جمهوريـــة العــراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة القادسية ـ كلية القانون

قسم القانون العام

حدود سلطة الادارة في إسقاط عقد التزام المرافق العامة

(دراسـة مقارنـة)

رسالة مقدمة الى كلية القانون / جامعة القادسية

كجزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

من قبل الطالـــب

كرار علي حسين الشمّري

بإشـــــراف

الاستاذ الدكتور

علي نجيب حمزة

استاذ القانون العام

1441 هـ

2019 م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ أَوَكُلَّمَا عَاهَدُوا عَهْدًا نَبَذَهُ فَرِيقٌ مِنْهُمْ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾

صَدقَ الله العَظِيّم

سورة البقرة

الآية : 100

الاهـــداء

إلى مَن عانقتْ روحه السَّماء ..... والدي رحمه الله

إلى شرياني في الحياة ..... والدتي الغالية

إلى احبتي في هذه الدنيا ..... اخوتي الاعزاء

إلى مصدر ابتسامتي ..... اخواتي العزيزات

إلى من لم يفارقهم قلبي ..... أصدقائي الاحباء

إلى الاكرم منّا جميعاً ..... شهداء العراق

أهدي هذا العمل المتواضع

الباحث

شكـــــر وتقديـــــر

أَلحمدُ للهِ ألذي عَلّمَ بالقلمِ , عَلّمَ الإنسان مالَم يَعلمَ , ونحمده ونشكره على فضيل إحسانه ووافر عطائه بأن أنعم علينا بإتمام هذا العمل المتواضع .

أولاً من الواجب عليّ أن أرد لأصحاب الفضل فضلهم , وأنزل الكرماء منازلهم , فمن لا يشكر الناس على معروفهم لا يشكر الله , غير إننا مهما شكرنا فسنظل مُقصرين في حقهم , فشكري وامتناني إلى من تشرفت بإشرافه الذي وجدته معلماً وأباً , إلى من منحني ثقته وتقديره ونصحه وإرشاده , إلى الاستاذ المساعد الدكتور علي نجيب حمزة , فجزاه الله تعالى خيراً .

خالص شكري وتقديري وامتناني إلى جامعتي (القادسية) , وإلى كليتي (القانون) عمادة وتدريسيين وموظفين على ما قدموه لي من معارف ومعلومات ونصح وتوجيه لاسيما المختصين بالقانون الاداري ومنهم الدكتورة زينب الداوودي والاستاذ المساعد فاضل جبير البديري .

وأتقدم بالشكر والتقدير إلى جميع العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة القادسية لمساعدتهم لي في الحصول على المصادر التي استعملتها في إعداد وكتابة هذه الرسالة , وكذلك إلى العاملين في المكتبة المركزية جامعة القادسية , كما اتقدم بالشكر والتقدير إلى مكتبات كليات القانون جميعها في الجامعات العراقية التي زرتها ومنها بغداد والمستنصرية والنهرين وبابل والكوفة وكربلاء وواسط والتي قدمت لي العون ومدت لي يد المساعدة والارشاد .

كما أن الشكر الموصول الى أخوتي وزملائي في الدراسة , وأحتفظ بالشكر داخل قلبي لكل من مد لي يد العون ؛ إذ عجز لساني عن شكره , سائلاً الله عز وجل أن يجزيهم خيراً وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم , إنه سميع مُجيب .

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والامتنان لرئيس وأعضاء لجنة المناقشة التي ستناقش هذه الرسالة والذين تحملوا عناء قراءتها ومناقشتها , وأشكر لهم سعة صدرهم على تحمل الهفوات , سائلاً الباري عز وجل أن يُطيل بأعمارهم ليظلوا نبراساً مُنيراً في سبيل العلم وخدمة طالبه .

وإن شكري وجزيل امتناني لكم لن يفيكم حقاً , فجزاكم الله تعالى عني خير الجزاء ورفع ذكركم في الأرض والسماء .

المحتويـــــــــات

الموضـــــــوع	الصفحة
المقدمـــــــــة	1
الفصل الأول// ماهية عقد التزام المرافق العامة وسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	5
المبحث الأول// مفهوم عقد التزام المرافق العامة	6
المطلب الأول/ مدلول عقد التزام المرافق العامة	6
الفرع الأول: معنى عقد التزام المرافق العامة	6
الفرع الثاني: خصائص عقد التزام المرافق العامة	13
المطلب الثاني/ ذاتية عقد التزام المرافق العامة	18
الفرع الأول: تمييز عقد التزام المرافق العامة عما يشتبه به	19
الفرع الثاني: أحكام عقد التزام المرافق العامة	22
المبحث الثاني// سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	31
المطلب الأول/ مفهوم سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	31
الفرع الأول: معنى سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	31
الفرع الثاني: خصائص الجزاءات التعاقدية التي توقعها الادارة على الملتزم معها	36
المطلب الثاني/ الأساس القانوني لسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	42
الفرع الأول: الافكار السابقة لأساس سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	43
الفرع الثاني: الافكار الحديثة لأساس سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي	51
الفصل الثاني// التنظيم القانوني لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	57
المبحث الأول// مفهوم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	58
المطلب الأول/ تعريف وشروط جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	58
الفرع الأول: تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	58
الفرع الثاني: شروط جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	63
المطلب الثاني/ ذاتية جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	70
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	70
الفرع الثاني: تمييز جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عما يشتبه به	75
المبحث الثاني// احكام جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	82
المطلب الأول/ الآثار المترتبة على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	82
الفرع الأول: آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للإدارة المانحة للالتزام	83
الفرع الثاني: آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للملتزم والغير	87
المطلب الثاني/ تصفية عقد التزام المرافق العامة عند إسقاطه	94
الفرع الأول: تعريف التصفية ومصير الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم	94
الفرع الثاني: تصفية الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام	100
الفصل الثالث// ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	107
المبحث الأول// الضمانات السابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	108
المطلب الأول/ الضمان الاجرائي (الإعذار)	108
الفرع الأول: مفهوم الإعذار	108
الفرع الثاني: نطاق الإعذار	115
المطلب الثاني/ الضمانات الموضوعية (التسبيب والتناسب)	120

الفرع الأول: تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**121**
الفرع الثاني: التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**126**
المبحث الثاني// الضمانات اللاحقة المتمثلة بالرقابة القضائية على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**132**
المطلب الأول/ اختصاص الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**132**
الفرع الأول: النظام القضائي المختص في الرقابة على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**133**
الفرع الثاني: انواع الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**138**
المطلب الثاني/ نطاق الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**146**
الفرع الأول: تحديد القاضي المختص بالطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**146**
الفرع الثاني: سلطات القاضي المختص في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة	**151**
الخاتمـــــــــة	**157**
المصـــــــادر	**161**
الملخص باللغة الانكليزية	**A**

الملخـــص

لقد ادركنا بأن عقد التزام المرافق العامة اصبح من أهم الطرق التي تلجأ اليها الدول لإدارة مرافقها العامة ؛ إذ بموجبه يتولى شخصاً طبيعياً أو معنوياً إدارة وتسيير مرفق عام لمدة محددة من الزمن مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات هذا المرفق , فعقد التزام المرافق العامة اتضح لنا انه عقد اداري يربط بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم ويكون موضوعه ادارة مرفق عام لمدة زمنية محددة, وإن هذا العقد ذا طبيعة مركبة ؛ إذ يحتوي على شروط تنظيمية تستمد قوتها من الادارة المانحة للالتزام , والتي تستطيع تعديل هذه الشروط بإرادتها المنفردة , وشروط تعاقدية تكون متعلقة بما ينشئه هذا العقد من حقوق والتزامات شخصية , ولا يجوز للإدارة المانحة للالتزام تعديلها إلا بموافقة الملتزم , كما ان هذا العقد يولد حقوق والتزامات على عاتق طرفيه ؛ إذ تتمتع الادارة المانحة للالتزام والملتزم بسلطات كبيرة , كما هنالك جملة من الالتزامات تقع على عاتقهما .

تملك الادارة المانحة للالتزام في عقد التزام المرافق العامة سلطات استثنائية واسعة , ولعل من اهم هذه السلطات هي سلطة توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة في حالة اخلال الملتزم معها بالتزاماته اخلالاً جسيماً , وتستند هذه السلطة الاستثنائية إلى ان نية طرفي عقد التزام المرافق العامة انصرفت إلى ضرورة الوفاء باحتياجات المرفق العام محل عقد الالتزام , الامر الذي يستوجب الاقرار للإدارة المانحة للالتزام بسلطة توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها بصورة مباشرة دون الرجوع إلى القضاء المختص لمخاصمة الملتزم الذي اخل بتنفيذ التزاماته , وهذا الامر يحمل بين طياته وفي الكثير من الاحيان احتمال انحراف الادارة المانحة للالتزام أو تعسفها في استعمال هذه السلطة الخطيرة .

وإذا كان قد تم الاعتراف للإدارة المانحة للالتزام بسلطة توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها , إلا انه هنالك ضوابطَ محددة عند توقيع هذا الجزاء حتى لا تتعسف هذه الادارة في استعمال هذه السلطة , أو بعبارة اخرى حتى لا تُسيء هذه الادارة استعمال سلطتها في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بإرادتها المنفردة , وهذه الضوابطَ لاحظناها قد تكون سابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة كما قد تكون لاحقة عليه , فالضوابطَ السابقة تتمثل في إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , وكذلك تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وايضاً تناسب هذا الجزاء مع الخطأ الذي ارتكبه الملتزم , أما الضوابط اللاحقة فتتمثل في اخضاع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لرقابة القضاء المختص .

إن هذه الرسالة تضمنت ماهية عقد التزام المرافق العامة ومفهوم السلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام , وتطرقت هذه الرسالة إلى جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , من خلال تناول مفهوم هذا الجزاء واحكامه , كما تناولت هذه الرسالة ايضاً الضوابطَ السابقة , واللاحقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , معتمدين في ذلك على المنهج المقارن بين فرنسا ومصر والجزائر والامارات والعراق , ثم خاتمة لهذه الرسالة , تضمنت النتائج والمقترحات التي توصل اليها الباحث .

المقدمـــــــــة

تتنوع الحاجات العامة والتي تنشأ الدولة المرافق العامة من اجل اشباعها , فقد تكون هذه الحاجات ذات طبيعة مادية , كالحاجة إلى المياه والكهرباء , وقد تكون ذات طبيعة معنوية كالتعليم والاعداد المهني , فالمرافق العامة انواع مختلفة , ومن الطبيعي ان تتباين طرق ادارتها تبعاً لطبيعة نشاط كل نوع , وفي طريقة اختيار ادارة مرفق عام فأن السلطة الادارية تأخذ باعتبارات متعددة, اقتصادية , اجتماعية , ثقافية , سياسية وغيرها ؛ ذلك لأن المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها تختلف طرق ادارتها عن تلك التي تمس الدولة في كيانها كمرافق الامن والدفاع والقضاء .

وبعد ان ادركت الدول اهمية دور القطاع الخاص ومدى الفائدة التي تحصل عليها من خلال اشراكه في ادارة مرافقها العامة ؛ إذ بدأت مرحلة جديدة وهي مرحلة تحديد الطريقة التي يشترك فيها هذا القطاع في نشاط الادارة ؛ إذ تلجأ الجهة الادارية إلى التعاقد مع الشركات أو المؤسسات أو الهيئات الخاصة أو الافراد من اجل ادارة وتسيير المرافق العامة وتحقيق الاغراض التي تستهدفها الجهة الادارية من اجل إبرام العقود الادارية اللازمة لإدارة هذه المرافق , ومنها عقد التزام المرافق العامة الذي ترجع جذوره إلى اواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كما حضي باهتمام الكثير من فقهاء القانون الاداري , لكن هذا العقد لم يكن لتكون له أي قيمة تاريخية في القانون الاداري لولا ارتباطه بالمرافق العامة , كما اتسع استعمال هذا الاسلوب من لدن العديد من الدول , وفي الكثير من المجالات . ؛ إذ كثيراً ما تعهد الادارة إلى اشخاص عاديين مهمة ادارة وتسيير بعض المرافق العامة تحت اشرافها ورقابتها وذلك بموجب عقد اداري يبرم بينها وبين الملتزم لمدة محددة , بقصد تأدية خدمة عامة لجمهور المنتفعين مقابل رسم محددة مع الخضوع لنظام قانوني معين , وهو ما اصطلح على تسميته (عقد التزام المرافق العامة) , والذي يتم بتوافق ارادتين : الاولى ارادة لها من السيطرة والقوة ما يؤهلها لأن تملي شروطها ـ وهي الادارة المانحة للالتزام ـ والثانية الملتزم الذي ليس له إلا أن يقبل أو أن يرفض هذه الشروط وهو بهذا يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ـ وهو شركة أو فرد والسبب ان الادارة المانحة للالتزام تمثل جانب الجمهور ولابد لها من سلطات واسعة تجاه الملتزم معها بما يضمن لها سير المرفق العام محل عقد الالتزام بانتظام واطراد , ولها في سبيل تحقيق ذلك سلطة فرض الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها بإرادتها المنفردة وغيرها من السلطات التي تستمدها من المرفق العام نفسه ومن فكرة السلطة العامة .

وفي نطاق عقد التزام المرافق العامة تتمتع الادارة بسلطات جزائية مهمة وخطيرة , ولعل اهمها واخطرها هي سلطتها في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها , فالإسقاط لا يتم توقيعه إلا بتوافر شروطه والتي من بينها : ارتكابُ الملتزمِ خطأً جسيمٍ يكون من شأنه أن يخل بسير المرفق العام ويوفر الدليل على عدم قدرة الملتزم على تسيير المرفق العام محل عقد الالتزام , وكذلك ضرورة إعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء عليه ؛ و جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يمكن توقيعه إلا بتوافر شروطه , كما ان لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة آثار كبيرة ومهمة يخضع لها كل من الادارة المانحة للالتزام والملتزم على السواء , وان سلطة الادارة في انهاء عقد التزام المرافق العامة بإرادتها المنفردة نتيجة لإخلال الملتزم

بالتزاماته التعاقدية والذي يسمى (جزاء الإسقاط) , لاتعد سلطة مطلقة تمارسها كيفما تشاء ؛ بل هي سلطة تقديرية تخضع لضمانات مهمة تجنب الملتزم على وجه خاص من تحكم الادارة وسطوتها في اتخاذ قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في مواجهته , وهي بوجه عام تقف سداً منيعاً ضد أي اختلال يُحيد بقرار الإسقاط عن المشروعية , باعتبارها تمثل ما ينبغي ان يكون عليه لكي لا يخرج عن اطارها , فإعذار الملتزم يُعدّ من أهم الضمانات التي تتقيد بها الادارة قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ضد الملتزم معها , كما انه لا ينكر احد ان التسبيب والتناسب ليس امراً لا تتوقف عنده سلطة الادارة في توقيع هذا الجزاء , انما كل منهما يعد جزءاً لا يتجزأ من قرار الإسقاط , كما تخضع الادارة لرقابة القضاء المختص عند قيامها بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة وذلك حرصاً من المشرع على ضمان حقوق الملتزم وضماناً لاستعمال هذه السلطة الخطيرة الممنوحة للإدارة دون أي اساءة أو تعسف أو مخالفة للقوانين أو الانظمة أو التعليمات , ومن اجل سير المرفق العام محل عقد الالتزام بانتظام واطراد , وهذه الضمانات تم إقرارها للتوفيق بين حق الادارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحقها في استعمال سلطتها الجزائية الممنوحة إليها في نطاق عقد التزام المرافق العامة وبين حق الملتزم في الحصول على معاملة عقدية عادلة , إذا فهي ليست مقررة محاباة للإدارة , ولا مجاملة للملتزم وتقويته .

أولاً- أهمية البحث :

يستمد هذا البحث أهميته مما يأتي :

1- من خلال تسليط الضوء على عقد التزام المرافق العامة الذي توجهت الدول المقارنة والعراق الى ابرامه في الوقت الحالي باعتباره طريقة مهمة من طرائق ادارة المرافق العامة .

2- تتجلى أهمية هذا البحث لإلقاء الضوء على الجانب المتعلق بسلطة الادارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم المخل بالتزاماته التعاقدية ؛ إذ ان هذه السلطة تُعدّ من اهم واخطر الموضوعات الجوهرية التي اشتمل عليها عقد التزام المرافق العامة .

3- ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يُعدّ من الموضوعات التي لازالت بحاجة إلى البحث والدراسة والتعمق لأهميته ولإيضاح اللبس والغموض الذي يكتنفه .

4- يكتسب هذا البحث أهميته أيضاً من خلال التطرق إلى ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لضمان عدم خروج هذا الجزاء عن مبدأ المشروعية وسيادة القانون , ووضع حد لإساءة وتعسف الادارة في استعمال سلطتها وضبط قراراتها , الامر الذي يؤدي إلى توفير حماية فاعلة لحقوق ومصالح الملتزم والمصلحة العامة أيضاً .

5- تسليط الضوء على الرقابة القضائية على سلطة الادارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , من حيث انواع هذه الرقابة , ونطاقها , وكذلك سلطات القضاء في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

ثانياً- مشكلة البحث :

يُحاول هذا البحث ان يُعالج العديد من المشاكل المهمة ومنها :

1- هل يوجد غطاء قانوني لأساس سلطة الادارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؟

2- الاختلاف الفقهي حول الاساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم ؛ إذ نال هذا الموضوع جدلاً واسعاً وكبيراً بدليل كثرة الافكار التي قيلت فيه .

3- ندرة القوانين والانظمة والتعليمات العراقية التي تتناول سلطة الإدارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها ؛ إذ ان القوانين والانظمة والتعليمات العراقية المعمول بها حالياً لم تُنظم هذه السلطة الخطيرة بشكل شامل وواضح , مما اصبحت عاجزة عن تبرير هذه السلطة وبيان احكامها وآثارها وحل المشاكل الناشئة عنها .

4- ما مدى التزام الإدارة بالضمانات الخاصة بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها , وكذلك حدود اعفائها من هذه الضمانات , وما الآثار المترتبة على مخالفتها لهذه الضمانات ؟

5- كيف اختلفت الدول المقارنة والعراق حول مسألة اعتناق النظام القضائي المختص في الرقابة على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , واختلاف موقفها ايضاً في مسألة منح السلطات اللازمة للقاضي المختص في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة غير المشروع ؟

6- كذلك قلة وندرة الاحكام القضائية في بعض الدول المقارنة والعراق الخاصة بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر من الادارة ضد الملتزم وبالتالي عدم تبلور فكرة توقيع هذا الجزاء من قبل الادارة .

ثالثاً- منهجية البحث :

لتحقيق غاية هذا البحث , فأن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي المقارن ؛ إذ أنَّ هذا البحث يعتمد على تحليل ومقارنة النصوص القانونية الخاصة بهذا الموضوع في القانون الفرنسي والمصري والجزائري والاماراتي مع العراقي مع التأكيد على النظريات والمسائل والافكار الفقهية التي قيلت في هذا الموضوع , وكذلك ابراز فاعلية العمل في قضاء هذه الدول محل المقارنة من اجل توضيح حدود السلطة الإدارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم في حالة اخلاله بالالتزامات التعاقدية المترتبة عليه في نطاق عقد التزام المرافق العامة .

رابعاً- نطاق البحث :

يشتمل هذا البحث على دراسة عقد التزام المرافق العامة من حيث تعريفه وطبيعته القانونية وخصائصه وآثاره , وايضاً على دراسة سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي على الملتزم معها من حيث التطرق إلى مفهوم هذه السلطة واساسها القانوني , ويُعنى هذا البحث بدراسة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من خلال تعريفه هذا الجزاء وبيان شروط توقيعه وطبيعته القانونية وتمييزه عما يشتبه به وآثاره , وكذلك بيان

تصفية عقد التزام المرافق العامة عند إسقاطه , كما يُعنى هذا البحث ايضاً بدراسة ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , من خلال دراسة الضمانات السابقة على توقيع هذا الجزاء والمتمثلة بالضمانات الاجرائية وايضاً الموضوعية , والضمانات اللاحقة على توقع هذا الجزاء المتمثلة بالرقابة القضائية على هذا الجزاء .

خامساً ـ هيكلية البحث :

من اجل تغطية هذا البحث والإلمام بموضوعه وتحقيق الموازنة بين محتوياته , فقد ارتأينا تقسيمه على ثلاثة فصول : الاول لماهية عقد التزام المرافق العامة وسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي , وقد قسمناه على مبحثين : الاول لمفهوم عقد التزام المرافق العامة , والثاني لسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي .

أما الفصل الثاني , فخصصناه للتنظيم القانوني لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ قسمناه على مبحثين : الاول لمفهوم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني لأحكام جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

والفصل الثالث , فقد تضمن ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والذي قسمناه على مبحثين : الأول للضمانات السابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني للضمانات اللاحقة المتمثلة بالرقابة القضائية على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة . واخيراً تضمن هذ البحث خاتمة تناولنا فيها النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها في هذا البحث .

الفصـــــل الأول

ماهيـة عقـد التـزام المرافـق العامـة وسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

كما هو معروف أن العقود الادارية تنقسم على نوعين من العقود وهي : عقود غير مسماة التي لم يخصها القانون باسم معين ولم يتولى تنظيمها , وعقود مسماة التي خصها القانون باسم معين وتولى تنظيمها لشيوعها بين الناس , وما يهمنا هو النوع الثاني , أي تلك العقود التي لها نظام قانوني خاص , ومن ضمنها العقد الذي يُمنح بموجبه لشخص ما ادارة واستغلال وتسيير مرفق عام والذي يسمى بعقد التزام المرافق العامة .

لقد تعددت اساليب ادارة المرافق العامة , الا أن السلطة الادارية المختصة تملك حرية اختيار احد هذه الاساليب , فهي سلطة تقديرية تمارسها الادارة حسبما يتراءى لها مناسباً وطبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق وكذلك ظروف استغلاله وتسييره على اكمل وجه وفق مقتضيات المصلحة العامة , كما أن اتباع اسلوب التزام المرافق العامة لا يعني أن تتخلى الدولة عن المرفق العام وعدم ممارسة أي رقابة فنية أو ادارية أو قانونية على ذلك المرفق , فالإدارة المانحة للالتزام تقوم بمباشرة قدر من الرقابة الذي يضمن تنفيذ حامل الالتزام لالتزاماته بموجب القانون أو العقد , ويكفل حصول المنتفعين على خدمات ذلك المرفق , والجهة الادارية التي تكون طرفاً في عقد التزام المرافق العامة تمثل المصلحة العامة بينما الطرف الثاني في العقد (الملتزم) يمثل مصلحة خاصة فاذا تعارضت هاتان المصلحتان فأن الأولوية تكون للمصلحة العامة , ولما كان الهدف من ابرام عقد التزام المرافق العامة هو لتحقيق المصلحة العامة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد , ولتحقيق هذا الهدف يجب على الملتزم أن ينفذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الالتزام ولا يمكن أن يتحلل من التزاماته إلا في احوال خاصة , وهذا ادى إلى الاعتراف للإدارة بسلطة خطيرة وحازمه في مواجهة الملتزم , وهي سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها .

سلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية بإرادتها المنفردة تُعدّ من المبادئ العامة في العقود الادارية وخاصية من الخصائص الميزة لها , وهي تتمتع بها حتى لو لم ينص عليها العقد , كما أن هذا الحق يُعدّ من النظام العام ؛ إذ لا يجوز التنازل عنه بموجب نص في العقد , ولا تملك الادارة التنازل عنه مقدماً , كما أن هنالك خلافاً حول تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها بما فيها جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة . وعلى هذا الاساس نتطرق إلى التنظيم القانوني لعقد التزام المرافق العامة , ومدى تملك الادارة المانحة للالتزام سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم معها ؛ لذا نقسم هذا الفصل على مبحثين : الاول لمفهوم عقد التزام المرافق العامة , والثاني لسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي وكما يلي :

المبحث الأول

مفهـوم عقـد التـزام المرافـق العامــة

يحتل موضوع عقد التزام المرافق العامة مكانة متميزة في دراسة القانون الاداري , وهي مكانة تزداد اهميتها حسب اتباع النظام السياسي والاقتصادي ؛ إذ نال هذا العقد اهتمام كبير من رجال القانون والادارة , واختلف هذا الاهتمام تبعاً للأفكار السياسية والاقتصادية التي يؤمنون بها .

الفكرة العامة لهذا العقد تقوم على اساس أن تعهد الادارة إلى شخص معين بإدارة وتشغيل مرفق عام معين على نفقته وتحت مسؤوليته ولمدة محددة ؛ لغرض تقديم الخدمات للمنتفعين بهذا المرفق , وهذا العقد يُعدّ واحداً من الاساليب والوسائل العديدة التي تستعملها الادارة في ادارة وتسيير دفة المرفق العام , لذا لابد من التطرق إلى عقد التزام المرافق العامة ومعرفة خصائصه وذاتية هذا العقد . وتأسيساً على ما تقدم نقسم هذا المبحث على مطلبين : الاول لمدلول عقد التزام المرافق العامة , والثاني لذاتية عقد التزام المرافق العامة .

المطلب الأول

مدلول عقـد التـزام المرافــق العامــة

يُعدّ عقد التزام المرافق العامة من العقود المسماة , كما يُعدّ من اهم الطرق التي قد تلجأ اليها الدولة لإدارة وتسيير مرافقها العامة , وذلك من خلال التعاقد مع شخص من اشخاص القانون الخاص ليقوم بهذه المهمة بدلاً عنها , ولمعرفة معنى عقد التزام المرافق العامة لابد من التطرق إلى التعاريف التي وضعت لهذا العقد ومعرفة طبيعته القانونية , والوقوف على الخصائص التي يتمتع بها ؛ لذا نقسم هذا المطلب إلى معنى عقد التزام المرافق العامة (الفرع الاول) , والى خصائص هذا عقد التزام المرافق العامة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

معنى عقد التزام المرافق العامة

تعددت وتنوعت التعاريف التي وضعت لعقد التزام المرافق العامة , فبعض القوانين والقضاء والفقهاء قد عرفوا هذا العقد وبينوا شروطه , طبيعته القانونية ,احكامه وآثاره ؛ لذا سنبين في هذا الفرع التعاريف التشريعية والقضائية والفقهية لعقد التزام المرافق العامة (اولاً) , ثم نتطرق إلى النظريات والافكار التي قيلت في طبيعته القانونية (ثانياً) , وعلى النحو الآتي :

أولاً- تعريف عقد التزام المرافق العامة :

ان تعريف عقد التزام المرافق العامة لم نجده في التشريعات وحسب , وانما عرفه قضاء بعض الدول المقارنة في الكثير من احكامه , وايضا نال هذا العقد اهتمام الكثير من الفقهاء ؛ اذ عرفوه وبينوا احكامه وآثاره . لذا سنتطرق الى تعريفه التشريعي والقضائي والفقهي , وعلى النحو الآتي :

1- التعريف التشريعي لعقد التزام المرافق العامة :

إن غياب تعريف لعقد التزام المرافق العامة من قبل القوانين الادارية , لم يمنع ذلك من أن تتولى القوانين المدنية تعريف هذا العقد , بعدّه احد اهم انواع العقود المسماة , إذ جاءت هذه التعاريف مؤكدة على عدد من العناصر الرئيسية المكونة لماهية وطبيعة عقد التزام المرافق العامة .

في فرنسا , يُسمى هذا النوع من العقود بموجب القانون الفرنسي الصادر عام 1993 بعقود تفويض المرفق العام , وتتكون هذه العقود من عقد التزام المرافق العامة وعقد امتياز المرفق العام وعقد مشاطرة الاستغلال , ونظرا لحداثة وغموض تعبير تفويض العقود , فأنه لم يكن في وسع القضاء والتشريعات الفرنسية تعريفه[1] , وبالرغم من عدم وجود تعريف تشريعي في فرنسا لهذا العقد , ولكن هذا لا يعني عدم وجود لعقد التزام المرافق العامة في هذه الدولة ؛ إذ ان القانون الفرنسي الصادر في 1970/12/31 فتح الابواب للإدارة لاستعمال عقد التزام المرافق العامة في مجال المستشفيات العامة , وتبعه في ذلك المرسوم الصادر في 1974/5/12[2] .

وفي مصر , جاء قانونها المدني رقم 131 لسنة 1948 ليعرف عقد التزام المرافق العامة بانه : " عقد الغرض منه ادارة مرفق ذي صفة اقتصادية , ويكون هذا العقد بين جهة الادارة المختصة بتنظيم المرفق وبين فرد أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفق لفترة معينة من الزمن "[3] .

يتضح لنا من هذا التعريف , أنه جاء خالياً من الاشارة إلى التزام المتعاقد ببناء الانشاءات الضرورية واللازمة للمرفق العام , وبذلك يكون قد خلط بين هذا العقد وعقد امتياز المرافق العامة. فضلاً عن القانون المدني نظم المشرع المصري عقد التزام المرافق العامة بالقانون رقم 192 لسنة 1947 والقانون رقم 61 لسنة 1958 , وقد تم تعديل هذين القانونين بقانون رقم 100 لسنة 1996 المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر[4] ؛ إذ نص قانون رقم 100 لسنة 1996 على : " يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين والاجانب لإنشاء وادارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز "[5] .

وفي الجزائر , نجد أن القانون المدني الجزائري رقم 58 لسنة 1975المعدل لم يتضمن أي اشارة لعقد التزام المرافق العامة , وكذلك الحال بالنسبة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-147 لسنة 2015, تاركاً الامر إلى التشريعات الاخرى ؛ إذ انَّ هذه التشريعات والقضاء الجزائريين قد خلطا بين هذا العقد وعقد امتياز المرافق العامة . قانون المياه الجزائري رقم 17 لسنة 1983 عرفه بأنه : " عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه شخصاً اعتبارياً قصد ضمان اداء الخدمات لصالح العام , وعلى هذا الاساس لا يمكن ان

1() د. مهند مختار نوح , الايجاب والقبول في العقد الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , سوريا , 2005 , ص201.

2() د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2003 , ص32 .

3() المادة (668) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .

4() د. جابر جاد نصار , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2002 , ص76 .

5() د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , دار الجامعة الجديدة , الطبعة الاولى , مصر , 2013 , ص49-50 .

يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية "[1] . وإن هذا التعريف نجده قد اشترط ان يكون الملتزم شخصاً معنوياً فقط , وهذا لا مبرر له ؛ إذ لا ضير من أن يكون الملتزم ايضاً شخصاً طبيعياً أو معنوياً .

وفي الامارات , قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 المعدل نجده قد ساير القانون المدني الجزائري بالاتجاه نفسه من حيث عدم الاشارة إلى عقد التزام المرافق العامة , وهذا بحسب رأينا يعد نقصاً تشريعيا على المشرع تلافيه وكذلك الحال بالنسبة للقانون الاتحادي رقم 19 لسنة 2018 بشأن الاستثمار الاجنبي المباشر , والدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 المعدل عرف بشكل عام العقد الاداري بأنه : " مستند قانوني ثبوتي لعلاقة تمت بين الجهة الحكومية والمورد أو المقاول , سواء لتقديم خدمات أو تنفيذ اعمال أو توريد مواد واصناف "[2] , ووفقاً للنصوص الدستورية في دولة الامارات العربية المتحدة , فأن ادارة وتنظيم واستغلال المرافق العامة لا تدخل في اختصاص دولة الاتحاد , وانما تخضع للقوانين المحلية بكل امارة على حدة[3] .

أما في العراق , فعلى عكس القانون المدني الجزائري والاماراتي , جاء القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ليتناول عقد التزام المرافق العامة بعدّه من العقود المسماة , ونظم احكامه في المواد (891 إلى 899) , وعرفه بأنه : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون "[4] .

ما نلحظه على هذا القانون أنه جاء طبق الاصل للقانون المدني المصري من حيث تعريفه لعقد التزام المرافق العامة , وبالتالي فأن المشرع المدني العراقي قد وقع بالانتقادات نفسها التي وجهناها إلى المشرع المدني المصري عند تعريفه لهذا العقد ,كما يتضح الينا ايضاً أن المشرع العراقي لم يتناول عقد التزام المرافق العامة غير القانون المدني , وحتى بالنسبة لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 , فانه لم يشير فيها لأي نوع من انواع العقود الادارية , وإن ذلك برأينا يعد نقصاً تشريعياً على المشرع العراقي تلافيه , لاسيما انفتاح العراق على العالم خاصةً بعد سقوط النظام البائد عام 2003 واتجاهه نحو تبني الاقتصاد الحر واطلاقه الحملات للبناء واعادة الاعمار .

إن من اهم تطبيقات عقد التزام المرافق العامة في العراق هو عقود التراخيص النفطية التي تبرمها الدولة مع الشركات الاجنبية للتنقيب عن النفط واستخراجه ضمن مناطق محددة ولمدة معينة في العقد , وهذه العقود قد عُرفت في مدة ما قبل تأميم شركات النفط في العراق عام 1972 , وبعد سقوط النظام البائد عام 2003 وصدور امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم 65 لسنة 2004 الذي انشأ بموجبه المفوضية العراقية للاتصالات والاعلام , وقد انيط بها اختصاص منح العقود والتراخيص المتصلة بخدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية والبث في العراق , واستناداً لهذا فقد تم منح التزامات خدمة الهاتف النقال في العراق إلى عدة

---

(1) المادة (21) من قانون المياه الجزائري رقم 17 لسنة 1983 المعدل .

(2) المادة (1) الفقرة (13) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008

(3) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , دار القلم , امارة دبي , بلا سنة للنشر , ص114 .

4() المادة (891) الفقرة (1) من القانون المدني العراق رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

شركات من القطاع الخاص ابرزها عقود الالتزام المبرمة مع كل من شركة زين وشركة اسيا سيل[1].

2- التعريف القضائي لعقد التزام المرافق العامة :

أما موقف القضاء من تعريف عقد التزام المرافق العامة , فنجد أن القضاء الفرنسي لم يورد تعريفاً محدداً لعقد التزام المرافق العامة وانما اكتفى بذكر معايير وضوابط العقد الاداري والتي تميزه عن العقود المدنية الخاصة , ويبرر (الدكتور وليد حيدر جابر) ذلك بأن القضاء الفرنسي قد استند إلى تعاريف الفقهاء امثال (هوريو وجيز) لتحديد المقصود بعقد التزام المرفق العام , كما ان القضاء الفرنسي لم يعد يقصر عقد الالتزام على المرافق العامة الاستثمارية ؛ بل اصبح وسيلة للإدارة المرافق العامة الادارية طالما ان التفويض في الادارة لا يتعارض مع طبيعة النشاط أو ارادة المشرّع , فقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Therond) الصادر في 1910/3/4 يشكل اول تطبيق للالتزام كوسيلة لإدارة المرافق العامة الادارية وتكرر هذا الاجتهاد في قضية (Peyrot) في عام 1963[2] .

والقضاء المصري لم يلتزم الصمت في تعريف هذا العقد مثلما فعل القضاء الفرنسي , بل جاءت الكثير من الاحكام القضائية المصرية متضمنة تعريفاً لهذا العقد , ومنها المحكمة الادارية العليا , حيث عرفته في حكمها الصادر في 1990/2/20 بأنه : " ... ان التزام المرفق العام ليس الا عقداً ادارياً يتعهد احد الافراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الادارية طبقاً للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الارباح فالالتزام عقد اداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه ادارة المرفق العام ولا يكون الا لمدة محددة... "[3] .
إن القضاء المصري نجده قد سار على عكس القانون المدني المصري , حيث جاء في حكمه ان عقد الالتزام يشمل مرفقاً عاماً ولم يحدد مرفقاً معيناً بذاته .

مجلس الدولة الجزائري في حكمه المرقم 11950 الصادر في 2004/3/9 في قضية شركة المسافرين (سريع جنوب) قد عرف عقد التزام المرافق العامة بأنه : " ... عقد اداري تُمنح بموجبه سلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي , وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع اتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه ... "[4] . إن مجلس الدولة الجزائري نجده قد فعل حسناً حينما شمل الاشخاص الطبيعية والمعنوية من أن تكون طرفاً في عقد التزام المراق العامة .

أما موقف القضاء الاماراتي من تعريف عقد التزام المرافق العامة فنجده على عكس القضاء المصري والجزائري ؛ إذ لم يرد في احكامه أي تعريف لهذا العقد , ونبرر ذلك بالقول هو أن القضاء الاماراتي لم يُعرض

---

(1) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , دار الحقانية , الطبعة الاولى , مصر , 2016 , ص269 .
2() د. وليد حيدر جابر , طرق ادارة المرافق العامة , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2009 , ص13 .
3() حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 397 الصادر في 1990/2/20 , حكم اشار اليه د. محفوظ علي تواتي , فكرة العقود الادارية بتحديد القانون , بحث منشور في مجلة الجامعة الاسمرية , العدد 23 , السنة 11 , ص341 .
(4) حكم مجلس الدولة الجزائري رقم 11950 الصادر في 2004/3/9 , حكم منشور في مجلة مجلس الدولة الجزائري , عدد4 , السنة 2004 , ص57 .

عليه لحد الآن قضية تخص هذا العقد تستوجب وضع تعريف له .

والقضاء العراقي لم يُورد في احكامه تعريفاً محدداً لهذا العقد , وانما اكتفى ببيان عناصر المرفق العام , فقد اوضحت محكمة التمييز الاتحادية عناصر المرفق العام في حكمها الصادر في 1978/4/20عندما نصت على " ... والمرافق العامة هو مشروع تديره جهة الادارة أو تنظمه أو تشرف على ادارته ويقصد به اداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام , وليس المقصود اساساً من المرفق العام هو الحصول على ربح ... "[1] .

3- التعريف الفقهي لعقد التزام المرافق العامة :

أما التعاريف الفقهية لعقد التزام المرافق العامة , فقط اطلق عليه (الدكتور سليمان محمد الطماوي) تسمية عقد امتياز ويعرفه بانه : " عقد اداري يتولى الملتزم , فرداً كان أو شركة , بمقتضاه وعلى مسؤوليته ادارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الاساسية الضابطة لسير المرفق العام فضلاً عن الشروط التي تضمنها الادارة عقد الامتياز "[2]

ما نلحظه على هذا التعريف أن الدكتور سليمان محمد الطماوي قد خلط بين عقد التزام المرافق العامة وبين عقد امتياز المرافق العامة هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ان هذا التعريف قد جاء خالياً من صفة التوقيت التي تُعدّ من اهم الخصائص التي يتمتع بها هذا العقد .

بعضهم الآخر يعرفه بأنه : العقد الذي يفرض على شركة أو فرد تقديم خدمات عامة على نفقتهم , مع أو بدون دعم ومع أو بدون ضمان المصلحة , ويكافأ الملتزم عند استغلال وادارة المرفق العام واداء الخدمات العامة من خلال اعطاء الحق له في فرض الرسوم على المستخدمين أو المستفيدين من الخدمات العامة[3] .

ويتضح لنا من هذا التعريف أنه قد ركز على صفة الملتزم فقط وحدده بأنه (فرد أو شركة) , دون التطرق إلى الادارة المانحة للالتزام التي تُعدّ الطرف الاهم في عقد التزام المرافق العامة , كما أن هذا التعريف جاء خالياً من الاشارة إلى صفة التوقيت التي يمتاز بها هذا العقد .

ومما تقدم نستطيع تعريف عقد التزام المرافق العامة بأنه : عقد اداري يتم ابرامه بين الادارة وبين شخص طبيعي أو معنوي لمدة محددة من الزمن , يُمنح المتعاقد من خلاله الحق في اقامة الاعمال الاولية اللازمة للمرفق العام من امواله وادارته واستغلاله على مسؤوليته , مقابل رسوم يستحصلها من المنتفعين بخدمات المرفق , وبعد انقضاء مدة العقد يلتزم المتعاقد بإعادة المرفق مع انشاءاته الاولية إلى الادارة المانحة للالتزام .

ثانياً- الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة :

تباينت النظريات واختلفت الآراء في تكييف عقد التزام المرافق العامة , وسنتطرق لهذه النظريات والآراء على النحو الآتي :

1() حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 336/ حقوقية / الصادر في 1978/4/20 , حكم منشور في النشرة القضائية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية العراقية , العدد الرابع , السنة الرابعة , 1978 , ص153 .

2() د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , دار الفكر العربي , الطبعة الخامسة , مصر , 2011 , ص106 .

(3) Hasna El Anebri , Concepts de partenariat public prive et de gestion delequee etude comparative Recherche public , Revue economic gestion et societe , Nu. 6 , 2016 , P.5 .

1- عقد التزام المرافق العامة هو قرار اداري :

فقد تبنى الفقه الالماني التقليدي نظرية القرار الاداري ؛ إذ عدوا عقد التزام المرافق العامة قرار اداري يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة بما لها من سلطة امرة , ويكون الملتزم مخيراً في قبول ذلك الامر , فله أن يرفض أو ان يقبل الشروط التي تم وضعها من قبل الادارة , وهذا يحقق اعتبارات المصلحة العامة ؛ لأنه يسمح لها بتعديل قواعد واحكام الالتزام دون الحاجة إلى موافقة الملتزم وفي أي وقت[1] .

بدورنا نرى ان هذه النظرية قد جعلت التزام المرافق العامة قرار اداري , في حين انه عقد اداري يتم ابرامه بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم لفترة محددة من الزمن .

2- عقد التزام المرافق العامة هو عمل قانوني صادر من جانب واحد :

مفاد هذه النظرية : إن عقد التزام المرافق العامة هو عمل قانوني صادر من جانب واحد وهو الادارة المانحة للالتزام , وان الملتزم لا يستمد حقوقه من عقد يبرمه مع الادارة المانحة للالتزام , وليس للملتزم الحرية أو الحق في مناقشة بنود الالتزام وانما للملتزم ان يقبل أو يرفض الوثيقة التي تصدرها الجهة الادارية بإرادتها المنفردة[2] , ولقد أُنتقدت هذه النظرية ؛ لأنها تقوي مركز الادارة المانحة للالتزام , بينما تُضعف مركز الملتزم ؛ إذ تُخول للإدارة الحق في أن تتدخل وفي أي وقت لتعديل شروط الالتزام , وفي ذات الوقت تغفل وبشكل كبير نصيب الملتزم في ابرام عقد الالتزام اغفالاً لا يتناسب مع الدور الذي يقوم به والنفقات والجهود التي يبذلها في سبيل المرفق العام[3] , لذلك فأن هذه النظرية تنكر دور الملتزم في ابرام عقد التزام المرافق العامة ودوره في تحديد شروط هذا العقد .

3- عقد التزام المرافق العامة هو عقد ذات طبيعة تعاقدية :

هذه النظرية نادى بها الفقه الفرنسي خلال القرن التاسع عشر وايضاً في مصر في اوائل القرن العشرين , وهذه النظرية مفادها أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد مدني إذ انه عبارة عن عملية تعاقدية بين الادارة والملتزم تُتيح للملتزم وضع يده على المال العام واستحصال الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العام ولمدة محددة[4] . ولقد برر اصحاب هذا الرأي الشروط التنظيمية في هذا العقد ؛ إذ قالوا أن هذه الشروط تتحول إلى شروط عادية بمجرد موافقة الملتزم على دفتر الشروط المُعد من قبل الادارة , وبذلك تتحول طبيعتها من تنظيمية إلى طبيعة تعاقدية . أما فيما يخص العلاقة بين الملتزم والمستفيد فقد ذهبوا إلى القول بأن هذه العلاقة هي اشتراط لمصلحة الغير ؛ إذ انَّ الادارة المانحة للالتزام هي المُشترط أما الملتزم فهو المتعهد , والمستفيد هو الغير الذي تشترط الادارة المانحة للالتزام لمصلحته في عقد التزام المرافق العامة[5] , وقد تعرضت هذه النظرية إلى

1() د. مصطفى ابو زيد فهمي , الوسيط في القانون الاداري , دار الجامعة الجديدة , الطبعة الاولى , مصر , 2005 , ص383 .

2() د. جابر جاد نصار , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام , المصدر السابق , ص38 .

3() د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2012, ص25.

4() د. علي خطار شطناوي , مبادئ القانون الاداري الاردني , الكتاب الثاني , المطبعة الجامعية الاردنية , الطبعة الاولى , الاردن , 1996 ص200 .

5() شيت مصطفى خضر , ابرام عقد التزام المرفق العام وتنفيذه , رسالة ماجستير , كلية القانون والسياسة , جامعة صلاح الدين - اربيل , العراق , 2009 , ص30 .

انتقادات شديدة من قبل فقهاء القانون الاداري منهم (جيز وهوريو و ديجي) ؛ إذ قالوا أن هذا الرأي يؤدي إلى أن الادارة لا تستطيع أن تقوم بتعديل الشروط التنظيمية التي تتعلق بتنظيم وادارة المرفق العام ولا تستطيع أن تغير من الاسعار عند ظهور مستجدات جديدة الا بموافقة الملتزم وهذا غير منطقي ويتنافى مع طبيعة هذا العقد وطبيعة المرافق العامة والمبادئ الضابطة لها لاسيما مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير[1] , ومن جانب اخر لا يمكن تكييف علاقة المنتفع بخدمات المرفق العام مع الملتزم بانها اشتراط لمصلحة الغير ؛ لأن لهذه النظرية اسس وقواعد وشروط واضحة في القانون المدني ولا تنطبق على علاقة الملتزم مع المنتفعين بخدمات المرفق العام ؛ إذ من الصعوبة تعيين واختيار المنتفعين بذواتهم لانهم كُثر , وهذا ما يتطلبه الاشتراط لمصلحة الغير في تحديد الغير بشخصه وذاته[2] .

4- عقد التزام المرافق العامة هو عقد ذات طبيعة مختلطة :

تبنى جانب من الفقه نظرية الطبيعة المختلطة لعقد التزام المرافق العامة , فقد سادت هذه النظرية الفقه الفرنسي ومصدرها تقرير المفوض (بلوم) ؛ إذ ذهب إلى القول بان عقد التزام المرافق العامة له طبيعة مزدوجة ويتكون من مظهرين : مظهر تعاقدي يتمثل في العلاقة بين الملتزم والادارة المانحة للالتزام , ويكون الالتزام هنا عقداً ومظهراً تنظيمياً يتمثل في العلاقة بين المرفق العام والمنتفعين بخدماته , وبذلك فأن الالتزام هنا هو قرار تنظيمي اداري[3] , وان هذه النظرية ايضاً لم تسلم من النقد ؛ لأن الطبيعة التعاقدية بين الادارة والملتزم تجعل تعديل المرفق العام امراً قابلاً للتفاوض ولابد من موافقة الطرفين , وبذلك يقترن هذا الرأي مع الرأي السابق , ومن جانب اخر ان المنتفع وفق هذه النظرية هو في مركز تنظيمي , وهذا لا ينسجم مع ما هو قائم فعلاً إذ أن انشاء المرفق العام وتنظيمه وتعديله يبقى من اختصاص الادارة , وليس محلاً للتعاقد[4] .

5- عقد التزام المرافق العامة هو عقد ذات طبيعة مركبة :

هذه النظرية نادى بها كل من (الفقيه ديجي والفقيه شارفاش توريجان وآخرون) , وفحوى هذه النظرية أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد مركب , وبعض شروط هذا العقد ذات طبيعة تعاقدية , وبعضها الآخر ذات طبيعة تنظيمية , بحسب ما يرى الفقيه(ديجي) , انّ عقد التزام المرافق العامة يعدّ ذا طبيعة مختلطة تعاقدية وتنظيمية معاً , فمن زاوية الشروط التنظيمية , فأن الالتزام بالنسبة للملتزم يصبح عملاً شرطياً يوافق عليه مقابل السهر على ادارة وتسيير المرفق العام في ظل القواعد المنظمة والتي تستطيع الادارة المانحة للالتزام تغييرها في كل وقت , ومن زاوية الشروط التعاقدية فأنها تضع الملتزم في مركز قانوني شخصي لا يمكن للإدارة المساس به لأنه يشمل المزايا المالية التي تحدد التوازن المالي للعقد[5] ,

أما بحسب ما يرى الاستاذ (شارفان توريجان), فأن عقد التزام المرافق العامة ذو طبيعة مختلطة فهو يتبع

---

(1) د. علي خطار شطناوي , مبادئ القانون الاداري الاردني , المصدر السابق , ص200 .
(2) د. محمد علي آل ياسين , القانون الاداري - المبادئ العامة في نظرية المرفق العام , المكتبة الحديثة , لبنان , بلا سنة للنشر , ص83 .
(3) د. مطيع علي حمود جبير , العقد الاداري بين التشريع والقضاء , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2006 , ص152 .
(4) د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , المصدر السابق , ص28 .
(5) د. مصطفى ابو زيد فهمي , الوسيط في القانون الاداري , المصدر السابق , ص326 .

كل من القانون الخاص والقانون العام ؛ لأنه يحتوي على شروط معروفة في القانون (تنظيمية) , وشروط معروفة في القانون الخاص (تعاقدية)[1] .

ونحن نميل إلى رأي الفقيه (ديجي) ؛ وذلك لأنه خلافاً للأستاذ (شارفاش توريجان) ؛ إذ وفق بين مصلحتين متعارضتين يقوم عليهما عقد التزام المرافق العامة , فالمصلحة الاولى : هي مصلحة الملتزم الذي تحمل عبء ادارة وتشغيل المرفق العام محل عقد الالتزام, لذا ينبغي حماية هذه المصلحة عن طريق رابطة تعاقدية تجمعه مع الادارة المانحة للالتزام , والمصلحة الثانية : هي مصلحة الادارة المانحة للالتزام , والتي تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة , والتي ينبغي حمايتها عن طريق السلطات الممنوحة للإدارة المانحة للالتزام في تعديل شروط العقد المتعلقة بسير المرفق العام وتنظيمه , وان عقد التزام المرافق العامة وفق هذه النظرية يحتوي على نوعين من الشروط :

1- شروط تنظيمية : وهي البنود التي يرتبط بها الملتزم , ولا تستمد قوتها من رضاه وانما من سلطة الادارة في تنظيم المرفق العام ؛ أي من السلطة التنظيمية للإدارة[2] , ويمكن تعديل هذه الشروط بالإرادة المنفردة للإدارة المانحة للالتزام مع مراعاة المصلحة العامة , وضمان تعويض الملتزم عما يصبه من اضرار نتيجة هذا التعديل[3] .

2- شروط تعاقدية : وهي المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والتزامات شخصية , وتحكم هذه الشروط قاعدة العقد شريعة المتعاقدين , ومن هذه الشروط : الشروط المتعلقة بكل ما يتصل بالتوازن المالي لعقد الالتزام مدة الالتزام , المزايا المالية المقررة لصالح الملتزم , كما تحدد هذه الشروط حقوق والتزامات كل من طرفي هذا العقد , ولا يجوز تعديل هذه الشروط التعاقدية الا باتفاق ارادة طرفي العقد[4] .

بدورنا نرى أن عقد التزام المرافق العامة , هو عقد ذو طبيعة مركبة ؛ إذ انه يحتوي على نوعين من الشروط شروط تعاقدية وشروط تنظيمية , فمن ناحية الشروط التعاقدية فأنه لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام تعديلها أو الغائها بإرادتها المنفردة ؛ وانما لابد من موافقة الملتزم معها على التعديل , وتخضع هذه الشروط لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) , ومن ناحية الشروط التنظيمية فأنه في وسع الادارة المانحة للالتزام تعديلها أو الغائها بإرادتها المنفردة , وبدون موافقة الملتزم متى ما اقتضت المصلحة العامة ذلك , مع ضمان تعويض الملتزم عما يصيبه من اضرار نتيجة تعديل هذه الشروط .

الفرع الثاني

خصائص عقد التزام المرافق العامة

إن عقد التزام المرافق العامة يتمتع بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن بقية العقود والتصرفات

---

(1) د. سعيد السيد علي , اسس وقواعد القانون الاداري , دار الفكر العربي , الطبعة الاولى , مصر , 2007 , ص260 .

(2) Georges Vedel , Pierrer Delvolve , Droit administratif , Presses universitaires de France , Partie 2 , France , P.57.

(3) د. جابر جاد نصار , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام , المصدر السابق , ص80 .

(4) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2009 , ص93 .

القانونية الاخرى , من خلال أنه عقد اداري (اولاً) , فضلاً عن اتصاله بإدارة وتسيير مرفق عام (ثانياً) , والشكلية التي يتمتع بها (ثالثاً) , وانه محدد المدة (رابعاً) .

أولاً- انه عقد إداري :

تعد نظرية العقد الاداري من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الاداري بالقياس الى المواضيع الاخرى كالقرار الاداري والضبط الاداري , ففي فرنسا يُعد عقد التزام المرافق العامة عقد اداري يربط بين سلطة ادارية تسمى بالسلطة المانحة للالتزام وتتمتع بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من اشخاص القانون العام , وبين احد الاشخاص , ويُصنف عقد التزام المرافق العامة ضمن طائفة العقود الادارية ؛ وذلك لاحتوائه على كافة شروط اعتبار العقد اداري من حيث وجود الشخص العام دائماً طرف فيه فضلاً عن اتصاله اتصالاً مباشراً بإدارة مرفق عام , واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[1] .

وفي مصر , فأن عقد التزام المرافق العامة عُدَّ في بداية الامر عقداً مدنياً حتى الربع الاول من القرن العشرين , وإن اول من اقر بالاتجاه الجديد وهو عدّه عقداً ادارياً كان حكم محكمة الاسكندرية المختلطة الصادر في 1928/12/29 , واستقر القضاء المصري بعد ذلك على السير في هذا الاتجاه [2] , كما ان المحكمة الادارية العليا قد سارت بالاتجاه نفسه في حكمها الصادر في 1990/2/20 الذي جاء فيه : " ... ان التزام المرفق العامة ليس الا عقداً ادارياً...فالالتزام عقد اداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه ادارة المرفق العام ... "[3] .

وفي الجزائر , كان مجلس الدولة الجزائري قد اكد على أن هذا العقد هو عقد اداري وذلك في حكمه رقم 11950 الصادر في 2004/3/9 في قضية شركة نقل المسافرين (سريع جنوب) الذي جاء فيه : " ... حيث أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد اداري ... "[4] .

وفي الامارات , قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها المرقم 3 الصادر في 1976/4/7 بأن : " ... إن المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد , بل في موضوع العقد نفسه بأن يتصل بإدارة مرفق عام , وان تظهر الادارة نيتها في الاخذ في شأنه بأسلوب القانون العام , بأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ... "[5] . من خلال هذا الحكم يتضح لنا بأن عقد التزام المرافق العامة في دولة الامارات العربية المتحدة هو عقد اداري ؛ لأنه يتصل بإدارة تسيير مرفق عام ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

أما في العراق , فلا يوجد تعريف قضائي لعقد التزام الرفق العام ؛ إذ اكتفى القضاء العراقي في بيان الاسس

1() د. نسيغة فيصل , عقد الامتياز في المرافق العمومية المحلية , بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية جامعة محمد خيضر بسكرة , العدد 31/30 , 2013 , ص225-226 .

2() د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص107-108 .

3() حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 397 الصادر في 1990/2/20 , حكم اشار اليه د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , المصدر السابق , ص21 .

(4) حكم مجلس الدولة الجزائري رقم 11950 الصادر في 2004/3/9 , حكم منشور في مجلة مجلس الدولة الجزائري , العدد4 , السنة 2004 , ص57 .

(5) حكم المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية رقم 3 الصادر في 1976/4/7 , حكم اشار اليه عليوة مصطفى فتح الباب , المدخل إلى القانون الاداري , دار القضاء , امارة ابو ظبي , الطبعة الثانية , 2013 , ص90 .

المعتمدة في تمييز العقود الادارية عن غيرها , ففي قرار لمحكمة التمييز الصادر في 1967/4/27 , اعتمدت المحكمة على معيار المرفق العام كأساس لتمييز العقد الاداري عن غيره[1] , وفي حكم اخر لها صادر في عام 1967/7/25 الذي جاء فيه " ... ان العقد الذي تعقده الادارة مع المقاول من اجل انشاء مرفق عام وتجري على اسلوب القانون العام ... هو عقد اداري يتميز عن العقود المدنية بما يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى ... "[2] .

وبدورنا نرى أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد اداري , ولا خلاف في ذلك ؛ لأنه عقد يستهدف تأمين تشغيل وادارة مرفق عام , ويخضع لنظام قانوني خاص , ويشكل نموذجاً للعقود الادارية المسماة .

ثانياً- انه يتضمن إدارة مرفق عام :

في عقد التزام المرفق العام يعهد إلى شخص طبيعي أو معنوي ادارة مرفق عام , وهذا يعني أن موضوع عقد الالتزام هو نشاط مرفق عام , والقضاء الاداري تردد كثيراً في اعطاء صفة المرفق بالنسبة لبعض الانشطة كتلك التي تتعلق بالسينما أو المسرح , لذلك لا نكون بصدد هذا العقد الا إذا اخذ النشاط موضوع العقد صفة المرفق العام ويتولى الملتزم في عقد التزام مرافق العامة ادارة وتسيير المرفق العام , ويناط به استثماره من دون أن يكون له الصفة الادارية , أو يشكل جزءاً من التنظيم الاداري للدولة , وإن ادارة الملتزم للمرفق العام لا تعني امتلاكه للمرفق العام ؛ وانما تعني تشغيله واستثماره , كما ان طبيعة وشروط عقد الالتزام تؤكد ذلك[3] .

أما نوع المرافق العامة التي يختص بها عقد الالتزام , فقد اختلفت قوانين الدول المقارنة والعراق في الاجابة على ذلك , فمثلاً القانون الفرنسي الصادر في 1970/12/31 فتح الابواب للإدارة لاستعمال عقد الالتزام في المرافق العامة الاقتصادية وكذلك الادارية في مجال المستشفيات العامة ثم تبعه في ذلك المرسوم الصادر في 1974/5/12[4] .

وفي مصر , على عكس فرنسا , فأن قانونها المدني قد نص في مادته 668 على : " التزام المرفق العام عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية... " . من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرّع المصري قد حصر عقد الالتزام بالمرافق الاقتصادية فقط دون غيرها.

وفي الجزائر , على عكس مصر , فأن التعليمة الوزارية رقم 842/3094 لسنة 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها لم تقصر عقد التزام المرافق العامة على نوع محدد من المرافق العامة ؛ إذ جاء فيها : " عقد تكلف بمقتضاه الجهة الادارية المختصة فرداً أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله له لمدة معينة من الزمن ..." , وإن هذه التعليمة الوزارية حينما عرضت مضمون عقد امتياز المرافق العامة , ذكرت عدة

---

(1) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 211/ حقوقية / الصادر في 1967/4/27, حكم منشور في مجلة القانون المقارن العراقية , العدد1 , ص183 .

2() حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 645/ حقوقية / الصادر في 1967/7/25, حكم منشور في مجلة القضاء العراقية , العدد2 , السنة 21 , ص50 .

3() عمار بوضياف , دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الادارة المحلية والقطاع الخاص , بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث البرلمانية , العدد 25 , 2010 , ص177 .

4() د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص32 .

مرافق تعدّ ادارية مثل , المصالح الجنائزية , المساحات الخضراء , الطرقات والشبكات المختلفة[1] .

وفي الامارات , على عكس فرنسا والجزائر , فالقانون الاتحادي رقم 19 لسنة 2018 بشأن الاستثمار الاجنبي المباشر قد نص على أنه : " يجوز الاستثمار الاجنبي المباشر وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون في جميع القطاعات والانشطة الاقتصادية بالدولة وفقاً لما يقرره مجلس الوزراء استثناءً من بعض احكام قانون الشركات والقوانين الاتحادية في الدولة ... "[2] . ويتضح لنا أن دولة الامارات العربية المتحدة قد حصرت الاستثمارات الاجنبية وبالتالي عقد الالتزام بالمرافق الاقتصادية فقط دون غيرها من المرافق العامة .

أما في العراق , على عكس فرنسا والجزائر , فأن القانون المدني العراقي في المادة 891 التي نصت على: " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية... " . كما ان قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل قد حصر ايضاً الاستثمار بالمرافق الاقتصادية دون غيرها , حيث نص على انه " المشروع : النشاط الاقتصادي المشمول بأحكام هذا القانون "[3] .

بدورنا نرى ان المرافق العامة التي تكون محل عقد الالتزام تتسم عادةً بالطابع الاقتصادي , والتي تكون خدماتها نظير رسم الامر الذي يشجع الافراد والشركات على ادارتها واستغلالها , ولا يمكننا تصور ان تعهد الادارة المانحة للالتزام الى ملتزم معين مهمة ادارة مرفق عام اداري لأن هذه المرافق لا تستهدف تحقيق الربح الذي هو المعيار المحرك للقطاع الخاص , لكن هنالك من يرى انه من الممكن ان يكون محل عقد الالتزام المرافق الادارية مثل الطرق والمستشفيات وغيرها .

ثالثاً- انه عقد شكلي :

الاصل في العقود الادارية هو اخضاعها لقاعدة الحرية , أي أن الادارة تستطيع التحلل من الشكل الكتابي للعقود الادارية , ولكن اتباع الشكلية تفرضها الطبيعة الذاتية لعقود التزام المرافق العامة ؛ إذ من الصعب جداً تصور هذا العقد بدون وثيقة كتابية تحدد حقوق والتزامات الملتزم وكيفية تصفية ذلك العقد عند انهاءه[4] , ولقد استقر فقهاء القانون الاداري على أن عقود التزام المرافق العامة هي عقود شكلية تحتاج إلى توثيقها ؛ لأن هنالك حقوق والتزامات على عاتق الطرفين , كما أن دفتر الشروط هو وثيقة مكتوبة , وبالنظر لأهمية وخصوصية هذا العقد فالكتابة شرط جوهري فيه لدرجة انه لا يمكن تصور عقد التزام غير مكتوب ؛ لأنه يحتاج إلى شكليات لإبرامه , منها موافقة السلطة الادارية المانحة في الابرام[5] , ويرى (امانديـن بوفير) إن عقد التزام المرافق العامة هو عقد مكتوب أما بصيغة العقود النموذجية التي يكون منصوص عليها مسبقاً في القانون , أو من قبل الادارة المانحة للالتزام ولا يمكن للملتزم التفاوض بهذه العقود فله أن يقبلها أو يرفضها , أو بصيغة تفاوضية

---

(1) بودياب بدرة هاجر , عقد الامتياز في ادارة المرفق العام , بحث منشور في موقع الجامعة الاخوة منتوري , كلية الحقوق , الجزائر , 2014 , ص11 .

(2) المادة (7) الفقرة (1) من القانون الاماراتي الاتحادي رقم 19 لسنة 2018 بشأن الاستثمار الاجنبي المباشر .

(3) المادة (1) الفقرة (سابعاً) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

4() د. داود عبد الرازق الباز , الادارة العامة (الحكومة الالكترونية) واثرها على النظام القانوني للمرفق العام واعمال موظفيه , مجلس النشر العلمي الجامعي , الطبعة الاولى , الكويت , 2004 , ص184 .

5() د. علي خطار شطناوي , مبادئ القانون الاداري الاردني , المصدر السابق , ص207 .

بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم الذي له حرية التفاوض حول اصلاح وتعديل محتوى العقد بعد موافقة الادارة المانحة للالتزام[1] .

بدورنا نرى أن الشكلية في عقود التزام المرافق العامة امراً ضرورياً ومهماً , وهذا ما تفرضه طبيعة هذا العقد , لما يتضمنه من حقوق والتزامات متبادلة ما بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم وحتى الغير , فالكتابة ضرورية في عملية اثبات الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها اطراف عقد التزام المرافق العامة . كما ليس هنالك ما يمنع من ان يكون عقد التزام المرافق العامة بصيغة مُعدة مسبقاً في القوانين أو الانظمة أو التعليمات أو من قبل الجهة الادارية المختصة .

رابعاً- انه عقد محدد المدة :

يُقصد بالمدة في عقد التزام المرافق العامة المدة الزمنية التي يتم منحها للملتزم لتسيير وادارة المرفق العام وهذه المدة غالباً طويلة نسبياً ؛ إذ لا يتصور أن ينعقد هذا العقد لبضعة شهور ؛ وانما يجب أن تكون هذه المدة كافية بان يقوم الملتزم باستهلاك ما نفقه في سبيل انشاء البناءات الاولية للمرفق العام , وادارته , واستغلاله وتحقيق فائض من الربح[2] , ويلتزم الملتزم في عقد التزام المرفق العام لمدة محددة , فهو ليس عقد ابدي وليس تنازلاً عن المرفق العام , وانما هو مجرد طريقة لتسيير هذا المرفق , وإن المدة هي من اهم العناصر المميزة لهذا العقد وغالباً ما تتسم هذه المدة بالطول نسبياً نظراً لطبيعة هذا العقد وما يترتب عليه من انفاق مبالغ كبيرة لتسيير وادارة المشروع , ويجب ان تكون كافية لتغطية نفقات المرفق العام والسماح للملتزم بالحصول على قدر كافي من الارباح [3] , ويرى (الدكتور محمد الشافعي ابو راس) - ونحن معه - من كون هذا العقد محدد المدة هو أن هذا العقد يقوم اساساً على تسيير وادارة وتشغيل المرفق العام ويستهدف تحقيق مصالح عامة , ومن ثم فأنه لا يكون من المناسب تأبيده أو أن يكون محدد المدة [4] .

في فرنسا , لا يقوم القانون على تحديد المدة في عقد التزام المرافق العامة ؛ وانما يفترض تحديد وتعيين المدة في هذا العقد و كما ان القانون الفرنسي لا يشترط أي شروط للمدة في عقد التزام المرافق العامة سوى ان لا تتجاوز المدة المعتادة لاستهلاك المنشآت , ويمكن أن تمنح بعض انواع الامتياز لمدة (5) سنوات[5] .

وفي مصر , القانون المصري رقم 129 لعام 1947 مدة الالتزام ثلاثين عاماً ؛ إذ نصت المادة الاولى منه على : " لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة " , وقبل صدور هذا القانون كانت مدة الالتزام في مصر تصل إلى قرن من الزمن , كما هو الحال في امتياز قناة السويس ؛ إذ كانت مدة الامتياز فيه (99) سنة[6] .

---

(1) Amandine Bouvier , Regards surle contrat franchise , These pour le doctorat , Universite montpellier France , 2015 , P.50-51 .

2() د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , المصدر السابق , ص37.

3() د. ماجد راغب الحلو , العقود الادارية , دار الجامعية للطباعة والنشر , الطبعة الاولى , لبنان , 2007 , ص38 .

4() د. محمد الشافعي ابو راس , القانون الاداري , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , بلا سنة للنشر , ص236 .

(5) د. محمد عبد اللطيف , تفويض المرفق العام , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2000 , ص26 .

6() د. سعيد السيد علي , اسس وقواعد القانون الاداري , المصدر السابق , 263 .

وفي الجزائر , التعليمة الوزارية رقم 842/3094 لسنة 1994 بشأن امتياز المرافق العامة وتأجيرها قد حددت مدة عقد امتياز المرافق العامة ما بين (30) إلى (50) سنة , على حين المادة (2) من امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوح لشركة الخليفة للطيران نصت على : " يمنح الامتياز لمدة عشر سنوات ابتداءً من تاريخ نشر المرسوم المصادق في الجريدة الرسمية " , وعليه فأن المدة في هذه العقود في الجزائر تختلف بحسب طبيعة المرفق العام محل العقد وظروف انشائه[1].

وفي الامارات , نجد أن تشريعاتها لم تشر إلى مدة العقود الادارية , تاركةً هذا الامر إلى العقد ذاته , والدليل أن قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997 , قد نص على أنه يتم تحرير العقد من قبل الدائرة , متضمناً اركان الاتفاق جميعها لاسيما مدة التنفيذ وموعد بدئها والتاريخ المقرر للتسليم ومكان التسليم[2] .

أما في العراق , فتارةً نجد ان القانون المدني لم يحدد حداً اقصى لمدة عقد التزام المرافق العامة , الا أن ذلك لا يعني انه عقد مؤبد , فقد نص هذا القانون على أن هذا العقد يجب أن يكون لمدة محددة من الزمن بمقتضى قانون[3] . وتارةً اخرى نجد ان قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 نص على حد اقصى لمدة هذا العقد ؛ اذ جاء ليحدد المشاريع الاستثمارية بمدة لا تزيد عن خمسين سنة[4] .

بدورنا نرى أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد مؤقت , أي محدد المدة , ونفضل أن يُترك تحديد هذه المدة للإدارة المانحة للالتزام بحسب طبيعة المرفق العام محل العقد , ونوع الخدمة التي يقدمها , وحجم المبالغ التي ينفقها الملتزم في سبيل ادارته وتسييره , كما نفضل أن تقتصر القوانين فقط على وضع حد اقصى لمدة هذا العقد ؛ بحيث لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام تجاوزها .

المطلب الثاني

ذاتيـــة عقـــد التـــزام المـــرافق العـــامة

بعد ان بينا عقد التزام المرافق العامة , هو عقد اداري يتم ابرامه بين الادارة المانحة للالتزام وبين شخص طبيعي أو معنوي , كما يعطي هذا العقد حقوقاً والتزامات لكل من طرفيه , وهذا قد يؤدي إلى التشابه مع عقود واساليب اخرى للتعاقد الاداري بالرغم من اختلافه معها في عدة مواضع , ومن جانب اخر يجدر بنا البحث عن الاحكام المهمة لهذا العقد , وسوف ننظر لهذه الاحكام من زاوية حقوق والتزامات كل من الادارة المانحة للالتزام والملتزم , لذا قسمنا هذا المطلب على فرعين : الاول لتمييز عقد التزام المرافق العامة عما يشتبه به , والثاني لأحكام عقد التزام المرافق العامة .

---

(1) بودياب بدرة هاجر , عقد الامتياز في ادارة المرافق العامة , المصدر السابق , ص14 .
(2) المادة (35) من قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997 .
3() المادة (891) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
4() المادة (10) الفقرة (ثالثاً) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

الفرع الأول

تمييز عقد التزام المرافق العامة عما يشتبه به

هنالك من الاساليب والعقود التي تحتوي على بعضٍ من شروط واثار عقد التزام المرافق العامة , وان كانت تتميز عنه في مواضع اخرى , لذلك نرى من الضرورة ابراز نقاط الشبه , والاختلاف بين هذا العقد وبين بعض الاساليب والعقود , ومن اهمها : الترخيص الاداري وعقد البوت .

أولاً- تمييز عقد التزام المرافق العامة عن الترخيص الاداري :

يُعرف الترخيص الاداري بأنه : " عمل اداري يصدر عن الادارة بإرادتها المنفردة وبموجبه ترخص الادارة لشخص بأن يستعمل على وجه الاختصاص جزءاً من المال العام المخصص في الاصل لاستعمال الجمهور , وبذلك يكون هذا الاختصاص استعمالاً غير عادي لهذا المال "[1] , وان الترخيص عادةً يتم بإحدى الوسيلتين , فهو أما ان يكون استعمالاً سطحياً للمال العام , ولا يستدعي وجود اساسات ثابتة في الارض , ويسمى في هذه الحالة برخصة الوقوف , مثل الترخيص للسيارات بالوقوف في اماكن معينة من الطريق العام , وقد يكون الترخيص استعمالاً له اساسات ارضية , أي اقامة منشئات على المال العام , وهو ما يسمى برخصة الطريق مثل تراخيص انشاء محطة البنزين[2] .

يتشابه عقد التزام المرافق العامة مع الترخيص الاداري في امور عدة ؛ إذ ان كليهما يردان على استغلال المرافق العامة , وان كليهما يكونان لمدة محددة من الزمن وان كلاً من عقد التزام المرافق العامة والترخيص الاداري تكون الادارة طرفاً فيهما[3] , وبالرغم من هذا التشابه الا ان هنالك فروقات كثيرة بينهما ؛ إذ ان التزام المرافق العامة هو عبارة عن عقد اداري , بينما الترخيص الاداري يكون عبارة عن قرار اداري يصدر من جانب الإدارة , كما ان عقد التزام المرافق العامة يتم منحه لمدة زمنية طويلة نسبياً , في حين ان الترخيص الاداري يتم منحه في الغالب لمدة زمنية اقل , وفي التراخيص الادارية تستطيع الادارة المانحة للترخيص الغائه في أي وقت تشاء دون ان يعترض على ذلك المرخص له أو ان يدعي بوجود حق مكتسب له على المال المرخص , في حين ان عقود التزام المرافق العامة تتضمن الاساليب اللازمة لأنهائها[4] , وعلى الرغم من ان الترخيص الاداري وعقد التزام المرافق العامة تمنحهما الادارة بمقابل مالي , الا ان لجوء الادارة إلى منح الترخيص يعد مظهراً من مظاهر استغلالها لأموالها العامة , وبذلك فأن المقابل المالي الذي تحصل عليه من هذا الترخيص يعتبر اجراً الذي يكون عبارة عن مقابل مالي تتقاضاه الادارة من شخص معين نضير منحه ترخيص اداري , بينما المقابل المالي في عقد التزام المرافق العامة لا يُعد اجراً ؛ وانما يسمى رسماً الذي هو عبارة عن مقابل مالي مدفوع من شخص معين الى الادارة نظير خدمة معينة[5] , ويختلفان ايضاً في ان الادارة تستطيع ان

---

(1) أ. انسام علي عبد الله , النظام القانوني للأموال العامة , بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق , العدد25 , المجلد2 , السنة العاشرة , 2005 , ص330 .

