مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١٢)

أمكانية تطبيق فكرة تحول القرار الإداري إلى العقد الإداري

أ.م.د. علياء غازي موسى
جامعة تكريت ـ كلية الحقوق

المستخلص

يمكن القول ان التصرفات القانونية في مجال القانون الإداري اما ان تكون على شكل اراده منفردة كالقرار الإداري واما ان يتطلب الامر اتفاق ارادتين وان تكون احداهما اكثر تميزاً من الاخرى وهذا هو العقد الإداري .

وقد نظم القانون الخاص وبنصوص تشريعية صريحة وقاطعه فكرة تحول التصرف القانوني– العقد _الباطل إلى عقد صحيح حماية لحقوق المتعاقدين فان من الافضل تطبيق هذه الفكره في مجال القانون العام لما تحققة هذه الفكره من مزايا تهدف إلى تحقيق الصالح العام وحماية المراكز القانونية المستقرة وكذلك ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد لذلك قد تقوم الاداره باصدار قرارات ادارية معيبة ومتعارضه مع النظام الذي يتعين عليها مراعاته والالتزام به فتلجا إلى تحويل قراراتها الإدارية المعيبة إلى قرار اداري صحيح متى ما كان القرار الإداري باطل وتوافرت اركان القرار الإداري الصحيح واتجهت نية الاداره إلى الاخذ بالقرار الجديد وفي اطار العقد الإداري وقياساً على فكره تحول القرار الإداري يثار التساؤل حول امكانية تطبيق ذلك في اطار العقد الإداري بشروط وضوابط معينه بناء على ما تقدم فقد تم طرح موضوع الدراسه في ثلاث مباحث الأول سنوضح فيه التطور التاريخي لفكرة التحول في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية اما المبحث الثاني سنوضح فيه شروط تطبيق فكرة التحول اما المبحث الثالث سنتناول فيه تطبيق قواعد تحول العقد الخاص على العقد الإداري ثم ننهي البحث بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها ...

Abstract

It can be said that legal actions in the field of administrative law are either in the form of a single will, such as an administrative decision, or that it requires the agreement of two wills, and that one of them is more distinct than the other, and this is the administrative contract.

Private law, with clear and conclusive legislative texts, has organized the idea of transforming the legal act - the invalid contract into a valid contract in order to protect the rights of the contracting parties. As well as ensuring the regular and steady functioning of public utilities. Therefore, the administration may issue defective administrative decisions that conflict with the system that it must observe and abide by, so it resorts to converting its defective administrative decisions into a correct administrative decision whenever the administrative decision is invalid and the pillars of the correct administrative decision are available and the administration's intention is to take With the new decision and within the framework of the administrative contract, and by analogy with the idea of the transformation of the administrative decision, the question arises about the

possibility of implementing this within the framework of the administrative contract with certain conditions and controls. As for the second studyIn it, we will explain the conditions for implementing the idea of transformation. As for the third topic, we will discuss the application of the rules of the transformation of the private contract to the administrative contract, and then we end the research with a conclusion that includes the results and recommendations that we reached

المقدمة

من المعلوم ان الإدارة العامة تقوم بأعمال مختلفة في سبيل أداء وظيفتها و القيام بنشاطها وذلك عن طريق التصرفات القانونية وهي أعمال تقوم بها الإدارة وتقصد منها أحداث آثار قانونية معينة كإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة وتصدر هذه الأعمال بالإرادة المنفردة للإدارة وتسمى قرارات إدارية أو قد تصدر بالإرادة المشتركة أي بإتفاق بين الإدارة وجهة اخرى فرد أو شركة أو شخص من أشخاص القانون العام.

اهمية البحث:

اذا كان القانون المدني رقم (٤٠) لسنه ١٩٥١ قد نظم بنصوص صريحة وواضحة فكرة تحول التصرفات القانونية العقد الباطل إلى عقد صحيح حماية للمتعاقدين فانه كان من الاجدر تطبيق هذه الفكرة في اطار القانون العام حماية للمراكز القانونيةالتي استقرت في ظل عمل قانوني غير صحيص وضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد كما ان الاهمية في فكرة التحول في التصرفات التي تصدر عن الادارة العامة هي تقليل من حالات البطلان لارادة الادارة ,

وقياساً على القانون المدني قد تقوم الإدارة باصدار قرارات إدارية معيبة `ومتعارضة مع النظام الذي كان يتعين عليها مراعاته و الإلتزام به لذلك كان هذا سبباً من اسباب التي دفعت الباحث إلى البحث عن سبيل يمهد الطريق للإدارة لمراجعة القرارات الإدارية المعيبة وإنقاذ إرادة الإدارة من البطلان كلما أمكن ذلك فإتجه التفكير إلى إقرار فكرة التحول في القرارات الإدارية بشروط وضوابط معينه منها بطلان محل القرار الإداري وتوافر عناصر القرار اداري جديد وإتجاه نية الإدارة إلى الأخذ بالقرار الجديد وهذا يعني ان فكرة تحول التصرفات القانونية الباطلة إلى تصرفات صحيحه في إطار القانون الخاص.

مشكلة البحث :

تظهر مشكلة البحث من خلال التساولات التالية هل يمكن تطبيق فكرة التحول في القرار الإداري إلى العقد الإداري؟ إذا ما علمنا إن فكرة التحول في القرارات الإدارية غير منظمة بنصوص تشريعية وانما هي مجرد اجتهادات فقهية ومن ناحية أخرى ما هي الشروط الواجب توفرها لتطبيق فكرة التحول إلى العقد الإداري ؟ وهل تحقق الغاية المرجوة منها ؟

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات في متن البحث.

منهجية البحث:

لغرض الاحاطة بكافة جوانب الموضوع وتحقيق الهدف المنشود منه فقد اعتمدنا المنهج القانوني التحليلي والمنهج المقارن والذي يتم من خلاله اجراء مقارنة بين احكام مختلفة للقانون العراقي والمصري وتحليل للاحكام القضائية في هذا المجال.

هيكلية البحث:

ارتاينا تقسيم موضوع البحث الى ثلاث مباحث ، الأول مخصص للتطور التاريخي لفكرة التحول والمبحث الثاني لشروط تطبيق فكرة التحول و الثالث تطبيق قواعد تحول العقد الخاص إلى العقد الإداري ونعقب البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج و التوصيات.

المبحث الأول
التطور التاريخي لفكرة التحول

لم تكن فكرة التحول معروفة بشكل عام في نطاق القانون العام وتحديداً بالنسبة للاعمال القانونية للإدارة (القرار الإداري) ، لذا يتوجب علينا ان نبحث في اصل نشوء هذه الفكرة ومراحل تطورها لذلك سوف نتناول ذلك في مطلبين الأول مخصص لبيان فكرة التحول في العصر الإسلامي و الثاني لبيان فكرة التحول في القوانين الوضعية.

