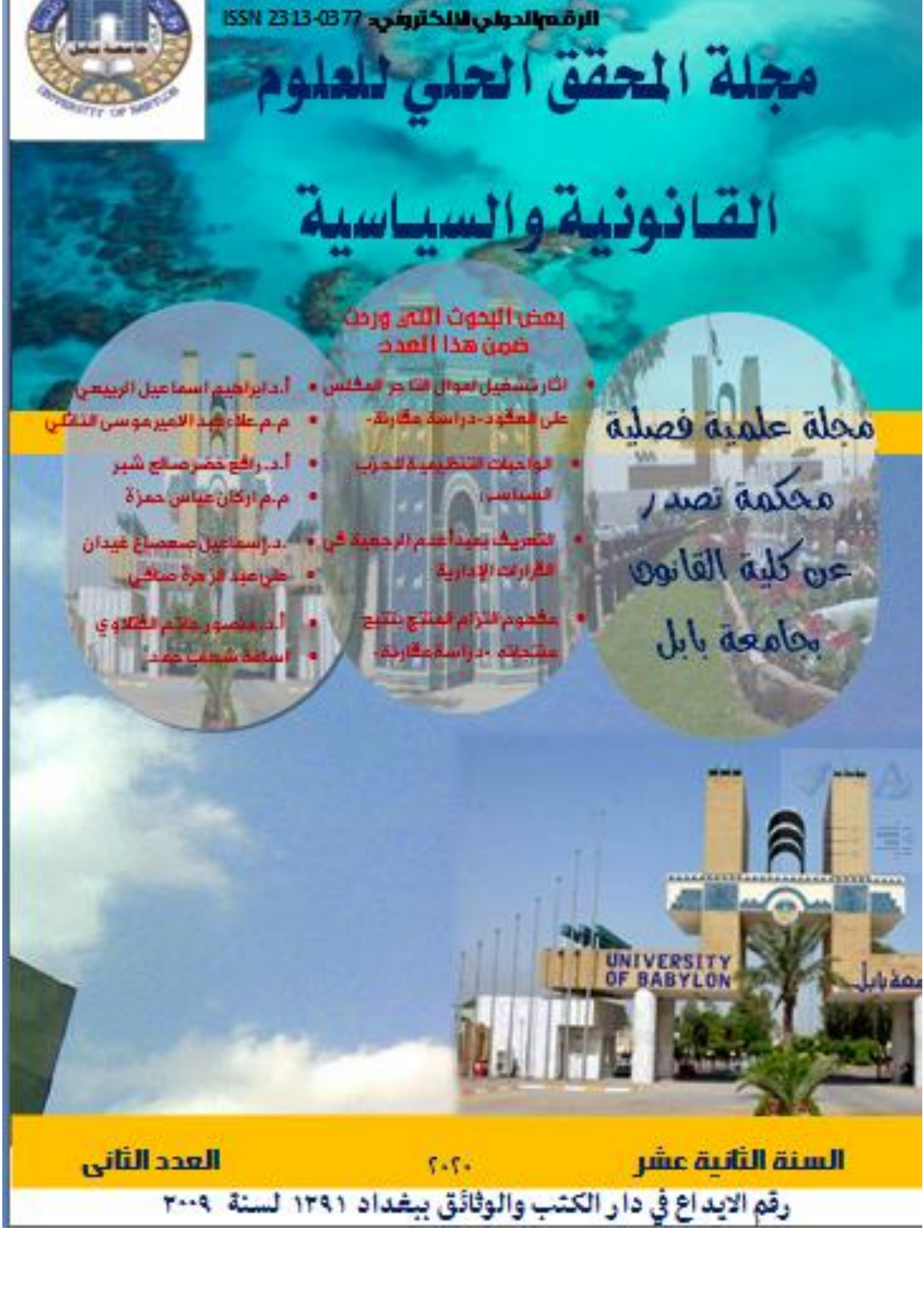
الرقم الدولي الالكتروني ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية
محكمة تصدر
عن كلية القانون
بجامعة بابل

بعض البحوث التي ورد ضمن هذا العدد

- اثار تشغيل اموال الغير المكفلة على العقود -دراسة مقارنة- أ.د.ابراهيم اسماعيل الربيعي
- م.م علاء عبد الامير موسى النداوي
- الواجبات التنظيمية للحزب السياسي أ.د. رافع خضر صالح شبر
- م.م اركان عباس حمزة
- التمريك بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية د.اسماعيل جعصاع عيدان
- علي عبد الزهرة صالح
- مفهوم التزام المنتج بتتبع منتجاته -دراسة مقارنة- أ.د. منصور حاتم الكلاوي
- اسامة شعلب حمد



السنة الثانية عشر ٢٠٢٠ العدد الثاني

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN:2075-7220

ISSN ONLINE:2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal

Issued By

College of Law in Babylon University

Some of our research included in this issue:

- Effects of Bankruptcy Trader's Money on Contracts -Comparative Study-
- Organizational duties of the political party
- Defining the principle of non-retroactivity in administrative decisions.
- The Concept of Product Commitment to Track its Products -A comparative study-

- Prof. Dr. Ibrahim Ismail Al-Robai-alameri
- Alaa Abdul Ameer Moosa
- Prof. Rafea Khader Saleh Shubar
- A.T. Arkan Abbas Hamza
- Prof. Dr. Ismail Sasaa Gaidan Al-Bdary
- Ali Abdul Zahra Safi Al-Janibi
- P.Dr. Mansoor Hatem Muhsin
- Osama Shihab Hemed Al-Jaafari

Second Issue 2020 Twelfth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	اثار تشغيل اموال التاجر المفلس على العقود - دراسة مقارنة-	أ.د.ابراهيم اسماعيل الربيعي م٠م٠علاء عبد الامير موسى النائلي	٩-٤٨
٢	الواجبات التنظيمية للحزب السياسي	أ.د. رافع خضر صالح شبر م.م اركان عباس حمزة	٤٩-٧٧
٣	التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان علي عبد الزهرة صافي	٧٨-١٠٤
٤	مفهوم التزام المنتج بتتبع منتجاته -دراسة مقارنة-	أ.د. منصور حاتم الفتلاوي اسامة شهاب حمد الجعفري	١٠٥-١٤٣
٥	دعوى ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية -دراسة مقارنة-	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي هدى سعدون لفته	١٤٤-١٧٦
٦	الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن التلوث الضوضائي - دراسة مقارنة-	أ.د.هادي حسين عبد علي الكعبي م.م.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	١٧٧-٢٣٥
٧	المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي	أ.د. طيبة جواد حمد م.م. اسعد كاظم وحيش	٢٣٦-٢٧٠
٨	سلطة القاضي في تقدير الضرورة وإثارتها في الالتزام التعاقدي - دراسة مقارنة-	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي م.م. علي سعود داخل	٢٧١-٣٠٥
٩	ذاتية القروض المصرفية متعثرة السداد	أ.د.ذكرى محمد حسين سلمى جاسم خليف	٣٠٦-٣٣٢
١٠	القانون الواجب التطبيق على بطلان اتفاق التحكيم	أ.د. خير الدين كاظم الأمين محمود عبد عباس مغير الجبوري	٣٣٣-٣٧٣
١١	الاثر الموضوعي لنفاذ الحكم القضائي الدستوري	أ.م.د.حسين جبار عبد احمد عبدالزهرة محمد العبادي	٣٧٤-٤٠٧
١٢	ضوابط التفسير القضائي للعقد الاداري -دراسة مقارنة-	أ.م د. رفاه كريم رزوقي كربل م.م.خضير عبدالحسين عبدزيد الخالدي	٤٠٨-٤٣٠
١٣	الجماعات الفاعلة من غير الدّول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التأريخية)	ا.م.د.حيدر عبدمحسن شهد الجبوري أحمد سالم بخيت الميالي	٤٣١-٤٦١
١٤	التزام المؤجر بضمان تعرض جهة الإدارة للمأجور -دراسة مقارنة-	م.د إيناس مكي عبد	٤٦٢-٤٩٠
١٥	الرقابة على اعمال السيادة- دراسة مقارنة-	وسن حميد رشيد	٤٩١-٥٢٠