(2) د. محمد الصغير بعلي , القانون الاداري , دار العلوم للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الجزائر , 2004 , ص31-32.

(3) أ . انسام علي عبد الله , النظام القانون للأموال العامة , المصدر السابق , ص330 .

(4) د. سعاد الشرقاوي , القانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2009 , ص282 .

(5) د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , المصدر السابق , ص22 .

تلغي الترخيص أو تسحبه في أي وقت بعد اصداره لمقتضيات المصلحة العامة أو إذا خالف المرخص له شروط الترخيص أو لأغراض الضبط الاداري , وليس للمرخص له الحق في التعويض عما يلحقه من ضرر جراء الغاء الادارة للترخيص , بينما في عقد التزام المرافق العامة يستحق الملتزم التعويض في حالة ما إذا قامت الادارة المانحة للالتزام باسترداد المرفق العام لمقتضيات المصلحة العامة قبل نهاية مدة العقد[1] . وان التراخيص قد يتم منحها في حالات يتعذر فيها التعاقد بأسلوب الالتزام , كما وقد يشترط القانون في بعض الحالات منح التراخيص الادارية لمدة محددة قبل منح الالتزام[2] .

بدورنا نرى ان كل من عقد التزام المرافق العامة والترخيص الاداري يتشابهان في ان كلاهما يعدان استعمال خاص للمال العام , كما ان كلاهما يتم منحهما من قبل السلطة الادارية ويكونان لمدة محددة من الزمن , الا ان الفرق بينهما يكمن في ان التزام المرافق العامة يعدّ عقداً ادارياً ناتجاً باتفاق ارادة طرفيه , بينما الترخيص الاداري يعدّ قراراً ادارياً يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة .

ثانياً- تمييز عقد التزام المرافق العامة عن عقد البوت (B.O.T) :

عقود البوت يُقصد بها ان تُسلم الدولة للقطاع الخاص قطعة من الارض لبناء مرفق عام على نفقته وفقاً لمواصفات محددة بين الدولة والمستثمر , ويتحمل المستثمر اعباء البناء والتشغيل كافة , وللمستثمر له الحق في الحصول على ايرادات تشغيل المرفق العام لمدة محددة من الزمن يتم الاتفاق عليها في هذا العقد , وتختلف هذه المدة من مشروع لآخر , على ان يتم تسليم المشروع بكامله إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد . ومصطلح البوت هو اختصار لثلاث كلمات انكليزية , (بناء Build , تشغيل Operate ونقل ملكية Transfer)[3], ويرى غالبية الفقهاء ان نظام عقود البوت ما هو الا نظام التزام المرافق العامة القديم تحت مسمى جديد ؛ إذ يذهب هذا الرأي إلى انه على الرغم من وجود اختلاف واضح بين هذين العقدين , على اعتبار ان عقد الالتزام هو اسلوب لإدارة المرافق العامة بينما عقد البوت هو وسيلة للتمويل , كما ان المرفق العام يبقى مملوك للدولة في عقد التزام المرافق العامة بينما في عقد البوت يكون المشروع مملوكاً للمستثمر , الا ان عقود البوت هي في حقيقتها صورة متطورة لعقد التزام المرافق العامة[4] .

يتشابه عقد التزام المرافق العامة مع عقد البوت في كثير من الامور اهمها : ان كلاً من العقدين تكون الدولة طرفاً فيه , ويهدف العقدان إلى تحقيق المصلحة العامة من ناحية , والمصلحة الخاصة من ناحية اخرى , كما يرتبط العقدان بالمقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق العام , و تتفق هاتان الطائفتان من العقود في المدة ؛ إذ ان عقد التزام المرافق العامة كعقود البوت يمتاز بطول المدة المحددة له في العقد لكي يتمكن المستثمر من تعويض ما تكبده من نفقات , في سبيل انشاء وادارة وصيانة المرفق العام , كما يتوافق عقد التزام المرافق العامة مع عقد البوت في موضوع اسناد ادارة المرفق العام وتشغيله إلى شخص آخر

(1) أ. انسام علي عبد الله , النظام القانوني للأموال العامة , المصدر السابق , ص330-331 .
(2) د. عصمت عبد الله الشيخ , مبادئ ونظريات القانون الاداري , دار النشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2003 , ص189 .
(3) د. جابر جاد نصار , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام , المصدر السابق , ص38 .
(4) د. عمرو احمد حسبو , التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T) , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2002 , ص101 .

ليتحمل عبء مخاطر التشغيل طول المدة المحددة للعقد[1] . وعلى الرغم من تشابه عقد التزام المرافق العامة مع عقد البوت في كثير من الجوانب الا انه هنالك الكثير من الاختلافات بين هذين العقدين اهمها : ان الملتزم في عقد التزام المرافق العامة لا يقع عليه عبء بناء المشروع , بينما المستثمر في عقد البوت يقوم ببناء المشروع من ماله الخاص وغالباً ما تتطلب مبالغاً ضخمةً واستثمارات كثيرة , ومن ناحية اخرى , ان ملكية المرفق تبقى بيد الدولة , ولا تنتقل إلى الملتزم في عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ يكتفي الملتزم بحيازة المرفق وادارته طيلة مدة العقد , بينما في عقد البوت تنتقل فيها ملكية المرفق العام إلى المستثمر طيلة مدة العقد , وتتحول إلى الدولة عند انتهاء مدة هذا العقد[2] .

ويختلفان ايضاً في ان عقد التزام المرافق العامة يكون محله المرافق العامة الاقتصادية وبعض المرافق العامة الادارية , بينما ينحصر محل عقد البوت بالمرافق الاقتصادية فقط , كما ان مخاطر عقد البوت تكون عادة موزعة بين الاطراف المشاركة في المشروع من مقاول ومورد ومشغل , على عكس عقد التزام المرافق العامة إذ ان المخاطر المرتبطة بإدارة وتسيير المرفق العام تقع على عاتق الملتزم , كما ان المبالغ التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق العام تكون رمزية مقارنة بالمبالغ التي يتقاضاها المستثمر ؛ لكي تغطي نفقات البناء والتشغيل[3] .

ويختلف عقد التزام المرافق العامة عن عقد البوت في ان الملتزم في عقد التزام المرافق العامة يستطيع ان يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد , والمطالبة بالتعويض في حال عدم قيام الادارة بالتزاماتها التعاقدية , في حين لا يستطيع المستثمر في عقد البوت مطالبة الادارة بعادة التوازن المالي لأن الادارة لا تستطيع زيادة الاعباء والالتزامات التعاقدية على المستثمر , وأيضاً يمكن اعفاء الملتزم في عقد التزام المرافق العامة من بعض الضرائب والرسوم وهذا الامر متعذر منه في عقود البوت[4].

يظهر مما تقدم , أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد مستقل تماماً عن عقد البوت , وله نظام وكيان قانوني خاص به , وكذلك الحال بالنسبة لعقد البوت , وان الفيصل المميز بين هذين العقدين هو ان عقد البوت يتضمن بناء وتشغيل وادارة المرفق العام مع نقل ملكيته إلى الادارة عند انتهاء مدة العقد , بينما عقد التزام المرافق العامة يتضمن قيام الملتزم بإدارة واستغلال المرفق العام , مع قيامه ببناء الانشاءات الاولية , لكنها لا ترقى إلى مستوى الانشاءات والبناءات التي تقع على عاتق المستثمر في عقد البوت , كما ان ملكية المرفق العام تبقى للإدارة في عقد التزام المرافق العامة على عكس عقد البوت , وبحسب رأينا ايضاً انه ليس هنالك ما يمنع من ان تقع عقود البوت على المرافق الاخرى غير الاقتصادية مادام ذلك لا يضر بالسلطة الادارية والمصلحة العامة وتحقيقاً للنفع العام .

---

(1) د. وضاح محمود الحمود , عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2010 , ص57 .
(2) حموش نور الهدى , إخلف يوسف , الاطار القانوني لعقد امتياز المرفق العام في الجزائر , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمن ميرة , الجزائر , 2015 , ص24-25 .
(3) د. وضاح محمود الحمود , عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) , المصدر السابق , ص58 .
(4) د. محي الدين القيسي , الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها , منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية , مصر , 2011 , ص200 .

الفرع الثاني

احكام عقد التزام المرافق العامة

إن عقد التزام المرافق العامة تبرمه الادارة المانحة للالتزام مع الملتزم , من اجل ادارة وتسيير مرفق عام معين ولمدة محددة من الزمن , وبالتالي فإن هذا العقد يُولد حقوقاً والتزاماتٍ متبادلةً على عاتق كل من الادارة المانحة للالتزام والملتزم , وسوف نتناول سلطات الادارة المانحة للالتزام والتزاماتها اتجاه الملتزم (أولاً) , ثم حقوق والتزامات الملتزم في عقد التزام المرافق العامة (ثانياً) .

أولاً- سلطات الادارة المانحة للالتزام والتزاماتها اتجاه الملتزم :

تملك الادارة المانحة للالتزام في نطاق عقد التزام المرافق العامة سلطات واسعة , وفي الوقت ذاته تخضع لالتزامات معينة يتوجب عليها الايفاء بها , وسنتناول هذه السلطات والالتزامات على النحو الآتي :

1- سلطات الادارة المانحة للالتزام في عقد التزام المرافق العامة :

تتمتع الادارة بسلطات كبيرة في عقد التزام المرافق العامة , سواء نص عليها هذا العقد ام لم يرد نص فيه بشأنها , ولان المتعاقد مع الادارة المانحة للالتزام لا يمكن ان يحتج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين , كما ان هذه السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة تُعدّ من النظام العام , فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها , ومن هذه السلطات :

أ- سلطة الادارة المانحة للالتزام في الرقابة والاشراف :

إن سلطة الادارة المانحة للالتزام في الرقابة والاشراف في عقد التزام المرافق العامة لها مفهومان مختلفان المفهوم الضيق وتقتصر سلطة الرقابة فيه على سلطة الاشراف فقط ؛ إذ تقتصر رقابة الادارة على تنفيذ العقد والتأكد من انه يُنفذ وفق ما متفق عليه , أما المفهوم الواسع , فلا تقتصر الرقابة هنا على حسن تنفيذ العقد فقط وانما تمتد إلى التوجيه , بحيث تمتد إلى توجيه اعمال التنفيذ واختيار انسب الطرق الفنية , وافضل الادوات التي تؤدي إلى دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة[1] , ويرى (يفيس ديروم) ان مفهوم التزام المرافق العامة لا يعني في حد ذاته سلطة الرقابة والاشراف , وانما يجب ان تكون مثلُ هذه السلطة الرقابية والإشراقية منصوصاً عليها في القوانين أو اللوائح أو صراحة في عقد التزام المرافق العامة[2] . بينما يرى (الدكتور مطيع علي حمود) انه لا يشترط لممارسة الادارة المانحة للالتزام رقابتها على الملتزم وجود نص في عقد الالتزام او في القوانين واللوائح , وانما للسلطة الادارية ممارسة الرقابة والاشراف حتى وان لم يتوافر نص في العقد أو في القوانين والانظمة واللوائح ؛ لأن هذه السلطة هي سلطة اصيلة ترتكز على المبادئ العامة للقانون الاداري[3] , وان رقابة واشراف الادارة المانحة للالتزام في عقد التزام المرافق العامة هي ليست

---

(1) نكتل ابراهيم عبد الرحمن ,عقد امتياز المرفق العام , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الموصل , العراق , 2009 , ص154 .

(2) Yves Derome , Le contrat de gestion privee dun service public , Recherch public , Faculte de droit de Universite laval , Nu. 2 , Canada , 1995 , P.360 .

(3) د. مطيع علي حمود جبير , العقد الاداري بين التشريع والقضاء , المصدر السابق , ص414 .

مطلقة , وانما لها حدود وضوابط تتمثل في عدم تأثير هذه الرقابة على طبيعة هذا العقد بحيث تؤدي هذه الرقابة والاشراف المفرطين , والتدخل الكبير في ادارة وتسيير المرفق العام إلى تحويل ادارة هذا المرفق من طريقة عقد التزام المرافق العامة إلى اسلوب الادارة العامة[1] .

يتضح لنا ان سلطة الادارة المانحة للالتزام في الرقابة والاشراف لها اهمية بالغة ؛ إذ ان الرقابة الفعالة تؤدي إلى تحقيق الغاية المرجوة من عقد التزام المرافق العامة , وتؤدي ايضاً إلى اكتشاف الانحراف والاخطاء وتبين سبل وطرق معالجتها , ولا تحتاج هذه السلطة إلى النص عليها في القوانين أو الانظمة أو التعليمات أو في العقد , كما ان هذه السلطة هي من النظام العام , وبالتالي لا يجوز ان يتضمن عقد التزام المرافق العامة بنوداً تقضي بحرمان الادارة من هذه السلطة , واذا وجدت مثل هذه البنود فهي باطلة ولا يعتد بها .

ب- سلطة الادارة المانحة للالتزام في تعديل بنود عقد التزام المرافق العامة :

لقد استقر القضاء والفقه الاداريين على التمييز بين نوعين من نصوص عقد التزام المرافق العامة , اولها نصوص تعاقدية , وهي التي تتعلق بتنظيم الاعباء المالية المتبادلة بين الادارة والملتزم ولا تتعلق بالمنتفعين بخدمات المرفق العام , وهذه النصوص لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام تعديلها بإرادتها المنفردة , أما النوع الثاني من نصوص هذا العقد , فهي نصوص تنظيمية , ومن امثلتها النصوص المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام كتحديد شروط الانتفاع بخدمات المرفق العام وتحديد الرسوم وهذه النصوص يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة[2] , كما ان هذه السلطة في التعديل غالباً ما ينص عليها عقد الالتزام بعدَّها من الشروط غير المألوفة التي تتميز بها العقود الادارية عن العقود المدنية[3] , وبالنسبة لحدود سلطة الادارة في تعديل عقد التزام المرافق العامة فانه من المسلم به ان سلطة الادارة في التعديل هي ليست مطلقة وانما تتقيد هذه السلطة بالا تتجاوز حداً معيناً بمعنى ألا تفرض على المتعاقد تعديلات بحيث تجعله امام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة , فعلى الادارة المانحة للالتزام ان تحرص عند اجراء التعديل على عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب[4] . أما بالنسبة لإمكانية استعمال الادارة المانحة للالتزام سلطتها في التعديل إذا لم يوجد نص على ذلك في عقد التزام المرافق العامة , ذهب رأي إلى القول انه لا يجوز للإدارة ان تُعدل بعض نصوص هذا العقد في حالة عدم وجود نص فيه يبيح لها ذلك , بينما يذهب الرأي الراجح إلى ان حق الادارة في تعديل شروط العقد الاداري هو حق ثابت لها سواء نصت عليه في العقد أو لم تنص عليه ؛ لأن النص على سلطة الادارة في التعديل يعدّ كاشفاً لحقها لا منشئا له[5] .

بدورنا نرى , ان الادارة المانحة للالتزام لها سلطة تعديل بعض بنود عقد التزام المرافق العامة بإرادتها المنفردة , كما ان هنالك ضرورة لتعديل المرافق العامة وتسييرها في الاوقات كلَّها لتتلاءم مع كل ما هو جديد وتؤدي خدماتها على اكمل وجه , وفي الوقت ذاته تكون سلطة التعديل هذه مقيدة ومحددة وفق ضوابط معينة .

---

(1) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص113 .
(2) د. سعيد السيد علي , اسس وقواعد القانون الاداري , المصدر السابق , ص266 .
(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب , مبادئ القانون الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2005 , ص533 .
(4) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص280 .
(5) د. بديع مستو , سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري , بحث منشور في مجلة جامعة البعث , المجلد 38 , العدد 19 , 2016 , ص76 .

ج- سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات :

تتميز العقود الادارية بوجود نظرية فيها تسمى نظرية الجزاءات الادارية , والتي تهدف إلى ضمانات تنفيذ المتعاقد مع السلطة الادارية لالتزاماتها بصورة كاملة وسليمة , بحيث تضمن انتظام واطراد سير المرافق العامة اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية يؤثر على المرافق العامة , وبالتالي يؤثر على المصلحة العامة[1] , وبما ان عقد التزام المرافق العامة هو من العقود الادارية , فهو يخضع للقواعد العامة في حق السلطة الادارية في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بتنفيذ التزاماته , حيث يكون لها الحق في فرض الجزاء المناسب , والجزاءات التي تخص عقد التزام المرافق العامة هي : الجزاءات المالية , الجزاءات الضاغطة , الجزاءات الفاسخة والجزاءات الجنائية[2] , وان الاساس القانوني لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقد التزام المرافق العامة يمكن رده إلى الاساس التعاقدي , فاذا تضمن بنود هذا العقد على الاحكام التي تحدد الجزاءات التي تستطيع الادارة ان تفرضها في حالة اخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته أما الاساس غير التعاقدي وذلك إذا لم يتضمن عقد الالتزام أي بنود تحدد هذه الجزاءات واحكامها , فالإدارة تستطيع بالرغم من ذلك فرض هذه الجزاءات ؛ لأن هذه السلطة مستقلة عن العقد وناتجة عن اتصالها بنشاط مرفق عام في تنظيمه وتسييره[3] .

يظهر مما تقدم ان الادارة المانحة للالتزام تملك مجموعة من الجزاءات التي توقعها على الملتزم في حالة اخلاله في تنفيذ التزاماته بموجب عقد التزام المرافق العامة , وهذه الجزاءات المختلفة والمتنوعة مقررة للإدارة متى ما وجدت الاسباب التي تبرر توقيعها مع وجود رقابة على هذه السلطة , كما ان هذه السلطة تعدّ سلطة مستقلة عن بنود العقد وتملكها الادارة المانحة للالتزام وان لم ينص عليها عقد التزام المرافق العامة .

2- التزامات الادارة المانحة للالتزام في عقد التزام المرافق العامة :

إلى جانب السلطات التي يمنحها عقد التزام المرافق العامة للإدارة المانحة للالتزام , هنالك التزامات تقع على عاتقها بموجب هذا العقد , يمكن اجمالها بما يلي :

أ- التزام الادارة المانحة للالتزام بتنفيذ العقد واحترام مدته :

إن الواجب الاهم الذي يقع على عاتق الادارة المانحة للالتزام هو تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية المنصوص عليها في عقد التزام المرافق العامة , ولا تقتصر هذه الالتزامات على تنفيذ الالتزامات الاساسية فحسب , وانما يشمل ايضاً الالتزامات الاضافية المنصوص عليها في دفتر الشروط , وعلى الادارة ان تقوم بتنفيذ التزاماتها بصورة صحيحة خاصة الالتزامات ذات الطابع الفني , كأعداد الخرائط المتعلقة بالمشروع وتسليم المشروع للملتزم وغيرها[4] , وان تنفيذ الادارة المانحة للالتزام لالتزاماتها يجب ان يكون وفق مبدأ حسن النية ؛ حيث يرى بعض الفقهاء ان مبدأ حسن النية يُسهم في عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ يؤثر على سلوك اطرافه وقت ابرام هذا

---

(1) د. جابر جاد نصار , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام , المصدر السابق , ص210 .
(2) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص119 .
(3) د. مجدي مدحت النهري , مبادئ القانون الاداري في دولة الامارات العربية المتحدة , مكتبة الرشيد , مصر , 2006 , ص277-278 .
(4) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص127 .

العقد , وايضاً اثناء تنفيذه , ويعدّون ان هذا المبدأ التزام حقيقي وليس قاعدة عامة بسيطة تحكم سلوك اطراف هذا العقد[1] , وتلتزم الادارة المانحة للالتزام باحترام بنود العقد , لاسيما البنود التي تنص على (حق الحصر) , فلا يجوز لها ان تعهد إلى شخص اخر غير صاحب الالتزام ممارسة نشاط مماثل للنشاط موضوع الامتياز الحصري في ذات الرقعة الجغرافية , وفي حال مخالفة (حق الحصر) يجوز للملتزم ان يثير مسؤولية الادارة المانحة للالتزام امام قاضي العقد , واذا كانت الادارة المانحة للالتزام ملزمة بتنفيذ بنود العقد , الا ان ذلك الالتزام لا يحول دون استعمال حقها في تعديل الشروط التنظيمية للعقد[2] .

ويتضح مما تقدم , ان على الادارة المانحة للالتزام تنفيذ بنود عقد التزام المرافق العامة أو المنصوص عليها في دفتر الشروط ويتوجب تنفيذها بصورة صحيحة , كما ان الالتزامات جميعها التي تقع على عاتق الادارة المانحة للالتزام من تنفيذ التزاماتها التعاقدية بحسن نية واحترام بنود عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط هي عبارة عن تطبيق لقاعدة تنفيذ العقود بحسن نية .

أما بالنسبة لالتزام الادارة المانحة للالتزام باحترام مدة تنفيذ عقد التزام المرافق العامة , فأن العقود الادارية تتضمن بصفة عامة على انواع مختلفة لمدد التنفيذ ؛ فهنالك مدة اجمالية لتنفيذ العقد , وهنالك مدة محددة لتنفيذ التزامات جزئية واردة فيه , والمدة في عقد التزام المرافق العامة يُقصد بها المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بإقامة الانشاءات الاولية والأجهزة اللازمة لإدارة واستغلال المرفق العام , كما تلتزم الادارة بتسليم موقع العمل في المواعيد المحددة لها ليتسنى للملتزم القيام بتنفيذ التزاماته واعماله في المدة المحددة[3] , وفي بعض الاحيان يتناول العقد شرط المدة بعبارات تكون عامة وبغير تحديد دقيق وواضح لمدة التنفيذ , وقد استقر الفقه والقضاء الاداريين على وجوب تنفيذ الالتزامات في هذه الحالة خلال مدة معقولة , ولا تستطيع الادارة المانحة للالتزام ان تتأخر في تنفيذ التزاماتها لمدة تزيد عن الحد المعقول[4] , والاصل ان الملتزم لا يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة ان الادارة المانحة للالتزام قد تأخرت في تنفيذ التزاماتها ولم تحترم مدة التنفيذ , ويجب على الملتزم في هذه الحالة ان يستمر بتنفيذ التزاماته ثم المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابته من جراء تأخر الادارة بالتنفيذ , لكن هنالك استثناء على هذا الاصل ؛ إذ يحق للملتزم ان يتمسك بعدم التنفيذ في مواجهة الادارة خلافاً للأصل إذا تم الاتفاق على جواز التمسك بينهما وتحديد حالاته في بنود العقد , ولا يحق للإدارة هنا ان تفرض عليه غرامات تأخيرية مادامت انها تراخت في تنفيذ التزاماتها ولم تحترم مدد التنفيذ[5] .

يظهر مما تقدم , ان الادارة المانحة للالتزام يتوجب عليها احترام مدة تنفيذ عقد التزام المرافق العامة وعليها تنفيذ التزاماتها خلال المدة المحددة , فإذا لم تلتزم بهذه المدة وتأخرت في تنفيذ التزاماتها , فأنها تكون ملزمة بتعويض الملتزم عن الضرر الذي يصيبه جراء عدم احترامها لهذه المدة . ويظهر لنا ايضاً ان الادارة المانحة للالتزام قد لا تلتزم بالمدة المحددة لنهاية عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ قد تلجأ إلى استرداده قبل انقضاء مدته

---

(1) Amandine Bouvier , Regards surle contrat franchise , op. cit , P.245-246 .

(2) د. محمد بكر حسين , الوسيط في القانون الاداري , دار الفكر الجامعي , مصر , 2007 , ص178- 179 .

(3) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص296 .

(4) د. عادل خليل , العقود الادارية , دار الثقافة الجامعية , مصر , 1999 , ص12 .

(5) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص177 .

مع تعويض الملتزم وبدون خطأ من جانبه , أو تلجأ إلى اسقاطه عندما يرتكب الملتزم خطأ جسيم وبدون تعويضه .

ب- التزام الادارة المانحة للالتزام بتمكين الملتزم من القيام بعمله :

بعد ابرام عقد التزام المرافق العامة , واجراء التصديقات اللازمة من السلطات المختصة , يجب على الادارة المانحة للالتزام اصدار القرارات والاوامر اللازمة لبدء التنفيذ , كما يجب عليها ايضاً تسليم موقع العمل مع كافة القياسات والرسومات الهندسية الخاصة بالأعمال المتفق عليها[1] . ايضاً تلتزم الادارة المانحة للالتزام بتوفير التسهيلات اللازمة للملتزم , وتتمثل هذه التسهيلات بالتسهيلات الادارية التي تكمن في الامور المتعلقة ببناء الانشاءات الاولية للمرفق العام واستغلاله , ومنحه التراخيص التي يتطلبها استثمار المرفق العام وغيرها , أما التسهيلات المالية التي تمنحها الادارة للملتزم فتتمثل في القروض , والمنح المالية , والاعفاءات الكمركية والضرائب[2] , وتلتزم الادارة المانحة للالتزام ايضاً بحماية الملتزم , ومنحه مظاهر من السلطة العامة ؛ إذ على الادارة في عقد التزام المرافق العامة ان تقوم بحماية الملتزم من المنافسة الضارة به وغير المشروعة عن طريق منحه حق الحصر الذي مفاده ان تتعهد الادارة للملتزم بعدم اعطاء الفرصة للآخرين بممارسة النشاط نفسه أو نشاط مشابه لموضوع الالتزام في تلك المنطقة , كما تلتزم الادارة بتمكين الملتزم من ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة المقررة اصلا لها لكي يكون قادراً على ادارة واستغلال المرفق العام , ومن هذه المظاهر , تخويل الادارة المانحة للالتزام للملتزم سلطة الاستيلاء المؤقت والحصول على مواد الاراضي المحاذية لمنطقة العقد[3].

بدورنا نرى ان اخلال الادارة المانحة للالتزام بهذه الالتزامات لا يجيز للملتزم الامتناع عن تنفيذ التزاماته حيث لا يجوز له الادعاء بوجود اخطاء من قبل الادارة للتحلل من تنفيذ العقد , وهذه القاعدة مستمدة من مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد , إذ لا ينقطع العمل في المرفق العام الا في حالة وجود قوة قاهرة لا يمكن دفعها .

ثانياً- حقوق والتزامات الملتزم في عقد التزام المرافق العامة :

إن عقد التزام المرافق العامة يعطي حقوقاً للملتزم بإدارة وتسيير المرفق العام , ومن ناحية اخرى يضع على عاتقه جملة من الالتزامات والواجبات التي يتوجب عليه تنفيذها , لذلك سوف نتناول هذه الحقوق والالتزامات على النحو الآتي :

1- حقوق الملتزم :

ان الملتزم , بالرغم من انه الطرف الضعيف في عقد التزام المرافق العامة ويتحمل التزامات كثيرة بموجب هذا العقد , الا انه يتمتع بحقوق كثيرة في اطار هذا العقد , وهذه الحقوق يمكن حصرها بامتيازات نقدية , وكذلك امتيازات غير نقدية .

---

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص295 .
(2) د. حفيظة السيد الحداد , العقود الادارية المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2003 , ص236 .
(3) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص710 وما بعدها .

أ- الامتيازات النقدية :

يتمتع الملتزم بعدة امتيازات نقدية يستمدها من عقد التزام المرافق العامة , ومنها رسوم الانتفاع التي يحصل عليها من المنتفعين بخدمات المرفق العام , وحصول الملتزم على هذه الرسوم امر طبيعي ؛ لأن الهدف الاساسي الذي يسعى اليه الملتزم من تعاقده مع الادارة هو تحقيق الربح , وان الشروط الخاصة برسوم الانتفاع تعدّ من الشروط التنظيمية التي تستطيع الادارة تعديلها بإرادتها المنفردة , ولا يستطيع الملتزم زيادة رسوم الانتفاع الا بموافقة الادارة , كما قد يتدخل المشرع لحماية المنتفعين عن طريق وضع حد اقصى لنسبة الارباح التي يجوز للملتزم تحقيقها[1] , ويتمتع الملتزم بحق التوازن المالي للعقد الذي مفاده انه إذا ترتب ضرر مالي للملتزم نتيجة تدخل الادارة المانحة للالتزام في ممارسة حقها بتعديل شروط عقد الالتزام أو تعديل موضوع الالتزام أو تعديل قواعد استغلاله , فأنه على الادارة المانحة للالتزام تعويض الملتزم عن الضرر الذي لحق به بما يعيد التوازن المالي لعقد التزام المرافق العامة إلى سيرته الاولى[2] .

والمزايا المالية التي قد تعهد الادارة المانحة للالتزام بمنحها للملتزم , تنطوي ايضاً على المنح المالية , والاعفاءات الكمركية , ومنح القروض , ونسب الفوائد القليلة التي تتضمنها تلك القروض , كما يمكن ايضاً اعفاء الملتزم من دفع الضريبة , سواء بشكل مؤقت ولمدة معينة في العقد أو بشكل مستمر , ايضاً من المزايا النقدية الممنوحة للملتزم هي التعويضات , فللملتزم الحق في المطالبة بالتعويض عما يصيبه من اضرار وخسائر قد تلحق به من جراء المساس بالحقوق المقررة له , وهذه المطالبة يجب ان تكون امام القضاء المختص ؛ لأن الملتزم لا يملك حق توقيع الجزاءات على الادارة المانحة للإلزام من تلقاء نفسه[3] .

يتضح مما تقدم , ان الملتزم يتمتع بامتيازات نقدية عديدة منها الرسوم التي يحصل عليها من المنتفعين بخدمات المرفق العام محل عقد الالتزام , وهذه الرسوم تستطيع الادارة المانحة للالتزام تعديلها بينما لا يستطيع الملتزم زيادتها الا بموافقة الادارة , ومن الامتيازات النقدية ايضاً التوازن المالي للعقد إذا اصاب الملتزم ضرر مالي بسبب قيام الادارة المانحة للالتزام بتعديل شروط العقد , وكذلك الامتيازات الجمركية , والقروض وغيرها من الامتيازات النقدية المتصلة اتصالاً وثيقاً بعقد التزام المرافق العامة .

ب- الامتيازات غير النقدية :

إن الادارة المانحة للالتزام تمنح الملتزم عادة الحق في الحصول على التسهيلات اللازمة لإدارة وتشغيل المرفق العام , ومنها حق الملتزم في الحصول على التراخيص اللازمة لاستثمار وتشغيل المرفق العام وتعد الادارة المانحة للالتزام مخلة بالتزاماتها إذا لم توفر للملتزم مثل هذه التراخيص ما لم يكن رفض الترخيص أو الغاءه أو عدم توفيره للملتزم راجعاً إلى المحافظة على الامن والصحة العامة[4] , وللملتزم ايضاً الحق بالتمتع بالمزايا اللازمة لتسهيل تنفيذ التزاماته ؛ إذ ان عقد التزام المرافق العامة يتضمن الكثير من المزايا التي يتم

(1) د. نواف كنعان , القانون الاداري , الكتاب الاول , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاصدار الثالث , الاردن , 2008 , ص360 .

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة , الاسس العامة في تنفيذ العقود الادارية , دار الفكر العربي , مصر , 2007 , ص212 .

(3) د. نواف كنعان , القانون الاداري , المصدر السابق , ص359-360 .

(4) د. ماجد راغب الحلو , العقود الادارية , المصدر السابق , ص204-205 .

الاتفاق عليها في العقد , ومن شأن هذه الامتيازات تسهيل مهمة الملتزم في ادارة وتسيير المرفق العام وبالتالي تحقيق المصلحة العامة , فمثلاً هنالك بنود تنص على حق الملتزم في استيراد كل ما يحتاجه من ادوات ومعدات والات ومواد بناء لغرض القيام بالأعمال المنوطة به بموجب عقد التزام المرافق العامة , كما ان بعض القوانين لم تُقيد حق الملتزم في استيراد هذه المواد والمعدات الا إذا كانت موجودة ومصنعة محلياً في الدولة وصالحة لتحقيق مقاصد الملتزم[1] .

ويتمتع الملتزم كذلك بامتيازات السلطة العامة , حيث يحل محل الادارة المانحة للالتزام في استعمال مظاهر السلطة العامة لكي يكون قادراً على ادارة واستغلال المرفق العام , وان هذه الامتيازات مقررة اصلاً للإدارة , لكنها في سبيل ادارة المرفق العام وتقديم افضل الخدمات , تخول للملتزم مزاولة هذه السلطات , ومن امثلة هذه السلطات الاستيلاء المؤقت , أو تفتيش من يروم الدخول إلى موقع العمل أو منعه من الدخول بتاتاً , الا ان تمتع الملتزم بهذه السلطات لا يعني تركه دون رقابة من الادارة , حيث تقوم الادارة بمراقبة كيفية قيام الملتزم باستعمال هذه السلطات لكي تحمي المنتفعين بخدمات المرفق العام[2] , ومن الامتيازات المهمة الممنوحة للملتزم في عقد التزام المرافق العامة هو حق الحصر (الاحتكار) , هذا الحق يعني ان ينفرد الملتزم بسلطة احتكار عملية ادارة واستغلال المرفق العام , ويكون له وحده الحق في ممارسة النشاط موضوع الالتزام وضمن الرقعة الجغرافية , وحق الاحتكار لا ينشأ بمجرد ابرام عقد التزام المرافق العامة وانما لابد من النص عليه صراحة في دفتر الشروط أو في العقد[3] .

يبدو لنا , ان الملتزم يتمتع بعدة تسهيلات وامتيازات تتعلق بعقد التزام المرافق العامة , كالحصول على التراخيص الادارية والمزايا اللازمة لتسهيل تنفيذ التزاماته , وتمتعه بامتيازات السلطة العامة , وحق الاحتكار , والهدف من تلك الامتيازات هو تحقيق الغاية المنشودة من عقد التزام المرافق العامة التي تكمن في ادارة وتسيير هذه المرافق بانتظام واطراد وتقديم افضل الخدمات للجمهور .

2- التزامات الملتزم :

إن الملتزم في عقد التزام المرافق العامة يخضع ويلتزم بالتزامات ذات مصادر متعددة ومختلفة , يمكن اجمالها على النحو الآتي :

أ- التزامات مصدرها عقد التزام المرافق العامة :

إن الملتزم يكون مُلزم بتنفيذ الالتزامات التي ينص عليها عقد التزام المرافق العامة , وان الالتزام الاهم المنصوص عليه في هذا العقد هو ان يقوم الملتزم بتنفيذ العقد بنفسه , ويرجع هذا الالتزام إلى الصلة الوثيقة بين عقد الالتزام والمرفق العام من ناحية , والى طريقة اختيار الملتزم من ناحية اخرى , حيث ان الادارة المانحة للالتزام تراعي اعتبارات خاصة في اختيار المتعاقد معها , وتتعلق هذه الاعتبارات بالكفاية المالية والمقدرة

(1) عباس الشيخ , امتياز المرافق العامة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الطاهر مولاي , الجزائر , 2014 , ص83.
(2) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص710-711.
(3) د. نواف كنعان , القانون الاداري , المصدر السابق , ص359 .

الفنية وتمتلك الادارة حرية واسعة في الاختيار[1] . يترتب على التنفيذ الشخصي لعقد التزام المرافق العامة عدة نتائج اهمها : انه لا يجوز للملتزم التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن الا بموافقة الادارة المانحة للالتزام , كما ان موت الملتزم لا يؤدي إلى فسخ عقد التزام المرافق العامة بقوة القانون مالم تكن لشخصية المتعاقد محل اعتبار واهمية خاصة لدى الادارة المانحة للالتزام , وان دوام استمرارية المرفق العام تكون عاتق الورثة , وفي حالة افلاس الملتزم أو اعساره فانه لا يترتب عليهما فسخ العقد الا إذا رأت الادارة المانحة للالتزام ان ذلك تقتضيه المصلحة العامة[2] , والالتزام الجوهري الآخر الذي يقع على عاتق الملتزم بموجب عقد التزام المرافق العامة هو قيامه بإدارة المرفق العام , حيث يقع على عاتق الملتزم ادارة وتسيير وبناء الانشاءات الاولية للمرفق العام , فالقواعد العامة للعقد تفرض على الملتزم تسيير المرفق , ولا يمكن التخلي عن التزاماته لخطأ الادارة المانحة للالتزام أو ما يعتريه من صعوبات مالية أو مادية ما لم يكن في حالة القوة القاهرة[3] , ويقع على عاتق الملتزم ايضاً القيام بالأعمال التي يتطلبها تنفيذ العقد , وتوفير الوسائل المادية والفنية لتشغيل المرفق العام , وضمانه شخصياً القيام بأعمال المرفق العام وتقديم الخدمات للمنتفعين بذلك المرفق دون ان يحق له التنازل عن تلك الاعمال كلها أو بعضها لغيره من الاشخاص[4] , والالتزام الآخر الذي يقع على عاتق الملتزم هو التزامه بتنفيذ عقد الالتزام في المدة المتفق عليها في العقد , وتتضمن هذه المدة , مدة استغلال المرفق العمومي وهي تكون طويلة عادةً , ومدة البداية في تنفيذ عقد التزام المرافق العامة وعادة ما تكون قصيرة , ومدة المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين وتُحدد في دفتر الشروط[5] .

يتضح مما تقدم , ان الالتزامات التي تقع على عاتق الملتزم والتي مصدرها عقد التزام المرافق العامة تكون ذات طابع شخصي , وان الوفاء بها تعتمد على شخصية ووضع الملتزم , والتي كانت محل اعتبار عند ابرام عقد التزام المرافق العامة وعند تنفيذه ايضاً .

ب- التزامات مصدرها المبادئ التي تحكم المرافق العامة :

هنالك جملة من الالتزامات تقع على عاتق الملتزم , ولا يكون مصدرها عقد الالتزام وانما مصدرها يكون المبادئ التي تحكم طبيعة سير المرفق العام , فالملتزم يكون ملزماً بتنفيذ عقد الالتزام وفق مبدأ حسن النية , حيث ينبغي توافر هذا المبدأ في جميع العقود ومراحلها , ومفاد هذا المبدأ هنا هو ان يكون الملتزم اميناً على المصلحة العامة التي تريد الادارة المانحة للالتزام تحقيقها بواسطة عقد التزام المرافق العامة , ويساهم وتعاون مع الادارة في تقديم خدمات المرفق العام للمنتفعين به , وبذل عناية اعتيادية لتنفيذ التزاماته التعاقدية , وبذل عناية حريصة في تنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق العام[6] . كما على الملتزم احترام المبادئ الثلاثة العامة التي تحكم سير المرافق العامة , وهي : مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد , ومبدأ قابلية المرافق العامة للتغير

---

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص188-189 .
(2) د. علاء محي الدين مصطفى , التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام محاكم التحكيم , دار الجامعية الجديدة , مصر , 2008 , ص180 .
(3) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص268 .
(4) د. حسين عبد العال محمد , الرقابة الادارية بين علم الادارة والقانون الاداري , دار الفكر الجامعي , مصر , 2004 , ص49 .
(5) د. محي الدين القيسي , الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها , المصدر السابق , ص231 .
(6) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص189 .

والتعديل , ومبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام , فمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد يبرز في مقدمة المبادئ التي تحكم المرافق العامة , حيث ان المرفق العام يقوم بتلبية حاجات الافراد لذا من الطبيعي ان يُمنح الحق في ان يكون المرفق العام مستمراً , ومن هنا تقرر هذا المبدأ دون الحاجة إلى النص عليه في الدستور أو القانون أو العقد , ومن المبادئ التي تنجم على الاخذ بهذا المبدأ هي : تحريم اضراب العاملين بالمرفق العام , وتنظيم استقالة الموظفين والعاملين بالمرفق العام , والاخذ بنظرية الموظف الفعلي وغيرها[1] , في حين ان مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل يرتكز على المصلحة العامة ليست امراً جامداً يستحيل ان يطرأ عليها تغيير وتبديل , بل يمكن تبديلها وفق احتياجات الافراد وتطور التقنيات ووفق توفيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للملتزم الذي يدير المرفق العام من اجل تحقيق ربح , أما مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام , فقد نصت عليه الكثير من الدساتير والقوانين , كما تكرس في الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن لعام 1948 والثورة الفرنسية عام 1789[2] ومفاد هذا المبدأ ان الأشخاص جميعهم يستفيدون من المرفق العام بطريقة متساوية من خلال المساواة في معاملة المنتفعين , الا ان ذلك لا يُمنع من ان يتم وضع شروط عامة يجب توفرها في كل من يريد الانتفاع بخدمات المرفق العام , كتحديد رسم معين أو مؤهلات خاصة ولا يمنع هذا المبدأ من التمييز بين المنتفعين بسبب اختلاف ظروف المكان أو اختلاف نوع الخدمة , كما قد ترد على هذا المبدأ استثناءات لاعتبارات وطنية أو اجتماعية , كالاستثناءات التي يتم لذوي الشهداء وغيرهم[3] .

بدورنا نرى , ان الملتزم يكون ملزماً وفق المبادئ التي تحكم المرافق العامة بتقديم الخدمات بصورة منتظمة ودون توقف أو انقطاع , وعليه مواكبة التطورات الاقتصادية والتقنية التي تؤدي إلى تقديم افضل واحدث الخدمات كما يلتزم بالمساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام دون تمييز .

ج- التزامات مصدرها القوانين والانظمة والتعليمات :

هنالك جملة من الالتزامات تقع على عاتق الملتزم تكون مصدرها القوانين والانظمة والتعليمات المرعية , فعلى الملتزم احترام تلك القوانين والانظمة والتعليمات , وهذه القوانين والانظمة والتعليمات التي تفرض التزامات على عاتق الملتزم غالباً ما تكون ذات طابع مالي كالتي , تتعلق بالضرائب والرسوم والجمارك وغيرها من التشريعات المالية , وقانون العمل , والقوانين التجارية , والضمان الاجتماعي , وانظمة الضبط الاداري وغيرها لأن في ذلك ضمان لسير المرافق العامة بانتظام واطراد في اطار تلك القوانين والانظمة والتعليمات[4] , فالالتزامات التي تكون مصدرها القوانين والانظمة والتعليمات لا يجوز للملتزم التحلل منها الا في حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ عقد التزام المرافق العامة مستحيلاً وليس مرهقاً , وبالتالي يؤدي ذلك إلى استحالة سير المرفق العام وتوقف الخدمة التي يقصدها المرفق للجمهور[5] .

يظهر مما تقدم ان الملتزم لا يلتزم بموجب عقد التزام المرافق العامة ودفتر الشروط وحسب , وانما هنالك

---

(1) د. جورج سعد , القانون الاداري العام والمنازعات الادارية , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , 2004 , ص222 وما بعدها .
(2) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص 136 وما بعدها .
(3) د. علي محمد بدير واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , العاتك لصناعة الكتاب , مصر , 1993, ص264 .
(4) د. نواف كنعان , القانون الاداري , المصدر السابق , ص358 .
(5) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص136 .

مجموعة من الالتزامات تقع على عاتقه بموجب القوانين والانظمة والتعليمات , ولا يجوز له التحلل أو التخلص منها , كما ان للإدارة المانحة للالتزام سلطة توقيع الجزاءات المناسبة على الملتزم نتيجة لعدم قيامه بتنفيذ التزاماته بغض النظر عن مصدر تلك الالتزامات .

المبحث الثاني

سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

إن الادارة المانحة للالتزام بعدّها سلطة عامة تملك حتى توقيع الجزاءات على الملتزم معها الذي اخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية , وهذا ما استقر عليه القضاء والفقه الاداريين , ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد فللإدارة المانحة للالتزام ان تستعمل سلطتها الجزائية في نطاق عقد التزام المرافق العامة , لتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها , وتتدرج هذه الجزاءات وفق نوع المخالفة ؛ إذ تبدأ بغرامة التأخير وتنتهي بانتهاء عقد التزام المرافق العامة .

إن هذه الجزاءات تخضع لمجموعة من الخصائص المشتركة بينها القضاء والفقه الاداريين , فما المقصود بسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي ؟ وما طبيعتها واساسها القانوني والخصائص المشتركة للجزاءات التي توقعها الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها ؟ لذا ينبغي معرفة مفهوم سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي , وهذا سيكون محور بحثنا في المطلب الاول , أما الثاني فسنتناول فيه الخلاف القضائي والفقهي حول الاساس القانوني لهذه السلطة .

المطلب الأول

مفهوم سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

في نطاق عقد التزام المرافق العامة تملك الادارة المانحة للالتزام سلطة ايقاع مختلف الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها , وفي حالة اخلاله بأي التزام من التزاماته المفروضة عليه بموجب عقد التزام المرافق العامة وهذه الجزاءات التعاقدية بمختلف انواعها تمتاز بخصائص مشتركة ومهمة اكد عليها القضاء والفقه الاداريين معاً , لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين : الاول لمعنى سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي , أما الثاني فأنه يتضمن خصائص الجزاءات التعاقدية التي توقعها الادارة على الملتزم معها .

الفرع الأول

معنى سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

تملك الادارة المانحة للالتزام في نطاق عقد التزام المرافق العامة سلطات جزائية واسعة ومهمة في مواجهة الملتزم معها الذي اخل بالتزاماته التعاقدية , وعند البحث في هذه السلطة يجدر بنا التطرق إلى تعريفها ومعرفة طبيعتها , لذا نُبين في هذا الفرع تعريف سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي (أولاً) ثم نتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه السلطة (ثانياً) .

أولاً- تعريف سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي :

سنتطرق إلى تعريف سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي لغة , ثم التعريف الاصطلاحي لهذه السلطة , وعلى النحو الاتي :

1- التعريف لغةً :

تُعرف السلطة لغةً بأنها : " سلط : التسلُّط سلّطه عليه فتسلَّط . التسليط : سلَّطه الله عليه : أي ارسله , وقال الله تعالى : لَسَلطهُم عَليكُم "[1] .

جاء في معجم لسان العرب : " سلط : السلاطةُ : القهر , وقد سلطُه الله فتَسلطَ عليهم . والاسم سُلطة بالضم والسلطُ والسليطُ : الطويل اللسان , والانثى سَليطة وسلطانةُ , وقد سلطَ سلاطةٌ وسلوطة. ورجل سليط أي فصيح حَديد اللسان بَينُ السلاطةِ والسُلوطةِ يقال : هو اسلطُهم لِساناً وامرأة سَليطة أي صخابة "[2] .

وجاء في معجم مقاييس اللغة : " سلط : السين واللام والطاء اصلٌ واحد , وهو القوّة والقهر . من ذلك السَلاطه , من التسلط وهو القَهر , ولذلك سمّي السُلطان سلطاناً , والسلطان : الحُجة , والسَليط من الرجال : الفصيح اللسان الذَرِب , والسَليطة المرأة الصَخابة "[3] .

أما الجزاء فيُعرف لغةً بأنه : " جزى أي جزَتكم جَوازي حُقوقكم وذِمامكم ولا منةَ لي عليكم الجَزاء المكافأة عَلى الشيء , جَزاه به وعليهِ جزاءً وجازاه مجازاةً وجزاءً , وقوله الحطيئة : مَن يَفعل الخير لا يُعدم جوازيه . ويقال فلانٌ ذو جزاءٍ وذو عناءٍ , والجزاء القَضاء . وجَزي هذا الامر أي قَضى , ومنه قوله تعالى ((واتقُوا يوماً لا تَجزي نفسٌ عن نفس شيئاً)) . يقال : جَزيتُ فلاناً حَقه أي قضته وأمرت فلاناً يَتجازى دَيْنِي أي يتقاضاه "[4] .

وفي معجم مقاييس اللغة : " جزي : الجيم والزاء والياء قيام الشَيء مَقامَ غيره ومكافأته إياه : يقال جَزيْت فلاناً أجزيه جزاءً , وجازيتهُ مجازاةً , وهذا رجل جازيكَ مِن رجل , أي حسبك , ومعناه انه ينوبُ مناب كلِّ احدٍ كما تقول كافيكَ وناهيك , أي كأنه ينهاك ان يُطْلَبَ معه غيره . وتقول : جَزَي عَني هذا الأمرُ يَجزي , كما تقول قَضى يَقضي "[5] .

2- التعريف اصطلاحاً :

مصطلح الجزاء بأوسع معانيه يُقصد به : " رد الفعل الذي يصدر من شخص أو هيئه كنتيجة لإخلال معين بهذا تصير كلمة جزاء عنصراً من عناصر القاعدة القانونية في معناها النظامي , فكل امر قانوني لا يرتبط بجزاء يفقد صفته القاعدية لأنه لا يصير لازماً فاللزوم يمنح صفة الثبات والاستقرار وكل منهما يمثل احد

---

(1) نشوان بن سعيد الحميري اليمني , معجم شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم , دار فكر , الطبعة الاولى , المجلد الاول , سوريا , 1999 , ص3183 .

(2) محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين ابن منظور الانصاري , معجم لسان العرب , دار صبح , الطبعة الاولى , الجزء السادس , لبنان , 2006 , ص307 .

(3) احمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين , معجم مقاييس اللغة , دار احياء التراث العربي , الطبعة الاولى , لبنان , 2008 , 367 .

(4) محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين ابن منظور الانصاري , معجم لسان العرب , دار صبح , الطبعة الاولى , الجزء الثاني , لبنان , 2006 , ص258-259 .

(5) احمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين , معجم مقاييس اللغة , المصدر السابق , ص198 .

خصائص الوضع القاعدي "[1] . والجزاء في مجال العقود الخاصة " هو ذلك الاثر الذي يترتب بقوة القانون نتيجة لإخلال احد اطراف العلاقة التعاقدية ببنود العقد المبرم بينها , وبعبارة اخرى انه الاجراء الذي يستتبع عدم تنفيذ الشروط التعاقدية الخطأ من جانب احد اطرافه "[2] . أما الجزاءات في مجال العقود الادارية فهي الجزاءات التي توقعها الادارة على المتعاقدين معها لعدم قيامهم بالتزاماتهم معها وهذه الجزاءات مقصورة على تلك الطائفة من المتعاقدين مع الادارة في حدود ما اتفقوا عليه اداريا مع الادارة , والادارة لا تستطيع توقيع الجزاء الا بالنظر إلى هدف محدد وان يكون هنالك تناسب بين صرامة الجزاء الموقع , وحجم التقصير الصادر من جانب المتعاقد معها[3] , والجزاء التعاقدي كأي جزاء اخر له طابعه العقابي ؛ لأنه يوقع في حالة التقصير أو الاخلال في القيام بالالتزامات , لكن ذاتيه هذا الجزاء يتمثل في انه يصدر عن سلطة ادارية وهي سلطة غير قضائية , وهذا ما يضفي عليه شكل القرار الاداري , الا ان الجزاء التعاقدي بمفهومة السابق توقعه الادارة في حالة وجود خطأ من الملتزم , وبذلك يتميز عن اجراءات الضبط الاداري التي تفرضها الادارة , والتي تمثل قيداً على حريات الافراد بهدف وقاية النظام العام , فمهمة هذا الاجراءات وقائية , في حين ان الجزاءات التي توقعها الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها لعدم قيامه بتنفيذ التزاماته , أو تنفيذها بشكل لا يتفق مع شروط العقد أو تأخره في التنفيذ يكون الهدف منها تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد[4] .

الجزاءات التي تخص عقد التزام المرافق العامة هي الجزاءات المالية التي تكون عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة مطالبة الملتزم بها عندما يخل بالتزاماته التعاقدية , وهذه أما يكون الغرض منها توقيع عقاب على الملتزم بغض النظر عن أي ضرر يلحق الادارة , ومنها ما يكون الغرض منها لتغطية ضرر حقيقي لحق الادارة نتيجة لخطأ الملتزم , وهذه الجزاءات تشمل التعويضات والغرامات ومصادرة التأمين[5] , والجزاءات الضاغطة التي تستهدف ارغام الملتزم على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلول الادارة محل الملتزم , أو بإحلال غيرها محله ؛ وذلك لأن هدف الادارة في هذا المجال هو لضمان تنفيذ عقد التزام المرافق العامة , فوسائل الضغط توجه بصفة عامة لتحقيق هذه الغاية التي يستلزمها ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ووسائل الضغط في عقد الالتزام تتمثل في وضع المرفق تحت الحراسة[6] , والجزاءات الفاسخة للعقد التي تعتبر من اخطر الجزاءات , التي تلجأ اليها الادارة ضد الملتزم معها عندما يرتكب خطأ جسيما , لا يمكن معالجته إلا من خلال هذه الجزاءات التي تنهي العلاقة التعاقدية بينهما , ومجلس الدولة الفرنسي يستعمل مصطلح إسقاط الالتزام بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة , ومصطلح الفسخ بالنسبة للعقود الادارية الاخرى[7] .

---

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2018 , ص65 .

(2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , الجزائر , 2008 , ص37 .

(3) د. طارق سلطان , سلطة الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الادارية , بحث منشور في الاكاديمية الملكية للشرطة , مركز الاعلام الامني , بلا سنة للنشر , ص8-9 .

(4) د. صلاح الدين فوزي , المبسوط في القانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 1998 , ص795 .

(5) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص475 .

(6) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2010 , ص151-152 .

(7) احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , مصر , 2006 , ص335 .

والجزاءات الجنائية التي تستطيع احياناً الادارة المانحة للالتزام فرضها على الملتزم , وتستمد قدرتها في فرض هذه الجزاءات لا بصفتها طرفاً في عقد الالتزام وانما بصفتها سلطة عامة فتقوم بممارسة نشاط ضبط اداري على الملتزم , وهذه الجزاءات تكون بصورة الادراج في القائمة السوداء[1] .

من خلال ما تقدم نستطيع تعريف السلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام بأنها : سلطة تتمتع بها الادارة المانحة للالتزام والتي تُجيز لها فرض مختلف الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها نتيجة لإخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية بموجب عقد التزام المرافق العامة , وسواء أكانت هذه الجزاءات منصوصاً عليها في هذا العقد ام لم يكن منصوصاً عليها .

ثانياً- الطبيعة القانونية لسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي :

اختلفت الدول المقارنة والعراق في الطبيعة القانونية للسلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام ؛ اذ نجد انه في فرنسا حتى نهاية القرن التاسع عشر كان المبدأ المقرر وفقاً لمجلس الدولة الفرنسي آنذاك ان عقد التزام المرافق العامة يستقل وحده ببيان جزاءاته , ولم يكن مسموحاً بتطبيق جزاء خارج بنود هذا العقد أو دفتر الشروط[2] , ثم بعد ذلك جاءت مرحلة ثانية مهمة لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , وفي ظل هذه المرحلة عدل مجلس الدولة الفرنسي مسلكه السابق الذي اكتفى فيه بالجزاءات التعاقدية فقط , وتمثل هذا المسلك في حكمه الشهير الصادر ٣١ / ٥ /١٩٠٧ في قضية دبلانك (Deplanque) , حيث وفق هذا الحكم تم استبعاد المبدأ الذي كان يكتفي بنصوص العقد فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات[3] , أما المرحلة الثالثة فقد شهدت اكثر جرأة من قبل مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات , وبذلك تجاوز مسلكه السابق في حكم (دبلانك) , حيث سمح للإدارة بأن تستعمل سلطتها في توقيع الجزاءات على الملتزم معها بدون شروط النص عليها في العقد , على ان تخضع تصرفاتها هذه لرقابة القضاء اللاحقة , وقد تم تأكيد هذه المرحلة بقيام مجلس الدولة بإصدار حكمة في ١١/ ١٠/ ١٩٢٩ بشان قضية شركة ملاحة جنوب الاطلسي[4] .

وفي مصر, نجد ان القضاء المصري لا يشترط في ممارسة الادارة لسلطتها في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , ان تكون تلك السلطة منصوص عليها في العقد , فهذه السلطة مستقلة عن بنود العقد , وهي ناتجة عن اتصال العقد الاداري بالمرافق العامة ؛ إذ ان النص على بعض الجزاءات لا يمنع الادارة من فرض غيرها من الجزاءات غير المنصوص عليها في بنود العقد , المحكمة الادارية العليا المصرية اكدت ذلك في حكمها الصادر في٢٨/ ١٩٦٣/١٢ الذي جاء فيه : " ... ان للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها , وهي في هذا لا تستند إلى العقد الاداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة , وعملا بالقواعد الاصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الادارية واهدافها وقيامها على حسن استمرار المرافق العامة ... "[5] .

---

(1) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص125-126 .
(2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص44-45 .
(3) د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , منشورات زين الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2010 , ص278 .
(4) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في ثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص50-51 .
(5) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 1109 الصادر في 1963/12/28 , حكم منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا , السنة التاسعة , ص326 .

وفي الجزائر , استقر القضاء على ان الادارة المانحة للالتزام تملك سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم معها بإرادتها المنفردة , وبعبارة اخرى ان الادارة المانحة للالتزام تستطيع توقيع مختلف الجزاءات على الملتزم معها سواء نص عليها عقد التزام المرافق العامة ام لم ينص عليها , وان هذا الحق هو من اهم النتائج التي تترتب على مبدأ وجوب سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1] .

وفي الامارات , الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة أبو ظبي قد نص على " على المتعاقد تنفيذ العقد وفقاً للشروط والقواعد المقرر فيه والا كان عرضة لفرض الجزاءات المنصوص عليها في العقد وفي هذا الدليل "[2] . كما جاء نظام رقم ٣ لسنة ١٩٧٧ في شأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة أبوظبي لينص في المادة (٤٦) على حالات انهاء العقد , حيث اجاز للدائرة المعنية انهاء العقد مع عدم الاخلال بحقها في المطالبة بالتعويضات في حالات معنية منها استعمال المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الدائرة وغيرها[3] . ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا بان المشرع الاماراتي اعطى للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم معها بموجب نصوص قانونية صريحة وبالتالي فاذا ما وجد بند في عقد التزام المرافق العامة يجيز للإدارة هذا السلطة , فأن هذا البند يعدّ كاشفاً لا منشئاً لهذه السلطة .

أما في العراق , فلم نجد نصا صريحا يجيز للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم معها حتى لولم ينص عليها العقد المبرم بينهما . الان القضاء العراقي سار عكس هذا الاتجاه ؛ إذ قررت المحكمة التميز الاتحادية في حكمها الصادر في ٢٠/ ١/ ٢٠٠١ الذي جاء فيه : "... توقف المدعي عن اتمام العمل يعد اخلالا من جانبه بالتزامه التعاقدي , ويكون اتجاه دائرة المدعي عليه إلى سحب العمل من المدعي ... اعمالاً لامتيازها في ايقاع هذا الجزاء في نطاق العقد الاداري عن اخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية , استنادا للقواعد العامة التي يقوم عليها العقد الاداري , ولو لم ينص عليه العقد ... "[4] . ومن خلال احكام محكمة التمييز الاتحادية العراقية يتضح لنا بان عدم النص في العقد الاداري عن النص على بعض الجزاءات لا يعني هذا ان الادارة لا تستطيع توقيع جزاءات لم ينص عليه العقد ,حيث يحق للإدارة ان توقع على المتعاقد معها جميع الجزاءات , سواء أكان منصوصا عليها في العقد ام لم يكن منصوصا عليها .

أما موقف فقهاء القانون الاداري من طبيعة سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها بمختلف انواعها , نجد ان (الدكتور علي محمد مظفر) يذهب إلى القول بأن الادارة تمتلك سلطة توقيع الجزاءات بمختلف انواعها حتى وان لم ينص عليها عقد التزام المرافق العامة , ويرجع ذلك إلى صلة هذه العقود بالمرافق العامة , حيث لا يجوز ان يحمى سكوت عقد التزام المرافق العامة الملتزم مع الادارة من اخلاله بالتزاماته التعاقدية , واذا نص هذا العقد على بعض الجزاءات دون الآخر فأن ذلك لا يعني ان سلطة الادارة في

---

(1) د. محمد الصغير بعلي , القانون الاداري , المصدر السابق , ص112 وما بعدها .
(2) المادة (42) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .
(3) المحامي محمد محمود , قانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في دولة الامارات العربية المتحدة , بلا اسم للناشر , الطبعة الاولى بلا مكان للنشر , 2000 , ص104 .
(4) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 83/ الهيئة المدنية / الصادر في 2001/1/20 , حكم غير منشور .

توقيع الجزاءات تكون مقصورة على تلك الجزاءات المنصوص عليها في العقد , بل تستطيع ان توقع على المتعاقد جميع انوع الجزاءات[1] .

ويذهب (الدكتور عبد المجيد محمد محمد فياض) إلى القول بأن الادارة لا تستطيع توقيع الجزاءات غير منصوص عليها في عقد التزام المرافق العامة , ويرى ان هذه العقود ملزمة فقط في حدود ما اتت به نصوصها من شروط وبنود , فاذا جاءت بنود هذا العقد خالية من شروط يضمن للإدارة الحق في تطبيق الجزاء بنفسها فأنه يصبح من الواجب عليها اللجوء إلى القضاء لتوقيع الجزاء غير المنصوص عليه , خاصة وان الادارة بعدّها الطرف الاقوى في عقد التزام المرافق العامة وبذلك تستطيع ان تضع الشروط التي تراها مناسبة لمصلحة المرافق العامة وان تدرجها في هذا العقد , ومقتضى هذا الرأي ان الادارة ملزمة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبذلك لا يمكن ان تنفرد بامتياز العام في التنفيذ المباشر في نطاق علاقاتها العقدية الا إذا منحها العقد هذا الحق[2] بينما (الدكتور سليمان محمد الطماوي) يرى ان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها باختلاف انواعها حتى لو لم ينص عليها عقد التزام المرافق العامة هي غير مطلقة لجميع الجزاءات , فالإدارة المانحة للالتزام تستطيع ان تفرض مختلف الجزاءات بإرادتها المنفردة وبدون شروط النص عليها في بنود عقد التزام المرافق العامة باستثناء جزاء الإسقاط الذي لا يمكن توقيعه الابناءً على النص عليه في بنود هذا العقد , أو في دفتر شروط[3] .

بدورنا نرى , ان للإدارة المانحة للالتزام سلطة توقيع مختلف الجزاءات التعاقدية , بما فيها جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها الذي اخل بالتزاماته التعاقدية , سواء كانت هذه الجزاءات منصوص عليها في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط , ام لم يكن منصوصاً عليها , استناداً إلى سلطتها العامة ومقتضيات المصلحة العامة , إذ لا يمكن ان تقف الادارة المانحة للالتزام مكتوفة الايدي حول مخالفة ارتكبها الملتزم ولم يكن منصوصاً على الجزاء المناسب لها في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط .

الفرع الثاني

الخصائص الجزاءات التعاقدية التي توقعها الادارة على الملتزم معها

بالرغم من تنوع الجزاءات التعاقدية التي توقعها الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها , الا انها تتميز جميعها بخصائص مشتركة , سواء كانت جزاءات مالية أو ضاغطة أو فاسخة , ومن اهم خصائصها هي ان هذه الجزاءات التعاقدية توقع بالإرادة المنفردة للإدارة المانحة للالتزام دون الحاجة إلى النص عليها في عقد التزام المرافق العامة , كما يحق للإدارة المانحة للالتزام اختيار الوقت المناسب لتوقيعها مع جواز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية على الملتزم .

---

(1) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , الطبعة الاولى , 2012 , ص34

(2) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة عين الشمس , مصر, 1994 , ص55-56 .

(3) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص476 .

أولاً- توقيع الجزاءات التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة المانحة للالتزام :

استقر القضاء والفقه الاداريين على ان للإدارة المانحة للالتزام سلطة توقيع الجزاءات التعاقدية (عدا جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة) على الملتزم معها بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء المختص , وهذه القاعدة لا توجد فقط في عقد التزام المرافق العامة , وانما في جميع العقود الادارية الاخرى[1] ؛ إذ للإدارة المانحة للالتزام سلطة توقيع اغلب الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها الذي يخل بالتزاماته دون الحاجة للجوء إلى القضاء , ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام واطراد ؛ وخوفا من تعرض المصلحة العامة إلى الضرر إذا توقفت هذه المرافق , واذا كان الحكم بالجزاءات التعاقدية المنصوص عليها في مجال عقود القانون الخاص يستلزم تدخل القضاء المختص , فأن مقتضيات المصلحة العامة التي تبرم بشأنها عقود التزام المرافق العامة تستدعي منح الادارة المانحة للالتزام سلطة توقيع الجزاءات التعاقدية بنفسها دون اتباع الاجراءات والقواعد البطيئة والخاصة بعقود القانون الخاص[2] .

إن هذه الخصيصة يطلق عليها (امتياز المبادرة) , وامتياز المبادرة يعني ان للإدارة المانحة للالتزام الحق في توقيع الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء ودون الحاجة إلى النص عليها في عقد التزام المرافق العامة في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته , أو انه تأخر في الوفاء بها , اوانه لم يراع مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماته , أو تنازل عن تنفيذ هذا العقد إلى الغير بدون موافقة الادارة المانحة للالتزام[3] وان الادارة المانحة للالتزام عند مباشرتها لهذا السلطة لا تستند إلى نصوص عقد التزام المرافق العامة , بل إلى سلطتها الضابطة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد , ففي هذا المجال تمتع الادارة بحرية التصرف والتي لاوجود لها في القانون الخاص والاصل ان هذه السلطة تمثل الجزاءات التعاقدية جميعها , الا ان مجلس الدولة الفرنسي استثنى منها جزاء الإسقاط , وجعل توقيعه من اختصاص القضاء , نظراً لما يترتب على هذا العقد من نفقات باهظة يتحملها الملتزم في سبيل ادارة وتسير واعداد المرفق العام[4] .

أما ما وجدناه في مصر والجزائر ودولة الامارات والعراق , على خلاف فرنسا فان الادارة المانحة للالتزام بإرادتها المنفردة تستطيع توقيع الجزاءات التعاقدية جميعها بما فيها جزاء الإسقاط دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء المختص .

إن الاعتراف بسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها بإرادتها المنفردة لا يمنعها من اللجوء إلى القضاء المختص للحصول على حكم قضائي بخصوص جزاء معين على الملتزم معها ؛ إذ ان الاصل في اقتضاء الحقوق يتم عن طريق القضاء المختص , واذا كان بإمكان الادارة المانحة للالتزام للجوء إلى القضاء لإصدار حكم قضائي بتوقيع الجزاء على الملتزم معها , الا أنه لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام ان تتنازل عن سلطتها في توقيع الجزاءات التعاقدية , وكل اتفاق على حرمانها من

(1) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2010 , ص20 .
(2) د. محمود عاطف البناء , العقود الادارية , دار الفكر العربي , الطبعة الاولى , مصر , 2007 , ص247 .
(3) د. ابو بكر احمد عثمان , عقود تفويض المرفق العام , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2015 , ص213 .
(4) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص20 .

توقيع الجزاءات بينها , أو عن طريق القضاء يكون باطلاً ولا يعتد به[1] .

لكن هل أن سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة على الملتزم معها تعدّ انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات ؟

لا تمثل سلطة الادارة بتوقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها بإرادتها المنفردة خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات , واعتداء على اختصاص القضاء , حيث لا تتعارض هذه السلطة مع ما هو مستقر عليه من ان الفصل بين السلطات لا يمكن ان يكون مطلقاً , وانما هو فصلاً نسبياً والدليل ان السلطة القضائية تفصل في بعض النازعات الخاصة بصحة العضوية , وهي امور تتعلق بالسلطة التشريعية , كما ان القاضي يحكم في بعض المنازعات الادارية ويحكم كذلك بإبطال تصرفاتها غير المشروعة[2] . كما ان الادارة ممثلة في السلطة التنفيذية تمارس سلطة تشريع القرارات التنظيمية في الظروف العادية أو الاستثنائية , ورغم ذلك لم يقل احد ان في ذلك يعد فرقاً بالفصل بين السلطات[3] .

بدورنا نرى , أن للإدارة المانحة للالتزام حق توقيع الجزاءات التعاقدية جميعها على الملتزم معها دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء المختص , وذلك لضمان تنفيذ عقد الالتزام المتصل بسير المرفق العام وضمان استمرار المرفق العام وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة , وان سلطة الادارة هذه مستمده من حسن سير المرفق العام , لأنه إذا سلمنا بذهاب الادارة المانحة للالتزام إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بالجزاءات على الملتزم معها فأن هذا الامر قد يسبب تعطيل وتأخير سير المرافق العام بسبب بطئ الاجراءات القضائية , الا انه لا يعني ذلك استبعاد القضاء بشكل نهائي , فسلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم معها يجب ان تكون خاضعة لرقابة القضاء , ويعد باطلا كل بند في عقد التزام المرافق العامة ينص على خلاف ذلك .

ثانياً- توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في عقد التزام المرافق العام :

لا يشترط لكي تمارس الادارة المانحة للالتزام سلطتها في فرض الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها ان تكون تلك الجزاءات منصوص عليها في عقد التزام المرافق العامة , فسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية انما هي سلطة مستقلة عن نصوص هذا العقد , وهي ناتجة عن اتصال عقد الالتزام بالمرافق العامة , فالنص في هذا العقد على بعض الجزاءات التعاقدية لا يمنع الادارة المانحة للالتزام من توقيع غيرها من الجزاءات غير المنصوص عليها في هذا العقد , ولا يستطيع الملتزم ان يحاججها بعدم وجود نص على الجزاء في العقد , وذلك لأن النص في العقد على حق الادارة في توقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها يعد كاشفا لهذا الحق , وليس منشأ له[4] .

لقد خص الفقه والقضاء هذه القاعدة بجملة من المبادئ اهمها :

---

(1) د. حسان عبد السميع هاشم , الجزاءات المالية في العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2002 , ص29
(2) د. محمود عاطف البناء , العقود الادارية , المصدر السابق , ص248 .
(3) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص22 .
(4) د. جابر جاد نصار , العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2005 , ص285 وما بعدها .

١- إن خلو عقد التزام المرافق العامة من الجزاءات لا يجرد الادارة الحق في توقيعها[1] .

٢- عدم جواز وجود بند في عقد التزام المرافق العامة يقيد حق الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , واذا وجد مثل هذا البند في هذا العقد فأنه يكون باطلا[2] .

٣- إذا توقع عقد التزام المرافق العامة خطأً معيناً وتم وضع له جزاء مناسب , فيجب على الادارة في هذه الحالة التقيد بهذا الجزاء , بحيث لا يجوز ـ كقاعدة عامة ـ ان تستبدله بغيره , ولكن هذا القيد استبعده فيما بعد مجلس الدولة الفرنسي واقر بسلطة الادارة في احلال جزاءات اخرى محل الجزاءات المنصوص عليها في العقد , ولم يتقيد هذا المجلس بهذا القيد الا بالنسبة للجزاءات المالية[3] .

٤- إن وضع جزاءات لبعض المخالفات التي يرتكبها الملتزم لا يقيد الادارة المانحة للالتزام في توقيع جزاءات عن المخالفات اخرى[4] .

يبدو لنا , ان سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة على الملتزم معها لا يشترط النص عليها في عقد التزام المرافق العامة لكي يتم ممارستها ؛ لأن هذه السلطة تكون مستقلة وناتجة عن نصوص عقد الالتزام وعن اتصاله بنشاط المرفق العام وهدفها هو تسيير المرفق العام بانتظام واطراد , وتستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيع مختلف الجزاءات التعاقدية على الملتزم , سواء كانت جزاءات مالية , أو ضاغطة , أو فاسخة , ولكن هذه السلطة يجب ان تمارسها تحت رقابة القضاء لكي لا تتعسف في استعمالها .

