Legal studies for Islamic countries https://LSIC.qom.ac.ir

Judicial justice and its impact on preserving acquired contractual rights between Iraqi and Iranian law

Ali Mohammad Hakimian * | Ali Satar Shahadhah Ali Alkhazraji **

Received: **1/10/2024** | Received in revised form: **7/11/2024** | Accepted: **4/2/2025** | Published online: **1/7/2025**

Abstract

Contracts are one of the transactional and effective units in today's countries, whether in the social, economic or political sphere. Different departments rely on the administrative contracts method. Administrative contracts are characterized by the ease and simplicity of their implementation, their subjection to general legal provisions, and their connection to the role of the administrative judiciary, which contributes to making decisions on issues arising from these contracts. The research sought to clarify judicial justice and its impact on preserving contractual rights acquired between Iraqi and Iranian law, and through the analytical approach. Comparative analysis was done regarding the contractual rights acquired in both Iraqi and Iranian law, and the administration, although it has the characteristics of a public authority, does not have the freedom to contract, so the law intervenes to determine the method of concluding administrative contracts, which is considered the best method of contracting according to the legal conditions and characteristics, and it came out. The research includes a set of results, including the agreement of Iraqi and Iranian law to adopt a double standard to distinguish the administrative contract from other civil contracts, as it is not sufficient to consider the contract administrative if it relates to the activity of a public utility, unless it involves exceptional and unusual circumstances.

Keywords: justice, judiciary, contract, acquired rights, law.

* Assistant Professor and Faculty Member, Department of Law, Seminary and University Research Institute, Qom, Iran. Email: amhakimyan@yahoo.com.

** PhD Student, Faculty of Law, University Of Qom, Qom, Iran(Corresponding Author) Email: nasl.holding@gmail.com

▣ Hakimian, A.M., & Ali Alkhazraji, A.S.S, (2025)., **Judicial justice and its impact on preserving acquired contractual rights between Iraqi and Iranian law**. *Legal studies for Islamic Contries*, 2 (1) 121-147.

▣ Doi: https://doi.org/10.22091/jcem.2024.11646.1042

© The authors

Publisher: University of Qom

https://LSIC.qom.ac.ir

العدالة القضائية وأثرها في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة بين القانون العراقي والإيراني

علي محمد حكيميان * | علي ستار شحاذه علي الخزرجي**

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٤/١٠/١ | تاريخ المراجعه: ٢٠٢٤/١١/٧ | تاريخ القبول: ٢٠٢٥/٢/٤ | تاريخ النشر: ٢٠٢٥/٧/١

الملخص

تعد العقود إحدى الوحدات التعاملية والفعالة في دول اليوم، سواء في المجال الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي. وتعتمد الإدارات المختلفة على أسلوب العقود الإدارية. وتتميز العقود الإدارية بسهولة وبساطة تنفيذها، وخضوعها للأحكام القانونية العامة، وارتباطها بدور القضاء الإداري الذي يساهم في اتخاذ القرارات في المسائل الناشئة عن هذه العقود، وقد سعى البحث إلى توضيح العدالة القضائية وأثرها في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة بين القانون العراقي والإيراني ومن خلال المنهج التحليلي المقارن تم تحليل ما يتعلق بالحقوق التعاقدية المكتسبة في كل من القانون العراقي والإيراني، والإدارة وإن كانت لها خصائص السلطة العامة إلا أنها لا تملك حرية التعاقد، لذلك يتدخل القانون ليحدد طريقة إبرام العقود الإدارية، والتي تعتبر أفضل طرق التعاقد حسب الشروط والخصائص القانونية، وقد خرج البحث بمجموعة من النتائج منها اتفاق القانون العراقي والإيراني على اعتماد معيار مزدوج لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية الأخرى، إذ لا يكفي لاعتبار العقد إداريًا إذا كان يتعلق بنشاط مرفق عام، إلا إذا انطوى على ظروف استثنائية وغير عادية.

الكلمات المفتاحية: العدالة القضائيه، التعاقد، الحقوق المكتسبة، القانون.

* أستاذ مشارك، قسم القانون الخاص، مركز بحوث الحوزه و الجامعه، قم، إيران. | amhakimyan@yahoo.com

** طالب دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قم، قم، ايران. (الكاتب المسؤول) | nasl.holding@gmail.com

▣ حكيميان، علي‌محمد؛ علي الخزرجي، علي ستار شحاذه. (٢٠٢٥). **العدالة القضائية وأثرها في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة بين القانون العراقي والإيراني**، *البحوث القانونية للدول الاسلامية*. ٢ (١)، ١٤٧-١٢١.

▣ Doi: https://doi.org/10.22091/jcem.2024.11646.1042

© The authors

Publisher: University of Qom

المقدّمة

إن الالتزامات التعاقدية وحقوق المتعاقد تعد هذه المرحلة من أدق مراحل العقد، خاصة وأن العقد الإداري حيث توجد فيه المصلحة العامة، ولتحقيق هذا الهدف يجب أن تكون الإدارة مخولة بحقوق ثابتة لا يمكن التنازل عنها أو تجاهلها ويجب ممارستها ضد المتعاقد عندما تقتضي مقتضيات المصلحة العامة ذلك. ونظراً للأهمية الكبيرة لهذا الموضوع على جميع المستويات، لخطورة المشاكل المتعلقة بتنفيذ العقود والآثار السلبية الناتجة عن ظهور هذه المشاكل، لذلك يصبح من الضروري بحث العمل القضائي الرقابي المصاحب لتنفيذ هذه العقود باعتباره السبيل الأمثل للقضاء لتحقيق العدالة والتغلب على هذه المشاكل والآثار السلبية الناتجة عنها.

والعدالة القضائية لها أثرٌ كبير في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة العلاقة الدائمة والترابط بين الإنصاف التعاقدي المتبادل والمصلحة المقصودة والعلاقة بين كل منهما من ناحية، ومن ناحية أخرى لبيان صور التعديل بالنقص أو الإضافة أو الاستثناء الكلي لجزء من العقد، وكذلك بيان محل التعديل من حيث كونه عنصراً أساسياً من عناصر العقد أو شرطاً ملحقاً به. وقد تم اختيار أسلوب المقارنة بين القوانين المذكورة أعلاه. وبناءً على ذلك، فإن المشكلة الرئيسية للدراسة هي كما يلي:

ما هي العدالة القضائية وما أثرها في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة بين القانون العراقي والإيراني؟

يهدف هذا البحث إلى دراسة ضوابط العدالة القضائية وأثرها في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة من خلال تقديم شرح لهذه الضوابط الموضوعية والإجرائية في سياق إبرام العقود في ضوء التشريعات النافذة في ظل التشريع العراقي والتشريع الإيراني. وتعد العقود أحد التقسيمات التنظيمية والفعالة في الدول في العصر الحديث سواء في المجالات الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، لذا اعتمدت مختلف

الإدارات على استخدام أسلوب العقد الإداري لسهولة وبساطة تنفيذه، وتتميز العقود الإدارية بخضوعها للأحكام القانونية العامة وارتباطها بدور القضاء الإداري الذي يسهم في اتخاذ القرارات.

ولما كان الهدف من البحث هو العدالة القضائية وأثرها في الحفاظ على الحقوق التعاقدية المكتسبة بين القانون العراقي والإيراني، فإن المنهج المناسب لبحث هذا الموضوع هو منهج البحث الوصفي التحليلي والمقارن، وذلك من خلال محاولة جمع عناصر هذا الموضوع المنتشرة بين ثنايا القوانين.