المطلب الأول: فكرة التحول في الفقه الإسلامي

ان التصرف الباطل ليس له وجود في الفقه الإسلامي إلا أن هذه القاعدة لم تجد على اطلاقها فقد عرف الفقه الإسلامي القاعدة الفقهية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ و المباني)، فالإرادة عند الفقه الإسلامي تنشأ فقط التصرف (العقد) أما أحكام العقد آثاره تكون من الشارع وليس من العاقد أي أن أعمال التصرف الباطل والاستفادة منه ضمن الحدود لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة والأنصاف يجوز شرعاً العمل بها وهذه فكرة التحول[١].

وهذا يعني ان العقد الباطل لا وجود له اصلاً ولكن الفقهاء المسلمين لم يغفلوا حقيقة الاستفادة من العقد الباطل بدل من اهماله بشكل كلي ضمن حدود لا تتنافى مع احكام الشريعة الإسلامية ودون المساس بحقوق أطراف العقد[٢]، وقد عرف الفقه الإسلامي تطبيقات كثيرة لتحول العقود الباطلة منها الآثار التي تترتب على عقد الزواج باطلاً كان أو فاسداً لأن بطلان الزواج وفساده سيان ليس له وجود شرعي وان كان له وجود فعلي فلا ينتج اثاره كتصرف شرعي ولكن ينتج بعض الآثار كواقعة مادية إذ إقترن بالداخل على الزوجة منها استحقاق المرأة للصداق المتفق عليه وتطلب العدة و الاعتراف بثبوت النسب وهذا دليل صحيح على ان الفقه الإسلامي أخذ بفكرة التحول .

وتخضع آثار التحول وفقاً للفقه الإسلامي إلى قواعد النظام العام علماً أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في فقه القانون المدني فاذا كان الأصل في الفقه الإسلامي حرية التعاقد في حدود النظام العام فان كثرة القواعد التي تعد من النظام العام تضيق من هذه الحرية[٣]

كما اعترف الفقه الإسلامي ومن بعده القانون الوضعي بان تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية والتي حدد الشرع نصيبها من التركة بالثلث وهذا تحويل لتصرف باطل واظهاره في صورة تصرف صحيح[٤].

(١) محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ط١ ،١٩٣٩ ،ص٢١٧.
(٢) د منصور حاتم حسن : فكرة تصحيح العقد ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠ ،ص ١٧.
(٣) د .عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ١ ، دار احياء التراث العربي ١٩٩٧ ، ص٨٢.
(٤) د. محمد كامل مرسي : تصرفات المريض مرض الموت مجلة القانون والاقتصاد ، ع ١،س٨ ١٩٣٨، ص٣٠١

المطلب الثاني: فكرة التحول في القوانين الوضعية

ان القانون الفرنسي استقى الكثير من احكامه من القانون الروماني الذي يعد المصدر الاول للقانون الفرنسي وتعد كتابات الفقه في هذا العصر مرجع علمي اساسي لكل القوانين لابل ان القانون الروماني كان هو عماد الدراسات القانونية في اوربا والعالم و مرجع لغيره من القوانين, فالقانون المدني المصري نص على فكرة التحول (اذا كان العقد باطلاً أو قابل للابطال و توافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى ابرام هذا العقد)[٥].

ولم تظهر نظرية التحول في فرنسا بشكل واضح الا في أوائل القرن العشرين، فالقانون المدني الفرنسي لم يتضمن نصاً مماثلاً للنص الالماني يعالج فيه تحول العقد واكتفى بتطبيق القواعد العامة عن طريق الاعتراف بصحة بعض التصرفات القانونية التي تستوف اركانها القانونية ، لكن اصبحت تحمل وضعاً أخر غير الذي تبنته الاطراف المتعاقدة وفيها سواها فإن التصرفات القانونية يكون مصيرها البطلان فقط ولا يمكن ان تتحول إلى تصرفات صحيحة[٦]، يضاف إلى ذلك ان الفقه الفرنسي استوحى حكم النص بغير سند تشريعي بالاستناد إلى دور الإرادة في انشاء الالتزام[٧] رغم ان المادة (١٨) المعدلة من المشروع التمهيدي للقانون الفرنسي نصت (اذا كان التصرف باطلاً فيمكن اضفاء وصف تصرف اخر صحيح عليه اذا كان هذا الوصف مطابقاً لإرادة الطرفين المعلنة).

والنص هنا لا يقصد تحويل العقد لا من قريب أو من بعيد بل هو تغيير لإرادة المتعاقدين الحقيقية المتجهة إلى التصرف الصحيح وهذا مجاله التفسير أو هو تصحيح التكييف الخاطئ الذي اضفى على التصرف سواء قصد إلى ذلك طرفا العقد ام كانا يجهلانه أو هو تصحيح لتسمية الغلط [٨]

وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي نجد انه اخذ بفكرة تحول العقد في المادة (١٤٠) منه بينما الانتقاص افردت له المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ولا مجال للخلط بين النصين فإرادة المشرع قد اتجهت إلى التمييز بين الفكرتين وليس الخلط بينهما ،بناء على تقدم يتضح لنا ان شرط اعمال التحول في القانون الخاص بصفة عامة تتمثل بطلان العقد الاصلي واتجاه إرادة اطراف العقد الباطل إلى العقد الجديد وان يولد التصرف القانوني الجديد من التصرف الباطل.

ومن ناحية أخرى اذا كان الاعتراف بفكرة التحول في القانون الخاص اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة وحماية للمصلحة الفردية وهي مصلحة المتعاقدين فان تطبيق فكرة التحول في القانون الإداري من باب أولى وذلك حماية للمصلحة العامة و للمتعاملين مع الإدارة خاصة وان الإدارة تتميز في تصرفاتها القانونية الفردية والعقدية بسلطات شبه مطلقة

(٥) المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنه١٩٤٨

(٦) علي كاظم الشيباني : تحول العقد في نطاق القانون المدني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠١٥ ص ٥٤

(٧) محمد عبد عكاشة وطارق المجذوب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٤ ص٢٦١.

(٨) د . رأفت الدسوقي :تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ,٢٠١٠, ص٤٧

كلية القانون و العلوم السياسية

الأمر الذي يلزم معه تقييد البطلان أو على الاقل تخفيف آثاره[٩]، اذ تستهدف الادارة من اصدار قراراتها الإدارية تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان سير المرافق العامة بإنتظام و إطراد وحماية النظام العام ولذلك إذا ما اصدرت الإدارة قرارات إدارية معيبة ووجدت ان تلك القرارات الباطلة يمكن ان تحقق مصالح عامة اخرى شرعية فإنها تقوم بناء على سلطتها التقديرية بتحويلها فالإدارة تحاول عن طريق التحول ان تجعل تصرفها مطابقاً لفكرة المصلحة العامة[١٠].

