

<https://www.doi.org/10.31918/twejer.2032.19>

e-ISSN (2617-0752)

p-ISSN (2617-0744)



أركان العقد الإداري وشروط صحته دراسة مقارنة

د. محمد وحيد دحام

كلية القانون- جامعة سوران

dahham889@gmail.com

ملخص:

ان العقد الإداري هو الأداة التي تستعين بها الإدارة في الحفاظ على استمرارية المرفق العام وسيره باضطراد بغية تلبية حاجات المواطنين مما من شأنه تحقيق الصالح العام. ويتكون العقد الإداري من إجراءات ممهدة لإبرامه، تتمثل بالقرارات الإدارية الصادرة عن هذه الإدارة بما تملكه من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وهذه القرارات تكون جزءا من العقد الإداري ومكونه له. وبالتالي فإن أركان العقد الإداري هي أولا: أن تكون السلطة العامة أحد أطرافه -ثانيا: أن يتصل العقد بخدمة مرفق عام - ثالثا: أن يكون العقد خاضعا للقانون العام. أما شروط صحة العقد الإداري فهي أولا: التزام الإدارة بالقوانين والأنظمة في اختيار المتعاقد معها. -ثانيا: أن يتضمن العقد الإداري نصوص تعاقدية وتنظيمية. وثالثا: أن يكون للشخص المعنوي العام صفة العمومية طوال حياة العقد الإداري.

الكلمات المفتاحية: (العقد الإداري، القرار الإداري، أركان العقد الإداري، شروط صحة العقد الإداري، النظام القانوني للعقد الإداري، نهاية العقد الإداري).

أركان العقد الإداري وشروط صحته

دراسة مقارنة

المقدمة

يعد العقد الإداري ثاني أهم وسيلة للإدارة في تحقيق أهدافها وأغراضها خلال ممارستها لسلطتها العامة بعد القرار الإداري. إلا أن نظريات العقد الإداري التي تناولت تكيف هذا العقد لم تكن موفقة في مسعاها كونها لم تبتعد كثيرا عن مفهوم العقود المدنية وفي ذات الوقت لم تراعي الطبيعة الخاصة للعقد الإداري.

فالعقد الإداري يمكن القول بأنه عقد الإدارة بحق كونها تستأثر بإعداد شروطه، ولها القدرة على تعديلها لاحقا على إبرام العقد، كما إن لها سلطات لا يتوافر مثلها في العقود المدنية، حيث يمكنها التوجيه والرقابة على تنفيذ العقد، ولها أن تفرض الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة أو القسرية، وكذلك العقوبات الفاسخة للعقد الإداري دون اعتراض أو امتناع عن التنفيذ من قبل المتعاقدين منها.

أهمية البحث

إن العقد الإداري هو الأداة التي تستعين بها الإدارة في الحفاظ على استمرارية المرفق العام وسيره باضطراب بغية تلبية حاجات المواطنين مما من شأنه تحقيق الصالح العام. لذا فلا بد أن تؤسس أركان هذا العقد وشروطه وفقا لطبيعته الخاصة وليس استنادا على أركان وشروط العقد المدني كونه يمتلك نظام قانوني مستقل يميزه عن غيره من العقود.

هدف البحث

يهدف هذا البحث إلى تمييز الطبيعة القانونية للعقد الإداري والتي تختلف عن الطبيعة القانونية للعقد المدني، ذلك أن للعقد الإداري أنواع خاصة به لا تتشابه مع أي من العقود المدنية، كما أن عمل الإدارة يصب دائما في خدمة الصالح العام

باعتبارها شخصا معنويا عاما اضى عليها القانون هذه الصفة تحقيقا للمنفعة العامة ، والقاضي الإداري هو القاضي الملائم للفصل في منازعات هذه العقود كونه يمتلك الخبرة والدراية للتعامل مع العقود الإدارية، إلا أن الضرورة العملية ولقصور التشريعات الإدارية خاصة في البلدان التي كانت تنتهج النظام القضائي الموحد ومنها العراق أجازت للقاضي المدني النظر في هذا النوع من العقود.

مشكلة البحث:

تدور مشكلة البحث حول مدى استقلالية العقد الإداري وعدم جواز خضوعه لقواعد القانون الخاص وعدم معاملته معاملة العقد المدني ذلك كونه يختلف عن العقد المدني من حيث الأركان وشروط الصحة.

منهجية البحث:

تم اعتماد المنهج التأصيلي والمقارن، نظرا لما تقتضيه الدراسة من ضرورة معرفة أصل تكوين العقد الإداري وكيفية مساهمة القضاء الإداري في تطويره ومراحل هذا التطور في كل من القضاء الإداري العراقي والقضاء الإداري المصري.

خطة البحث

سنبين في بحثنا هذا النظام القانوني للعقد الإداري، وبيان أركانه وشروط صحته استنادا على أحكام مجلس الدولة المصري والنصوص القانونية مبتعدين قدر الإمكان عن آراء الفقهاء الأجلاء كونها تساوي بين العقد الإداري والعقد المدني في محاولة منهم لسد الفراغ التشريعي.

وعليه قسمنا البحث إلى أربعة مطالب، حيث خصصنا المطلب الأول لمفهوم العقد الإداري والمطلب الثاني لبيان أركانه في حين كان المطلب الثالث لشروط صحة العقد الإداري والمطلب الرابع لنهاية العقد الإداري.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري

إن العقد الإداري وسيلة من وسائل السلطة العامة لإدارة المال العام ويخضع لأحكام القانون العام كونها توافق طبيعة المال العام لاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام. [الإدارية العليا المصرية ; ١٩٦٢، رقم 1965] وفي ذات الوقت شأنه شأن سائر العقود الأخرى التي تخضع لأحكام القانون الخاص حيث يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم. [الإدارية العليا المصرية; رقم ١٠٢٠].

فعند إبرام العقد الإداري فإن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة سواء كانت العقود إدارية أم مدنية، كونها تلتزم بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح لكي يضمن اختيار الإدارة أفضل الأشخاص للتعاقد معهم من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو من حيث الكفاية الفنية أو الكفاية المالية، وضماناً في ذات الوقت للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام وبحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد. في حين يكون الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة يسعى لتحقيق صالحه الخاص، ولا يهتم بالصالح العام ولا يسعى لتحقيقه.

وعليه فإن إرادة الإدارة الراحية للصالح العام والساعية لتحقيقه، أعلى من إرادة الطرف الآخر (المتعاقد مع الإدارة) الذي يسعى لتحقيق أهدافه، وهذا مخالف للقاعدة العامة المستقرة في دائرة علاقات القانون الخاص، والتي تقرر المساواة المطلقة بين إرادات المتعاقدين، وبهذا يكون هناك فارق جوهري بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام. وبذلك ينهار ركن الرضا كركن مفترض من قبل الفقهاء للعقد الإداري.