ومن أجل تحقيق الهدف والغاية من البحث تم تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: أساس سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الاداري

إن الحقوق المكتسبة للعهد ليست شعارات رنانة تطلق في المناسبات الوطنية أو الدولية، وإنما هي الحقوق التي كرم الله تعالى بها بني آدم، ولذلك يجب على السلطة أن توفر المبادئ والإجراءات الواجب اتباعها في معادلة الحقوق المكتسبة للعهد، ومن جهة أخرى يجب أن توفر للمجتمع مبادئ وإجراءات تأخذ بالأبعاد الموضوعية للحقوق المكتسبة للعهد، مع مراعاة التطورات السياسية التي تحدث في المجتمعات على المستوى المحلي أو العالمي، ومن الإجراءات التي تضمن للسلطة مراقبة تنفيذ العهد الإداري ما يلي:

١- سيادة القانون: ترجع فكرة سيادة القانون وإنشاء المؤسسات الداعمة لها إلى المؤلفين الألمان، وقد اعترف بها وتبنّاها المؤلفون الإيرانيون والعرب، وبموجبها يكون القانون أعلى من القضاء والحكام، وكلاهما خاضع للقانون.

٢- الفصل بين السلطات في دولة القانون: بما أن السلطات خاضعة لحكم القانون، فلا بدّ من تشكيل السلطات كوظائف تشريعية متميزة، وبالتالي لا بدّ من

الفصل بين السلطات إذا ما أريد حماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

٣- الرقابة القانونية: من أجل التأكيد على فكرة سيادة القانون التي تخضع فيها جميع السلطات للقانون، يجب أن يكون هناك من يراقب مدى التزام السلطات بالقانون واتباعها له (الزبيدي، ٢٠٠٩: ١٤٥-١٦٧)

أما بالنسبة للمنظمات غير الحكومية، فهي مؤسسات أنشئت داخل الدولة ولها أهداف محددة. وتقوم هذه المنظمات بحماية الحقوق التعاهدية ويتم تحقيق ذلك من خلال مجموعة من الأنشطة داخل الدولة. وهذه الأنشطة هي وسيلة لتعريف أفراد المجتمع بمفهوم الحقوق التعاهدية والاتفاقيات الدولية والإقليمية ذات الصلة، كما أنها وسيلة لحماية المجتمع المدني في ضمان الحقوق التعاهدية، وهو ما يؤكد أهمية منظمات المجتمع المدني في هذا المجال. لذلك ينبغي على الدولة أن تعمل على دعم وتطوير هذه المنظمات وضمان استقلالية نشاطها دون تدخل من السلطة خارج حدود القانون، والقانون العراقي يؤكد على ذلك. إذْ نصّ في المادة (٤٣) منها على: (أولاً- تحرص الدولة على تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني ودعمها وتطويرها واستقلاليتها بما ينسجم مع الوسائل السلميّة لتحقيق الأهداف المشروعة لها.) (الشمرى، ٢٠٠٨: ١٢٥)

ويمكن توفير ضمانات العقد الإداري من خلال هيئات ومؤسسات ولجان متخصصة على مستويين: الأول وطني أي الدولة، والثاني دولي أي الاتفاقيات والالتزامات التي تعقدها جميع الدول، وهناك ضمانات متنوعة تكفل احترام الحقوق والحريات التعاقدية للأشخاص:

أولاً: الضمانات في القانون والتشريعات: يتجسد مفهوم ضمان احترام الحقوق التعاقدية وحمايتها من خلال وجود دستور مدون، وهو الذي يحتوي على مجموعة من المبادئ القانونية في شكل نصوص واردة في وثيقة واحدة أو عدة وثائق صادرة

عن السلطة التشريعية، والرأي السائد أن سبب شيوع الدساتير المدنية يرجع إلى أنه ينظر إليها على أنها وسيلة ناجحة لضمان الحقوق من خلال تضمين ديباجة الدساتير نصوصاً صريحة لتلك الحقوق أو من خلال تخصيص باب مستقل لها، وبالتالي فإن وجود دستور مدون يعني أن هناك حقوقاً مدونة فيه (شحاته ،٢٠٠٧: ٧١ -٧٢).

إن مبدأ سيادة القانون هو أحد المبادئ الثابتة لسيادة القانون المعاصر وهو التزام جميع أفراد الشعب، حكاماً ومحكومين وسلطات الدولة باحترام القانون على أساس مشروعية الأفعال التي يقومون بها. غير أن سيادة القانون لا تعني فقط الالتزام بمضمون القانون أو جوهره، لأن القانون يجب أن يضمن الحقوق التعاقدية لجميع الأفراد وهذا هو جوهر سيادة القانون، أما إذا حدث العكس وتجاهل القانون الحقوق التعاقدية فإن ضمان هذه الحقوق وآلياتها يصبح مجرد ترضية لضحايا القانون (ناجى، ٢٠٠٩: ٧٦).

ثانياً: الرقابة على القانون وتصرفات الإدارة

إن مبدأ سيادة القانون، أو السيادة في الدرجة القانونية، والذي يأتي في المرتبة الأولى، يعطي سيادة القانون قوة قانونية ملزمة ليس للأفراد فقط بل لجميع السلطات بما فيها السلطة التشريعية التي تقر القوانين، إذ يجب عليها عدم مخالفة القانون عند إقرار أي قانون ينظم العقد الإداري، وبالتالي لا يمكن للسلطة المختصة سن قانون يخالف الدستور تحت طائلة الإلغاء. وقد تفاوتت الدول العربية في تحديد الرقابة على الالتزامات التعاقدية وضمان احترام أحكام الدساتير وتحديد عقوبة مخالفتها، ومن أهم هذه الالتزامات ما يلي

١- الرقابة السياسية على الالتزامات التعاقدية: وهذا النوع من الرقابة يمارسه المجلس القانوني قبل نشر القانون ودخوله حيز التنفيذ، وله الحق في عرض

مشـــروعات القوانين على هذا المجلس للتدقيق في دســـتوريتها، وعادة ما يكون ذلك فيما يتعلق بالعقود الإدارية.

٢- المراجعة القضـائية: وهذا النوع من الرقابة تمارسـه المحكمة المختصـة بنظر الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وفقاً لأحكام القانون أو القانون المنظم لتطبيقه، وهي مراجعة لاحقة لسـن القانون أو تطبيق العقد الإداري (الخطيب، ٢٠١١: ٢٢٨-٢٢٩)

أما بالنســـبة للرقابة على تصـــرفات الإدارة على تنظيم عقود الإدارة، فإذا كانت الســـلطة في حكم القانون تقوم على فكرة القانون وترتبط به ارتباطاً وثيقاً، فمعنى ذلك أن الســـلطة العامة يجب أن تكون في إطار القانون، وهذا يعني أن إجراءات الإدارة والرقابة تكاد تكون خاضـــعة في مجملها للقضـــاء وفقاً لحكم القانون، لأن جميع تصرفات الإدارة يجب أن تكون في حدود القانون، والمقصود هنا بالقانون هو للقانون الشـامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة سـواء أكانت مكتوبة أم غير منقطعة أم عرفية وأي مصدر، مع مراعاة القوة التدريجية.

