المعيار القضائي للعقد الإداري – دراسة مقارنة

الباحث
خضير عباس خضير
وزارة النقل ـ الشركة العامة لإدارة النقل الخاص
khudairzween73@gmail.com

Judicial standard in the administrative contract

Researcher
Khudair Abbas Khudair
Ministry of Transport - General Company for Private Transport Management

الملخص:-

إن من أهم المواضيع التي يمكن ان نتناولها في دراستنا هذه الا وهي المعيار القضائي في العقد الإداري، وباعتبار ان مثل هذه الدراسات تحتاج إلى معرفة لدى الباحث في الخوض في تلك المعايير، فعندما راجعنا الدراسات السابقة والبحوث التي تناولت المعايير للتمييز بين العقود المدنية والتجارية بينها وبين العقود الإدارية، في حقيقة الامر وجدنا ان هذا الموضوع يستحق ان تكون الدراسة بشكل مختلف لإظهار ابرز ما يميز تلك العقود عن غيرها، وعليه فأننا هنا سوف نقسم البحث إلى مبحثين ففي المبحث الأول سيكون حول القضاء العادي والقضاء الإداري، اما في المبحث الثاني فهو سيخصص في معيار العقد الإداري امام القضاء الإداري.

الكلمات المفتاحية: المعيار، القضاء، العقد الإداري.

Abstract:-

This study focuses on the judicial standard in administrative contracts, dividing it into two sections: ordinary and administrative judiciary, and administrative contract standard before the administrative judiciary. Previous research has explored the distinction between civil and commercial contracts, but this topic deserves a unique approach to distinguish these contracts.

Keywords: standard, judiciary, administrative contract.

المقدمة:

في حقيقة الأمر إن موضوع بحثنا هذا نعتبره مهما جداً وخصوصاً في العراق كونه قد خرج مدمرا بسبب الحروب الفاشلة والسياسات الخاطئة التي مضى عليها من العقود دون اي اعمار أو تطور في جميع المحافظات العراقية، وبالتالي فأن الادارة ستحتاج إلى ابرام العقود الإدارية مميزة لتتمكن من فتح المرافق العامة التي تم تدميرها أو تم اغلاقها بسبب ما تم ذكره، ولهذا ان العقود الإدارية لابد من الاهتمام الملحوظ، مما يمكن الدولة من القدرة والتطور، ولابد من ايجاد التشريعات قانونية مناسبة لذلك، كما يمكن ان نشارك في اظهار المعايير التي تميز العقود الإدارية عن العقود الأخرى في القانون، لنساهم في مساعدة المشرع في كيفية الوصول إلى الحلول التي تجعل العقد الإداري يحمل الانصاف من ناحية استطاعة الافراد في مشاركة البلاد، وبنفس الوقت نحمي المرافق العامة بشكل افضل ما كان عليه النظام الدكتاتوري بالسيطرة والرعب في إدارة الدولة.

أولاً: التعريف بموضوع البحث وأهميته

إن تعريف العقد الإداري هو من يبرمه شخصاً معنوياً عاماً والمقصود من هو تيسير اعمال المرافق العامة وتنظيمها ومن هنا تظهر نية الإدارة بالأخذ بأسلوب القانون العام وان العقد الذي سوف ندخل في دراسته والذي يتعلق في العقد الإداري وان هذا العقد من اهم ما يميزه عن العقود الأخرى ان تكون الإدارة فيه طرفاً مسيطراً وله الامتياز في ذلك وان من أعطاها ذلك الحق في السيطرة هو لكونها تقوم في تقديم الخدمات العامة والمصلحة العامة وليس لمصلحتها الخاصة وان المرفق العام هو الأساس في عملية التعاقد التي تقوم به الإدارة والتالي ان القضاء هو من يحكم بين الإدارة والافراد في حالة اثارة أي نزاع كان.

ثانياً: اهداف البحث

هو الوصول إلى نتائج مرضية لمعرفة المعيار القضائي للعقد الإداري وتثبيت الأوليات الخاصة بالموضوع وبحث حيثيات العامة لإظهار الموضوع امام الباحثين وتسليط الضوء على أساس التعامل من قبل القضاة في موضوع القضاء الإداري الذي يعني بالعقد الإداري.

ثالثاً: مشكلة البحث

يمارس القضاء وظيفته الرئيسية من خلال ما يصدره من احكام منهية الخصومة وهو

بذلك ينقل حكم القانون من العمومية والتجريد والحالة النظرية إلى الخصوصية والواقعية بتطبيقه على كل حاله تعرض امامه على وجه الاستقلال وقد اختلف الفقه في بيان مفهوم الحكم القضائي كما يخلط البعض بين الحكم القضائي والقرار القضائي مع ان لكل منهما دلالة خاصة تختلف عن الاخر.

رابعاً: منهجية البحث

ان المنهج الذي سوف نستخدمه في دراستنا هو المنهج التحليلي والوصفي بذات الوقت ومن خلال الدراسات السابقة والتي اظهر من خلال البحوث السابقة وما سوف نستنتج اليه من خلال دراستنا المتواضعة لتحقيق الأهداف السابقة التي تعتمد على منهجين الوصفي والتحليلي.

خامساً: خطة البحث

ان الدراسة في هذا الموضوع لم تكن من الدراسات البسيطة وان ما هي من المواضيع المهمة في العقود الإدارية لذا كانت الدراسة على مبحثين تناولنا في المبحث الأول القضاء العادي وتناولناه في مطلبين الأول معيار الاختصار في تنازع القضاء العادي والمطلب الثاني معيار الاختصاص العادي اما في المبحث الثاني القضاء الإداري وتناولنا فيه ثلاثة مطالب الأول الاختصاص في تنازع القضاء الإداري والمطلب الثاني معيار تحديد الاختصاص للقضاء الإداري والمطلب الثالث معيار العقد الإداري امام القضاء الإداري.

المبحث الأول

القضاء العادي

يقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول معيار الاختصاص في تنازع القضاء العادي اما المطلب الثاني معيار الاختصاص العادي.

المطلب الأول: معيار الاختصاص في تنازع القضاء العادي:ـ

أولاً: التنازع السلبي

إن التنازع السلبي عادةً ما يكون قد توجه الدعوة إلى محكمة ما في قضية أيضا ما فترفض هذه المحكمة بالنظر إلى هذه الدعوة كونها ليست صاحبة الاختصاص في نظر

الدعوى ثم تحول هذه الدعوة إلى محكمة وهي جهة أخرى فترفض ايضا النظر في تلك الدعوى على انها هي ليست صاحبة الاختصاص في نظر هذه الدعوى وهذا ما يسمى بالتنازع السلبي كأن يكون قد نظرت المحكمة العادية في دعوة ثم أعطت رأيها، انه ليست من اختصاصها ثم تنظر المحكمة الإدارية إلى الدعوة تعطي رأيها، بأنها ليست من اختصاصها أو قد يكون المحكمة الإدارية التي تنظر في الدعوى أيضا ترمي على جهة أخرى في نظر الدعوة وكذلك بالنسبة للمحاكم العادية، وان التنازع في القضاء الإداري عادة ما يظهر فيه من الامور المهمة هو اختصاص النظر في الدعوى والذي هو يعتبر سبب من الاسباب في تنازع الاختصاص فكل جهة تدفع إلى الجهة الأخرى بانها هي ليست صاحبة الاختصاص، فقد تطرح دعوى عن موضوع واحد امام جهتي القضاء العادي والإداري أو اية هيئة ذات اختصاص قضائي وقضت كلتاهما باختصاصها للدعوى أو تخلتا عن نظرها أو ان يكون النزاع بصدد تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين احدهما قضائي صادر من اية جهة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي واخر من جهة القضاء الإداري أو اية هيئة اخرى ذات اختصاص قضائي[١].