ثالثاً- حق الادارة المانحة للالتزام في اختيار الوقت المناسب للجزاءات التعاقدية :

الجزاءات التعاقدية التي توقعها الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها تتسم بان ميقات توقيعها يكون موقوفاً على ارادة هذه الادارة , فاذا لم يوجد ما يلزم الادارة بان تفرض على الملتزم معها جزاء ما ارتكب في وقت معين فأنها تكون حرة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاءات التعاقدية ضمانا لاستمرار سير المرفق العامة بانتظام واطراد[5] . كما للإدارة سلطة تقديرية في تحديد الجزاء المناسب والملائم , الا ان هذه السلطة ليست مطلقة من أي قيد ؛ إذ يتوجب على الادارة المانحة للالتزام احترام النصوص التعاقدية المتفق عليها ـ كأصل عام ـ كما لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام توقيع جزاء اشد من الجزاءات المتفق عليها في عقد التزام المرافق العامة الا في حالة ارتكاب الملتزم معها مخالفة جسيمة[6] , واذا كانت الادارة المانحة للالتزام تملك حرية اختيار وقت توقيعها للجزاء , إذا لم يحدد هذا العقد ميعاد لتوقيعه , فلا يستطيع الملتزم معها الدفع بتأخير الادارة في توقيعها للجزاء[7] , وان الترخيص للإدارة المانحة للالتزام في اختيار الوقت المناسب لتوقيع

---

(1) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص481 .
(2) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص44 .
(3) د. عزيزة الشريف , دراسات في نظرية العقد الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 1992 , ص144 .
(4) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص481 .
(5) د. طارق سلطان , سلطة الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الادارية , المصدر السابق , ص21 .
(6) د. جورجي شفيق ساري , المبادئ العامة للقانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الرابعة , مصر , 2004 ص1088 .
(7) د. احمد سلامة بدر , العقود الادارية وعقد البوت , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الثانية , مصر , 2010 , ص176 .

الجزاء على الملتزم معها بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد , الا انه يفضل الا تطول الفترة التي تسبق توقيع الجزاء من قبل الادارة المانحة للالتزام بحجة ما للإدارة من حق في تقدير الوقت المناسب من ناحية وعدم وجود وقت محدد في عقد التزام المرافق العامة يلزمها بذلك من ناحية اخرى وذلك تفاديا للضرر الذي يمكن ان يصيب المرفق العام جزاء التأخير[1] .

بدورنا نرى , أن الادارة المانحة للالتزام يجب أن تتمتع بحرية اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها في عقد التزام المرافق العامة , الا انه يجب ان تراعي في ذلك المصلحة العامة التي تهدف إلى تحقيقها , وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ان حرية الادارة المانحة للالتزام في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها يجب ان يخضع للرقابة القضائية , لكي تكون هذه الرقابة ضمانة مهمة للملتزم في حالة تعسف الادارة المانحة للالتزام في استعمال هذه الحرية .

رابعاً- جواز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية على الملتزم :

للإدارة المانحة للالتزام الحق في توقيع جزاءات تعاقدية متعددة على الملتزم معها , وهذا الحق مقرر لها طالما وجدت الاسباب التي تستوجب ذلك , وبحسب ما تراه صالحاً ومناسباً لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد[2] , وليس هنالك ما يمنع من الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية طالما تحقق السبب الذي يستوجب توقيع كل منها ؛ إذ ان كل سبب من الاسباب التي تؤدي إلى توقيع الجزاءات التعاقدية مستقل ومتميز عن الآخر في الطبيعة والغاية[3] , وللإدارة المانحة للالتزام الحق في توقيع جزاءين منصوص عليهما في القوانين أو اللوائح عن مخالفة واحدة ؛ الا انه لا يجوز الجمع بين فسخ عقد التزام المرافق العامة وبين تنفيذه على حساب الملتزم مع الادارة , لأن الفسخ يؤدي إلى انهاء الرابطة التعاقدية , في حين ان التنفيذ على حساب الملتزم يعني استمرار العقد وبقائه قائماً إلى ان يتم هذا التنفيذ[4] , فالإدارة المانحة للالتزام تستطيع فرض انواع متعددة من الجزاءات التعاقدية بحسب النظام القانوني الذي تسير عليه , فقد تكون جزاءات مالية كالغرامات التأخيرية ومصادرة التأمين والتعويض[5] , وقد تكون جزاءات فاسخة مثل الإسقاط ويضاف اليها انواع اخرى من الجزاءات هي الجزاءات الجنائية مثل ادراج الملتزم في القائمة السوداء[6] , واذا كان للإدارة الحق في توقيع اكثر من اجزاء في الوقت نفسه الا ان ذلك مشروط بان لا يُحظر هذا الجمع بموجب نص صريح في عقد التزام المرافق العامة [7] .

أما موقف الدول المقارنة والعراق من الجمع بين الجزاءات التعاقدية على الملتزم , ففي فرنسا يرى بعض الفقهاء ان عقد التزام المرافق العامة عندما ينص على جزاء معين لمخالفة معينة فانه يعني الحالة العادية وهي

---

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص77 .
(2) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص26 .
(3) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص77 .
(4) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 5327 الصادر في 1994/4/27 , حكم اشار اليه د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , دار المطبوعات الجامعية , الطبعة الاولى , مصر , 2014 , ص70 .
(5) Gustave Peiser , Droit administratif general , Dalloz , 26 edition , france , 2014 , P.92 etc .
(6) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص133 .
(7) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص67 .

حالة الخطأ البسيط , ولا يمكن ان يقصد قانوناً الاخطاء الجسمية تلك التي تنتج من التأخيرات والاهمالات المستمرة , ففي هذه الحالة تستطيع الادارة المانحة للالتزام ان تطبق إلى جانبها جزاءات تعاقدية اخرى لحمل الملتزم على التنفيذ ويرى جانب اخر من الفقه الفرنسي انه إذا كانت غرامة التأخير غير كافية كجزاء عقدي مما يعرض المرافق العامة للخطر , فأن الادارة المانحة للالتزام تستطيع ان تزيد الجزاء , وهذا ما اقره مجلس الدولة الفرنسي[1] .

وفي مصر , فمن خلال تتبع الاحكام القضائية نجد ان القضاء المصري قد اجاز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية على الملتزم مع الادارة , وهذا ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع , في فتوى لها بتاريخ ٢/ ٤ / ١٩٩٤ الذي جاء فيها : " ... للجهة الادارية الحق عند اخلال المتعاقد باي شرط من شروط العقد ان تفسخ او ان تقوم بالتنفيذ على حسابه ـ ولها في الحالتين الحق في مصادرة التامين النهائي والحصول على مستحقاتها ... "[2] .

ومن خلال فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع يتضح لنا ان القضاء المصري من جانب اجاز الجمع بين جزاءات تعاقدية عدة ؛ إذ اجاز الجمع بين فسخ العقد الاداري , وبين مصادرة التأمين النهائي , وحصول الادارة على مستحقاتها , أو الجمع بين التنفيذ على حساب المتعاقد , وبين مصادرة التأمين النهائي وكذلك الحصول على المستحقات , ومن جانب اخر ان هذا القضاء لم يجز الجمع بين فسخ العقد الاداري وبين التنفيذ على حساب الملتزم , ونرى ان العلة من ذلك تكمن في ان فسخ العقد يؤدي إلى انهائه , بينما التنفيذ على حساب الملتزم هو جزاء ضاغط لا يؤدي إلى انهاء العقد , وبالتالي لا يجوز جمعهما .

وفي الجزائر , فان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم ١٥ ــ ٢٤٧ لسنة ٢٠١٥ نجده قد اجاز الجمع بين الجزاءات تعاقدية على الملتزم , وهذا ما نستنتجه من المادة ١٤٧ التي نصت على : " يمكن ان ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق , فرض عقوبات مالية دون الاخلال تطبيق العقوبات النصوص عليها في التشريع المعمول به "[3] , كما ان المادة ١٥٢ من هذا القانون اجازت للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته مع تحمل هذا الاخير التكاليف الاضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة[4] .

وفي الامارات , نجد ان قوانينها قد اكدت ايضا على جواز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية على الملتزم مع الادارة ؛ إذ ان نظام رقم ٣ لسنة١٩٧٧ في شأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابوظبي قد نص في مادته (٤٦) على جواز قيام الادارة في حالات معينة بإنهاء العقد ومصادرة التامين النهائي مع عدم الاخلال بحقها في المطالبة بالتعويضات[5] , وكذلك جاء القرار الوزاري

---

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص77- 78 .
(2) فتوى الجمعية العمومية المصرية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 339 الصادر في 1994/4/2 , فتوى اشار اليها مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص67 .
(3) المادة (147) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-147 لسنة 2015 المعدل .
(4) المادة (152) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-147 لسنة 2015 المعدل .
(5) المحامي محمد محمود , قانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في دولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص104 .

الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٨٢ في شأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال ليجيز للمركز الوطني للمحاسب الالي الغاء العقد , ومصادرة التأمين النهائي في حالة الغش , أو التلاعب , أو تقديم الرشوة من قبل المتعاقد[1] , والدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ قد اجاز في حالة تأخير تنفيذ العقد فسخ العقد مع مصادرة كفالة حسن الاداء ومطالبة المتعاقد بالتعويض اللازم , ولا يحول ذلك دون غرامة التأخير المنصوص عليها في هذا الدليل[2] .

وتجدر الاشارة إلى , ان توقيع الغرامة التأخيرية في القانون الاماراتي لا يؤثر على حق الادارة في مطالبة الملتزم بالتعويض عما اصابها من ضرر بسبب تأخيره عن تنفيذ التزاماته , وهذا ايضا ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية في حكمها الذي جاء فيه : " ...ان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الادارة بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصول الاخلال بالوفاء بالالتزام ... "[3] .

أما في العراق , فأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ قد نصت على جواز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية على المتعاقد ؛ إذ ان هذه التعليمات قد نصت على انه لجهة التعاقد اصدار قرار بسحب العمل من المقاول عند اخلاله بنود العقد وتنفيذ الاعمال المخل بها على حسابه عن طريق مقاول اخر , ومصادر التأمينات النهائية الخاصة بحسن التنفيذ[4] . ومن خلال هذا النص يتبين لنا ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد اجازت الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية وذلك عند اخلال المتعاقد ببنود العقد المبرم مع الادارة . أما القضاء العراقي فنجده قد اجاز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية على المتعاقد , وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في حكمها الصادر في 2015/11/16 الذي جاء فيه : " ... وبذلك يكون المدعي / المميز بعد ان حكم عليه بالتعويض عن اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية غير محق بالمطالبة بقيمة خطابات الضمان التي اصدرت لضمان حسن تنفيذ العقود التي اخل بتنفيذها وتكون الدعوى والحالة هذه فاقدة لسندها القانوني ... "[5] .

ومن خلال هذا الحكم يتضح لنا ان القضاء العراقي قد اجاز للإدارة توقيع عدة جزاءات تعاقدية على المتعاقد معها الذي اخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية ؛ إذ اجاز وفق هذا الحكم للإدارة سلطة توقيع التعويض مع مصادرة قيمة خطاب الضمان النهائي الذي اصدر لضمان حسن تنفيذ العقد الاداري والذي اخل المتعاقد بتنفيذه .

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

لم يتفق القضاء والفقه الاداريين , وذهب إلى مذاهب شتى في تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , وهذه المسألة عرفت جدلاً كبيراً بدليل كثرة الافكار والنظريات

(1) المادة (67) الفقرة (أ) من القرار الوزاري الاتحادي الاماراتي رقم 6 لسنة 1982 في شأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال , قرار منشور في الجريدة الرسمية لدولة الامارات العربية المتحدة , الجزء العاشر , 1983 .

(2) المادة (45) الفقرة (2) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .

(3) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة بني سويف , مصر , 2009 , ص45 .

(4) المادة (10) الفقرة (ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .

(5) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 4828 / الهيئة المدنية / الصادر في 2015/11/16 , حكم غير منشور .

التي قيلت بهذا الصدد , ويبدو ان الخلاف حول تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها هو ذات الخلاف حول تحديد اساس القانون الاداري , ولبيان اساس سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي . سنعرض هذا المطلب من خلال فرعين : الاول نتناول فيه الافكار السابقة لأساس هذه السلطة , أما الثاني فسيكون للأفكار الحديثة .

الفرع الأول

الافكار السابقة لأساس سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

كانت الافكار السابقة التي قيلت حول اساس سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها في نطاق عقد التزام المرافق العامة لم تخرج عن نطاق فكرتين أساسيتين : هما فكرة السلطة العامة التي نادى بها بعض فقهاء القانون الاداري , وفكرة المرفق العام التي نادى بها البعض الآخر , وسوف نتطرق لهاتين الفكرتين على النحو التالي :

أولاً- فكرة السلطة العامة :

فكرة السلطة العامة في القانون الاداري مرت بمراحل متعددة , وتطورت من مفهوم تقليدي قديم ؛ إذ كانت تنحصر في سلطة وقوة الاخضاع واجبار المحكومين على طاعة توجيهات وأوامر الحكام , ثم تطورت هذه الفكرة خلال القرن التاسع عشر واصبحت تعني حق استعمال سلطة وقوة النهي والامر بالإرادة المنفردة والملزمة , كما حصل تطور في هذه الفكرة خلال القرن العشرين ؛ إذ اصبحت مجرد فكرة فنية وقانونية تتضمن مجموعة الاساليب والالتزامات والامتيازات والقيود التي تستعين بها الجهة الادارية في ادائها لتحقيق المصلحة العامة[1] , ولفكرة السلطة العامة عنصران هما : العنصر الايجابي ويتمثل في مجموعة السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الادارة وتباشرها في مواجهة الافراد كإصدار القرارات الادارية , والتنفيذ المباشر وغيرها[2] . والعنصر السلبي الذي يتمثل في مجموعة الالتزامات والقيود التي تلتزم بها الادارة اثناء ممارستها لوظائفها واعمالها , ومنها هدف المصلحة العامة , واحترام اساليب اختيار المتعاقد مع الادارة وغيرها[3] .

أما موقف القضاء في الدول المقارنة والعراق من فكرة السلطة العامة , فنجد ان هذه الفكرة قد وجد تطبيقا لها في احكام مجلس الدولة الفرنسي , ومنها حكمه الصادر في ١١/ ١٠ / ١٩٢٩ في قضية شركة ملاحة جنوب الاطلنطي ؛ إذ جاء فيه : " ... إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون من طبيعته ترتيب الحق في التعويض فأنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تلتزم به الشركة ... " , وبهذا الحكم تأكد حق الادارة في استعمال التنفيذ المباشر , واصبحت القاعدة في توقيع الجزاءات هو استعمال الادارة لامتياز التنفيذ المباشر عدا جزاء اسقاط الالتزام[4] .

والقضاء المصري قد أقرّ في بعض احكامه فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص82 .
(2) د. فريدة قصير مزياني , مبادئ القانون الاداري الجزائري , مطبعة عمار قرفي , الجزائر , 2001 , ص93-94 .
(3) د. علاء الدين عشي , مدخل القانون الاداري (التنظيم الاداري) , دار الهدى , الجزء الاول , الجزائر , 2010 , ص33 .
(4) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , المصدر السابق , ص51 .

على الملتزم معها , وهذا ما جاء بحكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٢٥ / ٥ / ١٩٦٣ الذي جاء فيه : " ... العقد الاداري يتميز بان الادارة تعمل في ابرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة... "[1] , كما ان محكمة النقض المصرية تبنت هذه الفكرة في حكمها الصادر في ١٤/ ٣ / ١٩٦٧ الذي جاء فيه " ... ان توقيع الادارة لاجراءات الضغط على المتعاقد هو مباشرة منها لسلطتها في التنفيذ المباشر على حساب المقصر في اداء التزاماته ... "[2].

ولم نجد في القضاء الجزائري أي حكم يشير إلى الاخذ بفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الادارة المانحة للالتزام في فرض الجزاءات على الملتزم المخل بالتزاماته التعاقدية معها .

وفي الامارات , نلاحظ ندرة المنازعات الادارية إلى الحد الذي لا يمكن معه الجزم بما يتجه اليه القضاء فيها بصدد اساس سلطة الادارة في فرض الجزاءات , مع ذلك فمن الملاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في ١٤ / ٧ / ١٩٧٧ قد اتجهت إلى الاخذ بفكرة السلطة العامة في تحديد المنازعات الادارية , التي ترتكز على كون احد اطراف المنازعة من السلطات الادارية الاتحادية دون النظر إلى أي عنصر موضوعي آخر[3] .

والقضاء العراقي , محكمة التميز الاتحادية اخذت بفكرة السلطة العامة كمعيار لتمييز العقود الادارية وذلك في حكمها الصادر في ٢٦ / ١١ / ١٩٦٦ الذي جاء فيه : " ... يجب معاملة عقود الادارة أو السلطة العامة معاملة تغاير معاملة العقود المدنية الصرفة لما تنطوي علية هذه العقود من استهداف المصلحة العامة التي من اجلها صدرت التشريعات العديدة ... "[4] .

أما موقف الفقه الاداري , فانصار فكرة السلطة العامة يرون ان السلطة التي تتمتع بها الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , انما تقوم على امتيازات الاستثنائية للإدارة , وهي النتيجة الطبيعة والمنطقية لنظام السلطة العامة , استقلالاً عن الشروط التي يضعها اطراف العقد[5] , ويُعدّ الفقيه الفرنسي (هوريو) هو رائد هذه الفكرة التي اطلق عليها (مدرسة السلطة العامة) أو مدرسة (تولوز) والتي تقوم على فكرة ان الدولة لها ارادة تعلو على ارادة الافراد ومن ثم فان لها استعمال اساليب العامة كان تغلق محلاً أو نزع ملكية فرد وغيرها[6] , ومن انصار هذه الفكرة ايضا الفقيه (فيدل) الذي يرى : " ان سلطة الادارة في مجازاة المتعاقد معها بمقتضى عقد اداري في حالة سكوت نصوص العقد , ينبع من فكرة السلطة العامة "[7] .

ويرى جانبٌ من الفقه المصري , أنَّ فكرة السلطة العامة اساسا لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع

---

(1) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 1059 الصادر في 1963/5/25 , حكم منشور في المجموعة القضائية , السنة الثامنة , ص1225.

(2) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1967/3/14 , حكم منشور في مجموعة المكتب الفني , السنة 18 , ص612 .

(3) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص25-26 .

(4) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 355 / حقوقية / الصادر في 1966/11/26 , حكم اشار اليه مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص32-33 .

(5) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص82 .

(6) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , المصدر السابق , ص57 .

(7) فارس علي جانكيز , سلطة الادارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2014 , ص59 .

الجزاءات على الملتزم معها , ومناط ذلك هو الارتباط الوثيق بين هذه الفكرة والعقد الاداري , ففكرة السلطة العامة لا تسهم في تضمين العقد شروط استثنائية وحسب , بل في اخضاع العقد لقواعد استثنائية حتى لو لم ينص عليها صراحةً في العقد , فوجود السلطة العامة كطرف في العقد الاداري يخل بمبدأ التوازن بين اطراف العقد فلا يمكن ان تكون الجهة الادارية في مركز مساو مع الافراد , بل يجب ان تسمو على مركز الافراد لتمكينها من اداء وظيفتها واعمالها لتحقيق المصلحة العامة ,هذا الامتياز يعد استثناءً على القواعد العامة وهذا الاستثناء لابد من اساس له وهذا الاساس يكمن في فكرة السلطة العامة[1] .

والفقه الجزائري , بعضهم يؤيد هذه الفكرة ويرى ان الادارة تمارس مظاهر السلطة العامة كونها في مركز اعلى من مراكز الافراد , فكل عمل يتضمن مظهراً من مظاهر السلطة العامة يعد عملا اداريا ويدخل في نطاق تطبيق قواعد القانون الاداري وفي اختصاص القضاء الاداري , وان فكرة السلطة العامة لا تتعلق بالأوامر والنواهي فحسب وانما تمثل كل نشاط اداري تلجا له الادارة لاستعمالها الوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص , منها امتيازات الادارة في مجال العقود الادارية[2] .

ونجد في الفقه الاماراتي , بعض فقهاء القانون الاداري قد أيد فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها عند اخلال بالتزاماته التعاقدية , فالجزاءات التي تفرضها الادارة على الملتزم المقصر في تنفيذ التزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في مجال العقود الادارية وان فكرة السلطة العامة كافية كأساس لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى الاستعانة بفكرة المرافق العامة[3] .

أما الفقه العراقي , فبعض فقهاء القانون الاداري العراقي يؤيدون فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الادارة المانحة للالتزام في فرض الجزاءات على الملتزم معها , وسندهم في ذلك انه غاية عقد التزام المرافق العامة هو حماية الصالح العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد , وعليه فلا يمكن للإدارة ان تكون على قدم المساواة مع الملتزم معها فلها سلطة اصدار قرارات بإرادتها المنفردة في مواجهة الملتزم المخل بالتزاماته معها مستعملة في ذلك امتياز التنفيذ المباشر بوصفها سلطة عامة ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد[4] .

بالرغم من بساطة ووضوح فكرة السلطة العامة , والاساس السليم الذي تقوم عليه هذه الفكرة فقد عدل عنها بعض الفقه الاداري , نظرا للانتقادات التي وجهت لها , وابرز هذه الانتقادات ان هذا الفكرة تحصر القانون والاداري في مجال ضيق ؛ وذلك بإخراجها الاعمال الادارية جميعها التي لا تتضمن الاوامر والنواهي الصريحة كالعقد الاداري وحصر اعمال السلطة في الاوامر الادارية الصريحة فقط وسلطات الضبط الاداري[5] , وكما ان هذه الفكرة تؤدي إلى ازدواج شخصية الدولة وهي شخصيتها بوصفها سلطة عامة وشخصيتها العادية

---

(1) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص30 .
(2) مودع فريدة , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد خيضر بسكرة , الجزائر , 2014 , ص32 .
(3) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص22 .
(4) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص30-31 .
(5) د. عبد الغني بسيوني عبد الله , القانون الاداري , منشأة المعارف , مصر , 1991 , ص85 .

في حين ان شخصية الدولة واحدة لا يمكن ان تتمتع بشخصيتين قانونيتين في الوقت نفسه فضلاً عن صعوبة التمييز بين اعمال السلطة العامة واعمال الادارة العامة[1] , وقد انتقدت أيضاً هذه الفكرة لأنها لا تؤدي إلى تهيئة الفرصة للإدارة في ان تتعسف في استعمال سلطتها واذا كان بالإمكان اعتماد هذه الفكرة عندما كان دور الدولة هو(الدولة الحارسة) فأن توسع مهامها وزيادة تدخلها في النشاط الاقتصادي جعلا من الصعوبة اعتماد هذه الفكرة ؛ لأن السلطة العامة لا يجب ان تكون سلطة قانونية في ذاتها وانما وسيلة الدولة لتقديم الخدمات للأفراد عن طريق المرافق العامة[2] .

يتضح مما تقدم ان فكرة السلطة العامة قد ايدها بعض قضاء الدول المقارنة , وفقهاء القانون الاداري كأساس قانوني للسلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام في نطاق عقد التزام المرافق العامة , على اساس ان سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في مجال العقود الادارية , وهذه السلطة الجزائية تباشرها الادارة المانحة للالتزام دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء المختص .

ثانياً- فكرة المرفق العام :

القضاء والفقه الاداريين استعملا مفهومين للمرفق العام : (المفهوم العضوي أو الشكلي , والمفهوم المادي أو الموضوعي) ويُقصد بالمفهوم الموضوعي : " النشاط الذي تقوم به الدولة أو احدى الهيئات العامة وتتجه به إلى تلبية الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة " , أما المفهوم العضوي فهو الجهاز أو المنظمة أو الهيئة التي تربط ارتباط عضوياً وتباشر نشاطا يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة[3] , أما في نطاق العقود الادارية فان اصطلاح المرفق العام استعمل للدلالة على معاني كثيرة , فأحياناً يقال ان العقد قد ابرم بين شخص ومرفق عام والتعبير هنا يستعمل بالمعنى العضوي , ويكون مرادفا للمنظمة الادارية واحيانا يقال ان العقد ابرم مستهدفاً المرفق العام فالعقد يستهدف تحقيق المصلحة العامة واشباع الحاجات العامة , وايضاً يقال ان العقد يكون طريقة من طرق تيسير وادارة المرفق العام , والمرفق في هذه الحالة يعني نشاطا ظاهراً لإشباع الحاجات العامة للتعبير عن المعنى الوظيفي[4] , ويتمتع المرفق العام بحقوق وامتيازات خاصة , وهذا يعني ان السلطة التي يتبعها المرفق العام تتمتع في ادارته بالحق في اللجوء إلى وسائل القانون العام بما يتضمنه من امتيازات وحقوق غير مألوفة في اطار القانون الخاص , وفي ذات الوقت يمكنها ايضا ان تترك جانب من الوسائل وتلجأ إلى ادارة المرفق بوسائل القانون الخاص , وان الرأي الغالب في الفقه والقضاء يذهب إلى القول ان ما يميز العقد الاداري هو اتصاله بنشاط المرفق العام حيث ان مقتضيات سير المرافق العامة هي التي تبرر ما يخوله النظام القانوني لهذه العقود من الخروج عن القواعد المألوفة في غير عقود القانون الخاص[5] .

اساس فكرة المرفق العام يرجع إلى التطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي في اواخر القرن التاسع عشر

---

(1) د. علي محمد بدير وآخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص59 .
(2) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص34 .
(3) د. علي محمد بدير واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص21 .
(4) احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية , المصدر السابق , ص10-11 .
(5) د. هاني علي الطهراوي , القانون الاداري , دار الثقافة , الطبعة الخامسة , الاردن , 2014 , ص262 وما بعدها .

فبعد ان كان دور الدولة يقتصر على الوظائف الامن والدفاع والقضاء , الا انها بدأت في التدخل في كافة الانشطة والاعمال التي كانت مقصورة على الافراد وحدهم , فتحولت إلى دولة الرفاهية ودولة تقدم الخدمات المختلفة , وبالتالي كان لابد على الدولة ان تنشأ مرافق عامة مختلفة تتولى القيام بتلك الانشطة والاعمال الجديدة ونظرا لأهمية فكرة المرفق العام , فقد عّدها بعض الفقهاء اساسا قانونيا لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها[1] .

ذهب (الدكتور احمد سلامة بدر) إلى القول بان ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تقتضي ان يتم تنفيذ الالتزامات الواردة في عقد التزام المرافق العامة على اكمل وجه , فاذا حاد الملتزم عن هذا المسلك فان الحاجة تبدو ملحة إلى اتخاذ جزاءات رادعة نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية , وان الهدف من قيام الادارة المانحة للالتزام بفرض الجزاءات على الملتزم المخل معها , يكمن في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد فاحتياجات المرافق العامة اساس وقياس جزاءات القانون العام , وبذلك فان ميزة هذه الجزاءات تتمثل في السلطة الادارة المانحة للالتزام في ان تفرضها على الفور لمواجهة عجز الملتزم , دون الحاجة للجوء إلى القضاء[2] .

أما موقف قضاء الدول المقارنة والعراق من فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها فنجد في فرنسا ان حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (روتشيلد Rotschild) الصادر في ٦/ ١٢ / ١٨٥٥ , هو اول حكم اخذ بفكرة المرفق العام الا انه لم يحظ من جانب الفقه الاهتمام نفسه الذي حظى به حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية (بلانكو Blanco) الصادر عام ١٨٧٣ ؛ إذ عُدّ هذا الحكم السابقة الاساسية في الاخذ بفكرة المرفق العام[3] . كما ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقر بفكرة المرفق العام كأساس لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , ويتضح ذلك جلياً من خلال المبادئ التي اقرها , المبدأ (145) سلطة الادارة في توقيع الجزاء على الملتزم معها اساسها تغليب المصلحة العامة وضمان استمرار سير المرافق العامة , والمبدأ (١٤٦) ان للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , وهي في هذا لا تستند إلى العقد الاداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة[4] .

وفي مصر , القضاء الاداري المصري اخذ بفكرة المرافق العام كأساس لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم معها , وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر ٢٤/ ١١ / ١٩٩١ الذي جاء فيه : " ... سلطة الادارة في توقيع الجزاء على الملتزم معها اساسها تغليب المصلحة العامة , وضمان استمرار سير المرافق العامة ... "[5] , وحكمها الصادر في ٢٢/ ٢ /٢٠٠٥الذي جاء فيه : "...ان قضاء هذه المحكمة جرى ان غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الادارية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد

---

(1) د. خالد خليل الظاهر , القانون الاداري (دراسة مقارنة) , دار الميسرة للنشر والطبع والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 1998 , ص76 .

(2) د. احمد سلامة بدر , العقود الادارية وعقد البوت , المصدر السابق , ص177 .

(3) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص36 .

(4) د. حمدي ياسين عكاشة , العقود الادارية في التطبيق العملي , منشأة المعارف , الطبعة الرابعة , مصر , بلا سنة للنشر , ص238.

(5) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 3683 الصادر في 1994/11/24 , حكم اشار اليه د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص70 .

مع الادارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرفق العام بانتظام واطراد ... "[1] .

ولم يرد في احكام القضاء الجزائري ما يشير إلى الاخذ بفكرة المرفق العام كأساس مستقل لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها عند اخلاله بالتزاماته التعاقدية .

وفي الامارات , ومن استقراء احكامها القضائية والتوغل في احكام محاكمها الاستئنافية نجد ان قضاءها قد اعترف بفكرة المرفق العام والمصلحة العامة كأساس لسلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية , وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٨ الذي نص على جواز قيام الجهة الادارية بفسخ العقد الاداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة واكدت على الامر نفسه محكمة الشارقة الابتدائية في حكمها الصادر في ٢١ / ٦ / ١٩٩٢ الذي نص على جواز قيام الادارة بإنهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة تحقيقا للمصلحة العامة , وضمان حسن سير المرفق العام[2] .

أما في العراق , فيرى (الدكتور بلاوي ياسين بلاوي) ان محكمة التميز الاتحادية العراقية لم يرد في احكامها ما يشير إلى تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها عند حدوث اخلال بالتزاماته التعاقدية[3] .

ونحن نجد , ان هذه المحكمة قد اشارت في بعض احكامها إلى فكرة المرفق العام وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد في مجال العقود الادارية ؛ إذ قررت في حكمها الصادر في ١٤ /١١ / ١٩٧٣ بأن : " ... العقود التي تجريها الادارات والمؤسسات الحكومية ذات الصفة الاقتصادية العامة , تُعدّ من عقود المرافق العامة التي يفترض تحقق الضرر فيها بمجرد التأخير في انجازها مالم يكن هناك عذر أو سبب قانوني مقبول للتأخير... "[4] وايضا حكمها الصادر في ٨ / ١٠ / ١٩٧٨ الذي جاء فيه : " ...ان سحب العمل هي وسيلة من وسائل الضغط التي تلجأ اليها الادارة لإجبار المقاول على تنفيذ التزاماته بصورة مرضية بهدف حماية الصالح العام وهذه الوسيلة تستمدها الادارة من طبيعة العقد الاداري وصلته بالمرافق العامة ومقتضيات دوام سيرها بانتظام واطراد ... "[5] .

أما موقف الفقه الاداري , فنجد ان من انصار هذا الاتجاه الذي ظهر في القرن التاسع عشر الفقيه (جيز) الذي يعد من ابرز المؤيدين لهذه الفكرة والذي رفض مفاهيم السيادة كلها وفكرة السلطة العامة التي تميز اعمال السلطة الادارية , وكمعيار لأساس السلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام واستبدالها بفكرة المرفق العام (مدرسة المرفق العام) ؛ إذ يرى ان سير المرافق العامة بانتظام واطراد يتطلب اكبر قدر من الدقة في تنفيذ

---

(1) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 896 الصادر في 2005/2/22 , حكم اشار اليه نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص85 .

(2) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة طنطا , مصر , 1994 , ص56 وما بعدها .

(3) د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , دار شتات للنشر والبرمجيات , الطبعة الاولى , مصر , 2011 , ص66

(4) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 92 / حقوقية / الصادر في 1973/11/14 , حكم منشور في النشرة القضائية لقضاء محكمة التمييز , العدد 4 , السنة الرابعة , 1974 , ص153 .

(5) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 942 / حقوقية / الصادر في 1978/10/8 , حكم اشار اليه مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص40 .

العقد ولذلك من المهم ان تكون لالتزامات الملتزم مع الادارة جزاءات حازمة [1] . ومن انصار هذه الفكرة ايضا الفقيه (دي لو بادير) الذي يرى ان الجزاءات في العقود الادارية لا تستهدف قمع اوجه الاخلال بالالتزامات التعاقدية فحسب وانما تهدف هذه الجزاءات إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد[2] .

وقد ذهب جانب كبير من الفقه المصري على تأسيس سلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم معها على فكرة المرفق العام , وفي ذلك يقول الدكتور (سليمان محمد الطماوي) : " ان حق الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم المخل بتنفيذ التزاماته مردها إلى فكرة ان عقد التزام المرافق العامة يستهدف تسيير مرفق عام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي , فوجود المرفق العام هو الاساس القانوني لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم معها لضمان تنفيذ الالتزامات المتصلة بسير المرفق العام , أو استبعاد الاختلال الذي يكون قد لحق بالمرفق العام "[3] .

أما الفقه الجزائري , فقد أخذ غالبية الفقهاء الاداريين الجزائريين بهذه الفكرة , هذ يرى (الدكتور سعيد عبد الرزاق باخبيرة) ان الادارة عندما تفرض الجزاءات انما تفرضها خدمة المصلحة العامة في سير المرافق العامة بانتظام واطراد , وبذلك يمكن قياس تلك السلطة واغراضها فيما إذا تجاوزت حدود الادارة[4] .

والفقه الاماراتي اغلبهم يميل إلى هذه الفكرة , ويرون انها تؤسس سلطة الادارة في انها العقد بإرادتها المنفردة على فكرة مقتضيات سير المرافق العامة , على اعتبار ان الادارة حين تمارس عملها من خلال ابرام عقداً اداريا ما , انما تقوم بذلك لتلبية حاجات المنتفعين , ولضمان سير المرافق العامة وانتظامها , وبالتالي عندما تكون امام عقد يرهق المرفق العام , ولا يحقق له الانسيابية في اداء خدماته للجمهور , فأنه من المصلحة العامة الغاؤه[5] .

أما الفقه العراقي , فيذهب اغلبهم إلى القول ان حق الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها يكمن في المرفق العام ؛ اذ يرى (الدكتور ماهر صالح علاوي) ان السلطات التي تتمتع بها الادارة عند ابرام عقد الالتزام هي نتيجة اتصال هذا العقد بالمرفق العامة , لذلك فأنها تتقرر بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الادارية , ولا يمكن للملتزم التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ؛ لأنها لا تنطبق على عقود التزام المرافق العامة , فالإدارة عندما تكون طرفا في هذا العقد فهي ترمي بذلك العقد إلى تحقيق مصلحة المرافق العامة , وهذه المصلحة يجب ان تكون منفصلة عن المصلحة الخاصة وعليه فان أي تقصير من الملتزم يمنح الادارة المانحة للالتزام حق توقيع الجزاءات عليه[6] .

رغم النجاح الذي حققته هذه الفكرة كأساس للقانون الاداري واحكامه ومبادئه , واساس لسلطة الادارية في توقيع الجزاءات على لملتزم معها , الا انها تراجعت بفعل تطور الحياة الادارية والتغييرات التي طرأت في

---

(1) Gaston Jeze , Les principes generaux du droit administrative , France , P.440 .

(2) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص84 .

(3) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص497-498 .

(4) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في ثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص78 .

(5) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص145 .

(6) د. ماهر صالح علاوي الجبوري , مبادئ القانون الاداري , المكتبة القانونية , العراق , بلا سنة للنشر , ص234 .

القواعد التي قامت عليها فكرة المرافق العامة , بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه , وزيادة تدخل الدولة في الانشطة الاقتصادية والاجتماعية , وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والمهنية والصناعية في زمن الحرب العالمية الاولى[1] . ومن الاسباب الاخرى التي ادت إلى تراجع فكرة المرفق العام ظهور مرافق عامة ذات نفع عام التي يديرها افراد أو اشخاص اعتبارية خاصة والتي اطلق عليها الفقيه دي لوبادير مصطلح (المشروعات الخاصة للأفراد) , ويقصد بها الانشطة التي تمارسها الادارة بسبب ما يرتبط بها من اشباع الحاجات العامة للجمهور , والسبب الذي ادى بالمساس بالمرفق كأساس قانوني للسلطة الادارة في توقيع الجزاءات , ذلك لتصبح بعض المرافق بتلك الاهمية والتي تبرر تخويل الادارة امتيازات وسلطات غير عادية خاصة بتدخل الافراد في تلك المرافق[2] , كما ان صعوبة تحديد مفهوم المرفق العام وعدم اتفاق الفقهاء المؤيدين لهذه الفكر على عناصر ومقومات المرفق العام ووضع تعريف جامع ومحدد له , مما جعل من فكرة المرفق العام فكرة غامضة وغير محددة المعالم[3] , كما انتُقدت هذه الفكرة من حيث ان فكرة المرفق العام فكرة ضيقة , ولا تستوعب مجالات النشاط الاداري كلها , كما ان هناك من النشاط الاداري ما لا يقوم على فكرة تقديم الخدمات للأفراد , وهو العنصر الجوهري في فكرة المرفق العام , ومع ذلك يعدّ هذا النشاط من النشاط الاداري الذي يخضع للقانون الاداري , كالنشاط الاداري الخاص بفرض الضرائب وعقد القروض وغيرها[4] . وان ابرز ما يؤخذ على فكرة المرفق العام هو ان انصار هذه الفكرة يتجاهلون تماما فكرة السلطة العامة التي تعدّ فكرة حقيقية ومنطقية لاشك فيها , ولذلك لجأ الكثير من انصار فكرة المرفق العام إلى الجمع بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة لتحديد اساس سلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم معها أو على اساس تساوي الفكرتين في الاهمية أو على اساس ان احدهما مكمل للأخر[5] .

إن فكرة المرفق العام تعدّ فكرة واسعة جداً وذلك لأن هذه الفكرة لا تؤدي دائما إلى ان يدار كل مشروع حكومي يشبع حاجات عامة بأساليب استثنائية , فمن المعروف ان الادارة تلجأ في ادارة وتيسير مرافقها العامة إلى اساليب القانون الخاص , وهذه الاساليب تخضع لأحكام القانون الخاص , ومعنى ذلك ان فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد نطاق القانون الاداري ليس بالمعيار الكافي , وبالتالي اصبحت فكرة المرفق العام عاجزة عن تبرير سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , وهذا ما الزم الفقه بإيجاد حلول بديلة لتبرير اساس هذه السلطة[6] .

يظهر مما تقدم ان جانب من الفقه الاداري ذهب إلى القول بان الاساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام يكمن في فكرة المرفق العام , ويبدو لنا ان العلة من ذلك تكمن في ان الادارة المانحة للالتزام هي القوامة على المرفق العام وهي المسؤولة بحكم وظيفتها عن حسن سير وتنظيم هذا المرفق , ومن هنا يحق لها توقيع الجزاءات المناسبة على الملتزم معها لكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

---

(1) د. علاء الدين عشي , مدخل القانون الاداري - التنظيم الاداري , المصدر السابق , ص33 .
(2) د. حسين عثمان , اصول القانون الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2006 , ص274-275 .
(3) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص22 .
(4) د. عمار عوابدي , القانون الاداري - النظام الاداري , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزء الاول , الجزائر , 2000 , ص139-140 .
(5) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص22 .
(6) جاسم خلف جواد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2018 , ص60.

الفرع الثاني

الافكار الحديثة لأساس سلطة الادارة في توقيع الجزاء التعاقدي

في الآونة الاخيرة ظهرت افكار حديثة لأساس سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها ؛ إذ ظهرت افكار تبرر اساس سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها , فهنالك فقهاء يرون ان هذه السلطة تقوم على اساس مزدوج , وهو الجمع بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة , وهنالك من يطرح افكار اخرى لأساس هذه السلطة , وسوف نتطرق لهذه الافكار الحديثة على النحو الآتي :

أولاً- الأساس التوفيقي المزدوج :

نظر للانتقادات الكثيرة التي وجهت إلى الافكار السابقة , وان كل فكرة لوحدها لا تصلح ان تكون معياراً واساساً لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها , لذلك ظهرت فكرة نادت بالجمع بين فكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة , لتكون الاساس الذي يبرر سلطة الادارة في توقيع الجزاءات , يتم هذا بتطبيق فكرة الجمع بين الاهداف والوسائل , وذلك من خلال جمع فكرة المرفق العام مع فكرة السلطة العامة اللذان يشكلان فكرة الجمع بين الهدف والوسيلة , لتأسيس سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها المخل بالتزاماته[1] ؛ إذ يرى انصار هذه الفكرة بان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها انما تستند على فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الادارة في عقد التزام المرافق العامة , إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام[2] .

أما موقف قضاء الدول المقارنة والعراق من فكرة المعيار التوفيقي المزدوج , فنجد ان مجلس الدولة الفرنسي في بعض احكامه قد اخذ بهذه الفكرة وقرر ان انهاء العقد قبل اجله لم يكن يحدث الا اعمالاً للسلطة العامة التي تملكها الادارة في مجال انهاء عقودها الادارية , إذا ما كانت ترى في غير ذلك غير ذات فائدة تعود على العقود الادارية التي ابرمتها لصالح المرافق العامة[3] .

والقضاء المصري أقر في بعض احكامه بالأساس التوفيقي المزدوج كأساس للسلطة الجزئية للإدارة المانحة للالتزام , وهذا ما جاء في حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٢٤ / ٣ / ١٩٥٧ الذي جاء فيه : "... للإدارة الحق في انهاء عقد الالتزام متى اقتضت المصلحة , استنادا إلى حقها المطلق في تعديل العقد اركان تنظيم الرفق العام وادارته وقواعد استغلال وادارته , وان هذا الحق مستمد من سلطتها العامة لا من عقد الالتزام ... "[4] . والقضاء الجزائري , لم نجد فيه ما يُشير إلى تحديد الاساس القانوني لسلطة الادارة في توقيع

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الزقازيق , مصر , 1993 ص100 .

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص80 .

(3) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص149 .

(4) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم 304 الصادر في 1957/3/24 , حكم منشور في المجموعة القضائية , السنة 11 , 1957 , ص300 .

الجزاءات على الملتزم معها . الا ان المشرع الجزائري تبنى فكرة الجمع بين الاهداف والوسائل , أو كما يطلق عليها الاساس التوفيقي المزدوج كأساس لسلطة الادارة في مجال العقود الادارية وسلطة انهاءها , فاشتراك فكرة السلطة العامة مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمتجسدة في اهداف وانجاز سياسة التنمية الوطنية والتي تعد العقود الادارية بأشكالها وسيلة إلى ذلك[1] .

والقضاء الاماراتي , المحكمة الاتحادية العليا اوردت في احد احكامها : " ... ان العقد المبرم بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وبين احد افراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الادارية بل ان المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد نفسه بان يتصل بتسيير مرفق العام وان تظهر الادارة نيتها في الاخذ في شانه بأسلوب القانون العام بأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ... فالإدارة تضمن عقودها الادارية عادة شروطا تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها وفسخ العقد بإرادتها المنفرد ة قبل نهايته الطبيعية وتوقيع عقوبات على المتعاقد معها ... "[2] .

وبناءً على هذا الحكم يمكننا القول ان القضاء الاماراتي قد تبنى في بعض احكامه فكرة الاساس التوفيقي المزدوج في تمييز العقود الادارية عن غيرها , وبيان اساس القانون الاداري وكذلك تبرير سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها التي تقوم على الجمع بين فكرة المرفق العام والوسائل التي تستعملها الادارة في تصرفاتها (فكرة السلطة العامة) .

وعلى صعيد القضاء العراقي , فان محكمة التمييز الاتحادية قد اخذت في بعض احكامها بفكرة الاساس التوفيقي المزدوج كأساس لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ؛ إذ رأت ان سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري هي نظام من انظمة السلطة العامة التي تستطيع الادارة تقريرها بإرادتها المنفردة لأسبابتتعلق بالمصلحة العامة والكفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد , وهذا ما جاء بحكمها رقم ٩٣٠/ حقوقية الصادر في ٢ / ١٢/ ١٩٦٧[3] .

أما موقف الفقه الادارية , فمن انصار هذا الرأي الفقيد (دي لوبادير) , والفقيه (تيرنير) ؛ إذ ذهب الفقيه (دي لوبادير) إلى القول : " حيث ان سلطة الادارة في انهاء العقد قبل اوانه لا يمكن ان تكون سوى مظهر من مظاهر سلطتها العامة في ادخال بعض التحويرات على الشروط التعاقدية خلال تنفيذه لأن ذلك يؤدي إلى تغيير الشروط الخاصة بمدة العقد , وان للإدارة ان تنهي العقود التي اصبحت غير صالحة أو غير ملائمة لحاجات المجموعة , فعلى الرغم من الشروط الاتفاقية , فهي لن تكون مجبرة على ان تواصل قبول الخدمة أو العمل المقدم من الملتزم وغير صالح أو غير ذي فائدة "[4] , أما الفقيه (تيرنير) فانه يرى : " ان الشخص العام

(1) د. فريدة قصير مزياني , مبادئ القانون الاداري الجزائري , المصدر السابق , ص103 .
(2) حكم المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية رقم 3 الصادر في 1976/4/7 , حكم اشار اليه , عليوة مصطفى فتح الباب , المدخل إلى القانون الاداري , المصدر السابق , ص61-62 .
(3) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 930 / حقوقية / الصادر في 1967/12/2 , حكم منشور في مجلة القضاء العراقية , العدد 2 السنة 21 , 1967 , ص70 .
(4) جاسم خلف جواد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص62 .

المتعاقد يحكم رسالته في المصلحة وحسن تنفيذ المرافق العامة وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها ان ينهي من جانب واحد العقود التي هو طرفا فيها , ولو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدي "[1] , ومفوض الحكومة الفرنسية (كان) يعد من انصار هذا الرأي ؛ إذ ذهب إلى القول : " ان الادارة بصفتها طرف في العقد تمارس امتيازات استثنائية خارجة عن نطاق القواعد العامة الحاكمة للعقود بصفة عامة والادارية منها بصفة خاصة , ومن بين هذه الامتيازات حقها في انهاء العقد بإرادتها المنفردة من جانب واحد , وان انهاء العقد بواسطة الادارة كطرف في العقد لا يكون مبرراً الا بواسطة احتياجات المرفق العام وضرورات حسن سير العمل به , وانتظامه في اداء خدماته باطراد "[2] .

من انصار هذه الفكرة في الفقه المصري الدكتور (ثروت بدوي) الذي يرى : " ان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها نظام من انظمة السلطة العامة التي تستطيع الادارة تقريرها من جانب واحد إذا اقتضت ذلك مصلحة المرفق , فليس من المعقول ان تواصل الادارة عقود لم تعد مفيدة للمرافق العامة "[3] , ويؤيد هذه الفكرة الدكتور (احمد عثمان عياد) بقوله : " انه طالما ان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها هي صورة من صور سلطة التعديل الانفرادي فأنه يترتب على ذلك وحدة الاساس القانوني الذي تقوم عليه كل من هاتين السلطتين , أي ان سلطة توقيع الجزاءات تقوم على اساس مزدوج من فكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة , فالإدارة تمارسها في مجال العقود الادارية وعن طريق استعمال امتيازها في اصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر "[4] .

وقد أيد هذه الفكرة جانب من الفقه الاداري الجزائري , ويرى ان الجمع بين الفكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة هي التي تصلح لأن تكون الاساس الذي يبرر سلطة الادارة الجزائية , ويتم هذا بتطبيق فكرة الجمع بين الاهداف والوسائل , ان اشتراك فكرة الرفق العام مع فكرة السلطة العامة يشكلان فكرة الجمع بين الهدف والوسائل لتأسيس سلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم معها , وهذا المعيار الجامع بين الاهداف والوسائل مضمونه ان لتحقيق المصلحة العامة التي هي بمثابة شريان المرفق العام وجب الامر الاستعانة بوسائل القانون العام المتمثلة بامتيازات السلطة العامة , ومن هنا فسريان هذان المعياران على التوازي وحده الكفيل بتحقيق المطلوب[5] .

أما الفقه الاداري الاماراتي , فقد ذهب جانب منهم إلى القول بأن الاساس أو السند الشرعي الذي يبرر قانوناً وعملاً سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها يقوم اسوة بسلطة التعديل , على اساس توفيقي مزدوج من هدفي تحقيق الصالح العام المتمثل في ضرورة ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد من ناحية , والى استعمالها لامتيازات السلطة العامة من ناحية اخرى[6] .

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص83-84 .
(2) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص141-142 .
(3) د. ثروت بدوي , النظرية العامة في العقود الادارية , دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , ص277 .
(4) احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية , المصدر السابق , ص266 .
(5) مودع فريدة , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص35 .
(6) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص23-24 .

وقد ذهب بعض من الفقه الاداري العراقي إلى تأييد فكرة الاساس التوفيقي المزدوج الذي يجمع بين فكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الادارة الجزائية ؛ إذ يرى (الدكتور شاب توما منصور) ان سلطة الادارة المانحة للالتزام في فرض الجزاءات على الملتزم معها تستند على فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الادارة في عقد التزام المرافق العامة إلى جانب فكرة الصالح العام وتحقيق مقتضيات المرافق العامة , وان الفكرة الثانية لا يمكن ان تصلح لوحدها اساسا قانونيا لهذا السلطة , بل لابد من الجمع بين الفكرتين حتى تكون الغاية والهدف لممارسة هذه السلطة ليمكن الوصول إلى سلطة الادارة الجزائية[1] .

بدورنا نرى , بعد استعراضنا للأفكار والآراء الفقهية المذكورة سابقاً بشأن اساس سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها نجد ان هنالك اجماع عام بين تلك الافكار بصدد الاعتراف للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات , رغم اختلاف هذه الافكار بشأن تحديد وبيان الاساس القانوني لهذه السلطة , ونحن نميل إلى فكرة الاساس التوفيقي المزدوج الذي يسند سلطة الادارة في فرض الجزاءات في الوقت نفسه على كل من فكرة المرفق العام وحسن سيره وانتظامه , وفكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام ؛ إذ نرى من ناحية ان السلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام في مجال عقود التزام المرافق العامة يجب ان تستند على فكرة المرفق العام ؛ لأنه من الواجب تغليب المصلحة العامة للإدارة والمرفق على المصلحة الملتزم الشخصية عند تعارضها إذ يتنافى مع المصلحة العامة الابقاء على عقد اصبح غير ذي فائدة للمرفق العام واصبح لا يتلاءم مع احتياجاته كما يتنافى مع تلبية هذه الاحتياجات اقرار عدم قابلية عقود التزام المرافق العامة للإلغاء عند تغير الظروف والاحوال المصاحبة لأنشاء هذه العقود ؛ إذ يجب ان يكون اسلوب ادارة المرافق العامة قابلا للتغيير والتطور طبقا لما تمليه المصلحة العامة للمرفق , ومن ناحية اخرى فان السلطة الادارة المانحة الالتزام في توقيع الجزاءات التعاقدية على الملتزم معها بإرادتها المنفردة تعدّ اهم امتيازات القانون العام , التي تميز النظام القانوني لعقود التزام المرافق العامة عن العقود في مجال القانون الخاص ؛ إذ تملك الادارة المانحة للالتزام في نطاق عقد التزام المرافق العامة سلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص في مواجهة الملتزم معها لكي تمكنها هذه السلطات على تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد , فضلا عن ضمان اشباع احتياجات المرفق العام , وتحقيق المصلحة العامة .

ثانياً- افكار جديدة طُرحت لأساس السلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام :

بعد الانتقادات الشديدة التي تعرضت لها كل من الافكار السابقة ؛ إذ عدّها كثير من فقهاء القانون الاداري لا تصلح ان تكون اساساً ومعياراً لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها بإرادتها المنفردة , وبناءً على ذلك ظهرت افكار جديدة في كتابات فقهاء وكتاب القانون الاداري لتكون اساسا قانونيا لسلطة الادارة المانحة للالتزام الجزائية , واساساً للقانون الاداري .

جانب من الفقه الاداري نادى (بفكرة المنفعة العامة) ؛ اذ يرى (فالين) ان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على الملتزم معها يكمن بمعيار المنفعة العامة , وتتلخص هذه الفكرة في التمييز بين استعمال الادارة

(1) نقلاً عن د. محمد عبد الله حمود , انهاء العقد بالإرادة المنفردة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2002 , ص56 .

لنشاط مماثل لنشاط الافراد ونشاط غير مماثل لنشاط الافراد , فاستعمال النشاط الاول يخضع لقواعد القانون الخاص ويختص القضاء العادي بكل منازعاته , أما استعمال النشاط الثاني فهو الوسائل والاساليب التي تستعملها الادارة والمغايرة للأساليب المتبعة في النشاط الخاص , وهذا النشاط يخضع لقواعد القانون الاداري واختصاص القضاء الاداري , وتصدره الادارة بصفتها كإدارة عامة كسلطة تعديل وانهاء عقد التزام المرافق العامة[1] . وان هذه الفكرة لم يُكتب لها النجاح والانتشار ؛ وذلك للتشابه الواضح بينها وبين فكرة السلطة العامة , وان كانت تبدو اكثر اتساعاً من فكرة السلطة العامة[2] .

جانب اخر من الفقه نادى بفكرة اسماها (فكرة حقوق الانسان) ؛ اذ يرى (الدكتور عليوة مصطفى فتح الباب) ان الدولة وان كانت قد تركت اشباع الخدمات التي كانت تقدمها عن طريق مرافقها العامة إلى الجمهور , مما ادى ذلك إلى اضمحلال فكرة المرفق العام , الا ان ثمة التزاماً اخر يقع على عاتق الدولة بوصفها سلطة عامة مفاده احترام حقوق الانسان في كل ما تمتلكه من تصرفات , ويمثل سلوكها الاداري في هذا المجال قرارا اداريا متى ما تعلق بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو سحبه أو الغائه , واذا انطوى مسلكها هذا على اصدار أو مساس بهذه الحقوق كان قرارها خارجا عن اطار الشرعية[3] .

يبدو لنا ان هذه الفكرة لا تصلح ان تكون اساساً قانونياً لسلطة الادارة المانحة للالتزام في فرض الجزاءات على الملتزم معها ؛ وذلك لأن هذه لسلطة تعدّ من اهم امتيازات القانون العام , وان للدولة ارادة تعلو على ارادة الافراد , وان الادارة لا يمكن ان تكون في مركز مساو مع الافراد بل يجب ان تسمو على مركز الافراد لتمكينها من اداء وظيفتها واعمالها لتحقيق المصلحة العامة هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ان هنالك التزاماً يطوق عنق الدولة وهو تحقيق المصلحة العامة , فمن واجب الدولة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للإنسان وحقوقه عند تعارضها , وان الادارة عندما توقع جزاء الإسقاط على الملتزم معها ما فهي لا تنظر بالدرجة الاساس إلى حقوق هذا الملتزم , وانما إلى المصلحة العامة ومدى فائدة هذا العقد للمرفق العام .

يرى بعضٌ آخر من فقهاء القانون الاداري ان (فكرة النظام العام) هي الاساس لسلطة الادارة في فرض الجزاءات على الملتزم المخل بالتزاماته التعاقدية معها , اذ يرى (الدكتور عز الدين عبد الله) ان هنالك توازن تعاقدي عام وخاص في شأن العلاقات التعاقدية التي يدور رحاها في المجتمع يتعين المحافظة على احد عناصره هو وجود نوع من التمايز والمغايرة بين كلا النوعين من العقود في احكامها تلك التي من بينها الحكم المتعلق بعملية الانهاء العقدي بحيث يميز تلك الاخيرة التفرد والاتصاف بوجود مقدرة ارادية فردية يتمتع بها الطرف الاداري لا يعترف بمثلها للطرف الآخر سواء في عقود الادارة اوفي عقود القانون الخاص وان القول بغير ذلك امر من شأنه الاخلال بالنظام القانوني العام المستقر في المجتمع والذي ارتضاه في صدد علاقاته التعاقدية[4] .

بدورنا نرى ان هذه الفكرة لا يمكن ان تكون اساساً لسلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع الجزاءات على الملتزم معها ؛ إذ ليس من اليسير تحديد مفهوم النظام العام ؛ لأن هذه الفكرة متغيرة بتغير الزمان , كما تتغير

(1) نقلاً عن د. علي محمد بدير واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص65 .
(2) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص20 .
(3) عليوة مصطفى فتح الباب , المدخل إلى القانون الاداري , المصدر السابق , ص62 .
(4) نقلاً عن السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص26 .

بتغير المجتمعات , ففيما مضى كان نظام الرق مباحا لا يتعارض مع النظام العام ولم يعد الامر كذلك في الوقت الحالي , وفيما يتعلق بنظام تعدد الزوجات إذ يجيز النظام العام في العراق هذا التعدد , بينما في دول اخرى لا تجيزه وتعتبره يتنافى مع النظام العام , ويبدو لنا أيضاً ان فكرة حقوق الانسان التي اعتنقها بعض الفقهاء وفكرة الادارة العامة التي نادى بها بعضهم الآخر , وفكرة النظام العام التي استند اليها بعضهم في تبرير سلطة الادارة الجزائية هي افكار فشلت جميعها بسبب محاولتها الالتفاف حول فكرة السلطة العامة دون اعتناقها صراحة .

الفصـــل الثاني

التنظيم القانوني لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

ينتهي عقد التزام المرافق العامة نهاية طبيعية , ويتم ذلك بنهاية مدة هذا العقد وقيام الملتزم بتنفيذ التزاماته خلال هذه المدة , والى جانب النهاية الطبيعية لهذا العقد قد ينتهي قبل المدة المحددة له , وذلك بناءً على تحقق بعض الاسباب التي تستوجب هذه النهاية ؛ إذ ان حق الملتزم بالاستمرار في تنفيذ عقد التزام المرافق العامة للمدة المتفق عليها قد يسقط نتيجة للأخطاء الجسيمة التي يرتكبها , وكجزاء على اخلاله بالتزاماته التعاقدية , فالإسقاط هو العقوبة القصوى التي تملك الادارة المانحة للالتزام توقيعها على الملتزم جزاء اخلاله بالتزاماته التعاقدية اخلالاً جسيماً ؛ إذ تفقد الادارة الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد اليقين لديها بأن التعامل مع هذا الملتزم في ضوء سلوكه خلال تنفيذ العقد من شأنه الاضرار بالمصلحة العامة التي من اجلها تم ابرام عقد التزام المرافق العامة , ولما كان جزاء الإسقاط يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة , فكان من العدل احاطته ببعض الشروط لإعطائه طابع المشروعية .

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط , فبعضهم يُعطي الحق للإدارة بتوقيعه حتى لو لم ينص عليه عقد التزام المرافق العامة , وبعضهم الآخر لم يجز للإدارة توقيعه إذا لم يكن منصوصاً عليه في هذا العقد أو في دفتر الشروط , أي ان الادارة وفقاً لهذا الرأي لا تستطيع توقيع الإسقاط الا إذا كان منصوصاً عليه في العقد أو في دفتر الشروط .

ويركز الفقه على الاثار القانونية المترتبة على إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ ان لجزاء الإسقاط آثاراً كثيرةً على الادارة , كما لجزاء الإسقاط اثار مهمة بالنسبة لكل من الملتزم والغير , كما يمثل جزاء الإسقاط خطورة على الاموال والمعدات والآلات المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام ؛ إذ ان الملتزم يستعمل في ادارة وتسيير المرفق العام انواع متعددة ومختلفة من المعدات والآلات , فضلاً عن ذلك هنالك اموال تبقى عائديتها للملتزم وهنالك اموال تذهب إلى الادارة عند إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

وبناءً على ما تقدم نقسم هذا الفصل الى مبحثين : الاول لمفهوم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني لأحكام جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وكما يلي :

المبحث الأول

مفهوم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

قد يرتكب الملتزم اثناء تنفيذ عقد التزام المرافق العامة اخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية , فقد يمتنع مثلاً عن تنفيذ التزاماته والقيام بواجباته التعاقدية , أو يقوم بالتنفيذ المخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد الالتزام أو يتنازل عن التنفيذ لمتعاقد من الباطن دون موافقة الادارة المانحة للالتزام , أو غيرها من الامور التي تؤدي إلى اضطراب سير المرافق العامة بانتظام واطراد , ومن هنا فأن للإدارة المانحة للالتزام سلطة ما يسمى إسقاط عقد التزام المرافق العامة كجزاء توقعه على الملتزم نتيجة لهذا الاخلال الجسيم .

ان سلطة الادارة هذه لا تستند إلى نصوص عقد التزام المرافق العامة , وانما إلى سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيقاً للمصلحة العامة , فجزاء الإسقاط ما هو الا طريقة من طرق انهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انتهاء مدته , وتقتضي دراسة هذا النوع من الانهاء غير الطبيعي لعقد الالتزام تقسيم هذا المبحث على مطلبين : الاول لمعنى جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني يتضمن ذاتية جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

المطلب الأول

تعريف وشروط جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو الجزاء الاكثر جسامة من بين جميع الجزاءات التي تملك الادارة المانحة للالتزام سلطة توقيعها على الملتزم معها , ويعني هذا الجزاء انهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انقضاء مدته , ونظراً لخطورة وقساوة جزاء الإسقاط على الملتزم فأنه يستلزم لتوقيعه توافر عدة شروط حتى تتمكن الجهة المختصة من فرضه , ولغرض دراسة معنى هذا النوع من الجزاءات , قمنا بتقسيم هذا المطلب على فرعين : الأول لتعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني لشروط جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وكما يأتي :

الفرع الأول

تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

لإسقاط عقد التزام المرافق العامة تعاريف كثيرة , فالبعض منها بين مفهومه وشروطه , والبعض الآخر اكد على طبيعته القانونية وخصائصه , ولبيان تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ومعرفة معناه , يقتضي بنا التطرق إلى تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لغةً (اولاً) , واصطلاحاً (ثانياً) , وعلى النحو الاتي :

أولاً- تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لغةً :

يُعرف الإسقاط لغةً بانه القاء الشيء والايقاع به خارجاً كما في إسقاط المرأة لولدها , وهو ناقص , وإسقاط

طائرة بمعنى تحطيمها , وهو مصدر (أسقط) , أما ما كان الإسقاط اسقاطاً اعتبارياً فهو كما في إسقاط الخيار في المعاملات الخيارية , وإسقاط السلطات للنقود من الاعتبار , ويُقال : سقطت الدعوى : أي اصبحت لاغية لبطلانها وعدم قانونيتها ونحو ذلك , ويستعمل الإسقاط لدى الفقهاء بنفس ذلك المعنى اللغوي[1] .

جاء في معجم لسان العرب " سقط , السقطةُ : الوقفةُ الشديدة . سقط يسقط سقوطاً , فهو ساقط وسقوط , ومسقط الشيء ومسقطه : موضع سقوطه , الاخيرة نادرة . وقالوا : البصرة مسقط رأسي ومسقطه , وتساقط على الشيء أي القى نفسه عليه , واسقطه هو . وتساقط الشيء : تتابع سقوطه , وساقطه مساقطةً وسقاطاً : اسقطه وتابع اسقاطه "[2] .

وجاء في معجم مقاييس اللغة " السين والقاف والطاء اصلٌ واحدٌ يدل على الوقوع . وهو مطرد , ومن ذلك سقط الشيء يسقط سقوطاً , والسقط رديء المتاع , والسقط : الخطأ من القولِ والفعلِ , والسقط : الولد يسقط قبل تمامه , والسقاط : السيف يسقط من وراء الضربة , ويقال سقط الولد من بطن امه ولا يقال وقع "[3] .

وقال عنه نشوان بن سعيد الحميري " السقوط : وقوع الشيء من اعلى إلى اسفل , يُقال : سقط الجدار وسقط المطر والثلج , وسقط الولد من بطن امه , ولا يقال وقع ... وأسقطت الناقة وغيرها , أي القت ولدها والسَقَط بفتحتين , رديء المتاع , والسقط ايضاً الخطأ في الكتابة والحساب ... "[4] .

ثانياً- تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة اصطلاحاً :

ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو مصطلح اطلقه مجلس الدولة الفرنسي في عقد التزام المرافق العامة , حيث اقر هذا المجلس بحق الادارة المانحة للالتزام في انهاء العقد إذا تبين لها ان الملتزم معها لم يعد بإمكانه ادارة وتسيير المرفق العام محل العقد بطريقة فعالة ومرضية[5] .

وفي مصر , فأن القانون المدني المصري وقانون رقم 100 لسنة 1996 الخاص بتعديل بعض احكام قانون رقم 13 لسنة 1976 بشأن هيئة كهرباء مصر , وقانون رقم 3 لسنة 1997 بشأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وادارة واستغلال المطارات واراضي النزول , وقانون رقم 146 لسنة 2006 الخاص بتعديل قانون رقم 125 لسنة 1980 بشأن الهيئة القومية لسكك الحديد , جميعها لم تتضمن أي تعريف لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

أما القضاء المصري , فعلى عكس قوانينه ؛ إذ ان المحكمة الادارية العليا عرفت جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بأنه : " سحب الالتزام أو إسقاطه أو كلاهما من الالفاظ المترادفة لمعنى واحد , وهو رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم , مع قيام حق مانح

---

(1) احمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين , معجم مقاييس اللغة , المصدر السابق , ص463 .
(2) محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين ابن منظور الانصاري , لسان العرب , دار صبح , الطبعة الاولى , الجزء السادس , لبنان 2006 , ص276 .
(3) احمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين , معجم مقاييس اللغة , المصدر السابق , ص464 .
(4) نشوان بن سعيد الحميري اليمني , معجم شمس العلوم ودواء كلام العرب في الكلوم , المصدر السابق , ص463 .
(5) د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص277 .

الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الادوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً عن الملتزم "[1] .

وفي الجزائر , نجد ان القانون المدني رقم 58 لسنة 1975 لم يتضمن أي اشارة إلى جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة . وان المرسوم التنفيذي رقم 96- 308 لسنة 1996 المتعلق بامتياز الطرق السريعة قد اشار إلى إسقاط الالتزام في المادة (30) الفقرة (1) التي نصت على : " يتحمل صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت بسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الاعباء هذا ... "[2] , ولم نجد في القضاء الجزائري حكماً يُعرف جزاء الإسقاط مثلما فعل القضاء المصري .

وفي الامارات , نلحظ ان قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 لم يتطرق إلى جزاء اسقاط عقد التزام المرافق العامة . أما القرار الوزاري رقم 6 لسنة 1982 بشأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال نجده قد استعمل مصطلح (الغاء) بدل الإسقاط , فقد اعطى هذا القرار الحق للمركز الوطني للحاسب الالي في حالة الغش أو التلاعب أو تقديم الرشوة من قبل المورد أو المقاول الغاء العقد ومصادرة التأمين النهائي أو القيام بتنفيذ الاعمال أو توريد المواد على حساب المقاول أو المورد وتحت مسؤوليته[3] , أما الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 قد نص على حق الادارة في انهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة مع تغيير الصيغة المستخدمة من إسقاط إلى (انهاء) , حيث اجاز ا)) نهاء العقد الاداري في حالة فشل المقاول أو المورد بشكل واضح في الوفاء بالتزاماته التعاقدية من اداء خدمات أو تنفيذ اعمال أو توريد مواد[4] .

أما في العراق , فأن نصوص القانون المدني من المادة 891 إلى المادة 899 التي نظمت عقد التزام المرافق العامة لم تشر إلى تعريف جزاء الإسقاط ؛ إذ نرى ان هدف المشرع المدني العراقي من وراء عدم الاشارة إلى ذلك , هو ترك الامر إلى العقد ذاته لكي ينظم احكام الإسقاط , واقتصر فقط هذا القانون على تنظيم علاقة المنتفعين بالمرفق دون تنظيم علاقة الملتزم بالإدارة . وقانون الاستثمار, فلم نجد فيه أي نص يشير إلى مفهوم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , اما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية فقد اغفلت النص على حق الادارة المانحة للالتزام في إسقاط عقد التزام المرافق العامة . بالرغم من ذلك , فأن عقود التزام خدمات الهاتف النقال في العراق قد تضمنت بنود تجيز للهيئة العامة للاتصالات سلطة انهاء هذه العقود وإسقاط الالتزام منها عندما تعجز أو تتخلف عن تنفيذ التزاماتها الناشئة عن هذه العقود[5].

اما بالنسبة للقضاء العراقي بالرغم من عدم وجود قرارات قضائية تشير إلى تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , الا ان محكمة التمييز الاتحادية قد اشارت إلى هذا الجزاء واطلقت عليه مصطلح (انهاء العقود

---

(1) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 110 الصادر في 1977/12/30 , حكم منشور في مجموعة القضائية , السنة 27 , 1955-1995 , ص680 .

(2) المادة (30) الفقرة (1) من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 96- 308 الصادر في 1996/12/18 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية , العدد55 , 1996 , ص8 .

(3) المادة (67) الفقرة (أ) من القرار الوزاري الاماراتي رقم 6 لسنة 1982 بشأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال .

(4) المادة (49) الفقرة (2) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .

(5) نكتل ابراهيم عبد الرحمن , عقد امتياز المرفق العام , المصدر السابق , ص 268 .

والغائها) , وهذا ما جاء في حكمها الصادر في 2015/11/16 الذي نص على : " ... نتيجة اخلال المدعي / المميز عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مما حدى بالشركة (المدعي عليه / اضافة لوظيفته) إلى انهاء العقود والغائها ..."[1] .

أما موقف الفقه الاداري من تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فأن الفقيه الفرنسي (جيز) يُعرف جزاء الإسقاط بأنه : " فسخ عقد التزام المرافق العامة على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه في تنفيذ التزاماته "[2] .

ما نلحظه على هذا التعريف انه جاء موجزاً , فمن ناحية ان هذا التعريف جاء خالياً من الاشارة إلى الجهة التي تمتلك سلطة توقيع جزاء الإسقاط والتي هي الادارة المانحة للالتزام , ومن ناحية اخرى ان هذا التعريف اجاز للإدارة توقيع جزاء الاسقاط بمجرد ارتكاب الملتزم خطأً بغض النظر عن جسامته وهذا غير مقبول اطلاقاً إذ استقر الفقه القضاء الاداريين على ان من اهم شروط جزاء الإسقاط هو ارتكاب الملتزم خطأً وان يكون هذا الخطأ جسيماً يتناسب مع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

يُعرف الفقيه (بولاك) جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بأنه : " ذلك الجزاء الاكثر جسامة من جميع الجزاءات الاخرى والذي ينهي عقد الالتزام باستبعاد الملتزم الذي لم يمتثل لالتزام جوهري منصوص عليه في كراسة الشروط الخاصة بالعقد "[3] .

يبدو لنا ان هذا التعريف وان اشار إلى طبيعة الإسقاط باعتباره جزاء , واكد على اثاره , الا انه كتعريف الفقيه (جيز) اغفل الجهة التي لها سلطة توقيع هذا الجزاء , كما انه قد حصر شرط الخطأ المبرر للإسقاط بعدم الامتثال لالتزام جوهري منصوص عليه في العقد ولم يؤكد على ضرورة جسامة الخطأ الذي يعد الشرط الاساسي لهذا الجزاء .

الفقيه (كريستوف لاجوي) يُعرف جزاء الإسقاط بأنه : " عقوبة يتخذها الشخص العام الذي يتسبب بموجب فعل ارتكبه المتعاقد معه , في وضع حد لالتزاماته التعاقدية "[4] .

يتضح مما تقدم ان الفقيه كريستوف لاجوي عند تعريفه للإسقاط لم يغفل طبيعته ؛ إذ اكد على انه عقوبة كما اشار إلى ان الجهة الادارية تستطيع بإرادتها المنفردة توقيع عقوبة الإسقاط دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء المختص , الا ان هذا التعريف لم يذكر بشكل دقيق الجهة الادارية التي لها سلطة توقيع هذا الجزاء وكذلك لم يتطرق إلى جسامة الخطأ المرتكب من قبل الملتزم والذي يعدّ الشرط الجوهري والاساس عند توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

والدكتور (مروان محي الدين القطب) يُعرف جزاء الإسقاط بأنه : " فسخ عقد الامتياز بسبب إخلال صاحب الامتياز بالموجبات الملقاة على عاتقه بصورة جسيمة , ويعد الإسقاط من العقوبات التي تملكها السلطة

---

(1) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 4828 / الهيئة المدنية / الصادر في 2015/11/16 , حكم غير منشور .
(2) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص57 .
(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص215 .
(4) Christophe Lajoye , Droit des marches publics , Tome2 , 6 edition , France , P.487 .

المانحة للالتزام فو مواجهة صاحب الامتياز , ولها ان توقعها حتى لو لم عليها عقد الامتياز "[1] .

ان هذا التعريف من وجهة نظرنا جاء معيباً , من حيث انه اعتبر جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة فسخ في حين هنالك اختلاف واضح بين الفسخ والإسقاط سنبينه عند التطرق الى تمييز جزاء الإسقاط عما يشتبه به .

