

الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها

م.م. لؤي كريم عبد

ملخص البحث

تدور فكرة هذا البحث حول دراسة وتحديد أركان العقد الإداري والوقوف على آلية انعقاده والأسباب التي تؤدي الى بطلانه. بالإضافة الى ذلك، يهدف هذا البحث الى تحديد معايير التمييز بين العقد الإداري وبين العقود الأخرى.

مقدمة

من المسلم به ان العقد الذي تبرمه الإدارة مع احد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم حيث ان كلاً منهم يقوم على أساس توافق ارادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة . وبناء على ذلك فان العقد الإداري يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة المتمثلة بالرضا والمحل والسبب. بيد ان العقدين - الإداري والمدني - يختلفان من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما ومرجع هذا الاختلاف ان الإدارة تبرم العقد باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا تتوفر للمتعاقد معها وذلك بهدف تحقيق أهداف أو أغراض المرفق العام الذي من اجله تم إبرام العقد .

ومن جانب آخر ليس كل عقد تبرمه الإدارة يكون عقداً ادارياً ومن ثم يخضع للقضاء الإداري فهناك عقود تخضع للقضاء العادي على الرغم من كون الإدارة طرفاً فيها وهي عقود الإدارة الخاصة ، وهناك معايير اعتمدت في تمييز العقد الإداري من غيره .

ويستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية تنظيم إدارة المرافق العامة من قبل أشخاص القانون العام إضافة الى أشخاص القانون الخاص متمثلاً بالشركات الدولية الخاصة .

وتدور مشكلة البحث حول دراسة القواعد المنظمة لإدارة المرافق العامة من قبل شركات عامة أو خاصة عن طريق العقود الإدارية. ولإعطاء صورة واضحة عن ذلك ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريف بالعقد الإداري وبيان أركانه ، ونتناول في المطلب الثاني المعايير المميزة للعقد الإداري.

المطلب الأول

التعريف بالعقد الإداري وبيان أركانه

تعد نظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري بالقياس الى المواضيع الأخرى كالقرار الإداري والضبط الإداري، حيث كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في نشوئها ولبيان ذلك سنقسم المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول التعريف بالعقد الإداري ومن ثم نبين أركانه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

التعريف بالعقد الإداري

فكرة العقد الإداري لم تنشأ في القانون الإداري الفرنسي الا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي ، حيث كان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاءً وفاقهاً في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري، فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة (كالقرار الإداري) هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي⁽ⁱ⁾ .

وقد أدى الأخذ بمعيار السلطة العامة الى تضيق نطاق القضاء الإداري مما دفع المشرع الفرنسي الى توسيعه من خلال إصدار قوانين تدرج بعض العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري⁽ⁱⁱ⁾ .

ومن جانب آخر حاول مجلس الدولة الفرنسي توسيع اختصاصاته أيضا عن طريق القياس حيث مد اختصاصه الى عقود لم يرد بها نص كعقود طلب المعاونة باعتبارها قريبة من عقود الأشغال العامة⁽ⁱⁱⁱ⁾ .

وفي مصر تعد نظرية العقد الإداري حديثة أيضا نظراً لحدثة القضاء الإداري فيها حيث انشأ مجلس الدولة المصري سنة 1946 ، ولم تكن العقود الإدارية من ضمن اختصاصه بادئ الأمر ولما صدر القانون رقم (9) لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة الذي حل محل القانون السابق ، ادخل في المادة الخامس منه عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد ضمن اختصاصه واستمر هذا الحال لحين صدور القانون رقم 165 لسنة 1955 الذي اخضع جميع العقود التي ينطبق عليها وصف العقد الإداري، والقانون الحالي لمجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 أكد المعنى نفسه^(iv) .

أما بالنسبة للعراق فان نظرية العقد الإداري لم تترسخ بالشكل الذي وصلت إليه في فرنسا ومصر حيث ان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة^(v) .

واستمر خضوع العقود الإدارية للقضاء العادي حتى بعد صدور التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم (106) لسنة 1989 حيث اقتصر اختصاص محكمة القضاء الإداري كإحدى هيئات المجلس بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الصادرة من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة مخرجة بذلك العقود الإدارية من نطاق اختصاصها^(vi) .