كما تلتزم الادارة عند مباشرة نشاطها بإحترام القوانين والخضوع لها في كل ما تقوم به من اعمال قانونية فردية أو عقدية على اساس من مبدأ المشروعية وسيادة القانون[١١]، فاذا خالفت مبدأ المشروعية وجب عليها الرجوع عن قراراتها المخالفة للقانون أو ان تقوم بتحويل تلك القرارات غير المشروعة إلى قرارات صحيحة اذا توافرت في القرارات المعيبة عناصر التحول و شروطه[١٢]، خلاصة القول ان إجازة التحول في القرار الإداري هو بمثابة وسيلة انقاذ تصرف الادارة من البطلان وهذا أمر تفرضه الضرورات اذ ان تجاهل الارادة يجعلها و العدم سواء كما ان المبادئ الاساسية المتعلقة بالقاعدة القانونية و الحقوق تعد واحدة في مجال القانون الخاص والعام لان هذه المبادئ في الحقيقة هي تطبيق فعلي لمبدأ سيادة القانون في ذاته ولا يقصر تطبيقها على فرع من فروع القانون دون الأخرى الا اذا كانت طبيعة العلاقة تتطلب استبعاد تطبيق هذه القاعدة.

كما ان عدم وجود نصوص صريحة أو حتى نصوص ضمنية تشير إلى فكرة التحول في مجال القانون العام غير موجودة على العكس من القانون المدني وهذا برأينا يرجع إلى اختلاف طبيعة القانون الإداري عن القانون المدني لان القاضي الإداري لا يعتمد في كثير من الاحيان على نصوص تشريعية مكتوبة فهو قاضي انشائي يبتدع الحلول القانونية المناسبة للمنازعات المعروضة عليه بالإضافة إلى خلق قواعد تضمن سير المرافق العامة وعدم توقفها الامر الذي يؤكد اختلاف دور القاضي الإداري عن القاضي العادي.

(٩) د . رمضان محمد بطيخ :القضاء الإداري ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٨، ص١٩

(١٠) د. عبد القادر خليل ، نظرية سحب القرارات الإدارية دراسة مقارنة في القانون الفرنسي و المصري و الايطالي ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ ، ص٤١ .

(١١) د . رمضان محمد بطيخ ، المصدر السابق ، ص٢٠

(١٢) احمد يسرى : تحويل التصرفات القانونية ، اطروحة دكتوراه ، هيدليرج، ١٩٩٥ ، ص٢٤٥ .

المبحث الثاني
شروط تطبيق فكرة التحول

يحتل تحول القرارات الإدارية الباطلة إلى قرارات ادارية صحيحة أهمية كبيرة لان هذا التحول يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة واحترام لمبدأ المشروعية لذلك ولمعرفة شروط تحول القرار الإداري علينا بيان تلك الشروط في ثلاث مطالب الأول ، ان يكون موضوع التحول قرار اداري والثاني بطلان القرار الإداري الاصلي والثالث توافر عناصر قرار اداري جديد واتجاه نية الإدارة اليه.

المطلب الأول: ان يكون موضوع التحول قرار اداري

لقد تعددت التعاريف التي قيلت في القرار الإداري وتعين القول بأن القرار الإداري هو عمل قانوني تصدره جهة ادارية بإرادتها المنفردة بغية احداث تغيير في الوضع القانوني بأنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو الغاء مركز قانوني قائم(١٣).

ويشترط لكي يعد العمل الصادر عن الجهة الإدارية قراراً إدارياً ان تتوافر فيه شروط معينة منها:

١. ان يكون تصرف قانوني فالتصرف القانوني هو عمل قانوني تقوم به الادارة بهدف احداث آثار قانونية معينة وتتميز بذلك اعمال الادارة القانونية عن الاعمال المادية التي لا ترتب أي أثر قانوني على ان القرار الإداري لا ينتج دائماً من الارادة الصريحة بل يمكن ان يصدر عن موقف الادارة السلبي في بعض الحالات مثالها سكوت الادارة عن قبول الاستقالة يعد بمثابة قبول ضمني للاستقالة(١٤).
٢. ان يصدر القرار الإداري عن جهة ادارية مختصة سواء أكانت مركزية أو لا مركزية ويمكن ان يشترك في إصداره أكثر من عضو المهم ان يصدر التصرف القانوني في حدود الوظيفة الإدارية لمصدره.
٣. ان يصدر القرار بالإداري بالإرادة المنفردة لجهة الادارة وهذا الشرط يميز القرار الإداري عن العقد الإداري وهذه الارادة المنفردة قد يعبر عنها موظف واحد وقد يعبر عن الادارة بأجمعها مثل مجلس أو هيئه ولكن هذا لا يلغي صفه بانه يصدر بالإرادة المنفردة(١٥).
٤. ان يصدر القرار الإداري بهدف احداث اثر قانوني فلا يعد التصرف الإداري قرار اداري الا اذا كان من شانه ان يحدث اثر قانوني معين ومن ثم اذا لم ينتج التصرف أي اثر قانوني سواء أكان ذلك راجع إلى طبيعته أو بسبب السلطة الإدارية ذاتها والتي لم تقصد من وراء تصرفها تحقيق اثر معين فان

(١٣) د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، وزاره التعليم العالي و البحث العلمي ٢٠٠٩، ص٢٩٧.
(١٤) د. علي محمد بديرو اخرون : مبادئ و احكام القانون الإداري ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص٤١٥.
(١٥) د. شاب توما منصور : القانون الإداري ، ك ٢ ، ط ١٩٨٠ ، ١،ص٣٩٨.

هذا التصرف لا يعد قرار اداري[١٦] لذلك فالأعمال التمهيدية والتحضيرية كالتوصيات والرأي و المشورة لا تعد قرارات نهائية[١٧].

بمعنى ان يكون القرار الاداري نهائي أي استنفذ جميع مراحل صدوره ولا يحتاج الى تعقيب او مصادقة من جهة ادارية اعلى بهدف احداث اثار قانونية

المطلب الثاني: بطلان القرار الإداري الاصلي

يمكن القول ان لفكرة التحول فائدة في مجال القرارات الإدارية اذ انها وسيلة لإنقاذ إرادة الادارة من بطلان قراراتها وان تطبيق هذه الفكرة يخضع لشروط معينة منها بطلان القرار الإداري ،فمن البديهي ان يكون محل التحول قراراً ادارياً مكتمل الشروط والاركان صادراً عن السلطة الإدارية سواء كان فردياً ام تنظيمياً ويشترط لتحول القرار الإداري ان يكون مشوباً بعيب يؤدي إلى بطلانه مما يعني ان القرار الصحيح لا يمكن ان يكون محلاً للتحول لان فكرة التحول برمتها وجدت بسبب بطلان التصرف القانوني او لتلافي اثاره والحد منها،ومن المعلوم ان النظرية التقليدية في القانون المدني قد قسمت البطلان لثلاث درجات (النسبي و المطلق و الانعدام) لكنه رفض من غالبية الفقه العراقي لأنه ساوى بين البطلان المطلق و الانعدام واستبدله الفقه بالتقسيم الثنائي إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي[١٨], وهذا ما سار عليه فقه القانون الإداري مع الميل إلى استخدام مصطلح الانعدام بدل البطلان المطلق ذلك لان بعض القرارات لا تكفي ان توصف بالبطلان بل عدها منعدمة كما لو صدر القرار من شخص عادي ليس له صفة وظيفية تخوله اصدار القرار[١٩]، ويرى البعض ان التحول يسري على القرار الإداري القابل للإبطال كما يسري على القرارات المنعدمة على حد سواء[٢٠].

