمارية كما ان تعليمات تنفيذ الموازنه العراقيه تؤكد على مراعاة عدم الدخول باي التزام تعاقدى بعد تاريخ معين باستثناء المشاريع الاستثمارية المستمره التي لها تخصصيات مالىه ضمن موازنتها في السنة اللاحقه، كذلك نصت المادة (12) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 المصري بما يلي (يتعين على الجهة الإدارية مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئه المعلنه من مجلس الوزراء بدا من مرحلة تحديد الاحتياجات مرورا باعداد المواصفات الفنيه ودراسة السوق والقيمه التقديرية ومستندات الطرح ومعايير التاهيل والتقييم ومتابعه تنفيذ العقود بغرض تحقيق التنميه المستدامه الاقتصادية والاجتماعية والبيئه).

مرحلة من مراحل إبرامه فان عليها تعويض المتعاقد بعد إبرامها للعقد عما لحقه من ضرر، رغم ذلك فقد نصت المادة (42-2) من نظام المشتريات الحكومية الأردني رقم 28 سنة 2019 على (إذ تبين وجود خطأ أو نقص في وثائق الشراء) على عدم استحقاق المرشح للتعاقد الحق بالرجوع على الإدارة بالتعويض في حالة الغاء الإدارة لعملية الشراء (إذا تبين وجود خطأ أو نقص ووثائق الشراء) الا ان عملية الالغاء من وجهة نظر الباحث يجب ان تتم قبل عملية الاحالة للعقد ، ولكن ان تمت بعد الاحالة وقبل المصادقة النهائية فان للمتعاقد الحق المطالبه بالتعويض لاسيما إذا ترتب على ذلك نفقات مالية نتيجة تهيئة المتعاقد بعض المستلزمات للمباشرة بالعمل قبل توقيعه للعقد ك شراء مواد ووضع معدات واجراء اختبارات اعتقادا منه ان توقيع العقد هو في حكم المنتهي وبغية الاستفادة من الوقت المحدد للعقد، حيث ان التعويض يكون ضمن مبدأ الاثراء دون سبب.

2- : الاعتماد المالي

ان القيد الثاني الذي يرد على سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد هو الاعتماد المالي للعقد، ويراد به المال الذي تخصصه الإدارة لمشروع معين، ويكفي لانجاز العقد ولما كانت العقود الإداريه بصفة عامة ترتب التزامات مالية على الجهة الإدارية بسبب عقد معين فمن الضروري ان تسعى الإدارة إلى توفير المتطلبات المالية قبل الاعلان عن المناقصة أو الممارسة تحاشيا عن توقف الاستمرار المنتظم بتنفيذ العقد لغياب أو نقص في الاعتمادات المالية،⁽¹⁾ وبهذا الصدد نصت المادة (5) / 1 من نظام المشتريات الحكومية الأردني رقم 28 لسنة 2019 على انه ((لا يجوز القيام باي عملية شراء الا بعد تحديد كلفتها التقديرية والتاكيد من توافر المخصصات الماليه لها)).

كذلك نصت المادة 11 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 المصري على انه (يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ اجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد) ان وجوب مراعاة الإدارة للاعتماد المالي الذي تعد سلطتها بهذا الخصوص هي مقيدة وحيث يقتضي تنفيذ العقد شرط عدم جواز تجاوزها حدود هذا الاعتماد، غير ان الإدارة تملك سلطة تقديرية تجاه مدى التزامها بإبرام العقد من عدمه إذا

(1) وليد رمضان عبد التواب (2015). موسوعه الجامعية في المناقصات والمزايدات، ج ط3، الناشران المتحدون، القاهرة، ص23.

توفر الاعتماد المالي، فلها الامتناع عن إبرامه إذا تعارض المضي في انعقاده مع المصلحة العامة (1) الا إذا كان التخصيص المالي جرى اعتماده ضمن مشاريع الخطط الاستثمارية عندها تصبح سلطتها مقيدة بوجوب إبرامها له. وبهذا الصدد اشترط المشرع العراقي استناداً إلى المادة (3/ ثانياً / ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لوجود التخصيص المالي ضمن المشاريع الخطة الاستثمارية وبالتالي لا يجوز لها الامتناع عن إبرام العقد (2) ولكن ما هو حكم العقد الذي تبرمه الإدارة دون توفير المسبق لاعتماد المالي؟ لقد استقر الفقه والقضاء الإداري على اعتبار العقد صحيحاً وملزماً لأطرافه وتستوجب المساءلة القانونية للإدارة لعدم مراعاتها هذا الشرط وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في قرار لها عام 1956، مقيماً لأساس مسؤوليتها هي مديونيتها للمتعاقد معها على اعتبار ان العقد المبرم هو صحيح طالما يصعب على الغير (المتعاقد) امكانية التحقق المسبق عن توفر الاعتماد المالي الخاص بالمشروع، كذلك يأتي ذلك من أجل عدم زعزعة الثقة بالإدارة الراغبة في التعاقد (3) وبهذا الصدد اشترط المشرع العراقي على الجهة الإدارية المتعاقدة توفير التخصيص المالي قبل اعداد وثائق المناقصة للتعاقد (4) لذا يرى الباحث ان عدم توفير الاعتماد المالي الذي يعد عنصراً جوهرياً لصحة التعاقد يترتب على الإدارة المتعاقدة المسؤولية العقدية مما يجيز للمتعاقد معها طلب الفسخ القضائي للعقد لخطا الإدارة مع المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر عن الخطأ الجسيم.

3- الإذن بالتعاقد

ان للأهمية الخاصة لبعض العقود الإدارية وما يترتب عليها من نفقات مالية، فان القواعد القانونية أو اللائحية تشترط على الإدارة ضرورة الحصول على الترخيص والموافقة بالتعاقد، من الجهة المختصة ويطلق عليه الإذن بالتعاقد، فلا يجوز للإدارة المباشرة بالتعاقد قبل الحصول على هذا الإذن وبعبارة أخرى فان العقد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، (5) لصدوره من جهة غير مختصة ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الاسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام التنفيذ المنازعات، مرجع سابق، ص75.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر - بالطعن المرقم 175 لسنة (1) جلسة 1956/2/11.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر، بالعطف المرقم 175 لسنة (1) جلسة 1956/2/11 عن صلاح الدين فوزي.

(4) المادة (3/ ثانياً / ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(5) سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق ص320

لاحق لتعلق هذا الشرط بالنظام العام، اما الجهة المانحة للاذن بالتعاقد قد يكون بموافقة البرلمان كما في بعض عقود امتياز المرافق العامة⁽¹⁾ أو مجلس الوزراء أو قرار وزاري.⁽²⁾

لذا نصت اللائحة التنفيذية الخاصة بقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 في المادة (10) على ما يلي ((على الجهة الإدارية قبل طرح العمليه للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمه ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تنص بذلك " وبهذا الصدد وجه مجلس الوزراء العراقي في القرار المرقم 223 لسنة 2013 بان تقوم الوزارات ومؤسسات الدولة كافة باستحصال الموافقات من الجهات المختصة للمواد ذات الطابع الامني قبل الشروع في التعاقد))⁽³⁾ كذلك اكدت تعليمات تنفيذ العقود الحكوميه العراقية (ان على جهة التعاقد بضرورة الحصول على موافقة الجهات المعنية على موقع المشروع وتخصيص الارض المطلوبة له قبل ادراج المشروع في المنهاج الاستثماري للمشاريع واستحصال موافقات الجهات المعنية لتنفيذ المشروع).⁽⁴⁾

لذا يعد شرط حصول الإدارة على الاذن بالتعاقد أحد ميادين سلطتها المقيدة وليس التقديرية. وبهذا الصدد يرى الباحث ان الإجراء المتمثل باعطاء الاذن للتعاقد يأتي في إطار الرقابة الإدارية السابقة، على ممارسة التصرف القانوني وليست اللاحقة وبالتالي فإن السلطة المانحة، للإذن ستكون هي من تملك الاختصاص بالتعاقد والجهة الإدارية المتعاقده تعد مفوضه بالتعاقد في حدود عقد معين تنتهي بانتهاء التوقيع على العقد.

4- الاستشارات السابقة على التعاقد

من القيود الواردة على إرادة الإدارة الراغبة في التعاقد ضمن إطار سلطتها المقيدة هي الاستشارات السابقة على إبرام العقد الإداري، التي يلزمها المشرع باخذها للاستشارة سواء الفنية أو القانونية أو

(1) المادة 127 من الدستور المصري - لسنة 2014.

(2) جابر جاد نصار - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة 1997 - 132

(3) فقرة (6) من قرار مجلس الوزراء رقم 223 لسنة 2013 المعمم بالكتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء ذي العدد ش.ز/1/10/عصام-12691 في 2013/6/6

(4) المادة (2/اولا/و) تعليمات تنفيذ العقود الحكوميه العراقية / رقم 2 لسنة 2014.

الاقتصادية⁽¹⁾ بهدف تمكين الإدارة الشروع بإبرام العقد للتأكد من الجهة المختصة عما إذا كان هناك مخاطر تترتب على إبرام العقد لغرض تجنبها⁽²⁾، والاستشارة بهذا الصدد قد تكون على نوعين:

1- استشارة غير ملزمة: معناه ان الإدارة تمتلك سلطة تقديرية فهي غير ملزمة باستشارة، جهة معينه قبل القيام بالتعاقد مالم ينص المشرع على غير ذلك فان تقررت من قبل المشرع عندها تكون استشارة واجب عليها، غير انها لا تكون كذلك ملزمة بالرأي الاستشاري ان كان سلبيا أو ايجابيا، وهذا يعني الزامية في طلبها واختيارية في اتباعها، عندها يكون العقد صحيحا طالما ان الإدارة قامت باجرائها.

2- الاستشارة الملزمة الاجبارية: قد يلزم المشرع على الإدارة في اغلب الاحيان اخذ رأي جهة محددة، قانونية أو فنية، مع التاكيد على وجوب العمل تطبيق الرأي الاستشاري، وهنا تكون الإدارة مقيدة سلطتها بوجوب الاستشارة وتطبيقها، اي لايجوز لها مخالفتها حيث الاستشارة في هذه الحالة يكون حكمها حكم الاذن بالتعاقد لذا يكون العقد باطل عند اغفالها لها.

وبهذا الصدد فقد حدد المشرع الفرنسي جهات الاستشارة وهي اللجان الخاصة بعقود الشراء العام واللجان المركزية لعقود الشراء.⁽³⁾

اما المشرع المصري فقد نص في هذا الشأن على انه " لايجوز لاي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم اي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة الاف جنيه دون اخذ رأي الجهة المختصة بمجلس الدولة⁽⁴⁾ " اما في العراق فان الجهة الاستشارية التي حددها القانون هو المركز الوطني للاستشارات العقدية⁽⁵⁾ وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 فقد بينت في الضوابط الملحقة بها آلية التعامل مع المكاتب الاستشارية.⁽⁶⁾

(1) سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 343

(2) نجيب خلف - القانون الإداري - ط - مكتبة بادكار - سليمانيه 2014 ص 334

(3) المواد 241/221/26/15 من قانون العقود العامة الفرنسي رقم 20 لسنة 2005

(4) انظر المادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 المعدل 161

(5) لقاء صحفي.

(6) الضوابط - رقم (8) الخاصة بالية اعداد التصاميم والمخططات والكلف التخمينية والتعامل مع المكاتب الاستشارية المعمه بكتاب وزارة التخطيط / دائرة العقود الحكوميه / رقم الاستشارات والتدريب ذي العدد 15792/7/4 في 20/87/2014.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية تجاه مرحلة إبرام العقد الإداري

تعتبر مرحلة إبرام العقد الأكثر أهمية تجاه الإدارة والمتعاقد معها كونها تؤسس لماهية الالتزامات العقدية التي تقع على طرفي العلاقة العقدية وحسب طبيعة العقد الإداري.

غير ان مايميز هذه المرحلة هي تولي المشرع غالبا في وضع القواعد والأحكام الملزمة للإدارة الراغبة في التعاقد سواء مايتعلق بالساليب التعاقد التي تتمثل عادة بالمناقصات العامة المفتوحة والمحدودة أو بالساليب الاستثنائية ولكل اسلوب أحكامه وضوابطه من أجل استهداف المصلحة العامة المتمثلة بتوفير أكبر قدر مالي للخزينة أو أفضل الشروط الفنية لتنفيذه، بالمقابل خضوع الإدارة لقيود تتمثل بالية اختيار المتعاقدين معها والشروط الخاصة بتأهيلهم من أجل ضمان حسن تنفيذ العقد.

لذا ان مايميز مرحلة الإبرام هو امتدادها للمرحلة السابقة المتمثلة بالاذن بالتعاقد في تقييد سلطة الإدارة ولكن مع منحها قدرا من المرونة في هذه المرحلة من مراحل انجاز العقد الإداري، ولما كان اسلوب المناقصات العامة يعد الاسلوب العام في التعاقدات الإدارية ومايخرج عنه يعد استثناء عليه لذا سنتولى تسليط الضوء على اهم القيود والمبادئ التي تحكم هذا الاسلوب لبيان نطاق السلطة التقديرية للإدارة تجاهها.

1- مبدأ العلانية

يراد بالعلانية هي دعوة جميع الراغبين بالتعاقد للاشتراك بالمناقصة المعلن عنها كما عرفها البعض بان الاعلان هو بمثابة دعوة للتعاقد من أجل تحقيق هذه الدعوة لهدفها المنشود أو الممارسة، أو هي اظهار الشيء بنشره في الصحف وفحواه⁽¹⁾ فهو اجراء تنفيذي وضروري غايته تحقيق مبدأ المساواة وحرية المنافسة بين الراغبين في الاشتراك في المناقصات العامة⁽²⁾، لذا فان الإدارة تهدف من خلاله إلى اىصال العلم إلى الغير وهم الراغبين في التعاقد من أجل اختيارها لافضل العطاءات مالياً وفنياً، وبالتالي فان الاعلان يقيد سلطة الإدارة من أجل حمايتها من الريبه والمحاباة بين الراغبين في

(1) انظر المادة (1/29) من نظام المشتريات الحكوميه الأردني، وكذلك المادة (20) من قانون رقم 182 لسنة 2019 من قانون التعاقدات المصري.

(2) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق -ص216

التعاقد، هذه الدعوة لهدفها المنشود⁽¹⁾ فضلاً عن انه يمكن للادارة بواسطته الحصول على اكبر قدر ممكن من العطاءات وهذا ماسيوفر لها فرصة التعرف على عروض تحمل اسعارا تنافسية ومتوافقة مع الكفه التخمينية للمشروع وبعكسه فان عقودها ستقتصر على فئة محدودة من المناقصين بحجة انهم وحدهم من تقدموا بعطاءاتهم.⁽²⁾

وبهذا الصدد قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها جاء فيه (إذا كانت الاجراءات التي اغفلتها أو خالفتها الإدارة عندما اعلنت عن المناقصة وكان من شان ذلك ان يؤثر بشكل واضح على العطاءات المقدمة، والاعلان لم يحقق الغاية المنشودة منه فان الاثر القانوني المترتب على ذلك بطلان العقد)⁽³⁾ كذلك ذهبت لجنة الفتوى الثانية⁽⁴⁾ لمجلس الدولة المصري إلى ان ("مخالفة بعض اجراءات الاعلان عن المناقصة العامة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معا وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة وهي العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المناقصين للوصول إلى أنسب الأسعار والعروض بحيث يترتب على اغفاله جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الاعلان بدون حاجة إلى نص صريح يقضي بذلك)، كذلك جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي⁽⁵⁾ يقضي بعدم مشروعية إبرام العقد بسبب غياب الاجراءات ذات العلاقة بالاعلان ووضع المشروع بالمنافسة غير ان القاضي الإداري الأردني قد اصدر حكما مخالفا لما سار عليه في قراراته السابقة في موضوع العلانية حيث اصدرت المحكمة العليا الأردنية قرارا قضت فيه اعتباره من المبادئ المحاكمة للمناقصة العامة ولا يترتب عليه عدم صحة المناقصة أو عدم قانونيتها في حكم لها من قولها (لا يرد القول ان القرار المطعون به مخالف للقانون بحجة ان اللجنة لم تعلن عن العطاء (المناقصة) في الصحف طالما ان الغاية من الاعلان هي دعوة الراغبين للاشتراك في المناقصة

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفه - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 173

(2) فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي - الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية - دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل - 1992 - ص 85

(3) حكم محكمة العدل العليا الأردنية المرقم (72/108) لسنة 1973، نقلاً عن عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الانشائية العامة - ط1 منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، 2003.

(4) فتوى لجنة الفتوى الثانية بمجلس الدولة المصري رقم 122 في 1988/1/31 جلسة 1988/1/4 - ملف رقم 8600/29/31 - وليد رمضان عبد التواب - الموسوعه الجامعية في المناقصات والمزايدات - ص 14.

(5) C.E.11 Qvril - 2014 - Nantes Rec. p.620 :laubadere - traite des administratifs-op.cit -p.62

وسلمت كلا منهم نسخ عن دعوة العطاء ومواصفات اللوازم المطلوبة وان المستدعين قد قدموا عروضهم استناداً إلى هذا الاجراء وبذلك تكون الغاية من الاعلان قد تحققت).⁽¹⁾

اما المشرع المصري فقد اخضع كل من المناقصة العامة وكذلك الممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكذلك سار على ذات النهج المشرع العراقي في قانون العقود الحكومية العامة رقم 87 لسنة 2004 في (القسم 4) بالنص (على وجوب ان تحال العقود العامة وفقا لافضل مديات الاسس الممكنة للمنافسة)، كذلك اكدت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2) لسنة 2014 في المادة (3/اولا) حين (اوجبت ان تتسم اجراءات المناقصة العامة بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح) ويرى الباحث ان غياب الاعلان أو عدم استيفائه للشروط القانونية فان لذوي المصلحة الحق في الطعن بالالغاء أمام قاضي الالغاء على انه يعد من القرارات المنفصلة عن العقد الإداري التي تجيز لغير اطراف العقد، ومن المعنيين باحاليته وإبرامه الطعن بعدم مشروعية اي تصرف قانوني يمس بحقوقهم المنصوص عليها من قبل المشرع.

2- مبدأ حرية المنافسة

تعني حرية الراغبين بالاشتراك في المناقصة العامة أو الممارسه المعلن عنها من قبل الإدارة، وبهذا الصدد فان القضاء الإداري المصري قد عرف حرية المنافسة بانه (حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لاحد منهم أو حرمانه من حق في التنافس للفوز بالمناقصة العامة⁽²⁾)، ان مبدأ حرية المنافسة يمكن ان يحقق للإدارة هدفا مزدوجا يتمثل الاول في دفع المعنيين بموضوع المناقصة للاستفادة من تسابقهم بتقديم افضل العطاءات من الناحيتين الفنية والمالية، واما الهدف الثاني هو تمكين الإدارة من خلال عملية تحليل تلك العطاءات اختيار افضلها.⁽³⁾

(1) حكم المحكمة العدل العليا الأردنية المرقم 72/108 لسنة 1973 نقلا عن عبد الرؤوف جابر - ضمانات المشاريع الانشائية العامة ط1 - منشورات الحلبي - الحقوقية بيروت - 2003-ص205.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى (2946) لسنة 7ق جلسة 1957/4/21 الذي قنطى فيه بان (من المبادئ الأساسية التي تخضع إليها المناقصة العامة الاعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين) نقلا عن عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم شرف: العقود الإدارية ط1 بدون جهة نشر 2002 -ص199.

(3) محمد سعيد الرحو - النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية - منشأة المعارف - الاسكندرية 2007-ص24.

لذا حرص المشرع الفرنسي في اطار العقود العامة الصادر بالمرسوم رقم (2004/15) المؤرخ في 7/كانون الثاني 2004 واستناداً إلى المادة (1) منه التي نصت على ان (العقود الإدارية مهما كانت قيمتها يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة، المساواة بين المتعاقدين والشفافية في الاجراءات) (1) اما المشرع المصري قد اخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة (2) كذلك المشرع العراقي حيث اكد على هذا المبدأ في قانون العقود الحكومي العامة العراقي رقم 87 لسنة 2004 في (القسم 4) بان تحال العقود العامة وفقاً لأقصى مديات الاسس الممكنة للمنافسة كذلك ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومي العراقيه (2) لسنة 2014 في المادة (3 / اولا) اوجبت ان تتسم اجراءات المناقصة العامة بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح.

1- مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

لقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على ان مبدأ المساواة والتكافؤ الفرص من المبادئ الدستورية التي نصت عليها اغلب الدساتير. (3)

وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك (4) ومبدأ المساواة في نظام المناقصات ، يقصد به ان لكل من تتوفر فيه شروط الدخول في المنافسة امكانية الحصول على ذات الغرض والحقوق الممنوحة لغيره من المتنافسين والخضوع إلى ذات الالتزامات المقررة قانوناً تجاه الآخرين، لذا فان مبدأ المساواة مكمل لمبدأ حرية المنافسة وبدون تطبيقه تصبح المناقصة العامة عديمة الجدوى وغير محققة لاهدافها، لذا يجب على الإدارة التعامل مع الجميع المناقصين بصورة متساوية من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والاجراءات المقررة دون تمييز بينهم فلا تعفي احد من شروط المناقصة أو تشدد على البعض الآخر (5) رغم ذلك قد ترد بعض الاستثناءات على مبدأ المساواة كاعتماد الافضلية بالسعر

(1) انظر -عارف صالح خلف وعلي مخلف حماد: مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة - بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية - المجلة الاولى - العدد (5) لسنة 2010 -ص26.

(2) المادة 2/9 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 - الوقائع المصرية العدد 344 في 2019/10/31.

(3) نصت المادة 14 من دستور جمهورية العراق سنة 2005 على مايلي (ان العراقيين متساون 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) عبد العزيز عبد المنعم خليفه - مرجع سابق -ص178

(5) عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الإداري - مرجع سابق-ص543

للمناقصين الوطنيين عند اشتراكهم في المناقصات الدولية عند الاعلان عن المناقصات العامة الدولية، وقد تشترط بعض التشريعات ان يكون المتقدم للمناقصة العامة من مواطنيها لاعتبارات عديدة قد تتعلق بطبيعة العقد أو لحماية الشركات الوطنية من منافسة الشركات الأجنبية الكبرى. (1)

الفرع الثالث: سلطه الإدارة التقديرية تجاه اجراءات إبرام العقد الإداري

لما كانت العقود الإدارية على اختلاف اغراضها واساليب إبرامها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام ، فان المشرّع وكما تبين مما سبق يضع في اعتباره نصوصاً من شأنها تقييد حرية الإدارة تارة تجاه اسلوب التعاقد ، وتارة أخرى تجاه اختيارها للمتعاقدين معها ، وبالتالي فان سلطتها قد ظهرت بانها مقيدة إلى درجة كبيرة تجاه الاجراءات التمهيدية لإبرام العقد الإداري بيد ان مهمما سعى المشرّع إلى هذا التقييد في مرحلة إبرام العقد الإداري لايمكن له حرمان الإدارة من سلطتها العامة تجاه اختيارها اسلوب التعاقد أو تجاه المتعاقدين معها ، لذا يمكن ان تحدد سلطة الإدارة التقديرية باتجاهين:

الاول: سلطة الإدارة التقديرية تجاه اختيار اسلوب التعاقد

يتولى المشرّع غالباً تحديد اساليب التعاقد في ميدان العقود الإدارية الهادفة إلى تحقيق احد هدفين أو الاثنين معا هي تحقيق اكبر وفر مالي للخزينة العامة والحصول على افضل الشروط الفنية لتنفيذ العقد ، وبالتالي فان تحديد اساليب التعاقد يعد تقييد وتقدير في ان واحد لسلطة الإدارة فهو تقييد عندما يرسم المشرّع الاطار العام للتعاقدات بعملية تقنين اجراءات التعاقد لكل اسلوب من الاساليب سواء المناقصات العامة المفتوحة أو المحدودة أو اتباع اسلوب الممارسة أو انتهاج اسلوب عقود المفاوضة التي تمنح الإدارة قدراً واسعاً من السلطة التقديرية في اختيار المتعاقد معها، ولكل من هذه الأساليب اجراءاتها ومبررات الإدارة الراجعة في التعاقد اللجوء إلى هذا الاسلوب أو ذاك في إبرامها للعقد الإداري، ولكن دون ان يكون لها اتباع اسلوب لم يدرج في القواعد القانونية المنظمة للتعاقدات الحكومية، فسلطتها في هذا الشأن مقيدة وهذا ما تم تناوله في الفصل الاول ضمن المبادئ العامة للسلطة التقديرية.

(1) عبد الرؤوف جابر - ضمانات المشاريع الانشائية العامة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت 2002 - ص 67.

عندما يحدد المشرع للادارة عددا من الحلول تاركاً لها حرية اتباع احداها ⁽¹⁾ بالمقابل هو يحمل صفة تقديرية للادارة الذي يعد الوجه الآخر الذي يقرره المشرع للادارة، والذي يعد اعتراف منه بان الإدارة هي ادري منه في اتباع الوسيلة التي يمكن لها تحقيق الغرض الذي من اجله ابرم العقد الإداري ، وهذا يعني ان كان اسلوب المناقصات العامة التي تعد الاكثر تحقيقاً للمصلحة العامة من الناحية المالية دون اهمال الجانب الفني التي تعتمد مبدأ ارساء المناقصة على من يقدم أقل عطاء فان سلطة الإدارة لايمكن تقييدها إلى الحد الذي يتم فيه التضحية بالاعتبارات الاخرى التي يمكن اخذها بالحسبان عند انتهاج اسلوب المناقصة المحدودة أو اسلوب الممارسة طالما انها لا تغيب عن المصلحة العامة وبالتالي ⁽²⁾ فان اعتبار المصلحة العامة الذي يعد قيدياً على سلطة الإدارة بمنحها حرية اختيار اسلوب التعاقد كلما اقتضت متطلبات سير المرفق العام ذلك، لانها عند اتباعها ايا من اساليب التعاقد يجب ان لا تخالف القواعد التي تحكم كل اسلوب من هذه الاساليب.

ثانياً: سلطة الإدارة التقديرية تجاه اختيار المتعاقدين معها

يحرص المشرع على وضع القواعد القانونية أو اللائحية التي تمنح الإدارة امكانية الاختيار الانسب للشخص (فرداً أو شركة) لغرض التعاقد معه من خلال اجراءات التاهيل للمناقضين بما يؤمن عدم احالة العقد الإداري إلى متعاقد غير مؤهل مما يؤدي إلى الاضرار بالمصلحة العامة ، غير ان الاجراءات

(1) نصت المادة (3) من تعليمات رقم 2 لسنة 2014 العراقية بالتعاقدات الحكومية على مايلي (لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله وباقتراح من رئيس التشكيل الإداري للعقود اعتماد أحد الاساليب التالية لتنفيذ العقود العامة باستثناء اسلوب العطاء الواحد والتعاقد المباشر اما وطنياً أو دولياً عند تحقق شروطه.

اولاً: المناقصة العامة: ان تتسم الاجراءات العمومية والتنافسية والعدالة والعلنية

ثانياً: المناقصة المحدودة: عندما تكون السلع أو الخدمات أو المقاولات متوفرة لدى جهات محددة

ثالثاً: المناقصة بالمرحلتين: يستخدم هذا الاسلوب في العقود التي يصعب على جهة التعاقد اعداد مواصفاتها الفنية أو تصاميمها وفي العقود ذات التكنولوجيا المعقدة ويعقود التخصصية غير ان المادة (سابعاً) من التعليمات قد منحت الادارة سلطة تقديرية باعتماد اسلوب التعاقد المباشر عند تعلق العقود بامن وسيادة الدولة أو ان تتسم بمواصفات فنية ذات تقنية عالية.

(2) نصت المادة 7 من قانون التعاقدات الحكومي المصري رقم 182 لسنة 2018 المصري على مايلي يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو التعاقد على مقاولات الاعمال أو تلقي الخدمات أو الاعمال الفنية بطريق المناقصة العامة ولايجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض ادارة التعاقدات اجراء هذا التعاقد باحد الطرق الاتية: ا- الممارسة العامة ب- الممارسة المحدودة ج- المناقصة المحدودة هـ- المناقصة ذات المرحلتين ع- المناقصة المحالة غ- الاتفاق المباشر وكذلك نصت المادة (26) من نظام المشتريات الحكومية الأردني على مايلي (يتم شراء الاشغال والخدمات الفنية والاستشارية واللوازم باسلوب العطاء على انه يجوز ولاسباب مبررة استخدام احد الاساليب التالية 1- المناقصة المحدودة 2- المناقصة على مرحلتين 3- طلب العروض 4- الشراء من مصدر واحد 5- التنفيذ المباشر بواسطة صاحب العمل.

التي تتسم بالية الاحالة على من يقدم العطاء الاوطئ في اطار المناقصات العامة لايعني الابقاء على السلطة المقيدة للادارة بل تملك الإدارة وفقا لسلطتها اللائحية تارة أو اللجوء إلى اجراءاتها الفردية تارة أخرى ممارسة قدرا مهما من السلطة التقديرية تجاه حرية الدخول في المناقصات العامة واستبعاد أو حتى حرمان فئات من الاشخاص الدخول في المنافسة دون ان تحمل قراراتها تعسفاً أو اضرارا بحقوق المخاطبين بهذه القرارات، لذا سناتي على دراسة نطاق سلطة الإداريه التقديرية من خلال الاجراءات اللائحية اولاً والفردية ثانياً.

1- الاجراءات اللائحية (تصنيف المقاولين)

يراد بعملية التصنيف هو التحقق من المؤهلات المالية والفنية والخبرة العملية للمقاولين (أفراد وشركات) ومن ثم يتم منحهم وفقاً للنصوص اللائحية ودرجة التصنيف المطابقة لمؤهلاتهم ويعد ذلك كاجراء احترازي تعتمده الإدارة بغية عدم احالة العقود الإدارية إلى اشخاص لايملكون الكفاءة أو الخبرة الملائمة لأهمية العقد مما يؤدي إلى التلكؤ أو العجز عن التنفيذ.

وهذا ماتم اعتماده من قبل السلطات الإدارية اللائحية العراقية باصدار وزارة التخطيط التعليمات رقم (1) لسنة 2015⁽¹⁾ المتضمنة تصنيف شركات المقاولات والمقاولين إلى عشرة اصناف إضافة إلى الصنف الممتاز على ان يتم اعادة النظر بالتصنيف بعد مرور مدة لا تقل عن سنتين على قرار التصنيف بناء على طلب صاحب الشأن، اما واقع الاجراءات الاحترازية في التشريع الأردني، فعلاوة على ماورد في المادة (1/10) من نظام المشتريات الحكومية الذي نص على انه (لايجوز احالة العطاء الا على المناقص الذي يمتلك المؤهلات والقدرات اللازمة لتنفيذ عقد الشراء، غير ان النظام المشار إليه قد اخذ بمبدأ التصنيف المسبق لشركات المقاولات وفقاً للمادة (12/1) في النص على ما يلي " يتم تصنيف المقاولين والاستشاريين والموردين ومقدمي الخدمات إلى فئات أو درجات طبقاً للمؤهلات المالية والفنية والإدارية والكفاءة والخبرة في تنفيذ عمليات الشراء وفقاً للتعليمات الصادرة عن مجلس الوزراء لهذه الغاية، وبموجب الفقرة (د) من المادة (12) يصدر الوزير جدولاً بالتصنيف والتخصصات، علماً ان المادة

(1) جريدة الوقائع العراقية - العدد 4972 في 13/ تموز /2015.

(105) من النظام قد منحت وزير الاشغال العامة والاسكان تخفيض فئة التصنيف أو الغاء التصنيف بناء على تتسيب لجنة التصنيف والتأهيل المنصوص عليها من التعليمات الخاصة بذلك.

2- الاجراءات الجزائية

تعد الاجراءات الجزائية ميدان اخر يمنح الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في حرمان طائفه من (الشركات أو الأفراد) من الدخول في المنافسة للتعاقد مع الإدارة تحت تسمية (القائمة السوداء) ولمدة زمنية محددة وهذا مانصت عليه المادة (10) من التعليمات رقم (1) لسنة 2015 العراقية بعدم التعامل عند ارتكاب المتعاقد مع الإدارة عددا من المخالفات التي وردت في نص المادة (10) خلال مدة الحرمان مع عقوبة تنزيل درجة صنفه إلى الدرجة الأدنى⁽¹⁾ وقد اعتمد نظام المشتريات الحكومي الأردني في المادة (104) بحرمان فئات من المناقصين ولمدة لا تتجاوز سنتين في عدد من الحالات التي تنطوي على غش أو فساد أو احتيال أو ارتكاب مخالفة جوهرية للالتزامات العقدية ، كذلك اخذ القانون التعاقدات الحكومية المصري بمبدأ القائمة السوداء تاكيدا لأهمية العقود الإدارية واستهدافها للمصلحة العامة.⁽²⁾

ويرى الباحث ان عقوبة الحرمان المذكورة تحمل قدرا من السلطة التقديرية للإدارة من خلال دراستها للوقائع التي استندت إليها عند اصدارها لقرار الحرمان في الوقت الذي يمكن للشخص المعاقب الحق في التظلم من القرار الإداري والطعن به قضائيا في حالة تعسف الإدارة تجاهه.

