



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

# حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

(دراسة موازنة)

رسالة تقدم بها الطالب

حلاء نافع كطافه العبداني

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

في القانون العام

بإشراف

الدكتور إسحاق صمصام البديري

أستاذ القانون العام المساعد

١٤٣٠هـ

٢٠٠٩م

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

ومما يلاحظ على هذا الأسلوب من أساليب التعاقد أن هناك تعارضاً بين مصالح أطرافه ، إذ أن الدولة تسعى إلى تحقيق أقصى استفادة من المرافق العامة التي تتعاقد بشأنها تلبية لحاجات مواطنيها الذين تتبلور مصلحتهم بالحصول على أفضل الخدمات ، في حين يزداد اهتمام المتعاقد إلى تحقيق أكبر قدر من الربح وبأقل تكلفة في المشروع محل العقد ، ونظراً لما يتميز به هذا العقد من طول مدة تنفيذه التي قد تصل إلى ما يزيد على خمسين عاماً ، فإن من الطبيعي أن تنشأ العديد من المنازعات التي لا بد من تحديد الجهة المختصة بالفصل فيها . ولما كان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد ظهر في مجال الدراسات المتعلقة بالعقود الإدارية بوصفه من العقود التي تسعى الإدارة من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة فلاشك أن القضاء الإداري سيكون صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الناشئة عنه . غير أن مسألة التسليم بهذه الحقيقة قد كانت من بين المسائل المختلف بشأنها ، ولعل من أهم الأسباب التي أدت إلى هذا الاختلاف هو الادعاء بأن هذا العقد لا يحمل خصائص العقود الإدارية نظراً لأن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى إبرام هذا العقد مع شركات الأجنبية لا يمكن استخدام أساليب القانون العام معها، الأمر الذي يحتم بأن يكون هذا العقد من العقود العادية التي تيرمها الإدارة على قدم من المساواة مع المتعاقد معها وهذا ما لا يجعل للقضاء الإداري أي مسوغ لنظر المنازعات الناشئة عنه.

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

الاختصاص عندما يتم فض هذه المنازعات على وفق المبادئ المستقر عليها في أحكام القضاء الإداري بصدد نظرية العقود الإدارية ، ويبدو أن هذا الأمر هو الذي يفسر الاتجاه الذي ظهر في الوقت الحاضر بشأن إمكانية فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من خلال وسائل غير قضائية ، بالرغم مما أثاره هذا الأمر من خلاف لدى الفقه والقضاء الإداريين حول مدى مشروعيتها من جهة ، ومدى إمكانية الحفاظ على المبادئ الإدارية التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية من جهة أخرى .

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

**٣- مشكلة البحث :-** أن المشكلة الأساسية التي يتناولها هذا البحث تتمثل بالوقوف على المجال الذي يمكن للقضاء الإداري أن يمارس من خلاله اختصاصه بنظر المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، حيث أن تعدد وتعارض مصالح أطراف هذا العقد المتمثلين بالإدارة المتعاقدة من جهة ، والشخص القانوني الخاص المكلف بإنشاء وتشغيل المرفق محل العقد من جهة ثانية ، والمنتهجين بخدمات المرفق والعاملين فيه الذين يمكن أن تمتد اليهم آثار العقد من جهة ثالثة سوف يؤدي ذلك دون شك الى تنوع صور المنازعات التي يمكن أن تحصل سواء في مرحلة تكوين العقد أم في مرحلة تنفيذه . وإذا ما تم التسليم باختصاص القضاء الإداري بنظر تلك المنازعات ، فإن السؤال الذي سيبقى مطروحاً هو ما الأساس القانوني لهذا الاختصاص ؟ وما هي طبيعة هذا الاختصاص ؟ ومن جانب آخر يلاحظ أن ارتباط عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بمفهوم سياسة الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار قد أدى الى أن تنشأ الى جانب القضاء الإداري وسائل غير قضائية أبرزها التحكيم الذي كثيراً ما يتم النص على إمكانية اللجوء اليه لفض المنازعات الناشئة عنه ، وهنا يظهر تساؤل في غاية الأهمية وهو ما أثر إدراج هذا الشرط في العقد ؟ هذه الأسئلة ستكون المحاور الرئيسية في دراستنا وسنسعى الى إيجاد أجوبة لها في أثناء هذا البحث .