أما ركن المحل والسبب في العقود المدنية فإننا نرى بأنه لا يمكن عددهما من أركان العقد الإداري، كون العقود الإدارية تسهم في تكوينها القرارات الإدارية

التي تصدرها الجهة الإدارية بمالها من سلطة عامة بمقتضى القانون واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقا لمصلحة عامة. ويلزم هذا القرار الإداري الصادر الإدارة ذاتها بإبرام العقد مع المتعاقد معها والذي عينه العقد دون غيره وليس لها أن تستبدله بغيره. [الإدارية العليا المصرية; ١٩٧٥، رقم ٣٢٠].

لما كان القرار الإداري المساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه بوصفه أحد الإجراءات الممهدة للعقد الإداري ويجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلا ولا يكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء لمحكمة القضاء الإداري. ويقوم القرار الإداري على ثلاثة عناصر هي:

القرار الإداري عمل قانوني.

القرار الإداري عمل صادر عن الإرادة المنفردة.

القرار الإداري يصدر عن جهة الإدارة.

أما شروط صحة هذا القرار الإداري أو مشروعيته، فالقرار الإداري يتحقق الوجود كقرار إداري بتحقيق أركانه ولكنه قد يكون غير مشروع قابل للإلغاء إذا تخلف شرط من شروط صحته. [عبد الوهاب; ٢٠٠٩، ص ٥٤٣]. فلكي يكون القرار الإداري سليما صحيحا من الناحية القانونية ينبغي أن تتوافر عناصره الخمسة جميعها وهي: (الاختصاص، السبب، الشكل، المحل، والغاية).

ذلك أن رقابة القضاء الإداري تنصب على فحص صحة تلك العناصر والتأكد من سلامتها للقول بمشروعية القرار الإداري من عدمه. [الطماوي; ٢٠١٧، ص ١٨١].

وفي حالة توافر مخالفة للقانون في عنصر من هذه العناصر الخمس فإن القرار الإداري وفقا لذلك يكون غير مشروع أو مخالف للقانون ويكون واجب الإلغاء [عبد الوهاب; ٢٠٠٩، ص ٥٤٣] نتيجة لذلك أمام القضاء الإداري. حيث تمارس محكمة القضاء الإداري رقابتها على القرار الإداري للتأكد من سلامته بفحص مدى مشروعيته.

وفي العراق نص قانون مجلس شورى الدولة العراقي الصادر وفقا للتعديل رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ في المادة (٧) خامسا بأنه " يعد من أسباب الطعن في الأوامر والقرارات الإدارية بوجه خاص ما يأتي:

١. أن يتضمن الأمر أو القرار خرقا أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية.

٢. أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص أو معيبا في شكله أو في الإجراءات أو في محله أو سببه.

٣. أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية أو في تفسيرها أو فيها إساءة أو تعسف في استعمال السلطة أو الانحراف عنها.

٤. أما في مصر فقد ذكر المشرع في قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة (العاشرة) منه " أوجه الإلغاء في موضعين:

٥. في البند (ثامنا) بمناسبة الحديث عن الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي فأشارت إلى جواز الطعن (....) وذلك متى كان مرجع الطعن، عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها).

٦. وفي الفقرة الثانية بمناسبة الحديث عن طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية، فأشارت إلى أنه (ويشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة).

إلا أن ما يلاحظ مما سبق بأن تلك الصياغة لم تشر إلى سببين للطعن والإلغاء هما (عيب في سببه ومحله) وعلى ذلك اتجه الفقه، إلا أن عبارة مخالفة القوانين واللوائح تحمل على معنى السبب والمحل. [عكاشة؛ ٢٠١٨، ص ٤٩٠]

مما سبق كله فإننا نرى بضرورة عدم البحث في أركان العقد المدني (الرضا، المحل، السبب) كأركان للعقد الإداري، كون القرار الإداري بوصفه من الإجراءات الممهدة للعقد الإداري وجزء منه قد تكفل بإخضاع المحل والسبب تحت رقابة القضاء الإداري باعتبارهما من شروط صحته وبذلك لا يكون المحل والسبب ركن من أركان العقد الإداري، بل يكونا متعلقين بشروط صحة القرار الإداري المكون للعقد الإداري.

وعليه فإن تعريف العقد الإداري كما أوردته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " يعد العقد إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.] الإدارية العليا المصرية؛ ٢٠٠٢، رقم ٣٠٩٦ [هو الأنسب برأينا لمفهوم العقد الإداري.

واستنادا لهذا التعريف يمكن استخلاص أركان العقد الإداري وهي:

أولاً: أن تكون السلطة العامة إحدى أطرافه.

ثانياً: أن يتصل العقد بخدمة مرفق عام.

ثالثاً: أن يكون العقد خاضعا للقانون العام.

وقد اعتبر القضاء الإداري بأن فقدان أحد الأركان المتقدمة من العقد الإداري فإنه سيتحول إلى عقد مدني يخضع لقواعد القانون الخاص، ولا نتفق مع ما ذهب إليه هذه الأحكام، ذلك أنه لو كان هناك عوار في الشروط الصحة فإن العقد الإداري يتعرض للإلغاء ما لم يتم إصلاحها، أما لو كانت أركانها فإن العقد الإداري يعد باطلا وفي كلتا الحالتين لا يمكن تصور كيفية تحول العقد الإداري عند غياب أحد أركانه، بل نرى بأن العقد الإداري في حالة تخلف أي ركن من أركانه يعد باطلا وفقا لمقتضيات المصلحة العامة وحفاظا على المال العام ولا يتحول لعقد مدني، وإلا " ستكون نتيجة ذلك الحتمية زوال العقود الإدارية من الساحة القانونية والإدارية جميعا. وحل مكانها العقود المدنية، بكل ما يترتب عليها". [محكمة القضاء الإداري؛ ١٩٥٧، ص ٦٠٨]

أما الوضع في العراق فإن السبب الرئيسي لخضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص كون النظام القضائي في العراق يعد نظاماً موحداً ومن ثم تطور تدريجياً ليأخذ بالنظام القضائي المزدوج لذلك أبقى التشريعات العقد الإداري خاضعاً لقواعد القانون الخاص على أمل أن يعهد بالاختصاص في نظره إلى القانون الإداري أسوة بمصر وفرنسا.

المطلب الثاني

أركان العقد الإداري

للعقد الإداري ثلاثة أركان، فالركن الأول هو أن تكون جهة الإدارة أحد أطرافه، والركن الثاني أن يتصل العقد الإداري بمرفق عام، والركن الثالث أن يخضع العقد الإداري للقانون العام وما يقتضيه من شروط غير مألوفة.