3- الاجراءات الفردية

تمتلك الإدارة قدرا من السلطة التقديرية مقارنة لسلطتها المقيدة في مرحلة الإبرام على مستوى الاجراءات الفردية كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك ومن امثلتها: سلطة الإدارة التقديرية في التخلي عن المناقصة العامة.

(1) نصت المادة (15) على مايلي (للوزير على طلب مسبب من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ ادراج اسم الشركة المقاوله واسم مديرها المفوض واسم المقاول المصنف في الحالات التالية: التعامل مع الشركات الاجنبية المقاصة بثبوت تقديم رشوة لاحد منتسبي الحكومه بثبوت القيام بتزوير العطاءات أو اي وثيقة أو مستندات المقاوله / بثبوت تقديم معلومات أو امور مغايرة للحقيقة للتحقيق فيما يتعلق بالعمل المحال عليه).

(2) انظر المادة (85) من قانون التعاقدات الحكومي المصري رقم 182 لسنة 2019.

بالرغم من فرض المشرع قيوداً على سلطة الإدارة عند اختيارها للمتعاقد معها، غير أنها تبقى سلطه عامة تتمتع بحق اتخاذ القرار الملائم في الوقت المناسب مستهدفة حسن سير المرفق العام ومن أبرزها ما جاء في نصوص التشريعات المقارنة وكما يلي:

نصت الفقرة (د) من المادة (49) من نظام المشتريات الحكومية الأردني بالنص على انه (إذا كان هناك حالات استثنائية أو مستعجلة لمواجهة حالة عامة طارئة لاتسمح بإجراءات طرح عطاء أو استدراج عروض، عندها يصار إلى التخلي عن الاجراءات المتبعة في المناقصات العامة.

كذلك منحت المادة (4/18) من نظام المشتريات الحكومية الأردني إلى لجنة المشتريات سلطة الغاء اجراءات إبرام العقد قبل توقيع المناقص للعقد ودون ان يكون له الحق في الرجوع إلى لجنة الاحالة بالخسارة أو ضرر ناتج عن تقديم عرضه إذا اقتضت المصلحه العامة ذلك.

كذلك نصت على ذات السلطة التقديرية المادة 37 من قانون التعاقدات الحكوميه المصري 182 لسنة 2019 على ذات الاجراء. (1)

من جهة أخرى تملك الإدارة سلطة استبعاد المتنافس من تقديم عطاءه بسبب سوء تنفيذه لعقود إدارية سابقة، أو انه تبين إلى لجنة العطاءات ان صاحب العطاء قد استعمل الغش في تعامله مع الإدارة للحصول على العقد (2)، أو إذا كان العطاء الذي قدمه الاقل سعرا منخفض انخفاضاً غير عادي مقارنة بالعطاءات الأخرى. (3)

المطلب الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

تتميز مرحلة تنفيذ العقد الإداري بتغليب فكرة المرونة للشروط العقدية على قاعدة القوة الملزمة للعقد، انطلاقاً من ان معظم العقود الإدارية يخضع تنفيذها لمدد طويلة نسبياً من الزمن كعقد امتياز المرفق العام، وعقد الاشغال العامة، وخلالها قد تستجد متغيرات أو صعوبات تجاه تنفيذ العقد ناتجة عن عدم

(1) نصت المادة (37) على ما يلي: (تلغى المناقصة أو الممارسة بجميع انواعها قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك).

(2) م/2/66 من قرار رقم 691 لسنة 2019 المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادرة بقانون 182 لسنة 2018 المصري.

(3) المادة 76 من اللائحة التنفيذية أعلاه.

وفاء المتعاقد تجاه التزاماته العقدية، أو لمقتضيات المصلحة العامة حيث يرى الفقه والقضاء الإداري ان اخلال المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على كونه اخلالاً بالتزام تعاقدي وانما فيه مساسا بالمرفق العام الذي يتصل به العقد ويضر بالتالي بالمصلحة العامة، مالم يكن هذا الإخلال ناتجا عن أسباب قهرية لا يد للمتعاقد فيه، مما يتطلب تدخل الإدارة بارادتها المنفردة لاتخاذ القرار المناسب بغية تامين تحقيق الغرض الذي من اجله ابرم العقد الإداري.

لذا فان مرحلة تنفيذ العقد تتسم بسلطة تقديرية واسعة التي يتخلى المشرع عن وضع الحلول المناسبة كلما اقتضى تدخل الإدارة في تنفيذ العقد تاركا الامر إلى القاضي الإداري الذي يتولى ايجاد قدرا من التوازن بين سلطات الإدارة المتعاقدة في تحقيق المصلحة العامة ومتطلبات سير المرفق العام، وبين حقوق المتعاقد معها تجاه تعسفها وعدم مراعاتها لحدود تدخلها، لذا تتميز سلطة الإدارة التقديرية خلال مرحلة تنفيذ العقد في ثلاثة ميادين أساسية هي:

أولاً: سلطة الإدارة لتقديرية ذات الطبعه الفنية (الإشراف والتوجيه والتعديل).

ثانياً: سلطة الإدارة التقديرية ذات الطبعه الماليه (التعويض والغرامات التأخيرية).

ثالثاً: سلطة الإدارة التقديرية ذات الطبعه الجزائية.

الفرع الأول: سلطه الإدارة التقديرية ذات الطبعه الفنية

تمتلك الإدارة تجاه العقد الإداري سلطات تقديرية تنصب على الجانب الفني التي تتضمنها الشروط العقدية ويمكن ان ترد في ميدانيين هم:

• الرقابة والتوجيه

تعد سلطة الرقابة أحد مبادئ نظرية العقد الإداري فهي ترتبط بفكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واطراد، فهي مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية، لذا تعد سلطة مقررة للإدارة المتعاقدة حتى دون حاجة إلى النص عليها على الرغم من ان هذه السلطة كثيراً ما يتم إدراجها في العقد أو في دفا تر الشروط بهدف تنظيمها وتحديد مجال أعمالها⁽¹⁾، لذا فان

(1) نصت المادة الثانية من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنيه العراقيه لعام 1988 (تكون واجبات ممثل المهندس المراقبه والإشراف على الاعمال وفحص واختيار اية مواد يرلد استعمالها أو مهارة عمل يراد استخدامها في الاعمال وليس له صلاحية اعفاء المقاول من اي من واجباته أو التزاماته بموجب المقاول.

الرقابة لاتجد أساسها القانوني في النصوص القانونية أو التعاقدية وإنما تستمد أساسها من فكرة المرفق العام لان الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العام والكفيلة لحسن السير، وللرقابة وفقاً لمذهب إليه الفقه الإداري معنيين:

الأول: المعنى الضيق وهو حق الإدارة في متابعة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقاً لشروط العقد عن طريق أعمال مادية، كالدخول إلى أماكن العمل والفحص أو إجراء تحريات أو تلقي شكاوى المنتفعين وما تحتاجه الإدارة من رقابة هو مطابقة التنفيذ للشروط الفنية للعقد.

الثاني: المعنى الواسع هو سلطة الإدارة في التوجيه، وينصب على حق الإدارة في التوجيه واختيار أفضل الطرق التي تؤدي إلى إكمال وإنجاز العقد، لذا فإن التوجيه لا يتخطى حدود التأكد من تنفيذ العقد على نحو يتفق مع الشروط الواردة فيه، بل إلى امتلاكها لسلطة إصدار القرارات التنفيذية بارادتها المنفردة دون حاجة للجوء إلى القضاء، وهي تتمتع في عقدي التزام المرفق العام والأشغال العامة أكثر من غيرها من العقود⁽¹⁾ غير أن هذه السلطة ليست مطلقة إذ يجب على الإدارة الالتزام بعدم التعسف في استخدامها لتحقيق أغراض خاصة لاتتعلق بالمصلحة العامة.⁽²⁾

• سلطة التعديل

تعد سلطة الإدارة التقديرية في تعديل الشروط العقدية من أهم خصائص العقد الإداري وتمييزه عن غيره من عقود القانون الخاص، فإن كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أي منهما بسلطة انفرادية تجاه الآخر تمكنه من تعديل أحكام العقد والزام الطرف الآخر بهذا التعديل فإن العقد الإداري يمنح جهة الإدارة سلطة تعديل انفرادية دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، ويكاد فقه القانون والقضاء الإداري المقارن يتفق على أن جميع العقود الإدارية قابلة للتعديل بارادة منفردة للإدارة وأساس ذلك يعود لضمان سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، لتعديل التزامات المتعاقد معها وإن لم ينص عليه العقد صراحة طالما أن التعديل هو ضمن الإطار العام للمصلحة العامة، وإلا فإن القرار سيكون مشوباً بعيب انحراف السلطة، غير أن سلطة الإدارة التقديرية تجاه التعديل هي ليست مطلقة بل يجب أن لاتتعدى موضوع

(1) Andre de laubadere – manuel de droit administratif–o0p0cit –p158

(2) pierre Laurent – precis de droit –administratif–o0p0cit–p362

العقد والا يكون المتعاقد أمام عقد جديد غير متفق مع قدراته المالية والفنية التي كانت أساساً في إبرام العقد معه⁽¹⁾، عليه فإن السلطة التقديرية للإدارة تصبح مقيدة تجاه وجوب ضمان التعديل لتحقيق حسن سير المرفق العام ومقتضيات المصلحة العامة في احسن وجه⁽²⁾ سيما تجاه العقود التي يحتاج تنفيذها مدة زمنية طويلة نسبياً كعقود امتياز المرفق العام وعقود الأشغال العامة⁽³⁾ ان من الجدير بالذكر ان سلطه الإدارة التقديرية تجاه التعديل النسبي يمكن ان يتجه إلى التعديل الكلي الذي يعني فسخ العقد الإداري لمتطلبات المصلحة العامة الذي سوف نتناوله في الفصل القادم.

الفرع الثاني: سلطه الإدارة التقديرية ذات الطبيعة المالية

ان النوع الآخر من سلطات الإدارة التقديرية خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري هي ذات طبيعة مالية تمنح الإدارة الحق في اصدار قراراتها باستيفاء نوعين من الاستحقاقات المالية الناتجة عن اخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية دون اللجوء إلى القضاء وتمثل بمايلي

• التعويضات

ان مفهوم الجزاءات الماليه لدى الاستاذ محمد سليمان الطماوي بانها عبارة عن المبالغ الذي يحق للإدارة ان تطالب بها المتعاقد معها عند اخلاله بالتزاماته التعاقدية، ويكون الغرض منها اما لجبر ضرر حقيقي بحق الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد أو توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن اي ضرر لحق بالإدارة، لذا فان التعويض يتحقق نتيجة اخلال بالتزام تعاقدي مما يسبب ضرراً للغير، لذا يترتب على فاعله التعويض، عليه فان نظرية التعويض وفقا للقانون الإداري تستمد معظم أحكامها من قواعد القانون الخاص⁽⁴⁾ فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض مع اشتراط وجود الضرر، غير ان ما يميز العقود الإدارية

(1) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية- مرجع سابق -ص 385

(2) عاطف النبا - مبادئ القانون الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - 1978، ص 161.

بموجب هذا القرار خطى مجلس الدولة أول خطوة نحو قبول تعديل العقود الإدارية فاما وقائعها هي: انه عام 1874 حصلت الشركة الجديدة للغاز على امتياز المانع من طرف بلدية (ديفيل ليروان) لإتارة المدينة عن طريق الغاز وبسبب تطور وسائل الإتارة بالكهرباء حاولت البلدية اقناع الشركة باستعمال هذه التقنية الجديدة لكن دون جدوى وامام رفض الشركة توجهت البلدية نحو شركة الكهرباء فطالبت شركة الغاز بالتعويض مقابل الضرر الحاصل لها جراء خرق البلدية للاحتكار الممنوح لها الا ان مجلس الدولة الفرنسي فسر العقد بان من حق البلدية ان توفر هذه الخدمة عن طريق الكهرباء إذا رفضت شركة الغاز ذلك وبذلك منح القضاء الإداري حق الادارة لتعديل العقد من جانب واحد.

(3) Compagni nouvelle du gaz de devil - les Rouen C.E.2. janvier-1902.

(4) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق، ص 30.

عن عقود القانون الخاص هو كيفية أستفاء مبلغ التعويض ، حيث يمكن للادارة ان تحدد قيمة التعويض الذي تستحقه نتيجة للضرر الذي لحق بها جراء اخلال المتعاقد معها تجاه تنفيذ التزاماته وبارادتها المنفردة (1) في حالة عدم وجود نص في العقد يعالج مسالة التعويض وهذا مايميز العقد الإداري عن العقد المدني الذي يوكل امر تقدير التعويض إلى القضاء المختص، غير ان تحديد الإدارة لمبلغ التعويض واستيفاءه لايمنع المتعاقد معها من اللجوء إلى القضاء المختص لمخاصمتها تجاه استحقاقها له أو مقداره (2) (3) علما ان التعويض لايستحق الا بعد اعدار المدين (3)، وبهذا الصدد اصدرت محكمة التمييز العراقية قرارا يقضي بان الغرامة التأخيرية هي جزاء يقتضيه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المدد المتفق عليها. (4)

• الغرامات التأخيرية:

هي مبالغ اجمالية يتم تحديدها من قبل الإدارة المتعاقده التي عادة يتم احتسابها سلفا في نصوص العقد كجزاء يفرض على الطرف الآخر عند تاخره في تنفيذ التزاماته عن المدة العقدية أو المدد الوسيطة، للعقد، وغالبا مايتدخل المشرع في تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية على مستوى القوانين أو الانظمة التي يجري احتسابها على أساس عدد الايام أو الاسابيع التي تجاوز فيها المتعاقد للمدة العقدية (5).

ان الغاية من فرض الغرامة التأخيرية هو حمل المتعاقد على تنفيذ العقد ضمن المدد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فهي ذات صفة تهديدية، لايتطلب استيفائها إلى

(1) طارق محمد عبد الرحمن سلطان - سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2010 - ص 113؛ وعزيزه الشريف - نظرية العقد الإداري - دار النهضة العربية - ص 159.

(2) الجمل - ه- النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس 1979

(3) انظر المادة 256 من ق.م.ع - والمادة 218 مدني مصري وكذلك المادة 1146 مدني فرنسي.

(4) انظر -قرار رقم 455 /ح/سنه 1968 منقول في كتاب د0 محمود مستور في مجلة القضاء - محكمه التمييز - المجله الخامس ص 243.

(5) نصت المادة (68) من تعليمات تنظيم اجراءات العطاءات رقم (1) لسنة 2008 الأردنية على انه (إذا تاخر المتعهد في تنفيذ الملتزم به من الموعد المحدد بالعقد تفرض عليه غرامه ماليه بنسبة لاتقل عن (5%) من قيمته اللوازم التي تاخر المتعهد في توريدها عن كل اسبوع بصرف النظر عن الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ.

توجيه انذار مسبق إلى المتعاقد ولاحتجاج الإدارة إلى اثبات الضرر كما هو عليه الحال في التعويض لان الضرر هو مفترض بمجرد التأخير بتحقيق. (1)

نخلص من ذلك ان السلطة التقديرية للإدارة خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري لا يحدها قيد سوى المصلحة العامة التي تسعى إلى تحقيقها كلما تتغير متطلبات هذه المصلحة تجاه تنفيذ العقد الإداري تعود للإدارة لممارسة سلطتها العامة وصولاً إلى فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد معها وهذا ما سنتناوله في الفصل القادم.

الفرع الثالث: سلطة الإدارة التقديرية ذات الطبيعة الجزائية

ان من مميزات العقد الإداري بمقارنته عن عقود القانون الخاص هو تمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة فرض عقوبات جزائية بحق المتعاقد معها دون حاجتها للجوء إلى القضاء تعبيراً عن تمتعها بامتيازات السلطة العامة وضمن سير المرفق العام، وبالتالي لا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الحق كلياً أو جزئياً (2) ودون حاجة حتى إلى النص عليها في العقد (3) ويمكن ان تتمثل بنوعين من الجزاءات:

• الجزاءات الضاغطة

يمكن للإدارة ايقاع بحق المتعاقد معها جزاءات ذات طبيعة مؤقتة في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية عن طريق تنفيذ تلك الالتزامات من قبل شخص اخر وعلى حساب المتعاقد المقصر (4)، أي ان يتم تنفيذها تنفيذاً عينياً ويتم ذلك في ميدان عقود الاشغال العامة، بسحب العمل (5) وفي عقود التوريد يتمثل في الشراء على حساب المورد، أما في عقود التزام المرافق العامة يطلق عليه وضع المرفق العام تحت الحراسة اي ابعاد الملتزم عن ادارة أو استغلال المرفق محل الالتزام تتولى الإدارة ادارته بنفسها (6)، وفي جميع هذه الحالات لا يعد انتهاء للعلاقة العقدية بل انقطاعاً مؤقتاً لحين تجاوز المتعاقد لاختطائة العقدية

(1) نصت المادة (8) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 على انه (توقع غرامه التأخير ولو لم يترتب عليه اي ضرر.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط (2001). القانون الإداري، دار الفكر العربي، ص75.

(3) أنور احمد ارسلان (1998). القضاء الإداري -جراسة مقارنة - دار النهضة العربية، ص212.

(4) محمد عبد الحميد أو زيد (2002). مبدأ المشروعية وضمن تطبيقه، النصر الذهبي للطباعة، القاهرة، ص422.

(5) عاطف سعدي محمد علي (2005). عقود التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، دراسة مقارنة، ص452.

(6) محمود خلف -العقود الإدارية، مرجع سابق، ص150.

اي زوال أسباب فرضها، رغم ذلك ان ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في فرض هذه الجزاءات لا يمنع المتعاقد من مخصصتها قضائياً.

• الجزاءات الفاسخة

تعد سلطة الإدارة بفسخ العقد اداريا دون اللجوء إلى القضاء المختص من اخطر امتيازاتها في ميدان العقود الإدارية لما يحمله الاجراء من مخاطر تجاه المتعاقد على اعتبار الفسخ يمثل اقصى عقوبة بحق المتعاقد مع ما يترتب عليه من اثار مالية وقانونية، وفي عقد التزام المرفق العام يطلق عليه باسقاط الالتزام الذي يجعل الإدارة ملزمة بإبرام عقد جديد أو توليها باستغلال المرفق بنفسها، وقد اعترف القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بحق الإدارة بفرض مثل هذا الجزاء حتى لو لم ينص العقد على ذلك مع استثناء عقد التزام المرفق العام الذي غالبا ما يصر إلى لجوء الإدارة إلى القضاء الإداري لأيقاع الفسخ وذلك لأهمية عقد الالتزام⁽¹⁾ بهذا الصدد جاء قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1963/12/28 ينص على : ان للادارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد ومنها فسخ العقد. وهي في ذلك لاتستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملا بالقاعدة الاصولية التي تقتضي بها العقود الإدارية واهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة⁽²⁾.

(1) احمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - مرجع سابق -ص 240

(2) انظر - طارق محمد عبد الرحمن - سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة 2010 -ص 133.

الفصل الثالث

فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد والآثار الناتجة عنه

تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية اما بتحقيق المتعاقد للالتزامات العقدية المنصوص عليها في العقد سواء تعلق باستلام الإدارة للأعمال في عقد الاشغال العامة أو للمواد في عقد التوريد العام بعد تسديدها كامل الثمن المتفق عليه إلى المتعاقد وحيث ان انتهاء المدة العقدية المنصوص عليها في العقد الإداري لا يترتب على انتهائها نهاية للالتزامات العقدية الا بالتنفيذ الكامل لهذه الالتزامات.

اما في إطار العقود الزمنية كعقد امتياز المرفق العام، فان العقد ينتهي بانتهاء المدة المحددة في العقد، الا ان واقع العقود الإدارية التي يحتاج تنفيذها فترة طويلة نسبياً من الزمن قد يواجه خلالها المتعاقدين ظروفًا ذات طبيعة مختلفة تحول دون بلوغ العقد نهايته بصورة طبيعية رغم حرص طرفي العلاقة العقدية على تحقيق الهدف الذي من اجله أبرم العقد سواء المتعاقد الساعي إلى المنفعة الذاتية أو الإدارة لتوفير متطلبات المرفق العام.

لذا قد يواجه العقد الإداري نهاية مبسرة له التي تظهر في احد احتمالين أساسيين هما حالات فسخ العقد الإداري ضمن اطار استبعاد تغير متطلبات المصلحة العامة نتيجة لوقائع غير متوقعة وهو ما يعرف بالقوة القاهرة التي تقود إلى الاستحالة ومن ثم فسخ العقد أو قد يصار إلى فسخ العقد كحالة جزاء عن الخطأ الجسيم الذي يرتكب من احد طرفي العلاقة العقدية إضافة إلى انه قد يصار إلى اتفاق طرفي العقد بان العقد يعتبر مفسوخا في حالة تحقق وقائع محددة وهو ما يعرف بالفسخ الرضائي، غير ان الصورة الأكثر أهمية في فسخ العقد الإداري هو تغير المصلحة العامة التي كانت الدافع إلى إبرام الإدارة للعقد الإداري لسبب أو لآخر مما يجعل الاستمرار في تنفيذ العقد لم يعد محققا لحاجة المرفق العام وبالتالي لابد من تدخل الإدارة بوضع نهاية للعقد وبارادة منفردة دون حصول خطأ من المتعاقد معها، ولكن دون اهدار لحقوق المتعاقد وهو التعويض العادل عما لحقه من خسارة ومافاته من ربح، سواء يتم ذلك استناداً إلى النصوص العقدية أو التشريعية، وبغيابه يمكن اللجوء إلى قاضي العقد لتحديد مبلغ التعويض.

لذا سنتناول الموضوع من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

المبحث الثاني: المنازعات العقدية الناتجة عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة.

المبحث الثالث: حقوق المتعاقد عن فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

المبحث الأول

فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

يمكن للعقد الإداري ان يواجه نهاية مبسرة للعلاقة العقدية لأسباب خارج إطار متغيرات حاجة المرفق العام للاستمرار بتنفيذ العقد الإداري، سواء كانت هذه الأسباب نتيجة الإخلال الجسيم من قبل الإدارة أو المتعاقد معها أو انها جاءت عن حالة الاستحالة نتيجة لقوة قاهرة أو ان يأتي بسبب اتفاق رضائي بين الطرفين لانهاء العقد.

الا ان الإدارة استناداً إلى سلطتها التقديرية يمكنها فسخ العقد الإداري كلما وجدت ان الاستمرار في تنفيذه لم يعد يحقق الغرض الذي من اجله ابرم العقد في حينه دون ان يرتكب المتعاقد معها خطأ تعاقدي مستند في ذلك إلى متطلبات المصلحة العامة لذا فان فسخ العقد الإداري قد يأتي لاحد سببين أساسيين هما حالات فسخ العقد الإداري خارج متغيرات المصلحة العامة وحالة فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

المطلب الأول: حالات فسخ العقد الإداري خارج متغيرات المصلحة العامة

يمكن ان يشهد العقد الإداري نهايته لعدد من الأسباب المتمثلة بتحقق وقائع من شأنها تمنح طرفي العلاقة العقدية أو أحدهما الحق بفسخ العقد سواء يتم ذلك بناء على اتفاق مسبق بينهما أو عندما ينتج عنها حالة استحالة تجاه الاستمرار بتنفيذ العقد أو عند حالة ارتكاب أحد طرفي العلاقة العقدية خطأ جسيماً لذا، سيتم تفصيل ذلك تباعاً:

الفرع الاول: الفسخ الاتفاقي للعقد الإداري (la résiliation conventional)

يراد بالفسخ الاتفاقي أو الرضائي اتفاق أطراف العقد على وضع نهاية له قبل تحقيق اهدافه، وفي هذه الحالة فان النهاية المبتسرة له لا تختلف عما هو عليه في العقد المدني بتضمينه أحكام هذا الأخير. (1)

يخضع الفسخ الاتفاقي للعقد الإداري إلى عدد من الشروط ذات الطبيعة الموضوعية وكذلك الشكلية وفقا لما يلي:

أولاً: شروط الفسخ الاتفاقي

1- نية المتعاقدين لفسخ العقد

وبعني ذلك ان الإدارة المشتركة التي أوجدت العقد يمكن لها ان تحدد طرق انتهائه، فهي مصدر الالتزامات العقدية بتحديد الحقوق والواجبات لذا، لا يمكن ان يحصل الفسخ بارادة واحدة مالم ينص العقد على غير ذلك، اي لا يمكن لاحد طرفي العقد ان يضع نهاية للعقد دون موافقة الطرف الآخر. (2)

وقد يتم الاتفاق على الفسخ الرضائي ضمن الشروط العقدية أو ان يكون باتفاق مستقل لتقاضي الغموض أو الالتباس مستقبلا، اما إذا حصل الاتفاق على الفسخ بعد إبرام العقد أو ان الخصومة رفعت إلى القضاء فانه لا يدخل ضمن مفهوم الفسخ الاتفاقي. (3)

2- استبعاد المتعاقدين للفسخ القضائي

يراد به انه لا يكفي تقرير الفسخ الرضائي بمجرد وجود حالة اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته أستنادا على وجود اتفاق مسبق بينهما تجاه فسخ العقد، بل يجب تتجه نية المتعاقدين إلى استبعاد الفسخ

(1) نصت المادة (178) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على مايلي (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) كذلك نصت المادة (158) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على ما يلي: (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي عن الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان على الاعفاء منه).

(2) Laubadere, F.Moderne, P. Devolvé: traité des contrats administratifs-o.p.cit.p-621.

(3) ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء السابع، دار منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت 2020، ص300.

القضائي أستنادا الى نصوص عقديّة التي قد تشير الى نية الطرفين تجاه ذلك. مثاله ان ينص العقد على انه يعتبر مفسوخا إذا لم يحترم أحد المتعاقدين تنفيذ التزاماته، أو ان يقرر الشرط بان العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، أو قد ينص احيانا على ان العقد يعد مفسوخاً تلقائياً أو قد يقضي احيانا بالعقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي⁽¹⁾، وقد يصل الأمر إلى إظهار سلطان إرادة المتعاقدين لأعلى درجاتها بإعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو انذار.⁽²⁾

1- إخلال المتعاقدين بالتزاماتهم

ان الدافع الرئيسي إلى الفسخ الرضائي هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية، وهنا فان الفسخ يأتي غالبا تطبيقا للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ.

وبهذا الصدد فان الشرط الفاسخ دون حاجة إلى صدور حكم قضائي أو حتى إعدار فإن صدر حكم قضائي أستنادا الى هذا الشرط فإن أثره سيكون كاشفاً وليس مقررا له.⁽³⁾

إلا انه إذا كانت حالة عدم التنفيذ شرط ضروري من أجل منح المتعاقد من ممارسة حقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة للجوء إلى القضاء فإن من له هذا الحق ان يتنازل عن التمسك بالفسخ، وان يطالب بالتنفيذ رغم وجود حالة الإخلال بالالتزامات.⁽⁴⁾

ثانياً: اثار الفسخ الاتفاقي

1- ان معظم الانظمة القانونية التي نصت بالفسخ الاتفاقي لم تحدد طبيعة الالتزامات التي يمكن ان تكون ميدانا لإتفاق المتعاقدين على الفسخ عند عدم تنفيذها، ويترتب على هذا الغياب للنصوص بان اي التزام سواء كان جوهرى أو غير جوهرى، يمكن ان يمنح الحق لأحد الطرفين كمبدأ عام بفسخ العقد نتيجة عدم التنفيذ، ولكن بشرط عدم اساءة استعمال هذا الحق مع وجوب

(1) حسين علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الوائل للنشر والتوزيع، الأردن سنة 2002، ص211.

(2) احمد عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 811.

(3) محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 227.

(4) Laubadere , F.Moderne, P. Devolvé : traité des contrats administratifs-o.p.cit.p-645.

مراعاة حسن النية التي يجب مراعاتها في جميع الأحوال⁽¹⁾. ويترتب على ذلك ان الاتفاق الذي قد يحصل بين المتعاقدين المخالف لتلك القواعد العامة يعتبر باطلاً، وبالتالي يعد العقد خالياً من اي اتفاق على الفسخ. هذا يعني ان على المتعاقد التمسك بحقه في الفسخ ان اراد التحلل من التزاماته العقدية بسبب اخلال المتعاقد الآخر بالعقد اللجوء إلى القضاء لقراره.

2- الا ان على الرغم من حرمان القاضي لسلطته التقديرية تجاه الفسخ الاتفاقي الا انه تبقى له امكانية مراقبته للشرط الصريح بالفسخ الاتفاقي الذي يقتضي معه الاعذار، حيث يمكن للمحكمة في هذا الشأن التحقق من حالة عدم التنفيذ التي ادت إلى تطبيق الشرط الفاسخ الذي يمكن للقضاء منح المدين مهلة للتنفيذ، سيما إذا وجد ان الإخلال لم يصل إلى حالة الفسخ أو ان المدين قد اوفى بجزء من التزاماته، فاذا ما وجد بما يمنع من تطبيق الشرط جاز له ذلك عند وجود سوء نية الدائن وحسن نية المدين.⁽²⁾

3- ان الفسخ الاتفاقي قد ينص على التعويض للمتعاقد أو عدمه وفقاً لما يرد في الاتفاق بين الاطراف لذا فإن على الإدارة المتعاقدة ان تظهر نيتها بصورة صريحة وبوضوح تجاه ذلك.⁽³⁾

الفرع الثاني: فسخ العقد الإداري للقوة القاهرة (Force majeure)

تعد حالة الاستحالة الناتجة عن القوة القاهرة أحد أسباب فسخ العقد الإداري عند تحقق شروطها، غير ان حالة الاستحالة قد لا تكون نهائية التي من شأنها ان تؤدي إلى فسخ العقد بل قد تكون مؤقتة عندما يمكن لاطراف العقد تجاوزها حال زوال أسبابها.

أولاً: مفهوم القوة القاهرة

تعد القوة القاهرة التي يتم اقرارها من قبل قاضي المختص بناء على طلب احد طرفي العقد نتيجة حوادث فجائية تقع خارج إرادة الطرفين التي من شأنها تجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلة⁽⁴⁾، وتعتبر الاستحالة كآثر للقوة القاهرة بمثابة السبب والمسبب، تربط بينهما علاقة سببية، فالقوة القاهرة

(1) محمد حسين منصور: الشرط الصريح الفاسخ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر 2003، ص 44.

(2) C.E.28. Octobre.1946, ville de sancerre, rec., p.247

Laubadere, F.Moderne, P. Devolvé : traité des contrats administratifs-op.cit. P-645. مأخوذ من

(3) C.E,20 avril 1933, Drouard, p.112 المرجع اعلاه

(4) محمد ياسين المبسوط في شرح القانون المدني الأردني - دار وائل للنشر-عمان - ط1 -2002 ج -ص508.

تعد السبب الذي ينتج عنها الاستحالة وهي المسبب الا انه إذا كانت حالة الاستحالة مؤقتة فان الالتزام التعاقدى سيكون معلقا لحين زوال السبب ليعود التزام المتعاقد إلى تنفيذ العقد⁽¹⁾. لذا يعرف الاستاذ سعاد الشرفاوي القوة القاهرة بانها ((حادث مستقل عن إرادة الاطراف المتعاقدة وغير يمكن توقعه وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو أحد هذه الالتزامات)).⁽²⁾

ان مفهوم القوة القاهرة أستنادا للقانون المدني هي الحادث الأجنبي الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام وفسخ العقد تلقائيا وعند لجوء المتعاقد إلى القاضي العقد من أجل الحصول على حكم بالفسخ لاستحالة العقد فان الحكم القضائي يكون معلنا للفسخ وليس منسئ له⁽³⁾، فالاستحالة قد تكون مادية كهلاك محل الالتزام⁽⁴⁾، أو معنويه كما هي حالة منع التعامل في موضوع الالتزام أو ان تكون ذا صفة مختلفة كتحميل المتعاقد نفقات مالية كبيرة تفوق قدرته المالية، عندها تعتبر حالة (قوة القاهرة إدارية) تختلف عن القوة القاهرة العادية التي لايشترط فيها استحالة التنفيذ بل يشترط وجود اعباء مالية غير عادية تمنح المتعاقد الحق بالطلب من القضاء بفسخ مع التعويض في حالة توفر شروط التعويض.⁽⁵⁾

لذا من أجل تحقق شروط القوة القاهرة يقتضي من المتعاقد مع الإدارة اقامة الدليل على تحقق هذه الشروط وفي حالة عجزه عن الدليل وفي حالة عجزه عن اثبات، فانه لايمكن له التحلل من التزاماته.⁽⁶⁾

(1) بهذا الصدد واستناداً إلى المادة (11) من قانون الدفاع الأردني 1992 في حالة الاستحالة لانتهاية العلاقة العقدية بل توقفها رغم معارضة المادة مع نص المادة (247،2005) من القانون المدني الأردني على اعتبار ان قانون الدفاع هو قانون خاص والخاص يقيد العام بسبب فترة الحظر يجعل العقود موقوفة إلى المدى الذي يكون فيه تنفيذ الالتزام متعذرا دون مساس بالوجود القانوني للعقد. عبر النت.

(2) محمد علي الطائي - الظروف الطارئة - بحث منشور في مجلة القضاء وزارة العدل / العراق - العدد 1-4-1982 -ص 35.

(3) نصت المادة 159-165 من القانون المدني المصري على إنه (إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة ويفسخ العقد من تلقاء نفسه)

(4) C.E.24-avril .1968-companie de navigation-Denis. Frères rec p.267- laubadère traite des contrats administratifs- op.cit. p.645.