وقد قرر المشـــرع الايراني أصـــالة الصـــحة هي أحد الأصـــول المقبولة في الفقه الإسـلامي، وهي تعني اعتبار عمل الغير صـحيحا. وقد تحدث المشـرع بوضـوح عن هذا المبدأ في المادة ٢٢٣ من القانون المدني. ولذلك فإن الجملة المنصـــوص عليها في المادة المذكورة أعلاه تثبت قبول الصواب في نظام القانوني الايراني. فصـحة العقد تعني أنه إذا تم العقد بين شـخصـين أو أكثر، وشـككنا في بطلانه أو عدم صـحته، فيجب أن نبنيه على صـحته. وطالما أننا نسـتطيع الاعتماد على صـحة الاتفاقية، فإن بطلان الاتفاقية لم يثبت بالنســـبة لنا. ولذلك، متى ثبت لنا بطلان العقد بالأســـباب والأمارات والأدلة القطعية، لم يعد بإمكاننا أن نحكم بعدم بطلانه على أساس الصحة.

ومما تقدم نخلص مما تقدم إلى أن الرقابة القضـــائية على أعمال الإدارة التعاقدية ســواء كانت الســلطة القضــائية التي تمارســها هي القضــاء العادي أو القضــاء الإداري المتخصص، تشكل ضمانة مهمة ومفقودة لحماية الحقوق والحريات المكتسبة تعاقدياً من الندم والاســتبداد في الإدارة. وتجدر الإشــارة إلى أن هذه الضــابطة قد تعطلت في مجال أعمال الســيادة، حيث افتقدت الإدارة قواعد المشــروعية واختفى كل ضــامن للحريات الفردية، وذهب المشــرع العراقي والإيراني في اتجاه يخالف ما هو مألوف في أعمال السيادة، حيث حدد المبدأ وترك التفاصيل للقضاء. (حنون، ٢٠١٥: ٢٦٤-٢٦٧)

تتجلى علاقة مبدأ الحقوق المكتســبة للعقد بفســخ العقد أو تعديله بعيب عدم المشــروعية الذي يعتبر انتهاكا للحقوق المكتســبة للعقد الناتج عن فســخ العقد أو تعديله. والواقع أن عيب عدم المشروعية يشمل كل العيوب التي تصيب العقد الإداري وتجعله باطلاً، لأن الإخلال بالاختصــاص المقرر قانوناً أو مخالفة الشــكليات والإجراءات المقررة أو إساءة استعمال السلطة أو عدم وجود أساس قانوني أو الخطأ في التوصيف القانوني للوقائع هو في كل الأحوال عدم مشروعية بالمعنى الواسع، لأنه يحدد القواعد التي تحكم جميع عناصر العقد الإداري.

إلا أن الفقه القانوني العام الإيراني والعراقي والفقه الإداري في القانون العام الإيراني والعراقي قد درج على استخدام مصطلح عدم المشروعية بمعنى أضيق من معناه السابق، فقصره على العيب المتعلق بموضوع العقد الإداري فقط. ولعل هذا هو السبب الذي جعل بعض الفقهاء الإيرانيين يحللون هذا العيب على أنه إخلال بقاعدة من قواعد القانون (بسيونى، ١٩٩٩: ٥٢٧)

ولذلك فإن هذا العيب يقع على موضــوع العقد الإداري، أي مضــمون العقد أو الأثر القانوني على المركز القانوني للأفراد.

والمقصـــود بالقانون الذي يجب أن لا يخالفه العقد الإداري ليس مجرد القانون بمعنى التشـــريع، أي القواعد التي قننها المشـــرع. بل على العكس من ذلك فإن معنى القواعد القانونية يؤخذ بالمعنى العام لأي قاعدة عامة مجردة من قواعد القانون أياً كان مصـدرها سـواء أكانت دسـتورية أو تشـريعية أو مبدأ من مبادئ القانون العامة (الحلو، ٢٠٠٧: ٤١٧) و يوصف عندها العقد بأنه معيب بعيب القانون.

يعد عيب عدم المشروعية من أحدث العيوب التي ظهرت في اختصاص الفسخ، إذ يعود تاريخ ظهوره إلى نشأة مجلس الدولة الإيراني وظهور مبدأ المشروعية.

وفي العراق، تنص المادة ٧/ثانياً/ثانياً/١ المعدلة من القانون رقم ٦٥ لسـنة ١٩٧٩ بشـأن مجلس شـورى الدولة على ما يلي "يعتبر من أسـباب الطعن بوجه خاص... أن يتضمن العقد خرقا أو مخالفة للقانون و الأنظمة و التعليمات".

وفي ايران حدد المشـرع الايراني ما يخص عدم المشـروعية والتدليس من خلال تحديد عقوبات جرائم الاختلاس والحيازة غير المشـروعة والرشـوة والاحتيال والجرائم المتكررة بموجب المادة ١٥٣ إشـارة إلى المادة ٥٩٩ من قانون العقوبات الإسـلامي الحالي والمادة ١٥٧ من قانون العقوبات العام إشـارة إلى المادة. ٦٠٣ من قانون العقوبات الإسـلامي الحالي، حيث يتم التعامل مع مرتكبي الجرائم بسـبب وظيفتهم وواجباتهم في محاكم عاصمة المحافظة.

إن مراجعة القضـاء الإداري لموضـوع العقد ليسـت مراجعة خارجية، كما هو الحال في مراجعة الاختصـاص والشـكل والإجراءات المذكورة أعلاه، ولكنها مراجعة داخلية تركز على جوهر العقد وتهدف إلى التأكد مما إذا كان العقد يتوافق مع القانون (المتيوبي،٢٠٠٢: ١٨٥) من أجل التعرف على عيب عدم المشـروعية، من الضـروري تحديد مكان الإقامة في العقد الإداري.

ويرتبط عيب عدم المشـروعية أيضـاً بالحقوق المكتسـبة من العقد بركن المحل، وهو ما يعرف بأنه تغيير في المركز القانوني القائم وقت صـدوره، أو إنشـاء مركز قانوني جديد أو تغيير محل الإقامة أو إلغاؤه، ومن شروط صحة العقد الإداري أن يكون المحل ممكناً عملياً وجائزاً قانوناً، وأن يكون له أثر فوري ومباشـر. ويجب أن يكون العقد الإداري مطابقاً للقانون، لأن المحل يمثل أثر قرار الإدارة وهذا الأثر هو الذي يُسـعى لتحديد مشروعيته.

وموضوع العقد الإداري أو مضمونه هو الآثار القانونية التي يحدثها العقد مباشرة بتغيير الوضع القانوني، سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء (عرب، ١٩٩٨: ١٠١) وهو الأثر القانوني المباشـر والحال والمترتب عليه، و يؤدي إلى احداث تغيير في الهيكل القانوني السـائد وذلك عن طريق إنشـاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني كان قائما وموجودا (العوابدى، ٢٠٠٢: ١٧٦).

وكقاعدة عامة، يجب أن يكون لكل تصـرف قانوني محل معين بمعنى أن الذي يميز التصـرف القانوني ويحدد جوهره هو المحل ذلك الأثر القانوني الذي يحدثه التصرف مباشرة، فيحدد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه مما يفسح المجال للتمييز بين المحل القانوني والمحل المادي المتمثل في واقعة مادية واقعية (امين، ١٩٩١: ١٠٧).