فالقرار الإداري المعيب القابل للإبطال هو القرار الذي اكتملت فيه عناصره الاساسية ولم يتم إهدار أي منها ولكن اعتراه عيب يهدد وجوده القانوني سواء أكان هذا العيب هو فقده لأحد عناصره الاساسية ام غير الاساسية كان يكون مصدر القرار خالف أحكام القانون فيما يتعلق بالشكل أو السبب أو الغاية أو المحل أو قواعد الاختصاص[٢١] ويعد هذا القرار صحيح ويرتب كافة آثاره القانونية وتنشأ عنه حقوق وتفرض بشأنه إلتزامات طالما ان جهة الادارة لم تتدخل بشان سحبه أو الغاؤه وهذا يعني ان القرار الإداري الباطل قرار مستمر العمل به إلى ان يتم التدخل بشأنه قضائياً ،اما القرار الإداري المنعدم فهو لا ينشأ حق ولا يفرض التزام لأنه ولد ميت أي انه عدم والعدم لا يرتب أثر، كما إن عدم الإلتزام بتنفيذ القرار الإداري المنعدم لا يرتب عليه أي مسؤولية

(١٦) محمد عبد الله حمود الدليمي : تحويل القرار الإداري ،دار الكرامة للنشر و التوزيع ، الاردن ،٢٠٠١ ،ص٣٤

(١٧) د . عبد الغني بسيوني عبد العزيز : القانون الإداري ، المجلد الثاني ، الدار الجامعة ،١٩٩٨ ، ص٣٩٢.

(١٨) ينظر في ذلك د . عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص ٤٨٩.

د.عبد المجيد الحكيم :الموجز في شرح القانون المدني ج١,شركة الطبع والنشر الاهلية ,١٩٦٣,ص٣٤٢

(١٩) د . سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ، ط٥ ,دار الفكر العربي ,١٩٨٤, ص٣٣٧.

د. عصام نعمة اسماعيل :الطبيعة القانونية للقرار الاداري ,منشورات الحلبي الحقوقية ,٢٠٠٩,ص٢٣١

(٢٠) د. عبد القادر خليل ، المصدر السابق ص ١٣٥.

(٢١) د. رمزي طه الشاعر : تدرج البطلان في القرارات الإدارية ،دار النهضة العربية ،١٩٦٨ ، ص٣٩٢

تجاه الافراد الممتنعين عن تنفيذه[٢٢].

نخلص مما تقدم ان القرارات التي تقبل التحول هو القرارات المعيبة وليست القرارات الصحيحة ويرى بعض الفقه انه لا يكفي ان يكون القرار الاداري معيباً لاعمال التحول وانما لابد من تقرير بطلانه عن طريق القضاء أو سحبه عن طريق الادارة وكذلك الحال اذا تحصن القرار سواء بمرور المدة أو لعدم الطعن فيه ولعدم سحبه من الاداره فانه لا يتحول[٢٣].

والعلة وراء اشتراط الحكم ببطلان القرار المعيب وعدم تحصنه بمضي المدة كشرط لأعمال التحول في ان الغايه من التحول هي انقاذ ارادة الادارة فاذا ما تحققت هذه النتيجة تحصن القرار فلا حاجة لتحوله اما اذا سحب أو الغي قضائياً ضمن المدة القانونية فانة تعين ان يكون محل للتحول[٢٤].

من ناحية اخرى البطلان يجب ان يكون بطلاناً كلياً لا في جزء منه لأنه و الحال هذه تعين استبعاد الجزء الباطل والا بقاء على القرار باجزاءه الصحيحة ويعتبر تطبيقاً لفكرة الانهاء الجزئي وليس تحول للقرار الإداري المعيب.

والقرار الإداري المنعدم يمكن تجاهل وجوده دون حاجة إلى تدخل الادارة أو القضاء كما إن الإنعدام يكون من تاريخ صدوره لإنه ولد فاقد للحياة ، بناء ما تقدم فان الجهة الإدارية التي أصدرت القرار المنعدم غير مقيدة بموعد معين تعمل فيه سلطاتها بسحبه كما ان القضاء الإداري يعتبر ان هذا القرار بمثابة عمل مادي يمكن الطعن دون التقيد بمواعيد الطعن بإلالغاء الامر الذي يجوز معه اعمال تحول القرار الإداري المنعدم في أي وقت[٢٥]رغم ان الاتجاه السائد يقيد سحب القرار المنعدم بذات المدة لسحب القرار الباطل حفاظا على المراكز القانونية.

المطلب الثالث: توافر عناصر قرار إداري جديد واتجاه نيه الادارة اليه

يشترط لتحول القرار الإداري ان يكون القرار الباطل موافق لعناصر قرار اخر جديد و لكن ليس من الضروري ان يحتوي القرار الباطل على كل عناصر القرار الإداري الجديد[٢٦]، ومن ثم فإن القرار الإداري الجديد الذي يتم التحول اليه يجب الا يختلف سواء من حيث الشكل أو الموضوع عن القرار الباطل الذي تولد منه ، فمن حيث الشكل انه لا يشترط في القرار الإداري شكل معين إذ ليس للقرارات الإدارية اشكال وانواع محصورة ولا يترتب على اغفال الشكل بطلان القرار الإداري إلا اذا نص القانون على ذلك أو كان الاجراء من الاجراءات الجوهرية التي يترتب على اغفالها عدم تحقق المصلحة التي نص عليها القانون او كانت الشكلية مقررة لمصلحة الافراد[٢٧]

ومن ثم يمكن للقرار الإداري الباطل الذي يتطلب شكل معين ان يتحول إلى قرار

(٢٢) محمد عبد الله حمود الدليمي : مصدر سابق ،ص٧٠ .
(٢٣) د. رمزي طه الشاعر : المصدر السابق ، ص٣٩٣
(٢٤) عبد القادر خليل : المصدر السابق ،٤٤١.
(٢٥) د . سامي جمال الدين : اصول القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية , القاهرة ,٢٠١٢, ص ٢١٦.
(٢٦) د . رأفت وسوفي : فكره التحول في القرارات الإدارية ، دار الفكر الجامعي ،٢٠٠٤،ص٥٧١.
(٢٧) محمد عبد الله حمود : المصدر السابق ، ص٩٠

اداري جديد لا يتطلب هذا الشكل أو يتطلب شكل اخف منه بشرط الا يترتب على تخلف الشكل الجديد بطلان القرار ومن ثم اذا كان القرار باطل بسبب تخلف الكتابة فانه يمكن ان يتحول إلى قرار اداري غير مكتوب (غير شكلي)[٢٨]، وهذا يعني ان التوافق الشكلي بين القرار الباطل و القرار الجديد يرتكز على الاشكال و الاجراءات الجوهرية ولا يشمل العناصر الشكلية غير الجوهرية بمعنى ضرورة ان تتوقف العناصر الشكلية الاساسية بين القرار المعيب والقرار الصحيح كما يشترط لمشروعية القرارات الإدارية ان تصدر من الجهة الإدارية المختصة بإصداره فاذا اصدر القرار من غير المختص بذلك يعد مشوب بعيب عدم الاختصاص .