(5) محمد علي الطائي، الظروف الطارئة بحث منشور في مجلة القضاء، وزارة العدل العدد 1-4، 1982 ص35.

(6) سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص714.

عليه فإن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري باستهدافه للمصلحة العامة وضمن سير المرفق العام بانتظام وإطراد تقتضي بعدم ترك الأمر لتقدير الأفراد المتعاقدين مع الإدارة بتحقيق حالة الإستحالة بغية التحلل من التزاماتهم دون حصولهم المسبق على حكم قضائي لما يحمله ذلك من أضرار بالمصلحة العامة.

وينتج عن ذلك إذا كان فسخ العقد المدني الناتج عن القوة القاهرة لا يتم إلا بحكم قضائي إلا أن الامر يكون على غير ذلك في ميدان العقود الإدارية التي تمنح الإدارة الحق بإنهاء العقد دون حاجتها للجوء إلى القضاء، على عكس المتعاقد معها الذي لا يملك مثل هذا الحق وعندها سنكون أمام حالة فسخ إداري بإرادة الإدارة وفسخ قضائي بناء على طلب المتعاقد معها.

وبهذا الصدد فإن القضاء الإداري قد يخرج عن حالات الفسخ للقوة القاهرة عندما لاترقى الوقائع المادية إلى تحقق حالة الإستحالة المطلقة مثالها حكم لمجلس الدولة الفرنسي عام 1968 عندما قضى ((بان حالات التحطم الكلي للمنشات أو المواد المستخدمه لتنفيذ العقد لاتؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد)) لا سيما في إطار امتياز المرفق العام وبالتالي الإبقاء على العلاقة العقدية قائمه بين الاطراف معتبرا بان تنفيذ العقد منقطعا وليس منفسخاً. (1)

ثانياً: شروط القوة القاهرة واثارها

ان من أجل تحقق حالة الاستحالة نتيجة للقوة القاهرة لابد من وجود عددا من الشروط الموضوعية ذات الطبيعة المادية أو القانونيه:

أ- شروط القوة القاهرة

1- حالة عدم التوقع

وتعني الا يكون بمقدور المتعاقد معرفة امكانية حدوث القوة القاهرة عند إبرامه للعقد الإداري لذا ان توقع الحدث أو عدمه يعد الفاصل بين قدرة المتعاقد على تقادي وقوعه، من خلال الاستعداد المسبق لمواجهة، ان كان متوقعا أو عدم قدرة المتعاقد على ذلك متى لم يكن ممكنا بالنسبة إليه توقع الحدث،

(1) C.E.5 janvier compagnie de la gaze de la ferté Milon de contrats-administratif-Laubadère traite des contrats administratifs- op.cit.- p.645

فالحرب والثورة والاضراب والحريق وانفجار الآلات وغارات الجراد كلها يمكن ان تكون وقائع غير متوقعة تعد من الحوادث الفجائية. (1)

بهذا الصدد ان فكرة عدم التوقع يتم تقديرها من قبل القضاء وفقا لظروف كل حالة , اي يتم الاخذ بعدد من الاعتبارات المحيطة بالحدث أو الواقعة ومدى امكانية اطراف العلاقة على التنبؤ بها , كحالة وجود توتر في العلاقات الدولية السابقة على نشوب الحرب المؤدية للقوة القاهرة أو ارتفاع كبير في مناسيب المياه في النهر قبل التعاقد على انشاء ابنية محاذية له مما تولد عنها فيضان النهر المؤدي لحالة الاستحالة.

2-تحقق حالة القوة القاهرة لسبب أجنبي

ان من شروط تحقق حالة القوة القاهرة ان يكون الحادث خارجا عن إرادة المتعاقدين اي لم تنتج إليه إرادة ايا منهما ، ولم يتسبب اي من الطرفين في حصوله، (2) اي ان يكون الامر اجنبي كما يقول الاستاذ عبد المجيد الحكيم ((عن المدين والدائن والغير)) (3) فلا وجود لحالة القوة القاهرة ان كانت الإدارة هي المتسببة بهلاك محل العقد عندها ستثار مسؤوليتها العقدية وعليها التعويض، والعكس كذلك ان كان المتعاقد هو الفاعل سواء بقصد أو دون قصد ادى فعله إلى استحالة التنفيذ يلزم بتعويض الإدارة وقد استخدم المشرع العراقي عبارة ((لا يد للمدين فيه)) في معرض الحديث عن السبب الأجنبي (4) وبهذا الاتجاه فان مجلس الدولة الفرنسي قد وصف القوة القاهرة بانها حادث خارجي يقع تجاه التزام معين. (5)

3-عدم امكانية الدفع

يشترط في تكييف الظرف أو واقعه على انها قوة قاهرة ان تكون مستعصية على الشخص المتعاقد ولايكون قادرا منع وقوعها أو تجاوزها والتغلب على نتائجها بعد حصولها ولو بذل جهداً كبيراً، لذا فان

(1) عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام، دار النهضة العربية - 1982 - الجزء الاول - ص47.

(2) عبد العظيم عبد السلام: أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاة للطباعة والتوزيع، بيروت 1990 , ص 65.

(3) عبد المجيد الحكيم - الوجيز في شرح القانون المدني، ط5، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد -1977- ص 538

(4) المادة (168) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

(5) C.E.26 mai -1964 - P.94 /source : Laubadère : traité des contrats administratifs-op.cit. p. 636.

القوة القاهرة تمثل قوة ضاغطة ذات تأثير سلبي على الشخص المتعاقد وفي ذلك تتميز القوة القاهرة عن حالة الصعوبات المادية وعن فعل الامير وكذلك الظروف الطارئة التي تقضي بوجوب استمرار تنفيذ الالتزامات العقدية من قبل المتعاقد مع الإدارة ويرى الباحث بهذا الصدد، ان شرط امكانية الدفع لا يكون ذو طبيعة مطلقة بل يخضع إلى القدرات الفنية أو المالية للمدين بالالتزام فما لا يستطيع متعاقد ما من تجاوز الصعوبة المتحققة قد لا تكون بنفس الدرجة لدى متعاقد آخر، وبالتالي لاتعد حالة استحالة بل صعوبة يمكن تجاوزها . وبهذا الصدد جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير في قضية ترامواي شاربورج (compagnie des tramways de cher bourge) بتاريخ 9 كانون الاول 1932 الذي جاء فيه بان مواجهة المتعاقد حالة الانقلاب الاقتصادي للعقد التي من شأنه يكون أمام حالة معسرة لايمكن معها التغلب عليها عن طريق تعويض الإدارة للمتعاقد عن الخسارة سيما لعقود التزام المرفق العام مما يجعل من الصعوبة الاقتصادية حالة استحالة يقتضي معها فسخ العقد الإداري كنتيجة لتحول حالة الظروف الطارئة إلى قوة القاهرة. (1)

4- وقوعها اثناء تنفيذ العقد

ويعني ذلك ان حالة القوة القاهرة يجب ان تحصل عند نفاذ العقد وقبل نهايته فان تحققت قبل ابرام العقد أو خلال مرحلة المفاوضات السابقة على إنعقاده أو بعد الانتهاء من الالتزامات العقدية أو بعد انتهاء المدة العقد فلا مجال لتطبيق القوة القاهرة لان مبررات ذلك تعني حصولها قبل الإبرام منح المتعاقد فرصة العلم لهذه الوقائع وتحسب للاثار التي قد تنتج عليها، أو انه قد قبل بنتائجها طبقا لحساباته وبالتالي يمكن له ان يمتنع عن توقيع العقد والتحلل من العطاء المقدم، اما حالة حصول الواقعة بعد انتهاء العقد فان القوة القاهرة لايمكن ان تكون مبررا لفسخه لانتهاء العلاقة العقدية. (2)

(1) M. long, p. Weil, g. Braibant: les grands arrêts de la juris prudence administrative-.p.cit. p.278.
 (2) نصت المادة 168 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه. كذلك نصت المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي على ان (المدين مسؤولا الا إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعا إلى سبب خارجي ليس منسوباً له)، انظر: محمد علي جواد - العقود الدولية - مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها - دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - 1997- ص171.

ب: اثار القوة القاهرة

انما يترتب على حصول الفعل او الواقعة الموصوفة بالقوة القاهرة اثناء تنفيذ العقد هو اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية دون ان تستطيع الإدارة ايقاع اي جزاء اداري يترتب على تحلله من الالتزام التعاقدية، ويمكن للمتعاقد مع الادارة الطلب من القضاء الذي يعود له الحكم بفسخ العقد ان كانت الوقائع المادية المبررة لحالة الاستحالة ترقى الى اعتبارها قوة قاهرة، رغم ذلك ان حالة القوة القاهرة لاتكون بالضرورة مؤدية الى فسخ العقد بل معلقة لتنفيذه الى حين زوال السبب المؤدي الى تعليق الاستمرار بالتنفيذ عندما تتعلق حالة الاستحالة ببعض الالتزامات العقدية دون غيرها ، عندها يتعين على المتعاقد مع الإدارة اتخاذ ما يقتضيه الأمر لأجل الحفاظ على ماتم انجازه من فقرات عقدية طيلة مدة التعليق كونه لايزال الجزء المنجز لم يتم انتقال ملكيته بعد إلى الإدارة.

فيما يتعلق بالتعويض الذي يترتب عن حالة القوة القاهرة فانه لا بد من تعويض الإدارة للمتعاقد معها الذي يقتصر على الاضرار الناتجة عن القوة القاهرة اي عن الأضرار المادية الفعلية، فقط ولايشمل التعويض عن الربح الفائت ولا عن الضرر المعنوي طالما ان الضرر الحاصل لم ينتج عن خطأ الإدارة كما هو الحال في الفسخ الإداري دون خطأ المتعاقد الذي سنراه لاحقاً.

بهذا الصدد نصت دفا تر الشروط الإدارية العامة الفرنسية⁽¹⁾ (C.C.A.G G) لعام 1976 في المادة (18) انه ((في حالة الخسارة أو الاضرار الناتجة في مكان العمل بسبب الظروف الطبيعية غير المتوقعة كذلك في حالة القوة القاهرة فان يمكن ان يعوض الما قول عن الاضرار بشرط قيامه باتخاذ كافة الامور الضرورية لحماية المنشآت والمواد)).⁽²⁾

الفرع الثالث: الفسخ الجزائي للعقد الإداري

يعد الفسخ الجزائي في ميدان العقود الإدارية من أخطر العقوبات العقدية التي يمكن ايقاعها بحق أحد طرفي العلاقة العقدية سواء المتعاقد أو الإدارة نتيجة للاخلال الجسيم تجاه الالتزامات العقدية، حيث تتمتع الإدارة تجاه المتعاقد معها بسلطة ايقاع عقوبة الفسخ سواء كان ذلك استناداً إلى النصوص العقدية أو حتى خارج نصوص العقد.

(1) Cahiers. Des Clauses. Administratives. Généraux

(2) J-P-Bloch : la notion de travail public – librairie technique – paris -1977 – p.144

لذا لا تستطيع ان تتنازل عن سلطتها في الفسخ الجزائي كلياً أو جزئياً لارتباط العقد الإداري بالمصلحة العامة، وبالمقابل يمكن للمتعاقد مع الإدارة التمسك بفسخ العقد والمطالبة بالتعويض العادل عند ارتكاب الإدارة خطأ تعاقدياً جسيماً وكما يلي توضيح ذلك:

أولاً: الفسخ الإداري لخطأ المتعاقد

يعرف الفسخ الإداري لخطأ المتعاقد بأنه ((انتهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بشكل حاسم وتصفية كافة الآثار المتولدة عنه فيما لو ارتكب المتعاقد خطأ لم يعد ممكناً معه لاستمرار العلاقة العقدية بينهما)).⁽¹⁾

لذا يراد بالفسخ الإداري هي سلطة إنهاء الإدارة للرابطة العقدية دون اللجوء إلى قاضي العقد التي تعد مقرره لها تجاه جميع العقود الإدارية عدا حالة اسقاط الالتزام الذي يعود تقرير الفسخ إلى قاضي العقد⁽²⁾، حيث يتم الفسخ بقرار اداري استناداً إلى سلطتها التقديرية تجاه مدى جسامه الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد معها تحت رقابة القضاء الإداري كحالة تنازل المتعاقد عن العقد أو تعاقد من الباطن دون اذن مسبق من الإدارة، أو حالة الغش، أو امتناعه عن تنفيذ الاوامر التي تصدرها الإدارة إليه.

وبهذا الصدد نصت المادة (51) من قانون التعاقدات الحكومية المصري رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي ((يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط جوهرى من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة)). كذلك نصت المادة (102، أ / من نظام المشتريات الحكومية الأردني رقم 28 لسنة 2019 على الأسباب التي يجوز بموجبها للإدارة فسخ العقد هي ((1- تقصير المتعهد بانجاز العقد...)). كذلك اكدت المادة (2/15) من دفتر عقد المقاولة الموحد لنظام الاشغال العامة الحكومية الأردني على (حق صاحب

(1) ابراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 221.

(2) الاسقاط مصطلح اطلقه مجلس الدولة الفرنسي في نطاق عقد التزام المرافق العامة حيث اجاز للدولة مانحة الالتزام بانهاء هذا العقد إذا تبين لها ان الملتزم لم يعد بإمكانه ادارة وتسيير المرفق العام بصورة صحيحة وفعالة حيث ان الاسقاط احد طرق انتهاء العقد الإداري ، المتعلق بامتياز المرفق العام الذي يمثل جزءا توقعه السلطة المانحة للامتياز ، بسبب الإخلال الجسيم لصاحب الامتياز حيث سار قضاء مجلس الدولة الفرنسي على وجوب صدور حكم قضائي لاسقاط الالتزام وذلك لأهمية عقد الامتياز واقتضاء العقد إلى نفقات مالية كبيرة لتسيير المرفق العام ، وفي حالة اقدام الإدارة إلى الاسقاط بقرار اداري فلا بد من اصدار المتعاقد معها وتسببها لقرارها بغية تمكين المتعاقد من الطعن به قضائياً : (نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - منشورات زين الحقوقية - لبنان - الطبعة الأولى ، 2010 - ص 277.

العمل بانتهاء العقد إذا اخفق المفاوض في تقديم ضمان الاداء أو لم يستجب لاشعار بتصويب أو تعديل وضع معين امرته الإدارة به وإذا اخفق المفاوض في تنفيذ الاشغال أو تبين للإدارة انه لاينوي الاستمرار في تنفيذ التزاماته وذلك بدون عذر مقبول (...))⁽¹⁾ ويقع الفسخ الإداري لخطأ المتعاقد بأحد صورتين:

1 - الفسخ الجزائي المجرد البسيط

ويعني انتهاء الإدارة للعقد الإداري مع المتعاقد معها مع حق الإدارة في اقتضاء غرامات تأخيرية أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد، وبعد ذلك حق أصيل تملكه الإدارة في كل حالة ترى أن المتعاقد معها قد أدخل بالتزاماته العقدية اخلالاً جسيماً من شأنه ان يعرض المرفق العام للخطر ويبقى للمتعاقد معها حق المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى في حالة اثبات تعسف الإدارة بفسخ العقد معه.

وبهذا الصدد فقد اختلف الفقه الإداري حول الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي الذي تمارسه الإدارة حتى خارج النصوص العقدية حيث يرى الفقيه جيز (Jeze) ان فسخ العقد يعد من النظام العام عندما يتعلق بالفسخ المجرد وليس الفسخ على مسؤولية المتعاقد بينما يتجه آخرون إلى ان الفسخ الإداري للعقد لا يعد من النظام العام بل لابد من النص عليه في العقد أو في كراسة الشروط، وبالتالي يمكن للإدارة فسخها للعقد الإداري عند ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيماً كحالة تنازله عن العقد أو تعاقدته من الباطن دون اذن مسبق من الإدارة⁽²⁾ أو حالة الغش أو امتناعه عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الإدارة إليه⁽³⁾ ويتصف الفسخ المجرد بان الإدارة تبدو اقل تشدداً في ممارسة سلطتها بسبب اخطاء المتعاقد الجسيمة حيث تتولى تسليم المتعاقد قيمة ما قام به من أعمال وكذلك التأمينات التي دفعها.

2 - الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

ويعتبر هذا النوع من الفسخ أكثر خطورة مقارنة بالفسخ المجرد لان الإدارة سوف تحمل المتعاقد معها نتائج إبرامها لعقد جديد كبديل عن العقد المفسوخ مع كافة الاعباء المالية المترتبة على التعاقد

(1) عقد المفاوضة الموحد للمشاريع الانشائية - لسنة 2010.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الاسس العامة للعقود الإدارية - المركز القومي للاصدارات القانونية - الطبعة الأولى - 2008-

ص 277

(3) احمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 169.

الجديد، وهذا يعني ان المتعاقد سوف يتحمل الفروقات المالية بين العقدين من أجل انجاز الأعمال التي كانت مناطة له، الا ان هذه الصورة من الفسخ الجزائي لا يمكن لجوء الإدارة إليها الا إذا نص عليها العقد أو دفاتر الشروط الملحقة بالعقد. (1)

علما ان الإدارة سوف لن تكون ملزمة في هذه الحالة بالعودة إلى ذات الاسلوب التعاقدي الذي ابرمته مع المتعاقد الاول بل لها ان تختار اسلوب اخر كطريق الممارسة مثلا ، ولكن عليها في هذه الحالة عدم الاضرار بالمتعاقد المفسوخ العقد معه من حيث اختيارها افضل الشروط المالية ، وفي ذلك فان الاجراء الإداري سيخضع للرقابة القضائية، وفي الحالتين السابقتين الفسخ المجرد أو الفسخ على حساب المتعاقد مع الإدارة فانه يجب ان يخضع إلى عدد من القيود الواجب مراعاتها من الجهة الإدارية المتمثلة بالاعذار وهو اجراء شكلي يقوم به الدائن وفقا لقواعد القانون المدني غاية دعوة مدينه للوفاء بما عليه من دين فهو أساسا يجعل المدين مخطأ إذا تاخر في التنفيذ بمنحه فرصة اخيرة للتنفيذ العيني. (2)

رغم ذلك قد لا تكون الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها في الحالة التي يكون الاعذار لا فائدة منه مثال ذلك ان المتعاقد قد غادر مواقع العمل بصورة نهائية معلنا عدم نيته في الاستمرار بتنفيذ العقد، اما القيد الثاني هو التسبب يراد به ذكر الوقائع التي استندت الإدارة في قرارها المبررة لفسخ العقد الذي يخضع إلى رقابة القاضي الإداري لبحث مدى ملائمة الفسخ مع السبب الذي يمكن له إلغاء الفسخ ان لم يرقى الخطأ التعاقدي إلى حد فسخ العقد. (3)

وقد يكون التعويض غير مستحق بالكامل على عاتق أحد الطرفين إذ يتحقق القاضي الإداري عن مصدر الخطأ التعاقدي فقد لا تكون الإدارة وحدها المسؤولة عنه أو المتعاقد معها، بل ان الإدارة قد تتحمل جزء منه ويعود ذلك للقاضي الإداري تقدير حدود المساهمة في ارتكاب الخطأ من طرفي العلاقة العقدية وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي في النص الاتي: (1)

(1) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 437.

(2) المادة 180 من القانون المدني الأردني والمادة (257) من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951.

(3) خليل محسن - القضاء الإداري اللبناني ورقابته لعمال الإدارة - دار النهضة - بيروت - 1972 - ص 562.

ثانياً: الفسخ لخطأ الإدارة

إذا كان الفسخ الإداري للعقد قد يتم بقرار اداري وبالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة دون حاجة اللجوء إلى قاض العقد في حالة وجود خطأ تعاقدية جسيم مرتكب من قبل المتعاقد مع الإدارة الا ان الفسخ الناتج عن خطأ الإدارة بناء على طلب المتعاقد معها لا يتم الا بلجوء المتعاقد بصفته الطرف الاضعف في العقد الإداري، الذي لا يمكن له ايقاع العقوبة من قبله مباشرة تجاه الإدارة إلا عن الطريق القضائي، وبالتالي فان اخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية اخلاصاً جسيماً لا تكون بمنأى عن فرض العقوبة الجزائية، غير ان القاضي الإداري لا يقر عادة حالة الفسخ للعقد الإداري تجاه خطأ الإدارة الا إذا كان من الجسامة بحيث ان يكون مبرراً لحالة انتهاء العلاقة العقدية بين الطرفين لأهمية العقد وارتباطه بتسيير المرفق العام⁽¹⁾ كحالة فرض الإدارة على المتعاقد معها شروطاً جديدة وغريبة عن العقد مما يؤدي إلى انقلاب في التوازن الاقتصادي للعقد⁽²⁾ أو بسبب التوقف غير المبرر عن تنفيذ الأعمال لمدة طويلة من الزمن⁽³⁾.

المطلب الثاني: فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة مبرراته وشروطه

ان إبرام الإدارة لعقودها الإدارية هدفها الوفاء بمتطلبات سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبالتالي تختلف العقود الإدارية من حيث الغرض فمنها تمنح المتعاقد معها المشاركة الفعلية في تسيير المرافق العامة كعقود امتياز المرفق العام واخرى تكون مساهمة المتعاقد بصورة غير مباشرة بتسيير المرفق العام كعقود الاشغال العامة وعقود التوريد ، لذا تحتل عقود امتياز المرفق العام أهمية اكبر من غيرها من العقود الإدارية سواء من حيث ارتباطها المباشر بسير المرفق العام أو من حيث النفقات المالية التي تقتضي من الملتزم تأمينها لغرض استغلاله أو استثماره للمرفق العام .

غير ان المصلحة العامة تبقى هي الهدف النهائي لجميع العقود الإدارية التي يقتضي استمرار وجودها طيلة فترة تنفيذ العقد الإداري، فان غابت هذه المصلحة ولم يعد بإمكان العقد تحقيقها بسبب

(1) En outre sous réserve du partage de responsabilité découlant le cas échéant de ses propres fautes prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration, saisi d'une indemnité sur ce second fondement il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et préjudice

(2) محمد علي جواد ونجيب احمد - القضاء الإداري - مرجع سابق - ص 178.

(3) C.E. 14 fevrier-1934-societe entreprise coopérative Francaise-p.212.

ظروف معينه اقتصادية ام فنية تدفع الإدارة اما لتغيير اسلوب ادارة المرفق العام بجعله ادارة مباشرة مثلا لعدم تلبية اسلوب الاستغلال عن طريق الامتياز للمصلحة العامة لكونه غير متوافق مع متطلبات تغيير حاجات المرفق العام باستمرار أو ان يكون عقد توريد حيث لم يعد يحقق المصلحة العامة التي كانت قائمه بسبب الحاجة إليها نظراً لتغير الظروف وانقضاء الحاجة إليها، عندها يكون من واجب الإدارة ان تضع نهاية مبسترة للعقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها، لذا سيتم بحث هذا الموضوع من خلال العنوانين الآتيين:

الفرع الاول: مبررات فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

الفرع الثاني: الشروط الواجب مراعاتها عند الفسخ لدواعي المصلحة العامة

الفرع الأول: مبررات فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

ان تصرفات الإدارة القائمة على أساس سلطتها العامة وامتيازاتها الممنوحة لها استناداً إلى النصوص القانونية والقواعد التي تحكم العقود الإدارية، حيث ان القانون الإداري هو قانون الإدارة العامة، أو قانون السلطة العامة المتمثل بامتيازات الإدارة في قدرتها على اتخاذ القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة وامتيازاتها في تنفيذ قراراتها جبراً أو مباشرتها عند الاقتضاء ودون اذن من القضاء، فهي وسيلة الإدارة لتحقيق اهدافها في ميدان العقود الإدارية كلما اقتضت مصلحة المرفق العام ذلك، غير ان هذه السلطة قد اثارت جدلاً فقهيًا حول الأساس القانوني الذي تستند الإدارة له في ممارستها لسلطتها وامتيازاتها عندما يخلو العقد أو التشريع من النص على هذا الحق للإدارة، عليه سوف يقوم الباحث باستعراض الموضوع من خلال ما يلي:

اولاً: المبررات المنصوص عليها في العقد أو التشريع

يتم النص غالباً في الشروط العقدية أو النصوص القانونية على منح الإدارة المتعاقدة الحق في ممارسة سلطتها التقديرية بوضع نهاية للعقد الإداري عندما تجد ان العقد لم يعد يحقق الغرض الذي من اجله قد ابرم في حينه غير ان هذه النصوص المانحة لا تعني حرية الإدارة المطلقة في فسخها للعقود بل تبقى هي سلطة مقيدة بوجود المصلحة العامة وبعبكسه فان حالة الفسخ تعد غير مشروعة لذا سنأتي على دراسة كل حالة على حدة:

1- الفسخ المنصوص عليه في العقد الإداري

قد يتفق طرفي العقد الإداري على النص في منح الإدارة المتعاقدة سلطة فسخ العقد متى شاعت كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك أو ان يأتي تقرير الفسخ بموجب نصوص قانونية أو لائحة.

تتضمن العقود الإدارية عموماً نصوصاً مانحة للإدارة المتعاقدة سلطة فسخ العقد لأسباب محددة لإخلال المتعاقد تجاه التزاماته العقدية ويأتي الفسخ سواء بقرار اداري وهو ما يعرف بالفسخ الإداري أو بلجوء الإدارة إلى القضاء، ويعد ذلك استثناء على المبدأ العام، أو ان تمنح الإدارة هذا الحق دون اي سبب محدد وهذا ما قضت به محكمة التنازع الفرنسية في حكم لها عام 1955. (1)

أحياناً أخرى ان النصوص العقدية تكون عامة اي ترد ضمن اتفاقية بين الدولة وشركة هندسية معينه مثلاً تتضمن امكانية الفسخ في أي وقت ولأي سبب مشروع. (2)

ان تضمين العقد الإداري نصاً يجيز للإدارة بفسخ العقد بالإرادة المنفردة يأتي تطبيقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) التي تحكم عقود القانون الخاص، وبالتالي لا يملك المتعاقد مع الإدارة حق الاعتراض على هذا الفسخ الا إذا كان قد جاء مخالفاً لقواعد الاختصاص أو الغاية المتمثلة بالتعسف في استعمال الحق , غيران الباحث يرى بانه ايراد الإدارة مثل هذا الشرط في العقد الإداري يحمل قدراً من اثبات حسن نية الإدارة في المضي بتنفيذ العقد الإداري لغاية الانتهاء من انجازه من جهة وكونه يعد اخضاع ارادتها إلى قيد هو عدم اقدامها على فسخ العقد الا لأسباب مبرره التي قد يتم تحديدها في العقد ولاسيما مع النظام القضائي الذي تسند المنازعات العقدية الإدارية إلى القضاء العادي و ليس الإداري الذي يخضع العقود على مختلف اغراضها و طبيعتها إلى مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) سواء كانت بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة ومعناه تحجيم حالات الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة في اضيقها المبررة لها وهو الخطأ الجسيم دون غيره.

(1) Tribunal des conflits 28 / mars / 1955 Électricité de France –p.615- source A. de Laubadère. manuel de droit- administratif.p.cit.p78.

(2) C.E.29 / juin /1983 –Ste commerciale de représentation et de combustibles –p.183: 1–louis trotabas et Paul issort – manuel de droit public édition, L.G.D.J–1978–P0121.

بهذا الصدد اكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها صادر عام 1997 جاء فيه ((... وقد تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة العامة حيث تضمن البند الخامس على حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبية أو انذار ... كما تضمن البند الحادي عشر على تعهد المطلوب ضده بتسليم الفرن وكافة محتوياته بالحالة التي تسلمها وما يكون قد ادخل عليه تحسينات ومرافق وافق عليها الطرف الاول عقب انتهاء مدة الايجار أو استرداد الفرن لاي سبب من الأسباب)).⁽¹⁾

ثانياً: الفسخ المنصوص عليه تشريعياً

نصت العديد من التشريعات في دول القانون المقارن ذات العلاقة بالتعاقدات الحكومية على منح الإدارة المتعاقدة الحق بفسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك أو ان يكون كعقوبة جزائية بحق المتعاقد معها جراء ارتكابه خطأ جسيماً تجاه التزاماته العقدية، لذا نجد ان التشريع الأردني المتعلق بنظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019 المعدل بالرقم (8) لسنة 2022 حيث نصت المادة (102 / ب) منه على ما يلي (إذا استدعت المصلحة العامة انتهاء عقد الشراء فبراعى دفع قيمة اللوازم أو الاشغال أو الخدمات التي تم انجازها قبل تاريخ انتهاء العقد ودفع التكاليف التي تحملها المتعهد وقيمة اللوازم التي تم انتاجها لعقد الشراء.)⁽²⁾

كذلك جاء التشريع المصري المتمثل بقانون التعاقدات الحكومية رقم 182 لسنة 2018 لينص في عدد من المواد منه على حق الإدارة بفسخ العقد مثاله ما جاء في المادة (50) فقره 3/ - التي نصت على حالة افلاس وإعسار المتعاقد، حيث ان الإعسار لا يعد من وجهة نظر الفقه الإداري اخلالاً من قبل المتعاقد تجاه التزاماته العقدية بل هو اجراء احترازي تمارسه الإدارة بفسخ العقد لان الإعسار أو الافلاس سيؤدي إلى عجز المتعاقد عن انجازه للالتزامات العقدية، بالتالي فان المتعاقد المعسر أو المفلس سيكون أمام حالة الإخلال بالوفاء تجاه التزاماته العقدية لاحقاً ان اجازت له الإدارة الاستمرار بالتنفيذ عندها تضطر الإدارة إلى الفسخ الجزائي للعقد الإداري.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم 1071 لسنة 41 عليا / جلسة 22 فبراير 1997 - الموسوعة الإدارية الحديثة - ج 49- ص63، عبر النت.

(2) نظام رقم 28 لسنة 2019 حل محل نظام 32 لسنة 1993 (نظام اللوازم لسنة 1991) وتعديلاته.

كذلك حالة الفسخ للمصلحة العامة طبقاً للمادة (52) وهي حالة وفاة المتعاقد على أساس الاعتبار الشخصي للمتعاقد في العقد الإداري مالم تظمن الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية بالسماح لورثة المتوفى الاستمرار في تنفيذ العقد.

واستناداً للمواد (27-28) من قانون رقم (9) لسنة 1983 المصري المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات العمومية قد خولت الإدارة الحق في فسخ العقد بإرادتها المنفردة.

بهذا الصدد يرى الباحث بان الواقع العراقي بالرغم من خلو التشريعات العراقية النافذة من نصوص تنظم موضوع التعاقدات الحكوميه على مختلف اساليبها والمبادئ التي تحكم إبرامها مستعيضا عنها بدفاتر الشروط العامة التي يطلق عليها بشروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية والميكانيكية والكيميائية المستقاة من عقود الفيديك (fidic).⁽¹⁾

إضافة إلى التعليمات الخاصة بالتعاقدات الحكومية التي تصدر عن وزارة التخطيط والتنمية الإنمائية التي تعد بمثابة (لوائح تنظيمية) ملزمة لجميع دوائر الدولة باتباعها عند التعاقد التي خضعت إلى تعديلات باستمرار واخرها هي تعليمات رقم (2) لسنة 2014 والضوابط الملحقه بها⁽²⁾، التي يلاحظ خلوها من النصوص المانحة للإدارة المتعاقدة من حق فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد لدواعي المصلحة العامة بل اقتصرت على حالات القوة القاهرة والخطأ الجسيم.

وبهذا الصدد يرى الباحث ان غياب النصوص المانحة للإدارة سلطة تقديرية بفسخ العقد لدواعي المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام في التشريع العراقي هي من أجل تقادي المنازعات القضائية التي قد تثار من قبل المتعاقدين مع الإدارة نتيجة لصعوبة اثبات المتعاقد انحراف الإدارة

(1) لقد صدرت الطبعة الأولى لشروط المقاوله للأعمال الهندسية المدنية والكهربائية والكيميائية عام 1972 من وزارة التخطيط وبالاستناد إلى شروط ال FIDIC الدولية وصادق عليها مجلس التخطيط بقرارة المرقم (2) المتخذ بجلسته الخامسة المنعقدة في 1972/6/12 ثم جرى تعديل هذه الشروط عام 1987 حيث نصت المادة (12) فقرة اولاً في الفصل الحادي عشر من تعليمات تنفيذ العقود الحكوميه رقم (2) لسنة 2014 (على جهة التعاقد الالتزام بتطبيق شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية لسنة 1987 وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لسنة 1987 أو ما يحل محلها واعتبارها جزء لا يتجزء من العقد الذي اصبح يطلق عليها بالوثائق القياسية بموجب اعمال وزارة التخطيط بكتابها المرقم 7505 في 2017/4/9 التي لم تنص على منح رب العمل (الإدارة) سلطة فسخ العقد بالإدارة المنفردة لمتطلبات المصلحة العامة.

(2) J. p. gilli- marche de travaux public et compétence administrative.A.J.D.J.1984. P.525.

واستهدافها لغاية بعيدة عن المصلحة العامة مع غياب القضاء الإداري كجهة متخصصة في منازعات العقود الإدارية الذي سبق الإشارة إليه في معرض واقع القضاء الإداري في العراق.