يشترط الفقه والقضاء لصحة العقد الاداري بما يحفظ الحقوق المكتسبة للعقد ، ومن حيث محله توفر شرطان أساسيان هما :

الشرط الأول : أن يكون العقد الاداري ممكنا (علم الدين، ١٩٨٥، ١١٢):

والمقصـود بهذا الشـرط أن يكون محل العقد ممكناً وليس مسـتحيلاً، أي أن يكون العقد ينظم أثره القانوني، فلا بد أن يكون ممكناً أو واقعاً.

فمحل العقد الإداري يكون مسـتحيلاً من الناحية الواقعية إذا كان صـدور العقد الإداري وتنفيذه مسـتحيلاً؛ لأن العقد نفسـه مسـتحيل؛ لأن العقد نفسـه مسـتحيل،

فمثلاً العقد الإداري الصـــادر لإزالة بيت الخريف، فإذا تبين فيما بعد أن هذا البيت قد هدم بالفعل من أجل هذا العقد، فإن العقد ينتفي.

وقد يكون موضـــوع العقد مســـتحيلاً من الناحية القانونية، فلا يكون هناك مركز قانوني يمكن من خلاله ترتب الأثر القانوني على العقد، كما في حالة صـــدور قرار إداري بتعيين بعض المـدرســـين، ثم يفهم منـه أن هـذا التعيين مقـدم في الـدرجـات المشـغولة، فإن تحقق أثر قرار التعيين غير ممكن قانوناً، لأنه لم يصـادف محلاً لعدم وجود مركز قانوني (عبدالله، ٢٠٠٠: ٣٦٠).

الشرط الثاني: أن يكون العقد الاداري جائزاً (مشروعاً):

ويهدف هذا الشـــرط إلى ضـــمان أن يكون موقع العقد جائزاً وقابلاً للتحقق في ضوء اللائحة القائمة.

أو يجب أن تكون النتيجة القانونية التي ترغب الإدارة في تنظيمها مباحة قانوناً من حيث تصالحها وإحباطها ومخالفتها للنظام القانوني السائد للدولة، وذلك لضمان مبدأ المشروعية لمصادرها المختلفة.

أما إذا كان موقع العقد الإداري غير جائز قانوناً، فلا يمكن إعمال أثر العقد من حيث مخالفته للقواعد القانونية أو المبادئ العامة للقانون، كمبدأ احترام الحريات العامة أو مبدأ مساواة المواطنين في الحقوق والواجبات العامة (بدوي، ١٩٥٧: ٨٥).

كما توجد مخالفات مباشرة وغير مباشرة في إصدار العقد الإداري نذكرها على النحو الآتي:

أولًا: المخالفة المباشرة

وهذه المخالفة هي انتهاك الحقوق المكتســـبة للإدارة في إنهاء العقد أو تعديله من خلال قيام الإدارة بعمل يحظره القانون أو الامتناع عن القيام بعمل يقتضـــيه القانون، أي تجاهل الإدارة الكلي أو الجزئي لقواعد القانون.

وقد يتخذ الإخلال المباشـــر بالقانون شـــكل الإخلال الإيجابي، كما في حالة تعمد الإدارة الخروج عن حكم قاعدة القانون الأعلى في العقد الإداري.

أو قد يكون في شـكل مخالفة سـلبية، كما في حالة رفض الإدارة تطبيق القاعدة القانونية أو رفضها الوفاء بالالتزامات التي رفضت الوفاء بها.

ثانيًا: المخالفة غير المباشرة للقانون

يعتبر العقد الاداري معيبا في محله إذا صـــدر نتيجة خطأ في تفســـير القانون أو خطأ في تطبيقه وهو ما يطلق عليه بالمخالفة غير المباشرة للقانون .

١- الخطأ في تفسير القانون

هذه الصـــورة يمكن حصـــولها في حالة اعطاء الإدارة للقاعدة القانونية المعني غير المقصود قانونا (الطماوي: ١٩٧١، ٣٦٩)، يحدث عندما تفسر الإدارة قاعدة قانونية بشكل خاطئ وتعطيها معنى مختلفاً عن المعنى الذي قصده المشرع.

وهذا الخطأ يمكن أن يقع عن غير قصـــد من الإدارة بســـبب غموض القاعدة القانونية وعدم وضـوحها واحتمال تأويلها إلى معانٍ مختلفة، ويمكن أن يقع عن قصـد من الإدارة في الحالات التي تكون فيها القاعدة القانونية المدعى مخالفتها أوضـح من أن تحتمل الخطأ في التفسـير، ولكن الإدارة تتسـامح في سـوء التفسـير، فيلتبس في هذه الحالة خطأ المحل بخطأ الانحراف في السلطة.

وقد مارس القضـاء الإداري المقارن رقابته على تفسـير الإدارة الخاطئ للقانون، حيث إنه قد اسـتقر على أن القضـاء هو المرجع لحسـم النزاع بين الإدارة ومن يطعن في صـحة العقد الإداري على أسـاس عدم مشـروعية هذا التفسـير، وهذا يؤدي إلى اسـتنتاج أن الإدارة يجب أن تمتثل للتفسـير الذي يتبناه القضـاء حتى لو كان ذلك التفسـير غير متسـق مع النص الفعلي، وهذا ما يجعلنا نخلص إلى أن الإدارة يجب أن تمتثل للتفســـير الذي يتبناه

القضـــاء حتى لو كان ذلك التفســـير غير متســـق مع النص الفعلي (الطماوي، ١٩٧١: ٨٥٤).

٢- الخطأ في تطبيق القانون

ويقصد بالخطأ في تطبيق القانون أن تستخدم الإدارة السلطة التي منحها القانون دون استيفاء الشروط المنصوص عليها في القانون أو دون استيفاء الشروط التي حددها المشرع مباشرة.

وقد عرف الدكتور محمود عاطف البنا الخطأ على النحو التالي: إســـاءة تطبيق الإدارة للقانون، أو ممارسة السلطة المخولة لها في غير الأحوال التي حددها القانون، أو عدم استيفاء الشروط التي حددها القانون لممارسة تلك السلطة.

وقد اختلفت الســـوابق القضـــائية والاجتهادات الفقهية في تقييم هذه العيوب التعاقدية الإدارية باعتبارها تتعلق بعيب المكان أو بعيب السبب.

- وقد اتجه المشـــرع الإيراني إلى اعتبار ذلك من عيوب المحل وعزز هذا الرأي بقرارات مجلس الدولة الإيراني الذي سعى إلى دعم وجهة نظره بالقول بأن أي مراجعة قضـــائية لعيب في المحل هي مراجعة موضـــوعية تهدف إلى التأكد من مطابقة العقد الإداري لأحكام القانون, ثم حددت الخطأ في تطبيق قاعدة القانون على وقائع مختلفة كأحد العيوب المؤثرة في موضوع العقد الإداري تحت إشراف القضاء الإداري في التحقق من وقوع الوقائع المادية التي اســـتندت إليها الإدارة عند إبرام العقد وفي تعديل الوقائع المثبتة لتحديد ما إذا كانت تبرر إبرام العقد (المتيوبي، ٢٠٠٢: ٣٨٥).

