



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

التراضي في العقد الإداري

بحث تقدم به الطالب / ليث هزبر مغير
إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية قسم
القانون وهو جزء من متطلبات نيل شهادة
البكالوريوس في القانون

بإشراف

المدرس المساعد حسام عبد اللطيف محي

١٤٣٨ هـ

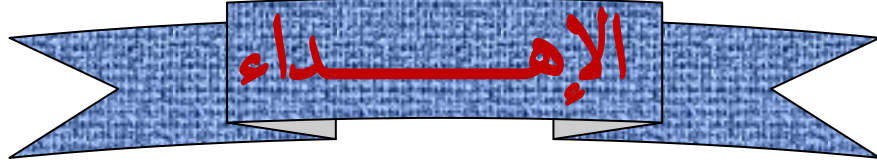
٢٠١٧ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ))

صدق الله العظيم

(الحجرات : ٩)



إلى من ادبني ورباني صبيا وصادقتني شابا الى من تحمل المشاق والصعاب
من اجلي الى الذي اعطاني كل شي ولم ياخذ مني ادنى شي الى
((ابي العزيز)) الغالي امد الله لي في عمره .. امين ..

الى من حملتني جنينا وارضعتنني وربتني صغيرا وحتت علي كبيرا الى
نور عيني ومهجة فؤادي ومصدر الحنان والرحمة في حياتي الى منبع
الحب الصافي .. الى ((امي الحبيبة)) الغالية امد الله في عمرها .. امين ..

الى صاحب الفضل الجميل الوافر والعطاء الجزيل المشكور الى الاب
والاخ والصديق الى الحبيب المخلص الذي لا يعطي بلا حدود
ويجزل بلا مقابل -

الباحث

شكر وتقدير

بعد ان من الله تعالى علي وتوفيقه من اتمام بحثي هذا اتوجه بخالص
شكري وتقديري الى الاستاذ الفاضل حسام عبد اللطيف محي
المشرف على البحث فقد كانت لتوجيهاته السديدة ومتابعته
الحثيثة الفضل الاكبر في اتمام بحثي على هذا النحو داعيا الله
تعالى ان يحفظه كما اتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الى جميع
الكادر التدريسي لطيلة السنوات الاربعة فقد تعلمت الكثير
منهم واسال الله تعالى ان يسدد خطاهم خدمة للعلم والفضيلة
شكري وتقديري اولا واخرا لله تعالى والى كل من ساعدني
في اتمام بحثي هذا .

الباحث

المحتويات

الصفحة	المحتويات	التسلسل
٢ - ١	المقدمة	١
١٠ - ٣	المبحث الأول :- مفهوم الادارة باعتبارها السلطة المخولة بابرام العقد الاداري	٢
٥ - ٤ ١٠ - ٥ ٧ - ٧ ٩ - ٨ ١٠ - ٩	المطلب الاول :- مفهوم الادارة المطلب الثاني:- الادارة هي السلطة المخولة بابرام العقد الاداري الفرع الاول :- كيفية اختيار الادارة للمتعاقد الفرع الثاني :- سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها الفرع الثالث :- توقيع الجزاءات والغرامات على المتعاقد	٣
١٦ - ١١	المبحث الثاني :- التراضي في العقد الاداري	٤
١٥ - ١٢ ٢٥ - ١٥ ١٩ - ١٦ ٢١ - ٢٠ ٢٣ - ٢٢ ٢٥ - ٢٤	المطلب الأول : نشأة وتعريف العقد الاداري المطلب الثاني : التراضي كاحد الاركان الاساسية للعقد الاداري الفرع الأول :- الايجاب والقبول الفرع الثاني :- وجود الادارة وامكانية التعبير عنها اولا : عوارض الاهلية ثانيا : عيوب الادارة	٥
٢٦ - ٢٦	الخاتمة	٦
	قائمة المصادر	٧

اقرار المشرف

اشهد ان اعداد هذا البحث الموسوم (التراضي في العقد الاداري) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة ديالى / وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

المشرف /
٢٠١٧/ /

المقدمة

تعتبر السلطة الإدارية بصفة عامة الذراع الأيمن للدولة كونها هي المكلفة بتسيير مصالحها وممتلكاتها وتنفيذ رغباتها وتحقيق أهدافها ، وهذا عن طريق النشاط الإداري الذي تمارسه وفق أوامر إلى الموظفين من طرف الإدارة وهو ما يعرف باسم القرار الإداري ، والذي يمكن تعريفه انه عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للإدارة قصد انشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني موجود ، ويعتبر هذا الأسلوب أنجح أساليب القانون العام ، التي تتسلح بها السلطة الإدارية من أجل الوفاء بالتزاماتها المتعددة ، وعلى خلاف هذا الأسلوب ، يوجد الأسلوب الثاني وهو التعاقد الذي يعتمد التصرف الرضائي أو الاتفاق الودي بين الإدارة والأفراد سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ، وهذا عن طريق إبرام العقود قصد إشباع الحاجيات على خلاف القرار الإداري . حيث يقوم الأسلوب الثاني على تمكين الإدارة من تحقيق المصلحة العامة مع سلوكها سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقد الآخر .

