النظام القانوني للعقد الإداري في العراق.

The legal system of the administrative contract in Iraq.

بحث مقدم من قبل
المدرس الدكتور فرقد عبود العارضي
كلية القانون – جامعة القادسية

الخلاصــة.

تعد فكرة العقد الإداري من الأفكار الغامضة وغير المستقرة وخصوصاً في دول القضاء المزدوج مثل فرنسا ومصر، حيث إن العقد الإداري عادة هو العقد الذي تبرمه الإدارة بوصفها سلطة عامة مع أحد أشخاص القانون العام أو الخاص من أجل تسيير او تنظيم مرفق عام، وبالتالي تقديم خدمة عامة للجمهور. فالعقد هنا هو من عقود القانون العام والقضاء الإداري هو المختص في المنازعات الناشئة عنه. إلا أن الإدارة قد تضطر إلى إبرام عقد مع أحد أشخاص القانون الخاص بوصفها شخصاً عادياً وليس بوصفها سلطة عامة، مما يؤدي إلى إخضاع ذلك العقد الى القانون الخاص، وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عنه تخضع للمحاكم العادية. وهنا تثور مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للعقد هل يعد من العقود الإدارية أم العادية؟ وقد جرت عدة محاولات تشريعية في فرنسا ومصر لحل هذه الاشكالية، إلا أن الرأي القضائي كان معيار الفصل في اعتبار عقدا ما عقدا إدارياً أم مدنياً. أما في العراق فإن هذه المشكلة لم تثر من قبل وذلك لخضوع جميع العقود الى القانون المدني، وبالتالي فإن منازعاتها تخضع للمحاكم العادية. ومع إنشاء مجلس الدولة العراقي عام 2017 وصيرورة العراق نهائياً من دول القضاء المزدوج، فإن الحاجة تبدو ضرورية وملحة إلى إخضاع العقود الإدارية الى القضاء الإداري العراقي المستقل، وهنا تبدو مشكلة البحث التي نحاول معالجتها من أجل مواكبة التطور الذي انتهجته دول القضاء المزدوج في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: النظام القانوني ، العقد الاداري ، معايير الادارة.

Abstract.

The idea of the administrative contract is one of vague and unstable ideas, especially in the dual judiciary countries such as France and Egypt. The administrative contract is usually the contract which is concluded by the administration as a public authority with a public person or private person for the management or organization of a public service and thus the provision of public service to the public. The contract here is a contract of public law and the administrative judiciary is competent in disputes arising from it. However, the administration may have to conclude a contract with a private person as a private person and not as a public authority, and this lead to the subordination of this contract to private law, and consequently disputes arising therefrom are subject to ordinary courts. This contract arises the problem of determining the legal nature of the contract, Is it a contract administrative or ordinary? There have been several legislative attempts in France and Egypt to resolve this problem, but the judicial opinion was the principal norm in the consideration of a contract is administrative or civil. In Iraq, this problem has not been raised before, this is because all the contracts are governed by the civil law, and therefore their disputes are subject to ordinary courts. With the establishment of the Iraqi Council of State in 2017 and because Iraq has the deal judiciary.

Key words: Legal system , Legal Contract ، Standards ، Administration.

المقدمــة.

تعد الإدارة الجهة القانونية المسؤولة عن تسيير وتنظيم المرافق العامة في الدولة من أجل تقديم الخدمات العامة للجمهور، وهذه المهمة الأساسية للإدارة قد توسعت وتشعبت نظراً لاتساع وتطور حاجات الأفراد في مختلف مجالات الحياة المتعلقة بهم. لذلك يكون حريا بالإدارة ان تلبي هذه الاحتياجات الكبيرة للأفراد من خلال وسائلها المختلفة، ووسائل الإدارة قد تكون أعمال مادية مثل بناء الجسور وإقامة البنى التحية الأخرى أو تكون أعمال وتصرفات قانونية. وبالنسبة للأعمال الأخيرة فإن الإدارة قد تتصرف بإرادتها المنفردة بإصدار قرارات وأوامر إدارية مختلفة من أجل تحقيق النفع العام، وهذا يحصل دون حاجة أو انتظار لرضا الأفراد أو الأشخاص الأخرى المخاطبة بالقرار الإداري ودون حاجة لقبولهم بنفاذه أو سريانه عليهم، مما يساعد الإدارة على القيام بأداء واجبها في تحقيق الصالح العام بأسرع وقت ممكن، إلا أن الإدارة قد تجد نفسها مضطرة إلى اتباع اسلوب الاتفاق الودي والرضائي مع الأفراد أو الأشخاص القانونية من أجل تحقيق الصالح العام، وهذا الأسلوب يتجسد بالتقاء إرادة الإدارة المنفردة مع إرادة منفردة أخرى أو مع إرادات على شكل تجمعات قانونية تنتمي إلى أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، من أجل اشباع الحاجات العامة[1]. فأسلوب التعاقد يعتمد على تقدير الإدارة بانه الأسلوب الأفضل في تحقيق الأهداف العامة للوظيفة الإدارية، ومن خلاله تستطيع تلبية حاجاتها وانجاز مشروعاتها وخطط التنمية. فالعقد الإداري الخاضع لقواعد القانون الإداري إذا يعد من أهم الوسائل التي تنتهجها الإدارة من أجل تحقيق الهدف المشار إليه.في الحقيقة أن فكرة العقد الإداري لا يختلف في مفهومه عن فكرة العقد المدني، فالاثنان ليسا إلا توافقا لإرادتين من أجل القيام بالتزامات متبادلة وترتيب حقوق لكل الطرفين، وعلى ذلك فإن العقد الإداري يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب، إلا أن كلا العقدين يختلفان من حيث التنظيم القانوني مادام في الأول تبرم الإدارة العقد بوصفها سلطة عامة تهدف الى ادارة او تسيير مرفق عام، حيث إنها تتمتع بامتيازات وسلطات لا تتوفر للمتعاقد معها وذلك كله من أجل تحقيق اهداف المرفق العام التي من أجلها تم إبرام العقد، ومن هذه السلطات حق الإدارة في تعديل العقد وفسخه طبقا للقانون والتعليمات المحددة لذلك او حقها في استبعاد بعض الأشخاص من المناقصة العامة لأسباب خاصة تقدرها الإدارة أو استبعاد بعض العطاءات قبل البت في المناقصة بقرار مسبب تصدره لجنة البت في العطاءات وغير ذلك من الامتيازات. وفي هذ الصدد لابد من القول بأن ليس كل عقدا تبرمه الإدارة يعد عقداً إدارياً ومن ثم يخضع لقواعد خاصة في القانون الإداري وتخضع المنازعات الناشئة عنه لمحاكم القضاء الإداري، حيث إن هناك عقود الإدارة الخاصة (المدنية) والتي تتخلى فيها الإدارة عن امتيازات السلطة العامة وتتعامل مع الأفراد أو الشركات كما يتعاملون فيما بينهم وتخضع هذه العقود للقانون الخاص، وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عنها تخضع لمحاكم القضاء العادي، وغالباً ما تتبع هذه الطريقة بالنسبة للمشروعات الصناعية والتجارية الصرفة او عندما يتعلق الأمر باستغلال الأموال الخاصة للدولة، وبالتالي فإن عقود الإدارة ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، فهناك عقود (الامتياز، التوريد، البيع، الايجار، الاستئجار، النقل... الخ)، وهذا يعتمد على أخذ الإدارة اما بأسلوب القانون العام أو أسلوب القانون الخاص[2]. عليه فإن التمييز يكون ضرورياً بين عقود الإدارة والعقود الإدارية[3]. وعلى ذلك فان تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود يعد من الأمور الهامة جداً. بالنسبة لمشكلة البحث فإنها تدور حول عدم إدراج العقود الإدارية من ضمن اختصاص القانون العام (الإداري) وعدم ادخال منازعاتها ضمن اختصاص محاكم القضاء الإداري في العراق، على الرغم من مضي أكثر من سنة ونصف على إنشاء مجلس الدولة العراقي في عام 2017.من أجل الإلمام الكافي

بالموضوع ينبغي تجزئته الى مبحثين، نتناول في الاول منهما ماهية العقد الإداري ومعايير تمييزه عن غيره، في حين نستعرض في الثاني تطبيقات فكرة العقد الإداري في مجال المناقصات (عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد الخدمات الاستشارية) بوصفها الأكثر شيوعاً.

المبحث الأول//ماهية العقد الإداري ومعايير تمييزه عن غيره من العقود الأخرى.

