الاختصاص القضائي في ايقاع الجزاء على الادارة المتعاقدة (دراسة مقارنة)

The Jurisdictional Competence of Imposing Sanctions on the Contractual Administration (A Comparative Study)

أ.م.د. رفاة كريم كربل [١] Assist. Prof. Rafah K. Karbel

م.م. خضير عبد الحسين الخالدي[٢] Assist. Lect. Khudeir A. Al-Khalidi

الملخص

ان نطاق بحثنا ينصب على تحديد القضاء المختص بتقرير الجزاء على الإدارة المتعاقدة في مجال مسؤولية الإدارة التي تثار في اطار عقودها للقانون العام (العقود الإدارية) الناتجة اما عن اخلالها بالتزاماتها التعاقدية او عن تدخلاتها المشروعة اثناء تنفيذ العقد اذ تتجلى في العقود المذكورة امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة إزاء الافراد فهي عقود إدارية تخضع لاحكام القانون العام ولاختصاص القضاء الإداري.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي في إيقاع الجزاء، الإدارة المتعاقدة، العقود الإدارية.

Abstract

The scope of the research identifies the legal authority which determines the penality of the contracting administration in terms of its responsibility for contracts within the public law (administrative contracts). This responsibility results either from non-commitment to contracts or legitimate interventions during implementing the contracts.

The privileges of the public authority practiced by the administration on the individuals manifest themselves in the mentioned contracts. These are

١- جامعة بابل/كلية القانون.

٢- رئاسة جامعة القاسم الخضراء.

administrative contracts subject to the provisions of the public law and the jurisdiction of the administrative judiciary.

المقدمة

اولاً: موضوع البحث واهميتة

تلجأ الإدارة العامة في سبيل القيام بأعمالها الإدارية سواء تعلق بتسيير المرافق العامة او باستغلال أموالها وتصريف شؤونها اليومية الى احدى وسيلتين تتمثل الأولى بالقرار الإداري اما الثانية فتتمثل بالعقد الإداري فالادارة تلجأ الى الاتفاق مع الافراد او المؤسسات المختلفة فتتولد بينهما عقود تحدد حقوق والتزامات كل طرف منهما فالادارة العامة تكون دائماً في حاجة لابرام العديد من العقود المذكورة لتسيير نشاطها من اجل تحقيق المصلحة العامة، والعقود التي تبرمها الإدارة ليست دائماً عقوداً إدارية اذ تتعدد هذه العقود حسب طبيعتها القانونية فبعضها يعد من عقود القانون الخاص تكون فيها الإدارة في مرتبة الافراد العاديين فتبيع وتشتري وتؤجر مثلهم ولا تظهر بمظهر السلطة العامة وهذه الطائفة من العقود الإدارية تخضع لاحكام القانون الخاص مع اتباع القيود الخاصة وتعامل معاملة العقود المدنية التي يبرمها الافراد فيما بينهم وتخضع لاختصاص القضاء العادي.

ان نطاق بحثنا ينصب على تحديد القضاء المختص بتقرير الجزاء على الإدارة المتعاقدة في مجال مسؤولية الإدارة التي تثار في اطار عقودها للقانون العام (العقود الإدارية) الناتجة اما عن اخلالها بالتزاماتها التعاقدية او عن تدخلاتها المشروعة اثناء تنفيذ العقد اذ تتجلى في العقود المذكورة امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة إزاء الافراد فهي عقود إدارية تخضع لاحكام القانون العام ولاختصاص القضاء الإداري.

ومن ابرز امتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية والقانونية اما في حالة اخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها وثبوت مسؤوليتها التعاقدية فان الجزاء المترتب على ذلك يتمثل في منح المتعاقد معها حق المطالبة بفسخ العقد والتعويض عن الاضرار التي اصابته سواء قامت هذه المسؤولية على أساس الخطأ او غير خطأ.

فالقاعدة الأساسية تتمثل في ان مخالفة الإدارة في التزاماتها العقدية يستوجب توقيع جزاء عليها فاذا كانت الإدارة تستطيع بارادتها المنفردة توقيع جزاء على المتعاقد معها فان المتعاقد لا يملك هذه السلطة وانما عليه اللجوء الى القضاء من اجل اقتضاء حقه فتحديد القضاء المختص في إيقاع الجزاء على الإدارة المتعاقدة من الأهمية بمكان كونه وسيلة لحماية المتعاقد معها (الطرف الضعيف في العقد) وضمان حقوقه تجاه الإدارة فاذا كان تنفيذ العقد من قبله يتطلب منه بذل قدر غير عادي من الحرص والعناية الا ان ذلك لا يعني التضحية بحقوقه المستمدة من ذلك العقد والا أدى ذلك الى عدم اقدام الافراد على التعاقد مع الادارة فتفقد الإدارة وسيلة من انجع الوسائل في تسيير مرافقها العامة فالمتعاقد مع الإدارة هو الطرف الضعيف في العقد وهو شخص يسعى لتحقيق الربح او المقابل المالي المحدد في العقد والذي يشكل اهم حقوقه على الاطلاق تلك الحقوق التي ينبغي على الإدارة احترامها انطلاقاً من منطق الرضائية بوصفها جوهر فكرة العقد سواء في القانون الخاص او القانون العام. ولكن ما هو الحل اذا لم تحترم الإدارة حقوق المتعاقد معها وتعسفت في استخدام سلطاتها الممنوحة لها بموجب العقد الإداري؟ فهل هنالك وسيلة لحماية حقوق

المتعاقد مع الإدارة؟ الإجابة تكمن في تقرير نظام المسؤولية التعاقدية للإدارة ومنح اختصاص إيقاع جزاء المسؤولية المذكورة الى جهة موضوعية محايدة تراعي عنصر المنفعة العامة وامتيازات السلطة العامة التي تسود فكرة العقود الإدارية دون التضحية بحقوق المتعاقد الا وهي القضاء الإداري.

ثانياً: مشكلة البحث.

يثير موضوع الاختصاص القضائي في إيقاع الجزاء على الإدارة المتعاقدة مشكلة تتعلق بالقصور التشريعي الذي يعتري مسألة تحديد القضاء المختص في مجال منازعات العقود الإدارية بشكل عام والمسؤولية التعاقدية للإدارة وايقاع الجزاء عليها بشكل خاص هذه المشكلة التي لم يتداركها المشرع على الرغم من مناداة الفقه العراقي بضرورة وضع حل للمشكلة المذكورة ومنح الاختصاص المذكور للقضاء الإداري اسوةً بدول القانون المقارن وفي مقدمتها فرنسا ومصر.

ثالثاً: منهجية البحث.

سيتم تناول موضوع البحث وفق أسلوب الدراسة التحليلية المقارنة التي نسعى من خلالها استعراض وتحليل اهم القواعد القانونية الوطنية والمقارنة المتعلقة بموضوع البحث وكذلك نوضح ما تبناه القضاء والفقه في فرنسا ومصر والعراق في هذا المجال.

رابعاً: تقسيم البحث.

تستلزم الدراسة في موضوع البحث تقسيمه على مبحثين نبين في الأول قاعدة عدم جواز إيقاع الجزاء من قبل المتعاقد مع الإدارة من حيث توضيح أساس هذه القاعدة في المطلب الأول اما المطلب الثاني فنتناول فيه الدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع الإدارة ونتناول في المبحث الثاني القضاء المختص بايقاع الجزاء على الإدارة المتعاقدة من حيث حدود سلطة قاضي الإلغاء في توقيع الجزاء على الإدارة المتعاقدة في المطلب الأول اما المطلب الثاني فنتطرق فيه الى حدود سلطة قاضي العقد في توقيع الجزاء المذكور.

المبحث الأول: عدم جواز إيقاع الجزاء من قبل المتعاقد مع الادارة

من المبادئ المستقرة في القضاء والفقه الإداري أن الادارة تملك جملة من السلطات في مجال العقد الإداري من أبرزها سلطتها في إيقاع جزاءات ضد المتعاقد معها إذا ما اخل أو قصر في تنفيذ التزاماته وتتنوع هذه الجزاءات وتختلف من حيث شدتها وأثرها تجاه المتعاقد فهناك جزاءات مالية وأخرى ضاغطة وأخيراً هناك الجزاءات النهائية التي تشمل سلطتها في فسخ العقد نتيجة لخطأ المتعاقد والسؤال الذي يطرح نفسه هنا من هي الجهة المختصة بإيقاع الجزاء ضد الادارة إذا ما قصرت في تنفيذ التزاماتها التعاقدية وثبتت مسؤوليتها التعاقدية؟ وهل يملك المتعاقد سلطة أو امتياز إيقاع الجزاء تجاه الإدارة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات نقول بأن القاعدة في هذا المجال تقضي بأن المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الادارة فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل القضاء، وإذا كان الأمر كذلك فهل يملك المتعاقد أن يدفع بعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية في حالة أن الادارة لم تنفذ التزاماتها بموجب العقد الإداري؟

وتأسيساً على ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول أساس قاعدة عدم جواز إيقاع الجزاء من قبل المتعاقد مع الادارة وفي المطلب الثاني نتناول الدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع الإدارة.

المطلب الأول: أساس قاعدة عدم جواز إيقاع الجزاء من قبل المتعاقد مع الادارة

إذا كانت الادارة تستطيع بموجب سلطتها التي منحها لها القانون أن توقع جزاءات على المتعاقد تحثه على التنفيذ وفي المواعيد المحددة بالعقد الإداري، إذا ما اخل بأي من التزاماته التعاقدية أو امتنع عن تنفيذ العقد أو تأخر أو أهمل في التنفيذ، فإخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية لا يقتصر على أن يكون إخلال بالتزام عقدي وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، وان اتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، تعد كلها أساساً لمنح الادارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها[٣]، وبعبارة أخرى أن أساس منح الادارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد يتمثل في أن الادارة تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة بعدها هي المسؤولة بحكم وظيفتها عن حسن وضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، وكذلك لدفع الخلل الذي يصيب المرفق العام من تقصير المتعاقد[٤].

فإذا كانت الادارة تستطيع توقيع جزاء على المتعاقد معها من دون اللجوء إلى القضاء، فأن المتعاقد لا يستطيع توقيع الجزاء بنفسه على الادارة، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل القضاء وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى انه ((لا يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك – وأساس ذلك أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الادارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض أن كان له مقتضى))[٥].

يتضح من ذلك أن أساس قاعدة عدم جواز توقيع الجزاء من قبل المتعاقد على الادارة هو ذات الأساس الذي تقوم عليه سلطة الادارة في توقيع الجزاء على المتعاقد ألا وهو المنفعة العامة التي تهدف الادارة إلى تحقيقها ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد.

المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع الادارة

إذا كان المتعاقد لا يملك سلطة توقيع الجزاء بنفسه على الادارة، فيمكن أن نتسأل هل يجوز للمتعاقد مع الادارة في العقد الإداري أن يدفع بعدم تنفيذ العقد إذا لم تنفذ الادارة المتعاقدة التزاماتها العقدية؟ وإذا كان يجوز له ذلك فما الشروط اللازمة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ؟

٣- ينظر في ذلك الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، بدون جهة طبع، ٢٠٠٩، ص٤٤٣ وما بعدها. وكذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٢٤٥. وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١١/٢٤/ ١٩٥٧ أشار إليه بلال أمين زين الدين، المسؤولية التعاقدية والغير تعاقدية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٥٣٠.

٤- ينظر في ذلك الدكتور طارق سلطان،سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، ١٩٩٨، ص١٣٠.

٥- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١١٢٧) والصادر بتاريخ ١/٢٨/ ١٩٧٨، أشار إليه محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لحقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،١٩٨٣، ص٢٩٤.

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات لابد من القول أن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ تقوم في مجال القانون الخاص على اعتبار جوهري مؤداه انه إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فأن له من باب أولى بدلاً من أن يتحلل من التزامه أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه[٦].

وان الدفع بعدم التنفيذ في مجال القانون الخاص يعد حقاً لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين، إذ يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ ما ألتزم به في مواجهة المتعاقد الأخر الذي لم ينفذ التزامه الناشئ عن العقد ذاته [٧]، فهذا الحق له طابع وقائي يهدف إلى كفالة استمرار التعارض الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة[٨].

ويشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عدة شروط ويمكن إيجازها بالأتي:

الشرط الأول: أن تكون هناك التزامات متقابلة يرتبها العقد بين طرفيه:

يعني ذلك انه يفترض وجود شخصين كل منهما دائن ومدين للأخر، والتزام كل منهما مترتب على التزام الأخر ومرتبط به[٩]، والعقود الإدارية تعد من العقود ذات الالتزامات المتبادلة أو المتقابلة فمثلاً عقد الأشغال العامة إذا كان محله بناء مدرسة مثلاً فأن سبب التزام المقاول المتعاقد ببناء تلك المدرسة هو التزام جهة الادارة المتعاقدة بدفع المقابل المالي المتفق عليه في العقد، وسبب التزام جهة الادارة بدفع المقابل المالي هو التزام المقاول ببناء المدرسة [١٠].

الشرط الثاني: أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ وحال الأداء:

ويعني هذا الشرط أن المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يدفع بعدم التنفيذ إذا لم يكن الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً مستحق الوفاء أي انه واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على احد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه أولاً قبل المتعاقد الأخر فلا يحق له الانتفاع من الدفع بعدم التنفيذ، فمثلاً البائع لا يستطيع أن يحبس العين المبيعة لعدم دفع الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً، فليس للطرف الذي يجب عليه تعجيل التنفيذ أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ[١١].

٦- ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥،القاهرة، ١٩٥٣، ص١٠٠٦، وكذلك نص المادة (٢٨٢/ ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٩ لسنة ١٩٥١ المعدل على (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به)، وكذلك نص المادة (١٦١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل على (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به).

٧- ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١٠٠٩.

٨- ينظر في ذلك الدكتور حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٣٧٥.

٩- ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١٠٠٩، وكذلك الدكتور حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، المصدر السابق، ص٣٧٥.

١٠- ينظر في ذلك الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، سلطة القاضي ازاء العقد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص٤٤٧.

١١- ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد،المجمع العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر،ص٧١٤ وما بعدها.

الشرط الثالث: يجب مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يلعب مبدأ حسن النية دوراً كبيراً في الحد من غلو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ أخلاقي قبل أن يكون مبدأ قانونياً ومبدأ حسن النية أمر مفترض، وهو قرينة قانونية عامة' وأن التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه بحسن نية يعد تطبيقاً للقواعد العامة في تنفيذ العقود(١٢).

ومن نتائج هذا الشرط أن المتعاقد لا يجوز له أن يدفع بعدم تنفيذ العقد، ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلاً، فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتمسك بتنفيذ العقد تنفيذاً حرفياً بما يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الأخر، فمن حسن النية في التنفيذ غض الطرف عن هذا الشرط، متى كان عدم التنفيذ الذي يمثل إخلالاً بهذا الشرط ثانوياً.

أما في مجال القانون الإداري فالأصل لا يجوز للمتعاقد مع الادارة في العقد الإداري أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بحجة أن الادارة لم تقم بتنفيذ التزاماتها العقدية مادام هذا التنفيذ ممكنا(١٣)، وذلك لان قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يمتنع المتعاقد مع الادارة عن تنفيذ التزاماته مادام في وسعه ذلك(١٤)، فالعلاقة التي تربط المتعاقد مع الادارة لا تقف عند حد نصوص العقد المبرم بينهما، وإنما هي علاقة تعاون وتعاضد من اجل تسيير المرفق العام(١٥).

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في العديد من القضايا أن المتعاقد مع الادارة ليس له الحق في إيقاف الأشغال العامة أو وقف نشاط المرفق العام المعهود إليه إدارته، بسبب إخلال الادارة ببعض التزاماتها التعاقدية ما لم يؤدِ ذلك إلى استحالة التنفيذ(١٦).

أما القضاء الإداري في مصر فقد ذهب إلى انه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة في العقد الإداري أن يدفع بعدم التنفيذ، ومن ثم فلا يجوز له عندما تطالبه الادارة بتنفيذ التزاماته أن يدفع بعدم التنفيذ ويطالب الادارة المتعاقدة أن تقوم بتنفيذ التزاماتها أولاً، فالأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الادارة في العقود الإدارية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر(وحيث أن قضاء هذه المحكمة

١٢- ينظر في ذلك الدكتور محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٩٣، ونص المادة (١٥٠) مدني عراقي ١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢-ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. تقابلها المادة (١٤٨) مدني مصري، وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم (٦٧٦ بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢٩) حيث نصت (... إذ أن الأصل في العقود الإدارية هو واجب تنفيذها بحسن نية، يمكن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين من شروط التعاقد وطبيعته وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين..) أشارت إليه سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الاداري قضائيا لخطا الادارة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل،٢٠٠٣،،ص٦١. وكذلك حكم محكمة التمييز في القرار رقم (١٢٢٩/ حقوقية / ١٩٦٧/ هيئة عامة بتاريخ ٢٧ / ١ / ١٩٦٨) حيث جاء فيه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...) أشارت إلية سحر جبار يعقوب، المصدر السابق، ص٦١.

١٣- ينظر في ذلك الدكتور.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط٤، دار الفكر العربي،١٩٨٤، ص٥٤٨.

١٤- ينظر في ذلك الدكتور محمود حلمي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء – القضاء الكامل- إجراءات التقاضي)، ط٢، ١٩٧٧، ص٢٩٥.

١٥- ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الإداري، مصدر سابق، ص٣٩٥.

١٦- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (١٢/٢٧/ ١٩٢٥) في قضية (Dolfini)، وحكمه بتاريخ (١٩٣٧/١٢/٢١) في قضية (Bellard) أشار إليهما السيد طاهر طالب التكمة جي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد،١٩٧٦، هامش رقم (٢)، ص١٨٨.

قد استقر على أن من الأصول المقررة في تنفيذ العقود الإدارية التي تتصل بتسيير المرافق العامة وتغليب وجه المصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة انه ليس للمتعاقد مع الادارة الدفع بعدم التنفيذ للتحلل من التزاماته ولا يسوغ له الامتناع عن الوفاء بالتزاماته بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء اعتبارات تسيير المرافق العامة الاستمرار في التنفيذ طالما كان ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إذا كان لذلك ثمة مقتضى وكان له فيه وجه حق، ولا يسوغ الامتناع عن التنفيذ بإرادة المتعاقد مع الادارة المنفردة وإلا وجبت مسألته عن تبعة فعلة السلبي)[١٧].

أما القضاء العراقي متمثلاً بمحكمة التمييز الاتحادية فقد ذهب إلى خلاف ذلك ويتضح ذلك من خلال اتجاه محكمة التمييز الاتحادية إذ قضت (إذا تعهد الطالب بالخدمة ولم تصدر الدائرة أمرا بتعيينه موظفا وفق شروط العقد بعد تخرجه مدة طويلة من الزمن فتعد الدائرة غير موفية لالتزاماتها ولا يغني عن ذلك تعيينه مستخدم وساغ للطالب التحلل من التزامه، وهذا تطبيق لنظرية الدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع المشروع عن الوفاء، ولا غضاضة من الأخذ بها وتطبيقها إذ إنها من المبادئ الفقهية العامة ولو لم يأخذ بها الشارع العراقي في القانون المدني باعتبارها نظرية تنبسط على جميع الوقائع ولكنه قد نص على بعض تطبيقاتها كحق الحبس الذي يقصد به حبس المبيع حتى دفع الثمن)[١٨]. ومن الجدير بالذكر أن هذه العقود لا تعد عقودا إدارية لعدم وجود سلطة للإدارة عليها في الوقت الحاضر كعقد تعهد الطالب بأداء الخدمة بعد إكمال دراسته.

فإذا كان الأصل هو عدم جواز تمسك المتعاقد مع الادارة بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك حرصاً وضماناً لحسن سير المرفق العام الذي يتصل به العقد وتغليباً للمصلحة العامة على مصلحة المتعاقد الخاصة، فهذا الأصل ليس مطلقاً بل له ضوابط تحدده وحالات توقف سريانه.

فإذا كان الهدف من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية كما بينا سابقاً هو انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهناك حالات سمح بها القضاء في الخروج على المبدأ والسماح للمتعاقد مع الادارة بالدفع بعدم التنفيذ في الحالات التي لا تؤثر في دوام سير المرافق العامة[١٩]، كما أن تطبيق المبدأ على تلك الحالات التي لا تؤثر في سير المرفق العام قد يؤدي إلى إعاقة المتعاقد من القيام بتنفيذ التزامه ومن ثم يؤدي إلى عكس المقصود من إقراره، فضلاً عن مجافاة ذلك لقواعد العدالة[٢٠] ومقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد[٢١]، ومن الحالات التي يجوز للمتعاقد فيها الدفع بعدم التنفيذ هي:

١٧- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٦١٨ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٩) أشار إليه الدكتور حازم بيومي المصري، مصدر سابق، ص٣٧٧-٣٧٨. وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٧٣٤ بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٤) أشار إليه الدكتور محمد ماهر أبو العينيين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٥.