- ومن ناحية أخرى هناك رأي آخر يرى أن الخطأ في تطبيق القانون يدخل في الخطأ في التسبب، وهذا الرأي تؤيده السوابق القضائية الإيرانية وجزء من السوابق القضائية الإيرانية على أســـاس أن الخطأ في تطبيق القانون يشـــير إلى الخطأ في التســـبب وأن القضاء في فرنسا قد أسند صراحة إلغاء العديد من العقود إلى الخطأ في التسبب وأن من المنطقي أن كل عنصر من عناصر العقد الإداري يفي بجانب من جوانب الفسخ بسبب خطأ قد يؤثر فيه (الحلو، ٢٠٠٧: ٤٤٤).

ولكننا ورغم هذا الاختلاف نميل إلى عدّ هذه الصورة ضمن الأوضاع المتعلقة بالرقابة على محل العقد الاداري ولكنه عدّ العيب الذي يشوب ركن السبب من العيوب المستقلة (علاوي، ١٩٩٠، ٨٧).

المبحث الثاني: الضوابط والشروط العامة لممارسة العقد الاداري

سبق أن بينا بأن العقد الإداري في جوهره لا يختلف عن العقد المدني فهو تعبير عن توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين كإنشاء التزام أو نقله أو تعديله، كما أن أركان العقد الإداري من (تراضي، المحل، السبب، والشكل) هي ذات أركان العقد المدني[١] ، كما أن شروط صحة الرضا والمحل والسبب متفقة في الجزء الأكبر منها مع شروط الصحة التي ترد على العقد المدني[٢].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بالقول (أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية، اللازمة لتكوينه، لا يعد و أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين يكون أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية)[٣].

أما بالنسبة للدافع في العقد الإداري: دون الخوض في تفاصيل النظرية التقليدية التي تعتبر الدافع عنصراً مادياً للعقد يجب أن يكون موجوداً في كل عقد، وخلافاً للنظرية الحديثة التي تعتبر الدافع مفهوماً ذاتياً وشرطاً ضرورياً لصحة العقد ومشروعيته، فإن السوابق القضائية تتفق على أن العقد الإداري كالعقد المدني يجب أن يتوافر فيه عنصر الدافع وأن دافع الإدارة في إبرام العقد هو دائماً تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرارية سير المرافق العامة. وقد طبق مجلس الدولة الإيراني في قضيتي ميشو

---

(١) عبد الرازق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج١، دار الفكر، ص٤٦٣.

(٢) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٥

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (٦٣١)، جلسة ٢/٢/ ١٩٩٣م.

وميساجيري سيديس قواعد القانون المدني مع الأحكام المتعلقة بعنصر السببية ورأى أن العقد باطل لعدم استيفاء عنصر السببية. وهذا هو أيضاً موقف القضاء الإداري الإيراني الذي أقرّ في قرارات مختلفة بأن السبب في العقد الإداري هو مصلحة عامة، وهو ما يختلف عن السبب في العقود المدنية الذي غالباً ما يكون مصلحة خاصة[١].

أما فيما يتعلق بالشكلية فالأصل أن العقد لا ينعقد إلاّ باستيفاء الشكلية التي نص عليها القانون ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ويسري هذا الحكم على ما يطرأ على العقد من تعديل[٢]، فالأصل أنه لا يشترط في الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد العقد الإداري شكلاً معيناً إذ يجوز التعبير عن كل منهما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ أي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي[٣]، واستناداً لما تقدم فالأصل لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك، إلاّ أن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب ركون الإدارة دائماً إلى إثبات إجراءاتها وروابطها التعاقدية كتابة[٤].

ولذلك يمكن القول بأن الإدارة غير ملزمة باستعمال الصيغ الكتابية للعقود الإدارية، إلا في الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك صراحة، وإذا نص القانون على شكل الكتابة، فإن إهمال هذا الشكل يترتب عليه البطلان. وفي العراق تلتزم الإدارة في العراق بإعداد صيغة للعقود الحكومية التي تبرمها الإدارات الحكومية والقطاع العام في مجالات الأشغال العامة وتوريد السلع والخدمات المختلفة والعقود

---

(١) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة عين الشمس، القاهرة ١٩٩١، ص٣٨١.

(٢)ينظر: المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي.

(٤) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، ٢٠٠٧، ص٥٢.

الاستشارية[١]، وكذلك الحال في إيران حيث اشترط المشرع تحرير العقود كتابة في نطاق عقود الأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات والتي تسمى في فرنسا بعقود الشراء العام، وعموماً نستطيع القول أن العقود الإدارية تتأبى بحكم طبيعتها وذاتيتها ومحتواها إلاّ أن تكون مكتوبة حتى وان لم ينص المشرع على ذلك.

وفي إيران من حيث المبدأ، في القانون الإيراني، فإن ضرورة اتباع شكل معين من الإجراءات الشكلية ليست من شروط صحة العقد[٢] وكما ذكر المشرع الإيراني صراحة في المادة ١٩١ من القانون المدني الايراني، " عقد ويصبح فقط كامل من خلال النية الحقيقية للمقاول، ويجب أن يصاحب هذه النية الحقيقية من قبل بعض العوامل آلتى يثبت عدم وجود مثل هذه النية "[٣].

ولذلك فإن للطرفين في القانون الايراني الحرية في اختيار كيفية إعلان إرادتهما عند إبرام العقد. لأن إنتاج التعبير عن الإرادة على شكل بيانات رسالة وشكل الطرق الإلكترونية لإرسال واستقبال التعبير عن الإرادة يعتبر من طبيعة استخدام تكنولوجيا الأدوات الإلكترونية للإنترنت. إن مبدأ توافقية العقود، بما فيها العقود الإلكترونية، لا يمنع الأطراف من الاتفاق على تحديد شكل معين للعقد. لأن المادة ١٠ من قانون العقوبات تقرر أنه تصح العقود الخاصة لمن أبرمها ما لم تكن مخالفة للقانون صراحة".

أما النوع الآخر من العقود غير المكتوبة فهي (العقود الضمنية) ومن صورها عقود تقديم المعونة حيث يذهب المشرع إلى اعتبار عمليات الإنقاذ التي تجريها السفينة المنقذة للسفن الجانحة بناء على طلب السلطات البحرية عقدا ضمنياً لا مجرد عمل

---

(١) ينظر: المواد (١، ٨)، من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لسنة (٢٠٠٨).

٢. كاتوزيان، ناصر. (١٣٦٤ ش). القوانين المدنية – قواعد العقود. طهران.ص ٢٧٧

٣. المادة : ١٩١ القانون المدني الايراني

مادي ، وكذلك يعتبر العقد بناء على مذكرة أو فاتورة وهي من عقود الشـــراء العام \ عقدا إدارياً شـــفوياً إذا كانت قيمة هذه العقود زهيدة وذلك بالاعتماد على الكشـــف الذي يقدمه المقاول أو المجهز وهذا يعتبر استثناء من عقود الشراء العام (الإشغال، التوريد، النقل، الخدمات) التي أوجب المشرع تحريرها كتابة[١].

فالعقد الإداري ينفرد ويختلف عن العقد المدني بنظام قانوني خاص به يتعلق باختلاف قواعد تكوينه وإبرامه، والتي غالباً ما تكون معقدة ومركبة، وكذلك اختلاف الأحكام الموضوعية المتعلقة بآثار العقد ونفاذه وفسخه. وتختلف العقود الإدارية عن قاعدة الوفاء، حيث أن شروط العقد والعلاقة بين الأطراف المتعاقدة محددة سلفاً ولا يمكن للمتعاقد أن يناقشها مع الإدارة.