ومن التطبيقات القضائية بهذا الشأن هو ما ذهبت إليه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة العراقية في قرار لها ((ان المدعي - المميز - يطلب إلغاء عقد القرض المبرم بينه وبين المصرف الزراعي التعاوني وان محكمة القضاء الإداري لا تنتظر في مسائل العقود سواء كانت مدينة أم إدارية ...))^(vii) .

وبالرغم من ذلك فان المشرع العراقي قد حدد عدداً من العقود بنصوص قانونية لا تدع مجالاً للشك في كونها عقوداً إدارية كعقود المقاولات العامة وعقود بيع وإيجار أموال الدولة^(viii) .

وهذا التحديد قليل الفائدة مادام الاختصاص مستمر للقضاء العادي ومن هنا ندعو المشرع العراقي الى توسيع اختصاصات محكمة القضاء الإداري لتشمل العقود الإدارية حتى يصبح القضاء الإداري في العراق أكثر شمولاً وفعالية .

من جهة أخرى يعرف العقد الإداري وفقاً للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه ((ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بإحكام القانون العام وآية ذلك ان يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو ان يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام))^(ix) .

وقد حذا مجلس الدولة المصري حذو مجلس الدولة الفرنسي في تعريف العقد الإداري إذ عرفت محكمة القضاء الإداري المصري ذلك في قرار لها بأنه ((العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وان يظهر نيته بالأخذ بأسلوب القانون العام))^(x) .

ولما كان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في العراق ، فقد عرف العقد الإداري بطريقة مماثلة للقضاء الإداري الفرنسي والمصري حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز ((... ان العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف انه عقد إداري لأن الإدارة قصدت به تسيير مرفق من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة ...))^(xi) .

وبذلك يمكن ان نعرف العقد الإداري بأنه العقد الذي تكون الإدارة احد طرفيه أو كليهما بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام مستعينة بذلك بامتيازات السلطة العامة أو تخويلها للمتعاقد معها حق التمتع بمثل هذه الامتيازات .

الفرع الثاني

أركان العقد الإداري

العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أم مدنية وان كانت تخضع لنظامين مختلفين فان الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحدة كضرورة توافر أركان العقد من رضا ومحل وسبب ، فالعقد الإداري كالعقد المدني يتضمن توافق ارادتين على إنشاء التزامات وحقوق ، وتوافق الإرادتين يقتضي وجود إيجاب صادر من احد المتعاقدين يصادفه قبول من المتعاقد الآخر . وسنتناول الأركان على التوالي :-

أولاً :- الرضا :

يوجد الرضا بوجود ارادتين متوافقتين ويتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما - الإيجاب والقبول - مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب إتباعها^(xii) .

والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب ان يكون صادراً من الجهة المختصة بالتعاقد وفقاً للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل^(xiii) .

وإبرام العقود باسم الإدارة لا يملكه الا أشخاص حددهم المشروع ووفقاً للقواعد العامة بحيث لا يجوز لغيرهم ممارستها كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارستها الا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع^(xiv) .

ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب بل يقتضي ان يكون هذا الرضا سليماً خالياً من عيوب الرضا كالغلط والتغيير والإكراه والغبن إضافة الى عيوب الأهلية، والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من هذه العيوب السالفة الذكر، ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في 26 ابريل سنة 1950 الذي أبطل عقداً إدارياً بسبب الوقوع في الغلط ((.. حيث تعاقد احد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية ، في حين ان الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة

((..^(xv)

ولما كانت الإدارة طرفاً في العقد الإداري لم يعد البحث عن ممثل الإدارة أمراً مهماً وذلك لان إجراءات إبرام العقد الإداري كفيلة للتأكد من وجود ممثل الإدارة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب (xvi) .

ثانياً : - المحل

يقصد بمحل العقد ، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به ان يكون موجوداً أو ممكناً ، معيناً أو قابلاً للتعين ومما يجوز التعامل به (xvii) .

اي يشترط بمحل العقد ان يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص او بذكر الاوصاف المميزة له كما يشترط محل العقد ان يكون مما يجوز التعامل به اي ان يكون مشروعاً.

والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية ، فمحل العقد يحدده الطرفان غير ان الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة إستنادا الى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد (xviii) .

ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية وذلك بان يكون محل العقد مما يجوز التعامل به ، فإذا كان غير مشروع يعد العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1966 التي أبطلت عقداً إدارياً أبرمته الإدارة مع احد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقاً لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد الضارة فقالت المحكمة في هذا الصدد ((.. ومن حيث ان الثابت من التحليل ان من شان استعمال الادوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام ، فان للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ..)) (xix) .