وبذلك فإن القانون الإداري الذي هو فرع من فروع القانون العام يختلف اختلافا جوهريا عن القانون الخاص لاختلاف العلاقات القانونية التي يحكمها ، واختلاف الوسائل القانونية التي تستخدمها السلطات الإدارية في أدائها لوظيفتها من الوسائل القانونية والمادية والبشرية . وقد ساهم التطور الكبير في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وازدياد نشاط الدولة وتدخلها في هذه المجالات وعدم كفاءتها بدورها السابق في الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي ، في تضاعف

دور القانون الاداري ومساهمة في وضع الوسائل المناسبة لإدارة دقة نشاط السلطة العامة .

هيكلية البحث

لقد قسمنا بحثنا الى مبحثين حيث ستناول في المبحث الاول مفهوم الادارة باعتبارها السلطة المخولة لابرام العقد الاداري في مطلبين ، المطلب الاول مفهوم الادارة ، المطلب الثاني الادارة هي السلطة المخولة بابرام العقد الاداري . اما في المبحث الثاني فتكلمنا عن التراضي في العقد الاداري في مطلبين ، وخصصنا المطلب الاول نشأة وتعريف العقد الاداري ، وفي المطلب الثاني التراضي كاحد الاركان الاساسية للعقد الاداري .

هذا واختتمنا بحثنا باهم النتائج التي توصلنا اليها ضمن دراسة البحث .

المبحث الأول

مفهوم الإدارة باعتبارها السلطة المخولة بإبرام العقد الإداري

ويختلف العقد الإداري عن العقود الأخرى لكون الإدارة طرفا فيه ، حيث تقوم الإدارة بإبرام العقود تحقيقا للمصلحة العامة فلا تعتبر من قبيل العقود الإدارية تلك العقود التي لم تكن الإدارة طرفا فيها .

لذلك سوف نناقش في المطلب الأول مفهوم الإدارة ، اما في المطلب الثاني سوف نتكلم عن الادارة باعتبارها السلطة المخولة بإبرام العقد الاداري .

المطلب الأول

مفهوم الإدارة

الإدارة تعتبر عملية هامة وقد ازدادت هذه الأهمية باستمرار نتيجة ازدياد مجال النشاطات البشرية واتساعها من ناحية واتجاهها نحو المزيد من التخصص والتنوع والتفرع ، وهي موجودة بتواجد المجتمع الإنساني لأنه في أي عمل أو نشاط يحتاج إلى الإدارة ، والإدارة كعلم تعد من العلوم الإنسانية الحديثة . وقد عرفها بعض الكتاب (بأنها النشاط الموجه نحو التعاون المثمر والتنسيق الفعال بين الجهود البشرية المختلفة العاملة من أجل تحقيق هدف معين بدرجة عالية من الكفاءة) ^(١) . وهناك من يعرف الإدارة بأنها (عملية توجيه الجهود البشرية بشكل منظم لتحقيق أهداف معينة) ^(٢) .

ومما تقدم فإن مفهوم الإدارة (عملية اجتماعية مستمرة تسعى إلى استثمار القوى البشرية والإمكانات المادية من أجل تحقيق أهداف مرسومة بدرجة عالية من الكفاءة) ^(٣) .

(١) سعود النمر ، وهاني يوسف خاشقجي ، ومحمد فتحي محمود ، ومحمد حمزازي ، الإدارة العامة ، الأسس والوظائف ، الطبعة الخامسة ، الرياض ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ص ٥ .

(٢) أحمد عبد الله ، أصول الإدارة الحديثة ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م ص ١٩ .

(٣) خالد سعد ، الإدارة النظريات والوظائف ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦. ص ١٨

— ١٩

ومن هذا المفهوم يمكن استخلاص العناصر التالية :-

١- أن الادارة عملية تتضمن وظائف عدة هي التخطيط والتنظيم والتوجيه والرقابة .

٢- إنها اجتماعية فهي لا تنشأ من فراغ ، بل تنشأ داخل مجموعة منتظمة من الافراد وتأخذ في الحسبان مشاعرهم واحتياجاتهم وتطلعاتهم .