الفرع الثاني: التنازع الايجابي

يقصد بتنازع الاختصاص الإيجابي ادعاء كل جهة قضائية اختصاصها بدعوى معينة أما صراحة يرفضها الدفع بعدم الاختصاص أو ضمنياً باستمرارها في نظر الدعوى رغم الدفع بعدم الاختصاص وهذا التنازع يتعين حسمه ألنه إذا استمرت اجراءات الدعوى امام القضائيين فأن ذلك تبديد للجهد والوقت والمال فضالً عن احتمالية صدور حكمين متناقضين في هذه الدعوى[٢]، وان الاختلاف بين قضائيين في شأن اختصاص كل منهما بدعوى معينة أو يمكن القول ان تنازع جهتين قضائيتين بخصوص النظر في موضوع معين كالتنازع الذي بكون بين جهات القضاء الإداري ذاتها أو بين جهات القضاء يحصل بين محكمتين تتبعان نظاماً قضائياً واحداً العادي فيما بينها[٣].

من ناحية أخرى، يُعرّف تضارب الاختصاص من وجهة نظر قانونية بأنه تضارب بين سلطتين قضائيتين فيما يتعلق بالنظر في مسألة معينة، مثل الصراع الذي يحدث بين القضاء العادي والقضاء الإداري في الدول التي تتبنى النظام القضائي الذي يحدث بين محكمتين

تتبعان نظام قضائي منفرد ومزدوج، أو الصراع بين سلطات القضاء الإداري نفسها. أو بين القضاء العادي فيما بينهم[٤].

الفرع الثالث: أسباب تنازع الاختصاص

١. ان تعارض الاحكام في حالة وجود حكمين نهائيين يتعارضان فيما بينهما وصدرا ذات النزاع واحدهما تم اصداره عن المحكمة التي تكون تابعة للقضاء العادي والثاني يكون صادر عن المحكمة التي تكون تابعة للقضاء الإداري فتسبب في حدوث انكار في العدالة وتعذر التوفيق فيما بينهما، واستحالة تنفيذهما سوية فيآن واحد. ومن هذه الاسباب يمكن ان تكون كالتالي: كثرت التعديلات في التشريعات القانونية، وهذا ما يحصل في الدول حين تريد التطوير مما يؤدي إلى ظهور تنازع في الاختصاص وذلك في عدم دقة التشريعات وغموضها، من جهة لقضاء الواحدة الآمر الذي يتطلب من المحاكم تفسيرها لتحديد فيما إذا كانت المنازعة من اختصاصها من عدمه[٥].

٢. عدم توزيع الاختصاص بصورة جيدة ووفق معايير وقواعد معينة، لتحديد الاختصاصات وحصر لكل جهة اختصاصها وعملها دون التداخل في اعمال الجهة الأخرى، ولكن اهناك المنازعات التي يختلف الرأي بشأنها، وتسبب تنازع الاختصاص وتجدر الإشارة إلى ان احتمالية نشوء التنازع بين جهتي القضاء أو بين محاكم الجهة الواحدة تبقى قائمة مهما حرص المشرع على منعها[٦].

٣. عدم الاخذ بآراء بمن يعمل في السلطة القضائية، في ما يخص من التعديلات والالغاء الحاصلة في القرارات، والاختصاص الذي يتحول له بعض القضايا التي تعرض امامهم وخبرتهم المتراكمة الطويلة، فضالً القضائي والإجراءات، عن ذلك قد يكون فهم المدعي للدعوى أو طريقة عرضه لها تفيد باختصاص اخر يختلف عن موضوع الدعوى فقلة خبرة بعض اصحاب الدعاوى تجعلهم يقدمون الدعاوى بصورة مخالفة لقواعد اختصاص المحاكم[٧].

٤. المستجدات التي تظهر في بعض القضايا الاصلية التي تنتج القضايا الأخرى من خلال القضية الأولى، أو قد يثير الخصوم اثناء المرافعة قضايا اخرى مما يوجب على

المحكمة ان تبت في تلك الدفوع وتحكم فيها أو تحيلها إلى الجهة المختص[٨].

٥. عدم ورود لوائح تفسيرية والتي تحتاج لبعض النصوص أو التعليمات التي تصدرها بعض الجهات ويظهر فيها الغموض، فتتأخر لوصولها حتى ينشب النزاع في الاختصاص، أو التأخير في ارسال التعليمات الواضحة، هذا قد يكون عاملا في حدوث تنازع في الاختصاص بسبب اختلاف الآراء في تفسيرها وكثرة التأويلات لذا يتعين على الجهة المختصة الإسراع بإصدارها تلافيا للإشكاليات التي قد تحدث بسبب غموض النصوص[٩].

٦. النظام الفدرالي من الاسباب الرئيسية في التنازع الاختصاصي، لكون هذا النظام معروف في نظامه الثنائي للسلطات، فأن وجود سلطة قضائية اتحادية واخرى محلية أو اقليمية قد يؤدي إلى حدوث تنازع اختصاص بشأن بعض المواضيع وفي تحديد الجهة المختصة بنظرها[١٠].

النصوص القانونية التي تتعارض في توزيع الاختصاصات، فهي قد تتداخل بين جهات والمشرع جاء في ذلك اكثر من مورد والاستثناءات الحاصلة في التشريعات، فقد تكون بعض الاختصاصات متداخلة بين جهتين حيث ان المشرع اورد فيها اكثر من نص أو بسبب ما يرد على بعض المواد من استثناءات أو مخالفة بعض المواد لقاعدة عامة أو اكثر[١١].

المطلب الثاني: معيار الاختصاص العادي

في القضاء العراقي والتخصصات التي تبدأ من الرقابة وتطبيق التشريعات، ويعتبر هذا من الأنظمة التي تتبع النظام الموحد، وتأخذ شكل الرقابة في نظام الأنجلو ساكسوني وهو النظام تبنته إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وحذت حذوها بعض الدول العربية مثل السودان والسعودية والعراق. كما هو معلوم أن إنجلترا تتبنى نظامًا قضائيًا موحدًا، لذا فهي لا تعرف نظام القضاء المزدوج القائم على القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي. يقع النزاع الإداري ضمن اختصاص المحاكم العادية، إلا بناءً على حكم صريح من القانون،[١٢] في حين ان المنازعات المتعلقة بمسؤولية الدولة عن الغلط القضائي: تتمثل الحالة الأولى والمنصوص عليها في المادة ٥٣١ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، في سماح المشرع الجزائري بالتماس إعادة النظر في الأحكام الجزائية وفقا للشروط المنصوص عليها في ذات

المادة، كما أنه وطبقا لنص المادة ٥٣١ مكرر تتحمل الدولة التعويضات الممنوحة لضحية الخطأ القضائي أو لذوي حقوقه عن الضرر المادي والمعنوي الذي تسبب فيه حكم الإدانة، وقد عهد المشرع باختصاص التعويض حصرا في هذه الحالة إلى لجنة التعويض المشكلة لدى المحكمة العليا من قضاة النظام القضائي العادي(١٣).