وعيب عدم الاختصاص هو العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام ويتسم القرار بهذه الصفة لصدوره من غير السلطة المختصة بإصداره ، وفي نطاق التحول يشترط ان تكون السلطة المختصة بإصدار القرار الجديد هي نفسها المختصة بإصدار القرارين الباطل والقرار الجديد المتحول من اجل ان يكون هناك توافق في الاختصاص بين القرارين ، اما اذا كان البطلان راجعاً إلى عيب عدم الاختصاص فقط يمكن اجراء التحول لعدم تحقق شروط التوافق كون القرار الجديد سوف يكون معيباً في العيب نفسه ولا يتحقق صحة القرار ومشروعيته[٢٩].

فمثلا ان تقترح جهة إدارية فصل موظف دون ان يكون ذلك من اختصاصها فإن هذا القرار يمكن تحوله إلى قرار اخر صحيح كان يتحول إلى تقرير سنوي بعدم كفاءة الموظف اذا كانت السلطة التي اصدرته هي ذاتها المختصة بإصدار التقرير كما يجب ان تنصرف نية الادارة و ارادتها إلى هذا القرار الجديد فالتحول لا يتم الا اذا كان له اساس من نية الادارة ذاتها فهو امر ليس متروك لسلطة القاضي بل يجب ان يقوم الدليل من ظروف ووقائع الدعوى و ملابساتها على ان نية الادارة تنصرف إلى اصدار القرار الجديد فالإدارة عندما اصدرت قرارها استهدفت غاية عملية معينة فسلكت طريقاً قانونياً معيناً تمثل في قرارها الأصلي الذي أصدرته و هذا يعني بلا شك ان اصدار القرار يقوم على إرادة موجودة للجهة الإدارية ومن ناحية اخرى يمكن القول ان مفهوم الارادة في القانون العام يختلف عنها في القانون الخاص فالدولة وسلطتها الإدارية ليس اشخاص طبيعية من اشخاص القانون الخاص تعبر بنفسها عن ارادتها وليس عن ارادتهم الشخصية[٣٠] وبما ان فكرة التحول في القرارات الإدارية في العراق تخضع لإرادة الإدارة كونها هي المختصة بتطبيق هذه الفكرة دون القاضي الإداري الذي لا يملك اختصاص تحويل القرارات الإدارية بموجب القانون بعكس القانون المدني المصري في المادة ١٤٤ منه والتي اجازت التحول في العقود المدنية وقياسا على ذلك منح للقضاء المصري اختصاص تحول القرارات الإدارية ، ويثار التساؤل كيف لنا ان نتحقق أو تكشف هذه الارادة؟

يمكن القول ان الادارة ما هي الا تحقيق للمصلحة العامة ويمكن ان نتحقق من

(٢٨) د. رمزي طه الشاعر : المصدر السابق ، ص٤٤٥

(٢٩) د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الإداري ومجلس الدولة ، ط ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٩

(٣٠) د. مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الإداري ومجلس الدولة ، ط، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٩ ، ص٦٤٧.

ذلك بالرجوع إلى الاعمال التمهيدية أو التحضيرية لإصدار القرار فكما معلوم لدينا ان اصدار أي قرار اداري يستلزم ان يمر هذا القرار بسلسلة من الاجراءات قبل صدوره بصيغة قرار اداري نهائي فمن خلال الاوراق و اوليات هذا القرار فان بالإمكان اكتشاف نية الادارة فمثلا قرار تعيين موظف في وظيفة كاتب فإن لاكتشاف نية الادارة من اجل تحويله هو بالرجوع إلى الاوليات فلعدم توفر عنوان وظيفي للكاتب فان الادارة تقوم بتحويل قرار التعيين إلى حرفي نتيجة تمتع الموظف بشهادة اعدادية الصناعة ، لكن يجب ان نستبعد فكرة ان الارادة الحقيقية الموجودة في القرار الباطل يجب ان تكون متجهة كذلك إلى القرار الجديد لان ذلك يعني ان القرار الجديد كان قد أريد حقيقة مع القرار الباطل في الوقت نفسه وعندئذ لا نكون امام فكرة التحول بل ان الامر يدور حول تطبيق الارادة الحقيقية للإدارة على القرار الجديد وهنا سيكون التحول مستبعدا[٣١].

(٣١) محمد عبد الله حمود : المصدر السابق ،ص١٠٩

المبحث الثالث
تطبيق قواعد تحول العقد الخاص على العقد الإداري

في نطاق القانون الخاص اجاز المشرع العراقي صراحة جواز تحول العقد الباطل اذ نص على اذا كان العقد باطلاً و توافرت فيه اركان عقد اخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ابرام هذا العقد[٣٢]، فاذا كان تحول العقد في القانون الخاص جائزاً وممكناً فهل يمكن تطبيق فكرة التحول على العقود الإدارية ؟ لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول اعمال قواعد البطلان على العقد الإداري والثاني تحول العقد الخاص إلى عقد اداري .

المطلب الأول: اعمال قواعد البطلان على العقد الإداري

من خلال استقراء نص المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي يتبين لنا ان هناك قواعد (شروط) لأجل تطبيق فكرة تحول العقد و هذه الشروط هي ان يكون العقد الاصلي باطلا وان تتوافر في العقد الباطل اركان عقد اخر صحيح وان تنصرف ارادة المتعاقدان إلى ابرام العقد الجديد فالبطلان وصف يلحق بالعقد يترتب قانوناً على استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها[٣٣].