٣- إنها وسيلة وليست غاية فهي وسيلة تنشد لتحقيق أهداف مرسومة .

٤- إنها عملية مستمرة .

٥- إنها تعتمد على استثمار القوى البشرية والإمكانات المادية المتاحة .

٦- إنها تسعى إلى تحقيق الأهداف بدرجة عالية من الكفاءة .

المطلب الثاني

الإدارة هي السلطة المخولة بأبرام العقد الإداري

من خلال تعريف الإدارة يتبين لنا أنها السلطة الوحيدة المخولة لأبرام العقد الإداري

وذلك لتحقيق أهداف عامة وفقاً لما يتطلبه الصالح العام .^(١)

(١) د. ثروت بدوي : النظرية العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٦
، ص ٢.

والعقود التي تبرمها الإدارة قد تكون عقوداً مدنية أو عقوداً إدارية بحسب النظام القانوني الذي يطبق عليه ، فالنظام القانوني الذي تخضع له العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها طرفاً في النوعين من العقود ^(١) . وتبدو هنا أهمية التمييز بين ما تبرمه الإدارة من عقود واتفاقات لتحديد النظام القانوني للعقد وعليه ليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري ، فالإدارة قد تبرم عقوداً تخضع للقانون الخاص (القانون المدني) ، وقد تبرم عقوداً تخضعها لنظام قانوني خاص وهو القانون العام أو الإداري .

في ضوء هذا التصور قد تلجأ الجهات الإدارية إلى التعاقد مع بعضها البعض ، أو مع الأفراد أو الشركات أو المؤسسات والهيئات الخاصة المختلفة من أجل إدارة المرافق العامة أو تسييرها أو تحقيق الأغراض التي تستهدفها . فتبرم العقود اللازمة للتوريد ما تحتاجه من سلع وخدمات في إدارة المرافق التي تقوم بها . أو لإقامة المنشآت والأشغال العامة التي تلزمها ^(٢) .

وقد تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة خاصة من أجل إدارة مرفق عام أو تنظيم خدمة عامة للجمهور . ويمكنها أن تتعاقد بالبيع والشراء والإيجار وتبرم القروض كما يفعل الأفراد العاديون .

(١) د. ثروت بدوي : المصدر السابق ، ص ٢.

(٢) د. علي محمد بدير ، عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مهدي ياسين السلامي ، كتاب مبادئ وأحكام القانون الإداري ، المكتبة القانونية بغداد ، ص ٤٦٩ .

ومما تقدم على توضيح كيفية تكوين العقد الإداري لابد من ان نوضح كيفية اختيار الادارة المتعاقد ضمن الفرع الاول وسلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها ضمن الفرع الثاني وتوقيع الجزاءات والغرامات على المتعاقد ضمن الفرع الثالث

الفرع الأول

كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد

تختار الادارة المتعاقد كما يلي :

أ - المبادئ العامة التي تحكم اختيار الإدارة للمتعاقد معها :-

أسلوب اختيار الإدارة للمتعاقد . خاصة أسلوب المناقصات والمزايدات بصورها المختلفة . ويجب أن تحكمه مبادئ أساسية هي :-

١- العلانية والشفافية .

٢- المنافسة والمساواة بين المتقدمين .

٣- الآلية والانضباط والأحكام في الإجراءات .

ب - يحكم قرارات السلطة المختصة بإبرام التعاقدات اعتباران أساسيان :-

١- ضرورة المحافظة على المال العام وتوفير أكبر وفر مالي للخزانة العامة واختيار أفضل الشروط المالية من بين المتقدمين .

٢- ضرورة تحقيق المصلحة الفنية للإدارة عن طريق اختيار أفضل المتقدمين واقدارهم على تنفيذ الالتزامات العقدية من قبل الإدارة بالصورة الفنية المثلى .

الفرع الثاني

سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

إن للإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها وهي كما يلي

أ - الرقابة والتوجيه :-

لا ينبغي للإدارة ان تترك المتعاقد معها ، وشأنه في تنفيذ العقد الإداري لتعلقه بمرفق عام ، لذا يجب عليها أن تمارس سلطة التوجيه والرقابة على المتعاقد والمقاولين التابعين له وعماله .

ب - تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة .

أن الإدارة تستمد حقها في تعديل العقد الإداري أما من نصوص العقد وأما من مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم ذلك التعديل ليكون أكثر تحقيقا لهذه المصلحة في ضوء الأمور والمستجدات التي وجدت بعد التعاقد . وتمارس الإدارة هذه السلطة دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد الإداري ، لأنها مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته ، وعن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري ، وهي ما يطلق عليها بنظرية عدم ثبات العقد الإداري ^(١).