وإن خضوع جميع الدعاوى والمنازعات، لاختصاص جهات القضاء العادي، يؤدي إلى اكتساب العمليات القضائية مزايا البساطة والوضوح و السهولة، في التطبيق والممارسة، من طرف الجميع: قضاة و متقاضين، لان غير ذلك، يؤدى إلى تعقيد العمليات القضائية، وصعوبة تطبيقها وممارستها، لاسيما عندما تقوم مشاكل التنازع في الاختصاص القضائي، سلبيا واجابيا، وفي تناقض الأحكام، ومشكلة تحديد معيار الاختصاص القضائي بالدعوة، والقانون الواجب التطبيق،(١٤) فقد أقر المشرع العراقي فيما يخص الدولة ومن خلال نص المادة ١٣٧ مكرر/٢ بحق الرجوع على الطرف المدني أو المبلغ سيئ النية أو الشاهد زورا التي تسبب في صدور حكم الإدانة، ويتم ذلك إما على أساس تحريك الدعوى العمومية ضده على أساس جنحتي الوشاية الكاذبة أو شهادة الزور طبقا لما يقضي به قانون العقوبات، أو برفع دعوى تعويض أمام القضاء الإداري عملا بالمعيار العضوي طالما أنه لا يوجد نص صريح يمنح الاختصاص للقاض العادي.(١٥) وفي الأردن لقد نصت المادة ٢٨ منها الفقرة الثانية في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني نصت: تختص المحاكم الأردنية بنظر الدعوى التي تقام على الأجنبي غير المتوطن وغير المقيم في الأردن إذا كانت الدعوى متعلقة بمال منقول أو غير منقول في الأردن(١٦).

أما المشرع العراقي في مسألة القضاء الدولي وفي مناسبات كثيرة فقد قام بتنظيم اختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي، ويلاحظ فقد نص المشرع العراقي بنصوصه الواضحة الصريحة، التي حدد فيها ولاية المحاكم العراقية والدعاوى التي يكون عنصرها الأجنبي، فقد حيث اكد ان ولاية المحاكم العراقية على جميع المنازعات إلا في حالات يتم الاستثناء منها في قانون خاص، ونصت المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩على انه: تسري والية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص(١٧).

وكما ذكر المشرع العراقي في المادة ١٤ من القانون المدني لسنة ١٩٥١ المرقم٤٠ والتي نصت على انه: يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج[١٨] والتي تتحدث عن العنصر الاجنبي في المنازعات. ان المعيار الذي يمكن للمحكمة النظر بالدعوى على الرغم من عدم وجود هنالك ارتباط إقليمي أو شخصي، إذا حدث ظرف طارئ عقد لها الاختصاص[١٩].

جعل المشرع العراقي المحاكم العراقية مختصة بالنظر في الحقوق والالتزامات المترتبة عليه الناشئة عن الانفصال أو لأي سبب من الأسباب، وسواء نشأ الالتزام داخل العراق أو خارجه. يجب أن يكون المتهم قد حصل على الجنسية العراقية وقت رفع الدعوى[٢٠].

المبحث الثاني

القضاء الإداري

القضاء الإداري هو القضاء المختص بالنظر في المنازعات القضائية التي تكون الإدارة طرفاً فيها كسلطة عامة تتمتع بمزايا خاصة، أو بعبارة أخرى القضاء هو المنوط بالرقابة على شرعية الإدارة. الإجراءات وسلامة أفعالها من وجهة نظر قانونية، وعندما تتصرف كشخص عام مع سلطة عامة وإدارة واحدة... الإدارة: كشخص اعتباري، يمكن أن تظهر أمام القضاء في واحدة من اثنين جوانب مختلفة تمامًا. موقف قانوني لا يعرفه القانون الخاص، أو يظهر كشخص عادي يبيع ويشتري ويتعاقد كما يفعل الأفراد، وفقًا لأحكام القانون الخاص، والقاعدة العقد هو قانون المتعاقدين[٢١].

المطلب الأول: الاختصاص في تنازع القضاء الإداري

١. التنازع امام القضاء الإداري: من الصعب حتى اليوم الجزم بموقف القضاء بشكل نهائي، حيث ما زالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تأخذ بفكرتي المرافق العامة والسلطة العامة بطريقة ضمنية، إذ يحرص القضاء الإداري الفرنسي على الإنجاز والاكتفاء بالفصل في النزاع بتحديد الحل القضائي المطبق عليه دون الربط بنظرية معينة لا يتقيد بها مستقلا، وهو ذات الامر الذي تسير عليه محكمة التنازع،[٢٢] يساهم القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات بشكل مستمر ودائم، من خلال الإشراف الساتلي على عمل الإدارة، وهو أكثر أنواع الرقابة فاعلية وفعالية.

الحقوق، وتجدر الإشارة إلى أنه في الماضي لم يكن هناك قضاء إداري عراقي متخصص في النظر في القضايا التي تنطوي على مخالفات للقانون أو استخدام تعسفي للسلطة، على الرغم من تولي القضاء النظامي ذلك، إلا أنه ليس بديلاً عن القضاء الإداري الذي يتميز بطبيعته المرنة لأنه يذهب إلى الفقه والسوابق القضائية، وبناءً على هذه الأهمية تم الحصول على النتيجة الحميدة بظهور القضاء الإداري العراقي كما هو الحال في معظم البلدان. ففي العراق وفي المنازعات التي تصل إلى القضاء الإداري، المميز: م. ح. ح. المميز عليه: مدير صحة النجف ــ اضافة لوظيفته، أقام المدعي المميز م. ح. ح الدعوى امام محكمة القضاء الإداري يدعي فيها أنه صدر القرار الإداري المرقم ٨١٤٢ في ٢٠١٠/٨/١٩ والمتضمن مدى المقصرية الطبية... عن عملها الخاطئ الذي ارتكبته وسببت اصابة ولده علي بعاهة مستديمة تلف الظفيرة العصبية الزندية لليد اليمنى وهو ما اقرته اللجان الطبية المختصة. وحيث ان القضاء الإداري العراقي قد أشار في احكامه على اجراء التحقيق وتحديد مقصرية الموظف الحكومي عن عمل قام به ضمن واجبه داخل المؤسسة الحكومية وضمن الدوام الرسمي له لان دائرة المدعى عليه رفضت طلبه ووردته بموجب الكتاب المرقم ١٠٥٩ في ٢٠١٣/٨/٢١، لذا طلب دعوة المدعى عليه المميز عليه للمرافعة والحكم بإلزامه بإلغاء القرارين الإداريين المرقمين ٥٠ و٨١٢٤ في ٢٠١٠/٥/١٨ و٢٠١٠/٨/١٩. وبنتيجة المرافعة قررت محكمة القضاء الإداري بقرارها المؤرخ ٢٠١٣/١٢/١٨ وبعدد اضبارة ٤٢٥/ق/٢٠١٣ رد دعوى المدعي لأنه استند إلى اسباب قانونية وواقعية سليمة. ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور تصدى له تمييزاً لدى المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة بلائحته المؤرخة ٢٠١٤/١/١٤ طالبا نقضه للأسباب الواردة فيها[٢٣].

أ. وفي العراق فإن الولاية العامة للنظر في المنازعات كافة كانت منعقدة للمحاكم العادية استنادا للمادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والمادة ٣ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٩٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، وإن كان هناك بعض الاستثناءات التي وردت في بعض القوانين باستبعاد بعض المنازعات الإدارية من اختصاص المحاكم العادية، وبعد صدور قانون التعديل الثاني رقم ١٠٦ السنة ١٩٨٩ لقانون مجلس

شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ تم استحداث محكمة القضاء الإداري، وأنظم العراق إلى دول القضاء المزدوج واسند للمحكمة النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها، وبهذا لم يسلك المشرع أيا من الطريقتين في تحديد الاختصاص ألا انه وضع قاعدة عامة في تحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري.