والبطلان ينقسم إلى بطلان مطلق ونسبي والمطلق يتحقق اذ لم يتوافر في العقد ركن أو اكثر من اركانه كانعدام تطابق الارادتين (الرضا) أو انعدام المحل أو السبب أو تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون لانعقاد العقد في العقود الشكلية[٣٤]، اما البطلان النسبي فيلحق العقد اذ ما تخلف شرط من شروط صحة اهم ركن فيه الا و هو الرضا وذلك اذا كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية أو شاب ارادته عيب من عيوب الرضا[٣٥] ويجب ان ينصب البطلان على جميع اجزاء العقد اما اذا لحق البطلان جزء من العقد كان هذا الجزء قابلاً للانفصال دون تغيير صفه العقد فيطبق عليه النص الخاص بانتقاص العقد لا تحوله[٣٦]

ومن ناحية اخرى يمكن القول ان العقد الخاص يتطلب وجوده اركان ثلاث هي الرضا والمحل والسبب مع اقتران ركن الرضا بأهلية المتعاقد وهذه الاركان يجب توافرها في العقد الإداري وثم اصابة العقد الإداري باي عيب من هذه العيوب يصعب تحققه وذلك لارتباط فكره العقد الإداري بتسيير مرفق عام لذلك فان طريقة ابرامه تحكمها قواعد محددة نص عليها في الغالب في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في المناقصات و المزايدات العامة تمر بسلسلة من الاجراءات منها الاعلان وهو اول خطوة في عملية التعاقد بالمناقصة او المزايدة ويجب ان يتضمن الاعلان مجموعة من المعلومات مثلا

(٣٢) المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي السابق ، ص٦٣٥
(٣٣) د . عبد الرزاق السنهوري : المصدر السابق ، ص٦٣٥
(٣٤) د. محمد حسام لطفي : النظرية العامة للالتزام ، الصادر لأحكام الاثبات دراسة تفصيلية وتحليلية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء ٢٠٠٢، ص١١٩
(٣٥) د سليمان مرقص ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ،ص٢٨٦.
(٣٦) د.عبد المجيد الحكيم ,المصدر السابق ,ص ٢٣٣

اسم المناقصة ورقمها ومقدار التامينات الاولية اما الخطوة الثانية وهي تسلم العطاءات وتحليلها اذ تتولى لجنة مختصة تسمى لجنة فتح العطاءات فتح العطاءات حال انتهاء الوقت المحدد لقبول العطاءات وتنظم محضرا تبين فيه جميع المعلومات التي تضمنتها العطاءات وتقدم رايها في افضل عطاء الى الجهة المختصة بارساء المناقصة ,اما الخطوة الثالثة وهي ارساء عملية ابرام العقد الإداري في شكله النهائي على ان الارساء يجب ان يمر بمرحلة المصادقة من الجهة الادارية المختصة وابرام العقد الاداري يتم بعد المصادقة على ارساء المزايدة او المناقصة لان المصادقة هي قبول الادارة لايجاب المتقدم بالعطاء وهي ليست ملزمة بالمصادقة اذا رات ان المصلحة العامة تتطلب ذلك(٣٧).

لذلك فهذه الاجراءات تخضع للدراسة الدقيقة من قبل الجهة الإدارية أو من جانب المتعاقد الاخر و اذا ما اكتشفت الادارة بعد ابرام العقد من عيوب الغش و التدليس التي ارتكبها المتعاقد مع الادارة يعطي الحق للإدارة في فسخ العقد لا تحويله(٣٨).

كما يجب ان يوافق العقد الباطل لعناصر عقد اخر صحيح وهذا شرط منطقي تستوجبه فكره تحول العقد ذاتها فلا يمكن التحول من عقد باطل إلى عقد جديد الا اذا توافرت بين اركان العقد الباطل كافة اركان العقد الجديد ولا يجوز استحداث عنصر خارجي وإقحامه في العملية التعاقدية لإكمال فكرة تحول العقد(٣٩) .

وبما ان التحول يعني وجود تصرف باطل تتوافر فيه عناصر تصرف اخر صحيح واذا ما قارنا ذلك مع العقد الإداري نجد احد طرفي العقد هي جهة ادارية تتمتع بالسلطة و الامتيازات التي لا يملكها احد اطراف العقد الخاص منها حق الادارة في الرقابة والتوجيه والاشراف وحقها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حال الاخلال بالالتزامات التعاقدية وحقها في تعديل العقد وانهاءه بارادتها المنفردة ,اضافة إلى تضمين العقد الإداري شروط استثنائية لا مثيل لها في عقود القانون الخاص بالإضافة إلى ارتباط العقد بتسيير المرفق العام و ان فقدان احد هذه الاركان لا يعني تحول العقد وانما يعني خروج العقد بكامل اركانه وتحوله إلى عقد اخر يعمل به في مجال القانون الخاص ان أمكن ومن ثم تنقطع الصلة بين العقد الجديد والعقد الأول(٤٠)، لكن برأينا المتواضع لا يوجد مانع من اعمال فكرة التحول في مجال العقود الإدارية لكن ليس بالمفهوم الواسع لفكرة التحول وانما يمكن التحول في مسمى العقد وما ينطبق عليه من قواعد مثل استبدال نظام عقد توريد بعقد تقديم خدمات لكل منهما أحكامه القانونية الخاصة به مع بقاء كامل اركانه من وجود الادارة طرف في العقد واحتواء العقد شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص بالإضافة إلى ارتباط العقد بالمرفق العام.

(٣٧) د .ماهر صالح علاوي : المصدر السابق ,ص٤٣٤

(٣٨) د.رافت الدسوقي ,فكرة التحول في القرارات الادارية ,دار الفكر الجامعي ,٢٠٠٤,ص١٢٠

(٣٩) د. عبد الرزاق السنهوري : المصدر السابق ، ص٥٠١.