ولعل السبب في تحديدنا لهذه الأركان في الوقت الذي يعدها الفقه والقضاء الإداري شروطاً للعقد الإداري هو كون رقابة القضاء تنصب على شروط الصحة في حين تكون الأركان كمعيار لبيان هل أن العقد إدارياً، وبالتالي إمكانية دخوله ضمن اختصاص القضاء الإداري من عدمه، ولما كانت هذه الأركان لا تبيح رقابة القضاء الإداري فإنها لا تصلح لتكون شروطاً لصحة العقد الإداري.

أولاً: أن تكون السلطة العامة أحد أطرافه: الأصل أن الأشخاص المعنوية العامة، أشخاص قانونية تتمتع بكل امتيازات السلطة العامة، وهي تتمتع بهذه الامتيازات في كل مجالات نشاطها، ومن هنا فإن ما تعقده هذه الأشخاص من عقود تعتبر عقوداً إدارية، واعتبر أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً شرطاً لوصف العقد بأنه إداري.

ولكن كثيراً ما يحدث أن يخلع الشخص المعنوي العام رداء السلطة العامة، ويتخلّى عن امتيازات السلطة العامة بإرادته، ويتعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاص، على قدم المساواة ودون وجود أو ظهور لأي من امتيازات السلطة العامة، هنا لا يجوز وصف هذا العقد بأنه إداري.

وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر، بأن تعاقد وزارة الأوقاف مع مقول مباني بصفتها ناظرة وقف، أي كشخص من أشخاص القانون الخاص، وليست كسلطة عامة يجعل العقد غير إداري. [الإدارية العليا المصرية; سنة ١٩٨٧، ص ٨٥٢].

كما وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا الرأي في تقريرها أنه يتعين لا اعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً عاماً ويتعاقد بوصفه سلطة عامة. [الدستورية العليا المصرية; سنة ١٩٩١، ص ٥٣٦].

مما تقدم فإن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني في أن الشخص المعنوي العام في إبرامه أو تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام.

لذا تكون مصلحة المتعاقدين غير متكافئة تغليباً للمصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما وللإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء. [الإدارية العليا المصرية; رقم ٤١٥١].

كما إن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم في العقد المدني حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أو بالنقص على خلاف ما ينص عليه العقد كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أما القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد فتقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقد معها ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل، إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد. حيث يمكن للمتعاقد في هذه الحالة فسخ العقد ومطالبة الجهة الإدارية بكافة النفقات وما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة من جراء عدم تنفيذه للعقد لسبب يرجع إلى خطأ جهة الإدارة. [الإدارية العليا المصرية; ٢٠٠٤، رقم ٦٤٥٦].

ويستوي أن يتعاقد الشخص المعنوي بشخصه أو أن يتعاقد من خلال وكيل عنه، بيان ذلك أنه قد يجري تعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ولكن أحد المتعاقدين لم يكن يتعاقد لحساب نفسه وإنما لصالح ولحساب شخص اعتباري عام، مثل هذا العقد عقد إداري حسب حقيقته، وبصرف النظر عن المظهر الذي لا تظهر فيه شخصية الشخص المعنوي العام.

ولما كان الركن هو ما يعد العقد بدونه باطلاً في حين تخلف الشرط يمكن تداركه فإن كون الإدارة بوصفها سلطة عامة تعد ركناً من أركان العقد الإداري وبذلك نلاحظ إن أركان العقد الإداري تختلف عن أركان العقد المدني.

القضاء يعتبر بعض الأشخاص المعنوية الخاصة أشخاصاً معنوية عامة:

وإذا كان أشخاص القانون العام ما لا شك في طبيعته، بسبب اعتراف الدولة له بهذه الصفة، مثل الدولة والمحافظات والمدينة والقرية وسائر الأشخاص المحلية والمصلحية، فإن القضاء قد اعترف لبعض الأشخاص المعنوية بأنها من أشخاص القانون العام، مستشعراً في ذلك، فضلاً عن أن إنشاءها يكون بتشريع أو بناء على تشريع.

ومثال ذلك النقابات المهنية والغرف التجارية. وإذا ما اعترفنا لشخص معنوي بأنه من أشخاص القانون العام، فإن العقود التي يبرمها هذا الشخص،

تدخل في عداد العقود الإدارية متى استكملت باقي شروط العقود الإدارية. ولا يكفي أن يكون الشخص المعنوي عاماً وقت انعقاد العقد، وإنما يجب أن يستمر متمتعاً بصفته العمومية ساعة انعقاد العقد، وأثناء سريان العقد وإلى تمام تنفيذه، وبحيث إذا زالت عنه صفة العمومية لأي سبب، تحول العقد الذي بدأ إدارياً إلى عقد من عقود القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بالفصل في منازعته للقضاء العادي، ويخضع لولاية القانون الخاص. [الإدارية العليا المصرية؛ لسنة ٥٤ ق ; رقم ١٥٤].

شركات القطاع العام والشركات القابضة والشركات المختلطة:

ترتب على ظهور التيار الاشتراكي، أن اتسعت دائرة تدخل الإدارة في مختلف نواحي الحياة، خاصة المتعلقة بالنشاط الاقتصادي. ولقد ترتب على ذلك أن ظهر ما يسمى بالقطاع العام وقطاع الأعمال والشركات القابضة والشركات التابعة لها، بالإضافة إلى الشركات الاقتصادية المختلطة التي تتكون وتقوم نتيجة اشتراك مال عام مع المال الخاص.

حيث تتمتع كل هذه التنظيمات بالشخصية المعنوية الخاصة، ولقد اعتبر الفقه هذه كلها من أشخاص القانون الخاص، باعتبارها تمارس نشاطاً اقتصادياً، مما يعتبر أساساً من نشاطات الأفراد، وأنه لا يعتبر نشاطاً إدارياً حتى لو تولت الإدارة فعاليته، إذ لا يعدو العمل الإداري هنا سوى أنه مجرد إدارة، دون أن يترتب تغييراً في طبيعة النشاط، ويؤكد ذلك أن المشرع ذاته قد الحق بهذه التنظيمات الاقتصادية صفة "الشركة المساهمة"، وهي بلا خلاف من أشخاص القانون الخاص.

ولم يختلف نهج القضاء عن هذا الرأي، من ذلك ما قرره المحكمة الإدارية العليا [الإدارية العليا المصرية؛ لسنة ٣٣ ق؛ رقم ٧٠٨] من أن شركات القطاع العام ليست من أشخاص القانون العام، ونشاطها لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة. وبذات المبدأ جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا [المحكمة الدستورية العليا المصرية؛ لسنة ١٢ ق ن؛ رقم ١] من أن شركات القطاع العام من أشخاص القانون الخاص.

ثانيا: أن يتصل العقد بخدمة مرفق عام:

إن فكرة المرفق العام تعني الجهاز أو المشروع الذي يجري تسييره من قبل هيئة أو تحت إشرافها مستعينة بوسائل القانون العام [جواد ; 2010 ; ص ٥٥] فاتصال العقد بالمرفق العام هو الركن الذي يبرر انفراد العقد الإداري بأحكام خاصة، كون الإدارة العامة تعمل على تحقيق الصالح العام من خلال المرافق العامة.