وكذلك الحال بالنسبة لشروط صحة المحل الأخرى فإنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني بالإضافة الى ما تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الإدارية .

ثالثاً : السبب

إذا وجد الرضا كركن في العقد وكان صحيحاً سالمًا من العيوب وانصب هذا العقد على محل جائز وممكن فانه لا يكفي لتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع ، والسبب سواء أكان مباشراً أم غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد ، ادارياً كان أم مدنياً وإذا خلا العقد منه عد باطلاً لتخلف ركن من أركان العقد .

والحقيقة انه من النادر ان ينعدم السبب في تصرفات الإدارة ، كما يندر ان تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل وذلك لأن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائماً بتحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة^(xx) .

وأحكام القضاء الإداري الخاصة بركن السبب في العقد الإداري قليلة جداً وأول حكم يشير بصراحة الى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في 29 يناير سنة 1947 في القضية (Michaux) وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع ابرمه احد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة ولكنه جند في وحدة عسكرية غير مقاتلة وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقدان ركن السبب رفض المجلس الدعوى وعد ان إلحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أمر لاحق لإبرام العقد^(xxi) .

وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت ان للعقد سبباً غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام .

رابعا :- الشكلية

الأصل في العقود أنها تتم بالتراضي ولا يشترط ان يفرغ العقد في شكل معين الا إذا نص عليه القانون والعقود الإدارية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني بهذا الصدد فلو وهب شخص قطعة ارض الى جهة إدارية معينة وجب إتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل بالتسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري ، ولكن الملاحظ ان العقود الإدارية تمر بمراحل متعددة كإجراءات المزايمة والمناقصة وقرار الإرساء وتقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوباً^(xxii) .

نخلص مما تقدم الى ان العقد الإداري كالعقد المدني من حيث وجوب توافر أركان العقد جميعاً حتى يمكن ان ينتج أثراً قانونياً ورأينا ان قواعد القانون المدني هو المرجع في ذلك وهذا يعود الى الأحكام الضابطة للعقد التي تستلزمها العدالة ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص والعام .
ومن جانب آخر فإن بطلان العقود الإدارية أوسع نطاقاً من العقود المدنية وذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام .

المطلب الثاني

معايير تمييز العقد الإداري

إذا كانت العقود الإدارية قد خضعت للقضاء الإداري في فرنسا ومصر فلا يعني ذلك ان كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري فهناك من العقود ما تخضع للقضاء العادي حيث ان دواعي التعامل تقتضي في بعض الأحيان ان تكون الإدارة طرفاً في العقد كأى فرد من الأفراد العاديين وبالتالي فان المنازعات الناشئة عنه تفصل بها المحاكم العادية .

ان وجود نوعين من العقود تبرمها الإدارة (عقود مدنية وعقود إدارية) تبرز هنا مشكلة كيفية تمييز العقد الإداري عن العقد المدني وبالتالي تحديد القضاء المختص لا سيما في البلدان التي يختص القضاء الإداري فيها بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية .

إزاء هذه الإشكالية حاول المشرع الفرنسي والمصري تحديد العقود الإدارية بنصوص قانونية كما رأينا سابقاً وقد أطلق الفقهاء على هذا الأمر تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون .

ويعتقد الأستاذ الطماوي في هذا الصدد ((ان إسباغ المشرع الصفة الإدارية على عقد يتضمن عناصر العقد الإداري من حيث طبيعتها فان هذا النص يأتي مؤكداً له كعقد للإشغال العامة وعقد التزام المرفق العام))^(xxiii) .

ولكن المشكلة تثار عندما ينص المشرع على إدارية عقد ما تكون طبيعته مدنية من حيث هدفه وطريقة إبرامه وموقف المشرع هنا منتقد وذلك على أساس إن المشرع عندما يكيّف تصرفاً من تصرفات الإدارة عليه إن يأخذ بنظر الاعتبار طبيعة العقد من حيث هدفه وطريقة إبرامه ومضمونه^(xxiv) .

ونؤيد النقد الذي وجه الى المشرع حيث يتوجب على المشرع عندما يكيّف أي تصرف من تصرفات الإدارة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة وأهداف ذلك العقد وطريقة إبرامه.

إزاء النقد الموجه الى التحديد التشريعي للعقود الإدارية فقد ذهب غالبية فقهاء القانون الإداري الى التعويل على المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية وإن اختلف في بعض حيثياته .