تعد وظيفة اشباع الحاجات العامة من أسمى وظائف الإدارة لذلك فقد كفل لها المشرع تحقيق هذه الغاية السامية، لذلك فإن الإدارة تلجأ الى طريقة إبرام العقد الإداري من أجل إدارة أو تسيير المرافق العامة وتنفيذ مشروعاتها وتحقيق غاياتها. ونظرية العقد الإداري تعد من النظريات الحديثة نسبيا بالمقارنة مع نظرية القرار الإداري والضبط الإداري والمرفق العام، هذه النظريات التي كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في نشوئها[4]، ولعل فكرة العقد الإداري تعد من أهم الأفكار التي عرفها الإنسان على الاطلاق في مجال التبادل الاقتصادي، كما يعد من أهم وسائل التنظيم الاجتماعي[5]. هذه الفكرة هي فكرة حديثة نسبيا نشأت في فرنسا في مطلع القرن العشرين تقريباً. والمعيار الذي كان سائدا، قبل الفترة المذكورة، للتمييز بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري هو معيار السلطة العامة، وبالتالي فإن الأعمال القانونية للإدارة والتي تقوم بها بوصفها سلطة عامة كالقرار الإداري هي وحدها تخضع لسلطان القضاء الإداري، أما العقود التي تجريها الإدارة مع الأفراد فكانت تخضع لسلطان القضاء العادي[6]. وقد عالج المشرع الفرنسي ومجلس الدولة أيضاً فيما بعد هذا التضييق في نطاق القضاء الإداري[7].أما في مصر، فإن فكرة العقد الإداري لم تظهر إلا في عام 1949، حيث إن مسألة العقد الإداري لم يتم الإشارة إليها في القانون الأول لمجلس الدولة رقم (112) لسنة 1946 الملغي، حيث كانت المحاكم الأهلية والمختلطة هي صاحبة الاختصاص في مسائل العقود الإدارية ووفقا للنصوص المدنية[8]. وعلى الرغم من صدور القانون رقم (129) لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة[9] والذي يشير إلى معرفة المشرع المصري بفكرة العقود الإدارية بتحديد القانون، إلا أن فكرة العقد الإداري لم تأخذ صداها القانوني الا بصدور قانون مجلس الدولة رقم (9) لسنة 1949، الذي أعطى للمجلس الحق في نظر منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد، ولو أن ذلك كان بالاشتراك مع المحاكم العادية[10]. واستمر الحال على هذا النحو إلى أن صدر قانون رقم 47 لسنة 1972 الذي جعل من مجلس الدولة صاحب الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات الإدارية مالم ينص القانون على خلاف ذلك[11]. وعلى ذلك فإن القضاء الإداري يختص بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية[12].في العراق، فإن موضوع العقود الإدارية يعتريه الغموض سواء على مستوى التشريع أم على مستوى القضاء. فالنصوص التشريعية قليلة جدا في هذا الموضوع ومن ذلك يتبين أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة[13]، حيث يلاحظ عدم استقرار القضاء العراقي على حال، فتارة تطبق المحاكم نصوص القانون الخاص على العقود الإدارية[14]، وتارة تطبق قواعد القانون العام والخاص عليها[15]، وحتى بعد صدور قانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة 1989[16] لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979[17]، فإن محكمة القضاء الإداري لم تختص اطلاقا بالنظر في منازعات العقود الإدارية[18]، وعلى ذلك فإن عقد الإيجار بين الإدارة والطرف الآخر قد فصل فيه القضاء العادي عام 2017[19]، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن تحديد بعض العقود كونها عقودا إدارية من قبل المشرع العراقي كعقود المقاولات العامة وعقود بيع وإيجار أموال الدولة[20] لا يشفع في إبراز أهمية هذه العقود كونها عقوداً إدارية مادام الاختصاص القضائي حتى اللحظة معقودا للقضاء العادي، لذلك ندعوا المشرع العراقي إلى رفع هذا التناقض بجعل القضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود.نظراً لكون الإدارة لا تبرم عقوداً إدارياً فقط، بل بإمكانها أيضاً

إبرام عقود مدنية من أجل إشباع الحاجات العامة - كما اسلفنا القول -، لذلك فإن الوقوف على ماهية العقد الإداري وتمييزه عن غيره تتطلب منا التطرق الى ماهية العقد الإداري في مطلب أول، وأن نستعرض في مطلب ثان معايير تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى.

المطلب الاول// ماهية العقد الإداري.

العقد الإداري انما هو الاتفاق الذي يبرمه احد أشخاص القانون العام مع شخص عام آخر أو مع أحد أشخاص القانون الخاص لترتيب التزامات متبادلة من أجل إشباع الحاجات العامة للأفراد، وفيه يتمتع الطرف الأول بامتيازات السلطة العامة. فالرضا والمحل والسبب عناصر اساسية للعقد الإداري إلا أنها غير كافية لإضفاء صفة الإداري على العقد، وبالتالي فإن هذه العناصر يحتاج إلى عنصرين آخرين لقيام العقد الإداري، هذين العنصرين هما أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون العادي. وعلى ذلك فإن العقد الإداري ليس عقداً صرفاً للإدارة وليس عقدا صرفاً للأفراد، بل هو عقد يتوافر على خصائص معينة للإدارة المتعاقدة في علاقتها التعاقدية مع الطرف الآخر. ومهما تعددت تلك الخصائص فإن المصلحة العامة والسلطة العامة[21] تعدان من أهم خصائص الإدارة المتعاقدة.وللوقوف على ماهية العقد الإداري لا بد من تناول تعريفه في فرع أول، وبيان عناصره الأساسية في فرع ثان.

الفرع الأول//تعريف العقد الإداري.

بداية، لابد من القول بأن أغلب التشريعات قد تجنبت إيراد تعريف محدد للعقد الإداري، حيث إنها اكتفت بتعداد أنواعها وبيان خصائصها. ولقد عرف القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (73) منه العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"[22]، فالعقد ليس إلا التقاء إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين أما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه. ووفقا لهذا التعريف الوارد في القانون المدني يمكن القول بأن العقد الإداري فهو توافق إرادتي شخصين من أشخاص القانون العام أو إرادة شخص من أشخاص القانون العام وإرادة شخص من أشخاص القانون الخاص بهدف تنظيم أو إدارة مرفق عام أو تسييره، فإذا كان العقد الإداري لا يختلف عن العقد المدني في مفهومه العام من حيث إن كليهما هو توافق ارادتين من أجل إحداث آثار قانونية معينة بإنشاء التزام أو تعديله أو إلغاؤه[23]، إلا أن ذلك لا يعني مطلقا التطابق بينهما، فالعقد الإداري يخضع لنظام قانوني متميز كون المنازعات الناشئة عنه ينبغي أن تخضع للقضاء الإداري كما أن أطرافه وآثاره تختلف عن تلك المتوافرة في العقد المدني، لذلك يذهب بعض الفقه الإداري الى تعريف العقد الإداري بأنه "عمل قانوني شاركت في صنعه ارادتان متكاملتان إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها وتقوم على فكرة التراضي"[24]. واتجه البعض الى تعريفه بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ويكون هذا الشخص المعنوي العام قد أظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وتستخلص هذه النية، مما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القوانين العادية أو غير المألوفة في تلك النصوص"[25]. ويعرفه البعض بأنه "عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع شخص آخر بقصد تسيير أو تنظيم أو المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية أطرافه للأخذ بأسلوب القانون العام"[26].ووفقا للغالب من الفقه الفرنسي فإن العقود الإدارية هو "تلك العقود التي تتعلق باختصاص القاضي الإداري، وتخضع الى قواعد جوهرية خاصة بحيث إن نظامها الذي لا يخضع للقانون الخاص يكون موجها الى حماية مصالح السلطة العامة"[27].وقد سار مجلس الدولة المصري على خطى مجلس الدولة الفرنسي فعرف العقد الإداري بأنه "العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه ويتصل بنشاط

مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[28].وقد عرفت محكمة التمييز العراقية، حيث إن القضاء العادي في العراق هو صاحب الولاية العامة، العقد الإداري بطريقة مماثلة للتعريف القضائي الفرنسي والمصري ما دام " إن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف أنه عقد إداري؛ لأن الإدارة قصدت به تسيير مرفق عام من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة ..."[29].وعلى ذلك يمكننا تعريف العقد الإداري بأنه اتفاق بين طرفين تكون الإدارة أحدهما أو كلاهما بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام، وذلك باستخدام وسائل القانون العام وتتمتع الإدارة فيه بامتيازات السلطة العامة المتضمنة حقها في فرض شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

المطلب الثاني // معايير تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود.

إن تمييز العقد الإداري عن غيره قد مر بمراحل متعددة ابتدأت بمحاولة المشرع بإرادته تحديد طبيعة العقد كونه إدارياً ضمن ما يدعى بنظرية العقد الإداري وهذه المرحلة سميت بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون[30]، ومن بعد ذلك تولى القضاء الإداري مهمة تحديد هذه العقود بإيراد عدة معايير بهذا الصدد فسميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية[31].وقد حدد المشرع المصري في المادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 طبيعة العقود التي تختص محاكم المجلس المذكور بالنظر في منازعاتها بقوله "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: ... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر". أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد أورد تشريعات خاصة لبعض عقود الإدارة مما يدل على أنها اعتبارها عقوداً إدارياً بتحديد القانون، ومنها عقود تنفيذ مشارع التنمية الكبرى وفقا للقانون رقم 60 لسنة 1985 الملغي، عقود بيع وإيجار أموال الدولة وفقا للقانون رقم 32 لسنة 1986 والقانون رقم 21 لسنة 2013، وتعليمات تنفيذ العقد الحكومية رقم 2 لسنة 2014. وتظهر مشكلة التحديد التشريعي للعقد الإداري عندما يكيف المشرع عقداً مدنياً من حيث طريقة إبرامه وهدفه على أنه عقداً إدارياً، وهنا فإن موقف المشرع منتقد لأنه إذا أراد أن يكيف تصرفاً ما من تصرفات الإدارة فيجب عليه أن يستند الى مضمون العقد وطريقة إبرامه وهدفه، وهذا بكل تأكيد يتنافى مع العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة لتحقيق هدف معين ألا وهو تنظيم او إدارة او تسيير مرفق عام. ونظراً لأن التحديد التشريعي لطبيعة هذه العقود ليس غلا إجراء كاشف وليس منشأ للعقود الإدارية بحيث إن المشرع اقتصر على ذكر بعض الأمثلة لهذه العقود دون وضعها في حيز محدود، لذلك فأن القضاء الإداري وعبر فترة طويلة من التطور الاجتهادي قد تولى مهمة تحديد هذه العقود وإبراز خصائصها الذاتية[32].ولأن معيار السلطة العامة لم يجد نفعاً في إدراج العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري، وكما سبق القول، فإن القضاء الإداري الفرنسي غير المعيار المشار إليه واتجه إلى تبني معيار المرفق العام في قضية ((Rothschild)) روتشيلد في 6 ديسمبر 1855[33]، وقد أكد مجلس الدولة ذلك مرة أخرى في قضية ((Blanco)) بلانكو في عام 8 فبراير 1873[34].ومعيار المرفق العام لم يكن المعيار الوحيد في تمييز العقد الإداري عن غيره، بل يجب توافر شروطاً أخرى أوردتها المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها القاضي بأن "... مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون

الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أم كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح"[35].وقد أشارت محكمة التمييز العراقية غلى معايير تحديد العقد الإداري، حيث ذهبت إلى أنه "ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من إجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات التأخير فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للأفراد"[36].وبالرجوع إلى تعاريف العقد الإداري التي اوردها القضاء الفرنسي والمصري والعراقي، يتضح لنا بإن هناك ثلاث معايير لتمييز العقد المذكور عن غيره من العقود، هي كالآتي:

الفرع الأول // أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.[37]

يعد هذا المعيار من أوضح المعايير التي يستند إليها اعتبار عقداً ما عقدا إدارياً، بل ويعد من البديهيات بحيث أن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعد عقداً إدارياً. ومن العروف بأن أشخاص القانون العام هم الدولة والوزارات والمؤسسات العامة التابعة لها فضلاً عن المحافظات والأشخاص العامة المحلية[38].وحتى ولو كان طرفاً العقد من أشخاص القانون الخاص فان العقد يعد رغم ذلك إدارياً مادام أحدهما يعمل لحساب الإدارة. وهذا ما ذهبت اليه محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير لها في قضية بيرو (Peyrot) في 8 تموز 1963[39]، حيث كانت شركة الاقتصاد المختلط، المتعاقدة مع المقاول، تعمل لحساب الإدارة. بل إن القضاء الفرنسي قد مضى لا بعد من ذلك باعترافه بالطبيعة الإدارية للعقد على الرغم من انعقاده بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ولم يكن أحدهما يعمل لحساب الإدارة بل كان وكيلا لها بموجب توكيل قانوني إداري وفقا للـ (Le mandat administratif)[40]، بل حتى ولو لم تكن الانابة صريحة[41]، بحيث إن الإنابة الضمنية عن الشخص العام تكفي لأن يتعاقد شخص القانون الخاص لحساب الشخص العام كما لو كان مخولا بذلك[42]. وفي كلا الحالتين يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تنصرف آثاره إلى الإدارة بوصفها سلطة عامة[43]، فضلاً عن أن الإدارة يمكنها أن تحل محل أدارة أخرى فتنتقل الحقوق والواجبات التعاقدية للثانية الى الاولى[44]، وحلول إدارة محل أخرى جائز في القانون العراقي وفقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014[45].وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1994/1/18 معيار وجود الإدارة، كشخص معنوي عام، طرفا في العقد الإداري بنصها على أن "العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، وذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة"[46].إن كون الإدارة أحد أطراف العقد بصورة مباشرة أو غير مباشرة لا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، بل يجب أن يتوفر عنصر آخر ألا وهو اتصال العقد بنشاط المرفق العام.

الفرع الثاني // صلة العقد بالمرفق العام من حيث إنشاؤه أو تنظيمه أو تسييره.

للمرفق العام معنين[47]، أحدهما شكلي عضوي يتعلق بالهيئة أو المنظمة التابعة للدولة والتي تمارس النشاط العام، والآخر مادي موضوعي يتناول النشاط الذي يشبع الحاجات العامة ويؤدي إلى تحقيق المنفعة العامة. ودون الوغول في تفاصيل هذين المعنيين من حيث مدلولاتهما والمشاكل القانونية التي طرأت على فكرة المرفق العام، فإننا مع الاتجاه الفقهي الذي يعرف المرفق العام بمعنييه الشكلي والموضوعي، وعلى ذلك فإن المرفق العام هو "كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها او يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها واشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور"[48]، لذلك فلا يشترط أن تتولى الإدارة

النشاط الإداري بصورة مباشرة بل يمكن أن يتولاه شخص من أشخاص القانون الخاص، ولكن بشرط أن يكون للإدارة سلطة التوجيه والإشراف والرقابة من أجل أن يصل النشاط المذكور إلى تحقيق هدفه في إشباع حاجة عامة للجمهور.ولقد اكتفى مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه بمعيار المرفق العام لاعتبار العقد إدارياً دونما أي شرط آخر[49]، إلا أنه اشترط فيما بعد توافر العنصر الآخر للعقد الإداري ألا وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[50]، وهذا هو الاتجاه عينه الذي سلكه مجلس الدولة المصري، فقد اكتفى مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه بمعيار المرفق العام دون معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة لتحديد إدارية عقد ما، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بأن العقد الإداري هو "العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة ..."[51]. في حين اشترط في أحكام أخرى توافر معيار الشروط الاستثنائية برفقة معيار المرفق العام حتى يمكن اعتبار العقد إدارياً[52].وفكرة المرفق العام لها مكانها وأهميتها في القضاء العراقي أيضاً، حيث أشارت محكمة التمييز في قرار لها في 1973/6/6 بأنه "ولما كان العقد المذكور من العقود الإدارية وإن الضرر يعتبر واقعاً بمجرد التأخر عن تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول"، وفي حكم آخر لها في 1974/8/14 قضت بأنه "ولما كان العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري لتعلقه بمرفق عام وما يستهدفه من مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة لذا فإن الضرر يعتبر واقعاً ..."[53]. ونافلة القول إن اشتراط ارتباط العقد بادرة مرفق عام أو تسييره، لا يعني بأن كل العقود المتعلقة بالمرفق العام هي عقوداً إدارية، حيث قد تلجأ الإدارة الى اساليب القانون الخاص في عقد ما رغم اتصاله بالمرفق العام وعندئذ لا يمكن اعتبار العقد إدارياً، فالعقد حتى يكون إدارياً يجب أن يتصل بالمبادئ العامة التي تحكم المرافق وهي مبدأ دوام سير المرافق العامة ومبدأ المساواة في الانتفاع من خدمة المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير وفقاً للظروف[54].

الفرع الثالث // أخذ الإدارة بأساليب وامتيازات القانون العام.

لا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية للعقد أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتعلق بإدارة أو تسيير مرفق عام لتحقيق المصلحة العامة، بل يجب أن تتوسل الإدارة أساليب أو وسائل القانون العام، أي يجب أن تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص كي يعد عقداً إدارياً. والأمثلة التي تضرب على ذلك كثيرة منها احتفاظ الإدارة بامتيازات تخرج على مبدا المساواة بين الطرفين كحق الإدارة في فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه وتوقيع جزاء على المتعاقد معها، أو حقها في إجراء تعديلات على العقد، أو حقها في استبعاد العطاءات في المناقصات والمزايدات أو تقديم المأكولات والمشروبات بأسعار محددة وفقاً للعقد وحقها في زيادتها او تخفيضها وحقها في فصل أحد العمال لعدم نظافته[55]، وغير ذلك كثير مما يظهر معه بانها شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة[56].والشرط الاستثنائي في العقود الإدارية يعد وبحق العنصر الاساسي للإدارة كطرف في العقد من حيث تمتعها بكافة امتيازات السلطة العامة، فهو من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته وإلا عدّ العقد من عقود القانون الخاص[57]، وعلى ذلك يعرف الشرط الاستثنائي بانه ذلك الشرط الذي يكون باطلاً في عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام[58]. وعرف أيضاً بأنه الشرط الذي يعتبر غير مشروع في القانون الخاص والذي لا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم[59]. ويرى الفقيه الفرنسي Maurice HAURIO بأن الشرط الاستثنائي هو ذلك الذي يفرض في صالح الإدارة امتيازاً من امتيازات السلطة العامة[60]. وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى الشروط الاستثنائية بقوله بأنها "تلك التي تمنح احد المتعاقدين حقوقا أو تحمله

التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري"[61].فتضمين العقد الإداري للشرط الاستثنائي غير المألوف في نطاق القانون الخاص ليس إلا وسيلة للكشف عن نية الإدارة وعزمها على استعمال أساليب وامتيازات القانون العام، وفي المقابل فإن طبيعة السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة قد حصل فيها تطور كبير إذ لم تعد تلك السلطة مجرد امتيازاً ممنوحاً للإدارة بل هي في الوقت ذاته تعد قيدا عليها، فالسلطة العامة انما هي سلطة منظمة في إطار الدولة القانونية وليست مطلقة[62].وعلى أية حال، فانه لابد من القول بأن المعايير الثلاثة يجب توافرها معا من أجل إضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين الإدارة وبين المتعاقد معها، بحيث أن توافر أحدها أو بعضها لا يكفي لذلك. وفي هذ الصدد قررت محكمة التمييز العراقية بأن "العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري، لأنه يستهدف ادارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة وتجري فيه الحكومة باتباع اساليب القانون العام وتخضع فيه بحكم القوانين والانظمة..."[63].

المبحث الثاني // تطبيقات فكرة العقد الإداري في مجال المناقصات (عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد الخدمات الاستشارية).

في العراق الزم المشرع الإدارة بتنفيذ مشاريعها عن طريق إبرام العقد الإداري مع المتعاقدين معها بطريقة المزايدات أو المناقصات، إلا إذا تم النص على خلاف ذلك وهذا ما يؤيده الواقع العملي فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريد أو التجهيز. فالعقود الأكثر شيوعاً في العراق هي العقود الثلاثة المشار إليها في أعلاه، وهذا الأمر على خلاف القاعدة المعمول بها في فرنسا ومصر من حيث حرية الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك[64]. أما بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة فلا يمكن إبرامه إلا بمراعاة شخصية المتعاقد مع الإدارة، إذ يتم إبرام هذا العقد عن طريق الممارسة ويكون للإدارة حرية في التفاوض مع من ترغب في التعاقد معه وبحرية لا توفرها الطرق الأخرى، لذلك فإننا سوف لا نتناول هذا العقد في مبحثنا هذا.وعلى ذلك سنتطرق الى عقد الأشغال العامة في مطلب أول، وإلى عقد التوريد او التجهيز في مطلب ثان، وسنتطرق الى عقد الخدمات الاستشارية في مطلب ثالث.