والدكتور (نصري منصور نابلس) يُعرف جزاء الإسقاط بأنه : " الجزاء الشديد الجسامة الذي توقعه الادارة على متعاقدها الذي اخل بتنفيذ موجباته التعاقدية اخلالاً فادحاً , مما يستدعي استبعاده من دائرة تنفيذ العقد فتقرر الادارة انهاء العقد معه بموجب قرار انفرادي من جانبها وحدها , وبناءً على سلطتها التقديرية فيترتب على هذا الجزاء انهاء العقد وايقاف المتعاقد مع الادارة من تنفيذ الاعمال محل العقد "[2] .

إن تعريف الدكتور نصري منصور نابلس نجده جاء اكثر وضوحاً من تعاريف جزاء الاسقاط السابقة التي اشرنا اليها , وذلك لأنه اكد على ان الإسقاط يعد جزاء , وبين الجهة التي تملك سلطة توقيع هذا الجزاء . كما اشار إلى ضرورة اخلال الملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية اخلالاً جسيماً لكي تستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيع جزاء الإسقاط بحقه , وايضاً اشار إلى الاثار المترتبة على جزاء الإسقاط من حيث استبعاد الملتزم من تنفيذ محل العقد وانهاء عقد الالتزام .

الدكتور (محمد صلاح عبد البديع السيد) يذهب إلى القول بأن الإسقاط يمكن ان يرد على كل العقود الطويلة المدة التي تتطلب مبالغ مالية كبيرة واستثمارات ضخمة من جانب المتعاقد مع الادارة , من اجل ادارة وتسيير المرفق العام , مثل عقود التزام المرافق العامة , عقود ايجار المرفق العام , وعقود التزام الاشغال العامة[3] .

يبدو لنا انه من الجائز ان تتضمن العقود الادارية الخاصة بالمرافق العامة جزاء الإسقاط مادام ذلك لا يتعارض مع ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد عند توقيع الادارة لجزاء الإسقاط .

وتجدر الاشارة إلى ان بعضٌ من فقهاء القانون الاداري يُقسم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على نوعين : إسقاط مجرد أي قيام الادارة بتوقيع جزاء الإسقاط على الملتزم دون ان تحمله أي تعويض , وإسقاط على نفقة الملتزم فيتم فضلاً عن هذا الجزاء تحميل الملتزم نفقات ابرام العقد الجديد[4] .

بدورنا نرى ان هذا التقسيم لا مبرر له ولا فائدة منه ؛ لأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو قرار اداري واحد توقعه الادارة على الملتزم عند اخلاله الجسيم بتنفيذ التزاماته , وان تعويض الادارة من الملتزم ان كان له مقتضى ما هو الا اثر مترتب على جزاء الإسقاط , هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى انه عند قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع التعويض أو مصادرة التأمين النهائي أو غيرها لا يعدّ ذلك نوع من انواع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وانما يُعدّ خاصية من خصائص الجزاءات

(1) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص173 .
(2) د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص277 .
(3) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص53 .
(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , دار المطبوعات الجامعية , الطبعة الاولى مصر , 2013 , ص194 وما بعدها .

التي توقعها على المتعاقد معها الا وهي جواز الجمع بين عدة جزاءات تعاقدية .

ومما تقدم نستطيع تعريف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بأنه : جزاء على شكل قرار اداري توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها بعد اعذاره نتيجةً لإخلاله الجسيم في تنفيذ أو عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية , ويترتب عليه انهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انقضاء مدته من دون تعويض الملتزم المستبعد .

الفرع الثاني

شروط جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

نظراً لخطورة وقساوة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للملتزم , فأن القضاء والفقه الاداريين قد وضعا العديد من القيود والشروط التي يجب ان تتقيد بها الادارة المانحة للالتزام عند توقيعها لهذا الجزاء , وإلا كان هذا الجزاء معيباً ويمكن الطعن به امام القضاء المختص , ومن ضمنها ارتكاب الملتزم مع الادارة المانحة للالتزام خطأً جسيماً يبرر توقيع هذا الجزاء , وكذلك ضرورة قيام الادارة المانحة للالتزام إعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء وضرورة صدور قرار اداري بهذا الجزاء مع اللجوء إلى القضاء المختص للحصول على حكم قضائي بهذا الجزاء .

أولاً- ارتكاب الملتزم خطأً جسيماً :

يستلزم جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة صدور خطأ جسيم من جانب الملتزم في تنفيذ التزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد أو في دفتر الشروط , وبالتأكيد فأن الاخطاء الجسيمة التي يرتكبها الملتزم يكون من شأنها ان تخل بسير وانتظام واطراد المرافق العامة على نحو مستمر , وتوفر الدليل على عدم قدرة الملتزم في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام , فمخالفة الملتزم لالتزاماته التعاقدية لا تعد خطأً عقدياً وحسب وانما تعدّ كذلك خطأ ضد المرفق العام , حيث ان كل اخلال يصدر من جانب الملتزم لا يقتصر على ان يكون اخلال بالتزام عقدي فقط وانما ايضاً فيه مساس بالمرفق العام محل عقد الالتزام[1] , وقد يتضمن عقد التزام المرافق العامة على تحديد الاخطاء الجسيمة والمبررة لجزاء إسقاط الالتزام , وفي هذه الحالة فأن تلك الاخطاء لا تخضع لرقابة الملائمة من قبل القاضي , أما إذا لم يتضمن عقد الالتزام أو دفتر الشروط على تحديد لهذه الاخطاء فأنها تخضع لرقابة الملائمة من جانب القاضي[2] . وبكل الاحوال ان الخطأ المنسوب إلى الملتزم والمبرر لتوقيع جزاء الإسقاط يجب ان يكون ذا درجة عالية من الخطورة والجسامة , بحيث يصلح دليلاً واضحاً على عدم قدرة الملتزم على ادارة وتسيير المرفق العام محل

عقد الالتزام[3] .

بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي , فمن اشهر الاخطاء الجسيمة التي اقرها , التنازل عن عقد الالتزام دون موافقة الادارة المانحة للالتزام , والاخلال المستمر والمنتظم بالتزاماته التعاقدية , وترك المرفق دون ادارة

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص87 .
(2) د. دويب حسين صابر , الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة اسيوط , مصر , 2006 , ص422 .
(3) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص187 .

واستغلال , وعدم اداء المستحقات المالية للجهة الادارية المانحة للالتزام أو اخلاله بالتزاماته الجوهرية في العقد كتعهد بأن ينشأ خلال فترة محددة شركة مساهمة برأس مال معين بحيث تحل محله , ويعد عدم تنفيذ هذا الالتزام الجوهري بالتأكيد سبباً لإسقاط الالتزام وان لم ينص على هذا الجزاء في العقد أو في دفتر الشروط[1] .

ومجلس الدولة الفرنسي قد يطلق على الخطأ المبرر لإسقاط الالتزام صفات معينة منها الخطأ على درجة خاصة من الجسامة , أو ان الملتزم قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية , أو المالية للمرفق العام المدار عن طريق الالتزام وهذا ما جاء في حكمه الصادر في 1947/10/24 في قضية (Societe de eaux dypert)[2] كما ان مجلس الدولة الفرنسي لا يحكم بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة إذا وجد ان الضرورة لا تستدعي جزاء الإسقاط وان الخطأ الذي ارتكبه الملتزم لا يرتقي إلى مستوى الخطأ الجسيم , وفي هذه الحالة لا يتم توقيع جزاء الإسقاط وانما يتم اللجوء إلى العقوبات الاخرى , مثل وضع المرفق تحت الحراسة وغيرها[3] .

وفي مصر , فأن هنالك قوانين جاءت لتحدد الاخطاء الجسيمة التي تبرر إسقاط الالتزام , وهذه القوانين هي قانون رقم 169 لسنة 1954 الخاص بالنقل العام لركاب السيارات المعدل بقانون رقم 24 لسنة 1956 , وهذه الاخطاء التي جاءت بهذا القانون هي , تأخر الملتزم عن اداء الاتاوة الشهرية أو أي جزء منها عن الوعد المحدد أو المقرر , وامتناعه عن تسيير سيارات في جزء من منطقة أو خط الالتزام , وتسيير سيارات اقل من العدد اللازم والمقرر في شروط الالتزام ومخالفة خطوط السير المحدد طبقاً لشروط العقد[4] . كما ان المادة (5) من قائمة الشروط المرافقة لقانون رقم 686 لسنة 1954 منحت الاذن للهيئة الادارية التي حلت محل المجلس البلدي لمدينة القاهرة من اعتبار المخالفات الاتية مخالفات جسيمة تبرر إسقاط الالتزام , تنازل الملتزم عن الالتزام , واحلال الغير محله في كل أو بعض الحقوق الناشئة عن عقد الالتزام دون موافقة مسبقة من الادارة المانحة للالتزام , وعدم قيام الملتزم بالالتزام المفروض عليه بتكوين شركة خلال مدة معينة من تاريخ منحه الالتزام بشروط توافق عليها الادارة لتحل محله في الالتزام [5] . أما القضاء المصري , فأن المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 1977/12/30 نصت على : " ... كما يثبت لمانح الالتزام دائماً – بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً كلياً أو جزئياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة , غاية الامر انه يُشترط في هذا الصدد توافر شرطين : اولهما ان يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو ان يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام ... "[6] .

وفي الجزائر , المرسوم التنفيذي رقم 96-308 لسنة 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة جاء ليحدد الاخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الإسقاط ؛ إذ نص على : " يتحمل صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب

---

(1) د. عزيزة الشريف , دراسات في نظرية العقد الاداري , المصدر السابق , ص191 .
(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1947/10/24 في قضية (Societe des eaux dypert) , حكم اشار اليه , د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص524 .
(3) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , المصدر السابق , ص249.
(4) د. عزيزة الشريف , دراسات في نظرية العقد الاداري , المصدر السابق , ص191 .
(5) المادة (5) من القانون المصري رقم 686 لسنة 1954 المتعلق بمنح استغلال بعض خطوط الاتوبيس لمدينة القاهرة .
(6) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 110 الصادر في 1977/12/30 , حكم منشور في المجموعة القضائية , السنة 27 , 1955-1995 , ص680 .

عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الاعباء هذا ... "[1] . كما ان قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد نص على " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته , توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد . واذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الاجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه , فأن المصلحة المتعاقدة يمكنها ان تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ... "[2] .

وفي الامارات , فأن التشريعات عدّت الغش والتلاعب وتقديم الرشوة من قبل المتعاقد سبباً من اسباب انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة[3] , كما ان قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997 قد عدّ افلاس المتعاقد أو اعساره سبباً من اسباب فسخ العقد الاداري[4] , في حين ان فشل المقاول أو المورد بشكل واضح في الوفاء بالتزاماته التعاقدية من اداء خدمات أو تنفيذ اعمال أو توريد مواد تعدّ من اسباب انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة[5] .

أما في العراق , فأن القواعد العامة في القانون المدني تشير بأنه لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية بسبب خطأه الجسيم , ويجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه , وان المادة (869) منه اجازت لرب العمل فسخ العقد إذا ظهر له اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب ومناف للعقد وان كان اصلاح هذه العيوب مستحيلاً[6] , اما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية فقد اغفلت النص على حق الادارة المانحة للالتزام في توقيع جزاء الإسقاط في حالة ارتكاب الملتزم خطأً جسيماً , ويمكن في هذه الحالة الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أو عدّ هذا الشرط اصلاً من المبادئ العامة التي لا تحتاج إلى النص عليها . أما موقف القضاء العراقي من شرط الخطأ الجسيم الموجب لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فلم نجد في احكام هذا القضاء حكماً قضائياً صادراً بهذا الخصوص , الا ان محكمة التمييز الاتحادية في حكمها الصادر في 2001/1/20 قد قضت بأن : " ... توقف المدعي عن اتمام العمل يعد اخلالاً جوهرياً من جانبه بالتزام تعاقدي , ويكون اتجاه دائرة المدعي إلى سحب العمل من المدعي ... اعمالاً لامتيازها في ايقاع هذا الجزاء في نطاق العقد الاداري عند اخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته , استناداً إلى القواعد العامة التي يقوم عليها العقد الاداري , ولو لم ينص عليه العقد ... "[7] .

أما جسامة الخطأ الصادر من لدن الملتزم الذي يبرر توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي - ونحن معهم – إلى القول بأن جزاء الإسقاط لا يجب توقيعه على الملتزم الا عندما تتضح ان الجزاءات الاخرى المالية مثل الغرامات التأخيرية والتعويضات , أو الجزاءات الضاغطة مثل وضع

(1) المادة (30) من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 96- 308 الصادر في 1996/12/18 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة .
(2) المادة (149) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 لسنة 2015 المعدل .
(3) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطجة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص73 .
(4) المادة (52) الفقرة (2) من قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997 .
(5) المادة (49) الفقرة (2) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .
(6) المادة (869) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
(7) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 83 / الهيئة المدنية / الصادر في 2001/1/20 , حكم غير منشور .

المرفق تحت الحراسة اصبحت غير كافية وجدية لمواجهة الخطأ المرتكب من قبل الملتزم[1] .

الدكتور (سليمان محمد الطماوي) يرى بأن الملتزم يجب ان يرتكب خطأ بالغ الجسامة , بحيث لا تجدي في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الادارة[2] , وهذا ما اخذت به محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في 1957/3/3 الذي جاء فيه : " ... وإذا كان سحب الالتزام ... يعدّ جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فأن الالتجاء الادارة لاستعماله لا يكون الا في احوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم , أو يعجز عن ادارة وتسيير المرفق العام محل الالتزام , واداء الخدمات المطلوبة ... "[3] .

ولم نجد في القضاء العراقي حكماً مشابهاً لحكم محكمة القضاء الاداري المصرية المذكور اعلاه .

يتضح مما تقدم عدم وجود معيار محدد لمعرفة ما إذا كان الخطأ الذي يرتكبه الملتزم جسيماً ام غير جسيم , وبدورنا نرى انه من الصعوبة وضع معيار لجسامة الخطأ , كما من الصعوبة تحديد وحصر الاخطاء الجسيمة بنصوص قانونية , وذلك لصعوبة المعرفة المسبقة للأفعال والتصرفات التي قد تصدر من الملتزم في اطار ادارته وتسييره للمرفق العام محل عقد الالتزام , وبالتالي فأن تحديد جسامة الخطأ يُترك للسلطة التقديرية للإدارة المانحة للالتزام مع الرقابة القضائية عليها .

ثانياً- إعذار الملتزم :

إذا كان الدائن يريد من المدين تنفيذ التزاماته التي لم ينفذها فعليه ان يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي حددها القانون , وعند ذلك يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزاماته[4] , فالإدارة المانحة للالتزام ان تعذر الملتزم قبل توقيعها لجزاء الإسقاط , وكثيراً ما تنص عقود الالتزام على هذا الشرط, فنظراً لخطورة وجسامة جزاء الإسقاط فأن الادارة المانحة للالتزام ملزمة بإعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء , حيث بهذا الإعذار تمنح الملتزم الفرصة ببذل العناية الكافية والممكنة لتجنب جزاء الإسقاط من ناحية , والمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد من ناحية اخرى[5] .

إن الإعذار في مجال جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يقتصر فقط على قيام الادارة المانحة للالتزام بتوجيه انذار إلى الملتزم , بل يجب على هذه الادارة عقب الانذار ان تقوم بمنح مهلة محددة ومعقولة للملتزم المتراخي في الوفاء بالتزاماته التعاقدية , لكي يتمكن من الاستمرار بتنفيذ التزاماته , وان يبدي ملاحظاته ويقدم اوجه دفاعه ويتناقش فيها مع الادارة المانحة للالتزام [6] .

وإعذار الملتزم هو شرط وجوبي وإلا فأن قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يكون معيباً يمكن الطعن به

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص90 .
(2) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص188 .
(3) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم 113 الصادر في 1957/3/3 , حكم منشور في المجموعة القضائية , السنة 11 , 1957 , ص125 .
(4) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص261 .
(5) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص291 .
(6) الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2013 , ص252 .

امام القضاء المختص , باستثناء الاحوال التي تعفى فيها الادارة المانحة للالتزام من الإعذار , كالنص على ذلك في عقد التزام المرافق العامة , أو حينما يصرح الملتزم بأنه سوف لن يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو عندما تكون هنالك حالات الضرورة والاستعجال[1] , وكذلك لا فائدة من الإعذار في حالة افلاس الملتزم , أو التصفية القضائية له[2] .

يتضح مما تقدم ان إعذار الملتزم هو شرط ضروري ولابد منه قبل قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط , وذلك لغرض تنبيه الملتزم بتقصيره وبما تعزمه الادارة من توقيع جزاء الإسقاط عليه , الامر الذي يكون حافزاً ودافعاً له للإيفاء بالتزاماته على النحو المتفق عليه في عقد التزام المرافق العامة , وسوف نتناول الإعذار بشكل مفصل في الفصل الثالث من هذا البحث عند التطرق إلى ضوابط توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

ثالثاُ- صدور قرار اداري بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

إن القرار الاداري الذي يصدر من قبل السلطة الادارية الخاص بإنهاء العقد الاداري شأنه شأن أي قرار اداري اخر تصدره هذه الادارة في أي موضوع آخر , حيث يجب ان يستوفي القرار الاداري اركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون قراراً صحيحاً ومشروعاً , فيجب الا يكون قرار الإنهاء - قرار الإسقاط - مخالفاً للإجراءات المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح أو في العقد , فاذا اوجب القانون , أو العقد ان يراعي في مثل هذه القرارات اجراءات معينة , اوان تصدر بشكلية معينة , فيجب ان يكون هذا القرار مستوفياً لما نص عليه القانون أو العقد من اجراءات كما لو تطلب قرار الإسقاط حصول موافقة جهة عليا قبل توقيعه[3] , ومن هذا المنطلق لابد ان يستوفي قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة مثل أي قرار اخر اركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون مشروعاً ومنتجاً لآثاره , وبالتالي فأن صحة اجراء قرار الإسقاط تتعلق اساساً بصحة القرار وشرعيته من الناحية الاجرائية (الاختصاص , الشكل والاجراءات) , ومن الناحية الموضوعية (السبب , المحل والغاية) وذلك لأن الملتزم تهمه الناحية الاجرائية بقدر ما تهمه الناحية الموضوعية خاصةً معرفة سبب قيام الادارة بإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة [4] , وبالنسبة لصاحب الاختصاص في اصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فالأصل ان الجهة الادارية التي ابرمت عقد التزام المرافق العامة هي التي تملك سلطة اصدار قرار الإسقاط مالم يحدد عقد الالتزام سلطة ادارية اخرى تختص بإنهاء هذا العقد , كما ان القانون قد يعطي لجهة ادارية معينة سلطة انهاء العقد , فعندئذ يجب التقيد بهذه الجهة وإلا كان قرار الإسقاط معيباً وغير مشروعاً[5] .

بدورنا نرى انه عندما توقع الجهة الادارية جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فيجب ان يكون على شكل قرار اداري مستوفي لكافة اركانه كأي قرار اداري آخر , لكي يكون منتجاً لآثاره القانونية , كما يجب

(1) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص272 .
(2) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص155 .
(3) د. عدنان العجلاني , القضاء الاداري , مطبعة جامعة دمشق , سوريا , بلا سنة للنشر , ص291 .
(4) د. احمد طلال عبد الحميد , قاعدة العقد شريعة المتعاقدين , دار الشؤون الثقافية العامة , الطبعة الاولى , العراق , 2013 , ص150.
(5) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص517 .

تبليغه إلى الملتزم , لكي يمكن احتساب مواعيد التظلم والطعن إذا كان لها مقتضى , كما نرى ان الجهة الادارية التي ابرمت عقد التزام المرافق العامة تملك سلطة انهاء هذا العقد ما لم ينص القانون أو الانظمة أو التعليمات أو بند في العقد على اعطاء هذه السلطة إلى جهة اخرى .

رابعاً- صدور حكم قضائي بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

في فرنسا , يرى (فيدل) ان الجهة الادارية ليس لها الحق في إسقاط الالتزام في حالة عدم وجود بند في عقد التزام المرافق العامة , وانما يتم توقيعه من قبل قاضي العقد أي بحكم قضائي[1] , ويرى جانب اخر من الفقه الفرنسي ان هذه القاعدة يجب ان تطبق على العقود الادارية كلها , وانه لابد من قيام قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط , ولا يُمنح للإدارة هذا الحق , نظراً لأن بعض العقود الادارية ايضاً تتطلب استثمارات ضخمة خاصة عقد الاشغال العامة , وذلك عندما لا تمنح الادارة المانحة للالتزام هذا الحق بموجب نص صريح في العقد أو في دفتر الشروط[2] .

أما مجلس الدولة الفرنسي , فقد جاءت احكامه مؤكدة على ان الادارة لا تملك إسقاط الالتزام من تلقاء نفسها إذ يتطلب ان يتم إسقاط عقد التزام المرافق العامة بحكم قضائي من قاضي العقد باستثناء بعض الحالات التي ينص عليها العقد , أو دفتر الشروط على منح الادارة حق توقيع هذا الجزاء بموجب شرط صريح , وفي هذه الحالة الاخيرة فأن قرار الإسقاط يخضع للرقابة القضائية , ويكون للقاضي الغاء قرار الإسقاط إذا كان غير مشروعاً , كما له ان يحكم بالتعويض إذا ترتب على صدور هذا القرار ضرر للملتزم[3] , وهذا الرأي لمجلس الدولة الفرنسي جسده في حكمه الصادر في 17/11/ 1944في قضية (Ville davallon)[4] , وحكمه الصادر في 1982/5/28 في قضية استغلال كازينو بلدية لوسير[5] .

وفي مصر , فأن (الدكتور احمد عثمان عياد) يرى انه يتعين ان يحكم القاضي بالفسخ في عقد التزام المرافق العامة على خلاف القاعدة العامة في سائر العقود الادارية , بينما ترى (الدكتور عزيزة الشريف) , انه يجوز للقضاء الغائه إذا صدر بلا مبرر , أو بناءً على اتفاق غير مشروع , في حين سار (الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد) مع مجلس الدولة الفرنسي من حيث انه يجب اصدار حكم قضائي بإسقاط الالتزام , الا إذا احتفظت السلطة الادارية صراحة بحقها في توقيع جزاء الإسقاط بموجب نص صريح في عقد التزام المرافق العامة[6] , وهنالك حالات في مصر تم بها الإسقاط بموجب نص القانون دون صدور حكم قضائي , لاعتبارات اقتصادية أو سياسية , كقانون رقم 155 لسنة 1960 الذي قضى بإسقاط كافة الالتزامات الممنوحة لشركة النقل العام للركاب وقانون رقم 123 لسنة 1961 الخاص بإسقاط الالتزام عن شركة (ترام القاهرة) بسبب اهمالها الجسيم عن اداء الخدمة المنوطة بها , وهنالك قرار صادر من مجلس الوزراء المصري عام 1953 الذي قرر

---

(1) Georges Vedel , Pierrer Delvolve , Droit administratif , op. cit , P.587.

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص240 .

(3) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص293 .

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1944/11/17 , حكم اشار اليه د. إبراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص411 .

(5) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1982/5/28 , حكم منشور في مجلة القانون العام , 1983 , ص1436 .

(6) نقلاً عن د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص241 .

فيه إسقاط الالتزام عن سكك حديد الدلتا لتتولى الحكومة ادارة المرفق مباشرةً[1] . أما القضاء المصري , فأن مجلس الدولة المصري سار على عكس اتجاه مجلس الدولة الفرنسي ؛ إذ لا يشترط في احكامه وفتاويه صدور حكم قضائي بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذا ما جاء بحكم المحكمة الادارية العليا الصادر في 1977/12/30 الذي نص على : " ... يحق لمانح الالتزام إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو تكرر اهماله ... وليس صحيحاً في القانون ان هذا الحكم لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ... "[2] .

وفي الجزائر , الادارة تستطيع توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء , وهذا ما نستنتجه من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي نص على : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته , توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد . واذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الاجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه , فأن المصلحة المتعاقدة يمكنها ان تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ... "[3] .

وفي الامارات , جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يستلزم استصدار حكم به من القضاء المختص , بل يصدر بقرار انفرادي من الجهة المانحة للالتزام اعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر[4] وهذا ما نستنتجه من الشروط العامة للعقد في مجال مقاولات الاعمال المدنية في امارة ابو ظبي رقم 1 لسنة 1982 الذي نص على حق الدائرة سحب العمل من المقاول دون الالتجاء إلى القضاء في احوال معينة[5] , كما ان المحكمة الاتحادية العليا اكدت على حق الادارة في توقيع العقوبات على المتعاقد معها ودون اللجوء إلى القضاء , وذلك في حكمها رقم 3 الصادر في 1976/4/7 الذي جاء فيه : " ... فالإدارة تضمن عقودها الادارية عادة شروطاً تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها وفسخ العقد بإرادتها المنفردة قبل نهايته الطبيعية , وتوقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته ودون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ... "[6] .

أما في العراق , فذهب رأي إلى القول بأن الادارة المانحة للالتزام تستطيع إسقاط الالتزام دون الحاجة إلى حكم قضائي سواء نص على ذلك في العقد ام لا , وذلك بإصدار قرار بفسخ عقد الالتزام كما هو الحال في بقية العقود الادارية الاخرى , ويؤيد اخرون ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي من ان الادارة لا تستطيع إسقاط الالتزام من تلقاء نفسها الا بحكم قضائي من قاضي العقد باستثناء إذا نص العقد أو دفتر الشروط على منح الادارة سلطة توقيع هذا الجزاء بموجب نص صريح[7] . أما القوانين العراقية فأن قانون الاستثمار قد اغفل النص إلى هذا الشرط , وكذلك لم تعالج تعليمات تنفيذ العقود الحكومية هذا الخلل .

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص86 .

(2) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 110 الصادر في 1977/12/30 , حكم منشور في المجموعة القضائية ,السنة 27 , 1955-1995 , ص680 .

(3) المادة (149) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 لسنة 2015 المعدل .

(4) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص191-192 .

(5) المحامي محمد محمود , المصدر السابق , 233 .

(6) حكم المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية رقم 3 الصادر في 1976/4/7 , حكم اشار اليه د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص188 .

(7) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص65 .

على ضوء ما حصل في العراق من الغاء امتياز الكثير من الشركات , فأن الادارة تستطيع اسقاط الالتزام دون عرض الامر على القضاء مقدماً[1] , وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في حكمها الصادر في 1967/2/2 الذي جاء فيه : " ... إن من المسلم به في القانون الاداري ... ان للحكومة ان تلغي المشروع ... فالحكومة قد استعملت حقها المشروع في هذا الالغاء صيانة للمصلحة العامة ولم تتعسف في ذلك ... "[2] , وايضاً في حكمها الصادر في 2015/11/16 الذي جاء فيه " ... نتيجة اخلال المدعي / المميز عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مما حدى بالشركة (المدعى عليه / اضافة لوظيفته في هذه الدعوى) إلى انهاء العقود والغائها بكتابها المرقم 771 في 2013/3/10 ..."[3] .

بدورنا نرى , ان الادارة المانحة للالتزام تستطيع توقيع جزاء الإسقاط في عقد التزام المرافق العامة دون الحاجة إلى عرض الامر على القضاء المختص لاستحصال حكم قضائي بالإسقاط , وسواء نص عقد الالتزام على ذلك ام لم ينص , طالما هنالك حدود لسلطة الادارة في توقيع جزاء الإسقاط , حيث تتمثل هذه الحدود في ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذه الضمانات تتمثل في الاعذار والتسبيب والتناسب والرقابة القضائية على قرار الإسقاط , والتي سوف نتناولها في الفصل الثالث من هذا البحث .

المطلب الثاني

ذاتية جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط , فهنالك من يرى ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام , ولا تستطيع الادارة فرضه الا إذا كان منصوصاً عليه في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط , وهنالك رأي آخر يرى ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعدّ من النظام العام أي تستطيع الادارة توقيعه حتى بدون النص عليه في العقد أو في دفتر الشروط , وسوف نتطرق إلى هذا الموضوع في الفرع الاول , كما ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة قد يتشابه مع اجراءات وجزاءات اخرى توقعها الجهة الادارية المختصة , وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

لم تتفق القوانين ولا الاحكام القضائية ولا الآراء الفقهية على طبيعة واحدة ومحددة لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فهنالك من يعدّ جزاء الإسقاط ليس من النظام العام , وهنالك من يعدّه من النظام العام , أي تستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيعه سواء نص عليه عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط ام لم ينص عليه , وبذلك نتناول الرأي القائل بأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام (أولاً) , ثم

---

(1) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص272 .

(2) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 930 / حقوقية / الصادر في 1967/12/2, حكم منشور في مجلة القضاء العراقية , العدد 2 , السنة 21 , 1967 , ص70 .

(3) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 4828 / الهيئة المدنية / الصادر في 16 /2015/11 , حكم غير منشور .

الرأي القائل بأنه يُعتبر من النظام العام (ثانياً) .

أولاً- الرأي القائل بأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام :

مجلس الدولة الفرنسي يؤكد على ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام , حيث لا تستطيع الادارة المانحة للالتزام ان توقعه بنفسها في حالة عدم وجود نص صريح في عقد التزام المرافق العامة يعطيها الحق في ذلك ,فإذا لم يوجد هذا النص فأن قاضي العقد هو الذي يختص فقط بإسقاط الالتزام[1] , وهذا ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1944/11/17 في قضية (Ville davallon)[2] , وحكمه الصادر في 1982/5/28 في قضية استغلال كازينو بلدية لوسير[3] .

وإذا كان القضاء الفرنسي يبيح للجهة الادارية سلطة توقيع جزاء الإسقاط في حالة وجود نص صريح على ذلك في عقد التزام المرافق العامة[4] الا ان مجلس الدولة الفرنسي جاء مخالفاً لذلك في حكمه الصادر في 1907/5/31 في قضية السيد (ديلانك) (Deplanque) , حيث ان السيد (ديلانك) ابرم عقد التزام مع احدى القرى لأضاءتها , وقد نص العقد على جزاء الفسخ إذا قصر الملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية , وقد نسب إلى السيد ديلانك التقصير , وعرض الامر على القضاء الاداري للفصل فيه , وكان على القاضي ان يتقيد بنصوص العقد فيحكم بالإسقاط , الا ان مفوض الحكومة (روميو) في تقريره اقترح : " إذا نص العقد على بعض الجزاءات فأن ذلك لا يعني تقييد حرية الادارة فيما عدا ما نص عليه , بل تستطيع الادارة تحت رقابة القضاء ان توقع على المتعاقد جميع انواع الجزاءات " , وان مجلس الدولة الفرنسي اخذ بما قدمه مفوض الحكومة (روميو) وقضى بالزام الملتزم بالتعويض ولم يحكم بالإسقاط[5] .

قليلٌ من فقهاء القانون الاداري ذهبوا إلى القول بأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام , ولا يمكن للجهة الادارية اللجوء اليه الا إذا كان منصوص عليه في عقد الالتزام أو في دفتر الشروط , حيث ان لا فائدة كبيرة إذ بمقتضاه تستطيع السلطة الادارية ان تحتفظ لنفسها بحق توقيع الجزاء دون حاجة للجوء إلى القضاء , وانه ليس من النظام العام بل هو اجراء تعاقدي بحت , وبذلك لا يمكن توقيعه الا إذا نص عقد الالتزام أو دفتر الشروط عليه[6] . وجانب من الفقه الفرنسي يرى ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام , رافضاً الاعتراف بحق الادارة في توقيع جزاء الإسقاط إذا لم يكن منصوصاً عليه في عقد الالتزام أو في دفتر الشروط , حيث قرر ان في حالة عدم النص في عقد الالتزام على جزاء الإسقاط , فأنه يجب على الادارة اللجوء إلى قاضي العقد ليقرر انهاءه , اسوة بالملتزم الآخر , وذلك استناداً إلى احكام المادة 1184

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص64 .

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Ville davallon) الصادر في 1944/11/17 , حكم اشار اليه د. ابراهم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص411 .

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية استغلال كازينو بلدية لوسير الصادر في 1982/5/28 , حكم منشور في مجلة القانون العام , 1983 , ص1436 .

(4) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص413 .

(5) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ديلانك (Deplanque) الصادر في 1907/5/31 , حكم اشار اليه د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص278 .

(6) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص410 .

من القانون المدني الفرنسي التي اشارت إلى ان طرفي العقد في العقود الملزمة للجانبين يعتبران قد اتفقا ضمناً على شرط بمقتضاه يتم فسخ العقد إذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزاماته[1] .

ويعد الاستاذ (بلندو) احد ابرز المدافعين عن الرأي القائل بأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام , حيث اكد (بلندو) على ان : " إسقاط الالتزام يعتبر اجراء تعاقدي بحت وانه لا يجود لصالح الادارة الا إذا كان منصوصاً عليه صراحة في العقد , ومن ثم فأن الادارة لا تستطيع توقيعه في حالة السكوت لأنه ليس من النظام العام وانما عليها ان تلجا إلى القضاء طلباً في فسخ العقد "[2] .

يبدو لنا انه بسبب خطورة وجسامة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة وما يسببه من آثار بالغة وجسيمة وخوفاً من تعسف الادارة المانحة للالتزام في استعمال هذه السلطة لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن جزاء الإسقاط ليس من النظام العام , رافضين الاعتراف بهذه السلطة الخطيرة للإدارة المانحة للالتزام , ويرون ان هذا الجزاء يعدّ تدبيراً تعاقدياً لا تستطيع هذه الادارة توقيعه في حالة اغفال النص عليه في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط .

ثانياً- الرأي القائل بأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يُعتبر من النظام العام :

في فرنسا , محاكم الاستئناف الفرنسية اجازت لمانح الالتزام انهاء العقد بإرادته المنفردة نتيجة للإخلال الجسيم من قبل الملتزم , وقد اكدت على ذلك محكمة الاستئناف في فرساي في حكمها الصادر في 2004/5/13 الذي بينت فيه انه لمانح الامتياز ان يأخذ زمام المبادرة لإنهاء العقد من جانب واحد بمجرد خرق الملتزم لالتزاماته التعاقدية بشكل خطير[3] . أما غالبية الفقه الفرنسي فيرى ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يُعدّ من النظام العام , وتستطيع الادارة توقيعه حتى لو لم ينص عليه صراحةً في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط[4] , ومن اشهر الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي الفقيه (جيز) : " الذي يعتبر جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من النظام العام وان هذه القاعدة مسلم بها ويمكن تبريرها في نظره , ان استبعاد الإسقاط كجزاء عن اخطاء الملتزم , وحتى الاخطاء الجسيمة يتساوى مع شرط عدم المسؤولية وهو ما لا يجوز , وان سير المرفق العام بانتظام واطراد يستلزم ان يكون للسلطة المانحة للالتزام الحق في تغيير الملتزم إذا تعرض سير المرفق العام محل الالتزام للخطر بدرجة كبيرة "[5] . وبعض الكُتاب الفرنسيين يرون ان الاسقاط هو عقوبة قوية تحرم الملتزم المستبعد من التعويض نتيجة لخطأه الجسيم وجزاء الاسقاط هو قرار يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة المانحة للالتزام على اساس المصلحة العامة , وان أي بند ينكر أو يحد من هذه السلطة يعدّ باطلاً ولا يعتد به[6] .

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص216.

(2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص292 .

(3) Yasser Al Suraihy , La fin du contrat de franchise , These pour le doctorat , Universite de poitiers , France , 2008 , P.168 .

(4) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص410 .

(5) Gaston Jeze , Les principes generaux du droit administrative , op. cit , P.919 .

(6) Maurial Dreifuss , Authers , Devolution des services public , Centre detudes sur les reseaux les transports lurbanisme et les constructions publiques , France , 2001 , P.62 .

وفي مصر , القضاء المصري اكد على ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعدّ من النظام العام , وانه يوجد دائماً لصالح الادارة حتى لو لم ينص عليه صراحة في عقد الالتزام أو في دفتر الشروط[1] , وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادرة في 1992/11/15 الذي جاء فيها : " ... للإدارة سلطة انهاء العقود الادارية قبل الاوان , وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة , دون ان يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب , أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين , إذ انه حق مقرر بغير حاجة إلى نص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر ... "[2] , وهذا ما ذهبت اليه ايضاً في حكمها الصادر في 1994/11/24 الذي جاء فيه : " ... سلطة الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها تغليب المصلحة العامة , وضمان استمرار سير المرافق العامة , ولا تحتاج إلى نص يقررها ... "[3] . أما الفقه المصري , فقد استقر على اعتبار ان هذا الجزاء من النظام العام ؛ إذ يرى (الدكتور انس جعفر) ان هذا الرأي هو الأوجب تطبيقاً ؛ لاتفاقه مع العقود الادارية بصفة عامة , وعقد التزام المرافق العامة بصفة خاصة , ولا ضير أو خوف من استعمال الادارة لسلطتها في الإسقاط كما يتفق مع المبادئ العامة لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها[4] , ويرى (الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد) ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعدّ من النظام العام , وانه يوجد دائماً لصالح الادارة حتى لو لم ينص عليه صراحة في عقد الالتزام , أو في دفتر الشروط[5] .

وفي الجزائر, ان قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري قد نص على انه إذا لم يُنفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة اعذاراً ليفي بالتزاماته في اجل محدد , وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الاجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه , يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تفسخ الصفقة من جانب واحد[6] . من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري عُدّ جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من النظام العام , وبالتالي تستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيعه حتى مع عدم النص عليه في عقد التزام المرافق العامة , أو في دفتر الشروط .

هنالك اجماع من الفقه الاداري الجزائري على ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعد من النظام العام وهو حق ثابت مقرر للإدارة , سواء نص عليه في عقد التزام المرافق العامة ام لم ينص عليه , وحتى وان نص عليه العقد فأن هذا النص يكون كاشفاً وليس مقرراً له ما لا يدع مجالاً امام الملتزم للادعاء أو الاحتجاج بغير ذلك[7] .

وفي الامارات , ومن خلال استقراء نصوص التشريعات والقوانين الاماراتية نجد ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعد من النظام العام , وتستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيعه حتى لو لم ينص عليه عقد

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص217 .

(2) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 3986 الصادر في 1992/11/15 , حكم اشار اليه د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص188 .

(3) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 3683 الصادر في 1994/11/24 , حكم اشار اليه د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص70 .

(4) د. انس جعفر , العقود الادارية , دار النهضة العربية , الطبعة الخامسة , مصر , 2009 , ص346 .

(5) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص217 .

(6) المادة (112) من قانون تنظيم الصفقات العمومية الجزائري رقم 15-147 لسنة 2015 المعدل .

(7) د. عمار بوضياف , الصفقات العمومية في الجزائر , جسور للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الجزائر , 2012 , ص120 .

التزام المرافق العامة ؛ إذ ان القرار الوزاري رقم 6 لسنة 1982 بشأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال نص على جواز قيام المركز بإلغاء العقد بإرادته المنفردة في حالة الغش أو التلاعب أو تقديم الرشوة من قبل المتعاقد[1] , وكذلك الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 الذي نص على حق الادارة انهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة , في حالة فشل المتعاقد بشكل واضح في الوفاء بالتزاماته التعاقدية من اداء خدمات , أو تنفيذ الاعمال[2] .

وفي العراق , فأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد اغفلت الاشارة إلى الطبيعة القانونية لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة . أما القضاء العراقي , فقد عُدّ جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من النظام العام وتستطيع الادارة توقيعه بإرادتها المنفردة , وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز الاتحادية في حكمها الصادر في 2011/4/3 الذي جاء فيه : " ... ان قيام رب العمل بإلغاء العقد بإرادتها المنفردة , لا يجعل من العقد ملغياً لاستحالة التنفيذ , وانما نكون امام حالة فسخ العقد من قبل رب العمل باردتها المنفردة ... "[3] , وايضا في حكمها الصادر في 2015/11/16 الذي جاء فيه : " ... نتيجة اخلال المدعي / المميز عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مما حدى بالشركة (المدعي عليه / اضافة لوظيفته في هذه الدعوى) إلى انهاء العقود والغائها بكتابها المرقم 771 في 10/3/ 2013 واحالتها مجدداً ... "[4] . أما الفقه الاداري العراقي , فلم يتفق على طبيعة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , اذ ترى (الدكتور رشا محمد جعفر) ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ليس من النظام العام , وبالتالي فأن الادارة المانحة للالتزام لا تستطيع إسقاط الالتزام في حالة عدم النص على هذا الجزاء في عقد الالتزام , أما إذا وجد نص عليه في العقد فأن للإدارة ان تفرضه بإرادتها المنفردة[5] , بينما يرى (الدكتور محمود خلف الجبوري) ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعد من النظام العام ؛ أي انه تستطيع الادارة توقيع جزاء الإسقاط سواء نص عقد التزام المرافق العامة عليه ام لم ينص[6] .

ويترتب على اعتبار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من النظام العام النتائج التالية :

1- ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يقرر دائماً للإدارة المانحة للالتزام ودون الحاجة إلى النص عليه في عقد التزام المرافق العامة , أو في دفتر الشروط , فهو موجود بقوة القانون[7].

2- لا يمكن حرمان الادارة المانحة للالتزام من حقها في توقيع جزاء الإسقاط بموجب شرط في عقد التزام المرافق العامة وان مثل هذا الشرط يعد باطلاً ؛ لمخالفته النظام العام[8] .

وبدورنا نرى أن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعد من النظام العام , بحيث تستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيعه , سواء نص عليه عقد التزام المرافق العامة ام لم ينص عليه , وفي حالة النص على هذا الجزاء

---

(1) المادة (67) الفقرة (أ) من القرار الوزاري الاماراتي رقم 6 لسنة 1982 بشأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال .
(2) المادة (49) الفقرة (2) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008
(3) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 425 / الهيئة المدنية / الصادر في 2011/4/3 , حكم غير منشور .
(4) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 4828 / الهيئة المدنية / الصادر في 2015/11/16 , حكم غير منشور .
(5) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص95 .
(6) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص271-272 .
(7) د. ذنون سليمان العبادي , مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الاداري , دار الكتب القانونية , مصر , 2015 , ص202 .
(8) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , 217 .

في العقد , فأن هذا النص لا يعد منشئاً لهذا الجزاء وانما كاشفاً له , وذلك من ناحية ان هذا الجزاء يعد بمثابة ضمانة للإدارة لتفعيل المبادئ الاساسية التي تحكم سير المرافق العامة وخاصة مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد , ومن ناحية اخرى ان توقيع هذا الجزاء لا يشكل ضير على الملتزم طالما له الحق في اللجوء إلى القضاء المختص للمطالبة بإلغاء هذا الجزاء , والحكم بالتعويض إذا كان له مبرر .

الفرع الثاني

تمييز جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عما يشتبه به

إن إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو جزاء توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم المخل معها بعد توفر شروط توقيعه , وبالتالي هنالك نظم قانونية كثيرة قد تتشابه مع هذا الجزاء في بعض الامور رغم اختلاف طبيعتها , ومن هذه النظم الاسترداد ووضع المرفق تحت الحراسة والفسخ في عقد التزام المرافق العامة والتأميم وسوف نتناولها على التفصيل الاتي :

أولاً- تمييز جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عن الاسترداد :

يُعرف(الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد) الاسترداد بأنه : " ذلك القرار الانفرادي من جانب مانح الالتزام والذي بواسطته ينهي الالتزام قبل التاريخ المحدد لانقضائه "[(1)] , ويُعرفه اخرون بأنه اجراء تقوم الادارة المانحة للالتزام بمقتضاه انهاء عقد الالتزام قبل حلول الاجل المحدد له دون خطأ من الملتزم لدواعي المصلحة العامة , مقابل منحه تعويضاً عادلاً عما لحقه من اضرار جراء هذا الانهاء , فقد يأخذ صورة اقساط سنوية لمدة محددة أو مبلغ اجمالي , ويراعى عند تقديره النفقات والاسهم التي يتكون منها رأس المال , وما انفق على اعداد المرفق العام وتجهيزه , فضلاً عن ما قد يفقد الملتزم من ارباح نتيجة استرداد المرفق قبل موعده المحدد , ويتم هذا الاجراء عادة بصورة قرار اداري , إذا تبين للإدارة ان طريقة الالتزام لم تعد تتفق مع المصلحة العامة , وإن المرفق العام محل الالتزام فقد صلاحيته التي كان يتمتع بها[(2)] .

للاسترداد ثلاث صور مختلفة : الاسترداد التعاقدي , والاسترداد غير التعاقدي والاسترداد التشريعي , فالاسترداد التعاقدي : " هو الاسترداد المنصوص عليه في عقد التزام المرافق العامة والذي تقرره الادارة بإرادتها المنفردة وعادةً ما ينظمه عقد الالتزام ويحدد شروطه , ولذا تعتبر اجراءات تحقيق هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الادارة مراعاتها , كما يتعين على القضاء التقيد بقواعده واحكامه على ان لا يكون من بينها ما يقضي بتنازل الادارة عن حقها بالاسترداد "[(3)] , والاسترداد غير التعاقدي الذي تقرره الادارة بإرادتها المنفردة على الرغم من عدم وجود نص في عقد الالتزام يجيز ذلك فهو حق مقرر للإدارة دائما سواء نص عليه العقد ام لم ينص عليه , فهو امر مسلم به وثابت للإدارة استناداً إلى سلطتها التقديرية , كما ان اغلبية الفقهاء يقرون بهذا النوع من الاسترداد , الا ان هنالك من يرى ان الاسترداد لا يكون الا بالنص عليه في عقد

---

(1) د. مفتاح خلفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص123 .

(2) د. نور عيسى الهندي , النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز , بحث منشور في المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية , المجلد 9 , العدد3 , 2017 , ص33 .

(3) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص353 .

الالتزام , بينما يرى فريق ثالث - ونحن معهم – ان الاسترداد غير التعاقدي ما هو الا تطبيق لسلطة الادارة في الانهاء الانفرادي للعقود الادارية[1] . أما الاسترداد التشريعي فهو الذي لا ينص عليه في عقد الالتزام , بل تتولى الدولة تنظيم هذه الصورة عن طريق اصدار تشريعات خاصة تنظم هذا الاسترداد , ففي فرنسا تدخل المشرع منذ عام 1845 في مجال عقود الالتزام واصدر القوانين المختلفة التي تنظم استرداد الكثير من المرافق العامة الحيوية[2] . وقد لجأ المشرّع المصري إلى هذه الصورة لإنهاء امتياز شركة قناة السويس البحرية وذلك بمقتضى قانون رقم 285 لسنة 1956 الصادر في 1956/7/26[3] . وفي العراق فقد كانت امتيازات عديدة للماء والكهرباء ولبعض المرافق الضرورية الاخرى تدخلت الدولة وانهت تلك الامتيازات لتديرها بنفسها وعلى مسؤوليتها , وعلى صعيد المرافق الاقتصادية فقد تقرر انهاء شركة نفط الرافدين لتوزيع منتجات المصافي الحكومية , كما تقرر انهاء عقود امتياز شركة نفط خانقين المحدودة بموجب قوانين اصدرتها الحكومة آنذاك[4].

يتشابه كل من جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة والاسترداد من حيث انهما يتفقان في ان كليهما يؤديان إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة نهاية قطعية , والى استبعاد الملتزم نهائياً من ادارة واستغلال المرفق العام محل عقد الالتزام[5] .

وبدورنا نرى ان كلاً من جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة والاسترداد قرار اداري يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة المانحة للالتزام , ويعتبران من طرق انهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انقضاء مدته , كما ان كليهما من النظام العام , أي انهما قراران للإدارة المانحة للالتزام دون الحاجة إلى النص عليهما في عقد الالتزام أو في دفتر الشروط , ولا يمكن حرمان الادارة من حقها في توقيعهما بموجب شرط في عقد التزام المرافق العامة ومثل هذا الشرط يعدُّ باطلاً لمخالفته النظام العام .

بالرغم من هذا التشابه , هنالك نقاط اختلاف بينهما تتمثل في :

1- من حيث السلطة المختصة بتوقيعهما : جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة في فرنسا ينفرد بوجوب صدوره من قاضي العقد , فالإدارة المانحة للالتزام لا تستطيع ممارسة هذا الحق ما لم ينص عقد الالتزام أو دفتر الشروط على هذا الجزاء , في حين ان الاسترداد يصدر دائماً بقرار اداري من الادارة المانحة للالتزام بناءً على السلطة التقديرية التي تتمتع بها شرط ان يكون رائدها دائماً المصلحة العامة[6] .

2- من حيث غايتهما : ان الادارة المانحة للالتزام لا تستطيع توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الا إذا ارتكب الملتزم خطأ جسيماً تختل معه سير العمل بالمرفق العام , بينما الاسترداد يتم ايقاعه من جانب الادارة

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص153 .
(2) د. نوفان منصور العقيل العجارمة , عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الاردني , بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون , المجلد 40 , الملحق 1 , 2013 , ص1060 .
(3) احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية , المصدر السابق , ص284 .
(4) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص270 .
(5) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص67 .
(6) اسامة الحنانية وآخرون , نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الاردني , بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون , المجلد 42 , العدد 3 , 2015 , ص1056 .

المانحة للالتزام إذا رأت ان هذا الاجراء تستدعيه مصلحة المرفق العام ولو لم يرتكب الملتزم معها أي خطأ[1] .

3- من حيث الهدف : ان الهدف من جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو حرمان الملتزم من الاستمرار في ادارة وتسيير المرفق العام نتيجة اخطائه الجسيمة التي تؤثر على سير عمل المرفق العام وبذلك فهو جزاء توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم الذي اخل بالتزاماته , بينما الهدف من الاسترداد هو حماية المصلحة العامة وكذلك المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد , فالاسترداد توقعه الادارة المانحة للالتزام ولو لم يرتكب معها أي خطأ[2] .

4- من حيث التعويض : في جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يستحق الملتزم أي تعويض وذلك لإخلاله بالتزاماته التعاقدية اخلالاً جسيماً , كما يحق للإدارة المانحة للالتزام ان تطالب الملتزم بالتعويض إذا كان له مقتضى , أما في الاسترداد فيحق للملتزم مطالبة الادارة المانحة للالتزام بتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب حرمانه من الانتفاع بعقد التزام المرافق العامة دون أي خطأ مرتكب من قبله[3] .

5- من حيث الطبيعة : يبدو لنا ان الفقه والقضاء الاداريين استقروا على ان الإسقاط هو عقوبة توقعها الادارة المانحة للالتزام نتيجة اخلال الملتزم اخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية , في حين ان الاسترداد يعتبر اجراء تملكه الادارة المانحة للالتزام وتستخدمه متى ما رأت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك بدون أي خطأ مرتكب من قبل الملتزم .

6- من حيث الاعذار : بدورنا نرى أنه في جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ان الادارة المانحة للالتزام لا تستطيع ان توقعه على الملتزم الا بعد إعذاره , أي انذاره بوجوب تنفيذ التزاماته التعاقدية خلال مدة محددة , والإعذار شرط وجوبي لا تستطيع الادارة المانحة للالتزام التنصل عنه الا في حالات محددة , بينما في الاسترداد نجد انه لا يُشترط فيه إعذار الملتزم ؛ لأن الملتزم لم يرتكب أي خطأ , انما تقوم الادارة بتوقيعه متى ما رأت مصلحة المرفق العام محل عقد التزام المرافق العامة تقتضي ذلك , بالتالي لا فائدة من الإعذار في الاسترداد .

ثانياً- تمييز جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عن وضع المرفق العام تحت الحراسة :

وضع المرفق العام تحت الحراسة هو جزاء يُقصد به ابعاد الملتزم مؤقتاً عن ادارة , وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام ؛ وذلك بسبب عجزه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ؛ إذ تقوم الادارة المانحة للالتزام بنفسها بإدارة وتسيير هذا المرفق للمحافظة على سيره بانتظام واطراد[4] .

حينما تضع الادارة المانحة للالتزام المرفق العام تحت الحراسة , فأما ان تُعهد بإدارته إلى حارس مؤقت تختاره , واما ان تديره بنفسها , ويترتب على اعلان الحراسة كجزاء لتقصير الملتزم تحمله كافة مخاطر ادارة المرفق العام محل عقد الالتزام , أي ان الخسارة تكون على عاتقه , وان الحراسة بطبيعتها اجراء مؤقت , فأن

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص410 .
(2) د. مفتاح خلفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص134-135.
(3) د. نور عيسى الهندي , النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز , المصدر السابق , ص38 .
(4) د. محمد كامل ليلة , نظرية التنفيذ المباشر في القانون الاداري , دار الفكر العربي , مصر , 1991 , ص128 .

مصيرها يكون أما بعودة المرفق العام إلى الملتزم واما إلى سقوط الالتزام[1] . جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وجزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة يتفقان في ان كليهما يوجدان لصالح الادارة المانحة للالتزام ولو لم يكن منصوصاً عليهما في عقد التزام المرافق العامة , كما ان الادارة المانحة للالتزام تمتلك سلطة تقرير أي منهما في حالة ارتكاب الملتزم خطأً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية كالتوقف الجزئي , أو الكلي من جانب الملتزم عن تنفيذ التزاماته التعاقدية , أو توقف المرفق العام جزئياً , أو كلياً , أو عجز الملتزم عن تنفيذ التزاماته أو عدم كفاءته وغيرها[2] .

وبدورنا نرى ان كلاً من جزاء الإسقاط , ووضع المرفق العام تحت الحراسة يعتبران جزاء , وتوقعهما الادارة المانحة للالتزام عندما يرتكب الملتزم معها خطأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية .

على الرغم من اوجه التشابه هذه , الا ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يختلف عن جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة في عدة امور اهمها :-

1- من حيث نوع الجزاء : ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعدّ جزاءً فاسخاً لعقد التزام المرافق العامة , أي انه ينهي الرابطة التعاقدية بين الملتزم والادارة المانحة للالتزام , بينما جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة يعدّ جزاءً ضاغطاً لا ينهي الرابطة التعاقدية , ويراد به تهديد الملتزم المقصر في تنفيذ التزاماته وارغامه على تنفيذها على الوجه المتفق عليه[3] .

2- من حيث الاستبعاد : يترتب على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة استبعاد الملتزم نهائياً من ادارة المرفق العام محل عقد الالتزام , على حين ان جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة لا يترتب عليه استبعاد الملتزم نهائياً من ادارة المرفق العام , بل يترتب عليه الاستبعاد المؤقت وحلول الادارة المانحة للالتزام مؤقتاً في ادارة هذا المرفق , فوضع المرفق العام تحت الحراسة لا ينهي عقد التزام المرافق العامة ولكن يحرم الملتزم مؤقتاً من ممارسة حقوقه التي اكتسبها بموجب عقد الالتزام , بينما جزاء الإسقاط يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة بصورة نهائية وحرمان الملتزم نهائياً من حقوقه التي اكتسبها من هذا العقد[4] .

3- يرى (الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد) - ونحن معه ـ ان جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة يكون مقدمة لتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فالإدارة المانحة للالتزام لا تلجأ عادةً إلى توقيع جزاء الإسقاط الا إذا اتضح لها عدم نجاح جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة في ارغام الملتزم على القيام بتنفيذ التزاماته التعاقدية , ولكن ذلك لا يعني عدم قدرة الادارة المانحة للالتزام على توقيع جزاء الإسقاط مباشرةً دون ان يسبقه جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة , فالإدارة تملك مطلق الحرية في تقدير جسامة الخطأ الذي ارتكبه الملتزم وفي توقيع الجزاء المناسب لهذا الخطأ تحت رقابة القضاء المختص[5] .

ولأن جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة يعدّ جزاء مؤقتاً , فأن هذا الجزاء ينتهي بإحدى الحالتين :

---

(1) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص507 .
(2) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص65 .
(3) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص271 .
(4) د. شريف يوسف خاطر , مبادئ القانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2011 , ص695 وما بعدها .
(5) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص66-67 .

الحالة الاولى , هي قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط على الملتزم في حالة استمراره في تجاهله لالتزاماته التعاقدية وعدم تنفيذها , والحالة الثانية تتمثل في استعادة الملتزم لإدارة وتسيير المرفق العام بعد قيامه بتنفيذ التزاماته التي اخل بها[1] .

يبدو لنا أن الهدف الاساسي من جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يتمثل في حرمان الملتزم نهائياً من الاستمرار في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام نتيجة لأخطائه الجسيمة التي تؤثر على سير عمل المرفق العام , بينما الهدف من وضع المرفق العام تحت الحراسة نجده يتمثل في ارغام الملتزم المقصر على تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوجه الصحيح وفق عقد التزام المرافق العامة ودفتر الشروط .

ثالثاً- تمييز جزاء الإسقاط عن الفسخ في عقد التزام المرافق العامة :

قد لا ينتهي العقد الاداري بصفة عامة , وعقد التزام المرافق العامة بصفة خاصة نهاية طبيعية , وانما قد ينتهي قبل اجله المحدد , وهذه الطريقة تسمى فسخ العقد , ولفسخ عقد التزام المرافق العامة انواع عديدة هي :

1- الفسخ الاداري الذي يتمثل بقيام الادارة بإرادتها المنفردة بإنهاء عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ يعدّ ذلك من مظاهر سلطة الادارة في العقود الادارية , وفي عقد التزام المرافق العامة يتمثل الفسخ الاداري في جزاء الاسقاط واجراء الاسترداد[2] .

2- الفسخ الاتفاقي , وذلك عندما يضع اطراف عقد التزام المرافق العامة اتفاقاً من اجل انهاء الالتزام قبل انقضاء مدته , ففي هذه الحالة يوجد اتفاق ودي بين اطراف هذا العقد على شروط واوضاع هذا الفسخ[3] .

إن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة نجده يتشابه مع الفسخ الاتفاقي في ان كلاً منهما يؤديان إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انقضاء مدته , أي نهايته نهاية غير طبيعية , الا ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يختلف عن الفسخ الاتفاقي في عدة وجوه منها : ان جزاء الإسقاط هو قرار صادر من الادارة المانحة للالتزام دون موافقة الملتزم , في حين ان الفسخ الاتفاقي هو اجراء ودي يتضمن اتفاق اطراف عقد التزام المرافق العامة على انهاءه قبل موعده المحدد[4] .

وجزاء الإسقاط في أغلب الأحيان ينظمه عقد التزام المرافق العامة ويحدد شروطه مقدماً , وهي شروط قانونية لا يجوز للإدارة المانحة للالتزام الخروج عنها , أما الفسخ الاتفاقي , فهو يخضع لمبدأ سلطان الارادة ؛ إذ انه اتفاق بين اطراف عقد التزام المرافق العامة ويتم توقيعه عادةً بعد دخول هذا العقد حيز التنفيذ[5] , ويختلفان ايضاً في ان حق الادارة في جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو حق اصيل , وهو من النظام العام سواء نص عليه العقد ام لم ينص عليه , على حين ان الفسخ الاتفاقي يتم بموجب اتفاق بين اطراف العقد ويتضمن هذا

---

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص410 .
(2) سيف سعد مهيدي , مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة المنصورة , مصر , 2015 , ص169 .
(3) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص620 .
(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية , المصدر السابق , ص135 .
(5) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص146-147 .

الاتفاق شروط واوضاع هذا الفسخ[1] , كما يختلفان ايضاً في ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة توقعه الادارة المانحة للالتزام دون مراعاة لرضا الملتزم , أما الفسخ الاتفاقي , فلا يتم الا بناءً على رغبة الملتزم وموافقته على نهاية عقد التزام المرافق العامة قبل حلول اجله[2] , كما ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة تفرضه الادارة على الملتزم نتيجة لارتكابه خطأ جسيم , وبذلك لا يستحق أي تعويض , في حين ان الفسخ الاتفاقي يمكن ان يكون بتعويض لصالح الملتزم الذي غالباً ما يكون هو المبادر إلى طلب هذا الفسخ , ويمكن ان يكون بدون تعويض[3] .

3- الفسخ بقوة القانون , قد ينقضي عقد التزام المرافق العامة بقوة القانون , وذلك في حالة هلاك محل العقد أو صدور قانون بإنهاء بعض هذه العقود لأسباب معينة أو في حالة وفاة الملتزم إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العملية التعاقدية وهنا يتم الفسخ بقوة القانون من تاريخ تحقق السبب[4] .

ما لاحظناه ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يتشابه الفسخ بقوة القانون في ان كل منهما يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة قبل انتهاء مدته , ويختلفان من حيث ان جزاء الإسقاط يُشترط لتوقيعه ارتكاب الملتزم خطأً جسيماً , في حين ان الفسخ يكون بقوة القانون ولا يُشترط فيه هذا الخطأ هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ان اعذار الملتزم ضرورياً كأصل عام قبل توقيع جزاء الإسقاط , وإلا كان قرار الإسقاط معيباً , بينما لا يُشترط اعذار الملتزم في الفسخ بقوة القانون .

4- الفسخ القضائي , يتم هذا الفسخ بناءً على طلب يتقدم به احد المتعاقدين إلى القاضي المختص بسبب عدم قيام الطرف الآخر في عقد التزام المرافق العامة بتنفيذ التزاماته , حيث يؤدي هذا الفسخ إلى نهاية هذا العقد قبل انتهاء مدته[5] .

يختلف جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عن الفسخ القضائي في ان جزاء الإسقاط توقعه الادارة المانحة للالتزام بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء[6] , بينما الفسخ القضائي يكون بقرار صادر من القاضي المختص وليس من الادارة[7] , كما يختلفان ايضاً في ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا تستطيع الادارة توقيعه , الا بعد اعذار الملتزم بضرورة تنفيذ التزاماته التي اخل بها وخلال حقبة معينة[8] , في حين ان الفسخ القضائي لا يتطلب اعذار الطرف غير المنفذ لالتزاماته التعاقدية المخل بها[9] .

بدورنا نرى ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة توقعه الادارة المانحة للالتزام عند ارتكاب الملتزم خطأً جسيماً , في حين ان الفسخ القضائي يكون بناءً على خطأ جسيم صادر من جانب الادارة المانحة

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص405 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص147 .
(3) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص621 .
(4) د. علي محمد بدير , واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص516 .
(5) د. لباد نصار , القانون الاداري – النشاط الاداري , الجزء الثاني , بلا اسم للناشر , الجزائر , 2004 , ص450 .
(6) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص65 .
(7) د. علي محمد بدير , واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص517 .
(8) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص414 .
(9) علي حسن عبد الامير , النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق , رسالة ماجستير , كلية القانون , الجامعة المستنصرية , العراق , 2008 , ص174- 175 .

للالتزام أو من قبل الملتزم , كما يختلفان ايضاً في ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يترتب عليه أي تعويض للملتزم , بينما الفسخ القضائي قد يترتب عليه تعويض الملتزم إذا كان الخطأ الجسيم صادراً من جانب الادارة المانحة للالتزام .

رابعاً- تمييز جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عن التأميم :

يُعرف التأميم بانه : " اجراء يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكاً للجماعة تحقيقاً لضرورات اقتصادية واجتماعية يتم بدافع من المصالح العامة العليا مقابل تعويض عادل , فهو ليس طريقاً لإدارة المرفق العام , ولكنه اسلوب تنتقل بمقتضاه ملكية مشروعات كانت قبل التأميم بين يدي الافراد على ان تتولى الدولة ادارة هذه المشروعات "[1] . والفقيه (فالين) يرى ان الاسترداد التشريعي يُعد تأميماً ؛ وذلك لأن كليهما يُقصد بهما المصلحة العامة وموجبات للتعويض العادل , بينما الفقه الاداري لا يعترف بهذا الرأي ؛ لأن الاسترداد التشريعي يتضمن عودة المرفق العام إلى الدولة باعتبارها صاحبة الحق في ادارته مباشرةً[2] .

إن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة نجده يتشابه مع التأميم في ان كليهما يتم توقيعهما بالإرادة المنفردة للدولة دون مراعاة لرضا الملتزم وموافقته , كما ان كلاهما يؤديان إلى استبعاد الملتزم نهائياً من ادارة واستغلال المرفق العام .

بالرغم من التشابه بينهما الا انهما يختلفان في أمور عدة اهمها : ان جزاء الإسقاط يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة وذلك عن طريق قيام الادارة المانحة للالتزام بإصدار قرار اداري , بينما التأميم يكون بموجب قانون[3] , ويختلفان ايضاً في ان قرار الادارة المانحة للالتزام بالإسقاط لا يعني استبعاد الادارة الخاصة ابدياً ؛ إذ قد تصدر قراراً جديداً بمنح المرفق العام لملتزم جديد , على خلاف التأميم الذي ينتج عنه دائماً استبعاد الادارة الخاصة[4] , ويختلفان ايضاً في ان الإسقاط هو جزاء توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها الذي اخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية اخلالاً جسيماً[5] , على حين ان التأميم لا يعدّ جزاءً وانما اجراء تشريعي يكون بموجب قانون[6] , كما ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة تصدره الادارة لأسباب اقتصادية , بينما كثير من الفقهاء وخاصةً في مجال القانون الدولي يزعمون ان الدافع للتأميم يكون لاعتبارات سياسية اكثر من كونها اقتصادية , كما يختلفان ايضاً من حيث ان في جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يستحق الملتزم أي تعويض[7] , بينما في التأميم فأن المشرع يحدد مقدار التعويض بناءً على اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية والتي تقوم على اساس الموازنة بين المصلحتين , العامة والخاصة[8] , ويختلفان ايضاً في ان جزاء إسقاط عقد

---

(1) د. نور عيسى الهندي , النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز , المصدر السابق , ص37 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص143 .
(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص133 .
(4) د. نور عيسى الهندي , النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز , المصدر السابق , ص38 .
(5) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص271 .
(6) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص144 .
(7) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص246 .
(8) د. عبد المنعم محفوظ , القانون الاداري , مطبعة عين الشمس , الطبعة الاولى , مصر , بلا سنة للنشر , ص153- 154 .

التزام المرافق العامة يخضع للرقابة القضائية , بينما التأميم يعدّ اجراءاً تشريعياً لا يخضع للرقابة القضائية الا في الحدود المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين[1] .

يبدو لنا ان هنالك ايضاً جملة من الاختلافات بين جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة والتأميم تتمثل في ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يقع على الملتزم الذي كان واجبه الاساسي بموجب عقد التزام المرافق العامة هو ادارة وتسيير مرفق عام دون تملكه , على حين ان التأميم يقع على مرافق كانت مملوكة للأفراد وبموجبه تم نقل ملكية هذه المرافق إلى الدولة مقابل تعويض , ويختلفان ايضاً في ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يُشترط لتوقيعه قيام الملتزم بارتكاب خطأ جسيم , بينما لا يُشترط ذلك في التأميم , كما يُشترط قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة اعذار الملتزم والا كان قرار الإسقاط معيباً , في حين لا يُشترط الاعذار قبل اجراء التأميم .

وبدورنا نرى ان المشرع العراقي لم يبدِ الاهتمام الكافي بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ لم يشر في قوانينه على هذا الجزاء بصورة صريحة , بينما نجد ان التأميم قد حضي باهتمام كبير من قبل المشرع العراقي إذ قام بإصدار العديد من القوانين بشأن التأميم منها , قانون رقم 70 لسنة 1973 القاضي بتأميم حصة شركتي (اكسون وموبيل اويل) في شركة نفط البصرة , قانون رقم 90 لسنة 1973 القاضي بتأميم حصة شركة (رويال دتش بتروليوم) , وقانون رقم 101 لسنة 1973 القاضي بتأميم حصة شركة (بارتكس) .

المبحث الثاني

احكام جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

عندما تقوم الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها بعد توفر شروطه , فأن هذا الجزاء من ناحية سوف يرتب جملة من الآثار المهمة التي تخضع لها الادارة المانحة للالتزام وكذلك الملتزم الذي صدر بحقه هذا الجزاء والغير ايضاً , وان هذه الآثار قد ينص عليها عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط , وهذه الآثار ستكون محور دراستنا في المطلب الاول من هذا المبحث , هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يترتب عليه ضرورة تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم المستبعد ؛ إذ تشمل هذه التصفية الاموال والمعدات التي استعملت في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد التزام المرافق العامة , وستكون هذه التصفية محل دراستنا في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الأول

الآثار المترتبة على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

يترتب على توقيع الادارة المانحة للالتزام لجزاء الإسقاط على الملتزم معها نتيجة لإخلاله الجسيم في تنفيذ التزاماته آثار بالغة الاهمية , فقد تتعدد وتتنوع هذه الآثار التي تنشأ عن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص144 .

سواء كان ذلك بالنسبة للإدارة المانحة للالتزام أو بالنسبة للملتزم المستبعد أو حتى الغير فأنه يخضع لهذه الآثار بالرغم من انه ليس طرفاً في عقد التزام المرافق العامة , ويقتضي بنا بحث هذه الآثار بالنسبة للإدارة المانحة للالتزام في الفرع الاول , أما الثاني , فسنتناول فيه آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة لكل من الملتزم والغير .

الفرع الأول

آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للإدارة المانحة للالتزام

عندما تقوم الادارة المانحة للالتزام بفرض جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها بعد توفر شروط توقيعه والتي من ضمنها ارتكاب الملتزم خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية , فسوف يترتب هذا الجزاء عليها جملة من الآثار المهمة تتمثل في انهاء عقد التزام المرافق العامة وعدم التزامها بحقوق دائني الملتزم , وسنتناولها على النحو التالي :

أولاً- انهاء عقد التزام المرافق العامة :

من اهم آثار توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو انهاء عقد التزام المرافق العامة بصورة نهائية وانقضاء العلاقة العقدية القائمة بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم , الا ان ذلك لا يعني ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يؤدي إلى انهاء وجود المرفق العام محل عقد الالتزام , إذ يقع على عاتق الادارة ان تعمل على استمرار المرفق العام على الرغم من استبعاد الملتزم , بسبب توقيع هذا الجزاء عليه[1] . واذا كان جزاء الاسقاط يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة , واستبعاد الملتزم من ادارة وتسيير المرفق العام , فأن ذلك لا يعني حل الشركة التي كانت تتولى ادارة وتيسير هذا المرفق أو انتهاء شخصيتها المعنوية , بل تبقى هذه الشركة قائمة ولها شخصيتها المعنوية وذمتها المالية ويترتب على ذلك ان لدائني هذه الشركة حق الرجوع عليها لاستحصال ديونهم التي تكون بذمتها , وعلة ذلك تكمن في ان مخاطر ادارة وتسيير المرفق العام في المدة السابقة على توقيع جزاء الاسقاط تقع على عاتق الملتزم[2] .

ولما كان جزاء الاسقاط يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة , فأن ذلك لا يعني نهاية المرفق العام محل هذا العقد , وانما تتولى الادارة ادارته بنفسها , أو قد تقرر اجراء مزايدة جديدة , فأن تولت الادارة بنفسها ادارة وتسيير هذا المرفق ففي هذه الحالة لا تعدّ الادارة خلفا خاصا ولا عاما للملتزم , وانما تدير المرفق العام بوصفها الادارة المانحة للالتزام والمسؤولة اصلا عن ادارة وتسيير هذا المرفق[3] , واذا قررت الادارة اجراء مزايدة جديدة , ففي هذه الحالة يجب ان تتم هذه المزايدة بشروط عقد الالتزام السابق نفسها دون أي تعديل من شأنه ان يمس بحقوق الملتزم السابق , الا إذا اقتضى سير المرفق العام باطراد وانتظام ذلك التعديل تحت ادارة وتسيير

---

(1) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص306 .
(2) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص296 .
(3) د. فاروق احمد خماس , د. محمد عبد الله حمود الدليمي , الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية , دار الكتب للطباعة والنشر , العراق 1992 , ص151 وما بعدها .

الملتزم الجديد , عندها يجب على الادارة تعويض الملتزم السابق عن الاضرار التي اصابته جراء هذا التعديل[1] . واذا رأت الادارة بعد توقيعها لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ان المصلحة العامة تقتضي استمرار سير المرفق العام اثناء المدة التي تتطلبها اجراءات المزايدة الجديدة , ففي هذه الحالة تتولى الادارة ادارة المرفق العام على حسابها وتحت مسؤوليتها لحين اتمام المزايدة , كما تستطيع الادارة ان تستعمل اثناء هذه المدة موجودات المرفق العام جميعها لغرض ادارته[2] , وعندما تقوم الادارة بإجراء مزايدة جديدة , فأن هذه المزيدة تحكمها مجموعة من المبادئ اهمها :

١- الثمن الاساسي الذي تفتح به المزايدة الجديدة يكون من حق الملتزم تعيينه , كما يحق للملتزم مراقبة هذه المزايدة وابداء اراءه فيها ؛ إذ ان هدف المزايدة تبديل الملتزم بملتزم جديد مع تحمل الملتزم المستبعد نتائج المزايدة الجديدة سواء زادت نسبة الخسارة أو قلت , ولا تستطيع الادارة المانحة للالتزام القيام باي تعديلات أو تسهيلات لصالح الملتزم الجديد باعتبار ان ذلك سوف يؤثر على حقوق الملتزم المستبعد[3] .