ب. وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الإداري قرار رقم١٠ مكرر/إداري/تمييز/٢٠١٤ المميز عليه: وزير الداخلية / إضافة لوظيفته، أقام المدعي المميز س. ك الدعوى امام محكمة القضاء الإداري يدعي فيها ان قرار مجلس الوزراء رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قضى باستمرار منتسبي الجيش العراقي السابق بالخدمة لغاية ٢٠٠٥/٩/٢٤ وانه شمل بهذا القرار. وقد صدر الامر الإداري المرقم ١١٧٠٦ في٢٠٠٤/١٠/١٦ تقرر تعيين الضباط والمنتسبين على ملاك وزارة الداخلية / حماية منشآت الديوانية وهو من ضمنهم بالتسلسل ٣٥ ثم صدر الكتاب المرقم ١٤٠٨٧ في ٢٠٠٦/٧/٢٠ والذي تضمن بان رتبة النائب ضابط في الجيش العراقي تعادل رتبة مفوض في وزارة الداخلية وقد صدرت له هوية برتبة مفوض واستلم راتب مفوض ثم اصدرت مديرية شرطة الديوانية الكتاب المرقم ج/ح/٣٧٧٩ في ٢٠٠٩/٣/٣ باحتساب الخدمة العسكرية للعسكريين الذين تم تثبيت تعيينهم من تاريخ دخول الجيش وليس من تاريخ صدور الامر بالتثبيت، لذا فقد طلب دعوة المميز عليه المدعي عليه للمرافعة والحكم بإلزامه ترقيته واحتساب خدمته من تاريخ تعيينه في الجيش، وبنتيجة المرافعة قررت محكمة القضاء الإداري بقرارها المؤرخ ٢٠١٣/١٠/٣٠ وبعدد اضبارة ٣٩٩/ق/٢٠١٣ رد دعوى المدعي لعدم وجود اساس قانوني لها، ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور تصدى له تمييزا" لدى المحكمة الإدارية العليا في مجلس شورى الدولة بلائحته المؤرخة ٢٠١٣/١٢/١ طالبا نقضه للأسباب الواردة فيها[٢٤].

ج. "وان موضوع رفع الدعوى امام المحاكم الإدارية يجب ان تكون اتجاه التصرفات التي تقوم بها الادارة، إذ ان الدعاوى الإدارية ليست دعاوى بين اشخاص بالذات شأنها شأن الدعاوى المدنية، ولكنها دعاوى بين مرفق عام والمتعاملين معه، وبذلك فان الدعاوى الإدارية لا تقبل إذا كانت موجهة إلى موظف اخر في الوظيفة، كمن

يقوم بمراجعة المحاكم الإدارية لإقامة الدعوى على زميله في الوظيفة العامة، فمثل هذه الامور إذا ما تعلقت بنزاعات الوظيفة العامة يجب ان تقدم بها شكوى امام الدائرة التي يعملون بها إذا كانوا زملاء عمل أو امام الدائرة المختصة إذا كانوا من دائرتين مختلفين أو امام الاجهزة الرقابية، اما بالنسبة للحقوق الأخرى خارج نطاق الوظيفة العامة كالتجاوز بالقول أو الفعل فيجب اقامتها امام المحاكم المختصة وليس امام المحاكم الإدارية.[٢٥]

٢. اختصاص المحاكم الإدارية في العراق: ان المحكمة الإدارية العليا في العراق مقرها في بغداد، ويتم انعقادها من قبل رئيس المحكمة أو من يخول وهو يكون من اقدم المستشارين: وتكون مكونة من ٦ مستشارين و ٤ من المستشارين المساعدين يتم تسميتهم رئيس مجلس الشورى للدولة. وفي حقيقة الامر ان المحاكم الإدارية في العراق تكون على ثلاث اقسام: أولا: النظر في الطعون المقدمة القرارات والاحكام القضائية الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين. ثانيا: النظر في تنازع الاختصاص القضائي بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين.

٣. النظر وجاهة في حكمين قضائيين اكتسبا درجة الثبات وصادرين عن محكمة القضاء الإداري ولكنهما متناقضين وفي موضوع واحد. ثانيا: محاكم القضاء الإداري تتشكل محكمة القضاء الإداري في بغداد برئاسة رئيس المجلس أو نائبه لشؤون القضاء الإداري أو مستشار وعضوين من المستشارين أو المستشارين المساعدين.. ومحكمة القضاء الإداري تختص بالنظر في مدى صحة القرارات الإدارية التنظيمية والفردية والتي تصدر عن الموظفين في الوزارات والهيئات والجهات الإدارية الغير مرتبطة بوزارة والتي لم يعين المشرع مرجعا للطعن بها. أو بناء على طلب من اصحاب الصفة والمصلحة الحالة أو المصلحة المحتملة[٢٦].

٣. محكمة قضاء الموظفين:

١. محاكم قضاء الموظفين: وهذه المحاكم تتشكل من نائب رئيس محكمة القضاء الإداري أو مستشار وعضوين من المستشارين المساعدين. وهي تنظر في: الدعاوي التي يقيمها الموظف العام على دوائر الدولة في المنازعات والحقوق الناشئة عن

قانون الخدمة المدنية أو القوانين والأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف والجهة الإدارية التي يعمل فيها.[٢٧] ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية، وتتحقق هذه الصفة في المنازعة إذا كان موضوعها يتعلق بنشاط الإدارة باعتبارها شخصا من اشخاص القانون العام، اما الأنشطة التي تقوم بها الإدارة بوصفها شخصا من اشخاص القانون الخاص فتخرج عن نطاق القانون الإداري وتخضع - شانها شان المنازعات بين الافراد - إلى احكام القانون الخاص، ومن ثم يكون القضاء العادي هو صاحب الولاية في نظرها. ومعنى ذلك، ان ثمة علاقة قائمة وارتباط شديد بين المنازعات التي يكون موضوعها نشاطا صادرا عن الإدارة بوصفها شخصا عاما وبين أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه، الامر الذي يستدعي البحث عن معيار مناسب لتحديد العمل الإداري الذي يكون موضوعا للمنازعة الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري[٢٨].

٢. هذه المحاكم تنظر في الخصومات والدعاوي التي يقيمها الموظف العام على دوائر الدولة في العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم١٤لسنة١٩٩١ وتعديلاته.[٢٩] وتختص محكمة القضاء الإداري في العراق بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، وهناك من يرى، أن منازعات قد خرجت من اختصاص القضاء الإداري، وان كانت الإدارة طرف فيها.[٣٠]

المطلب الثاني: معيار تحديد الاختصاص للقضاء الإداري

وفي أحد كتابات الخبير القانوني الدكتور عصام البرزنجي، إن «اختصاص محكمة القضاء الإداري كما حددتها المادة السابعة اختصاص محدود ومتواضع، فقد حدد المشرع استثناءات نصت عليها المادة ٧/ خامساً بقوله لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي: أ. أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية. ب. القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس

الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية. ج. القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها»[٣١].

لهذا لابد ان نتناول موضوع الاختصاص وتحديده في القضاء الإداري بشكل اكثر دقة وتفصيل، فقد اتفق اغلب الفقهاء القانون الإداري على انه يمكن تحديد الاختصاص من خلال المعيار العضوي الاساسي وهو من يحدد نوعية المحكمة الإدارية. وكذلك معيار عضوي قانوني وهو من يبين عمل المحاكم الإدارية. والمعيار العضوي الاجرائي وهو يبين كيفية القيام بالإجراءات القانونية الإدارية والمدنية. والمعيار التكميلي يبين نطاق اختصاص النوعي في المحاكم الإدارية.