المطلب الأول//عقد الأشغال العامة.

يعرف عقد الأشغال العامة بانه "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر (فرد أو شركة) يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الهدم أو الحفر أو الترميم أو الإصلاح أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام وتحقيقاً لنفع عام مقابل ثمن يحدده العقد"[65]. وعرفه De Laubadère بانه "إعداد مادي لعقار ينفذ لحساب شخص عام بهدف تحقيق منفعة عامة"[66]. وقد عرفه البعض بأنه "اتفاق بين الإدارة واحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة بالعقد"[67]. أما محكمة القضاء الإداري في مصر فقد عرفته " ...أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[68].أما في العراق فيعرفه البعض بأنه "اتفاق بين الإدارة واحد الأفراد بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية وتحقيقاً لمنفعة عامة"[69].ومن مجمل هذه التعريفات يمكن تخليص الشروط التي يتوقف على توافرها عقد الأشغال العامة :

أولاً // أن يتعلق موضوع العقد بعقار.

يشمل ذلك كل ما يتعلق بأعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على العقار ويخرج من قبيل عقود الأشغال العامة ما يرد على منقول مهما كانت ضخامته، فلم يعدّ القضاء الإداري في فرنسا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة[70].

ثانياً // إن يكون محل العقد لصالح أحد أشخاص القانون العام.

إذ لا يكفي أن ينصب الالتزام في العقد على عقار للقول بأنه عقد إداري وإنما يجب عن ذلك أن يكون محل الالتزام لصالح أحد أشخاص القانون العام، وذلك كونهم المنوط بهم السهر على تحقيق النفع العام، فأعمال البناء والصيانة أو الترميم لصالح شخص من أشخاص القانون العام هي ووحدها من يعترف لها بصفة الأشغال العامة، وبالتالي فإذا كانت هذه الأعمال لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص فلا تعد من عقود الأشغال العامة. ومن جانبه، فإن القضاء الإداري الفرنسي قد اعترف بصفة الأشغال العامة لأشغال المرافق العامة الصناعية والتجارية، التي تدار بالأشراف المباشر من مؤسسات عامة أو الأشغال التي تقوم بها البلدية من تلقاء نفسها في عقار مهدد بالسقوط لكفالة الطمأنينة العامة[71].

ثالثاً // أن يهدف العقد الى تحقيق مصلحة عامة.

إن مفهوم هذ الشرط يقتضي في الحقيقة بأن يكون هدف عقد الأشغال العامة هو تحقيق الصالح العام سواء كان الالتزام ينصب على عقار من عقارات الدومين العام أم الخاص[72]. ويلتزم المقاول في عقد الأشغال العامة بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه في نصوصه بحسن نية، فلا يجوز له التوقف عن تنفيذ العقد لمجرد خلافات بسيطة أو غموض في بعض الشروط وبسبب عدم دفع المستحقات المالية من قبل الجهة الإدارية[73].ويلتزم المقاول أيضاً بالتحري عن الأعمال التي سوف يباشرها والمواصفات والتصميمات المعتمدة وتدوين الملاحظات اللازمة حول ذلك لإخطار الجهة الإدارية بها، كما يقع على عاتق المقاول بمجرد انتهاء العقد إخلاء موقع العمل من المخلفات والآلات التي تم استخدامها ويبقى ضامناً لسلامة المنشأ بحسب نظام العقد ويسأل عن الضرر المباشر فقط.وفي المقابل يستحق المقاول في عقد الأشغال العامة المقابل المادي للعقد، وعلاوة على ذلك فله الحق في الفروق المالية الناشئة عن زيادة الأسعار في المشروع متى ما كان غير متراخ في تنفيذ التزاماته وكذلك الحق في استرداد مبلغ التأمين النهائي عند إتمام التسليم.ونظراً لكون عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية فيكون للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها سلطات المراقبة والتوجيه وتعديل العقد وتبرز سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، حيث إن المقاول ملزم بتنفيذ الأوامر التي تصدر إليه من جهة التعاقد[74]. ولكن هذا لا يحرم المقاول من الاعتراض على هذه الأوامر أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى. فضلاً عن سلطة الرقابة والتوجيه التي تتمتع بها الإدارة في عقد الأشغال العامة، فإن لها سلطة تعديل العقد بشرط أن لا يخالف هذا التعديل جوهر العقد فتفرض على المتعاقد القيام بأعمال جديدة غريبة عن العقد الأصلي[75].

المطلب الثاني//عقد التوريد.

عرف الفقهاء عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرداً أو شركة يتعهد بمقتضاه بتوريد منقولات معينة للشخص العام مقابل ثمن محدد في العقد. وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين[76]. ومن خلال ذلك يمكن القول أنه اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بتوريد منقولات لجهة الإدارة مقابل ثمن معين وتستخدم فيه الإدارة امتيازات السلطة العامة.ومن أمثلة عقود التوريد تجهيز المستشفيات والجامعات

والوزارات بالمستلزمات التي تحتاجها . ومن خلال التعريف القضائي والفقهي أعلاه يتبين أن عقد التوريد يتميز بعدد من العناصر التي تميزه عن غيره وأهمها :

1-محل هذا العقد تقديم منقولات أو توريدها وهذا عنصر يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي ينصب محل الالتزام فيه على عقار.

2-أن يكون المتعاقدمع المورد شخصاًمن أشخاص القانون العام وهذاعنصرتشترك فيه العقودالإدارية كلها.

3-أن يستهدف تحقيق مصلحة عامة وهو عنصر لازم بلزوم أن يكون التوريد لشخص من أشخاص القانون العام، إذ الغرض أن أشخاص القانون العام لا يهدفون إلاّ الى تحقيق الصالح العام .

4-أن يكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.ويستوي أن يتم عقد التوريد دفعة واحدة أو على دفعات متعددة. وقد أفرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية التي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود عقود التصنيع وعقود التعديل أو التحويل[77].وقد نظم المشرع العراقي عقود الأشغال العامة وعقود التوريد أو التجهيز على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014[78]، ويعدّ عقد التوريد من أهم العقود الاقتصادية، ولا يعد عقد التوريد دائماً عقداً إداريا إلا إذا استوفى الشروط العامة اللازمة للعقد الإداري جميعها وبخلافه يعدّ عقدا مدنيا[79]. وتقسم عقود التوريد إلى عقود التوريد العادية والتي ينصب العقد فيها على التوريد فقط ويستقل المورد بتحديد طرق التنفيذ واختيارها[80]، كتوريد مواد غذائية فله الحق في الحصول عليها من أي مصدر ويقتصر دور الإدارة على فحص المواد الموردة للتأكد من مطابقتها للمواصفات المنصوص عليها في العقد، وقد تكون عقود توريد وتركيب حيث فضلاً عن توريد الأصناف المطلوبة يلتزم المورد بتركيبها في الأماكن المخصصة لها وفي هذه الحالة يكون عقد مختلط بين توريد وأشغال عامة تطبق عليه أحكام العقدين. أما النوع الثاني من عقود التوريد فهو العقود الصناعية ولا تخضع لتعريف معين كونه مرن جداً ويترك للإدارة حرية واسعة في التصرف كعقود تصنيع الأسلحة، وتبرم عقود التوريد بالأساليب المعروفة لإبرام العقود الإدارية وهما المناقصة العامة والممارسة العامة[81].ويلتزم المورد بتوريد الأصناف في المواعيد المحددة لذلك وهو ما ينعكس أثره على تأمين سير المرافق العامة وضمانها بانتظام واطراد وأن يبذل في سبيل تحقيق ذلك كل ما بوسعه، ولا تنتفي مسؤوليته في حالة الإخلال إلا بوجود السبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة التنفيذ. كما يلتزم المورد بالتوريد طبقاً للمواصفات المتفق عليها ويعدّ هذا الالتزام بالغ الأهمية، كونه يرد على محل العقد وحيث إن المحل هو ركن من أركان العقد فإن تخلف المحل بطل العقد، وكما هو الحال في عقد الأشغال العامة تمتلك الإدارة سلطات الرقابة والتوجيه والتعديل على عقد التوريد.وفي مقابل الالتزامات التي يلتزم بها المورد فله الحق في المقابل المالي للعقد والحق في طلب التعويض كجزاء لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وكذلك الحق في إعادة التوازن المالي للعقد متى ما أصبح الالتزام مرهقاً بحيث لا يمكن للمورد الاستمرار في تنفيذه.

المطلب الثالث // عقود الخدمات الاستشارية.

وهو عبارة عن اتفاق يقدم بمقتضاه أحد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل عرض يتفق عليه بالشروط المقترنة بهذا العقد الإداري. وعرفه البعض بأنه عقد أساسه وأداؤه الرئيس يقوم على تقديم المشورة[82]. أو هو عقد تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد أو أحد المكاتب المتخصصة أو إحدى المؤسسات أو الشركات المرخص لها تتولى إعداد الدراسات المسبقة عن مشروع من المشاريع العامة سواء من حيث

الجدوى الاقتصادية أم من حيث حساب التكاليف الخاصة بالتنفيذ أم إعداد التصميمات أم المواصفات الخاصة أم الإشراف ومتابعة تنفيذه وكذلك حصر الأعمال المنفذة، ويجب أن يكون الشخص المتعاقد معه سواء كان شخصاً (طبيعياً أم معنوياً) مختصاً ومصرحا له بذلك . وهو بذلك عقد مقاولة ولكن ذو طبيعة خاصة[83] لأن التزامه هو تقديم معلومات، وهو عقد مهني يقوم على الاعتبار الشخصي[84].وتلجا الإدارة غالباً إلى التعاقد مع المكاتب الاستشارية لتقديم الخبرات الفنية والهندسية أو الإدارية أو قد يفرض عليها هذا الالتزام، وتأخذ هذه المكاتب مسميات عدة من دولة لأخرى وتقدم هذه المكاتب دوراً فعالاً في إجراء الدراسات والبحوث الميدانية لعدد من الجهات الحكومية. وفي مجال العقود الإدارية لا تخرج هذه الخدمات عن إعداد دراسات الجدوى بنوعيها الأولية والتفصيلية للمشاريع الهندسية والتوصية إلى الجهة الإدارية باختيار أفضل البدائل لأسلوب التعاقد وطريقة تنفيذ المشروع، من حيث المواصفات والكلفة والمنهاج الزمني وإعداد التصاميم الهندسية الأولية التفصيلية والخرائط والمخططات وإعداد وثائق المناقصة لعقود التجهيز للمواد والمعدات الأخرى[85]. كذلك تقديم المشورة بخصوص اختيار أفضل أساليب التعاقد وطرق التنفيذ والإشراف اليومي الدائم على تنفيذ الأعمال الموقعية من قبل المقاول الرئيس والمقاولين الثانويين على وفق المنهاج الزمني المعتمد، والتأكد من المطابقة وضمان الجودة من حيث مواصفات المواد التي يتم استلامها في موقع العمل وكذلك طرق التنفيذ واتّباع متطلبات السلامة والحفاظ على البيئة، وتحقيق الهدف من انجاز المشاريع الناجمة والمتمثلة بأعمالها بالمواصفات المحددة ضمن المدة المخطط لها ومن دون تجاوز الكلفة التخمينية التي سبق وضعها من قبل الإدارة.كما يلتزم المتعاقد بتقديم المشورة في حالة النزاعات التعاقدية التي تحصل في أثناء تنفيذ العقد مع المقاولين أو المجهزين والأطراف الأخرى ذات العلاقة وتقديم التوصيات، بهدف حلها بأسلوب ودي والحد من وصولها إلى المحاكم أو لجان التحكيم. ولا يخضع المتعاقد لرقابة صاحب العمل[86].من خلال ما تقدم يتبين لنا أن عقد تقديم الخدمات الاستشارية إما أن يكون عقداً أصلياً قائماً على التزام ثابت هو تقديم المشورة[87]، أو هو عقد تبعي أو تكميلي لعقود الأشغال العامة وعقد التوريد أو التجهيز ومكمل لها، ويخضع للقواعد نفسها التي تحكم العقود الإدارية من حيث أسلوب التعاقد فينفذ هذا العقد بأسلوب المناقصة العامة[88].وغالباً ما تحدد الشروط الواردة في صيغة العقد أهم الالتزامات المترتبة على الطرفين وتاريخ انتهاء العقد والمبلغ الواجب دفعه لتأدية الخدمات، كما يقوم الاستشاري بتأمين كفالة حسن الأداء والتنفيذ بصيغة كفالة مصرفية مقبولة من الجهة الإدارية، ويبدأ تاريخ سريان العقد من تاريخ التوقيع عليه من قبل الطرفين أو أي تاريخ يتفق عليه في الشروط الخاصة.

الخاتمـــة.

إن موضوع النظام القانوني للعقود الإدارية في العراق من المواضيع التي لم تلق الاهتمام الكافي بها في الفترة السابقة لصدور قانون مجلس الدولة العراقي؛ نظراً لأن مجلس شورى الدولة (سلف مجلس الدولة) كان تابعا للسلطة التنفيذية، وبالتالي فإن استقلاليته عنها كان على الدوام أمراً غير مؤكد وأن السلطة التنفيذية وأداتها الإدارة تنفرد في إبرام العقود الإدارية، ولا يهم بعد ذلك كون منازعاتها تخضع للقضاء العادي أم الإداري ما دام أن الإدارة في نهاية المطاف هي التي ستتفوق على الطرف المتعاقد معها، لذلك فإن هذا الموضوع قد نجم عنه جملة من الاستنتاجات والتوصيات نوجزها بالآتي:

أولاً// الاستنتاجات.

1-إن أسلوب التعاقد يعتمد على تقدير الإدارة بأنه الأسلوب الأفضل في تحقيق الأهداف العامة للوظيفة الإدارية ومن خلاله تستطيع تلبية حاجاتها وانجاز مشروعاتها وخطط التنمية، لذلك فإن للإدارة أن تتعاقد

مع إدارة أخرى أو مع أحد أشخاص القانون الخاص، من أجل تحقيق المنفعة العامة في اشباع الحاجات العامة. فالعقد الإداري الخاضع لقواعد القانون الإداري يعد من أهم الوسائل التي تنتهجها الإدارة من أجل تحقيق الهدف أعلاه.

2-إذا كان العقدان الإداري والمدني لا يختلفان في الأركان العامة اللازمة لهما من رضا ومحل وسبب، إلا أنها يختلفان من حيث إن الإدارة تتصرف في الأول بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، أما في العقد المدني فإن الإدارة تكون على قدم المساواة مع المتعاقد معها من حيث الحقوق والواجبات.

3-يجب توافر عناصر العقد الإداري الثلاث مجتمعة حتى يمكننا إضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين الإدارة وبين المتعاقد معها، وبالتالي يجب أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام وأن يتصل موضوع العقد بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره، وأن تستخدم الإدارة أساليب وامتيازات القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير متوفرة في نطاق القانون الخاص.

4-إن للإدارة أن تبرم العقود الإدارية بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام وبوصفها جزءاً من السلطة التنفيذية التي من مهامها السهر على تحقيق المصلحة العامة بإشباع الحاجات العامة، في حين أنه لا يجوز للسلطة التشريعية ولا القضائية بصفتيهما هذه إبرام العقود الإدارية حيث إن الأجهزة الإدارية التابعة لهاتين السلطتين هي من تتولى إبرام مثل تلك العقود.

5-نحن مع الراي الذي يذهب إلى اعتبار العقود التي تبرمها النقابات والاتحادات المهنية عقوداً إدارية، حيث إن هذه المؤسسات ليست إلا مؤسسات ذات نفع عام تابعة لمؤسسات عامة، بل وحتى ولو كان طرفا العقد من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يعد رغم ذلك إدارياً مادام احدهما يعمل لحساب الإدارة أو وكيلاً عنها، بل وحتى لو كانت الإنابة ضمنية فقط.

ثانياً // التوصيات.

1-إن المشرع العراقي في اعتباره بعض العقود كونها عقوداً إدارية كعقود المقاولات العامة وعقود بيع وإيجار أموال الدولة، لا يشفع في إبراز أهمية هذه العقود كونها عقوداً إدارية مادام الاختصاص القضائي حتى اللحظة معقودا للقضاء العادي، لذلك ندعوا المشرع العراقي الى رفع هذا التناقض بجعل النظر في المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود معقودا للقضاء الإداري.

2-إن عدم إدخال العقود الإدارية عموماً ضمن مواضيع القانون الإداري وعدم إدراج منازعاتها ضمن اختصاص محاكم القضاء الإداري يعد مثلبة قانونية كبيرة لابد من استدراكها وإصلاحها بالسرعة الممكنة، خصوصاً وأن العراق أصبح لديه قضاء إداري مستقل منذ عام 2017، وبالتالي فإننا ندعوا المشرع العراقي إلى إدراج العقود الإدارية ضمن القانون العام (القانون الإداري) وجعل مجلس الدولة العراقي هوالقضاءالمختص في المنازعات الناشئةعن جميع العقودالإدارية،وكماهوالحال في فرنساومصر.

3-ندعوا المشرع العراقي إلى تبني نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية والذي يواكب التطورات الحديثة في مجال إبرام العقود الإدارية، وبالخصوص تلك المبرمة مع الشركات الدولية.

4-العمل على جعل النظام المشار إليه نظاماً مرناً بحيث تستطيع من خلاله الأطراف المتعاقدة مع الإدارة أن تتعامل بكل يسر وسهولة، من أجل تقديم الخدمات العامة وإشباع الحاجات العامة التي هي هدف العقود الإدارية.

الهوامـــش.

[1] وقد يدق الامر في بعض التصرفات القانونية التي تجريها الادارة من حيث اعتبارها عقودا ادارية ام لا، فمثلا التعيين في وظيفة عامة انما هو توافق ارادتين ارادة الادارة وارادة طالب التعيين ولكن هذا العمل القانوني لا يعد عقدا بل يعد عملا تنظيميا يخضع للقوانين واللوائح.

[2] فقد يدق الامر فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي تبرمه الادارة هل هو من عقود القانون العام او عقود القانون الخاص. ومن الاحكام القضائية لمحكمة القضاء الاداري المصري في هذا الشأن حكمها الصادر في الطعن رقم (870) في 9 ديسمبر 1956 حيث قضت بانه ((ومن حيث ان الذي ينبغي لنا المبادرة الى التنبيه اليه هو ان ليس كل عقد تبرمه جهة الادارة بعقد إداري حكما فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة الى إبرام عقود بينها وبين جهة اخرى او بينها وبين بعض الاشخاص في ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضي في القانون الخاص ولا تعني بأمرها مبادئ القانون االاداري. وليس بكاف ابدا مجرد ان يكون احد طرفي التصرف شخصا إداريا عامة للقول بان هذا التصرف او العقد إنما هو عقد اداري يخضع لاحكام القانون العام، وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الاداري العام قد يبرم عقدا مدنيا كما يبرم عقدا إداريا سواء بسواء))، اشار اليه/ د. محمد الشافعي أبو رأس ، القانون الاداري ، الإداري ،
PDF created with pdf Factory Pro trial version www.pdf factory .com، ص 15.

[3] في هذا الصدد يشير بعض الفقه الفرنسي الى ضرورة التمييز بين عقود الادارة وبين العقود الادارية، حيث ان الاولى تشمل الثانية الى جانب وجود عقود القانون الخاص ايضا،
Voy. PIERRE-LAURENT FRIER et JACQUES PETIT, Droit administratif, Domat droit public, LGDJ, Lextenso éditions, 10e éd., 2015, n° 640.

[4] للتفصيل في نظرية الضبط الاداري ينظر/ Marc HERAIL, Coopérative, Répertoire des sociétés, 2017, n° 22. Roland VANDERMEEREN, Police administrative et police judiciaire, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2017.
ينظر في تفصيل نظرية النظام العام / Pierre BON, La protection de l'ordre public, Encyclopédie des collectivités locales, 2012.
للمزيد حول نظرية المرفق العام ينظر/ Jacques MOREAU, Service public, Dalloz professionnels Pratique du contentieux administratif, 2013.

[5] Voy. SINKONDO Marcel H., La notion de contrat administratif : acte unilatéral ou contrat civil de l'administration, Revue trimestrielle droit civil, 1993, p. 254.
فالعقد ليس الا فكرة جوهرية بل واساسية بحيث تسيطر بشكل كبير جدا على العلاقات بين افراد المجتمع، voy. GHESTIN J., La notion de contrat, Recueil Dalloz, 1990, p. 147.

[6] ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط4، القاهرة، دار الفكر العربي، 1948، ص32.

[7] فالمشرع الفرنسي لم يدخر جهدا في ادراج بعض العقود الادارية ضمن اختصاص القضاء الاداري، ومن امثلة هذه القوانين ينظر على سبيل المثال / قانون بيفوز، السنة الثامنة، الخاص بعقود الاشغال العامة؛ قانون 17 و 26 سبتمبر لسنة 1793 الخاص بعقود القروض العامة؛ قانون 17يونيو لسنة 1938 الخاص بشغل الدومين العام، اشار اليها/ د. محمد السناوي، التطورات الحديثة للطعن بالالغاء في عقود الادارة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 12. ومن جانبه، فان مجلس الدولة الفرنسي كذلك حاول مد اختصاصه عن طريق القياس الى عقود لم يرد بشانها نص مثل عقود طلب المعاونة بوصفها قريبة من عقود الاشغال العامة، ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص 33.

[8] ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1967، ص 578. ينظر ايضا/ د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1966، ص 984.

[9] قانون رقم (129) لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، الوقائع المصرية ذي العدد 69 في 24 يوليو 1947.

[10] وعلى ذلك ينص القانون المذكور على ان ((تفصل محكمة القضاء الاداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، الاشغال العامة وعقود التوريد الادارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد. ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة امام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها الى المحاكم العادية كما يترتب على رفعها الى المحاكم العادية عدم جواز رفعها امام محكمة القضاء الاداري))، المادة (5) من قانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة، الوقائع المصرية ذي العدد 17 في 3 فبراير 1949.

[11] حيث ان ((مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة))، المادة (1) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

[12] حيث تختص محاكم مجلس الدولة بالفصل في عدة مسائل ادارية ومن ضمنها ((المنازعات الخاصة بعقود الالتزام او الاشغال العامة او التوريد أو بأي عقد اداري آخر))، المادة (10/حادي عشر) من القانون رقم 47 لسنة 1972.

[13] حيث نصت المادة (29) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 على ان ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية المعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص)).

[14] ينظر/ حكم محكمة التمييز الصادر في 1958/3/15، مجلة القضاء، ع 3، 1959، ص 448. ينظر ايضا/ حكم المحكمة نفسها الصادر في 1959/4/14، مجلة القضاء، ع 4، 1959، ص 524.

[15] ينظر/ حكم محكمة التمييز الصادر في 1967/4/13 بالقضية 16/ح/1967.

[16] قانون رقم 106 لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، الوقائع العراقية ذي العدد 3285 في 1989/12/11. وحتى بعد صدور امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 87 لسنة 2004 الخاص بالعقود العامة فان القضاء العادي استمر بالفصل في منازعات العقود العامة، على الرغم من ان الامر المذكور نص على ضرورة وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة ادارية مستقلة للنظر بالمنازعات الناشئة عن هذه العقود، ينظر/ القسم (1/2/ب/ثانيا) من الامر المذكور، الوقائع العراقية ذي العدد 3984 في 2004/1/6. وهنا نسجل استغرابنا من النص المذكور، حيث ان محكمة القضاء الاداري موجودة بتاريخ 2004، وكان الاولى بالمشرع ان يجعل النظر في منازعات العقود العامة من اختصاص محكمة القضاء الاداري التي تعد من ضمن هيئات مجلس شورى الدولة.

[17] قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، الوقائع العراقية ذي العدد 2714 في 1979/6/11.

[18] حيث ان المحكمة المذكورة اعلاه تختص ((بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءا على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن))، المادة (7/رابعا) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل. ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن قرار مجلس شورى الدولة الذي مفاده بان ((المدعي - المميز – يطلب إلغاء عقد القرض المبرم بينه وبين المصرف الزراعي التعاوني وان محكمة القضاء الاداري لا تنظر في مسائل العقود سواء كانت مدنية ام إدارية ...))، ينظر/ قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر في 1990/9/2 في الاضبارة المرقمة 13/إداري-تمييز/ 1990، اشار اليه/ عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/كلية القانون، 1992، ص 103.

[19] ينظر/ قرار مجلس الدولة العراقي رقم 2017/140 في 2017/12/27.

[20] بالنسبة لعقود الاشغال العامة، تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014. بالنسبة لعقد التوريد، قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم 60 لسنة 1985. بالنسبة لعقود بيع وايجار اموال الدولة، قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 ومن ثم القانون رقم 21 لسنة 2013 . وقد اصبحت هذه الاحكام القانونية تشكل النظرية العامة للعقود الادارية، حتى وان لم يكن القضاء الاداري العراقي الحالي مختصا بالنظر في المنازعات الناشئة عنها.

[21] وعلى ذلك فان العقد الاداري لا يمكن وصفه بحال من الاحوال بأنه هيمنة الادارة على الطرف الآخر في العقد مهما تمتعت بامتيازات تشريعية في ذلك العقد، بحيث ان ما تتمتع به الادارة ليس الا توفيق بين المصالح العامة والسلطة العامة. فالمصلحة العامة ليست الا وسيلة للتنظيم والادارة العامة في حين ان غاية المصلحة الخاصة هي الربح المادي. ففي العقد الاداري تكون المصلحة العامة لا الخاصة هي الدافع والحافز الرئيسي لنشاط الادارة والمشرع لم يعترف بامتيازات السلطة العامة للادارة الا من اجل الوصول الى اشباع الحاجات العامة للمواطنين، ينظر/ د. محمد يحيا، المغرب الاداري، ط3، 2004، ص 291.

[22] فالايجاب قد سمي ايجابا لان من يبتدء العقد قد اوجب على نفسه امرا معينا يقابله قبول الطرف الآخر بما اوجبه الطرف الاول على نفسه، والعقد لا ينعقد بمجرد التلفظ بل ينبغي ان تنصرف ارادة الطرفين الى الفاظ العقد وما تدل عليه من المعاني، اي لا ينعقد العقد الا اذا ادرك الطرفين او الاطراف ما قد تم تلفظه في العقد وان يكونوا عالمين بما يترتب عليه من آثار قانونية كانتقال ملكية الشيء المباع الى المشتري في عقد البيع والتزام هذا الاخير بدفع الثمن، في تفصيل ذلك ينظر/ د. منير محمود الوتري، العقود الادارية وانماطها التطبيقية، ج1 (العقود الادارية)، بغداد، مطبعة جامعة بغداد، 1979، ص 14.

[23] وهذا ما دعى بعض الفقه المصري الى القول بان تعريف يصدق على حد سواء بالنسبة للعقود الادارية وبالنسبة لعقود القانون الخاص، ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط5، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991، ص 408.

[24] د.محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 492.

[25] د.خميس السيد اسماعيل، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 26.

[26] د.ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، الكويت، مكتبة الفلاح، 1981، ص 61.

[27] Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, Droit administratif, Paris, Économica, 11e éd., 2014, p. 396.

[28] اشار الى هذا التعريف/ د. محمد ماهر ابو العينين، القاضي الاداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الادارية (وجيز الاحكام والفتاوى)، ط6، الجيزة، دار ابو المجد للطباعة، 2013، ص 9. وفي تعريف آخر، عرفت محكمة القضاء الاداري المصري العقد الاداري بأنه ((العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام او بمناسبة تسييره وان يظهر نيته بالأخذ بأسلوب القانون العام ...))، ينظر/ قرار محكمة القضاء الاداري في القضية رقم 223 السنة العاشرة القضائية، 16 ديسمبر 1956، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري، القاهرة، مطابع مدكور، بلا سنة طبع، ص 88.

[29] ينظر/ قرار محكمة التمييز في القضية رقم 2566/ح/ 1966، اشار اليه/ د. حلمي مجيد الحمدي، كيفية تمييز العقد الاداري عن غيره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، مجلد 5، ع 1 و 2، 1986، ص 284.

[30] لقد اورد المشرع بعض انواع العقود الادارية في القوانين والانظمة والتعليمات الخاصة بتنظيم العقود الادارية مثل عقود التوريد وعقود الاشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة ...الخ. وعلى ذلك، فان ارادة المشرع هي التي تحدد اختصاص القضاء الاداري بالعقود الادارية بحيث ان المشرع قد قرر بان قواعد القانون العام هي الاكثر ملائمة لحل النزاع من قواعد القانون الخاص فيسبغ الصفة الادارية على تلك العقود، ينظر/ د. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الاداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1963، ص 27.

[31] ينظر/ د. مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط3، مطبعة جامعة دهوك، 2010، ص 221.

[32] ينظر/ د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، بغداد، بيت الحكمة، 1989، ص 17.

[33] ينظر/ Alain SEBAN, La responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du contrôle bancaire, Revue française de droit administratif (RFDA), 2002, p. 742.

[34] ينظر/ Jean-Claude DOUENCE, Services publics locaux, Encyclopédie des collectivités locales, 2007, n° 8 . وهنا يجب التاكيد بان معيار المرفق العام لم يكن المعيار الوحيد في بلورة نظام خاص للعقود الادارية وتبيان احكامها من قبل مجلس الدولة الفرنسي، بحيث ان الاخير قد وضع شروطا اخرى للعقد الاداري تمكن من خلالها من استبعاد نظرية العقود المدية في هذا المجال.

[35] حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في جلسة 1968/2/24، اشار اليه/ د. أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص5.

[36] اشار اليه/ د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الاداري، بغداد، دار الكتب للطباعة، 1996، ص 224.

[37] اذا كان من المتعارف عليه قانونا وفقها وقضاءا بان الادارة هي السلطة التنفيذية، فهل يجوز للسلطة التشريعية والسلطة القضائية ابرام العقود الادارية؟ وللاجابة على هذا التساؤل يمكن القول بان مهمة الاساسية للسلطة التشريعية تتحدد قانونا

بسن التشريعات واقرار الميزانية والمصادقة على المعاهدات ومراقبة اعمال السلطة التنفيذية، وكذلك دورها الرئيسي في اجازة ابرام عقد القرض العام فهي لا تعتبر طرفا فيه ولكن اتمام العقد يتوقف على اجازتها، اما بالنسبة لعقود الاشغال العامة او عقد التوريد فان الجهة الادارية التابعة للبرلمان هي التي تبرم مثل هذه العقود الا وهي سكرتارية الهيئة التشريعية، في تفصيل ذلك ينظر/ د. محمود حلمي، العقد الاداري، ط2، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977، ص 13-14. والامر ذاته ينطبق على السلطة القضائية حيث ان اختصاصها الاصيل هو الفصل في المنازعات القضائية المعروضة امامها، اما مسالة ابرام العقود فهي من اختصاص الاجهزة الادارية التابعة لها.

[38] وهنا يتم التساؤل عن طبيعة العقود التي تبرمها النقابات والاتحادات المهنية، فهل تعتبر عقودا ادارية ام لا؟ ان تحديد طبيعة هذه العقود يعتمد بالدرجة الاساس على قوانين انشاء مثل هذه النقابات والاتحادات، فاذا كان قانون انشائها ينص على كونها تتمتع بالشخصية المعنوية العامة فهي اذا من اشخاص القانون العام وعقودا تعد عقودا ادارية، اما اذا لم يكن قانون انشائها واضحا بهذا الصدد فينبغي عندئذ تفحص نصوص القانون جيدا من اجل امكانية اضفاء صفة الشخص المعنوي عليها ام لا، وهذا يعتمد على القرائن التي يتبناها القضاء في حالة معينة وقد يتخلى عنها في اخرى، ينظر/ د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص 32-33. ونحن مع الرأي الذي يذهب الى اعتبار العقود التي تبرمها هذه المؤسسات ذات النفع العام عقودا ادارية ما دامت تخضع لاشراف المؤسسات العامة التابعة لها.

[39] ينظر/ Jacques Arrighi DE CASANOVA, Le Tribunal des conflits une juridiction au cœur du droit des contrats et de la concurrence, Actualité juridique Contrats d'affaires, 2015, p. 288.

[40] في تفصيل ذلك ينظر/ Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS, Le mandat administratif à son crépuscule, Actualité juridique droit administratif (AJDA), 2018, p. 267.

[41] حيث قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بانه ((متى كان من الثابت ان وزارة التموين- بصفتها المشرفة على مرفق التموين في البلاد – تدخلت في امر سلعة الشاي واتخذت الاجراءات واصدرت من الاوامر ما رأته كفيلا بتحقيق ما تهدف اليه من توفير سلعة من السلع ... وعهدت بذلك الى لجنة توزيع الشاي ثم المعبئين الذين اصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها الى التجار في مختلف انحاء البلاد فان ذلك في تحقيقه يتضمن امرا بتكليف اللجنة بخدمة عامة وتكون الاتفاقات والعقود التي تبرمها اللجنة هي عقود ادارية ملحوظ فيها تغليب الصالح العام على المصالح التجارية وملحوظ فيها سلطة الحكومة في الاشراف على تنفيذها ومراقبتها ضمانا لتحقيق المصلحة العامة التي تهدف اليها))، القضية 83 لسنة 6 قضائية، 1956/4/24، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الاداري، السنة العاشرة، القاهرة، مطبعة مخيمر، بلا سنة طبع، ص 307-308.

[42] ينظر/ ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في 30 مايو 1975 في قضية شركة التجهيز لاقليم مونبيليه، Arrête du 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Actualité juridique droit administratif (AJDA), 1975, p. 345, chron. Franc et Boyon. بهذا الصدد ينظر ايضا/ حكم محكمة استئناف مدينة نيم في 18 مايو 2009، Arrêt n° 08/02309 de la Cour d'appel de Nîmes, SARL PORT CROISADE c/ SARL TRAVAUX EPUISEMENT ET CONSOLIDATION DES SOLS et autres, 18 mai 2009, Jurisprudence, Dalloz.fr, 2009.

[43] حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في الطعن جلسة 2000/3/21، اشار اليه/ د. محمد ماهر ابو العينين، المصدر السابق، ص 10.

[44] ينظر/ د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص 31.

[45] حيث ان احكام التعليمات وان كانت لا تسري على ((الشركات العامة عند تنفيذها للعقود المحالة اليها من الجهات التعاقدية الرسمية [الادارة]، بصفتها مقاول او مجهز او استشاري وتعتمد في ذلك الضوابط المقرة من مجلس الادارة والمصادق عليها من رئيس الجهة المرتبطة به في اختيار اسلوب التعاقد المناسب واجراء التفاوض السعري وعلى ان لا تتعارض مع التشريعات والقوانين التي تنظم نشاطها))، الا ان الحلول واضح في هذا المجال، ينظر المادة (1/ثانيا/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014.

[46] ينظر ايضا/ الحكم الصادر بجلسة 1964/3/7، وكذلك حكمها بجلسة 1987/2/21، اشار اليهما/ د. احمد سلامة بدر، المصدر السابق، ص 6.

[47] في الحقيقة ان البحث دائما يجب ان يكون عن المعنى الموضوعي او المادي للمرفق العام والذي يتعلق بالنشاط الممارس من قبل شخص عام بصورة مباشرة او غير مباشرة مستهدفا في ذلك المصلحة العامة، في حين ان المعنى لشكلي او العضوي يكون مفهوما ضمنا بحيث ان تعاقد الفرد مع مرفق عام يتضمن بالضرورة كون الطرف الآخر هو الادارة، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر/ د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982، ص 16؛ د. ثروت بدوي، القانون الاداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص 167.

[48] تعريف د. طعيمة الجرف والمشار اليه من قبل د. احمد سلامة بدر، المصدر السابق، ص 16. وفي الاطار ذاته يعرف المرفق العام بانه ((كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام وهدفه تحقيق الصالح العام وتكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وادارته بصورة مباشرة او غير مباشرة))، د. ابراهيم طه الفياض، القانون الاداري، الكويت، مكتبة الفلاح، 1989، ص 29.

[49] ففي قضية زوج بيرتان (Arrêt Époux Bertin) قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه ((... ولما كان هدف العقد هو منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام فذلك وحده يكفي لاعتبار العقد اداريا دون الحاجة للبحث عن احتوائه على شروط مخالفة ...))، ينظر/ Arrêt Époux Bertin, 20 avril 1956, Recueil Lebon, p. 143.

[50] Voy. Le Conseil d'État, 30 janvier 1980, *Ville de Paris*, Recueil Lebon, p. 53.

[51] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 1383 لسنة 35 قضائية عليا بجلسة 1995/1/8، اشار اليه/ د. احمد سلامة بدر، المصدر السابق، ص 21. وبناءا على ذلك فقد قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بان العقد مثار المنازعة لا يتعلق بادارة مرفق عام او بقصد تسييره وبالتالي فان هذا العقد يخضع لاحكام القانون الخاص، ينظر/ الطعن جلسة 1998/11/24، اشار اليه / د. محمد ماهر ابو العينين، المصدر السابق، ص 10.

[52] وفي هذا قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بأن محل المنازعة العقدية لا يتعلق بتسيير مرفق عام وانما يقف عند حدود بيع المحافظة لقطعة ارض فضاء للجمعية التعاونية للبناء والاسكان لاقامة مساكن لاعضائها ولم يتضمن العقد بعد ذلك اية شروط استثنائية الامر الذي يجعل المنازعة تخرج عن اختصاص مجلس الدولة، ينظر الطعن جلسة 2008/3/23، اشار اليه/ د. محمد ماهر ابو العينين، ص13.

[53] اشار اليهما/ محمود خلف الجبوري، التنفيذ المباشر للقرارات الادارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد-كلية القانون والسياسة، 1979، ص 244.

[54] في تفصيل ذلك ينظر/ د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، المصدر السابق، ص 36-37.