٢- إذا نجحت المزايدة الجديدة فأن الملتزم الجديد سوف يحل محل الملتزم القديم في حقوقه والتزاماته جميعها , كما يحق للملتزم القديم استلام الثمن الذي رست عليه المزايدة الجديدة بعد خصم مصروفات هذه المزايدة جميعها من هذا المبلغ[4] ؛ إذ ان الملتزم الجديد الذي رست عليه المزايدة يجب ان يكون في ذات الوضع الذي كان عليه الملتزم القديم ؛ إذ انه يعرض ثمنا مقابل الحق في استغلال المرفق العام وبالتالي فهو يحل محل الملتزم القديم وتنتقل اليه الحقوق كافة التي كان الملتزم القديم يمارسها بموجب عقد الالتزام المرافق العامة , واذا كان الملتزم الجديد يلتزم بالالتزامات نفسها التي كانت على عاتق الملتزم القديم الا انه لا يلتزم بدفع ديون سلفه الذي يكون لأصحاب هذه الديون الحق في الرجوع على الملتزم القديم بالطرق والوسائل القانونية كافة[5] .

٣- تتضمن المزايدة الجديدة الحق في الالتزام ذاته , بما في ذلك مختلف الاعانات والضمانات التي كانت قد تعهدت بها الادارة المانحة للالتزام للملتزم المستبعد , كما لا يحق لها ان تجري اية تعديلات في تنظيم الالتزام بالمرفق عن حقوق الملتزم المستبعد , أو ان تعطي منافع أو تسهيلات للملتزم الجديد لم يحصل عليها الملتزم القديم[6] .

٤- في حالة فشل المزايدة الجديدة بسبب عدم تحقيقها للأهداف المرجوة منها فيتم في هذه الحالة اجراء مزايدة ثانية من دون تحديد للثمن الاساسي , واذا لم تحقق المزايدة الثانية النتيجة المرجوة منها فهنا لا يستبعد الملتزم

---

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للادارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص247 .

(2) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص227 وما بعدها .

(3) Hafman Polack , Les sanctions pouvant atteinder le concessionaire de service public en cas de manquements dses obligations , these , librairie rousseau , France , 1958 , p.86 .

(4) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص415 .

(5) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص309 .

(6) د. حسان عبد السميع هاشم , الجزاءات في العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2009 , ص246 .

القديم وحسب , بل يفقد ايضا حقوقه جميعها وتصبح المعدات والآلات المستعملة جميعها في ادارة وتسيير المرفق العام ملكاً للإدارة المانحة للالتزام[1] .

٥ - إن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , لا يؤثر على قيام حق الادارة المانحة للالتزام تعديل شروط الالتزام إذا قدرت في المدة ما بين جزاء الاسقاط وبين الاعلان على المزايدة الجديدة ان انتظام المرفق العام وحسن سيره تحت ادارة الملتزم الجديد يتطلب اجراء بعض التعديلات على الشروط التي يمنح الالتزام بمقتضاه واذا ترتب على هذا التعديل مساس بحقوق الملتزم المستبعد فأن على الادارة تعويضه عن ذلك[2] .

6- إذا لم تقم الادارة المانحة للالتزام بإجراء مزايدة جديدة , وقررت ادارة وتسيير المرفق العام بطريقة الادارة المباشرة , ففي هذه الحالة تكون ملزمة بدفع المصاريف جميعها التي انفقها الملتزم المستبعد لتهيئة المرفق العام وكذلك قيمة المعدات والآلات التي الت اليها دون مقابل[3].

7 - يحق للملتزم المستعبد ان ينازع في مشروعية المزايدة الجديدة امام قاضي العقد ؛ وذلك لأن الملتزم المستبعد لا يعدّ من الغير بالنسبة للإدارة المانحة للالتزام وانما هو احد اطراف العقد , أما إذا كان الطعن مقدماً من قبل احد المشاركين في المزايدة الجديدة فأن الاختصاص ينعقد لقاضي الالغاء ؛ وذلك لأن المشاركين في المزايدة الجديدة يستمدون حقهم في ذلك من النصوص اللائحية التي تنظم المزايدة الجديدة وليس من العقد , ويترتب على ذلك ان الدفوع التي يمتلك الملتزم المستعبد اثارتها امام قاضي بالعقد اكثر من الدفوع التي يمتلك المشاركون في المزايدة اثارتها امام قاضي الالغاء[4] .

وتجدر الاشارة إلى ان المزايدة الجديدة التي تجربها الادارة لاختيار ملتزم جديد يحل محل الملتزم المستبعد هو الاجراء الاكثر شيوعا , والذي غالبا ما ينص عليه عقد التزام المرافق العامة , أو دفتر الشروط وذلك من اجل ضمان استمرار المرفق العام على نفقة , وحساب الملتزم القديم وتسوية حقوقه[5] .

بدورنا نرى ان المزايدة الجديدة وان كانت الاكثر شيوعا في اختيار الملتزم الجديد الا انها لا تعدّ اجراءً ملزماً للإدارة المانحة للالتزام الا إذا نص عليها عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط , وبالتالي فاذا لم يُنص عليها اصلاً أو إذا نص عليها كأحد الحلول القابلة للتطبيق بعد توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ففي هذه الحالة تملك الادارة حرية اجراء هذه المزايدة ام عدم اجرائها , والرجوع إلى طريقة الادارة المباشرة لإدارة وتسيير المرفق العام الذي كان محل عقد التزام المرافق العامة .

ثانياً- عدم التزام الادارة المانحة للالتزام بحقوق دائني الملتزم :

(1) د. مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص299 .
(2) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص247 .
(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص365 .
(4) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص242 .
(5) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , المصدر السابق , ص261 .

لا تلتزم الادارة المانحة للالتزام بحقوق دائني الملتزم المستبعد الذي صدر بحقه جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الا إذا نص على ذلك في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط أو في القانون الذي انهى هذا العقد ؛ وذلك لأن الادارة المانحة للالتزام لا تعد خلفا خاصا ولا عاما للملتزم المستبعد[1] , لكن يجوز لدائني الملتزم المستبعد استحصال دينهم من مستحقاته لدى الادارة المانحة للالتزام ؛ إذ يمكن لدائني الملتزم المستبعد الرجوع إلى الوسائل والطرق القانونية كافة على ما يستحقه هذا الملتزم لدى الادارة المانحة للالتزام وايضا على مقابل ادواته وموجوداته التي تؤول للإدارة المانحة للالتزام بمقابل[2] .

ليس لدائني الملتزم المستبعد في حالة صدور جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة سوى مجرد حق احتمالي في استيفاء ديونهم من الثمن الذي قد يرسو به مزاد بيع موجودات والآلات ومعدات المرفق العام على الدائن الجديد , إذا ما اسفرت المزايدة الجديدة عن ملتزم اخر يحل محل الملتزم الذي صدر بحقه جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , الا ان هذا الثمن يكون في حق مدينهم , أما إذا لم تأتِ هذه المزايدة بهذه النتيجة وكانت شروط عقد التزام المرافق العامة تقضي في هذه الحالة باستيلاء الادارة المانحة للالتزام على موجودات المرفق العام بدون مقابل , فلا سبيل لدائني الملتزم إلى استيفاء ديونهم من هذه الجهة[3] .

وإذا كانت الادارة المانحة للالتزام لا تلتزم بحقوق دائني الملتزم المستبعد , ففي الوقت نفسه لا يحق لها ان تستعمل حق الحبس على معدات والآت وأدوات الملتزم الذي صدر بحقه جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لكي تحصل على مستحقاتها التي بذمته , سيما ما نشأ عنها اثناء مدة وضع المرفق العام تحت الحراسة , قبل صدور جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ وذلك لأن من شروط استعمال حق الحبس طبقا لمفهومه في القوانين الخاصة ان يكون الدائن حائزا للشيء وبشكل قانوني ومشروع , كما يجب ان تكون هنالك رابطة بين حيازة الشي وسبب الدين لتطبيق هذه القاعدة في هذا المجال[4] .

إن من المسلّم به هو للملتزم وان كان نائبا عن الادارة المانحة للالتزام في ادارة وتسيير المرفق العام تحت رقابتها واشرافها , الا انه يقوم بذلك لحسابه ولذلك فانه يتحمل مخاطر استغلال الالتزام الممنوح له على هذا المرفق العام , وتترتب في ذمته وحدة الالتزامات المستعملة بإدارة وتسيير المرفق العام طول مدة الالتزام , فاذا تم صدور جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فأن الادارة المانحة للالتزام لا تلتزم بشيء من ديون الملتزم السابقة ؛ لأنها ليست خلفا خاصا ولا عاما للملتزم وانما يكون لدائني الملتزم الرجوع إلى الوسائل والطرق القانونية كافة على ما يستحقه الملتزم المستبعد من الثمن الذي يرسو به المزايدة الجديدة أو ما يستحقه من ثمن الآلات والادوات التي تؤول إلى الادارة بمقابل[5] , كما ان الملتزم الجديد الذي يقوم بإدارة واستغلال المرفق

---

(1) د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , المصدر السابق , ص273 .
(2) د. فتحي عبد الصبور , الآثار القانونية للتأميم والحراسة الادارية على الاموال العامة , عالم الكتاب , مصر , الطبعة الثانية , مصر , 1997 , ص149 .
(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص361 .
(4) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص250 .
(5) محمد صلاح عبد البديع السيد ,سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص126-127 .

العام بدلاً من الملتزم المستبعد لا يتحمل ديون هذا الاخير ؛ وذلك لأن الملتزم الجديد لا يعد خلفا خاصا ولا عاما للملتزم المستبعد ؛ إذ لم ينتقل اليه المرفق العام من الملتزم المستبعد بعمل ارادي أو بحكم القانون[1] .

يمكن للقانون الذي انهى عقد التزام المرافق العامة ان يقضي بالتزام الادارة المانحة للالتزام بالديون المترتبة في ذمته الملتزم المستبعد لصالح دائنيه , ففي فرنسا صدر القانون العام ١٩٩٦ , الذي قضى بتسوية الديون بين الحكومة الفرنسية وشركة (رونو) ودائنيها[2] .

وفي مصر نص القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الطرق العامة على تحمل الحكومة المصرية التزامات شركة (ترام القاهرة) التي اسقط عنها التزامها بقانون رقم ١٢٣ لسنة 1960[3] .

وفي جمهورية الجزائر , فأن القانون الصادر ٢٤/٢/١٩٧١ الخاص بالمحروقات قد نص على تسوية الديون بين دولة الجزائر , وبين شركة (ايسو وشال وموبيل) , وبين الدائنين جميعهم[4] .

وفي الامارات , لم نجد قانوناً ينص على مسؤولية الادارة المانحة للالتزام عن الديون التي قد تترتب في ذمة الملتزم المستبعد لصالح دائنيه .

أما في العراق , فقد نص قانون تأميم عمليات شركة نفط البصرة المحدودة رقم 200 لسنة ١٩٧٥ على ان الدولة لا تسال عن الديون أو الالتزامات ,او أي طلبات مترتبة بذمة شركة نفط البصرة المحدودة , أو المساهمين فيها والمتعلقة بالعمليات المؤممة الا بقدر ما ال اليها بموجب هذا القانون[5] .

يبدو لنا انه إذا كانت الادارة المانحة للالتزام كأصل عام لا تلتزم بحقوق دائني الملتزم عند توقيع جزاء الإسقاط عليه ؛ لأن الادارة لا تعد خلفا خاصا ولا عاما للملتزم المستبعد , الا إذا نص على ذلك في عقد التزام المرافق العامة , اوفي القانون الذي انهى هذا العقد , الا اننا نفضل ان لا تقوم الادارة المانحة للالتزام بإدراج في عقد التزام المرافق العامة بند يُلزمها بحقوق دائني الملتزم عند توقيعها لجزاء الإسقاط عليه ؛ لأن مثل هذا الالتزام قد يؤدي إلى مشاكل ونزاعات كثيرة بين الملتزم ودائنيه والادارة المانحة للالتزام وقد تطول هذه المشاكل والنزاعات التي تكون الادارة غنى عنها , ولا تجد لها حلاً الاعن طريق اللجوء إلى القضاء المختص , أي اننا نفضل ان تكون بنود عقد التزام المرافق العامة , أو القانون الصادر بهذا المجال تقتصر على تصفيه وتسوية الديون بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم .

الفرع الثاني

آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للملتزم والغير

(1) رفاه كريم رزوقي كربل , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة بابل , العراق , 2000 , ص60 .

(2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص308 .

(3) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص127 .

(4) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص308 .

(5) المادة (2) الفقرة (ج) من قانون تأميم عمليات شركة نفط البصرة المحدودة رقم 200 لسنة 1975 .

إن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم معها الذي اخل بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه اخلالاً جسيماً لا يرتب آثاراً بالنسبة للإدارة المانحة للالتزام وحسب , وانما يرتب ايضاً آثاراً مهمة بالنسبة للملتزم , كما يرتب هذا الجزاء الخطير آثاراً مهمة للغير (الاجنبي) عن عقد التزام المرافق العامة , لذا سوف نتناول آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للملتزم (اولاً) , وآثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للغير (ثانياً) .

أولاً- آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للملتزم :

بمجرد توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من قبل الادارة المانحة للالتزام واضعة نهاية لعقد التزام المرافق العامة , فيكون لكل من طرفي هذا العقد حقوق لدى الطرف الآخر يجب تسويتها ؛ إذ يقع على عاتق الملتزم كشف الحساب للإدارة المانحة للالتزام يُبين فيه حساب اول تشغيل , وحساب الاستغلال والاستثمار , وتقديم هذه الحسابات يُعدّ التزاماً مهماً يقع على عاتقه حتى ولو لم ينص عليه عقد التزام المرافق العامة[1] , ويترتب على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة استبعاد الملتزم نهائيا من ادارة المرفق العام محل عقد التزام المرافق العامة ومن الانتفاع بالتزامه واستغلاله قبل نهايته الطبيعية المنصوص عليها في العقد , وهذا ما دعا بعض الفقهاء إلى القول بأن للإسقاط صفة الجزاء الاستثنائي[2] . ولأن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم نتيجة لخطأه الجسيم , فأن هذا الملتزم يتحمل الاعباء المالية الناتجة فيما بعد توقيع هذا الجزاء , وهي الاعباء المالية الباهظة المترتبة على الاجراءات التي تقوم بها الادارة المانحة للالتزام من اجل ضمان سير المرافق العام بانتظام واطراد , إذ ان الإسقاط هو اجراء قانوني يقصد به ضمان استمرار المرافق العام دون ان تتحمل الادارة بقدر الامكان أي خسائر مالية , ولكن هذا لا يعني فرض تضحيات على الملتزم المستبعد تتجاوز الضرر الناتج عن خطئه الجسيم[3] .

على الملتزم عند توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , سداد القروض جميعها التي اقترضها من اجل ادارة وتشغيل المرفق العام ؛ إذ يكون ملزماً بتسليم المرفق العام محل عقد الالتزام , خاليا من أي مستحقات فأن لم يقم بذلك يقع عليه وحده سدادها , ويجب عليه ان يقوم بسداد هذه القروض في الاجل المتفق عليه لأن الادارة المانحة للالتزام لا تسأل عن هذه القروض مالم ينص عقد التزام المرافق العامة على خلاف ذلك , الا انه يجوز اجراء مقاصة بين الحقوق التي يتمتع بها الملتزم , وبين الديون جميعها التي يكون مديناً بها في مواجهة الملتزم وبين حقوقه لدى الغير[4] .

عند توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة فأن الملتزم لا يستحق أي تعويض باعتبار انه جزاء توقعه الادارة المانحة للالتزام على الملتزم نتيجة اخطائه الجسيمة التي ارتكبها , بل العكس للإدارة المانحة للالتزام الحق في التعويض عن الاضرار التي الحقها بالمرفق العام محل عقد الالتزام والتي كانت سبباً لجزاء إسقاط عقد

(1) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص770 .
(2) د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص292 .
(3) د. حسين درويش عبد العال , النظرية العامة في العقود الادارية , مكتبة الانجلو المصرية , الجزء الثاني , مصر , بلا سنة للنشر , ص74 .
(4) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص770 وما بعدها .

التزام المرافق العامة [1] . و بالرغم من ذلك فأن الملتزم المستبعد لا يمكن ان يحكم عليه بعد مضي مدة من الزمن على صدور قرار الاسقاط بالتعويض لصالح الادارة المانحة للالتزام عن الافعال نفسها التي سببت الاسقاط كما ان توقيع جزاء الاسقاط على الملتزم لا يمنعه من اللجوء إلى القضاء المختص الاستصدار حكم على الادارة المانحة للالتزام بالتعويض لصالح الملتزم المستعبد عن الاخطاء التي ارتكبتها الادارة في تنفيذ التزاماتها فحينما ترتكب الادارة المانحة للالتزام خطأ في تنفيذ التزاماتها التعاقدية فيلجا الملتزم بسبب هذا الخطأ إلى التوقف عن ادارة وتسيير المرفق العام , فأن للإدارة في هذه الحالة ان توقع عليه جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وللملتزم في الوقت نفسه الحق في التعويض عن خطأ الادارة هذا[2] .

وإذا جاز اقتران جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالتعويض لصالح الادارة المانحة للالتزام أو للملتزم المستبعد , فالسؤال الذي نطرحه هنا هو هل يجوز للإدارة المانحة للالتزام توقيع مع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مصادرة التأمين النهائي ؟

للإجابة عن هذا السؤال يجدر بنا معرفة موقف الدول المقارنة والعراق منه , ففي فرنسا , القضاء والفقه الاداريين اتفقوا على جواز قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع مصادر التأمين النهائي ؛ إذ ليس هنالك ما يمنع من الجمع بينهما طالما تحقق السبب الذي يستوجب توقيع هذين الجزاءين , فعقد التزام المرافق العامة عندما ينص على جزاء معين لمخالفة ما فأنه يعني حالة الخطأ البسيط أو الاهمال البسيط ولا يمكن ان يقصد بها الاخطاء الجسيمة التي تنتج عن اخطاء واهمالات مستمرة[3] , ففي هذه الحالة تستطيع الادارة المانحة للالتزام ان تطبق جزاءات اخرى مع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة كجزاء مصادرة التأمين المودع لديها , حتى لو لم يكن منصوصاً عليها في العقد , وهذا ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر عام ١٩٠٧[4] .

وفي مصر, فأن قائمة الشروط الملحقة بالقانون رقم ٦٨٦ الصادر في عام ١٩٥٤ الخاص باستغلال بعض خطوط الاتوبيس في مصر قد نص على ان التأمين النهائي يصبح من حق المجلس البلدي إذا انقضى الالتزام قبل انتهاء مدته بسبب غير استعمال هذا المجلس لحقه في الاسترداد وغير الوفاة[5] , وفي مصر ايضا قامت هيئه الطيران المدني بفسخ عقد انشاء مطار (راس سدر) المبرم مع شركة (ماليكورب) البريطانية مع مصادرة خطاب الضمان الصادر من الشركة لصالح الهيئة[6] . أما القضاء المصري فقد اكد على جواز قيام الادارة المانحة للالتزام بفسخ العقد مع مصادر التامين النهائي , وهذا ما جاء بفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٣٩ في ٢/ ٤/ ١٩٩٤ الذي جاء فيها : " ... للجهة الادارية الحق عند اخلال المتعاقد

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص363 .
(2) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص115-116 .
(3) د. محمد فؤاد عبد الباسط , العقد الاداري , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2006 , ص284 .
(4) د. طارق سلطان , سلطة الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الادارية , المصدر السابق , ص20 .
(5) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص307 .
(6) احمد محمد محرم , الآثار القانونية للرقابة الادارية لمشروعات المرافق العامة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة اسيوط , مصر 2008 , ص347 .

بأي شرط من شروط العقد ان تفسخ أو ان تقوم بالتنفيذ على حسابه ـ ولها في الحالتين الحق في مصادر التامين النهائي ... "[1] .

وفي الجزائر , قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم ١٥ ــ ١٤٧ لسنة ٢٠١٥ قد نص على " يمكن ان تنجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق , فرض العقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به "[2] . ومن خلال هذا النص يتضح لنا بأن المشرّع الجزائري اجاز للإدارة المانحة للالتزام توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع مصادرة التامين النهائي .

أما في الامارات , فأن كثيراً من قوانينها قد اجازت للإدارة توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع مصادرة التامين النهائي , إذ نص نظام رقم ٣ لسنة ١٩٧٧ في شأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابوظبي على انه يجوز للإدارة في حالات معينة انهاء العقد ومصادرة التأمين النهائي[3] , وكذلك القرار الوزاري الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٨٢ في شأن النظام شراء المواد ومقاولات الاعمال الذي جاء ليجيز للإدارة الغاء العقد ومصادرة التأمين النهائي[4] , كما جاء الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ ليجيز للإدارة في حالة تأخير تنفيذ العقد , فسخ العقد مع مصادرة كفالة حسن الاداء[5] .

أما في العراق , فتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ نجدها قد نصت على جواز انهاء العقد إلى جانب مصادرة التأمينات النهائية عند اخلال المتعاقد في المراحل النهائية لتنفيذ العقد[6] , أما قانون الاستثمار فلم نجد فيه نصاً يمنع أو يجيز للإدارة انهاء العقد مع مصادرة التأمينات النهائية , وبحسب رأينا يعد ذلك نقصاً تشريعياً على , المشرع العراقي تلافيه .

بدورنا نرى ان الادارة المانحة للالتزام تستطيع ان توقع إلى جانب جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مصادرة التأمين النهائي الذي سبق ان دفعه الملتزم عند التعاقد , الا انه لا يمكن ان يتم الجمع بين مصادرة التأمين النهائي , واجراء الاسترداد الذي توقعه الادارة المانحة للالتزام بإرادتها المنفردة بناءً على مقتضيات المصلحة العامة , والعلة في ذلك تكمن في ان الاسترداد اجراء تقوم به الادارة المانحة للالتزام بإرادتها المنفردة من دون ان يرتكب الملتزم معها أي خطأ في تنفيذ التزاماته , في حين ان مصادرة التأمين النهائي لا يتم توقيعه من جانب الادارة الا إذا ارتكب الملتزم معها خطأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية .

ثانياً- آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بالنسبة للغير :

(1) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية رقم 339 الصادر في 1994/4/2 , فتوى اشار اليها مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص67 .
(2) المادة (147) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 لسنة 2015 المعدل .
(3) المادة (46) من نظام رقم 3 لسنة 1977 في شأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي
(4) المادة (67) الفقرة (أ) من القرار الوزاري الاتحادي الاماراتي رقم 6 لسنة 1982 في شأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال .
(5) المادة (45) الفقرة (2) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008
(6) المادة (10) الفقرة (د من ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .

إن الملتزم قد يحتاج إلى بعض الاجهزة والادوات الضرورية لإدارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام ولإشباع حاجات المنتفعين بخدمات هذا المرفق , وتحقيق الغرض المراد الوصول اليه , وهذا الامر يستلزم قيام الملتزم بإبرام بعض العقود مع الغير لتلبية مستلزمات من جهة , وابرام عقود مع المنتفعين لإشباع حاجاتهم وتقديم الخدمات لهم من جهة اخرى .

فالسؤال الذي نثيره هنا ما مصير العقود التي ابرمها الملتزم مع الغير , في حالة قيام الادارة بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه ؟

في نطاق القانون الخاص نجد انه لا يجوز ان يتحمل شخص ثالث اجنبي عن العقد أي التزامات ناشئة بين طرفي هذا العقد , وهو ما يطلق عليه بمبدأ نسبية اثار العقد من حيث الالتزامات , الا ان الوضع يختلف بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة باعتباره عقد من عقود القانون العام .

ففي عقد التزام المرافق العامة , إذا ورد نص فيه يجيز للإدارة المانحة للالتزام ان تحل محل الملتزم المستبعد في تلك الالتزامات , فعلى الادارة ان تتقيد بهذا النص , ولا تستطيع ان تتحلل من التزامات الملتزم في مواجهة الغير , أما إذا لم ينص العقد صراحة على حلول الادارة المانحة للالتزام محل الملتزم المستبعد في الالتزامات التي تقع على عاتقه تجاه الغير, فأن الادارة المانحة للالتزام تتحمل في هذه الحالة كافة الالتزامات التي تغطيها ادارة المرفق العام والتي تعهد بها الملتزم تجاه الغير , مثل عقود الشراء , وعقود التوريد الضرورية والتي لا غنى عنها لسير المرفق العام بانتظام واطراد[1] .

بالنسبة لمصير العقود التي ابرمها الملتزم المستبعد مع الغير , فأن الوضع يختلف بحسب ما إذا كان هذا العقد قد ابرم مع شخص من المنتفعين , أو قد ابرم مع الغير الذي لا علاقة له بالمرفق العام , فبالنسبة لعقود الملتزم المستبعد مع المنتفعين فأن هذه العقود تبقى سارية المفعول في مواجهة الادارة المانحة للالتزام على اساس ان الشروط اللائحية في عقد التزام المرفق العام التي وضعتها الادارة والتي تبين كيفية اداء الخدمة للمنتفعين تبقى محتفظة بقوتها الملزمة إذا ما انتقل التزام المرفق العام إلى الادارة المانحة لهذا الالتزام , كما انها لا تستطيع التخلي عن هذا الالتزام ؛ وذلك لأن مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد يتطلب ذلك ولا يمكن مخالفته[2] .

أما مصير عقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع عماله ومستخدميه (وهم الغير) لإدارة واستغلال المرفق العام , فنجد ان اغلب القوانين قد نصت على سريان عقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع عماله في مواجهة الادارة أو الملتزم الجديد , ففي فرنسا قانون العمل الفرنسي رقم ١٠٨٨ لسنة ٢٠١٦ قد نص على " إذا حصل تغيير في المركز القانوني لصاحب العمل , خصوصاً بالميراث أو البيع أو الادماج أو تحول راس المال أو الدخول في شركة فأن جميع عقود العمل سارية وقت حدوث التغيير , وتستمر قائمة بين صاحب العمل

(1) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص739 .
(2) احمد محرم محمد , الآثار القانونية للرقابة الادارية لمشروعات المرافق العامة , المصدر السابق , ص349.

الجديد والعاملين في المشروع "[1] , (والدكتور محمد عبد اللطيف) يرى ان هذا النص يتعارض واحكام التقنين المدني الفرنسي الذي نص على عدم التزام الخلف بعقود العمل التي ابرمها السلف في حالة انتقال المشروع[2] .

بدورنا نرى , انه لا يوجد تعارض بين القانون المدني وقانون العمل الفرنسيين , وان القانون الاخير هو الواجب التطبيق لأنه قانون خاص , وان النص الخاص يُقيد النص العام .

وفي مصر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن موظفي ومستخدمي المرافق العامة التي تنتقل إلى الدولة قد نص على "...اذا انتهى عقد التزام بإدارة مرفق عام تولت الدولة ادارة هذا المرفق بالطريق المباشر جاز لمجلس الوزراء ان يعين بخدمة المرفق من تقتضي المصلحة تعيينهم من الموظفين الذين كانوا بخدمته قبل تولي الدولة ادارته ... "[3]. ان نص هذا القانون نجده يدل على ان عقود العمل المبرمة بين الملتزم المستبعد وعماله لا تسري في مواجهة الادارة المانحة للالتزام أو الملتزم الجديد , فيما لو كانت هذه العقود باقية بعد إسقاط عقد التزام المرافق العامة . كما ان هذا النص يتعارض مع نص المادة (٩) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ التي نصت على " لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة طبقا للقانون , حل المنشاة أو تصفيتها أو اغلاقها أو افلاسها , ولا يترتب على ادماج المنشاة في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ــ ولو كان بالمراد العلني ــ أو النزول أو الايجار أو غير ذلك من التصرفات , انهاء عقود استخدام عمال المنشاة ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع اصحاب العمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن هذه العقود "[4] .

وفي الجزائر , القانون رقم ٩٠ ــ ١١ الصادر في 1990/4/21 الذي يتعلق بعلاقات العمل , اكد على ابقاء عقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع عماله في مواجهة الملتزم الجديد ؛ إذ نص هذا القانون على : " إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة ,تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال . لا يمكن ان يطرأ أي تعديل في علاقات العمل الا ضمن الاشكال وحسب الشروط التي ينص عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية "[5] .

وفي الامارات , القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ في شأن تنظيم علاقات العمل نص على : " إذا حدث تغيير في شكل المنشاة أو مركزها القانوني فأن عقود العمل التي تكون سارية وقت حدوث التغيير تبقى قائمة بين صاحب العمل الاصلي الجديد وعمال المنشآت وتعتبر الخدمة مستمرة ويكون صاحب العمل الاصلي والجديد مسؤولين بالتضامن مدة ستة اشهر عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود العمل في الفترة السابقة على حدوث التغيير وبعد انقضاء المدة المذكورة يتحمل صاحب العمل الجديد المسؤولية وحده "[6]. ومن خلال هذا النص

---

(1) المادة (122) من قانون العمل الفرنسي رقم 1088 لسنة 2016 .
(2) د. محمد عبد اللطيف , تفويض المرفق العام , المصدر السابق , ص221 .
(3) المادة (1) من القانون المصري رقم 660 لسنة 1953 بشأن موظفي ومستخدمي المرافق العامة التي تنتقل ادارتها إلى الدولة .
(4) المادة (9) من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003 المعدل .
(5) المادة (74) من القانون الجزائري رقم 90-11 الصادر في 1990/4/21 المتعلق بعلاقات العمل المعدل .
(6) المادة (126) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم 8 لسنة 1980 في شأن تنظيم علاقات العمل المعدل .

يتبين لنا المشرّع الاماراتي قد اخذ بالرأي الثاني , الذي يرى بأن عقود العمل التي ابرمها الملتزم مع عماله تسري في مواجهة الادارة المانحة للالتزام أو الملتزم الجديد .

أما في العراق فالمشرّع العراقي في القانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ قد نص على : " عند بيع المشروع أو نقل ملكيته أو التنازل عنه إلى الغير أو بيعة أو ايجاره أو استثماره بالكامل أو أي جزء منه , يعد صاحب العمل الجديد مسؤولا عن الوفاء بالالتزامات المترتبة على صاحب العمل السابق تجاه العامل وفقاً لأحكام هذا القانون , ويبقى صاحب العمل السابق مسؤولاً بالتكافل والتضامن مع صاحب العمل الجديد عن الالتزامات الناشئة عن علاقات العمل القائمة والتي ترتبت عليه قبل المشروع ولغاية انتقاله "[1] . ومن خلال هذا النص يتضح لنا انه من ناحية , ان المشرّع العراقي قد اكد على ان عقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع عماله ومستخدميه تبقى سارية في مواجهة الادارة المانحة للالتزام أو الملتزم الجديد حسب الاحوال , ومن ناحية اخرى ان المشرع العراقي قد ساير كل من المشرع المصري والاماراتي من حيث ان الملتزم الجديد والقديم يكونان مسؤولين بالتضامن , عن الالتزامات الناشئة عن عقود العمل التي ابرمها الملتزم القديم , وهذا التضامن لم نجده عند المشرع الفرنسي والجزائري .

أما بالنسبة لموقف الفقه الاداري , فقد اختلف حول مدى سريان هذه العقود في مواجهة الادارة المانحة الملتزم ؛ اذ يرى (الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد) ان هذه العقود تبقى بذمة الملتزم المستبعد , ولا تنتقل إلى ذمة الادارة المانحة للالتزام الا إذا نص عقد التزام المرافق العامة على خلاف ذلك ؛ لأن الادارة المانحة للالتزام لا تعد خلفا خاصاً ولا عاماً للملتزم المستبعد [2] , ويترتب على ذلك انه إذا كان انهاء عقد التزام المرافق العامة ناشئاً عن خطأ الملتزم الجسيم في تنفيذ التزاماته فمن حق الادارة المانحة للالتزام هنا ان توقع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وفي هذه الحالة يتحمل الملتزم وحده المسؤولية عن اخلاله الجسيم في تنفيذ التزاماته بما في ذلك مسؤوليته بتعويض العمال عن انهاء عقودهم قبل انتهاء مدتها[3] , في حين ان (الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد) يرى بانه لا يمكن القول بعدم مواجهة الادارة المانحة للالتزام لعقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع الغير[4] ؛ إذ انه " ليس حلاً مثالياً ان نقول بأن العقود العمل تنتهي حتما بانتهاء عقد التزام المرافق العامة ؛ لأن المرفق يظل قائما متماسكا بموجوداته والعاملين فيه ولا ينتهي في الواقع بإسقاط الالتزام , وذلك مما يجعل علاقة العامل بالمرفق علاقة عينية وليست شخصية لا تنتهي بانتهاء الالتزام , بل تظل باقية على انه يجوز للإدارة اجراء اعمال تطهيرية وهي على بينة من اسبابها خلال فترة معقولة , ويجب ان يكون قرارها في ذلك مسببا والا اصطدم مع قواعد الفصل التعسفي التي تأبى ان يكون الفصل طرداً لا مبرر له "[5] . وان صاحب هذا الرأي يبرره بالقول ان المرفق العام يتكون من عنصرين اساسيين : ادوات وعمال , وعند فقد احد هذين العنصرين يضطرب سير العمل بالمرفق العام الذي يجب على الادارة دائما المحافظة على سيره

(1) المادة (50) من قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015 .
(2) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص648 .
(3) أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق , العدد2 , المجلد1 , السنة 1 2017 , ص693 .
(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص362 .
(5) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص309 .

بانتظام واطراد كما ان القوانين جميعها تراعي حقوق العمال وحاجاتهم الشديدة للعمل , وانهم دائماً الطرف الضعيف في العقد , لذا فأن القوانين جميعها تأتي لصالحهم وتحافظ على حقوقهم بعدّهم من اهم فئات المجتمع , لذا فأن استقرار عقود العمل في المرفق العام وانتقالها للإدارة يعود بالفائدة على المرفق العام , خاصةً إذا كان هذا المرفق يحتاج إلى نوعيه خاصة من العمال الذين يمتلكون الخبرة والتأهل المناسبين[1] .

بدورنا نرى ان قيام الادارة أو الملتزم بإدارة وتسيير المرفق العام لا يتطلب استعمال اموال والات وحسب , وانما يتطلب ايضا استعمال عمال لتشغيل هذا المرفق , فأن عدم سريان عقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع عماله ومستخدميه في مواجهة الادارة المانحة للالتزام أو الملتزم الجديد بالتأكيد يؤدي إلى اضطراب المرفق العام , كما سيؤدي ذلك إلى بقاء حقوق العمال والمستخدمين معلقة في ذمة الملتزم المستبعد , وسوف يضر ذلك بهم خاصةً إذا كان الملتزم اجنبياً وكانت امواله خارج الدولة ومن ثم يصعب على هؤلاء ان ينال حقوقهم بالتنفيذ على هذه الاموال الموجودة في الخارج , لذلك نرى ان بقاء عقود العمل التي ابرمها الملتزم المستبعد مع عماله في مواجهة الادارة المانحة للالتزام أو الملتزم الجديد حسب الاحوال يعود بالفائدة على هؤلاء العمال والمرفق العام , فمن ناحية العمال سوف يسهل عليهم الحصول على حقوقهم الممنوحة لهم بموجب عقود العمل خاصةً وان القوانين جميعها تراعي حقوقهم وانهم دائماً الطرف الاضعف في عقود العمل , ومن ناحية اخرى فأن هذا المرفق قد يحتاج إلى نوعية خاصة من العمال والمستخدمين الذين لديهم خبرة وكفاءة عاليتين , كما ان بقاء العمال الذين تعاقد معهم الملتزم المستبعد ضروري من اجل ديمومة المرفق العام وبقاءه مستمراً في تقديم الخدمات للجمهور , وان القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى اضطراب المرفق العام , وانتهاك مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

المطلب الثاني

تصفية عقد التزام المرافق العامة عند إسقاطه

إذا انتهى عقد التزام المرافق العامة نتيجة لقيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الاسقاط على الملتزم , فأن من اللازم تصفية الحسابات المالية بينها وبين الملتزم المستبعد هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى يستعمل الملتزم في سبيل ادارة وتسيير المرفق العام انواع مختلفة من الاموال , وان هذه الاموال الباهظة تحتاج إلى تصفيتها وتحديد مصيرها , وقد ينص عليها عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط , وعلى هذا الاساس نقسم هذا المطلب على فرعين : الاول يتضمن تعريف التصفية ومصير الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم , والثاني يتضمن تصفية الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام .

الفرع الأول

تعريف التصفية ومصير الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص362-363 .

إن التصفية تُعدّ نتيجة مهمة من نتائج انهاء عقد التزام المرافق العامة , سواء بإسقاطه , أو بانقضاء مدته , وسواء أكان هذا الانقضاء طبيعياً ام غير طبيعي , فاذا انتهى عقد التزام المرافق العامة كان من اللازم تصفية الحسابات والعلاقات المالية بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم بما تنطوي عليه من ديون وحقوق , كما تخضع هذه التصفية إلى مبادئ عامة واساسية , وبناءً على ما تقدم يقتضي بنا تناول تعريف هذه التصفية(اولاً) ثم ان هنالك حسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم يجب تسويتها وتصفيتها , وهذا ما سنتناوله في (ثانياً) .

أولاً- تعريف التصفية :

التصفية تُعرف بأنها : " انهاء وجود المرفق العام , وعدم القدرة على تقديم الخدمات التي انشأ من اجلها ومعرفة ايلولة اموال المرفق العام وموجوداته "[1] .

ما نعيبه على هذا التعريف انه جعل من نتائج التصفية انهاء المرفق العام , وهذا قول غير صحيح ؛ لأن انتهاء عقد التزام المرافق العامة وتصفية امواله وموجوداته لا يعني انتهاء المرفق العام محل عقد الالتزام ؛ إذ ان هذا المرفق يبقى قائماً حتى بعد انتهاء العقد وتصفية الاموال بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم وتلجأ الادارة بعد توقيع جزاء الاسقاط على الملتزم الذي اخل بالتزاماته التعاقدية اخلالاً جسيماً إلى ادارة هذا المرفق بطريقة الادارة المباشرة أو تعهد به إلى ملتزم جديد , ويعاب هذا التعريف ايضاً انه جعل من عدم القدرة على تقديم الخدمات التي من اجلها انشأ المرفق العام سببا للتصفية , وهذا غير صحيح لأن التصفية غير ذلك تماما ؛ إذ ان قيام الادارة المانحة للالتزام بالتصفية لا يعني ذلك عدم قدرة المرفق العام على تقديم خدماته حيث يبقى هذا المرفق مؤديا للخدمات التي انشأ من اجلها , وانما من اجل معرفة وتحديد مصير الاموال التي استعملت في ادارة المرفق العام , وكذلك لتسوية الحسابات بينها وبين الملتزم .

وتُعرف ايضاً التصفية بأنها : " تحديد مصير عقود العمل التي ابرمها الملتزم وايلولة الاموال التي وظفت في ادارة المرفق العام , والحسابات وكافة الامور الاخرى وذلك كنتيجة لإنهاء العقد بين الادارة من جهة والملتزم من جهة اخر "[2] .

يبدو لنا ان هذا التعريف افضل من سابقه ؛ لأنه جعل سبب التصفية هو لمعرفة مصير الاموال التي استعملت في ادارة المرفق العام محل عقد الالتزام , وتسوية الحسابات بين الادارة وبين الملتزم بعد انتهاء عقد التزام المرافق العام , ولم ينص على ان التصفية تؤدي إلى انهاء المرفق العام , وقد حسناً فعل ذلك , الا انه بالرغم من ذلك لم يتطرق هذا التعريف على ان هذه التصفية هي اجراء تقوم به الادارة المانحة للالتزام دون اللجوء إلى القضاء .

إن تصفية عقد التزام المرافق العامة تتميز بانها تكون بعد انتهاء العقد , سواء أكانت هذه النهاية طبيعية ام غير طبيعية , ولا يمكن تصور ان التصفية تكون قبل انتهاء العقد , كما ان التصفية تشمل تحديد مصير ومعالجة

(1) د. محمد قدري حسن , القانون الاداري , اثراء للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2009 , ص451 .
(2) أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , المصدر السابق , ص685 .

المتعلقات المادية والحسابات المتعلقة بالمرفق العام كافة[1] . وان جزاء اسقاط عقد التزام المرافق العامة له تأثير مهم الا وهو الالغاء الفوري للعلاقة التعاقدية بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم , والاصل انه يجب على كل طرف في هذا العقد رد ما حصل عليه من مواد والات إلى الطرف الاخر[2] .

وبدورنا نرى ان اهم ما يميز تصفية عقد التزام المرافق العامة هو ان هذه التصفية لا تحدث الا في الجزاءات الفاسخة أو عند انتهاء مدة العقد ولا يمكن ان تحدث التصفية عند توقيع الادارة المانحة للالتزام الجزاءات المالية أو الضاغطة على الملتزم , كما ان هذه التصفية هي اجراء اداري تقوم به الادارة المانحة للالتزام , ولا تحتاج للجوء إلى القضاء , الا ان الملتزم يستطيع اللجوء للقضاء إذا ما تعسفت الادارة المانحة للالتزام فيها .

تجدر الاشارة إلى ان تصفية عقد التزام المرافق العامة تختلف عن تصفية الشركات , بالرغم من ان كلاهما ينطوي على مفهوم تسوية المتعلقات ؛ إذ ان محل تصفية عقد الالتزام هو المرفق العام , بينما محل تصفية الشركات التجارية هو الشركة التجارية , كما ان تصفية عقد التزام المرافق العامة تتمثل في تحديد مصير الاموال التي استعملت في ادارة المرفق العامة وتسوية الحسابات بين الادارة والملتزم , أما تصفية الشركة , فتتمثل في مجموعة العمليات التي تهدف إلى انهاء اعمال الشركة , وتسوية حقوقها وديونها لتحديد ومعرفة الصافي من اموالها , لقسمته بين الشركاء[3] .

ويبدو لنا ان من اوجه الاختلاف الاخرى بين تصفية عقد التزام المرافق العامة وبين تصفية الشركات التجارية , تتمثل في ان تصفية عقد التزام المرافق العامة لا تؤدي إلى انهاء المرفق العام , بل يبقى هذا المرفق قائماً ومقدماً للخدمات التي انشأ من اجلها , في حين ان تصفية الشركات التجارية تؤدي إلى انهاء وجود هذه الشركات , وايضاً لم نجد قانوناً ينظم احكام تصفية عقد التزام المرافق العامة مثلما فعل قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ الذي نظم تصفية الشركات التجارية وخصص لها المواد من (١٥٨) ولغاية (١٨٠) .

من خلال ما تقدم نستطيع تعريف تصفية عقد التزام المرافق العامة بانها : اجراء اداري تقوم به الادارة المانحة للالتزام لمعرفة وتحديد مصير الاموال المنقولة وغير المنقولة التي استعملها الملتزم في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام وكذلك تسوية الحسابات بينها وبين الملتزم وغير ذلك من الامور الاخرى , وذلك بسبب انتهاء عقد التزام المرفق العامة .

ثانياً- تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم :

عند قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الاسقاط على الملتزم معها تثور مسألة تصفية الحسابات بينها وبينه , لذا يقتضي هذا الامر تناول المبادئ التي تحكم تصفية هذه الحسابات (اولاً) , ثم التطرق إلى تطبيق الضمان العام لاستيفاء الادارة حقوقها من الملتزم (ثانياً) .

---

(1) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص229 .

(2) Yasser Al Suraihy , La fin du contrat de franchise , op. cit , P.18 .

(3) د. احمد محرز , الوسيط في الشركات التجارية , منشأة المعارف , الطبعة الثانية , مصر , 2004 , ص247- 248 .

١ـ المبادئ التي تحكم تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام وبين الملتزم :

انقضاء عقد التزام المرافق العامة سواء بانتهاء مدته أو بإسقاطه يثير مسألة تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم المستبعد التي تحدد الحقوق والديون المتبادلة بين طرفي هذا العقد , وتخضع تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم إلى مجموعة من المبادئ الاساسية , التي تحاول ان تأخذ بنظر الاعتبار ما حققه الملتزم من ارباح أو خسائر عند ادارة المرفق العام محل عقد الالتزام , خاصةً وان الملتزم يعتمد على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق العام لاسترجاع ما انفقه على هذا المرفق والارباح التي يرغب بتحقيقها , وكذلك التعويضات المستحقة بسبب الاخطاء المرتكبة من قبل احد طرفي العقد , مثل اهمال الملتزم صيانة الموجودات والمعدات والآلات وغيرها[1] , ومن اهم المبادئ التي يجب مراعاتها عند اجراء تصفية الحسابات هي :

أـ إن تصفية الحسابات يجب ان تكون طبقاً للشروط المتفق عليها في عقد التزام المرافق العامة , وهذه الشروط ذات طبيعة تعاقدية وليس تنظيمية , وبالتالي لا يجوز للإدارة تعديل هذه الشروط بإرادتها المنفردة , كما ان مهمة القاضي فيما لو عرض عليه نزاع بسبب هذه التصفية , ان يعمل على تفسير تلك الشروط وفق النية المشتركة لطرفي العقد , وعلى القاضي في حالة غموض هذه الشروط , ان يلتمس الحل على ضوء جميع شروط عقد التزام المرفق العامة , وبالتالي فأن مجال القضاء الانشائي في التصفية محدود ؛ لإقتصار مهمته على تفسير شروط العقد وتنفيذها[2] .

ب- تصفية الحسابات تتم وفق النية المشتركة لأطراف عقد التزام المرافق العامة , ذلك باعتماد التفسير الضيق للشروط ووفق مبدأ حسن النية ؛ إذ ان الاصل في تسيير العقود يكون عن طريق التعرف على نية اطراف العقد بحسب ما تفصح عنه عبارات العقد , فلا يجوز الانحراف عنها أو تفسيرها تفسيراً خارجا عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة , واذا كانت غير واضحة وجب البحث عن المقصود بها وقت ابرام العقد دون الوقوف على المعنى الضيف لعبارات العقد , من اجل التوصل إلى المعنى الحقيقي الذي يقابل معنى التزام المرافق العامة والمحافظة عليها وتقديم افضل الخدمات للجمهور[3] .

ج- إن تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم تتضمن مختلف الاموال التي يتناولها عقد التزام المرافق العامة , مثل اموال الاحتياطي , واموال الطوارئ واموال الاشغال , وعادة ما يحدد العقد مصير هذه الاموال , واذا كان الملتزم يستطيع استعادة التأمين النهائي أو الباقي منه الا ان هذا التأمين غالباً ما يفقده الملتزم إذا قامت الادارة بتوقيع جزاء الاسقاط عليه , كما تستطيع الادارة المانحة للالتزام استقطاع حقوقها من مبلغ

---

(1) أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , المصدر السابق , ص701 .
(2) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص782-783 .
(3) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 3364 الصادر في 1985/12/15 , حكم اشار اليه محمد فؤاد , ابراهيم عمران , الموسوعة الشاملة لكافة احكام محكمتي القضاء الاداري والادارية العليا , شبكة عمران القانونية , ص567 .

التأمين النهائي مثل المبالغ التي صرفتها على صيانة المعدات والآلات والمباني التي قصر الملتزم المستبعد بصيانتها[1] .

د- إن تصفية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم تتطلب من الاخير ان يقوم بتقديم حسابات معينة , مثل حسابات الاستغلال وغيرها , كما يتطلب منه تقديم الحسابات الخاصة بإدارة واستغلال المرفق العام جميعها محل عقد الالتزام , وتقديم هذه الحسابات امر وجوبي يقع على عاتق الملتزم , حتى لو لم ينص عليه عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط[2] .

يتضح مما تقدم ان تصفية الحسابات المالية بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم تخضع للشروط التعاقدية لعقد التزام المرافق العامة , وهي شروط ملزمة لأطراف العقد وتخضع لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) , ولا يجوز للإدارة المانحة للالتزام تعديلها الا بموافقة الملتزم , ومن اجل منع وقطع كل نزاع قد يحصل عند تصفية الحسابات , يجب ان تصاغ هذه الشروط بوضوح ودقة عاليتين .

٢- تطبيق الضمان العام لاستيفاء الادارة المانحة للالتزام حقوقها من الملتزم :

في القانون الخاص حق الضمان العام للدائن يرد على كامل الذمة المالية للمدين , وبناءً على ذلك يستطيع الدائن استيفاء حقوقه جميعها عبر التنفيذ على الجانب الايجابي للذمة المالية للمدين , أي موجودات الذمة المالية للمدين من حقوق , لكن هل يمكن الاخذ بهذا المبدأ بالنسبة إلى حقوق الادارة المانحة للالتزام تجاه الملتزم ؟

مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى القول بان الادارة المانحة للالتزام لا تملك حق الضمان العام على اصول الالتزام , ولكن لها ضماناً محدوداً على بعض من عناصر هذه الاصول ؛ إذ لها ان تسترد حقوقها أو اجراء مقاصة مع هذه العناصر , وهذا ما اكده في حكمه الصادر في 1922/8/11[3] , وان هذا الحكم قد اكد على :

أ- إن طبيعة عقد التزام سكك الحديد والشروط الواردة فيه تتعارض مع قيام الادارة المانحة للالتزام استرداد حقها بالأوضاع نفسها التي يجوز فيها للدائن العادي القيام بها وفقاً للقواعد العامة , وإذا كان يجوز للإدارة المانحة للالتزام ان تتابع حقوقها المضمونة على الاموال العقارية والمنقولة جميعها للشركة بما في ذلك اموال الدومين الخاص واموال الطوارئ , فأن ذلك سوف يُعطي لحقوق الادارة ضماناً واسعاً اكثر من اللازم[4] .

ب - يخرج من الضمان العام الوحدة السنوية المقررة لاسترداد الاموال المستحقة للملتزم ؛ لأن هذه الوحدة تكون وفق النية المشتركة لأطراف العقد , ويجب ان تظل لدى الشركة في جميع الاحوال , كما يخرج من الضمان العام الجزء من العناصر الايجابية الذي يحدد مصدره في المبالغ التي دفعها الملتزم لضمان الحد الادنى , بحيث

---

(1) أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام ,المصدر السابق , ص702 .
(2) د. محمد عبد اللطيف , تفويض المرفق العام , المصدر السابق , ص243 .
(3) Richer Laurent , Les contrats administratifs , Edition Dalloz , France , 1991 , P677 .
(4) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص166 .

لا يجوز للإدارة تحصيل السلف من هذا الجزء ان يقوم بالاسترداد المباشر عن المبالغ التي نشأت عنها الحقوق المكتسبة وفق نظام الضمان[1] .

وفي مصر , المشرّع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ اجاز للإدارة التنفيذ على حقوق المتعاقد المتحصلة في غير ذمته المالية ؛ إذ نص على : " في جميع حالات فسخ العقد وكذلك في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد , يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الادارية , كما يكون لها ان تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من اية جهة ادارية اخرى , أيا كان سبب الاستحقاق , دون الحاجة إلى اتخاذ اية اجراءات قضائية , وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الاداري "[2] .

وفي الجزائر , نجد ان تسوية الحسابات بين الادارة المانحة للالتزام والملتزم يكون على اساس اجراء المقاصة بين حقوق كل من الطرفين , واستقطاع المبالغ المستحقة للإدارة المترتبة في ذمة الملتزم من المبالغ التي يستحقها منها , وهذا ما نص عليه قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي اكد على ان تسوية الحسابات بين الادارة والمتعاقد يكون عن طريق دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد مع خصم الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعاقد وكذلك خصم المبالغ التي دفعتها الادارة للمتعاقد قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد والمبالغ التي دفعتها مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع العقد[3] .

وفي الامارات , نجد ان المشرع الاماراتي قد اجاز للإدارة استحصال حقوقها التي بذمة المتعاقد من مستحقاته لديها , أو لدى اية جهة ادارية اخرى كما اجاز للإدارة حجز أو بيع المعدات والآلات الموجودة في موقع العمل الخاصة بالمتعاقد ضمانا لاستيفاء حقوقها , وهذا ما اكده قانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بشان عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي الذي جاء فيه : "... وضماناً لاستيفاء المبالغ يحق للدائرة احتجاز مستلزمات ومعدات العمل الخاصة بالمقاول والموجودات في موقع العمل عند الانتهاء منه "[4] , وكذلك الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابوظبي رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ الذي نص على : " يكون للجهة الحكومية حق الحجز على كل أو بعض مستحقات المتعاقد لديها أو لدى الدولة أو الهيئات أو المؤسسات العامة وكذلك الحق في بيع الآلات والمعدات والادوات والمواد الموجودة في موقع العمل دون أي مسؤولية عن أي خسارة قد تلحق بالمتعاقد جراء بيعها "[5] .

أما في العراق , فلم نجد نصا ينظم هذه المسالة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية , وبحسب رأينا يعد هذا نقصاً على المشرع العراقي تلافيه . اما قانون الاستثمار فقد اكد على انه في حالة توقف العمل في المشروع الاستثماري بسبب النزاع بين المستثمر والغير , فأن للهيئة اتخاذ الاجراءات القانونية الخاصة بتصفية المشروع مع اخطار مالك المشروع , وايداع مبلغ التصفية في احد المصارف بعد استيفاء حق الدولة , أو أي حقوق للغير

(1) أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , المصدر السابق , ص704 .
(2) المادة (26) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل .
(3) المادة (11) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 لسنة 2015 المعدل .
(4) المادة (63) من قانون رقم 6 لسنة 1997 بشأن عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي .
(5) المادة (54) الفقرة (3) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008

ثابتة بحكم قضائي يقضي باستحقاقها[1] . وما نلحظه على هذا النص انه اجاز للهيئة الوطنية للاستثمار في حالة حصول النزاع فقط بين المستثمر والغير تصفية المشروع واستيفاء حق الدولة وحق الغير الثابت بحكم قضائي وايداع المتبقي لدى احد المصارف , الا انه لم يجد الحل في حالة ما إذا كان مبلغ التصفية اقل من ديون الدولة وديون الغير المترتبة في ذمة المستثمر . أما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ , فقد اورد قاعدة عامة تتعلق بالضمان العام ؛ إذ نصت على ان : " اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه "[2] , الا أن هنالك استثناءات نصت عليها قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل ؛ إذ نص على انه لا يجوز لقاء دين حجز أو بيع اموال الدولة والقطاع العام , والاموال والاعيان الموقوفة وقفاً صحيحاً , وما يكفي لمعيشة المدين ومن يعيلهم من وارداته , الاثاث المنزلية الضرورية للمدين مع افراد عائلته إلا إذا كان الدين ناشئاً عن ثمنها , وغيرها[3] .

يتضح مما تقدم بأنه في العراق يرد الضمان العام كقاعدة عامة على حقوق الملتزم كافة سواء تحققت في ذمته اوفي ذمة أي جهة ادارية اخرى , واستثناءً من ذلك هو إذا ما اخرج المشرّع بعض عناصر الذمة المالية للملتزم من امكانية التنفيذ عليها , ولكن هل يمكن تطبيق قانون تحصيل الديون الحكومية رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٧ على ديون الادارة المانحة للالتزام المترتبة في ذمة الملتزم المستبعد ؟

بالرجوع إلى نص المادة الاولى من هذا القانون نجدها قد نصت على " يطبق هذا القانون في تحصيل المبالغ والفوائد والاضافات والغرامات , فيما يتعلق بالمبالغ التالية :

١٠- المبالغ المستحقة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية والقطاع العام , والناجمة عن اخلال المتعاقدين معهم في عقودهم عند النص في العقد على استحصالها بموجب هذا القانون ... " .

يتضح مما تقدم , ان قانون تحصيل الديون الحكومية لا يمكن تطبيقه إذا لم ينص عقد التزام المرافق العامة على ان ديون الادارة المترتبة في ذمة الملتزم يتم تحصليها وفق هذا القانون , أما إذا وجد نص في العقد يجيز تطبيق هذا القانون ففي هذه الحالة يتم تطبيق المادة الخامسة منه التي تنص على : " 1- إذا لم يدفع المدين عند انتهاء مدة الانذار , فيصدر المخول بتطبيق هذا القانون قرار بحجز اموال المدين المنقولة بما يعادل مقدار الدين فأن لم تكف يجري حجز امواله غير المنقولة , بما يعادل الدين " .

الفرع الثاني

تصفية الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام

يستعمل الملتزم في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام انواع مختلفة من الاموال فبعضها عقارات كالمباني , وبعضها منقولات مثل الآلات والمكائن المستعملة في تسيير هذا المرفق , وليس هنالك قاعدة قانونية مسلم بها تقضي بأيلولة هذه الاموال التي استعملها الملتزم لإدارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام إلى

(1) المادة (27) الفقرة (ثالثاً) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .
(2) المادة (260) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
(3) المادة (62) من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل .

الادارة المانحة للالتزام ؛ إذ هنالك اموال تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام مجاناً أو بمقابل وهنالك اموال تبقى عائديتها للملتزم , وفيما يأتي بيان حكم هذه الاموال :

أولاً- الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام :

عند قيام الادارة المانحة للالتزام بإنهاء عقد التزام المرافق العام بإدارتها المنفردة , فانه هنالك اموال تؤول اليها لإدارة وتسيير المرفق العام , وهذه الاموال هي :

١- الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام مجاناً :

عند انتهاء عقد التزام المرافق العام , هنالك اموال تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام مجانا وهذه الاموال تعد جزءاً لا يتجزأ فيما يتعلق بإدارة واستغلال المرفق العام , أي انها غير قابلة للتجزئة . واذا كان الاصل ان يتم النص في عقد التزام المرافق العامة على ايلولة هذه الاموال للإدارة المانحة للالتزام بقوة القانون , الا انه قد يتضمن هذا العقد نصا يُجيز للإدارة ترك بعض الآلات والمعدات التي تبين انها اصبحت غير صالحة لإدارة واستغلال المرفق العام محل عقد الالتزام[1] . والاموال التي تؤول مجاناً إلى الادارة المانحة للالتزام قد تكون عقارية مثل الاراضي والعقارات بالتخصيص , واذا لم يرد تحديد لهذه الاموال في عقد التزام المرافق العامة , أو في دفتر الشروط فأن القاضي المختص يعد هذه الاموال هي الانشاءات الضرورية لمتابعة الاستغلال[2] , وقد تكون هذه الاموال منقولة مثل السيارات والعربات والآلات وغيرها[3] , وان هذه الاموال قد تكون ملكاً للإدارة المانحة للالتزام منذ البداية , أي ان الملتزم قد استلمها مع المرفق العام , وبالتالي فأنها تؤول إلى الادارة عند انهاء عقد الالتزام بوصفها المالكة لها , كما قد تكون هذه الاموال مملوكة للملتزم الذي استعملها في ادارة وتسيير المرفق العام , ولكن تؤول مجاناً للإدارة ؛ لأنها تشكل جزءا لا يتجزأ من ادارة واستغلال المرفق العام ويتوقف عليها سيره بانتظام واطراد , واذا كان الاصل ان العقد ينص على الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام مجاناً , الا انه قد يتضمن هذا العقد على نص يعطي للإدارة الحق في اختيار هذه الاموال وترك الاخرى التي تكون عند انهاء العقد غير صالحة لإدارة وتسيير المرفق العام[4] .

إن القاعدة التي تفيد بأن كل ما يؤول إلى الادارة المانحة للالتزام وجوباً يؤول لها مجانا , ان هذه القاعدة وان كانت مفهومة بالنسبة للأموال التي تكون ملكاً للإدارة منذ البداية الا انها غير مفهومة بالنسبة للأموال التي تكون ملكاً للملتزم واستعملها لإدارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام , لذا فأن الفقه والقضاء الاداريين يتجهان إلى ضرورة وجود سند قانوني , لانتقال ملكية هذه الاموال مجانا للإدارة , سواء تمثل هذا السند بنص قانوني أو بنص في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط[5] .

---

(1) انظر المادة (81) الفقرة (2) من القانون الجزائري رقم 05 – 07 المتعلق بالمحروقات المعدل .
(2) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص432 .
(3) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص780 .
(4) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص166 .
(5) اكلي نعيمة , النظام القانوني لعقد الامتياز الاداري في الجزائر , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة مولود معمري تيزي وزو , الجزائر , 2013 , ص157 .

بالنسبة لنفقات صيانة هذه الاموال عند توقيع جزاء الاسقاط , فقد يحتوي عادةً عقد التزام المرافق العامة على نصوص مفصلة لالتزامات الملتزم خاصة الالتزامات المتعلقة بصيانة تلك الاموال والآلات والمعدات ؛ إذ يجب ان تسلم بحالة جيدة وصالحة للاستعمال عند انتهاء العقد , كما ان الالتزام بصيانة تلك الاموال مقرر ولم ينص عليه صراحة في العقد , أو في دفتر الشروط , وان للإدارة حق خصم المبالغ اللازمة لإصلاح الآلات والمعدات عند قيامها بإنهاء العقد والتصفية النهائية للحسابات[1] , ويرى (الدكتور سليمان محمد الطماوي) ان من حق الادارة المانحة للالتزام استناداً إلى سلطتها في الرقابة والاشراف ان تجبر الملتزم على كافة الاصلاحات الضرورية ؛ وذلك لأن سير المرافق العامة بانتظام واطراد يقضي بان تكون المرافق العامة صالحة لأداء الخدمات المنوطة بها للجمهور في كل الاوقات وان عدم صيانة هذه الاموال يعرض المرفق العام للتوقف عند قيام الادارة بإنهاء عقد الالتزام بإدارتها المنفردة , وبالتالي من حق الادارة المانحة للالتزام ان تتجنب هذا التوقف للمرفق العام بالطرق المشروعة[2] .

يتضح مما تقدم انه عند انهاء عقد التزام المرافق العامة نتيجةً لإسقاطه , فأن هنالك اموالاً تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام بدون مقابل , وهي الاموال التي تعد جزءاً لا يتجزأ من ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام , وهذه الاموال قد تكون عقارية وقد تكون منقولة , كما يتحمل الملتزم الحفاظ على هذه الاموال وصيانتها طيلة مدة عقد الالتزام ؛ إذ يجب عليه تسليم هذه الاموال بصورة صالحة للاستعمال بعد توقيع جزاء الإسقاط عليه وإلا فأن الادارة المانحة للالتزام تجبره على الصيانة إذا كانت هذه الاموال قابلة للصيانة , أو تقوم بخصم مبلغ الصيانة , أو ثمنها إذا كانت غير قابلة للصيانة من تصفية الحسابات بينهما .

٢ـ الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام بمقابل :

الاموال التي تؤول بمقابل للإدارة المانحة للالتزام هي تلك الاموال المستعملة من طرف الملتزم طول مدة عقد التزام المرافق العامة , وهي اموال ذات فائدة كبيرة لإدارة وتسيير المرفق العام وعند نهاية الالتزام يمكن للإدارة ان تأخذها إذا ما وجدت ان هذه الاموال لا يمكن فصلها عن المرفق العام , لكن بمقابل تعويض الملتزم[3] وان هذه الاموال تعود بالأصل ملكيتها للملتزم , لكن نظراً لأهميتها كونها جزءاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق وادارته , فأن عقد التزام المرافق العامة قد يتضمن نصوصاً تعطي الحق للإدارة المانحة للالتزام في شرائها , وعادةً ما تتكون هذه الاموال من المنقولات , كما يحدد عقد الالتزام الشروط والاسس التي على اساسها يتم شراء هذه الاموال والى ما ينتمي إلى هذه الطائفة من الاموال , ومدى حرية الادارة في شرائها[4] , واذا كان عقد التزام المرافق العامة هو الذي يحدد ما ينتمي إلى هذه الطائفة من الاموال فتارة تكون الادارة ملزمة بشراء ما يحدده العقد من تلك الاموال , وتارة اخرى يكون للإدارة الحق في ان تشتري ما تراه ضرورياً ولازماً للمرفق

---

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص433 .

(2) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص802 .

(3) Rachid Zouaimia , Ladelegation conventionnelle de service public an proft de personnes privees , Maison edtion belkeise , Alger , 2012 , P100 .

(4) د. نور عيسى الهندي , النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز , المصدر السابق , ص48 .

العام[1] , الا انه قد تكون هذه الاموال أو الآلات والادوات غير صالحة للعمل , كأن تكون مستهلكة , اوان تصليحها مكلف بحيث يتساوى مع سعرها , اوانها اصبحت بلا جدوى بحيث لا تواكب التطور الحديث , فعلى الادارة المانحة للالتزام ابلاغ الملتزم بقائمة هذه الاموال غير الصالحة للعمل والتي لا ترغب بشرائها , وعلى الملتزم ازالة تلك الاموال على نفقته وبدون ان يكون له أي حق في المطالبة بالتعويض[2] .

إن طبيعة هذه الاموال لا تختلف عن الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام مجاناً , بعدّها جزءاً لا يتجزأ من المرفق العام محل عقد الالتزام وتعد مكملة ومتممة له , وغالبا ما تنصب على منقولات المرفق العام الا ان الفرق الجوهري بنيها يكمن في ان الاموال التي تؤول للإدارة بمقابل هي ملك للملتزم بخلاف الاموال اتي تؤول بالمجان للإدارة التي تكون ملكاً للإدارة منذ البداية , كما ان الطابع الالزامي أو الاختياري لشراء هذه الاموال يعتمد اساساً على نصوص عقد التزام المرفق العامة , فاذا نص هذا العقد على الزامية شراء هذه الاموال فعلى الادارة شرائها الزاماً , بينما تكون مخيرة في بعض الاموال الاخرى[3] , ونصوص عقد التزام المرافق العامة عادةً ما تحدد هذه الاموال , كما تحدد الاساس الذي يقدر به ثمن هذه الاموال[4] .

أما الاساس الذي يُستند اليه في تحديد ثمن هذه الاموال , فلا يخرج عن التالي :

أ- تقدير قيمة هذه الاموال يتم لحظة قيام الادارة المانحة للالتزام بإنهاء عقد التزام المرافق العامة وفقاً للقيمة السوقية للأموال , ويكون ذلك بالاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص[5] .

ب - تقدير قيمة هذه الاموال يكون وفقاً لقيمتها الاولى مخصوماً منها الاستهلاك الذي تحقق , أي ان يكون اساس التقييم هو القيمة الاساسية للمال , وهي التكاليف التي انفقها الملتزم من اجل الحصول على هذه الاموال ثم يتم خصم وحدة تمثل الاستهلاك العادي , وهذه الوحدة تتضاعف بعدد السنوات التي انقضت من مدة عقد التزام بالمرافق العامة , ويصطلح على هذا الاساس (الثمن بعد خصم الاستهلاك)[6] .

يظهر مما تقدم انه ليس هنالك ما يمنع من ايلولة بعض الاموال المملوكة للملتزم إلى الادارة المانحة للالتزام وبمقابل , عند إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذه الاموال تكون مستعملة من طرف الملتزم لإدارة وتسيير المرفق العام طوال مدة عقد التزام المرافق العامة , فهي اموال لها اهمية بالغة في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام , وعند إسقاطه يمكن للإدارة المانحة للالتزام ان تملكها إذا ما وجدت ان هذه الاموال لا يمكن فصلها عن المرفق العام لكن في هذه الحالة الادارة المانحة للالتزام تكون ملزمة بدفع ثمنها للملتزم المستبعد .

ثانياً- الاموال التي تبقى عائديتها للملتزم :

---

(1) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص782 .
(2) أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , المصدر السابق , ص698 .
(3) حاشمي سامي , النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , الجزائر , 2016 , ص74 .
(4) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص782 .
(5) د. محمد عبد اللطيف , تفويض المرفق العام , المصدر السابق , ص240 .
(6) اكلي نعيمة , النظام القانوني لعقد الامتياز الاداري في الجزائر , المصدر السابق , ص157 .

من خلال معرفة الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام والتي تعد جزءا لا يتجزأ فيما يتعلق بإدارة واستغلال المرفق العام محل عقد الالتزام , يمكن التوصل إلى تحديد ما تبقى من اموال لكي تكون ملكاً للملتزم بطريقة سلبية وذلك من خلال استبعاد الاموال التي الت للإدارة المانحة للالتزام من مجموعة الاموال المخصصة لإدارة وتسيير المرفق العام , وبناءً على ذلك يمكن التوصل إلى الاموال التي تكون ملكاً للملتزم وهي الاموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ومنفصلة عنه فضلاً عن الأموال التي لا تعد جزءاً لا يتجزأ عن المرفق العام , ولا تستطيع الادارة شراؤها الا بموافقة الملتزم[1] .

الاموال التي لا تعد جزءاً لا يتجزأ من المرفق العام محل عقد الالتزام , أي تلك الاموال التي تعد مستقلة عن المرفق العام ومنفصلة عنه , سواء أكانت اموال منقولة أم غير منقولة , والتي اشتراها الملتزم أو تملكها لغرض ادارة وتسيير المرفق العام واستغلاله , وهذه والاموال تبقى عائديتها للملتزم , وهي ما يطلق عليه الفقه بالدومين الخاص للملتزم[2] .

لا تنص عقود التزام المرافق العامة عادةً على مفردات الاموال التي تؤول إلى الادارة المانحة للالتزام عقب انهاء العقد , وانما يجري التقليد عادةً على النص على ان تؤول للإدارة مجاناً أو بمقابل الاموال التي تعد جزءاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق , وعلى هذا الاساس يبقى للملتزم الاموال التي يمكن عدها منفصلة عن المرفق ومستقلة عنه والاموال التي لا تعد جزءاً لا يتجزأ عن المرفق العام محل عقد الالتزام[3] .

أما موقف الدول المقارنة والعراق من تصفية الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام , فنجد انه في فرنسا الاموال التي تؤول للإدارة المانحة للالتزام مجاناً , هي تلك الاموال التي تعد جزءً لا يتجزأ فيما يتعلق بإدارة واستغلال المرفق العام محل عقد الالتزام , والاموال التي تؤول للإدارة المانحة للالتزام بمقابل , فتارة يكون لها الحق في شراء ما تراه لازماً للمرفق العام من هذه الاموال التي استعملها الملتزم , وتارة اخرى تكون ملزمة بشراء ما يحده العقد من بين تلك الاموال إذا وجد نص في العقد يلزمها بذلك وهذا ما جاء بحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧/5/١٩٤٢ في قضية (Commune de Lucen - Diois)[4] , أما الاموال التي تبقى عائديتها للملتزم , فهي الاموال التي تعدّ مستقلة عن المرفق العام ومنفصلة عنه , وهذا ما جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٦/٤/١٩٠٠ في قضية (ville de nantes)[5] , والاموال التي لا تعد كلاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق العام , وهذا ما جاء بحكم مجلس الدولة الصادر في ١٠/ ٥/ ١٩٢٩ في قضية (Ciegen Eclairage Bordeaux)[6] .

---

(1) د. نوفان منصور العقيل العجارمة , عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الاردني , بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون , المجلد 40 , الملحق 1 , 2013 , ص1060 .

(2) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص433 .

(3) نور عيسى الهندي , النظام القانون للاسترداد في عقد الامتياز , المصدر السابق , ص47 .

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1942/5/17 في قضية (Commune de Lucen Diois) , حكم اشار اليه د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العام للعقود الادارية , المصدر السابق , ص782 .

(5) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1900/4/6 في قضية (ville de nantes) , حكم اشار اليه أ.م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , المصدر السابق , ص695 .

(6) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1925/5/10 في قضية (Ciegen Eclairage Bordeaux) , حكم اشار اليه د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص780 .

وفي مصر , نص القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وادارة واستغلال المطارات واراضي النزول على الاموال التي تؤول للإدارة مجاناً ؛ إذ نصت المادة الرابعة منه على : " تؤول إلى الدولة وفي نهاية الالتزام المطارات واراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان , ومنشآت واجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال "[1] , أما قانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٦٠ بشان عقد الامتياز المتعلق بمرفق نقل الركاب بالسيارات بمدنية القاهرة , فقد نص على تعويض الملتزمين عن الموجودات والمنشطات التي لا تؤول إلى السلطة مانحة الامتياز عند اسقاطه على اساس قيميتها الدفترية بعد استبعاد مقابل الاستهلاك[2] .