١٨- ينظر في ذلك قرار محكمة التمييز رقم (١٧٢٢/ح/ ١٩٥٦ بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٩) أشار إليه السيد طاهر طالب، المصدر السابق، ص١٥٢.

١٩- ينظر في ذلك الدكتور حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، المصدر السابق، ص٣٨٠.

٢٠- ينظر في ذلك الدكتور محمد ماهر أبو العينيين، المصدر السابق، ص٥٠.

٢١- ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة، مصدر سابق، ص٣٩٧.

الحالة الأولى: العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام:

فهناك بعض العقود لا تتصل مباشرةً بتسيير المرفق العام، ولا يؤدي الدفع بعدم تنفيذها إلى تهديد لسير المرفق العام، ومن هذه العقود عقود شراء وحدات تصييف للعاملين، فإذا ما أخلت الادارة بالتزاماتها الناتجة عن هذه العقود وامتنعت عن دفع المقابل المالي المتفق عليه في العقد في وقته المحدد للمتعاقد معها، ففي هذه الحالة يمكن للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ حتى تفي الادارة بالتزاماتها، لان هذا الدفع لا يعد مؤثرا في سير المرفق العام[٢٢].

الحالة الثانية: إذا أدى تقصير الادارة في تنفيذ التزاماتها العقدية إلى استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته:

قد يؤدي توقف الادارة أو تقصيرها عن تنفيذ التزاماتها العقدية إلى استحالة قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، فمن غير المعقول أن يطلب من المتعاقد تنفيذ التزام يستحيل تنفيذه، لا سيما إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى إخلال الادارة بالتزاماتها الواردة في العقد، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر من انه ((متى كان الثابت انه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح الزراعي، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة منذ صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها تسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ، ومن ثم فأنه إذا لاحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط، فأن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى القطاع طيلة عام بأكمله هو مما سبق معه القول بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، وإنها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول مما يقوم سببا لفسخ العقد المبرم بينهما، وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك))[٢٣].

الحالة الثالثة: إذا بلغ تقصير الادارة حدا اعجز المتعاقد معها عن الاستمرار في تنفيذ التزامه:

وفي هذه الحالة يؤدي إخلال الادارة إلى إرهاق المتعاقد وعجزه عن الاستمرار في تنفيذ التزامه، والتطبيق الغالب لهذه الحالة هو عدم قيام الادارة بصرف المستحقات المالية للمتعاقد معها عن الأعمال التي نفذها دون سبب مبرر[٢٤]، لا سيما إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في مركزه المالي وتمنعه من الاستمرار في التنفيذ لكون عنصر التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ العقد.

يتضح من ذلك أن إقرار هذه الحالة يرجع إلى اعتبارات العدالة التي تأبى أن يكلف المتعاقد مع الادارة بما لا يطيق، فكيف يطلب منه تنفيذ أعمال تحتاج إلى أموال كثيرة في حين توقفت الادارة أو امتنعت عن سداد مستحقات المتعاقد معها عن الأعمال التي تمت، مما أدى ذلك التوقف إلى تذبذب مركز المتعاقد المالي وعدم قدرته على تنفيذ الأعمال، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا حيث اعتبرت أن ((تأخر الادارة في صرف المستخلصات المستحقة للمتعاقد معها أو امتناعها عن ذلك خطأ عقدي يرتب مسؤوليتها العقدية عن تعويض المقاول عن مدة التأخير في صرف مستحقاته، وقررت المحكمة أن التأخير في تنفيذ بقية

٢٢- ينظر في ذلك الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، مصدر سابق، ص٤٥٥.

٢٣- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٨٦٢ بتاريخ ١٩٦٧/٦/٣) أشار أليه الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، المصدر السابق، ص٤٥٧.

٢٤- ينظر في ذلك الدكتور نصرت منصور نابلسي، العقود الإدارية، ط١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص٤٤.

الأعمال لعدم وجود الاعتماد المالي، نتيجة لخطأ الادارة المتمثل في عدم تثبتها من توافره قبل الإقدام على التعاقد يترتب عليه بالضرورة تحملها لنتائج ذلك، ومن بينها التأخر في إتمام العملية))[٢٥]، وكذلك حكمها الذي جاء فيه ((وحيث انه إخلال جهة الادارة في تنفيذ التزاماتها قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها، الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الادارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت، ومن المعلوم أن عنصر التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الادارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال، ولا سيما إذا كانت هذه المبالغ كبيرة، ويؤثر عدم السداد في المركز المالي للمتعاقد، وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الاعمال، وحيث انه لا يغير مما تقدم ما أثاره الطاعن من انه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الادارة بأحد التزاماتها قبله ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض، فهذا القول وان كان هو الأصل في العقود الإدارية، إلا انه لا يؤخذ على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه، كما لو تقاعست الادارة عن توفير مواد التموين فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الادارة بالفرق، وهذه الأمور تختلف اختلافا جوهريا عن إخلال الادارة بالتزام أساسي في العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه، وهو موقف الادارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر لا سيما إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانيته في الاستمرار في التنفيذ، فيجب على هذه الادارة على وفق لعقد وجوب تنفيذه بحسن نية وفقا لما استقر عليه العمل في تنفيذ العقود أن تقوم الادارة بسداد مستحقات المقاول أولا بأول حسب تقدم الأعمال وتنفيذها، ولا تمتنع عن سداد مقابل ما تم من أعمال بدون مبرر، لان من شأن ذلك وقف مصدر تمويل التنفيذ وبسببه يتعثر المقاول في استكمال تنفيذ الأعمال كما هو الحال في النزاع محل الطعن وخاصة على ضوء ضخامة تلك المستحقات والتي بلغت حسب تقارير الخبراء ٣٧٣،٨٩٨ جنيها وهي مبالغ عدم صرفها يجعل المقاول في موقف يتعذر معه الاستمرار في التنفيذ في استكمال الأعمال، فتوقف التمويل اللازم لانجاز الأعمال يؤدي حتما إلى تعثر المقاول وتوقف التنفيذ، إذا تقاعست الادارة وأهملت في تنفيذ التزام جوهري في العقد بعدم سداد مستحقات المقاول عما تم من أعمال بلغت مبلغا كبيرا فأن توقف المقاول عن التنفيذ واستكمال الأعمال إنما يرجع إلى خطأ جهة الادارة بعدم صرف مستحقاته...)) [٢٦].

الحالة الرابعة: إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد:

قد تتجه نية الادارة والمتعاقد معها إلى تنفيذ الالتزامات المتقابلة في الوقت نفسه، فأن إخلال الادارة بالتزامها وعدم تنفيذها يعطي للمتعاقد الحق في عدم تنفيذ التزامه، ويرجع القاضي الإداري في استخلاص النية المشتركة للطرفين من شروط وطبيعة العقد الإداري، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها والذي جاء فيه ((وحيث أن الثابت من الوقائع المتقدمة هو أن إرادة طرفي العقد اتفقت على

٢٥- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٨٤٣ بتاريخ ١٩٩٩/٣/٢٣) أشار أليه الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، مصدر سابق، ص ٤٦١- ٤٦٢.

٢٦- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤٤٨٣ بتاريخ ١٩٩٧/٥/٦) أشار أليه الدكتور محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات و العقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص٥١-٥٣.

أن يكون تنفيذ الالتزامات التعاقدية بمجرد تسليم أمر التوريد، وان يكون الدفع عند الاستلام، بمعنى أن يتم تسديد الثمن عند تسليم الأصناف المتعاقد على توريدها))[٢٧].

الحالة الخامسة: إذا اتفق الطرفان على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

إذا كان الأصل في العقود المدنية هو جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل الطرفين المتعاقدين، ولما كان الدفع بعدم التنفيذ لا يتعلق بالنظام العام، فلا يوجد مانع من أن يتمسك المتعاقد مع الادارة بهذا الدفع متى ما تم الاتفاق عليه في بنود العقد الإداري وكان هذا الدفع بعدم التنفيذ الذي تم الاتفاق عليه بين الادارة والمتعاقد معها لا يؤثر في سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في نزاع بين احد المقاولين ومديرية التحرير بشأن تنفيذ عقد تعهد بموجبه المقاول بتوريد عمال زراعيين لإعمال تراحيل للقيام بأعمال هندسية بالمديرية ونتيجة لتقصير المقاول في تنفيذ التزامه وقعت مديرية التحرير عليه غرامات تأخير مما دفعه إلى أقامة دعواه أمام محكمة القضاء الإداري مقررا في دعواه انه إذا كان قد تأخر جدلا عن توريد العمال، فأن ذلك كان إعمالاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، لان المحكمة انتهت إلى أن دعوى المدعي على غير صحيح القانون، وقضت برفضها وألزمته بالمصروفات، فطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي ألغت حكم محكمة القضاء الإداري، حيث استخلصت من بنود العقد وجود اتفاق ضمني بين مديرية التحرير والمقاول على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، حيث قضت بحكمها ((ومن حيث انه وان كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الادارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا انه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ومن ثم لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها)) [٢٨]، وكذلك حكمها الذي قضت فيه ((ومن حيث انه إذا كان لا يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتقاعس أو يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا ما تأخرت الادارة في صرف مقابل الأعمال، وكان من الجائز الاتفاق على خلاف هذا الأصل متى كان عدم صرف هذا المقابل للمقاول سوف يعجزه عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد، فأنه إذا استطالت مدة التأخير في صرف المقابل بسبب عدم توفر الاعتماد المالي وتجاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول نتيجة لذلك، فأن لجهة الادارة في هذه الحالة أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الادارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته، وليس في ذلك ما يخالف النظام العام إذ أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعا تأبى تمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت

٢٧- ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ (١٩٦٧/٦/٣) أشار أليه الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، المصدر السابق، ص٤٦٧.

٢٨- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٦ بتاريخ ١٨/ ١٢ / ١٩٧١) أشار إليه الدكتور حازم بيومي المصري، المصدر السابق، ص٤٦٨-٤٦٩.

في أداء التزاماتها المقابلة، وذلك متى قدرت الجهة الإدارية خروجا على الأصل المتقدم، أن عدم تنفيذها لالتزاماتها على النحو المتقدم قد اعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد))[٢٩].