ضوابط التفسير القضائي للعقد الاداري

-دراسة مقارنة-

أ.م د. رفاه كريم رزوقي كربل كلية القانون . جامعة بابل

م.م خضير عبد الحسين عبد زيد الخالدي كلية القانون . جامعة بابل

ملخص بحث

يعد التفسير القضائي جوهر العمل القضائي وأصله وعليه تدور الاحكام حكماً وتسبيباً ، فالقاضي ملزم بتفسير نصوص العقد الاداري ، إلا انه لا يقوم بهذا التفسير الا اذا كانت هناك واقعة معروضة عليه ، ويلجأ إليه أطراف العقد الاداري من أجل تفسيرها ، ولما كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تفسير العقد الاداري ، إلا انه مقيد بضوابط ، وهذه الضوابط لا يستطيع الخروج عليها ،والتي يجب على القاضي التقيد بها عند تفسير العقد الاداري ، وهذه الضوابط لها من الاهمية الكبيرة من الناحية العملية نظراً لتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية ومتطلبات المجتمع .

المقدمة

أولاً- موضوع البحث وأهميته :-

يعد التفسير القضائي جوهر العمل القضائي وأصله وعليه تدور الاحكام حكماً وتسبيباً ، فالقاضي ملزم بتفسير نصوص العقد الاداري الغامضة ، أو الناقصة ،أوالمتناقضة ليتيسر عليه تطبيق نصوص العقد الاداري، الا ان القاضي لا يقوم بهذا التفسير إلا إذا كانت هناك واقعة معروضة عليه ، ويلجأ إليه اطراف العقد الاداري من اجل تفسيرها ، فهو لايقوم بذلك من تلقاء نفسه .

فإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تفسير العقد الاداري ، فأنه مقيد بضوابط وهذه الضوابط لا يستطيع الخروج عليها ، وهي على نوعين ضوابط شكلية وأخرى موضوعية ، تتقدم الاولى على الثانية ، عند النظر في النزاع الحاصل أمامه ، وهذه الضوابط قد يلتزم بها بحكم ولايته وأختصاصه من دون التمسك بها من قبل الخصوم ، أو تثار منهم في اثناء الدفوع .

ثانياً- مشكلة البحث :-

بما إن القاضي ملزم بتفسير نصوص العقد الاداري الغامضة ، أو الناقصة ، أو المتناقضة ليتيسر عليه تطبيق نصوص العقد الاداري ، وهو لايقوم بهذا التفسير الا اذا كانت هناك واقعة معروضة عليه ، ويلجأ إليه أطراف

العقد من اجل تفسيرها ، وان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تفسير العقد الاداري ، فهو مقيد بضوابط لا يستطيع الخروج عليها .

ثالثاً – منهجية البحث :-

تبعاً لطبيعة موضوع البحث سأعتمد المنهج التحليلي المقارن ، فالمنهج التحليلي هو منهج يتلائم مع التساؤل الاتي : هل أن المشرع العراقي نظم ضوابط تفسير العقد الاداري بشكل دقيق ، فالمنهج التحليلي هو الذي يفصح عن مواطن القوة والضعف في التنظيم ، أما المنهج المقارن فكان له نصيب من الدراسة ، لإن المنهج التحليلي يكون أكثر ثماراً ونتاجاً إذا ما حصلت المقارنة بين تنظيم اكثر من مشرع ، وهو كل من فرنسا ، ومصر ، على اعتبار ان فرنسا هي مهد القانون الاداري ولا غنى عنها في كل دراسة قي إطار القانون الاداري ، أما مصر فلعراقة تجربتها في القانون الاداري ولضخامة الارث الفقهي والعلمي في هذا المجال .

رابعاً – تقسيم البحث : –

سوف نقسم موضوع البحث هذا على مبحثين فضلاً عن المقدمة والخاتمة ، يتضمن المبحث الاول الضوابط الشكلية وسنقسمه على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول الاختصاص الوظيفي أو الولاية ، ونبين في المطلب الثاني الاختصاص النوعي ، ونخصص المطلب الثالث الى الاختصاص المكاني ، أما المبحث الثاني فسنوضح فيه الضوابط الموضوعية وسنقسمه على مطلبين نتناول في المطلب الاول عدم تطبيق فكرة الاذعان عند تفسير العقد الاداري ، ونخصص المطلب الثاني الى تفسير العقد الاداري على اساس تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتعاقد مع الادارة.

المبحث الأَول

الضوابط الشكلية

إنَّ القضاء هو الجهة المختصة بتفسير العقود سواء أكانت عقود تدخل في ولاية القضاء العادي أو عقود تدخل في ولاية القضاء الاداري، ويتم هذا التفسير من قبل قضاة من ذوي الاختصاص الوظيفي والنوعي وفي مكان وزمان معيين ، ولكي يكون القاضي مختصاً بالتفسير يجب أن يمتلك الاختصاص الوظيفي والنوعي والمكاني ، ويقصد بالاختصاص لغةً التفضيل والانفراد، أما معناه إصطلاحاً فيقصد الصلاحية القانونية التي تمنح لهيئة عامة أو موظف

لمباشرة عمل من الاعمال القانونية{١،ص٣١٥} ، أما في مجال قانون المرافعات فيقصد به (السلطة التي يمنحها القانون للمحكمة في دعوى معينة){٢،ص٤٢٣} ، أما في مجال القانون الجنائي فقد عرفه البعض (بأنه السلطة التي خولها القانون لمحكمة من المحاكم للفصل في قضايا معينة {٣ ,ص ٣٧٨}، ويجب أن يباشر الاختصاص طبقاً للحدود التي رسمها القانون والا وقع التصرف باطلاً {٤،ص٩} ، وان الاختصاص بأنواعه يشكل ضوابط على التفسير ، وهذه الضوابط قد يلتفت اليها القاضي بحكم ولايته وإختصاصه من دون التصدي لها من قبل الخصوم ، أو تثار من اي منهما في اثناء الدفوع ، مما تقدم نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الاول الاختصاص الوظيفي أو الولاية ، ونخصص المطلب الثاني الى الاختصاص النوعي ، ونبين فـــي المطلب الثالث الاختصاص المـــكاني وكما يأتي :-

المطلب الاول

الاختصاص الوظيفي أو الولاية

أن الاختصاص الوظيفي يقصد به نصيب جهة قضائية من ولاية القضاء وقواعده تحدد جهة القضاء الواجب رفع النزاع امامها وتحديد جهة القضاء الاداري والمسائل التي تدخل في ولايتها من النظام العام{٥،ص٥٢} ، ويقصد به أيضاً تقسيم الوظيفة القضائية بين جهات القضاء وعلى اساس هذا التقسيم تحدد جهة القضاء الواجب رفع الدعوى أمامها ، كأختصاص المحاكم الادارية بنظر المنازعات الادارية بإعتبار إن القضاء الاداري هو الاعلم بطبيعة الروابط الادارية وكيفية حسم ما ينشأ عنها من منازعات ، وأختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات المدنية ، وأختصاص المحاكم الجنائية بنظر المنازعات الجنائية، فالاختصاص الوظيفي لكل محكمة يعني اهلية هذه المحكمة للنظر والفصل في موضوعات محددة قانونا بحيث تختص بالحكم فيها دون غيرها من الهيئات القضائية الاخرى{٦،ص٣٢١-٣٢٢}، فهذا الاختصاص يتعلق بكل تقسيم من هذه التقسيمات ضمن ولاية القضاء العامة .