[55] لمزيد من الامثلة على مثل هذه الشروط الاستثنائية ينظر/ د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، الاسكندرية، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، 2012، ص 520.

[56] لاسباغ الصفة الادارية على عقد ما لا يشترط فيه ان يتضمن عدة شروط استثنائية بل يكفي شرط واحد لوصفه بهذه الصفة، حيث تظهر فيه نية الادارة في الاخذ باسلوب القانون العام، ينظر/ د. اعاد حمود العتيبي، الوجيز في القانون الاداري، ط1، عمان، دار وائل للطباعة، 1998، ص 323.

[57] ينظر/ د. منير محمود الوتري، المصدر السابق،، ص 22، ص202.

[58] Voy. Marcel WALINE, Droit administratif, Paris, Sirey, 1957, p. 499.

[59] Voy. René CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 128.

[60] فالشرط الاستثنائي هو ذلك الشرط الذي يعتبر غير مشروع في عقود القانون الخاص (العقود المدنية او التجارية) بحيث لا يجوز للافراد ادراجه في عقودهم ولو كانوا في مركز يسمح لهم بفرضه على المتعاقدين معهم، فهو الذي يكشف عن مباشرة الادارة لسلطات استثنائية لا تنتمي الا اليها وحدها، Voy. Georges BURDEAU, Le service public et le domaine d'application de droit administratif, Cours de doctorat, Le Caire, 1954, p. 144.

[61] اشار اليه / د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص 39-41. وفي حكم آخر في 19 يناير 1973 يشير مجلس الدولة الفرنسي الى ((... ان العقود التي تبرمها كهرباء فرنسا تكون خاضعة لنظام استثنائي وتبدو فيها خصيصة العقد الاداري ...)) ، اشار اليه/ د. علي الفحام، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976، ص 34.

[62] ينظر/ محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 32-33.
[63] الحكم رقم 158/حقوقية في 1966/7/28، مجلة ديوان التدوين القانوني، ع 2، س 5، 1969، ص 208.
[64] د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1985، ص 660.
[65] د. محمود عاطف البنا، العقود الادارية، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 2007، ص 73.
[66] اشار اليه/ د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص 238.
[67] د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط5، ص 125.
[68] اشار اليه/ د. محمد الشافعي ابو رأس، المصدر السابق، ص 47.
[69] د. علي محمد بدير، د. مهدي السلامي، د. عصام البرزنجي، مبادئ واحكام القانون الاداري، بغداد، المكتبة القانونية، 1993، ص 490.
[70] ينظر/ د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص 239.
[71] المكان نفسه.
[72] ينظر/ د. ابراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ واحكام القانون الاداري اللبناني، بيروت، الدار الجامعية، 2009، ص 471،
[73] ينظر/ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة في العقود الادارية، ط1، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 61،
[74] ينظر/ د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973، ص 326.
[75] ينظر/ د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص 68.
[76] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في 1952/12/2 مجموعة احكام السنة السابعة ، ص 76.
[77] ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص 139.
[78] إذ نصت المادة (1) /أولا من التعليمات أعلاه ((تسري إحكام هذه التعليمات على أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ورئيس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الأعلى والأمانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والإقليم والمحافظات غير المنظمة في إقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية ...)).
[79] ينظر/ خضير عبد الحسين عبد زيد، المسؤولية التعاقدية للادارة، رسالة ماجستير، جامعة بابل-كلية القانون، 2013، ص 62.
[80] ينظر/ د. احمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص 230.
[81] ينظر/ المصدر نفسه، ص 231.
[82] هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات، ط1، عمان، دار الثقافة للطباعة والنشر، 2009، ص 29.
[83] ينظر/ د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ،كلية الحقوق، مج 3 ، ع 3 ، 1999، ص 119.
[84] حسن فضالة موسى التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، جامعة النهرين-كلية الحقوق، 2006، ص 22.
[85] هاشم علي الشهوان، المصدر السابق، ص 36.
[86] المصدر نفسه، ص 37.
[87] سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2009، ص 8.
[88] المصدر نفسه، ص 6.

المصادر.

اولا // الكتب القانونية.

1- ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الكويت، مكتبة الفلاح، 1981.
2- ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، الكويت، مكتبة الفلاح، 1989.

3- ابراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ واحكام القانون الإداري اللبناني، بيروت، الدار الجامعية، 2009.
4- احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973.
5- ثروت بدوي، القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص 167.
6- خميس السيد اسماعيل، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.
7- سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، ط4، القاهرة، دار الفكر العربي، 1948.
8- سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، ط5، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991.
9- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1985.
10- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1966.
11-سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2009.
12-صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ،كلية الحقوق، مج 3 ، ع 3 ، 1999.
13-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة في العقود الإدارية، ط1، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008.
14-علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976.
15-علي محمد بدير، د. مهدي السلامي، د. عصام البرزنجي، مبادئ واحكام القانون الإداري، بغداد، المكتبة القانونية، 1993.
16-ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الاسكندرية، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، 2012.
17-مازن ليلو راضي، القانون الإداري، ط3، مطبعة جامعة دهوك، 2010.
18-ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، بغداد، دار الكتب للطباعة، 1996.
19-محمد الشافعي أبو رأس ، القانون الإداري ، الإداري ، PDF created with pdf Factory Pro trial version www.pdf factory .com
20-محمد السناوي، التطورات الحديثة للطعن بالالغاء في عقود الإدارة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.
21-محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
22-محمد ماهر ابو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية (وجيز الاحكام والفتاوى)، ط6، الجيزة، دار ابو المجد للطباعة، 2013.
23-محمد يحيا، المغرب الإداري، ط3، 2004.
24-محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977.
25-محمود خلف الجبوري، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد-كلية القانون والسياسة، 1979.
26- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بغداد، بيت الحكمة، 1989.
27-محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
28-محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 2007.
29-محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
30-منير محمود الوتري، العقود الإدارية وانماطها التطبيقية، ج1 (العقود الإدارية)، بغداد، مطبعة جامعة بغداد، 1979.

ثانيا // رسائل الماجستير.

1- حسن فضالة موسى التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، جامعة النهرين-كلية الحقوق، 2006.
2- خضير عبد الحسين عبد زيد، المسؤولية التعاقدية للادارة، رسالة ماجستير، جامعة بابل-كلية القانون، 2013.
3- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد/كلية القانون، 1992.

ثالثا // القوانين.

1- قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الوقائع العراقية ذي العدد 1766 في 1969/11/10.
2- قانون رقم 106 لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، الوقائع العراقية ذي العدد 3285 في 1989/12/11.
3- قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، الوقائع العراقية ذي العدد 2714 في 1979/6/11.
4- القانون رقم (129) لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة، الوقائع المصرية ذي العدد 69 في 24 يوليو 1947.
5- القانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة، الوقائع المصرية ذي العدد 17 في 3 فبراير 1949.
6- قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.
7- امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 87 لسنة 2004، الوقائع العراقية ذي العدد 3984 في 2004/1/6.
8- تعليمات تنفيذ العقد الحكومية رقم 2 لسنة 2014.
9- قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986.
10-القانون رقم 21 لسنة 2013 خاص ببيع وايجار اموال الدولة.
11-قانون تنفيذ مشارع التنمية الكبرى رقم 60 لسنة 1985 الملغي.

رابعا // المجلات.

1- مجلة القضاء، ع 3، 1959.
2- مجلة القضاء، ع 4، 1959.
3- مجلة ديوان التدوين القانوني، ع 2، س 5، 1969.

خامسا // القرارات القضائية.

1- قرار مجلس الدولة العراقي رقم 2017/140 في 2017/12/27.

سادسا // المصادر الفرنسية.

1- Alain SEBAN, La responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du contrôle bancaire, Revue française de droit administratif (RFDA), 2002.
2- Arrête du 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Actualité juridique droit administratif (AJDA), 1975, chron. Franc et Boyon.
3- Arrêt n° 08/02309 de la Cour d'appel de Nîmes, SARL PORT CROISADE c/ SARL TRAVAUX EPUISEMENT ET CONSOLIDATION DES SOLS et autres, 18 mai 2009, Jurisprudence, Dalloz.fr, 2009.
4- Arrêt Époux Bertin, 20 avril 1956, Recueil Lebon, p. 143.
5- Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, Droit administratif, Paris, Économica, 11e éd., 2014.
6- Georges BURDEAU, Le service public et le domaine d'application de droit administratif, Cours de doctorat, Le Caire, 1954.
7- GHESTIN J., La notion de contrat, Recueil Dalloz, 1990.
8- Jacques Arrighi DE CASANOVA, Le Tribunal des conflits une juridiction au cœur du droit des contrats et de la concurrence, Actualité juridique Contrats d'affaires, 2015.
9- Jacques MOREAU, Service public, Dalloz professionnels Pratique du contentieux administratif, 2013.
10- Le Conseil d'État, 30 janvier 1980, *Ville de Paris*, Recueil Lebon, p. 53.
11- Marc HERAIL, Coopérative, Répertoire des sociétés, 2017.
12- Marcel WALINE, Droit administratif, Paris, Sirey, 1957.
13- Pierre BON, La protection de l'ordre public, Encyclopédie des collectivités locales, 2012.
14- PIERRE-LAURENT FRIER et JACQUES PETIT, Droit administratif, Domat droit public, LGDJ, Lextenso éditions, 10e éd. 2015.
15- René CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1957.
16- Roland VANDERMEEREN, Police administrative et police judiciaire, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2017.
17- SINKONDO Marcel H., La notion de contrat administratif : acte unilatéral ou contrat civil de l'administration, Revue trimestrielle droit civil, 1993.
18- Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS, Le mandat administratif à son crépuscule, Actualité juridique droit administratif (AJDA), 2018.