المبحث الثاني: القضاء المختص بإيقاع الجزاء على الادارة المتعاقدة

يعد القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل في نظر المنازعات الإدارية ومنها منازعات المسؤولية التعاقدية للإدارة، وان العقد الإداري يفرض على الادارة المتعاقدة التزامات متنوعة ومتعددة، وقد تخل الادارة بواحد أو أكثر من الالتزامات التي يفرضها العقد عليها، الأمر الذي يترتب عليه لجوء المتعاقد معها إلى القضاء المختص للحصول على حكم بتوقيع الجزاء المناسب على الادارة، وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول دور قاضي الإلغاء في توقيع الجزاء على الادارة المتعاقدة، أما المطلب الثاني فنبين فيه دور قاضي العقد في توقيع الجزاء على الادارة المتعاقدة.

المطلب الأول: مدى سلطة قاضي الإلغاء في توقيع الجزاء على الادارة المتعاقدة

ابتداءً لا بد من القول أن دعوى الإلغاء في منازعات العقود الإدارية لم تتضح معالمها إلا من خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي وبعد عدة مراحل من التطور الذي سار عليه هذا القضاء، فالقاعدة العامة المستقرة فقهاً وقضاءً هو أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إلا ضد القرارات الإدارية غير المشروعة وهذا يعني إغلاقه بالنسبة للعقود الإدارية، وان الأسباب التي تبرر عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية تتمثل بسببين[٣٠]: الأول: أن دعوى الإلغاء كما هو مستقر عليه لدى اغلب الفقهاء إنها دعوى قضائية ترفع من قبل صاحب الشأن أمام القضاء الإداري من اجل المطالبة بأبطال قرار إداري كان قد صدر خلافاً لما تقضي به القواعد القانونية[٣١]، فدعوى الإلغاء توجه ضد أعمال الادارة القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة منها أي القرارات الإدارية ومن ثم فهي لا توجه ضد العقود الإدارية لكونها تنشأ عن توافق إرادتين[٣٢]، أما السبب الثاني فيتمثل بأن الطعن بالإلغاء يكون جزاء لعدم المشروعية في حين أن الإخلال بالالتزامات التعاقدية يعني إخلالاً بالتزامات شخصية[٣٣].

فإذا كان القضاء الإداري يرفض قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري استناداً إلى الأسباب المتقدمة إلا أن أحكامه استقرت ومنذ مطلع القرن العشرين على تطبيق فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال[٣٤]

٢٩- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤٠٦٣ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٩) أشار أليه الدكتور محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص٥٦-٥٧.

٣٠- ينظر في ذلك الدكتور عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشر، ١٩٨٧، ص١٦.

٣١- للمزيد من التفصيل حول تعريف دعوى الإلغاء ينظر في ذلك الدكتور سامي جمال الدين: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٦٢. كذلك الدكتور محمد العبادي: قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر، عمان، ١٩٩٥، ص١٢٣.

٣٢- ينظر في ذلك الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لإعمال الادارة، ١٩٦٨، ص٥٨٧.

٣٣- ينظر في ذلك الدكتور محمد عبد العال السنا ري: مبادئ وأحكام العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة طبع، ص٥٤.

٣٤- تعرف بأنها تصرفات قانونية تصدر من جانب الادارة بإرادتها المنفردة، في إطار عملية مركبة مع إمكان تجزئة هذه التصرفات لتشمل على عدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب اثر قانوني معين، أي كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من

في مجال العقود الإدارية وقد ظهر هذا الاتجاه واتضحت معالمه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي [٣٥]، كما استقرت أحكام القضاء الإداري الفرنسي يسانده في ذلك جانب من الفقه الإداري [٣٦]على عدم قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد مع الادارة ضد قرارات الادارة بصفتها جهة تعاقد[٣٧]، بينما يقبل الطعن المذكور في حالة كون تلك القرارات قد صدرت عن الادارة بصفتها سلطة عامة، ففي كثير من الأحيان تقوم الادارة بإصدار قرارات إدارية بصفتها قائمة على المرافق العامة وتؤثر في مركز المتعاقد معها وتتصل بتنفيذ العقد بصورة أو بأخرى مما يدفع المتعاقد إلى الطعن عليها بالإلغاء أمام القضاء الإداري ومن هذه القرارات مثلاً القرار الصادر من الادارة بصفتها سلطة ضبط إداري، فالمتعاقد في مثل هذه الحالة يستطيع الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات ويبني طعنه على مخالفة الادارة لمبدأ المشروعية بصرف النظر عن العقد المبرم مع جهة الادارة[٣٨]، كما يستطيع المتعاقد الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة من الادارة والتي يستند فيها للمركز التنظيمي، فهناك العديد من العقود التي تبرمها الادارة وتنطوي على نوعين من النصوص القانونية وهي النصوص التنظيمية من جهة والنصوص التعاقدية من جهة أخرى، فالمتعاقد يستطيع الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة من الادارة استناداً إلى النصوص التنظيمية على اعتبار أن الادارة تتخذ هذه القرارات بصفتها سلطة عامة[٣٩]، حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي العديد من طعون الإلغاء من الموظفين الذين يرتبطون مع الادارة بعقد إداري والتي تتخذ استناداً للنصوص التنظيمية التي يخضع لها الموظف في علاقته مع الادارة[٤٠]، وان سلطة قاضي الإلغاء تمتد إلى فحص مشروعية هذه القرارات فيقرر مشروعية هذه القرارات أو عدم مشروعيتها فيقضي بإلغائها، كما ويملك ترتيب نتائج ايجابية أو سلبية على حكمه[٤١]، مما يدل على إن قاضي الإلغاء في الوقت الحاضر لا يكون مقيداً في حكمه بحدود ولاية الإلغاء، أي أن سلطة قاضي الإلغاء ليست قاصرة على فحص مشروعية القرار المطعون فيه فله أن يحكم بإلغاء ذلك القرار إذا ما وجد انه معيب، فهو يملك الحق في تحديد المركز القانوني للطاعن، ويستطيع في الوقت الحاضر أن يوجه أمراً للإدارة للقيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل.

ومن الجدير بالذكر انه صدر في فرنسا بتاريخ ٢/ ١٩٨٢/٣ القانون رقم ٢١٣ لسنة١٩٨٢ المعدل

ورائها لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك الدكتور جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٤٣ وما بعدها.

٣٥- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارتن الصادر في (١٩٠٥/٨/٤) أشير إليه في مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، ط١٠، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٩٥، ص١٢٥.

36- Laubadere, Moderen et Delvolve Paris,1984.p 1034.(- 5) Vedel G et Delvolve, Droit administrative, Paris, 1982, p. 741.

٣٧- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Gay) بتاريخ (٥ /٤ / ١٩٤٠)، وكذلك حكمه في قضية (Tazery) بتاريخ (٣٠ / ٥ / ١٩٤٤) أشار إليهما الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، مصدر سابق، ص٢٤٦ هامش رقم ٨٨٨.

٣٨- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Compagnies) بتاريخ (٦/ ٩/ ١٩٠٧) أشار إليه السيد حبيب إبراهيم حمادة الدليمي: الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص٥٥.

39- Pierre Delvolve, L ' acte administrative Sirey, 1983, p. 76 -80.(- 2)

٤٠- ينظر في ذلك الدكتور محمد إسماعيل علم الدين: التزام الادارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٧١، ص٣٠.

٤١- ينظر في ذلك الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط١، منشأت المعارف، الاسكندرية،٢٠١١، ص٤٤.

بالقانون رقم ٦٢٣ لسنة ١٩٨٢ في ٢٢/ ٧/ ١٩٨٢ بشأن إصلاح وسائل الرقابة على الجماعات المحلية [٤٢]، حيث ترتب على صدور هذا القانون حدوث تطور في شأن الطعن بالإلغاء في مجال عقود الادارة حيث أجاز هذا القانون لممثل الدولة الطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقود التي تبرمها الهيئات المحلية، كما أجاز له أيضاً الطعن بالإلغاء ضد العقود التي تبرمها هذه الهيئات المحلية، وبذلك فأن قانون ٢/٣/ ١٩٨٢ قد احدث انقلاباً بالمفاهيم المستقرة لقضاء المشروعية، بحيث لم تعد القرارات المتعلقة بإبرام العقد هي التي تقبل الخصومة عن طريق دعوى الإلغاء وإنما كذلك العقود[٤٣]، ويعد هذا المسلك من جانب المشرع الفرنسي خروجاً على القاعدة المستقرة في القضاء والفقه الفرنسي والتي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء ضد عقود الادارة، كما أيد ذلك القضاء وبعض الفقه الفرنسي حيث يرى الفقيه الفرنسي (Gonidec) ((أن استبعاد الطعن بالإلغاء على العقد الإداري لا يستند إلى أسس موضوعية أو مادية، فدعوى الإلغاء من الناحية الموضوعية دعوى عينية محصلها مدى مخالفة التصرف لإحكام القانون، وليس حتما أن يتم التصرف في صورة قرار إداري فمخالفة القانون كما تقع بمناسبة إصدار قرار إداري تتم أيضا عند إبرام الادارة لعقد من العقود والمسألة تعرض على القاضي لبيان مدى مخالفة الادارة للقانون في الحالتين سواء اتخذت هذه المخالفة صورة عمل أحادي أو تصرف ثنائي، فالعقود الإدارية لا تستعصي على دعوى الإلغاء بالنظر إليها ذاتيا))[٤٤].

أما في مصر فقد سايرت أحكام القضاء الإداري المصري ما هو مستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بطعون الإلغاء المقدمة من المتعاقد مع الادارة ضد عقود الادارة حيث لم يقبل الطعن بالإلغاء على عقود الادارة[٤٥]، إلا انه قبل الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد، حيث قبلت محكمة القضاء الإداري في مصر دعوى الإلغاء المقدمة من المتعاقدين الذين رست عليهم المناقصة وقد جاء في حكمها بأن ((القرار الصادر من مصلحة الشؤون القروية برسو عطاء مناقصة ردم البرك في بعض القرى دون البعض الأخر على المدعين، قرار إداري نهائي مما تختص المحكمة بنظر طلب إلغاءه وطلب التعويض عنه وفقا لأحكام الفقرة السادسة من المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة))[٤٦].

كما ميز القضاء الإداري المصري بين القرارات الإدارية المتخذة من الادارة بصفتها التعاقدية وبين قراراتها التي تتخذها بصفتها سلطة عامة حيث تخضع الأخيرة للطعن بالإلغاء، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الذي جاء فيه ((إذا كان الإلغاء –إلغاء العقد– مستندا إلى نص القانون فقط

42- De Laubadere et Delvolve: op. cit. p. 1070. (5)
-Vedel et Delvolve: op.cit. p. 1159.