ففي مصر تختص محاكم مجلس الدولة ولائياً وحسب ماجاء بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بالفصل بالمسائل الاتية :-

١- الطعون الخاصة بإنتخابات الهيئات المحلية .

٢- المنازعات الخاصة بالمرتبات والمغاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم .

٣- الطلبات المقدمة من ذوي الشأن بالطعن بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوة .

٤- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الادارية النهائية الصادرة بإحالتهم الى المعاش أو الاستيداع أو فلصلهم بغير الطريق التأديبي .

٥- الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الادارية النهائية .

٦- الطعون في القرارات الادارية الصادرة عن الجهات الحكومية في منازعات الضرائب والرسوم وفقاً للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة .

٧- دعاوى الجنسية .

٨- الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها .

٩- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية .

١٠ – طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية .

١١ – المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري أخر .

١٢ – الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة .

١٣ – الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً .

١٤ – سائر المنازعات الادارية .

يتضح من نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري إنه حدد الاختصاص الولائي أو الوظيفي لمحاكمه بنظر كافة المنازعات الادارية .

فتوزيع ولاية القضاء بين جهتي القضاء العادي والاداري يعد من المسائل وثيقة الصلة بإسس النظام القضائي ، وعليه تعتبر قواعد الاختصاص المحددة لولاية القضاء الاداري والعادي من النظام العام ، وبالاستناد الى ذلك يتعين على القضاء ان يتصدى لها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها أطراف المنازعة{٧،ص١٠}.

فالاختصاص الولائي أو الوظيفي تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها ودون حاجة في ذلك الى دفع من احد اطراف المنازعه{*}. وبالنسبة لمنازعات العقود الادارية التي تظهر فيها الادارة بوصفها سلطة عامة فيختص القضاء الاداري في مصر ولائياً بنظرها{**}. فقواعد الاختصاص الوظيفي إنما تحدد جهة القضاء الواجب رفع المنازعة أمامها ، أما قواعد توزيع الاختصاص بين محاكم الجهة الواحدة فهي تحدد نصيب كل من هذه المحاكم في الاختصاص المنوط بالجهة التي تتبعها ، فبحث الاختصاص الوظيفي يكون سابقاً على البحث عن أي من محاكم الجهة الواحدة التي تكون هي المختصة أصلاً بنظر النزاع ، وعلى ذلك فلا يكون هناك مجال لتطبيق قواعد الاختصاص النوعي أو المحلي مالم يكن النزاع داخلاً في إختصاص الجهة اللقضائية التي تتبعها محاكم الجهة الواحدة {***}.

أما الوضع في العراق وبإعتباره من دول القضاء المزدوج ، حيث توجد فيه جهتان للقضاء ، الاولى جهة القضاء العادي والاخرى جهة القضاء الاداري التي تتكون من محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا،الا اننا نلاحظ ان هذه المحاكم لا تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية بما فيها المنازعات الناشئة عن تفسير نصوص العقد الاداري ، وانما يختص بها القضاء العادي أي ان منازعات العقود الادارية في العراق تدخل ضمن ولاية المحاكم المدنية بما لها من ولاية عامة على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة ، حيث تختص بالفصل في المنازعات كافة{****}، ومنها المنازعات المتعلقة بتفسير نصوص العقد الاداري.

{*} نص المادة (١٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

{**} نص المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، وكذلك حكم المحكمة الادارية العليا في ١٣/ ٦ / ١٩٦١ أشار إليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص١٨٢ .

{***} ينظر حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٠ / ١١/ ١٩٩٤ أشار إليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الاداري (النظرية العامة للدعوى الادارية من إقامتها حتى الحكم فيها) منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٥٥.

{****} نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

فمحكمة القضاء الاداري في العراق لا تختص بالنظر في منازعات العقود الادارية ، فقد أفتى مجلس الدولة بأن الفصل في الحقوق الناشئة عن العقود هي مسألة وقائع يعود النظر فيها الى القضاء{*} .

كما قضت الهيئة العامة في مجلس الدولة بصفتها التمييزية ، بأن الدعاوى المقامة بشأن تفسير العقود وما ينجم عنها من خلاف تكون من إختصاص محكمة البداءة التي هي محكمة قضاء عادي{**} .

وعلى ذلك فإن مهمة القاضي تنهض في تفسير العقود الداخلة ضمن إختصاص المحكمة المتعين قضاؤه فيها وعليه تكييف وقائعها والفصل فيها ، فالقاضي بموجب تكليفه الوظيفي لا يجوز له الامتناع عن الحكم بحجة غموض القانون ، أو فقدان النص ، أو التمادي في الفصل والتأخير غير المشروع عن إصدار الحكم وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق{***}.

{*}ينظر القرار المرقم (١٦/ ٢٠٠٨) في ٣/ ٢٠٠٨/٢ ، مجموعة قرارات وفتاوى مجلس الدولة ، ٢٠٠٨ ، بغداد ، ص٦٨-٦٩.

{**}ينظر القرار المرقم (٢١/ تمييز / اداري / اداري / ٢٠٠٤) قي ٩/ ٨/ ٢٠٠٤ أشار إليه د. عصمت عبد المجيد بكر ، معضلة القيود على إختصاصات القضاء الاداري (دراسة مقارنة) مجلة جامعة جيهان ، أربيل ، المجلد ١ ، العدد ١، ٢٠١٧ ، ص٣١ . .

{*** } ينظر المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

إذ نلاحظ ان الاختصاص بنظر منازعات العقود الادارية بصورة عامة معقود وبصفة أصلية للقضاء العادي ، وهذا يعد نقص تشريعي يجب على المشرع العراقي تلافيه لكي نستطيع القول بأن لدينا قضاءً إدارياً ذا إختصاص عام وشامل أسوةً بدول القضاء المزدوج وفي مقدمتها كل من فرنسا ومصر، ومن الجدير بالذكر أن قواعد الاختصاص الوظيفي تعد من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بأي حال من الاحوال{٨،ص١٨٩}، وعليه يجب على المحكمة أن تقضي بعدم أختصاصها بنظر النزاع من تلقاء نفسها ، كما يحق للخصوم التمسك بهذا الدفع في جميع درجات التقاضي{٩،،ص٤٤-٤٥}.