واستنادا لما تقدم تقرررت المبادئ العامة الحاكمة لهذه المرافق، بضرورة استمرار هذه المرافق في عملها وبانتظام، وقابليتها للتطوير، ثم تحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدماتها، أما الأطراف الأخرى في العقد فهي من أفراد وأشخاص القانون الخاص، وكلها تعمل للصالح الخاص بها، وهكذا يجد عدم المساواة بين أطراف العقد، المتمثل في ظهور الشخص الإداري أحد أطراف العقد، بمظهر السلطة العامة واستخدامه لمميزاتها، دون باقي الأطراف.

فالعقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية بأنها تستهدف مصلحة عامة بتسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي [محكمة القضاء الإداري ; ١٩٩٥ ; رقم ١٦٠٩] حيث يعتبر تعلق العقد بمرفق عام من أهم الأركان المميزة للعقد الإداري عن غيره مما تعقده الإدارة من عقود.

لذا فإن تعلق العقد بمرفق عام يعد ركن رئيسي وهام من أركان العقد الإداري، كون العقد قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بالمرفق العام، وأخذه بأسلوب القانون العام، ولا يكفي أن يكون أحد طرفي التصرف شخصا إداريا عاما للقول بان هذا التصرف عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص بالفصل في منازعاته محكمة القضاء الإداري، فلا بد أن يتميز العقد الإداري عن العقد المدني بطابع مناطه احتياجات المرفق العام. [محكمة القضاء الإداري ; ١٩٦٠].

أما العقود المبرمة من قبل المرافق العامة الاقتصادية والتجارية رغم امتلاكها الشخصية المعنوية العامة إلا أنها تكون خاضعة لقواعد القانون الخاص

وليس القانون العام، كونها مرافق عامة تمارس نشاطا لا يختلف بطبيعته عن النشاط الخاص، فهي تمارس نشاطا اقتصاديا، سواء كان ماليا أو صناعيا أو تجاريا أو زراعيا، أي أنها تمارس نشاطا من طبيعة صناعية أو تجارية. إلا أن هذه المرافق تستطيع إبرام عقود إدارية إذا ضمنت عقودها شروطا لا يقرها القانون الخاص. ويعتبر عملاء هذه المرافق المستفيدين من خدماتها في مركز المنتفعين في القانون الخاص. [الإدارية العليا المصرية ; ٢٠٠٤ ; رقم ٢٦٧٨].

وعليه فإن اتصال العقد بمرفق عام، لا يصلح وحده كذلك للقول بأن العقد إداري، وذلك للتطور الكبير الذي تعرض له القانون الإداري، والذي أدى إلى العدول عن الفكرة التي اتخذت من المرفق العام، أساساً لكل علاقات ومبادئ وأفكار ونظريات القانون الإداري، وذلك بعد أن دخل في عداد المرافق العامة التقليدية، مرافق عامة اقتصادية، فرضت طبيعتها على الإدارة أن تديرها بأحكام ومبادئ القانون الخاص المدني والتجاري، وهكذا لم يعد عنصر اتصال العقد بمرفق عام عنصراً مميزاً للعقد الإداري.

ثالثاً: أن يكون العقد خاضعاً لأحكام القانون العام:

إن الركن المتمثل في أخذ الإدارة في العقد بوسائل القانون العام وأساليبه، وهو ما يعني تضمن العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص، فالشروط الاستثنائية تحمل حقوقاً والتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يجري التعامل بها وفقاً للنصوص المدنية والتجارية كونها شروط غير مألوفة في القانون الخاص، ولا يمكن للأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة والا فإن العقد يعد غير مشروع لمخالفته النظام العام.

وتقسم الشروط الاستثنائية وفقاً للفقهاء إلى:

النوع الأول: شروط استثنائية مستمدة من امتيازات السلطة العامة التي لا يكون أطراف العقد في حالة متساوية أو متكافئة، أي تتمتع الإدارة بعدد من الامتيازات منها قدرتها على تعديل الشروط العقدية، وفرض الرقابة والتوجيه لتنفيذ العقد وسلطة فرض العقوبات العقدية.

النوع الثاني: شروط استثنائية يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير: الأصل أن المتعاقد مع الإدارة من أشخاص القانون الخاص، ذلك أن أشخاص القانون الخاص لا يتمتعون بشيء من امتيازات السلطة العامة ولكن العقد الإداري قد يتضمن شروطاً تمنح المتعاقد مع الإدارة، وهو من أشخاص القانون الخاص، سلطات استثنائية، وامتيازات من امتيازات السلطة العامة، كأن تجعل له حق التنفيذ المباشر، أو حق نزع الملكية العامة، أو حق استخدام الدومين العام، أو استخدام وشغل بعض العقارات الخاصة لمدة محددة، دون الحاجة لرضاء ملاكها، هذه وأمثالها امتيازات تتمتع بها الإدارة العامة فقط، باعتبارها القائمة على تحقيق الصالح العام.

فإذا ما تضمن العقد شروطاً تمنح هذه الامتيازات أو بعضها لواحد من أشخاص القانون الخاص، كان واضحاً أنها شروط غير مألوفة في مجالات القانون الخاص، ومن ثم فإن ظهور مثل هذه الشروط في العقد، تعلن أن العقد عقد إداري. [جواد ؛ ٢٠١٠ ؛ ص ٥٤].

النوع الثالث: اشتراك المتعاقد مع الإدارة في مباشرة تسيير المرفق العام وإدارته: الأصل أن المرفق العام يقوم على تقديم وتحقيق مصلحة عامة، والأصل كذلك أن تقوم الإدارة العامة على إدارة المرافق العامة، باعتبارها الأمانة والقائمة على تحقيق الصالح العام، والأصل أيضاً، أن أشخاص القانون الخاص، يسعون لتحقيق مصالحهم الخاصة، وأنها بالقطع ليست الصالح العام، بل ولا تتفق معه، ومن هنا فلا يجوز أن يتولى أشخاص القانون الخاص إدارة المرافق العامة. ورغم هذه المبادئ والأصول، فإننا نجد الإدارة تعقد عقداً، يعطي للمتعاقد معها – وهو من أشخاص القانون الخاص – أن يشارك الإدارة العامة في إدارة مرفق عام. مثل هذا الشرط يمثل خروجاً على المألوف والمتفق عليه، فهو شرط استثنائي يعلن أن العقد عقد إداري.

ومن الجدير بالذكر فإن المحكمة الإدارية العليا المصرية قررت بأنه لا يلزم لتحقيق توافر الشرط الاستثنائي أن يتضمن العقد شروطاً متعددة من هذا النوع الاستثنائي، وإنما يكفي أن يتضمن العقد شرطاً استثنائياً واحداً ليكتسب صفة العقد الإداري. [الإدارية العليا المصرية ١٩٦٢ ؛ ص ١٠١٢].

وعليه فإنه لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود يستند بالدرجة الأساس على الشروط الاستثنائية أو أحدها. ذلك أن علاقة العقد بالمرفق العام وإن كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، كون قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام.

إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة. ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد. [محكمة القضاء الإداري ; ١٩٥٦ ; بدون رقم].

وهكذا استقر القضاء على أن عنصر الأخذ بأسلوب القانون العام، بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، هو العنصر الرئيسي في تمييز العقد الإداري. وفي ذات الاتجاه سار الفقه، ومن ذلك ما يقرره الفقيه أندريه دي لوبادير من أن عنصر تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، هي العنصر الجوهرى لتمييزه العقد الإداري في الوقت الحاضر.

ومن الجدير بالذكر أن الشروط الاستثنائية في العقد الإداري تختلف عن شروط الإذعان في العقد المدني، كون الأخيرة معروفة في مجالات القانون الخاص وهي عقود يضمنها أحد أطرافها شروطاً مجحفة بالطرف الآخر ويفرضها عليه بما يخل بمبدأ المساواة الذي يسود كل علاقات القانون الخاص كعقد توريد الكهرباء وعقد توريد المياه وعقود الانتفاع بالاتصالات السلكية واللاسلكية.

كما أن العقد المتضمن شروط الإذعان فإن طبيعته القانونية لا تتغير ويبقى خاضعاً للقانون الخاص وينظم أحكامه القانون المدني. وبإمكان القاضي المدني

تعديل هذه الشروط أو يلغيها بالكامل ويكون تفسير القاضي لهذه الشروط دائما لصالح المذعن.

أما الشروط الاستثنائية فإن العقد الذي يتضمنها هو عقدا إداري وتغير طبيعته إلى عقد مدني إذا ما افتقد هذا العقد لهذه الشروط الاستثنائية ولا يملك القاضي أن يعدلها أو يلغيها، لأنه لو فعل لترتب على فعله حذف الشروط الاستثنائية من العقد، مما يترتب عليه افتقاد العنصر المميز له كعقد إداري، ويتحول إلى عقد مدني بكل ما يترتب على ذلك، ونتيجة ذلك الحتمية زوال العقود الإدارية من الساحة القانونية والإدارية جميعا. [محكمة القضاء الإداري ; ١٩٥٧ ص ٦٠٨].

مما تقدم فإن وجود جهة إدارية عامة وعقد متصل بخدمة مرفق اقتصادي عام لا يعد عقدا إداريا كون العقد قد خلا من الشروط الاستثنائية المألوفة في القانون الخاص وبالتالي لا يخضع لأحكام القانون العام. فلا يجوز قانونا تعديل أو إنهاء هذا العقد بإرادة الجهة الإدارية المنفردة. [الإدارية العليا المصرية ; ٢٠٠٤ رقم ٢٦٧٨].

المطلب الثالث

شروط صحة العقد الإداري

إن العقد الإداري يتحقق الوجود بتحقيق أركانه ولكنه قد يكون غير مشروع قابل للإلغاء إذا تخلف شرط من شروط صحته. فلكي يكون العقد الإداري سليما صحيحا من الناحية القانونية ينبغي أن تتوافر عناصره الثلاث جميعها وهي: (التزام الإدارة بالقوانين والأنظمة في تحديد المواصفات الفنية للعقد واختيار المتعاقد معها، وأن يتضمن العقد الإداري النصوص العقدية والتنظيمية المرنة، وأن يكون للشخص المعنوي العام صفة العمومية طوال حياة العقد الإداري).

ذلك أن رقابة القضاء الإداري تنصب على فحص صحة تلك العناصر والتأكد من سلامتها للقول بمشروعية العقد الإداري من عدمه. وفي حالة توافر مخالفة للقانون في عنصر من هذه العناصر الثلاث فإن العقد الإداري وفقا لذلك

يكون غير مشروع أو مخالف للقانون ويكون واجب الإلغاء نتيجة لذلك أمام القضاء الإداري. حيث تمارس محكمة القضاء الإداري رقابتها على العقد الإداري للتأكد من سلامته بفحص مدى مشروعيته.

وشروط صحة العقد الإداري هي:

أولاً: التزام الإدارة بالقوانين والأنظمة في تحديد المواصفات الفنية للعقد واختيار المتعاقد معها.

ثانياً: أن يتضمن العقد الإداري نوعين من النصوص:

النصوص التعاقدية.

النصوص التنظيمية.

ثالثاً: أن يكون للشخص المعنوي العام صفة العمومية طوال حياة العقد الإداري.

أولاً: التزام الإدارة بالقوانين والأنظمة في تحديد المواصفات الفنية للعقد واختيار المتعاقد معها:

إن الإدارة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد، إذ فرض المشرع جملة من القيود والإجراءات تلتزم الإدارة باتباعها حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام. فالأصل في إبرام العقود الإدارية يحددها المشرع مسبقاً وذلك من أجل إدراك هدفين هما:

الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية.

الثاني: مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها. [محكمة القضاء الإداري ; ١٩٥٢ ; رقم ٧٠٢٧].

ذلك إن العقود الإدارية تمتاز بمبادئ وقواعد تميزها عن العقود المدنية وأهمها الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه، وهو الصالح العام، ولهذا جعل القانون لجهة الإدارة مركزاً أقوى من مركز المتعاقد معها بينما يستهدف المتعاقد (الطرف الثاني) تحقيق مصالحه الخاصة.

كما ويتعلق العقد الإداري وبشكل دائم بمرفق عام أي أن الأعباء المالية للعقد تقع على كاهل المرفق العام وتؤدي هذه النتيجة إلى سعي الإدارة للتعاقد مع من يتقدم بالعطاء الأقل حماية لمال المرفق العام، ويتداخل مع كون العقد الإداري يرتبط بالمرفق العام أن يكون دائم التطور ليتساوى مع القطاع الخاص وبهذا يجب أن يكون موضوع العقد على درجة عالية من الكفاءة والتطور وتتولى ذلك لجان فنية عالية المستوى تعهد إليها مهمة وضع المواصفات الفنية للعقد التي يجري التعاقد على أساسها . وكذلك الحال تقوم هذه اللجان بتعيين المتعاقد مع الإدارة اذا ما كانت شخصيته محل اعتبار.

فاذا لم يتم التزام الإدارة بالتعاقد بهذه القوانين والأنظمة الواجب عليها اتباعها في سبيل إتمام إبرام العقد الإداري فلا نكون بصدد عقد إداري مكتمل الأركان بل بصدد أعمال تحضيرية لهذا التعاقد. [الإدارية العليا; ٢٠٠٧; رقم ١٧٢٥٤] وتخضع الإدارة وهذه الحالة لرقابة القضاء الإداري الذي يمارس دوره في مراقبة الوجود المادي والقانوني للعقد الإداري.

ثانياً: أن يتضمن العقد الإداري نصوص تعاقدية ونصوص تنظيمية مرنة:

النصوص التعاقدية: وهي التي يتضمنها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد وتشمل على مدة العقد، ومقدار الأجر، نوع العمل... إلخ.

كما إن للإدارة المتعاقدة القدرة على تعديل هذه الشروط التعاقدية لاحقاً على إبرامه من حيث الكم والنوع تبعاً لمتطلبات المصلحة العامة وإيراداتها المنفردة دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر. مستخدمة بذلك سلطتها العامة تلبية لمقتضيات عمل المرفق العام. دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. [الإدارية العليا ; ٢٠٠٤ ; رقم ٦٤٥٦].

كما تتميز الشروط التعاقدية للعقد الإداري بأنها مرنة وغير جامدة ولا يمكن للإدارة أن تبقى مرتبطة بشروط عقدية لم تعد تحقق لها الغرض الذي من أجله أبرم العقد الإداري، ولا سيما وأن تنفيذ العقد الإداري يحتاج إلى مدة طويلة من الزمن كعقود التزام المرفق العام وعقود الاشغال العامة تتغير خلالها مقتضيات المصلحة العامة وحاجات المرفق العام.

ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن تنفيذ هذا التعديل طالما انه لم يمس الحقوق الذاتية للمتعاقد ولا سيما الميزان الاقتصادي للعقد وبعبارة أخرى فإن له الحق بالتعويض وأحيانا فسخ العقد إذا أصبح أمام عقد جديد. [جواد ; ٢٠١٠ ; ص ٦٠] مما يتيح للقضاء الإداري ممارسة رقابته.

ذلك أن سلطة التعديل لجهة الإدارة ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقد معها ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديلات يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد راسا على عقب.

[الإدارية العليا ; ٢٠٠٤ ; رقم ٦٤٥٦].

وإذا ما تجاوزت الجهة الإدارية لسلطة التعديل جاز للمتعاقد معها فسخ العقد، ومطالبتها بكافة النفقات وما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة من جراء عدم تنفيذه للعملية بسبب يرجع إلى خطأ الجهة الإدارية.

كما لا يجوز أن ينص العقد الإداري على عدم اختصاص محاكم القضاء الإداري وأن المحاكم الابتدائية هي المختصة في ذلك، حيث أن قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام وكل اتفاق على ما يخالفها يقع باطلا ولا يعتد به. [الإدارية العليا المصرية ; ٢٠٠٦ ; رقم ٥٤٢٢].

١- النصوص التنظيمية: وهي النصوص التي تستمد من القوانين والأنظمة والتي تسري على الطرفين ولم ينص عليها في العقد، حيث في ضوءها ينظر إلى المتعاقد على أنه موظف لكونه يسري عليه ما يسري على أقرانه في الوظيفة العامة.

وأن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد عليها إنما تخاطب كافة فإن قبلوا على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصير جزءاً لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها، ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام. [الإدارية العليا المصرية ; ١٩٦٨ ; رقم ٨٥٨] حيث لا يتم الرجوع للقوانين واللوائح إلا فيما لم يتم تنظيمه بحكم خاص. [الإدارية العليا المصرية ; ٢٠٠١ ; رقم ٥٥٥٩].

وعليه فإن نصوص العقد الإداري هي التي تحدد حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته وليس على أساس مكاتبات أو منشورات أو كتب دورية تصدرها الوزارات إلى أجهزتها الإدارية المختلفة. [الإدارية العليا المصرية ; ١٩٦٩ ; رقم ٣٥٤].

ثالثاً: أن يكون للشخص المعنوي العام صفة العمومية طوال حياة العقد الإداري: حيث لا يكفي أن يكون الشخص المعنوي عاماً وقت انعقاد العقد، وإنما يجب أن يستمر متمتعاً بصفة العمومية لحظة انعقاد العقد وأثناء سريانه حتى إتمام تنفيذه.

أما إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها وصف العقد الإداري صار من عقود القانون الخاص. [الإدارية العليا المصرية ; ٢٠٠٢ ; رقم ٣٠٩٦]، وتزول صفة العمومية للشخص المعنوي في حالة هلاك محل العقد وهي حالة القوة القاهرة، وقد يتحقق بسبب صدور قانون كما في عقود التزام المرافق العامة.

مما سبق كله فإن العقد الإداري يتحقق الوجود كعقد إداري بتحقيق أركانه ولكنه قد يكون غير مشروع قابلاً للإلغاء إذا تخلف شرط من شروط صحته. [عبدالوهاب; ٢٠٠٩; ص ٥٣٤].

المطلب الرابع

نهاية العقد الإداري

لا تنتهي العقود الإدارية بنهاية موحدة، وإنما تتنوع نهايات العقود الإدارية إلى نوعين، فالعقد الإداري قد ينتهي أو ينقضي نهاية طبيعية شأنه في ذلك شأن العقود عامة، وقد ينتهي نهاية غير طبيعية وكالتالي:

أولاً: انقضاء العقود الإدارية نهاية طبيعية:

والمقصود بالنهاية الطبيعية، هي تلك النهاية التي تقع دون تدخل من شخص خارج أشخاص العقد، كالقضاء أو مجالس التحكيم بل ودون أي حاجة لمثل هذا التدخل. ونقابل في هذا المجال حالتين ينقضي العقد نهاية طبيعية إذا تحققت واحدة منهما.

ثانياً: النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية:

غالباً ما ينقضي العقد أو ينتهي قبل تنفيذ أغراضه أو تحقيق أهدافه، وقد ينتهي قبل إتمام مدته إن كان للعقد مدة محددة. [الحو; ١٩٨٧; ص ٤٩٨]

١- الفسخ القضائي:

واضح من التسمية أن هذا الفسخ لا يكون إلا بفعل القضاء. مفاد ذلك أن يرتكب أحد أطراف العقد من الأخطاء ما يجعل الطرف الآخر لا يستطيع الاستمرار في تنفيذ العقد، هنا يلجأ هذا الطرف إلى القضاء طالباً الحكم بفسخ العقد.

وتجعل المحكمة الفسخ اعتباراً من تاريخ تحريك الدعوى. أما إذا تبينت المحكمة عدم صحة ادعاءات المدعي، أو كانت ادعاءاته صحيحة ولكنها لا تمثل جساماً تجعل التنفيذ مستحيلاً أو صعباً، قضت المحكمة برفض الدعوى.