وهذا ما نص عليه الفقه العراقي (٢) .

(١) د. علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٥٥ .

(٢) د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، جامعة الموصل ، ١٩٩٢ ، ص ١١٦ .

وكذلك بوسع الإدارة إنهاء العقد الإداري بالرغم من عدم انتهاء مدته حفاظا على المصلحة العامة (١) .

الفرع الثالث

توقيع الجزاءات والغرامات على المتعاقد

أن الإدارة تملك الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، فهي تستمد سلطتها في ذلك من نصوص العقد أو من طبيعة العقد الإداري وما يمنحه من سلطات للإدارة قائمة على أساس المصلحة العامة المتمثلة بالحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

والجزاءات في مجال العقود الإدارية تتمتع بنظام قانوني خاص ، حيث تستطيع الإدارة توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون حاجة للحصول على حكم من القضاء (٢) .

(١) د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق، ص ٤٤٨

(٢) في فرنسا لا تستطيع الإدارة إيقاع جزاء إسقاط الامتياز دون اللجوء إلى القضاء الإداري وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر ١٩٨٠/٢/١ في قضية (synd intercommunal) .

وإن كان قرارها في نهاية الأمر خاضع لرقابة القضاء للتأكد في قيامه على سبب يبرره وخلوه من الانحراف بالسلطة^(١) .

والجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد ثلاثة أنواع^(٢):-

- ١- الجزاءات المالية وتشمل غرامات التأخير ومصادرة التأمين .
- ٢- الجزاءات المؤقتة وتشمل وضع المشروع تحت الحراسة في عقد التزام المرافق العامة ، والتنفيذ على حساب المتعاقد في العقد الأشغال العامة ، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد .
- ٣- الجزاءات النهائية وتتضمن فسخ العقد الإداري وهو جزاء تعاقدي شديد الجسامة توقعه الإدارة على المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته التعاقدية اخلا لا جسمىا ويترتب عليه انقضاء العلاقة التعاقدية وإبعاد المتعاقد بشكل نهائي عن تنفيذ العقد^(٣) . وبذلك ينتهي العقد نهاية غير طبيعية لكون المصلحة العامة قد اقتضت ذلك وفقا لأحكام العقد وضمن نطاقه .

(١) د. إبراهيم محمد علي ، كتاب آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨

بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة

الثانية ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٥ .

- (٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، كتاب القانون الإداري ، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٦٠ .
- (٣) د. محمد صلاح عبد البديع ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٧ .

المبحث الثاني

التراضي في العقد الإداري

لكي ينعقد أي عقد لابد من حدوث التراضي ولابد من توافر جملة من الشروط حيث يكون التراضي صحيحا ومن ضمن هذه العقود هي العقود الإدارية وسنتناول في هذا المبحث نشأة وتعريف العقد الإداري وكذلك سنتناول التراضي كأحد الأركان الأساسية للعقد الإداري وعلى شكل مطلبين وعلى التوالي :-

المطلب الأول

نشأة وتعريف العقد الإداري

فكرة العقد الإداري لم تنشأ في القانون الإداري الفرنسي إلا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي ، حيث كان معيار السلطة هو المعيار المنبع قضاءا وفقها في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري فاعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة (كالقرار الإداري) هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي ^(١) .

وقد أدى الأخذ بمعيار السلطة العامة إلى تضيق نطاق القضاء الإداري مما دفع المشرع الفرنسي الى توسيعه من خلال إصدار قوانين تدرج بعض العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري ^(٢) .

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٨ ، ص ٣٢ .

(٢) ومن الأمثلة على هذه القوانين (قانون ٢٨ بليفور ، السنة الثامنة الخاص بعقود الأشغال العامة - و قانون ١٧ ، ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣ الخاص بعقود القروض العامة ، قانون ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بشغل الدومين العام . نقلا عن الدكتور محمد السناوي (التطورات الحديثة للطعن بالالغاء في العقود الإدارية)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ١٢ .

ومن جانب آخر حاول مجلس الدولة الفرنسي توسيع اختصاصاته أيضا عن طريق القياس حيث مد اختصاصه إلى عقود لم يرد بها نص كعقود طلب المعاونة باعتبارها قريبة من عقود الأشغال العامة ^(١) .

وفي مصر تعتبر نظرية العقد الإداري حديثة أيضا نظرا لحادثة القضاء الإداري فيها حيث أنشأ مجلس الدولة المصري سنة ١٩٤٦ ، ولم تكن العقود الإدارية من ضمن اختصاصه بادئ الأمر ولما صدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة الذي حل محل القانون السابق . واستمر هذا الحال لحين صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذي أخضع جميع العقود التي ينطبق عليها وصف العقد الإداري ، والقانون الحالي لمجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أكد المعنى نفسه ^(٢) .