وسنحاول الوقوف على معايير الشروط العامة لممارسة العقد الاداري، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المعيار العضوي.

إن ما يميز العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصاً أشخاص القانون العام، وهذا ما يسمى بالشرط المفترض في العقود الإدارية يترتب على تخلفه عدم اعتبار العقد من العقود الإدارية[٢] إلا أن وجود هذا الشرط المفترض لا يعتبر بحد ذاته كافياً لاعتبار العقد إدارياً إذ إلى جانب هذا الشـــرط يجب أن يبدو العقد عملاً أو تصـــرفاً من تصرفات الإدارة العامة سواء بسبب بنوده أو موضوعه أو نظامه[٣]

في فرنســـا، يُعترف في فرنســـا بالهيئات العامة الحكومية والإدارية، وكذلك الوحدات المحلية والهيئات العامة التجارية، باعتبارها من أشـــخاص القانون العام.

---

(١) المادة (٨١) من القانون المدني العراقي.

(٢) ثروت بدوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٦٣، ص٥٨.

(٣) جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعيار تميز العقد الإداري في القانون الفرنس والمصري، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص٨٢.

وبالإضافة إلى المؤسسات العامة الإقليمية مثل الدولة والمقاطعات والأقاليم والمناطق والمدن والقرى والهيئات العامة، فإن الهيئات الاعتبارية العامة المعترف بها قانوناً أو من قبل القضاء بأنها ذات صفة عمومية، والخدمات العامة المهنية مثل نقابة المحامين، والنقابات المهنية مثل المهندسين والأطباء، والمؤسسات الدينية المعترف بها من قبل المحاكم الإدارية بأنها ذات شخصية قانونية عامة[١].

والعبرة بتحديد وصف الشخص العام هو بتمتع الشخص بهذا الوصف وقت إبرام العقد لا بوقت رفع الدعوى ويبقى العقد إدارياً حتى وان تحول الشخص بعد إبرام العقد إلى شخص خاص، أما إذا كان العقد مبرماً بين أكثر من متعاقد فإنه يعتبر إدارياً إذا ما كان أحد هذه الأطراف من أشخاص القانون العام.

ومع ذلك يعتبر العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون الخاص عقدا إدارياً في حالتين الأولى، إذا كان الشخص الخاص وكيلاً عن الإدارة في إبرام العقد تطبيقاً للقواعد العامة في الوكالة ذلك أن أثر العقد ينصرف إلى الجهة الإدارية باعتبارها هي الطرف الأصيل (جعفر، ٢٠١١: ١٠٨).

ثانيًا: المعيار الموضوعي.

بعد فترة طويلة من التردد، رأى القضاء الإداري أن العقد الإداري هو العقد الذي يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام ويتعلق بإدارة مرفق عام أو إدارة مشتركة ويتضمن شروطاً غير عادية واستثنائية

ولفهم مفهوم المعايير الموضوعية لتمييز العقود الإدارية ينبغي توضيح النقطتين التاليتين:

---

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٢٤

١- اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام.

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام بل لابد أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بهدف تحقيق مصلحة عامة والمعروف أن فكرة المرفق العام (جعفر، ٢٠١١: ٢٢٦)، وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه معظم نظريات القانون الإداري، وللخدمة العامة معنيان؛ الأول هو المعنى المادي (الموضوعي) ويشير إلى النشاط الذي تقوم به المؤسسة أو الهيئة ولذلك عرفه الفقيه دوجويت بأنه (كل نشاط يجب على الإداريين توفيره وتنظيمه ومراقبته، لأن تحقيق هذا النشاط ضروري لمبدأ التضامن الاجتماعي). أما المعنى الثاني فهو المعنى (العضوي) الذي يشير إلى مجموعة الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بها الإداري مهامه، ولذلك فقد عرفها الفقيه هوريو بأنها (هيئة عامة ذات صلاحيات واختصاصات لضمان الأداء المنظم لخدمة معينة تقدم للجمهور) (علاوي، ١٩٩٠: ١٧٥).

أما المفهوم القضائي للمرفق العام فقد عرفت محكمة تمييز العراق المرفق العام في القضية التي اشتهرت باسم (قضية عبد الله نشأت) والتي أوردت في قرارها الصادر بهذه القضية تعريفاً أن مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقاً للمرفق العام حيث جاء فيه (... من المرافق العامة، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه أو تشرف على إدارته ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام وليس المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح...) (محكمة تمييز العراق، ١٩٦٨: ١٨٥)

ومن خلال تتبع بعض الأحكام الصادرة من محكمة تمييز العراق نجد أن المحكمة المذكورة قد اعتبرت اتصال العقد بمرفق عام يجعل من العقد إدارياً حسب ما جاء في أحد قراراتها (... تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة يحتوي على شروط غير

مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة) (محكمة تمييز العراق، ١٩٦٩: ٢٠٨).

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن ارتباط العقد بالخدمة العامة لا يعني أن يكون موضوع العقد متعلقاً مباشرة بالخدمة العامة، مثل إنشاء الخدمة العامة أو تسيير أنشطتها، وإنما يتحقق هذا الشرط بأي شكل آخر من أشكال الارتباط، مثل تنظيم أو استخدام الخدمات العامة، كما في حالة عقد التزام الخدمة العامة وعقد الأشغال العامة، ويتحقق هذا الشرط إذا كان العقد متعلقاً بالمساعدة في تيسير خدمة عامة عن طريق توريد مواد أو تقديم خدمات، مثل عقود استخدام عربات الطعام في القطارات (كنعان، ٢٠٠٩: ٢١٩)، إذ أنه موضوع العقد ينصب على تقديم خدمة لمرفق النقل بالقطارات، أما الاستثناء الذي يرد على هذا الشرط — أي اتصال العقد بمرفق عام – فهو العقود المبرمة من قبل المرافق العامة الاقتصادية إذ اعتبرها القضاء الإداري في فرنسا عقودا مدنية تخضع لولاية القضاء العادي بسبب طبيعتها التجارية و ن كان العقد يتصل بمرفق عام (جعفر، ٢٠١١: ٢٦).

وخلاصة القول أن العقد يعتبر إدارياً عندما يرتبط مباشرة بإنشاء المرفق العام وتيسيره، أو عندما يشارك أو يساهم في تيسير المرفق العام وإدارته واستخدامه وتنفيذه; ولذلك نرى أن جزءًا من السوابق القضائية يكتفي بأن يكون العقد مرتبطًا بشكل مباشر أو غير مباشر بنشاط المرفق العام بهدف المساهمة أو المساعدة في إدارة المرفق العام أو إدارته، ومبرر هذا الرأي أن العقد قد يتعلق بنشاط مرفق عام ولكن الدولة لجأت إلى طريقة القانون الخاص وليس طريقة القانون العام، وبالتالي لا يكون العقد إداريًا رغم ارتباطه بمرفق عام (بدوي، ١٩٥٧: ١١).