أما القضاء المصري , فأنه يؤكد على ان الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام عند انقضاء عقد الالتزام تؤول إلى الادارة بمقابل , الا إذا نص العقد على ايلولتها للإدارة مجاناً , وهذا ما اكده مجلس الدولة في فتواه الصادرة في ٤ / ٥ / ١٩٥٥ الذي جاء فيها : " ... ان القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة لا يتضمن نصاً صريحاً يقضي بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز , ويتعين الاتفاق عليها سلفاً بين السلطة المانحة للالتزام والملتزم , ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان , ما لم يقم على ذلك نص في عقد الالتزام ... "[3] , وايضاً في فتواه الصادرة في ٢٣/٣/١٩٥٥ التي نصت على : " ... عند ايلولة المرفق لجهة الادارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة ليسره , سواء نص في عقد الالتزام على ايلولتها أو لم ينص . وتكون هذه الايلولة مقابل التعويض اللازم , مالم ينص في عقد الالتزام على ايلولة هذه الاشياء بدون مقابل ... "[4] .

أما الاموال التي تبقى عائديتها للملتزم , فأن القانون والقضاء المصريين عدَّ تلك الاموال التي تكون منفصلة أي غير متصلة بالمرفق العام محل عقد الالتزام , ولا تشكل جزءاً لا يتجزأ , فيما يتعلق بإدارة وتسيير المرفق العام[5] .

وفي الجزائر , فأن مصير الاموال تكون بحسب نوع المرفق العام محل عقد الالتزام , فمثلا نجد ان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد نص على ان كل ممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض المرفق العام تصبح ملكاً للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام[6] , وايضاً المرسوم التنفيذي الجزائري رقم٩٦- ٣٠٨ الصادر في ١٨/١٢/١٩٩٦ المتعلقة بامتياز الطرق السريعة الذي نص على : " عند انقضاء المدة المترتبة عن احكام المادة ٢٨ اعلاه ... ويستلم مانح الامتياز على الفور التجهيزات والأجهزة وملحقاتها , وعلى العموم الاموال المنقولة والعقارية التي هي جزء من الامتياز كما هو محدد في الاتفاقية ودفتر الاعباء هذا ..."[7] , وكذلك القانون المتعلق بالمحروقات رقم ٠٥/٠٧ الصادر في ٢٨/٤/٢٠٠٥ الذي نص على : " عند

---

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص435 .
(2) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص124 .
(3) فتوى مجلس الدولة المصري رقم 2372 الصادر في 1955/5/4 , منشور في مجموعة مجلس الدولة المصري , السنة العاشرة , ص288
(4) فتوى مجلس الدولة المصري رقم 423 الصادر في 1955/3/23 , منشور في مجموعة مجلس الدولة المصري , السنة العاشرة , ص188 .
(5) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص780 .
(6) المادة (208) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 لسنة 2015 المعدل .
(7) المادة (29) الفقرة (1) من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 96-308 الصادر في 1996/12/18 المتعلق بامتياز الطرق السريعة.

انقضاء مدة امتياز النقل بواسطة الانابيب تتحول ملكية جميع الهياكل والمنشات التي تسمح بممارسة العمليات إلى الدولة بدون اعباء "[1] , بينما نجد ان القرار الوزاري الصادر في ١٨/١١/١٩٩٨ المحدد لدفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب قد نص في مادته (٤٣) الفقرة (1) على : " يمكن للسلطة مانحة الامتياز ان تسترد مقابل تعويض الاملاك اللازمة للاستغلال التي مولها كلياً أو جزئياً صاحب الامتياز والتي لا تشكل جزءاً اصليا من الامتياز "[2] , أما الاموال التي تبقى عائديتها للملتزم , فأن القوانين الجزائرية لا تتعرض لهذه الاموال ؛ لأنه من خلال التعرض إلى الاموال التي تؤول للإدارة المانحة للالتزام والتي تُعدُّ جزءاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق العام يمكن التوصل إلى تحديد ما تبقى من الاموال لتكون ملكاً للملتزم , ولا يمكن للإدارة شراء هذه المواد الا بموافقة الملتزم .

وفي الامارات , لم نجد نصوصاً قانونية خاصة بالتصفية من حيث الاموال التي تؤول للإدارة أو الاموال التي تؤول للملتزم , الا ان هنالك نصوصاً قانونيةً تُجيز للإدارة احتجاز ما يوجد في موقع العمل من معدات ومستلزمات واستعمالها لإتمام العمل ؛ إذ نص على ذلك قانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بشان عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي الذي جاء فيه : " ... يحق للدائرة ضماناً لتنفيذ العمل , احتجاز ما يوجد في موقع العمل من معدات ومستلزمات خاصة بالمتعاقد المقصر واستعمالها لإتمام العمل دون أي مسؤولية عما قد يصيب تلك المعدات والمستلزمات عن اضرار ... "[3] .

أما في العراق , فلم نجد نصوصاً قانونية تنظم مسالة تصفية الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية , لكن قانون الاستثمار العراقي قد اشار إلى التصفية إذ اجاز للإدارة تصفية المشروع بسبب النزاع بين المستثمر والغير مع اخطار المستثمر بهذه التصفية وايداع مبلغ التصفية في احد المصارف[4] . أما محكمة التمييز الاتحادية , فقد سارت على عكس القوانين ؛ إذ اكدت على انتقال الآلات والموجودات للإدارة بدون مقابل عند انتهاء عقد التزام المرافق العامة , وهذا ما جاء في حكمها الصادر في ١٢/٢/١٩٦٧ الذي جاء فيه : " ... ان وزارة الاقتصاد والمواصلات قد منحت امتيازاً لاحد الافراد لبيع الماء في مدينة كربلاء المقدسة لمدة خمسين عاماً اعتباراً من عام ١٩٣٣ ومع انتهاء مدة العقد يصبح المشروع والآلات والموجودات ملكاً للحكومة وبدون بدل ... "[5] .

بدورنا نرى انه بالنظر لشحة النصوص القانونية المنظمة لمسألة تصفية الاموال المستعملة في ادارة وتسيير المرفق العام عند قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الاسقاط على الملتزم , ولصعوبة تحديد وحصر هذه المسألة قانوناً ؛ لذا يجب على اطراف عقد التزام المرافق العامة النص عليها صراحة في العقد من حيث الاموال التي تؤول للإدارة المانحة للالتزام مجاناً , أو بمقابل والاموال التي تبقى عائديتها للملتزم , وفي حالة اغفال هذا العقد تصفية هذه الاموال فأننا نرى بان الاموال التي تؤول للإدارة مجاناً هي الاموال التي تعدّ ملكاً للإدارة منذ

(1) المادة (81) الفقرة (1) من القانون الجزائري رقم 05-07 لسنة 2005 المتعلق بالمحروقات المعدل .
(2) د. وضاح محمود الحمود , عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) , المصدر السابق , ص244 .
(3) المادة (63) من قانون رقم 6 لسنة 1997 بشأن عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي .
(4) المادة (27) الفقرة (ثانياً) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .
(5) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 930 / حقوقية / الصادر في 1967/2/12 , حكم منشور في مجلة القضاء العراقية , العدد2 , السنة 21 , 1967 , ص70 .

البداية , والاموال التي تؤول للإدارة بمقابل هي الاموال التي اشتراها الملتزم لإدارة وتسيير المرفق العام محل عقد الالتزام والتي لا يمكن فصلها عن هذا المرفق وتعد جزءا لا يتجزأ منه , أما الاموال التي تبقى عائدتيها للملتزم , فهي الاموال التي كانت بالأصل ملكاً له وتكون منفصلة ومستقلة عن المرفق العام والتي لا تعد جزأ لا يتجزأ منه .

الفصـــــل الثالث

ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

في نطاق عقد التزام المرافق العامة تتمتع الادارة المانحة للالتزام بسلطاتٍ جزائية مهمة وخطيرة, ولعلَ أهم وأخطر هذه الجزاءات هو جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي توقعه هذه الادارة نتيجةً لارتكاب الملتزم معها خطأً جسيماً اثناء تنفيذ هذا العقد , فجزاء الإسقاط يُعد طريقة من طرائق إنهاء عقد التزام المرافق العامة قبلَ انتهاء الفترة الزمنية المحددة له , وبالتالي قد تنحرف الادارة المانحة للالتزام في تطبيق هذا الجزاء او تُسيء استماله بشكل لا يُحمد عقباه .

على الرغم من ان سلطة الادارة المانحة للالتزام في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم يمثل امتيازاً مهماً لها , الا ان هذا لا يعني ان هذه السلطة مطلقة وغير مقيدة بضمانات , بل هناك حدود وضمانات لممارستها بهدف تحقيق التوازن , وهذه الضمانات قد تكون ضمانات اجرائية كالزام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , أو ضمانات موضوعية كتسبيب جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ومدى تناسبه مع درجة و حجم المخالفة التي صدرت من الملتزم واستحقت توقيع هذا الجزاء عليه , أما الضمانات اللاحقة , فتكمن في حق الملتزم في اللجوء إلى القضاء المختص بعد توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه لاستحصال حقه .

بعض الفقهاء يقرّون بأن هذه الضمانات مقررة لصالح للملتزم وحسب , أو ضمانات للإدارة المانحة للالتزام فقط , ونحن نراها بأنها ضمانات تلتزم بها هذه الادارة لكي تصون وتحمي حقوق الملتزم وتمنعها ايضاً من التعسف في استعمال سلطتها الجزائية , وفي الوقت ذاته تعدّ ضمانات مهمة لها لكي تحصن قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من الطعن به امام القضاء المختص , ولعل هذا ما جعلنا نطلق عليها ضمانات توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وليست ضمانات للملتزم أو للإدارة المانحة للالتزام .

وتأسيساً على ما سبق يتضح لنا ان هنالك ضمانات سابقةً على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة وضمانات لاحقة عليه , لذا نقسم هذه الفصل على مبحثين : الاول للضمانات السابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني للضمانات اللاحقة المتمثلة بالرقابة القضائية على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

المبحث الأول

الضمانات السابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

تمثل الضمانات السابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بوجه عام ضمانات للتوفيق بين حق الادارة المانحة للالتزام في ضمان سير المرفق العام محل عقد الالتزام بانتظام واطراد , وحق الملتزم في معاملة عقدية منصفة ؛ إذ ان هذه الضمانات هي ليست مقررة لصالح الادارة ومحاباة لها ولا لمجاملة الملتزم وتقويته , وانما تهدف إلى ضمان المشروعية وعدم الخروج عن حدودها , لذا غير صحيح ما يراه بعض الفقهاء من ان هذه الضمانات تمثل ضمانات للملتزم وحسب , كما غير صحيح ما قاله بعضهم الآخر من انها ضمانات وقائية للإدارة المانحة للالتزام , وإن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يجب ان يصدر في ظروف تضمن له النفاذ والتطبيق , ولا يتحقق ذلك ما لم تقم الادارة المانحة للالتزام بمراعات الضمانات والاجراءات التي وضعت قبل توقيع هذا الجزاء سواء كانت هذه الضمانات السابقة اجرائية كأعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه والا ترتب على ذلك بطلان هذا الجزاء , أو ضمانات موضوعية تتصل بمضمون الجزاء ذاته كتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة وتناسبه مع درجة جسامة المخالفة التي ارتكبها الملتزم , وبناءً على ما تقدم نقسم هذا المبحث على مطلبين : الاول للضمان الاجرائي (الإعذار) , والثاني للضمانات الموضوعية (التسبيب و التناسب) .

المطلب الأول

الضمان الاجرائي (الإعذار)

نظراً لخطورة الاثار المترتبة على جزاء الأسقاط فمن الضروري والمهم ان يسبق توقيع هذا الجزاء بعض الاجراءات التي تحمي الملتزم مع الادارة المانحة للالتزام من التعسف , وبالتالي فأن عدم مراعاة الادارة المانحة للالتزام لهذه الاجراءات الملزمة يقيم مسؤوليتها التقاعدية تجاه الملتزم , ولعل اهم هذه الاجراءات التي تلتزم بها الادارة المانحة للالتزام تجاه الملتزم قبل قيامها بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , هو التزامها كأصل عام بإعذاره بالمخالفات الجسيمة التي ارتكبها , فالإعذار بلا شك يعد من الضمانات الاساسية السابقة على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة حتى لا يتفاجأ الملتزم بهذا الجزاء أو عدم منحه فرصة والوقت المناسبين لتصيح خطأه الجسيم الذي ارتكبه أو الذي وقع فيه مما قد يسبب ذلك بألحاق خسائر فادحة به , واستناداً إلى ما سبق نوضح ذلك في فرعين , خصصنا اولهما لمفهوم الإعذار والثاني لنطاق الإعذار .

الفرع الأول

مفهوم الإعذار

الادارة المانحة للالتزام ملزمة / كمبدأ عام , ووفقاً لما هو متفق عليه قضاءً وفقهاً ان تعذر الملتزم معها قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه من اجل امهاله واعطائه فترة زمنية لإصلاح خطأه وتدارك ما ارتكبه من مخالفات جسيمة قد تؤدي إلى توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , أو يبين موقفه منها

بالإيجاب أو الرفض , لذا نبين في هذا الفرع معنى الإعذار (أولاً) , وشروطه (ثانياً) .

أولاً- معنى الإعذار :

يجب ان يسبق توقيع الادارة المانحة للالتزام لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة إعذار الملتزم ؛ إذ لابد من وجود هذا الإعذار قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وذلك من اجل تنبيه الملتزم بأن هناك عقوبة رادعة ممكن توقيعها عليه , ولكي يتمكن الملتزم من الدفاع عن نفسه بتنفيذه عقد التزام بالمرافق العامة بصورة صحيحة[1] , والإعذار يعدّ ضمانة مهمة للملتزم بعدّه دعوة رسمية له لكي يقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح[2] . فالإعذار يُعرف بأنه : " اعلان عن ارادة الدائن في توجيه مدينه إلى ان يسارع في تنفيذ التزاماته المفروضة عليه "[3] , ويُعرف ايضاً بأنه : " اثبات حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته اثباتا قانونيا من اجل اعطائه مهلة معقولة من الوقت تسمح له لتنفيذ التزاماته التعاقدية , وان يبدي ملاحظاته ويقدم اوجه دفاعه "[4] .

في فرنسا اشترطت المادة (49) في الفقرة (2) من كراسة الشروط الادارية العامة المطبقة على عقود الاشغال العامة الصادرة في 1976/1/21 بضرورة اعذار المتعاقد قبل انهاء العقد[5] , أما القضاء الفرنسي , فقد اكد على ان مانح الالتزام الذي يعتزم انهاء العقد من جانب واحد بسبب خرق خطير من قبل الطرف الآخر يجب اعذار هذا الآخر قبل توقيع انهاء العقد , وهذا ما جاء في حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 2005/11/9 الذي نص على " ... من يعتزم الاستفادة من عدم الأداء لا يمكن ان ينهي العقد الا بعد اشعار رسمي موجه للملتزم الذي ظل غير ناجح ادائه لالتزاماته ..."[6] .

وفي مصر , فأن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات يشترط إعذار المتعاقد في حالة اخلاله بأي شرط من الشروط التعاقدية[7] , كما نص ايضا على انه في حالة اخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد أو اغفل القيام بأحد التزاماته المقررة و لم يصلح اثر ذلك خلال (15) يوماً من تاريخ انذاره جازه للسلطة المختصة انهاء العقد[8] . أما مجلس الدولة المصري , فأن الاتجاه القديم له كان لا يتعرض في احكامه إلى ضرورة الاعذار قبل توقيع جزاء الاسقاط , وهذا ما اشارت اليه محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في 1957/3/17 الذي جاء فيه : "... تتمتع الادارة بالحق في الفسخ دون الحاجة إلى النص عليه في العقد , وبدون إعذاره ... "[9] . أما الاتجاه الحديث للقضاء المصري , فقد ذهب إلى القول بوجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذا ما اكدته المحمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 2007/1/23 الذي جاء فيه : " ...

---

(1) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص261 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص222 .
(3) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص114 .
(4) د. محمد جمال ذنيبات , العقد الاداري , مكتبة القانون والاقتصاد , الطبعة الاولى , المملكة العربية السعودية , 2012 , ص252 .
(5) د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص287 .
(6) Yasser Alsuraihy , La fin du contrat de franchise , Op. Cit , P.179 .
(7) المادة (21) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل .
(8) المادة (84) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل .
(9) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في دعوى رقم 1827 , الصادر في 17 / 3 / 1957 , حكم اشار اليه د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص288 .

انه يتوجب اخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول قبل الغاء العقد... "[1] .

وفي الجزائر , فأن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد نص على قيام المصلحة المتعاقدة بتوجيه إعذار إلى المتعاقد ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد , واذا لم يتدارك تقصيره في الاجل المحدد في هذا الإعذار , فأن المصلحة المتعاقدة يمكنها انهاء الصفقة العمومية من جانب واحد[2] .

وعن الوضع في الامارات , فقد اوجبت قوانينها تارة على الادارة إعذار المتعاقد واعفتها من هذا الاعذار تارة اخرى , فقانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي اجاز للإدارة فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي , والمطالبة بالتعويض عن الاضرار دون الحاجة للإنذار[3] , في حين ان دليل المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في اماره ابوظبي لم ينص على شرط الإعذار , وانما نص على انه في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد تطبق في شأنه الاحكام الواردة في هذا الدليل والتشريعات الآخر ى النافذة[4] . ويبدوا لنا ان هذا الدليل قد احال الامر إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) سنه 1985 المعدل الذي نص على انه إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين ان يطلب فسخ العقد[5] , ويفهم من نص هاذين القانونين ان الإعذار وجوبي قبل انهاء العقد .

أما في العراق , فأن القانون المدني قد نص على وجوب إعذار المتعاقد قبل فسخ العقد[6] , أما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية فقد نصت على وجوب توجيه انذار رسمي للمتعاقد المخل بتنفيذ العقد لضرورة اكمال الاعمال وبحسب منهاج العمل المتفق عليه خلال (15) يوماً من تاريخ تبلغه بالإنذار[7] . أما محكمة التمييز الاتحادية , فقد اوجبت إعذار المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية قبل فسخ العقد وهذا ما ذهبت اليه في حكمها الصادر في 2015/6/8 الذي جاء في : " ... وحيث انه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد الانذار ان يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى عملاً بأحكام المادة 1/177 من القانون المدني ولما كان المدعي / المميز إضافة لوظيفته لم يسلك الطريق المرسوم في المادة القانونية المشار اليها اعلاه مما تكون المطالبة والحالة فاقدة لسببها القانوني وموجبة للرد وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ... "[8] .

أما موقف الفقه الاداري من إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , فأنه محل خلاف , إذ تذهب (الدكتورة سعاد الشرقاوي) إلى القول بضرورة قيام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه[9] , وان الإعذار ضمانة مهمة للملتزم للمحافظة على حقوقه اولاً ولتنبيهه

---

(1) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 5790 الصادر في 2007/1/32 , حكم اشار اليه نجم عليوي خلف , سلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري المصدر السابق , ص116 .
(2) المادة (149) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-147 لسنة 2015 المعدل .
(3) المادة (5) من عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997.
(4) المادة (45) من الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .
(5) المادة (272) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل .
(6) راجع المواد (177) و (868) و (869) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
(7) المادة (10) الفقرة (ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .
(8) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 2485 / الهيئة المدنية / الصادر في 8/ 6 / 2015 , حكم غير منشور .
(9) د. سعاد الشرقاوي , القانون الاداري , المصدر السابق , ص482 .

بالأخطاء التي وقع فيها ليحاول استدراكها حتى لا يتم توقيع جزاء الإسقاط عليه ثانياً , واذا ارادت الادارة ان تتمتع بإعفائها من الإعذار قبل توقيعها لجزاء الإسقاط فعليها ان تشترط ذلك في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط[1] , في حين يرى (الدكتور احمد عثمان عياد) عدم اشتراط الإعذار قبل قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط على الملتزم المخل بالتزاماته , ويرون ان إسقاط الالتزام هو قرار انفرادي يصدر من الادارة المانحة للالتزام اعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر , ولا يستوجب الإعذار[2] .

بدورنا نؤيد ما ذهب اليه بعض الفقهاء من وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بوجوب الإعذار قبل توقيع أي جزاء , لما توفره هذه القاعدة للملتزم من ضمان ازاء سلطة الادارة المانحة للالتزام في اتخاذ جزاء الإسقاط , فالإعذار يعتبر بمثابة تنبيه له لإصلاح اخطائه , واجراء يحفزه على النهوض بما التزم به بمقتضى عقد التزام المرافق العامة , وفي الوقت نفسه يعدّ اجراءً مهماً لهذه الإدارة ؛ إذ يُحصن قرارها الصادر بالإسقاط عند الطعن به امام القضاء المختص .

ثانياً- شروط الإعذار :

لكي يكون الإعذار صحيحاً و منتجاً لأثره , لابد من توافر شروطه التي تكمن في شكلية الإعذار , صدوره من جهة ادارية مختصة , وضوحه وعدم غموضه وتحديد مدة زمنية بينه و بين جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وسنتطرق إلى هذه الشروط على النحو الاتي :-

1- شكل الإعذار :

لا يشترط في الإعذار شكلاً معيننـاً ومحدداً الا إذا نص القانون , أو الانظمة أو التعليمات , أو عقد التزام المرافق العامة على خلاف ذلك ؛ إذ قد ينص المشرع , أو يتفق المتعاقدان على ان يكون الإعذار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول , أو يكون بواسطة خطاب بسيط , فاذا تم الإعذار في هذه الحالة على خلاف نص القانون , أو الاتفاق فأنه لا ينتج اثراً في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة [3] , ففيما يتعلق بطريقة الإعذار و شكله فانه يمكن القيام به بأي وسيلة , ولكن بشكل عام يتم تقديم الإعذار بواسطة خطاب مسجل مع اقرار الاستلام[4] .

في فرنسا , يتم إعذار المتعاقد من قبل الادارة وفقاً للطريق الاداري الذي تحدده الادارة في العقد كما يمكن ان يكون الإعذار على شكل رساله مسجلة موجهة إلى المتعاقد[5] .

وفي مصر , فأن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات قد بين شكل الإعذار بان يكون على شكل كتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوان المتعاقد المبين بالعقد[6] .

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص201 .
(2) احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية , المصدر السابق , ص368 .
(3) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص84 .
(4) Yaseer Alsuraihy , La fin du contrat de franchise , Op. Cit , p.156 .
(5) د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , المصدر السابق , ص121 .
(6) المادة (84) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل .

وفي الجزائر , نجد ان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يحدد شكل معين للإعذار, إذ نصت المادة (149) منه على وجوب اعذار المتعاقد إذا لم ينفذ التزاماته التعاقدية لكنها في الوقت ذاته لم تحدد شكل الإعذار , بينما القانون المدني لجزائري رقم 75 - 58 الصادر في 26 / 9 /1975 المعدل قد حدد شكل الإعذار ؛ إذ نص على ان يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار ويجوز ان يتم الإعذار عن طريق البريد المسجل[1] .

وفي الامارات , فأن قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي لم يشترط على السلطة الادارية إعذار المتعاقد قبل قيامها بإنهاء العقد[2] , وكذلك الحال بالنسبة لدليل المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي الذي اجاز للجهة الحكومية انهاء العقد في حالة فشل المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدية دون اشتراط الإعذار قبل هذا الانهاء[3] . أما قانون المعاملات المدنية , فقد اوجب الإعذار قبل الفسخ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية استنادا إلى احكام المادة (272) منه , بالرغم من هذا النص الا اننا نجده لم يضع شكلاً محدداً للإعذار .

أما في العراق , فأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد اوجبت على ان يكون الإعذار على شكل انذار رسمي يوجه للمتعاقد لضرورة اكمال الاعمال وحسب منهاج تقدم العمل المتفق عليه[4] . أما محكمة التمييز الاتحادية العراقية , فقد اكدت على ان الإعذار ليس له شكل خاص ما لم ينص القانون على خلاف ذلك , وهذا ما جاء بحكما الصادر في 2019/4/22 الذي نص على : "... الانذار عمل قانوني يصدر من جانب واحد وليس له شكل خاص الا إذا نص القانون على ذلك الشكل أو صدوره جهة حصرية ... "[5] .

بدورنا نرى , ان الإعذار لا يتخذ شكلاً محدداً ؛ إذ يجوز للإدارة المانحة للالتزام ان تقوم بإخطار الملتزم بالمخالفات والاخطاء الجسيمة التي ارتكبها عن طريق طلب كتابي أو اشعار رسمي أو أي ورقة رسمية اخرى , لكن المهم ان يكون هذا الإعذار مكتوباً وليس شفوياً لكي يسهل اثباته ويستفاد منه كدليل على اتهام الملتزم بالمخالفات والاخطاء الجسيمة المنسوبة اليه عند توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

2- ان يكون الإعذار صادراً من جهة ادارية مختصة :

الإعذار يجب ان يكون معبراً عن السلطة الادارية بشكل قاطع وصريح , والا فلا تستطيع الادارة ان تستند اليه عند توقيع جزاء الإسقاط[6] .

لقد اختلف الفقهاء والكتاب حول الجهة المختصة بإصدار الإعذار المسبق لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , إذ يذهب (الدكتور ضرار القزاز) إلى القول بان الإعذار يلزم ان يكون صادراً من الجهة المختصة زمانياً ومكانيا , ولذلك لا يمكن عدّ الاوامر المصلحية التي يصدرها المهندسون أو بعض الموظفين إعذاراً الا إذا

(1) المادة (180) من القانون المدني الجزائري رقم 75- 58 الصادر في 29 /9 / 1975 المعدل .
(2) المادة (55) من قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997 .
(3) المادة (49) من دليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .
(4) المادة (10) الفقرة (ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .
(5) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 136 / الهيئة الموسعة المدنية / الصادر في 22 / 4 / 2019 , حكم غير منشور .
(6) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص118 .

يُصدق عليها أو تصدر من الجهة المختصة التي اناط بها عقد التزام المرافق العامة اتخاذ جزاء الإسقاط , وهذا تطبيق للقواعد العامة في القانون التي توجب عدم اصدار التصرف الا ممن يختص به قانوناً , ولا يمكن ان يقوم به غيره الا في حالة التفويض المصرح به[1] , بينما يذهب (الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد) الى القول بأنه لا يشترط ان تقوم الادارة المانحة للالتزام والمختصة بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بإعذار الملتزم بنفسها ؛ إذ يجوز ان يقوم بإعذار الملتزم أي جهة ادارية اخرى خلاف مانح الالتزام , وذلك لأن إعذار الملتزم لا يخضع بالضرورة لقواعد الشكل والاختصاص نفسها المتعلقة بالجزاء نفسه[2] .

بدورنا نرى ان الإعذار يجب ان يكون من اختصاص الجهة الادارية التي تملك حق توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , الا إذا نص القانون أو عقد التزام المرافق العامة أو دفتر الشروط على خلاف ذلك , فما دام الإعذار شرطاً جوهرياً لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة فعلى الجهة الادارية إذا ارادت توقيع هذا الجزاء ان تسعى جاهدة لاستكمال شروط توقيعه بنفسها .

3- ان يكون الإعذار واضح ولا يشوبه الغموض :

على الرغم من ان الإعذار ليس له شكل محدد , الا انه يجب ان يكون واضحاً جلياً ومفهوم لا يشوبه الغموض بحيث تكون عباراته واضحة ومفهومة والا فأن القاضي المختص يقوم بتفسيره وفق الارادة المفترضة لطرفي العقد[3] .

ولقد اختلف الفقهاء والكتاب حول بيان تفاصيل الإعذار وذكر المخالفات التي ارتكبها الملتزم , إذ يذهب (الدكتور عبد الله نواف العنزي) إلى القول : بانه يجب ان يتضمن الإعذار بياناً بالإخطاء والمخالفات التي ارتكبها الملتزم وكيفية تفاديها ان امكن , وهذا الامر له اهميته , ذلك ان الملتزم قد لا يعلم بالمخالفات التي ارتكبها أو قد لا يعلم كيفية تفادي هذه المخالفات ومحاولة تصحيحها[4] , كما تجنب الادارة المانحة للالتزام اعباء وتكاليف التعاقد مع شخص اخر لتنفيذ عقد التزام المرافق العامة[5] , في حين يرى (الدكتور سليمان محمد الطماوي) ان الادارة ليست ملزمة بأن تذكر للمتعاقد كافة تفاصيل التزاماته التي قصر في الوفاء بها , كما انها إذا عدلت عن الإعذار بعد توجيهه فانه يتوجب عليها ان تعيده من جديد , إذا ارادت العودة إلى التمسك بخطأ المتعاقد لكن يجب ان يكون العدول صريحاً[6] .

بدورنا نرى ان الإعذار يجب ان يكون واضحاً وصريحاً ومفهوماً للملتزم ولا يشوبه أو يعتريه أي غموض كما يجب ان يتضمن كافة تفاصيل المخالفات والاخطاء والالتزامات التي قصر الملتزم في تنفيذها , لأن الهدف الاساس من الإعذار هو لقيام الملتزم بتلافي اخطائه وتصحيحها , وهذا هدف قد لا يتحقق في حالة عدم علم الملتزم بأخطائه وعدم تنبيهه بها من قبل الادارة المانحة للالتزام .

---

(1) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , بحث منشور في مجلة جامعة البعث , المجلد 39 , العدد 52 2017 , ص20 .
(2) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص106 .
(3) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن و المصدر السابق , ص264 .
(4) د. عبد الله نواف العنزي , النظام القانوني للجزاءات في العقود الادارية , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2010 , ص201 .
(5) د. ضرار القزاز , الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص20 .
(6) د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , المصدر السابق , ص485 .

4- ان تكون هنالك مدة زمنية بين الإعذار وجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

حتى يتسنى للملتزم ان يتلافى الاخطاء الجسيمة التي ارتكبها , يجب ان يكون هنالك مدة معينة بين الإعذار وجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ومن الضروري ان تكون هذه المدة معقولة لكي يتمكن الملتزم من تصحيح الاخطاء التي ارتكبها[1] ؛ إذ انه يجب على مانح الالتزام تحديد مدة للإعذار في حالة عدم وجود نص في القانون أو بند في عقد التزام المرافق العامة يحدد مدة الإعذار ؛ إذ يجب ان تكون هذه الفترة متماشية مع الالتزامات التعاقدية للملتزم ولا يمكن وضع حد ادنى أو اعلى لفترة الإعذار وانما يتم ترك تقييم هذه المدة لتقدير الادارة المانحة للالتزام والقضاء[2] .

إن موقف الدول المقارنة والعراق من تحديد المدة الزمنية بين الإعذار وجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فنجد انه في فرنسا يكون للإدارة المانحة للالتزام سلطة تقديرية في تحديد المدة السارية بين إعذار الملتزم وبين توقيع الجزاء عليه بشرط الا تقل هذه المدة عن عشرة ايام عدى حالات الاستعجال , فللإدارة تقصير هذه المدة حسب نص المادة (35) من دفاتر الشروط والالتزامات للطرق والجسور[3] . أما مجلس الدولة الفرنسي فلم يضع قاعدة محددة بشأن المدة التي ينبغي ان تترك للملتزم على اثر اعلان الإعذار إذ يكتفي بمدة زمنية معينة[4] .

وفي مصر , فأن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات قد حدد المدة التي تمنحها الادارة للمتعاقد معها للقيام بالأعمال التي اخل بها أو التي اغفل القيام بها أو بالتزاماته المقررة واصلاح اثر اخلاله بشروط العقد خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ انذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد والا فأن الادارة تقوم بإنهاء العقد[5] .

وفي الجزائر , فأن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يحدد مدة زمنية بين الإعذار والجزاء وانما اعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد المدة اللازمة بين الإعذار وجزاء الإسقاط ؛ إذ نص على : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته , توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد ... "[6] .

وفي الامارات , وكما بينا سابقاً ان قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي لم يشترط قيام الجهة الادارية المختصة بإعذار المتعاقد قبل قيامها بإنهاء العقد , وكذلك الحال بالنسبة لدليل المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي .

أما عن الوضع في العراق , فأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد اكدت على انه في حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية تقوم الادارة بتوجيه انذار رسمي له لضرورة اكمال الاعمال حسب منهاج تقدم العمل المتفق

---

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص119 .

(2) Amandine Bouvier , Regards surle contrat franchise , Op. Cit , P.327 .

(3) د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , المصدر السابق , ص119 .

(4) د. مدحت احمد محمد غنايم , النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية , دار النهضة العربية , مصر , 2010 , ص80 .

(5) المادة (84) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل .

(6) المادة (149) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-147 لسنة 2015 المعدل .

عليه وخلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبلغه بالإنذار , وبعد انتهاء هذه المدة يحق للإدارة انهاء العقد إذا لم يقم المتعاقد بإصلاح مخالفاته التي ارتكبها[1] .

يتضح لنا مما تقدم ان الجهة الادارية المختصة ملزمة بإعذار الملتزم كأصل عام , لابد ان تكون هنالك مدة زمنية كافية بين الإعذار وجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة يستطيع خلالها الملتزم تنفيذ التزاماته التي اخل بها , وتصحيح جميع الاخطاء والمخالفات الواردة في مضمون الإعذار , وهذه المدة قد يتم تحديدها في القانون , الا انه يصعب على هذا القانون ان يحدد مقدماً مدة زمنية محددة للإعذار ؛ إذ هناك التزامات يحتاج إلى تنفيذها ايام , بينما هنالك التزامات يحتاج تنفيذها عدة ساعات فقط لذلك نفضل ان يترك تحديد هذه المدة للسلطة التقديرية للإدارة المانحة للالتزام , أو ان يتم تحديدها بموجب بند في عقد التزام المرافق العامة .

الفرع الثاني

نطاق الإعذار

إن الادارة المانحة للالتزام ملزمة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه سواء ورد النص على ذلك في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط أو لم يرد النص به , الا انه قد تكون هنالك بعض الاستثناءات تعفي الادارة من شروط الإعذار , أما إذا خالفت هذه الادارة شرط الإعذار فانه يترتب على ذلك جملة من الاثار , لذا سنتناول في (اولاً) الاستثناءات التي ترد على الإعذار , وفي (ثانياً) الآثار المترتبة على الإعذار .

أولاً- الاستثناءات التي ترد على الإعذار :

إن قاعدة الإعذار ليست مطلقة , وانما يرد عليها جملة من الاستثناءات التي اقرها القانون والقضاء والفقه التي يترتب على وجود احدها اعفاء الادارة المانحة للالتزام من إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط التزام المرافق العامة عليه , وهذه الاستثناءات هي :

1- النص صراحةً على الاعفاء من الإعذار :

من الاستثناءات التي ترد على وجوبية الإعذار السابق على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ان يوجد نص بعدم تطلبه , وهذا النص أما ان يرد في التشريع , وقد يكون هذا النص التشريعي غامض أو فيه شك حول تطبيق الاعفاء من الإعذار فأن الشك يفسر لصالح الملتزم لأنه الطرف الاضعف في عقد التزام المرافق العامة[2] , أو ان يرد بند صريح في عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط ينص على اعفاء الادارة المانحة للالتزام من إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , مثل النص في العقد على ان الملتزم يعد معذراً في حالة تأخيره عن تنفيذ التزاماته , دون حاجة لأي قرار أو اجراء[3] , واذا وجد بنداً في هذا العقد أو في دفتر الشروط يقضي بإعفاء الادارة المانحة للالتزام من إعذار الملتزم فأن هذا النص

(1) المادة (10) الفقرة (ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .
(2) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص26 .
(3) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص272 .

يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً وما ذلك الا بسبب ما ينطوي عليه من مخاطر جمه بالنسبة للملتزم , فضلاً عن انه يمثل استثناءً على القاعدة العامة في هذا الشأن[1] . لذلك نرى بأنه يجب ان يكون تعبير اطراف عقد التزام المرافق العامة عن رغبتهم في اعفاء الادارة المانحة للالتزام من إعذار الملتزم صريحاً وواضحاً لكي يأخذ به القاضي المختص عندما يثور الخلاف حول تطبيقه .

2- غش الملتزم :

لا ضرورة لقيام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم إذا ارتكب معها افعال الغش في تنفيذ التزاماته التعاقدية , وما ذلك الا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بعدم امكانية التمسك بقواعد الحماية العقدية التي تكفلها المبادئ العامة للقانون عندما يكون المخاطب بها سيء النية[2] , وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 2000/11/14 الذي جاء فيه : "... وهذا السبب المانع من الإعذار يعد تطبيقاً لمبدأ حسن النية الذي يعد قاعدة من القواعد القانونية التي تحكم العقود الادارية والمدنية ... "[3] . واذا كان غش الملتزم يعفي الادارة المانحة للالتزام من الإعذار السابق على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , غير انه يجب الاخذ به على حذره لكي لا تتوسع الادارة المانحة للالتزام في مفهوم الغش , لاسيما وانه لا يوجد معيار واضح وثابت للقول بأن هذا الملتزم قد ارتكب غشاً أو كان سيء النية .

3- تنازل الملتزم عن عقد التزام المرافق العامة للغير أو التعاقد من الباطن :

التنازل عن عقد التزام المرافق العامة يعني التصرف القانوني الذي يبرمه الملتزم مع الغير , ويكون من شأنه احلال هذا الغير محل الملتزم في اداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن عقد التزام المرافق العامة المبرم بين الملتزم و بين الادارة المانحة للالتزام[4] , واذا كان التنازل عن العقود الادارية يمثل اهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي , فأن الاصل في تنفيذ عقد التزام المرافق العامة انه لا يجوز للملتزم التنازل عن هذا العقد للغير ؛ وذلك لأن اختيار الادارة المانحة للالتزام للملتزم يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى كفاءته الفنية وقدرته المالية وحسن سمعته , ولذلك فأن تنازل الملتزم عن عقد التزام المرافق العامة للغير يخل بهذه الاعتبارات[5] , وبالتالي لا ضرورة لإعذاره إذا تنازل عن عقده للغير[6] , بالرغم من ذلك فأن هذه القاعدة لا تعد من النظام العام , وبالتالي فقد ترى الادارة ان هذا التنازل الذي القام به الملتزم للغير قد يؤدي إلى تحقيق مصلحتها , ولذلك فأن مرد الامر يكون رهناً بموافقة هذه الادارة وقبولها الذي يجب ان يكون صريحاً[7] .

أما التعاقد من الباطن , فهو تصرف قانوني يبرمه الملتزم مع الغير لغرض تنفيذ جزء من محل عقد التزام المرافق العام , والتعاقد من الباطن امر مألوف خاصةً إذا كان عقد التزام المرافق العامة يشمل اعمالاً متعددة

---

(1) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص161 .

(2) Gaston Jeze , Les principes generaux du droit administrative , Op. Cit , P.1044 .

(3) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 835 الصادر في 14 / 11 / 2000 , حكم اشار اليه نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص123 .

(4) د. جابر جاد نصار , عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام , المصدر السابق , ص134 .

(5) د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , المصدر السابق , ص136-137 .

(6) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص195 .

(7) د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , المصدر السابق , ص269 .

وكثيرة[1] , ولا ضرورة لإعذار الملتزم إذا قام بالتعاقد من الباطن الا إذا كان هنالك تصريح مسبق بذلك من الادارة المانحة للالتزام , أي موافقتها على التعاقد من باطن , وموافقتها على التعاقد من الباطن لا يتطلب شكلاً محدداً , فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً , الا ان موافقة الادارة المانحة للالتزام على التعاقد من الباطن لا يعد المتعاقد من الباطن متعاقداً معها , وانما يبقى الملتزم الاصلي هو المسؤول امامها عن تنفيذ عقد التزام المرافق العامة[2] .

4- عدم تكرار الالتزام بالأعذار :

تُعفى الادارة المانحة للالتزام من إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة إذا كان هذا الجزاء تالياً لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة , وكان هذا الجزاء الاخير قد سبقه إعذار الملتزم[3] , لكن يُشترط لتطبيق هذا الاستثناء ان يكون جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة قد اصدرته الادارة المانحة للالتزام بالاستناد إلى الاخطاء نفسها التي اوجبت توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة , أما إذا ارادت الادارة المانحة للالتزام توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم , نتيجةً لأخطائه الآخر ى بخلاف الاخطاء التي ادت إلى توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة , فأنها ملزمة في هذه الحالة بتوجيهها للملتزم إعذاراً جديداً قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه[4] .

5- عدم الفائدة أو الجدوى من الإعذار :

لا ضرورة لقيام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم إذا تبين ان الإعذار عديم الفائدة ؛ إذ اصبح تنفيذ الملتزم لالتزاماته التعاقدية غير ممكن أو غير مجد بفعله ؛ وذلك لأن الهدف من الإعذار دعوة الملتزم إلى تنفيذ التزاماته وقد اصبح هذا التنفيذ غير مجد أو غير ممكن للملتزم , فالتنفيذ وعدمه سيان ولا معنى بعد هذا بإلزام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة علية[5] ؛ إذ لا محل للإعذار المسبق لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة المقيدة به الادارة المانحة للالتزام إذا كانت الظروف المحيطة باتخاذه تقطع بعدم فائدة ذلك الإعذار ولأسباب راجعة للملتزم نفسه[6] , كما تعفى الادارة المانحة للالتزام من إعذار الملتزم إذا اعلن صراحة من تلقاء نفسه عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية , أو عدم قدرته بصورة نهائية على تنفيذها , أو انه لا ينوي تنفيذ التزاماته[7] .

ونجد تبرير ذلك في فقد الإعذار قيمته وجدواه المتمثلة في منح الملتزم المهلة الكافية للوفاء بالتزاماته , وهو الامر الذي اعلن صراحةً على عدم قدرته , أو عدم رغبته في القيام به .

---

(1) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص197 .
(2) د. فتحي عطية السيد مصطفى , المرشد للحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2014 , ص171 وما بعدها .
(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص186 .
(4) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص164 .
(5) د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , المصدر السابق , ص127 .
(6) Gaston Jeze , Les principes generaux du droit administrative , Op. Cit , P.1044 .
(7) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص270 .

6- حالات الضرورة والاستعجال :

نشير اخيراً إلى انه قد تعفى الادارة المانحة للالتزام من الإعذار السابق على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة لأسباب خارجة عن ارادتها بسبب الظروف الاستثنائية , كالحروب أو الكوارث الطبيعية أو القوة القاهرة التي تؤدي إلى تعطيل ضمانات الدفاع , وبالتالي فأن الملتزم يعتبر وكأنه قد تم اعذاره بمجرد ارتكابه الخطأ اثناء هذه الظروف , وبالتالي لا يتوجب إعذاره قبل توقيع جزاء الإسقاط ضده[1] , ويختص قاضي العقد بتقدير حالة الضرورة والاستعجال تبعاً للأوضاع والظروف الخاصة بكل دعوى اخذاً بنظر الاعتبار طبيعة عقد التزام المرافق العامة , والعبارات التي يرد بها النص الخاص بجزاء الإسقاط , إن وجد[2] .

بدورنا نرى ان الادارة المانحة للالتزام ملزمة كمبدأ عام بإعذار الملتزم قبل توقع جزاء الإسقاط عليه , الا ان هنالك استثناءات ترد على هذا المبدأ العام , حيث لا يشترط فيها إعذار الملتزم أي الحالات التي تُعفى فيها الادارة المانحة للالتزام من القيام بإعذار الملتزم قبل اتخاذ جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ونرى ايضاً ان هذه الحالات المستثناة من تطبيق قاعدة الإعذار يجب تحديدها على سبيل الحصر لكي لا تتحرر الادارة المانحة للالتزام من الإعذار وتتوسع في تقدير الاحالات التي تعفى فيها من هذا الاجراء , لاسيما وان إعذار الملتزم ليس اجراء صعب اتخاذه بل انه قد يكون في صالح الادارة في كثير من الاحيان , وخاصةً عندما يقوم الملتزم بتصحيح الاخطاء التي وقع فيها على اثر إعذاره , كما ان إعذار الملتزم يعزز موقف الادارة المانحة للالتزام عند الطعن بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

ثانياً- الآثار المترتبة على الإعذار :

إن التزام الادارة المانحة للالتزام بالإعذار طبقاً للشروط القانونية قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها , يترتب عليه جملة من الآثار القانونية المهمة , وفي المقابل يترتب على عدم التزامها بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه عدة آثار قانونية مهمة ايضا , وسنتناول هذه الآثار جميعها على النحو الآتي :

1- آثار التزام الادارة المانحة للالتزام بالإعذار :

إن قيام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , مهم ويترتب عليه عدة آثار قانونية التي يمكن استخلاصها فيما يأتي :

أ- إذا انتهت المدة الزمنية المحددة للإعذار دون قيام الملتزم بإصلاح الاخطاء الجسيمة التي ارتكبها , ففي هذه الحالة تقوم الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه[3] .

وتجدر الإشارة إلى انه إذا لم تقم الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم بالتفاوض معه من اجل استئناف الاعمال المطلوبة على اسس جديدة , ولكن هذا التفاوض لم يحقق نتيجة , فأن الإعذار في هذه الحالة لا

---

(1) د. عاطف محمد عبد اللطيف , امتيازات الادارة في قانون المناقصات والمزايدات دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الامريكي , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الثانية , مصر , 2009 , ص238 .

(2) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص27 .

(3) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص89 .

يعد قائماً قانوناً , ومن ثم لا يحق للإدارة المانحة للالتزام توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة دون إعذار الملتزم من جديد , كما ان فوات الوقت بعد الاعذار دون قيامها بتوقيع جزاء الإسقاط المعذر به لا يعد بالضرورة تنازلاً ضمني عن تطبيق هذا الجزاء , ولا يلزم معه إعذار جديد[1] .

ب- فضلاً عن قيام الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم المعذر , فإنه يصبح مسؤولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك من الوقت إعذاره[2] .

ج- الإعذار ينتقل تبعة للهلاك من الادارة المانحة للالتزام إلى الملتزم الذي اخل بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه , بموجب عقد التزام المرافق العامة[3] .

بدورنا نرى ان قيام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم بالأخطاء الجسيمة التي ارتكبها , وتنبيهه بضرورة اصلاحها خلال مدة محددة له آثار مهمة , تكمن فيما إذا قام الملتزم بتصحيح هذه الاخطاء خلال المدة المحددة في الإعذار , فأن الادارة المانحة للالتزام في هذه الحالة لا يمكنها ان توقع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , والا كان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة باطلاً و يمكن الطعن به أما القضاء المختص , أما إذا لم يقم الملتزم بإصلاح اخطائه الجسيمة التي ارتكبها , ففي هذه الحالة تستطيع الادارة المانحة للالتزام توقيع جزاء الإسقاط عليه مع مطالبته بالتعويض إذا كان له مقتضى , كما ان الإعذار يعد وثيقة مهمة تعزز موقفها عند قيام الملتزم بالطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذا ما يُذهبنا إلى القول بأن الإعذار يعد ضمانة مهمة للإدارة المانحة للالتزام والملتزم على حدٍ سواء .

2- آثار عدم التزام الادارة المانحة للالتزام بالإعذار :

في فرنسا يقوم مجلس الدولة بالتأكد من التزام الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم معها قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , لذلك فانه لم يتردد في رفض طلب الادارة المانحة للالتزام لتقرير جزاء الإسقاط , عندما يتضح له من ظروف وملابسات القضية انها لم تقم بإعذار الملتزم , كما لم يتردد في الحكم بإلغاء قرار الادارة المانحة للالتزام بإسقاط الالتزام , عندما يتضح له انها لم تقم بإعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء الشديد عليه[4] .

وفي مصر , فأن المسلك الحديث لمجلس الدولة مشابه لنظيره الفرنسي , فالقضاء الاداري المصري يلزم الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 2007/1/23 : "... انه يتوجب اخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول قبل الغاء العقد و مصادرة التامين الهائي ... "[5] . ومن خلال هذا الحكم يتضح لنا انه في

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1927/12/23 , حكم اشار اليه د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , المصدر السابق , ص122 .
(2) د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , المصدر السابق , ص292 .
(3) سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص90 .
(4) د. محمد جمال ذنيبات , العقد الاداري , المصدر السابق , ص252 .
(5) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 579 الصادر في 23 / 1 / 2007 , حكم اشار اليه نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص116 .

حالة مخالفة الادارة المانحة للالتزام لأجراء الإعذار السابق على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فأن قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يكون معيباً و قابل للطعن به امام القضاء المصري المختص .

وفي الجزائر , فأن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد نص على ضرورة قيام الادارة بتوجيه الإعذار إلى الملتزم الذي اخل بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد , والا فأنها سوف تقوم بإنهاء الصفقة العمومية من جانبها[1] . ويتضح مما تقدم ان المشرّع الجزائري قد سلك مسلك المشرّعان الفرنسي والمصري , من حيث الزام الادارة المانحة للالتزام بضرورة إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , وان الاثر المترتب على مخالفة ذلك الإعذار هو ان قرار الإسقاط يكون معيباً ومخالفاً للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون والسابقة على توقيعه .

وفي الامارات , وكما اشرنا سابقاً ان قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي و دليل المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي لم يشترطا إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه .

أما في العراق , فأن القانون المدني وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية وكما اشرنا سابقاً قد اشترطت إعذار المتعاقد قبل انهاء العقد , واستناداً لهما نرى انه يتوجب على الادارة المانحة للالتزام إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , وان الاثر الابرز والمترتب على مخالفتها للإعذار هو لجوء الملتزم إلى المحاكم العراقية المختصة لاستحصال حكم بإلغاء قرار الإسقاط وفق هذه القوانين والتعليمات , وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في حكمها الصادر في 2015/6/8 الذي جاء فيه : " ... ولما كان المدعي / المميز اضافةً لوظيفته لم يسلك الطريق المرسوم في المادة 1/177 من القانون المدني مما تكون المطالبة والحالة هذه فاقدة لسندها القانوني وموجبة للرد وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ... "[2] .

بدورنا نرى ان عدم قيام الادارة المانحة للالتزام بإجراء الإعذار المسبق لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي توقعه على الملتزم الذي اخل بالتزاماته اخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه بموجب عقد التزام المرافق العامة أو في دفتر الشروط , يكون ذا اثر هام يتمثل في اعفاء الملتزم من النتائج الجسيمة التي تترتب على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , كما ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يكون مخالفاً للقانون إذا لم يكن مسبوقاً بالإعذار , وبالتالي يمكن للملتزم اللجوء إلى القضاء المختص للطعن به للإلغاء.

المطلب الثاني

الضمانات الموضوعية (التسبيب والتناسب)

إن الادارة المانحة للالتزام لا يمكنها توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الا بموجب قرار اداري صادر منها , مادام هذا الجزاء يصدر بناءً على قرار اداري , فلابد من موجود ضمانات موضوعية تجنب الملتزم على وجه الخصوص من تحكم الادارة المانحة للالتزام وسطوتها في اتخاذ الجزاء في مواجهته , وهي

(1) المادة (149) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-147 لسنة 2015 المعدل .
(2) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 2485 / الهيئة المدنية / الصادر في 8 / 6 / 2015 , حكم غير منشور .

بوجه عام تقف سداً منيعاً ضد أي اختلال يحيد بهذا الجزاء عن المشروعية , بعدها تمثل ما ينبغي ان يكون عليه لكي لا يخرج عن اطارها , ومن هذه الضمانات , التسبيب الذي يعد ضماناً لكل من الادارة المانحة للالتزام والملتزم , ومن الضمانات الموضوعية ايضاً , التناسب بين المخالفة و بين قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الموقع على الملتزم , ولأهمية هذه الضمانات سوف نبين تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في الفرع الاول , ومن ثم نعرج إلى التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

التسبيب يعد من اهم الضمانات الموضوعية في نطاق الجزاءات التعاقدية بشكل عام , وفي نطاق جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بشكل خاص ؛ إذ يظهر التسبيب في نطاق قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة للحيلولة دون تعسف الادارة المانحة للالتزام في استعمال سلطتها لتوقيع الجزاءات على الملتزم , ويمكن التعرف على التسبيب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من خلال التطرق إلى نطاق تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (اولاً) وموقف الدول المقارنة والعراق من تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (ثانيا) .

أولاً- نطاق تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة من حيث طبيعته القانونية هو قرار اداري , وبالتالي فانه يخضع لكافة المبادئ التي تنظم القرارات الادارية بشكل عام ومن ذلك تسبيب هذا الجزاء , فالتسبيب هو : " افصاح الادارة عن الاسباب القانونية والواقعية التي تبرر القرار الاداري , وبالتالي يكون القرار مسبباً إذا افصح بنفسه عن الاسباب التي استند اليها مصدر القرار , فالتسبيب هو التعبير الشكلي عن اسباب القرار الاداري "[1] .

ترجع اهمية تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة إلى انه يعد عنصراً هاماً لكفالة حق الدفاع الذي يعد مبدأً اجرائياً عاماً , وحق يقرره القانون الطبيعي ؛ إذ ان مظاهر حق الدفاع لا تقتصر على مبدأ حياد القاضي والمواجهة , وانما تشمل التسبيب ايضاً بعدّه وسيله مهمة لتحقيق حق الدفاع , كما يعد ضمانة ضد انحراف السلطة الادارية[2] , كما تظهر اهمية التسبيب بالنسبة للإدارة مصدرة قرار الإسقاط ؛ إذ يؤدي بها إلى دراسة قراراتها بعين فاحصة وممحصة لوقائعه بشكل دقيق لكي يصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة خالياً من كل شائبة تقضي إلى بطلانه و احراجها امام القضاء[3] , ولتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة له اهمية خاصة بالنسبة للقاضي المختص في حالة اعماله لرقابته على مشروعيته ؛ إذ يتأكد من مدى اصابة الادارة من خطاها في اصدارها لهذا الجزاء وذلك استناداً لما ذكرته من اسباب , كما ان هنالك فائدة عملية كبيرة للتسبيب تتجلى في منع تكدس الطعون بإلغاء الجزاءات التعاقدية امام القاضي المختص ويؤدي إلى تحسين علاقة

---

(1) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص117 .
(2) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص31 .
(3) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص169 .

الفرد مع الادارة[1] .

وترتيبا على ما سبق يتضح لنا انه إذا كان لتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة اهمية للملتزم والادارة والقاضي المختص على حد السواء , فأنه لا يخلو كذلك من اهمية بالنسبة لفاعلية جزاء الإسقاط والتي قد يعرقلها الطعن فيه الأمر الذي يولد قناعة لدى الملتزم بعدم مشروعيته طالباً بإلغائه , وهو ما كان بالإمكان تفاديه من خلال تضمين قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة بدوافع اصداره .

يُشترط في التسبيب ان يكون واضحاً لا غامضاً ومحكماً لا مرسلاً , تتجلى منه العناصر التي حملت الجهة الادارية على اصداره في عبارات واضحة و دقيقة[2] , كما ان جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو قرار اداري ذو طبيعة مزدوجة , فهو من ناحية الشكل مجرد قرار اداري كغيره من القرارات الادارية , ومن ناحية الموضوع هو عقاب كالعقوبات الجنائية , وعلى هذا النحو يجب ان يتم تسبيبه وفق ضمانات معينه , ابرزها تحديد معالم الخطأ الجسيم المنسوب إلى الملتزم باعتبار هذا الخطأ بمثابة الوقائع التي ادت بالإدارة المانحة للالتزام إلى اتخاذ قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة [3] , واشتراط التسبيب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة انما الغرض منه احاطت الملتزم علماً بالأسباب التي بُني عليها هذا القرار , والتي دفعت الادارة إلى اصداره , وهو ما يجعل الملتزم في وضع افضل عند الطعن في هذا القرار بالإلغاء , أو عند المطالبة بالتعويض عنه , لذلك يجب ان يكون التسبيب كافياً ومنتجاً في فهم النتيجة التي انتهى اليها القرار , وفي انزال حكم القانون على مقتضى النتيجة[4] , وبالتالي فأن قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المبني على اسباب عامة أو مجهولاً أو غامضة يعتبر قراراً خالياً من الاسباب[5] .

وفي الاحوال جميعها التسبيب لا يشترط فيه ان يكون موجزاً أو مسهباً مادام تحقق الغرض المنشود منه , فإذا اتسم التسبيب بالوضوح والبعد عن الغموض فأنه من شأن ذلك ان يؤدي إلى كفالة فاعليته , وهذا معناه ان المعول عليه دائما مدى استكمال قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة للعناصر الرئيسة والاساسية التي يتأسس عليها , بغض النظر عما إذا كان مسهباً أو مختصراً[6] . واخيرا يجب ان لا يكون التسبيب نمطياً ؛ إذ لا تستعمل الادارة صيغة معينة وثابته للحالات كافة لتبرير جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , كان تقول مثلاً : (انها اتخذته لإخلال الملتزم بتنفيذ عقد التزام المرافق العامة) كعبارة نمطية تدرجها في كل قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فالتسبيب النمطي لا يتفق مع جوهر التسبيب ويتناقض مع فائدته وحكمته ؛ لأن الإدارة ملزمة بالبحث عن ظروف كل حالة على حدى وعدم استخدام صيغة ثابته معدة سلفاً ودون تحديد طبيعة الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الملتزم والذي يختلف من حالة إلى اخرى , وهذا يعني ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يجب ان يتضمن صراحة الاسباب

---

(1) نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد خيضر بسكرة , الجزائر , 2011 , ص139 .

(2) د. محمد باهي ابو يونس , الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة , دار الجامعة الجديد , مصر , 2000 , ص195.

(3) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص129 .

(4) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص36 .

(5) Pierre Rier , Precis de droit administratif , France , 2004 , P.229 .

(6) د. محمد باهي ابو يونس , الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة , المصدر السابق , ص196 .

التي اتخذ بناءً عليها[1] .

وتجدر الإشارة إلى انه يجب التمييز بين تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة و بين سببه , فالسبب هو " حالة من القانون والواقع تسبق القرار الاداري فتثير لدى موظفي الادارة الفكرة في اصدار قرار أو تلزمه بإصدار قرار , والسبب بهذا الاعتبار يشكل شرطاً لإصدار القرار "[2] , فالسبب هو عنصر خارجي موضوعي وبالتالي فهو ركن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يقوم صحة هذا القرار بدونه , في حين ان تسبيب قرار الإسقاط لا يؤثر تخلفه على صحة هذا القرار , وان القاعدة العامة تقضي بان الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الادارية ما لم يلزم المشرع الادارة به , وهذا راجع إلى افتراضات ان قرارات الادارة تبنى على سبب مشروع , وعلى من يدعي العكس اثبات ذلك[3] .

الاصل ان الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الادارية الا إذا الزمها المشرع بالتسبيب , كما ان القضاء قد يتدخل ليفرض هذا الالتزام على الادارة دون وجود نص قانوني في بعض الحالات , وحين يفرض القضاء هذا الالتزام فانه يمارس دوره الانشائي[4] , كما ان القانون قد يعفي الادارة من ضرورة تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في حالة الاستعجال[5] , ويرى (الدكتور ابراهيم الشهاوي) ان هذا الاعفاء نادراً ما يحدث في مجال جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ومع ذلك فأن مثل هذا الفرض يجب ان يؤخذ به عند تحقق هذا الاعفاء , واذا تحقق هذا الاعفاء فأن الملتزم يمكنه ان يطلب من الادارة المسقطة الاطلاع على اسباب الجزاء , ويجب عليها ان تجيب عليه خلال مدة محددة من تقديم طلبه[6] .

وتجدر الاشارة إلى التسبيب بالإحالة , وهو امر يكثر في النطاق العلمي ؛ وذلك عندما تحيل الادارة اسبابها إلى مذكرات أو رأي لجنة معينة أو إلى اسباب وردت في قرار اداري اخر , وقد اختلف الفقهاء والكتاب حول مشروعية هذا التسبيب ؛ إذ يرى (الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي) ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يمكنه ان يستند إلى قرار اخر قد سُبب سبباً كافياً ؛ ذلك ان التسبيب قد قصد به ان يكون ضماناً للملتزم ضد التعسف وهذه الضمانة سوف تتحقق إذا كان القرار المطعون فيه قد اسس بصفة اصلية على قرار سبق وان سببته الادارة بشكل صريح وواضح[7] , في حين يرى (الدكتور علي محمد مظفر) انه لا يكون من قبيل التسبيب المشروع الاحالة إلى اسباب وردت في قرار اداري اخر أو في مذكرة متعلقة بموضوع مستقل , وان تشابهت مع الحالة المعروضة ؛ وذلك لأن مصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة عندما يحيي إلى اسباب بعيدة عنه لا يتصرف في الواقع من الامر في ضوء اسباب حاضرة يعيشها أو يلمسها ويحس بها[8] .

بدورنا نؤيد الرأي الاخير فيما انتهى اليه , فجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو جزاء شديد الجسامة

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص112 .
(2) د. علي محمد بدير , واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص432 .
(3) نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , المصدر السابق , ص136-137 .
(4) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص282 .
(5) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص112 .
(6) د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , المصدر السابق , ص428 .
(7) د. مصطفى ابو زيد فهمي , القضاء الاداري ومجلس الدولة , دار المطبوعات الجامعية , مصر , 2004 , ص718 .
(8) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص282 .

والوطأة , فاذا قامت الادارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء الإسقاط بعد دراسة أو لجان مختلفة مثلاً وسببت قرار الإسقاط بناءً على ذلك فأن هذا التسبيب لا يصلح لكافة الحالات المستقبلية وان تشابهت فيما بينها , وانما يجب ان تكون الاسباب متعلقة بكل قرار على حدة .

ثانياً- موقف الدول المقارنة والعراق من تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

ظهر التسبيب في فرنسا في القرن التاسع عشر , كمصطلح يقصد به افصاح السلطة الادارية عن الاسباب القانونية والواقعية التي دعت لاتخاذ جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ولا يمكن توقيع هذا الجزاء الا إذا كانت هنالك اسباب دافعة اليه , وبالتالي على الادارة الافصاح عنها , أي ان الجهة الادارية عليها ان تدلل على اقناعها بجزاء الإسقاط الذي اتخذته ؛ لأنه لا يتصور ان تصدر قراراً غير مقتنعة به , لذا فأن على الجهة الادارية ان تقوم ببيان اسباب اقتناعها بإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهو ما يحتم عليها القيام بتوضيح الادلة التي عززت اقتناعها بالنتيجة التي تضمنها قرارها[1] .

قبل قيام المشرّع الفرنسي بإصدار القانون في 1979/7/11 بشأن العلاقة بين الادارة والجمهور , لم تكن الجهة الادارية في فرنسا ملزمة بتسبيب قرارات الإسقاط الصادرة ضد الملتزمين ؛ بسبب اخلالهم في تنفيذ التزاماته اخلالاً جسيماً ؛ إذ تنص جميع دفاتر الشروط في فرنسا بطريقة صريحة وواضحة على الاسباب التي تسمح للإدارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها , ولم يلزم أي من بنود هذه الدفاتر الادارة بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة حتى تاريخ صدور هذا القانون[2] , وبعد صدور القانون الفرنسي في 1979/7/11 والمعدل بقانون 1986/1/17 وقانون تموز لسنة 2000 , اصبحت الجهة الادارية في فرنسا ملزمة بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة [3] , وقد تأكد ذلك بصورة نهائية بعد صدور منشورات رئيس الوزراء الدورية في 1979/8/31 وفي 1980/1/10 وفي 1987/9/28 والمتعلقة بتسبيب جميع قرارات الادارة المتعلقة بالعقود الادارية , إذ اشترطت هذه المنشورات ان يكون التسبيب مكتوباً وان يتضمن تفاصيل الاسباب القانونية والواقعية التي اوجبت اصدار هذا القرار[4] .

وفي مصر يتضح ان الجهة الادارية غير ملزمة بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة خلافاً لما جرى عليه العمل في فرنسا , وفي ذلك تجاهل لضمان مهم من ضمانات الملتزم مع الادارة ضد تعسفها , أو اساءت استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات ضده[5] , وقد انتقد (الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد) هذا المسلك من مشرع المصري ؛ إذ يرى انه يجب على المشرع المصري ان يلزم الادارة بتسبيب قرارات الجزاءات التي توقعها على المتعاقد معها وخاصة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ لأنه يساعد القاضي في رقابته على صحة قرار الإسقاط , فاذا ثبت له مخالفة هذا القرار للقوانين يحكم بعدم تحمل الملتزم النتائج الباهظة المترتبة

---

(1) Pierre Rier , Precis de droit administratif , Op. Cit , P. 346 .

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص192 .

(3) Jean Vincent , Acte administrative , J.C.A , 2001 , P.104 .

(4) محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص111-112 .

(5) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص127 .

على الإسقاط , مع تعويضه عن ذلك إذا كان له مقتضى , ويعتبر ذلك ضمانه مهمة للملتزم مع الادارة المانحة للالتزام[1] .

وفي الجزائر , فأن المشرّع الجزائري قد خرج عن القاعدة العامة التي تقضي : (بأن الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الادارية) في مجال الجزاءات التعاقدية لما لها من مساس بحقوق وحريات الافراد ؛ إذ حاول ان يقف موقفاً وسطاً بين تحقيق المصلحة العامة و بين المحافظة على حقوق ومصالح الافراد لذلك لما منح الادارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها لكن بالمقابل الزمها تسبيب قراراتها[2] , وهذا ما اكده قانون المنافسة 03 – 03 للصادر في 2003/7/19 الذي نص على : " يتخذ مجلس المناقشة اوامر معللة ... "[3] .

وفي الامارات , فالأصل ان الادارة غير ملزمة بذكر اسباب القرار الاداري صراحة ؛ إذ يفترض دائما ان القرار الاداري قد يُبنى على سبب صحيح وعلى من يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الاثبات الا انه إذا الزم القانون جهة ادارية بضرورة تسبيب قراراتها الادارية في موضوع معين , ففي هذه الحالة يجب عليها ان تذكر هذا السبب صراحةً في قراراتها الادارية , ويجب ان يكون هذا السبب حقيقياً وصحيحاً , و تخضع الادارة إلى رقابة القضاء الاداري للتعرف على مدى صحة هذه الاسباب من الوجهة الواقعية , ومن جهة مطابقتها للقانون نصاً وروحاً[4] .

ويتضح من ذلك , ان الادارة في دولة الامارات العربية المتحدة كما جرى عليه العمل في مصر غير ملزمة بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الا إذا نص القانون على ذلك , وهذا الامر منتقد من وجهة نظرنا لأنه يضع الملتزم تحت رحمة الادارة المانحة للالتزام التي من الممكن ان تتعسف في اتخاذ قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , كما انه يؤدي إلى صعوبة رقابة القضاء المختص على هذا الجزاء الشديد القساوة والوطأة .

أما في العراق , فأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم تتضمن نصاً يُلزم الادارة في تسبيب قراراتها الادارية بما فيها قراراتها الخاصة بتوقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها , ونبرر ذلك بالقول ان التسبيب يُعد من القواعد العامة التي يجب ان تتقيد بها الادارة عند اصدار قراراتها الادارية الخاصة بالجزاءات , بما فيها جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ولا حاجة للنص عليه في هذه التعليمات .

أما موقف الفقه الاداري من تسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فقد اختلفوا حول مدى التزام الادارة بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فيذهب بعضهم إلى القول ان عقد التزام المرافق العامة هو من عقود المعاونة وبالتالي فأن مانح الالتزام الذي ينهي هذا العقد من جانبه يجب ان يكون هنالك حاجة ضرورية لتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والا فأن هذا القرار يعد تعسفياً سيئاً وسيحكم على الجهة التي اصدرته بالتعويضات لصالح الملتزم المستبعد , ويبررون قولهم هذا بأن الملتزم المستبعد لا يملك الوسائل اللازمة لإثبات اساءة استعمال سلطة الانهاء , إذا كان مانح الالتزام غير ملزم ببيان الاسباب التي دفعته

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص193 .
(2) نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , المصدر السابق , ص137 .
(3) المادة (45) من قانون المنافسة الجزائري رقم 03-03 الصادر في 19 / 7 / 2003 المعدل .
(4) د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , المصدر السابق , ص144 .

إلى إسقاط الالتزام من جانبه[1] , ويذهب اخرون إلى القول بأن الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الادارية , الا إذا اشترط القانون هذا التسبيب وعندئذ إذا تجاهلت الادارة هذا التسبيب كانت قراراتها الادارية معيبة بعيب شكلي[2] , بينما يرى بعضهم الآخر ان التسبيب كضمانة شكلية يمثل عبء على عاتق الادارة ؛ لأن كتابة السبب في القرار على نحو يطابق للظروف من شأنه القاء عبء لا تقوى على حمله الادارة , وعلى ذلك فأن العقد الاداري حينما لا يحدد الاسباب التي تجيز للإدارة ممارسة سلطتها الجزائية , لأن هذا يعني تحللها من الالتزام بتسبيب قرارها الجزائي , لكن هذا لا يعني انها تفلت من الرقابة القضائية[3].

بدورنا نرى ان اسناد سلطة توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة إلى الادارة دون الرجوع إلى القضاء المختص هو امر قد تتعسف في استعماله , لذا لابد من ضمانات للملتزم تحول دون اساءه استعمال هذه السلطة , ومن اهم هذه الضمانات هو التسبيب ؛ إذ يجب الزام الادارة بتسبيب قرار الإسقاط سواء أكان التسبيب منصوص عليه في القانون ام في عقد التزام المرافق العامة ام لم ينص فيهما عليه , وذلك من اجل حماية الملتزم من قرار الإسقاط غير المشروع أو الذي لا مبرر له , ومن خلال التسبيب يستطيع القاضي المختص ان يمارس رقابته على الاسباب التي استندت عليها الادارة في اصدار جزاء الإسقاط في يسر وسهولة , هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ان تسبيب قرار الإسقاط يُمثل ضمانة مهمة للإدارة المانحة للالتزام ليضمن لها مشروعية هذا القرار وبالتالي يحصنه من الغائه من قبل القضاء المختص .

الفرع الثاني

التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

التناسب يفرض على الادارة مراعاة الاعتدال عند قيامها بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها , لذا يجب ان يكون جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي توقعه الادارة المانحة للالتزام متناسباً مع الاخطاء والمخالفات التي ارتكبها الملتزم ؛ لأنه عندما يلجأ الملتزم إلى القضاء المختص , فأن القاضي يقرر مدى تناسب هذا الجزاء مع الخطأ الذي ارتكبه الملتزم , لذا سنتناول نطاق التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (اولاً) , وموقف قضاء الدول المقارنة من التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (ثانياً) , وكما يأتي :

أولاً- نطاق التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

مقتضى التناسب الا تغلوا الجهة الادارية بتوقيع الجزاء في اختياره , وانما عليها ان تتخذ ما يكون على وجه اللزوم ضرورياً لمواجهة المخالفات والاخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها ومواجهة اثارها[4] .

والتناسب يُعرف بأنه : " ذلك السلوك الذي تلتزم بموجبه الجهة الادارية , الا تفرض على المتعاقد اعباء أو

---

(1)Yaseer Alsuraihy , La fin du contrat de franchise , Op. Cit , P.98-99 .

(2) د. علي محمد بدير , واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص436 .

(3) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص32-33 .

(4) د. علي حسن عبد المجيد , الغلو في الجزاء واثره على مدى صحة القرار الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2007 , ص75 .

اضرار اكثر مما تطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها "[1] , ويُعرف ايضاً بأنه : " عندما يبسط القضاء المختص رقابته على ركن السبب في القرار الاداري في ما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه (مرحلة الرقابة على السبب) , فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بين السبب والاجراء المتخذ , أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير الجزاء المتخذ[2] .

يتضح لنا ان الفقهاء والكتاب عند تعريفهم للتناسب يربطون بين المخالفة والجزاء , وايضاً بين محل القرار الاداري والوقائع ومدى تقدير الواقعة في اهميتها , ومدى تبريرها للقرار الذي اصدرته الادارة ؛ أي مدى تبرير المخالفة للجزاء الذي توقعه الادارة على الملتزم معها .

أما اهمية التناسب فتتضح من خلال المتفق عليه قضاءً وفقهاً من ان التناسب يعد من اهم الضمانات التي تحد الجهة الادارية في ممارسة سلطاتها الجزائية , وهو ما يحقق مفهوم العدالة في القصاص من المخالف , بمعنى الا تُتخذ السلطة الجزائية سبيلاً للنكاية من الملتزم أو للانتقام منه , وانما يلزم بقدر ما يحقق منه الردع مقابل ما اقترفته الملتزم , ولذا فأن الغلو في الجزاء يخرجه عن غايته من جهة , ويمثل انتقاصاً من حقوق وحريات الافراد من جهة اخرى[3] , ونظراً لأهمية التناسب وما له من مكانه قانونية فأن القضاء رفعه إلى مرتبة المبادئ الدستورية التي لا يجوز للمشرع الاداري مخالفته أو الخروج عليه[4] .