١. معيار العمل الإداري: في الماضي كان المعيار هو العمل الإداري الذي يتم تطبيقه في نظر السلطة العامة وهي التي تستطيع فرض الأوامر، حيث كان هناك نوعان من التمييز في هذه الإجراءات، الأول: وتعتبر هذه التصرفات من اختصاص القانون الإداري، كالقرارات الإدارية على سبيل المثال، وكذلك القضاء الإداري، وهو الذي يهتم بالنظر فيها، كما اعتبر هذه الفكرة في القرن التاسع عشر. أما التمييز الثاني فهو الإجراءات الإدارية العادية التي تصدرها الإدارة لأنها السلطة العامة، وكل ما يصدر عنها ليس بإرادتها لأنها تضع ذلك من خلال العقود. مع مراعاة القانون الخاص وقواعده التي ينظر فيها القضاء العادي... وأسباب ذلك أن إشراف القضاء العادي لا يعتبر مخالفة لأن الإدارة مستقلة إلا في شأن السلطة العامة، لأن تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة من اختصاصها، لذلك قد يُلام القضاء العادي على التدخل في شؤون الإدارة، وهذا لا يعتبر اعتداءً، كما أن السبب الآخر هو أن عمل الجمهور السلطة هي من يحتاج إلى القانون الإداري الذي يميزها عن القانون المدني، وكذلك أن يتخصص القضاء، لأن تصرفات وسلوكيات الأفراد تختلف تصرفات الأفراد خارج نطاق الإدارة، لذلك يعتبر هذا حصريا من خلال القضاء الإداري، وهذا المعيار الضيق من اختصاص مجلس الدولة.[٣٢] ويعد برتلمي و هوريو من اشهر المنادين بمعيار السلطة العامة أو طبيعة العمل الإداري. ولم يدم اعماد القضاء الفرنسي على هذا المعيار لحل مشكلة توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء الإداري والقضاء العادي، إذ سرعان ما تخلى عنه ليعتنق معيارا جديدا يقوم على أساس تحديد اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع

كلما كان متعلقا بتنظيم أو سير مرفق من المرافق العامة، بصرف النظر عما إذا كانت تتصرف بصفتها سلطة عامة أو كان تصرفها عاديا.(٣٣)

٢. قضية بلانكو التي حددت الاختصاص للقانون الإداري: سنحاول اليوم التكلم عن قضية الطفلة بلانكو والتي هي اعتبرت من القضايا التي غيرت النظام الإداري في فرنسا ففي تاريخ ٢٤ / يناير / ١٨٧٢، بأنه اب لطفله يدعى بإسم "أخوان بلانكو" قد قام برفع دعوى ضد محافظ دائرة جيروند بصفته الممثل عن الدولة، وذلك لكون وجود المادة القانونية التي تتضمن في القانون المدني عن كل من تسبب في الأضرار التعويض الاضرار الذي لحق بابنته وذلك نتيجة تصرف الأعمال التي تستخدمها الدولة وهذه المواد ١٣٨٤ و١٣٨٣ و ١٣٨٢ في تلك المواد القانوني في القانون المدني الفرنسي التي تتيح بقيام الدعوى والمطالبة بالتعويض عن ما يجري من أعمال الدولة حيث كانت هذه الطفلة تبلغ من العمر خمس سنوات وهي تسير على الشارع العام وهو الطريق الذي يؤدي إلى بيتها، وكذلك يؤدي هذا الطريق في سير المركبات إلى شركة التبوغ، وقد حدث الحادث من قبل احدى السيارات التابعة إلى شركة صناعة التبغ وهي تسير في هذا الشارع مما دفعة إحدى العربات باتجاه الطفلة بلانكو ثم حصل هذا الحادث مما أدى إلى اصابة الطفلة بساقها وهي في احدى المستشفيات اتفقوا الاطباء بانه يجب ان يتم قطع ساق الطفلة كي تنجو بحياتها، ... حيث اصبحت انعكاس هذه الواقعة على ابيها الذي تحرك بقيام الدعوى القضائية امام المحاكم العادية، ووفق المواد التي تم ذكرها اعلاه، وحيث ويعتبر القانون المدني في فرنسا آنذاك وفي هذه السنوات وما معمول في المحاكم المدنية الفرنسية التي يحق للأفراد بقيام دعوى قضائية في المحكمة العادية...

فمن هنا بدأ النزاع في المحاكم الفرنسية باعتبار أن القضية التي تم تقديمها أمام المحكمة المدنية في حل هذا النزاع من قبل تلك المحكمة، وتم النظر في تلك الدعوى على انها ليست من اختصاص المحكمة المدنية، وتم تحويل القضية لتنظر فيها محكمة حل نزاعات القضاء الإداري، والذي اعتبر هو صاحب الاختصاص واسندت اليه الدعوى في فصل بالنزاع... وقد صدر الحكم في هذه القضية بتاريخ ٨ /فبراير / ١٨٧٣، وهذا الحكم أو قرار المحكمة التي تم صداره من قبل تلك المحكمة حل النزاعات في الاختصاص القضائي الإداري،

وباعتبار هذه السيارة تابعة إلى شركة تابعة إلى الدولة، مما أدى رفد الدور إلى القضاء الإداري فيما بعد ذلك، سمية هذا القرار بقرار أو حكم بلانكو والذي تم الإقرار فيه بتحميل مسؤولية الدولة وإخضاع هذه المسؤولية إلى القضاء الإداري وان النظام خاص والقواعد المدنية تختلف عنه كثيرا، وكانت هذه القضية هي حجر الأساس للقانون الإداري التي من خلالها، ومنذ تلك السنوات الماضية، فقد وصلنا القضاء الإداري وتم تطويره وأصبحت هناك قواعد وهناك اختصاص ثابت إلى القضاء الإداري الذي ما نراه اليوم وسلطته واستقلاليته في جميع بلدان العالم إذا تعتبر هذه القضية هي اهم احدى القضايا التي حولت مسار القانون الإداري وهذه القضية هي أفضل القضايا التي يمكن أن أشير إليها والتي حددت الاختصاص في نزعات الإدارية بين الأفراد كذلك وبين الادارة وينظر فيها القضاء الإداري بعيدا عن القضاء العادي.

المطلب الثالث: معيار العقد الإداري امام القضاء الإداري

في هذا المطلب سوف نتناول فيه معيار العقد الإداري وموقف القضاء الإداري منه وكيفية التعامل معه وفق القانون.

أولاً: معيار العقد الإداري

ان المعيار التمييزي للعقد الإداري والعقود الأخرى منها العقد الإداري يختلف عن العقود الأخرى التي تبرمها الافراد فيما بينهم، لكون الافراد في طبيعة امورهم التعاقدية تنشئ عن قبول وايجاب ويكون فيها الالتزام والواجبات العقدية، والهدف الذي يرمي اليه العقود الأخرى بعكس العقد الإداري الذي غايته تحقيق المصلحة العامة، وعند نشوء اي اشكالية في تنفيذ العقد فأنه تكون المحكمة العادية هي من تنظر في تلك الاشكاليات وتصدر احكامها وقراراتها وفق القانون سواء كان قانون مدني أو تجاري أو احوال شخصية أو اياً كانت صفة العقد والقانون الذي تم ابرامه وفق له،

إن إسباغ المشرع الصفة الإدارية على عقد يتضمن عناصر العقد الإداري من حيث طبيعته فان هذا النص يأتي مؤكدا له كعقد الأشغال العامة وعقد التزام المرفق العام[٣٤].