أما فيما يتعلق بدرجة الاتصال بالخدمة العامة اللازمة لاعتبار العقد إدارياً، فهذه مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي وظروف العقد. ونلاحظ أنه إذا وجدت

المحكمة الإدارية أن العقد يحقق أحد أغراض الخدمة العامة مباشـــرة فإنها تقرر أن الاتصـال بالخدمة العامة قد ثبت وبالتالي يعطى العقد صـفة إدارية، ونفس الشـيء إذا كان الاتصـال غير مباشـر من خلال المشـاركة أو المسـاعدة، أما إذا انقطعت الصـلة بالخدمة العامة انقطاعا تاما فإن مجلس الدولة الإيراني يعتبره عقدا خاصـــا والقاعدة تقتضي اعتبار العقد عقدا إداريا. ومع ذلك نرى أن القضاء الإداري الإيراني يعتبر العقد المتعلق بالمنشـآت الاقتصـادية عقدا من عقود القانون الخاص، لأن هذه المنشـآت تخضـع لمزيج من قواعد القانون العام والقانون الخاص، فبما أنها منشـآت عامة فهي تخضـــع لقواعد القانون العام، ولكن أنشـــطة هذه المنشـــآت ذات الطابع التجاري والصـناعي تخضـع للقانون الخاص واختصـاص القضـاء العادي، أما المنشـآت المهنية بخلاف المنشـآت الاقتصـادية فنرى أن تكوينها النقابي يخضـع للقانون الخاص، بينما تخضع أنشطتها عموما للقانون العام (الطماوي، ١٩٧١: ٨١).

أما القضـــاء العراقي : فإنه يأخذ بمعيار مزدوج لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية فهو لا يكتفي أن يتصـــل العقد بنشـــاط مرفق عام لاعتباره إدارياً ما لم يتضـــمن شـــروطاً اسـتثنائية غير مألوفة وهذا الاتجاه يتجلى في الأحكام الصـــادرة من محكمة التمييز ومنها الحكم الصـــادر عام (١٩٦٧) والذي جاء فيه (... فضـــلاً عن أن المقاولة تتعلق بإنشـــاء مدرســـة وهي إحدى المرافق العامة وقد أجري العقد بطريقة المناقصة وبشروط خاصة فهي لذلك عقد إداري)[١].

وكون أحد الطرفين شـخصـاً اعتبارياً من أشـخاص القانون العام وموضـوع العقد يتعلق بنشـــاط خدمة عامة لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً، إلا إذا اقترن بنية الإدارة ممارسة اختصاصاتها وصلاحياتها العامة من خلال تضمين العقد شروطاً غير متعارف

---

(١) الحكم الصادر عام (١٩٦٧)بمحكمة التمييز المرقم (١٦/٢/ ١٩٦٧).

عليها في عقود القانون الخاص (شـــروط التعهدات)، لأن أحد طرفي العقد قد يكون شـخصـاً اعتبارياً عاماً وقد يتعلق العقد بنشـاط خدمة عامة، ولكن الإدارة قد تسـتخدم أســاليب القانون الخاص لتحقيق مصــلحتها. وقد يكون أحد طرفي العقد شــخصــاً اعتبارياً عاماً وقد يتعلق العقد بنشـاط خدمة عامة، ولكن الإدارة قد تسـتخدم أسـاليب القانون الخاص لتحقيق مصـلحتها، وهنا لا يمكن إعطاء العقد صـفة إدارية إلا إذا كان موضـوع العقد متعلقاً بأي شـكل من الأشـكال بالخدمة العامة على قدم المسـاواة مع الأحكام الاستثنائية غير العادية في العقد (الطماوي، ١٩٧١: ٨٥).

والقضـاء العراقي فهو بدوره عرف الشـروط الاسـتثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري حيث ذهبت محكمـة تمييز العراق في أحـد قراراتهـا إلى القول (... ولمـا كـان هـذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأساليب القانون العام وشـروط غير مألوفة من إجراء مناقصـة واشـتراط تأمينات وغرامات تأخيرية فإنه يكون عقدا إدارياً متميزا عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص...)[١]

و ومن خلال مـا ســـبق يمكن القول العقود الإداريـة تتفق وتختلف مع العقود المدنية في عدة نواحي ، فهي تتفق في أنها تنشـــأ نتيجة تلاقي إرادة الجهة الإدارية وإرادة الجهة المتعاقد معها وتتفق كذلك في أركان العقد وهي الرضـا والمحل والسـبب (الظاهر، ٢٠١٣: ٢٥٧)، أمـا الجـانـب البـارز في الفرق بين العقود الإداريـة والعقود المدنية، فإن العقود الإدارية ليس لهـا نظير في العقود المدنية، بما في ذلك امتيـازات وحقوق الإدارة: الحق في الرقـابـة التوجيهيـة أثنـاء التنفيـذ، والحق في تعـديـل العقـد وفســخه من جانب واحد بإرادتها المنفردة خلافاً لمبدأ الوفاء بالعقد، والحق في فرض

(١) محكمة تمييز العراق الحكم رقم (٢٥٢٧/ح) ١٩٦٦م.

العقوبات دون اللجوء إلى القضـــاء، وكلها تهدف إلى ضـــمان ســـير الخدمات العامة بشكل منظم ومتماسك لضمان المصلحة العامة.

النتائج

١- إن من أهم شـــروط العقود في القانون العراقي والإيراني اســـتيفاء صـــكوك القانون العام لكي يكون العقد عقداً إدارياً، وهو يعتبر بحق الشرط الأساسي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وهو المعيار اللازم والحاســـم لتحديد طبيعة العقود الإدارية، لأن القانون العام في قواعده التي تحكم العقود الإدارية وتنفذها ينص على أساليب وشروط استثنائية غير مألوفة في تعاقدات القانون الخاص.

٢- يعتبر العقد عقداً إدارياً عندما يتعلق مباشرة بإنشاء المرفق العام وتيسيره، أو عندما يشارك أو يساهم في تيسير المرفق العام وإدارته واستخدامه وتنفيذه.

٣- يتفق الفقه العراقي والفقه الإيراني على اعتماد معيار مزدوج لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية الأخرى، إذ لا يكفي لاعتبار العقد إداريًّا إذا كان يتعلق بنشاط مرفق عام، إلا إذا انطوى على ظروف استثنائية وغير عادية.

٤- تتميز العقود الإدارية في القانونين العراقي والإيراني على الســـواء بالحق في الرقابة التوجيهية أثناء تنفيذها، والحق في تعديل العقد من جانب واحد وفســـخه وفقاً لمبدأ الوفاء بالعهد، والحق في فرض العقوبات دون اللجوء إلى القضـــاء، وكل هذه الحقوق تهدف إلى ضمان سير العمل في الخدمات العامة بشكل منظم ومتماسك لضمان المصلحة العامة..

ثانيًا: التوصيات

نوصـــي بأن ينشـــئ المشـــرّعان الإيراني والعراقي آليات دقيقة الأثر لتحديد عيب عدم المشـــروعية، وهو في الممارســـة العملية أحد أكثر جوانب الإلغاء شـــيوعاً وتكراراً. إن

مراجعة القضـــاء الإداري لحيثيات العقد ليســـت مراجعة خارجية، كما هو الحال في مراجعة الاختصـاص والشـكل والإجراءات المذكورة أعلاه، بل هي مراجعة داخلية تركز على حيثيات العقد وتهدف إلى التأكد من مشروعيته أو عدم مشروعيته.

المصادر والمراجع

أولًا: الكتب العربية

١. أنس جعفر، (٢٠١١) العقود الإدارية، دار النهضة العربية. القاهرة، ط٥.

٢. ثروت بدوي، (١٩٥٧) المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٣، ٤.

٣. ثروت بدوي، (١٩٦٣)، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية.