وإذا رجعنا إلى تعريف العقد الإداري الذي أورده القضاء الإداري الفرنسي أو المصري أو القضاء العادي في العراق والذي يقول ان العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تتضمنه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأساليب القانون العام ، من خلال هذا التعريف نستخلص معايير تمييز العقد الإداري عن غيره وهي ثلاث معايير :

- الاول :- معيار الإدارة طرفاً في العقد .
- الثاني :- معيار ارتباط العقد بالمرفق العام .
- الثالث :- معيار الشروط الاستثنائية .
- وسنتناول هذه المعايير في ثلاثة فروع .

الفرع الأول

معيار الإدارة طرفاً في العقد

القاعدة العامة أن العقود الإدارية ومن ظاهر التسمية توجب ان تكون الإدارة احد أطراف العلاقة القانونية وعليه فان العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن ان يكون عقدا ادارياً حتى وان كان احد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام (xxv) .

ومصطلح الإدارة يدل عادة على السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين فضلاً عن إدارة مؤسسات الدولة ومرافقها العامة .
والسؤال الذي يمكن ان يطرح هنا هو ، هل ان اختصاص إبرام العقود الإدارية يقتصر على السلطة التنفيذية وحدها دون السلطات الأخرى كالسلطة التشريعية والقضائية ؟

بالنسبة للهيئة التشريعية المتمثلة بالبرلمان فان اختصاصها الأصيل هو سن القوانين وإقرار الميزانية والمصادقة على المعاهدات ، وكذلك إجازة إبرام بعض العقود الإدارية المهمة كعقود القرض العام فان هذه العقود لا تبرمها السلطة التشريعية ولكن تجيزها فهي لا تعتبر طرفاً فيها (xxvi) .

والجهة التي تقوم عادة بإبرام العقود كعقود إشغال عامة تتعلق بإصلاحات قاعات البرلمان أو إبرام عقود توريد أدوات مكتبية هي سكرتارية الهيئة التشريعية باعتبارها الجهاز الإداري للهيئة التشريعية (xxvii) .

وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية فاختصاصها الأصيل هو الفصل في المنازعات فهي لا تبرم عقوداً بل تصدر احكاماً قضائية ، والجهة التي تبرم العقود هي وزارة العدل أو الجهاز الإداري بالمحكمة .

وإذا كان وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري يعد امراً بديهياً فان القضاء الإداري لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد ذاته واخذ يقر بإمكان إبرامه من قبل شخص آخر بالوكالة (xxviii) .

وبذلك لا يكفي ان يكون احد أطراف العلاقة العقدية شخصا من أشخاص القانون العام لعده عقدا إدارياً وإنما يستلزم توافر العنصرين الآخرين أو احدهما .

الفرع الثاني

معييار ارتباط العقد بالمرفق العام

يعرف البعض المرفق العام بأنه كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام وهدفه تحقيق الصالح العام وتكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة^(xxix).

ويقصد بهذا المعيار إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد لا يمكن ان يكون إداريا الا إذا ارتبط بالمرفق العام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا . وهناك قرارات قضائية أصدرها مجلس الدولة الفرنسي اكدت بمعييار المرفق العام وحده لتمييز العقد الإداري، فقد جاء في قضية الزوجين (بيرتان) الصادر في 20 / 4 / 1956 - حيث كان الزوجان مكلفين بإطعام الرعايا السوفيت الذين جمعوا في احد المراكز لإعادتهم الى بلدهم - انه ((.. ولما كان هدف العقد منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام فذلك وحده يكفي لاعتبار العقد إداريا دون الحاجة للبحث عن احتوائه على شروط مخالفة ...))^(xxx) .

وقد جاء أيضا في قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر في 24 فبراير 1968 ((مناط العقد الإداري.... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة))^(xxxi) وارتباط العقد بالمرفق العام يعني ارتباطه بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام حيث ان للمرفق مفهوماً عضوياً يتمثل بالأجهزة الإدارية ومفهوماً مادياً يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال أو المعاونة ، فالمفهوم العضوي للمرفق يعني ان الفرد عندما يرتبط بعقد مع مرفق عام يفيد في هذا الصدد ان الإدارة هي طرف في العقد ، وبناء على ذلك فان فكرة المرفق العام يجب ان تهتم في هذا المجال بالجانب الموضوعي^(xxxii) .