(٤٠) د. محمد انس جعفر :العقود الادارية ,دار النهضة العربية ,٢٠٠٣,ص ٢٢٢

المطلب الثاني: تحول عقود الإدارة المدنية إلى عقد اداري

من المستقر والمتعارف علية فقه وقضاء ان العقود التي تبرمها الادارة لا تخضع لنظام قانوني واحد فهي على نوعين الأول عقود الإدارة المدنية (العقود العادية) التي تخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الافراد في نطاق القانون الخاص والثاني هو عقود الادارة الإدارية (العقود الإدارية) وهي تخضع للقانون العام وتبرمها الادارة بعدها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله أو تسييره[٤١]، فإذا ما توافرت في العقد المدني (الباطل) اركان عقد اداري صحيح وكانت النية الافتراضية لطرفي العقد يمكن ان تتجه إلى هذا التعاقد (عقد اداري) فيمكن عندئذ تحول العقود الإدارية ذات الطبيعة المدنية إلى عقود ادارية وهذا ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بفتوى صدرت عنها[٤٢]،بجواز تحول عقد وقف خيري لم تجتمع فيه اركان وشروط الوقف الخيري إلى عقد اداري توافرت اركانه وهو عقد تقديم المعاونة ، ان التحول في هذه الحالة رغم انه يترتب عليه انتقال التصرف الجديد من مجال القانون الخاص إلى مجال القانون الإداري الا انه يتفق مع فكرة التحول واذا كان العقد الإداري الباطل لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء لكن يجوز الطعن فيه بالبطلان امام القضاء العادي في العراق فيمكن هنا تطبيق فكرة التحول اسوة بعقود القانون الخاص وان كانت العقود الإدارية أولى بالحماية لارتباطها بالمصلحة العامة لكن من ناحية اخرى نجد ان هناك معوقات تحول دون تحول عقد اداري باطل إلى عقد اداري صحيح اخر وذلك لان البطلان في العقد الإداري يختلف عن البطلان في العقد الخاص فالرضا في العقد الخاص يتم على مرحلة واحده بينما في العقد الإداري يختلف اذا يمر الرضا (الايجاب و القبول) بعدة مراحل هي مراحل اختيار المتعاقد لكي نصل بعدها إلى ابرام العقد كما في عقود المناقصة ، كما ان للإدارة سلطة في تعديل شروط العقد وفرض إلتزامات جديدة على المتعاقد معها أو انقاص التزاماته دون رضاه لذلك فالإدارة تلجأ إلى تعديل العقد ذاته متى تطلب ذلك المصلحة العامة المتمثلة بإنتظام سير المرفق العام ولا تلجأ إلى تحويل العقد كما ان للإدارة سلطة انهاء العقد بإرادتها المنفردة من قبل إتمامه اذ رأت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك فإذا ما اخل المتعاقد بالتزامه في التعاقد مع الإدارة فإنها تلجأ إلى إنهاء العقد لا إلى تحويلة[٤٣]، كما إن الإدارة تستطيع إعادة التوازن المالي للعقد في حالة زيادة الاعباء المالية للتعاقد خلال فترة تنفيذ العقد حيث تقوم الادارة بمنح المتعاقد امتيازات مالية تساوي الزيادة في إلتزاماته لذلك فقد أوجد القضاء الإداري ثلاث نظريات بهذا الشأن وهي:

نظرية عمل الأمير: ويراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد ويترتب عليها اعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت

(٤١) د. ماهر صالح علاوي : مصدر سابق ، ص ٤١٥.

(٤٢) الفتوى رقم ٦٦٢ في ٢٥/ ٦ / ١٩٦٣ ، الموسوعة المدنية لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتأوى مجلس الدولة في مصر منذ عام ١٩٤٦ وحتى ١٩٨٥ ، ط١ ، ١٩٨٦ – ١٩٨٧

(٤٣) د. محمد انس جعفر : المصدر السابق ، ص٢٨١

به تعويضاً كاملاً ،كما يشترط لتطبيق هذه النظرية ان يصدر هذا العمل الضار غير المتوقع للمتعاقد وقت ابرام العقد فاذا ما كان متوقعاً للمتعاقد أو كان بإمكانه ان يتوقعه فلا يمكن تطبيق نظرية عمل الامير كما يجب ان يصدر هذا العمل من الجهة الإدارية المتعاقدة وهذا يعني ان صدور الاجراء الضار أو العمل من غير الجهة المتعاقدة حتى لو صدر من سلطة عامة فلن يؤدي إلى تطبيق نظرية عمل الامير وان يتعلق عمل الامير بعقد اداري اذ لاتقوم هذه النظرية الا بخصوص تنفيذ عقد اداري ولا مجال لتطبيقها في اطار القانون الخاص وان ينتج عن هذا العمل ضرر للمتعاقد ويتمثل في زيادة الاعباء المالية للمتعاقد ولا يشترط في هذا الضرر درجة من الجسامة فقد يكون جسيما او يسيرا وان لاتكون الادارة قد اخطاءت بعملها اذ يجب على الادارة ان تتصرف في حدود سلطتها المعترف بها(٤٤).

نظرية الظروف الطارئة: قد يتعرض المتعاقد مع الادارة إلى زيادة الأعباء المالية بسبب ظروف طارئة خارجية عن طرف العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد تمنحه الحق في الطلب من الادارة ان تساهم في تحمل بعض الخسائر التي لحقت به ،ويشترط لتطبيق هذه النظرية حدوث ظرف طارئ عام غير متوقع ولا يمكن دفعه وقد اشارت إلى ذلك محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها جاء فيه على ان الظروف التي احاطت بطرفي العقد كان يمكن توقعها وبالتالي ليس من شأنها ان تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحاله مطلقة(٤٥).

وان يقع الظرف الطارئ اثناء تنفيذ العقد ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ويترتب على هذه النظرية حق المتعاقد في الحصول على تعويض جزئي حيث تتحمل جهة الإدارة نصيباً من الخسارة التي تصيب المتعاقد واستمراره في تنفيذ العقد.(٤٦)

وللادارة في سبيل تعويض المتعاقد قد تتفق معه على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من ارهاقه وتتحمل بعض عب هذا الارهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته ويتميز هذا الحق بانه حق مؤقت ينقضي بانقضاء الظرف الطارى ولا يجوز الاتفاق على اعفاء الادارة من التعويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : يصادف المتعاقد في بعض الاحيان صعوبات مادية لم تدخل في حساب طرفي العقد عند المتعاقد تجعل تنفيذ الالتزام اكثر كلفة على المتعاقد وفي هذه الحالة يتوجب على الادارة تعويض المتعاقد عن جميع الاضرار التي يتحملها(٤٧)،ويشترط لتطبيق هذه النظرية ان تكون الصعوبات مادية وغير عادية وتكون في اغلب الاحيان ظواهر طبيعية مثل طبيعة الارض وان تكون الصعوبات اجنبية عن ارادة المتعاقدين وان تكون الظروف غير متوقعه ولم يكن في الوسع توقعها

(٤٤) د. مازن ليلو راضي : القانون الاداري مطبعة هاوار ,دهوك ,٢٠٠٨,ص٣٠٥

(٤٥) حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية ١٢٩ / ١٧٠/ ٢٠٠٩ استئنائية اشار اليه دريد سليمان الجنابي : المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادي ،ج٣ ، بغداد مكتبة الصباح ، دون سنة نشر ، ص١٨٤.

(٤٦) د. علي محمد بدير واخرون :المصدر السابق ,ص ٤١٣

(٤٧) د. ماهر صالح علاوي : المصدر السابق ، ص٤٥١.

عند التعاقد وان تجعل تنفيذ العقد مرهقاً وبالتالي يستحق المتعاقد التعويض الكلي على ان يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد رغم الصعوبات المادية غير المتوقعة فاذا توقف المتعاقد فانه يتعرض الى الجزاءات المترتبة على اخلاله بتنفيذ العقد ويفقد الحق بالمطالبة بالتعويض وبهذا تتفق هذه النظرية مع سابقاتها في عدم التحلل المتعاقد من التزاماته في تنفيذ العقد(٤٨).