٤. جواد كاظم شحاتة، (٢٠٠٧)، حقوق الانسان في العراق، ط١، الكاتب الأول للنشر.

٥. جورج شفيق ساري، (١٩٩٦)، تطور طريقة ومعيار تميز العقد الإداري في القانون الفرنس والمصري، دار النهضة العربية.

٦. حميد حنون، (٢٠١٥)، حقوق الانسان، ط١، دار السنهوري، بغداد.

٧. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

٨. رجب عبد الكريم عبد اللاه(٢٠٠٠)، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية، قاهره.

٩. رياض عزيز هادي ورعد ناجي الجدة (٢٠٠٩)، حقوق الانسان والطفل والديمقراطية، ط١، العاتك لصناعة الكتب، بيروت.

١٠. سعدي محمد الخطيب (٢٠١١)، حقوق الانسان وضماناتها الدستورية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية.

١١. سليمان محمد الطماوي (١٩٧١)، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي.

١٢. سليمان محمد الطماوي (١٩٩١)، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة عين الشمس ، القاهرة.

١٣. صالح إبراهيم أحمد المتيوبي (٢٠٠٢)، رقابة القضاء على مخالفة القانون في القرار الإداري، بدون دار نشر.

١٤. عبد الرازق أحمد السنهوري (١٩٩٨)، نظرية العقد، ج١، دار الفكر.

١٥. علي عبد الرزاق الزبيدي (٢٠٠٩)، حقوق الانسان، ط١، دار البارودي، الأردن.

١٦. عمار عوابدي (٢٠٠٢)، القانون الإداري، النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

١٧. كاتوزيان، ناصر. (١٣٦٤ ش). القوانين المدنية – قواعد العقود، طهران.

١٨. ماجد راغب الحلو(٢٠٠٧)، العقود الإدارية، الدار الجامعية.

١٩. محمد سعيد أمين (٢٠١٣)، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري ، دار الثقافة الجامعية.

٢٠. نواف كنعان (٢٠٠٩)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٣١٩.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

٢١. سلامة فارس عرب(١٩٩٨)، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.

ثالثًا: البحوث

٢٢. ثروت بدوي(١٩٥٧)، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٣، ٤.
٢٣. ماهر صلاح علاوي(١٩٩٠)، غلط الإدارة البيّن ورقابة القضاء عليه، مجلة العلوم القانونية، العدد ١-٢.
٢٤. محيي الدين اسماعيل علم الدين (١٩٨٥)، الشرط الصريح الفاسخ في قضاء محكمة النقض المصرية ، بحث منشور في مجلة أدارة قضايا الحكومة ، العدد الاول ، السنة ٢٩.

رابعًا: القوانين

٢٥. لقانون المدني الايراني لسنة ١٩٢٨
٢٦. لقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢٧. انون حماية المستهلك في العراق رقم١ لسنة ٢٠١٠.
٢٨. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (٦٣١)، جلسة ٢/٢/ ١٩٩٣م.
٢٩. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لسنة (٢٠٠٨).
٣٠. محكمة تمييز العراق حكمها المؤرخ ٤/٢٠/ ١٩٦٨
٣١. محكمة تمييز العراق حكمها المؤرخ ٧/٢٨/ ١٩٦٦، والمنشور بمجلة التدوين القانوني، العدد الثاني، (١٩٦٩)

Sources and References

First: Arabic Books

32. Anas Jaafar, (2011) Administrative Contracts, Dar Al Nahda Al Arabiya. Cairo, 5th ed.
33. Tharwat Badawi, (1957) The Distinctive Criterion of the Administrative Contract, Law and Economics Magazine, Issue 3, 4.
34. Tharwat Badawi, (1963), The Authority of the Administration to Amend its Administrative Contracts, Dar Al Nahda Al Arabiya.
35. Jawad Kazim Shahata, (2007), Human Rights in Iraq, 1st ed., First Publisher.
36. George Shafiq Sari, (1996), The Development of the Method and Criterion of Distinctiveness of the Administrative Contract in French and Egyptian Law, Dar Al Nahda Al Arabiya.
37. Hamid Hanoun, (2015), Human Rights, 1st ed., Dar Al Sanhouri, Baghdad.
38. Khaled Khalil Al-Zahir, Administrative Law, Book Two, Dar Al Masirah for Publishing, Distribution and Printing.
39. Rajab Abdul Karim Abdul Allah (2000), Contract Negotiation, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo.
40. Riad Aziz Hadi and Raad Naji Al-Jeddah (2009), Human Rights, Children and Democracy, 1st ed., Al-Atik for Book Industry, Beirut.
41. Saadi Muhammad Al-Khatib (2011), Human Rights and Their Constitutional Guarantees, 1st ed., Al-Halabi Legal Publications.
42. Suleiman Muhammad Al-Tamawi (1971), A Brief Introduction to Administrative Judiciary, Dar Al-Fikr Al-Arabi.
43. Suleiman Muhammad Al-Tamawi (1991), General Foundations of Administrative Contracts, Ain Shams Press, Cairo.
44. Saleh Ibrahim Ahmed Al-Mutyoubi (2002), Judicial Oversight of Violation of the Law in Administrative Decisions, without a publisher.
45. Abdul Razek Ahmed Al-Sanhouri (1998), Contract Theory, Part 1, Dar Al-Fikr.
46. Ali Abdul Razzaq Al-Zubaidi (2009), Human Rights, 1st ed., Dar Al-Baroudi, Jordan.

47. Ammar Awadi (2002), Administrative Law, Administrative Activity, Part Two, First Edition, Office of University Publications, Algeria.
48. Katouzian, Nasser. (1364 AH). Civil Laws - Contract Rules, Tehran.
49. Majed Ragheb Al-Helou (2007), Administrative Contracts, Dar Al-Jamiah.
50. Muhammad Saeed Amin (2013), General Principles in Implementing the Administrative Contract, Dar Al-Thaqafa Al-Jamiah.
51. Nawaf Kanaan (2009), Administrative Law, Book Two, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, p. 319.

Second: Theses and Dissertations

52. Salama Faris Arab (1998), Means of Addressing the Imbalance in Contractual Relations in International Trade Law, PhD Thesis Submitted to the Faculty of Law, Cairo University.

Third: Research

53. Tharwat Badawi (1957), The Distinctive Criterion of the Administrative Contract, Journal of Law and Economics, Issue 3, 4.
54. Maher Salah Alawi (1990), Obvious Administrative Error and Judicial Oversight thereof, Journal of Legal Sciences, Issue 1-2.
55. Mohi El-Din Ismail Alam El-Din (1985), The Explicit Terminating Condition in the Judgments of the Egyptian Court of Cassation, a research published in the Journal of Government Cases Management, Issue 1, Year 29.

Fourth: Laws

56. Iranian Civil Law of 1928
57. Iraqi Civil Law No. 40 of 1951.
58. Consumer Protection Law in Iraq No. 1 of 2010.
59. Ruling of the Supreme Administrative Court in Appeal (631), Session 2/2/1993.
60. Instructions for the Implementation of Iraqi Government Contracts for the Year (2008).
61. The Iraqi Court of Cassation, its ruling dated 4/20/1968
62. The Iraqi Court of Cassation, its ruling dated 7/28/1966, published in the Legal Codification Magazine, Issue Two, (1969)

https://LSIC.qom.ac.ir

© The authors

Publisher: University of Qom