التوجهات الحديثة لرقابة القضاء على العقود الحكومية وفقاً لتعليمات العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤

Recent trends in judiciary control of government contracts in accordance with the Government Contract Instructions for the year 2014

م. انسام فالح حسن

نبذة عن الباحث :
كلية القانون والسياسة
جامعة البصرة.

م. سامية عبد الرزاق خلف

نبذة عن الباحث :
كلية القانون والسياسة
جامعة البصرة.

تاريخ استلام البحث :
٢٠٢٠/١٠/١٦
تاريخ قبول النشر :
٢٠٢٠/١١/١٢

الكلمات الافتتاحية :
رقابة القضاء، العقود الحكومية، تعليمات العقود الحكومية.
Keyword: judiciary control, government contracts in accordance

المقدمة

تستعمل الادارة لتحقيق نشاطاتها المختلفة وسائل قانونية وبشرية ومادية .ويعتبر العقد الاداري احد هذه الوسائل الذي يتحقق بتقابل ارادتين تستعمل فيه الادارة امتيازات السلطة العامة .تبرز اهمية العقود الادارية في الدول المعاصرة كونها تشكل الوسيلة الرضائية الوحيدة لتعامل الادارة مع الافراد والشركات والدول الاجنبية اذا ارادت الالتزام بمبادئ الاقتصاد الحر والتجارة الحرة وتشجيع الاستثمار الوطني والاجنبي في مشروعاتها.

ميزت الدول التي تاخذ بنظام القضاء المزدوج بأنشاء قضاء اداري متخصص بين العقود الخاصة وبين العقود الادارية من حيث القضاء الذي تخضع له كل منهما بأستثناء المشرع العراقي الذي يعتبر من دول القضاء المزدوج ولدية قضاء اداري الا انه اخرج العقود الادارية من اختصاص القضاء الاداري وجعلها اسوة بالعقود الخاصة تخضع للقضاء العادي رغم محاولاته بوضع تشريعات خاصة بالعقود الادارية مثل تعليمات العقود الحكومية لسن ٢٠١٤ وكذلك شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية وكذلك امر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة

٢٠٠٨ الا انه لازال يطبق بعض احكام القانون المدني على العقود الادارية . وعليه لابد من البحث في كل ما يتعلق بالعقود الادارية في العراق وخصوصا بالاستناد الى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ وبيان سلطة ودور القاضي ازاء العقد الاداري في الظروف الاعتيادية والظروف الطارئة وعلى النحو التالي:-

المبحث الاول: مفهـــــوم العـــــقد الاداري

يتضمن المفهوم بيان التعاريف التي طرحت للعقد الاداري والاركان الخاصة به والاساليب التي نص المشرع على طرحها للتعاقد مع الادارة وفقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ وعلى النحو التالي :-

المطلب الاول :- تعريف العقد الاداري وتكوينه

المطلب الثاني :- اركان العقد الاداري

المطلب الثالث :- اساليب الادارة في التعاقد

المطلب الاول :- تعريف العقد الاداري وتكوينة

تعني العقد لفظاً هو كل ما فيه ربط بين اطراف الشيء كما يراد به الضمان او العهد وقد استعملها العرب للربط المعنوي للكلام سواء كان توثيقا وتقوية للكلام صادر من جهة واحدة ام كان ربط بين كلامين لشخصين ومنها عقد البيع والزواج والاجارة...الخ[١].

كفما وانه يرد لفظ العقد على عدة معان منها الشده والربط والضمان والعهد والجمع والعزم والتاكد والاحكام والتوثيق[٢]

يعتبر العقد من اهم الاختراعات التي عرفتها البشرية على الاطلاق وهو الوسيلة الرئيسية للتبادل الاقتصادي واحد وسائل النظم الاجتماعية والعقد هو الفكرة الجوهرية المسيطرة على العلاقات بين الافراد[٣] .

كما وعرفت المادة (٧٣) مدني عراقي العقد بأنه (ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجهة يثبت اثره في المعقود عليه)

وكما هو معلوم ان العنصر الرئيسي في انشاء العقود هو الارادة العاقلة والتي تنتج قانون تلزم به صاحبها اولاً.فهذه الارادة تقوم بأنشاء العقد ويعبر عنها باصطلاح سلطان الارادة وهذا السلطان له ابعاد معينة وهي :-

١) الحرية التعاقدية
٢) الرضائية
٣) مبدأ القوة الالزامية للعقود
٤) مبدأ الاثر النسبي للعقد[٤].

واذا كان من المسلم به ان مبدأ الحرية التعاقدية بالنسبة للافراد يعتبر من قبيل المسلمات فان الامر لا يكون كذلك بالنسبة للعقود التي تكون الاشخاص العامة طرفا فيها.لذا فأن اثبات وجود حرية تعاقدية لهذه الاشخاص العامة يعتبر امراً ضرورياً لانها تعتبر المقدمة المنطقية لأي فعالية تعاقدية لأرادة مثل هذه الاشخاص هذا من جهة، من جهة اخرى لايمكن الجزم بأمكانية تفاعل ارادة احد الافراد كمتعاقد مع الادارة ايجاباً او قبولاً الا اذا وقف هذا المتعاقد على قدم المساواة مع الادارة في تحديد القانون المشترك لكلا

المتعاقدين ومن جهة ثالثة لابد ان تحدث النتيجة المنطقية لتوافر الشرطين السابقين وهما تزاوج ارادتين حرتين متساويتين اي ولادة العقد ككائن قانوني يمثل شريعة اطرافة وبذلك لابد ان تتوافر شروط التعبير عن ارادة المتعاقد مع الادارة وهي(مبدأ الحرية التعاقدية للاشخاص العامة،مبدأ المساواة بين اطراف العقد الاداري،مبدأ القوة الالزامية للعقد الاداري)[٥].

وبالنظر للاهمية التي يملكها العقد بأعتباره وسيلة من الوسائل القانونية الى جانب القرار الاداري التي من خلالها تمارس الادارة سلطاتها لضمان استمرار المرافق العامة بأنتظام واطراد فالعقد الاداري يتم عن طريق توافق رضائي لأرادة الادارة مع الغير في سبيل تحقيق هدف معين وقد يكون هذا الغير من اشخاص القانون العام او من اشخاص القانون الخاص ومن هنا يمكن القول ان العقد الذي تجريه الادارة لهذه الغاية يمكن ان يكون عقداً ادارياً او عقداً مدنياً عادياً لذا لابد بدايةً من تمييز العقد الاداري نسبة الى العقد المدني وعلى النحو التالي:-

١) في العقود الادارية تكون للادارة امتيازات وتغليب للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ،بينما في العقود المدنية تكون مصالح الطرفين متوازية ومتساوية.

٢) العقود الادارية تبرم بين شخصين شخص من القانون العام (الادارة) وشخص من اشخاص القانون الخاص (الافراد) اما العقود المدنية فتبرم بين اشخاص القانون الخاص.

٣) العقود الادارية يفصل في منازعاتها القضاء الاداري اما العقود المدنية يفصل في منازعاتها القضاء العادي[٦] .الا انه تجدر الاشارة الى ان العراق لايطبق هذا المبدأ حيث ان القضاء المختص بالفصل بالمنازعات الخاصة بالعقود الادارية هو القضاء العادي وليس الاداري اذ يخرج من اختصاص محكمة القضاء الاداري المنازعات الخاصة بالعقود الادارية[٧].

٤) في العقود الادارية تتمتع الادارة بأمتيازات وحقوق تعديل شروط العقد والاشراف على تنفيذه وتوقيع الجزاءات في انهاء العقد بأرادتها المنفردة خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يسري في العقود المدنية.

٥) ان الادارة تخضع لقيود في اختيار المتعاقد معها في ابرام العقد الاداري وهي قيود لايخضع لها الافراد في عقودهم الخاصة فلاصل ان للفرد الحرية في التعاقد مع من يشاء.

المطلب الثاني:- اركان العقد الاداري

لابد بداية من توافر مجموعة من الاركان الاساسية في العقد ليعتبر عقدا ادارياً وهي

١) ان يكون احد اطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً لكي يعتبر العقد عقداً ادارياً لابد ان يكون احد اطرافه شخصاً معنوياً عاماً لان لو كان طرفيه اشخاص خاصة فلا يعد العقد عقداً ادارياً وانما يعد عقداً مدنياً وهذا امر مفرغ منه. ولكن قد يقرر المشرع بعض الاستثناءات على هذا المبدأ وهو ان يعتبر العقد ادارياً على الرغم من انه ابرم بين اشخاص القانون الخاص وتتجلى هذه الاستثناءات اما بموجب قانون او توكيل صريح او ضمني [٨] .الا ان السؤال الذي يثار ماذا لو تغير الشخص العام بعد ابرام العقد الى شخص من

اشخاص القانون الخاص ؟ ان العبرة بطبيعة العقد هو وقت ابرامه ولا يغير من هذا الوضع تحول الشخص بعد ابرام العقد الى شخص من اشخاص القانون الخاص[٩] .

٢) ان يكون محل العقد مرفقاً عاماً لابد ان يتمثل موضوع العقد لكي يعتبر عقداً ادارياً بأشتراك المتعاقد مع الادارة بتنفيذ المرفق العام .اي ان العقود التي تعهد بموجبها الادارة الى المتعاقد معها مهمة تنفيذ مرفق عام اداري صناعي او تجاري بشكل كلي او جزئي .اي انه العقد لكي يعتبر عقداً ادارياً ينبغي ان تكون مشاركة المتعاقد مع الادارة في تنفيذ المرفق العام مشاركة مباشرة وفعلية وشخصية تهدف الى حسن سير العمل في هذا المرفق ولهذا فقد استبعد اعطاء الصفة الادارية للعقد عندما لا يتعدى الامر اكثر من نقل بضائع مخصصة لمرفق عام[١٠] .

٣) ان يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة يتضمن هذا الشرط بضرورة تضمن العقد على شروط او بنود غير مألوفة مع العلم ان ان مسألة اكتشاف الشرط الخارق (غير المألوف) تنطوي تحت محتوى العقد وليس ظروف انعقاده فهو الذي يتيح لنا معرفة وتحديد طابع العقد الاداري بحسب قرار كلا الطرفين بأدراج شروط خارقة ام لا في هذا العقد ومن امثلة الشروط الاستثنائية .

١) السماح للشخص العام لفرض شروطه في العقد .
٢) اعطاء الادارة لنفسها الحق في تعديل العقد وشروطه في اي وقت او الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها في بعض الحالات وكذلك السماح للادارة بمراقبة النتائج المالية لاحد المشاريع وغيرها من الشروط

المطلب الثالث:- اساليب الادارة في التعاقد

نجد في نطاق القانون الخاص ان كل فرد وفي حدود اهلية التعاقد التي يتمتع بها فانه يملك حرية اختيار الشخص الذي يتعاقد معه غير ان هذا الاختيار لا نجد له مثيل لدى رجل الادارة عند ابرامه للعقود التي تكون الدولة او احدى هيئاتها طرفاً فيها .

الا انه على رجل الادارة ان يضع بعض الشروط للتعاقد بأختيار الطرق التي تحقق اكبر وفر مالي للدولة والمشرع عندما يبين طريقة ابرام العقود في الغالب يضع نصب عينيه تقيق هذه الغاية ولكن المشرع مراعاة للمصلحة الادارية يهتم بالاضافة الى ذلك بتمكين الادارة من ان تختار اكفأ الكتقدمين لأداء العمل او الخدمة المطلوبة سواء تعلقت تلك الكفاءة بقدرة الطرف المتعاقد مع الادارة من الناحية المالية او الناحية الفنية وعليه تملك الادارة عدة وسائل لأختيار المتعاقد معها فقد تستخدم اسلوب المناقصة او المزايدة بما تستوجبه من اجراءات الا ان الادارة لا تقف عند هذين النوعين من الاساليب فقد تستخدم الادارة اسلوب الممارسة لأختيار المتعاقد بالاضافة الى وجود بعض الاساليب الحديثة والاتجاهات المعاصرة على مستوى تقنيات طرق ابرام العقود منها طلب العروض كما ان المشرع العراقي استخدم اسلوب لجان المشتريات .وعليه سيتم بحث هذه الاساليب بشيء من التفصيل .

الفرع الاول:- المناقصات والمزايدات العامة.

تهدف المناقصة الى اختيار من يتقدم بأقل عطاء ويكون ذلك عادةً اذا ارادت الادارة القيام بأعمال معينة (اشغال عامة) او شراء بعض اصناف معينة من المواد اما المزايدة تهدف الى التعاقد مع الشخص الذي يتقدم باعلى عطاء وذلك اذا ما رغبت الادارة ببيع او تأجير بعض املاكها [١١] . اعتمد المشرع العراقي هذا الاسلوب من التعاقد واعتبر من الاساليب الاساسية التي تختار فيها الادارة المتعاقد معها [١٢] .

فالعرض :- هو تعبير المتعد العارض عن ارادته الجازمة في الاشتراك بالمناقصة او المزايدة عن طريق تقديم البيانات اللازمة الى جهة الادارة ولاسيما السعرية منها وفقاً لأشكال محددة مما يرتب في ذمته التزاماً مناطه التعهد بالبقاء على ايجابه فترة معينة ويؤيد هذا الالتزام بأمكانية مصادرة التامين المؤقت من جانب الادارة دون الاخلال بحقها في التعويض ان كان له مقتضى [١٣].

مما تقدم نجد ان هناك مجموعة من النتائج التي تترتب على تقديم العروض وهي:-

١) ان هذا العرض يحول مركز مقدمه الى مركز المتعهد المرشح وعليه فأن عرضه سوف يخضع الى فحص السلطة المختصة بالنهوض بعبء عمليات المناقصة او المزايدة فأن رأت هذه الاخيرة بعد اطلاعها على الوثائق المطلوبة قانوناً ان العارض قد استنفذ الشروط لدخوله الى المناقصة على العقد المنوي ابرامه.

٢) يلتزم المتعهد المرشح بالبقاء على ايجابه بعد تقديمه وذلك طوال المدة المحددة قانوناً لذلك فلا يجوز له سحبه او تعديله وهذا المبدأ غير مقنن ضمن عقود الشراء العام في فرنسا الا ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقره منذ زمن طويل وتشدد في تطبيقه[١٤] .

٣) عدم تعويض تكاليف العرض. لقد طرحت مسألة تعويض تكاليف اعداد العروض بالنسبة للعارضين الذين لم ترس عليهم المزايدة او المناقصة وخصوصاً ان بعض العروض قد تستوجب تكاليف باهضة لفرض اعدادها .قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم التزام الادارة بتعويض تكاليف اعداد العروض لمثل هؤلاء العارضين مقرراً (انه اذا كان مبدأ عدم تعويض تكاليف العرض من شأنه في بعض الاحوال ان يصد بعض المشاريع عن الاشتراك في المناقصة .لأنها لا تملك الوسائل التي تمكنها من المخاطرة بمبالغ هامة لأجل تلبية حاجات مثل هذا الاشتراك الا ان هذا المبدأ ذاته لا يشكل في نفس الوقت اعتداء او تجاوزاً على مبدأ حرية النشاط المهني.

بعد الانتهاء من تقديم العروض يأتي دور الادارة بفحص هذه العروض للتأكد من مطابقتها للموجبات القانونية المطلوبة ومن ثم تفاضل بينها في سبيل الوصل الى العرض الافضل الذي يجب ان يتم التعاقد مع صاحبه ويطلق على هذه العملية الارساء علماً ان السلطة المختصة بهذه المرحلة هي لجان المناقصات بناءاً عليه تصدر الادارة قرار نهائي بالتعاقد محله ابرام العقد وفقاً للمعطيات التي نتجت عن الارساء ويطلق على هذه المرحلة تسمية الاعتماد.

الفرع الثاني:- الممارسة

احدى التقنيات المستخدمة لابرام العقد تقوم على التفاوض بين الادارة والمرشحين يتم اختيار المتعاقد ومن ثم ابرام العقد بنتيجة هذه المفاوضات ويعتبر هذا الاسلوب ذا طابع استثنائي في ظل التشريعات المعاصرة ولم يكن اللجوء الى هذا الاسلوب الا في حالة العقود قليلة القيمة وفي حالة الاستعجال.كما وان الممارسة قد تكون عامة او محددة فالاولى تخضع لقواعد العلانية والثانية لا تخضع لمثل هذا النوع من القواعد وانما تتم العلانية المؤدية للمنافسة فيها عن طريق ارسال خطابات تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن الممارسة ان هذا الاختلاف في اسلوب الاعلان لا ينفي وجود المنافسة عند اللجوء الى الممارسة المحددة بل ان المنافسة تظل في كلا الحالتين .كما وان المشرع المصري تقنية الممارسة المحددة تقنية استثنائية فانه لم يجز اللجوء اليها الا في حالات حددها حصراً وهي :-[١٥].

١) عندما لا تصنع الاداءات محل العقد او تستورد او توجد الا لدى جهات او اشخاص بذواتهم.

٢) اذا كانت طبيعة الاداءات التعاقدية او الغرض من الحصول عليها يحتمان ان يكون اختيارهما او شراؤها من اماكن انتاجها.

٣) اذا كانت الاداءات محل العقد ذات طبيعة فنية تتطلب فنيون او اخصائيون او خبراء بذاتهم.

٤) التعاقدات التي تتضمن اعتبارات الامن القومي ان تتم بطريقة سرية [١٦].

اعتمد المشرع العراقي تقنية الممارسة واطلق عليها تقنية الدعوة المباشرة حيث يتم تنفيذ [١٧].

ويتم تنفيذ هذا الاسلوب بتوجيه الدعوة المباشرة مجاناً الى ما لا يقل عن ثلاثة من المقاولين او المجهزين او الاستشاريين المعتمدين لرصانتهم وقدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع او تعاقدات الجهات الرسمية وعند توافر واحد او اكثر من المبررات الاتية :-

١) اذا تطلب العقد السرية في اجراءات التعاقد والتنفيذ.

٢) ان تكون هناك اسباب امنية تستوجب ذلك .

٣) حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية.

٤) تجهيز الادوية والاجهزة والمستلزمات الطبية التخصصية المنقذة للحياة.

٥) عزوف مقدمي العطاءات عن الاشتراك في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية او في حالة تسليم عطاءات غير مستوفية للشروط والمواصفات .

٦) العقود التخصصية التي التي تصدر ضوابطها دائرة العقود الحكومية العامة بالتنسيق مع اللجنة القطاعية المتخصصة في مجلس الوزراء .

٧) المشاريع الاستراتيجية والكبيرة التي تتطلب خبرات اجنبية والتي تحدد من اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء بالتنسيق مع وزارة التخطيط والمنفذة من شركات

عالمية رصينة ذات خبرة في هذا التخصص مدة لا تقل عن خمس سنوات واعمال مماثلة لا تقل عن ثلاثة مشاريع في هذا المجال.

الفرع الثـــــالث :- الاتفاق المباشر .

تتمثل هذه الطريقة من طرق ابرام العقود الادارية بالاتفاق المباشر السريع الذي تتطلبه طبيعة العمل المراد تنفيذه وتجنب الاجراءات المعقدة التي كثيراً ما ترافق اسلوب المناقصات والمزايدات العامة.فقد تجد الادارة نفسها ملزمة بالتعاقد مع صاحب احتكار معين للحصول على حاجتها من الخدمات والمواد اللازمة لها او قد تلجأ الادارة للتعاقد مع جهات معينة ومحددة للقيام بدراسات ذات طبيعة علمية بحثية من جانب وسرية من جانب اخر [١٨] .

يعتبر الاتفاق المباشر تقنية استثنائية لتبادل الايجاب والقبول في العقد الاداري تقوم على التفاوض شأنها في ذلك شأن الممارسة لكن وجه الاختلاف بينهما يتمثل في قيام الادارة بالتفاوض في نطاق الممارسة بنوعيها العامة والمحددة بعد استيفاء اجراءات العلانية ضمن منافسة كما ذكرنا سابقاً في حين ان الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة لانه يحق للادارة ان تلجأ الى متعاقد معين بالذات والتفاوض معه للتوصل الى افضل الشروط لابرام العقد الا ان المشرع الفرنسي اشترط توافر شروط لأمكانية اللجؤ الى طريقة الاتفاق المباشر وهي :-

١) توافر حالة الاستعجال التي تجعل اتباع اجراءات المناقصة او الممارسة بجميع انواعها غير ممكنة.

٢) لا يمكن للجهة الادارية المعنية ان تلجأ الى الاتفاق المباشر الا بناءاً على ترخيص صادر من سلطات معينة حددها القانون [١٩] .

اعتمد المشرع العراقي هذا الاسلوب واطلق عليه اسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد).ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً الى جهة مختصة واحدة مجهز او مقاول او استشاري لتنفيذ العقد بموافقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة عند توفر احدى الحالتين :-

١) عندما تكون السلع او الخدمات الاستشارية او المقاولات ذات طبيعة احتكارية ومتوفرة لدى جهة معينة محتكرة تملك براءة الاختراع او الاجازة .

٢) اذا كانت السلع او المقاولات المطلوبة لأغراض الصيانة او لتجهيز ادوات احتياطية لعقود سابقة [٢٠] .

الفرع الرابع:- التعاقد المباشر

ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً للتعاقد مباشرة الى جهة واحدة لتنفيذ هذا الاسلوب بموافقة اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبتوجيه من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة للعقود الاستيرادية او المحلية لتجهيز السلع والخدمات ذات الطابع التخصصي غير المحتكرة على ان تتوفر شروط معينة [٢١] .

الفرع الخامس :- الشراء المباشر من الشركات المصنفة الرصينة [٢٢].

تخضع الشركات العامة التي تمارس النشاط الاستيرادي التجاري الربحي تعاقداتها الى طريقة الشراء المباشر بعد مصادقة مجلس ادارة الشركة .كما وانها تملك التفاوض على الاسعار مع الجهات التي يتم التعاقد معها بهذا الاسلوب لتنفيذ مشاريعها او تعاقداتها اذا كان مبلغ العطاء اعلى من الكلفة التخمينية المخصصة للتعاقد.

الفرع السادس :- لجان المشتريات [٢٣].

يتم استخدام هذا الاسلوب لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات والاعمال حسب الضوابط الواردة وتعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية للسنة المعنية .

المبحث الثـــــاني: الرقابة على ابرام العقود الادارية في الظروف الاعتيادية

المطلب الاول :- رقابة السلطة المركزية على عقود الاشخاص العامة اللامركزية

اول ما ظهرت هذه الرقابة في فرنسا حيث خضعت عقود الجماعات العامة المحلية في فرنسا الى رقابة السلطة الوصائية حيث كانت تعرف هذه الرقابة بانها سلطة الرقابة على اشخاص اللامركزية الادارية .بعد ان استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على ان السلطة الوصائية تتمتع بسلطة تقديرية في اطار منح التصديق على المداولة او على العقد ذاته حيث يملك المجلس في هذا المجال سلطة الغاء مداولات المجالس البلدية او العامة او الاقليمية المشوبة بعدم المشروعية والتي ادت الى تقرير ابرام العقود.

الا انه في الغالب انحصرت السلطة الوصائية في قبول او رفض تصديق العقد بعد توقيعة من المخول وقد يتم رفض التصديق على العقد لأسباب خاصة بالملائمة الا انه تجدر الاشارة لم يكن يحق للسلطة الوصائية ان تتدخل في تعديل شروط العقد او تغيير المتعاقد.اما اذا رفضت السلطة الوصائية تصديق العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ فان العقد لايكون باطلاً في هذه الحالة. بل يعتبر موقوف النفاذ فقط هذا الوضع قبل قانون ١٩٨٢/٣/٢ الا انه بعد صدور هذا القانون تم الغاء هذه السلطة في عملية ابرام عقود الجماعات اللامركزية بأستثناء عقود المؤسسات العامة الوطنية التي ظلت خاضعة لهذا النمط الوصائي .

سار المشرع العراقي على نهج معين في مسألة تدخل السلطة المركزية في العقود التي تبرمها السلطات او الجهات اللامركزية يقوم على ضرورة حصول هذه الاخيرة على الاذن من قبل السلطة المركزية قبل اعداد وثائق المناقصة.ولذا تلتزم جهة التعاقد بأعداد دراسة الجدول [٢٤].

المطلب الثاني:- دور اللجان المركزية في الرقابة على قرار الاحالة

الفرع الاول:- تشكيل اللجنة المركزية ودورها في المصادقة على الاحالة

اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة – كما اسماها المشرع العراقي – تشكل في الجهات التعاقدية الرسمية وتكون برئاسة رئيس جهة التعاقد وعضوية وكلاء الوزارة او نواب رئيس جهة التعاقد ورؤساء التشكيلات القانونية والمالية والعقود والرقابة والتدقيق الداخلي وموظفي من ذوي الخبرة والاختصاص في المجالات الفنية

يحددهم رئيس جهة التعاقد ومقرر اللجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الثالثة[٢٥].

يلاحظ مما تقدم ان المشرع حدد النصاب القانوني لهذه اللجنة يجب على جهة التعاقد الالتزام به .كما ويلاحظ حرص المشرع على ان تشمل اللجنة على عدد كبير من الاعضاء وفي مختلف المجالات لما لهذه اللجنة من دور رئيسي ومهم في المصادقة على قرار الاحالة .

الفرع الثاني:- مهام اللجنة المركزية [٢٦]

تضطلع اللجنة المركزية للمراجع والمصادقة على قرار الاحالة بدور رقابي على اعمال جهة التعاقد وتتسم هذه الرقابة بكونها رقابة داخلية اذ كما رأينا فان اعضاء اللجنة ما هم الا اعضاء داخل جهة التعاقد .اما بالنسبة لهذه المهام فهي:-

١) مراجعة اجراءات الاحالة والتعديل والمصادقة .

٢) الموافقة على تنفيذ اسلوب العطاء الواحد.

٣) التوصية الى اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء لتنفيذ العقد من جهة التعاقد الرسمية باسلوب التعاقد المباشر .

٤) البت في طلبات تمديد المدة التي تزيد على ٢٥٪ من مدة العقد وفقاً للضوابط التي تصدرها وزارة التخطيط.

٥) البت في اعتراضات المتعاقدين على قرارات التمديد الصادرة من الجهة المخولة في جهة التعاقد الرسمية وفقاً لضوابط وزارة التخطيط.

٦) البت في طلب الغاء سحب العمل .حيث تتولى اللجنة البت في طلب الغاء سحب العمل بناءاً على طلب مقدم من المتعاقد المخل – في عقود المقاولات والتجهيز والعقود الاستشارية- بألغاء قرار سحب العمل خلال العمل مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بقرار سحب العمل .يتعهد فيه المتعاقد المخل بالتزاماته بأنجاز الفقرات المتبقية خلال مدة محددة ومعززة بجدول تقدم عمل تفصيلي مصادق عليه من الجهة الفنية لدى جهة التعاقد ومراعاة نفاذ خطاب الضمان الخاص بحسن التنفيذ. تبت الجنة في الطلب خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم الطلب وعند عدم البت في الطلب خلال المدة المحددة يعتبر رفضاً للطلب.علماً ان الغرامات التأخيرية المفروضة بموجب العقد تبقى مستمرة .

٧) الموافقة على ادخال شريك مع المقاول الرئيسي الذي تتوفر فيه الشروط والمواصفات التي تم احالة العقد بموجبها وبطلب من المقاول الرئيسي بشرط ان يكون من شأن ذلك تحقيق سرعة انجاز المشروع مع الالتزام بشروط العقد .

الفرع الثالث :- تسوية الاعتراضات على قرارات الاحالة

اوجد المشرع وسيلة اخرى تمارس ايضاً نوع من الرقابة على قرارات الاحالة وكما يلاحظ ايضاً تعتبر الجهة التي تمارس هذه الوسيلة جهة داخلية تتكون وتشكل من داخل جهة التعاقد فعلى الرغم من كونها تمارس دور رقابي للنظر بالاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات على قرارات الاحالة .الا اننا نرى انها قد لا تحقق الهدف المنشود لأنها ليست جهة حيادية وانما قد تنحاز الى جهة التعاقد .

اذ انه وفقاً لهذا الاسلوب تشكل لجنة مركزية برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الاولى وعضوية عدد من ذوي الخبرة في الاختصاصات المالية والقانونية والفنية ومقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الرابعة.

تضطلع اللجنة بدراسة الاعتراضات التحريرية المقدمة من مقدمي العطاءات المعترضين او وكلائهم الرسميين ممن لم يطلبوا سحب التأمينات الاولية على ان يكون تقديم الاعترض خلال سبعة ايام من تاريخ تبليغه بكتاب الاحالة وان يرفق الطلب بتعهد رسمي مصدق اصولياً من محاسب حسب القانون لدفع قيمة الاضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخير بتوقيع ىالعقد لأسباب غير مبررة.

علماً ان اللجنة لا تبت بالموضوع نهائياً وانما تقوم برفع توصية بموضوع الاعتراض واسبابه خلال مدة لا تزيد على ١٤ يوماً عمل من تاريخ ايداع الاعتراض لديها الى رئيس جهة التعاقد او من يخوله والذي يبت بدوره بالتوصية خلال ٧ ايام عمل من تاريخ ايداع التوصية ويعد عدم البت بالموضوع رفضاً للاعتراض عند مرور المدة، يحمد المشرع على ما ورد اعلاه عندما جعل مدد الخاصة بالاعتراض وتقديم التوصية هي ايام عمل [٢٧] كما وعلى جهة التعاقد الالتزام بعدم توقيع العقد لحين حسم الاعتراضات من رئيس جهة التعاقد وفقاً لما ورد اعلاه.

المطلب الثالث:- طرق تسوية المنازعات الخاصة بالعقد

اشار المشرع الى مجموعة من الاساليب التي تستخدم لتسوية المنازعات الخاصة بالعقد[٢٨] .

اولاً:- الطرق الودية.

يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق ودياً وذلك من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفقاً لأحكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويتم اعداد محضر بذلك الاتفاق بين الطرفين يصادق عليه من رئيس جهة التعاقد .كما واكدت ذلك المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ في الفقرة الاولى.

ثانياً التحكيم بنوعيه الوطني والدولي.

عند عدم التوصل الى اتفاق ودي بين الطرفين في المنازعة يتم اللجوء الى اساليب اخرى لحل النزاع والتي هي الاخرى يجب ان تكون منصوص عليها في العقد ومن هذه الاساليب هي التحكيم بنوعيه الوطني والدولي .

١) التحكيم الوطني :- ويكون هذا التحكيم وفقاً للاجراءات المحددة في شروط المناقصة او بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

٢) التحكيم الدولي :- يتم اللجوء الى هذه الوسيلة لتسوية المنازعات الخاصة بقرارات الاحالة المتعلقة بالعقود الادارية وهي:-

- يتم اللجوء الى هذه الوسيلة في حالات الضرورة وحالات المشاريع الاستراتيجية الكبرى والمهمة .
- ان يكون احد طرفي العقد اجنبياً.

- ان يتم اختيار احدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.
- تحديد مكان ولغة التحكيم.
- اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.
- ان تتوافر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الاسلوب.

ثالثاً :- احالة النزاع الى المحكمة المختصة.

مر العراق بتطور بسيط فيما يتعلق بالجهة القضائية التي تتولى النظر بالمنازعات الخاصة بالعقود العامة .فلطالما كانت منازعات العقود الإدارية خاضعة لاختصاص النظر من القضاء المدني ممثلا بمحكمة البداءة . وفقاً لنص المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ التي تنص على أن (تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية . العامة والخاصة . إلا ما استثني بنص خاص) . ولم تكن منازعات العقود الإدارية مستثناة بنص خاص من الخضوع لولاية القضاء المدني . لاسيما وان العراق والى حد عام ١٩٨٩ كان من دول القضاء الموحد هذا حسب الرأي الذي ينكر دور مجلس الانضباط العام جهة قضائية .تم انشاء محكمة القضاء الاداري بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٩ ونصت المادة (٧/ثانيا – د) على أن (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة ...) . وبذلك فأن العقد الإداري يكون مستثنى من اختصاص محكمة القضاء الإداري وليظل القضاء المدني هو صاحب الولاية بنظر منازعات العقود الإدارية .

اما فيما يخص القرارات الإدارية التي لا تدخل في ماهية العقد الإداري أو تلك التي لا تدخل فيما يرتبه العقد من التزامات بين طرفيه فيرى البعض انها تكون داخلة ضمن اختصاصات محكمة القضاء الإداري بوصفها قرارات إدارية قابلة للطعن فيها أمامها حيث يجوز الطعن بهذه القرارات المنفصلة عن ماهية العقد الإداري والصادرة بمناسبته كقرارات الإذن بإبرام العقد . قرارات تصديق العقد أو اعتماده . لان هذه القرارات تعد من الإجراءات السابقة على إبرامه [٢٩].

الا اننا نرى ان المشرع العراقي اخرج حتى القرارات القابلة للانفصال عن العقد من اختصاص محكمة القضاء الاداري وظل الاختصاص للقضاء العادي بدليل نص المادة (٧/ ثانياً /د)من قانون مجلس شورى الدولة والتي حددت اختصاص محكمة القضاء الاداري وليس من ضمنها القرارات المنفصلة عن العقد هذا من جهة ومن جهة اخرى فانه في عام ٢٠٠٤ حيث صدر الامر التشريعي الخاص بالعقود العامة من سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وفيه تم تشكيل المحكمة الادارية الا اننا لن نطيل الحديث عنها لانها الغيت وفقاً لقانون التعديل الاول لأمر سلطة الائتلاف رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ حيث اشارت المادة (١) منه الى الغاء المحكمة الادارية المشكلة بموجب امر سلطة الائتلاف اعلاه . واردفت المادة الثانية الى ان يتولى القضاء العادي المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب الأمر.

ونحن نؤيد كما يرى البعض لو ان المشرع منح اختصاص النظر في منازعات العقود الى القضاء الاداري وخصوصاً ان المشرع اجرى عليه تعديلا اخيراً التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ ولو انه اغتنم الفرصة ومنح اختصاص النظر بمنازعات العقود الى جهة القضاء الاداري .فكما هو معلوم واغلب الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج فأنها تمنح الاختصاص الى جهة القضاء الاداري لأن اهم اسباب وجود جهة القضاء الاداري هو مراعاة طبيعة المنازعة الادارية ولما لها من خصوصية مما يوجب اخضاعها الى قضاء وقانون متخصص فما الفائدة اذا من وجود قضاء اداري اذا ما تم اخراج العقود الادارية من اختصاص القضاء الاداري.

ومن ثم قررت السلطة القضائية الاتحادية نقل اختصاص محكمة البداءة المتخصصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات الى محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية.

تشكلت محكمة البداءة الخاصة بعقود المقاولات التي تبرمها الدولة بناءً على بيان اصدرته السلطة القضائية الاتحادية في عام ٢٠١٢ بالاستناد الى احكام المادة ٣٢ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ والمتضمن تشكيل محكمة بداءة استئنافية تسمى (محكمة البداءة المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها ويشمل هذا الاختصاص اجراءات القضاء المستعجل والاوامر على العرائض واوضحت السلطة القضائية مفهوم المقاولة ب(اعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية) من دون عقود الاستشارات او عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بها التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها . الفرق بين دعاوى المحكمة التجارية ودعاوى عقود المقاولات يكمن في أن دعاوى المحكمة التجارية تكون احد اطرافها من غير العراقيين وتتعلق بعمل تجاري اما دعاوى عقود المقاولات فتكون دوائر الدولة طرفا فيها وتتعلق بمقاولات اعمال الهندسة المدنية والميكانيكية والكهربائية».

كما وان محكمة عقود المقاولات تنظر في جميع الدعاوى الناشئة عن احالة عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفا فيها [٣٠].

المبحث الثالث: الرقابة على ابرام العقود الادارية ومدى فاعلية دور القضاء في الظروف الطارئة

لقد تبين لي من دراسة الظروف الطارئة الى ان الظروف الطارئة لها مفهوم مختلف في القرارات الادارية عن مفهومها في العقود الادارية كذلك مسألة اعتبار الظرف طارئ ام لا ففي القرارات الادارية هناك الية معينة على اساسها يحدد فيما اذا كان الظرف طارئ ام لا وفقاً لما اشارت اليه المادة (٦١) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .اما العقود الادارية فان المشرع وفقاً لمواد القانون المدني ووفقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ وكذلك شروط تنفيذ المقاولات لأعمال الهندسة المدنية فأن اعتبار الظرف طارئ ام فانة يخضع لسلطة القاضي التقديرية بأستثناء حالة الحرب التي اكد المشرع العراقي على اعتبارها حالة طارئة بنص القانون وفقاً للمادة (٦٧) من شروط المقاولة .وعلية ستتم الدراسة في هذا المبحث على شكل مطلبين.

المطلب الاول :- مفهوم الظرف الطارئ في العقود الادارية

المطلب الثاني:- سلطة القاضي ازاء العقد الاداري اثناء الظرف الطارئ

المطلب الاول :- مفهوم الظرف الطارئ في العقود الادارية.

يقصد بالظرف الطارئ :- ان يحدث بعد ابرام العقد وخلال مرحلة تنفيذه ظروف استثنائية عامة غير متوقعة من شأنها ان تجعل تنفيذ الالتزام العقدي اشد ارهاقاً وبذلك يتولد لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الادارة بتعويض جزئي يغطي ما اصابه من خسارة ،فخلال مدة تنفيذ العقد قد تطرأ ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد، طبق المشرع الفرنسي هذه النظرية على عقد النقل والاشغال العامة وعقود التوريد [٣١].

لقد خرج القضاء الاداري عن قاعدة الزامية العقد للمتعاقدين، استجابة لمتطلبات المصلحة العامة وضرورة ادامة سير المرافق العامة ،نظراً لان العمل بهذه القاعدة يؤدي الى تردد الافراد والشركات عن ابرام العقود مع الجهة الادارية وهو ما يؤدي الى اثار سلبية على سير المرافق العامة [٣٢].

من التعريف السابق يمكن ان تستنتج مجموعة من الشروط التي يجب ان توافرها لتطبيق هذه النظرية وهي :-

١) حدوث ظرف استثنائي عام غير متوقع وقد يكون الظرف سياسي، اقتصادي ،طبيعي، اداري، بعد ابرام العقد اواثناء تنفيذ العقد .

٢) ان لا يكون الظرف الطارئ متوقعاً حين ابرام العقد.

٣) ان يكون من شأن الظرف الطارئ ان يؤدي الى جعل الالتزام العقدي اشد ارهاقاً واكثر كلفة وهذا الامر يخضع لتقدير المحكمة المختصة.

٤) ان لا يكون للمتعاقد مع جهة الادارة دخل في وقوع هذه الظروف بسبب تقصير مع جهة الادارة.

نشأت هذه النظرية بعد صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في ١٩١٦ في قضية (Bordeaux) الفرنسية، والتي انتهى فيها مجلس الدولة الفرنسي الى تعديل العقد بين الجهة الادارية والشركة وأقر مبدأ وهو (اذا طرأت ظروف لم تكن في خلد احد الطرفين وقت التعاقد وترتب عليها زيادة في اعباء الشخص المتعاقد مما يؤدي الى اخلال التوازن المالي للعقد اخلالاً جسيماً فان للشخص ان يطلب من الادارة ولو بصف مؤقتة المساهمة في الخسائر التي ستلحق به من جراء تنفيذ العقد بحالتة المتفق عليها [٣٣].

تبين لنا ان نتائج الظرف الطارئ ليست بالضرورة كونها مستحيلة التنفيذ بل تتحقق نتائجه عندما يؤدي الظرف الاجنبي الغير متوقع الى حدوث خلل نهائي في توازن العقد مما يؤدي الى تحميل المتعاقد نفقات كبيرة خارجة عن دائرة النفقات المتعاقد عليها [٣٤] .وهذا العنصر الاساسي الذي يميز نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية عن نظرية القوة القاهرة والتي يكون فيها تنفيذ الالتزام مستحيلاً مما لا يعطي فرصة للادارة في امكانية ارغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته لكونها مستحيلة ولكون الفسخ في هذه الحالة يصبح تلقائياً [٣٥].

حصل الخلاف حول العقود التي تطبق عليها نظرية الظروف الاستثنائية فذهب فريق الى تطبيق النظرية على العقود المتراخية التنفيذ فقط التي تفسح المجال لأصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في المدة ما بين ابرامه وتنفيذه ويكون الاصلاح عن طريق رفع الارهاق عن المدين ليتمكن من تنفيذ التزامه .اما الرأي الاخر ذهب الى امكانية تطبيق النظرية على العقود الفورية والعقود متراخية التنفيذ فقد تحصل ظروف طارئه مباشرة عقب ابرام العقد ومن ثم يصبح تنفيذ الالتزام مرهق [٣٦] .

المطلب الثاني:- سلطة القاضي ازاء العقد الاداري اثناء الظرف الطارئ

الفرع الاول:- سلطة القاضي في فسخ العقد اثناء الظرف الطارئ

يعرف الفسخ :- انهاء الرابطة العقدية بين الادارة والمتعاقد معها بشكل حاسم وتصفية كافة الاثار المتولدة عنه فيما لو ارتكب المتعاقد خطأ لم يعد ممكناً معه الاستمرار في العلاقة العقدية) [٣٧] .

من التعريف اعلاه نرى ان الدكتور ابراهيم الفياض اشار الى سبب واحد للفسخ وهو خطأ المتعاقد .بينما في واقع الحال فان للفسخ اسباب اخرى بالأضافه لخطأ المعتاقد وهي :-

اولاً :- الفسخ المنصوص عليه في العقد فقد يورد المتعاقدان نصاً بأمكانية فسخ العقد في ظروف معينة.

ثانياً :- سلطة الادارة بالفسخ بدون خطأ المتعاقد. فقد قضت محكمة القضاء الاداري الفرنسي في حكمها الصادر في ١٩٥٢ على ان (العقود الادارية تختلف عن العقود المدنية في انها تستهدف مصلحة عامة لتسيير مرفق عام وان كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة اذ يجب ان يراعي فيها دائماً تغليب المصلحة العامة على مصلحة الافراد ويترتب عليه ان للشخص المعنوي الحق في مراقبته تنفيذ العقد وفي تغيير شروطه بالاضافة للحذف والتعديل وفي انهائه في اي وقت طالما ان المصلحة العامة تستلزم ذلك). الا ان الادارة عندما تستعمل هذه السلطة فأنها تستعملها تحت رقابة القضاء وللقاضي الاداري الفرنسي بناءً على طلب المتعاقد ان يتحرى عن الاسباب الحقيقية التي دفعت الادارة الى انهاء العقد ويكون القرار الصادر عن الادارة بأنهاء العقد غير مشروع اذا قام على اساس غير سليم او اذا استهدفت مصلحة غير المصلحة العامة فعلى قاضي االعقد ان يتحقق عما اذا كانت الادارة قد فسخت العقد لسبب يتعلق بالمصلحة العامة ام لا.وعند عدم وجود مثل هذه الاسباب فان الفسخ غير مبرر [٣٨] .

ثالثاً:- فسخ العقد لأستحالة التنفيذ في حالة القوة القاهرة . وبالنتيجة فان العقد ينفسخ تلقائياً في حالة القوة القاهرة كما اقرها المشرع العراقي في المادة (٤٢٥) مدني (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه) .

كما واقرت محكمة التمييز الاتحادية على عدم امكانية طلب التعويض في حالة القوة القاهرة (يكون طلب التعويض غير وارد اذا كان موضوع الدعوى لم يتم تنفيذه بسبب

تدخل الجانب الامريكي مما تكون استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد للمدعي عليه فيه)[٣٩].

كذلك اشارت المادة (٦٧) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية الى امكانية فسخ العقد لأستحالة التنفيذ (اذا نشبت حرب اثناء " مدة اكمال الاعمال " (سواء اعلنت الحرب ام لم تعلن) ضمن حدود جمهورية العراق او كان العراق طرفا فيها بحيث تؤثر بصورة هامة من الناحية المالية او من النواحي الاخرى على تنفيذ " الاعمال " فعلى " المقاول " ما لم تنهى " المقاولة " بموجب هذه المادة ان يبذل اقصى جهد لاكمال تنفيذ " الاعمال " و " لصاحب العمل " الحق في اي وقت بعد نشوب الحرب ان ينهي " المقاولة " وذلك باعطاء اشعار تحريري الى " المقاول " وتعتبر "المقاولة " قد انهيت اعتبارا من تاريخ تبليغ " المقاول " بالاشعار دون المساس بحقوق اي من الطرفين بشأن اي خرق سابق لانهاء " المقاولة " ولا يكون لانهاء " المقاولة " في هذه الحالة اي اثر على حقوق الطرفين بموجب المادة التاسعة والستين من هذه الشروط .

٢-في حالة استحالة تنفيذ " المقاولة " لاي سبب او اسباب يتفق " صاحب العمل " و "المقاول " على انها خارجة عن ارادة الطرفين وادت الى استحالة التنفيذ فتعتبر "المقاولة " في هذه الحالة منهية.

رابعاً :- فسخ العقد لتوقف الاعمال .اشارت الفقرة (٢/ب) من البند رابعاً من الضوابط رقم (٦) الصادرة من وزارة التخطيط في ٢٠١٤/٧/١٠ بخصوص اعمال المقاولات وعقود التجهيز وعقود الخدمات الاستشارية وغير الاستشارية الى انه (اذا تجاوز توقف الاعمال مدة ١٥ يوماً في عقود التجهيز او عقود الخدمات غير الاستشارية و ٦٠ يوماً في عقود الخدمات الاستشارية فلجهة التعاقد اتخاذ الاجراءات الكفيلة بحسم الموضوع) . ومن هذه الاجراءات (انهاء العقد اذا كان التوقف بسبب جهة التعاقد وهنا يتم دفع مستحقات المتعاقد عن الاعمال او الفقرات المنفذة).

وعليه فانه كثيراً ما يحصل الخلط بين الظروف الطارئة وحالة القوة القاهرة فلم يتم وضع معيار محدد وواضح للظروف في كونها ظروف طارئة ام قوة قاهرة وانما تم اعتماد النتائج التي تترتب على كل ظرف فاذا ما ترتب على الظرف ارهاق المدين فانه يعتبر ظرف طارئ واذا ما ترتب على الظرف استحالة التنفيذ اعتبرت قوة قاهرة .ومثال ذلك حالة الحرب فبالنسبة للقانون الاداري تعتبر حالة الحرب ظرف طارئ بينما وفقاً للعقود الادارية تعتبر قوة قاهرة وهو ما اشارنا اليه في المادة (٦٧) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة .وبقي الامر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي.

وفي بعض الاحيان يتحول الظرف الطارئ في مرحلة لاحقة الى قوة قاهرة يستحيل معها مواصلة تنفيذ العقد كما ويستحيل اعادة التوازن المالي للعقد بحيث لا يستطيع المتعاقد ان يستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية الا بمساهمة الادارة هنا يحق للطرفين ان يطلبا من القاضي فسخ العقد اذا اخفق الطرفان في اعادة النظر في شروط العقد [٤٠].

وتجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي وبعد مراجعة تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١و٢ لسنة ٢٠١٤ ،وكذلك شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية ،والقانون المدني

العراقي ،والضوابط الصادرة من وزارة التخطيط في ٢٠١٤/٧/١٠ ،تبين لنا ان دور القاضي ازاء العقد في حالة الظروف الطارئة لا يمتد الى امكانية فسخ العقد. وانما اقتصر دوره على اعادة التوازن المالي للعقد كما سنرى.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الادارية العليا الفرنسية في١٩٨٥/١١/٣٠ بأنه (ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ان يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد ،وللمتعاقد ان يدعو الادارة المتعاقد معها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة فأذا رفضت جهة الادارة يلجأ المتعاقد الى القضاء فيقتصر دور القاضي في هذه الحالة على الزام الادارة بالتعويض المناسب [٤١].

الفرع الثاني:- دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد اثناء الظرف الطارئ

تعتبر فكرة التوازن المالي مبدأ اساسياً في النظرية العامة في العقد الاداري، وعليه وفقاً لهذه الفكرة فأنه يحق للقاضي ان يوزع الخسارة التي اصابت المتعاقد نتيجة للظروف الطارئة على الطرفين المتعاقدين [٤٢].

تطبيقاً لذلك جاءت المادة ٢/١٤٦ مدني عراقي (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام العقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) ،اوضحت المادة الى ان سلطة المحكمة في حالة حدوث الظرف الطارئ فأنها (تنقص الالتزام المرهق) وكان الافضل لو ان المشرع العراقي واكب المشرع المصري بذكر عبارة (تعديل الالتزام) بدلاً من تحديد سلطة القاضي بأنقاص الالتزام المرهق حيث يمكن تعديل الالتزام عن طريق زيادة الالتزام المقابل [٤٣].

ان حكم القاضي برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول يدور مع الظرف الطارئ وجوداً وعدماً ومعنى هذا ان حكم القاضي بأنقاص الالتزام يقتصر على الحاضر ولا شأن له بالمستقبل فأذا زال الظرف الطارئ عاد العقد الى ما كان عليه اصلا وعادت له قوته الملزمة ولكن قد يحدث ان يشتد الظرف الطارئ بعد التعديل او يخفف وقد تستجد حوادث طارئه اخرى فليس هناك ما يمنع القاضي من اعادة النظر في التعديل الذي قضى به [٤٤].

يميز المشرع المصري بين سلطة القاضي المدني وسلطة القاضي الاداري في مواجهة الظروف الطارئة ،فأجاز للقاضي المدني ان يعدل نصوص العقد حسب نص المادة (١٤٧) /مدني مصري، اما بالنسبة للقاضي الاداري فتنحصر سلطته بالحكم بالتعويض الجزئي دون تعديل نصوص العقد [٤٥].

الفرع الثالث:- سلطة القاضي بوقف تنفيذ العقد اثناء الظرف الطارئ

كما قد اشرنا الى ان الظرف الطارئ لا يشترط ان يستمر طويلاً ولذا فأنه من الممكن ان يكون الظرف وقتياً ويزول بعد حدوثه بفترة قصيرة ولذا يرى القاضي ان مصلحة الطرفين ايقاف تنفيذ العقد المبرم بينهما فترة حتى يزول الظرف ،واعتبار الظرف وقتياً او انه قد

يستمر فأنه يخضع لسلطة القاضي التقديرية فهي مسألة وقائع يتولى القاضي تقديرها فاذا ما رأى ان الظرف الطارئ لا يتمتع بصفة الاستقرار وذلك من خلال استقراء الظرف وتوقع امكانية زواله خلال مدة غير طويلة [٤٦].

وفي هذه الحالة للقاضي ان يمهل المتعاقد مع جهة الادارة في تنفيذ التزاماته العقدية اذا وجد ان الظرف الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ولا يصيب جهة الادارة ضرر من هذا الامهال [٤٧].

الخاتمة

بما ان العقد يعتبر احد وسائل الادارة القانونية الى جانب القرار الاداري في ممارسة نشاطها فان المشرع حرص على احاطة هذه الوسيلة بالكثير من العناية عن طريق تنظيمها وفقاً لتشريعات معينة بحيث يحدد للادارة من خلالها كيفية ابرام العقد وكذلك كيفية تسوية المنازعة التي قد تحصل بمناسبة العقد واختلفت الدول في الية معالجة المشاكل التي تثور بمناسبة العقد.

اذا كانت القاعدة العامة في العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي يعتبر العقد ملزم لكلا الطرفين بمجرد ابرامه ولا يجوز تغييرة او الغاءه من طرف واحد الا ان هناك استثناء على هذا الاصل فقد تطرأ ظروف طارئة تجعل التزام المتعاقد مع الادارة مرهقاً وليس مستحيلاً وتأسيساً عليه تم تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة. مما يفسح المجال للقضاء للتدخل لمعالجة الخلل الذي يحدث في كفتي العقد -الادارة وهدفها في الحفاظ على دوام سير المرافق العامة هذا من جهة ومن جهة اخرى المتعاقد مع الادارة الذي ارهق بسبب الظرف الطارئ- .

من خلال البحث توصلنا الى نتائج فيما يخص المشرع العراقي بأعتبار ان الدراسة تركزت على المشرع العراقي وموقفة من العقد الاداري والقضاء المختص في هذا المجال وعلى النحو التالي :-

١) فيما يتعلق بالجهة المختصة بنظر منازعات العقود الادارية فان المشرع العراقي منح اختصاص النظر فيها الى القضاء العادي رغم انه يعتبر من دول القضاء المزدوج والهدف الاساسي من انشاء القضاء الاداري هو لما للمنازعة الادارية - واقصد المنازعة التي تكون الادارة طرفاً فيها - من خصوصية وطبيعة مغايرة للمنازات التي تحصل بين الافراد فما الفائدة من انشاء قضاء اداري متخصص اذا كانت احد وسائل العمل الاداري والمهمة والحيوية (العقد الاداري) هي خارج اختصاصة .

٢) عدم الدقة في تحديد الظرف الطارئ في العقد الاداري وخصوصا ان المشرع في المادة ٦٧ حدد الظرف الطارئ بالحرب فقط بينما في واقع الحال ترك امر تحديد الظرف الطارئ الى سلطة القاضي التقديرية.

٣) لم ينص على السماح للقضاء بفسخ العقد في حالة الظرف الطارئ وانما سلطة القاضي هي اعادة التوازن المالي للقعد وحدد المشرع الطريقة التي يعاد فيها التوازن المالي عن طريق انقاص الالتزام المرهق وكان الافضل لو ان المشرع العراقي واكب المشرع

المصري بذكر عبارة (تعديل الالتزام) بدلاً من تحديد سلطة القاضي بأنقاص الالتزام المرهق حيث يمكن تعديل الالتزام عن طريق زيادة الالتزام المقابل .

٤) لم يكن المشرع واضح بشأن القرارات المنفصلة عن العقد الاداري والتي تصدر قبل ابرام العقد في مسألة تحديد الجهة المختصة في نظر الطعن بهذه القرارات .

المصادر:

١. ا.د سعد قطب ،الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطات الادارة في العقود ومدى اعتناق الفقه الاسلامي له، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، عين شمس،ط٣١، ١٩٨٩ العدد الاول.

٢. أ.د محمد سلام مدكور، الفقه الاسلامي، المدخل والاموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة ،١٩٤٥.

٣. www,hrdiscnssion.com.hr29415,html مفهوم العقد الاداري ،المنتدى العربي لأدارة الموارد البشرية .

٤. د.عادل مصطفى بسيوني،ا لتشريع الاسلامي والنظم القانونية العرضية، مبدأ سلطان الارادة في الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية، الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة،١٩٧٨.

٥. د. فوزت فرحات ،القانون الاداري العام،ك١ ،الطبعة الاولى،٢٠٠٤،منشورات الحلبي الحقوقية.

٦. د.عصام عبد الوهاب البرزنجي ،مباديء واحكام القانون الاداري، بغداد ،شارع المتنبي ،مكتبة السنهوري،ط١، ٢٠١٢.

٧. ا.د.محمد سعيد امين،العقود الادارية،دار الثقافة الجامعية،القاهرة،١٩٩٩.

٨. د.علي سعد عمران ، التنظيم القانوني لتسوية منازعات العقود الإدارية في العراق، منشور في الانترنت.

٩. د. غازي عبد الرحمن ،التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه،دار الحرية للطباعة،بغداد،١٩٨٦.

١٠. د.سليمان الطماوي ،الوجيز في القانون الاداري ،دار الفكر العربي ١٩٦٧

١١. د. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية ،جامعة عين شمس ،١٩٩١.

١٢. محمد ابو بكر عبد المقصود ، اعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ظل الازمة المالية،نظرية الظروف الطارئة،كلية الحقوق،جامعة المنصورة،٢٠٠٩.

١٣. د. نعيم مغبغب،عقود مقاولات البناء والاشغال الخاصة والعامة ،دراسة في القانون المقارن،ط٣، ٢٠٠١.

١٤. د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،١٩٩٨.

١٥. د. ابراهيم الفياض،العقود الادارية،مكتبة الفلاح،الكويت،١٩٨٨.

١٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الاسس العامة في العقود الادارية، المركز القومي للاصدار، ط١ ،٢٠٠٨.

١٧. القاضي لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد ،العاتك،بيروت،٢٠١٤.

١٨. تصريح للقاضي الاول للمحكمة التجارية امير الشمري واحد المختصين بالنظر بدعاوى عقود المقاولات ،منشور في الانترنت على الموقع http://newsabah.com/newspaper/31153

١٩. .د. مهند مختار نوح ،الايجاب والقبول في العقد الاداري،منشورات الحلبي الحقوقية .

٢٠. Aubert,j.i,nationset roles de loffre lacceptat dans la formation du contrat l.g d j paris 1970

٢١. (LAUBADERE.A.DELVOLE.P.ET MODERNE.F.TRAITE DES CONTRATSADMINISTRATIFS L.G.D.J PARIS.TI.1983
٢٢. soc.des steeple-ghasesde france,red.19957.522 note waline,1981
٢٣. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ منشور في مجلة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٢٥) في ٢٠١٤/٦/١٦
٢٤. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.
٢٥. قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .

الهوامش:

١) ا.د سعد قطب ،الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطات الادارة في العقود ومدى اعتناق الفقه الاسلامي له،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،عين شمس،ط٣١، ١٩٨٩ العدد الاول،ص١٣٨.
٢) www,hrdiscnssion.com.hr29415,html مفهوم العقد الاداري ،المنتدى العربي لأدارة الموارد البشرية
٣) أ.د محمد سلام مدكور،الفقه الاسلامي،المدخل والاموال والحقوق والعقود،مكتبة عبد الله وهبه،القاهرة ،١٩٤٥،ص٢٤٥
٤) د.عادل مصطفى بسيوني،التشريع الاسلامي والنظم القانونية العرضية،مبدأ سلطان الارادة في الشريعةالاسلامية والقوانين الغربية،الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة،١٩٧٨،ص١٤١.
5) د.مهند مختار نوح ،الايجاب والقبول في العقد الاداري،منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٥،ص٣٣.
6) بين العقود الادارية والمدنية /بحث منشور بالانترنتق www.alriyadh.comL6941
7) انظر نص المادة (٧) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣
8) soc.des steeple-ghasesde france,red.19957.522 note waline,1981.p545.
٩) د. فوزت فرحات ،القانون الاداري العام.ك١ ،الطبعة الاولى،٢٠٠٤،منشورات الحلبي الحقوقية،ص٤٥٣.
١٠) د.فوزت فرحات ،مصدر سابق،ص٤٦١.
١١) د.عصام عبد الوهاب البرزنجي ،مباديء واحكام القانون الاداري،بغداد،شارع المتنبي،مكتبة السنهوري،ط١، ٢٠١٢ ،ص٤٩٤.
١٢) انظر نص المادة ٣/اولاًوثانياً / من قانون تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ منشور في مجلة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٢٥) في ٢٠١٤/٦/١٦.
١٣) Aubert,j.i,nationset roles de loffre lacceptat dans la formation du contrat l.g d j paris 1970, p16.
١٤) LAUBADERE.A.DELVOLE.P.ET MODERNE.F.TRAITE DES CONTRATSADMINISTRATIFS L.G.D.J PARIS.TI.1983.P 616.
١٥) ا.د.محمد سعيد امين،العقود الادارية،دار الثقافة الجامعية،القاهرة،١٩٩٩،ص٤٦٩.
١٦) المادة (٥) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.
١٧) انظر نص المادة ٣/ خامساً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤،مصدر سابق.
١٨) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ،مصدر سابق،ص٤٩٥.
١٩) أ.د.صلاح الدين فوزي،مصدر سابق،ص٤٩٠.
٢٠) نص المادة ٣/سادساً من تعليمات العقود الحكومية ،مصدر سابق.
٢١) انظر في تفصيل الشروط نص المادة ٣/سابعاً من التعليمات،مصدر سابق.
٢٢) نص المادة ٣/ثانياً من تعليمات العقود الحكومية،مصدر سابق
٢٣) نص المادة ٣/تاسعاً من تعليمات العقود الحكومية،مصدر سابق
٢٤) وهي (الجداول الفنية والاقتصادية والتقارير الفنية ودراسات الكلفة والمنفعة والتصاميم وجداول الكميات للمشاريع الاستثمارية وفقاً لتعليمات وزارة التخطيط متضمنة الكلفة التخمينية للمشروع يرفق مع استمارة المشروع عند مناقشته وادراجة في الموازنة الاستثمارية ،الا ان المشرع استثنى من ذلك مشاريع تفكيك ومعالجة المنشأت النووية المدمرة والمخلفات الكيمياوية حيث ان استحصال مصادقة وزارة التخطيط على ما ورد اعلاه في شأن ادراج الوزارة المعنية لأي مشروع في الموازنة الاستثمارية الاتحادية امر في غاية الاهمية يترتب على مخالفته مسؤولية الجهة او الوزارة طالبة المشروع).يراجع نص المادة ٢/اولاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ، مصدر سابق.

٢٥)المادة ٥/اولاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠١٤،مصدر سابق.
٢٦) المادة ٥/ثانياً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ،مصدر سابق.
٢٧) المادة ٧/ثالثاً من تعليمات تنفيذ العقود،مصدر سابق
٢٨) المادة ٨ من تعليمات تنفيذ العقود،مصدر سابق.
٢٩) د.علي سعد عمران ، التنظيم القانوني لتسوية منازعات العقود الإدارية في العراق، منشور في الانترنت.
٣٠) تصريح للقاضي الاول للمحكمة التجارية امير الشمري واحد المختصين بالنظر بدعاوى عقود المقاولات ،منشور في الانترنت على الموقع http://newsabah.com/newspaper/31153.
٣١) غازي عبد الرحمن ،التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه،دار الحرية للطباعة،بغداد،١٩٨٦،ص٣٣
٣٢) د.سليمان الطماوي ،الوجيز في القانون الاداري ،دار الفكر العربي ١٩٦٧،ص٥٦.
٣٣) محمد ابو بكر عبد المقصود ، اعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ظل الازمة المالية،نظرية الظروف الطارئة،كلية الحقوق،جامعة المنصورة،٢٠٠٩،ص١١
٣٤) د. نعيم مغبغب،عقود مقاولات البناء والاشغال الخاصة والعامة ،دراسة في القانون المقارن،ط٣، ٢٠٠١ ص٣٨٢.
٣٥) د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،١٩٩٨، ص٧٢٥
٣٦) د. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية ،جامعة عين شمس .١٩٩١،ص٦٢٠.
٣٧) د. ابراهيم الفياض،العقود الادارية،مكتبة الفلاح،الكويت،١٩٨٨،ص٢٢٥.
٣٨) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الاسس العامة في العقود الادارية، المركز القومي للاصدار، ط١ ،٢٠٠٨، ص٢٧٦.
٣٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٢٣١/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٢) في ٢٠١٢/١١/٢١ مجلة التشريع والقضاء /العدد الثالث/٢٠١٣ .
٤٠) د. سليمان الطماوي ،الاسس العامة في العقود الادارية ،مصدر سابق،ص٧٠٤.
٤١) حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٢٥٤١ في ١٩٨٥/٢٢/٣٠ نقلاً عن محمد ابو بكر عبد المقصود،مصدر سابق،ص٣٣.
٤٢) محمد ابو بكر عبد المقصود،مصدر سابق،ص٩.
٤٣) القاضي لفته هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد ،العاتك،بيروت،٢٠١٤،ص٢٣.
٤٤) د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني،مصدر سابق،ص٦٤٨.
٤٥) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ،مصدر سابق،ص١٨٥.
٤٦) د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني،مصدر سابق،ص٨٨.
٤٧) محمد ابو بكر عبد المقصود،مصدر سابق،ص٩.