لقد ثار جدل في الفقه الاداري حول الطبيعة القانونية للتناسب ؛ إذ انقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين : الاول يرى ان التناسب يعد من المبادئ العامة القانون التي يتوجب على الجهة الادارية الالتزام بها في قراراتها دون الحاجة إلى نصوص صريحة تتضمنها ؛ إذ يكون القرار الاداري المتخذ في القدر المناسب لتحقيق الهدف منه فاذا تجاوزت الجهة الادارية هذا القدر كان قرارها قد خرج عن هدفه وغدا من واجب القضاء المختص حماية الافراد منه[5] , أما الاتجاه الثاني ، فيرى التناسب بأنه لا يعد من المبادئ العامة للقانون إذ رفض انصار هذا الاتجاه الاعتراف بأن التناسب يعد من المبادئ العامة للقانون , مستبدلا اياه بأفكار اخرى كالمساواة , الملائمة , الضرورة و الانصاف[6] .

بدورنا نرى , بأن التناسب يعد من المبادئ العامة للقانون , وبالتالي فأن الادارة المانحة للالتزام لا يمكنها مخالفة التناسب فيما تقوم به من تصرفات أو جزاءات , وما تقوم به من اعمال أياً كانت الوسيلة القانونية المستخدمة في ذلك ؛ إذ ان هذا التناسب يعدّ نهجاً يراد من خلاله تدعيم حقوق الانسان وفي حالة مخالفته يكون القرار الاداري غير مشروع , فاعتبار التناسب من المبادئ العامة للقانون لم يكن من العدم , وانما كان الهدف منه ايجاد تبرير لرقابه القاضي المختص في هذا الصدد .

---

(1) George Vedel , Pierre Delvole , Droit administratif , Op. Cit , P.1003 .

(2) مايا محمد نزار ابو دان , الرقابة القضائية على التناسب في الجزاء الاداري , المؤسسة الحديثة للكتاب , الطبعة الاولى , لبنان , 2011 , ص10 .

(3) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص290-291 .

(4) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص39 .

(5) نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , المصدر السابق , ص151 .

(6) د. محمد ناصر راشد محمد الطنيجي , الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2016 , ص22 .

أما علاقة التناسب باركان القرار الاداري , فمما لا جدل فيه ان التناسب لا يرتبط بالأركان الخارجية للقرار الاداري التي تتكون من ركن الاختصاص وركن الشكل والاجراءات ؛ إذ تكون سلطة الادارة فيها مقيدة , وانما الاختلاف حول علاقة التناسب باركان القرار الاداري الداخلية ؛ إذ انقسم الفقه والكتاب إلى ثلاثة اتجاهات : الاول يرى ارتباط التناسب بركن الغاية , ويرون ان القرار مشوباً بعيب الغاية أو بعيب اساءة استعمال السلطة إذا هدفت الادارة بإصدارها قرار الجزاء تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة وخرجت عن مبدأ تخصيص الاهداف[1] أما الاتجاه الثاني , فيرى ارتباط التناسب بركن المحل وان عيب عدم التناسب هو من عيوب مخالفة القانون في معناه وروحه , وان المشرّع عندما نص على عدد من الجزاءات التعاقدية لا على جزاء واحد انما قصد ان تختار الادارة من بين هذه الجزاءات ما يناسب صدقاً المخالفة التي ارتكبها الملتزم[2] , في حين ان الاتجاه الثالث يرى ارتباط التناسب بركن السبب ؛ إذ يعدون ان رقابة عدم التناسب في القرار الاداري هي الرقابة على السبب في صورتها القصوى , ويرون ايضا ان رقابة القاضي المختص على ركن السبب تقسم إلى ثلاث درجات : وهي , رقابته على الوجود المادي للوقائع , ورقابته على التكييف القانوني للوقائع , واخيراً رقابته على تناسب شدة القرار والوقائع المادية التي دفعت الجهة الادارية إلى اتخاذه[3] .

التناسب بين الجزاء والمخالفة احد اهم القواعد الجزائية الحديثة التي تفرضه مقتضيات العدالة والرغبة في الابتعاد بالجزاء من ان يكون وسيلة للتنكيل بالمخالف من خلال تعسفها في الجزاء بشكل غير مبرر , الامر الذي قد يدفع المخالف إلى العند لمعاودة اثبات المخالفة نتيجةً لفقدانه الثقة في الجهة الادارية[4] .

وعلى ذلك فأن احترام الجهة الادارية للتناسب يستوجب مراعات عدة امور اهمها :

أ- قياس درجة خطورة المخالفة بالنسبة لما تمثله من الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون[5] .

ب- قياس مقدار كفاية الجزاء في مواجهة حجم وآثار هذه المخالفة , وهذا ما يضمن عدم تحول هذا الجزاء من اداة عقاب على خلل إلى وسيلة للتهديد والبطش , وعلى ذلك فأن تقدير التناسب في الجال العقدي يعتمد على قدر ما يصيب الاخلال بتنفيذ العقد الاداري من تعطيل للمرفق العام , أو اعاقة سيره وانتظامه[6] .

ج- يستوجب التناسب التعويل على قصد المتعاقد المخالف وما إذا كان قد انصرف إلى المخالفة , أو وقعت بسبب اهماله وعدم تبصره , فاذا كان الجزاء التعاقدي يوقع بغض النظر عما إذا كان الخطأ قد وقع عن عمد أو اهمال , ولكن تكون جسامة الجزاء تبعا لما إذا كانت المخالفة قد وقعت عن قصد أو كانت نتيجةً لإهماله أو عدم خبرته[7] .

وتجدر الاشارة إلى ان (الدكتور ضرار القزاز) يرى انه في مجال العقود الادارية لا يصلح التقيد بمبدأ

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص131 .
(2) مايا محمد نزار ابو دان , الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري , المصدر السابق , ص18 .
(3) د. محمد ناصر راشد محمد الطنيجي , الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري , المصدر السابق , ص36 .
(4) ثامر حسين محسن ابو جمة العجيمي , الجزاءات التي توقعها الادارة بمناسبة النشاط الاداري في غير مجال العقود والتأديب , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , مصر , 2010 , ص386 .
(5) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص40 .
(6) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري ,المصدر السابق , ص132-133 .
(7) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص293 .

التناسب ؛ لأنه مجال تحكمه التصرفات الرضائية والاتفاقات , حيث يتوافق من خلاله الاطراف على ما ينبغي ان يكون عليه تنفيذ عقودهم , ولذلك يمكن لهذه الاتفاقات ان تتوافق على ان تتحرر من أي قيد يفرضه مبدأ التناسب أو غيره[1] .

بدورنا نرى , انه يجب على الادارة الموقعة لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مراعاة تناسب هذا الجزاء مع درجة خطورة وحجم المخالفة التي ارتكبها الملتزم , فتناسب هذا الجزاء مع حجم المخالفة , يؤدي إلى عدم تحوله إلى وسيلة للانتقام والبطش , فالتناسب يعد من وجهة نظرنا احد اهم الضمانات في مجال قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ يجب على الادارة عن توقيعها لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ان تتقيد بهذا التناسب لأنها تكون خاضعة لرقابه القضاء الذي يمتد سلطته لتقي مدى ملائمة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة والتي تخوله ببسط رقابته على مدى تناسب هذا الجزاء مع المخالفة التي ارتكبها الملتزم , كما نرى أيضاً ان التناسب يرتبط بركن السبب ؛ اذ ان القضاء المختص يتأكد من الوجود المادي للوقائع التي استندت عليها الادارة المانحة للالتزام عند اصدارها لقرار الإسقاط , وكذلك يتأكد من صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع , ومدى تناسب شدة قرار الإسقاط مع الوقائع المادية التي حدثت ودفعت الادارة المانحة للالتزام الى اتخاذ هذا القرار .

ثانياً- موقف قضاء الدول المقارنة من التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

القاعدة العامة انه لا يجوز للقاضي المختص مراقبه اهمية وخطورة التناسب ؛ وذلك لأن الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة هي ليست رقابة ملائمة , وانما رقابة مشروعية , فإذا كان القاضي الاداري قد انتهى إلى وجوب فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها , فأن دوره يجب ان يقتصر عند هذا الحد ولا يتعداه إلى بحث تقدير مدى تناسب السبب من الجزاء المتخذ على اساسه ؛ لأنه لو فعل ذلك فأنه يعد خروجاً عن حدود مهنته كقاضي إلى حد اختصاص الادارة لعامة [2] , وبالرغم من ذلك فأن القضاء لم يلتزم بهذه القاعدة في الكثير من الحالات التي يرى فيها ضرورة التزام الجهة الادارية بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ قرار الجزاء ومحله , تأسيسا على ان مبدأ التناسب يعد من المبادئ العامة للقانون التي يتوجب على الادارة الالتزام بها دون الحاجة إلى وجود نص صريح يؤيده , وبذلك فأن عمل القاضي الاداري يمتد إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب ويقتصر عمله على المطابقة بين محل قرار الجزاء واحد المبادئ العامة للقانون وهو التناسب[3] , واذا كان القاضي الاداري يملك سلطة تقدير جسامة الاخطاء التي استندت اليها الادارة المانحة للالتزام عند توقيعها لجزاء الإسقاط على الملتزم معها , الا انه إذا كان الخطأ المنسوب إلى الملتزم من بين الاخطار المنصوص عليها قانوناً والتي تبرر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , فأنه ليس للقاضي الاداري في هذه الحالة ان يتدخل للحكم على مدى تناسب الجزاء مع الخطأ ,

---

(1) د. ضرار القزاز , الضمانات السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , المصدر السابق , ص42 .

(2) خليفة علي حمد المسافري , الرقابة على ركن السبب في القرار الاداري وفقاً للقضاء الاماراتي , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , بلا سنة للنشر , ص172 .

(3) عبد العال حاحه , امال يعيش تمام , الرقابة على تناسب القرار الاداري ومحله في دعوى الالغاء , بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني العدد الخامس , بلا سنة للنشر , ص137 .

مادام ذلك الخطأ من بين الاخطاء الي تبرر جزاء الإسقاط في نظر المشرع[1] .

في فرنسا , قرر مجلس الدولة بأنه يمكن الطعن امام القاضي المختص بمشروعية الجزاءات التعاقدية في مجال عقود التزام المرافق العامة , وبذلك يملك القاضي المختص سلطة الغائها عندما يثبت عدم مشروعيتها , كما اعترف مجلس الدولة للقاضي بهذه السلطة ايضاً إذا قدر عدم تناسب تلك الجزاءات مع بساطة الخطأ الذي ارتكبه الملتزم , ولكن لا يجوز للقاضي ان يأمر بإرجاع الملتزم في حالة الحكم بإلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ لأن هذا الجزاء سوف تتخذه الادارة المانحة للالتزام ومن غير المقبول ان يفرض عليها القضاء هذا الامر[2] , أما المجلس الدستوري لفرنسي , فأنه يرى ان مبدأ التناسب يعد من المبادئ التي تحكم النظم الجزائية و يجب تطبيقه على كل جزاء يتسم بصفة الردع سواء كان هذا الجزاء جنائياً أو ادارياً , وهذا ما اكده في قراره الصادر بتاريخ 1989/7/28 الذي جاء فيه : " ... لا يقتصر تطبيق مبدأ التناسب على الجزاءات الجنائية وانما تطبيقه يتسم بصفة الردع حتى لو عهد بسلطة توقيعه إلى جهة ادارية غير قضائية ... " , أما قراره الصادر في 2002/6/14 حيث اعتبر فيه ان مبدأ التناسب شرطا جوهرياً لصحة الجزاءات التي توقعها الادارة على المتعاقد معها[3] .

وفي مصر , فأن القضاء المصري قد اكد على ان الغلو في تقدير الجزاء وعدم التناسب بين خطورة المخالفة وما تم توقيعه من جزاء على الضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة يعد اساءة وتعسف في استعمال السلطة , وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 2004/9/25 الذي جاء فيه : "... ولئن كان تقدير الجزاء متروك إلى حد بعيد لتقدير من يملك توقيع الجزاء , الا ان هذه السلطة تجد حدها في قيد عدم جواز اساءة استعمال السلطة التي يعبر عنها الغلو في تقدير الجزاء المناسب بين خطورة المخالفة وما يتم توقيعه من جزاء على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة , فاذا شاب الجزاء غلو معين كان على سلطة الرقابة على ذلك الجزاء ان تلغيه ... "[4] . وان القضاء المصري قد اكد على ان مراعاة التناسب لا يعني ان يكون شديداً منطوياً على غلو وحسب , وايضاً لا يعني ان يكون ليناً فيكون بسيطاً على مخالفة عقدية جسيمة ؛ لأنه في هذه الحالة ينطوي على غلو فيعدم الجسامة مما يجعل المخالف يستهين به , وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 2004/3/20 الذي جاء فيه : " ... الافراط في اللين والشفقة يؤدي إلى الاستهانة بالموقع عليهم بالتزاماتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين ... , والشدة في الجزاء واللين فيه , لا يؤمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ..."[5] .

وفي الجزائر , فأن الجهة الادارية في هذا المجال تتمتع بسلطة تقديرية بخصوص اختيار الجزاء , غير ان القاضي المختص يمارس رقابة دنيا عندما يتوصل إلى وجود خطأ ناجم من تعسف الجهة الادارية في حرية

---

(1) د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , المصدر السابق , ص237 .
(2) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , المصدر السابق , ص107- 108 .
(3) نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , المصدر السابق , ص151 .
(4) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 4197 , جلسة 25 / 9 / 2004 , حكم منشور في مجموعة المبادئ القانونية , 2006 , ص9 .
(5) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 10826 , الصادر في 20 / 3 / 2004 , حكم منشور في مجموعة المبادئ القانونية 2005 , ص248 .

التصرف الممنوحة لها وعند تجاوزها حدود المعقول في الجزاء الذي تبنته بخصوص العناصر الملائمة , وهذا ما اكدته الغرفة الادارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في1992/2/20 , حيث اعتمد هذا القرار على ابراز عدم تناسب الجزاء مع الاخطاء المرتكبة(1) .

وفي الامارات , فأن القضاء فيها يرى ضرورة التزام الجهة الادارية بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ قرار الجزاء وبين محله , وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في يحكمها الصادر في 2012/10/17 الذي جاء فيه : " ... ولئن كان للإدارة سلطة تقدير خطورة المخالفة وما يناسبها من جزاء بغير معقب عليها في ذلك , الا ان مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية اخرى , يجب ان لا يشوب استعمالها الغلو في التقدير الذي يتجلى في عدم الملائمة بين درجة خطورة المخالفة وبين نوع الجزاء ... وعلى هذا الاساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة منسوباً بالغلو , فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ... "(2) .

أما في العراق , فأن القضاء العراقي قد ساير القضاء الفرنسي والمصري من حيث فرض رقابته على التناسب في الجزاءات التعاقدية التي تفرضها الجهة الادارية مع المخالفات , والاخطاء التي ارتكبها المتعاقدين معها , وهذا الذي اكدته محكمة التمييز الاتحادية في حكمها رقم 151/ مدني اولى / الصادر في 15 / 11 /1972 , حيث ايدت فيه حكم محكمة الاستئناف المتضمن الحكم بعدم تناسب الغرامة التأخيرية التي فرضتها الادارة على المتعاقد معها مع المدة الصحيحة التي تأخر فيها(3) , وحكمها الصادر في 2004/3/8 الذي جاء فيه : " ... ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية تقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض وجد ان التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه ... "(4) .

يتضح مما تقدم , ان القضاء المختص قد بسط رقابته على التناسب في مجال الجزاءات التعاقدية ؛ إذ اشارت الكثير من احكامه وقراراته إلى وجوب تناسب الجزاء العقدي مع حجم المخالفة التي يرتكبها المتعاقد ؛ إذ يجب على الجهة الادارية الالتزام بالمعقولية عند اختيار الجزاء التعاقدي وذلك بإقامة التوازن بين خطورة وحجم المخالفة وبين الجزاء الذي توقعه على المتعاقد معها , لذلك فأن مهمة القاضي المختص في مجال جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هي مراقبة هذا الجزاء من حيث تجاوزه للمعقول وما هو ضروري , وكذلك الاختلال بين تناسب هذا الجزاء مع حجم وخطورة وجسامة المخالفات والاخطاء التي ارتكبها الملتزم اثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية .

---

(1) نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , المصدر السابق , ص198- 199 .

(2) حكم المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية في الطعن رقم 320 الصادر في 17 / 10 / 2012 , حكم اشار اليه خليفة علي حمد المسافري , الرقابة على ركن السبب في القرار الاداري وفقاً للقضاء الاماراتي , المصدر السابق , ص 189- 190 .

(3) د. حسب ناجي عبود , م. م هناء عباس كاظم , السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية , بحث منشور على موقع المجلات الاكاديمية العراقية , 2011 , ص178 .

(4) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 129 / الهيئة المدنية / الصادر في 2004/3/8 , حكم غير منشور .

المبحث الثاني

الضمانات اللاحقة المتمثلة بالرقابة القضائية على توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة

لا تُعدُّ سلطة الإدارة في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة سلطة مطلقة تمارسها كيفما شاءت ولكنها في الواقع تعد سلطة خاضعة لرقابة القضاء المختص , فالرقابة القضائية تُوازن السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة المانحة للالتزام في عقد التزام المرافق العامة وفي الوقت نفسه تمثل ضمانة مهمة وفعالة للملتزم ضد تعسف هذه الإدارة أو مخالفتها للقوانين , كما ان ترك الإدارة المانحة للالتزام حرة واطلاق سلطتها في فرض جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها دون رقيب , قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق الملتزم ويجعل معظم الاشخاص يصرفون النظر عن التعاقد مع الجهة الإدارية , وعليه فلابد من جهة قضائية تراقب قرارات الإدارة وتحد من سلطتها في فرض الجزاء على الملتزم المقصر معها , بما يحقق نوعاً من التوازن بين السلطة الجزائية للإدارة وبين حقوق الملتزم , وضرورة طمأنته وفقاً لضمانات معينة , اهمها اللجوء إلى القضاء المختص إذا كان قرار الجزاء الذي تصدره الإدارة مخالفاً للقانون للمطالبة برد الحقوق التي استولت عليها الإدارة المصدرة للجزاء دون وجه حق .

وترتيباً على ما سبق نبين في هذا المبحث الضمانات اللاحقة المتمثلة بالرقابة القضائية علي توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العام , مقسمين هذا المبحث على مطلبين : الاول لاختصاص الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني لنطاق الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

المطلب الأول

اختصاص الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

يتولى القضاء المختص بوصفه جهة مستقلة عن الإدارة مهمة الرقابة على الجزاءات التعاقدية التي توقعها على الملتزم معها , مستنداً في ذلك إلى نصوص قانونية تخوله هذا الاختصاص , فالرقابة على السلطة الجزائية للإدارة قد تكون من اختصاص المحاكم العادية ؛ إذ يكون لها اختصاص الفصل في المنازعات العادية والإدارية على سواء , أو قد يتولى هذه المهمة قضاء متخصص بالرقابة على اعمال الإدارة وسلطتها الجزائية والفصل في المنازعات الإدارية , كما يجب التفرقة بشأن تحديد القاضي المختص بممارسة الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة بين ما إذا كان الملتزم نفسه هو الذي طعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العام , ام ان شخصا آخر من الغير هو الذي طعن في هذا القرار , ومن اجل توضيح ما سبق نقسم هذا المطلب على فرعين : الاول النظام القضائي المختص في الرقابة على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني لأنواع الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

الفرع الأول

النظام القضائي المختص في الرقابة على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

لا تسلك الدول اتجاهاً واحداً في تنظيم الرقابة القضائية على السلطة الجزائية للإدارة , فهنالك دول تسند هذه الرقابة إلى القضاء العادي , فيكون لها اختصاص الفصل في المنازعات العادية و الإدارية على السواء , وهو ما يُعرف بنظام القضاء الموحد , وهنالك دول اخرى تسند هذه المهمة إلى قضاء متخصص بالرقابة على السلطة القضائية للإدارة , وهو ما يُعرف بنظام القضاء المزدوج , لذا نبين في هذ الفرع الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في ظل النظام القضائي الموحد (اولاً) , والرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في ظل النظام القضائي المزدوج (ثانياً) .

أولاً- الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في ظل النظام القضائي الموحد:

يُقصد بنظام القضاء الموحد هو ان يتولى القضاء العادي مهمة الفصل في جميع القضايا المدنية والجزائية والتجارية والإدارية على السواء ؛ إذ يمارس القضاء العادي الرقابة القضائية على مختلف القرارات الإدارية بما فيها قرار الإسقاط , مستنداً في ذلك إلى اسباب قانونية معينة وفي الوقت نفسه يستخدم وسائل قانونية مختلفة تمكنه من مواجهة اعمال الجهة الإدارية غير المشروعة[1] , وبالتالي لامجال للتمييز بين المنازعات ذات الطبيعة الإدارية والاخرى ذات الطبيعة المدنية فتخضع جميعها لأحكام وقواعد قانونية موحدة , ولاختصاص قاض عادي واحد , وان كان هناك اختلاف في مدى سلطته وولايته القضائية بصدد الفصل في نوع الاول من بينها عن الاخير فهو لا يملك في المنازعات الإدارية سوى الحكم بعدم مشروعية العمل الإداري المنشئ لها في حالة مخالفته للقانون أو التعويض عن اضراره دون ان يكون له سلطة وقف التنفيذ أو اصدار أوامر أو فرض الغرامات التهديدية , وبالتالي لا يملك القاضي العادي في ظل النظام القضائي الموحد أي مجال للحكم بإلغاء القرارات الإدارية , بما فيها قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة[2] .

يعد نظام القضاء الموحد هو الاقدم تأريخاً في التطبيق مقارنةً بنظام القضاء المزدوج ؛ إذ كان سائداً لدى غالبية الدول حتى قرابة الربع الاخير من القرن التاسع عشر , ذلك التأريخ التي اتجهت فيه الكثير من الدول إلى اعتناق نظام القضاء المزدوج , وان ظلت حتى الآن دولاً عديدة متمسكة بالنظام القضائي الموحد وخاصةً دولة انكلترا صاحبة الريادة في هذا المجال , ثم سارت على نهجها الكثير من الدول اليافعة الحديثة كالإمارات العربية المتحدة[3] , ويستند نظام القضاء الموحد على مبدأ (الفصل ببين السلطات) الذي مقتضاه ان تستقل السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية والسلطة التنفيذية بالوظيفة الإدارية والسلطة القضائية بالعمل القضائي , ولما كان الدستور هو الذي خص القضاء بمباشره الوظيفة القضائية , فليس لأي جهة اخرى ان تشاركه في مزاولة هذه

---

(1) د. مصطفى محمود عفيفي , الرقابة على اعمال الادارة والمنازعات الادارية , مكتبة الاسكندرية , الجزء الاول , مصر , 1990 , ص285 .

(2) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص240 .

(3) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص247 .

الوظيفة , وبالتالي فأن المحاكم التي يتكون من مجموعها القضاء هي التي تختص وحدها بأنزال حكم القانون على المنازعات التي ترفع امامها , ولا فرق بين ان تكون هذه المنازعات مدنية أو إدارية[1] .

فالنظام القضائي الموحد يقوم على ان هنالك قانون واحد يطبق على الجميع أياً كان طرف النزاع فلا توجد بالتالي محاكم متخصصة لكن توجد قواعد متميزة تكون ضرورية لحماية المصلحة العامة ؛ إذ تعدُّ مجرد استثناءات من القاعدة العامة كما هو الحال في دولة الإمارات العربية المتحدة وذلك ارتكاناً لما للإدارة من سلطة مترتبة بطبيعة الحال على ما عليها من مسؤولية تجاه ضمان حسن سير المرافق العامة واستمراريته وتطويره[2] ويعد النظام القضائي الموحد في نظر مؤيديه علاوة على تميزه بالبساطة , تطبيقا لمبدأ المشروعية فالحكام والأفراد متساوون امام القضاء , ويخضعون لقانون واحد وتختص جهة قضائية واحدة بالنظر في المنازعات جميعها , كما يرون انه يمثل ضمانة قوية لحماية حقوق الأفراد ضد تعسف الإدارة بخضوعها للمحاكم العادية وعدم تمتعها بامتيازات في مواجه الأُفراد وبالتالي انشاء قضاء إداري لها[3] .

إن ما يُعيب هذا النظام انه يُبيح للقاضي التدخل في صميم العمل الإداري مما يؤدي ذلك إلى اضعاف استقلالية الإدارة , كما انه يتجاهل طبيعة المنازعات الإدارية التي تختلف عن المنازعات العادية من ناحيتي النظام القانوني والهدف , فضلا عن انه يجعل الكثير من الأعمال و القرارات الإدارية تفلت من رقابة القضاء بسبب تحصين المشرع لها من الطعن امام هذا القضاء[4] , وايضاً ما يُعيب هذا النظام انه يتجاهل مقتضيات المصلحة العامة والتي تتطلب قواعد قانونية مختلفة عن قواعد القانون المدني التي وضعت لتنظيم العلاقات القانونية بين الأفراد , والتي تقوم على اساس المساواة المطلقة , بينما تهدف السلطة الإدارية تحقيق المصلحة العامة , وهي بذلك يجب ان تتمتع بامتيازات تُرجح كفتها على كفة الأفراد جميعهم[5] .

تنتمي الامارات من حيث نظامها القانوني إلى مجموعة الدول ذات النظام القضائي الموحد , فلا يوجد بها حتى الآن أي قضاء إداري متخصص , كما لا يندرج في عداد محاكمها العادية أي هيئات قضائية إدارية متخصصة مثلما هو الحال في بعض الدول التي بلغت في تطورها انشاء محاكم إدارية متخصصة في كنف قضائها العادي[6] , والدستور الإماراتي نص في المادة (102) الفقرة (1) على : " يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو اكثر تنعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة أو في بعض عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية :- 1- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والافراد ... " , كما نصت المادة (103) من هذا الدستور على : " ينص هذا القانون على استئناف احكام تلك المحاكم امام احدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا في الحالات والاجراءات التي يحددها " . واستناداً إلى هذين النصين الدستوريين صدر القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنه 1978 الخاص بأنشاء المحاكم الاتحادية ؛ إذ بموجبه تم نقل اختصاصات الهيئات القضائية المحلية جميعها في كل من امارة عجمان والشارقة والفجيرة إلى

(1) د. محمد عبد العال السناري , مبدأ المشروعية والرقابة على اعمال الادارة , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , بلا سنة للنشر , ص203 .
(2) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص247 .
(3) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص92 .
(4) د. غازي فيصل مهدي , د. عدنان عاجل عبيد , القضاء الاداري , مكتبة دار السلام القانونية , الطبعة الثالثة , العراق , 2017 , ص119
(5) د. محمد عبد العال السناري , مبدأ المشروعية والرقابة على اعمال الادارة , المصدر السابق , ص208-209 .
(6) د. مصطفى محمود عفيفي , الرقابة على اعمال الادارة والمنازعات الادارية , المصدر السابق , ص320 .

المحكمة الاتحادية الابتدائية في امارة أبو ظبي واناط بها دون غيرها بمهمة النظر بالمنازعات المدنية والإدارية والتجارية جميعها بين الاتحاد والافراد سواء كان الاتحاد مدعى عليه أو مدعياً فيها[1] .

يتضح لنا مما تقدم ان المشرع الإماراتي يعتنق النظام القضائي الموحد , الا انه اخضع فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية إلى قواعد خاصة ؛ إذ انه استعان بنظام الدوائر الفرعية التابعة للمحاكم الاتحادية , فجعل للمحكمة الاتحادية الابتدائية في امارة ابوظبي الصفة المدنية عندما تنظر في المنازعات المدنية ويكون لها الصفة التجارية عندما تنظر في المنازعات التجارية ويكون لها الصفة الادارية عندما تنظر في المنازعات الإدارية بين الاتحاد والافراد , كما ان هذه المحكمة تطبق ذات القواعد المطبقة في الدول التي تعتنق النظام القضائي المزدوج فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية وخاصةً المنازعات المتعلقة بسلطة انهاء العقود الإدارية واثر ذلك على الملتزم مع الإدارة المانحة للالتزام واستحقاقه للتعويض .

ثانياً- الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في ظل النظام القضائي المزدوج :

نظام القضاء المزدوج يُقصد به ألا تكون المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء العادي , كما هو الحال في ظل النظام القضائي الموحد ولا تكون كذلك من اختصاص الإدارة , وانما يعهد بها إلى قضاء يسمى القضاء الإداري , ومعنى ذلك ان القضاء في الدولة يتألف من جهتين قضائيتين : احداهما القضاء العادي ويختص بفصل المنازعات المدنية أي تلك التي تنشأ بين الإفراد أو بين الافراد والإدارة بوصفها شخصاً عادياً, أما الجهة القضائية الآخر ى , فهي القضاء الإداري الذي يختص بالفصل في المنازعات الإدارية , أي تلك التي تنشأ بين الافراد والإدارة بعدها سلطة عامة[2] . وقد هاجم بعض الفقهاء النظام القضائي المزدوج بحجة ان كفالة مبدأ المشروعية يتطلب وحدة القضاء دون أي تفرقة بين الإدارة والافراد[3] .

بدورنا نرى , انه لا يمكن الاتفاق مع هذا الرأي والقول ان النظام القضائي المزدوج يتعارض مع مبدأ المشروعية , وذلك لأن هذا المبدأ يتطلب خضوع الحاكم والمحكومين للقانون دون اشراط وحدة القضاء أو القانون إذ ان القانون سواء كان عاماً أو خاصاً من صنع الدولة وتشرعه لغرض تطبيقه في مجالات محددة وبشروط معينه دون تفرقة بين الإدارة والافراد , واذا كان النظام القضائي المزدوج قد ادى إلى ظهور مشكلة تنازع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والعادية , الا انه قد تم حل هذه المشكلة عن طريق تشكيل محاكم تنازع الاختصاص .

تعدّ فرنسا مهد نشأة النظام القضائي المزدوج ؛ اذ ان في السنة الثامنة للثورة الفرنسية التي حدثت عام 1789 تم انشاء مجلس الدولة الفرنسي ومجالس الاقاليم التي كانت اختصاصاتها تتلخص بفحص الخصومات الادارية التي كان يختص بها الوزراء ومدراء الاقاليم , اي ان وظيفة مجلس الدولة كانت مجرد وظيفة استشارية ولذلك سمي هذا النظام القضائي بنظام (القضاء المحجوز او المقيد) , وفي 1872/5/24 صدر القانون الذي

(1) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص248 .
(2) د. محمد عبد العال السناري , مبدأ المشروعية والرقابة على اعمال الادارة , المصدر السابق , ص210 .
(3) د. انور احمد رسلان , القضاء الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2007 , ص208 .

قرر مبدأ (القضاء المفوض) لمجلس الدولة , واصبحت احكامه احكاماً نهائية بمجرد صدورها دون ان يكون نفاذها موقوفاً على تصديق رئيس الدولة عليها[1] .

ان انشاء قضاء اداري فرنسي متخصص في المنازعات الإدارية كان وليد ظروف تاريخية وقانونية وفنية عند قيام الثورة فيها عام 1789 ؛ إذ كان الهدف من انشاء قضاء اداري هو لمنع القضاء العادي من التدخل في الشؤون الإدارية , ومنع عرقلة نشاطها الإداري والاصلاحات التي تقوم بها[2] , وبالرغم من النجاح الذي حققه هذا النظام في فرنسا , الا انه قد وجه له انتقادات تتمثل بأنه نظام يقوم على محاباة الإدارة , وما يسببه من مشاكل كثيرة فيما يتعلق بتنازع الاختصاص , وقد تم الرد على هذه الانتقادات ؛ لأن مجلس الدولة الفرنسي قد حرص على حرية الافراد ووضع ضمانات ضد تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها , كما ان مجلس الدولة الفرنسي يمارس اختصاصات اخرى إلى جانب الاختصاص القضائي , فهو يقوم بدور المستشار للإدارة[3] . ويتضح لنا مما تقدم بأن فرنسا هي التي اسست النظام القضائي المزدوج وذلك بأنشائها مجلس دولة بموجب القانون الذي صدر في 1799/12/12 , حيث اصبح هذا المجلس يتولى الفصل بين النزاعات الإدارية , ثم بعد ذلك تشكلت المحاكم الإدارية ذات اختصاص استشاري بموجب القانون الصادر في 1953/9/30 التي تتولى النظر في المنازعات الإدارية الناشئة ضمن اختصاصها وبعد ذلك تشكلت المحاكم الإدارية الاستثنائية بموجب القانون الصادر في 1987/12/31 التي تختص بالنظر في الطعون المقدمة ضد احكام المحاكم الإدارية , وبالتالي فأن قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يكون من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي أو المحاكم لإدارية , إذا كان واقعاً ضمن حدود اختصاصها .

وفي مصر كان القضاء المصري قبل صدور قانون رقم 112 لسنه 1946 (الخاص بأنشاء مجلس الدولة) قضاءً موحداً ؛ إذ كان القضاء العادي يختص بالفصل في المنازعات كافة سواء أكانت مدنية ام تجارية ام إدارية الا ان ولاية القضاء العادي لم تكن كاملة فيما يخص المنازعات الإدارية , بل كانت مقتصرة على رقابة التضمين فلها ان تحكم بالتعويض عن الاضرار التي اصيبت الافراد من جراء اعمال الإدارة , أو من جراء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , دون ان يكون لها سلطة الغاء القرارات الإدارة ,او وقف تنفيذها بما فيها من قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة[4] , ويترتب على ذلك عدم فاعلية هذه الرقابة القضائية على اعمال الإدارة وذلك لعدم قدرة هذا القضاء على الغاء القرارات الإدارية غير المشروعة , مما ادى ذلك إلى المطالبة بأنشاء قضاء إداري في مصر يكون له سلطة الغاء هذه القرارات فضلاً عن سلطته في الحكم بالتعويض , وازاء ذلك بذلت محاولات عديدة لإنشاء هذا القضاء لضمان حقوق المتعاقد تجاه تسلط الإدارة , وانتهت هذه القرارات بإصدار قانون رقم 112 لسنه 1946والذي بموجبه تم انشاء مجلس الدولة المصري كقضاء إداري متخصص ومستقل عن القضاء العادي , ثم صدر قانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة , وكذلك صدور قانون

(1) د. علي محمد بدير , وآخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , المصدر السابق , ص30-31 .
(2) د. مصطفى محمود عفيفي , الرقابة على اعمال الادارة والمنازعات الادارية , المصدر السابق , ص217- 218 .
(3) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص234 .
(4) د. محمد عبد الواحد الجميلي , ماهية العقد الاداري في ضوء احكام القضاء الفرنسي والمصري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2000 , ص50 .

مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 المعدل[1] .

وإذا كان في فرنسا يوجد قاضي للعقد واخر للإلغاء فأن الامر مختلف في مصر ؛ إذ ان محكمة القضاء الإداري هي التي تختص وحدها بالفصل في منازعات العقود الإدارية ؛ إذ تكون ولايتها شاملة وبذلك تختص هذه المحكمة بالنظر في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية وانهاء هذه العقود[2] . ومن هذا المنطلق يتضح لنا ان مصر لاحقاً اعتنقت النظام القضائي المزدوج ؛ إذ انشأت قضاءاً إدارياً يختص في المنازعات الادارية بعيداً عن القضاء العادي , وذلك بأنشائها مجلس الدولة على غرار مجلس الدولة الفرنسي , والذي تألف من محكمة القضاء الإداري التي لها الولاية العامة في النظر في المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات الحاصلة بين الإدارة والملتزم بسبب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , ويتألف ايضاً من المحكمة الإدارية العليا التي تعتبر اعلى جهات التقاضي في المجلس ومن ضمن اختصاصاتها النظر بالطعون المقدمة ضد احكام محكمة القضاء الإداري .

وفي الجزائر , فأن المشرع الجزائري قد ساير فرنسا ومصر باعتناقه النظام القضائي المزدوج ؛ إذ نص الدستور الجزائري لعام 1996 في المادة (152) منه على تشكيل مجلس الدولة كهرم قضائي بجانب الهرم القضائي العادي , وبالتالي يعد ذلك تكريساً للنظام القضائي المزدوج بصورة واضحة كما ان القانون الجزائري رقم 98 - 02 الصادر في 1998/5/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية , قد انشئ هذه المحاكم تأكيداً منه على تبني النظام القضاء المزدوج , إذ نص على : " تنشئ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية "[3] , وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08 - 09 الصادر في 2008/2/25 لينص على مبدأ الاختصاص العام للمحاكم الإدارية للنظر في القضايا الإدارية جميعها ؛ إذ نص على : " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في اول درجة , بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها "[4] . ويتضح لنا مما تقدم ان المشرّع الجزائري قد تبنى النظام القضائي المزدوج وسار على نهج فرنسا ومصر من حيث انشائه لمجلس الدولة , كما نص ايضاً على انشاء محاكم إدارية تختص نوعياً بالنظر في المنازعات الإدارية جميعها أياً كان طرفها وموضوعها , وان اختصاص هذه المحاكم مطلق غير محدد , فلها ان تنظر في جميع الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية بما فيها قرار إسقاط عقد التزام المرافق العام الذي توقعه الإدارة على الملتزم المخل بالتزاماته التعاقدية .

وفي الامارات , فأنها تنتمي من حيث نظامها القانوني إلى مجموعة الدول ذات النظام القضائي الموحد , وكما اشرنا إلى ذلك سابقاً .

أما في العراق فقد تأسس القضاء الإداري فيه بتأسيس محكمة القضاء الإداري عام 1989 ؛ إذ نص المشرع على تشكيلها بموجب قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم 106 لسنة 1989 , وقد أُلحقت هذه

(1) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص95- 96 .
(2) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص236 .
(3) المادة (1) من القانون الجزائري رقم 98-02 الصادر في 30 / 5 / 1998 المتعلق بالمحاكم الادارية .
(4) المادة (800) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 08-09 الصادر في 25 / 2 / 2008 المعدل .

المحكمة بمجلس الدولة المشكل بموجب قانون رقم 65 لسنه 1979[1] , وتختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية التي تصدر من الهيئات والموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يعين لها القانون مرجع للطعن , أما بالنسبة للمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية , فأنها لم تدخل في ولاية القضاء الإداري على الرغم من انتهاج الإدارة لأسلوب القانون العام عند ابرامها لهذه العقود , مما يتطلب عند حدوث نزاع فيها تطبيق قواعد خاصة وقضاء إداري متخصص له القدرة على انشاء هذه القواعد في حالة عدم وجودها[2] .

ومحكمة التمييز الاتحادية في العراق هي التي تنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وتطبق قواعد القانون الإداري عليها على الرغم من ان هذه المحكمة تطبق بالأصل قواعد القانون المدني , ذلك ان القضاء العراقي العادي لا يُلزم بتطبيق قواعد القانون الخاص على المنازعات الإدارية[3] .

يظهر لنا مما تقدم انه على الرغم من ان المشرّع العراقي قد ساير فرنسا ومصر من حيث تبنيه النظام القضائي المزدوج وذلك بأنشائه قضاء إداري متمثل بمجلس الدولة ومحكمة القضاء الإداري التي أُلحقت بهذا المجلس , الا اننا نرى ان هذا القضاء جاء محدوداً في اختصاصاته مقارنةً بنظيره الفرنسي والمصري والجزائري إذ ان منازعات العقود الإدارية بما فيها المنازعات الحاصلة بسبب قيام الإدارة بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها تكون من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية وليس محكمة القضاء الإداري , وعليه نأمل من المشرع العراقي توسيع صلاحيات القضاء الإداري ليشمل النظر في منازعات العقود الإدارية جميعها لاسيما القرارات التي تصدرها الإدارة في مجال سلطتها الجزائية في العقود الإدارية بما فيها قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

الفرع الثاني

انواع الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

إن الرقابة القضائية على قرار الإسقاط في عقد التزام المرافق العامة هي من اختصاص القضاء الكامل الذي يفحص قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من زاويتي المشروعية والملائمة , وبذلك تكون سلطة القضاء في هذا الجزاء واسعة ؛ إذ يتناوله من ناحيتي المشروعة والملائمة فيكون جزاء الإسقاط غير مشروع إذا ما شابه عيب من العيوب الشكل , أو الاختصاص , أو مخالفة القانون , أو عيب اساءة استعمال السلطة , كما تعتمد الرقابة القضائية إلى البواعث التي دفعت الإدارة إلى توقيع هذا الجزاء ومدى تناسبه مع خطورة المخالفة المنسوبة إلى الملتزم , ولأجل تسليط الضوء على ذلك , نقسم هذا الفرع إلى رقابة المشروعية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (أولاً) , ورقابة الملائمة على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (ثانياً) , وعلى النحو الآتي :

---

(1) د. غازي فيصل مهدي , د. عدنان عاجل عبيد , القضاء الاداري , المصدر السابق , ص128 .

(2) د. فاروق احمد خماس , محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم 106 لسنة 1989 , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد الاول والثاني , جامعة بغداد , 1990 , ص220 .

(3) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص101 .

أولاً- رقابة المشروعية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

مبدأ المشروعية يتصل بفكرة الدولة القانونية التي تعني خضوع الدولة في كل نشاطاتها وجميع الأعمال والتصرفات الصادرة عنها للقانون , وتبعاً لذلك يكون على جميع السلطات العامة في هذه الدولة الانقياد والخضوع للقانون , حيث انه تبعاً لذلك فأن تصرفات هذ السلطات لا تعد صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية في مواجهة المخاطبين بها , أو الافراد الا بمقدار مطابقتها لأحكام القانون , فاذا صدرت هذه التصرفات مخالفة القانون اصبحت غير مشروعية[1] , وتبعاً لذلك يجب على الإدارة ان تباشر سلطاتها في الحدود المنصوصة عليها في القانون , ولا يتحقق مبدأ المشروعية الا بكفالة رقابة القضاء على القرارات الإدارة من حيث مدى مطابقتها مع احكام القانون , لذلك يستطيع الملتزم ان يطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة إذا شاب هذا القرار أي عيب من عيوب الاختصاص , والشكل , والسبب , ومخالفة القانون أو عيب اساءة استعمال السلطة[2] وسنتعرض لهذه العيوب بشيء من الايجاز .

1- عيب عدم الاختصاص :

يُقصد بعيب عدم الاختصاص هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني محدد ؛ لأن المشرع جعل هذا العمل من اختصاص عضو أو هيئة اخرى , كما يعني خروج الادارة أو المسؤول الاداري عند اتخاذه احد القرارات الادارية عن السلطة أو الصلاحيات المحددة له بموجب القوانين أو الانظمة أو التعليمات , فهو يحدث عندما تتخذ الادارة قراراً ادارياً اسند القانون سلطة اتخاذه إلى ادارة اخرى [3] , وعندما يصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من جهة ادارية أو شخص غير مختص في اصداره فيكون هذا قراراً غير مشروعاً , وعندئذ يقوم القاضي المختص بالتحقق مما إذا كانت السلطة التي انهت عقد التزام المرافق العامة هي السلطة المختصة ام لا[4] , وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة غير مشروع إذا صدر من شخص أو جهة ادارية غير مختصة بإصداره[5] , كما يعتبر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر من الإدارة المانحة للالتزام مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا صدر من سلطة ادارية غير مفوضة من قبل سلطة المختصة به طبقاً لأحكام القانون[6] .

إن عيب عدم الاختصاص , هو عيب يُعتبر من النظام العام نظراً لأهميته وخطورته[7] , كما ان لهذا العيب صورتين : الاولى عدم الاختصاص الجسيم الذي يجعل قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة منعدماً وفاقداً لطبيعته , كقرار اداري ويصبح مجرد واقعة مادية وهو ما يُعرف باغتصاب السلطة , أما الصورة الثانية فتسمى عيب عدم الاختصاص البسيط , التي لا تؤدي إلى انعدام قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة وانما تجعله قابلاً

---

(1) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص147 .
(2) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص328 .
(3) د. وسام صبار العاني , القضاء الاداري , دار السنهوري , الطبعة الاولى , العراق , 2015 , ص250
(4) د. رفاه كريم رزوقي , المسؤولية التعاقدية للإدارة على اساس الخطأ , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , العدد الثالث , السنة الرابعة , 2015 , ص 31 .
(5) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص441 .
(6) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص148 .
(7) د. وسام صبار العاني , القضاء الاداري , المصدر السابق , ص252 .

للإلغاء فقط , وهذا العيب اقل خطورة من عيب الاختصاص الجسيم , لذلك فأن القرار المشوب به يتحصن من الطعن بفوات المدة المحددة للطعن بالإلغاء , كما استقر القضاء الإداري على ان هنالك ثلاث حالات مختلفة لعيب عدم الاختصاص البسيط وهي : عدم الاختصاص من حيث المكان وعدم الاختصاص من حيث الزام وعيب عدم الاختصاص من حيث الموضوع[1] .

فبالنسبة للاختصاص المكاني , فأنه يجب على الإدارة ان تمارس سلطتها في اصدارة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ضمن النطاق الجغرافي الذي حدده القانون أو الانظمة أو التعليمات , أما بالنسبة للاختصاص الزماني , فيجب ان يكون قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة صادراً من جهة ادارية وقت تملكها اصداره زمانياً , أما بالنسبة للاختصاص الموضوعي فيحب ان يصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من جهة تملك اصداره موضوعياً , أي ان يكون موضوع قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة داخلاً ضمن اختصاص الادارة التي اصدرته[2] .

بدورنا نرى ان للاختصاص اهمية بالغة الوضوح في نطاق قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ وذلك لكي لا يتعرض الملتزم لهذا الجزاء من غير السلطة المختصة باتخاذه ؛ لأن التساهل أو تجاهل قواعد الاختصاص يؤدي إلى التجاوز على ضمانات الملتزم , ولذلك يجب ان يصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من جهة مختصة مكانياً وزمانياً وموضوعياً بإصداره والا فأن هذا القرار يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص مما يؤثر على مشروعيته , واذا صدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة معيباً بعيب عدم الاختصاص , فلا يمكن للإدارة تصحيحه بأجراء لاحق منها .

2- عيب الشكل والإجراءات :

المقصود بعيب الشكل والإجراءات هو عدم احترام القواعد الشكلية أو الاجرائية المحددة لإصدار القرار الاداري في القوانين أو الانظمة أو التعليمات سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلياً أو بمخالفتها جزئيا[3] , ومن ثم فأن قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يعتبر غير مشروعاً إذا خالف الشكليات أو الإجراءات أو الاوضاع السابقة , كما يعتبر هذا القرار ايضاً غير مشروع إذا لم يسبقه اعذار الملتزم , أو لم يرتكب الملتزم مخالفة جسيمة تستلزم صدور هذا القرار , أو إذا صدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العام دون التصديق عليه من الجهة المختصة بالاعتماد[4] , وبالتالي فأن الادارة ملزمة باحترام الشكليات أو الاجراءات السابقة على اصدار قرار الإسقاط واذا لم تراعيها الإدارة , فأن مسؤولية الملتزم عن اخطائه التعاقدية تُخفف عند ذلك , وان عدم احترام الجهة الإدارية للشكل والاجراءات يكون دائما له اثر هام جداً , وهو اعفاء الملتزم من النتائج الباهظة المترتبة على جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا الملتزم[5] .

---

(1) د. مازن ليلو راضي , القضاء الاداري , شركة المؤسسة العامة للكتاب , الطبعة الاولى , لبنان , 2013 , ص237 وما بعدها .
(2) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص107 .
(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص441 .
(4) د. عمر حلمي , طبيعة اختصاص القضاء الاداري في منازعات العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 1993 , ص123.
(5) الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , المصدر السابق , ص497 .

وتجدر الاشارة إلى ان هناك بعض الاشكال المقررة لصالح الجهة الإدارية وحدها , ولا يجوز للملتزم ان يتمسك بعدم اتمام هذه الشكليات , وتعفى الجهة الإدارية من اتباع هذه الشكليات إذا استندت على ظروف الاستثنائية , أو إلى استحالة اتمام هذه الشكليات[1] .

يتضح مما تقدم أن عدم قيام الجهة الإدارية بمراعاة الاجراءات الشكلية في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة تجعله معيباً وغير مشروعاً , وبالتالي اعفاء الملتزم من آثار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العام مهما كانت جسامة المخالفة المرتكبة منه , كما ان القضاء الإداري لا يُرتب بطلان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة على كل مخالفة الشكليات دون النظر إلى طبيعة هذه المخالفة ؛ إذ يُرتب البطلان عند اغفال الشكليات الجوهرية دون الثانوية , ومن ناحية اخرى هنالك بعض الاشكال مقررة لصالح الإدارة المصدرة لهذا القرار وبالتالي لا يمكن للملتزم ان يتمسك بعدم اتباعها من قبل الإدارة .

3- عيب السبب :

يجب ان تستند الجهة الإدارية عند اصدارها لقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة على سبب ,غير ان وجود السبب لا يلزم الإدارة بضرورة اصدر القرار ؛ لأنها تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ قراراتها الا إذا قيدها المشرع بوجوب اصدار قرار الإسقاط حال توفر اسبابه[2] .

وبوجه عام , فأنه لكي يعتبر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العام صحيحاً لابد من وجود شرطين هما[3] :

أ ـ أن يكون مشروعاً , أي ان تكون الواقعة التي يستند اليها مُصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة مشروعة غير مخالفة للقانون أو اللوائح , وان يحمل الوصف القانوني المطلوب لإصدار القرار بحيث يكون ما وقع من الملتزم يمثل مخالفة جسيمة أو اخلالاً بالتزاماته .

ب ـ أن يكون السبب موجوداً وقائماً حتى اتخاذ الإسقاط , وبعبارة اخرى ان يكون له وجود مادي فعلي وقت صدور قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

فوجود الرقابة القضائية على السبب يتطلب ان يتمتع القاضي المختص بالسلطان الكافي لفحص السبب الذي بُني عليه قرار إسقاط عقد التزام المرافق العام من حيث صحته من الناحيتين الواقعية والقانونية , وان الرقابة القضائية هي التي تكبح جماح السلطة التقديرية للإدارة ؛ إذ ان الإدارة عندما تصدر قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة فأن رقابة القضاء لا تتحرك على الوجود المادي إلى الوقائع فقط وانما إلى صحة تقدير الوقائع , والقضاء عندما يُسلط رقابته فانه يقدر هذه العناصر التقدير الصحيح يُنزل حكم القانون عليها[4] .

بدورنا نرى , ان الإدارة المانحة للالتزام يجب ان تستند إلى سبب صحيح عند اصدارها لقرار الإسقاط على الملتزم معها ؛ إذ يجب ان يكون هذا السبب غير مخالف للقوانين أو الانظمة أو التعليمات والا كان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة معيباً بعيب السبب , وبالتالي يكون قابلاً للطعن به امام القضاء المختص , إذ ان

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص442 .
(2) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص151 .
(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب , اصول القضاء الاداري , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2007 , ص188- 189 .
(4) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص167 .

القضاء بسط رقابته على الاسباب التي تدفع الإدارة إلى توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها ليقرر استناداً إلى سبب توقيع هذا الجزاء مشروعية أو عدم مشروعيه قرار الإدارة بالإسقاط , وكذلك نرى انه عندما يتوفر السبب الصحيح والكافي لإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة وتوفر شروط اصداره فأن الإدارة في هذه الحالة تكون ملزمة بإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , سواء قيدها المشرع بذلك ام لم يقيدها , وذلك حفاضاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد , وايضا لكي لا تتواطأ مع الملتزم .

4- عيب مخالفة القانون أو الانظمة أو التعليمات :

يُقصد بعيب مخالفة القانون , مخالفة محل القرار الإداري لأحكام القواعد أياً كان مصدرها أو شكلها , فالقواعد القانونية جميعها التي تشكل نافذة المشروعية الإدارية يترتب على مخالفتها عدم مشروعية قرار الإدارة[1] , لذا يجب ان يكون قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر من جهة إدارية معتمداً على تطبيق القواعد القانونية أو تطبيق بنود عقد التزام المرافق العامة , فإذا خرجت الإدارة عن ذلك يكون قرارها بالإسقاط غير مشروع[2] . ويرى الفقيه (تيرنير) ان القاضي المختص يراقب اختصاص السلطة التي انهت عقد التزام المرافق العامة , وعيب الشكل المتمثل في عدم احترام الإجراءات الشكلية , كما يراقب ايضا اسباب الإسقاط والغرض منه ؛ لأن ذلك يعد من الافعال المنشئة للمسؤولية التعاقدية للإدارة في حالة ممارسة حقها في توقيع هذا الجزء بالمخالفة للقانون[3] . وعيب مخالفة القانون لا يقتصر على مخالفة القانون المكتوب وحسب , وانما يشمل ايضاً مخالفة بنود العقد وكذلك مخالفة القواعد التي تطبقها الإدارة وتلتزم بها (أي العرف) شرط ان يكون تطبيقه بصورة منتظمة والا يخالف نصاً قائماً[4] .

بدورنا نرى ان رقابة القضاء على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في حالة مخالفته للقانون أو الأنظمة أو التعليمات ليست رقابة خارجية كما هو الحال في الرقابة على الاختصاص , وانما هي رقابة داخلية تنصب على جوهر هذا القرار ومحله , وفي الوقت ذاته رقابة موضوعية تكشف عن مخالفته أو مطابقته للقانون ويعد قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المخالف للقانون أو الأنظمة أو التعليمات معيباً وغير مشروعاً ويترتب على الطعن به بسبب ذلك , الغاء جميع الآثار المترتبة عليه .

5- عيب اساءة استعمال السلطة :

عيب اساءة استعمال السلطة , أو كما يُسمى بعيب الانحراف بالسلطة يُقصد به خروج الجهة الإدارية عند مباشرتها لأوجه نشاطاتها عن هدف المصلحة العامة , أو عن الأهداف التي ينص عليها المشرع عند تحديده لاختصاصها[5] , ويتخذ هذا العيب صورتين : الاولى محاولة الإدارة بإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق

---

(1) د. وسام صبار العاني , القضاء الاداري , المصدر السابق , ص267.

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص329 .

(3) Philippe Terneyre ,La responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif Economica , France , 1988 , P.109 .

(4) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص155 .

(5) د. وسام صبار العاني , القضاء الاداري , المصدر السابق , ص286- 287 .

العامة لتحقيق اهداف بعيدة عن المصلحة العامة , كأن تستعمل هذه السلطة لغرض الانتقام , والصورة الثانية تُسمى مخالفة تخصيص الاهداف , وتتمثل في ان تستهدف الإدارة بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العام تحقيق غاية غير الغايات المحددة قانوناً حتى لو كان هذا القرار يستهدف من تلك الغاية تحقيق مصلحة عامة[1] , ويعد هذا العيب من أشد العيوب خفاء , بحيث تكون مهمة القاضي شاقة من اجل الكشف عنها ؛ إذ ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المشوب بعيب اساءة استعمال السلطة هو قرار سليم , الا ان الطاعن يتهم الإدارة بأنها اساءة استعمال السلطة ؛ لغرض تحقيق اغراض غير مشروعة , ولقد اقام القضاء الإداري قرائن على صحة الاهداف التي تبتغيها الإدارة عند اصدارها لقراراتها الإدارية ويقع على المدعي عبء اثبات ذلك العيب[2] .

بدورنا نرى , ان عيب اساءة استعمال السلطة والذي يمكن تسميته بعيب الانحراف في السلطة يعدّ من اكثر العيوب خفاءً على القاضي وتكون مهمة القاضي المختص عند الكشف عنه صعبة وشاقة , وان هذا العيب يتحقق في حالة قيام الإدارة بإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة لغرض تحقيق غاية غير الغاية التي حددها القانون , وهي معاقبة الملتزم لأخلاله الجسيم بالتزاماته التعاقدية .

ثانياً- رقابة الملائمة على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

من حيث الاصل , يعد القاضي الإداري قاضي مشروعية , وليس قاضي ملائمة ؛ إذ لا يمكن له التصدي لملائمة القرارات الإدارية الصادرة عن الجهة الإدارية , طالما ان الأخيرة تتمتع بالسلطة التقديرية , فيكون لها ان تزن ملائمة قراراتها الإدارية وتقديرها دون تدخل من القضاء , طالما انها لم تتعسف في استعمال سلطتها , لكن هذا الاصل يرد عليه استثناءات عندما تصدر الجهة الإدارية قرارات إدارية مقيدة للحرية , واخرى تتضمن توقيع جزاءات على المتعاقد معها[3] , فالأصل ان لا تمتد رقابة القاضي الإداري لتشمل البحث عن مدى تناسب الوقائع مع القرار الإداري الصادر بناءً عليها ؛ لأن تقدير اهمية الوقائع وخطورتها مسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للجهة الإدارية , الا ان مجلس الدولة الفرنسي أخذ يُراقب الملائمة بين السبب والقرار المبني عليه لاسيما إذا كانت الملائمة شرطاً من شروط المشروعية , فالقضاء يضع في اعتباره جسامة المخالفة في حالة تطبيق جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة[4] .

القضاء الإداري عندما يمارس رقابة الملائمة فأنه لا يخرج على رقابة المشروعية ؛ لأن الملائمة عنصر من عناصر المشروعية وهذا يقود إلى نتيجة بأن هنالك فارق بين المشروعية والملائمة , فالمشروعية تعني تصرف , وان هذا التصرف التزام جانب القانون , أما الملائمة , فتعني تصرف ما وان هذا التصرف كان موافقاً من حيث المكان و الزمان و الظروف المحيطة , وهذا لا يعني بأن المشروعية والملائمة فكرتان متناقضتان ؛ لأنه إذا كانت شرعية قرار من القرارات يمكن البحث فيها على اساس من قواعد قانونية فأن تقدير ملائمة هذا القرار لا يمكن ان يتم الا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية[5] , وهكذا فأن

(1) د. رفاه كريم رزوقي , المسؤولية التعاقدية للإدارة على اساس الخطأ , المصدر السابق , ص32 .
(2) د. علي شفيق , الرقابة القضائية على اعمال الادارة , معهد الادارة العامة , السعودية , 2002 , ص149 .
(3) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا , القضاء الاداري , ابو العزم للطباعة , مصر , 2001 , ص255 .
(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص444- 445 .
(5) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص187 .

القاضي الإداري يمارس من خلال وظيفته كقاضي للمشروعية دوراً مهماً في الحد من السلطة التقديرية للإدارة للحيلولة دون تعسفها , وذلك من خلال فرض احترام الجهة الإدارية للمبادئ القانونية العامة علاوة على مصادر القانون الأخرى , والتي من شأنها سد النقص في التشريعات وصدد سلطات الإدارة في الموضوعات المختلفة , فضلاً عن بسط رقابته إلى حد فحص تقدير الجهة الإدارية لملائمة قراراتها الإدارية إذا كان ذلك سبيلاً وحيداً للتوصل إلى عيب عدم المشروعية الذي يشوب هذه القرارات وخاصةً عيب مخالفة القانون أو عيب اساءة استعمال السلطة[1] .

والقاضي الإداري يتميز بأن مهامه لا تنحصر في البحث عن الحكم السليم للقانون فقط وانما يمارس بجانب ذلك البحث عن نقطة التوازن والملائمة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة , لذلك فأن الإدارة عند اصدارها لقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة فأن سلطة القاضي تبرز في إقامة موازين القسط بين أمور عدة منها , مقدار خطورة المخالفة على المصالح بغض النظر عن نوعها ومدى ما حققه المخالف من منفعة نتيجة ارتكابها[2] , ولا يمكن للجهة الإدارية التحلل من التزاماتها وذلك من خلال اسناد قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة على وقائع لا تبرر من الناحية القانونية اصداره , ولا يشفع لها التعلل بأن النص للذي حدد الواقعة جاء غامضاً ؛ لأنها في جميع الاحوال ملزمة بأن تكون الوقائع التي استندت عليها في اصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة تبرر قانوناً اتخاذه[3] .

رقابة الملائمة تتعرض لبحث الحق الشخصي للطاعن وعما اصابه من ضرر , كما تبحث هذه الرقابة عن مدى جسامة المخالفة , وما إذا كان يناسبها الجزاء , ام ان الجهة الإدارية قد تجاوزت فيه أو غالت في تقديره , فارتكبت خطأً في تكييف الوقائع الداعية اليه[4] ؛ إذ ان القاضي الإداري يملك مراقبة ملائمة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة للذنب الذي ارتكبه الملتزم , فهو لا يكتفي بالتحقق من ارتكاب الملتزم للأفعال التي تدعيها الإدارة وانما يقدر جسامة جزاء الإسقاط بخطورة المخالفة المنسوبة للملتزم , ويمكن للقاضي في حالة عدم تناسب جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع ما ارتكبه الملتزم ان قضي بعدم مشروعية هذا الجزاء المبالغ فيه وإلغائه[5] , كما يملك القاضي الإداري سلطة تعديل جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة كأن يستبدل هذا الجزاء بوضع المرفق تحت الحراسة , ويملك القاضي بطبيعة الحال سلطة تعويض الملتزم عما فاته من كسب وما لحقه من خسائر , فالقاضي المختص يمكنه ان يحكم على الإدارة بالتعويض , إذا كان تصرفها قد سبب ضرراً للملتزم[6] .

والجدير بالذكر ان الجهة الإدارية تُفضل في عقد التزام المرافق العامة اللجوء إلى القضاء المختص للمطالبة بإصدار قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم المقصر على الرغم من احتفاظها بهذا الحق لنفسها صراحةً في هذا العقد ؛ وذلك حتى تتوقى احتمال الغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة متى ما

(1) د. سامي جمال الدين , قضاء الملائمة والسلطة التقديرية , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2011 , ص128 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص330 .
(3) رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , المصدر السابق , ص192 .
(4) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص351 .
(5) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص121 .
(6) د. عمر حلمي , طبيعة اختصاص القضاء الاداري في منازعات العقود الادارية , المصدر السابق , ص126 .

طعن به الملتزم امام القضاء المختص[1] , وهذا يقودنا للقول بأن الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة تُعتبر ضمانة مهمة جداً لكل من الادارة والملتزم المستبعد على حدٍ سواء .

إن استعمال الجهة الإدارية لسلطتها في توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم المقصر في التزاماته التعاقدية , يجب ان يكون بلا تعسف من جهة الإدارة , فاذا كان الجزء الذي اضل الملتزم بتنفيذه ضئيلاً بالنسبة لقيمة التزاماته جميعها فأن القاضي المختص يجب ان يتدخل لأقامه التوازن بين الجزاء الموقع والالتزام الذي لم يُنفذ , وذلك اخذاً بمبدأ وجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقود[2] , وعليه يجب على الادارة المانحة للالتزام عند توقيعها لجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة اعمال مبدأ التناسب , والذي يتطلب أمرين اساسيين هما :

أ ـ الالتزام بالمعقولية عند اختيار جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وذلك بإقامة توازن بين خطورة المخالفة على المصالح العامة والمنفعة المتحققة للملتزم المخالف جزاء اقترافها[3] .

ب ـ الالتزام بعدم تعدد الجزاءات التعاقدية على المخالفة الواحدة , وهذا الالتزام يقوم على مبدأ عدم جواز معاقبة المتهم عن فعل اكثر من مرة , والعلة في هذا المبدأ هو ان الجزاء يحقق غايته بمجرد انزاله على الملتزم المخالف وعقابه اكثر من مرة يعد افراطاً في العقوبات لا مبرر له[4] .

وتجدر الاشارة إلى ان رقابة الملائمة على قرار الإسقاط تجد اساسها في اعتبارات العدالة فضلاً عن هدف الإدارة الموقعة لهذا الجزاء المتمثل في تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد , ولا يمكن للإدارة ان تحقق هذا الهدف إذا ما كان هناك مفارقة كبيرة بين الفعل والجزاء[5] .

بدورنا نرى , انه لطالما تعد الرقابة القضائية هي من اهم واقوى الضمانات التي يتمتع بها الملتزم في مواجهة تعسف الإدارة أو اساءة استعمال سلطتها في توقيع جزاء الإسقاط عليه , لذا لابد من بسط رقابة القضاء على ملائمة جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة للمخالفة التي ارتكبها الملتزم أي مدى تناسب هذا الجزاء مع خطورة المخالفة لتحقيق التوازن بين هذا الجزاء واسباب فرضه , وبالتالي يمكن للقاضي المختص ان يقضي بعدم مشروعية جزاء الإسقاط إذا كان هذ الجزاء غير متناسب مع ما ارتكبه الملتزم , كما يملك سلطة تعديل هذا الجزاء بحث يستبدله بجزاء اخر اخف كأن يستبدله بالغرامات التهديدية , أو بوضع المرفق تحت الحراسة , وايضاً امتلاكه سلطة تعويض الملتزم عما فاته من كسب وعما لحقته من خسارة , وفي الاحوال جميعها فأن القاضي المختص عندما يبسط رقابته على السلطة تقديرية للإدارة في مجال جزاء الإسقاط , فأنه لا يمارس دور هذه الإدارة ولا يحرمها من هذا التقدير كما لا يقوم به ؛ لأنه موجود مسبقاً بفعل الإدارة , وما فعله القاضي المختص انه بسط رقابته على التقدير الموجود اصلا دون ان يغتصب سلطة الإدارة في اتخاذ قرار إسقاط عقد

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص445 .
(2) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في قضية رقم 401 , جلسة 1957/12/23 , حكم اشار اليه مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص121 .
(3) نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , المصدر السابق , ص158 .
(4) الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , المصدر السابق , ص500 .
(5) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص124 .

التزام المرافق العامة .

المطلب الثاني

نطاق الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

لكي يُمنح الاختصاص القضائي بشأن منازعة ادارية بين الإدارة والمتعاقد إلى قاضي مختص بالفصل فيها , ينبغي ان تتفق طبيعة هذه المنازعة مع طبيعة الدعوى التي تباشر بشأنها , كما ينبغي ان تتفق الطعون المقدمة في هذه الدعوى المرفوعة امام القاضي المختص مع طبيعة , ومدى السلطات التي يمارسها القاضي المختص والذي ينظر فيها , وأن القضاء عند رقابته على المنازعات الناشئة عند عقد التزام المرافق العامة بما فيها الناشئة بسبب جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي توقعه الإدارة على الملتزم معها لا يذهب إلى حد التطرف أو المغالاة أو التضحية بأحد المصلحين (العامة أو الخاصة) على حساب الآخر , وانما يعمل على التوفيق بينهما دون اهدار احداها , ومن أجل توضيح ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين : الاول لتحديد القاضي المختص بالطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , والثاني لسلطات القاضي المختص في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

الفرع الأول

تحديد القاضي المختص بالطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

يُثار التساؤل في كثير من الاحيان حول الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها بما فيها جزاء الإسقاط الذي توقعه على الملتزم معها في نطاق عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ يختلف الأمر بشأن تحديد القاضي المختص بالطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة بين ما إذا كان الطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة مقدماً من قبل الملتزم المستبعد نفسه , وبين ما إذا كان شخصاً من الغير هو الذي يطعن في هذا القرار , لذا سوف نتطرق إلى الطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المقدم من جانب الملتزم (اولاً) , والطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المقدم من جانب الغير (ثانياً) .

أولاً- الطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المقدم من جانب الملتزم :

عندما نتحدث عن موضوع صفة الطاعن ومدى تعلق هذه الصفة بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في مجال العقود الإدارية والتي تدخل في منطقة تنفيذ العقد الإداري أياً كانت صفة الطاعن استناداً إلى فكرة الدعوى الموازية ؛ إذ يملك المتعاقد مع الإدارة دعوى العقد , واستناداً كذلك إلى فكرة نسبية آثار العقود الإدارية بقصر آثارها على اطرافه دون غيرهما[1] . ولقد استقر الأمر على ان القضاء الإداري وليس القضاء العادي هو المختص بالفصل في المنازعات الناشئة بسبب العلاقات التعاقدية بين الإدارة المانحة للالتزام

(1) سيد احمد محمد جاد الله , سلطة القاضي ازاء العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , مصر , 2007 , ص198

والملتزم في اطار عقد التزام لمرافق العامة بما فيها المنازعات الناشئة بسبب قيام الإدارة بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها[1] ؛ إذ استقر القضاء على انه يجب على الملتزم ان يقيم دعواه بصدد قرار الجهة الإدارية في إسقاط الالتزام امام قاضي العقد , فضلاً عن وجوب ان تأخذ هذه الدعوى شكل دعوى القضاء المقامة امام قاضي العقد , فهي الوسيلة الوحيدة التي يملكها الملتزم للطعن في قرار الإسقاط الصادر من جانب الإدارة دون ان يملك في هذا الصدد تحريك دعوى الإلغاء ؛ إذ ان القرار الصادر بالإسقاط هو من القرارات التي لا تدخل في نطاق قضاء الإلغاء بل يدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل[2] , وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1987/2/2 الذي جاء فيه : "... ان قرار الإدارة المانحة للالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد التزام المرافق العامة ... فأن الملتزم لا يستطيع ان يُقيم ضد هذا القرار دعوى اخرى خلاف الدعوى التي يمكنه ان يُقيمها امام قاضي العقد ..."[3] .

ومن المسلّم به ان المنازعات الناشئة عن عقد التزام المرافق العامة تنتمي اصلاً إلى القضاء الكامل ؛ إذ يختص القاضي الإداري بالنظر في كافة المنازعات الناشئة بين طرفي العقد , باستثناء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد التزام المرافق العامة , أو تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل اهلية الملتزم مع الإدارة وغيرها , وهذا ما هو مستقر عليه في اغلب الدول , فهو من النظام العام ولا يجوز لأطراف عقد التزام المرافق العامة الخروج عليه إلا في هذا العقد[4] . والقضاء الكامل يُقصد به الدور الذي يقوم به القاضي الإداري بشأن القرار الإداري المطعون به ببحث مشروعيته وإلغائه أو تعديله , مع الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه , في حين يُقصد بالقضاء غير الكامل الوقوف بالحكم عند حد معين , فلا يتجاوزه القاضي وإلا كان باطلاً ولا يعتد به , ففي دعوى الإلغاء , وهي قضاء غير كامل تجد القاضي يقضي بأحد الأمرين : الأول رفض الدعوى وتأييد القرار المطعون فيه والثاني إلغائه كلياً أو جزئياً ولا اكثر من ذلك[5].

ودعوى القضاء الكامل هي الوسيلة القضائية الوحيدة التي يملكها اطراف عقد التزام المرافق العامة للطعن في أي اجراء أو قرار متعلق بهذا العقد , بينما لا يجوز لأي ملتزم ان يلجأ إلى دعوى الإلغاء للطعن في أي اجراء أو قرار متعلق بالعقد الذي يربطه مع المتعاقد الآخر , سواء الإدارة أو الملتزم معها , وان قاضي العقد وحده دون غيره هو المختص بالطعون المقدمة من الملتزمين بإلغاء الجزاءات الصادرة من الإدارة المانحة للالتزام , ومن بينها جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة[6] , لذا فأن الطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من جانب الملتزم يجب رفعه امام قاضي العقد , وليس امام قاضي الإلغاء , ويرجع عدم قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الملتزم امام قاضي الإلغاء ضد قرار الإسقاط الصادر من الإدارة إلى ان الملتزم يملك

---

(1) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص426 .

(2) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص233 .

(3) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري , الرقابة القضائية على العقود الادارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2011 , ص255 .

(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص321 .

(5) يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي , الرقابة الادارية والقضائية على العقود الادارية , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2017 , ص184 .

(6) حسام فيصل , الرقابة القضائية على قرار الادارة بالفسخ الجزائي للعقد الاداري , بحث منشور في مجلة جامعة البعث , العدد 77 , المجلد 39 , 2017 , ص142- 143 .

دعوى اخرى موازية , أو طريق طعن موازي امام قاضي العقد فضلاً عن ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يُعتبر بالنسبة للملتزم قراراً إدارياً منفصلاً عن عقد التزام المرافق العامة , أو عن العلاقات التعاقدية التي تربط الإدارة المانحة للالتزام مع الملتزم , وبالتالي فقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة لا يمكن اعتباره في أية حالة قراراً إدارياً منفصلاً عن عقد التزام المرافق العامة , ولذلك لا يمكن ان يكون هذا القرار محلاً لدعوى الإلغاء من جانب الملتزم[1] .