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

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

**. إن شاء الله تعالى .**

## الختمة

بعد أن أنهينا كتابة رسالتنا وجب علينا أن نبين بإيجاز أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات نعرض لها تباعاً وهي على النحو الآتي :

### أولاً // النتائج:

- ١- تبين لنا أن الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ومقارنتها بالأحكام المطبقة على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والتي أفرزتها التطبيقات العملية التي رافقت هذا العقد تؤكد بصورة قطعية أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد إداري تتوافر فيه جميع الشروط والمقومات التي أعتمدها القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر والتي أخذ بها القضاء العراقي بصدد تمييز العقود الإدارية وممارسة اختصاصه بالمنازعات الناشئة عنها، فهو عقد تمثل الإدارة أحد أطرافه الرئيسية ، كما أنه يرد على مرفق من المرافق العامة الاقتصادية التي تتصل بمصالح الجمهور ، وأيضاً فإنه يحتوي على جميع صور الشروط الاستثنائية المميزة للعقود الإدارية والتي قد تتمثل بالشروط المتعلقة بسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، أو الشروط المتعلقة بالحقوق والامتيازات التي يتمتع بها المتعاقد في مواجهة الغير والتي عادةً ما تخرج عن المألوف في عقود القانون الخاص.
- ٢- أن التكييف القانوني الذي اتفق عليه الفقه والتشريع والقضاء الإداري في فرنسا ومصر ولبنان والعراق هو عدّ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عقد التزام مرفق عام بتسمية حديثة أفرزها الواقع .
- ٣- اتضح لنا أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخول الإدارة - وبحسب ما تأكد بالواقع العملي- حق ممارسة جميع السلطات المتعارف عليها في مجال عقود التزام المرافق العامة دون حاجة للجوء إلى القضاء ، إذ إنها تملك سلطة الرقابة على تنفيذ العقد ، وسلطة تعديل بنوده اللاتحوية المتصلة بسير المرفق ، وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها إنْ أحل بتنفيذ التزاماته كفرض الغرامة التأخيرية ، أو وضع المرفق تحت الحراسة أو فسخ العقد وإسقاط الالتزام، كذلك سلطة استرداد المرفق وإنهاء الالتزام وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة حتى لو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ. وأن جميع هذه الامتيازات تمثل حقيقة أهم المعطيات القانونية التي تسوغ للقضاء الإداري ممارسة اختصاصه في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بوصفه القضاء صاحب التجربة في ممارسة الرقابة على استخدام الإدارة لهذه السلطات ، بل إن التسليم بذلك يشكل أمر في غاية الأهمية بالنسبة للمتعاقد الذي يسعى إلى حماية حقوقه من تعسف الإدارة.
- ٤- لاحظنا أن القضاء الإداري يمكن أن يمارس اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال نوعين من الدعاوى وهما دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل ويتمثل ذلك بما يلي:
  - أ- بالنسبة لدعوى الإلغاء وجدنا أنها لايمكن أن توجه من حيث المبدأ ضد العقود الإدارية إلا أن القضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر أم العراق يعترف بإمكانية رفع دعوى الإلغاء ضد ماتتخذها الإدارة من

قرارات يمكن أن تتصف بصفة القابلية للانفصال عن العقد ، وهذه القرارات هي قرارات إدارية بالمعنى الدقيق إذ أنها لا تتميز من غيرها من القرارات سوى أن الإدارة تتخذها في إطار عملية التعاقد. وقد تبين ان هناك العديد من القرارات التي تتخذها الإدارة في مجال عقد البوت تقبل الطعن بالإلغاء أوضاعها القرارات المتخذة في مرحلة تكوين العقد كقرار الإذن بالتعاقد، وقرار إرساء المناقصة القائمة على مبدأي المنافسة والعلانية على التعاقد ، وقرارات الاستبعاد والحرمان التي تملك الإدارة سلطة تقديرية في اتخاذها وأيضاً القرار الخاص بالتوقيع على العقد والتصديق عليه. كذلك فإن أهمية دعوى الإلغاء تظهر في مرحلة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالنسبة للقرارات التي تتخذها الإدارة في مواجهة التعاقد بوصفها سلطة عامة كقرار ممارسة سلطة الضبط الإداري، كذلك القرارات التي تتخذها الإدارة في علاقتها بالتعاقد والتي تضر بمصالح الغير المستفيدين من خدمات المرفق والعاملين فيه ، كما تبين ان القاعدة التقليدية التي كانت تقضي بعدم إمكانية تأثير حكم الإلغاء على العقد الإداري لم يعد لديها وجود في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد التطور الذي أتى به المشرع الفرنسي في السماح للقضاء الإداري بترتيب نتائج أحكام الإلغاء ، وهذا ما يتفق مع مسلك القضاء الإداري العراقي الذي لم يأخذ بقاعدة عدم إمكانية ترتيب نتائج على العقد الإداري عند إلغاء أحد القرارات القابلة للانفصال عنه بخلاف القضاء الإداري المصري الذي لا زال متمسكا بالقاعدة التقليدية.