أما بالنسبة للعراق فإن نظرية العقد الإداري لم تترسخ بالشكل الذي وصلت إليه في فرنسا ومصر حيث كان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة ^(٣)

(١) د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٣.

(٢) نصت الفقرة (١١) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة بقولها (المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر) .

(٣) نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على أن (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك المحكوم وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص) .

واستمر خضوع العقود الإدارية للقضاء العادي حتى بعد صدور التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ حيث اقتصر اختصاص محكمة القضاء الإداري كاحدى هيئات المجلس بالنظر في صحة الأوامر .

ومما تقدم فقد عرف العقد الإداري وفقا للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه (ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام يقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الاخذ بأحكام القانون العام وكذلك يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)^(١) .

وقد حذا مجلس الدولة المصري حذو مجلس الدولة الفرنسي في تعريف العقد الإداري إذ عرفت محكمة القضاء الإداري المصري ذلك في قرار لها بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وان يظهر نيته بالاخذ بأسلوب القانون العام ...)^(٢) .

ولما كان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في العراق فقد عرف العقد^(٣)

(١) د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(٢) القضية رقم ٢٢٣ لسنة العاشرة القضائية ، ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المبادئ

القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، مطابع مذكور ، ص ٨٨ .

(٣) القضية رقم ٢٥٦٦/ح/١٩٦٦ أورده الدكتور حلمي مجيد الحمدي ، كيفية تمييز العقد

الإداري عن غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بغداد ، كلية

القانون والسياسة ، المجلد الخامس ، العددان الأول والثاني سنة ١٩٨٦ ، ص ٢٨٤ .

الإداري بطريقة مماثلة للقضاء الإداري الفرنسي والمصري حيث جاء في قرار

المحكمة التمييز (أن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف انه عقد إداري

لأن الإدارة قصدت به تسيير مرفق من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق

المناقصة بشروط خاصة) (١) .

المطلب الثاني

التراضي كاحد الأركان الأساسية للعقد الإداري

العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أم مدنية وان كانت تخضع لنظامين

مختلفين فإن الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحد كضرورة توافر

أركان العقد من رضا ومحل وسبب ، فالعقد الإداري كالعقد المدني يتضمن توافق

ارادتين على إنشاء التزامات وحقوق ، وتوافق الارادتين يقتضي وجود إيجاب

صادر من أحد المتعاقدين يصادفه قبول من المتعاقد الآخر فالرضا يوجد بوجود

ارادتين متوافقتين ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما . -
الإيجاب والقبول - مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب اتباعها ^(٢) .

(١) القضية رقم ٢٥٦٦/ح/١٩٦٦ أورده الدكتور حلمي مجيد الحمدي ، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره ، المصدر السابق ، ص ٢٨٤ .

(٢) د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٧ ، ص ٦ .

والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد . يجب أن يكون صادرا من الجهة المختصة بالتعاقد وفقا للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل ^(١) .
وابرام العقود باسم الإدارة لا يملكه الأشخاص حددهم المشرع ووفقا للقواعد العامة لا يجوز لاهولاء الأشخاص أن يحلو غيرهم في ممارسة هذا الاختصاص كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع ^(٢)
وسنتناول في هذا المطلب الإيجاب والقبول ضمن الفرع الاول وجود الادارة
وامكانية التعبير عنها وضمن الفرع الثاني

الفرع الأول

الإيجاب والقبول

الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة ^(٣) .

(١) د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ١٩٩٧ ، ص ١٥ .

(٢) د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٢٤ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، بيروت ٢٠١٥ ، ص ٣٨ .

فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ويجب أن يصادف ذلك الإيجاب قبول يطابقه لكي ينعقد العقد ، أما بالنسبة إلى تكوين التعبير عن إرادة الإدارة فقد قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بأن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية اللازمة لتكوينه ، فلا يعدو أن يكون توافق ارادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية^(١) . الا ان الادارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة ، إدارية كانت أم مدنية ، وذلك لأنها تلتزم بهذا السبيل إجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح .

حيث أن هناك عقودا ، ولاسيما المعاملات الهامة ، لا تتم في هذه الصورة البسيطة بل يسبق الإيجاب آليات مراحل تمهيدية تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعا إلى مستوى الإيجاب ، وهذه العقود هو البيع بالمزاد فطرح الصفقة للبيع في المزاد هو بمثابة دعوة إلى التفاوض . أما الإيجاب فلا يكون إلا بتقديم عطاءه والقبول هو إرساء المزاد على شخص معين .

