العقد الإداري بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

الدكتور عبدالله بهار لوئى (الكاتب المسؤول)
أستاذ في جامعة الأديان والمذاهب ـ كلية القانون ـ إيران
abdollahbaharloei@yahoo.com
نبيل عبد مسلم مهدي أسد
طالب دكتوراه في جامعة الأديان والمذاهب ـ كلية القانون ـ إيران
Mnmnmn809@gmail.com

The administrative contract between Islamic law and Iraqi law

Dr. Abdullah Bahar Louay (responsible writer)
Professor at the University of Religions and Doctrines - College of Law - Iran
Nabeel AbidMuslim Mahdi Asad
PhD student at the University of Religions and Doctrines - College of Law - Iran

الملخص:-

اعتنى علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية عناية فائقة بالعقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. تأصيلاً وتفريعاً. فكان هذا التراث الضخم الذي بين أيدينا في مختلف المذاهب والاجتهاد المستقل. وبالمقابل لا تكاد تجد للعقود التي يبرمها ولي الأمر مستغلاً امتيازات السلطة من أجل تحقيق المصلحة العامة. مستخدماً القواعد العامة. إلا إشارات تحتاج إلى مناقيش لإخراجها من بين سطور بعض مؤلفات الفقه الإسلامي. على الرغم من وجود أصولها في كتاب الله وأحاديث وروايات أهل البيت عليهم السلام وقواعد الشريعة السياسية منها والعامة. وسبب ذلك يحتاج إلى بحث. في حين بلغ القانون - وتحديداً القانون الإداري - وأخذ محور بعيد في هذا الشأن. ويأتي هذا البحث ليؤكد معرفة الفقه الإسلامي لهذا النوع من العقود التي اصطلح عليها ب(العقود الإدارية)، مبيناً تأصيلها وخصائصها. ومعيار تميزها عن غيرها. والآثار المترتبة على إبرامها في حق المتعاقد والإدارة. وذلك في ظل مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، والأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الإدارية.

الكلمات المفتاحية: العقد، الإداري، الشريعة الإسلامية، القانون العراقي.

Abstract:

Islamic Sharia scholars and jurists paid great attention to the contracts that individuals conclude with each other. Rooting and branching. This was the huge heritage that we had in our hands in various schools of thought and independent diligence. In contrast, you rarely find contracts concluded by a guardian exploiting the privileges of authority in order to achieve the public interest. Using general rules. Except for signs that require discussion to extract them from between the lines of some works of Islamic jurisprudence. Although its origins are found in the Book of God, the hadiths and narrations of the People of the House (peace be upon them), and the rules of political and general Sharia. The reason for this requires research. While the law - specifically administrative law - reached and took a distant focus in this regard. This research comes to confirm Islamic jurisprudence's knowledge of this type of contract, which is termed (administrative contracts), explaining its origins and characteristics. And the criterion that distinguishes it from others. And the effects of concluding it on the rights of the contractor and the administration. This is in light of a comparison between Islamic jurisprudence, Iraqi law, and rulings and decisions issued by administrative courts.

Keywords: contract, administrative, Islamic law, Iraqi law.

المقدمة:

إن النظريات والمبادئ والقواعد في مجال القانون العام لعدم تعارضها مع مبادئ القانون الإداري ومن هذه القواعد المستعارة من القانون (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) أو ما تعرف بـ (قاعدة القوة الملزمة للعقد) التي تعتبر من القواعد الأساسية التي تقوم عليها فكرة العقد في القانون، فالعقد في القانون ينشئ لأطرافه مراكز قانونية مستقرة ومتزنة إلى حد ما لا يجوز المساس بها بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد، لذا نجد أن طرفي العقد في القانون يتمتعان كقاعدة عامة بمراكز قانونية متكافئة مستمدة من طبيعة الالتزام ومحله، لذا كان العقد في القانون ذا قوة ملزمة بنفس القوة والتأثير تجاه أطرافه، في حين نجد أن الأمر يختلف في نطاق العقود الإدارية حيث تغلب فكرة (مرونة العقد) على قاعدة القوة الملزمة عند تلبية لمتطلبات وقد تستطيع الإدارة تعديل العقد الإداري والمرفق العام الذي يتصل العقد الإداري بنشاطه وهنا يتخلخل المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة بسبب الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يتضمنها العقد الإداري والتي تعطي للإدارة سلطات واسعة قبل المتعاقد معها والتي تستمدها من فكرة السلطة العامة كمعيار لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون، ولهذا سوف نأخذ العقد الإداري بين الشريعة والقانون العراقي لبيان أوجه التشابه والإختلاف.

مشكلة ابحث:

هل يمكن أن تنطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على العقود في الشريعة الإسلامية والعقود الإدارية كما هو الحال في العقود المدنية وما هي الجزاءات الإدارية في العقد الإداري.

أهمية البحث:

تسليط الضوء على مواضع التلاقي والاختلاف بين العقود في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

منهجية البحث:

أتبعنا في بحثنا هذا المنهجية التحليلية الوصفية في ذات الوقت من خلال المقارنة تتوضح النتائج.

هيكلية البحث:

يتكون بحثنا من مبحثين تتناول في المبحث الأول قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ويتكون المبحث الأول من مطلبين تتناول في المطلب الأول إدارة المتعاقدين في الشريعة الإسلامية وفي المطلب الثاني شريعة العقد في العقود الإدارية وتتناول في المبحث الثاني الجزاءات الإدارية وحق المتعاقدين في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ويتكون المبحث من ثلاث مطالب تتناول في المطلب الأول التمييز بين العقود الإدارية في القانون والشريعة وفي المطلب الثاني العقد وضوابطه في الشريعة الإسلامية وفي المطلب الثالث والاخير العقد وضوابطه في القانون.

التمهيد:

قبل الدخول في صلب بحثنا لا بد أن نتناول المصطلحات الرئيسية التي نستخدمها في بحثنا هذا لكي تكون الصورة الواضحة أمام المتلقي حيث سوف نتعرض للمفهوم اللغوي والإصطلاحي لمجموعة من المصطلحات وكما يلي:

أولاً: المفهوم اللغوي

١- العقد: العقد في اللغة هو الربط والتوثيق مادياً كان أو معنوياً وتطلق كلمة عقد على كلما فيه ربط بين أطراف الشيء إلا أن العرب استخدموها للربط المعنوي[١].

٢- القانون في اللغة: يرجع أصل كلمة قانون إلى اللغة اليونانية(**kanun**) والتي دخلت لاحقاً إلى للغة العربية ومعناها العصا المستقيمة أو الخط المستقيم.

٣- الشريعة في اللغة: هي الطريقة التي يتوصل منهُ الناس إلى الماء[٢].

ثانياً: المفهوم الإصطلاحي

١- العقد: هو توافق أرادتين لشخصين بقصد أحداث التزامات متبادلة.