والمتتبع لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر يرى ان هناك تذبذباً وعدم استقرار على معيار محدد ، فبعد ان سلم بإدارية العقد بمجرد ارتباطه بالمرفق العام

نجد أحكاماً قضائية توجب اقتران العقد بالشروط الاستثنائية فضلاً عن ان المرفق العام ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 16 ديسمبر 1956 إذ جاء فيه ((... ومن ثم فان المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ... مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة))^(xxxiii) .

الفرع الثالث

معيار الشروط الاستثنائية

لقد عرف البعض الشروط الاستثنائية بأنها ((تلك التي تمنح احد المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري))^(xxxiv) .

بينما عرفها آخرون ((بأنها الشروط التي تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام))^(xxxv) .

ومما تجدر الإشارة إليه إن وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري لم يعد يكفي لكي يعد العقد إدارياً وكذلك الحال بالنسبة لارتباط العقد بالمرفق العام بل يلزم فوق ذلك ان يكون الطرفان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص .

واهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هو ان يتضمن العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ومن ابرز الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في 19 يناير 1973 حيث جاء فيه ((... ان العقود التي تبرمها كهرباء فرنسا تكون خاصة لنظام استثنائي وتبدو فيه خصيصة العقد الإداري ...))^(xxxvi) .

ولعل التعويل على معيار الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإداري ناجم عن كون هذه الشروط تعد من مظاهر السلطة العامة التي ليس لها مثيل في عقود

القانون الخاص وعند استعانة الإدارة بهذه المظاهر يفهم ضمناً نيتها بإخضاع العقد للقانون الإداري وليس للقانون المدني .

والشروط الاستثنائية التي ترد في العقود الإدارية كثيرة فقد تكون هذه الشروط امتيازات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد كحق الإدارة في إجراء تعديلات على العقد دون موافقة المتعاقد معها وقد تصل هذه الامتيازات الى فسخ العقد إذا رأت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك وما للمتعاقد الا طلب التعويض عن ذلك ،وقد تتخذ الإدارة إجراء معيناً يؤدي الى زيادة التزامات المتعاقد معها فهنا يحق للمتعاقد أن يطالب بتعويض كامل عن تلك الزيادة أما إذا كانت الزيادة بشكل لا يستطيع معه المتعاقد من القيام بأعماله والتزاماته تجاه الإدارة فيحق له عندئذ أن يطالب بفسخ العقد، ومن جانب آخر قد تمنح الإدارة المتعاقد معها امتيازات لا نظير لها في عقود القانون الخاص كتحويلها للمتعاقد امتيازات السلطة العامة تجاه الغير كنزع الملكية للنفع العام وفرض الرسوم على المنتفعين أو بحرمان الغير من منافسة المتعاقد مع الإدارة أو غيرها من الأمور وهو ما سنبينه لاحقاً .

والسؤال الذي يمكن طرحه هنا إذا كانت الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد تعد قرينة على انصراف نية الإدارة بإخضاع العقد للقانون الإداري، وبالتالي اعتباره عقداً إدارياً ، فما هو الحكم في حالة خلو العقد من هذا الشرط ؟ لقد جرى القضاء الإداري الفرنسي على عد العقد إدارياً إذا كان من شأنه إشراك المتعاقد نفسه في تسيير المرفق العام^(xxxvii) .

والحقيقة إن مجرد إشراك المتعاقد نفسه يعد في ذاته شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاص وقد استقر الفقه على هذا الأمر^(xxxviii) . ومن جانب آخر اعتبر بعض الفقهاء الشروط الاستثنائية هي المعيار الحقيقي والفعال في تمييز العقد الإداري، بعكس فكرة المرفق العام التي لم تعد فكرة منتجة لآثار قانونية^(xxxix) .

وهذا الرأي مغالى فيه كونه متأثراً الى حد بعيد بالاتجاه الداعي الى عد السلطة العامة أساس القانون الإداري ومعياره الوحيد وإذا كانت فكرة المرفق العام قد

وجهت إليها بعض الانتقادات فإنها مع ذلك ما زالت تعد من الأفكار المؤسسة للقانون الإداري فضلاً عن إن أحكام القضاء الإداري التي تجعل من الشروط الاستثنائية المعيار الوحيد تعد قليلة بالقياس الى الأحكام التي تقرن المعيارين معاً ، المرفق العام والشروط الاستثنائية .