حيث استقر القضاء والفقه على أن إعلان الإدارة عن المناقصة يعد دعوة الإدارة^(٢).

(١) قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ١٩٥٦/٤/٢٤ (في قضية

تموين سلعة الشاي من قبل وزارة التموين بعد تعاقدها مع تجار على أن هذه العقود هي

عقود إدارية) .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القانون الاداري ، ص ٨١ .

وقد درجت دفاتر الشروط العامة التي تحيل اليها العقود الإدارية وترفق في الغالب

مع العطاءات المقدمة من الراغب بالتعاقد ، إلى النص على التزام مقدم العطاء على

ايجابه حتى نهائية المدة المحددة لسريان العطاءات . وذهب مجلس الدولة الفرنسي

في حكمه الصادر في ١٩١٩/٧/٩ في قضية (crande) إلى وجوب التزام مقدم

العطاء بعطائه وعدم سحبه حتى ولو لم يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ إذ ورد فيه

(منذ لحظة تقديم العطاء يلزم المتقدمون نهائيا اتجاه البلدية ، وبناءا على ذلك

فادعاء السيد (crande) بأنه أبدى رغبته بسحب عطائه أمر لاقيمة له)^(١) .

واتبعت محكمة القضاء الإداري المصري الاتجاه ذاته في حكمها الصادر في

١٩٥٧/٢/٢٤ عندما قررت أن المدعي في وقائع هذه الدعوة قصد الارتباط بعطائه

إلى الوقت الذي تفتح فيه المضاريف ، ويخطر صاحب العطاء بقبول عطائه من

عدمه .

أما في العراق فلا يوجد تشريع واحد ينظم كيفية إبرام الإدارة لعقودها وإنما هنالك تشريعات مختلفة تهتم بنوع معين من العقود دون سواه .. فنجد مثلا القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ الخاص ببيع وإيجار أموال الدولة وقانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٥ وقانون شركات المقاولات رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٧ (٢) .

(١) د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

(٢) د. علي محمد بدير ، مصدر سابق ، ص ٤٦٩ .

أما القبول :- هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب فهو الإرادة الثانية في العقد (١) .

ويشترط في القبول حتى ينتج أثره القانوني أي حتى ينعقد به العقد ما يأتي :-

١ - يجب ، كما هو الحال في الإيجاب ، أن تتوافر فيه الشروط التي رأيناها فيما يتعلق بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني ، والتعبير عنها .

٢- يجب أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائما . فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة . وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد .

٣- يجب أن يأتي القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة . فإذا تضمن القبول أي تعديل للإيجاب في مسألة جوهرية أو ثانوية فإن العقد لا ينعقد .

وإذا ما وجه الإيجاب فإن الموجب له لا يتحتم عليه القبول بل يكون حراً في أن يقبله أو يرفضه هذا هو الأصل غير أن حرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع أما بالنسبة للعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث شروطه القبول إلا أن أحد أطراف العقد يجب أن يكون الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية.

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق ، ص ٤١.

الفرع الثاني

وجود الإرادة وإمكانية التعبير عنها

يجب لقيام العقد أن توجد إرادة لدى المتعاقد. فمعدوم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتد بها القانون ، كما ويجب أن تكون تلك الإرادة خالية من العيوب التي قد تشوبها وتؤثر على صحتها والتي سوف نبينها لاحقاً .

والعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني الذي يقوم على توافق ارادتين ، وأن كلا من الإدارة والمتعاقد معها يقبل مختاراً الالتزام بما يفرضه العقد عليه . وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية وما يميزها عن التصرفات الأخرى الصادرة عن الإدارة . والتعبير عن الإرادة في عقود القانون الخاص لا تختلف عنها في عقود القانون العام ، وإنما هذه الأخيرة استلزم القانون والأنظمة جميعها أن تتم عبر مراحل مركبة

متتالية . كالحصول على الموافقات والاعتمادات المالية ثم إجراءات طرح العملية في مناقصة أو ممارسة أو غيرها من أساليب الشراء . إضافة إلى تصديق السلطة المختصة على قرار الارساء (في بعض الدول) حتى يخرج العقد إلى حيز التنفيذ. وذهب مجلس الدولة الفرنسي الى ان الإطار الإجرائي الذي يبرم العقد الإداري في نطاقه يشكل عملية مركبة تقود بدورها إلى تكوين التعبير عن إرادة الإدارة . وفي هذا الشأن، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية اللازمة لتكوينه^(١)، فلا يعدو أن يكون

(١) القضية رقم (٥٧٦) سنة ١٩٦٧ التي قضت بها المحكمة الادارية العليا المصرية

توافق ارادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، إلا أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة ، إدارية كانت أم مدنية .