اختلف الفقهاء حول تحديد القاضي المختص في الطعن المقدم من جانب الملتزم بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ يذهب غالبية الفقه الإداري إلى القول ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي تصدره الإدارة لا يتعلق بأي حال من الأحوال بالقرارات الإدارية المنفصلة عن عقد التزام المرافق العامة التي تتخذها الإدارة بصفة اخرى خلاف صفتها التعاقدية , ولكنها تؤثر بصفة خاصة على تنفيذ العقد , في حين ان قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يُعتبر جزاءً توقعه الإدارة بصفتها التعاقدية ولذلك من العسير والصعب فهم المنطق الكامن وراء اجازة الطعن به عن طريق قضاء الإلغاء , كما انه من الخطأ ان يفلت هذا القرار من رقابة قاضي العقد خاصةً عندما تكون مشروعيته محل للطعن من الملتزم[2] , بينما يذهب رأي اخر إلى عدم تأييد الرأي السابق إذ يُسمح للملتزم بأن يطعن في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر ضده بدعوى الإلغاء ويقولون لقد كان جلياً قبول الطعن المقدم من الملتزم مع الإدارة قبل ان يكون مقبولاً من الغير , وان صفة الملتزم لم تكن عائقاً من قبول الطعن بالإلغاء في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة[3] , ويذهب آخرون إلى القول انه يجب التفريق في هذا الصدد بين حالتين : الحالة الأولى صدور القرارات الإدارية استناداً إلى الشروط الواردة في العقد أو في دفتر الشروط , وحينئذ يتعين على الملتزم والطرف الآخر في الدعوى ان يطرق باب القضاء الكامل امام قاضي العقد المختص , والحالة الثانية إذا صدرت القرارات الإدارية المطعون بها استناداً إلى القوانين أو الأنظمة أو التعليمات فأن الملتزم يجب ان يلجأ إلى قضاء الإلغاء للحكم على مشروعية هذه القرارات الإدارية في ذاتها وبغض النظر عن عقد التزام المرافق العامة واحكامه[4] .

يتضح مما تقدم , إن المنازعات الناشئة عن قرار الإسقاط الذي تصدره الإدارة المانحة للالتزام ضد الملتزم معها تعتبر من المنازعات التي تدخل ضمن اختصاص قاضي العقد أي القضاء الكامل ؛ إذ ان دعوى القضاء الكامل التي يملك الملتزم اقامتها امام قاضي العقد ضد قرار الإسقاط الصادر ضده هي الاصل والقاعدة العامة في القضاء الإداري في اغلب الدول , فالقضاء الكامل له اختصاص شامل ومطلق لجميع المنازعات الناشئة والمتفرعة عن عقد التزام المرافق العامة , وان الملتزم مع الإدارة ليس امامه إلا دعوى القضاء الكامل التي يستطيع ان يتقدم بها إلى قاضي العقد ضد قرار الإسقاط الصادر بحقه سواء كان إسقاط الالتزام منصوص عليه في هذا العقد أو في دفتر الشروط أو في القوانين أو الانظمة أو التعليمات , ويرجع عدم قبول دعوى الإلغاء من

---

(1) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص237 .

(2)Philippe Terneyre , La responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif , Op Cit , P.87 .

(3) خالد بن حمد راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص235 .

(4) سيد احمد محمد جاد الله , سلطة القاضي ازاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص200 .

جانب الملتزم ضد قرار الإسقاط إلى فكرة الطعن الموازي , حيث يتمتع الملتزم بدعوى العقد امام قاضي العقد , كما ان قرار الإسقاط لا يمكننا اعتباره قراراً إدارياً منفصلاً لكي يمكن الطعن به امام قاضي الإلغاء استناداً إلى فكرة القرار الإداري المنفصل .

ثانياً- الطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة المقدم من جانب الغير :

مما لاشك فيه ان الغير لا يعد طرفاً في عقد التزام المرافق العامة , والذي لا يكون طرفاً في هذا العقد لا يمكنه الطعن بالقرارات الإدارية التي تتعلق بتنفيذ أو انهاء هذا العقد امام قاضي العقد المختص بمقتضى دعوى القضاء الكامل ؛ وذلك لأن هذا الغير يعد اجنبياً عن عقد التزام المرافق العامة أي غريباً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة المانحة للالتزام والملتزم نتيجةً لهذا العقد المبرم بينهما , والذي لا يُعتبر هذا الغير طرفاً فيه ولذلك فأنه لا يجوز لهذا الغير استناداً لمبدأ الأثر النسبي للعقود الإدارية ان يتمسك بأي حق أو ان يتحمل أي التزام بموجب عقد التزام المرافق العامة[1] , هذا فضلاً عن ان القرارات الإدارية التي تتعلق بتنفيذ أو انهاء هذا العقد لا يمكن ان تحدث ضرراً للغير, ولذلك فأن هذا الغير لا يمكنه ان يتدخل في العلاقات التعاقدية بين طرفي عقد التزام المرافق العامة , والذي هو غريب عنها من خلال دعوى مباشرة يتم رفعها امام القضاء الكامل أي امام قاضي العقد[2] .

ولكن هل يسر نفس المنطق السابق بخصوص منحه الحق في رفع دعوى الإلغاء أما قاضي الإلغاء؟

للإجابة على ذلك يقتضي ان نبين وجهتي نظر الاتجاهين الآتيين : الاتجاه الأول القائل بعدم جواز قبول دعوى الإلغاء من الغير ؛ إذ يذهب هذا الاتجاه إلى القول انه لا يجوز للغير ان يطعن في القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة المانحة للالتزام والمتعلقة بتنفيذ , أو انهاء عقد التزام المرافق العامة امام قاضي الإلغاء بمقتضى دعوى الإلغاء استناداً إلى فكرة القرارات الإدارية المنفصلة ؛ وذلك بسبب ان القرارات الإدارية السابقة لا تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن عقد الالتزام أو عن العلاقات التعاقدية بين الإدارة المانحة للالتزام والملتزم[3] , كما يرون ايضاً ان تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقود الإدارية والذي يصبح بموجبه عقد الالتزام عاماً مغلقاً على اطرافه وحده وبالتالي لا يجوز للغير التدخل عن طريق دعوى مباشرة في هذه العلاقات التعاقدية , كما ان قبول دعوى الإلغاء من الغير ضد قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يسمح للغير بالحلول محل اطراف العقد بدون موافقتهما , وفي حالة الغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة بناءً على دعوى الإلغاء من الغير من الجائز الارتياب والشك في فاعلية دعوى الإلغاء المتروكة لمبادرة شخص من الغير خلاف الملتزم[4] , ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1952/10/24 بأنه لا يقبل من الغير ان يطعن امام قاضي الإلغاء في قرار إداري متعلق بتنفيذ العقد , ولكن له ان يتدخل في الدعوى المرفوعة من الملتزم امام

---

(1) د. مصطفى كمال وصفي , الاجراءات القضائية في منازعات العقود الادارية , بحث منشور في مجلة المحاماة , العدد السابع , السنة 48 ص16 وما بعدها .

(2) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص237 .

(3) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص244 .

(4)Philippe Terneyre , La responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif , Op Cit , P.89 .

قاضي العقد , ثم قضى ايضاً في حكمه الصادر في 1975/7/9 بأن الغير يمكنه عند اللزوم ان يُقيم دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعويض من الجهة الإدارية عن الضرر الذي احدثه قرار صادر منها يتعلق بتنفيذ , أو انهاء العقد الإداري الذي يربطها بالملتزم[1] .

وهذا فأن عقد التزام المرافق العامة لا ينتج آثاراً إلا بين الإدارة المانحة للالتزام والملتزم فضلاً عن ان الغير لا يمكن ان يكون له مأخذ على تنفيذ هذا العقد , ولذلك فأن الغير ليس له المصلحة ولا الصفة في ان يطلب من القاضي المختص إلغاء القرار الإداري المتعلق بإسقاط الالتزام الصادر من الإدارة المانحة للالتزام[2] . أما الاتجاه الثاني فيرى قبول دعوى الإلغاء من الغير ؛ إذ يرى هذا الاتجاه انه ضل الغير الاجنبي عن عقد التزام المرافق العامة خلال مدة طويلة من الزمن أسوةً بأطراف هذا العقد لا يُقبل منه ان يطعن بواسطة دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة المانحة للالتزام والمتعلقة بإنهاء هذا العقد , ولم يكن ممكناً له ان يتدخل في الدعوى القضائية المرفوعة اصلاً من اطراف العقد[3] , ومع ذلك فإذا كان الغير يعد من بين الغرباء عن العلاقات التعاقدية بين اطراف عقد التزام المرافق العامة إلا انه ليس كذلك بالنسبة لآثار هذا العقد , حيث ان انهاء هذا العقد يمكن ان يؤثر على الغير وعلى مصالحه وطالما انه ليس في استطاعته ان يُقيم دعوى القضاء الكامل , فإنه من الضروري والواجب ان يُتاح له طريق للطعن يسمح له بأن يطعن في القرارات الإدارية التي تتعلق بإنهاء العقد الذي ليس طرفاً فيه لكونها تؤثر عليه وتصيبه بضرر في مصالحه المتحصلة من وراء ذلك العقد , ومن هنا فقد تعين قبول دعوى الإلغاء من الغير امام قاضي الإلغاء في الحالات جميعها التي تكون فيها هذه الدعوى ضرورية للمحافظة على مصالح هذا الغير وحمايته[4] .

وتجدر الاشارة إلى ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقر في حكمه الصادر 1987/2/2 بقبول دعوى الإلغاء من جانب الغير (الاجنبي) عن عقد التزام المرافق العامة ضد قرار الاسترداد الصادر من الإدارة المانحة للالتزام لدواعي المصلحة العامة على اساس ان قرار الاسترداد يعد بالنسبة للغير قراراً إدارياً منفصلاً عن هذا العقد وبالتالي يجوز له ان يطعن فيه امام قاضي الإلغاء[5] .

بدورنا نرى أن الغير لا يستطيع الطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة امام قاضي الإلغاء ؛ لأنه لا يستطيع ان يتمسك امام قاضي الإلغاء بالدفوع المنبثقة عن مخالفة شروط عقد التزام المرافق العامة , كما نرى انه قد يحصل تناقض إذا تم التسليم بإمكانية إلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر من جانب الإدارة بناءً على دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير امام قاضي الإلغاء , في حين ان الملتزم نفسه لا يستطيع ان يحصل على إلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة امام قاضي الإلغاء , وبالرغم من ذلك فأن للغير عند اللزوم ان يقيم دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعويض مناسب من الإدارة المانحة للالتزام , بسبب الضرر الذي احدثه له قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في مصالحه .

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص412 .

(2) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص238 .

(3) Philippe Terneyre , La responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif , Op Cit , P.87 .

(4) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص246 .

(5) خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص242 .

الفرع الثاني

سلطات القاضي المختص في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة

لقد سبق القول بأن القاضي الإداري هو صاحب الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بقرار الإسقاط الذي توقعه الإدارة المانحة للالتزام على الملتزم معها , الذي اخل اخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية في نطاق عقد التزام المرافق العامة , لكن هنالك جدل كبير يُثار حول سلطات هذا القاضي في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة في حالة عدم مشروعيته , ومدى امكانية هذا القاضي بإلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة غير المشروع ام تنحصر سلطاته بالتعويض فقط دون إلغائه , وازاء تباين موقف القضاء فأننا نعرض تحديد سلطات القاضي في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (اولاً) , ثم موقف الدول المقارنة من سلطات القاضي في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة (ثانياً) .

أولاً- تحديد سلطات القاضي في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

تتفاوت سلطات القاضي الإداري ازاء القرار غير المشروع الصادر من جانب الإدارة المانحة للالتزام المتعلق بإسقاط الالتزام , بحيث تشمل هذه السلطات احياناً كل من سلطتي الإلغاء ومنح التعويض , أو تقتصر احياناً اخرى على منح التعويض فقط دون الإلغاء , ولقد استقر القضاء الإداري ـ كقاعدة عامة ـ على انه لا يحق لقاضي العقد ان يقضي بإلغاء القرار الصادر من جانب الإدارة المتعلق بإنهاء العقد الإداري في مواجهة المتعاقد معها , وان عدم المشروعية المنسوبة لهذا القرار لا يمكن في اية حال ان تنشأ لصاحب الشأن إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي احدثه هذا القرار[1] .

إذا القاعدة العامة تقضي بأن قاضي العقد لا يملك سلطة اخرى عندما تتخذ الإدارة المتعاقدة قرار غير مشروع بإنهاء العقد الإداري إلا ان يحكم عليها بتعويض الطرف الآخر (المتعاقد) عن الضرر الذي لحق به نتيجة هذا القرار , فالقاضي المختص لا يستطيع في كافة الاحوال ان يحكم بإلغاء قرار الإنهاء غير المشروع , وتتمثل تلك القاعدة العامة المستمدة من احكام القضاء الإداري في التسليم بعدم قدرة قاضي العقد على إلغاء قرار الإنهاء غير المشروع ؛ إذ انه لا يُقبل اصلاً من المتعاقد مع الإدارة ان يطلب من القاضي إلغاء قرار انهاء العقد الإداري الصادر ضده ؛ وذلك لأنه لا يعد قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري بالنسبة لذلك المتعاقد[2] , وبالتالي لا تكون دعوى الإلغاء متاحة امام المتعاقد في مواجهة هذا القرار غير المشروع , كما أن المبدأ المُطبق في نطاق القضاء التعاقدي مفاده ان كل المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري إنما تُحل عادةً عن طريق التعويض , وبالتالي فأنه يحق لقاضي العقد ان يُقدر التعويض المُستحق للمتعاقد عن قرار الإنهاء الصادر ضده دون ان يستطيع هذا القاضي ان يلغي هذا القرار[3] .

لقد استقرت قاعدة عدم قابلية قرار الإدارة المتعاقدة المتعلق بإنهاء العقد الإداري بالإلغاء من جانب القاضي

---

(1) توركان ابراهيم علي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري والرقابة القضائية عليها , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2013 , ص71- 72 .

(2) الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , المصدر السابق , ص502 .

(3) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص274 .

الإداري , بحيث ارسى قاعدة عامة مفادها : " ان قاضي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية , لا يملك سلطة إلغاء قرار إنهاء العقد الإداري الصادر من جانب الإدارة في مواجهة متعاقدها , ولكنه يملك فقط تقدير التعويض المناسب والمستحق , للمتعاقد عن هذا الإنهاء"[1] , ولقد تأكدت هذه القاعدة , واصبح مؤكداً ان سلطة القاضي الإداري في إلغاء قرار الإنهاء الذي لا مبرر له محدودة للغاية , وذلك انطلاقاً من التطبيق الصارم للقاعدة التقليدية التي تحضر على القضاء التدخل في اعمال الإدارة العامة ورقابة مدى ملائمة قراراتها ومن هنا وجب على القاضي ان ينأى بنفسه في مجال القضاء الكامل عن كل ما يمكن ان يتخذ صورة أمر يوجه إلى الإدارة , وان يرفض في الغالب ان يلغي قراراتها الادارية الصادرة بإنهاء العقد الإداري[2] .

ان القاعدة السابقة تعدّ تطبيقاً لمبدأ عام اقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1972/11/24 الذي افاد : " ان قاضي المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري لا يملك سلطة إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة في مواجهة المتعاقد معها والمتعلقة بنهاية العقد الإداري أياً كان نوع هذه القرارات أو طبيعتها , وإنما تقتصر سلطة القاضي المختص فقط على تقرير الحق في تعويض المتعاقد من القرار الإداري غير المشروع "[3] , وبذلك فأن الفقه الفرنسي قد ذهب إلى القول بأن هذ الحكم قد وضع مبدأ عام لقانون العقود الإدارية يسري على جميع العقود الإدارية وبالنسبة لكافة القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة المتعاقدة مهما كانت طبيعتها , ويرون ان هذا الحكم لم يوضح قرارات الإدارة المقصودة ولا العقود الإدارية المقصودة بهذا المبدأ[4] .

إذا القاعدة العامة التي اقرها القضاء الإداري هي انه لا يحق لقاضي العقد ان يقضي بإلغاء قرار الإنهاء الصادر من جانب الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها , وان عدم المشروعية المنسوبة لهذا القرار لا يمكن في أي حال ان تنشأ للمتعاقد إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي احدثه هذا القرار , وهذه القاعدة اقرها مجلس الدولة الفرنسي حينما أكد على ان قاضي العقد يملك سلطة الحكم بالتعويض دون سلطة الحكم بإلغاء قرار إنهاء العقد الإداري[5] , ولا يقبل من المتعاقد مع الإدارة ان يطلب من القاضي إلغاء قرار انهاء العقد الإداري ؛ وذلك لأن هذا القرار من ناحية لا يعد قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري بالنسبة للمتعاقد , وبالتالي لا تكون دعوى الإلغاء متاحة امام هذا المتعاقد في مواجهة هذا القرار , و من ناحية أخرى فأنه في نطاق القضاء التعاقدي يتم حل المنازعات التعاقدية جميعها في صورة تعويض يقدره القاضي للمتعاقد نتيجة الضرر الذي اصابه من قرار إنهاء عقده دون ان يملك هذا القاضي سلطة إلغاء هذا القرار[6] .

يرد على قاعدة عدم جواز إلغاء قرارات الإدارة المتعاقد بإنهاء العقود الإدارية في حالة عدم مشروعيتها استثناء يملك بمقتضاه القاضي ان يحكم بإلغاء هذه القرارات مع تعويض المتعاقد مع الإدارة ايضاً ؛ إذ يملك قاضي العقد ـ استثناءً ـ سلطة الحكم بإلغاء قرار الإدارة غير المشروع بإنهاء عقد التزام المرافق العامة وعقد

---

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص332 .
(2) د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص358 .
(3) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص276 .
(4) Philippe Terneyre , La responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif , Op Cit , P.90 .
(5) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص430 .
(6) د. محمد عبد العال السناري , وسائل التعاقد الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2004 , ص355 .

إيجار المرافق العامة وعقد المقاولة , وهذا الاستثناء لم يرد النص عليه في القوانين أو اللوائح , ولكن يرجع إلى ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي[1] , حيث أكد هذا المجلس في احكام كثيرة على ان " لقاضي العقد سلطة إلغاء قرار إدارة المانحة للالتزام الصادر بإسقاط الالتزام في مجال عقد التزام المرافق العامة وعقد التزام الاشغال العامة متى ما كانت هذه القرارات غير مشروعة "[2] .

يتضح لنا من حكم مجلس الدولة الفرنسي ان هذه السلطة قد حددها فقط في مجال قرار الإسقاط الصادر من جانب الإدارة المانحة للالتزام ضد الملتزم معها في مجال عقد التزام المرافق العامة دون ان تشمل القرارات الإدارية الآخر ى التي تتخذها هذه الإدارة والمتعلقة بالعقد ذاته .

لقد انتقد (الدكتور حماده عبد الرازق حماده) التفرقة السابقة التي اقامها مجلس الدولة الفرنسي بشأن سلطة القاضي في إلغاء قرار الإدارة الصادر بإسقاط الالتزام في عقد التزام المرافق العامة , والإنهاء الجزائي لعقد الأشغال العامة وبين سائر العقود الآخر ى ؛ إذ يرى انه من الصواب الابتعاد عن هذه التفرقة والتسوية بين العقود الإدارية جميعها في هذا الصدد , ومنح القاضي المختص إلغاء هذه الجزاءات غير المشروعة بالنسبة لجميع العقود الإدارية لا يتعارض مع أي مبدأ قانوني ولا يتعارض مع مصلحة الإدارة ذاتها[3] , فقد يكون من مصلحة الإدارة المتعاقدة إلغاء قرارها بالجزاء بدلاً من تنفيذ هذا القرار غير المشروع ؛ إذ ان مقدار التعويض الذي يُحكم به عبئاً عليها ومُكلفا لها اكثر من استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري ؛ إذ يُراقب قاضي العقد ليس فقط الوجود المادي لأسباب الجزاء التعاقدي والتكييف القانوني , بل ان رقابة القاضي تمتد كذلك إلى مدى تناسب هذا الجزاء مع خطورة وحجم الأسباب التي دعت لاتخاذه[4] , بينما يرى اخرون ـ ونحن معهم ـ ان الاعتراف بهذه السلطة القضائية في فرنسا في هذه النوعية الخاصة من العقود الإدارية تكمن في قيمة حجم المبالغ المالية التي ينفقها الملتزم في تجهيز وإدارة المرفق العام المتعاقد مع الإدارة بشأنه ؛ إذ ان هذه الأموال لن يتم استرجاعها في مدة زمنية قصيرة , لذا من العدالة ان يُمنح الملتزم مع الإدارة ضماناً بعدم التعدي على حقوقه أو المساس بها من قبل الإدارة المانحة للالتزام بقرارات غير مشروعة[5] .

بدورنا نرى , انه لطالما تعد الرقابة القضائية من اهم الضمانات التي يتمتع بها الملتزم ضد تعسف الإدارة المانحة للالتزام أو مخالفتها للقوانين عند قيامها بتوقيع جزاء الإسقاط عليه , لذا لابد من توسيع سلطات وصلاحيات القاضي المختص في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة غير المشروع ؛ إذ نرى ضرورة اعطاء الحق للقاضي في النظر بالطعن بالإلغاء المقدم ضد قرار الإسقاط الموقع على الملتزم , في حالة عدم مشروعيته , وكذلك اعطاء القاضي المختص الحق في الاستبدال جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة بجزاء اخر اخف منه إذا تبين له ان هذا الجزاء مبالغ فيه , مقارنةً مع المخالفة التي ارتكبها الملتزم شريطة عدم تعرض المرفق العام محل عقد الالتزام للتوقف , أو للضرر بسبب قيام القاضي المختص بإلغاء أو

(1) سيد احمد محمد جاد الله , سلطة القاضي ازاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص246- 247 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص447 .
(3) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , المصدر السابق , ص433 .
(4) الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , المصدر السابق , ص503 .
(5) حسام فيصل , رقابة القضاء الاداري على قرار الادارة بالفسخ الجزائي للعقد الاداري , المصدر السابق , ص159 .

ابدال جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وكذلك فأن للقاضي المختص فضلاً عن الحكم بإلغاء جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة, ان يمنح الملتزم تعويضا عن الضرر الذي اصابه , بسبب توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه .

ثانياً- موقف الدول المقارنة والعراق من سلطات القاضي في مواجهة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة :

في فرنسا , فأن القاعدة العامة طبقاً لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي ان قاضي العقد لا يملك إلا سلطة الحكم بتعويض التعاقد مع الادارة , بسبب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر ضده في حالة عدم مشروعية هذا القرار , أو عدم تناسبه مع الخطأ المنسوب لهذا المتعاقد , بينما لا يملك هذا القاضي سلطة الحكم بإلغاء هذا القرار , ومكنة تمكين القاضي الاداري من الحكم بالتعويض دون الإلغاء تسري على جميع الجزاءات التعاقدية التي توقعها الادارة المتعاقدة[1] , وهذه القاعدة السابقة تجد اصلها في منازعات عقود المقاولات , إذ رفض مجلس الدولة الفرنسي منذ سنين الطلبات التي تستهدف القرارات الجزائية الصادرة ضد المقاول مهما اتصفت به من عيوب ؛ إذ قرر في الكثير من احكامه بأن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود المقاولات لا يملك سلطة الغاء القرارات الصادرة من الادارة صاحبة العمل في مواجهة المقاول , وانما يحق له فقط ان يبحث عما إذا كانت هذه القرارات قد صدرت في ظروف من شأنها ان تنشأ لصالح المقاول الحق في التعويض عن هذه القرارات[2] . وعلى الرغم من هذه القاعدة العامة التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي , الا انه قد خرج عنها بالنسبة لبعض العقود الادارية ؛ لاعتبارات خاصة توجب ضرورة حماية المتعاقدين في هذه العقود ضد قرارات الادارة بالإنهاء الجزائي بالمخالفة للقانون ؛ إذ اعترف هذا المجلس لقاضي العقد بسلطة الغاء قرار الإسقاط غير المشروع الصادر من الادارة المانحة للالتزام في عقد التزام المرافق العامة[3] , وفي ذلك يقول مجلس الدولة الفرنسي انه لا يحق لقاضي عقد التزام المرافق العامة ان يلغي القرارات الصادرة من الإدارة المانحة للالتزام في مواجهة الملتزم ولكن يحق له فقط ان يبحث عما إذا كانت هذ القرارات قد صدرت في ظروف من شأنها ان تنشأ حقاً في التعويض لهذا الملتزم , لكن الأمر على خلاف ذلك في حالة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الذي يؤدي إلى انهاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والملتزم بصفة قطعية[4] , وبناءً على ذلك قرر مجلس الدولة بأنه يمكن الطعن امام قاضي العقد على مشروعية قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وبذلك يملك القضاء إلغائه عندما يتبين عدم مشروعيته , كما يستطيع ان يمنح الملتزم تعويضاً عما لحقه من ضرر بسبب هذا القرار واعترف له بهذه السلطة ايضاً إذا قدر عدم تناسب جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع الخطأ الذي ارتكبه الملتزم , ولكن لا يجوز للقاضي ان يأمر بإرجاع الملتزم في حالة الحكم بإلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ لأن هذا الإجراء تتخذه الإدارة ومن غير المقبول ان يُفرض عليها من القضاء , كما سمح مجلس الدولة لقاضي العقد ان يستبدل جزاء الإسقاط بآخر حينما يتبين له ان هذا الجزاء مغالى فيه , وبذلك له مثلاً ان يستبدله

(1) السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , المصدر السابق , ص274- 275 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص447 .
(3) الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , المصدر السابق , ص502 .
(4) د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت , المصدر السابق , ص431- 432 .

بوضع المرفق تحت الحراسة[1] .

تجدر الاشارة إلى ان مجلس الدولة الفرنسي قد اجاز للمتعاقد مع الجهة الادارية والعمال المتعاقدين مع الادارة والذين تربطهم بالإدارة عقود ادارية اللجوء إلى قضاء الالغاء ؛ إذ سمح لهم ان يرفعوا دعوى الالغاء ضد القرارات الادارية التي تُنهي وظائفهم , كما اجاز هذا المجلس ايضاً للملتزمين مع الادارة في عقود اشتراك الهواتف ان يطعنوا بمقتضى دعوى الالغاء في قرار الادارة , بإنهاء عقود اشتراك الهواتف[2] .

وفي مصر , فأن القضاء المصري قد اكد على ان القضاء الاداري له اختصاص شامل بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية , بما فيها المنازعات المتعلقة بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 2001/5/8 الذي جاء فيه : " ... من المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان اختصاص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعة , وما يتفرع عنها ... "[3] . أما بالنسبة لموقف الفقه المصري فقد ذهب (الدكتور محمود حلمي) إلى القول بأن الاتجاه الغالب في احكام مجلس الدولة المصري هو التسوية بين العقود الإدارية بالنسبة لسلطات القاضي , فمن حق القضاء عند النظر في المنازعات الإدارية ان يحكم بإلغاء القرار الإداري المتخذ إذا لم يمس سير المرفق العام نفسه أما الحكم بإلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة فيبدو ان مجلس الدولة لا يحكم به اكتفاء بالحكم بتعويض الملتزم المستبعد تعويضاً كاملاً عما لحقه من خساره وما فاته من كسب[4] , بينما يذهب (الدكتور مفتاح خليفة عبد الحميد) إلى القول بأن قاضي العقد ذو سلطات كامله , فله بموجبها الأمر باتخاذ ما يشاء من إجراءات , كما يمكنه الحكم بإلغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة وكذلك وقف تنفيذه , وعليه فأن قاضي العقد تواجهه ثلاث قيود في ذلك وهي : ضرورة توافر حالة الاستعجال , عدم المساس بأصل الحق , والجدية[5] .

بدورنا نرى , ان الرأي الثاني هو الاقرب إلى الصواب بصدد موقف القضاء الاداري المصري , كما نجد ان هذا الرأي قد اقرته المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 1994/11/29 الذي جاء فيه : " ... إن هذه الجزاءات لا تتقيد في احكامها بقواعد القانون المدني حتى تتلاءم مع المرونة والسرعة التي يقتضيها حسن سير المرفق العام ومن ناحية اخرى , فأنه من المسلّم به في الفقه القانوني الإداري ان سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب , وأما القضاء الكامل فيخول القاضي تصفية النزاع كلية , فيلغي القرارات المخالفة للقانون , ثم يُرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية السلبية أو الإيجابية ..."[6] .

وفي الجزائر , فأن المشرّع الجزائري قد نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ان المحاكم

---

(1) عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , المصدر السابق , ص107- 108 .
(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص325
(3) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 1258 الصادر في 2001/5/8 , حكم اشار اليه د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , المصدر السابق , ص439 .
(4) نقلاً عن حسام فيصل , رقابة القضاء الاداري على قرار الادارة بالفسخ الجزائي للعقد الاداري , المصدر السابق , ص165 .
(5) د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , المصدر السابق , ص333 .
(6) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 3683 الصادر في 1994/11/29 , حكم اشار اليه د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , المصدر السابق , ص361 .

الإدارية تختص بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية , ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية , والبلدية والمصالح الإدارية الخرى بالبلدية , المؤسسات العمومية ودعاوى القضاء الكامل[1] , كما ان القانون العضوي رقم 11- 13 الصادر في 2011/7/26 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله , نص على ان مجلس الدولة يختص بالفصل في دعاوى الإلغاء , وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات الوطنية المعنية[2] . ومن خلال هذين النصين القانونيين يتضح لنا ان المشرّع الجزائري قد أجاز للملتزم الطعن بالإلغاء ضد قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر ضده ؛ لمخالفته القانون أو لعدم تناسبه مع المخالفة التي ارتكبها , كما يستطيع القضاء الإداري الجزائري ان يمنح الملتزم تعويضاً عن الإضرار التي اصابته بسبب قيام الإدارة المانحة للالتزام بتوقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ضده .

وفي الامارات , فأن الرقابة القضائية العادية المفروضة على المنازعات الإدارية هي رقابة منقوصة غير كاملة , وهو ما أدى إلى قيام بعض الفقهاء إلى اطلاق صفة الرقابة التعويضية عليها , دون تلك الرقابة القضائية التي تؤدي إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وبالتالي فأن ثبوت مسؤولية الادارة أو عدم مشروعية قراراتها الإدارية انما يُرتب للملتزم مجرد الحق في التعويض دون ان يصل به الأمر إلى الحصول من القضاء على إلغاء القرار الإداري محل المنازعة , فتلك الصلاحية محضورة على القضاء العادي التمتع بها[3] .

أما في العراق , فأن القضاء العراقي كالإماراتي , لا يجيز الطعن بالإلغاء الذي يقدمه الملتزم في القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة المانحة للالتزام ؛ إذ ان القاعدة في القضاء الإداري العراقي هي ان كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ـ بما فيها عقد التزام المرافق العامة ـ وان تعلقت بقرارات إدارية فأنها لا تقبل الطعن بالإلغاء امام محكمة القضاء الإداري , فعلى الملتزم إذا ما اراد الطعن في قرار إداري متصل في عقد التزام المرافق العامة , ان يرفع دعوى القضاء الكامل امام قاضي العقد , والمتمثل بالمحاكم العادية[4] .

بدورنا نرى , انه على المشرّع العراقي ان يوسع من رقابة القضاء على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة لتشمل الغاء هذا القرار في حالة عدم مشروعيته , كما يجب توسيع سلطات القاضي المختص لتشمل رقابته على تناسب جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة مع خطورة الاسباب التي دعت الادارة المانحة للالتزام إلى اتخاذ قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة , وذلك بأن يتأكد من ان الملتزم مع الادارة قد ارتكب خطأً جسيماً يُبرر توقيع هذا الجزاء , وكذلك إقامة التوازن بين هذا الجزاء الموقع على الملتزم وبين الالتزام الذي لم ينفذه , وعندما يتبين للقاضي ان الملتزم لم يرتكب خطأً جسيماً يُبرر جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة الموقع عليه من قبل الجهة الادارية المختصة , ففي هذه الحالة يستطيع القاضي المختص ان يحكم بإلغاء هذا الجزاء الموقع ضده , أو ان يحكم له بالتعويض مع اعفائه من النتائج المالية المترتبة على هذا الجزاء .

---

(1) المادة (801) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 08-09 الصادر في 2008/2/25 المعدل .
(2) المادة (9) من القانون العضوي الجزائري رقم 11- 13 الصادر في 26 / 7 / 2011 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله
(3) د. مصطفى محمود عفيفي , الرقابة على اعمال الادارة والمنازعات الادارية , المصدر السابق , ص339 .
(4) مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , المصدر السابق , ص109 .

الخاتمـــــــــة

بعد الانتهاء من الدراسة الموسومة (حدود سلطة الإدارة في إسقاط عقد التزام المرافق العامة- دراسة مقارنة) , توصلنا إلى النتائج والمقترحات الآتية :

أولاً- النتائج :

1- عقد التزام المرافق العامة يُعدُّ عقداً إدارياً ذا طبيعة خاصة تعهد موجبه الإدارة المانحة للالتزام إلى الملتزم ادارة وتسيير مرفق عام , فهو عقد من العقود المسماة بنص القانون , ويتضمن نوعين من الشروط : شروط تنظيمية ؛ إذ للإدارة المانحة للالتزام حق تعديلها أو الغائها بإرادتها المنفردة وبدون موافقة الملتزم بشرط ان لا يؤدي هذا التعديل زيادة تكاليف الملتزم أو افلاسه , وشروط تعاقدية لا تستطيع هذه الإدارة تعديلها أو إلغائها الا بموافقة الملتزم معها .

2- السلطة الجزائية واحدة من اهم واخطر الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة المانحة للالتزام اثناء تنفيذ عقد التزام المرافق العامة , وتنظمها في الواقع نظرية مستقلة بذاتها تستمد اصولها من الاحكام التي تواتر عليها القضاء الاداري المؤيد من غالبية الفقه الاداري , الذي ادى دوراً كبيراً في تحليلها وتفسيرها , غير ان هذا الطابع القضائي لا يُقلل من شأن النظام القانوني التشريعي الذي يأتي مكملاً ومدعماً لها , وفي نطاق هذه السلطة لا يُشترط ان تلتزم الإدارة المانحة للالتزام بالضرورة بعملية التدرج في توقيع الجزاء التعاقدي ؛ إذ تستطيع الجمع بين أكثر من جزاء في آن واحد , بشرط تحقق اسبابها القانونية كلاً على حدة , مثلما هو على سبيل المثال امكانية الجمع بين جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة ومصادرة التأمين النهائي . وبالرغم من الاعتراف بهذه السلطة الجزائية للإدارة المانحة للالتزام , الا أن هناك اختلافاً حول اساسها القانوني , فمنهم من يرى أنها تقوم على فكرة السلطة العامة , ومنهم من يرى انها تقوم على فكرة المرفق العام , وآخرون يرون أنها تقوم على اساس توفيقي مزدوج , كما أن هنالك من ينادي بأفكار حديثة كأساس قانوني لهذه السلطة .

3- اوضحت هذه الدراسة ايضاً أن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو سلطة مقدرة لصالح الإدارة المانحة للالتزام ؛ إذ تستطيع توقيعه بإرادتها المنفردة على الملتزم ودون اللجوء إلى القضاء , سواء نص عليه في القانون أم في عقد التزام المرافق العامة أم في دفتر الشروط أم لم ينص عليه , الا ان هذه السلطة ليست مطلقة تمارسها متى تشاء , وانما مقيدة بشروط هي اخلال الملتزم اخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية , إعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء عليه وصدور قرار اداري بجزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

4- إن جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة هو قرار إداري يؤدي إلى انهاء عقد التزام المرافق العامة , الا أن هذا الجزاء لا يؤدي إلى فناء أو نهاية المرفق العام محل عقد الالتزام , لأن ذلك ليس هو الهدف من هذا الانهاء , وانما الهدف منه هو المحافظة على سير هذا المرفق بانتظام واطراد , وذلك عن طريق الإدارة المباشرة من قبل الجهة الإدارية المختصة أو ان تعهد ادارته وتسييره إلى ملتزم جديد بموجب مزايدة جديدة .

5- تُشير هذه الدراسة إلى أن الادارة المانحة للالتزام إلى جانب توقيعها جزاء الإسقاط على الملتزم معها , يحق

لها مطالبته بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها أو بالمرفق العام محل عقد الالتزام , من جراء اخلال هذا الملتزم بالتزاماته التعاقدية , كما أن التعويض يمكن ان يكون مستحقاً للملتزم معها , إذا كان قرارها بالإسقاط يتسم بالطابع التعسفي , أو كان غير مشروعاً .

6- الإدارة المانحة للالتزام مُلزمة كمبدأ عام بإعذار الملتزم معها قبل توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة عليه , فهو مبدأ تفرضه القواعد الاساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقود الإدارية , كما أنه يعد ضمانة مهمة للمحافظة على حقوق الملتزم ؛ إذ يتم تنبيهه بالأخطاء التي وقع فيها لاستدراكها , لكي يتجنب توقيع هذا الجزاء الصارم عليه .

7- وتُشير هذه الدراسة ايضاً إلى ضرورة الزام الإدارة المانحة للالتزام بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ لأن هذا التسبيب يوفر ضمانة مهمة للملتزم ضد تعسف الإدارة أو اساءت استعمال سلطتها في توقيع هذا الجزاء ؛ إذ من خلال هذا التسبيب يستطيع القاضي المختص ان يمارس رقابته على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة بسير وسهولة , كما ان قيام الادارة المانحة للالتزام بتسبيب قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة يُمثل ضمانة مهمة لها ؛ إذ يُحصن هذا القرار من الغائه من قبل القضاء المختص .

8- اوضحت هذه الدراسة أن التناسب من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي لبسط نوع من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية الادارية , فالهدف من هذه الرقابة هو لتحقيق التوازن بين فاعلية العمل الإداري من ناحية وبين حقوق المتعاقدين من ناحية اخرى , ومفهوم التناسب في قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ينصرف إلى وجود توافق بين الواقع المبرر لتوقيع قرار الإسقاط , وبين محل هذا القرار , فالتناسب هو التوافق بين سبب قرار الإسقاط ومحله .

9- إن اهم ما يمكن أن نستخلصه من نتائج هذه الدراسة هي أن الرقابة القضائية على قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة تعد من اهم الضمانات التي يتمتع بها الملتزم , كما أنه يجب على الملتزم إذا ما اراد الطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر ضده أن يُقيم دعواه امام قاضي العقد , وكما أن هذه الدعوى تأخذ شكل دعوى القضاء الكامل , ولذلك لا يجوز للملتزم ان يُقيم هذه الدعوى امام قاضي الإلغاء .

10- بينت هذه الدراسة أن الغير يُعدُّ اجنبياً عن عقد التزام المرافق العامة , وغريباً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين اطراف هذا العقد , وذلك طبقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقود الإدارية , وبالتالي لا يمكن لهذا الغير ان يطعن بقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة الصادر ضد الملتزم عن طريق دعوى مباشرة امام قاضي العقد .

11- اوضحت هذه الدراسة أن قاضي العقد يفحص قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة من زاويتي المشروعية والملائمة خلافاً لقرار الاسترداد والذي يفحصه من زاوية المشروعية فقط , كما اوضحت هذه الدراسة ايضاً أن القضاء الإداري استقر - كقاعدة عامة - على أنه لا يستطيع قاضي العقد الغاء قرار الإدارة غير المشروع بأنهاء العقد الإداري , وكل ما يملكه القاضي هو الحكم بالتعويض للمتعاقد عن قرار الإنهاء غير مشروع , الا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من هذه القاعدة قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ؛ إذ اعترف لقاضي العقد بسلطة الحكم بإلغاء هذا القرار , إذا كان غير مشروعاً فضلاً عن الحكم

بالتعويض للملتزم .

ثانياً ـ المقترحات :

1- عدم وجود قانون عراقي مختص وشامل يحدد النظام القانوني لعقد التزام المرافق العامة ؛ إذ ان تبعثره في مختلف النصوص ادى إلى ظهور فراغ وتناقض في مختلف الاحكام التي تنظمه , ولتفاد هذا التناقض والفراغ نأمل من الشرّع العراقي ان يقوم بتنظيم احكام هذا العقد بقانون مختص ؛ اذ نأمل ان يحتوي هذا القانون على النصوص الأتية :

المادة 1 : عقد التزام المرافق العامة يعتبر عقد اداري ذو طبيعة خاصة يتم ابرامه بين الادارة المانحة للالتزام وبين شخص طبيعي او معنوي لفترة محددة من الزمن , الغرض منه ادارة مرفق ذي صفة اقتصادية , يُمنح بموجبه الملتزم الحق في اقامة الاعمال الاولية اللازمة للمرفق العام من امواله , وادارته واستغلاله على مسؤوليته مقابل رسوم يستحصلها من المنتفعين بخدمات هذا المرفق , وبعد انقضاء مدة هذا العقد يلتزم الملتزم بإعادة المرفق مع انشاءاته الاولية الى الادارة المانحة للالتزام .

المادة 2 : تتمتع الادارة المانحة للالتزام بسلطة توقيع جميع الجزاءات التقاعدية على الملتزم معها بإرادتها المنفردة دون اللجوء الى القضاء المختص , سواء نص عليها عقد التزام المرافق العامة ام لم ينص عليها , اعمالا للسلطة العامة التي تملكها في مجال العقود الادارية , وتغليب المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

المادة 3 : للإدارة المانحة للالتزام توقيع جزاء إسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها عند خلاله اجلالاً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية , وبعد اعذاره بضرورة استدراك هذا الخلل الجسيم خلال فترة محددة من الزمن .

المادة 4 : يعتبر من قبيل الاخطاء الجسيمة ما يأتي :

أ ـ ترك المرفق العام دون إدارة واستغلال .
ب ـ الأخلال بالالتزامات الجوهرية في عقد التزام المرافق العامة .
ج ـ تنازل الملتزم عن عقد التزام المرافق العامة او التعاقد من الباطن .
د ـ غش الملتزم او تقديم الرشوة .
هـ ـ عدم أداء المستحقات المالية للإدارة المانحة للالتزام .
و ـ كل فعل يؤدي الى اختلال المرفق العام اختلالاً جزئياً او كلياً .
ز ـ كل فعل منصوص عليه في عقد التزام المرافق العامة على اعتباره خطأ جسيما .

المادة 5 : لا تلتزم الادارة المانحة للالتزام بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء أسقاط عقد التزام المرافق العامة في الحالات الأتية :

أ ـ النص في عقد التزام المرافق العامة الى الاعفاء من الإعذار .

ب ـ غش الملتزم او تقديم الرشوة .

ج ـ تنازل الملتزم عن عقد التزام المرافق العامة للغير او التعاقد من الباطن .

د ـ عدم الفائدة او الجدوى من الاعذار .

هـ ـ حالات الضرورة والاستعجال .

المادة 6: على الادارة المانحة للالتزام اصدارها لقرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة ان تراعي الامور الاتية:

أ ـ ذكر الاسباب التي دفعتها الى توقيع جزاء اسقاط عقد التزام المرافق العامة على الملتزم معها .

ب ـ مراعاة التناسب بين مخالفة الملتزم جزاء اسقاط عقد التزام المرافق العامة , وهذا يتطلب مراعاة قياس درجة خطورة المخالفة المنسوبة للملتزم بالنسبة لما تمثله من اعتداء على مصلحة محمية قانوناً .

المادة 7 : لا يمنع جزاء اسقاط عقد التزام المرافق العامة من ان تقوم الإدارة المانحة للالتزام بمصادرة التأمينات النهائية , ولا يمنع هذا الجزاء من حقها في التعويض .

المادة 8 : ان تصفية عقد التزام المراق العامة تكون طبقا للشروط المتفق عليها في هذا العقد , مع عدم الاخلال بالأموال التي تؤول الى الإدارة المانحة للالتزام مجانا والتي تعد جزئاً لا يتجزأ فيما يتعلق بإدارة واستغلال المرفق العام , والاموال التي تؤول اليها بمقابل والتي تكون ذات فائدة كبيرة لإدارة وتسيير المرفق العام والتي لا يمكن فصلها عنه .

2- ضرورة منح القاضي المختص سلطة الغاء قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة غير المشروع , وضرورة اخضاع هذا القرار لرقابة القضاء الاداري اللاحقة بنوعيها (المشروعية والملائمة) , وبذلك يتخلص الملتزم من آثار هذا القرار الاداري غير المشروع , وبالتالي يُحفز الاشخاص على التعاقد مع الادارة ؛ لأنه ضمانة لهم في حالة تعسفها وقيامها بإصدار قرار الإسقاط دون مبرر , وهذا بدوره يؤدي إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد .

3- تعديل قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017 لتوسيع صلاحيات محكمة القضاء الاداري لتشمل النظر في المنازعات الادارية جميعها المتعلقة بالعقود الادارية , بما فيها المنازعات الناشئة عن توقيع قرار إسقاط عقد التزام المرافق العامة .

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة موضوع (حدود سلطة الادارة في إسقاط عقد التزام المرافق العامة ـ دراسة مقارنة) , ندعو الله العزيز الجليل أن يجعل هذه الدراسة عملاً نافعاً وناجحاً , ولا ندَعي اكمال كل متطلباتها , لكن هذا ما تمكنا منه , آملين من السادة رئيس واعضاء لجنة المناقشة وكل من يقدم ملاحظة أو رأي يساهم في إغناء هذه الرسالة وإظهارها بالمظهر اللائق , ومن الله التوفيق , والحمد لله أولاً وأخيراً .

أولاً- المصادر باللغة العربية :

أ- المعاجم :

1- احمد بن فارس بن زكريا ابو الحسين , معجم مقاييس اللغة , دار الفكر , الجزء الاول , سوريا , 1979.

2- محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين ابن منظور الانصاري , معجم لسان العرب , دار صبح , الطبعة الاولى , لبنان , 2006 .

3- نشوان بن سعيد الحميري اليمني , معجم شمس العلوم ودواء كلام العرب في الكلوم , دار فكر , المجلد الاول سوريا , 1999 .

ب- الكتب القانونية :

1- د. ابراهيم الشهاوي , عقد امتياز المرفق العام B.O.T , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2003 .

2- د. ابراهيم عبد العزيز شيحا , القضاء الاداري , ابو العزم للطباعة , مصر , 2001 .

3- د. ابو بكر احمد عثمان , عقود تفويض المرفق العام , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2015 .

4- د. احمد سلامة بدر , العقود الادارية وعقد البوت , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الثانية , مصر , 2010.

5- د. احمد طلال عبد الحميد , قاعدة العقد شريعة المتعاقدين , دار الشؤون الثقافية العامة , الطبعة الاولى , العراق , 2013 .

6- د. احمد محرز , الوسيط في الشركات التجارية , منشأة المعارف , الطبعة الثانية , مصر , 2004 .

7- د. انس جعفر , العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الخامسة , مصر , 2009 .

8- د. انور احمد رسلان , القضاء الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2007 .

9- د. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري , دار شتات للنشر والبرمجيات , الطبعة الاولى , مصر , 2011 .

10- د. ثروت بدوي , النظرية العامة في العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , بلا سنة للنشر .

11- د. جابر جد نصار , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2002 .

12- د. جابر جاد نصار , العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2005 .

13 د. جورج سعد , القانون الاداري العام والمنازعات الادارية , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , 2004 .

14- د. جورجي شفيق ساري , المبادئ العامة للقانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2004 .

15- د. حسان عبد السميع هاشم , الجزاءات المالية في العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2002 .

16- د. حسين درويش عبد العال , النظرية العامة في العقود الادارية , مكتبة الانجلو المصرية , الجزء الثاني , مصر , بلا سنة للنشر .

17- د. حسين عبد العال محمد , الرقابة الادارية بين علم الادارة والقانون الاداري , دار الفكر العربي , مصر , 2004 .

18- د. حسين عثمان , اصول القانون الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2006 .

19- د. حفيظة السيد الحداد , العقود الادارية المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان و 2003 .

20- د. حماده عبد الرازق حماده , منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم , دار الجامعة الجديدة , الطبعة الاولى , مصر , 2012.

21- د. حماده عبد الرازق حماده , عقود البوت (B.O.T) , دار الجامعة الجديدة , الطبعة الاولى , مصر , 2013 .

22- د. حمدي ياسين عكاشة , العقود الادارية في التطبيق العملي , منشأة المعارف , الطبعة الرابعة , مصر .

23- د. خالد خليل الظاهر , القانون الاداري , دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة , الطبعة الاولى , الاردن 1998 .

24- خليفة علي حمد المسافري , الرقابة على ركن السبب في القرار الاداري وفقاً للقضاء الاماراتي , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , بلا سنة للنشر .

25- د. داود عبد الرازق الباز , الادارة العامة (الحكومة الالكترونية) واثرها على النظام القانوني للمرفق العام واعمال موظفيه , مجلس النشر العلمي الجامعي , الطبعة الاولى , الكويت , 2004 .

26- د. ذنون سليمان يونس العبادي , مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الاداري , دار الكتب القانونية , مصر 2015 .

27- رشا محمد جعفر , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2010 .

28- د. سامي جمال الدين , قضاء الملائمة والسلطة التقديرية , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2011 .

29- د. سعاد الشرقاوي , القانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2009 .

30- د. سعيد السيد علي , اسس وقواعد القانون الاداري , دار الفكر العربي , الطبعة الاولى , مصر , 2007 .

31- د. سليمان محمد الطماوي , الاسس العامة للعقود الادارية , دار الفكر العربي , الطبعة الخامسة , مصر , 2011 .

32- د. شريف يوسف خاطر , مبادئ القانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2011 .

33- د. صلاح الدين فوزي , المبسوط في القانون الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 1998 .

34- د. عادل خليل , العقود الادارية , دار الثقافة الجامعية , مصر , 1999 .

35- د. عاطف محمد عبد اللطيف , امتيازات الادارة في قانون المناقصات والمزايدات دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الامريكي , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2009 .

36- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة , الاسس العامة في تنفيذ العقود الادارية , دار الفكر العربي , مصر , 2007 .

37- د. عبد الغني بسيوني عبد الله , القانون الاداري , منشأة المعارف , مصر , 1991 .

38- د. عبد الله نواف العنزي , النظام القانوني للجزاءات في العقود الادارية , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2010 .

39- د. عبد المنعم محفوظ , القانون الاداري , مطبعة عين الشمس , الطبعة الاولى , مصر , بلا سنة للنشر .

40- د. عدنان العجلاني , القضاء الاداري , مطبعة جامعة دمشق , سوريا , بلا سنة للنشر .

41- د. عزيزة الشريف , دراسات في نظرية العقد الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 1982 .

42- د. عصمت عبد الله الشيخ , مبادئ ونظريات القانون الاداري , دار النشر والتوزيع , الطبعة الاولى , مصر , 2003 .

43- د. علاء الدين عشي , مدخل القانون الاداري ـ التنظيم الاداري , دار الهدى , الجزء الاول , الجزائر , 2010 .

44- د. علاء محي الدين مصطفى , التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية

والمعاهدات الدولية واحكام محاكم التحكيم , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2008 .

45- د. علي حسن عبد المجيد , الغلو في الجزاء واثره على مدى صحة القرار الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2007 .

46- د. علي خطار شطناوي , مبادئ القانون الاداري الاردني , الكتاب الثاني , المطبعة الجامعية الاردنية , الطبعة الاولى , الاردن , 1996 .

47- د. علي شفيق , الرقابة القضائية على اعمال الادارة , معهد الادارة العامة , السعودية , 2002 .

48- د. علي محمد بدير , واخرون , مبادئ واحكام القانون الاداري , العاتك لصناعة الكتاب , مصر ,1993 .

49- د. علي محمد مظفر , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية في اليمن , الطبعة الاولى , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , 2012 .

50- د. عليوة مصطفى فتح الباب , المدخل الى القانون الاداري , دار القضاء , امارة ابو ظبي , الطبعة الثانية , 2013.

51- د. عمار بو ضياف , الصفقات العمومية في الجزائر , جسور للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الجزائر , 2012 .

52- د. عمار عوابدي , القانون الاداري - النظام الاداري , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزء الاول , الجزائر , 2000 .

53- د. عمر حلمي , طبيعة اختصاص القضاء الاداري في منازعات العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 1993 .

54- د. عمرو احمد حسبو , التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T) , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2002 .

55- د. غازي فصل مهدي , د. عدنان عاجل عبيد , القضاء الاداري , مكتبة دار السلام القانونية , الطبعة الثالثة , العراق , 2017 .

56- فارس علي جانكيز , سلطة الادارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2014 .

57- د. فاروق احمد خماس , محمد عبد الله حمود الدليمي , الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية , دار الكتب للطباعة والنشر , العراق , 1992 .

58- د. فتحي عبد الصبور , الآثار القانونية للتأميم والحراسة الادارية على الاموال , عالم الكتاب , الطبعة الثانية , مصر , 1997 .

59- د. فتحي عطية السيد مصطفى , المرشد للحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون رقم 89 لسنة

1998 بشأن المناقصات والمزايدات , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2014 .

60- د. فريدة قصير مزباني , مبادئ القانون الاداري الجزائري , مطبعة عمار قرفي , الجزائر , 2001 .

61- د. لباد ناصر , القانون الاداري - النشاط الاداري , الجزء الثاني , بلا اسم للناشر , الجزائر , 2004 .

62- د. ماجد راغب الحلو , العقود الادارية , دار الجامعية للطباعة والنشر , الطبعة الاولى , لبنان , 2007 .

63- د. مازن ليلو راضي , القضاء الاداري , شركة المؤسسة العامة للكتاب , الطبعة الاولى , لبنان , 2013 .

64- د. ماهر صالح علاوي الجبوري , مبادئ القانون الاداري , المكتبة القانونية , العراق , بلا سنة للنشر .

65- مايا محمد نزار ابو دان , الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري , المؤسسة الحديثة للكتاب , الطبعة الاولى , لبنان , 2011 .

66- د. مجدي مدحت النهري , مبادئ القانون الاداري في دولة الامارات العربية المتحدة , مكتبة الرشيد , مصر , 2006 .

67- د. محمد الشافعي ابو راس , القانون الاداري , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , بلا سنة للنشر .

68- د. محمد الصغير بعلي , القانون الاداري , دار العلوم للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الجزائر , 2004.

69- د. محمد باهي ابو يونس , الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2000 .

70- د. محمد بكر حسن , الوسيط في القانون الاداري , دار الفكر العربي , مصر , 2007 .

71- د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري , الرقابة القضائية على العقود الادارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2011 .

72- د. محمد جمال ذنيبات , العقد الاداري , مكتبة القانون والاقتصاد , الطبعة الاولى , المملكة العربية السعودية , 2012.

73- د. محمد رفعت عبد الوهاب , مبادئ واحكام القانون الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى لبنان , 2005 .

74- د. محمد رفعت عبد الوهاب , اصول القانون الاداري , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2007 .

75- د. محمد عبد العال السناري , وسائل التعاقد الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر 2004 .

76- د. محمد عبد العال السناري , مبدأ المشروعية والرقابة على اعمال الادارة , بلا اسم للناشر , بلا مكان للنشر , بلا سنة للنشر .

77- د. محمد عبد اللطيف , تفويض المرفق العام , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , الطبعة الاولى

مصر , 2000.

78- د. محمد عبد الله حمود الدليمي , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2002 .

79- د. محمد عبد الواحد الجميلي , ماهية العقد الاداري في ضوء احكام القضاء الفرنسي والمصري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2000 .

80- د. محمد علي آل ياسين , القانون الاداري - المبادئ العامة في نظرية المرفق العام , المكتبة الحديثة , لبنان بلا سنة للنشر .

81- د. محمد فؤاد عبد الباسط , العقد الاداري , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2006 .

82- د. محمد قدري حسن , القانون الاداري , اثراء للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2009 .

83- د. محمد كامل ليلة , نظرية التنفيذ المباشر في القانون الاداري , دار الفكر العربي , مصر , 1991 .

84- المحامي محمد محمود , قانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في دولة الامارات العربية المتحدة بلا اسم للناشر , الطبعة الاولى , بلا مكان للنشر , 2000 .

85- محمد ناصر راشد محمد الطنيجي , القابة القضائية على التناسب في القرار الاداري , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2016 .

86- د. محمود خلف الجبوري , العقود الادارية , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2010.

87- د. محمود سامي جمال الدين , المبادئ الاساسية في القانون الاداري لدولة الامارات العربية المتحدة , دار القلم , امارة دبي , بلا سنة للنشر .

88- د. محمود عاطف البناء , العقود الادارية , دار الفكر العربي , الطبعة الاولى , مصر , 2007 .

89- د. محي الدين القيسي , الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية , مصر , 2011 .

90- د. مدحت احمد محمد غنايم , النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2010 .

91- د. مروان محي الدين القطب , طرق خصخصة المرافق العامة , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2009 .

92- مريم محمد احمد , سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الادارية , دار الحقانية , الطبعة الاولى , مصر , 2016 .

93- د. مصطفى ابو زيد فهمي , القضاء الاداري ومجلس الدولة , دار المطبوعات الجامعية , مصر , 2004 .

94- د. مصطفى ابو زيد فهمي , الوسيط في القانون الاداري , دار الجامعة الجديدة , الطبعة الاولى , مصر , 2005 .

95- د. مصطفى محمود عفيفي , الرقابة على اعمال الادارة والمنازعات الادارية , مكتبة الاسكندرية , الجزء الاول , مصر , 1990 .

96- د. مطيع علي محمود جبير , العقد الاداري بين التشريع والقضاء , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , مصر , 2006 .

97- د. مفتاح خليفة عبد الحميد , انهاء العقد الاداري , دار المطبوعات الجامعية , الطبعة الاولى , مصر , 2014 .

98- د. مفتاح خليفة عبد الحميد , د. حمد محمد الشلماني , انقضاء العقود الادارية في القانون المقارن , دار المطبوعات الجامعية , الطبعة الاولى , مصر , 2013 .

99- د. مهند مختار نوح , الايجاب والقبول في العقد الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , سوريا , 2005 .

100- د. نصري منصور نابلس , العقود الادارية , منشورات زين الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2010 .

101- د. نواف كنعان , القانون الاداري , الكتاب الاول , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاصدار الثالث , الاردن , 2008 .

102- د. هاني علي الطهراوي , القانون الاداري , دار الثقافة , الطبعة الخامسة , الاردن , 2014 .

103- د. وسام صبار العاني , القضاء الاداري , دار السنهوري , الطبعة الاولى , العراق , 2015 .

104- د. وضاح محمود الحمود , عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , الاردن , 2010 .

105- د. وليد حيدر جابر , طرق ادارة المرافق العامة , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الاولى , لبنان , 2009 .

ت- <u>الاطاريح والرسائل الجامعية</u> :

- **<u>الاطاريح</u> :**

1- احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , مصر , 2006 .

2- احمد محمد محرم , الاثار القانونية للرقابة الادارية لمشروعات المرافق العامة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة اسيوط , مصر , 2008 .

3- السلال سعيد جمعة الهويدي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة طنطا , مصر , 1994 .

4- ثامر حسين محسن ابو جمة العجيمي , الجزاءات التي توقعها الادارة بمناسبة النشاط الاداري في غير مجال العقود والتأديب , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , مصر , 2010 .

5- خالد بن حمد بن راشد المطاعني , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة , اطروحة دكتوراه كلية الحقوق , جامعة بني سويف , مصر , 2009.

6- دويب حسين صابر , الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام وتطبيقاته على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة اسيوط , مصر , 2006 .

7- سعيد عبد الرزاق باخبيرة , سلطة الادارة الجزائية في اثناء تنفيذ العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , الجزائر , 2008 .

8- سيد احمد محمد جاد الله , سلطة القاضي ازاء العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , مصر , 2007 .

9- عبد المجيد محمد محمد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة عين الشمس , مصر , 1994 .

10- محمد صلاح عبد البديع السيد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الزقازيق , مصر , 1993 .

11- نجم عليوي خلف , السلطة الجزائية للإدارة اثناء تنفيذ العقد الاداري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2018 .

12- نسيغة فيصل , الرقابة على الجزاءات الادارية العامة في النظام القانوني الجزائري , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد خيضر بسكرة , الجزائر , 2011 .

13- يوسف بن مصبح بن سعيد الشكيلي , الرقابة الادارية والقضائية على العقود الادارية , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2017 .

- **الرسائل :**

1- اكلي نعيمة , النظام القانوني لعقد الامتياز الاداري في الجزائر , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة مولود معمري تيزي وزو , الجزائر , 2013 .

2- الشارف موسى ابراهيم المريض , انهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة للإدارة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2013 .

3- توركان ابراهيم علي , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري والرقابة القضائية عليها , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2013 .

4- جاسم خلف جواد , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الاسكندرية , مصر , 2018 .

5- حاشمي سامي , النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , الجزائر , 2016 .

6- حموش نور الهدى , إخلف يوسف , الاطار القانوني لعقد امتياز المرفق العام في الجزائر , رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , الجزائر , 2015 .

7- رفاه كريم رزوقي كربل , الرقابة القضائية على سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة بابل , العراق , 2000 .

8- سيف سعد مهيدي , مضاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة المنصورة , مصر , 2015 .

9- شيت مصطفى خضر , ابرام عقد التزام المرفق العام وتنفيذه , رسالة ماجستير , كلية القانون والسياسة , جامعة صلاح الدين - اربيل , العراق , 2009 .

10- عباس الشيخ , امتياز المرافق العامة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الطاهر مولاي , الجزائر , 2014 .

11- علي حسن عبد الامير , النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق , رسالة ماجستير , كلية القانون , الجامعة المستنصرية , العراق , 2008 .

12- مودع فريدة , سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد خيضر بسكرة , الجزائر , 2014 .

13- نكتل ابراهيم عبد الرحمن , عقد امتياز المرفق العام , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الموصل , العراق , 2009 .

ث- <u>البحوث</u> :

1- اسامة الحنانية وآخرون , نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الاردني , بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون , المجلد 42 , العدد 3 , 2015 .

2- انسام علي عبد الله , النظام القانوني للأموال العامة , بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق العدد 25 , المجلد 2 , السنة العاشرة , 2005 .

3- د. بديع مستو , سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري , بحث منشور في مجلة جامعة البعث , المجلد 38 ,

العدد 19 , 2016 .

4- بودياب بدرة هاجر , عقد الامتياز في ادارة المرافق العامة , بحث منشور في مجلة جامعة الاخوة منتوري كلية الحقوق , 2014 .

5- حسام فيصل , رقابة القضاء الاداري على قرار الادارة بالفسخ الجزائي للعقد الاداري , بحث منشور في مجلة جامعة البعث , العدد 77 , المجلد 39 , 2017 .

6- د. حسب ناجي عبود , م.م. هناء عباس كاظم , السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية , بحث منشور على موقع المجلات الاكاديمية العراقية , 2011 , https://www.iasj.net .

7- د. رفاه كريم رزوقي , المسؤولية التعاقدية للإدارة على اساس الخطأ , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , العدد الثالث , السنة الرابعة , 2015 .

8- د. ضرار القزاز , الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الادارية , بحث منشور في مجلة جامعة البعث , المجلد 39 , العدد 52 , 2017 .

9- د. طارق سلطان , سلطة الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين في العقود الادارية , بحث منشور في الاكاديمية الملكية للشرطة , مركز الاعلام الامني , https://www.policemc.gov.bh .

10- عبد العال حاحة , امال يعيش تمام , الرقابة على تناسب القرار الاداري ومحله في دعوى الالغاء , بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني , العدد الخامس , بلا سنة للنشر .

11- أ. م علي احمد حسن اللهيبي , تصفية عقد امتياز المرفق العام , بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق العدد 2 , المجلد 1 , السنة 1 , 2017 .

12- عمار بوضياف , دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الادارة المحلية والقطاع الخاص , بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث البرلمانية , العدد 25 , 2010 .

13- د. فاروق احمد خماس , محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم 106 لسنة 1989 , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد الاول والثاني , جامعة بغداد , 1990 .

14- د. محفوظ علي تواتي , فكرة العقود الادارية بتحديد القانون , بحث منشور في مجلة الجامعة الاسمرية , بلا سنة للنشر , العدد 23 , السنة 11 .

15- د. مصطفى كمال وصفي , الاجراءات القضائية في منازعات العقود الادارية , بحث منشور في مجلة المحاماة , العدد 7 , السنة 48 .

16- د. نسيغة فيصل , عقد الامتياز في المرافق العمومية المحلية , بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية , جامعة محمد خيضر بسكرة , العدد 31/30 , 2013 .

17- د. نور عيسى الهندي , النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز , بحث منشور في المجلة الاردنية في

القانون والعلوم السياسية , المجلد 9 , العدد 3 , 2017 .

18- د. نوفان منصور العقيل العجارمة , عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الاردني , بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون , المجلد 40 , الملحق 1 , 2013 .

ج- القوانين :

1- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .

2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

3- القانون المصري رقم 660 لسنة 1953 بشأن موظفي ومستخدمي المرافق العامة التي تنتقل ادارتها الى الدولة .

4- القانون المصري رقم 686 لسنة 1954 المتعلق بمنح استغلال بعض خطوط الاتوبيس لمدينة القاهرة .

5- القانون المدني الجزائري رقم 75- 58 الصادر في 26 / 9 / 1975 المعدل .

6- قانون تأميم عمليات شركة نفط البصرة المحدودة العراقي رقم 200 لسنة 1975 .

7- القانون الاتحادي الاماراتي رقم 8 لسنة 1980 في شأن تنظيم علاقات العمل المعدل .

8- قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل .

9- قانون المياه الجزائري رقم 17 لسنة 1983 المعدل .

10- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985 المعدل .

11- القانون الجزائري رقم 90-11 الصادر في 1990/4/21 المتعلق بعلاقات العمل المعدل .

12- قانون عقود الدوائر الحكومية في امارة دبي رقم 6 لسنة 1997 .

13- القانون الجزائري رقم 98-02 الصادر في 30 / 5 / 1998 المتعلق بالمحاكم الادارية .

14- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل .

15- قانون المنافسة الجزائري رقم 03- 03 الصادر في 19 / 7 / 2003 المعدل .

16- قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003 المعدل .

17- القانون الجزائري رقم 05- 07 لسنة 2005 المتعلق بالمحروقات المعدل .

18- قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

19- قانون الاجراءات المدنية الادارية الجزائري رقم 08- 09 الصادر في 25 / 2 / 2008 المعدل .

20- القانون العضوي الجزائري رقم 11- 13 الصادر في 26 / 7 / 2011 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله .

21- قانون العمل العراقي رقم 37 لسنة 2015 .

22- قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15- 147 لسنة 2015 المعدل .

23- قانون العمل الفرنسي رقم 1088 لسنة 2016 .

24- القانون الاماراتي الاتحادي رقم 19 لسنة 2018 بشأن الاستثمار الاجنبي المباشر .

ح- الانظمة والتعليمات :

1- نظام رقم 3 لسنة 1977 في شأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي .

2- القرار الوزاري الاماراتي رقم 6 لسنة 1982 بشأن نظام شراء المواد ومقاولات الاعمال , قرار منشور في الجريدة الرسمية لدولة الامارات العربية المتحدة , الجزء العاشر , 1983 .

3- المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 96- 308 في 1996/12/18 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة , منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية , العدد 55 , 1996 .

4- الدليل الملحق بقانون المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات في امارة ابو ظبي رقم 6 لسنة 2008 .

5- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم 2 لسنة 2014 .

خ- الاحكام القضائية غير المنشورة :

1- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 83 / الهيئة المدنية / الصادر في 2001/1/20 .

2- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 129 / الهيئة المدنية / الصادر في 2004/3/8 .

3- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 425 / الهيئة المدنية / الصادر في 2011/4/3 .

4- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 2485 / الهيئة المدنية / الصادر في 2015/6/8 .

5- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 4828 / الهيئة المدنية / الصادر في 2015/11/16 .

6- حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 136 / الهيئة الموسعة المدنية / الصادر في 2019/4/22 .

ثانياَ- المصادر باللغة الاجنبية :

أ- المصادر باللغة الانكليزية :

1- Hasna El Anebri , Concepts de partenariat public prive et de gestion delequee etude comparative , Recherche public , Revue economic gestion et societe , Nu. 6 , 2016 .

2- Jean Vincent , Acte administrative , J.C.A , 2001 .

3- Rachid Zouaimia , La de legation conventionnelle de service public au proft de personnes privees , Maison edition belkeise , Alger , 2012 .

4- Yves Derome , Le contrat de gestion privee dun service public , Recherch public , Faculte de droit de Universite laval , Nu. 2 , Canada , 1995 .

ب- المصادر باللغة الفرنسية :

1- Amandine Bouvier , Regards surle contrat franchise , These pour le doctorat , Universite montpellier , France , 2015 .

2- Christophe Lajoye , Droit des marches publics , Tome2 , 6 edition , France .

3- Gaston Jeze , Les principes generaux du droit administrative , France .

4- Georges Vedel , Pierrer Delvolve , Droit administratif , Presses universitaires de France , Partie 2 , France .

5- Gustave Peiser , Droit administratif general , Dalloz , 26 edition , france , 2014.

6- Hafman Polack , Les sanctions pouvant atteinder le concessionaire de service public en cas de manquements dses obligations , these , librairie rousseau , France , 1958 .

7- Maurial Dreifuss , Authers , Devolution des services public , Centre detudes sur les reseaux les transports lurbanisme et les constructions publiques , France , 2001 .

8- Philippe Terneyre , La responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif , Economica , France , 1988 .

9- Pierre Rier , Precis de droit administratif , France , 2004 .

10- Richer Laurent , Les contrats administratifs , Edition Dalloz , France , 1991.

11- Yasser Al Suraihy , La fin du contrat de franchise , These pour le doctorat , Universite de poitiers , France , 2008 .

Abstract

The commitment contract for public utilities has become one of the most important ways to manage public utilities for the state, but this method is not suitable for managing all state utilities; as there are some public utilities that can only be managed by the state itself, and there are public utilities that can be assigned to manage the obligor under this method, And for a certain period of time .

Owns donor management's commitment in this decade exceptional powers and is in the process of implementation of this contract administrative and perhaps the most important of these powers is the power to sign a penalty drop holding public utilities commitment in the event of a breach committed with its obligations grave breach without have this committed to adhering to (base contract law of contractors), based on this extraordinary power that the intention of the parties to hold public facilities commitment to the need to go out to meet the needs of the General Annex replaces a contract commitment, which requires the recognition of management donor commitment to the authority to sign a penalty drop holding public facilities commitment committed with them directly without recourse to the judiciary committed to the wrangler who breached the implementation of its obligations and that it carries and in many cases, the possibility of deviation of donor management commitment, or arbitrariness in this power use Serious, it may depart from the target set by the legislator, which leads to breach of the principle of legality, which is one of the most important pillars of the legal state .

If the donor administration has been recognized to abide by the authority to sign a penalty for dropping the public utilities contract on the obligor, then there must be specific controls at the time of signing this penalty so that the administration does not abuse this authority or in other words so that this administration does not abuse its authority in signing Penalty for dropping the contract of commitment of public utilities at its sole discretion, these controls may be prior to the signing of a penalty to drop a contract commitment to public facilities as may be later on it, the preceding controls are to excuse the obligor before signing the penalty for dropping the contract of public utilities contract, as well as to cause the decision to cancel the contract of public utilities contract and also the proportionality of this penalty with

the error committed by the obligor, subsequent controls are that the penalty for dropping a public utility contract shall be subject to the supervision of the competent judiciary .

This thesis included what is a public utility commitment contract and the concept of the penal authority of the donor administration of the obligation, this thesis dealt with the penalty for dropping the contract of public utilities by addressing the concept of this penalty and its provisions, this thesis also dealt with the previous and subsequent controls on the signing of the penalty for dropping the public utilities contract, based on the comparative approach between France, Egypt, Algeria, UAE and Iraq, and then the conclusion of this thesis included the results and proposals reached by the researcher .

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

and Scientific Research

AL- Qadisiyah University - College of Law

Department of Public Law

The limits of the authority of the administration to drop the contract's commitment to public utilities

(Comparative study)

A thesis to the College of Law University of Qadisiyah As a part of the requirements of the Master of Public Law

By the student

KARRAR ALI HUSSIEN AL- SHAMMARI

Supervised by

Assistant professor

Dr- ALI NAJEEP HAMZA

1441 A.H **2019 A.D**