43- p 367. Chapus.R. Droit administratif, T-1 Paris, 1982, (1)

٤٤– نقلاً عن الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، مصدر سابق، ص٤٤٩. وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٤/ ٤/ ١٩٨٥ في قضية (Departement de LEure C.Pinauld) والتي تتعلق بقرار مجلس المقاطعة العام بتعيين احد الأشخاص ومع أن هذا العقد لا يعتبر من العقود التي تخضع للتحويل الإلزامي، إلا أن المجلس قبل الإحالة التي تضمنت طعنا في مداولات المجلس وبالعقد الإداري نفسه، وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٨/ مارس/ ١٩٨٥ في قضية (A.J.D.A – Amis de la terre) حيث قبل المجلس الطعن بالإلغاء في القرار الذي صدر من الوزير بالتوقيع على العقد، وكذا الطعن بالإلغاء في العقد الموقع نفسه، أشار أليهما الدكتور سيد احمد محمود جاد الله، مصدر سابق، ص٢٥٦.

٤٥– ينظر في ذلك الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، مصدر سابق، ص٢٤٧.

٤٦– ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٠٣ بتاريخ (٦/٣/ ١٩٥١)، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، ص٦٩٠.

وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قرارا إداريا، ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نصوص العقد وتنفيذا له،فأن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام القضاء الإداري، على أساس استدعاء الولاية الكاملة لهذا القضاء...))[٤٧].

وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر في (١/٢٧/ ١٩٩٧) من أن قرار الادارة إذا كان ((... مستندا إلى نص في القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر... قرارا إداريا ويطعن فيه بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها... أما إذا كان... مستندا إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له فأن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استدعاء الولاية الكاملة لهذا القضاء..))[٤٨] وكذلك حكمها الذي جاء فيه أيضا من أن ((الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإداري ذاته... لذلك لا يجوز الاستناد إلى مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز إلغاء ما اتخذته من قرارات...))[٤٩].

كما يسير القضاء الإداري في العراق على نهج القضاء الإداري الفرنسي والمصري بصدد عدم قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد مع الادارة ضد قرارات الجهة الإدارية المتعاقدة، وذلك على أساس أن هذه القرارات تصدر بعد إبرام العقد الإداري وتتخذ صفة المنازعة العقدية التي تخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري وتدخل في اختصاص القضاء الكامل المتمثل بالمحاكم العادية التي لا تزال صاحبة الولاية العامة في نظر منازعات العقود الإدارية، فالمتعاقد إذا ما أراد الطعن ضد أي قرار إداري متصل بالعقد الإداري المبرم مع الادارة فليس له إلا رفع دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد[٥٠]، فهو لا يستطيع الطعن بالإلغاء ضد القرارات المتعلقة بالعقود الإدارية أمام محكمة القضاء الإداري وذلك لعدم اختصاصها بنظر مثل هذه الدعاوي لان المادة (٧ / رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قد حددت اختصاص هذه المحكمة ولم يكن من بينها القرارات القابلة للانفصال عن العقد[٥١] فالمتعاقد إذا كان من حقه التوجه بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد عندما تتضرر مصلحته من قرار قابل للانفصال كان قد صدر في مرحلة تكوين العقد فأن ذلك لا يمنع من أن يتوجه بالطعن بدعوى الإلغاء ضد قرار إداري قابل للانفصال كان قد صدر في مرحلة تكوين العقد واثر

٤٧- ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٩٧) بتاريخ (٢٧/ ٧/ ١٩٥٧) أشار إليه الدكتور سليمان محمد الطماوي: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص١٩٥.

٤٨- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢١٣٥ / بتاريخ ١/٢٧/ ١٩٩٧) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينيين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٨٧.

٤٩- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٦٤٥ / بتاريخ ٣/٢٢/ ١٩٩٤) أشير إليه في مجموعة الدكتور محمد ماهر أبو العينيين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص١٤٧.

٥٠- ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٩٩/ قضاء إداري) في (١٤/ ١١ / ١٩٩٠) أشار إليه حبيب إبراهيم حمادة: الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص٧٢.

٥١- المادة ٧/رابعاً من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، وينظر كذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٨١/ قضاء إداري) بتاريخ (١٢/١٢/ ١٩٩٢) أشار إليه حبيب إبراهيم حمادة، مصدر سابق، ص٥٩.

فيه تأثيراً مباشراً مما تحقق له شروط قبول دعوى الإلغاء شأنه شأن الغير عن العقد[٥٢].

فالمتعاقد مع الادارة لا يجوز له الاستناد إلى حقوقه المتولدة عن العقد للتوصل إلى إلغاء قرار إداري يتعلق بالعقد، بل يجب عليه أن يلجأ إلى قاضي العقد إعمالاً لقاعدة الطعن الموازي[٥٣] وهذا ما ينطبق على الادارة المتعاقدة أيضا[٥٤].

وان كان للمتعاقد مع الادارة أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء ليطلب إلغاء أي قرار إداري صادر عن الادارة بصفتها سلطة عامة وذلك إذا تحقق فيه شرط المصلحة[٥٥]، إلا انه لا يستطيع اللجوء إلى قاضي الإلغاء للمطالبة بما يقرره العقد الإداري من حقوق له [٥٦]، وذلك لان قاضي الإلغاء باعتباره قاضي مشروعية كما سبق القول لا يملك من السلطات سوى الحكم بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، ومن ثم فهو لا يملك سلطة إيقاع أي جزاء على الادارة المتعاقدة إذا ما تحققت مسؤوليتها التعاقدية.

المطلب الثاني: مدى سلطة قاضي العقد في توقيع الجزاء على الادارة المتعاقدة

ذكرنا أن اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية يمكن إرجاعه إلى نوعين رئيسيين وهما قضاء الإلغاء والقضاء الكامل، وقد لاحظنا أن قاضي الإلغاء لا يختص من حيث الأصل في منازعات العقود الإدارية، إلا أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر أم العراق قد أعطى لقاضي الإلغاء دوراً في مجال المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وقد تمثل ذلك بقبوله الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ومن اجل تسليط الضوء على دور قاضي العقد في توقيع الجزاء على الادارة المتعاقدة لابد لنا أولاً من تعريف القضاء الكامل حيث يعرف بأنه قضاء شخصي يطالب فيه المدعي خصمه بحق ذاتي، وهو بهذا المعنى ينصب على المطالبة بحقوق شخصية لرافع الدعوى الذي يسعى إلى مخاصمة الادارة من اجل تحديد مركزة القانوني وبيان الحل السليم للمنازعة المطروحة، حيث يملك قاضي العقد سلطات واسعة لا تقتصر على بيان مشروعية التصرف الإداري كما هو عليه في سلطات قاضي الإلغاء بل إنها تمتد إلى القيام بتعديل العقد أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه [٥٧]، فقاضي العقد في منازعات العقود الإدارية يملك سلطات واسعة تمكنه من ترتيب جميع النتائج القانونية على الوضع غير المشروع،فهو يجد نفسه ملزما بالفصل في كل ما يتعلق بالعملية العقدية بدءاً من أول إجراء في تكوينها

٥٢- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (٢/٤/ ١٩٥٥) أشار إليه الدكتور جورجي شفيق ساري: القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مصدر سابق، ص٩٢.

٥٣- قاعدة الطعن الموازي تعني انه إذا كان أمام المتعاقد مع الادارة طريقا أخر يمكن أن يحقق له ذات النتائج والآثار التي يحققها طريق الإلغاء فما عليه إلا استيفاء الطعن الموازي لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري- قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، ص٢١٦-٢١٨.

٥٤- ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري- قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص٨٦٦-٨٦٧.

٥٥- ينظر في ذلك الدكتور منصور إبراهيم العتوم، اثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات الفقه والقضاء الإداري الأردني والمقارن (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، السنة السادسة والعشرون، العدد التاسع والأربعون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،٢٠١٢، ص١٧٧ وما بعدها، منشور على موقع المكتبة الافتراضية الالكتروني ..www.IVSL.org

٥٦- ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري – قضاء الإلغاء، الكتاب الثاني، قضاء التعويض (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٨، ص٨٦٧.

٥٧- ينظر في ذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري – قضاء التعويض، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص١١.

وختاماً بتصفية كل الحقوق والالتزامات المترتبة عليها [٥٨]، فاختصاصه شامل لكل ما قد يتولد عن العقد الإداري من خصومات بمجرد توافر حقيقة العقد الإداري، وبغض النظر عما إذا تعلقت المنازعة بانعقاد العقد أو صحته أو نفاذه،حيث ينظر بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد وكافة الإجراءات المتعلقة بالعقد الإداري، وذلك لكونها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية ما دام أصل الحق لم يسقط بمضي المدة، فسلطة القاضي الإداري تمتد لتشمل مراقبة مشروعية التصرف والملائمة، كما هو عليه الحال بالنسبة لاختصاص القاضي في دول القضاء الموحد الذي يختص بنظر مشروعية وملاءمة التصرف، كما يمارس القاضي الإداري مهمة قضاء التعويض فهو بعد أن يلغي القرار غير المشروع يحكم بتعويض مناسب جراء ما لحق المتعاقد من أضرار، كما يملك سلطة فحص الوقائع والقانون وممارسة سلطة الرقابة وإصلاح الأعمال الخاطئة أو غير المشروعة كما له أن يقرر التزامات على عاتق احد طرفي العقد وحقوقاً للطرف الأخر [٥٩].

وقد سارت أحكام القضاء الإداري على إخضاع منازعات العقود الإدارية لاختصاص القضاء الكامل، فمجلس الدولة الفرنسي لم يفرق بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل حيث كان يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري حيث كان ذلك في المرحلة التي لم تكن فيها التفرقة بين الدعويين قد ظهرت بوضوح [٦٠]، إلا انه سرعان ما عدل عن قضائه السابق منذ صدور حكمه في قضية (Levieux) عام ١٨٩٩ حيث رفض الطعن بالإلغاء في المنازعات العقدية سواء أكان الطعن مقدما من المتعاقدين أو الغير[٦١]. ومنذ هذا التاريخ تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على خضوع منازعات العقود الإدارية إلى ولاية القضاء الكامل الذي أصبح بمثابة القاعدة المستقرة في قضائه سواء تعلق الأمر بمسؤولية المتعاقد مع الادارة لإخلاله بالتزاماته قبلها أم كان يتعلق الأمر بمسؤولية الادارة تجاه المتعاقد معها نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية [٦٢]، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي ((ومن حيث أن السيد (Berzowshi) يرتبط مع الادارة بعقد، فأنه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهتها بأي دعوى خلاف دعوى العقد للحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به))[٦٣].