كما وذهب مجلس الدولة المصري إلى وضع اصلا عاما ينطبق على العقود المدنية والإدارية على حد سواء . بمقتضاه (أن العقد شريعة المتعاقدين) فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون وإن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فضلا عن الالتزام بصريح عبارات العقد متى كانت واضحة في الدلالة على إرادة المتعاقدين . أما في العراق فإن التعبير عن إرادة الإدارة يكون من خلال إجراءات العقد الإداري حيث أن هذه الإجراءات في كفيلة للتأكد من وجود الإرادة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب^(١) .

أما بالنسبة لإرادة الأشخاص الذين يتعاقدون مع الإدارة فإنها تخضع للقانون المدني.
وسوف في هذا الفرع عوارض الأهلية وعيوب الإرادة وعلى التوالي :-

(١) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٧ .

اولا : عوارض الاهلية

هي حالات تعرض للشخص فتؤثر على قدرة التمييز عنده مما يؤثر على سلامة إرادته وكمال اهليته مما يؤدي إلى عدم قدرته مباشرة التصرفات القانونية ، وذلك وفق ما جاء في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . وحالات عوارض الأهلية هي :-

- ١- المجنون :- وهو من فقد عقله وانعدم تمييزه فلا يعتد باقواله وأفعاله وهناك حالتين للمجنون الأولى الجنون المطبق أي بشكل مستمر والجنون في هذه الحالة يكون عديم الأهلية وهو في حكم الصغير غير المميز وجميع تصرفات باطلة . أما الجنون غير المطبق فتصرفاته في حال افاقته لتصرفات العاقل (المادة ١٠٨) مدني
- ٢- المعتوه :- هو من ضعفت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير

ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون في الغالب . والمعتوه محجور لذاته (المادة ٩٤) مدني ولكنه في حكم الصغير المميز (المادة ١٠٧) مدني .

والعبرة في العته يضعف القوى العقلية الحقيقي فلا يعتبر منها ضعف البنية أو الشلل أو الشيخوخة أو ضعف الذاكرة أو عدم الخبرة في الحساب .

٣- السفية :- وهو الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير . ولا بد من صدور قرار من المحكمة بالحجر على السفية وإعلانه بالطرق المقررة المادة (٩٥) مدني عندئذ تصبح تصرفاته كتصرفات الصغير المميز .^(١)

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص

٧٢.

ولكن ولي السفية المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده وصيهما حق الولاية عليه . وإذا اكتسب السفية المحجور رشده فكت المحكمة حجه (المادة ١٠٩) مدني

٤- ذو الغفلة :- هو الذي لا يهتدي عادة إلى التصرفات الراجعة ولا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغيب في المعاملات لسذاجته وسلامته نيته . وذو الغفلة حكمه حكم السفية . (المادة ١١٠) مدني فالمتعاقدين مع الإدارة يجب أن يكون كامل الأهلية حسب ما نصت عليه قواعد القانون المدني العراقي . أما بالنسبة لاهلية السلطة الإدارية فإنها تتكون من ثلاثة عناصر هي :-

أ - الأذن بالتعاقد .

ب - عملية إبرام العقد .

ج - التصديق على العقد .

فلا يمكن لأي موظف من موظفي الإدارة أن يبرم عقودا إدارية ما لم يكن مختصا بذلك ، بل يمارس الاختصاص بإبرام العقود الإدارية أشخاص محددون في القانون ، ويعقدون العقود الإدارية باسم الإدارة ولحسابها ، والأصل العام أن يمارس هؤلاء الأشخاص المحددين بنص القانون اختصاصهم هذا بأنفسهم إلا أنه يجيز استثناء أن يحلوا غيرهم محلهم في ممارسة هذا الاختصاص أو يفوضوا غيرهم في ممارسة ذلك الاختصاص في نطاق القانون^(١).

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص

ثانيا : عيوب الارادة

لكي ينشأ العقد الإداري لابد من توافر أركان العقد ومن أهمها هو ركن الرضا كما أسلفنا سابقا في هذا البحث ولكن لا يكفي وجود الرضا بل يقتضي أن يكون سليما خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتغريب والاكراه والغبن والاستغلال والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية الي يشوبها عيب من هذه العيوب ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ الذي أبطل عقدا إداريا بسبب الوقوع في الغلط (..حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية ، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة ..)^(١).