بناء على ما تقدم يمكن القول ان فقدان أي ركن من اركان العقد الإداري لا يعني تحوله وانما يعني خروج العقد بكامل اركانه وتحوله إلى عقد اخر وبذلك تنفصل العلاقة بين العقدين (الأول والثاني) وتكون امام عقد جديد لكن قد يثار التساؤل عما إذا فقدت الجهة المتعاقدة الصفة الإدارية بعد ابرام العقد ؟ الجواب هو يجب ان تتوافر صفة الشخص العام وقت التعاقد لان العبرة في تحديد الطبيعة القانونية للعقد هي لحظة ابرامه ولا يهم زوالها بعد ذلك حيث اذا ازالت الصفة العامة التي كان يتمتع بها الشخص المعنوي بعد الابرام لا يؤثر في طبيعته القانونية فالعبرة تكون وقت ابرام العقد فقط(٤٩).

وان التحول اللاحق لشخص القانون العام إلى شخص خاص لا يجرد العقد من الصفة الإدارية التي كانت له وعلى هذا النهج سارت محكمة القضاء الإداري حول عقد كانت قد ابرمته مؤسسة الأبنية العامة وهي شخص من اشخاص القانون العام عند ابرامها العقد وقبل ان تتحول إلى شركة مساهمة حيث ان المؤسسة كانت تحمل صفة شخص قانون العام وقت ابرام العقد وهذه الصفة هي التي يعقد بها(٥٠).

ومن ناحية اخرى ومن خلال قراءة الواقع العملي للعقود الحكومية في العراق فإننا نرى انه يمكن تحويل العقد الإداري إلى عقد إداري اخر لكن ليس بشرط بطلان العقد الأول وانما نتيجة العجز المالي الذي يشهده العراق منذ عام ٢٠١٤ وخصوصاً بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٥ والذي تقرر بموجبه ايقاف جميع التعاقدات التي ابرمتها المرافق العامة في الدولة ولا تزال قيد التنفيذ بسبب العجز المالي وعدم امكانية الوفاء بمستحقات المتعاقدين وهذا ما حصل مثلا عندما وجهت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بتحويل عقود الاشغال العامة الخاصة بانشاء اقسام داخلية في بعض الجامعات والتي توقفت بسبب العجز المالي للدولة إلى عقود شراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص وذلك لحاجة الجامعات إلى أبنية القسم الداخلية , أو قد تتلكأ بعض الشركات عن انجازات المشاريع خاصة في عقود المناقصات العامة لذلك تلجا الادارة وبعد استحصال موافقة وزارة التخطيط إلى تحويل طريقة تنفيذ المشروع مثلا من الاسلوب التقليدي في البناء إلى اسلوب البناء الجاهز ، أو قد تحل شركة محل شركة في تنفيذ مشاريع عقود الاشغال العامة وذلك بسبب تلكأ الشركة الاصلية عن القيام بمهامها(٥١)

(٤٨) د.مازن ليلو راضي : المصدر السابق ,ص٣١٤

(٤٩) خالد مرصوص خلف الحمداني : سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ، رسالة ماجستير ، مركز البحوث والدراسات العربية ، ١٩٨٧ ، ص١٢.

(٥٠) حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر في دعوى رقم (٢٨٧) لسنه١٩٦٩ ، مجموعه احكام قضاء الإداري من سنة ١٩٦٦- ١٩٦٩ ، ص٦٠٩

(٥١) كتاب قسم العقود في محافظة صلاح الدين ذي عدد٣٤١ في ٢٠١٣/٥/١٢ غير منشور

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع مدى اكمال فكرة تحول القرار الإداري على العقد الإداري توصلنا إلى مجموعة من النتائج و التوصيات :

أولا : النتائج

فكرة التحول في التصرفات القانونية هي فكرة قديمة تمتد جذورها إلى العصر الإسلامي استنادا إلى القاعدة الفقهية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ و المباني).

اساس فكرة التحول في القوانين الوضعية ترجع إلى القانون المدني العراقي في المادة (١٤٠)منه التي جاءت بفكرة تحول العقد المدني الباطل إلى عقد مدني صحيح وذلك بهدف التقليل من حالات بطلان العقد.

اذا كان الاعتراف بفكرة التحول في نطاق القانون الخاص اكمالاً لمبدأ سلطات الإرادة و حماية المصلحة الفردية وهي مصلحة المتعاقدين فان تطبيق هذه الفكرة في القانون الإداري من باب أولى وذلك حماية للمصلحة العامة وللمتعاملين مع الادارة خاصة ، كما ان المبادئ الاساسية المتعلقة بالقاعدة القانونية والحقوق هي واحدة في مجال القانون الخاص لان هذه المبادئ هي تطبيق فعلي لمبدأ سيادة القانون في ذاته ولا يقتصر تطبيقها على فرع من فروع القانون دون الاخرى .

ومن شروط تطبيق فكرة التحول في القرارات الإدارية هو ان يكون موضوع التحول قرار اداري وبطلان القرار الإداري الاصلي وتوافر عناصر قرار إداري جديد واتجاه نية الادارة اليه .

ان العقد الخاص يتطلب وجوده اركان هي الرضا و المحل والسبب مع اقتران ركن الرضا بأهلية المتعاقد وهذه الاركان يجب توافرها ايضا في العقد الإداري ومن ثم ان اصابة العقد الإداري بأحد عيوب يصعب تحققه لارتباط فكرة العقد بسير المرفق العام .

يمكن اكمال فكرة التحول في العقود الإدارية لكن ليس بالمفهوم الواسع لفكرة التحول في القانون الخاص وانما يمكن ان يكون التحول في مسمى العقد مثلا وما ينطبق عليه من قواعد مثل استبدال عقود توريد بعقود تقديم الخدمة اذا ما اتفق الطرفان وهذا ما يحصل في الواقع العملي للعقود الحكومية فإنه يمكن تحول العقد الإداري إلى عقد اداري اخر لكن ليس بشرط بطلان العقد الأول واما نتيجة العجز المالي الذي يشهده العراق خصوصا بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٣٤٧ لسنه ٢٠١٥ .

ثانيا:- التوصيات

بما ان فكرة التحول في القرارات الإدارية غير منظمة بنصوص تشريعية وانما في مجرد اجتهادات فقهية تم قياسها على نظرية تحول التصرفات القانونية المدنية المعيبة إلى تصرفات قانونية صحيحة فمن باب أولى اعمال هذه الفكرة في مجال العقود الإدارية حفاظا على دوام سير المرافق العامة ، لذلك ندعو المشرع إلى وضع نصوص قانونية

في القانون الإداري تختص بنظرية التحول وذلك لتساعد الادارة في تلافي اخطائها سواء في نطاق القرار الإداري ام العقد الإداري .

وكما هو معلوم ان من خصائص القانون الإداري انه قضائي النشأة لذلك ندعو القضاء الإداري في العراق إلى ان يضع نظرية التحول شروطها واحكامها كما هو الحال بنظرية الظروف الطارئة عمل الامير و الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وضع نصوص تشريعية تعالج فكرة التحول في الاعمال القانونية للإدارة لان القانون الإداري غير مقنن لذلك تعين وضع مثل هذه النصوص في قانون مجلس الدولة العراقي واعطاء الدور للقضاء العراقي بتطبيق فكرة التحول في القرار الإداري .