ويترتب على ذلك أن المتعاقد إذا ما أراد أن يقاضي الادارة عند إخلالها بالتزاماتها العقدية، استناداً إلى حقوقه التعاقدية فعليه أن يتوجه إلى قاضي العقد دون قاضي الإلغاء، فقضاء العقود الإدارية ينتمي إلى ولاية القضاء الكامل (قضاء التعويض) حيث يمتلك القاضي في هذا المجال سلطات واسعة، تشمل أصل المنازعة وما يتفرع عنها، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية

٥٨- ينظر في ذلك الدكتور حيدر طالب محمد علي: الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد، بحث منشور على الموقع الالكتروني الأتي: ص٤ .http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=59533.

٥٩- ينظر في ذلك الدكتور أعاد علي حمود القيسي: القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٩، ص١١٠.

٦٠- ينظر في ذلك الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، مصدر سابق، ص٢٤٦.

٦١- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Levieux) بتاريخ (١٩ / ٥/ ١٨٩٩) أشار إليه الدكتور سيد احمد محمد جاد الله، المصدر نفسه، ص٢٤٦.

٦٢- ينظر في ذلك الدكتور مجدي عز الدين يوسف: مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة العشرون،١٩٩٦، ص٣٣٦.

٦٣- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (٤ /١٢ / ١٩٧٦) أشار إليه الدكتور مجدي عز الدين يوسف، مبدا اولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية اشخاص القانون العام، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة العشرون،١٩٩٦، ص٣٤٠.

الذي جاء فيه بأنه ((لم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصورا على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة (عملية التعاقد)، بل أمتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية ابتداءً من أول إجراء في تكوينها إلى اخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، وأصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصا مطلقا وشاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة من المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ذلك لان واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة، طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري..... فأنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فأنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء...))[٦٤].

ويترتب على ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية نتيجة هامة وهي انه إذا صدر من الادارة تصرف على خلاف التزاماتها العقدية، فأن للمتعاقد أن يحصل على حكم من القضاء بأبطال تلك التصرفات وذلك عن طريق ولايته الكاملة ذلك انه لا يستطيع باعتباره متعاقداً أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء حتى ولو اقتصرت دعواه على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الادارة بصفتها متعاقدة، ولهذا أثره أيضاً من حيث إجراءات التقاضي ومدده وذلك لاختلاف كل من قضاء التعويض والإلغاء عن الأخر[٦٥]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في (١٩٥٦/١١/١٨) حيث تقول ((... أما ما يصدر من القرارات تنفيذا للعقد، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، فهي منازعات حقوقية، وتكون محلا للطعن على أساس استجداء ولاية القضاء الكامل، فيفصل فيها على نحولا يختلف عن ولاية القضاء المدني العادي عندما كان يفصل في حدود اختصاصه في منازعات العقود التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الادارة الصرف وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم))[٦٦]. كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن ((قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها المتعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة حتى لو انصب النزاع على طلب المتعاقد بإلغاء قرار إداري... ذلك لان ما تصدره الادارة من قرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو فسخه أو إنهائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد،... ومن ثم فأن المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن على أساس

٦٤- ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (١١٨ بتاريخ ١٨/ ١١/ ١٩٥٦) أشار أليه الدكتور حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، مصدر سابق، ص٥٧-٥٨.

٦٥- ينظر في ذلك الدكتور حازم بيومي المصري، المصدر السابق، ص٦١-٦٢.

٦٦- ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ (١٩٥٦/١١/١٨)، أشار أليه حازم بيومي المصري، المصدر نفسه، ص٦٢.

استدعاء ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ومن ثم فلا يتقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء))[٦٧].

وبالرغم من اتساع سلطات قاضي العقد وذلك بمقتضى ولايته الكاملة في مجال العقود الإدارية، إلا انه بخصوص توقيع الجزاء على جهة الادارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية نجد أن سلطة القاضي في هذا الشأن تخضع لضوابط معينة، وهذه الضوابط تتصل من ناحية بالخصائص الذاتية للعقود الإدارية وتتصل من ناحية ثانية بالهدف الذي يسعى إليه المتعاقد من إبرام العقد الإداري، وتتمثل هذه الضوابط بما يأتي:

أولا:يمنع على القاضي أن يأمر الادارة بالقيام بعمل معين، ومن ثم ليس له أن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر من خلال فرض الغرامات التهديدية على الادارة[٦٨]، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (٢٧/ ٢/ ١٩٢٤) في قضية (Cune de Morzine)، وكذلك حكمه بتاريخ (١/٢٧/ ١٩٣٣) في قضية (Le Loir)[٦٩]، ومن ثم فأن مجلس الدولة الفرنسي يلجأ عادة إلى تخيير الادارة بين قيامها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية وبين دفع التعويض[٧٠]، حيث تضمنت أحكامه في هذا الخصوص صيغة تقليدية وهي إذا لم ترغب الادارة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية ينبغي عليها تعويض المتعاقد عن الإضرار التي لحقته وأحياناً يحدد مجلس الدولة الفرنسي مهلة للإدارة لكي تختار بين الطريقتين وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي[٧١].

إلا أن القاعدة التقليدية التي تمنع القاضي من إصدار أوامر للإدارة تخلص منها مجلس الدولة الفرنسي بصدور القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ الصادر بتاريخ ١/٨/ ١٩٩٥ الذي منح المجلس والمحاكم الإدارية على اختلاف درجاتها سلطة إصدار أوامر للإدارة لضمان اتخاذها الإجراءات الضرورية اللازمة لتنفيذ أحكام القضاء، فضلاً عن إمكانية الحكم عليها بغرامة تهديديه في حال تأخرها عن تنفيذ ما يستلزمه الحكم [٧٢].

وفي مصر إذا كان القاضي الإداري لا يملك أن يأمر الادارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، أو يأمرها بالقيام بعمل معين، نجد أن محكمة القضاء الإداري ألزمت الادارة بضرورة تمديد مدة تنفيذ العقد لصالح المتعاقد، وذلك نتيجة لقيام الادارة بتعديل بنود العقد وفي هذا تقول المحكمة (... أن تحقيق التوازن المالي للعقد حال استعمال الادارة لحقها في التعديل لا يعني فقط الحكم للمتعاقد بالتعويض المالي الذي يتكافأ مع تعديل التزاماته بل هو يتطلب إفساح المجال أمامه في التنفيذ ما دام من المؤكد أن الأعمال المعدلة يتطلب لتنفيذها

٦٧- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٢٣٤٨) بتاريخ (٧/ ٣/ ١٩٩٥)، أشير إليه في مجموعة الدكتور ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الأول، مصدر سابق، ص١٧٠.

٦٨- ينظر في ذلك السيد محمود خليل خضير: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١، ص١٧.

٦٩- أشارت أليهما سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الادارة، مصدر سابق، ص١١٢.

٧٠- ينظر في ذلك الدكتور محمد سعيد حسين أمين: الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مصدر سابق، ص٤٠٢.

٧١- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (١٩٢٤/١/٢٣) في قضية (Foyche) أشار إليه الدكتور محمد سعيد حسين أمين، المصدر السابق، ص٤٠٣ هامش رقم ١.وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (١٩٣١/١/١٨) في قضية (Maggi) وكذلك حكمه بتاريخ (١٩٤٨/١/٩) (Syndicat du canal de Makta Maklouf) أشار إليهما طاهر طالب، مصدر سابق، ص١٩٩.

٧٢- ينظر في ذلك الدكتور يسري محمد العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الادارة وحظر الحلول محلها وتطوراته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٣٩.

وقتا فضلا عن تكاليفها المادية...)[٧٣].

أما في العراق فلا تزال منازعات العقود الإدارية والمسؤولية الإدارية من اختصاص القضاء العادي فبالرغم من إنشاء قضاء إداري متخصص في العراق[٧٤]، إلا أن المنازعات المذكورة بقيت خارج نطاق اختصاص هذا القضاء ذلك أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ حدد اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها [٧٥] ومن ثم يخرج من اختصاصها منازعات العقود الإدارية ومنازعات المسؤولية الإدارية حيث بقيت كما ذكرنا من اختصاص القضاء العادي، وبالرغم من الولاية العامة التي عقدها المشرع العراقي للقضاء العادي، إلا انه لا يبيح لنفسه أن يلزم الادارة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها العقدية كقاعدة عامة، أو أن يأمرها بالقيام بعمل[٧٦]، إلا انه يستطيع أن يلزم الادارة بتنفيذ الالتزام الذي لا يقبل البديل بطبيعته، ألا وهو حق المتعاقد مع الادارة في الحصول على المقابل النقدي وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العراق على إلزام الادارة بأداء ثمن الأعمال أو الخدمات التي أداها المتعاقد لها، وفي ذلك تقول هذه المحكمة ((أن الخبراء الذين انتخبتهم المحكمة لدراسة بنود الاتفاقية وإعطاء رأيهم فيما إذا كان المطلوب استعمال الطابوق أم غيره كانوا قد بينوا... أن الطابوق المشروط بالاتفاقية ثبت صلاحيته مختبريا وان بنود المقاولة لم تلزم المقاول باستعمال

٧٣- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٩٢٧ بتاريخ ١٩٧٠/٣/١) أشار أليه السيد طاهر طالب، المصدر السابق، ص٢٠٦-٢٠٧.

٧٤- يذهب اغلب الفقه إلى أن العراق قبل عام ١٩٨٩ كان من دول القضاء الموحد بالرغم من المحاولات العديدة لإنشاء قضاء إداري على غرار ما هو معمول به في فرنسا ومصر حيث كان للقضاء العادي الولاية العامة في نظر كافة أنواع المنازعات وقد تأكدت هذه الولاية في كل دساتير الدولة العراقية ابتداء من القانون الأساسي العراقي وانتهاء بدستور ٢٠٠٥ الحالي كما أكد المشرع على مبدأ الولاية العامة للقضاء العادي في العديد من التشريعات الاعتيادية كقانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ الملغى وقانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل وقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ولضرورة وجود قضاء إداري متخصص يتولى حسم المنازعات الإدارية انشأ المشرع واستنادا إلى قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ المحاكم الإدارية وذلك بموجب قانون المحاكم الإدارية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧ الملغى إلا أن إنشاء هذه المحاكم لم يخلق قضاء إدارياً مستقلاً، لأنها لم تكن سوى هيئة قضائية ضمن تشكيلات النظام القضائي الموحد، تختص بصورة عامة في نظر المنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها وأياً كانت طبيعة المنازعة وهذا ما برر إلغاءها بموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٨ ليصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة١٩٧٩ مضيفاً اختصاصاً جديداً إلى المجلس إلا وهو ممارسة القضاء الإداري في جانبين:

الجانب الأول يخص قضاء الموظفين يمارسه مجلس الانضباط العام (الذي كان موجودا قبل ذلك مع اختلاف في ارتباطه وتشكيله) حيث يختص في النظر في المنازعات المتعلقة بتطبيق قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ إذ جازت المادة (٥٩) منه للموظف الذي يدعي بحقوق مدنية له إقامة دعوى على الحكومة لدى مجلس الانضباط العام للمطالبة بهذه الحقوق كذلك يختص بالنظر في الاعتراضات التي يرفعها الموظف على قرار فرض إحدى العقوبات الانضباطية عليه والمنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١المعدل.