ويتضح جلياً أن على المتعاقد مع الإدارة، أن يلجأ إلى القضاء كلما أراد فسخ العقد، وفي جميع الحالات، أما الإدارة فلها الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون اللجوء للقضاء، ولها كذلك أن لا تستعمل هذا الحق، وأن تلجأ للقضاء وللحصول على حكم بفسخ العقد، وذلك توكيلاً لما قد يطالب به المتعاقد معها من تعويضات. [بدوي؛ ١٩٩٩؛ ص ١٥]

٢- الفسخ الإداري:

إذا كان الفسخ القضائي لا يقع ولا يكون إلا بحكم قضائي، فإن الفسخ الإداري يقع بفعل الإدارة وإرادتها المنفردة، متى قدرت أن ذلك لتحقيق الصالح العام، سواء ارتكب المتعاقد معها أخطاء أم لم يرتكب، وسواء تضمن العقد شروطاً تمنح الإدارة حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالات يحددها العقد، أم لم يتضمن العقد مثل هذه الشروط. ولا تكون سلطة الإدارة في هذا المجال مطلقة، وإنما هي سلطة لها حدود وضوابط. ذلك للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه.

٣- الفسخ الاتفاقي:

الفسخ الاتفاقي هو إنهاء العقد قبل تمام تنفيذه أو تمام مدته، باتفاق يتم بين طرفيه، الإدارة والمتعاقد معها. وقد يتضمن اتفاق الفسخ على إلزام أحد الطرفين بتعويض، عما أصاب الطرف الآخر من أضرار، من جراء إنهاء العقد قبل بلوغه نهايته الطبيعية، وهو أمر قانوني وجائز.

٤-الفسخ بقوة القانون:

يقع الفسخ هنا بقوة القانون، أي دون تدخل قضائي أو إداري، وهي حالات يقرر فيها القانون إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية إذا تحققت شروط يحددها، فإذا تحققت هذه الشروط صار العقد مفسوخاً بقوة القانون، ويكون الفسخ اعتباراً من تاريخ تحقق الشروط، وهو حالة هلاك محل العقد وهي حالة القوة القاهرة وقد يتحقق صدور قانون كما هو في عقود التزام المرافق العامة كما قد ينتهي بسبب وفاة المتعاقد إذا كان محل اعتبار وكذلك في حالة إفلاسه. [عكاشة؛ ٢٠١٨؛ ص ٤٩٠]

مما سبق كله نلاحظ الفرق الكبير بين نهاية العقود الإدارية ونهاية العقود المدنية ذلك أن القاعدة في العقد المدني لا يقوم إلا باتفاق بين طرفيه، فإنه يكون منطقياً أن ينتهي العقد كذلك باتفاق طرفيه، فالذي يملك البناء يكون له حق الهدم. في حين الوضع يكون مختلفاً في العقود الإدارية فنرى إن للإدارة وبارادتها المنفردة تتمكن من نهاية العقد الإداري وبأكثر من وسيلة كما ذكرنا في أعلاه.

الخاتمة

إن العقد الإداري يتكون من إجراءات ممهدة لإبرامه تتمثل بالقرارات الإدارية الصادرة عن هذه الإدارة بما تملكه من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وهذه القرارات تكون جزءاً من العقد الإداري ومكوناً له وإن كانت تنفرد عنه بطبيعتها بحيث يمكن الطعن عليها استقلالاً عن العقد الإداري أمام محاكم القضاء الإداري المختص. لذا فإن أركان العقد المدني يمكن الكلام عنها ضمن أركان القرار الإداري وشروط صحته، أما فيما يتعلق بركن الرضا فلا يمكن توافره مع وجود الإرادة المنفردة للإدارة، لذا فقد خلص هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

١- من تعريف المحكمة الإدارية العليا المصرية للعقد الإداري بأنه " يعد العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصل بمرفق عام ومتضمناً شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص".

واستناداً لهذا التعريف يمكن استخلاص أركان العقد الإداري وهي:

أولاً: أن تكون السلطة العامة أحد أطرافه.

ثانياً: أن يتصل العقد بخدمة مرفق عام.

ثالثاً: أن يكون العقد خاضعاً للقانون العام.

٢- وقد توصلنا من خلال الأحكام القضاء الإداري إلى إن شروط صحة العقد الإداري هي:

أولاً: التزام الإدارة بالقوانين والأنظمة في اختيار المتعاقد معها.

ثانياً: أن يتضمن العقد الإداري نوعين من النصوص:

أ- النصوص التعاقدية.

ب- النصوص التنظيمية.

ثالثاً: أن يكون للشخص المعنوي العام صفة العمومية طوال حياة العقد الإداري.

١. إن للعقود الإدارية أنواع خاصة بها ولا تتشابه مع أي من العقود المدنية، لذا لا نذهب برأينا مع من يقسم العقود الإدارية بإخضاعها تارة للقانون العام وتارة أخرى للقانون الخاص، ذلك إن عمل الإدارة دائماً وأبداً يصب في خدمة الصالح العام باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً أضفى عليها القانون هذه الصفة تحقيقاً للمنفعة العامة ولا يمكن تصور أن تكون هناك منفعة خاصة

للإدارة وإن كانت لا تتعلق بالمرفق العام بشكل مباشر إلا أنها تتصل بتنظيمه بطريقة غير مباشرة.

٢. إن إخضاع العقود الإدارية للقانون الخاص لا يعني بأنها تنسجم معه أو أنه ينطبق عليها فالقاضي الإداري هو القاضي الملائم والذي يمتلك الخبرة والدراية للتعامل مع العقود الإدارية، إلا أن الضرورة العملية ولقصور التشريعات الإدارية خاصة في البلدان التي كانت تنتهج النظام القضائي الموحد ومنها العراق.

٣. إن الإدارة لا تستوي مع الأفراد عند إبرام العقد الإداري كون إرادة الإدارة الراحية للصالح العام والساعية لتحقيقه، أعلى من إرادة الطرف الآخر (المتعاقد مع الإدارة) الذي يسعى لتحقيق أهدافه، وهذا مخالف للقاعدة العامة المستقرة في دائرة علاقات القانون الخاص، والتي تقرر المساواة المطلقة بين إرادات المتعاقدين، وبهذا يكون هناك فارق جوهري بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام. وبذلك ينهار ركن الرضا كركن مفترض من قبل الفقهاء للعقد الإداري.

٤. إن الشروط التعاقدية للعقد الإداري مرنة وغير جامدة ولا يمكن للإدارة أن تبقى مرتبطة بشروط عقدية لم تعد تحقق لها الغرض الذي من أجله أبرم العقد الإداري.

٥. الأصل في إبرام العقود الإدارية يحددها المشرع مسبقاً وذلك من أجل إدراك هدفين هما:

الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخرينة العامة، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية.

الثاني: مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفاً المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها.

ثانياً: التوصيات:

١. نهيب بالمشرع العراقي إلى وضع نصوص تشريعية إدارية تتعلق بالعقد الإداري وإدراجه ضمن نصوص قانون مجلس الدولة العراقي مع الإشارة إلى تحديد العقود الإدارية أسوة بالمشرع الإداري المصري.
٢. اعتماد معيار أو مبدأ الكفاءة أو الجدارة عند اختيار المتعاقد مع الإدارة لأن المتعاقد هو معاون للإدارة في إنجاز أعمالها مما يستوجب أن يكون ذو خبرة وكفاءة.
٣. نوصي مع من سبقنا إلى مد اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية دون اقتصار اختصاصها في النظر بصحة القرارات الإدارية أسوة بمحاكم القضاء الإداري في القوانين المقارنة، مع تفعيل دورها في نظر كافة المنازعات الإدارية.

المصادر:

- الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٧.
- الطماوي، سليمان، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ٢٠١٧.
- بدوي، ثروت، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩.
- جواد، محمد علي، مبادئ القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٠.
- عبد الوهاب، محمد رفعت، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ج ١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.
- الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٦ ق-تاريخ الجلسة ٣/٣١ / ١٩٦٢.
- الإدارية العليا المصرية - الطعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٩ ق-تاريخ الجلسة ٤/٨ / ١٩٦٧.
- الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٧ ق، تاريخ الجلسة ٤/٥ / ١٩٧٥.
- الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم ٣٠٩٦ لسنة ٤٥ ق-تاريخ الجلسة ٢/٣ / ٢٠٠٢.
- حكم محكمة القضاء الإداري، في الجلسة ٦/٣٠ / ١٩٥٧، مجموعة الأحكام، السنة ١١، ص ٦٠٨.
- المحكمة الإدارية العليا، الحكم الصادر بجلسة ١٢/٢١ / ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٢، ص ٨٥٢.

- المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم ١ لسنة ١٢ ق، المجموعة، ج ٤، ١٩٩١/١/٥، ص ٥٣٦.
- المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٤١٥١ – لسنة ٣٨-تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٩/٤.
- المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٦٤٥٦- لسنة ٤٦- تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠.
- حكم محكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٤، ص ٥٤.
- المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ٧٠٨ لسنة ٣٣ ق.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الطعن رقم ١ لسنة ١٢ ق ن.
- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق بتاريخ ١٦ ديسمبر عام ١٩٩٥.
- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بجلسته ١٣/١٠/١٩٦٠ والمنشور بمجموعة المكتب الفني لسنة ١٥، ص ٢٣.
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٢٦٧٨، لسنة ٤٦، تاريخ الجلسة ٢٨/٤/٢٠٠٤.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في ٣١/٣/١٩٦٢، المجموعة، السنة ٦، ص ١٠١٢.
- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٦.

- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في الجلسة ١٩٥٧ / ٦ / ٣٠ ، مجموعة الأحكام، السنة ١١ ، ص ٦٠٨.
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٢٦٧٨ ، لسنة ٤٦ ، تاريخ الجلسة ١٩٥٤ / ٤ / ٢٨ .
- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ٧٠٢٧ في ١٩٥٢ / ٤ / ١٤ ، السنة الثامنة .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٧٢٥٤ ، لسنة ٥٢ ق، تاريخ الجلسة ٢٠٠٧ / ٣ / ١٩ .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ، تاريخ الجلسة ٢٠٠٤ / ٣ / ٣٠ .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ، تاريخ الجلسة ٢٠٠٤ / ٣ / ٣٠ .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٥٤٢٢ ، لسنة ٤٩ ق ، تاريخ الجلسة ٢٠٠٦ / ١١ / ٢١ .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق، تاريخ الجلسة ١٩٦٨ / ١ / ٦ .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٥٥٥٩ لسنة ٤٣ ق، تاريخ الجلسة ٢٠٠١ / ٨ / ٢٩ .
- الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ١٠ ق، تاريخ الجلسة ١٩٦٩ / ٢ / ١ .
- الإدارية العليا المصرية- الطعن رقم ٣٠٩٦ لسنة ٤٥ ق- تاريخ الجلسة ٢٠٠٢ / ٣ / ١٩ .

پوخته:

گریبه سستی کارگیږی ئه و ئامرازهیه که کارگیږی پستی پی ده به سستی بو پاریزگاری کردن له به رده وام بوون و به ریوه چونی دام و دهزگا گشتیه کان له پیناو به جی هینانی پنداویستیه کانی هاو نیشتیمانیان که ده بیته هوئی به دیهینانی به رژه وهندی گشتی. وه گریبه سستی کارگیږی پیک دیت له ریکاری ریخوشکهر بو به سستی، که خوئی ده بینیته وه له بریاره کارگیږیه کان که له لایه ن ئه و کارگیږیه ده رکراون به و ده سله لاته گشتیه ی که هیه تی به پیی یاسا و ریساکان، وه ئه و بریارانه به شیکن له گریبه سستی کارگیږی وه ئه و گریبه سسته پیک ده هیئن. به م شیوه یه روکنه کانی گریبه سستی کارگیږی بریتین له: یه که م: ده سله لاتی گشتی یه کیک بیت له لایه نه کانی گریبه سست. دووهم: گریبه سسته که په یوهندی به خزمه تی دام و دهزگای گشتی هه بیت. سییه م: گریبه سسته که ملکه چ بیت بو یاسای گشتی.

به لام مهرجه کانی درووستی گریبه سستی کارگیږی ئه مانه ن: یه که م: پابه ندبوونی کارگیږی به یاسا و ریخسته نه کان له هه لئزاردنی ئه و لایه نه ی که گریبه سستی له گه ل ده کات. دووهم: گریبه سسته کارگیږیه که ده قی گریبه سستی و ریخه خه ری له خو بگریت. سییه م: که سی مه عنه وی گشتی سیفه تی گشتی هه بیت به دریزایی ژیانی گریبه سستی کارگیږی.

وشه سه ره کیه کان (گریبه سستی کارگیږی، بریاری کارگیږی، روکنه کانی گریبه سستی کارگیږی، مهرجه کانی درووستی گریبه سستی کارگیږی، ریخسته نی یاسایی بو گریبه سستی کارگیږی، کوئیای گریبه سستی کارگیږی).

Abstract

The administrative contract is the tool used by the administration to maintain the continuity of the public facility and its steady progress in order to meet the needs of citizens, in way would achieve the public interest. The administrative contract consists of procedures paving the way for its conclusion, represented by the administrative decisions issued by this department with the public authority it has in accordance with the laws and regulations. These decisions are part of and component of the administrative contract.

Therefore, the elements of the administrative contract are; that the public authority is one of its parties, the contract relates to a public facility service, and the contract should be subject to public law. However, the conditions of validity of the contract are; the administration shall abide by the laws and regulations in selecting the contractor, the administrative contract includes contractual and regulatory provisions and, and the public person has a generic feature throughout the life of an administrative contract .

Key words; administrative law, administrative decision, elements of administrative law, conditions of validity of administrative contract, legal system of administrative law, conclusion of the administrative contract