أما واقع التشريع الفرنسي فان النصوص المنظمة لسلطة الإدارة تجاه العقد الإداري قد توزعت بين النصوص اللائحية من جهة ودفاتر الشروط الإدارية العامة من جهة أخرى ، فيما يتعلق بالنصوص اللائحية فان المادة (15) من المرسوم الرئاسي الفرنسي برقم 15/ 247 الصادر في 16/ ايلول /2015 قد منحت للإدارة المتعاقدة بحق فسخ العقد الإداري من جانب واحد عندما يكون الفسخ مبررا للمصلحة العامة وبدون خطأ المتعاقد كذلك جاء في المرسوم المرقم 277 والصادر في تاريخ 27 مايس 1977 من النص على انه (يمكن للشخص العام وفي جميع الاوقات وضع نهاية لتنفيذ العقد قبل انجازه بوجود خطأ أو بدونه) واستناداً إلى المادة (42) من المرسوم المرقم 50/71 الصادر في 18/ كانون الثاني 1971 المتعلق بعقود الاشغال العامة الذي منح للسلطة المختصة حق فسخ العقد الإداري وبارادة منفردة ودون اعدار مسبق مع مراعاة الإدارة المتعاقدة تسديد المبالغ المستحقة للمقاول ودون إلحاق أية أضرار بحقوقه التعاقدية. (1)

اما ما ورد في نصوص دفاتر الشروط الإدارية العامة C.C.A.G التي تعد قرارات تنظيمية مخصصة لكل نوع من انواع العقود الإدارية كعقود الأشغال العامة وعقود التوريد وكذلك العقود الصناعية (2) فقد نصت المادة (47) من الشروط العامة الإدارية C.C.A.G الصادرة عام 1976 المتعلقة بعقود التوريد إلى اعتبار العقد الإداري مفسوخاً في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة، كما نصت المادة (47) فقرة (د) من الشروط العامة الإدارية C.C.A.G المتعلقة بالاشغال العامة عن حق الإدارة بفسخ العقد الإداري كحالة العجز البدني للمتعاقد.

ما دفاتر الشروط الإدارية العامة C.C.A.G ذات العلاقة بعقود (الخدمات) فقد نصت المادة (45) منه على انه (يمكن للسلطة المتعاقدة انهاء تنفيذ عقود الخدمات في أي وقت لسبب المصلحة العامة ويحق للمتعاقد الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك)، وقد اضافت المادة (46/ 2)

(1) H.Prieux – traite pratique du droit des travaux publics et des marches publics-1968-p.1007.

(2) F.P.benoit – dommage résultant des travaux et ouvrages publics –J.C.A.fasc 725 –1983– p.10.

منه على انه (يقوم ممثل السلطة المتعاقدة بانهاء العقد بسبب يتعلق بالمصلحة العامة ويحق للمتعاقد الحصول على تعويض عن هذا الانهاء عن طريق تطبيق المبلغ الاصلي للعقد خارج الرسوم مخصوصا منه المبلغ المعفي من الرسوم للخدمات التي يتم تأديتها).⁽¹⁾

ثانياً: حالة الفسخ للعقد الإداري خارج النصوص العقدية والتشريعية:

تملك الإدارة سلطة الفسخ المبتسر للعقد الإداري بقرار انفرادي ودون خطأ المتعاقد معها لاعتبارات تقوم على ان استمرارية تنفيذ العقد لم تعد تلبي متطلبات المصلحة العامة وحاجات المرفق العام، لذا فان سلطة الفسخ الإداري لايمكن اعتبارها مجرد رغبة أو إرادة تقديرية بالتخلي عن العقد دون اعتبارات موضوعية، وبالتالي فان الفسخ لكي يكون مشروعاً فإنه يجب ان يؤسس على سبب أو دافع المصلحة العامة دون تعسف الإدارة.

عليه استقر الفقه الإداري على ان للادارة سلطة عامة عند مباشرتها لها فانها لاتستند إلى نصوص العقد الإداري بل إلى امتيازات السلطة العامة، التي تملكها وعلى الاخص سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة وضمن استمرارها وانتظامها.

وبهذا الصدد فقد ثار خلاف فقهي حول مبررات هذا الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة وماهو الأساس القانوني الذي تستند له الإدارة والتي كما يلي:

3- فكرة السلطة العامة للإدارة

ظهرت فكرت السلطة العامة كمعيار لتطبيق قواعد القانون الإداري التي نادى بها كلا من الفقيهين الفرنسيين برتلمي وهوريو ويقوم على أساس تمتع الدولة بحق السيادة والسلطان وان لها تبعاً لذلك ان تعلق ارادتها على إرادة المحكومين، لذا فان أعمالها تقسم إلى طائفتين هما: أعمال السلطة: هي التي تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة بصورة أوامر ونواهي تخضع إلى القانون الإداري، ويختص بها القضاء الإداري والثانية هي أعمال الإدارة العادية التي لا تمارسها الإدارة بصفتها سلطة عامة وهي العقود كونها لا تصدر عن الارادة المنفردة للإدارة.

(1) احمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - مرجع سابق، ص5.

لذا تعرف السلطة العامة بانها مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة (1) تستعين بها من أجل تحقيق الصالح العام وبواسطتها يتم تغليبها على المصلحة الفردية، وهي تمثل اهدارا لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الامر الذي تحكمه العقود المدنية، لذا فان فكرة السلطة العامة هي التي تحدد مجال تطبيق القانون الإداري ، وبناء على ذلك يرى جانب من الفقه الإداري ان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فسخ العقود دون خطأ المتعاقد تكمن في فكرة السلطة العامة، لذا فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد اقام قراره الصادر عام 1955 في قضية (distillerie) على أساس ان السلطة الإدارية في فسخ العقد الإداري لاتعدو ان تكون سوى سلطة عامة تملك حمل التغييرات تجاه الشروط العقدية خلال تنفيذ العقد وصولاً إلى إنهاء سريانه. لذا فان الشروط الاستثنائية للعقد الإداري ماهي الا انعكاساً للسلطة العامة للإدارة التي تمارسها حتى خارج النصوص العقدية. (2)

وهذا يأتي تطبيقاً لامتيازات الإدارة التي تبرر ضمن مبدأ التنفيذ المباشر للقرار الإداري دون حاجة الإدارة اللجوء إلى القضاء المختص وهذا ما نادى به العميد (Hauriou) الذي يرى ان تمتع الإدارة باستخدام امتيازاتها في التنفيذ المباشر يعتبر الدعامة الأساسية للسلطة العامة، وبناء على ذلك يحق للإدارة فسخ عقد الأشغال العامة وكذلك عقد التوريد استناداً إلى امتيازاتها تجاه المتعاقد معها، وتظهر السلطة العامة للإدارة بصورة أوضح في ميدان ايقاعها للعقوبات الجزائية تجاه المتعاقد بارادتها المنفردة وهذا مالم يملكه المتعاقد معها (3) حيث يؤكد الفقيه فيدل (Vedel) بان الامتيازات الأساسية الممنوحة للإدارة في ميدان العقود الإدارية هو في فرضها للجزاءات بحق المتعاقد معها التي تتمتع بها بقوة القانون استناداً إلى نظام السلطة العامة.

(1) احمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - مرجع سابق-ص1.

(2) ثروت بدرى - مبادئ القانون الإداري -مرجع سابق -ص 754.

(3) عبد المجيد الفياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري -ط1-دار الفكر العربي - القاهرة 1975، ص 53.

وبهذا الصدد ذهب المحكمه الإدارية العليا في مصر بانه (... وقد تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة العامة حيث تضمن البند الخامس على حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو انذار).⁽¹⁾

4- فكرة المرفق العام

يرى الفقه الإداري بان هذه السلطة هي الحالة الاصلية لمقتضيات المرفق العام بشكل خاص التي تمنح الحق باعادة تنظيم المرفق العام بغياب اي خطأ تعاقدى، وهذه السلطة تسري على كافة العقود بما فيها عقد امتياز المرفق العام⁽²⁾. ويأتي ذلك عندما تجد الإدارة ان تنفيذ العقد أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، حيث لا يقتصر حقها في هذه الحالة على النصوص الواردة في العقد بل يعد مقررًا لها دون نص ودون صدور خطأ من جانب المتعاقد كونها تقوم على فكرة المرفق العام في وجوب وفاء الإدارة بحاجاته وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمه مقتضياته على اعتبار ان الإدارة وحدها ودون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة.⁽³⁾

لذا فان الدوافع ذات العلاقة بالمصلحة العامة المبررة لفسخ العقد الإداري يمكن ان تكون مختلفة والاكثر شيوعا التي يمكن ذكرها كسبب أو دافع نموذجي هو اختفاء أو انتفاء حاجات المرفق العام، عليه يصبح العقد الهادف لها غير مفيد أو غير ملبي للمصلحة العامة مثاله احتمالية توقف الأعمال الحربية، فان ذلك يجعل الاستمرار في تنفيذ عقد التوريد غير محقق لمصلحة المرفق أو المصلحة العامة⁽⁴⁾. وبهذا الصدد قدم القضاء الإداري الفرنسي الامثلة العديدة في ميدان الفسخ المبرر وصدرت عنه أحكاما قضائية عقب الحرب العالمية الأولى المانحة للإدارة الحق في فسخ عقود التوريد بسبب الأعمال الحربية⁽⁵⁾ حيث توقف هذه الأعمال الحربية يؤدي إلى خفض أو زوال الحاجة الناتجة عنها

(1) حكم المحكمه الإدارية العليا المصريه الطعن رقم 1571 لسنة 41 عليا جلسة 28 فبراير 1997 الموسوعه الإدارية الحديثة - ج49-ص63 اشار إليها حسان عبد السميع - الجزاءات الماليه في العقود الإدارية - دار النهضة العربية -2002 - ص 112.

(2) Pierre Laurent-précis de droit administratif-op.cit. p. 343.

(3) بونس اسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية -2015-ص53.

(4) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلmani، انقضاء العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، 2013، ص66.

(5) C.E. / 9/ Janvier / 1925 chantiers de Saint-Nazaire -p28.

وكذلك الحال عقب الحرب العالمية الثانية صدرت العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي مؤكده لانتفاء الحاجة للاستمرار بعقود التوريد للمواد الحربية. (1)

ومن المبررات التي تؤدي إلى الفسخ القائم على حاجات المرفق العام وحالة الغاء المرفق العام، وبالتالي فان العقود المبرمة مع الافراد العاملين في المرفق ستؤدي إلى فسخها بسبب الغاء الوظائف (2) وبهذا الاتجاه فان الفقيه Pequignot قد اقام حجته تجاه سلطة الإدارة بفسخ العقد مستندا إلى ان المرفق العام هو الأساس للفسخ الإداري وبالتالي ان حالة عدم انتظام اداء المرفق العام الناتج عن تنفيذ عقد اداري ادى بسببه حصول اضطرابات مؤثرة على السير الاعتيادي للمرفق العام أو كحالة اضراب العاملين في المرفق (3)؛ لذا فان فكرة المرفق العام التي نادى بها الفقه الإداري كأساس للفسخ الإداري دون خطأ المتعاقد قائمة على قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، عندها لا يجوز للإدارة ان تقف مكتوفة الايدي وتكون عاجزه عن تنفيذ واجباتها نحو وضع نهاية للعقد وهوما يقتضيه حسن سير المرفق العام. (4)

بهذا الصدد جاء قرار لمجلس الدولة الفرنسي بمناسبة قيام الإدارة بإلغاء نظام عقود الامتياز لاستغلال مرفق التلفزيون واشترطت ضرورة صدور ترخيص من جهة إدارية مستقلة لاستغلال المرفق بتاريخ 1987/2/2 وبموجبه اصدرت الحكومة الفرنسية مرسوم ينهي امتياز الشركة صاحبة الامتياز لاستغلال القناة السادسة بالتلفزيون الفرنسي، وقد اقر مجلس الدولة مشروعية تصرف الحكومة في انهاء عقد الامتياز المذكور لأسباب تتعلق بمصلحة المرفق،

كما قد يأتي الفسخ للعقد الإداري دون خطأ المتعاقد بسبب تغيير ليس في احتياجات المرفق العام كما ورد اعلاه بل لتغير الظروف بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة والظروف الاقتصادية لتسيير المرفق العام التي تسعى الإدارة إلى ادخالها بما يتناسب والتطورات العلمية إلا أنه يقابل سلطة الإدارة

(1) Benoit Francis d'existence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs 1968-p64.

(2) C.E.23 / Janvier / 1952 secrétaires d'état aux forces armées p.50 revue droit public 1952

(3) Laubadere, delvolve ,moderne : traité des contrats administratifs-op.cit. .p665

(4) محمد فؤاد عبد الباسط - القانون الإداري - تنظيم الإدارة - نشاط الإداري وسائل الإدارة دار الفكر العربي - 2006 - ص268.

في الفسخ بإرادتها المنفردة هو حق المتعاقد في التعويض عن حقه بسبب هذا الفسخ طبقاً للمبادئ العامة للتعويض كما سنراه لاحقاً. (1)

5- : فكرة المصلحة العامة

تمثل المصلحة العامة للنشاط الإداري الباعث أو الغاية الذي يجب ان يستهدفها اي تصرف قانوني، لذا فهي شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، فالإدارة لا تعمل الا على ضوء المصلحة العامة وحدها ويعكسه يعد قرارها معيب بعيب انحراف السلطة الذي يميز النشاط الإداري عن نشاط الأفراد الذين يمارسون أعمالهم في حدود المشروعية والاخلاق الهادفة إلى تحقيق مصالح ذاتيه.

لذا فقد اجمع كل من الفقه والقضاء الإداريين لاسيما في فرنسا ومصر على ضرورة توفر باعث المصلحة العامة من أجل تمكين الإدارة باستخدام سلطتها في انهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، وبعبكسه يعد قرارها الصادر بهذا الشأن تعسفاً (2)، حيث ان سلطة الإدارة بالفسخ هي ليست مطلقة تمارسها كيفما تشاء بل يجب ان تكون هذه السلطة قائمة على أساس معين وهو ضرورة تمكين جهة الإدارة في انهاء عقودها الإدارية إذا لم تعد هذه العقود تتفق ومتطلبات المصلحة العامة. (3)

ان من اهم الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص هو منح الإدارة سلطة انهاء الرابطة العقدية بإرادتها المنفردة دون حاجة للجوء إلى القضاء حتى ولو لم يرد في العقد نصا يخولها ذلك ان وجدت ان مقتضيات المصلحة العامة تقضي ذلك. (4)

لذا فان المصلحة العامة تعد فكرة مقيدة للعمل الإداري، وبالتالي فإنها تبتعد عن السلطة التقديرية للإدارة، بمعنى ان الإدارة لا تملك اي هامش من حرية التصرف بخصوص الغاية التي تسعى إليها من

(1) انظر قرار محكمه القضاء الإداري في القضية 883 لسنة 10 قضائية وصف اداري جلسة 1957/6/16 مقتبس من مصدر (عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الاسس العامة للعقود الإدارية - طبعة 2004 - القاهرة ص 258.
(2) محمد عبد العال السناري - مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق - دار النهضة العربية 2000 - القاهرة ص 161.

(3) نصري منصور النابلسي - العقود الإدارية - مرجع سابق ص 386.

(4) محمد سليمان الطماوي - الاسس لعامة للعقود الإدارية - مرجع سابق ص 774.

خلال فسخها للعقد الإداري حيث يجعل من المصلحة العامة هي الهدف الوحيد⁽¹⁾ ولكن في حالة وجود عدة اهداف من شأنها تحقيق المصلحة العامة.

فان للإدارة حق الاختيار من بين هذه الأهداف إلا انها لا تملك حرية مطلقه في هذا الاختيار بل عليها اختيار الهدف الاكثر تحقيقا للمصلحة العامة من خلال المفاضلة والموازنة فيما بينها، إلا ان عملية المفاضلة تعكس في مضمونها حالة السلطة التقديرية للإدارة دون ان تكون بعيدة عن المصلحة العامة، فان ابتعدت المصلحة العامة حين ممارستها لسلطتها التقديرية عندها يأتي دور القاضي الإداري من خلال ممارسته لرقابة عنصر الملائمة في القرار، كحالة الخطأ البين في التقدير والغلو في اختيار القرار أو عدم الموازنة بين المنافع والاضرار في مضمون القرار.⁽²⁾

لذا فان سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري القائمة على متطلبات المصلحة العامة تعد قاعدة من قواعد القانون العام للعقود الإدارية، فهي تماثل لذات الأساس الذي تستند إليه الإدارة في تعديل العقد من جانب واحد باعتبارها امتيازاً استثنائياً مستندة إلى فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد الإداري، إلى جانب فكرة الحاجات الخاصة بالمرفق العام.

ولقد برر الفقيه الفرنسي بكينو (Peguignot) سلطة الإدارة بفسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة قائلاً انه من غير المعقول ان يصبح العقد حائلاً بين الإدارة وبين تحقيق اهدافها المتمثلة بتأمين المنفعة العامة⁽³⁾. وهذا ماكداه الاستاذ الطماوي على ان للإدارة حق انهاء العقد الإداري اثناء سريانه بالرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها اي خطأ يستدعي ذلك كلما اقتضت المصلحة العامة هذا الانهاء من وجهة نظر الإدارة، وهذا ماذهب إليه كذلك الاستاذ محمد رفعت عبد الوهاب في توكيده على ان مقتضيات المصلحة العامة هي المبرر الرئيسي لفسخ العقد بالارادة المنفردة للإدارة.

(1) خميس سيد اسماعيل - الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات - دار العدالة للنشر - ط1-القاهرة - 1994-ص83.

(2) مازن ليلو راضي - العقود الإدارية - في القانون الليبي والمقارن - منشات المعارف الاسكندرية - 2003-ص 131.

(3) Laubadère - manuel de droit administratif-op.cit. p.72.

بينما اتجه جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه (دي لوبادير) إلى ان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في انهاء العقد لا تقوم إلا على أساس الجمع بين فكرتين معا هما تحقيق المصلحة العامة وحسن تنفيذ المرفق العام. (1)

الفرع الثاني: الشروط الواجب مراعاتها عند الفسخ لدواعي المصلحة العامة

بالرغم من اعتبار المتعاقد مع الإدارة على كونه متعاوناً معها في تنفيذ العقد الإداري، إلا ان العقد الإداري كغيره من العقود يتمثل بعلاقة قانونية بين ارادتين تسعيان إلى تحقيق هدفين متغايرين، فالإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة بينما المتعاقد معها غايته المصلحة الذاتية. غير ان تقاطع الغايات للمتعاقدين لا يمنع من تحكم الإدارة كسلطة عامة في كيفية تنفيذ العقد الإداري حتى لو تعارض مع النية المشتركة لطرفي العلاقة العقدية وقت إبرامهما للعقد إذا استجدت ظروفًا تجعل احترام الإدارة للالتزامها بإنجاز العقد يتعارض مع الغاية التي كانت أساساً لتعاقدتها.

إلا ان سلطة الإدارة غير المتكافئة مع المتعاقد معها يجب ان تكون على قدر من المسؤولية العقدية في ضمان احترامها لعدد من الاعتبارات إذا ما أقدمت إلى انهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد معها، تلك الاعتبارات التي لاتخل بالثقة وحسن النية التي كانت الأساس في إبرامها للعقد الإداري، لذا فان اهم هذه الاعتبارات أو الشروط الواجب على الإدارة مراعاتها والتي يمكن تقسيمها إلى الفرعين الآتيين:

أولاً: الشروط ذات العلاقة بمشروعية الفسخ الإداري للعقد

1- ان يصدر قرار الفسخ في إطار المشروعية

يقوم مبدأ المشروعية على سيادة القانون بالمعنى العام اي ان جميع سلطات الدولة الثلاثة ومؤسساتها وكذلك الأفراد الذين يعيشون على أرضها الالتزام بالقوانين والانظمة النافذة التي تشكل في مجموعها النظام القانوني في الدولة بغض النظر عن ان تكون قواعد مكتوبة أو غير مكتوبة. وبالرغم من ان هذا المبدأ مرهون باختلاف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في مختلف الدول إلا انه تتفق اغلبها على هذا الخضوع الذي يمنح لتصرفاتها طابع الشرعية ويضعها في إطار الدولة القانونية وبعكسه فإنها

(1) محمد رفعت عبد الوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري- منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005-ص 534.

تصبح دولة بوليسية⁽¹⁾. الا ان مبدأ المشروعية إذا كان يقتضي التزام الإدارة باحترام القانون غير ان هذا الخضوع قد يجد خروجاً عليه بمنح المشرع للإدارة قدراً من الحرية عند اكتفائه بوضع قاعدة عامة تتصف بالمرونة تاركا للإدارة تقدير ملائمة التصرف شرط استهدافها للمصالح العام دون ان تنحرف عن هذه الغاية، وإلا فان تصرفها سيكون مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة مع وجوب احترامها لقواعد الاختصاص الذي يعد من النظام العام، وكذلك الشكل والاجراءات المحددة قانوناً التي لايجوز مخالفتها الا استثناء⁽²⁾ بينما تستقر سلطتها التقديرية في ركني السبب والمحل دون اعتبارها امتيازاً تملكه الإدارة تتحكم به بل ياتي مقابل تحملها مسؤولية تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد.⁽³⁾

2- ان يكون الانهاء لمقتضيات المصلحة العامة أو صالح المرفق العام:

ان من اهم واجبات الإدارة عند اقدمها على فسخ عقودها دون خطأ المتعاقد معها ان تكون غايتها هي المصلحة العامة دون هدف آخر، حتى لو كان هذا الحق منصوص عليه قانوناً أو في الشروط العقدية⁽⁴⁾، أو باتفاق طرفي العقد كحالة انتفاء حاجة المرفق العام للغرض الذي ابرم العقد من اجله سواء كان عقد امتياز مرفق عام لرغبة الإدارة الغاء المرفق العام نتيجة للتطورات العلمية أو الفنية الحديثة التي يقتضي استخدامها في اداء المرفق العام لنشاطه⁽⁵⁾، والامر كذلك تجاه عقد الاشغال العامة أو التوريد. وبالتالي إذا كان الدافع قد خرج عن هذا الهدف كأن يكون لأسباب شخصية أو سياسية أو عقائدية فإن الفسخ سيكون تعسفي.⁽⁶⁾

3- تسبب الإدارة لقرار الفسخ للعقد الإداري

يراد بالتسبب هو الافصاح عن العناصر القانونية والواقعية التي استند إليها القرار الإداري، سواء كان الافصاح ملزماً قانوناً ام بمبادرة من قبل الإدارة. حيث يجب ان يتضمن القرار الإداري الأسباب التي دعت رجل الإدارة لاتخاذ القرار، وبذلك فان التسبب يعد ضمن أحد مظاهر الشكل الذي يظهر

(1) محمد علي جواد ونجيب خلف، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 20.

(2) احمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 271.

(3) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 28.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفه - مرجع سابق، ص 138.

(5) احمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 269.

(6) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، ص 39.

فيه القرار، لذا فان التسبب لايقف عند حد الأسباب الواقعية والقانونية التي قد تنتمي إلى المشروعية الخارجية للقرار الإداري بل يجب ان يتضمن ايضا بيان أسباب الرد على الاعتراضات أو الطلبات لذا فان التمييز بين أسباب القرار وتسببه يقوم على عدد من العناصر:

أ. ان التسبب يقوم في جوهره على ذكر أو بيان للأسباب التي قام عليها القرار الإداري وبالتالي يعتبر البيانات الشكلية في القرار فان كان من حيث المبدأ العام ان الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الا إذا اوجب القانون ذلك وفي هذه الحالة يجب على الإدارة ذكر أسباب تدخلها، عندها يعتبر التسبب عنصرا من العناصر الشكلية الجوهرية الذي يترتب على اغفاله بطلان التصرف لعب الشكل⁽¹⁾. بينما السبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على اصدار القرار الإداري وتدفع الإدارة إلى التدخل بإصدار القرار، فان اصدرته فإنها يجب ان تستند إلى قاعدة قانونية أو واقعية صحيحة وغير وهمية اي ان يكون له وجود مادي أو فعلي عند اصداره.

ب. التسبب اجراء شكلي لايرقى إلى مرتبة ركن من اركان القرار الإداري، الا إذا كان ملزما قانوناً بينما السبب هو ركن من اركان القرار الإداري عنده غيابه يجعله باطلاً.⁽²⁾

ج. التسبب يعد أحد العناصر الشكلية للقرار الإداري واحد أسباب المشروعية الخارجية اما السبب فهو أحد العناصر الموضوعية للقرار ويكون خاضعا إلى قواعد المشروعية.

د. يمارس القضاء رقابته على أسباب القرار باعتبارها ركنا مستقلا كونها تعد أحد اوجه الالغاء وفي إطار السلطة التقديرية تمتد رقابته إلى عنصر الملائمة، بينما الرقابة على التسبب لا تفرض من قبل القضاء إلا إستثناءا.

ثانياً: الشروط ذات العلاقة بالإدارة المتعاقدة:

1- ان يكون قرار الفسخ للعقد الإداري قائم على أسباب جدية

ويراد بذلك ان القرار الإداري بفسخ العقد دون خطأ المتعاقد يؤدي إلى الاضرار بالمصلحة العامة وحقوق المتعاقد معها في أن واحد بسبب وضع نهاية له قبل بلوغ نهايته وتحقيقه للهدف الذي ابرم من

(1) خليل محسن - القضاء الإداري اللبناني ورقابته لعمال الإدارة - مرجع سابق - ص 563.

(2) علي خطار شنتاوي - موسوعة القضاء الإداري - مرجع سابق - ص 171.

اجله، ان لم يكن للإدارة قد اخذت بالاعتبار جدية الأسباب والدوافع التي بررت لها اتخاذها لقرار الفسخ للعقد الإداري⁽¹⁾، فان كانت الدوافع غير سليمة أو انها لا ترتقي إلى إقدام الإدارة على اتخاذ هذا الاجراء الفاسخ فان قاضي العقد له تقرير عدم مشروعية القرار مانحا للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض عادل دون ان يكون له حق الغاء قرار الفسخ القائم على أساس عنصر الملائمة الذي تستند إليه الإدارة حين ممارستها لسلطتها التقديرية.

2- وجوب احترام الإدارة لحقوق المتعاقد عند فسخها للعقد الإداري

بالرغم للخصائص التي يتميز بها فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة عن غيره من حالات الفسخ الذي بموجبه تتمتع الإدارة بسلطة الفسخ دون حاجة إلى الاعذار المسبق للمتعاقد معها كما هو حال في الفسخ الجزائي، دون ان يمنح المتعاقد معها التمسك بالحق المكتسب تجاه الفسخ الاول بالاستناد لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير ان المتعاقد يبقى له الحق مقابل تلك الامتيازات المقررة للإدارة حقه في الحصول على تعويض عادل كما سنراه لاحقاً⁽²⁾. لان غياب حق المتعاقد في الحصول على التعويض المتمثل بما لحق به من خسارة ومافاته من ربح يؤدي إلى عزوف الأفراد من التعامل مع الإدارة مستقبلاً حيث ان غياب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص لا يعني اهدار حقوق المتعاقدين معها الذين هم كمتعاونين من أجل ضمان تنفيذ العقد الإداري بهدف تحقيق اغراض المرفق العام.

المطلب الثالث: نطاق تطبيق سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري دون خطأ المتعاقد

لدواعي المصلحة العامة

ان ممارسة الإدارة لسلطتها في فسخ العقد الإداري وبارادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد معها سواء كان الباعث هو سلطتها العامة أو احتياجات المرفق العام أو المصلحة العامة، فان ميدان هذه السلطة هو العقد الإداري أياً كانت اغراضه، رغم ذلك فان لكل عقد من انواع العقود الإدارية خصوصيته من حيث حدود سلطة الإدارة تجاه حالة الفسخ التي تخضع إلى أهمية العقد ومدى ارتباطه بالمرفق العام

(1) عبد الحميد خليفه مفتاح - انتهاء العقد الإداري - دار المطبوعات الاسكندرية - مصر 2007، ص 114.

(2) محمد عبد العال السناري - مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 245.

من جهة، وحدود سلطة القاضي الإداري تجاه رقابته لملائمة القرار الإداري المتضمن الفسخ للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة. من جهة أخرى، رغم ذلك يمكن القول ان العقود الإدارية الاكثر شيوعا في ممارسة الإدارة لسلطاتها العامة تجاهها هي:

الفرع الاول: عقد امتياز المرفق العام.

الفرع الثاني: عقد الاشغال العامة.

الفرع الثالث: عقد التوريد العام.

الفرع الاول: عقد امتياز المرفق العام

تقوم فكرة عقد امتياز المرفق العام على انها تكليف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال واموال يقدمها صاحب حق الامتياز (الملتزم) على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق في اطار النظام القانوني الذي يخضع له اداء المرفق، وقد نصت المادة 891 /1- مدني العراقي على أن عقد الالتزام بانه (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية يكون هذا العقد بين الحكومة وبين فردا أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى القانون). ووفقاً للدكتور محمد سليمان الطماوي بانه (عقد اداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته ادارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز).⁽¹⁾

طبقاً لما ورد في مفهوم امتياز المرفق العام فان تخلي الإدارة عن الاستغلال المباشر للمرافق العامة الذي يعد الاسلوب التقليدي في تولي الدولة مباشرة مهامها في إشباع الحاجات العامة باسناد ذلك إلى أفراد أو شركات يأتي اعترافاً منها بان الاستعانة بالقدرات الفنية والاقتصادية للخير في تسيير المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية تحت اشراف ورقابة السلطة المانحة للامتياز يعد ضرورة غايتها الاستعانة بالخبرات التي كانت حتى وقت قريب حكرا على نشاط الأفراد قبل دخول الدولة إلى الميدان الاقتصادي

(1) محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص108.

والتجاري ، إضافة إلى حاجة الدولة إلى الاموال بغية استغلال المرافق الهادفة لإشباع الحاجات العامة مع ما ستحصل عليه في نهاية عقد الامتياز من الاموال التي ستؤول إليها دون مقابل. (1)

غير ان تنازل الإدارة عن سلطتها في تسيير المرفق العام لا يعني حرمانها من حق وضع نهاية لعقد الامتياز عند غياب المصلحة العامة التي من أجلها أبرم العقد وهو ما يراد (باسترداد المرفق العام)، قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد الإداري، علماً أن الاسترداد غير الاتفاقي يكلف الدولة نفقات كبيرة وليس للملتزم التمسك بفكرة الحق المكتسب أو القوة الملزمة للعقد (2)، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في منحه للإدارة الحق في إنهاء عقد الامتياز بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة عندما قرر بأنه (إذا كانت السلطة المانحة للامتياز بموجب القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية مع مراعاة حقوق التعويض للملتزم فإن الإدارة تملك الحق بإنهاء عقد الامتياز قبل نهاية مدته إلا انه لا يمكنها إنهاء التزاماته بإرادتها المنفردة إلا لأسباب مبررة تتعلق بالمصلحة العامة في التاريخ الذي تتخذ فيه قرارها بانه يجب التخلي عن المرفق الممنوح أو وضعه على أسس جديدة).

كما اكدت محكمة التنازع الفرنسية إلى (ان الإدارة تستطيع ان تمارس سلطة إنهاء عقد امتياز المرفق العام حتى في حالة خلو العقد من الشروط التعاقدية التي تسمح بممارستها لها). (3)

كذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري إلى الاعتراف بسلطة الإدارة في إنهاء عقد امتياز المرفق العام بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة حيث جاء في قرارها (للإدارة الحق في إنهاء عقد الالتزام متى اقتضت ذلك المصلحة العامة استناداً إلى حقها المطلق في تغيير اركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وإدارته). (4)

(1) خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر، القاهرة، 1994.

(2) حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 811.

(3) T.C.16/ mars/1986-ste déménagement-Revue De droit Public P-143.

(4) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الصادر في 1957/3/24، مجموعة س 11، ص 300 مذكور في مؤلف: مفتاح خليفة عبد الحميد - حمد محمد حمد الشلحاني، مرجع سابق - ص 68.

وفي حكم اخر جاء فيه (ان فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص به من جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها للحق في التعويض إلا ان كان له مقتضى) (1) وقد تحدد وثيقة امتياز المرفق العام شروط استرداد المرفق قبل انتهاء مدته عندها يطلق على هذا النوع من الاسترداد الإداري بالاسترداد التعاقدى (2)، وهو الغالب في عقود امتياز المرافق العامة الذي يقتضي معه وجوب توجيه الإدارة انذار إلى الملتزم قبل ممارستها لسلطة الاسترداد على ان لا يكون الدافع للاسترداد لتحقيق مصلحة مالية للإدارة.

وعادة يصار إلى تحديد سقف زمني لا يجوز للإدارة استرداد المرفق قبل انتهاء المدة كحد أدنى بغية تمكين المتعاقد (صاحب الامتياز) من إطفاء الديون المترتبة بذمته بسبب استغلاله للمرفق العام، فان اقدمت الإدارة على استرداد المرفق خلال هذه المدة فإنها ستتحمل مسؤولية تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب مالي، عدا التعويض عن الضرر المادي الذي اصابه على اعتبار ان ذلك يعني الغاء الشرط التعاقدى المنظم للاسترداد.

في حالة اغفال العقد عن تنظيم عملية الاسترداد فإن ذلك لا يحول دون ممارسة الإدارة لسلطتها بوضع نهاية مبسترة لعقد امتياز المرفق العام لدواعي المصلحة العامة. وليس طبقا لنصوص العقد عندما ترى الإدارة بان الظروف التي انشئ فيها المرفق قد تغيرت وانه لم يعد متفقا مع المصلحة العامة، أو ان المصلحة العامة تقتضي تسييره بأسلوب اخر غير اسلوب الالتزام. (3)

علما بان هناك اتجاه فقهي يذهب إلى رفض سلطة الإدارة في ممارستها لاسترداد المرفق العام بإرادتها المنفردة في حالة لم يرد نص في العقد يسمح لها بممارسة هذا الحق وعلى راسهم الفقيه الفرنسي دوفر (Dufay) الذي يرى بان الإدارة لا تملك فقط السلطة تجاه تعديل الشروط العقدية من جانب واحد ولكن يحظر عليها كذلك انتهاء عقد امتياز المرفق العام قبل التاريخ المحدد في العقد. وذلك لان صاحب الامتياز له حق مكتسب في استغلاله للمرفق العام طيلة مدة عقد الامتياز وانهاء هذا العقد لا يمكن ان

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن المرقم 1125، ص 15 ق، جلسة 1978/28 المذكور في حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق - ص 257.

(2) حمادة عبد الرزاق - النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام ...

(3) محمد فؤاد عبد الباسط - المرجع السابق - ص 498.

يمارس من قبل الإدارة المانحة للامتياز، الا عندما يكون منصوص عليه في كراسة الشروط الخاصة بعقد الامتياز مع استثناء الاسترداد القانوني المنظم بنص خاص⁽¹⁾ غير ان الراي الغالب لدى الفقه الإداري لا يتفق مع هذا الاتجاه.

وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية عام 1967 بالقول (ان من المسلم به في القانون الإداري ان الملتزم يخضع في قيامه بإدارة المرفق العام واستغلاله لرقابة الحكومة سواء نص في مواد متعددة منه على سلطة الحكومة في الاشراف على تنفيذ صاحب الالتزام لنصوص العقد واجاز في مادته الحادية والثلاثين منه للحكومة ان تلغي المشروع أو تنقله إلى غير صاحب الامتياز إذا عجز عن تنفيذه أو ادارته بصورة مرضية بمقتضى شروط العقد أو إذا خالف هذه الشروط وقد خلا العقد من نص يوجب فيه على الحكومة دفع اي تعويض في حالة الالغاء).⁽²⁾

والاصل ان يتناول الاسترداد للمرفق العام بأكمله وهذا يعني انه لا يمكن ان يرد الاسترداد على جانباً من المرفق العام الا إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط نصاً صريحاً يجيز ذلك⁽³⁾، كما ان الاسترداد يغطي كامل المنشآت التابعة للامتياز عدا المنشآت التابعة للملتزم اي غير التابعة للامتياز فلا يشملها الاسترداد الا إذا تنازل عنها ملزم المرفق العام بصورة ودية.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: عقد الاشغال العامة

يعتبر عقد الاشغال العامة المجال الثاني من حيث اهميته الذي تمارس الإدارة المتعاقدة سلطاتها العامة تجاه المتعاقد معها (المقاول) في وضع نهاية مبسترة له لدواعي المصلحة العامة لذا سنتناول بحث هذا الموضوع من خلال التعريف بمفهوم الاشغال العامة وخصائصها ثم أهمية هذا العقد والمنازعات الناتجة عنه.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الاسس العامة للعقود الإدارية - الإبرام لتنفيذ المنازعات - مرجع سابق ص 96.

(2) حكمها المرقم 930 / حقوقه / 1967 في 1967/12/2 اشار إليه محمد عبد الله حمود الدليمي - سلطة الإدارة في انتهاء عقودها - رسالة ماجستير - جامعة بغداد 1984 - ص 67.

(3) منير محمود الوترى - العقود الإدارية - وانماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية - ج1 - مطبعة الجامعة - بغداد 1979 - ص 237.

(4) نصري منصور نابلسي - مرجع سابق ص 410.

أولاً: التعريف والخصائص

يعرف عقد الاشغال العامة بأنه عبارة (عن اتفاق بين الإدارة واحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المنفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد).⁽¹⁾

إن فكرة الاشغال العامة وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري تقوم على عنصرين أساسيين هما:

1- العنصر العضوي: يراد به أن أحد العلاقة العقدية يقتضي أن يكون شخص عام الذي يعد أحد المعايير الذي تدخل في تحديده الشركات ذات الاقتصاد المختلط⁽²⁾ لذا فإن العنصر العضوي يقتضي بأن الاشغال يجري تنفيذها لحساب شخص عام، وبالتالي فإن الاشغال المنفذة لحساب شخص خاص لا تتصف بالعمومية، غير أن القضاء الإداري الفرنسي قد خرج على هذا المبدأ مانحاً للأشغال المنفذة لحساب شخص خاص صفة العمومية مثالها الأعمال القائمة على الربط بين شبكة مجاري تعود لشخص خاص مع الشبكة الرئيسية في الطريق العام. ويشمل ذلك انابيب الغاز والكهرباء⁽³⁾، وكذلك تم اعتبارها اشغال عامة لتلك التي تنفذ من قبل شخص خاص بصفته وكيلاً عن الدولة حيث جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية بيرو (Peyrot) وهي شركة ممنوحة عقد امتياز مرفق عام تم اعتبار عقودها مع الغير هي عقود اشغال عامة استناداً إلى أنها وكيلاً عن شخص عام تتولى نشاط يعود تقليدياً إلى الدولة وهي انشاء طرق المرور السريعة.

وبهذا الصدد نصت تعليمات رقم (2) لسنة 2014 العراقية على إناطة جهات صلاحية إبرامها لعقود الاشغال العامة التي تعكس رغبة المشرع في التوسع في مفهوم الشخص العام من خلال النص في الفقرة (1) من القسم (14) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (87) لسنة 2004 بإخضاع العقود العامة ونطاق سريانها وهي كالاتي:

أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية المتمثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الاعلى والامانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة

(1) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص114.

(2) Ch-debbasch.j.bourdon.j.pontier et c. ricci: institutions et droit administratif-paris 1998-p55.

(3) Conseil d'état 21-janvier 1927. Cie générale des eaux-rec. p.94 : André flamme : traite théorique et pratique des marches publics - Bruxelles -1969 0 tom.1.p.325.

بوزارة والاقليم والمحافظات غير المنظمة في اقليم من الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع وعقود الخدمات المحسوبة على الموازنات الاستشارية والجارية والتشغيلية.

ب- الشركات العامة عند تنفيذها لمشاريعها المدرجة في المنهاج الاستثماري أو الممولة من الموازنة العامة، ان النصوص اعلاه تعني ان المشرع العراقي قد توسع في شمول الاشخاص العامة ضمن نطاق العنصر العضوي.

2- العنصر المادي

العنصر الثاني لعقد الاشغال العامة هي الأعمال المادية القائمة على عنصر عقاري الذي يعني كل ما هو ثابت غير قابل للنقل دون تلف. (1)

غير ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في مفهوم العقار الذي لم يعد قائماً على عملية الانشاء حصراً بل امتد كذلك إلى منح صفة الاشغال لعمليات الهدم (2) وكذلك الترميم بل وحتى التنظيف وسقي الطرق العامة.

من جهة أخرى ان الأعمال المادية لا يمكن ان تتصف بالعمومية مالم تكون هادفة إلى تحقيق المصلحة العامة أو ان لها علاقة بنشاط مرفق العام.

فيما يتعلق بالمصلحة العامة فان هذا المعيار ظهر في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية (Monsegur) عام 1921 السابق ذكره الذي اعتبر بان الأعمال لكي تتصف بالعمومية فأنها لا يكفي ان يكون تنفيذها لحساب شخص عام بل كذلك يجب ان يكون لها ارتباط بالمصلحة العامة، ويحمل هذا القرار القضائي لمجلس الدولة إلى ان فكرة الاشغال العامة يمكن ان تخرج عن إطار المرفق العام عندما يتم تنفيذها خارج الدومين العام لتحقيق الصالح العام. (3)

(1) Didier Truchet: le contrat administratif -qualification juridique d'un accord de volente-ed economica-1987 -p.185.

(2) C. E 05 juillet 1962 entreprise Leclerc rec le bon p463 :p. godfrin-droit administratif des biens 3 edition 1987 -p.188.

(3) didier Truchet: les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'état paris - 1977-p0266.

كما قضاة محكمة التنازع الفرنسية عام 1955 في قرارها الشهير effimieff الذي اقامه على ان فكرة المرفق العام مانحا للأشغال الصفة العمومية المنفذة لحساب شخص خاص عندما تكون لها علاقة بنشاط مرفق العام مثالها الأعمال المنفذة من قبل بلدية لأغراض أمنية على مبنى خاص. (1)

3- أهمية عقد الأشغال العامة ومنازعاته

تعد عقود الأشغال العامة من العقود الإدارية بنص القانون التي اسندت منازعاتها المشرع الفرنسي إلى اختصاص مجالس الاقاليم في السنة الثامنة للثورة الفرنسية (2) (1) اعترافاً منه بأهمية هذه العقود وارتباطها بتحقيق المصلحة العامة ليكون هذا العقد من أكثر العقود الإدارية ومصدراً للمنازعات القضائية التي انتجت المعايير القضائية للعقد الإداري لتمنح لهذا العقد صفة عقد اداري بذاته إضافة إلى الصفة القانونية التي منحها المشرع له.

غير انه ما يميز عقد الأشغال العامة عن باقي العقود الإدارية تجاه سلطة الإدارة المتعاقدة بفسخه دون خطأ المتعاقد معها ودون معقب من قاضي العقد سوى حق المتعاقد معها الحصول على تعويض عادل اي ان القضاء يتمتع عن الغاء قرار الفسخ حتى لو كان غير مشروع استناداً إلى ان الإدارة (كرب العمل)، تملك سلطة كاملة في وضع نهاية مبسترة لعقودها في ميدان الأشغال العامة على اعتبارها صاحبة المصلحة في تقرير ذلك. (3)

ويرى الباحث ان منح الإدارة المتعاقدة كسلطة مطلقة لا معقب عليها لا يكفي تبرير ذلك بمنحها سلطة تقديرية يمكن ان تهدر معها عناصر المشروعية في قراراتها الإدارية بما لا يتفق مع المصلحة العامة التي تعد قيوداً على سلطة الإدارة وهذا يقود بالنتيجة إلى انحراف سلطة الإدارة في فسخها للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

ومن الجدير بالذكر لقد كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في المرحلة التي سبقت عام 1925 يؤسس قراراته تجاه حالات الانهاء الإداري لعقود الأشغال العامة استناداً إلى المادة (1794) من القانون

(1) Tribunal des conflits 28-mars-1955 effimieff:-m. long -p.weil-g-braibant:les grands arrêts de la juris prudence administrative-o.p.cit.p.310.

(2) Article 4 de la loi du 28 (pluviose) an v111: Jaque Georgel - contrats administratifs par nature - J.C.A fase -502. n .54.

(3) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل، دمشق، الطبعة الأولى، 1993، ص 506.

المدني الفرنسي المانحة لرب العمل الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة لعقد المقاولة مع منح المتعاقد تعويضاً عادلاً عن نفقاته⁽¹⁾ التي كانت بسبب ما تم انجازه لغاية صدور القرار الإداري بفسخ العقد.

غير ان منذ عام 1925 قد تخلى القضاء الإداري عن تأسيس أحكامه استناداً إلى نصوص القانون المدني تجاه الفسخ للعقد معترفاً للإدارة بسلطتها في الفسخ استناداً إلى شروط منصوص عليها في دفاتر الشروط الخاصة بالعقد⁽²⁾ غير ان هذه المرحلة قد تطورت إلى اعتراف القضاء الإداري للإدارة بسلطة انهاء لعقد الاشغال العامة لدواعي المصلحة العامة حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد، وهذا ما قضت به المادة (15/ فقرة 5) من العقد الموحد الأردني عندما نصت (بحق لصاحب العمل ان ينهي العقد في أي وقت لما يخدم مصلحته بحيث يصدر اشعاراً بذلك إلى المقاول ويعتبر الانهاء نافذاً بعد مرور (28) يوماً من بعد تسليم المقاول للإشعار المذكور).

الفرع الثالث: عقد التوريد العام

عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عقد التوريد بأنه ((اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي اللازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين)).⁽³⁾

يعد عقد التوريد من العقود الإدارية بذاتها استناداً إلى المعايير القضائية التي اوجدها القضاء الإداري الفرنسي، غير ان معيار اتصال العقد بالمرفق العام كان هو الأساس الذي اعتمده القضاء الإداري الفرنسي في بادئ الامر لتكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص هي الاكثر توصيفاً للطبيعة الإدارية لعقد التوريد.

رغم ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي قد ميز بين نوعين من عقود التوريد من حيث تكييفها القانوني مانحاً لعقود التوريد التي تقتصر على تجهيز الإدارة بالتوريدات لمره واحدة على انها لا تعد عقود توريد عام وبالتالي تخضع إلى اختصاص القضاء العادي لكونها تماثل في طبيعتها مع عقود التجهيز التي

(1) فتاح خليفه عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سابق، ص 81.

(2) المادة (46 / 4) دفاتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية C.C.A.G

(3) محكمه القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 2 كانون الاول، 1952، انظر محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 122.

تبرم بين اشخاص القانون الخاص، بينما اخضع عقود التوريد التي تتم بدفعات متعددة الى طائفة العقود الإدارية الخاضعة إلى اختصاص القضاء الإداري. (1)

وبقدر تعلق الأمر بسلطة الإدارة بفسخ عقد التوريد بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة فإن عقد التوريد يخضع إلى ذات القواعد التي تحكم غيره من العقود الادارية بحق الادارة فسخ العقد قبل انجاز الموردين لالتزاماتهم التعاقدية بعدما تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن تطبيق المادة (1794) من القانون المدني الفرنسي، حيث ينتهي العقد دون اي خطأ من المتعاقد عند ممارسة الإدارة لسلطتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وفي هذه الحالة تظهر سلطة الادارة تجاه هذا العقد بالاداري ، عندها يمكن ان يكون الفسخ لدواعي المصلحة العامة يتوافق مع حالة الفسخ على أساس الخطأ في تولي الإدارة المتعاقدة ذلك بإرادتها المنفردة، كما لو تضمن عقد التوريد نصا يمنح الإدارة حق الفسخ من جانب واحد كشرط جزائي (2)، ويترتب على الفسخ لعقد التوريد انتهاء التزامات العقدية لكلا الطرفين وهذا يعني لم يعد ممكن للمورد الحق في الاستمرار بتوريد المواد للإدارة بل على للإدارة الامتناع عن استلام ما يتم توريده بعد قرارها للفسخ الانفرادي. (3)

ان الفقه والقضاء الاداريين قد اتفقا على منح الإدارة سلطة فسخ عقودها في ميدان التوريد بارادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وذلك لارتباطها بحاجات المرافق العامة لذا جاءت احكام مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه الحق في باستخدام سلطتها الانفرادية، حيث نص في أحد أحكامه الصادرة عنه بانه ((يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية مع مراعاة حقوق المتعاقد بالتعويض ان تنهي في اي وقت عقود التوريد التي أبرمتها)). (4)

(1) محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 125.

(2) حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 250.

(3) خالد سليمان اسود، عقد التوريد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2012-ص133.

(4) C.E.2 mai 1958 distillerie de Magnac. Laval rec.p.246.

كذلك نصت دفا تر الشروط الإدارية العامة الفرنسية (C.C.A.G) ذات العلاقة بعقود التوريد في المادة (33) على حق الإدارة المتعاقدة في فسخ العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة منح حق المتعاقد المورد التعويض. (1)

كذلك ان المحكمة الإدارية العليا المصرية قد جاء في قرار لها ((انه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة ان يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات للفسخ بل يتعين عليه ان يلجا للقضاء للحصول على حكم منه بذلك وأساس ذلك ان فسخ العقد كأصل عام لم تترخص فيه الإدارة ضمانا لحسن سير المرافق العامة وليس للمتعاقد معها الا الحق في المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى) (5) ان ما يترتب على فسخ عقد التوريد أنقضاء جميع الالتزامات المتبقية دون تنفيذ، وهذا يعني أن اثار الانهاء سوف تكون للمستقبل فقط التي تعني على المورد التوقف عن توريد الاصناف المنفق عليها ابتداء من تاريخ نفاذ قرار الانهاء كما يكون للإدارة الحق في رفض تسلم اية توريدات أو مواد بعد تاريخ هذا القرار .

(1) انظر A. De Laubadere , F.Moderne, P. Devolvé : traité des contrats administratifs-o.p.cit.p-6 12 Article 47-1-4 Arête du 8 Septembre 2009 modifié par arête du 3 mars 2014 portant approbation du C.C.A.G .

المبحث الثاني

الاثار الناتجة عن فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

لما كان العقد الإداري يمثل الميدان الآخر لنشاط الإدارة القانوني بجانب القرار الإداري، غير ان المشروعية تبقى الاطار العام الذي يجمع بينهما، لذا فان خروج الإدارة من هذا الاطار سواء كانت سلطتها تقديرية ام مقيدة سيهدد تصرفها بالبطلان مع الاخذ بالاعتبار اتساع دائرة المشروعية في ظل السلطة التقديرية للإدارة، مقارنة بسلطتها المقيدة التي تعد أساسا لتمتع الإدارة بقدر من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها لتقرير حسن تنفيذ العقد الإداري وضمان تحقيقه للغاية التي ابرم من أجلها، غير ان المصلحة العامة التي تسعى إلى تحقيقها الإدارة لا يمكن ان تؤدي إلى اهدار الحقوق العقدية للطرف الآخر، سيما انه لم يرتكب خطأ عقديا لذا فان العقد الإداري كاي عقد آخر يرتب حقوقاً للمتعاقدين في مقابل الواجبات المتمثلة بالالتزامات لتشكل في مجملها قدرا من التوازن فيما بينها وبالتالي فان التضحية بحقوق المتعاقد تعد تعسفاً من قبل الإدارة المتعاقدة بينما إهدار الواجبات يعني الاضرار بالمصلحة العامة.

لذا فان العقود الإدارية تنص عادة على عدد من اساليب فض المنازعات العقدية عندما يواجه المتعاقد تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها العامة تجاه العقد الإداري سواء كانت هذه الاساليب ذات طابع ودي ام قضائي، وعندما يأتي الفسخ الإداري محققا للمصلحة العامة فان هذا الامر لا يعني خسارة المتعاقد معها لحقوقه العقدية بل يكفل له القضاء عند غياب النص عليها في العقد التعويض العادل بما يؤمن له استحقاقا عما لحقه من خسارة ومافاته من ربح، لذا سيتم تناول المطالبين الآتيين:

المطلب الاول: اساليب تسوية المنازعات العقدية

المطلب الثاني: الوسائل القضائية لفض المنازعات العقدية الناتجة عن الفسخ الإداري لدواعي

المصلحة العامة.

المطلب الاول: اساليب تسوية المنازعات العقدية

ان إبرام العقود الإدارية وتنفيذها تخضع إلى عدد من القواعد كما سبق الاشارة إليها تعكس في طبيعتها سلطة الإدارة التقديرية التي تخضع في استخدامها إلى وجوب مراعاتها لهذه القواعد كجهة

متعاقدة غايتها حماية المصلحة العامة وكذلك حقوق المتعاقد معها، تلك الحقوق التي يمكن للمتعاقد مخاصمة الإدارة عند تجاوزها لحدود المشروعية، وبالتالي فإن المنازعات العقدية عندما تثار بسبب الفسخ للعقد الإداري دون خطأ المتعاقد قد تتجه إلى الاخذ بأحد اسلوبين الأول الأسلوب غير القضائي الهادف إلى تسوية الخلافات العقدية والآخر هو الطريق القضائي الذي يعد الأكثر أهمية في حسم المنازعات القضائية التي سنأتي على دراستها تباعاً:

الفرع الاول: الاساليب الودية التي بحاجة إلى تدخل الغير

تتمثل الاساليب الودية التي يجري النص عليها في التشريعات المنظمة للتعاقدات الحكومية وما قد يتحقق خلال مرحلة تنفيذها من وقائع تدفع الإدارة المتعاقدة إلى فسخ العقد سواء بسبب اخلال المتعاقد تجاه التزاماته العقدية أو لدواعي المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد وبالإرادة المنفردة للإدارة دون لجوئها إلى قاضي العقد.

وغالبا ما ينص المشرع على تحديد الاليات أو الاجراءات التي يمكن لأطراف العلاقة العقدية الاستعانة بها قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء المختص، وقد اشار المشرع الأردني إلى الفقرة (ب) من المادة (95) لنظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019 بالنص على انه ((يجوز ان ينص العقد على بعض طرق تسوية المنازعات ومنها التسوية الودية قبل اللجوء إلى التحكيم أو التقاضي لمنح الاولوية للحل بالتراضي من خلال التفاوض ولمساعدة الاطراف المتعاقدة على تسوية النزاعات ودياً، ويجوز ان ينص العقد على تعيين طرف ثالث للمساعدة في تسوية النزاعات بصيغة التوفيق والوساطة فضلا عن الاليات ذات الصلة التي تنطوي على تعيين خبراء لتسوية النزاعات أو مجلس فض النزاعات واجراءات تعيين الموفقين)).

كما ونصت المادة (1-407) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 والضوابط الصادرة بموجبها على انه (يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق وديا ويكون ذلك من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع متمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق أحكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويعد محضرا بذلك الاتفاق بين الطرفين يصادق عليه رئيس جهة التعاقد)،

لذا فان ما يمكن تحديده من النصوص اعلاه بان اهم وسائل التسوية الودية للنزاعات العقدية هي كما يلي:

اولا: طلب طرفي العقد الإداري للخبرة

تعد الخبرة احدى الوسائل المساعدة على التوصل إلى الحل الودي من أجل فض نزاع تعاقدى لاسيما في ميدان العقود الادارية وما ينجم عن الفسخ الانفرادي للعقد الإداري سواء المتعلق بالفسخ الجزائي أو لدواعي المصلحة العامة، وما يمكن بيانه في استحقاق المتعاقد من تعويض عن المنشآت التي اقامها في إطار عقد امتياز المرفق العام أو الأعمال المنفذة في عقد الاشغال العامة.

لذا فان تقرير الخبرة الفنية أو المالية الذي يقدم عن طريق (الخبير) المستعان به من أطراف العقد الذي لا يعد ملزما لهما بعد ان وافقا على الاستعانة به سواء كانت جهة الاستعانة أطراف العقد او هيئة قضائية أو تحكيمية أو إدارية، فالتقرير لا يتعدى حدود الاستئناس بما يحمله من مضمون الذي قد يكون مدعاة إلى الاخذ به كلياً أو جزئياً أو عدم الاخذ به اطلاقاً، فهو يهدف إلى التحقق من الوقائع المتنازع عليها وتحديدها. (1)

لذا فان الاتفاق على الاستعانة بالخبرة لا يعد صلحا بل مجرد أضح لعناصر النزاع ، عليه فان نتائج تقرير الخبرة لا تقرر أو تفرض على الاطراف ، الا ان الخبرة بالرغم من عدم الزامية الاخذ بمضمون الرأى الاستشاري من قبل الجهة الراغبة بها الا انها تمنح في مضمونها فرصة التعرف لطرفي النزاع على مدى توفر امكانية الحصول على مبتغاهم عند اللجوء إلى قاضي العقد من عدمه ، وبالتالي قد يكون تقرير الخبير سببا في المضي بإبرام عقد الصلح بين طرفي العقد الإداري (2) بهذا الصدد جاء في المادة (8) من نظام الخبرة أمام المحاكم النظامية الأردني رقم 35 لسنة 2018 ما يلي:

((يشترط في اي شخص مرشح لاعتماده خبيراً وفق أحكام هذا النظام ان تتحقق فيه الشروط التالية:

(1) حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت -2007 - ص 95.

(2) محمد غالب الرحيلي - الخبرة في المسائل الجزائية - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الاوسط -2014-ص95.

- 1- ان يكون مؤهلاً لممارسة نوع الخبرة المرشح لها علمياً أو فنياً أو مهنياً أو لممارسة الفعلية للفن أو الصنعة وفق المعايير التي اعتمدها المجلس.
- 2- ان يكون غير محكوم بجنحة مخلة بالشرف أو باي جنائية.
- 3- ان لا يكون قد سبق ان صدر بحقه عقوبة تأديبيه بسبب افعال مخله بالشرف أو النزاهة أو الامانة من قبل مرجع مختص
- 4- ان لا يكون قد سبق ان صدر قرار بشطب اسمه من السجل نهائياً. ((

ثانياً: موافقة المتعاقدين على الصلح

يعتبر الصلح من الوسائل الودية لحل المنازعات العقدية خارج المحاكم القضائية ولاسيما في ميدان فسخ الإدارة للعقود الإدارية بإرادتها المنفردة وما تسببه من اضرار بحقوق المتعاقدين معها، حيث ظهرت الوسائل البديلة عن اللجوء إلى القضاء المختص بعد ازدياد الدعاوى وازدحام المحاكم بالمخاضمين، وما أدى ذلك الى بطء في اجراءات التقاضي وحسم هذا المنازعات، التي قد يطول امدها لأشهر وسنوات لذا فأن الصلح من أكثر الوسائل البديلة من حيث اهميته نظرا لسهولة اللجوء إليه وانخفاض نفقاته ولسرعته وفاعليته في انهاء النزاع.

ويعتبر الصلح بانه وسيلة لإنهاء الخلاف القائم عن طريق تقديم التنازلات من قبل الطرفين، وفضلا عن ان الصلح يعد من وجهة نظر البعض يمنح الادارة ترشيد للأموال العامة، لأنه يساهم في توفير الاموال العامة ويتم ذلك عندما يتنازل المتضرر عن جزء من تعويضاته المستحقة بذمة للإدارة وهي تعد أموال كان من الممكن ان تدفعها الإدارة اليه فيما لو لم يتم اللجوء إلى اسلوب الصلح الإداري وترك المنازعة ليتولاها القضاء المختص.

من جاب اخر ان الصلح إضافة الى انه وسيلة لحل المنازعات الإدارية فهو يعد دافعا لتحسين العلاقات بين الإدارة والأفراد وزيادة التعامل معها، لاسيما في إطار التعاقدات الإدارية.

لذا ان غاية الصلح الاساسية هو تقادي اللجوء إلى القضاء ومن ناحية الاجرائية ان الصلح يتم بتحرير محضر خارج النطاق القضائي، عليه لا يجوز العودة لاثارة النزاع الذي سبق وان حسم صلحاً ومن الناحية الشكلية، فإن الصلح قد يكون عاديا عندما لا يحتاج إلى توثيق رسمي سوى الى الجهة

الإدارية التي هي طرف فيه اي دون الجهة القضائية، أو قد يكون صلحا قضائيا الذي يقتضي تثبيته وتصديقه قضائيا، ويتم ذلك أثناء سير الدعوى المنظورة أمام القاضي الإداري. (1)

ثالثا: لجوء المتعاقدين إلى التوفيق

يعد التوفيق اتفاق يهدف إلى تسوية النزاع الناتج عن تصرف اداري يحمل الضرر إلى المتعاقد معها متضمنا سواء تعديل في الشروط العقدية أو وضع نهاية للعقد بإرادة منفردة للإدارة المتعاقدة، ويتم ذلك بأجراء يتسم بالتفاوض والتقريب بين وجهات النظر لطرفي العقد وتتسم خصوصية هذه الوسيلة في تسوية المنازعات بتدخل طرف ثالث يهدف الى تذليل نقاط الخلاف بين الطرفين لأجل الوصول إلى حل للنزاع، فهو طريق من الطرق الودية يتطلب موافقة طرفي العقد الإداري من طرف ثالث يطلق عليه (بالموفق) لمساعدتهما من أجل التوصل إلى حل النزاع الذي يهدف إلى إزالة الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد، وعادة يتم ادراج اسلوب التوفيق ضمن شروط العقد أو دفاतर الشروط العامة يسمى بشرط التوفيق أو أن يتم بعد وقوع النزاع عندها يصار إلى ما يسمى (بالمشاركة على التوفيق). (2)

ان تدخل الغير بين أطراف النزاع هو الذي يمنحه صفه الموفق أو ما يسمى الوسيط، وقد يكون الموفق في إطار المنازعات الإدارية شخصا طبيعيا أو مؤسسة متخصصة، ومن الناحية الاجرائية التوفيق تتم بتنظيم اجراءات حضورية بين طرفين مع تقديم مذكرات مكتوبة ومتبادلة إضافة إلى الملاحظات الشفوية، وفي نهاية ذلك يقوم الموفق بتقديم تقريره المتضمن الاقتراح المتعلق بحل النزاع. (2)

وبهذا الصدد قد يدخل مفهوم التوفيق كإجراء ودي لحسم المنازعات هي الوساطة (la mediation) التي هي شكل من اشكال التوفيق لأن الوسيط يعمل كذلك على تقريب وجهات النظر بين الاطراف، وهذا الشخص الثالث في كلا الحالتين هو مكلف بدراسة عناصر النزاع والبحث عن فرص الاتفاق بينهما.

(1) مهند مختار نوح - الصلح كوسيله لحل المنازعات الإدارية - جامعة قطر - الدوحة - قطر .

(2) احمد نورهان جبر شحاده - التحكيم في العقود الإدارية - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الاوسط -2015-ص21 .

الا ان الوسيط قد يكون له دور أكثر فاعلية في حل النزاع مقارنة بالدور الذي يقوم به الموفق الذي يقتصر عمله على تقريب وجهات النظر بين الاطراف من أجل الوصول إلى اقتراح لحل النزاع، غير ان الاطراف يكونوا احرارا في قبول الحل أو رفضه.

بينما الوساطة تتعلق أساسا على قيام أطراف النزاع من أجل تقديم اقتراح لحل الا ان هذا الغير اي (الوسيط) يقدم الحل الذي هو يأتي عن جهود تبذل تجاه أطراف النزاع بينما اتجه اخرون إلى اعتبار الفرق بين الموفق والوسيط بان الاخير يبحث عن الحل. اما الموفق يبحث عن تقريب وجهات النظر، انه يعتبر اختلافا بسيطا فيما بينها يتعلق بمدى البحث عن حل للنزاع. وبالنهاية يمكن ان يوصف الوسيط بانه (موفق أكثر فاعلية) رغم ذلك غير ان الاثنين لا يملكان سوى سلطة الاقتراح الذي يتضمن حث أطراف النزاع إلى قبول الصلح. (1)

في جميع الأحوال ان محضر التسوية الذي ينتهي به جهود الموفق يجب المصادقة عليه اداريا أو قضائيا.

الفرع الثاني: وسائل التسوية الودية دون حاجة إلى تدخل الغير

ان النوع الآخر من الوسائل التمهيدية لتسوية المنازعات العقدية بين طرفي العلاقة العقدية الناتجة عن فسخ العقد الإداري هو الاتصال المباشر بين المتعاقد والإدارة المتعاقدة عن طريق تقديم طلب لتصحيح تصرفها المشوب بأحد عيوب المشروعية وهو ما يطلق عليه بالتظلم الإداري (recours le administrative) الذي تتولاه عادة الإدارة الذي صدر عنها التصرف أو الجهة الرئاسية لها، ويأتي التظلم الإداري ضمن ميدان اوسع هو الرقابة الإدارية للقرارات الإدارية الصادرة عنها التي تتولاها الإدارة المصدرة للقرارات الإدارية من قبلها مباشرة عن طريق مراجعة أعمالها القانونية، وهو ما يعرف بالرقابة الولائية أو ان تتم من قبل لجان تمنح هذا الاختصاص، ويعد هذا الاسلوب الاكثر فاعلية من الرقابة الولائية التي يتولاها ذات الشخص الذي صدر عنه التصرف لكونه يكون حكما وخصما في ان واحد. (2)

(1) احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية 1985، ص 132، عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 320.

(2) خولة عيسى صالح: الرقابة الإدارية والمالية في الدولة العربية والاسلاميه، ط1 بيت الحكمه، بغداد، 2001، ص 30.

وعندما تكون الرقابة رئاسية وهي التي تمارس من قبل الرئيس الإداري للجهة التي صدر عنها التصرف القانوني ونطاق الرقابة قد يكون سابقا على صدور التصرف عن طريق التوجيهات والضوابط التي يصدرها الرئيس الإداري إلى مرؤوسيه أو لاحقه على التصرف من خلال المصادقة على التصرفات⁽¹⁾، وبهذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الأساس القانوني لإلغاء الإدارة لقراراتها أو تعديلها بسبب عدم مشروعيتها أو لعدم ملائمتها، فذهب اتجاه إلى عدم تمتع التصرفات القانونية للإدارة بالحجية القانونية مما يسمح لها الرجوع عنها بينما اتجه آخرون إلى ان التصرف الإداري غير المشروع يكون مهددا بإلغاء قضائيا عند الطعن بها من قبل صاحب الشأن.

عندها يكون من حق الإدارة الرجوع عنه دفعا عن الطعن به من قبل المعني به أمام القضاء، بينما اتجه راي ثالث إلى تأسيس الرقابة الإدارية على فكرة المشروعية والمصلحة العامة.⁽²⁾

اولا: مفهوم التظلم الإداري

يراد بالتظلم الإداري (le recours administratif) مطالبة الشخص للجهة التي اصدرت التصرف الإداري الذي قد أضر بحقه يطلب منها اعادة النظر بقرارها بغية تصحيحه من العيوب التي لحقت به وذلك بإلغائه أو سحبه أو تعديله، لذا فان التظلم عبارة عن اجراء يراد منه تسوية المنازعات بالطريق الودي يدخل في عداد الطلبات يقدم إلى الإدارة من أجل الحصول على حل اداري معين على غير الطعن القضائي الذي يقتضي تقديم الشخص خصومته أمام المحكمة المختصة.⁽³⁾

لذا فان التظلم الإداري يخلق حالة لتسوية الخلاف وصولا الى أجاد صلح اداري طالما انه من وجهة نظر البعض يفتح باب الحوار بين الطرفين المتعاقدين من خلال مدى استجابة الإدارة لطلبات المتظلم، على عكس القرار القضائي الذي يتصف بانه نصرا لطرف وخسارة لطرف آخر، لان بواسطته يمكن تسوية المنازعات الإدارية وانهاؤها في بداياتها الأولى وتحقيق الانصاف الإداري بأسلوب اكثر يسرا الذي يرى المشرع انه لو أتجه الأفراد الى الإدارة قبل لجوئهم إلى القضاء الإداري لتمكن حل الكثير من الاشكالات بالطريق الودي، وفي وقت قصير وبدون تكاليف التي يقتضيها الطريق القضائي لان صدور

(1) عدنان عمرو - القضاء الإداري (مبدأ المشروعية) منشأة المعارف الاسكندرية 2004 - ص 123.

(2) سامي جمال الدين - القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة) مرجع سابق - ص 285.

(3) فهمي مصطفى ابو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 10.

التصرف الإداري معيياً من حيث مشروعيته أو غير ملائماً لا يعني بالضرورة ان الإدارة ارادت حكماً ان يكون قرارها كذلك⁽¹⁾، لذا يحرص المشرع باعتماد هذا الاسلوب في اطار التعاقدات الحكومية جاعلاً احد الوسائل الودية لحسم المنازعات العقدية.⁽²⁾

ثانياً: انواع التظلم الإداري

اختلفت الانظمة القانونية تجاه الاجراءات الإدارية التي يقتضيها التظلم الإداري ومدى الزاميته للشخص المضرور من تصرف اداري معين قبل توجهه إلى القضاء، لذا فان التظلم نوعين هما:

1- من حيث الزاميته:

• أ- التظلم الإداري الاختياري (facultatif)

يعتبر التظلم اختيارياً وهو الاصل في هذا الاسلوب عندما يملك ذوي الشأن حرية الاختيار بين اللجوء إلى تقديم تظلمهم إلى الإدارة أو الاستغناء عنه باختيار اللجوء إلى الطعن القضائي، وهذا يقود إلى ان حالة تقديم الشخص (المتعاقد) التظلم الإداري لا يكون قيدياً على خياره في التخلي عنه للتوجه إلى القضاء قبل انتظاره لإجابة الإدارة على تظلمه، سواء كانت سلبية ام ايجابية بالإيجاب خلال اي مرحلة من مراحل نظر الدعوى قد تكون سبباً لإنهاء الخصومة.

• ب- التظلم الإداري الوجوبي (obligatoire)

هو الذي يقضي بالزام صاحب الشأن التظلم الإداري المسبق إلى الإدارة التي اصدرت القرار لغرض افساح المشرع لها بمراجعة تصرفاتها وتصحيح ماوقع منها من خطأ عمدي ام غير عمدي بغية تفادي اللجوء إلى القضاء، وبالتالي على المتظلم انتظار اجابة الإدارة خلال المدة القانونية التي عادة يتم تحديدها من المشرع ليتقرر بمرورها دون اجابة رفضاً ضمناً لطلبه، وعندما تجد الإدارة في التظلم ذا طبيعة موضوعية فيكون من واجبها تحاشي اللجوء إلى القضاء عن طريق عقد صلح ، وقد اخذ به

(1) محمد سليمان الطماوي - القضاء الإداري - قضاء الالغاء - الكتاب الاول - دار الفكر العربي - 1996 - ص 527.

(2) سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية - منشأة المعارف - الاسكندرية - 2004 - ص 267.

المشرّع المصري⁽¹⁾ وكذلك العراقي وقد سبقهم في ذلك المشرّع الفرنسي غير ان لم يكن واضحا في التشريع الأردني.

2- من حيث الجهة المخاطبة به

يقسم التظلم من حيث الجهة الإدارية المختصة إلى نوعين هما:

أ- التظلم الإداري الولائي:

ويراد به تقديم الشخص المضرور من قرار اداري تظلمه إلى ذات الجهة الإدارية التي صدر عنها القرار الإداري لتتولى إعادة النظر في قرارها بالسحب أو الالغاء أو التعديل بما تتفق مع قواعد المشروعية بناء على ماورد في طلب التظلم، سواء كانت هذه الجهة هي من تملك الاختصاص في اصدار القرار الإداري ام انها تمارسه بناء على تفويض من قبل جهة إدارية اعلى، ويرى الباحث ان التظلم الولائي لا يكون منتجا لآثار ايجابية إلى صاحب التظلم لكون رجل الإدارة في هذه الحالة سيكون حكماً وخصماً في ان واحد وبالتالي نجد انه غالباً يكون التظلم من القرار الإداري المعترض عليه غير مجدي رغم ذلك هذا التظلم يمكن تقديمه لأكثر من مرة.

ب - التظلم الإداري الرئاسي:

تنص التشريعات غالباً على منح المتظلم الحق في اللجوء إلى تقديم تظلمه إلى الرئيس الإداري الاعلى للجهة التي صدر عنها التصرف القانوني باعتبار الرئيس الإداري الاعلى هو المسؤول عن حسن سير المرفق العام، ليقوم الرئيس الإداري بموجب سلطته الرئاسية بمراجعة ذلك القرار وبالتالي سحبه أو الغائه أو تعديله عند ثبوت عدم مشروعيته أو ازالة نتائجه في حالة عدم ملائمته زمانياً ويأتي التظلم الرئاسي في نطاق الرقابة على نشاط المرؤوسين.⁽²⁾

(1) نصت المادة (12/ب) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على انه (لا تقبل الطلبات المقدمة راسا بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثا ورابعا وتساعا من المادة العاشرة وذلك قبل التظلم منها من الهيئة الإدارية التي اصدرت القرار أو إلى الهيئة الرئاسية وانتظارا المقرر في هذا التظلم). ونصت المادة (7/ سابعاً / 1) من قانون 106 لسنة 1989 العراقي على انه (يشترط قبل التقديم الطعن إلى محكمه القضاء الإداري ان يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية المختصة خلال (30) يوماً من تاريخ تسجيل التظلم).

(2) محمد علي جواد - القانون الإداري - مرجع سابق - ص 12.

ومن جهة أخرى يعود الأساس التاريخي للتظلم في فرنسا إلى نظرية الوزير القاضي (la theorie du minister-juge) التي كانت تسود فرنسا في فترة ما بعد الثورة الفرنسية حتى سنة 1799 التي بموجبها تعد الإدارة خصماً وحكماً أي تبت في جميع المنازعات التي تكون هي طرفاً فيها، لذا فإن المشرع الفرنسي قد اعتمد بما يسمى مبدأ القرار المسبق (la theorie du minister- juge) وتعد هذه القاعدة ملزمة وضمن اختصاص القضاء الكامل حصراً ان يحصلوا على أجابه من الإدارة بشأن مطالباتهم قبل التوجه إلى القضاء. (1) وبهذا الصدد ذهبت محكمة العدل العليا الأردنية عام 1997 في حكم بصدد قرار لجنة العطاءات المركزية جاء فيه (ان السلطة التي تملك سحب القرار النهائي هي السلطة التي اصدرته أو السلطة الرئاسية لها مالم يكن القرار من النوع الذي نظم القانون طريقاً للتظلم منه أو الاستئناف إلى سلطة أعلى، فان الجهة الإدارية الدنيا لا تملك ان تعيد النظر فيه ولو كان باطلاً ذلك انه بمجرد اصدار هذه الجهة القرار تستنفذ ولايتها ولا يكون الطعن في قرارها الابالطريق الذي نظمه المشرع ولا نزاع في ان القانون لم ينظم طريقاً للتظلم الإداري في قرارات لجنة العطاءات المركزية حتى يقال بانها لا تملك ان تعيد النظر فيه، اما كون قرارها خاضعاً لتصديق الوزيرين فان ذلك لا يعتبر تنظيمياً لطريق التظلم منه إذ ان هذا التصديق هو شرط لازم لنفاذ القرار ويتم بحكم القانون دون حاجة لوجود طعن من ذوي المصلحة. (2)

المطلب الثاني: الوسائل القضائية لفض المنازعات العقدية الناتجة عن الفسخ الإداري

لدواعي المصلحة العامة

تتمثل وسائل التسوية بطريق القضاء مرحلة الحسم النهائي للنزاعات الإدارية حيث ان الرقابة القضائية تعد الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية والمستقر عليه ان الرقابة القضائية تعرف بانها تلك الصلاحيات الممنوحة إلى المحاكم سواء كانت على صورة هيئات التحكيم التي يتم تنظيم اللجوء إليها من قبل المشرع سيما في إطار المنازعات العقدية الدولية أو يتم الاشتراط عليه في العقد التي تمثل

(1) jean francios Brisson : les recours administratifs-droit public francios – contribution al etude contentieux administratif-paris 1996-p0146

(2) قرار محكمة العدل الأردنية العليا رقم 1997/1/27 بتاريخ 1997/9/24 نقلاً عن مهند عبد الكريم ابو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق – دار الثقافة للنشر والتوريد عمان 2003 ص 119.

قضاء غير رسمي أو إلى المحاكم القضائية المتمثلة بالقضاء العادي ام الإداري حيث سيتم استعراضها على التوالي:

الفرع الأول: تسوية المنازعات العقدية عن طريق التحكيم

يعد التحكيم أحد الوسائل الحاسمة للنزاع العقدي بجانب المحاكم الرسمية عما يمكنه ان يولد عن تنفيذ العقود الإدارية أو المدنية من خلافات ناتجة عن سوء التنفيذ أو عدم التنفيذ للالتزامات العقدية وصولاً إلى حالات الفسخ التعسفي للعقد الإداري، وخضعت قواعد التحكيم للعقود الإدارية إلى تدخل المشرع في دول القانون المقارن ذات الطبيعة الشكلية الاجرائية وكذلك الموضوعية تحقيقاً للمصلحة العامة التي سنتناولها تباعاً:

اولاً: التعريف بالتحكيم

يعرف التحكيم بانه (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نهائي خالي عن الشبهة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد ان يدلي كل منها بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي).

يعد التحكيم نظاماً استثنائياً بديلاً عن الاصل العام لتسوية اية منازعة، فقد عرفه جانب من الفقه الإداري بانه (عبارة عن طريق خاص لتسوية النزاعات الإدارية دون حاجة إلى اللجوء للسلطة الرسمية المختصة اصلاً لتسوية وفض المنازعات وهي السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها) ⁽¹⁾، لذا فان التحكيم يعد قضاء غير رسمي يقف بجانب القضاء العادي أو التجاري ، وبهذا الصدد ان الطبيعة القانونية للتحكيم خضعت إلى اجتهادات فقهية فالاتجاه الاول منحها صفة قضائية فيكون المحكم بمنزلة القاضي لموضوع النزاع وبالتالي يكون رايه ملزماً كقرار القاضي الذي يفصل في الدعوى سيما وان طرفي النزاع قد اتفقا على اعتماد رأيه وتطبيقه وجعله ملزماً لهم اما الرأى الآخر قد اعتبره تحكيمي وليس قضائي فهو مشابه للعقد يقوم على قبول الطرفين للاتفاق بالاخذ للرأي التحكيمي

(1) محمد ماجد محمود - العقد الإداري وشروط التحكيم الدولي - مجلة العلوم الإدارية - السنة 25 - العدد الثاني لسنة 1993 ص 126 القاهرة.

والالتزام به فهو يمثل عقدا بين الطرفين⁽¹⁾ بالرغم ان جانبا من الفقه الإداري يرى بان التحكيم يتقاطع مع الطبيعة القانونية للعقد الإداري بما يتضمنه من شروط استثنائية مانحة للأدارة قدرا مهما من الامتيازات في اطار العلاقة العقدية لارتباطها بسير المرفق العام ، رغم ذلك فان التحكيم رغم التحفظات التي تثار بصدده الا انه قد أصبح اليوم وسيلة تعتمدھا الدولة ومؤسساتها المختلفة على مستوى العقود المحلية والدولية، بسبب توسع نشاط الدولة وازدياد المنازعات العقدية ، فقد جرى اعتماد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات اما في النص عليه في العقد ويسمى شرط التحكيم أو ان يتم ذلك بعد إبرام العقد باتفاق مستقل من أجل عرض النزاع على محكم معين أو هيئة تحكيم ويطلق عليه مشاركة التحكيم، ويتميز التحكيم عما سبقه من الوسائل غير الرسمية في فض المنازعات العقدية هو عنصر الالتزام الذي لا ينتج مباشرة من الحكم التحكيمي وانما يعتمد طواعية من قبل الاطراف بعد الحصول على امر بالتنفيذ، من الجهة القضائية او من حيث اسلوب التحكيم فهو اما ان يكون حر أو خاص أو تحكيم دولي.⁽²⁾

فالتحكيم الخاص يتمثل باختيار كل طرف من الاطراف حكما يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ومن ثم يتولى المحكم الثالث رئاسة لجنة التحكيم وفي حالة تعذر ذلك فان المحكمة المختصة هي من تتولى بتعيينه وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة موضوع النزاع وتصدر قرارها النهائي ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم ويكون ملزما بعد تصديقه من محكمة الموضوع، وفقا للقانون وعادة يكون التحكيم الحر اقل كلفة واكثر مرونة وسرعة، اما الاسلوب الثاني هو التحكيم المؤسسي ويراد به اللجوء إلى مؤسسات تحكيم تتولى وضع الاجراءات الواجب اتباعها عند نشوء النزاعات مع تعيينها للمحكمين الذين يتولوا مهمه التحكيم

ومن اهم المؤسسات هي غرفة التجارة الدولية في باريس ومحكمه التحكيم في واشنطن المختصة بمنازعات الاستثمار والمركز الاقليمي للتحكيم التجاري القاهرة وبهذا الصدد فان اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لفض المنازعات العقدية في ميدان العقود الإدارية لم يكن متوافقا مع مقتضيات سيادة الدولة

(1) قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية - رقم (13) لسنة 1994 - مأخوذ من رسالة (نورهان جبر شحاده) - جامعة الشرق الأوسط - 2015 - ص 21.

(2) ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية 2004 - ص 157.

وسلطاتها العامة لذا جاءت التشريعات في دول القانون المقارن لتعكس مدى الاستجابة لحاجات تسوية المنازعات في ميدان العقود الإدارية بأسلوب التحكيم الذي سنأتي على بيانه. (1)

ثانياً: التحكيم في التشريع الأردني

لقد اعتمد المشرع الأردني الوسائل غير الرسمية في تسوية المنازعات للعقد الإداري ، جاء ذلك في اطار نظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019 حيث نصت المادة (95) الفقرات ج ، د ، ز (2) على ذلك بالسماح للطرفين المتعاقدين على اعتماد شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم ، غير ان المشاركة اخضعها المشرع الأردني إلى التحكيم المؤسسي المتمثل بمؤسسات التحكيم الدولية كغرفة تجارة باريس غير ان للجهة الإدارية المتعاقدة تحديد القواعد الاجرائية التي تحكم عملية التحكيم وكذلك مكان التحكيم الحر، وبهذا الصدد يعتبر الأردن من اوائل الدول العربية التي اصدر المشرع قانوناً مستقلاً يتعلق بالتحكيم وهو القانون رقم (31) لسنة 2001 .

علما ان قانون التحكيم الأردني قد استقى مبادئه من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وبموجب المادة (3) من قانون التحكيم الأردني فأنها نصت على ان (أ- مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المحكمة تسرى أحكام هذا القانون على تحكيم اتفاقي يكون مقره في المحكمة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية ام غير عقدية) من اجهة أخرى فان المشرع الأردني وطبقا للفقرة (د) من المادة (95) من نظام المشتريات قد الزم الإدارة المتعاقدة عند لجوئها إلى المشاركة التحكيم بأجراء شكلي واجب الاتباع هو الشكل الكتابي في النص على المشاركة وتوقيع طرفي العلاقة العقدية وبالتالي فانه يعد شرطا جوهريا يعني غيابة ابطالا للتصرف كما ان من بين الاجراءات الشكلية الجوهرية التي جاءت بها المادة (95) من النظام

(1) محمد علي جواد - العقود الدولية - مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها - مرجع سابق - ص 187.

(2) نصت الفقرة ج للطرفين المتعاقدين الاتفاق ضمن العقد أو في اتفاق منفصل على احالة النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد إلى التحكيم وفي مثل هذه الحالات يجب ان ينص في الاتفاق على الاطار المؤسسي للتحكيم والقواعد الاجرائية التي تحكم سير التحكيم ومكانه (د) إذا لم يتضمن العقد شرط التحكيم وتم الاتفاق على اعتماد التحكيم عن طريق إبرام اتفاقية منفصلة فيجب ان يكون ذلك خطيا وموقعا من الطرفين) (ز) للجهة المشتريه وقبل توقيع العقد الحصول على موافقة مجلس الوزراء عند اختيار التحكيم الدولي لنظر النزاعات إذا كان المتعاقد اجنبيا وان تم اختيار احدى هيئات التحكيم الدولية المعتمدة لفض النزاع).

المذكور هو حصول الإدارة الراغبة في التعاقد على الموافقة المسبقة من قبل مجلس الوزراء في حالة اختيارها للتحكيم الدولي عندما يكون المتعاقد معه اجنبياً مع اختيارها احدى الهيئات الدولية المعتمدة في تسوية النزاعات العقدية، وهذا القيد يتعلق بركن الاختصاص الواجب على الإدارة مراعاة وبعبارة فان قرار لجوئها إلى التحكيم المؤسسي يعد باطلاً.

ثالثاً: التحكيم في التشريع العراقي

بالنظر لعدم ايجاد قانون خاص للتحكيم تجاه المنازعات العقدية لذا فان المشرع العراقي قد اعتمد لأسلوب التحكيم في تسوية منازعات العقود المدنية والإدارية المبرمة من قبل الدولة أو مؤسساتها المختلفة أو من قبل اشخاص القانون الخاص إلى قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 مخصصاً للباب الثاني منه لاجراءات التحكيم والمبادئ التي تحكمه عندما اجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن العقود (1) الذي اوجب ان يتم ذلك كتابة (2) وجعل المشرع من التحكيم قيذا على سلطة محكمه الموضوع لحين استتفاد طرق التحكيم الا إذا تخلى عنه طرفي العقد قبل أو اثناء نظرا لدعوى قضائيا (3) مع اشتراط ان يكون عدد المحكمين وترا اي فرديا لغرض تحقيق مبدأ الاغلبية عند التصويت على القرار التحكيمي (4) لقد اوجب المشرع العراقي من جهة أخرى جعل القانون العراقي هو الواجب التطبيق من حيث الاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات مالم يتفق الاطراف على اعتماد اجراءات معينة بسير عليها المحكمون (5) ويصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بالأكثرية بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين (6) الذي يخضع للمصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة غير ان قرار المحكمين قابل للأبطال كلياً أو جزئياً بناء على طعن من أصحاب العلاقة عند عدم مشروعيته من جهة أخرى، لايد من الاشارة إلى المادة الخامسة والاربعون في الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط فقد الزمت طرفي العلاقة العقدية (الإدارة والمقاول) الذهاب إلى التحكيم في حالة فشل

(1) المادة 251 قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

(2) المادة 252.

(3) المادة 253.

(4) المادة 257.

(5) المادة 265.

(6) المادة 270.

المساعي الودية لفض الخلاف بين الطرفين المتعاقدين التي اناطها المشرّع بالمهندس الاستشاري المشرف على العمل في تقديم الحلول للخلاف القائم حيث يتعين على الإدارة والمقاول تعيين كلا منها محكماً وعلى المحكمين المعنيين ان يتفقا على محكم ثالث ليتولى رئاسة المحكمين الاثنين، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق خلال اربعة عشر يوماً من اخر تاريخ لتعيينها فعندئذ يكون للإدارة أو المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكم الثالث وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية العراقية ويكون الحكم الذي يصدره المحكمون ملزماً للطرفين مالم يتمسك احدهما ببطلانه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية⁽¹⁾ وبهذا الصدد فان القاضي الإداري أو المدني الامتاع عن نظر الدعوى ان كانت الخصومة تتولاها هيئة تحكيمية سواء استناداً إلى شروط التحكيم أو مشارطته،⁽²⁾ ومن الجدير بالذكر جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية يقضي بوجود استبعاد أو تأجيل المحكمة المختصة النظر في الدعوى المرفوعة امامه بسبب تضمين العقد شرط التحكيم لتسوية المنازعة العقدية الي حين صدور القرار التحكيمية حيث جاء فيه ما يلي:

((بناء على الدعوى التجارية المرقمة 286 / ب / 2011 في 2012/7/15 المقامة على - مدير الشركة الايطالية رميلا إضافة إلى وظيفته في 2012/7/15 / 3 / 000 ادعى وكيل المدعي وزير المالية إضافة إلى وظيفته لدى محكمة البداة المتخصصة بالدعاوى التجارية بانه سبق وان تعاقدت وزارة الدفاع مع الشركة الايطالية بتجهيز صواريخ وعتاد للسفن بقيمة (796) سبعمائة وستة وتسعون مليون دولار وقامت وزارة الدفاع بتسديد المبلغ عن العقد بموجب دفعات منذ عام 1981 لغاية 1987 حيث ان سبق فسخ العقد مع الشركة المذكورة والتعاقد مع شركة ارما الايطالية عام 2003 لتنفيذ العقد الا ان بسبب اخلال المذكورة لشروط العقد الجديد وطالب العراق المحكمة بفسخ العقد الجديد مالم يتم تنفيذه واسترداد كافة المبالغ والتعويض عن الاضرار المادية، اصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ

(1) المادة 273.

(2) استناداً إلى المادة 273 من قانون المرافعات المدنية العراقية: يعد القرار التخلي باكلاً في حالة:-

- 1- إذا كان قد صدر بغير بينه تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق.
- 2- إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الاداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينه في هذا القانون.
- 3- إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة.
- 4- إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار.

2012/7/15 بعدد 286/ب/2012 حكماً يقضي برد الدعوى وطعن وكيل المدعي إضافة لوظيفته تمييزاً بالحكم طالبا نقضه باعتبار الدعوى المنظورة امامها مستأخرة النزاع من قبل هيئة التحكيم الدولية في غرفة تجارة باريس استناداً إلى المادة 253/3 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 الذي جاء القرار التمييزي اعلاه خلافا لاختصاص محكمه الاستئناف النوعي المنصوص عليه في المادة 3/34 من القانون المذكور وقد جاء بان الفقرة (1-19) من العقد المرقم 1980/5 المبرم بين وزارة الدفاع / المنحلة مديريةية التسليح والتجهيز مع شركة اتومبلا الإيطالية في بغداد بتاريخ 1980/12/28 الخاص بتجهيز الصواريخ واسلحة نصت على ان كافة المنازعات الناشئة المرتبطة بهذا العقد التي لا يمكن تسويتها بصورة ودية من قبل الاطراف المتعاقدة سوف يتم تسويتها بصورة نهائية بموجب قواعد المصالحة والتحكيم لغرفة تجارة الدولية في باريس (فرنسا) من قبل ثلاث محكمين يتم تعيينهم وفقاً للقواعد المذكورة وان طرفي الدعوى تصادقا أمام محكمه البداء بان الموضوع قد احيل إلى هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس وانه تم استئناف قرار الهيئة أمام محكمه استئناف باريس ولازالت الدعوى معروضة امامها عليه فان قرار محكمه البداء باعتبار ان الدعوى المنظورة امامها مستأخرة إلى نتيجة حسم النزاع أمام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية يتفق وما تنص عليه المادة (3/253) من القانون المشار إليه وطالما ان الطرف الاول في العقد هو وزارة الدفاع / مديريةية التسليح والتجهيز وان العقد تم إبرامه في بغداد فتكون المحاكم العراقية هي المختصة بنظر الدعوى تطبيقاً للقواعد المنصوص عليها في المادتين 14 و 15 من القانون المدني ولما كان الحكم المميز قد خالف ذلك مما أخل بصحته وعليه قرر نقضه واعادة الدعوى إلى محكمتها لاستئثار الدعوى وفق ما تقدم و صدر القرار بالاتفاق في 21 / 11 / 2013)).⁽¹⁾

ومن الجدير بالإشارة إلى المادة 7-4-1 لتعليمات وزارة التخطيط لتنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 والضوابط الصادرة بموجبها التي نصت على حالة عدم التوصل إلى اتفاق ودي فانه يتم اللجوء إلى التحكيم بشرط ان ينص على اسلوب التحكيم في بنود العقد الاصلي مثيراً الإدارة وفقاً لأهمية العقد وان كان أحد اطرافه أجنبياً من عدمه وهي:

(1) القرار التمييزي: العدد 234 / 235 هيئة مدنيه موسعه / 2013 في 21 / 12 / 2012 المنشور في موقع مجلس القضاء الاعلى الالكتروني.

- التحكيم الوطني: ويكون وفقا للإجراءات المحددة في شروط المناقصة أو استناداً إلى قانون المرافعات المدنية
- التحكيم الدولي : يمكن الاستعانة بالتحكيم الدولي وبشرط تحقق حالة الضرورة أو تعلق العقد بالمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو عندما يكون احد طرفي العقد اجنبيا على انه عندما يكون التحكيم دوليا فانه يشترط اختيار الإدارة المتعاقدة لاحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة وكذلك وجوب تحديد مكان ولغة التحكيم وكذلك ان يكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق ومن الجدير بالذكر ان تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم 2 لسنة 2011 قد غاب عنها اجازة الإدارة باعتماد المشاركة في التحكيم من خلال نص المادة 7-4-1-4 منها عندما الزمت الإدارة بتحديد اسلوب تسوية المنازعات ابتداء في وثائق المناقصة اي جعل شرط التحكيم هو المعتمد حصريا كما اخذ قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 في المادة 27 منه بالتحكيم الدولي ضمن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود المتعلقة بهذا الخصوص

رابعاً: التحكيم في التشريع المصري

لم يكن اللجوء إلى التحكيم تجاه منازعات العقود الإدارية في النظام القانوني المصري ممكناً حتى وقت قريب لما يحمله اللجوء إلى التحكيم من مساس بسيادة الدولة وبالاختصاص الاصيل للقاضي الإداري فسيادة الدولة تأبى ان تمثل أمام قضاء غير رسمي أو ان يحكمها قانون اجنبي يمكن تطبيقه في شرط التحكيم فالدولة والإدارة لا يمكن الحكم عليها الا بواسطة تشريعاتها وقضائها الرسمي حيث نصت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على اختصاص محاكم الدولة دون غيرها في منازعات العقود الإدارية وجاءت الأحكام الصادرة من القضاء الإداري مؤيدة ومؤكده بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ومن بينها قرار محكمة القضاء الإداري عام 1996 جاء فيه (ان هذا العقد من العقود الإدارية وبانه لا يجوز سلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المصري بنظر منازعات هذا العقد الإداري بموجب نص فيه وذلك ليسند هذا الاختصاص إلى هيئة التحكيم ويتعين الالتفات عن هذا النص العقدي وأعمال أحكام القانون التي اناطت الاختصاص بذلك إلى مجلس الدولة دون غيره).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم قضائي اخر (عدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 والتي تجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوطاً بمحاكم مجلس الدولة في مصر).

علما ان تنظيم التحكيم في العقود الإدارية سبق وان تم اقراره بصورة جزئية ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 في الباب الثالث في المواد 501-513⁽¹⁾ وبهذا الصدد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بان قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري قد اجاز الاتفاق على التحكيم في المواد (501) وما بعدها.

كما ان المادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 قد اورد فيها بجواز لجوء جهة الإدارة العامة بالجلسة المنعقدة في 17 / 5 / 1989 إلى التحكيم⁽²⁾ الا ان التوجه إلى قبول التحكيم في ميدان العقود الإدارية قد جاء بصورة اكثر وضوحاً بصدر قانون رقم (27) لسنة 1994 المصري عندما نصت المادة الأولى منه على ما يأتي (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيميا تجاريا دوليا) علما ان التحكيم يكون دولي في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة وفقا للمادة (3) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 ((إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم أو إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يكون مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها أو إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون))، وبصدر

(1) ياسر عبد السلام منصور - دراسة نقدية في قانون التحكيم المصري - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - 2002 - ص23.

(2) فتوى الجمعية العمومية بتقسيم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلستها المنعقدة في 17/5/1989 - نقلا عن محمود السيد التحيوي - التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية - ص 384.

قانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي الغيت بموجب المواد (501-513) من قانون 1968 ليصبح بذلك هو القانون العام للتحكيم في مصر

غير ان الجدل الفقهي لم ينتهي بصدور القانون المار الذكر حول مدى شرعية التحكيم لاسيما في العقود الإدارية الذي دفع المشرع المصري إلى حسم هذا الجدل في اصدارة لقانون رقم (9) لسنة 1997 الذي عدل بموجبه من المادة الأولى بإضافة الفقرة الثانية إليها بالقول (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك). وبهذا الصدد ذهبت الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا إلى انه يتعين لقيام وصحة مشاركة التحكيم في المنازعات العقود الإدارية ان يتم تضمين المحرر التي تمت بموجبه موافقة الوزير المختص تحديدا لموضوع التحكيم وجميع المسائل التي يشملها التحكيم والا كانت المشاركة باطلّة. (1)

خامساً: التحكيم في التشريع الفرنسي

ان واقع اعتماد التحكيم في ميدان منازعات العقود الإدارية لم يكن من الواضح في فرنسا كما هو عليه في مصر والأردن رغم تعدد التشريعات التي صدرت تباعا ذات العلاقة بالتحكيم فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في اكثر من حكم له ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية (2) مستنداً في ذلك إلى نصوص قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1806 في المادتين (83) و(1004) منه التي اوردت مضمونها المادة (2060) من القانون المدني الجديد رقم (626) الصادر في 1972/7/5 أو المعدل بالقانون الصادر في 1975/7/5 التي نصت في المادة الأولى منها على عدم امكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يخص النزاعات المتعلقة بالأشخاص العامة أو تلك المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العامة وهذا النص القانوني يعد قاطعاً تجاه امكانية لجوء الشخص العام إلى التحكيم الذي

(1) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مطبعة عين الشمس - القاهرة 1991 - ص59؛ وصلاح الدين فوزي - المبسوط في القانون الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة 1998-ص968؛ وجورج شفيق ساري - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية - دار النهضة العربية، القاهرة 1991، ص68.

(2) قرار مجلس الدولة الفرنسي عام 1824 قضية (ouvrad) الذي قضى فيها بعدم مشروعية لجوء الدولة في منازعاتها للمحكمن وكان ذلك بمناسبة عقد التوريد يتضمن شرط التحكيم - انظر ماخوذ من: جورج شفيق ساري - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص128.

يشمل كل النزاعات التي تكون الاشخاص العامة طرفا فيها عند تعلق الامر بعقد اداري معتبرا هذا الحظر متعلقا بالنظام العام⁽¹⁾ ولقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على هذا المبدأ معتبرا اياه من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي جاعلا لمخالفته بطلان للشرط أو مشاركة التحكيم بطلانا مطلقا اما محكمه النقض الفرنسية فقد اجازت للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في ميدان منازعات العقود الإدارية ذات الطابع (الدولي) وهذا معناه الاقتصار على مبدأ حظر لجوء هذه الاشخاص إلى التحكيم في نطاق المنازعات الوطنية وحدها وقد توالى أحكام القضاء العادي على تأكيد الحظر على العقود الإدارية الداخلية دون ان يمتد إلى العقود الدولية ويكفي لجعل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد ما مشروعاً هو اثبات وجود عقد دولي تم إبرامه بناء على احتياجات وبالشروط التي تتفق مع اعراف التجارة الدولية.⁽²⁾

رغم ذلك جاءت بعض النصوص القانونية التي تجيز اللجوء إلى التحكيم منها قانون 17-نيسان 1960 الذي اجاز بموجب المادة (69) منه للدولة والمحافظات اعتماد التحكيم في عقود الاشغال العامة والتوريد وكذلك اجاز المشاركة في التحكيم فقط دون شرط التحكيم الذي يتم ادراجة في بنود العقد⁽³⁾ كذلك قانون 9 كانون 1975 المعدل للقانون المدني حيث منحت المادة السابعة منه مجلس الوزراء صلاحية منح ترخيص بعض الهيئات والمؤسسات العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية بالاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ العقود⁽⁴⁾ مما تقدم ان المبدأ القائم في فرنسا هو عدم جواز لجوء اشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الا في حالة وجود نص خاص يسمح لها بذلك.

(1) جابر جاد نصار - التحكيم في العقود الإدارية - دار الكتب القانونية 2005-ص41.

(2) حفيظة السيد حداد - الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق - دار المطبوعات الجامعية - مصر 2001 -ص27.

(3) نصار جابر جاد - التحكيم في العقود الإدارية - مرجع سابق -ص 46.

(4) علي احمد حسين اللهيبي - التحكيم في العقود الإدارية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية المجلد 22 - العدد (1) جامعة بغداد - كلية القانون 2007-ص274.

الفرع الثاني: وسائل تسوية المنازعات العقدية عن طريق القضاء

يعد اللجوء إلى القضاء الوسيلة الأكثر أهمية في فض المنازعات العقدية التي تتمثل بالمحاكم الرسمية التي يجري تنظيمها من النواحي الاجرائية والموضوعية من قبل المشرع بناء على ما تنص عليها الدساتير غالباً في منح السلطة القضائية على مختلف درجاتها قدراً كبيراً من الأهمية سواء من حيث استقلاليتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية أو من حيث الحصانة التي تتمتع بها عند مزاولتها لنشاطها القضائي.

أولاً: أهمية الرقابة القضائية وخصائصها

1- أهمية الرقابة القضائية

يراد بالرقابة القضائية سواء كانت في ظل النظام القضاء الموحد أو القضاء الإداري اسنادها إلى سلطة قضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية التي تمثل رقابة أكثر فاعلية لكفالة الحقوق والحريات الفردية واجبار الإدارة على احترام مبدأ المشروعية التي تتولاها المحاكم بناء على طعن يقدم من أصحاب العلاقة.

لذا فإن هذه الرقابة لا تتم تلقائياً من جانب القضاء بل تتطلب طعن قضائي يأخذ صورة دعوى، وبالتالي فأنها تنتهي بحكم قضائي، ان الرقابة القضائية تتسم بأدائها من قبل قضاة مستقلون عن الإدارة يتمتعون بالجدارة والموضوعية، وان الأحكام الصادرة عن المحاكم تحوز حجية مطلقة في مواجهة الإدارة والأفراد، رغم ذلك فإن النظام القضائي الموحد يتسم بوجود جهة قضائية واحدة يكون اختصاصها عاماً وشاملاً لجميع انواع المنازعات بغض النظر عما إذا كانت ذات طابع اداري أو عادي، بان يتولى القضاء العادي بجانب مهمته الاصلية هي الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وهي النظر في المنازعات الإدارية، سواء كانت قرارات أو عقود تبرمها الإدارة، والنظام القضائي الموحد لا يتميز فقط بوحدة جهة القضاء التي تنظر في جميع المنازعات الإدارية والعادية بل كذلك بوحدة القانون الذي يطبق قواعده تجاه اشخاص القانون الخاص والإدارة على حد سواء، غير ان هذا النظام القضائي لا يمنع المشرع وعلى سبيل الاستثناء من ان ينشئ محاكم تنظر في بعض من نشاطات الإدارة وذلك لأهميتها

الخاصة⁽¹⁾ بينما يقوم النظام القضائي المزدوج أو الإداري على ايجاد هيكل تنظيمي قضائي مستقل عن المحاكم المدنية من حيث التشكيل الذي تتراسه محكمة إدارية عليا مع اختلاف تسمياتها كمحكمة أو مجلس أو هيئة تنظر بصحة القرارات التي تصدر عن المحاكم الإدارية الأدنى مع ازدواج القواعد القانونية التي تحكم كلا من النظامين القضائيين، وهذا يعني ان القاضي الإداري غير معني بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الأفراد، بل عليه الاجتهاد في ايجاد قواعد مكملة عندما تكون قواعد القانون الإداري يشوبها النقص أو عدم الكفاية عن طريق اجتهاداته القضائية وهو ما يعرف بمبدأ السوابق القضائية، وتتميز رقابة القضاء الإداري عن القضاء العادي بعدد من الخصائص هي⁽²⁾:

1- خصائص رقابة القضاء الإداري

تتميز رقابة القضاء الإداري بانها رقابة موضوعية على تحديد مضمون القرار الإداري تجاه مبدأ المشروعية الذي تتميز به عن رقابة القضاء العادي الذي يقوم على أساس الفصل بالخصومة المقامة بين أطراف الدعوى وهذا يترتب عليه عدد من النتائج تتمثل بما يلي: -

• أ: رقابة القضاء الإداري هي رقابة المشروعية

ويراد بها تولى القضاء الإداري البحث عن مدى مطابقة تصرفات الإدارة للقواعد القانونية النافذة ليقضي بأبطالها لسبب عدم المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية، وهي الاختصاص والشكل أو لعدم المشروعية الداخلية للقرار الإداري المتمثل بالسبب والمحل والغاية، والمشروعية في هذا الميدان يراد بها المعنى الواسع للقانون الذي يشمل القواعد المكتوبة المتمثلة بالقواعد الدستورية وانتهاء بالقواعد اللائحية إضافة إلى القواعد غير المكتوبة وهي العرف والمبادئ العامة للقانون.

• ب: لا رقابة للقضاء الإداري على الملائمة الا استثناء

يراد بالملائمة هو تمتع الإدارة بسلطة تقديرية عند ممارستها لنشاطها القانوني التي يمنحها المشرع لها بغية تحريرها من قيود المشروعية لتكون على درجة من الحرية في اختيار القرار الملائم والاكثر تناسبا مع مقتضيات المصلحة العامة، على اعتبار الإدارة هي الاكثر دراية وكفاءة من المشرع تجاه ما

(1) مثاله المحاكم التي تم انشاؤها في انكلترا في ميادين الزراعة والصحة والتأمينات الاجتماعية، انظر: محمد علي جواد - القانون الإداري - مرجع سابق ص 10.

(2) محمد علي جواد - القانون الإداري - مرجع سابق - ص 11.

يجب القيام به مع تعدد الخيارات أو الحلول التي تواجهها ، لذا فان القاضي الإداري هو قاضي مشروعية وبالتالي لا تكون لديه سلطة التصدي لمدى ملائمة التصرفات الإدارية فالإدارة تستقل بتقديرها دون ان يكون للقضاء الحق في التدخل طالما ان القرار لم يشوبه عيب انحراف السلطة، الا إذا كانت الملائمة تشكل عنصراً من عناصر المشروعية سيما في إطار التأديب الوظيفي والضبط الإداري.

• ج: ان رقابة القاضي الإداري لا يحل محل الإدارة في الاختصاص

وهذا يعني ان القاضي الإداري يقضي ولكنه لا يدير، اي لا يكون بمقدوره التدخل في شؤون الإدارة ويرسم لها الاتجاه العام في مزاوله نشاطها، ولا يستطيع ان يحل محل الإدارة في اصدار اي قرار اداري جديد على ضوء الغائه للقرار غير المشروع، كما لا يكون من اختصاص القضاء الإداري ان يوجه إلى الإدارة امرا للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به.

• د: من حيث حجيته للحكم الصادر

ان الحكم الصادر بناء على دعوى الغاء قرار اداري تكون له حجية مطلقة اي انه يسري في مواجهة الكافة على عكس القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المدنية التي تكون حجيتها نسبية مقتصرة على أطراف الدعوى، وبالتالي فان الغاء القرار الإداري لعدم المشروعية يعني جعله كأنه لم يكن وتسري اثاره بأثر رجعي، اي من تاريخ صدوره على اعتبار ان دعوى الالغاء هي دعوى موضوعية تنصب على التصرف القانوني وليست دعوى شخصية. (1)

ثانياً: حدود الرقابة القضائية على مشروعية الفسخ للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

ان رقابة القاضي الإداري تجاه سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بناء على طعن من قبل المتعاقد هي محدودة طالما ان ممارسة الإدارة لهذه السلطة مرتبطة بسلطتها التقديرية الهادفة لضمان سير المرفق العام (2)، مع ذلك فان القاضي الإداري يملك سلطة التحري عن الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى فسخ العقد دون خطأ المتعاقد معها، وعلى هذا الأساس يكون القرار

(1) محمد علي جواد - القانون الإداري - مرجع سابق - ص 17.

(2) نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 401؛ محمد كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر في القانون

الإداري - مرجع سابق - ص 94.

الإداري الصادر عن الإدارة بإنهاء العقد غير المشروع إذا قام على أساس غير سليم، أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة، وهذا يعني ان على القاضي الإداري ان يتحقق عما إذا كانت الإدارة المتعاقدة قد فسخت العقد بسبب يتعلق بالمصلحة العامة، وعند فقدان مثل هذا الباعث فان الفسخ لن يكون مبرراً عدا عقد الاشغال العامة على اعتبار ان الإدارة المتعاقدة هي صاحبة الاشغال حتى لو كانت تلك القرارات قد صدرت بصورة غير مشروعة وحق المتعاقد معها (المقاول) سيقصر على التعويض الا إذا نص في العقد دون تعويض.

لذا فان رقابة القاضي الإداري وسلطته تكون مقتصرة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة دون ان يكون له امكانية التصدي لبحث مدى ملائمة فسخ العقد للسبب الذي استند إليه الانهاء، وبهذا الصدد تختلف الرقابة القضائية عن الفسخ للعقد الإداري دون خطأ المتعاقد عن حالة الفسخ الإدارة للعقد كجزاء لخطأ المتعاقد معها، ففي الحالة الاخيرة يمكن للقاضي الإداري بحث مدى ملائمة الفسخ كعقوبة عن الخطأ المنسوب للمتعاقد الذي يجب ان يكون مسبباً ، رغم ذلك ان القضاء والفقهاء الإداري في فرنسا قد استقر على قاعدة عامة مفادها انه لا يحق لقاضي العقد ان يلغي القرار الصادر عن الإدارة بفسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة حتى ولو كان تعسفياً، حيث ليس للمتعاقد المضرور من قرار الفسخ سوى المطالبة بالتعويض ان كان له وجه حق. (1)

ومن الجدير بالذكر ان القرار الإداري الصادر من جهة الإدارة بفسخ العقد الإداري هو قرار يتعلق بتنفيذ العقد ولا يعد من القرارات الإدارية، ومن ثم لا تدخل منازعة الطرف الآخر في العقد بشأن هذا القرار في نطاق (قضاء الالغاء)، ان قرار الفسخ يعد اجراء تعاقدي لا يخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً، فالخصومة في دعوى الالغاء هي خصومة عينية تقوم على مخاصمة القرار الإداري في ذاته في إطار مراقبته للمشروعية بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية تعبر عن الضرر الذي سببه التزامات شخصية، والدعوى تدخل في ولاية (القضاء الكامل) اي انها تخرج عن نطاق ولاية الإلغاء. (2)

(1) نصري منصور النابلسي - العقود الإدارية - مرجع سابق.

(2) نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 401.

علماً ان القضاء الكامل يراد به تجاوز الرقابة القضائية للقضاء الإداري نطاق مشروعية القرار الإداري ضمن اطار دعوى الالغاء الذي يمكن الغاء القاضي الإداري للقرار الإداري كلياً أو جزئياً دون ان يتضمن الحكم إلى اكثر من ذلك، الا انه في حالة الاختصاص الكامل فان سلطات القاضي الإداري لا تقتصر على الغاء القرار غير المشروع بل يترتب على عدم مشروعيته نتائج قانونية أخرى تتعلق بالحقوق الشخصية لصاحب الدعوى المتمثلة بحق حصوله على حكم قضائي بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به بسبب القرار الإداري المعيب، لذا فان العلاقة العقدية التي يرفعها المتعاقد تجاه الإدارة يكون للحكم الصادر عنها حجية نسبية قاصرة على طرفي النزاع المدعي والإدارة المدعي عليه⁽¹⁾،

بناء على ذلك فقد أطلق على القضاء الكامل (بقضاء المسؤولية الإدارية)، التي تقضي بحق الأفراد التقدم بالدعاوى ضد الإدارة للمطالبة بالتعويض لاسيما في الحالة التي لم يقتنع الشخص المضرور من تصرف ناتج عن عقد اداري بالتعويض عن علاقة قانونية الذي قدرته أو قرره الإدارة.

وبهذا الصدد صدر قرار من محكمه القضاء الإداري العراقية عام 2015 يقضي برد دعوى المدعي لعدم توجه الخصومة الناتجة عن منازعة عقدية أمام قاضي الالغاء جاء فيه: -

((اقام المدعي (المميز) الدعوى أمام محكمه القضاء الإداري يدعي فيها ان المدعي عليه (المميز عليه) قرر تشكيل لجنة في مجلس محافظة الانبار في 28/11/2010 برئاسة نائب رئيس المجلس وقد اصدرت قرارها المرقم (8008) في 28/11/2010 بفسخ العقد الزراعي المرقم 423 في 4/11/1989 لذا فقد طلب دعوى المدعي عليه (المميز عليه) للمرافعة والحكم بالزامه بنقضه القرار كونها من صلاحيات محافظ الانبار استناداً إلى المادة (33) من قانون الاصلاح الزراعي رقم (117) لسنة 1970.

ونتيجة المرافعة قررت محكمة القضاء الإداري بقرارها المؤرخ في 18/12/2013 وبعدد اضبارة 477/ق/2013 رد الدعوى المدعي كون الدعوى خالية من محلها لان المحكمة هي محكمة إلغاء يشترط في الامر المطعون فيه امامها ان يكون قراراً ادارياً نهائياً.

(1) مازن ليلو راضي - اصول القضاء الإداري - دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع - بغداد - 2017-ص 274

وقد ترتب عليه اثر قانوني ولعدم فناعة المميز بالقرار المذكور تصدى له تمييزا لدى المحكمة الإدارية العليا في مجلس شورى الدولة باللائحة المؤرخة 2014/12 طالبا نقضه للأسباب الواردة في القرار لدى تدقيق والمداولة من محكمه الإدارية العليا وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار التمييزي وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان (المدعي) المميز يطعن بكتاب مجلس محافظه الانبار المرقم (8008) في 2011/11/28 الموجه إلى محافظة الانبار / مكتب المحافظ المرفقة به توصيات اللجنة المشكلة الموجه إلى محافظه الانبار / مكتب المحافظ المرفقة به توصيات اللجنة المشكلة من المجلس بالأمر المؤرخ في 2011/11/29 والمتضمنة الغاء العقد المرقم 243 في 4 / 1989/11 وقد بين وكيل الشخص الثالث وزير الزراعة إضافة إلى وظيفته بلائحته المقدمة إلى محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2013 /9/16 إلى ان المميز كان متعاقدا مع دائرة موكله على مساحه (50) دونم بموجب العقد الزراعي المذكور والمنقولة حقوق والتزامات العقد إلى المميز بعد وفاة والده، وان العقد ساري المفعول ومجدد لغاية 2014 /11 /16 كما اوضح المميز في جلسة المرافعة ليوم 2013 /4 /18 على توصيات اللجنة لم تنفذ وحيث ان الكتاب المطعون فيه ان محكمة القضاء الإداري في الحكم المميز قد التزمت بوجهة النظر القانونية المقدمة وقضت برد الدعوى لخلوها من المحل لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية من مصدر القرار بالاتفاق في 2015/2/19)).⁽¹⁾

(1) مهند قاسم زغير - السلطة التقديرية للإدارة في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية - اطروحة دكتوراه / جامعة النهدين - كلية الحقوق بغداد - 2014 - ص 136.

المبحث الثالث

حقوق المتعاقد الناتجة عن فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

ان ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطتها المقررة لها تجاه العقد الإداري سواء المنصوص عليها في التشريع أو العقد أو حتى خارج النصوص العقدية بوضع نهاية للعقد الإداري في اي مرحلة من مراحل تنفيذه، عندما نقضي سلطتها التقديرية بانه من الملائم عدم المضي في الاستمرار بتنفيذ العقد لعدم الحاجة إلى العقد بسبب تغير متطلبات المصلحة العامة التي ابرم من اجلها العقد.

الا ان سلطة الإدارة تبقى خاضعة إلى عدد من القيود ومن أبرزها ضمان حقوق المتعاقد معها لاسيما المالية اي ما يستحق من تعويض عما لحقه من خسارة متأتية مما أنفقه خلال فترة تنفيذه للجزء المنجز من العقد ومافاته من كسب اي الذي كان يمكن الحصول عليه لو استمر في التنفيذ حتى النهاية التي تعد المقابل لتمتع الإدارة من سلطات استثنائية تجاه العقد الإداري، التي لا يجوز معها حرمان المتعاقد من الضمانات التي اعترف بها المشرع والقضاء الإداري التي اصبحت مبدأ من المبادئ التي تحكم نظرية العقد الإداري.

من جهة أخرى ان نهاية العقد الإداري ترتب على عاتق الإدارة قدرا من الالتزامات المتعلقة بمتطلبات التسوية للعلاقة العقدية بين الطرفين المتعاقدين لذا سيتم بحث الموضوع من خلال العناوين التالية:

المطلب الاول: حقوق المتعاقد ذات الطبيعة المالية (التعويض).

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد ذات الطبيعة الإدارية والقانونية.

المطلب الأول: حقوق المتعاقد ذات الطبيعة المالية (التعويض)

يراد بالحقوق المالية التي تنتج عن الفسخ للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة هو استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض عما اصابه من ضرر جراء ممارسة الإدارة لسلطتها العامة بوضع نهاية للعقد، بسبب انتفاء الغاية التي من اجلها ابرم العقد المتمثلة بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وبالتالي فان محدودية الرقابة القضائية تجاه سلطة الإدارة بفسخ العقد لدواعي المصلحة العامة يقابلها امتلاك قاضي العقد سلطات واسعة مقرره لمصلحة المتعاقد مع الإدارة بالتعويض عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب وفقا للاختصاصات القضائية المقررة له ضمن نطاق دعوى القضاء الكامل.

الفرع الأول: آلية تحديد التعويض وكيفية احتسابه

إذا كان إبرام العقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى ضمان ديمومتها حتى انجاز العقد، فإن المصلحة المالية تعد الغاية التي من أجلها يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيقها، وبالتالي فإن ممارسة الإدارة لسلطتها العامة تجاه العقد الإداري لا يجوز معها اهدار حقوق المتعاقد المالية عند فسخها للعقد الإداري دون خطأ المتعاقد، وهذا يعني وجوب ضمان حقوق المتعاقد المالية سواء ان كان ذلك يجري بموجب نصوص العقد أو التشريع ويعكسه فإن القضاء المختص هو من يتولى ذلك بناء على طلب المتعاقد، لذا سنتناول ذلك من خلال حالة تحديد التعويض اتفاقياً أو قضائياً

أولاً: التعويض المقرر في العقد أو النصوص القانونية

لقد سبق القول ان القاضي الإداري عند النظر بالدعوى الإدارية ضمن اختصاص القضاء الكامل فإنه يتمتع بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، فهو يتولى تحديد المركز القانوني لرافع الدعوى ليقرر بعدها حقوق المدعي ويلزم المدعي عليه (الإدارة) بالرد، فالأمر لا يقتصر على الغاء التصرف المطعون فيه إذا خالف مبدأ المشروعية كما هو الشأن في دعوى الالغاء بل يتجاوز ذلك إلى تعديل القرار أو احلال اخر محله أو الحكم بالتعويض وبالتالي يمكن ان تكون المحكمة ذات ولاية عامة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية⁽¹⁾ عند تحديد مبلغ التعويض فان القاضي يلجا إلى النصوص أولاً سواء في القوانين أو اللوائح أو العقد ذاته.

وبهذا الصدد نصت المادة الرابعة والاربعون من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية والميكانيكية والكيميائية العراقية على كيفية تعويض المتعاقد عند انتهاء رب العمل للمقاول في النص على ما يلي:

((على صاحب العمل (الإدارة) ان يدفع للمقاول المبالغ المستحقة عن جميع الأعمال المنجزة قبل

تاريخ الانهاء) استناداً إلى الاجور واسعار المنصوص عليها في (المقاول) وبالإضافة إلى ذلك ما يأتي:

1- المبالغ الواجبة الدفع عن الكلف غير المباشرة والمسعرة بصورة منفصلة عن فقرات " الأعمال

الدائمة " في جدول الكميات المسعر المشار إليه في الفقرة (6) في المادة السابعة والثلاثين من

(1) سامي جمال الدين - قضاء الملائمه والسلطة التقديرية للادارة - مرجع سابق - ص 75.

هذه الشروط وبالقدر الذي تم تنفيذه أو انجازه من العمل أو الخدمة التي تشملها تلك الكلف وحسب تأييد المهندس.

2- كلفة المواد أو السلع التي تم الايحاء عليها بصورة مناسبة (للأعمال) من أجل استعمالها فيما يتعلق بالأعمال والتي كانت ستسلم إلى "المقاول" أو تلك التي يكون "المقاول" مسؤولاً بصورة قانونية عن قبول تسليمها تصبح هذه المواد أو السلع ملكاً لصاحب المحل (الإدارة) بعد قيامه بدفع كلفتها.

3- مبلغ يقرره المهندس لتغطية أي مصاريف تكبدها المقاول بصورة معتدلة وذلك عن توقعاته لإنجاز جميع الأعمال شريطة أن مثل هذه المصاريف لم تشملها الدفعات المذكورة في الفقرتين (1) و (2) من هذه المادة.

4- الكلف المعقولة لسحب المعدات بموجب الفقرة (3) من المادة الثالثة والسبعة والستين من هذه الشروط وكذلك الكلف المعقولة لإعادة تلك المعدات إلى البلد المسجل فيه المقاول، أو إلى أية جهة أخرى، إذا طلب المقاول ذلك وبشرط أن تتم الاعادة بعد سحب المعدات مباشرة.

5 - الكلفة المعقولة لإعادة جميع منتسبي المقاول وعماله المستخدمين من أجل أو فيما يتعلق بالأعمال في وقت الانتهاء إلى أوطانهم، ويشترط دائماً مقابل أية دفعات تستحق على صاحب العمل بموجب هذه المادة أن يكون صاحب العمل الحق في أن يسترجع منها أية ارصدة موقوفه مستحقة بذمة المقاول، وذلك عن السلف المتعلقة بالمعدات والمواد وكذلك أي مبلغ مدفوع سابقاً من قبل صاحب العمل إلى المقاول، فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال ولا يتم الدفع عن الأعمال أو المواد المرفوضة بموجب (شروط المقابلة) كذلك نصت المادة 102 / ب من نظام المشتريات الحكومية الأردني على ما يلي (إذا استدعت المصلحة العامة إنهاء عقد الشراء فيراعى دفع قيمة اللوازم أو الاشغال أو الخدمات التي تم انجازها قبل تاريخ انتهاء العقد ودفع التكاليف التي تحملها المتعهد أو قيمة اللوازم التي تم انتاجها لعقد الشراء) ان ما ورد في النص اعلاه يبدو ان الشرع الأردني قد أقام عملية احتساب مبلغ التعويض على ما لحق المتعهد من خسارة مع النص على تعويضه كاملاً عما تحمله المتعاقد من تكاليف متنوعة)).

• ثانياً: التعويض القضائي

ان القانون يوجب على كل من تسبب بتصرفه ضرراً بالغير أو انه اثرى على حساب غيره دون سبب عليه جبر الضرر الذي لحق المضرور ويجبر الضرر بالتعويض عن طريق دعوى القضاء الكامل، لذا يسمى هذا القضاء ايضاً بقضاء المسؤولية الإدارية، عليه من حق المتعاقد المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر أو المطالبة بحق يستند إلى عقد ابرم مع الإدارة⁽¹⁾ سيما إذا لم يكن الفسخ الإداري بسبب خطأ جسيم اي ممارسة لحقها في انتهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، عندها على المتعاقد الخضوع إلى قرار الإدارة ولكن دون حرمانه من الفائدة التي كان يأمل الحصول عليها من إبرامه للعقد الذي يمنحه الحق في الحصول على التعويض الكامل الذي يجبر له بما لحقه من ضرر ومافاته من كسب.⁽²⁾

لقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على منح المتعاقد التعويض عن حالة الفسخ الإداري دون خطأ منه⁽³⁾، وبهذا الصدد جاء قرار محكمه التمييز العراقيه بالقول (... ان العقد المبرم بين الطرفين عبارة عن مقابلة ترتب التزامات على الطرفين وتم تسليم جهاز إلى المميز للتصليح والتعديل وفقاً لبنود العقد وحيث ان المميز عليه إضافة إلى وظيفته قام بفسخ العقد من جانبه، لذا ينبغي تطبيق نص المادة 885/1 من القانون المدني العراقي وتعويض المدعي عما أنفقه من مصروفات وما انجزه من أعمال).⁽⁴⁾ لذا فان المتعاقد يقع عليه عبئ اثبات الخسارة التي حصلت له نتيجة لفسخ العقد من قبل الإدارة ولكن إذا وجد نص يحرم المتعاقد من التعويض حينما لم يلحق به اي ضرر جراء فسخ العقد فلا يحق له الحصول على التعويض.

من جهة أخرى - ان احتساب التعويض عن حالة استرداد المرفق العام يتم على أساس اقساط سنوية ولمدة محدودة علماً ان التعويض⁽⁵⁾ سيكون اجمالي متضمناً عنصرين الاول: ما تم انفاقه على

(1) مازن لبلو راضي - اصول القضاء الإداري - مرجع سابق.

(2) احمد سلام بدر - العقود الإدارية وعقد البوت - مرجع سابق - ص 206.

(3) C.E.5 jarv 1973 barbaroux et centre hospitalier -revue droit public-1973 -p.1094 - laubadere-traité den contiats administratifs.o.p-cit 638.

(4) زينه صبري الحيايالي - دور الإدارة في انتهاء العقد الإداري الالكتروني - عبر النت.

(5) ماهر محمد حامد - النظام القانوني لانشاء وتشغيل واعادة المشروع - دار النهضة العربية - القاهرة 2005، ص 29.

تجهيز المرفق العام وتأمين متطلبات تسييره، الثاني: ما يفقده الملتزم من ارباح نتيجة الاسترداد للمرفق قبل ميعاده العقدي، ويجري احتساب الارباح وفقاً لمتوسط الارباح خلال مدة يتم تحديدها في العقد عن السنوات التي تسبق عملية الاسترداد مباشرة، ويتم تسديد الارباح على صورة اقساط سنوية⁽¹⁾.

ان من الأهمية هو الوقوف تجاه القواعد الواجب مراعاتها في تحديد مبلغ التعويض سواء باتفاق طرفي العلاقة العقدية أو من قبل قاضي العقد، يشترط فيه ان لا يصل مبلغ التعويض إلى الاثراء دون سبب اي يجب الاخذ بالحسبان النفقات الفعلية التي تم انفاقها وما فات المتعاقد من كسب، وبهذا الصدد جاء ذلك بقرار لمحكمة استئناف القاهرة عام 2020 قراراً قضائياً يحمل تحليلاً لمفهوم (مافاته من كسب) مؤكداً على قاعدة هي ان يكون (الربح مؤكداً) من عدمه.

اصدرت محكمه الاستئناف القاهرة - الدائرة التجارية الأولى جلسة 3 حزيران 2020 الحكم في الدعوى رقم 39 لسنة 130 قضائية تحكيم - اطلت فيه قرار هيئة تحكيم حكمت بالتعويض لمجموعة الخرافي الكويتية على الحكومة الليبية بمبلغ 900 مليون دولار:

نص على ما يلي ((ان تقدير الحكم للتعويض السالف الذكر يتسم بالتعسف والغلظة والاسراف الشديد في مده يخرج عن حدود كل معقول، ويشكل انتهاكاً ظاهراً وخطيراً لجوهر مبدأ التكافؤ أو التناسب بين مقدار التعويض وبين الضرر مهدداً بذلك وبصورة تحكيمية الحقوق والمراكز القانونية المتصلة بالدعوى التحكيمية، بما يمثل اخلافاً بالضمانات المشروعة حقاً وعقلاً للمحاكمة المنصفة العادلة، فقد افرغ الحكم قاعدة التناسب هذه وجودها من مضمونها الهادف إلى تحقيق العدالة ولو في حدودها الدنيا، لا إلى الحرمان منها بوضوح وبشكل تعسفي، ايضاً فقد مسخ الحكم مضمون الحق في التعويض في اصله ومحتواه فتجاوز نطاقه ومتطلباته ففقد التعويض مقوماته وبالتالي يجبر من التظلم احترام الحكم الذي قرر تعويض معيب أو حماية اثاره ان من القواعد التي يصير عليها القوانين ان يكون التعويض جابراً بقدر الامكان لكل ضرر اصاب المضرور (الدائن بالالتزام) بحيث يشمل ما لحقه من خسارة ومافاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو فعل الخطأ، هذا ولان كان يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض عن ضرر مادي مستقبل محقق الوقوع فانه يوجد كذلك ما يعرف

(1) نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 95.

بالتعويض عن تفويت الفرصة عن الكسب أو المنفعة الذي هو في حقيقة امره تعويضا عن ضرر مادي مستقبل لا يوجد ما يمنع من النظر فيه وحسابه كعنصر من عناصر التعويض المحكوم به، ويقال في ذلك ان الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق ولو كانت الافادة منها امرا محتملا، بعبارة أخرى فاذا كانت فرصة الكسب امرا محتملا فان تفويتها على المضرور هو امر أو ضرر محقق قد يقتضي الحكم له بالتعويض، هنا ينصب التعويض عن تفويت فرصة الكسب وليس من الكسب أو الضرر المستقبلي المؤكد تحققه، فهذه الفرصة هي فقط القدر المؤكد من الضرر الناتج عن فوات الفرصة بحيث يراعى في تقديره كاحد اوجه الخسارة يحمل الاوضاع التي ترجح إلى اي حد كان الاحتمال في الكسب أو فرصة النجاح والريح المحتمل (غير المؤكد)، فمن الأهمية بمكان عدم الخلط بين التعويض عن الضرر المباشر المحقق الوجود في المستقبل وبين التعويض المالي عن ما يسمى بالكسب الفائت المحتمل، فهذا الاخير لا يكون عن ضرر سيقع حتما في المستقبل بل انه ينبني عن فوات فرصة وقوعه، فهناك فرق جوهري بين التعويضين ولكل منها نطاقه فالكسب الفائت الناتج عن فوات الفرصة ليس ضرراً مؤكداً أو امرا محتوماً بل انه مقرراً فقط عن تفويت الامل في الريح وباعتباره عوضاً عن ضياع الامل في الكسب لذلك يتعين دائماً الاخذ في تقدير التعويض عنه جانب الحيطة فالأمل في احتمال النجاح هو وحده القدر المحقق من الضرر عن الريح الفائت لا اكثر والحال هذه فانه يجب للحكم بالتعويض عن فوات الفرصة وهو مبررات واقعية ودلائل كافية تبرزه وترجح احتمالته فهذا النوع من التعويض لا يحكم به على مجرد رؤى أو اوهام متخيله لذا خالف حكم التحكيم النظر القانوني فقام بتقدير التعويض عن الكسب الفائت لا بحسابه تعويضا احتمالياً عن ضياع الامل في فرصة الكسب وانما باعتباره تعويضا اكيدا عن ضرر فعلي كان سيقع حتما في المستقبل ، فالمبلغ المحكوم به للمحتكمه عن الكسب الفائت يعد تعويضا ظالما مبالغاً فيه وبشكل عام فانه يجوز ابطال حكم التحكيم أو عدم تنفيذه عند الاقتضاء (1) .

وفي هذا السياق يكون سكوت العقد عن تحديد مبلغ التعويض فان ذلك سيخضع للمساومة أو المفاوضة بين الاطراف، الا ان المشرع الفرنسي قد اتجه إلى تنظيم موضوع التعويض في عقود التوريد في حالة الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة من خلال المادة (121) ⁽¹⁾ من قانون العقود العامة الفرنسي التي تقضي ((بان حالة الفسخ للعقد الإداري للتوريد يمنح الحق في التعويض وفي حالة مضي ستة اشهر اعتبارا من تاريخ تقرير الفسخ دون اتفاق طرفي العلاقة العقدية على مبلغ التعويض فان المتعاقد يستلم بناء على طلبه المبلغ الذي يقترحه المشتري (الإدارة) فان لم يقتنع المتعاقد بالمبلغ الذي تقدمه الإدارة له فان القاضي الإداري هو الذي سيحدد التعويض المستحق للمتعاقد)) ⁽²⁾ ويتضمن التعويض الذي يقرره القاضي الإداري هو التعويض الكامل الذي يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة (La perte subie) ومافاته من كسب (la gain manque) وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في مختلف أحكامه المتضمنة انهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ⁽³⁾ الا ان تعويض الإدارة الجزئي للمتعاقد معها لا يعني حرمانه من المطالبة للتعويض المستحق أمام القضاء الذي يتولى تقديره. ⁽⁴⁾

كما سار القضاء الإداري المصري على ذات المنهج حيث قضت المحكمة الإدارية العليا ⁽⁵⁾ بان ((للإدارة ان تتحلل من تعاقدها وتعمل سلطتها العامة في انهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما اصابه من ضرر والتعويض مقياس الضرر المباشر وهو يشمل عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والمكسب الذي فاتته)) لذلك فان احتساب الضرر يكون وفقا للاعتبارات الآتية:

(1) Article 121 (enc as de resiliation du marche public ouvrant droit a indemnisation si les parties parvient pas dans un delai de six mois a compter de la date de la resiliation a un accord sur le mon tant de lindemnite le titulaire persoit a sa demande le mon tant que lacheteur a propose).

(2) COE-20 janvier 1978 centre hospitalier de Lisieux rec -p0872 – laubadere traite des contrats administratifs0o0p0cit p0631.

(3) الطماوي – الاسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص 714.

(4) عبد العزيز المنعم خليفه – الاسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص 277.

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا – في الطعن المرقم 1520 سنة 2 ق جلسة 1957/4/20 مذكور في هاني عبد الرحمن اسماعيل – مرجع سابق ص 1312.