خلاصة القول ان تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص لا يمكن الاعتماد فيه على معيار دون المعايير الأخرى ، فالمعايير جميعها تشكل شبكة مجتمعة يكمل بعضها البعض ، ويمكن ان نشير بهذا الصدد الى موقف القضاء العراقي المتمثل بمحكمة التمييز التي تبنت المعيار المزدوج في كثير من أحكامها ، فقررت في حكمها الصادر في 28 / 7 / 1966 انه ((... تبين ان العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه بحكم القوانين والأنظمة))^(x1) .

((الخاتمة))**النتائج :-**

- 1- ان الإدارة عند إبرامها لما تحتاجه من عقود قد تتصرف كشخص عادي وبالتالي تخضع لما يخضع له الشخص العادي من قواعد مدنية .
- 2- عليه يكون العقد إدارياً وبالتالي يخضع لنظام العقود الإدارية إذا كان احد أطرافه شخص معنوي عام واستخدم ماله من سلطات وامتيازات واتصل موضوع العقد بمرفق العام .

التوصيات:

1. ندعو المشرع العراقي الى توسيع اختصاصات محكمة القضاء الاداري لتشمل العقود الادارية حتى يصبح القضاء الاداري في العراق اكثر فعالية وشمولية.
2. نقترح وضع نظام قانون خاص بالعقود الإدارية مواكباً للتطور الحاصل في العالم والاتجاهات الحديثة نحو إدارة المرافق العامة من قبل أشخاص القانون الخاص المتمثل بالشركات العملاقة أو الشركات الدولية .
3. ان يكون النظام القانوني للعقود الإدارية نظاماً مرناً يسهل على الأشخاص الخاصة ((الشركات)) التعاون مع الدولة لغرض تطوير السلع والخدمات التي تقدمها المنظمات الحكومية .

Abstracte

The idea of this research is about study and specify the pillars of administrative contract, and to stand on the mechanism of dealing and reasons of cancelling.

In addition to specify the criteria of the distinguish between it and other contracts.

الهوامش

(i) د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي الطبعة الرابعة - 1948 ص 32 .

(ii) ومن الأمثلة على هذه القوانين (قانون 28 بيفوز ، السنة الثامنة الخاص بعقود الأشغال العامة ، وقانون 17 و 26 سبتمبر سنة 1793 الخاص بعقود القروض العامة ، وقانون 17 يونيو سنة 1938 الخاص بشغل الدومين العام . نقلاً عن الدكتور محمد السناوي ، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1994 ص 12 .

(iii) د . سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص 33 .

(iv) نصت الفقرة (11) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على اختصاص محاكم مجلس الدولة بقولها ((المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الإشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر)) .

(v) نص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 في المادة (29) على ان ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتخص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص)) .

(vi) نصت المادة السابعة البند الثاني الفقرة (د) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (106) 1989 على ان (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية

- التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون الذي لم يعين مرجع للطعن فيها ...) .
- (vii) قرار صادر في 2 / 9 / 1990 برقم اضبارة 13 / إداري - تميز / 1990 أورده عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق ، برسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد سنة 1992 ص 103 .
- (viii) وقد نظمت القوانين والتعليمات هذه العقود في :
- أ - الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية سنة 1988 .
- ب - قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم 60 لسنة 1985 .
- ج - قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 .
- (ix) د . سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ص 52 .
- (x) القضية رقم 223 لسنة العاشرة القضائية ، 16 ديسمبر سنة 1956 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، مطابع مذكور ، ص 88 .
- (xi) القضية رقم 2566 / ح / 1966 أورده الدكتور حلمي مجيد الحمدي ، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بغداد ، كلية القانون المجلد الخامس ، العددان الاول والثاني سنة 1986 ص 284 .
- (xii) د . محمود حلمي ، العقد الإداري، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1977 ص 6 .
- (xiii) د . عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية ص 15 .
- (xiv) د . سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص 324 .
- (xv) د . الطماوي ، المصدر السابق ص 350 .
- (xvi) د . محمود حلمي ، المصدر السابق ص 7 .
- (xvii) المصدر نفسه ص 8 .
- (xviii) د . عزيزة الشريف ، المصدر السابق ص 17 .
- (xix) القضية 1303 في 31 ديسمبر سنة 1966 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثاني عشر ، القاهرة ، ص 502 .
- (xx) د . عزيزة الشريف ، المصدر السابق ص 16 .
- (xxi) د . سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص 360 .
- (xxii) المصدر نفسه ص 336 .
- (xxiii) د . سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص 49 .