أما الجانب الثاني من القضاء الإداري فيتعلق بما تمارسه محكمة القضاء الإداري بموجب نص المادة (٧) / رابعاً من قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩المعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣. لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك إسماعيل صعصاع البديري، الطعن في أحكام المحاكم الإدارية في العراق امام الهيئة العامة لمجلس شورئ الدولة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون،جامعة بابل، ١٩٩٥، ص١٥ وما بعدها. وكذلك الدكتور عبد الباقي نعمة عبد الله، المحاكم الإدارية في ضوء قانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧١، ص١٧٠ وما بعدها.

٧٥- تنص المادة (٧)/ ثانيا /د من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ على ((تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها، بناء على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن)).

٧٦- ينظر في ذلك السيد طاهر طالب، مصدر سابق، ص٢٢٥.

الطابوق المجوف إلا انه اجبر على استعماله بناء على طلب من قبل دائرة الأشغال وعلى ذلك فيرون وجوب إعطاءه فرق السعر بين قيمته وقيمة الطابوق المتفق عليه في العقد... وحيث أن تغيير مواد البناء... من قبل المميزين (الادارة) وما يستتبع ذلك من نتائج تقع على عاتق المميزين، ولان فرق السعر بين نوعي الطابوق يكون من حق المقاول أن يطالب به لإجباره على استعماله في البناء من قبلها لأنه غير الطابوق المتفق عليه، ولان المقاول لا يعد متبرعا في هذا النوع من الطابوق...))[٧٧]، كما جاء في احد أحكامها أيضاً انه ((... لا جناح على المحاكم إذا ما عرض عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس في قضائها مهمة القضاء الإداري وان تلتزم في قضائها على ما جرى به الفقه والقضاء الإداري...))[٧٨].

كما صدر أيضاً قانون العقود العامة بأمر من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل[٧٩]، وقد أشار هذا القانون إلى ضرورة وضع قواعد خاصة بمحكمة إدارية مستقلة تختص بنظر الشكاوي والمنازعات الناشئة عن منح العقود العامة من قبل الحكومة[٨٠]، واستناداً إلى هذا القانون فقد أصدرت وزارة التخطيط تعليمات لتنفيذه[٨١]، ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة حالياً لم يجعل من اختصاص المحكمة الإدارية المشكلة في وزارة التخطيط سلطة النظر في المنازعات العقدية الناشئة أثناء تنفيذ العقود الحكومية، وإنما قصر اختصاصها على المنازعات الناشئة قبل عملية التعاقد والمتعلقة بالشكاوي والاعتراضات المرفوعة من مقدمي العطاءات[٨٢]، ومما يمكن ملاحظته أيضاً أن المادة (١١) من التعليمات النافذة قد أشارت إلى إمكانية النظر في المنازعات الناشئة بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه من خلال التوفيق أو التحكيم أو إحالة النزاع إلى المحاكم المختصة[٨٣] وهذا يعني أن القضاء العادي في العراق والمتمثل بالمحاكم العادية وعلى رأسها محكمة التمييز هو المختص بممارسة القضاء الكامل بشأن منازعات العقود الإدارية ومن ضمنها منازعات المسؤولية التعاقدية، حيث يملك القاضي أن يحكم بالتعويض ضد الادارة لصالح المتعاقد معها، فما دام القضاء لا يسمح لنفسه أن يجبر الادارة على تنفيذ التزاماتها التعاقدية عينياً، حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكناً، فانه يلجأ بدلاً عن ذلك إلى التعويض.

ثانيا: يملك القاضي إلغاء الإجراءات غير المشروعة الصادرة من الادارة بمناسبة تنفيذ العقد، وان كانت

٧٧- قرار محكمة التمييز المرقم (٣٥٥/أ/ ٩٦٩ هيئة عامة بتاريخ ٤/ ٤/ ١٩٧٠)، وكذلك قرارها المرقم (٣٠٣ / مدنية أولى / ٩٧١ بتاريخ ١٠/ ٢/ ١٩٧١) أشار أليهما السيد طاهر طالب، المصدر السابق، ص٢٢٦-٢٢٧.

٧٨- ينظر في ذلك ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز المرقم (٥٢/ حقوقية / ٦٥ بتاريخ ٢٥/٧/ ١٩٦٥) منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، ١٩٦٦، ص٥١.

٧٩- ينظر في ذلك قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤المعدل بالقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩.

٨٠- الغيت هذه المحكمة بموجب المادة (١) من قانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠١٣ والتي نصت على (تلغى المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وأية إشارة إليها في هذا الأمر والقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة).

٨١- أصدرت وزارة التخطيط تعليمات لتنفيذ قانون العقود العامة رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ ونشرت هذه التعليمات في الوقائع العراقية في العدد (٤٠٣٩) بتاريخ (٢٠٠٧/٤/١٨)، وقد ألغيت هذه التعليمات وصدرت حالياً تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المنشورة في الوقائع العراقية، العدد (٤٠٧٥) بتاريخ (٢٠٠٨/٥/١٩) المعدلة.

٨٢- ينظر في ذلك البند(ثانيا) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة.

٨٣- ينظر في ذلك البند (أولا) من المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة.

سلطة قاضي العقد في مواجهة قرارات الجزاء غير المشروعة تختلف من جزاء إلى أخر، حيث تضيق سلطة القاضي بالنسبة لبعض الجزاءات وتتسع في جزاءات أخرى، فسلطة قاضي العقد في مواجهة الجزاءات المالية تتمثل بالإعفاء منها إذا تبين له إنها غير مشروعة، كما يستطيع تخفيضها إذا كان مبالغاً بها، كما يملك الحق بالحكم على الادارة برد ما حصلت عليه من المتعاقد من غرامات أو تعويضات من دون وجه حق[٨٤].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر من أن المتعاقد يستطيع استرداد مبلغ الغرامة التأخيرية الذي فرضته الادارة عليه على الرغم من عدم صحة المخالفة المنسوبة إليه[٨٥].

كما أكدت محكمة التمييز الاتحادية في العراق مثل هذا المبدأ في حكمها الصادر في (١٩٧٢/١١/١٥) والذي أيدت فيه ضرورة تخفيض مبلغ الغرامة التأخيرية المفروضة على المتعاقد بقدر المدة التي لم يثبت تأخره فيها[٨٦].

أما فيما يخص سلطة قاضي العقد في مواجهة الجزاءات الفاسخة أو الضاغطة غير المشروعة، نجد أن قاضي العقد يستطيع أن يحكم للمتعاقد بالتعويض عن كافة الإضرار التي تلحق به من هذه الجزاءات غير الصحيحة، ففي فرنسا يملك قاضي العقد في إطار عقود الالتزام سلطة إلغاء الجزاءات غير المشروعة كذلك الحكم بالتعويض للملتزم عن الأضرار التي تلحق به[٨٧]، كما يملك أيضاً سلطة تعديل قرار الجزاء من خلال استبداله بجزاء اخف كاستبدال جزاء الإسقاط بجزاء فرض الحراسة[٨٨].

كما أكد أيضاً مجلس الدولة المصري على سلطة قاضي العقد الواسعة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة الصادرة من الادارة، من ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر من انه ((... يتعين لوصم المتعاقد مع الادارة بالغش والتلاعب في تنفيذ التزاماته وتوقيع الجزاءات المقررة لذلك... الأمر الذي لم يقم الدليل عليه في الدعوى الحالية لذلك يكون القرار الصادر من محافظة الشرقية بفسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي... قرار غير قائم على سند صحيح من القانون لذلك يتعين إلغاءه مع ما يترتب عليه من آثار))[٨٩].

أما في العراق فليس هناك ما يمنع محكمة التمييز الاتحادية باعتبارها قاضي العقد الإداري من ممارسة سلطات واسعة في مواجهة قرارات الجزاء غير المشروعة سواء بإلغائها أو التعويض عنها وهذا ما ذهبت إليه

٨٤- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (١٩٣٥/٣/١٣ في قضيةMinstere de lamarine) وكذلك حكمة الصادر بتاريخ (١٩٥٧/٣/٢٠ في قضية Ruiz) أشار إليهما الدكتور عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص١٠٥.

٨٥- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٦١ والصادر بتاريخ ١٩٦٠/٥/٢٢) أشير أليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من عام ١٩٥٥ إلى عام ١٩٦٥، إصدار المكتب الفني، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية في مصر،١٩٦٦، ص١٠٧٤.

٨٦- ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز العراقية المرقم (٥١٥/ مدنية أولى / الصادر في ١٥/ ١١/ ١٩٧٢) أشار إليه الدكتور إبراهيم طه الفياض: تعليق على حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق،مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٩، ص٢٠٠ وما بعدها.

٨٧- ينظر في ذلك رفاه كريم كربل: الرقابة القضائية على سلطة الادارة في إنهاء العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون،جامعة بابل،٢٠٠٠، ص٦٣.

٨٨- ينظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ (١٩٢٣/ ١١/ ١٠) والذي قضى فيه بضرورة استبدال قرار إسقاط الالتزام بفرض الحراسة نظرا لعدم تناسب الجزاء مع جسامة خطأ الملتزم، أشار أليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع: سلطة الادارة في إنهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٤٨.

٨٩- ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم (٣٣١ الصادر بتاريخ ١٩٧١/٤/٤) أشار أليه طاهر طالب، مصدر سابق، ص٢٠٣.

في حكمها الصادر بتاريخ ٣/٢/ ١٩٦٨ الذي ورد فيه ((... أن للمحاكم الولاية العامة للنظر في كل ضرر يلحق الأشخاص من القرار الإداري المخالف للقانون...))[٩٠].