1- المصروفات التي ينفقها المتعاقد في أجل تنفيذ العمل كاثمان المواد التي اشتراها واستخدمها في العمل واجور العمال

2- قيمة الأعمال التي انجزها فعلا حتى تاريخ صدور قرار الإدارة بفسخ العقد وأحتساب القيمة أو الكلفة على أساس نسبة ما تم تنفيذه من الأعمال إلى مجموع ما كان على المقاول انجازه بموجب العقد

3- قيمة ما كان للمقاول يمكن كسبه لو أنجز العمل فان كانت المقاوله مبرمه باجر اجمالي فان كسب المقاول يتحدد بالفرق بين قيمة هذا الاجر وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذ العمل، وتقدر هذه النفقات على أساس كلفتها عند انتهاء العقد ولا يعتد بالتغييرات التي تحصل بعد ذلك على اثمان المواد واجور العمال، فالتعويض يتحدد عند تاريخ فسخ العقد اما إذا كانت المقاوله على أساس المقايسة بسعر الوحدة فان مقدار كسب المقاول يتحدد وفقا للفرق بين قيمة كل وحدة من وحدات العمل وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذه فان كانت كميات الأعمال غير محددة في العقد فانه يمكن معرفة الحد الأدنى لهذه الأعمال فيتم ادخال الربح المتوقع في احتساب التعويض. (1)

الفرع الثاني: حقوق الغير تجاه فسخ العقد الإداري

ذهب فقه القانون المدني إلى ان اثار العقد قد تمتد إلى الغير استناداً إلى مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير أو ما يسمى بالشخص المنتفع (2) حيث يمكن ان يكون الغير شخصاً أو جهة، الا ان نسبية اثار العقود الإدارية ليست مطلقة فقد تنصرف اثارها إلى الغير متى توافرت شروطها وعدم تعارضها مع مقتضيات سير المرفق العام.

لذا يمكن في ميدان عقد امتياز المرفق العام ان يتمسك الغير بعقودهم بعد انتهاء العلاقة مع المتعاقد (الملتزم) سواء تم ادارته من قبل الإدارة مباشرة أو من قبل متعاقد جديد ان لم يتم الغاء المرفق العام.

(1) فتحية قرة - أحكام عقد المقاوله - أحكام عقد المقاوله - نشأة المعارف - 1998 - ص 70.

(2) لقد نظم المشرع العراقي الاشتراط لمصلحة الغير في المواد 152 ومبدها من القانون المدني العراقي حيث نصت المادة 1/153 على ما يلي: يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات اشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت ام أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالب بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد.

وبهذا الصدد يمكن الإشارة إلى حالة المتعاقد من الباطن الذي يتم عادة تنظيم علاقته بالمتعاقد الرئيسي بنصوص قانونية أو لائحية أو استناداً إلى دفاقر الشروط العامة ، وذلك لاعتبارات تتعلق بأهمية العقد الإداري القائمة على مبدأ الاعتبار الشخصي للمتعاقد حيث يعد حالة ارتباط المتعاقد من الباطن مع المتعاقد الرئيسي مباشرة وليس مع الإدارة، لذا فان انتهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها قد يؤدي إلى الحاق الضرر بالمتعاقد من الباطن بسبب ان تسوية الاستحقاق المالي (التعويض) الذي قد يتقرر اداريا أو قضائيا إلى المتعاقد الرئيسي، فما هو الحال تجاه المتعاقد من الباطن؟

يرى الباحث ان حالة خلو العقد من نص يبين فيه كيفية تسوية الحقوق المالية فان للمتعاقد من الباطن في هذه الحالة الحق في مطالبة الإدارة المتعاقدة مباشرة بمنحه التعويض استناداً إلى الجزء المناط له تنفيذه أو بإقامته الدعوى أمام القضاء العادي، لهذا الغرض على اعتبار ان العلاقة العقدية مع المتعاقد الرئيسي يحكمها القانون المدني وليس الإداري في ضل الدول التي تأخذ بمبدئ القضاء الإداري تجاه المنازعات العقدية.

المطلب الثاني: الحقوق ذات الطبيعة الإدارية والقانونية

ان للنهاية المبسترة الناتجة عن فسخ الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة عدد من النتائج ذات طبيعة إدارية واخرى قانونية يجري النص عليها تارة في النصوص القانونية المتعلقة بالتعاقدات الحكومية أو ما تتضمنه الشروط العقدية التي من شأنها تصفية حقوق المتعاقد مع الإدارة، وكذلك ما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة من رفع اليد لكل من الإدارة المتعاقدة عما يستحقه المتعاقد معها، وما على المتعاقد القيام به عند انتهاء علاقته بالعقد المفسوخ، وما يترتب عليه من اتخاذ الاجراءات الإدارية والقانونية من قبل الإدارة المتعاقدة لتصفية العلاقة العقدية مع المتعاقد معها فهي كما يلي:-

الفرع الاول: الاثار الإدارية للفسخ

يترتب على فسخ العقد الإداري عددا من الاثار المتمثلة بالتزامات تقع على عاتق طرفي العلاقة العقدية، فيما يتعلق بالمتعاقد مع الإدارة عليه اثبات تنفيذه للأعمال التي هي في طور التنفيذ مع وجوب

قيامه باجراء جرد وصفي للمواد والتجهيزات، وكذلك للأدوات المتعلقة بالعمل ومن ثم تنظيم محضرا بكل ذلك يتضمن تسليم الاشغال أو الاجزاء المنفذة منها. (1)

كذلك على المتعاقد اخلاء مستلزماته وادواته من اماكن العمل خلال المهلة التي تحددها له الإدارة كما يمكن للإدارة شراء المعدات أو المنشآت المؤقتة المستخدمة في تنفيذ العقد (2) اما مصير الاموال المستخدمة في استغلال المرفق العام فان الملتزم يستخدم انواع مختلفة من الاموال المنقولة وغير المنقولة المخصصة لاستغلال المرفق العام المناط له بموجب عقد الامتياز وحسب حاجة المرفق كالمباني وسكك الحديد والمحطات اضافة إلى المركبات والمعدات والآلات.

لذا فان عائدة هذه الممتلكات ستؤول بعد انتهاء عقد الامتياز إلى الجهة الإدارية على اعتبار عقد الامتياز يحقق للإدارة المانحة للامتياز فرصة الحصول على الاموال المستخدمة دون مقابل اي ايلولتها إلى الإدارة أو الدولة كمقابل لانتفاع المتعاقد (صاحب الامتياز) من عائدات المرفق طيلة فترة العقد كالعقارات الاراضي، مصانع، طرق، عربات نقل كسكك الحديد، قطع الغيار اللازمة غير ان عقد الامتياز هو الذي يحدد نوعية الاموال التي ستؤول إلى الدولة بالمجان وترك مالم ينص عليه في العقد لأبقائها في ملكية صاحب الامتياز مع امكانية الإدارة شراء ما يلزمها من تلك الاموال الضرورية لحاجة المرفق العام.

بينما الاموال التي تعد مستقلة عن اداء المرفق اي التي لا أهمية لها في اداء المرفق الذي جرى استرداده تبقى في ملكية الملتزم مثاله مكاتبه الخاصة لإدارة المشروع. (3)

الفرع الثاني: الآثار القانونية للفسخ

ان فسخ الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يترتب عليه عدد من النتائج المالية منها والإدارية وكذلك الأكثر منها هي النتائج القانونية على اعتبار ان العقد الإداري كسائر العقود الاخرى هي رابطة قانونية ، يحرص المشرع على وضع القواعد المنظمة لها والمحددة بإجراءات متعددة حسب اسلوب التعاقد بدا من لحظة إبرام العقد ولغاية انتهائه، لذا سيتم التعرف على المبادئ التي تحكم الحقوق

(1) احمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 162.

(2) نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 407.

(3) محمد سليمان الطماوي - الاسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 801 ومابعدها.

القانونية للمتعاقد مع الإدارة وكذلك حالة مصير الديون أو القروض التي بذمة المتعاقد المرتبطة بتنفيذه للعقد ومتطلبات هذا التنفيذ من وجوب تهيئة المتعاقد للأموال اللازمة له.

أولاً: المبادئ التي تحكم الحقوق القانونية للمتعاقد مع الإدارة

إن الفسخ للعقد الإداري يمثل واقعه قانونية يترتب عليها انتهاء العلاقة العقدية بين المتعاقدين، لذا فقد صور البعض العقد الإداري بأنه نظام قانوني وسيط بين العقد المدني من حيث تكوينه والعناصر الأساسية التي يتضمنها، وبالتالي فإن فسخ العقد سيرتب عليه ذات الآثار التي ينتهي معها العقد المدني بوقف نفاذ الالتزامات العقدية تجاه طرفي العقد، وبالمقابل فإن العقد الإداري يدخل في دائرة القرار الإداري الذي يمنح الإدارة سلطة عامة تستهدف من خلاله المصلحة العامة⁽¹⁾ عن طريق التنفيذ المباشر.

لذا فإن انتهاء العلاقة العقدية لم يعد بإمكان الإدارة فرض عقوبات تعاقدية بحق المتعاقد أياً كانت طبيعة هذه العقوبة سواء المنصوص عليها في العقد أو القانون أو خارج الشروط العقدية، كما لم يعد للإدارة سلطة فرض الغرامات التأخيرية أو مطالبتها بالتعويض، بعد توقف سريان الالتزامات العقدية وبالمقابل إن المتعاقد مع الإدارة لم يعد له حق الاستمرار في التوريد للإدارة أو تنفيذ الأشغال أو الأعمال ولا يجوز لملتزم المرفق العام الاستمرار باستغلال المشروع بعد تاريخ فسخ الإدارة للعقد إلا أنه ما يجب أيضاً في هذه الناحية هو تاريخ التحديد الدقيق لانتهاء العقد.

وبهذا الصدد قد يثار السؤال التالي هل يكون تاريخ صدور الفسخ للعقد الإداري هو تاريخ انتهاء العلاقة العقدية أم هو تاريخ تبليغ المتعاقد بالقرار الإداري الفاسخ؟

أم يكون تاريخ انتهاء العلاقة العقدية بناء على تحقق بعض الوقائع أو الإجراءات الإدارية المرتبطة بالعقد التي تعد مقررّة للفسخ؟ كتاريخ الاستلام لما تم إنجازه من قبل المتعاقد لحين فسخ الإدارة للعقد الإداري، أو تاريخ رفع الإدارة المتعاقدة يدها عن الكفالات المصرفية التي قدمها المتعاقد؟

أو تاريخ إعادة الضمان المقدم من قبل المتعاقد عن حسن نهاية العقد⁽²⁾، إضافة إلى موعد تسديد الإدارة لمستحقات المتعاقد عما تم إنجازه.

(1) محمد خلف الجبوري - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 278.

(2) F.moderne: le decompte generale et definitive des marches publics .C.J.E.D. 1975. p45 - de laubaere - traite rheorique et pratique des contrats a dministratif-o. p. cit . p636.

فكل احتمال من هذه الاحتمالات يمكن ان يحدد بموجبه نهاية للعلاقة العقدية سيما في حالة خلو التشريع أو العقد من النص على اي منها الا انه في رأي الباحث ان تاريخ تبليغ المتعاقد بقرار الفسخ الإداري يعد الاكثر قبولا من الناحية القانونية طالما ان تاريخ الانتهاء يشكل نقطة حاسمة تجاه انتهاء سريان الالتزامات العقدية.

بهذا الصدد نصت المادة (15) الفقرة (5) من الفصل الخامس عشر لعقد المقاوله الموحد للمشاريع الانشائية الأردنية لسنة 2010 على ما يلي: -

((يحق لصاحب العمل، ويعتبر الانتهاء نافذاً بعد مرور (28) يوماً من بعد تاريخ تسلم المقاول للإشعار المذكور أو من تاريخ إعادة ضمان الأداء إليه من قبل صاحب العمل ايهما لاحق)) (2).

ثانياً: مصير الديون أو القروض التي بذمة المتعاقد

ان عملية فسخ الإدارة للعقد الاداري لاسيما المرفق العام يكون منصوص عليها عادة في دفاتر الشروط التي تنظم اداء المرفق العام، وبالتالي فان الإدارة عندما تقدم على فسخ العقد استناداً إلى سلطتها العامة فهذا يعد تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويصار إلى تعويض المتعاقد (الملتزم) تعويضاً عادلاً.

غير ان حالة خلو العقد من شرط الاسترداد أو حالة مخالفة الإدارة المانحة للالتزام للمدة التي لايجوز لها ممارسة سلطتها خلالها لاعتبارات تتعلق بمنح الملتزم مدة كافية كان تكون لعشرة سنوات بغية اطفاء قروضه التي استعان بها لتسيير المرفق العام التي اقترضها لغرض الاستعانة به.

عندها من هي الجهة التي تتحمل تسديد ديون الملتزم؟

يرى الباحث بان الجواب على ذلك يقوم على ان ترحيل الديون الناتجة عن استخدامها في استثمار المرفق العام يكون على مسؤولية الإدارة كونها ستكون هي المستفيدة، وامتناعها يعني حالة الاثراء دون سبب، وبالتالي فان الامر يختلف عما هو عليه في حالة الاسقاط لعقد الامتياز الناتج عن الخطأ الجسيم للملتزم.

اما فيما يتعلق بديون المقاول في ميدان عقد الاشغال العامة الناتجة عن تنفيذ العقد أو ديون المورد، عما يقتضيه لغرض الوفاء بالتزاماته فان مثل هذه الديون لا يجوز ان تدور إلى ذمة الإدارة طالما ان المتعاقد سوف يعرض عما خسره وما سيفوته من ربح.

الفصل الرابع

الخاتمة والنتائج والتوصيات

اولاً: الخاتمة

تناولت الدراسة مفهوم عام للسلطة التقديرية ومدى اهميتها في اداء السلطة الإدارية عند ممارستها لنشاطها الإداري سواء في نطاق القرار أو العقد الإداريين، فتارة يجعل سلطتها مقيدة كلما مس نشاطها حقوق الأفراد المحمية قانوناً، واخرى تقديرية عند استهداف نشاطها المصلحة العامة.

وتحتل العقود الإدارية ميدانا مهما من سلطة الإدارة التقديرية لارتباط هذه العقود بالمرفق العام والمصلحة العامة التي هي غاية نشاط الإدارة.

غير ان نطاق السلطة التقديرية ان كانت هامشيه في مرحلة إبرام العقد الإداري بسبب تدخل المشرع في وضع القواعد الملزمة للإدارة ذات العلاقة بأساليب التعاقد أو المبادئ التي تتعلق باختيار المتعاقدين، غير ان هذه السلطة تجد مجالها الواسع في مرحلة تنفيذ العقد الإداري التي تتمتع الإدارة خلالها بقدر كبير من الامتيازات تجاه المتعاقد معها، التي تمنحها حق التدخل وإيرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضاء المتعاقد معها، على اعتبارها سلطة عامة غايتها تامين بلوغ العقد إلى الغاية التي من اجلها قد تم إبرامه بوسائل متعددة الفنية منها عن طريق الرقابة والتوجيه أو الجزائية بفرض العقوبات العقدية أو المالية كالتعويض والغرامة التأخيرية، وحق الإدارة في تعديل الشروط العقدية التي تعد من اخطر امتيازاتها التي تقررها الشروط الاستثنائية وغير المألوفة لعقود القانون الخاص، التي قد تدفع الإدارة المتعاقدة إلى فسخ العقد الإداري عندما تجد ان الغاية التي من اجلها ابرم العقد لم تعد قائمة حتى لو لم يخطا المتعاقد في التزاماته العقدية، وذلك بسبب انتفاء حاجة المرفق إلى العقد، دون ان يستطيع المتعاقد التمسك بالحقوق المكتسبة، الا ان القرار الإداري لهذا الفسخ يخضع إلى قيد المشروعية هو الايشوب قرارها احد العيوب المتعلقة بالسبب أو الاختصاص أو الغاية ، وبالتالي فان الرقابة القضائية هي من تتولى حماية المتعاقد من التعسف أو انحراف الإدارة ، مع ان عنصر الملائمة الذي تستند إليه الإدارة المتعاقدة في الفسخ يشكل قيلاً على سلطة القاضي الإداري رغم ذلك فان رقابة القاضي الإداري هي رقابة قانون وليس ملائمة، ومهما يكن من الامر فان المتعاقد ان لم يجد وسيلة مشروعة في الغاء القرار

الإداري بفسخ العقد فإنه يبقى له حق الحصول على تعويض عادل عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب.

ثانياً: نتائج الدراسة

لقد توصلت الدراسة إلى النتائج التي أهمها

أولاً: حرص المشرّع على مستوى القوانين أو الانظمة في دول القانون المقارن على اخضاع سلطة الإدارة الراغبة في التعاقد من خلال المراحل السابقة على تنفيذ العقد الإداري إلى الاختصاص المقيد مع منحه هامش لسلطتها التقديرية بغية ايجاد قدرا من التوازن بين ضمان تحقيق متطلبات المصلحة العامة التي هي غاية العقود الإدارية وبين حقوق الأفراد في وجوب احترام الإدارة لمبادئ العدالة والمساواة بين المنافسين تجاه إبرام العقود الإدارية.

ثانياً: ان الطبيعة القانونية للعقد الإداري التي من شأنها تمنح الإدارة المتعاقدة امتياز السلطة العامة تجاه العقد تمارسها وفقاً لسلطتها التقديرية، بغية ضمان سير المرفق العام الذي يعد غاية العقد الإداري فان سعت لتحقيق غاية أخرى غير المرفق العام أو المصلحة العامة فان قرارها يعد مشوباً بعيب انحراف السلطة.

ثالثاً: تعد رقابة القضاء الإداري تجاه مشروعية الفسخ لدواعي المصلحة العامة كصمام امان من أجل حماية حقوق المتعاقد سيما عند خلو العقد الإداري من النص على حق الإدارة بفسخ العقد دون خطأ المتعاقد معها.

رابعاً: تمتلك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار اسلوب التعاقد الاكثر ملائمة مع حاجات المرفق العام دون ان يكون لها اختيار اسلوباً لم يرد في النصوص المنظمة لطرق إبرام العقد المحددة من قبل المشرّع.

خامساً: يمكن للإدارة وفي كل حالة تجد ان العقد الإداري لم يعد يحقق الغاية التي من اجلها قد تم إبرامه، ان تضع نهاية مبسترة له بإرادتها المنفردة دون حاجة اللجوء إلى القضاء عدا عقود امتياز المرفق العام وحتى لو لم ينص العقد على هذا الحق.

سادسا: يعد التحكيم قضاء شبه رسمي يتم اللجوء إليه استناداً إلى شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم وذلك للمزايا التي يمكن ان يحققها مقارنة بالمحاكم الرسمية من حيث المدد والسرعة في الانجاز والسرية في الاداء.

ثالثاً: توصيات الدراسة

اولاً: يوصي الباحث المشرع العراقي إلى وجوب تقنين اجراءات التعاقدات الحكومية بإصداره قانون متكامل مع تحويل السلطة التنفيذية بتسهيل تنفيذه من خلال الانظمة والتعليمات دون الاكتفاء بالتعليمات النافذة حالياً التي اصدرتها وزارة التخطيط والتنمية الانمائية عام 2014 مع الضوابط الملحقة بها المنظمة لإجراءات التعاقدات الحكومية لكون قواعدها غير مبوبة وغير شاملة وموزعة على مجموعه من الضوابط المتفرقة.

ثانياً: يوصي الباحث بإلزام المشرع للإدارة وجوب تسبب قراراتها الفاسخة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة منعا من تعسف الإدارة عند فسخها للعقد الإداري استناداً لسلطتها التقديرية لأسباب خارج إطار المصلحة العامة، تماثيا مع المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه عند اصداره لقانون 1979 الملزم للإدارة لتسبب قراراتها الإدارية الماسة بحقوق الأفراد.

ثالثاً: يرى الباحث ضرورة منح المشرع العراقي وكذلك الأردني اختصاص منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الإداري كونه قضاء يعتمد مبدأ السوابق القضائية، فضلا عن ان القاضي الإداري كقاضي مختص يملك الخبرة القضائية في تحقيق التوازن بين متطلبات المصلحة العامة التي هي غاية العقد الإداري وبين حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من اهدارها بسبب تعسف الإدارة لا سيما الحق في التعويض العادل، وفي حالة تعذر ذلك يمكن انشاء محكمة مختصة للعقود الإدارية ولا مانع من اخضاع أحكامها إلى محكمه التمييز بغية تمكين قضاتها من اكتساب الخبرة الكافية تجاه عقود الادارة .

رابعاً: يوصي الباحث بضرورة تحديد المشرع العراقي سقف كحد اعلى لقيمة العقد الذي يعتمد اسلوب المناقصة العامة القائم على مبدأ ارساء المناقصة على من يقدم اوطا عطاء دون ترك ذلك لتقدير الإدارة لما في هذا الاسلوب من مخاطر ناتجة عن دخول متعاقدين مغامرين عند تقديمهم

اسعاراً مشجعة لا تكون كافية لإنجاز العقد وفقاً للشروط العقدية مما يؤدي إلى إثارة المنازعات العقدية وغالباً ما يقوم المتعاقد بالتنازل عن العقد إلى الغير تحاشياً لهذه النتائج المالية.

خامساً: يرى الباحث أن العقد الإداري كغيره من العقود هو نتاج للإرادة مشتركة تجمع بينهما هدف واحد هو الانجاز الكامل للعقد مع اختلاف الغايات، لكل من الطرفين لذا فإن فسخ العقد دون خطأ المتعاقد لدواعي المصلحة العامة يعد حق للإدارة ولكن يجب النص عليه في العقد أو في دفاقر الشروط الخاصة وكذلك على مقدار التعويض بغية تفادي المنازعات العقدية.

سادساً: يرى الباحث أن من الضروري الاهتمام بموضوع التحكيم في العراق سواء ما يتعلق بوجود إصدار المشرع لقانون خاص بالتحكيم بدلاً من الاستعانة بقانون المرافعات المدنية، سيما مع التوسع في إبرام العقود الدولية التي تزامنت مع صدور قانون خاص للاستثمار الأجنبي في البلاد،

وبهذا الصدد يوصي الباحث إدخال مادة التحكيم في المناهج الدراسية لكليات القانون في العراق لاسيما على مستوى الدراسات العليا.

قائمة المراجع

الكتب

- ابو العثم فهد عبد الكريم (2003). القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ابو العينين محمد ساهر (2004). الفتاوى والاحكام بخصوص العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الجزء الرابع، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة.
- ابو الوفا احمد (2001). التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ابو زيد فهمي مصطفى (2005). القضاء الاداري ومجلس الدولة، قضاء الالغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ابو زيد محمد عبد الحميد (1976). دوام سير المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ابو زيد محمد عبد الحميد (2002). مبدا المشروعية وضمان تطبيقه، النصر الذهبي للطباعة القاهرة.
- ارسلان انور احمد (1998). القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- اسماعيل خميس سيد (1994). الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات ط1، دار العدالة للنشر، القاهرة.
- امين محمد سعيد (2005). العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- البنّا عاطف (1978). مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ثروت بدري (1963). النظرية العامة للعقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.
- ثروت بدوي (1976). مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جابر جاد نصار (1997). التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة.
- جابر عبد الرؤوف (2002). ضمانات المشاريع الانشائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- الجبوري محمد خلف (2010). العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- جعفر انس (2003). العقود الإدارية، راسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

- جمال الدين سامي (2003). الرقابة على اعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- جمال الدين سامي (2004). الوسيط في دعوى الالغاء للقرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- جواد محمد علي (1997). العقود الدولية، ط1، مفاوضاتها، ابرامها، تنفيذها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- جواد محمد علي (2010). القانون الاداري ط1، مكتبة السهوري، بغداد.
- جواد محمد علي واحمد الجبوري نجيب خلف (2010). القضاء الإداري، ط، مطبعة الغفران، بغداد
- حافظ محمود محمد (1991). القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حافظ محمود محمد (1998). نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حامد ماهر محمد (2005). النظام القانوني لافتاء وتشغيل واعادة المشرع، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حداد حفيظة السيد (2001). الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر.
- الحكيم عبد المجيد (1977). الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ط5 ، مطبعة نديم، بغداد.
- الحلو ماجد راغب (2004). العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- الحلو ماجد راغب (2007). القضاء الإداري، مبدا المشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- حمد احمد عمر (2014). السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.
- الخطيب نعمان احمد (2011). الوسيط في النظم السياسية، القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الخلايلة محمد علي (2021). النظرية العامة للقرار الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- خليفة عبد العزيز عبد المنعم (2000). الاسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

خليفة عبد العزيز عبد المنعم (2001). الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية.

خليل محسن (1978). القضاء الاداري ورقابته لاعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت

خماس فاروق احمد والدليمي محمد عبد الله (1992). الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للنشر، جامعة الموصل، العراق.

الخوري يوسف سعد الله (2014). القانون الاداري العام، الجزء الأول، المنشورات الحقوقية، بيروت.

الذنون حسن علي (2011). الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الوائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

راضي مازن ليلو (2003). العقود الادارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية.

راضي مازن ليلو (2010). القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، العراق.

راضي مازن ليلو (2017). اصول القضاء الإداري، دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد.

الزغبى خالد (1999). القرار الاداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

ساري جورج شفيق (1991). التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.

سلطان طارق محمد عبد الحمين (2010). سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة.

سليم عبد المجيد ابراهيم (2010). السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية.

السناري محمد عبد العال (2000). مبادئ واحكام العقود الادارية في مجال نظرية والتطبيق، دار النهضة العربية ، القاهرة .

السنهوري احمد عبد الرزاق (1982). نظرية الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة.

السنهوري احمد عبد الرزاق (1998). الوجيز في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية.

الشرقاوي سعاد (1998). العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.

الشريف عزيزة (1981). نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.

شنطاوي علي خطار (1995). القضاء الاداري الاردني، الكتاب الاول، قضاء الالغاء، مطبعة كنعان، عمان.

شنطاوي علي خطار (2001). القضاء الاداري الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الشواربي عبد الحميد (1988). التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

شيجا ابراهيم عبد العزيز (1994). مبادئ واحكام القضاء الاداري، دار الجامعة ببيروت.

الشيخلي عبد القادر (1994). القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

صالح خولة عيسى (2001). الرقابة الادارية والماليه في الدول العربية والاسلامية، ط1، منشورات بيت الحكمة، بغداد.

الطماوي محمد سليمان (1967). النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار تيرجعرسي، القاهرة.

الطماوي محمد سليمان (1991). الاسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة.

الطماوي محمد سليمان (1996). القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة.

العاني وسام صبار (2015). القضاء الإداري، مكتبة النهدين، بغداد.

عباس عبد الهادي (1993). العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار المستقبل، دمشق.

عبد الباسط محمد فؤاد (2001). القانون الاداري، دار الفكر العربي.

عبد الباسط محمد فؤاد (2007). القانون الاداري، تنظيم الادارة، وسائل الادارة، دار الجامعة الجديدة للنشر.

عبد التواب وليد رمضان (2015). الموسوعة الجامعية في المناقصات والمزايدات، ط2، الناشر: المتحدون، القاهرة.

عبد الرزاق حمادة (2012). النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية.

عبد السلام عبد العظيم (1990). اثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقود الادارية، دار اللواء لصناعة النشر، بيروت.

عبد العال محمد حسين (1991). فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة.

عبد الله عبد الغني بسيوني (2003). النظرية العامة في القانون الاداري، منشأة المعارف للاسكندرية.

عبد الملك مال الله جعفر (2014). حقوق المتعاقد مع الادارة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

عكاشة حمدي ياسين (2018). موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة.

عمر نبيل اسماعيل (2002). سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية.

عمرو عدنان (2004). القضاء الاداري، مبدا المشروعية، منشأة المعارف، الاسكندرية.

عوايدي عمار (2002) القانون الاداري، النشاط الاداري، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

عيد الحميد مفتاح خليفة، الشلماني حمد محمد حمد (2013). انقضاء العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

فهيمي مصطفى ابو زيد (2005). نظرية المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

فوزي صلاح الدين (1998). المبسوط في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة.

الفياض ابراهيم طه (1988). العقود الإدارية، الجزء الثالث، مكتبة الفلاح، الكويت.

الفياض عبد المجيد (1975). نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي القاهرة

قبيلات حمدي (2011). الوجيز في القضاء الاداري، دار الوائل للنشر، عمان.

قرة فتحية (1987). احكام عقد المقاولة، منشاة المعارف، الإسكندرية.

كه ردي يونس اسماعيل (2005). احكام الفسخ في العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

ليلة عمر كامل (1962). نظرية التنفيذ المباشر في القانون الاداري، دراسة مقارنة للتشريع والفقہ والقضاء، دار الفكر العربي.

ليلة محمد كامل (1968). الرقابة على اعمال الادارة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة.

المبسوط محمد ياسين (2002). شرح القانون المدني الأردني، دار الوائل للنشر والتوزيع، عمان.

محسن خليل (1972). القضاء الاداري اللبناني ورقابته على اعمال الادارة، دار النهضة بيروت.

محمد علي عاطف سعدي (2005). عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة.

مفتاح عبد الحميد خليفة (2007). انتهاء العقد الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

منصور محمد حسين، الشرط الصحيح الفاسخ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر.

منصور ياسر عبد السلام (2002). دراسة نقدية في قانون التحكيم المصري، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

الوتري منير محمود (1979). العقود الادارية وانماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، ج1، مطبعة جامعة بغداد، العراق.

الياس ناصيف (2019). موسوعة العقود المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الرسائل والبحوث

- اسود خالد سليمان (2012). عقد التوريد الاداري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
- البرزنجي عصام عبد الوهاب (1978). السلطة التقديرية للادارة الرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- الحمل هارون عبد العزيز (1979). النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.
- الرحيلي محمد غالب (2014). الخبرة في المسائل الجزائية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
- زغير مهند قاسم (2014). السلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية، اطروحة دكتوراه، جامعة النهدين، كلية الحقوق، بغداد.

البحوث

- بدوي ثروت (2015). الدولة القانونية، بحث مقدم الى مجلة ادارة قضايا الحكومه، المجلد 3 العدد (3)، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر.
- خلف عارف صالح، حمدي علي مخلف (2010). مبدا حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد (5)، العراق.
- عبد لؤي كريم (2011). الاسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الاداري واهميتها في اداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، كلية القانون، العدد الثالث والخمسون، العراق.
- عطية احمد حافظ (1982). السلطة التقديرية للادارة ودعاوى انحراف السلطة في الاحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي، مجلة العلوم الادارية لسنة 23، العدد (1)، القاهرة.
- اللهيبي علي احمد محسن (2007). التحكيم في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد 22، العدد (1)، كلية القانون، جامعة بغداد.
- محمد علي الطائي، الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القضاء، وزارة العدل، العدد، 1-4-1982، العراق.
- محمود محمد ماجد (1993). العقد الاداري وشروط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الادارية، جامعة القاهرة السنة 25، العدد الثاني، القاهرة.

الانظمة

تعليمات تنظيم اجراءات العطاءات الاردني رقم (1) لسنة 2008 الأردني.

تعليمات رقم 1- لسنة 2014 العراقيه،التعاقدات الحكوميه.

تعليمات رقم 2- لسنة 2014 العراقيه،التعاقدات الحكوميه.

دفاثر الشروط العامة الفرنسية، الصادرة عام 1976 C.C.A.G.

الشروط العامة لاعمال الهندسة المدنية العراقيه لسنة 1988،fidic.

اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم 89 لسنة 1998.

اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 المصريه

الصادرة بموجب قرار رقم 691 لسنة 2019.

نظام المشتريات الحكوميه رقم 28 لسنة 2019 الاردني.

Cahier des clauses administratif generals.

المراجع الأجنبية

Andre de laubadere- et -p0delvolve: droit public economique·precis·doloz -5 edition -1986- paris- France

Andre de laubadere -p-delvolve·f modern: traite des contrats administratifs-librairie- LOG0D0J- tome

Andre de laubadere, manuel de droit administrative, librairie, LOG0D0J-1985, paris- France.

Andre de laubadere: le controle de pouvoir discretionnaire dans la jurisprudence recent du conseil d etat, melong offerts-waline, 1978-paris, France.

Andre de laubadere·yves gaudemet: traite de droit administratif-tome, 1- libaraiwie, LOG-D-J-1999, PARIS, France.

Andre flamme: traite theorique et pratique des marches publics bruxelles tome-1- 1969.

ch- debbasch·j-bourdon -j- pontier et -c-ricci: institutions et droit administratif-1998- paris- France.

d'ierre Laurent frier: précis de droit administratif-3 édition monctchretien 2004,paris-France.

didie trucher : les fonctions de la nation d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'état -1977 -paris-france

didier trucher : le contrat-administratif-qualification- édition- economica-1987-paris-france

francis benoit : l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs-1968- France

francis benoit : dommage résultant des travaux et ouvrages publics-JOC0A0fasc 725,1983,France

george vedel et perrin delvolle: droit administratif-édition- themis-1982- paris-france

H-pr: eux : traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics - 1988,paris,France

JOP0gilli : marché de travaux publics et compétence administrative,librairie,LOG-D-J-1984 - paris- France

jaque georgel: contrat administratifs-par nature -JOC0A fasc 502 -1982 -france

long -p0 weil Og braibant: les grands arrêts de la jurisprudence administrative édition sirey,1969,paris France

Louis troabas et paul issort: manuel de droit public édition,librairie -LOG0D0J-1978 - paris,France.

roger Bonnard : les droits publics subjectifs des administrés-revue du droit public