٢- العقد الإداري: هو ذلك العقد الذي تبرمه الإدارة أو شخص من أشخاص القانون العام بقصد أنشاء أو تسيير مرفق عام وتستخدم فيه أساليب القانون العام[٣].

٣- القانون: هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقة بين أفراد المجتمع وتنفذ بالقوة.

٤- الشريعة: ما شرع الله لعبادة من الأحكام والتي جاء بها رسله.

٥- الإدارة: هي الوزارة والدوائر التابعة لها إذا ما كانت تلك الدوائر مخولة بالتعاقد وكذلك الدوائر المستقلة غير المرتبطة بوزارة صعوداً للدولة التي تكون هي الاخرى شخصاً من أشخاص القانون العام(٤).

المبحث الأول

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

من المتعارف عليه ان للعقد التزامات وشروط تفرض على المتعاقدين ومهما كانت شخصية المتعاقدين، وان تلك الشروط لا يمكن التنصل عنها لأي سببا من الاسباب الا إذا كانت لم ينفذ الشرط بسبب يد اجنبية، وهناك الكثير من الامثال التي تمت تناولها سابقا، ومنها الفيضانات أو الزلازل أو غير ذلك، المهم ليست يد المتعاقد بها، وتمت عدم التنفيذ لهذا الشرط جبرا، وليس بنية اي متعاقد ان يغض النظر عليه. وبالتالي ضربنا امثالا كثير في الشريعة الإسلامية انه لا يمكن مخالف ما تم الاتفاق عليه ومن تلك الامثال ضربنا ما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى في سورة المؤمنين وفي الآية (٨) والتي يؤكد العزيز الكريم بأن يتم المؤمنين اماناتهم وعهودهم، وكذلك اكد كذلك في سورة الاسراء والآية (٣٤)، والتي اعاد الله التأكيد الوفاء بالعهود وكيفية ان يكون المتعاهد مسؤولا ومحاسبا حسابا شديدا، على ضوء ما جاء في تعاليم السماء في جميع الاديان والطوائف، فيما يخص التعاقد والوفاء بالعهود، وتعتبر من اشد العقوبات التي يعاقب عليها الله عز وجل، باعتبار الحياة لا تقوم الا على التعامل بين الناس، وان هذا التعامل هو بحد ذاته عقدا وما يكون مؤقتا أو يكون دائمياً مثل عقود الزواج فأنه من العقود الدائمية، ومن العقود المؤقتة يتعهد رجل بالقيام بتنفيذ عملا ما لمدة محددة بالزمن والوقت مثلا عقود المقاولات، وكما اخذت اغلب القوانين الوضعية ونصت على ذلك وتعاقب على من يخالف النصوص القانونية، وان كان هناك اختلاف في كيفية فرض الجزاءات بين القانون والشريعة الإسلامية ولكن هناك تقارب وتطبيقات في مخالفة العقود بين المتعاقدين.

وكما نجد بأن الشريعة الإسلامية ترفض ان يكون التعاقد بالإكراه ولابد ان يكون بالتراضي اي بقبول اطراف الذين يكونوا في ابرام العقد، والاكراه لا تفرق به الشريعة

الإسلامية بين احكام الضرورة في نفس الفاعل ونفس الغير ولا بين مال الفاعل أو مال الغير. وهناك من يرى ان تقدير الوعيد يختلف باختلاف الاشخاص والاسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراها في حق شخص دون اخر وفي سبب دون اخر[٥]، اما الخطأ ان ورد في العقد وكما عرف بأن الخطأ هو: (عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد ويعتبر المدين مخطئاً إذا لم يقم التزامه فمجر عدم قيامه بتنفيذ التزامه يعتبر خطأ ويوجب مسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما اصابه من ضرر)[٦].

فيقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾[٧]، ونلاحظ من هذه الآية الكريمة وقوله تعالى انه لابد ان أي خلاف يظهر بين الناس وفي أي عملا من أعمالهم أو تصرفاتهم لابد من العودة إلى كتاب الله ورسوله محمداً ﷺ وذو العلم من اهل بيته عليهم السلام، وكذلك تأتي قول نبينا محمد ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً)، ومن هنا نجد ان المشرع في القانون الوضعي يحدد لقواعد العقود والمعمول بها في كل دولة وحسنا فعلا المشرع العراقي في قانون المدني والذي نص في المادة (٢/٢٥) بقولها: ((...٢- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه.))[٨]، وهنا المشرع اكد على وجود المشكلة ان يتحقق منها في مكان الواقعة التي ينشئ فيه التعاقد أو من اجله تم ابرام العقد، وبذات القانون في المادة (٢٦) منه نصت على انه: ((تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"[٩]، والمادة (٢٧) والتي استثنى من تلك المادة السابقة موضعا مهما وانه ابرام العقود خارج العراق التي تكون لها تأثيرا على الدولة أو غير ذلك، ونصها على ان: ((١.الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام. ٢. على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه"[١٠].

وان العقود في القانون لم تكن بالمطلق اي لا يمكن ان يتعاقد الاشخاص على اي نوع من العقود والتي تكون ممنوعة أو مخالفة للقانون أو مخالفة للنظام العام أو للشريعة الإسلامية، ونلاحظ كثيرا ما نجد تلك المصطلحات في الدساتير والقوانين الاخر في

النصوص للدول الإسلامية، ما هي الا تتماشى والشريعة الإسلامية وتعاليم السماء، وفي حقيقة الامر لو كل منا تمسك بالشريعة الإسلامية وما تم تناقله الينا عن نبينا محمد ﷺ، وبالأخص شيعة امير المؤمنين علي بن ابي طالب، ولابد ان نتبع خطاهم ونسلك دربهم الذي هو طريق الحق، ولابد ان يكون الوفاء وتحقيق الصدق والمحافظة على نهج آل بيت عليهم السلام، وما نلاحظه من اقوال تنزل الاطمئنان والايمان كما ورد عن سيدتنا فاطمة الزهراء عليها السلام في دعائها قائلة: ((اَللّهُمَّ انّى اَسْأَلُكَ قُوَّةً فِي عِبادَتِكَ وَتَبَصُّرا فِي كِتابِكَ وَفَهْما فِي حُكْمِكَ، اَللّهُمَّ صَلِّ عَلى مُحَمَّدٍ وَالِ مُحَمَّدٍ وَلا تَجْعَلِ الْقُرْانَ بِنا ماحِلاً وَالصِّراطَ زائِلاً وَمُحَمَّدا ﷺ عَنّا مُوَلِّيا))[11]، وكذلك لمولاتنا فاطمة الزهراء عليها السلام لقول رَجُلٌ أمرة أمرأته قائلا لها: ((إذهَبي إلى فاطِمَةَ عليها السلام فَاسأَليها أنّى مِن شيعَتِكُم؟... فَقالَت عليها السلام: قُولي لهُ: انْ كُنْتَ تَعْمَلُ بِما اَمَرْناكَ وَتَنْتَهى عَمّا زَجَرْناكَ عَنْهُ فَأَنْتَ مِنْ شيعَتِنا وَالاّ فَلا))[12]، وان القاعدة القائلة بأن العقد هو شريعة المتعاقدين وهذا ما تم ترجمته في القانون الوضعي وما تريده الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: ارادة المتعاقدين في الشريعة الإسلامية:

تعتبر الإرادة لشخصية للإنسان هي من اهم المبادئ والاساس التي يمكن ان يتم انشاء العقود من خلالها، وبالتالي لا يمكن ان يكون هناك عقدا من أي العقود من دون وجود الارادة، الا في عقود الاذعان طبعا وهي كأن تكون صادرة من قبل مؤسسات الخدمية مثل دائرة الكهرباء أو الماء أو البلديات وغيرها والتي يتم القبول جبرا من قبل الاخرين وباعتبارها تفرض قوائم مالية لما تقدمها من خدمات لجميع المواطنين وطبعا وفق القانون اكيد، وعموما ليس هنا في محل شرح عقود الاذعان واطرافها ومن هي الجهات وكيفية التعاقد والسبل التي تعمل من خلالها. اما في العقود المدنية أو العقود التجارية وغيرها ومنها عقود الادارية، والتي ايضا تختلف في عملها واجراءات التعاقد وانهاء التعاقد وفي كيفية تنفيذ الشروط التي تضعها الإدارة وان لم يكن هناك لوجود الشرط التي تطلبه الإدارة اثناء تنفيذ العقد، وعموما فأن الارادة وبدونها لا يحصل الرضا اللازم لقيام العقد؛ (أي لا يمكن تصور قيام الرابطة العقدية بين طرفي العقد إذا لم تتطابق إرادة المتعاقدين لإتمام التعاقد)، ومن خلال الرضا والذي يعتبر ركنا مهما، ولكن ان الإرادة أو الرضا أمراً مستتراً باطنياً لم يكن في الإمكان الاعتداد بهذه الإرادة المدفونة والمكنونة داخل كل انسان

وتقوم في إنشاء العقود، ولا يترتب عليه آثار ما دامت كامنة في النفس لا يعلم بها سوى صاحبه، وبعد ذلك تظهر إلى العلن أو ظهورها للعالم الخارجي، ومن المؤكد لابد من ان هناك تعبيرا واضحا لتلك الارادة بالموافقة أو بالرفض، وما يثبت من اعترافها في ذلك.

ومن هنا فاذا كانت العبرة في التراضي بالإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من الموجب والطرف الآخر الذي قبل الإيجاب، لا بالإرادة الباطنة: والتي ليس بالوسع الإحاطة بها كما تقدم، فقد يحدث أن يتطابق التعبير مع مضمون الإرادة، وما صممت عليه، وهنا لا تثور أية مشكلة، ولكن قد يختلف التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول مع الإرادة الحقيقية الباطنة، وما صممت عليه، بسبب غموض في التعبير، أو خطأ فيه[١٣].

ومن هنا نجد الشارع اعطى للإرادة الظاهرة وقابلها بالإيجاب مقام الإرادة الباطنة، ورتّب أحكام العقد عليها، لأنها هي التي يمكن الاطلاع عليها وفهمها، ونقلها إلي الطرف الأخر في العقد، وإلى هذا تشير عبارات كثير من الفقها[١٤].

وكذلك علماء الفقه، وان اختلفوا في تحديد ذلك ومنهم من هذه المذاهب ما يميل للرأي، على ان الإرادة الظاهرة؛ وباعتبار الأحكام في الحياة الدنيا تكون مبنية على ان يظهر الانسان غايته وارادته في كل شيء، وليس على ما يكون يفكر فيه داخل نفسه وباطنه، وبمعنى اخر اي على ظاهر القول وما ينطق به، ولا على نيته وباعثه في إنشاء العقد، وفي هذا يقول الشافعي: " تولى الله السرائر وعاقب عليها ولم يجعل لأحد من خلقه الحكم إلا على العلانية"[١٥].

أما في الغلط الذي يورد في العقد ولكن يكون هذا بالشيء المعقود من اجله، ويمكن ان نذكر من تلك وفق التالي:

١- الغلط في ذات المعقود عليه: والغلط في ذات المعقود عليه يتحقق إما بأن: يختلف جنس المقصود عليه عن المسمى في العقد بأن يقصد المشتري جسماً معيناً فإذا به يظهر غير ما أراد، مثاله: أن يبيع فصاً على أنه ياقوت أو ماس، فإذا هو زجاج، أو أنه يشتري سجاده على أنها إيرانية الصنع فيظهر أنها كليم، فالغلط وقع هنا على، محل العقد[١٦]. الغلط في المعقود عليه، ثم الغلط في شخص المتعاقد، والغلط في الاحكام الشرعية[١٧]، وهذا ما يلاحظ في تقسيم الغلط في الفقه الإسلامي.

٢- أو بأن يتحد جنس المعقود عليه مع المسمى في العقد، لكن يظهر بين ما أراد العاقد وبين حقيقة المعقود عليه تفاوت فاحش في المنفعة، مثاله: كمن يشتري ساعة على أنها من صنع "أوميغا" فيظهر أنها من صنع عادي، ولم يكن ليرغب فيها، ويقبل على شرائها لو أنه يعلم أنها ليست أوميغا، فالغلط هنا وقع على محل العقد[١٨].

٣- فهذا النوع من الغلط بقسمه وقع في ذات المعقود عليه، لأن اختلاف الجنس يجعل المحل، المعقود عليه، معدوماً، ويسمى هذا النوع من الغلط في الفقه الحديث (الغلط المانع) والمقصود بالمانع أنه يمنع من لزوم العقد، سواء كان جنس المعقود عليه مع المسمى متحداً أو مختلفاً حتى مع التفاوت الفاحش في المنفعة[١٩].

أما في الغلط الذي يورد في العقد وهنا الامر سيكون في الجنس أو بدونه بمعنى يكون متحدا الغلط بالشيء الجنس أو مختلفا عنه، وهو الشيء المعقود من اجله، ويمكن ان نذكر من تلك وفق التالي:

١- فقد يكون ذلك الغلط وقع في الشيء كذلك، وسواء كان ذلك متحداً في الجنس أم كان مختلفا، وكان التفاوت في المنفعة دون تفاحش فإن الأمر يقتصر في هذه الحالة على فوات الوصف المرغوب فيه فينعقد البيع صحيحاً نافذاً ولكنه يكون غير لازم، إذ يثبت فيه خيار الوصف كما لو طلب المشتري ياقوتة حمراء فظهر أنها صفراء، أو أنه طلب كتاب الحيوان للجاحظ مثلاً، فتبين أنه الحيوان للدميري، ففي هذه الحالة قد تخلف الوصف المرغوب فيه عند المشتري[٢٠].

٢- وهناك اتفاقا بين الفقهاء ومن يرى كما "لو قال: بعتك هذا الثوب القز فإذا هو ملحم ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القز فالبيع جائزًا، لأن الأصل في الثوب هو اللحمة لأنه إنما يصير ثوبًا بها، فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع. وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف الإشارة والمشار إليه موجوداً فكان محلاً للبيع إلاّ أنه يثبت الخيار للمشتري لأنه كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار... ولو قال: بعتك هذا الدار على أن فيها بناء، فإذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء

ترك. فرق بين هذا وبين ما إذا قال: بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد، ووجه الفرق أن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتًا فاحشًا فالتحقا بمختلفي الجنس[٢١].

٣- وهناك رأيا لابن حزم في هذا الاتجاه فقد قال "أن فوات الوصف المرغوب فيه للمشتري يستوجب فساد البيع، فإن وجد مشتري السلعة الغائبة ما اشترى كما وصفت له فالبيع له لازم، وإن وجد بخلاف ذلك فلا بيع بينهما إلاّ بتحديد صفة أُخرى برضاهما جميعًا، برهان ذلك: أنه اشترى شراء صحيحًا إذا وجد الصفة كما اشترى- كما ذكرنا آنفًا- فإن وجد الصفة بخلاف ما عقد الابتياع عليه فبيقين ندري أنه لم يشتر تلك السلعة التي وجد، فالتي وجد غير التي اشترى بلا شك من أحد فإن لم يشترها فليست له، فإن قيل: فألزموا البائع إحضار سلعة بالصفة التي باع. قلنا: لا يحل هذا، لأنه إنما باع عينًا معينة لا صفة مضمونة فلا يجوز إلزامه إحضار ما لم يبيع، فصح، إذ عقده فاسد، لأنه لمي على شيء أصلا"[٢٢].

المطلب الثاني: شريعة العقد في العقود الإدارية

اما العقود الادارية في القانون الوضعي والذي هو يختلف عما تقدم في الفرع السابق، ولكون ان العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية يتبع لأحكام القانون الإداري العامة والقوانين والنظم واللوائح الإدارية النافذة شكلًا وموضوعا، ويدخل من حيث النطاق القضائي في اختصاص القضاء الإداري؛ نظرا ألنه يستخدم في ابرامه أساليب وقواعد القانون العام باعتبارها مواد وفقرات وشروط تضمنها الإدارة للعقود من أجل تحقيق مصلحة عامة تصب في خدمة المرفق العام[٢٣].

إذن ان التعاقد مع الإدارة ان صح التعبير فأنه يكون في اطراف العقد غير متساوين فيه، حيث يعتبر الإدارة هي صاحبة الامتياز فيه، ولكون ان الدولة هي طرف من اطراف المتعاقدين والطرف الاخر يكون طرفا طبيعيا وغض النظر ان كان المتعاقد ايض يحمل صفة الشخصية المعنوية مثل ما يحص في التعاقد الشركات المقاولة أو التجارية وهي تتعاقد مع الإدارة للتجهيز أو البناء، وان هذا العقد هو من يدخل في الموضوعية والقضاء الاداري وقانون الاداري، ومن يضع الشروط هي الإدارة، ونلاحظ اختلاف هذا العقد مع العقود

الاخرى، هذا ويسمى العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويًا عاما متصلا موضوعه بنشاط المرفق العام الذي تديره الدولة بشكل مباشر أو غري مباشر، ملحوظا فيه سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بمالها من سلطة عامة على جوانبه الشكلية والموضوعية، محملة الطرف المتعاقد معها كافة الجزاءات والتعويضات القانونية إذا أخل التزاماته[٢٤].

إذن ما نلاحظه مما تقدم هو ان طبيعة العقد الاداري هو عقدا صحيحا وفيه طرفا يمتاز على الطرف الاخر في الحقوق والواجبات، وبالتالي ستكون هنا التوازن منعدم والكفة غير متساوية، في العقود الادارية، ويكون هذا بموافقة جميع الاطراف المتعاقد مع جهة الإدارة ومنذ اول لحظة ابرام ذلك العقد يعلم الجميع بذلك، وبجميع مراحل التنفيذ وما بعد تلك المراحل، ولأن الجهة المبرمة للعقد وهي تعلم بوضع وصيغة العقد من قبل الدولة أي جهة الإدارة التي تمثل الدولة في هذا التعاقد، وهي مستعدة في المضي بكافة إجراءاته والتنفيذ النهائي، وموافقه قبل التنفيذ وما بعد التنفيذ أيضا جملة وتفصيلاً، باعتبار الإدارة هي سلطة عامة وتتمتع بتلك الحقوق والامتيازات في مواجهة المتعاقد وفق شروط استثنائية غير مألوفة لا تمتلك نظيرتها الإدارة في العقود التي تبرمها مستعينة بأساليب القانون الخاص وأدواته، وأساس هذه الحقوق والامتيازات تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية[٢٥].

وان هذه المصالح وهي المستندة على قانون العام وطرق واساليب هذا القانون والتي تجعل الإدارة هي صاحبة السلطة وهي المراقبة على تنفيذ شروطها وتوجيه جميع الاعمال واختيار الطريقة الانسب في التنفيذ وللإدارة الحق في كيفية التعديل اثناء سير اعمال التنفيذ وبجميع مراحل التنفيذ، وهي من تكون مسؤولة في استمرارية وسير المرافق العامة، ولديها الخطط في تنظيم كافة الخدمات في ادارتها، ولهذا نجد ان تأديتها لتلك الاعمال هي بموجب حقها القانوني والذي يعطيها الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، ومن جملة هذا الحق هو حق فسخ العقد وأنهائه بأجراء اداري منفرد حتى ولو دون رضاء المتعاقد معها ومن دون تدخل القضاء، وهذا مرتبط باحتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة[٢٦].

المبحث الثاني

الجزاءات الادارية في العقد الاداري وحق المتعاقدين في القانون والشريعة الإسلامية

إن الجزاءات الادارية والتي تفرض من خلال التعاقد والمتعاقدين مع الإدارة ففي فرنساّ فإن العقوبات الادارية والتي لم تأتي للوجود إلا مؤخرا في القانون العام الفرنسي، ومن المعلوم بأنه كانت موجودة ولمدة طويلة في المسائل التأديبية أو في المسائل الضريبية فقط، ويعود السبب في ذلك لإحجام القانون العام الفرنسي عن الاعتراف العقوبات الإدارية راجعا للقراءة الحرفية للمادة (١٦)، من اعلان حقوق الانسان والمواطن، والتي تنص على الحقوق على ان مجتمع لا تضمن فيه الحقوق، ولا الفصل بين السلطات بشكل محدد وواضح، لا يوجد لديه دستور"، وهو ما أكده المجلس الدستوري الفرنسي في تلك الفترة التي شهدت عدم اقتناعه المطلق بدستورية الجزاءات الإدارية، من خلال قراره الصادر سنة ١٩٨٢ في شأن الجزاءات الضريبية، حين عبر عن عدم ثقته بما فعله المشرع الذي اعتقد من واجبه أن يتنازل عن مهمة النطق بالجزاء إلى سلطة غير قضائية[٢٧]، وبالرغم من ان الكثير من التطورات التي حصلت على الجزاءات الادارية وفيما يخص العقود الادارية، ولا سيما في القانون الفرنسي، ولكن لم يكن كافيا في الحفاظ على مبدأ حسن السير للمرافق العامة وبشكلٍ منتظم ومستمرا، وتضمن في ذلك قيدين للسلطة الادارية في فرضهما جزائيا، أولهما وجوب لجوء الإدارة للقضاء إذا أرادت الحصول على تعويض مقابل الأضرار التي حاقت بالمصلحة العامة من جراء إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية، وثانيهما وجوب إلتزام الإدارة بالنصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات، فإذا نص العقد على جزاء لخطأ معين، فلا يجوز للإدارة أن تخالفه أو تطبق بشأنه جزاء آخر[٢٨].

وأن ما جاء في المادة (١١٤٢)، من القانون المدني الفرنسي التي اعتبرت انه ذلك السبيل القانوني للتوقيع الجزاء الغير عقدي بواسطة القاضي، تستهدف تنظيم العلاقات بين الأفراد، ولم تقنن بغرض تنظيم علاقات الأفراد بالإدارة باعتبارها القائمة على شؤون المرافق العامة، لاسيما عند استخدامها لعقودها الإدارية.[٢٩]

أما في الشريعة الإسلامية فقد تكون الجزاءات هي جزاءات مالية أو جزاءات بدنية (جسدية)، أو جزاءات آخروية، وان الغرامة التي يتم فرضة كجزاء في الشريعة الإسلامية

ومن الواجب تعريف تلك الغرامة وهي: أخذ مال من جانٍ من غير محل جنايته؛ كتغريم مانع الزكاة شطر ماله، وكتغريم السارق من الثمر المعلق مثل المسروق، وكتغريم المخالف لنظام مبلغا نقديا، فالمال المأخوذ في كل ذلك هو خارج عن محل جناية الجاني، ويشكل على هذا التعريف والتفريق وجود بعض الصور المترددة بين مصطلح المصادرة والغرامة، ومن ذلك: أخذ سلب الجاني الذي لم يستعمله وسيلة في جنايته، فهو؛ لكونه في محل متردد بناء على التعريف المذكور بين أن يعد مصادرة اصطلاحا الجناية، أو يعد غرامة؛ لكونه لم يستعمل في الجناية، ولا علاقة له بها[٣٠]، وعموما ما نقصده هنا هو الغرامة التي يمكن ان تفرض كجزاء على المتعاقد الذي يمكن ان يرتكب ضررا ما وخالف العقد، أو خالف شروط ما تم الاتفاق عليه.

المطلب الأول: الجزاءات الإدارية في العقد الإداري وحق المتعاقدين في القانون العراقي

يمكن فسخه في حالة لم يلتزم احد المتعاقدين مع الاخر وسواء كان ذلك بجزء من الاتفاق ام كان عدم الالتزام كليا، وذلك فيما لو اتفق على أن عدم وفاء أحدهما بالتزاماته يسوغ للطرف الآخر فسخ العقد، وهذا الاتفاق لا يحدث اي أثر في العقود الملزمة لجانب واحد، لأن الطرف الثاني ليس ملزما بشيء فلا يصدق في حقه الامتناع من الوفاء ليسوغ للطرف الأخر ان يتحلل من التزاماته، وليس له اي لمن ليس ملتزماً بشيء في هذه الحالة إلا إلزامه بتنفيذ التزامه[٣١]، وان الفقه الجعفري والذي نصوا في فقههم التفريق بين نوعين من العقود، وكما ذكره "الدكتور مرقس" على انه اتفقوا لو وجد شرطا في العقد أو كان اتفاقا ضمنيا لو ان احدهم لم يوفي بالعقد بما التزم به فيكون الحق للطرف الاخر ان يفسخ العقد، ويؤكد على انه لا يجري هذا على الوديعة والعارية في حالة اخل المستعير.

لو تمنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته كما لو يسلم العوض إلى الطرف الآخر، فإن لم يستعمل حقه في الفسخ له ان يقف منه موقفاً سلبياً ويمتنع عن تسليمه العين التي بيده وعن الوفاء بالتزاماته ما دام هو ممتنعاً، وهذا المعنى لا يتصور في العقود الملزمة من طرف واحد، قال الشيخ مرتضى الأنصاري في هذه المسألة: إذا لم يبدل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف وللمشتري حبس الثمن في مثل هذه الحالة، وعلل ذلك بأن عقد البيع مبني على التقابض من كلا الطرفين، لان كلا منهما قد التزم للآخر

تسليم العين التي ملكه إياها بالبيع، ونتيجة هذا الالتزام عدم كون كل منهما ملزماً بتسليم ما بيده إذا تمنع الآخر عن التسليم لان المتعاقدين قد وضعا كلا من الثمن والمثمن في مقابل الآخر، ولا يجري ذلك في العقود الملزمة لأحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي، وذلك لان للمعير دائماً ان يرجع عن العارية، وليس للمستعير الحق في أي تصرف في مقابله، كما وان المستعير لو تمنع من إرجاع العين لمالكها، فللمالك إجباره على إرجاعها أو تغريمه إياها(٣٢).

العقود الملزمة لأحد الطرفين لو تلفت العين المستعارة أو المودعة بدون سبب يرجع إلى المستعير والودعي لا يحدث ذلك أثراً بالنسبة للطرف الأخر، ويتحمل تبعة تلف العين مالكها وحده وتبرأ ذمة الطرف الآخر منه، وبالنسبة إلى العقود الملزمة للطرفين لو هلك المبيع وهو في يد بائعه يتحمل وحده تبعة هلاكه ويتحلل الطرف الآخر من جميع التزاماته للبائع بسبب انفساخ العقد، وليس للبائع ان يطالب المشتري بشيء، ومن أمثلة ذلك ما لو تلفت العين المستأجرة بدون سبب يعود على المستأجر فينفسخ العقد، ويتحمل المالك وحده خسارة العين واثر ذلك بالنسبة إلى المستأجر أنه يتحلل من جميع التزاماته المقابلة الالتزامات المؤجر.

أما في العقود الادارية والتي يتم التعاقد الإدارة مع الافراد فهنا لابد من ذكر الحقوق للأفراد الذين سيتم العمل مع الإدارة، والذي يتطلب طاعة المتعاقد لأوامر الإدارة وما تطلبه منه، ولابد من اتكون تلك الحقوق الاساسية في التعاقد معها هي:

أولاً: صرف السلف والمستحقات المالية.

تختلف طبيعة الامور المالية والمستحقات لمن يتعاقد مع الإدارة وباختلاف العقود الإدارية، ففي عقد "الامتياز" نجد انه يحصل المتعاقد على الرسوم التي يفرضها على المنتفعين مما يقدمه من الخدمات للمرفق العام، واما في العقود والتي تسمى "التوريد"، كأن يكون شراء سلع من الاسواق الداخلية ام الدولية، ويكون بشكل ثمن تلك السلع هو ان تدفعه الإدارة مقابل ذلك والتي يجري توريدها، واما ما يكون في "عقود الاشغال العامة"، والتي يكون هنا تقوم الافراد المتعاقد مع الإدارة للعمل على تشغيل سواء يد عاملة ام العمل في المرفق العام ولابد ان تدفع الإدارة اجور أو الثمن بالمقابل للعمل لمن يعمل معها وفق التعاقد في الاشغال العامة، وان القاعدة التي تقاضي المقابل بالثمن، وهذا يكون بعد انتهاء

تنفيذ العقد والتسوية للحسابات الختامية، وان كان في بعض الاحيان يتطلب وقت وزمن طويل، وفي هذه الحالة يتطلب تنفيذها مدة طويلة، حيث انه تقوم الإدارة "بتجزأة المستحقات المالية" على صورة عدد من الدفعات، وفق المراحل العمل وكل مرحلة يتم التحاسب عليها وفق ما يتم الاتفاق عليه.

ثانياً: حق الافراد المتعاقدة مع الإدارة المطالبة بالتعويضات.

للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب التعويضات المالية جراء ما ينتج من ضرر تسببه له الإدارة سواء من جراء التأخيرات التي تقوم به الإدارة في تأخير الدفعات المالية مما يسبب ذلك خسارة المتعاقد معها، أو بسبب إحداث ضرر به لعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية، أو كذلك في حالة الاعمال الإضافية التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة وينفذ اعمال تمت طلبها من قبل الإدارة اضافية خارج ما تم الاتفاق عليه، أو ولم تكن واردة في العقد، ولكن تعتبر تلك الاعمال من الضرورية لتنفيذه، حيث تكون تلك المطالبة في هذه الحالة مستندا لقاعدة الاثراء بلا سبب.

ثالثاً: الضمان في التوازن.

مادامت للإدارة الحق والسلطة في قيامها التعديلات الازمة وكما يتطلبه حسن سير المرافق العامة والتي تعتبر هي المراقبة والمتابعة المباشرة على تلك المرافق العامة، حتى يمكن ان تقدم الخدمة العامة إلى المجتمع والمواطنين وتحافظ على التوازن في إدارة الدولة، فكان ولابد من ان يكون بالمقابل هناك توازن وحقوق لمن يتعاقد معها ويحقق لها المحافظة في سير المرافق العامة، ولكون لها سلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لابد ان يكون بالمقابل ومن الجانب الاخر فحق المتعاقد معها ان يمنح الامتيازات المالية، ما يساوي الزيادة في التزاماته، وهذا التوازن هو احد موجبات تحقيق العدال والعدالة، فالعدالة تقتضي ان يكون طبيعة العقود الإدارية، هي تحقيق قدر الإمكان التوازنات بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، ولكون ان فكرة التوازن المالية فهي فكرة تتعلق في الاختلال المالي للعقود، بفعل الإدارة، وان تلك الفكرة فأنه تكون ملازمة في التعديلات من جانب الإدارة والعقود الادارية التي تقوم بأبرامها مع الافراد.

المطلب الثاني: العقد وضوابطه في الشريعة الإسلامية

إن اول من ضبط العقود بين الناس وفي تعاملاتهم وكذلك بين الحاكم والمحكوم، وغيرها من العقود الاخرى فهي جاءت عن طريق الشريعة الإسلامية وان النصوص القرآنية التي وردة فيها الكثير من الضوابط والشروط، والتي جاءت لتنظيم التعاملات كافة، وبشكل مرتب وبأخلاق عالية جدا، إنه لمن الواضح أن الفقه الإسلامي سبق جميع التشريعات القديمة والحديثة في معرفة العقد بالإرادة المنفردة بل إن هذه التشريعات لا تعرف إلى يومنا هذا العقد بالإرادة المنفردة، بل إنها لن تعرف هذا في المستقبل لأن النظرية الحديثة للإرادة المنفردة والتي نادى بها بعض شراح القانون مؤخراً، قامت على أساس أن العقد هو توافق إرادتين على الأقل وأن الإرادة المنفردة إنما تقوم إلى جانب العقد، كمصدر ثان للالتزام. وذلك لأنهم لم يستطيعوا إلى الآن أن يتخلصوا من القاعدة الرومانية آنفة الذكر. ولقد وضح لهؤلاء الشراح مدى أهمية الإرادة المنفردة لحل كثير من المشكلات القانونية وهذه المشكلات كلها محلولة - من قديم - في الفقه الإسلامي بسبب معرفته للعقد بالإرادة المنفردة. وإنه من الواضح - في غير تمحل - أن مسألة الإرادة المنفردة تبرز استقلال الفقه الإسلامي عن القوانين القديمة والحديثة، وتدحض الزعم بأن هذا الفقه قد تأثر بالقانون الروماني، وكيف يكون ذلك وهذا الفقه يسبق التشريعات الحديثة في كثير من المسائل ومنها هذه المسألة الهامة[٣٣].

وما جاء في الشريعة الإسلامية الا ما يريده الله ورسوله محمد ﷺ، وكل عمل وتصرف لابد ان يكون مقرونا بصدق ونية معتبره، وحيث ان الشروط بصورة عامة مقسمة إلى قسمين من حيث مصدر شرطيتها: شروط شرعية وشروط جعلية، فالشروط الشرعية هي الشروط التي وضعها الشارع والزمنا مراعاتها واوجب علينا احترامها فاذا خالفها المتعاقدان فسد العقد وحرم الانتفاع اما الشروط الجعلية فهي ما كانت بتصرف المتعاقدان أو احدهما وقد يكون القصد منها تحقيق مصالح خاصه وقد تكون مقترنة بالعقد أو معلقة عليه[٣٤]، وان الشريعة الإسلامية فقد جاءت بمفهوم العقود الادارية والتي منها عقود العمل مثل عقد الاجير، الإجارة مشروعة في القرآن والسنّة وبإجماع الفقهاء. وهناك عدة آيات قرآنية (الكهف ٧٧؛ القصص، ٢٦؛ الطلاق،٥-٦) تتحدث عن حق الأجير أو العامل في تقاضي أجر، حيث أشارت هذه الآيات، كذلك إلى ممارسات الأنبياء السابقين في ميدان الإجارة،

الأمر الذي يشير إلى أن الإجارة تتسم بالاستمرار منذ قديم الزمان والعصور قبل مجيء الدين الإسلامي. كما أن الأحاديث النبوية الشريفة أشارت إلى الإجارة وعلاقة رب العمل بالأجير، بما في ذلك - على سبيل المثال - أمر النبي ﷺ "بإعطاء الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"، وفي حين أن القرآن الكريم والسنة النبوية قد أشارا فقط إلى استئجار الأشخاص للقيام بعمل أو أداء خدمة، مارس أصحاب النبي (عليه الصلاة والسلام) هذا النوع من الإجارة بالإضافة إلى إجارة الممتلكات من العقارات وغيرها. وهكذا نرى أن مشروعية الإجارة ثابتة بإجماع الصحابة والعرف بين المسلمين، الذي ما زال سائدا حتى يومنا هذا.[٣٥]. وان هناك من ينظر لمخالفة الشريعة الإسلامية كما قال احدهم: (ما بال اقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب هللا. من اشت ارط شرطا ليس في كتاب هللا فليس له وان اشترط مائة شرط)[٣٦]، وان الشريعة الإسلامية وما يخص العقود التي تكون مقترنة بالشريعة فأنه هناك من القيود التي ترد في حدود الشريعة الإسلامية وحرية التعاقد، والذين يفتحون باب التعاقد على مصرعيه بدون قيود يفتحون باب الشروط ايضا في العقود، والذين يقيدون عمل التعاقد فأنهم لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاه، وفي هذا الصدد يقول الأمام محمد ابو زهرة ((غير ان ترك الناس وشأنهم في ترتيب ما يشاؤون من آثار على العقود طبقا لرغباتهم هوائهم التي ليس لها مدى وال تنتهي عند حد قد تخرجهم عن حدود الشارع وما امر به من عدل ومساواة وتنشر في عقودهم الغرر والجهالة والربا والخديعة واكل المال بالباطل))[٣٧]، وكذلك ما تأكده الشريعة الإسلامية على ان الشروط التي تأتي في العقود على انها من شروط عقد الضمان معلومية أطرافه وهو لنفي الغرر فيه، وقبل بيان ذلك نقول: أن المفهوم من روح الشرع المقدس ومن آيات القرآن وكلمات النبي وأهل بيته أن هناك شروطاً أساسية في العقود كلها ومنها أن العقد ينبغي أن لا يكون بحيث يثير التنازع، وذلك بأن يكون واضحاً ومبيّنا، وهذا ما ذكره ربنا سبحانه في آية الدين في سورة البقرة، فبالرغم من أن الآية نزلت في موضوع الدين إلا أن هذا الموضوع كمورد لا يخصص الفكرة العامة الموجودة في الآية...وأن يكون العقد موثقاً، بحيث لو حدث تنازع لاحق يكون بمقدور الحاكم أن يقضي بالحق بناءً على البينات، فلو كان الضامن لم يحدد شيئاً في ضمانه كالمضمون له والمضمون عنه ومقدار الضمان لما كان بمقدور القاضي أن يلزمه بشيء[٣٨]، ولم تأتي فكرة العقود حديثة وكيفية ابرامها، أو هناك من ابتكرها وغير

ذلك فقد اوضحت الكثير من السورة القرآنية وجوب التعاقد، ولابد من وجود الشهود في العقود، وفي اي مجال الاعمال التي يقوم بها الإنسان، فبقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْئَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ﴾(٣٩).

الخاتمة:

بعد إكمال بحثنا بحمدلله تعالى والذي هو بعنوان (**العقد الإداري بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي**) حصلنا على عده نتائج منها:

١- على ضوء ما جاء في تعاليم السماء في جميع الاديان والطوائف، فيما يخص التعاقد والوفاء بالعهود، وتعتبر من اشد العقوبات التي يعاقب عليها الله عز وجل، باعتبار الحياة لا تقوم الا على التعامل بين الناس، وان هذا التعامل هو بحد ذاته عقدا وما يكون مؤقتا أو يكون دائميا مثل عقود الزواج فأنه من العقود الدائمية، ومن العقود المؤقتة يتعهد رجل بالقيام بتنفيذ عملا ما لمدة محددة بالزمن والوقت مثلا عقود المقاولات.

٢- نجد بأن الشريعة الإسلامية ترفض ان يكون التعاقد بالإكراه ولابد ان يكون بالتراضي اي بقبول اطراف الذين يكونوا في ابرام العقد، والاكراه لا تفرق به الشريعة الإسلامية بين احكام الضرورة في نفس الفاعل ونفس الغير ولا بين مال الفاعل أو مال الغير.

٣- نجد ان المشرع في القانون الوضعي يحدد لقواعد العقود والمعمول بها في كل دولة وحسنا فعلا المشرع العراقي في قانون المدني والذي نص في المادة (٢/٢٥) بقولها: ((...٢- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه.))، وهنا المشرع اكد على وجود المشكلة ان يتحقق منها في مكان الواقعة التي ينشئ فيه التعاقد أو من اجله تم ابرام العقد.

٤- رتب القانون في العقود الادارية والذي يكون الإدارة في احد طرفيه شأنه في ذلك العقد المدني التزامات وحقوقاً متبادلة فالعقد الاداري يقيد جهة الإدارة المتعاقدة

ويلزمها بتنفيذ التزاماتها التي اوجبها العقد تجاه المتعاقد معها (متى ما نشأ العقد صحيحا).

٥- وان الشريعة الإسلامية وما يخص العقود التي تكون مقترنة بالشريعة فأنه هناك من القيود التي ترد في حدود الشريعة الإسلامية وحرية التعاقد، والذين يفتحون باب التعاقد على مصرعيه بدون قيود يفتحون باب الشروط ايضا في العقود، والذين يقيدون عمل التعاقد فأنهم لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاه.

هوامش البحث ومصادره

(١) أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، دراسة قانونية مقارنة، سنة ٢٠١٢م، ص٤٧.

(٢) القرطبي، الجامع لإحكام القرآن ، ص٨٣.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر، عمان، ط١، سنة ٢٠١٠م، ص٣٥.

(٤) المصدر نفسه، ص٣٦.

(٥). السرخسي، شمس الدين محمد بن احمد (ت٤٨٣)اصول السرخسي، ج٢٤، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان: بيروت، ص٥١.

(٦). تعريف السنهوري، جاء في بسام محتبس الله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط٢، ٢٠٠٦.

(٧). سورة النساء، الآية: ٥٩.

(٨). القانون المدني العراقي المرقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١، المعدل، المادة (٢٥/ الفقرة منها ٢). الوقائع العراقية، رقم العدد:٣٠١٥، تاريخ: ١٩٥١/٨/٩، ص: ٢٤٣

(٩). القانون المدني العراقي المرقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١، المعدل، المادة (٢٦).

(١٠). القانون المدني العراقي المرقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١، المعدل، المادة (٢٧).

(١١). مكتبة أحاديث الشيعة: احاديث فاطمه زهرا سلام الله عليها (٩٠) حديث، أربعون حديثاً "بيت فاطمة" عليها السلام، الحديث رقم: ٣١٠.

https://www.hadithlib.com/guides/view/3

(١٢). مكتبة أحاديث الشيعة: احاديث فاطمه زهرا سلام الله عليها (٩٠) حديث، أربعون حديثاً "بيت فاطمة" عليها السلام، الحديث رقم: ٣٠٩.

(١٣). عبد العزيز فرج محمد موسى، التعاقد بالوسائل المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون بالقاهرة قسم الفقه المقارن، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، ص٢٦٣.

(١٤). الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ٣/٣،. وكذلك: الشربيني، " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " ، ٢/٣. البهوتي، "كشاف القناع عن متن الإقناع"، ٢/١٣٧٧. الزرقا، "المدخل الفقهي العام" ، ١/٣٥٢.

(١٥). محمد بن إدريس الشافعي، (ت٢٠٤هـ)، " الأم "، بيت الأفكار الدولية، اعتني به حسان عبد المنان، (ب، ت)، ص١٢٨٤

(١٦). السنهوري، عبد الرازق أحمد، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، (ب، ت)، ص: ١٠٦-١٠٧. والزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ط٧، ١٩٦٧م، ص: ٤٢٥.

(١٧). بوادلي، محمد، عيبا الغلط والتغرير "التدليس" في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٩م، ص: ١٠٨.

(١٨). السنهوري، عبد الرازق أحمد، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، (ب، ت)، ص: ١٠٦-١٠٧. والزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ط٧، ١٩٦٧م، ص: ٤٢٧.

(١٩). السنهوري، عبد الرازق أحمد، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، (ب، ت)، ص: ١٠٦. والزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ط٧، ١٩٦٧م، ص: ٤٢٦.

(٢٠). السنهوري، عبد الرازق أحمد، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، (ب، ت)، ص: ١٠٦. والمحمصاني، صبحي رجب، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مكتبة الكشاف ومطبعتها، ٨ أغسطس ٢٠٢٠، ص: ٤٢٢.

(٢١). أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين، من فقهاء الحنفية الأعلام، صاحب كتاب، بدائع الصنائع، كانت وفاته سنة ٥٨٧هـ، لترجمته ينظر: الزركلي، خير الدين، الأعلام، قاموس تراجم، تصوير بيروت، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان،، (١٤٠/٥).

(٢٢). ابن حزم، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد، كان شافعي المذهب، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، المحلي، وتوفي سنة(٤٥٦هـ)، (٣٩٤/٨). ينظر: لترجمته ينظر: بن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق الدكتور إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، لبنان، ٣/ ص:٣٢٥-٣٣٠.

(٢٣). د. محمد طه ابراهيم الفليح، سلطة الإدارة العامة في إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها، مقال، مجلة وادي النيل للدراسات والبحوث، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، العدد : (١١)، المجلد : (٣)، يوليو / ٢٠١٦، ص: ٣٧٣-٣٧٤.

(٢٤). محمود خلف حسين الجبوري، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٦ ص: ٤٤.

(٢٥). عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٤، ص: ٥١.

(٢٦). القاضي نبيل محمد الهادي محمد، ورقة عمل حول العقود الإدارية، خصائصها، مميزاتها، شروطها، عقود الأشغال العامة، عقود التوريدات، عقود BOOT، جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية، والقضائية، بيروت: لبنان، المؤتمر العام لرؤساء المحاكم الإدارية،٢٠١٥، ص: ٥-٦.

(٢٧). سماعين لعبادي، الجزاءات الإدارية المترتبة عن المخالفات الإدارية وضوابط تطبيقها في التشريع الإماراتي، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: (١١)، بالعدد: (١)، ٢٠٢٠، ص٢٣٩.

(٢٨). أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة القاهرة، ١٩٧٣، ص: ٣٣٧.

(٢٩). سعد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، غير منشورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ٢٠٠٧ – ٢٠٠٨، ص:٥٠

(٣٠). يوسف بن عبدالرحمن بن عبدالله آل الشيخ، التعزير بالغرامة وضوابط تقديره دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف - دقهلية، الإصدار الأول، الجزء الرابع، العدد الرابع والعشرون لسنة ٢٠٢٢م، ص٣٢٨٦.

(٣١). هاشم معروف الحسنى، نظرية العقد في الفقه الجعفري، جلد: ١، دار التعارف للمطبوعات، ٢٠ أكتوبر ٢٠١٥، ص١٠٢.

(٣٢). هاشم معروف الحسنى، نظرية العقد في الفقه الجعفري، جلد: ١، دار التعارف للمطبوعات، ٢٠ أكتوبر ٢٠١٥، ص١٠٣.

(٣٣). د. عادل رشاد، العقد بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، جامعة الامير محمد بن فهد، ١/مايو/ ٢٠٢٣، وقت الزيارة: ١٠:٨/٦/يوليو/٢٠٢٣،
https://lawblogs.pmu.edu.sa/LawBlogs/Details/86#

(٣٤). د. سجى عمر شعبان، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون "دراسة مقارنة"، جامعة الموصل: كلية الحقوق، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: (١٠)، العدد (٣٧)، ٢٠٢١، ص٣٢٣.

(٣٥). محمد هاشم كمالي، تحليل شرعي لبعض مسائل الإجارة التمويلية الإسلامية، الجامعة العالمية الإسلامية: كوالا لمبور، ماليزيا، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد الإسلامي، م٢٢ ع،٢، ٢٠٠٩م-١٤٣٠هـ، ص٤٣.

(٣٦). رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث،٢٧٣٥ كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط، الأمام محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بدرزية البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الأيمان المنصورة،،٢٠٠٣، ص ٥٧٥

(٣٧). راجع الأمام محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص٢٧٢.

(٣٨). السيد محمد تقي المدرسي، مقدمات البحث/ كتاب الضمان/ شرائط عقد الضمان/ معلومية أطراف الضمان، موقع ارتباط الشيعي: مدرسة الفقاهة، ١٦/١٢/٣٧.
https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/modaresi/feqh/37/371216

(٣٩). سورة البقرة، الآية: ٢٨٢