ثالثا: يملك قاضي العقد الحكم بفسخ العقد الإداري بناء على طلب المتعاقد مع الادارة وذلك في حالة إخلال الادارة إخلالاً جسيماً بتنفيذ أي من التزاماتها التعاقدية أو تجاوزها للحدود المسموح بها عند تدخلها تدخلاً مشروعاً أثناء تنفيذ العقد بحيث أدى ذلك إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري[٩١].

نخلص مما تقدم أن قاضي العقد (والمتمثل بالقاضي الإداري في كل من فرنسا ومصر والقاضي العادي في العراق) هو صاحب الاختصاص في نظر منازعات المسؤولية التعاقدية حيث ينظرها بولاية القضاء الكامل التي تمنحه سلطات واسعة في هذا المجال تتدرج.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحثنا الاختصاص القضائي في إيقاع الجزاء على الإدارة المتعاقدة
يمكن في خاتمة هذه الدراسة أن نخرج بمجموعة من النتائج والمقترحات، وذلك على النحو الآتي:

أولا:النتائج:

١- أن إخلال الادارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية (سواء أكان بخطأ أو بدون خطأ) وتضرر المتعاقد معها جراء هذا الإخلال يستتبع أو يتطلب إيقاع جزاء على الادارة المتعاقدة وهذا الجزاء يتمثل بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد جراء تصرف الادارة فضلاً عن فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد نتيجة لخطأ الادارة الجسيم.

٢- لا يملك المتعاقد إيقاع الجزاء بنفسه تجاه الادارة وإنما عليه أن يسلك سبيل القضاء أولا من اجل اقتضاء حقه وذلك لارتباط العقد الإداري بفكرة المنفعة العامة التي تسعى الادارة إلى تحقيقها ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد.

٣- يختص القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بنظر منازعات المسؤولية التعاقدية للإدارة بينما لا يزال القضاء العادي في العراق هو الجهة المختصة بنظر المنازعات المذكورة إذ اخرج المشرع العراقي منازعات العقود الإدارية من اختصاص محكمة القضاء الإداري وحدد اختصاصها بالنظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها.

٤- يملك قاضي العقد سلطات واسعة عند نظره لمنازعات المسؤولية التعاقدية إذ ينظرها بولاية القضاء الكامل التي تمكنه من إلغاء الإجراءات غير المشروعة للإدارة كذلك الحكم بالتعويض فضلاً عن فسخ العقد الإداري بناء على طلب المتعاقد إلا انه لا يستطيع كقاعدة عامة توجيه أوامر ونواهي للإدارة لإجبارها على تنفيذ أحكامه وان كان يملك الحق في تخيير الادارة المتعاقدة بين الوفاء بالتزاماتها أولا حلال مدة محددة أو الحكم عليها بالتعويض.

٩٠- ينظر في ذلك حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق في القضية رقم (١٣٣٥/ حقوقية / ٩٦٧ بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢) منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٦٨، ص٢٨٤.

٩١- ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢، أشار أليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر العربي،الاسكندرية، ط٣، ٢٠١٦، ص٣٠٩.

٥- لا يختص قاضي الإلغاء -كقاعدة عامة- بالنظر في منازعات العقود الإدارية إلا انه حصل تطور في هذه القاعدة في فرنسا تمثل بصدور القانون رقم ٢١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل بشأن إصلاح وسائل الرقابة على الجماعات المحلية إذ أجاز هذا القانون الطعن بالإلغاء ضد العقود التي تبرمها هذه الهيئات المحلية وهذا يعد بداية لانقلاب المفاهيم المستقرة في قضاء المشروعية.

ثانيا: المقترحات:

١- ضرورة وضع نظام قانوني متكامل للعقود الإدارية في العراق فضلاً عن إخضاعها لاختصاص القضاء الإداري وذلك من خلال تحديد معيار لتمييز العقد الإداري وإرساء الأحكام والقواعد التي تحكمه.

٢- ضرورة قيام المشرع العراقي بتنظيم مسألة أعذار المتعاقد للإدارة المقصرة قبل اللجوء للقضاء وذلك بتضمين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية نصاً يبين معنى الأعذار وشكله ويلزم المتعاقد بتوجيهه قبل سلوك سبيل القضاء.

٣- لما كانت الحكمة من إنشاء القضاء الإداري هو إيجاد قضاء متخصص في المنازعات الإدارية إلا أن هذه الحكمة لم نصل إليها في العراق بالرغم من وجود محكمة القضاء الإداري، إذ لم تزل منازعات المسؤولية التعاقدية للإدارة خاضعة لاختصاص القضاء العادي وهذا على خلاف ما يجري عليه العمل في فرنسا ومصر وغيرها من الدول ذات النظام القضائي المزدوج، لذلك فأننا ندعو مشرعنا العراقي إلى إعادة النظر في اختصاص محكمة القضاء الإداري وتوسيعها لتشمل النظر في منازعات المسؤولية التعاقدية للإدارة، ولا سيما أن بقاء اختصاص النظر فيها للقضاء العادي يجعلها تصطبغ بالصبغة المدنية.

٤- نرى عدم الاكتفاء فقط بإعادة النظر في اختصاص محكمة القضاء الإداري في العراق وإنما نطالب بتوسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل اختصاصها النظر بمنازعات العقود الإدارية أسوة بدول القضاء المزدوج كفرنسا ومصر وذلك بتعديل نص المادة (٧) البند رابعاً من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لتكون على الوجه الأتي ((أ-تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن، ب- كما تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية))، والقيام بتطوير ورفع كفاءة قضاة محكمة القضاء الإداري باعتباره قضاء حديثا من خلال تنظيم دورات متخصصة بهذا المجال وإعادة تدريس مادة القضاء الإداري في المعهد القضائي في العراق من اجل الإلمام بما جرى عليه التطور في مجال هذا القضاء في الدول المقارنة، كما نرى أن يمتد ذلك إلى القضاة في المحاكم المدنية لغرض خلق ملاك متخصص يهدف إعدادهم لتبوء وظائفهم في محاكم القضاء الإداري.

وأخيراً نأمل بأننا قد أضفنا قدراً ولو يسيراً- من المعرفة إلى الثقافة القانونية في مجال الاختصاص القضائي في إيقاع الجزاء على الإدارة المتعاقدة الذي قلت فيه الأبحاث والمؤلفات الفقهية خاصة في العراق راجين من الله أن نكون قد وفقنا في عرض الموضوع بما يخدم ويعزز الثقافة القانونية في بلدنا العزيز.

الكتب القانونية:

١. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، بدون جهة طبع، ٢٠٠٩.
٢. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠.
٣. بلال أمين زين الدين، المسؤولية التعاقدية والغير تعاقدية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠١١.
٤. د. طارق سلطان، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، ١٩٩٨.
٥. د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لحقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص٢٩٤.
٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، القاهرة، ١٩٥٣.
٧. د. حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٨. د. عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد،المجمع العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر.
٩. د. محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
١٠. د.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط٤، دار الفكر العربي،١٩٨٤.
١١. د. محمود حلمي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء –القضاء الكامل– إجراءات التقاضي)، ط٢، ١٩٧٧.
١٢. د. سامي جمال الدين: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٣. د. محمد العبادي: قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر، عمان، ١٩٩٥، ص١٢٣.
١٤. الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لإعمال الادارة، ١٩٦٨.
١٥. الدكتور محمد عبد العال السناري: مبادئ وأحكام العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة طبع.
١٦. د. جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٧. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط١، منشأت المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٤٤.
١٨. د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري –قضاء الإلغاء، الكتاب الأول.
١٩. د. منصور إبراهيم العتوم، اثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات الفقه والقضاء الإداري الأردني والمقارن (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، السنة السادسة والعشرون، العدد التاسع والأربعون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،٢٠١٢،

ص١٧٧ وما بعدها، منشور على موقع المكتبة الافتراضية الالكتروني www.IVSL.org.
٢٠. د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري – قضاء الإلغاء، الكتاب الثاني، قضاء التعويض (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٨.
٢١. الدكتور أعاد علي حمود القيسي: القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٩.
٢٢. الدكتور يسري محمد العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الادارة وحظر الحلول محلها وتطوراته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٣. د. عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.
٢٤. محمد صلاح عبد البديع: سلطة الادارة في إنهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٢٥. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط٣، ٢٠١٦.

الاطاريح والرسائل:

١. سيد احمد محمد جاد الله، سلطة القاضي ازاء العقد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.
٢. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الاداري قضائيا لخطا الإدارة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل،٢٠٠٣.
٣. طالب التكمة جي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٦.
٤. حبيب إبراهيم حمادة الدليمي: الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤.
٥. السيد محمود خليل خضير: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩١.
٦. إسماعيل صعصاع البديري، الطعن في أحكام المحاكم الإدارية في العراق امام الهيئة العامة لمجلس شورئ الدولة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٩٩٥.
٧. رفاه كريم كربل: الرقابة القضائية على سلطة الادارة في إنهاء العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٠.

الدساتير والقوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٩ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣. قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣.

البحوث:

١. د. عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشر، ١٩٨٧.

٢. د. منصور إبراهيم العتوم، اثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات الفقه والقضاء الإداري الأردني والمقارن (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، السنة السادسة والعشرون، العدد التاسع والأربعون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٠، منشور على موقع المكتبة الافتراضية الالكتروني www.IVSL.org.

٣. الدكتور حيدر طالب محمد علي: الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد، بحث منشور على الموقع الالكتروني الأتي: http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=59533.

٤. د. مجدي عز الدين يوسف: مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة العشرون، ١٩٩٦.

٥. د. عبد الباقي نعمة عبد الله، المحاكم الإدارية في ضوء قانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧١.

الاحكام القضائية:

١- مجموعة أحكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي: مجموعة مارسولون: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور احمد يسري، ط١٠، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥.

٢- في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من عام ١٩٥٥ إلى عام ١٩٦٥، إصدار المكتب الفني، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية في مصر، ١٩٦٦.

المجلات القضائية:

١. الدكتور محمد إسماعيل علم الدين: التزام الادارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٧١.

٢. مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، ١٩٦٦.

٣. مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٩.

٤. مجلة القانون المقارن، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٦٨.

٥. مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧١.

المصادر الاجنبية:

1. Laubadere, Moderen et Delvolve Paris,1984.
2. Vedel G et Delvolve, Droit administrative, Paris, 1982.
3. Pierre Delvolve, L ' acte administrative Sirey, 1983.
4. Chapus.R. Droit administratif, T-1 Paris, 1982.