المطلب الثاني

الاختصاص النوعي والقيمي

يقصد بالاختصاص النوعي هو إختصاص المحاكم بين تقسيمات القضاء تبعاً لدرجتها وطبيعة تشكيلها{١٠،ص١٩٠}، كما يعني توزيع العمل بين المحاكم المختلفة داخل الجهة القضائية الواحدة بحسب نوع القضية{١١،ص١٥٥} ، أما في مجال القضاء الاداري يعني تحديد الاختصاص بين المحاكم الادارية نفسها ، ففي مصر تحدد الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الاداري {*} بالفصل في المنازعات الادارية الواردة بالمادة العاشرة من هذا القانون ، ما عدا ما كان منها داخلاً في إختصاص المحاكم الإدارية أو التأديبية ، فبحسب الاختصاص النوعي لمحاكم مجلس الدولة المصري تختص المحاكم الادارية نوعياً{**} بمنازعات العقد الاداري التي لا تزيد قيمة العقد فيها عن خمسمائة جنيه ، أما محكمة القضاء الاداري في مصر فهذه المحكمة تختص بالنظر في منازعات العقود الادارية التي تزيد قيمة العقد فيها على خمسمائة جنيه مصري والتي يدخل من ضمنها أختصاص هذه المحكمة بالنظر في منازعات تفسير العقد الاداري الذي تزيد قيمته على خمسمائة جنيه مصري{***}

ومن الجدير بالذكر أن ليس كل أتفاق بين الادارة والمتعاقد معها يعد عقداً إدارياً ، فالادارة كما تبرم عقود إدارية فإنها من الممكن أيضاً أن تبرم عقود خاصة يدخل الاختصاص بنظر المنازعات الحاصلة بشأنها القضاء العادي ، ولكي يعد العقد ادارياً فهناك عناصر أساسية يتعين توفرها فيه وهذه العناصر تتمثل بأن يكون أحد اطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام وأن يتصل العقد بنشاط

{*} ينظر نص المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ .

{ ** } ينظر نص المادة (١٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ .

{ *** } ينظر نص المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، وكذلك حكم المحكمة الادارية العليا في ١٣ / ٦ / ١٩٦١ أشار إليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص١٨٢.

مرفق عام وأن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص تستخدم الادارة فيها وسائل القانون العام{١٢،ص٩ومابعدها} هذا بالنسبة للاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الاداري .

أما بالنسبة للاختصاص النوعي للمحكمة الادارية العليا في مصر {*} فأن الاختصاص ينعقد لهذه المحكمة بنظر الطعن في الاحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري .

وفيما يخص منازعات العقود الادارية في العراق وكما سبق القول فأنها تدخل في ولاية القضاء العادي ، فبحسب التنظيم القضائي للمحاكم العادية تختص محكمة البداءة بتفسير العقد الاداري وتكيفه قانونا والفصل في النزاع الحاصل بموضوعه الواقع ضمن أختصاصها النوعي . وإن جميع قراراتها قابلة للطعن فيها بطريق الاستئناف لدى محكمة إستئناف منطقتها ، أو بطريق التمييز إن لم يشأ الطاعن سلوك طريق الاستئناف مادام حكمها صادراً بدرجة أولى{**}.

أما محكمة الاستئناف فحسب إختصاصها النوعي أو القيمي تنظر بصفتها الاستئنافية ، أذا كان تفسير محاكم البداءة للعقود قد جرى بصورة صحيحة كما تم النص عليه في بنود العقد الاداري ، وكذلك اذا كان فيه انحراف لا يتلائم مع الغاية المبتغاة من العقد ، أو كان تكييف بنود العقد المتنازع عليه خلافاً لما طبق عليه من نصوص القانون سواء ما تعلق بشكل الدعوى أو بموضوعها ، فلمحكمة الاستئناف سلطتها من حيث الفصل بتصديق الحكم البدائي أو نقضه اذا كان صادرا بدرجة أخيرة ومنظورا امامها بصفتها التمييزية .

أما اذا كان الحكم قد صدر منها بدرجة أولى وسواء أكان تأييداً أو بتعديل كلي أو جزئي للحكم البدائي فيكون قراراها قابل للتمييز أمام محكمة التمييز الاتحادية وضمن المدة القانونية{***}

{*}ينظر نص المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

{** } ينظر نص المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

{***}ينظر المواد (٣٤، ١٨٥ ، ٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

أما في العراق فمحكمة التمييز الاتحادية هي المرجع الاخير للنظر في الاحكام ، سواء أكانت صادرة من محاكم البداءة بدرجة أولى أو محاكم الاستئناف{*}، ولا يجوز الطعن بقرارات محكمة التمييز الاتحادية وقرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية الا عن طريق طلب تصحيح القرار التمييزي وأمام المحكمة التي أصدرته{**}.

المطلب الثالث

الاختصاص المكاني

يقصد به نصيب كل محكمة من محاكم الجهة او الطبقة القضائية الواحدة من ولاية القضاء وفقاً للمنطقة التي تبسط عليها المحكمة سلطتها{١٣،ص١٧٩}، كما يعني جواز نظر الدعوى من قبل المحكمة لوقوع المنازعة ضمن دائرة أختصاصها من الناحية الادارية{١٤،ص٩٥}.

فبحسب التنظيم القضائي يجري النظر في منازعات العقود من قبل المحكمة الواقعة المنازعه ضمن أختصاصها المكاني أي ضمن الحدود الادارية الواقعه فيها .

ففي فرنسا فقد أكد المشرع الفرنسي على الاختصاص المكاني للمحاكم الادارية وإعتباره من النظام العام{***}

أما مجلس الدولة الفرنسي فيعتبر كل قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام وخاصة في مجال المنازعات الادارية{****} ،

{*} المادة (٣٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

{**} المادة (٢١٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

{***} المادة (١٣) من مرسوم ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣ والتي نصت على انه ((الاختصاص المكاني للمحاكم الادارية من النظام العام ، وتلزم قواعد الاختصاص المحاكم الادارية التي يتعين عليها أن تدفع من تلقاء نفسها= = بعدم اختصاصها ألا فيما يتعلق بالعقود العامة والعقود الادارية ، وعقود الامتياز فأنه يجوز الاتفاق على الخروج على قواعد الاختصاص المحلي ، حتى بطريق أختيار الموطن أو الاتفاق بين الخصوم))

{****} حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠/ ٧/ ١٩٤٩ في قضية (Syndic) أشار إليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الاداري ، مصدر سابق ، ص١٨٨ . وكذلك د. مصطفى أبو زيد فهمي ، طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة ، مصدر سابق، ص٩٣ .

الا أنه بالرغم من ذلك كان القضاء يجيز للخصوم أن يخرجوا على هذا الاصل عندما توجد مصلحة تبرر ذلك وخاصة فيما يتعلق بالمنازعات العقدية حيث يقر بصحة الشروط التي تخرج على قواعد الاختصاص المكاني{*}.

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي لكي يكون اتفاق طرفي العقد الاداري على الخروج على قواعد الاختصاص المكاني صحيحاً يجب أن يكون هذا الاتفاق قبل نشوء المنازعة بين طرفي العقد{**} ، وللمحكمة المنظوره أمامها الدعوى أن تقدر فيما اذا كانت المصلحة العامة تتعارض مع هذا الاتفاق على الخروج على قواعد الاختصاص المكاني ، فإذا رأت المحكمة أن هذا الخروج يتعارض مع المصلحة العامة التي تسعى الادارة المتعاقدة الى تحقيقها فإن للمحكمة ومن تلقاء نفسها ان تتمسك بقواعد الاختصاص المكاني .