ب- أما دعوى القضاء الكامل فقد اتضح بأنها تشكل الأصل في ممارسة القضاء الإداري لاختصاصه في مجال العقود الإدارية ، نظراً لكون القضاء الكامل يوصف بأنه قضاء شخصي يمكن أن يمارس سلطات واسعة تتلاءم مع طبيعة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي غالباً ما تنطوي على المطالبة بحقوق شخصية يدعيها أحد طرفي العقد الإداري وبخاصة التعاقد مع الإدارة الذي يسعى دائماً إلى الحفاظ على حقوقه المكتسبة من العقد الإداري والتي قد تتأثر من جراء تعسف الإدارة في ممارسة سلطاتها المعروفة كما هو الحال بالنسبة الى سلطة فرض الجزاءات الإدارية وسلطة إنهاء الالتزام التي يملك القضاء الكامل حق مراقبة مشروعيتها ومدى ملائمتها ليقرر بعد ذلك الحكم بإلغائها أو تعديلها أو التعويض عنها أو الحكم بالفسخ بسبب تعسف الإدارة باتخاذها . بل أن القضاء الكامل يمكن أن يحقق فائدة للتعاقد من خلال ضمان حصوله على تعويض مالي عن كافة الأضرار التي يمكن أن تلحق به نتيجة الظروف غير المتوقعة التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد وتؤدي الي زيادة أعبائه المالية وهذا ما يمتثل بحالات تحقق شروط نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري . هذا وقد تبين لنا إن ممارسة سلطة القضاء الكامل يتم في فرنسا ومصر من محاكم القضاء الإداري في حين ما زالت المحاكم العادية هي التي تمارس هذا الاختصاص في العراق على الرغم من وجود محكمة القضاء الإداري التي لم يمنحها المشرع هذا الاختصاص ، وعلى الرغم من تشكيل ما تعرف بالمحكمة الإدارية الموجودة حالياً في وزارة التخطيط التي اتضح بأنها لا تملك من الاختصاص سوى النظر في شكاوى المتقدمين للمناقصات الأمر الذي يدعو الى الحاجة الملحة إلى تدخل المشرع لتوسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري في كافة المنازعات الإدارية ومنها المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية.

## ثانياً // المقترحات :

- ١- نقتراح إعادة صياغة نص المادة(١٠١) من الدستور العراقي النافذ ، والتي أشارت إلى إمكانية إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري حيث أنه كان من الأجدر بالمشروع الدستوري الاشارة الى كون مجلس شوري الدولة هيئة قضائية مستقلة تختص بوظائف القضاء الإداري والمشورة القانونية وصياغة القوانين ومن ثم يكون من المحبذ تعديل قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل) وذلك بالعمل على توسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل ولاية النظر بمنازعات العقود الإدارية.
- ٢- الى أن يأخذ المقترح الأول طريقه العملي فأننا نعتقد بضرورة أن يتولى المعهد القضائي مهمة تدريس مادة القانون الإداري ونظرياته ومبادئ القضاء الإداري من أجل الحصول على قضاة متخصصين في نظر المنازعات الإدارية التي من بينها منازعات العقود الإدارية ولعل الدافع لذلك أن قضاة المحاكم العادية غير مؤهلين علميا للنظر في منازعات العقود الإدارية لعدم امتلاكهم العمق الواسع بنظريات القانون والقضاء الإداري ولانشغالهم في ميدان القضاء المدني بحيث تكون نظرة المحكمة للأمور الإدارية هي نظرة قضائية عادية في ميدان القضاء المدني.
- ٣- نأمل من المشرع العراقي العمل على إصدار تشريع متكامل ينظم أحكام منح عقود التزام المرافق العامة وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومع التأكيد على خضوعها لمبادئ القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.
- ٤- لكي يتمكن القضاء الإداري من ممارسة اختصاصه على الوجه الأكمل في مرحلة إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نقتراح على المشرع العراقي العمل على إصدار تشريع عام يبين طرق وقواعد إبرام العقود الإدارية والإجراءات التي يجب إتباعها من قبل الإدارة في جميع دوائر الدولة ، وذلك ليحل محل بعض القوانين والتعليمات المتناثرة هنا وهناك، ولا شك ان ذلك ينسجم مع ما هو معمول به في مصر من تطبيق قانون المناقصات والمزايدات.
- ٥- نقتراح على الجهات الإدارية العراقية عند إقدامها على إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية العمل على تضمين نصوص العقد لجميع الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية بصفة عامة وعقود التزام المرافق العامة على وجه التحديد.