- (xxiv) د . محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص 208 .
- (xxv) د. ثروت البدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، القسم الثاني ، العددان الثالث والرابع سنة 1957 ، ص120 .
- (xxvi) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص13 .
- (xxvii) المصدر نفسه ، ص14 .
- (xxviii) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الإداري، جامعة الموصل 1989 ص147 ، وقد صدر حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري في هذا الصدد في 24 ابريل سنة 1956 جاء فيه ((.. متى كان من الثابت ان وزارة التموين - بصفتها المشرفة على مرفق التموين في البلاد - تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع .. وعهدت بذلك الى لجنة توزيع الشاي ثم المعنيين الذين أصبحوا مسئولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها الى التجار في مختلف أنحاء البلاد فان ذلك في تحقيقه يتضمن امراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدتها هي عقود إدارية ملحوظة فيها دائماً تغليب الصالح العام على المصلحة التجارية)) ، القضية 83 لسنة 6 قضائية ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة العاشرة ، مطبعة مخيمر ، ص307 - 308 .
- (xxix) د. ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، 1989، ص29.
- (xxx) أورده د . حلمي مجيد الحمدي ، المصدر السابق ص 212 .
- (xxxi) د . عزيزة الشريف ، المصدر السابق ص 57 .
- (xxxii) ينظر : د . محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام ، دار النهضة العربية ، طبعة 1982 ، ص 16 وكذلك د . ثروت بدوي ، القانون الإداري، دار النهضة العربية 1988 ، ص 167 .
- (xxxiii) القضية رقم 222 لسنة 10 قضائية ، المجموعة ، السنة الحادية عشر ، ص 88 .
- (xxxiv) د . محمود حلمي ، المصدر السابق ص 26 .
- (xxxv) د . منير محمود الوتري ، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية ، الجزء الأول ، بغداد 1979 ، ص 200 .
- (xxxvi) نقلا عن د . علي الفحام ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي ، 1976 ص 34 .

(xxxvii) فقد جاء في حكم لمحكمة المنازعات الفرنسية الصادر في 7 نوفمبر سنة 1922 في قضية (manon) (.... فإذا اقتصر مؤجر السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الدولة دون أي مشاركة من جانبه ، فالعقد يعتبر عقد إيجار من عقود القانون الخاص ، أما إذا تولى بنفسه وببجارته نقل الجنود ، فان العقد يعتبر إداريا) أورده د . الطماوي ، المصدر السابق ص 87 .

(xxxviii) د . عزيزة الشريف ، المصدر السابق ص 57 .

(xxxix) د . ثروت بدوي ، المصدر السابق ص 141 .

(xl) قرار رقم 158 / ح / 1966 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، 1969 ، ص 208 .

المصادر

أولا: الكتب :

1. د. ابراهيم طه الفياض, القانون الاداري, مكتبة الفلاح, الكويت, 1989.
2. د. ثروت بدوي : القانون الإداري. دار النهضة العربية . القاهرة - 1988.
3. د. ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري. بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الثاني . العددان الثالث والرابع سنة - 1957 .
4. د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية . دار الفكر العربي . الطبعة الرابعة . القاهرة - 1984 .
5. د. عزيزة الشريف : دراسات في نظرية العقد الإداري. دار النهضة العربية - 1981 .
6. د. علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري. دار الفكر العربي القاهرة - 1976 .
7. د. ماهر صالح علاوي الجبوري : القانون الإداري. جامعة الموصل - 1989
8. د. محمود حلمي : العقد الإداري. دار الفكر العربي . الطبعة الثانية . القاهرة - 1977 .

9. د. محمود محمد حافظ : نظرية المرفق العام . دار النهضة العربية . القاهرة - 1982.
10. د. منير محمود الوتري : العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية . الجزء الاول . بغداد - 1979 .

ثانيا : الرسائل والبحوث :

- 1- حلمي مجيد أحمدي : كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة بغداد - كلية القانون - المجلد الخامس - العددان الاول والثاني - 1986 .
- 2- عبد الرزاق الهاشمي : تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - 1992 .
- 3- مجلة ديوان التدوين القانوني - العدد الثاني - السنة الخامسة - 1969 .

ثالثا : القوانين :

- 1- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
- 2- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 .
- 3- قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم 106 لسنة 1989 .