وفي مصر فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا الى أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني لمحاكم مجلس الدولة يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي تثار في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبحث في أختصاصها ، فأذا تبين لها عدم وجوده تقضي بعدم إختصاصها{***} من تلقاء نفسها حتى ولولم يدفع طرفي الدعوى بذلك أمامها{١٥،ص٥٧}

أما في العراق فبحسب التنظيم القضائي يجري النظر في منازعات العقود من قبل المحكمة الواقعة المنازعه ضمن أختصاصها المكاني أي ضمن الحدود الادارية الواقعه فيها ، فمنازعات العقود الادارية في العراق وكما سبق وأوضحنا تدخل ضمن أختصاص القضاء العادي وضمن أختصاص محكمة البداءة ، فعند وقوع نزاع يتعلق بعقد أداري يجب أن تقام الدعوى بشأنه في محكمة محل العقد{****}، لما يقتضيه تفسير العقد وتكيفه من إجراءات كشف وخبرة وغير ذلك من الاجراءات الاخرى .

{*} حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٥/ ١١/ ١٩٤٩في قضية Socite technique des (appareils centrifuges industriels) أشار اليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، المصدر السابق ، ص١٩١.

{**} حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩/ ٣ / ١٩٥٧ في قضية (Roger) أشار إليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، المصدر نفسه ، ص١٩١ .

{***} حكم المحكمة الادارية العليا في ٢١ / ٤/ ١٩٨١ أشار إليه د. محمد عبد الحميد مسعود ، المصدر السابق ، ص١٩٠.

{****} نص المادة (٣٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

أما اذا اتفق الطرفان في العقد على فض النزاع الذي قد يحصل بينهما في محكمة معينة فأن هذه المحكمة التي عيناها في العقد تكون هي المختصة بذلك، لأن صلاحية المحكمة المكانية ليست من النظام العام الملزمة لأطراف العقد، فهذا الحق يعود لهما أن شاءا التمسك به أم لا حتى ولو كان محدد بالعقد ، الا إنه يجب ملاحظة أن لايكون إختيار المحكمة من قبل المتعاقدين مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي أو الوظيفي{*}

كما إن الاختصاص المكاني لا يعتبرمن النظام العام كما هو عليه الحال في الاختصاص النوعي والوظيفي لذلك يمكن النزول عنه أو الاتفاق على خلافه{١٦،ص٤٢٣} كما لايجوز للمحكمة أن تثيرة من تلقاء نفسها بل يجب أن يثيره أو يدفع به الطرف الذي أقيمت عليه الدعوى وأن يكون ذلك قبل التعرض لموضوعها والا سقط حقه في ذلك{**} .

ومن الجدير بالذكر أن الاختصاص المكاني لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة التمييز الاتحادية أنما يمكن الطعن في قرار المحكمة القاضي برفض الطعن في الاختصاص المكاني ضمن الطعن بالحكم الصادر في الدعوى{١٧،ص٤٢٣}

{ *} نص المادة (٣١/ ٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، وكذلك د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، مصدر سابق، ص٤٩٨ .

{**} المادة (٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

المبحث الثاني

الضوابط الموضوعية

هناك مجموعة من الضوابط الموضوعية التي يجب على القاضي أن يتقيد بها عند تفسير العقد ، وهذه الضوابط الموضوعية لها من الاهمية من الناحية العملية نظراً لتطور الحياة الاجتماعية ومتطلبات المجتمع ، ولم يغفل المشرع العراقي عن ذكر هذه الضوابط شأنه شأن باقي التشريعات المقارنة ، اذ نص عليها في المادتين (١٦٦-١٦٧) من القانون المدني العراقي ، فأذا كان القاضي ملزم بتطبيق القواعد المدنية المتعلقة بتفسير العقد المدني ، فهذا لايعني انه ملزم حرفياً في تطبيقها على صعيد المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية التي تقوم أساساً على فكرة المصلحة العامة

وضمان حسن سير المرافق العامة بأنتظام واطراد ، ومن هنا فأنه يجب أن يكون التفسير الى جانب المصلحة العامة أذا ما تعارضت معها المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الادارة ، كما ان العقود الادارية لا تعتبر من عقود الاذعان ، وان فكرة الاذعان ليس لها عند تفسير العقد الاداري نفس المعنى المعروف في القانون الخاص ، مما تقدم سوف نقسم هذا

المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول عدم تطبيق فكرة الاذعان عند تفسير العقد الاداري ، ونخصص المطلب الثاني الى تفسير العقد الاداري على اساس تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتعاقد مع الادارة وذلك تباعاً:-

المطلب الاول

عدم تطبيق فكرة الاذعان{١٨،ص٦٨ومابعدها} عند تفسير العقد الاداري

إن العقد بصورة عامة وسواء أكان هذا العقد عقدا مدنيا أو ادارياً اذا إكتنفه غموض ، إستوجب على القاضي إستجلاء هذا الغموض بشتى قواعد التفسير الى أن يقف على حقيقة الارادة المشتركة لطرفي العقد بصورة جلية وواضحة لاغموض فيها ، أو على الاقل ان يكون القاضي مطمئناً بأن لا مجال لتفسير العقد بغير المعنى الذي توصل إليه ، فيقضي بإلزام من يراه من المتعاقدين مديناً بما يوجب التنفيذ{١٩،ص٥٢٥} ، هذا في حالة التوصل الى مقصود المتعاقدين ، أما اذا تعذر عليه ذلك فلا يجوز له أن يمتنع عن أحقاق الحق والا عد منكراً للعدالة ، فالقاضي اذا كان يفسر الشك لمصلحة المدين في عقود القانون الخاص وذلك لإن طرفي العقد يمثلون مصالح متوازنه ومتقابلة وكلاهما

يهدف الى تحقيق مصلحته الخاصة، فالامر على خلافه في العقد الاداري فإذا كان القاضي الاداري التزم بتطبيق القواعد المدنية المتعلقة بتفسير العقد ، الا ان هذا لايعني التزامه حرفياً بها ، فلا يوجد مانع من هجر تلك القواعد كلما تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك ، ففي فرنسا لم يلتزم مجلس الدولة الفرنسي بنص المادة (١١٦٢) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن الشك يفسر الالتزام لصالح المدين ، على اعتبار اتصال العقد بالمرفق العام فلا يمكن اعمال تلك القاعدة على اطلاقها لأنه لايمكن التضحية بالصالح العام أطلاقاً{٢٠،ص٤١٣} ، فالقاضي الاداري عندما يقوم بتفسير العقد يجب عليه أن لايغيب عن باله فكرة المصلحة العامة التي تعمل الادارة على تحقيقها كأمر مفترض ، وفي نفس الوقت يجب عليه اجراء موازنة بين مصلحة الفرد المتعاقد مع الادارة والمصلحة العامة بحيث لا يضحي بأحدهما على حساب الاخرى ،كما ان القاضي وهو بصدد تفسير العقد الاداري يهتم بروح العقد وطابعه الخاص فيطرح من قواعد التفسير المقررة في القانون الخاص كل ما لايتلائم مع تفسير العقد الاداري ،أما تفسير الشرط التعاقدي المتعلق بالجانب المالي في العقد الاداري ولعدم إتصاله بالنظام العام فأنه من الممكن أن تسري عليه قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين{٢١،ص١٤٣}.

كما ذهبت محكمة القضاء الاداري في مصر الى (... عند تفسير العقد الاداري يجب أن يكون مفهوماً أنه ليس لفكرة الاذعان نفس المعنى المعروف به في القانون الخاص ، ذلك إن القانون المدني عندما تعرض لفكرة الاذعان في العقود المدنية قصد الى التخفيف مما يلازم هذا الضرب من التعاقد من شدة وحرج بالنسبة للمتعاقد المذعن ، فأقام لصالحه إستثنائين من أحكام القواعد العامة للتفسير ، الاستثناء الاول مانصت عليه المادة (١٤٩) من أنه إذا تم العقد عن طريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى المذعن منها ، ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ، وفي هذه الصورة خرج الشارع على الاصل المقرر في قواعد التفسير من إن الحاجة الى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد الواضحة ، وفي هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت ..... خرج الشارع على هذا الاصل فيما يتعلق بما يدرج في عقود الاذعان من الشروط الجائرة فقرر الالتجاء الى التفسير بشأنها ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق ، وجعل مهمة القاضي أن يتثبت في هذه الحالة ما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه الى هذه الشروط فإذا إستوثق من تنبه هذا العاقد إليها تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لإستقرار المعاملات .

والاستثناء الثاني : مانصت عليه المادة (١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن .....، فالقاعدة الاساسية في القانون الخاص

إنه إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد ، وبقي الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير المقررة في القانون المدني ، فإن هذا الشك يفسر في مصلحة المدين دون الدائن ، ومرد هذه القاعدة أن الاصل في الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه بإعتبار أنه يدعي ما يخالف هذا الاصل فإذا بقي شك لم يوفق الدائن الى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه ، وبذلك يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله ، فأستثنى الشارع من حكم هذا الاصل عقود الاذعان وقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة

المتعاقد المذعن دائناً كان أم مديناً ، لإفتراض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين يتوافر له من الوسائل مايمكنه أن

يعرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينه ، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر مسبباً في هذا الغموض .....وظاهر مما تقدم أن فكرة الاعان عند رجال القانون المدني إذ تستند في إحدى صورها إلى وجود شروط جائرة في العقد ، فهذه الفكرة لا تتسق مع طبيعة العقود الادارية وبما تتميز به من شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

كما إن هذه الفكرة إذ تستند في صورة اخرى الى حماية الطرف الاضعف فإنها تقصد الشخص الذي تضطره الظروف الى القبول بدون مناقشة الايجاب الذي يعرض عليه وهو ما لاينطبق على القبول الذي يصدر عمن يريد التعاقد مع جهة الإدارة إذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد في تضطره الى هذا القبول ، كما إن جهة الادارة وهي تعرض شروطاً على من يرغب بالتعاقد معها فإنما تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض .... ومن ثم فإنه لا يجوز أن تتحمل وحدها تبعة غموضها .....، وعلى هدى ما تقدم يكون لفكرة الاذعان في العقود الادارية معنى يختلف تماماً عنها في العقود المدنية ، وهو معنى خاص يقوم على أن العقود الادارية – من حيث الشكل – تأخذ شكل عقود الاذعان عندما تنفرد جهة الادارة بوضع شروطها سلفاً وبدون أن يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر وعلى أن الإذعان فيها لا يعني إلا تدعيم مركز الجهة الادارية المتعاقدة وإلزام المتعاقد معها بأن يقبل خضوعه لقانونها ، وهذا بالبداهة مشروط بإحترام قاعدة حسن النية التي تلتزم بها الجهة الادارية كما يلتزم بها المتعاقد معها وأن الشروط التي تنفرد بوضعها الجهة الادارية ليست إلا مرادفاً لإعتبار إن للعقد طبيعة إدارية) [*].

{*}حكم محكمة القضاء الاداري في مصر ، القضية رقم ٩٨٣ ، السنة ٧ قضائية .

أما في العراق فقد نصت المادة (١٦٧/ ٢) من القانون المدني العراقي (إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة،ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك) {*} ،

فأذا كانت هذه المادة تلعب دوراً كبيراً في عقود القانون الخاص ، فالتساؤل الذي يمكن إثارته هنا هو هل يمكن الانطلاق من أساليب القانون العام للكلام عن وجود إذعان من قبل المتعاقد مع الادارة أم لا ؟

إبتداءا لا بد من القول بأن اساليب القانون العام هي عبارة عن وسائل فنية بيد الادارة تستخدمها من أجل تحقيق المصلحة العامة ، وهذه الاساليب ذات طبيعة موضوعية تتلائم مع ظروف المرفق العام ، فالادارة لاتستطيع أن تتعاقد مع الافراد الا من خلال اساليب وشروط ووسائل محددة بموجب القوانين والتعليمات، كأن تلجأ الى اسلوب المناقصة أو المزايدة أو غير ذلك من الطرق هذا من جانب ومن جانب آخر لا تستطيع إجبار أحد على التعاقد معها ، كما انها تتبع وسيلة الاعلان عن العقود قبل ابرامها وغير ذلك من الوسائل التي تتبعها الادارة ، فلكل ما تقدم لا يمكن الحديث عن اذعان لحق بالمتعاقد مع الادارة ، كما ان الادارة عندما ترغب في ابرام عقد معين فأنها تضع شروط هذا العقد في كراسات عامة ، وتطبق هذه الشروط على كل من يرغب في التعاقد معها وبصورة موضوعية مجردة وبعيداً عن الهوى والخصومة وهذا من أدبيات الادارة عند التعاقد . ومن الجدير بالذكر ان سلطة القاضي في تطبيق (الشك يفسر لمصلحة المدين) سلطة مقيدة لا تستعمل الا بعد تعذر الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، ولا يستعملها الا بعد استنفاذ جميع وسائل التفسير التي يمكن الاستعانه بها ، فنطاق تفسير الشك لمصلحة المدين يتمثل بأن تفسير العقد غير مستحيل ، وهو ايضاً غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك {٢٢،ص١٤٧}.

{*}المادة (١٤٩)من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، والمادة (٢١٧) من القانون المدني اليمني رقم١٩ لسنة ١٩٩٢ ، والمادة (١١٠) من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥ – ٥٨ لسنة ١٩٧٥ ، والمادة (١٠١) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

وان تفسير الشك لمصلحة المدين ماهو الا تفسير موضوعي يستعين به القاضي في نطاق القانون الخاص ، ولا يمكن العمل فيه عند تفسير العقود الادارية لانه لا يهدف الى الكشف عن مضمون الارادة الحقيقية للمتعاقدين ، بل عــن مضمون ارادتهما الظاهرة ، بعباره اخرى ان القاضي يلتزم بتفسير العقد على وفق المعنى القانوني الذي فرضه المشرع للعقد من دون التقيد بالعبارات الواردة فيه{٢٣،ص٥٨٢}.

أما تفسير الشرط التعاقدي المتعلق بالجانب المالي في العقد الاداري ولعدم إتصاله بالنظام العام فأنه من الممكن أن تسري عليه قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين{٢٤،ص١٤٣}.

مما تقدم يتضح إن فكرة الاذعان في القانون المدني ، اذا كانت تستند في إحدى صورها الى وجود شروط جائرة في العقد ، فهذه الفكرة لا تتفق مع طبيعة العقود الادارية وبما تتميز به من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، هذا من جانب ومن جانب آخر ان فكرة الاذعان تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العملية العقدية التي تضطره الظروف الى التعاقد بدون مناقشة الايجاب الذي يعرض عليه ، وهو ما لاينطبق على القبول الذي يصدر ممن يتعاقد مع جهة الادارة ، اذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد في ظروف تضطره الى هذا القبول ، كما ان جهة الادارة وهي تعرض شروطها على من يرغب في التعاقد معها فهي تعرضها لتكون موضع دراسة وتقدير لمن يرغب في التعاقد مع الادارة وبالتالي فله ان يقبل هذه الشروط على ماهي عليه أو يكون قبوله مشروطاً أو يرفضها ، وعليه فلا يمكن أن تتحمل وحدها تبعة غموض عبارات العقد ، فعقود الادارة لها معنى مختلف عن عقود الاذعان وان كانت من حيث الشكل تشبه عقود الاذعان لإن جهة الادارة تنفرد بوضع شروطها مما يؤدي ذلك الى تدعيم مركز الادارة المتعاقدة والزام المتعاقد بالخضوع لقانونها .

المطلب الثاني

تفسير العقد الاداري على أساس تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتعاقد مع الادارة

إذا كان تفسير العقد الاداري يقوم اساسا على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بأنتظام واطراد ، ومن هنا يجب أن يكون التفسير الى جانب المصلحة العامة أذا ما تعارضت مع المصلحة الخاصة للطرف المتعاقد مع الادارة{٢٥،ص٢٧٩}.

وإن من يرغب في التعاقد مع الادارة لا ينطبق عليه وصف الطرف الضعيف (المذعن) الذي تفرض عليه ظروف التعاقد قبول ما يعرض عليه دون مناقشة وذلك لحاجته الماسة للتعاقد هذا من جانب ، ومن جانب آخر أن فكرة الاذعان في القانون الخاص تستند الى وجود شروط جائرة في العقد حيث ان هذه الفكرة لا تتلائم مع طبيعة العقود الادارية وما تتميز به من شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص{٢٦،ص٤١٩}.

ولما كانت قواعد التفسير تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العقد، فأن هذه الغاية من التفسير قد تتعارض مع المصلحة العامة التي تكون في جانب الادارة ، فالقاضي الاداري عندما يقوم بتفسير العقد الاداري لا يستطيع أن يفسر العقد لمصلحة الطرف المتعاقد مع الادارة بأعتباره الطرف الضعيف في العملية العقدية لأن ذلك يتعارض مع فكرة المصلحة العامة التي تعمل جهة الادارة على تحقيقها .

إلا إنه يستطيع تفسير العقد على أساس إجراء موازنة بين المصلحة العامة التي تعمل الادارة على تحقيقها ومصلحة المتعاقد مع الادارة ، لأن العمل الذي يقوم بتفسيره هو عقد وليس تصرف قانوني صادر من جانب واحد .

فقد قضت محكمة القضاء الاداري في مصر (إذا كان من المتفق عليه إن للادارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، فلا يجوز أن يقف المبدأ عند هذا الحد والا إشتملت العقود الادارية على نص مناف للعدالة ، ولما تقدم أحد للتعاقد مع الادارة مادام مهددا بذلك التعديل الذي يزيد من التزاماته ، لذلك تقضي العدالة بضرورة أعادة التوازن المالي الذي ابرم العقد على اساسه .

وذلك بمنح المتعاقد مع الادارة تعويضا عن الاضرار التي تكون لحقته في مركزه التعاقدي ، على اثر ممارسة سلطة التعديل فإن إيثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده جميع الاضرار ....) {*

{ *} حكم محكمة القضاء الاداري في ٢٦ / ١٩٥١/٧ ، أشار إليه د. خميس السيد اسماعيل ، موسوعة القضاء الاداري ، مصدر سابق، ص١٤٧.

الخـــــاتمـــة

بعد أن إنتهينا من بحث موضوع ضوابط التفسير القضائي للعقد الإداري يمكن في خاتمة هذه الدراسة أن نخرج بمجموعة من النتائج والمقترحات، وذلك على النحو الآتي :-

أولاً : النتائج :

١-إنَّ تفسير العقد واجب على القاضي في مجال العقد الاداري ، وكذا العقود بصورة عامة، لأن وظيفة القاضي هي إنزال حكم القانون على الوقائع المعروضة عليه، ويعد التفسير من أهم الأعمال القضائية ، فهو عمل أولي وأساسي لتطبيق حكم القانون وسواء تعلق الأمر بتفسير العقد أم بتفسير القانون.

٢- إنَّ تفسير العقد الإداري عمل يقوم به القاضي بمناسبة نزاع مطروح أمامه.

٣-يجب على القاضي الاداري حين يقوم بتفسير العقد الاداري أن لا يغيب عن باله فكرة المصلحة العامة التي تعمل الادارة من أجل تحقيقها ، مع الأخذ بنظر الأعتبار الموازنه بين مصلحة المتعاقد مع الادارة وبين المصلحة العامة ، فمهمة القاضي الاداري في تفسير العقد الاداري تعد أكثر صعوبة وتعقيداً من مهمة القاضي العادي .

٤-إنَّ عدم وجود قانون إجراءات إدارية أدى الى عدم إستقلال إجراءات القضاء الإداري عن القضاء العادي وخصوصاً في منازعات العقد الإداري في العراق ، مما أدى الى سيادة الاجراءات المدنية في حل هذه المنازعات، مما لا يتناسب مع خصوصية المنازعة الادارية، ومن ثم يبدد هدف المشرع المرجو من إنشاء القضاء الاداري في العراق.

ثانياً : المقترحات :

١-ضرورة وضع نظام قانوني متكامل لمنازعات العقود الإدارية ، ومنها أيضاً منازعات تفسير العقد الاداري، فضلاً عن إخضاعها لإختصاص القضاء الإداري بإعتباره الجهة المختصة بنظر هذه المنازعات إسوةً بدول القضاء المزدوج التي يعد العراق واحداً منها وإرساء الأحكام والقواعد التي تحكم هذه المنازعات.

٢-لما كانت الحكمة من إنشاء القضاء الأداري هو إيجاد قضاء متخصص في المنازعات الادارية إلاَّ أنَّ هذه الحكمة لم نصل إليها في العراق ، وعلى الرغم من وجود محكمة القضاء الاداري، إذ لم تزل أغلب المنازعات الأدارية وخصوصاً

المنازعات التعاقدية للادارة ، ومنها منازعات تفسير العقد الاداري خاضعة لاختصاص القضاء العادي ،وهذا خلاف ما يجري عليه العمل في فرنسا ،ومصر وغيرها من الدول ذات النظام القضائي المزدوج، لذلك فإننا ندعو مشرعنا العراقي الى إعادة النظر في إختصاص محكمة القضاء الأداري وتوسيعه ليشمل النظر في المنازعات التعاقدية للادارة ، ومنها منازعات تفسير العقد الاداري، لا سيما وإن بقاء إختصاص النظر فيها للقضاء العادي يجعلها تصطبغ بالصبغة المدنية، فعلى الرغم من إن العراق قد بذل شوطاً كبيراً في القضاء الأداري إلاَّ أنَّ عليه أن يوكل كافة المنازعات الادارية، ومنها منازعات تفسير العقد الاداري الى القضاء الأداري من خلال توسيع صلاحيات محكمة القضاء الأداري ،وعدم تحجيم صلاحياتها ، أو الانتقاص منها، لذا نوصي المشرع العراقي بضرورة تعديل نص المادة (٧) البند رابعاً من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل لتكون على الوجه الآتي (تختص محكمة القضاء الاداري: أ- بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الأدارية 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 وممكنه، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن، ب- كما تختص بالنظر في منازعات العقود الادارية).

٤-القيام بتطوير ورفع كفاءة قضاة محكمة القضاء الاداري بإعتباره قضاءً حديثاً من خلال تنظيم دورات متخصصة بهذا المجال، وإعادة تدريس مادة القضاء الإداري في المعهد القضائي في العراق من أجل الالمام بما جرى عليه التطور في مجال هذا القضاء في الدول المقارنه، كما نرى أن يمتد ذلك الى القضاة في المحاكم المدنية لغرض خلق ملاك متخصص بهدف إعدادهم لتبوء وظائفهم في محاكم القضاء الاداري.

٥-ندعو القضاة في المحاكم المدنية في العراق الى تفعيل قواعد القضاء الاداري خصوصاً في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية .

وختاماً من الصعوبة بمكان أن ننشد لهذه الدراسة الكمال ، أو الادعاء بأنها غطت كل جزئيات الموضوع، وإنَّما في هذه الدراسة سعينا جاهدين للوصول الى الحل أو مقاربته، كما إن هذه الدراسة هي دعوة مفتوحة لفتح قنوات الحوار القانوني والاستماع الى الرأي الآخر، ومن دون وجل أو خوف من الوصول الى الحقيقة المجردة المبنية على أسس علمية موضوعية، فللحقيقة أكثر من وجه واحد ونأمل أنْ تكون هذه الدراسة بداية متواضعه، تفتح الباب أمام دراسات أخرى في

هذا الموضوع، فالعلم مشاع بين البشر، وكل رأي يقيم بحسب حجته وقوة دليله، وحسبنا إن إجتهدنا والمجتهد يصيب ويخطأ ،ومن الخطأ نتعلم الصواب والله هو الموفق للصواب، وفوق كل ذي علمٍ عليم.

الباحـــث

المصادر

١- ينظر د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الاداري ، من دون جهة طبع ،٢٠٠٩، ص٣١٥ .

٢- ينظر د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل ،٢٠٠٠، ص٤٢٣ .

٣- ينظر د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجنائية ، الدار الجامعية بيروت ، ١٩٨٨ ، ص٣٧٨ ، ود. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ،ط١٢ ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٣٥١.

٤- ينظر المستشار عبد الوهاب البندراوي ، الاختصاص التأديبي والسلطات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ص٩.

٥- ينظر د. شريف أحمد الطباخ ، التعويض الاداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الادارية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٥٢ .

٦- ينظر د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية – رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ،ج١ ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٧٠ ، ص٣٢١-٣٢٢.

٧-ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الادارية (الاختصاص – الخصومة – الدفوع – الاحكام في ضوء قضاء مجلس الدولة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص١٠ .

٨- ينظر د.محمد عبد الحميد مسعود ، إشكاليات اجراءات التقاضي أمام القضاء الاداري – النظرية العامة للدعوى الادارية من إقامتها حتى الحكم فيها ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص١٨٩ .

٩- ينظر د.مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص٤٤-٤٥ .

١٠- ينظر د. غازي فيصل مهدي ، أوجه الطعن بالالغاء في مجال القضاء الاداري ، ص١٩٠.

١١- ينظر علي محمد اليعقوبي ، قضاء الموظفين المدنيين في العراق ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد، ص١٥٥ .

١٢-لمزيد من التفصيل ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية التعاقدية للادارة في تنفيذ العقود الادارية ، ط١، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠١١ ، ص٩ وما بعدها .

١٣- ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الادارية ، (الاختصاص- الخصومة – الدفوع –الاحكام في ضوء قضاء مجلس الدولة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص٥٧ ، وكذلك د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، حالات الطعن بالتمييز ، مجلة القضاء ،ع١ ، ٢ ،٣، ٤، ١٩٨١ ، ص١٧٩ . وكذلك د. شريف أحمد الطباخ ، التعويض الاداري في ضوء الفقه والقضاء واحكام المحكمة الادارية ، ص٥٨.

١٤- ينظر د. صباح مصباح محمود ، قانون الاختصاص في إصول المحاكمات الجزائية ، ص٩٥ .

١٥-ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرافعات الادارية ، (الاختصاص- الخصومة – الدفوع –الاحكام في ضوء قضاء مجلس الدولة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٥٧ .

١٦ – ينظر د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، ص٩٦. وكذلك د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات ، ص٤٢٣ .

١٧ – ينظر د. عباس العبودي ، شرح قانون المرافعات المدنية، ١٩٦٧ ، ص٤٢٣ .

١٨- يعرف عقد الاذعان بأنه صيغة من صيغ أبرام العقود تعتمد على إستخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له الا الموافقه عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الاحكام التي يتضمنها أو لا يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد .للمزيد من التفصيل ينظر د. عبد الرزاق السنهوري،الموجز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ،١٩٨٣، ص٦٨ وما بعدها.

١٩ – ينظر د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، ١٩٨٤ ، ص٥٢٥ .

٢٠ – ينظر د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، ط٣ ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ١٩٧٥ ، ص٤١٣ .

٢١ – ينظر د. برهان زريق ، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والاداري ، منشاة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٤٣.

٢٢ – ينظر د. سميرعبد السيد تناغو ، المبادئ الاساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ص١٤٧ .

٢٣- ينظر د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي – مصادر الالتزام ، ج١ ، مج١ ، ١٩٨٢ ، ص٥٨٢ .

٢٤ – ينظر د. برهان زريق ، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص١٤٣.

٢٥ – ينظر د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،ط١ ، ٢٠١٠ ، ص٢٧٩ .

٢٦ – ينظر د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، ط٢، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٦٥ ، ص٤١٩ وما بعدها . وكذلك د.محمود عاطف البنا ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥، ص٢٦٨ وما بعدها .

Abstract

Judicial interpretation is the essence of the judicial work and its origin, and accordingly, judgments revolve wisely and causally, the judge is obligated to interpret the texts of the administrative contract, but he does not make this interpretation unless there is an incident before it, and the parties to the administrative contract resort to it for its interpretation, and when the judge has discretionary power in Interpretation of the administrative contract, except that it is restricted by controls, and these controls cannot deviate from them, which the judge must adhere to when interpreting the administrative contract, and these controls are of great importance in practice in view of the development of social and economic life and the requirements of society.

Terms of the Judicial Interpretation of the Administrative Contract

-A comparative study-

Assistant Prof Rafah Karim Rzoqi Karbal University of Babylon - College of law

m.m. Khudair Abdul Hussain University of Babylon - College of law