وعيوب الإرادة كما نص عليها القانون المدني العراقي هي أربعة . وسنوضحها على التوالي :-

١- الإكراه :- كما تعرفه الفقرة الأولى من المادة (١١٢/١) مدني (هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه)^(٢) . والمقصود بالإكراه في القانون هو إجبار الشخص على أن يبرم عقداً بدون رضاه .

(١) د. الطماوي ، المصدر السابق ، ص ٣٥٠ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٧٥ .

والإكراه يفسد الرضاء ولكنه لا يعدمه فالمكره إرادته موجودة لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به فاختار أهون الضررين ، إلا أن الإرادة صدرت منه ليست حرة مختاره

٢- الغلط :- وهو يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع . ويكون هو الدافع إلى التعاقد فهو تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى أبرام تصرف قانوني ما كان يبرمه لو تبين حقيقة الأمر كشخص يشتري تمثالاً ويعتقد به أثري وهو ليس كذلك

٣- الغبن مع التغيرير :- فالتغيرير وحده ليس سبباً من أسباب توقيف العقد في القانون المشار اليه وكذلك الغبن ولو فاحشاً ليس عيباً من عيوب الرضاء ، بل من عيوب العقد في أحوال خاصة (المادة ١/١٢٤) مدني .

فالتغريب هو أن يذكر أحد المتعاقدين لآخر أموراً ترغبه في الأقدام على التعاقد معه ، أو يقوم بإجراءات فعلية تدفعه التعاقد معه .

رابعاً: الاستغلال :- هو استغلال أحد المتعاقدين لحاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، المادة (١٢٥) مدني^(١) .

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، مصدر سابق، ص

٧٥.

الخاتمة

بعد ان اشرفنا على نهاية البحث التراضي في العقد الاداري لابد ان نبين اهم النتائج التي توصلنا اليها وهي ما يلي :

- ١- أن العقد بصفة عامة هو اتفاق الارادتين على خلق وإنشاء التزام متبادل .
- ٢- يجب أن يقوم العقد بين الإدارة والمواطن على شروط مستوفاة قبل التعاقد.
- ٣- يهدف العقد الاداري الى تسيير المرافق العامة بطريقة قانونية وتعزيز علاقتها مع المواطن لإنماء المشاريع الاقتصادية .
- ٤- العقد الإداري كالعقد المدني من حيث وجوب توافر أركان العقد جميعا ولاسيما ركن الرضا حتى يمكن أن ينتج أثرا قانونيا .

٥- ورأينا أن قواعد القانون المدني هي المرجع في ذلك وهنا يعود إلى الأحكام الضابطة للعقد التي تستلزمها العدالة ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص والعام .

٦- إن بطلان العقود الإدارية أوسع نطاقا من العقود المدنية وذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام .

قائمة المصادر

اولا :- الكتب القانونية

- (١) إبراهيم محمد علي ، كتاب آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣.
- (٢) النمر ، سعود وآخرون ، الإدارة العامة ، الأسس والوظائف ، الطبعة الخامسة ، الرياض ، ١٤٢٢ هـ .
- (٣) الجبوعي ، خالد سعد ، الإدارة النظريات والوظائف ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧ هـ.
- (٤) الصباب ، أحمد عبد الله ، أصول الإدارة الحديثة ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٣ هـ .
- (٥) ثروت بدوي : النظرية العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٦
- (٦) سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٨ .
- (٧) عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ .
- (٨) عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، بغداد ١٩٦٣ .
- (٩) عبد الغني بسيوني عبد الله ، كتاب القانون الاداري ، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقها في مصر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥
- (١٠) علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
- (١١) علي محمد بدير ، وآخرون ، كتاب ميادين وأحكام القانون الإداري ، المكتبة القانونية بغداد .

- (١٢) فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، جامعة الموصل ، ١٩٩٢
- (١٣) مازن ليلو راضي ، الوجيز في القانون الاداري
- (١٤) ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الاداري ، ٢٠٠٩ .
- (١٥) محمد صلاح عبد البديع ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
- (١٦) محمد السناوي ، التطورات الحديثة للطعن بالالغاء في عقود الادارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
- (١٧) محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٧

ثانيا :- الرسائل الجامعية :-

- د. حلمي مجيد حمدي ، كيفية تمييز العقد الاداري عن غيره ، بحث منشور ، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بغداد كلية القانون والسياسة ، المجلد الخامس ، العددان الاول والثاني ، سنة ١٩٨٦ .

ثالثا :- القوانين

- (١) القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجل الدولة المصري .
- (٢) القانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ الخاص بمجل الدولة المصري .
- (٣) القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ الخاص بمجل الدولة المصري .
- (٤) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
- (٥) القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ مجلس الدولة العراقي
- (٦) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .