AL-NAHRAIN JOURNAL OF LEGAL SCIENCE Vol.26 (NO. 4) 2024, pp. 1-22

AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW

ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية العدد: ٤ المجلد: ٢٦ كانون الاول ٢٠٢٤

Received:1/7/2024 Accepted: 15/8/2024 Published: 1/12/2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The Self of Public Works Contract

Assistant .Professor Dr. Rami Abdel Hai **Intisar Fadel Jawad**
Islamic University - College of Law

Abstract

The state and its public persons seek the assistance of others in order to achieve public benefit and public interest by concluding a set of contracts. It is appropriate to mention here that the contracts concluded by the state are not of one type because necessity dictated to the legislator to arm the administration with certain privileges in order to carry out its duties in the best possible way and achieve public benefit. This led to the diversity of contracts concluded by the administration, including public works contracts for the purpose of constructing roads, bridges, school buildings, hospitals, and others, which requires us to surround this type of administrative contracts with a strong fence of the necessary guarantees to preserve public money. This is what made us propose to research this problem by studying the legal texts in order to reach a special self for the public works contract.

Keywords: The Self of Public Works Contract, Concept and Elements of Public Works Contract.

ذاتية عقد الاشغال العامة

انتصار فاضل جواد **أ.م. د. رامي عبد الحي**
الجامعة الإسلامية – كلية الحقوق

المستخلص
تستعين الدولة وأشخاصها العامة بالغير من أجل تحقيق المنفعة العامة والصالح العام عن طريق إبرام مجموعة من العقود ، ومن المناسب ذكره ان العقود التي تبرمها الدولة ليست نوعاً واحداً لان الضرورة أملت على المشرع تسليح الإدارة بامتيازات معينة من أجل القيام بواجباتها على اكمل وجه وتحقيق النفع العام ، أدى ذلك إلى تنوع العقود التي تبرمها الإدارة ، ومنها عقود الأشغال العامة لغرض إنشاء الطرق او الجسور أو أبنية المدارس أو المستشفيات وغيرها مما يستدعينا إلى إحاطة هذا النوع من العقود الإدارية بسياج متين عن الضمانات اللازمة للحفاظ على المال العام هذا الأمر هو الذي جعلنا نقترح البحث في هذه الإشكالية من خلال دراسة النصوص القانونية من اجل الوصول إلى ذاتية خاصة لعقد الأشغال العامة .
الكلمات المفتاحية : ذاتية عقد الأشغال ، مفهوم وعناصر عقد الأشغال العامة.

المقدمة :

١ـ موضوع الدراسة :

ان عقد الاشغال العامة هو العقد الاساس الذي تلجأ اليه الدولة وتعتمده في تحقيق التنمية الاقتصادية لذلك الادارة عندما ترغب في تنفيذ اشغال عامة تلجأ الى خيارات عدة ، فقد تختار طرق التنفيذ المباشر الذي بموجبه تقوم الادارة بمتطلبات تنفيذ عقد الاشغال العامة بالاعتقاد على امكانياتها الذاتية البشرية كالمهندسين العاملين لديها والمادية كأموالها العامة وآلاتها ومعداتها والذي ه في الاساس عقد يتعهد بموجبه المتعاقد بإنشاء او انجاز عمل (منشأة عامة) مقابل استغلالها بعد انجازها ، اما الوسيلة الاخرى وهي الاكثر شيوعاً والتي تلجأ اليها الدولة في تنفيذ الاشغال العامة هو ابرام عقد مع شخص طبيعي (مقاول) تختاره الدولة في تنفيذ مشاريعها الضخمة .

٢ـ هدف الدراسة :

يهدف هذا البحث الى بيان القواعد القانونية الخاصة بعقد الاشغال العامة وذلك عبر تحليل النصوص القانونية المتعلقة بها وكشف الثغرات ، ومن أجل الوصول إلى إطار قانوني ملائم لها .

٣ـ مشكلة الدراسة :

إن الرافع الرئيس للخوض في هذا البحث هو معالجة كثرة المشكلات التطبيقية التي رافقت تنفيذ عقد الاشغال وكذلك التلكؤ الحاصل في اغلب المشاريع في العراق او توقفها على المدى البعيد على اعتبار أن عقد الاشغال العامة يمثل الركيزة الاساسية للدولة التي من خلالها نستطيع تحقيق اغراض التنمية الاقتصادية في التقدم والتطور الاقتصادي ، وذلك من خلال النصوص القانونية المتعلقة بها وكشف الثغرات الموجودة فيها .

٤ـ المنهجية المتبعة في الدراسة :

يتمحور منهج الدراسة بشكل اساسي في بحثنا المطروح هذا على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي للنصوص القانونية بغية الوصول الى النتائج التي تستهدف منها الباحثة الوصول إليها ، وإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل قيد الطرح ، لذلك تمت الاستعانة بالمنهج المذكور أعلاه ، ولكا كان موضوع دراستنا يتناول موضوع ذاتية عقد الاشغال العامة فأن نطاق الدراسة سيكون البحث في القوانين التشريعية النافذة ذات العلاقة الخاصة بتنظيم أحكام الوظيفة العامة وإجراءات إبرام وتنفيذ عقود الاشغال العامة .

٥ـ خطة الدراسة :

سيتم دراسة هذا الموضوع في مبحثين نتناول في المبحث الاول : مفهوم عقد الاشغال العامة . ونتناول المبحث الثاني : اساليب إبرام عقد الاشغال العامة

المبحث الاول
مفهوم عقد الأشغال العامة

يعد عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية المهمة جداً التي يتم اللجوء إليها من جانب الدولة متمثلة بمؤسساتها الإدارية لتنفيذ مشاريعها المختلفة من أجل تحقيق النفع العام، ووفقاً لذلك فهو عقد يخضع لقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع إليها عقد المقاولة الوارد لتحقيق مصلحة خاصة .

لذلك نبحث موضوع عقد الأشغال العامة ببيان مفهومه أو تعريفه وتمييزه عما يشتبه به من عقود أخرى مع بيان عناصره كافة لذلك يتطلب تقسيمه إلى فرعين، في الفرع الأول تعريف الأشغال العامة، وفي الفرع الثاني عناصر عقد الأشغال العامة .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الاول والذي يقسم الى الفرع الآتية:

الفرع الاول : التعريف الفقهي ، والفرع الثاني : التعريف القانوني . والفرع الثالث : الطبيعة القانونية لعقد الاشغال العامة . والفرع الرابع: تمييز عقد الاشغال العامة عن بعض العقود المتداخلة .

أما المطلب الثاني : فيكون لعناصر عقد الاشغال العامة والذي سنقسمه الى فرعين ، الفرع الاول : العنصر العقاري ، والفرع الثاني ان يكون لحساب شخصي ومحتوى عام .

المطلب الاول
تعريف عقد الاشغال العامة

يعد عقد الأشغال العامة من اهم العقود الإدارية وأقدمها ظهوراً ؛ لأنه عادةً ما يتم تنفيذه لإنشاء المباني والجسور الرئيسية والفرعية والطرق وكافة مشاريع المنفعة العامة، ولكنه على الرغم من ذلك نجد ان المشرع لم يحدد ويضع تعريفاً له[1].

الفرع الأول : التعريف الفقهي : ذهب الفقهاء والقضاء الإداري إلى وضع العديد من التعاريف للأشغال العامة لعدم وجود نص تشريعي يعرّفه .

وعرّفه الأستاذ الطماوي بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي وبقصد تحقيق منفعة عامة نظير المقابل المتفق عليه في العقد"[2].

وعرّفه أيضاً بأنه : " عبارة عن اتفاق بين الإدارة واحد الأفراد بقصد بناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب الإدارة ولمنفعة عامة"[3].

وأما الفقه الفرنسي؛ فقد أورد تعريفات عديدة للأشغال العامة منها ما أورده الفقيه (لو بادير) بأنه : " عقد يتم بين شخص عام ومقاول لتنفيذ أشغال مقابل مبلغ من المال " .

وقد كان الأستاذ ريو قد عرف عقد الأشغال العامة بأنه : " عقد يبرم بموجب نصوص تنظيمية بين شخص عام ومقاول من أجل تنفيذ أعمال تهدف إلى تحقيق أغراض المرفق العام ".

وأمّا الأستاذ (دوفو) فعرّف عقد الأشغال العامة بأنه : " اتفاق بموجبه يلتزم المقاول بتنفيذ أشغال عامة لحساب شخص عام مقابل ثمن معين[4].

---

[1] كالتقنين الفرنسي للصفقات العامة رقم (٩٧٥) الصادر في ٢٠٠٦/٨/١ حيث عدّ الأشغال العامة إحدى موضوعات العقود الإدارية، إذ نصت المادة الأولى من هذا التقنين على أن " الصفقات العامة للأشغال هي الصفقات المنجزة مع المقاولين والتي تهدف إلى تنفيذ أو تصميم أشغال بناء أو هندسة مدنية ..." .

[2] سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارة دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص١٢٢ .

[3] إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ القانون الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع، ص٢٧١ .

[4] تامر محمد إبراهيم، الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، سنة ٢٠٠٠، ص٧ .

الفرع الثاني : التعريف القانوني :

أمّا مفهوم عقد الأشغال العامة من الناحية القانونية ؛ فقد ظهر واضحاً من خلال أحكام القضاء، فقد كان للقضاء الدور الأساس في بلورة المبادئ التي تحكم الأشغال العامة وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية إلى اعتبار عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية في قرارها الصادر في ١٩٦٦/١١/١ " ولما كان العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وشروط غير مألوفة في إجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية... فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية"[١].

فقد عرفت أحكام القضاء الإداري المختلفة عقد الأشغال العامة أو عقود الـ (BOT) بأنه: " عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد وشركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن يحدد في العقد"، حيث عرفت محكمة التمييز الاتحادية العراقية عقد الأشغال العامة في أحد قرارتها الذي تضمن (إن العقد الذي تعقده الإدارة مع المتعاقد (المقاول) من أجل إنشاء مرفق عام وتجري فيه أسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة سلطوية من أجل إجراء مناقصة مع اشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية هو عقد إداري يتميز عن العقود المدنية بما يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة...)[٢]

ومن هذا التعريف يتبين انه يشترط فيه توافر العناصر الآتية :

أ- أن يتعلق موضوع العقد بعقار ويشمل ذلك أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على عقار ويخرج من نطاق الأشغال العامة العقود الواردة على منقول مهما كانت ضخامتها.

ب- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي سواء كان العقار محل الاشتغال مملوكاً لشخص عام أو مملوكاً لشخص من أشخاص القانون الخاص، لكن العمل يتم لحساب شخص معنوي .

ج- أن يكون القصد من الأشغال العامة تحقيق النفع العام[٣] عموماً ان المعيار الأساسي الذي يمكن الاعتماد عليه في تعريف عقد الأشغال العامة وتمييزه عن غيره هو معيار تحقيق المنفعة العامة ويلاحظ ان تكييف عقد الأشغال العامة يتحدد بصفة رب العمل وكونه شخص من أشخاص القانون العام ولا أثر لصفة المقاول على هذا التكييف[٤]، ويتميز عقد الأشغال العامة في ان الإدارة تملك فيه سلطة توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ، كما يجوز للإدارة ان تعدل الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة .

نرى من وجهة نظرنا بأنه مهما كان المعيار الذي يتم اعتماده لتمييز عقد الأشغال العامة عن غيره من العقود نعتقد ان عقد الأشغال العامة هو ذلك العقد الذي تبرمه الإدارة والذي تقوم بموجبه بإضافة أي شرط من الشروط الاستثنائية غير المألوفة، حيث ان هذه الشروط التي يحتويها عقد الأشغال العامة لا يسمح للأفراد في القانون الخاص الرضا بها وقبولها وإن لم تكن محرمة في القوانين الخاصة إلاّ أنها نادرة ولا يتم الأخذ بها[٥] . وتكون الغاية منه هو تحقيق النفع العام، حيث ان للإدارة كافة الصلاحيات الإدارية التعاقدية ولها ان تقوم بكل ما تراه مناسباً لأجل تحقيق المصلحة العامة حتى لو استلزم الأمر فسخ العقد أو تعديله لأجل صفاته حسن تنفيذه .

---

[١] أياد سعود هاشم، تحديد عقد الأشغال العامة في القانون العراقي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ص١٠٥ .

[٢] قرار محكمة التمييز في القضية رقم (٦٥٤/حقوقية) الصادر بتاريخ ٢٥-٧-١٩٦٥، مجلة القضاء العراقية نقابة المحامين العراقية، العدد٢، السنة ٢١، ١٩٦٦، ص٥٠ .

[٣] جمال إبراهيم، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٤، ص١١٨.

[٤] سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بدون سنة طبع، بغداد، ص٤٠٤.

[٥] محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٤٩٨.

ومما تقدم ذكره، أنّه إذا أُنظِر في العقد من حيث طبيعته التي تتمثل بقابليته لتلبية متطلبات المجتمع والتغيرات والتطورات التي تحصل في المجتمع، وهذا بدوره يساعد على تحقيق المنفعة العامة، اعتبر العقد عقد إداري أشغال عامة[1].

الفرع الثالث- الطبيعة القانونية لعقد الأشغال العامة :

يعد عقد الأشغال العامة أحد أنواع العقود الإدارية واهمها لكونه يتعلق بتنفيذ أعمال البناء والتشييد الخاص بالمباني الحكومية ويتميز بالعديد من الخصائص التي تميزه عن عقود القانون الخاص، وهي انه لا يخضع في أحكامه لأحكام القانون المدني أو التجاري، وان من مبررات خطورة عدم ملائمة مبادئ القانون الخاص للنشاط الإداري الذي يستلزم أو يستهدف تحقيق المصلحة العامة الأمر الذي يستلزم منح الإدارة المتعاقدة سلطات أو امتيازات قبل المتعاقد معها والتي لا يوجد لها مثيل في نطاق القانون الخاص، وإذا وردت تكون باطلة . أما بخصوص طبيعة عقد الأشغال العامة، فقد اختلف الفقه في تحديده، فذهب رأي يقول بأن عقد الأشغال العامة يتضمن كل إنشاء أو ترميم أو صيانة تجري في العقار لحساب الإدارة هدفه تحقيق نفع عام وهي عقود إدارية، ويعللون رأيهم في اعتبارها عقوداً إدارية لكون الجهة التي تبرمه هي الإدارة، وتتبع في إبرامه وسائل القانون العام بما يتضمنه من عقود وشروط استثنائية غير مألوفة لا توجد ولا تتوافر في عقود القانون الخاص بإعطاء الإدارة امتيازات وسلطات استثنائية[2] ومن الأدلة التي يسوقها اتباع هذا الرأي هي لكونه يتصل بمرفق عام وتباشر الإدارة بنفسها بالنشاط وتتولى تنظيمه والإشراف عليه، ولعدم إمكانية ممارسته على الوجه الأكمل بواسطة النشاط الخاص[3] .

وذهب رأي إلى أن عقد الأشغال العامة، فيرى بأنه عقد ذو طبيعة خاصة، واستندوا في ذلك إلى الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية والمدنية بقسميها الأول والثاني والتي تحدد رب العمل في تغيير مواصفات المقاولة، وكذلك أحكام القانون المدني[4]. وأمّا المشرع اللبناني فلم ينصّ على تعيين اختصاص القضاء الإداري في العقود الإدارية، حيث لم يعتبر عقود الأشغال العامة عقوداً إدارية بموجب النصوص التشريعية القانونية، وإنما بموجب معايير قضائية (بنود خارقة) [5] في تنفيذ المصلحة العامة . أما القضاء العراقي بحكم طبيعته، لم يبحث عناصر الأشغال العامة، وإنما اكتفى بالإشارة إلى فكرة العقد الإداري، وهذا لا يظهر عناصر الأشغال العامة بشكل كافٍ[6].

---

[1] هالة جمال يونس، الحماية الجنائية للعقود الحكومية في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٧، ص٥٦.

[2] سليمان محد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص١١٣ .

[3] شاب توما منصور، طبيعة مقاولات الأشغال العامة، بحث منشور في مجلة التدوين القانوني، العدد الأول والثاني، ١٩٦٤، ص٤٣ .

[4] الشروط العامة والأعمال مقاولات الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني الصادرة من وزارة التخطيط العراقية، الدائرة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩ .

[5] مثال البنود الخارقة في لبنان " حيث اعتبر مجلس الشورى اللبناني بأن التزام تقديم أعمدة جديدة لمصلحة كهرباء لبنان هو عقد عادي لان هذه المصلحة ذات طابع صناعي – تجاري، ولم يتضمن العقد أي بند خارق". حيث لم يشارك مقدم الأعمدة في تنفيذ الشبكة ولم يسهم شخصياً في تيسير المرفق العام . نقلاً عن نعيم مغيغب عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، ط٣، ٢٠٠١، ص٣٢٩، وكذلك جان باز، الوسيط في القانون الإداري اللبناني، ١٩٧١، ص٣٠٥ .

[6] ان الشغل العام لا يقتصر على أعمال التشييد والبناء، بل يشمل أعمال الهدم وإعادة البناء بسبب ما دمرته الحرب، وهذا ما اتجهت إليه الإدارة في العراق من إعادة إعمار ما دمر في العدوان الأمريكي على العراق بحملة إعمار في عام ١٩٩١ وشملت الحملة إعادة بناء المدارس والجسور والأبنية العامة والسود ونواظم الري وغيرها . أما الأبنية الآيلة للسقوط ما ذهبت إليه الإدارة في العراق من هدم وإعادة بناء (منطقة سوق حمادة في الكرخ) حيث تم بناء= =دور على ارض تعود لأفراد نفذت من قبل (شركة الرشيد للمقاولات ومنشأة الفاو العامة) بإنفاق أموال عامة نقلاً عن ياسين كريم محمد، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، ١٩٩٦، ص٥-٦.

يفهم مما تقدم ان الشروط الاستثنائية غير المألوفة أصبحت اهم علامة مميزة يمكن الاسترشاد عن طريقها في معرفة ما اذا كان العقد الإداري المبرم هو عقد أشغال عامة أم لا، والتي هي في مضمونها تعطي للإدارة بنفسها الحق في تعديل بنود التعاقد القانوني زيادةً أو نقصاناً، وكذلك فرض الجزاءات على المتعاقد من خلال مثلاً فرض الغرامات عند إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته دون الحاجة للجوء إلى القضاء، وكذلك إجراء كافة المداخلات على تنفيذ العقد فلها مثلاً حق إيقاف العقد مؤقتاً وحقها في تنفيذ العقد بواسطة كوادرها وسحب العمل من المتعاقد عند خرقه للالتزامات والشروط المذكورة في بنود التعاقد[1]، علماً بأنه لا يشترط توافر جميع البنود والشروط غير المألوفة، وإنما يكتفي وجود (توافر) شرط استثنائي واحد حتى يمكن عدّ العقد عقداً إدارياً أشغال عامة[2].

وعلى العموم؛ إنّ الأشغال العامة تعني التشييد والبناء، وتنص طبيعتها على الإنتاج المادي للأبنية والإنشاءات بما في ذلك إدامتها وصيانتها ويتولى المجتمع مسؤولية المحافظة عليها، لكونها تتعلق بالاقتصاد القومي، لذلك هي تعد مجموعة عمليات تتعلق بالإنشاء، كالتهيئة والتنظيم والترميم، وتقع على أموال غير منقولة كإنشاء ميناء أو قناة أو طريق[3].

وترتبط صفة العمومية لعقد الأشغال بحاجة أجهزة الدولة المختلفة وهي تمارس نشاطها بإنشاء مرفق عام من أبنية وغيرها، فضلاً عن صيانة منشآتها القائمة وترميمها وفقاً للمصلحة العامة[4]، حيث إنّ تحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات الضرورية للمواطنين وازدهار المجتمع مسؤوليته تقع على عاتق الدولة بأجهزتها المختلفة، فالدولة ينبغي ان تسعى إلى تحديد المشروعات اللازمة والضرورية لتحقيق مستوى معيشة افضل للمواطنين، لذلك فقد قامت الدولة من خلال أجهزتها الإدارية المختلفة بإنشاء مشروعات المرافق العامة ويطلق عليها فكرة المرفق العام، وكل ذلك بهدف تحقيق وتلبية احتياجات المواطنين وازدهار المجتمع .

ومهما كان الأساس المطروح لتمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود فإن عقد الأشغال العامة يعد في جميع الأحوال من العقود الإدارية البحتة لكون الجهة التي تبرمه هي الإدارة، متبعة في إبرامه وسائل القانون العام وبشروط استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة، فضلاً عن اهم ميزة تميز بها هذا النوع من العقود هو اتصاله بنشاط مرفق عام[5].

الفرع الرابع – تمييز عقد الأشغال العامة عن بعض العقود المتداخلة :

لعقد الأشغال ذاتية خاصة به، للوقوف عليها لابد من تمييزه من بعض العقود التي قد تتشابه معه في بعض الجوانب ولاسيما بعد قيام الدولة بإسناد بعض مشروعات المرافق العامة إلى أشخاص عاديين أو شركات تحت إشرافها ورقابتها وتصف الإدارة هذا النشاط الذي تقوم به بمصطلحات مختلفة لابد من توضيحها بهذا الخصوص :

أ-تمييز عقد الأشغال العامة عن التعهدات :

يشتمل عقدا التوريد وعقد النقل وعقد البوت، فعقد التوريد كما عرفه الفقه هو اتفاق بين شخص معنوي وبين فرد أو شركة له يتعهد الأخير بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي (الدولة) مقابل ثمن معين في العقد[6]. تتمتع بموجبه الدولة (متمثلة بالإدارة) بكافة الصلاحيات وبامتيازات

---

[1] جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٧-٢٨.

[2] محمد حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٩ .

[3] د. محمد علي جواد، القضـــاء الإداري الفرنســـي واثره في تطور تعريف الأشـــغال العامة، جامعة الكوفة، كلية القانون، بحث مقيم غير منشور، ص٤٥٣.

[4] رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط١، ١٩٧٦، ص٩.

[5] شفاء عبد حسين، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٥، ص١١ .

[6] هدى هاتف مظهر، جرائم الانتفاع من المال العام وصورها-دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد .

السلطة العامة مثل تجهيز المستشفيات والوزارات والجامعات بكافة المستلزمات التي تحتاجها الجهات الرسمية أعلاه، فهو عقد ينصب على منقول على خلاف عقد الأشغال العامة الذي ينصب على عقار.

ومما تقدم أعلاه يتضح لنا أن عقد الأشغال العامة وعقد التوريد او التعهدات يكمن في ان: محل التعهدات (التوريدات) منقولات فقط على خلاف عقد الأشغال العامة الذي هو أساسه (عقار) او بنى تحتية، فضلاً عن قيام المتعاقد بتسليم ما تم إنجازه من قبله إلى الدولة (الإدارة) فور الانتهاء من إنشاء العقار أو المبنى، كما في عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص اللذان يردان على العقار أم المنقول[1] . ولكنها يشتركان في نقطة أساسية مهمة ألا وهي استهدافها تحقيق المصلحة العامة ويتم استعمال وسائل القانون العام بتضمينهم شروط استثنائية غير مألوفة، على خلاف ما يأتي به عقد القانون الخاص.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية الاتحادية" بانطباق المادة٣١٩ على المتهم/معاون مدير شركة الفاو العامة ولقيامه بالانتفاع من اموال الدولة باعتباره مشرفاً على تجهيز مقطورة الاستحمام لشركة الفاو العامة، عند تعاقد هذه الشركة مع شركة سعد على إنجازها[2].

ب- تمييز الشغل العام عن عقد المقاولة المدني :

تناول القانون المدني العراقي رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ النافذ أحكام عقد المقاولة في الفرع الأول من الباب الثالث حسب الكتاب المخصص للعقود المسماة الواردة على العمل تحت عنوان (عقد المقاولات والاستصناع)، وقد خصص له المشرع (٢٦) مادة قانونية من المادة (٨٦٤) إلى المادة (٨٩٠) .

فقد عرف عقد المقاولة في المادة (٨٦٤) بأنه عقد يتعهد به أحد الطرفين ان يضع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر[3].

ومن هذا التعريف يتضح لنا ان عقد المقاولة يتميز بالآتي :

١- عقد رضائي، فالمشرع لا يشترط لانعقاده شكلاً خاصاً، لذلك فهو ينعقد بمجرد تراضي طرفيه.

٢- عقد ملزم للجانبين، فهو يترتب منذ إنشائه التزامات تقع على عاتق كل من الطرفين، فالمقاول يلتزم بإتمام العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، ورب العمل يلتزم بتسليم العمل بعد إتمامه ويدفع الأجر .

٣- عقد من عقود المعاوضة لان كلاً من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل والمواد اللازمة ورب العمل يدفع الأجر.

٤- هو عقد وارد على العمل، فالأداء الرئيس للمقاول في العقد هو القيام بعمل معين[4].

أمّا بخصوص عقد الأشغال العامة فقد سبق أن بيّنا انه يجب عدم الخلط بين المقاولة وهو عقد من عقود القانون الخاص الذي قد يكون عقداً مدنياً أو تجارياً أو مختلطاً عن عقد الأشغال العامة، وهو

---

[1] محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٥٣.

[2] رقم الاضبارة – ٥٧٨٠/جزء أولي/٢٠٠٠، التسلسل /٤٧٤ في ٢٠٠١/١/٢١ القرار غير منشور، نقلاً عن هدى هاتف مظهر، ص٦١ .

[3] يقابلها نص المادة (٦٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ ٩ آذار ١٩٣٢ وتحت عنوان (اجارة الخدمة أو عقد الاستخدام وفي إجارة الصناعة أو عقد المقاولات بقولها " عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه أحكام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل والعقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة لتقديم خدماته لمن يتعاقدان معه ...".

[4] سعيد مبارك، وآخرون، الموجز في العقود المسعاة، مرجع سابق، ص٣٩٦-٣٩٧.

عقد إداري من عقود القانون العام لان الجهة التي تبرمه هي الإدارة وتتبع في إبرامه أساليب القانون العام لاتصاله نشاطه المرفق العام[1] .

فعقد الأشغال العامة هو عقد تقوم الإدارة بمقتضاه بالتعهد إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابر أجر تحقيقاً للمنفعة العامة[2].

هو يعد الوسيلة الأكثر شيوعاً التي ترغب الإدارة في استعمالها وبموجبها تبرم عقداً مع شخص (متخصص) طبيعي أو معنوي يكون محل اعتبار في نظرها يقوم هذا الشخص بتنفيذ الشغل العام لحساب الإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه له على ان يسلم ما تم على يديه من عمل إلى الإدارة، فور انتهائه والذي تلجأ إليه الدولة في تمشية مشاريعها الضخمة من أجل حسن تنفيذ الأشغال العامة على الوجه الطلوب .

عليه فإن خصائص العقد يمكن ان نستخلصها من التعريف السابق الذكر والتي هي كالآتي :

١- ان ينصب العقد على عقار .
٢- أن يتم لحساب شخص معنوي عام .
٣- أن يكون الغرض من العمل تحقيق المنفعة العامة ولو لم يتصل هذا العمل بمال عام أو مرفق عام[3]، علماً بأنه يتم تحديد عقد الأشغال العامة بتحديد صفة رب العمل وكونه شخص من أشخاص القانون العام (الإدارة) ولا اثر لصفة المقاول على ذلك فضلاً عن ذلك فإن الفائدة من تمييزه عن عقد المقاولة هو عدم إخضاعه لقواعد وأحكام القانون المدني إلاّ في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام، والسبب في ذلك كون المقصود منه هو تحقيق منفعة عامة[4] .

لا زال القضاء في العراق العادي مختصاً بالنظر في منازعات كافة العقود، ومنها عقود الإدارة، ومن ثم فإن موقف القضاء العراقي غير ثابت في اتجاه معين، فالغالب يطبق قواعد القانون المدني على عقود الأشغال العامة في أحكام معينة، وتارة يطبق قواعد القانون الإداري باعتبار ان الواقعة أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الإداري (الإدارة) لكونه يتقيد بتطبيق القانون دون النظر إلى اطراف العلاقة في العقد، حيث لم يصدر في بلدنا أي قانون ينظم عقد الأشغال العامة على وجه الخصوص[5].

واقتصر دور اختصاص محكمة القضاء الإداري في النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية دون ان يشمل النظر في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية ومنها، عقد الأشغال العامة، موضوع بحثنا. وهذا الاتجاه نجده معيباً من وجهة نظرنا لكون عقود الأشغال العامة هي عقود ذات طبيعة خاصة ولكونها مخصصة للنفع العام تستلزم من المشرع إصدار تشريع أكثر دقة في الإجراءات واكثر صرامة في توقيع الجزاءات المترتبة على إبرامه وتنفيذه وانتهائه .

ج- تمييز عقود الأشغال العامة عن عقود البوت (BOT) :

يعرف عقد البوت بأنه " اتفاق (تعهد) تتعهد بمقتضاه الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة إلى احد الأشخاص المعنوية الخاصة وطنياً كان أم أجنبياً مهمة إنشاء مشروع من مشروعات الدولة الأساسية أو المرافق العامة لغرض إشباع الحاجات العامة للجمهور على نفقة ذلك الشخص ومسؤوليته، مقابل قيامه بإدارة واستغلال ذلك المشروع لمدة محددة مذكورة في العقد المبرم مع

---

[1] سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، ص٤٠٣ .
[2] محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة، القاهرة، ١٩٦٢، ص٤٠٢ .
[3] مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن على شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٦٣ .
[4] محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص٥٠٥ .
[5] عصام عبد الوهاب، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٩، العدد (١) و (٢)، ١٩٩٠، ص١٥٤ .

الالتزام بإعادة المشروع إلى الدولة عند انتهاء المدة المحددة في العقد[1]، كإنشاء الطرق والمطارات والموانئ حيث تقوم الشركة المتعاقدة بالإنشاء، ثم تتولى إدارة المشروع وتشغيله بهدف المنفعة العامة للجمهور، ثم تنقل الشركة ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة[2].

ومّما تقدم أعلاه، نستنتج ان عقد البوت يتفق مع عقد الأشغال العامة في عدة جوانب .

١- من حيث طبيعة العقدين، فكلاهما من العقود الإدارية ويبوبان على عناصر العقد الإداري كافة، كون الإدارة طرفاً في كلا العقدين واتصالهما بتحقيق مصلحة عامة ونشاط عام وهو تحقيق المنفعة العامة، وهو يعد شرطاً من الشروط الاستثنائية التي لا تتوافر في عقود القانون الخاص .

٢- من حيث الغرض من التعاقد القانوني هو ان موضوع كلا العقدين هو تحقيق أعمال إنشائية أي تنصب على عقار وبنى تحتية[3].

٣- من حيث الغرض منها، فالغرض من عقود البوت (BOT) وعقد الأشغال العامة هو تحقيق المنفعة العامة .

إلاّ أن الاختلاف يكمن في الآتي :

١- إنّ مهمة المقاول تنتهي بإنشاء المشروع وتسليمه لجهة الإدارة دون أن يكون لها الحق في إدارة المشروع هذا في عقد الأشغال العامة . أما في عقود البوت (BOT) يكون للمقاول الحق في الإدارة والتشغيل إلى جانب الإنشاء طول المدة المحددة في العقد، فالتشغيل جوهر العقد بالنسبة لشركة المشروع[4].

٢- من جانب آخر يعد الثمن عنصراً جوهرياً وأساسياً في عقد الأشغال العامة، وهو المقابل المادي الذي تلتزم به الإدارة للمتعاقد معها كأثر للوفاء بالتزامه التعاقدي، وهو أساس التزام المقاول تجاه الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو الذي يميز عقد الأشغال العامة عن عقد البوت ذلك ان الملتزم في عقد البوت يحصل على مكافأته أو أتعابه أو حقوقه عن طريق فرض رسم يؤديه المنتفعون بالمرفق العام للملتزم الذي قام بإنشاء المرفق[5]،

٣- لا يشترط في عقد الأشغال العامة ان يكون العقار محل العقد مملوكاً لشخص عام، فقد يرد على عقار مملوك لشخص من أشخاص القانون الخاص.

---

[1] جابر نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٥.

[2] عمر واحمد حبو، العقود الإدارية، التطور الحديث بعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (BOT) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٢٦-١٢٧ .

[3] إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (BOT)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٣.

[4] عبد الرحمن تيشوري، عقود البناء والتشغيل والتمويل كشكل من اشكال الشراكة بين العام والخاص، بحث منشور ..

[5] عمر واحمد حبو، مرجع سابق، ص١٢٦ .

المطلب الثاني
عناصر عقد الأشغال العامة

لكي نكون بصدد عقد أشغال عامة، لابدّ من توافر أربعة شروط أو عناصر أساسية لقيام عقد الأشغال العامة، حيث تعتبر هذه الشروط أو العناصر الأساس الذي يضفي على الأشغال صفة العمومية وهي أربعة عناصر يتم التطرق إليها فيما يأتي :

الفرع الأول: العنصر العقاري :

إنّ موضوع عقد الأشغال العامة هو عمل يرد على عقار فلكي نكون امام عقد أشغال عامة لابد أن ينفذ العمل على عقار لا منقول سواء كان العقار بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص[1]، كإقامة أو مد أنابيب تحت الماء، حيث يكاد ان يجمع الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على انه يجب ان يكون العقد منصباً على عقار لإضفاء الصفة العمومية واعتباره عقداً من عقود الأشغال العامة[2]، وهذا العنصر ينصرف إلى كل ما هو غير قابل للنقل بدون إتلاف له كأعمال الإنشاء والصيانة والترميمات، حيث لا يعد من قبيل عقد الأشغال العامة، العقود التي يكون محلها منقولات مهما كان حجمها ومهما كان العمل من الضخامة، وتشمل عقود الأشغال العامة، الاتفاقات التي يكون محلها بناء أو ترميم .

وعلى هذا الأساس لا يمكن اعتبار العقد عقد أشغال عامة، إذ كان محله منقولاً، فضلاً عن ذلك لا يشترط في عقد الأشغال العامة أن يكون العقار محل العقد مملوكاً لشخص من أشخاص القانون العام، فإذا قامت الدولة باستئجار عقار خاص وخصصته لتحقيق النفع العام مع مقاول لإجراء بعض الإصلاحات أو التعديلات على هذا العقار، فإن العقد يعد أشغال عامة، أما المقاول فلا يشترط به أن يكون شخصاً من أشخاص القانون العام، ولا اثر لصفة المقاول، حيث ان العقد يتحدد بصفة رب العمل وكونه شخص من أشخاص القانون العام، فإذا كان رب العمل شخص من أشخاص القانون الخاص، فالعقد في هذه الحالة ليس أشغال عامة، بل يعد مقاولة[3].

الفرع الثاني : أن يكون لحساب شخص معنوي عام:

من حيث الأساس، وجدت قواعد القانون العام للتحكم بالنشاط الإداري لا نشاط الفرد، ومن ثم فإن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يمكن عدّه عقداً إدارياً لكونه لا يكون عقداً إدارياً إلاّ حينما يكون احد أشخاص القانون العام طرفاً فيه [4]. وهذا ما نجده واضحاً في قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الذي جاء فيه (... حيث ان من البديهي ان العقد الذي لا تكون الإدارة احد طرفيه لا يجوز بأي حال من الأحوال ان يعدُ من العقود الإدارية لكون قواعد القانون العام انها وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاطر الأفراد والهيئات الخاصة...)[5].

وقد بيّن مجلس شورى الدولة اللبناني في أحد قراراته الصادرة بهذا الخصوص (... إن مجلس تنفيذ المشاريع الإنشائية هو مؤسسة عامة، يتمتع بالشخصية المعنوية، أي شخص معنوي عام، وهو

---

[1] العقار : هو كل شيء ثابت مستقر بحيث لا يمكن نقله أو تحويله من دون تلف. أما العقار بالتخصيص هو كل منقول بطبيعته رصده مالكه لخدمة أو استغلال عقار وهو مملوك له، د. منير محمود، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٩، ص٢٥٦ .

[2] ثامر محمد إبراهيم، الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص٨ .

[3] ياسين كريم محمد الحلفي، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأغال العامة، مرجع سابق، ص٦-٨ .

[4] محمد فؤاد مهنا، مبادئ أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص٧٧٧ .

[5] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٥٨) الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من عام ١٩٥٥ حتى عام ١٩٦٥، المكتب الفني في مجلس الدولة، ص١٠٤٢.

مرفق عام إداري، فيكون المنظم بينه وبين المستدعي من أجل تسيير المرفق العام هو عقد إداري...)[1] . سواء كان هذا الشخص المعنوي من أشخاص الإدارة المركزية، كالدولة والهيئات العامة أو كان من أشخاص الإدارة المحلية الإقليمية كمجالس المحافظات والمدن، ولكن سبق أن أوضحنا انه لا يشترط في أن يكون العقار مملوكاً لشخص عام[2]، حيث أوضحنا فيما سبق انه من أهم العناصر التي يشترط توافرها في عقد الأشغال العامة هو ان يكون محلة أو موضوعة عقاراً ولا يشترط في هذا العقد ان يكون مملوكاً للدولة (الشخص المعنوي العام)، فإذا استأجرت الدولة عقاراً وخصصته لتحقيق منفعة عامة ثم تعاقدت الدولة مع مقاول لإجراء بعض التعديلات، فإن هذه التعديلات والتغييرات توصف بأنها أشغال عامة[3]. وعلى العكس من ذلك فلو كان الشخص المعنوي العام مقاولاً وينفذ عملاً لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص، لا يوصف العمل أشغال عامة.

غاية عقد الأشغال العامة هو تحقيق المنفعة العامة :

يمكن اعتبار هذا العنصر عنصراً بديهياً ؛ لأن عقد الأشغال العامة هو عقد إداري لاحتوائه على عناصر العقد الإداري والتي تتمثل باتصاله بمرفق عام سواء من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته، حيث يتميز بكونه يستخدم لإنشاء المرفق العام والتي تكون غايته تحقيق مصالح عامة كبرى تعلو على مصالح الأفراد الآخرين وتحسين الصالح العام، وهذا هو اتجاه محاكم التمييز في العراق، فنطاق أو غاية عقد الأشغال العامة هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[4]،

فضلاً عن ارتباط فكرة الأشغال العامة بفكرة المرفق العام والتي ترسخت ووضحت في الحكم الصادر من محكمة التنازع في القضاء الإداري الفرنسي، حيث جاء بالحكم " وحيث إنّ الضرر المدعي به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة (AIX) وهي مخصصة كلها لمرافق العدالة، ومن ثم تحقيق مصلحة عامة، ومن ثم فإن الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الإقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون الحاجة لبحث فيما اذا كان المبنى يدخل في نطاق الأموال العامة أو الخاصة لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة[5].

وكذلك وجدت العلاقة بين فكرة الأشغال العامة ووجود المصلحة العامة في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (MO-Segur) .

أمّا في لبنان، فيعتبر عقد الأشغال عقداً إدارياً إذا تم النص عليه صراحةً في القانون أو استوفى أحد الشرطين الآتيين وهما :

أ- مشاركته في تأمين المنفعة العامة أو المنفعة الجماعية وعلى أقل تقدير .

ب- احتواءه على بنود خارقة (استثنائية)

فالشرط الأول : الذي على أساسه يكون العقد إدارياً إذا تضمن اشتراكاً فعلياً من قبل المتعاقد في تنفيذ المصلحة العامة أو مساهمة شخصية مباشرة في تسيير المرفق العام سواء كان من الأشخاص المعنويين الإداريين أم من الأشخاص الذين يتولون نشاطهم وفقاً للأساليب التجارية والصناعية، وعلى كل الأحوال يجب أن يلبي مصالح المرفق العام وأهدافه[6].

أما بخصوص الشرط الثاني فهو يجب أن يحتوي العقد على بنود لا يقرها القانون الخاص، والبند الخارق يراد به احتواء العقد على شروط غير مألوفة بين الأفراد العاديين وتعتبر باطلة، إذ ما استعملها هؤلاء، حيث إنّ البند الخارق مستمد من سلطات الإدارة وما يعود لها من حق فرض

---

[1] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم (٦٧) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٩، مجلس القضاء الإداري في لبنان، العدد (١٩) السنة ٢٠٠٧، ص١٥٧.

[2] محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة، القاهرة، ١٩٦٢، ص٦٢ .

[3] ياسين كريم محمد الحلفي، سلطة الإداري في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص٧ .

[4] رقم القضية ٤٤ و ٦٥٤ حقوقية، بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٥، نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص٢٢٤ .

[5] حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، ط١، ج١، ١٩٥٨، ص٤٦ .

[6] جان باز، الوسيط في القانون الإداري اللبناني، مرجع سابق، ص٣٠١ .

الغرامات، وحق التدخل في شؤون التعاقد[1]. ومن صور سلطات الإدارة تعديل الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو النقصان أو التعديل في الأثمان أو مدة العقد ويكون لها حق التدخل للإشراف على تنفيذ بنود العقد أو وقف تنفيذه مؤقتاً وحقها في تنفيذ العقد بنفسها أو بواسطة غيرها على حساب المتعاقد الناكل عند خرقه للالتزامات الواقعة على عاتقه[2] . علماً بأنه لا يشترط في العقد ان يتضمن جميع هذه الشروط الاستثنائية وإنما يكفي مشروع واحد استثنائي حتى يعد العقد عقداً إدارياً خاصاً بالأشغال العامة ولاستظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه[3]، والتي بموجبها اعتبر ان الأعمال لا تتحقق لها صفة الأشغال العامة لمجرد تنفيذها لحساب شخص عام، بل لابد ان الغاية هي تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى ذلك ان القضاء الإداري قد ميّز بوضوح بين شرط المصلحة العامة ووجود المرفق العام، حيث إنّ نشاط المرفق العام يستهدف المصلحة العامة دائماً بينما المصلحة العامة لا تقتضي بالضرورة وجود مرفق عام، جاء هذا القرار على أثر أعمال كانت تجري في كنيسة، حيث أدى سقوط حجر من احدى أعمدتها التي كانت متمسكة بها طفلة أدت إلى الحاق الضرر والأذى بها، حيث منح القضاء الإداري صفة أشغال عامة لهذه الأعمال على الرغم من ان الكنيسة لا تعتبر مرفقاً عاماً، ولكن بالاستناد إلى ان طبيعة هذه الأعمال تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وبهذا الخصوص يمكن اثارة مسؤولية الإدارة، ودفعها للتعويض الناتج عن تنفيذ الأشغال العامة، ومن ثم لم تعد الأشغال العامة حبيسة فكرة الدومين العام .

وأخيراً يقتضي التنبيه إلى أنّ السائد في الفقه والقضاء الإداريين يقتصر تحديد الأشغال العامة على الجانب القانوني دون الالتفاف إلى الجانب الاقتصادي والاجتماعي لأنّ تنفيذ عمل لحساب شخص معنوي عام هو اشتراط أن يكون العمل لحساب الإدارة بغية تحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية أو بالأحرى لإشباع حاجات عامة تسعى إليها الإدارة وبشكل مستمر، فإن بناء مدرسة أو جسر أو شق طريق أو بناء مساكن وتوزيعها على المواطنين ما هي إلاّ أعمال تنفذها الإدارة، بناءً على خطة الدولة لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الإدارة لا تستطيع التحلل من هذا الواجب والاعتماد على الأفراد بتنفيذ هذه الأعمال لأن ما تهدف إليه الإدارة هو لتحقيق النفع العام وليس سعياً وراء الكسب المادي أو الربح مثلما يتجه الأفراد إلى ذلك[4].

الثمن :

يعد الثمن عنصراً جوهرياً وأساسياً في عقد الأشغال العامة، وهو يراد به المقابل المادي الذي تلتزم بأدائه الإدارة للمتعاقدين معها كأثر للوفاء بالتزامها التعاقدي وهو أساس التزام المقاول تجاه الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية من جهة. ومن جهة أخرى لتمييز عقد الأشغال العامة عن غيره من الأساليب التي تتبعها الإدارة في تنفيذ الأشغال العامة، إلاّ أنها تخلو من عنصر الثمن حيث يجب تحديده مسبقاً لكونه شرط من الشروط الجوهرية والأساسية في العقد فالإدارة لا تستطيع التحلل منه ولا يفلت من سلطتها في التعديل ولو أخطأت في الحساب لكون المقابل المالي شرط من الشروط التعاقدية يستمد قوته القانونية من العقد علماً بأن الثمن في عقد الأشغال العامة يكون مجزءاً بالاستناد للكميات المثبتة في جدول الكميات المسعّر وهذا ما يسمى بالكلفة الأولية التخمينية إلاّ أنّ مبلغ المقاولة يكون حسب كمية العمل المنجز بموجب الذرعة لا الثمن أو السعر الذي تم تدوينه ابتداءً في التعاقد القانوني[5].

وعليه يكون الثمن غير ثابت وغير مستقر حسب جدول كمية العمل المنجزة بموجب الذرعات، وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها : "سلطة الإدارة في تعديل العقد، وهو

---

[1] نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، مرجع سابق، ص٣٢٨ .

[2] جابر نصار، (عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام)، مرجع سابق، ص٢٧١-٢٨٠.

[3] محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٩ .

[4] ياسين كريم الحلفي، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص٩ .

[5] هذا ما قضـــت به محكمة التمييز العراقية رقم القرار ٩٦٤١/ حقوقية /٦٨ في ١٩٦٩/٩/٧ المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز العراق، قسم القانون المدني، إبراهيم المشاهدي، بغداد، ١٩٨٨، ص٦٤١.

الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هو ابرز الخصائص التي يتميز بها نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ومقضى السلطة أنّ الإدارة تمتلك من جانبها وحدها وبإدارتها المنفردة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه- وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة والنقصان على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل[1] .

المبحث الثاني

أساليب إبرام عقد الاشغال العامة

المطلب الاول : الاساليب العامة لابرام عقد الاشغال العامة وتم تقسيمه الى اربعة فروع الفرع الاول : المناقصة .الفرع الثاني : المناقصة المحددة او المقيدة . والفرع الثالث : اسلوب المناقصة بطريق التأهيل الفني . والفرع الرابع : المناقصة بمرحلتين .

المطلب الثاني : الاساليب الخاصة لابرام عقد الاشغال العامة . وتم تقسيمه الى ثلاثة فروع ، الفرع الاول: اسلوب الدعوة المباشرة . والفرع الثاني : اسلوب العطاء الواحد)العرض الوحيد) . والفرع الثالث : اسلوب التعاقد المباشر

المبحث الثاني
أساليب إبرام عقد الأشغال العامة

الإدارة تتمتع بسلطات مختلفة في مجال وسائل إبرام العقود الإدارية بشكل عام إلاّ أن المشرع غالباً ما يتدخل ويرسم لها أسلوب وطريقة التعاقد التي يرى فيها أنها تحقق الطريق الأسلم للتعاقد القانوني بأفضل الشروط والامتيازات والمواصفات لضمان سير الأعمال بشكل متجانس تحقيقاً للهدف المراد تحقيقه من عقد الأشغال العامة والمتمثل برعاية المصلحة العامة وإشباع حاجات المجتمع من جانب ورغبةً في حماية الأموال العامة وعدم صرفها من غير الوجوه المقررة لها من جانب آخر[2].

لذلك نجد تنوع أساليب إبرام عقد الأشغال العامة بالاستناد إلى قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليماته النافذة رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي نصت على إجراءات التعاقد وأساليبه بشكل صريح تحقيقاً للمصلحة العامة، ولاسيما إذا ما علمنا بأن الإدارة ملزمة ومقيدة باختيار أسلوب التعاقد القانوني من أجل تحقيق ضمان المنافسة العادلة التامة بين المشتركين والمتقدمين للتعاقد معها وهذا التقيد ينبع من أهمية قطعية عقد الأشغال المزمع التعاقد فيه لأجل تنفيذه على اكمل وجه وفي ضوء جميع المعطيات المتاحة[3]

وبهدف تسليط الضوء على مفهوم فكرة عقد الأشغال العامة لابدّ من تحديد اهم الأساليب التي يتم اتباعها في إبرام عقد الأشغال العامة والتي يمكننا تقسيمها إلى أساليب عامة وأساليب خاصة وسوف نبحثها في فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول : الأساليب العامة .

الفرع الثاني : الأساليب الخاصة

---

[1] قرار محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها في القضية ١٦٠٩ في ١٩٥٦/١٢/١٦، نقلاً عن ياسين كريم محمد الحلبي، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص١٧ .

[2] مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانن الليبي المقارن على شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص٦٩ .

[3] أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٨١ .

المطلب الأول
الأساليب العامة لإبرام عقد الأشغال العامة

التزاماً بالطريق الذي رسمه المشرع لإبرام العقود الحكومية بشكل عام وعقد الأشغال العامة بشكل خاص وتحقيقاً للغرض المقصود منها ولاتصالها بالمرافق العامة واستهدافها تحقيق النفع العام نجد ان المشرع اللبناني قد أشار إليها بمقتضى قانون المحاسبة العمومية لسنة ١٩٦٣ الصادر بمقتضى المرسوم الاشتراعي رقم (١٤٩٦٩) في ١٩٦٣/١٢/٣٠ بموجب المادة (١٢١) منه إلى أساليب التعاقد بقوله " تعقد صفقات... الأشغال بالمناقصة العمومية غير انه يمكن في الحالات المبينة فيما يلي عقد الصفقات بطريقة المناقصة المحصورة أو استدراج العروض أو التراضي أو بموجب بيان أو فاتورة".

وذهب المشرع العراقي في تحديد أساليب عقد الأشغال العامة بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ من المادة (٣) بالنص : " لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله، وباقتراح من رئيس التشكيل الإداري للعقود اعتماد احد الأساليب التالية لتنفيذ العقود العامة باستثناء أسلوب العطاء الواحد والتعاقد المباشر، وذلك أما وطنياً أو دولياً عند تحقق شروطه وكما يأتي :

الفرع الأول– المناقصة :

أسلوب من أساليب التعاقد القانوني يتمثل بمجموعة من الإجراءات التي تقرر القواعد والأنظمة المراد اتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأفضل الشروط الفنية والمالية وأفضلها، حيث تقوم فكرة المناقصة على إتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين في التعاقد، حتى يمكن للإدارة اختيار صاحب افضل عطاء من النواحي المالية والفنية عن طريق المنافسة بين الراغبين على التعاقد وصولاً إلى صاحب العطاء الأقل تكلفة أو الأفضل من الناحية الفنية في سبيل تحقيق المنفعة العامة[١]، علماً بأن أسلوب المناقصة يقوم على مجموعة من الراغبين في التعاقد مع الإدارة، يتنافسون فيما بينهم لتقديم عطاءاتهم، وتكاد تكون القاعدة العامة في العراق هي الالتزام الإدارة باتباع أسلوب المناقصة في عقودها، إلاّ في حالات خاصة ينص عليها المشرع[٢].

وهو يعدُ من أكثر الوسائل والأساليب اهمية التي يتم الاستعانة بها من قبل المؤسسات الحكومية (دوائر الدولة) لضمان حسن تأدية مهامها وتحقيق أغراض المنفعة العامة، حيث تمثل القاعدة العامة، وإن كان الأصل حرية التعاقد ما لم يوجد نص خاص بذلك وهي على أنواع .

المناقصة العامة المفتوحة :

هي المناقصة التي تتم بإعلان الدعوة العامة بالتعاقد إلى جميع الراغبين في المشاركة فيها ممن تتوافر فيهم الشروط المطلوبة بعلانية تامة وتلتزم بها إدارة المؤسسة باختيار افضل العطاءات أي افضل من يتقدم إليها من الشروط المالية والكفاءة الفنية تتميز بمبدأ العمومية والتنافس الحر والعلنية بالإضافة إلى توفر التخصيص أو الاعتماد المالي في الموازنة العامة الاتحادية عند اعتمادها[٣] . حيث يتميز هذا النوع من الأساليب بفتح التنافس الحر بين جميع الراغبين بالمشاركة فيها والمقارنة بين عروض الأسعار المقدمة والمفاضلة فيها واستبعاد بعض الأشخاص لتلكؤهم في تنفيذ المشاريع المعهودة بها إليهم أو لارتكابهم مخالفات في عقود مبرمة مسبقاً، ومن ثم تختار الإدارة المتعاقد معها على أسس ومعايير موضوعية بحتة بعيدة عن الاعتبارات أو التأثيرات الشخصية يتم اللجوء إليها عند المشاريع التي لا تتطلب خبرة، دقيقة أو دراسة فنية كبيرة .

---

[١] علي غازي فيصل مهدي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، ٢٠١٦، ص٣٧ .

[٢] نجد ان المشرع العراقي الزم الإدارة باتباع أسلوب المناقصة لإبرام عقودا إلا إذا أجاز النص غير ذلك، شفاء عبد حسين التميمي، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص١٢ .

[٣] المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذ .

قد نص المشرع اللبناني على هذا الأسلوب من المادة (١٢٨) من قانون المحاسبة العمومية لعام ١٩٦٣ بقوله : " يعلن عن كل مناقصة في الجريدة الرسمية وفي ثلاث صحف رسمية على الأقل"[١].

أما في العراق، فقد أشارت إليها تعليمات تنفيذ العقود رقم (٢) لسنة ١٩١٤ بقولها : " وينفذ هذا الأسلوب بإعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة، بتنفيذ جميع العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة، وان تتسم الإجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقرة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية عند اعتماد هذا الأسلوب[٢] .

الفرع الثاني ـ المناقصة المحددة أو المقيدة

وهي المناقصة التي تقتصر على مجموعة محددة من الأشخاص (الأفراد) أو الشركة أو المقاولين المعتمدة أسماؤهم في قوائم تقدم على الوزارات أو الجهات الحكومية تختارهم الإدارة لقناعتهما بكفاءتهم وقدرتهم المالية والفنية، حيث ان أساس الاختيار مبني على الاعتبارات الشخصية التي من ابرزها الكفاءة والمقدرة المالية[٣].

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في هذا النوع من المناقصات من حيث سماحها لأشخاص محددين الاشتراك في المناقصة وتكون إجراءات هذا النوع من المناقصات بتسليم الأوراق الخاصة بالتأهيل القانوني والفني والمالي للمشتركين لتقييمها من قبل لجنة مختصة تسمى لجنة (الفتح وتحليل العطاءات) تابعة لجهة التعاقد على ان لا يقل عددهم عن (٣) ثلاثة مؤهلين مجاناً لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية لغرض دراستها من قبل لجنة (التحليل والدراسة والتقويم)[٤] . وكان قد نص المشرع اللبناني في المادة (١٤٣) من قانون المحاسبة العمومية لسنة ١٩٦٣ على هذا الأسلوب من المناقصات بالنص " يمكن للإدارة اذا كانت طبيعة الأشغال ... لا تسمح بفتح باب المنافسة امام الجميع، ان تحصر المناقصة بين فئة محدودة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات المالية والفنية والمهنية المطلوبة، وتحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفتر الشروط الخاص، كما تحدد فيه سائر الضمانات التي يجب ان تتوفر في المناقصين والمواصفات التي يجب ان تتميز بها الأشغال أو المواد المطلوبة .

وبالمقابل نص المشرع العراقي عليها بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ وبالقول " ينفذ هذا الأسلوب عندما تكون ... المقاولات موضوع المناقصة متوفرة لدى جهات محدودة من حيث الاختصاص لغرض تقديم عطاءاتها وفق المواصفات والشروط المعدة من جهة التعاقد، ويتم بالإعلان عنها على أن جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم من تتوفر فيهم شروط المشاركة لقاء ثمن..."[٥].

الفرع الثالث- أسلوب المناقصة بطريقة التأهيل الفني:

هذ الأسلوب نصت عليه المادة (٣) الفقرة ثالثاً/ أ/ب/ج من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤[٦]. حيث يتم تنفيذ هذا الأسلوب بالإعلان عن المناقصة إلى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية بظرفين منفصلين لقاء ثمن يدفع من قبلهم تحدده الإدارة،

---

[١] علي غازي فيصل مهدي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص٤٠ .

[٢] المادة (٣) /أولاً من التعليمات أعلاه .

[٣] علي غازي فيصل مهدي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص٤٠ .

[٤] نود الإشارة بهذا الخصوص إلى ان هذا النوع يتم بمرحلتين، المرحلة الأولى تتضمن تقديم الوثائق الخاصة بالتأهيل للمشاركين في المناقصة لتقييمها والتوصل إلى اختيار المؤهلين للمشاركة في المرحلة الثانية والمرحلة الثانية تتمثل بتوجيه الدعوة إلى المؤهلين للمشاركة في المناقصة لتقديم عطاءاتهم على ان لا تقل عن ست دعوات، شفاء عبد حسين، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص١٥ .

[٥] علي غازي فيصل مهدي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص٤٢ .

[٦] نوع الإشارة بهذا الخصوص إلى أن المشرع اللبناني لم ينص على هذا النوع من أساليب إبرام المناقصات في قانون المحاسبة العمومية لسنة ١٩٦٣ .

ومن ثم يتم دراسة عطاءات المتقدمين للمشروع من قبل لجان التحليل مع تمهيد لإحالة المناقصة على ثلاثة منهم على الأقل ممن يمتلكون العطاء الأفضل مع مراعاة الصلاحيات المالية المعتمدة .

الفرع الرابع : المناقصة بمرحلتين :

نصت على هذا النوع من أساليب إبرام المناقصات الفقرة رابعاً من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ وتتم بمرحلتين، والمرحلة الأولى تتمثل بتقديم العطاءات الفنية لغرض الدراسة من خلال إعلان دعوة عامة توجه إلى جميع الراغبين بالمشاركة يتم اللجوء إلى هذا النوع من أساليب إبرام العقود لغرض التوفيق بين معيارين ألا وهما المعيار الفني الخاص بالجودة والمعيار المالي، فلا يتم النظر إلى الثمن وحده واختيار أوطأ العطاءات، وإنما يتم النظر إلى المواصفات المذكورة، حيث تتمتع فيها الإدارة سلطات تقديرية في اختيار المتعاقد معها .

ولكن هذا النوع من الأساليب وجهت إليه سهام النقد من قبل بعض الفقهاء والتي يرجع أسبابها إلى تعذر جهة الدارة على الإحاطة الشاملة والاطلاع الكافي بتفاصيل هذه الإنشاءات ومواصفاتها، حيث غالباً ما تكون غير ملمة بتفاصيل المناقصة وخصوصاً في المشروعات المعتمدة التي يصعب على الإدارة إعادة مواصفاتها وتصاميمها التي تتطلب دراسة دقيقة وإلمام بكافة نواحي المشروع الإدارية والفنية[١].

وقد نص المشروع العراقي على هذا النوع من المناقصة في المادة (٣) /رابعاً بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، حيث يتم بموجبها صلاحية (لإدارة) جهة التعاقد أو من يخوله استعمال هذه الطريقة بغية الحصول على افضل عرض يلبي احتياجات دائرته يتم الاعتماد على هذا الأسلوب في العقود ذات المواصفات الفنية المعتمدة أو عند الحاجة إلى تطبيق مواصفات لا يكون من المجدي فيها صياغة تفاصيل المواصفات الفنية للأشغال مقدماً أو في حالة صعوبة وصف الخدمات وتحديد خصائصها أو ميزانيتها بشكل دقيق ابتداءً[٢].

المطلب الثاني
الأساليب الخاصة لإبرام عقد الأشغال العامة

الفرع الأول- أسلوب الدعوة المباشرة :

أسلوب من الأساليب الخاصة التي تلجأ إليها الإدارة عند إبرام عقد الأشغال العامة، إذ تقوم الإدارة باختيار المتعاقد أو الجهة المتعاقدة معها بكل حرية دون اللجوء إلى أي إجراءات أخرى تسبق الاختيار كما في المناقصة يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب من أساليب إبرام العقود لأسباب عديدة هي :

أ- أن يكون موضوع التعاقد يتطلب سرية تامة في إجراءات التعاقد والتنفيذ .
ب- حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية .
ج- لدواعي أمنية .
د- العقود التي يكون موضوعها أدوية وأجهزة ومستلزمات منقذة للحياة .
ه- عزوف مقدمي العطاءات عن الاشتراك في المناقصات المعلن عليها للمرة الثانية أو عدم استكمال العطاءات المقدمة من قبلهم للمرة الثانية[٣] .
و- المشاريع الخاصة التخصصية التي تصدر ضوابطها دائرة العقود الحكومية العامة بالتنسيق مع اللجنة المختصة في مجلس الوزراء .

---

[١] علي غازي فيصل مهدي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص٤٤ .
[٢] شفاء عبد حسين، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص١٦.
[٣] شفاء عبد حسين، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص٢٠ .

ز- المشاريع الكبيرة التي تتطلب خبرات أجنبية والتي يتم تحديدها في مجلس الوزراء وبالتنسيق مع وزارة التخطيط والتي يتطلب تنفيذها من شركات عالمية رصينة ذات خبرة في موضوعها.

تتم بتوجيه الدعوة المباشرة إلى ما لا يقل عن (٣) ثلاثة من المقاولين أو الشركات أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية لتنفيذ العقود بعد استحصال الموافقات الأصولية، وذلك عند الضرورة ولوجود أسباب تستدعي ذلك كالسرعة في التنفيذ أو السرعة في الإنجاز أو لأسباب أمنية مع مراعاة المواصفات المطلوبة أو غير ذلك من الأسباب التي تستدعي اللجوء إلى هذه الطريقة مع مراعاة الضوابط أو التوجيهات التي تصدرها وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي[١].

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص انه على الرغم من المبررات التي أوردناها أعلاه لتبرير الأخذ بهذا الأسلوب إلاّ انه أسلوب يمتاز بافتقاره إلى المساواة والعدالة في التنافس ويحمل الإدارة مبالغ مالية إضافية من خلال اتفاق ممن توجه اليهم الدعوة على أسعار معينة[٢].

الفرع الثاني: أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد)

وهو أسلوب خاص استثنائي من طالب إبرام عقد الأشغال العامة، لا يجوز اللجوء إليه إلاّ في أحوال وشروط خاصة حددتها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، وهي:

أ- عندما تكون طبيعة العقد طبيعة احتكارية أو متوفرة لدى جهة معينة تمتلك براءة اختراع أو إجازة أو حقوق حصرية لها .

ب- إذا كانت المقاولات المطلوبة لأغراض الصيانة أو تجهيز أدوات احتياطية لعقود سابقة، حيث يتم بموجب هذا النوع من أسلوب إبرام التعاقدات يتم توجيه دعوة مجاناً إلى جهة مختصة واحدة لمقاول، فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية، بعد اخذ موافقته اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة .

الفرع الثالث- أسلوب التعاقد المباشر :

قد نصت على هذا الأسلوب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ وحددت شروط الأخذ به في حالات معينة لكونه استثنائياً ويقصد به تعاقد الإدارة مباشرة مع الشخص الذي وقع اختيارها عليه، دون التقيد بإجراءات معينة ويتم بتوجيه الإدارة الدعوة مجاناً للتعاقد مباشرة إلى جهة واحدة في مجلس الوزراء بعد توافر لشروط الآتية :

أ- اذا كان العقد المراد إبرامه متعلق بأمن وسادة الدولة .

ب- أن يتم العقد بمواصفات فنية عالية ومتطورة .

ج- أن تكون الجهة المطلوب التعاقد معها جهة رصينة ومعتمدة ومصنعة معروفة للأدوات المطلوب تجهيزها .

د- وجود كشف يتضمن تقرير فني بالاحتياطات والمواصفات المعدة من قبل جهة فنية مختصة مصادق عليه من الجهة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة .

ه- توافر جهة رصينة فاحصة للتأكد من دقة المواصفات المطلوبة ومدى تطابقها للشروط المنصوص عليها في التعاقد [٢]

من الجدير بالذكر ان هذا الأسلوب الاستثنائي قد منح بموجبه الإدارة سلطة تقديرية واسعة في إبرام العقد إلاّ انه قيدها وحددها بحالات معينة وهي حالات مثلاً بعض العقود التي تقوم على الاعتبار

[١] الفقرة سادساً من المادة (١٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة .
[٢] اعمام وزارة التخطيط /دائرة العقود الحكومية رقم ١٨٢١٨/٧/٤ في ٢٠١٢/٩/٢٠.
[٣] الفقرة (سابعاً) من المدة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

الشخصي أو التي تتصف بطابع السرية أو بالإمكانيات الكبيرة التي يتطلب تنفيذها بموضوع العقد الاحتكاري كما اسلفنا سابقاً[1].

لاسيّما إذا ما علمنا بأن المشرع اللبناني كان قد أشار إلى هذه الحالات ووصفها بانها تلك: "الصفات التي تتعلق بالأشغال التي لا يمكن وضعها بالمناقصة، أما لضرورة بقائها سرية أو لان مقتضيات السلامة العامة تحول دون ذلك أو لأنها تتعلق بالأشياء التي لا يملكها إلاّ شخص واحد، وكذلك الأشغال التي أجريت من أجلها مناقصتان متتاليتان أو استدراج عروض على مرتين أو مناقصة تلاها استدراج عروض، وذلك من دون أنْ تسفر هذه العمليات عن نتيجة إيجابية وأيضاً الأشياء التي ينحصر صنعها في حامل شهادات اختراعها[2] .

الخاتمة

أولاً- النتائج :

١- أوضحت لنا هذه الدراسة ان شروط عقد الاشغال العامة ثلاثة أولهما ان يكون احد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً ، وثانيهما تعلق محل العقد بتيسير وعمل المرفق العام وثالثهما أن الادارة المتعاقدة تختار اساليب القانون العام في إبرامه .

٢- بينت لنا هذه الدراسة حالة ارتكاب المتعاقد الغش والتلاعب والرشوة اثناء تنفيذ عقد الاشغال العامة ومدى وصف هذه الافعال بالجريمة عبر التشريعات النافذة .

٣- بينت لنا هذه الدراسة اهمية عقد الاشغال العامة وخصوصيته المتميزة كونه متعلقة بالبناء والانشاء والترميم وصيانة العقارات لحساب الدولة ، وقد برز لنا من خلال البحث ان له ذاتيته الخاصة التي تنعكس تأثيرها من حيث خضوعه لشروط استثنائية لكون الادارة تلجأ إليه لتيسير مرفق عام والغاية منه تحقيق منفعة عامة .

٤- بينت لنا هذه الدراسة عدم وجود تشريع (قانون) واضح للعقود الحكومية ومراحل ابرام تنفيذ عقد الاشغال العامة سوى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة لعام ٢٠١٤ والتي في اغلبها نصوص مهمة غير واضحة وناقصة في بعض احكامها لم تتناول اغلب واعم المشكلات والمعوقات التي تواجه سير العقود الحكومية الادارية بشكل عام .

ثانياً- التوصيات :

١- نصي المشرع العراقي بضرورة وضع تشريع خاص تتوحد بموجبه جميع القوانين والضوابط التي تحكم العقود الادارية في العراق ولاسيما عقد الاشغال العامة لضمان انسيابة ابرامه وذلك تسهيلاً للجهات الادارية وضماناً للاشخاص الراغبين بالتعاقد مع الادارة العامة .

٢- نوصي المشرع العراقي بضرورة تضمين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على المناقصة المحلية وذلك لاهميتها في ابرام العقود الادارية داخل البلد .

٣- ندعو المشرع العراقي للنص في القوانين ذات الصلة بضرورة تأهيل الموظفين العاملين في مجال العقود الادارية وتنفيذها واقامة الدورات المتخصصة تسهم بسبب قلة خبرتهم بهذا المجال مما ينعكس سلباً على ابرام عقود الاشغال العامة .

وبالنتيجة يبقى قطاع البناء والاشغال العامة لاسيما في العراق يبقى القطاع الاكثر ديناميكية ورواجاً ... وما مجيء اكثر التشريعات العالمية للمساهمة في بناء الدولة سوى دلالة على ما اهمية ما تشهد اليه ن تنظيم في هذا المجال ولا يكون ذلك إلاّ من خلال تطوير القوانين وجعلها تتماشى مع مقتضيات الاحوال .

---

[1] شفاء عبد حسين، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص٢٣ .

[2] نص المادة (١٤٧) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني الصادر بالمرسوم المرقم ٤٩٦٩ لسنة ١٩٦٣ .

المصادر

أولاً- الكتب

١- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (BOT)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
٢- إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ القانون الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع.
٣- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣.
٤- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٥- جابر نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٦- جان باز، الوسيط في القانون الإداري اللبناني، ١٩٧١.
٧- جمال إبراهيم، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٤.
٨- حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، ط١، ج١، ١٩٥٨.
٩- رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط١، ١٩٧٦.
١٠- سعيد مبارك وآخرون ، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، ١٩٨٤.
١١- سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بدون سنة طبع، بغداد.
١٢- سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارة دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة.
١٣- عمر واحمد حبو، العقود الإدارية، التطور الحديث بعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (BOT) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
١٤- ماجد راغب ، القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
١٥- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن على شرح لائحة العقود الإدارية رقم (٨١٣) لسنة ١٩٩٤، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٣.
١٦- ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة، جامعة الموصل، ٢٠٠٩.
١٧- محمد حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.
١٨- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
١٩- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٢٠- محمد فؤاد مهنا، مبادئ أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر.
٢١- محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة، القاهرة، ١٩٦٢.
٢٢- محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة، القاهرة، ١٩٦٢.
٢٣- منير محمود، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٩، ص٢٥٦.
٢٤- نعيم مغيغب عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، ط٣، ٢٠٠١.

ثانياً- الرسائل والاطاريح :

١- أياد سعود هاشم، تحديد عقد الأشغال العامة في القانون العراقي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء.

٢- تامر محمد إبراهيم، الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، سنة ٢٠٠٠.

٣- شفاء عبد حسين، الرقابة على إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٥.

٤- علي غازي فيصل مهدي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، ٢٠١٦.

٥- هالة جمال يونس، الحماية الجنائية للعقود الحكومية في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٧.

٦- هدى هاتف مظهر، جرائم الانتفاع من المال العام وصورها- دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد.

٧- ياسين كريم محمد، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، ١٩٩٦.

ثالثاً- البحوث والدوريات :

١- شاب توما منصور، طبيعة مقاولات الأشغال العامة، بحث منشور في مجلة التدوين القانوني، العدد الأول والثاني، ١٩٦٤.

٢- عبد الرحمن تيشوري، عقود البناء والتشغيل والتمويل كشكل من اشكال الشراكة بين العام والخاص، بحث منشور.

٣- عصام عبد الوهاب، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٩، العدد (١) و (٢)، ١٩٩٠.

٤- محمد علي جواد، القضاء الإداري الفرنسي واثره في تطور تعريف الأشغال العامة، جامعة الكوفة، كلية القانون، بحث مقيم غير منشور.

رابعاً- التشريعات :

١- اعتمام وزارة التخطيط /دائرة العقود الحكومية رقم ١٨٢١٨/٧/٤ في ٢٠١٢/٩/٢٠.

٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٣- الشروط العامة والأعمال مقاولات الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني الصادرة من وزارة التخطيط العراقية، الدائرة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩ .

٤- قانون المحاسبة العمومية اللبناني الصادر بالمرسوم المرقم ٤٩٦٩ لسنة ١٩٦٣.

خامساً- القرارات القضائية

١- قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم (٦٧) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٩، مجلس القضاء الإداري في لبنان، العدد (١٩) السنة ٢٠٠٧.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم الإضبارة ٨٧٠ /جزء أولي/٢٠٠٠ ، التسلسل /٤٧٤ في ٢٠٠١/١/٢١.

٣- قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار ٩٦٤١/ حقوقية /٦٨ في ١٩٦٩/٩/٧ المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز العراق.

٤- قرار محكمة التمييز في القضية رقم (٦٥٤/حقوقية) الصادر بتاريخ ٢٥-٧-١٩٦٥، مجلة القضاء العراقية نقابة المحامين العراقية، العدد٢، السنة ٢١، ١٩٦٦.

٥- قرار محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها في القضية ١٦٠٩ في ١٩٥٦/١٢/١٦

٦- المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٥٨) الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من عام ١٩٥٥ حتى عام ١٩٦٥، المكتب الفني في مجلس الدولة.