وكذلك يختلف العقد الإداري مع العقود الأخرى لذا سوف نتناول هنا هذه الاختلافات بشكل اوضح ونسهل إلى القارئ الكريم ماهي هذه الاختلافات والامتيازات التي يتصف فيه القد الإداري عن العقود الأخرى.

فأن العقد الإداري الذي تقوم بإبرامه الإدارة لكون توصف بالسلطة العامة ولها امتيازات بوسائلها المتعددة في القانون العام وغايتها التي تختلف عن الغايات في العقود الأخرى فغاية العقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بعكس العقود الأخرى التي تهدف للمنفعة الخاص، لكون العقد الإداري يتصل بنشاط المرافق العامة والمقصود منها تنظيم وتسيير تلك المرافق، لذلك فان أي إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة، لا يقتصر على كونه إخلالا بالتزام تعاقدي، وانما فيه مساس بالمرفق العام، الذي يتصل به العقد ويضر بالتالي بالمصلحة العامة، مالم يكن هذا الإخلال ناجما عن أسباب قهرية لا يد للمتعاقد فيه، فعليه فان من حق الإدارة، وأن تفرض الجزاءات على المتعاقد إذا في حالة تقصير بتنفيذ التزاماته، وهذا ضمان تنفيذ العقد فيما يتماشى مع انتظام وسير المرفق العام...وتختلف هذه الجزاءات من حيث طبيعتها عن جزاءات العقد المدني، فإذا كانت الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء وتعويض المتعاقد بحيث تعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة،[٣٥] وان العلاقة المرتبطة بين العقد والادارة والمرفق العام، هو مفهوم موضوعي يكمن تعلقه في نشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال أو المعاونة، فالمفهوم العضوي للمرفق يعني أن الفرد عندما يرتبط بعقد مع مرفق عام يفيد في هذا الصدد أن الإدارة هي طرف في العقد، و بناءً على ذلك فان فكرة المرفق العام يجب أن تفهم في هذا المجال بالجانب الموضوعي،[٣٦] وان احكام القضاء الفرنسي الإداري والمصري ينظروا على انه هناك عدم الاستقرار في معيار محدد وتذبذبات، وهذا ما جاء في القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٦/ديسمبر/١٩٥٦، في العقد الإداري والمرافق العامة والذي اقر فيه على ما يلي:... و من 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... مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة.[٣٧]

ويمكن ان نذكر المعايير للعقود الإدارية وباقي العقود الأخرى:

لابد ان نتكلم عن العقد الإداري في وماهية العقد باعتباره مدار دراستنا، لذا فقد عرف بعض من الفقهاء بالقانون العقد الإداري بانه: ان العقد الإداري تتوافر فيه صفة

العقد بالمعنى المعروف في القانون المدني فتعريف العقد عموما يصدق بالنسبة للعقود الإدارية كما هو الشأن في عقود القانون الخاص[٣٨]، والبعض الاخر من الفقهاء فقد عرفوا ان العقد هو: عمل قانوني شاركت في صنعه ارادتان متكاملتان ارادة الإدارة وارادة المتعاقد معها وتقوم على فكرة التراضي[٣٩]، ومن جهة اخرى هناك من يرى العقد الإداري على انه: عقد يبرمه شخص من اشخاص القانون العام مع شخص اخر بقصد تسيير أو تنظيم أو المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية اطرافه للأخذ بأسلوب القانون العام[٤٠].

حيث جاءت بقرارها محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٩٦١/٦/٤، والذي كان كما يلي: العقد الإداري هو اتفاق يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع أحد الأشخاص أو الهيئات بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا.[٤١]

وان صعوبة تحديد لتعريف العقد الإداري جاء نتيجة التطور المستمر، ونلاحظ ان القضاء للمحكمة الإدارية العليا المصرية وكذلك القضاء لمجلس الدولة الفرنسية على تعريف اخير وهو انه: كل اتفاق يبرمه احد الأشخاص المعنوية العامة لغرض تسيير مرفق عام على إن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام أما بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[٤٢].

ومما سبق من التعريفات التي تم ذكرها يستخلص القول بان العقد الإداري ويتم وصفه بأنه: هو العمل القانوني الذي تتدخل بوساطته الإدارة في ممارسة نشاطها والذي يختلف عن باقي الأعمال الإدارية الآخر انطلاقا من كونه يقوم على أسس بسبب هيمنة السلطة العامة نتيجة لطابعه التعاقدي وانطلاقا من انفراده بخصائص لا مثيل لها في مجال علاقات التعاقد القائمة بين الخواص[٤٣].

ثانياً: العقد الإداري والعقود المدنية

كما أوضحنا عمل العقد الإداري وطريقة التعاقد، من هم الأطراف التي يمكنها التعاقد ونحو ذلك كما ورد في الفصول السابقة، لا بد من الرجوع إلى محكمة العدل الإدارية في مصر. تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية، لأنها تعقد بين شخص من القانون

العام وشخص من القانون الخاص بقصد تحقيق المصلحة العامة، وموقف الأطراف المتعاقدة فيه غير متساو، حيث يجب أن يؤخذ. مع الأخذ في الاعتبار أن المصلحة العامة تسود على المصلحة الخاصة، ويجب أن يسود هذا الهدف شروط العقد، وعلاقة الأطراف المتعاقدة عند تنفيذه، وتفسيره[٤٤].

واستقر القضاء والفقه على تعريف بأنه: اتفاق يكون احد أطرافه شخصا معنوياً عاماً بقصد ادارة احد المرافق العامة أو تسييرها ً وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنع المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها أو تعاقد مع غيره من الأفراد، كان يكون صاحب احتكار فعلي، أو بمنحه الحق في الاستيلاء على بعض العقارات المحكومة للغير مدة مؤقتة[٤٥].

ثالثاً: العقد الإداري وعقد البيع والشراء

اما المشرع في القانون المدني العراقي فقد اوضح بشكل جلي العقد ففي المادة ٢٥ من القانون المدني العراق والتي نصت على ان العقد: ١. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه. ٢. قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه[٤٦].

وفي المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي والتي بينت ماهية العقد وارتباطه بين المتعاقدين ونصها: العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه،[٤٧] ومما يتصل بهذه القاعدة - أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين - مبدأ م هم يحكم سريان العقد من حيث الأثر فالأصل أن العقد لا يسري أثره إلاّ بين أطرافه من المتعاقدين.[٤٨].

وفي المادة ٧٤ والتي نصت على انه: يصح ان يرد العقد: ١. على الاعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً. ٢. وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة أو بغير عوض اعارة. ٣. وعلى عمل معين أو على خدمة معينة،[٤٩] ولابد من حسن النية فق التعاقد ويجب على

طرفي العقد تنفيذ العقد بصدق واستقامة وشرف والالتزام بالغاية المرجوة من موضوع العقد بحيث لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالغير بدون سبب مشروع ويأخذ كل ذي حق حقه بأمانةٍ وصدق واخلاص،[٥٠] وحيث ان العقد ممنوعا ام لا اي يحد المشرع العراقي شرطا ان تكون العقود المدني غير ممنوعة ويسمح بها اي ان لا يكون العقد على ممنوعات ومخالفة للقانون أو مواد ضارة وغير ذلك، وفي المادة ٧٥ من ذات القانون انه: يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب،[٥١] ويترتب على هذه القاعدة مبدأ مهم وهو وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ وتفسير العقد، وعلى القاضي أن يتبع في تفسير العقد نفس طرق التفسير المنصوص عليها في القانون باعتبار العقد قانون المتعاقدين وعليه البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي العقد صريحة كانت أم ضمنية وأن يأخذ بها وأن لا يلجأ إلى إحلال تفسيره الخاص محل إرادة أطراف العقد.[٥٢]

وفي المادة ٧٦ والتي نصت على انه: ١. تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢. اما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الاحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية.[٥٣] وفي العقد الإداري فهو هنا يختلف من حيث الاشخاص المتعاقدة ففي العقد الإداري يكون طرفا شخصية معنوية، وفي العقد المدني يكون الاطراف اشخاص عاديين، وفي العقد الإداري عدم توافر النصوص التشريعية وقلتها بالنسبة لموضوع العقود الإدارية ويتبين من خلال ذلك أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة[٥٤].

ففي العراق ان العقود الإدارية هي سائر المسائل القانونية الإدارية يمتلئ بالغموض، وان عدم الوضوح سواء على صعيد القضاء أم على صعيد التشريع ذلك إن موقف القضاء العراقي من مجمل موضوعات العقود الإدارية غير مستقر على حال والبد من الإشارة إلى أن المحاكم لدينا تطبق ما تراه من قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية دونما حرج،[٥٥] ومن هنا قد عرف القضاء العراقي بان العقد الإداري يشبه القضاء الفرنسي والمصري فقد ورد قرار محكمة التمييز انه:.... إن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف أنه عقد إداري لان الإدارة قصدت به تسيير مرفق من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة....[٥٦].

وفي ما يخص البيع والايجار، فالعقود البيع الأموال الدولة وايجارها فأنها أصبحت بتنظيم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ وبعد ذلك القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣، فقد أصبحت هذه الإحكام تشكل نظرية عامة للعقود الإدارية وبشكل عام وان العقود هذه بصورة خاصة من خلال ما استقرت الأحكام القضائية الإدارية بخصوصها، وبالرغم من ذلك فان المشرع العراقي قد حدد عددا من العقود بنصوص قانونية لا تدع مجالا للشك في كونها عقودا إدارية كالمقاولات العامة وعقود بيع وإيجار أموال الدولة[٥٧].

الخاتمة:

ان الحمد لله رب العالمين وافضل الصلاة والتسليم على نبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين، وبعد الانتهاء من بحثنا **المعيار القضائي في العقد الإداري**، توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات.

أولاً. النتائج

١. ان المعيار التمييزي بين العقد الإداري و العقود الأخرى بات واضحا بأنه يتميز على العقود الأخرى بأنه سيطرة جهة الادارة إذا كانت طرفا في العقد، بشرط ان يكون موضوع العقد مرفق عام.

٢. ما يميز العقد الإداري على انه توجد فيه شروط غير مألوفة بعكس العقود الأخرى من العقود المدنية أو التجارية.

٣. المعيار القضائي في نظر الدعاوى ان قاضي الإداري لديه مساحة اكبر من القاضي في المحاكم العادية.

٤. ان القانون الإداري غير مقنن ويمكن للقاضي الإداري ان يجتهد في بعض الاحيان بعكس قاضي المحاكم العادية يكون ملزم في النصوص القانونية.

٥. ان اصحاب العقود مع الادارة يكون الطرف الاضعف نعم ولكن ليس انه سوف يتعرض للتعسف أو انتهاك لحقوقهم ابدا بل المشرع في هذا المجال متفهم وقد اوجد الطرق القانونية في حماية تلك الحقوق من تعسف.

٦. ان الإدارة قد جعلت الحق في قيام دعوى بالمطالبة للتعويض في حالة ان وجد ان الادارة تمادت في سلطتها.

ثانياً. التوصيات

١. على المشرع العراقي وبعض الدول في القانون الإداري ان يحدد العقود الإدارية ويضيق من سلطة الادارة فيها ويبين الحقوق المتعاقدين بشكل افضل لكون التفرد في السلطة على حساب الطرف الاخر سوف يجعل هناك عزوف من قبل الافراد في التعاقد مع الادارة مستقبلا.

٢. في عقود المقاولة والتي يكون اطراف العقد فيها من الافراد والادارة وهناك التزامات بينهما وواجبات بالتالي تكون الادارة في عقد المقاولة ملزمة في الايفاء بالأمور المالية ويكون المقاول ملزم بتنفيذ العمل حسب المخططات وبالتالي لا يمكن اجبار المقاول في ان ينفذ اعمال غير موجودة في العقد.

٣. يتوجب على المشرع عند اصدار القوانين ان لا يجعل منها وسيلة لتحقيق الرغبات الفردية و انما يجب ان يصدر عن وعي لتحقيق الخير العام الذي يجب ان يكون هدف المشرع من خلال الموازنة بين صالح الافراد و صالح الجماعة.

هوامش البحث

(١). السروى، عبدالكريم محمد،مدى اختصاص المحكمة الدستورية بدعوى تنازع الاختصاص دراسة مقارنة بين التشريع المصري والبحريني: ص٢٢٥

(٢). مهدي، مروه موفق، «الجهة المختصة بحل اشكاليات تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي في العراق»: ص٧٩

(٣). الثقفي،فايز بن زويد، تنازع الاختصاص الولائي في القضاء السعودي: ص ٢٧

(٤). مهدي، مروى موفق، «الجهة المختصة بحل اشكاليات تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي في العراق»: ص٧٩؛ عبود، القضاء الإداري: ص٩٦

(٥). مرعي، محمود حمدي احمد، ظاهرة بطء الفصل في الدعاوى الإدارية الأسباب النتائج الحلول: ص٢٢٨.
(٦). العاني، محمد شلال، اضواء في القضاء والتنظيم القضائي: ص ١٨٦
.(٧) العنقري، احمد محمود، تنازع الاختصاص القضائي: ص٨٢
(٨). العنقري، احمد محمود، تنازع الاختصاص القضائي: ص٨٨
(٩). العاني، محمد شلال، اضواء في القضاء والتنظيم القضائي: ص١٨٧
(١٠). حمد، فرحان درويش، اختصاصات المحكمة الإدارية العليا في العراق: ص ٢٩٢
(١١). البهادلي والعبودي، حسن حميد، التشريع بين الصناعة والصياغة: ص٥٩
(١٢). الزاملي، حسين احمد، «القضاء هو الجهة الرقابية المختصة لضمان التزام الادارة بالسلطات الممنوحة لها»: ص٩٨
(١٣). سعاد، ميمونه، «توزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي في الجزائر -المعيار العضوي القاعدة العامة والاستثناء المعيار المادي»: ص٣٤٢
(١٤). الزاملي، حسين احمد، «القضاء هو الجهة الرقابية المختصة لضمان التزام الادارة بالسلطات الممنوحة لها»: ص٩٨
(١٥) سعاد، ميمونه، «توزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي في الجزائر -المعيار العضوي القاعدة العامة والاستثناء المعيار المادي»: ص٣٤٣؛ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ص١٢٧.
(١٦). القانون المدني الاردني المادة ٢٨ منها الفقرة ثانيا
(١٧). قانون المرافعات العراقي المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، المادة ٢٩
(١٨). القانون المدني العراق المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المادة ١٤
(١٩). الهداوي، حسن،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين: ص٢٣٩
(٢٠). الدليمي، علي محمد جاسم، الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المستعجلة، دراسة مقارنة: ص٦٢.
(٢١). التوزاني، محمد، القضاء الإداري في المغرب: ٢٠١٣
(٢٢). سامي، جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة: ص٢٦
(٢٣). محكمة التمييز الإداري، قرار رقم ٢٠١٤/٨٦، ٤١/إداري/تمييز/٢٠١٤
(٢٤). محكمة التمييز الإداري قرار المرقم: ١٠مكرر/إداري/تمييز/٢٠١٤
(٢٥). احسان، اسلام، الطعن على الاحكام الصادرة في الدعوى التأديبية: ص٦٦
(٢٦). الزبيدي، جلال، «اختصاصات واشكال المحاكم الإدارية بالعراق»: ص٦٩
(٢٧). الزبيدي، جلال،«اختصاصات واشكال المحاكم الإدارية بالعراق»: ص٦٦
(٢٨). العاني، محمد شلال، معيار اختصاص القضاء الإداري: ص١٦٠
(٢٩). الزبيدي، جلال، «اختصاصات واشكال المحاكم الإدارية بالعراق»: ص١٦٣
(٣٠). الحسيني، عبد الله فاضل، «محكمة القضاء الإداري»: ص٩٨

(٣١). البرزنجي، عصام عبدالوهاب، محكمة القضاء الإداري: ص٩٦
(٣٢). حافظ، محمود محمد، القضاء الإداري: ص٢٢٣
(٣٣). العاني، محمد شلال، «معيار اختصاص القضاء الإداري»: ص١٦٥
(٣٤). الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري: ص ٢٩
(٣٥). خشمان والحسين، مخلد توفيق، العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن: ص١
(٣٦). حافظ، محمود محمد، نظرية المرفق العام: ص١٦؛ بدوي، القانون الإداري: ص١٦٧
(٣٧). القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية، المجموعة، السنة الحادية عشر: ص٨٨
(٣٨). الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية: ص٤٠٨
(٣٩). عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ واحكام القانون الإداري: ص٤٩٢
.(٤٠) الفياض، طه إبراهيم، العقود الإدارية: ص ٦١
(٤١). حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ١٠٥، السنة ١١ ق، جلسة ٤ ف ١٩٦١٠/٦/٤
(٤٢). حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، مجموعة الإحكام الإدارية العليا، السنة ٢٠١٣: ص ٥٧٧
(٤٣). ألكرامي، محمد، القانون الإداري: ص ٢٤٦
(٤٤). فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٦٧، في ١٩٥٦/١٠/٢٣
(٤٥). المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٤ مجموعة من المبادئ في العقود الإدارية
(٤٦). القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المادة ٢٥
(٤٧). القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المادة ٧٣
(٤٨). الحكيم، عبدالحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات: ص٣١٧
(٤٩). القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المادة ٧٤
(٥٠). العوجي، مصطفى، القانون المدني: ص١٢٣
(٥١). القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المادة ٧٥
(٥٢). السنهوري، عبدالرزاق احمد، الوجيز في القانون المدني: ص٣٢
(٥٣). القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المادة ٧٦
(٥٤). نص قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مادة ٢٩
(٥٥). حكم محكمة التمييز الصادر في ١٩٥٨/٣/١٥ في مجلة القضاء: ص ٤٤٨
(٥٦). الحميدي، احمد حسون، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره: ص٢٨٤
(٥٧). الهاشمي، رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد دراسة مقارنة: ص ١٠٣

قائمة المصادر والمراجع

الدساتير والقوانين والاتفاقات الدولية

١- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، مجموعة الاحكام الادرية العليا لسنة ٢٠١٣.

٢- حكم محكمة التميز الصادر ١٥ / ٣/ ١٩٥٨ في مجلة القصاء.

٣- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٦١ جلسة ٤ ف ١٩٦١/٦/٤.

٤- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

٥- القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٦- قانون المرافعات العراقي المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

٧- القضية رقم ٢٢٢ لسنة ٢٠١٠ قضائية المجموعة السنة الحادية عشر.

٨- المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن رقم ٣١٢٨ لسنة ١٩٩٥

٩- محكمة التمييز الإداري قرار ٨٦ / ٢٠١٤ ، ٤١ / إداري / تميز ٢٠١٤.

الكتب العربية:

١- احسان، اسلام، الطعن على الاحكام الصادرة في الدعوى التأديبية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠١٥م.

٢- حافظ، محمود محمد، القضاء الإداري، القاهرة، النهضة العربية، ١٩٧٢.

٣- حافظ، محمود محمد، نظرية المرفق العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٢م.

٤- الحكيم، عبدالمجيد، الموجزي في شرح القانون المدني مصادر الالتزامات، بغداد، مكتبة القانونية، ٢٠٠٧م.

٥- حمد، فرحان درويش، اختصاصات المحكمة الإدارية العليا في العراق، بيروت،٢٠١٣ م مكتبة زين الحقوقية الأدبية.

٦- سامي، جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م

٧- السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوجيز في القانون المدني، القاهرة، النهضة العربية،١٩٦٦م.

٨- الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٥٧.

٩- الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري، الكتاب الأول، القاهرى، دار الفكر العربي، ١٩٩٦.

١٠- العاني، محمد شلال، معيار اختصاص القضاء الإداري ، مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية ، ٢٠٠٩ م.

١١- عبدالوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقي، الكويت، مكتبة الفلاح، ١٩٨١ م.

١٢- العوجي، مصطفى، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧ م.

١٣- الفياض، طة إبراهيم، العقود الإدارية في القانون المدني الكويتي، الكويت،مكتبة الفلاح، ١٩٨١م.

١٤- الكرامي، محمد، القانون الإداري، بيروت، مطبعة المعارف، ٢٠٠٠م.
١٥- مرعي، محمود حمدي احمد، ظاهرة بطء الفصل في الدعاوى الإدارية الأسباب النتائج الحلول، بيروت، دار الجامعة الجديدة.
١٦- الهاشمي، رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد دراسة مقارنة، لبنان، منشورات الحلبي، ٢٠١٠ م.
١٧- الهداوي، حسن،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين عمان،١٩٩٧ م. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

المجلات:

١- التوزاني ، محمد، القضاء الإداري المغربي، مجلة دعوى الحق، ٢٠١٣ م.
٢- خشمان، مخلد توفيق، العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني ، القضاء المقارن، مجلة علوم الشريعة والقانون، ٢٠١٦ م.
٣- السروى، عبدالكريم محمد، مدى اختصاص المحكمة الدستورية بدعوى تنازع الاختصاص دراسة مقارنة بين التشريع المصري والبحريني، مجلة الجامعة الخليجية، ٢٠١٢ م.
٤- سعاد، ميمونة، توزيع الاختصاص القضائي من القضاء الإداري والقضاء العادي في الجزائر - المعيار العضوي القاعدة العامة والاستثناء المعيار المادي، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ٢٠١٧م.
٥- العاني، محمد شلال، أضواء القضاء والتنظيم القضائي، مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية، ٢٠٠٩م.
٦- العميدي ، حلمي حميد، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيرة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ١٩٨٦ م.
٧- مهدي، مروة موفق، رشا محمد جعفر، الجهة المختصة بحل إشكاليات تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي في العراق، مدلة العلوم القانونية، ٢٠٢٠ م.

الرسائل والاطروحات الجامعية

١- الثقفي، فايزين زويد، تنازع الاختصاص الولائي في القضاء السعودي، رسالة ما جستير، جامعة نايف العربية للعلوم الادية، ٢٠١٠ م ،
٢- الحسيني، عبدالله فاضل، المسؤولية المدنية للموظف العام، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥.
٣- الدليلي، علي محمد جاسم، الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المستعجلة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠ م.