

امتناع الإدارة عن أداء المقابل المالي في العقود الحكومية

The administration's refusal to fulfill the financial consideration in government contracts

مهدي محمد عبيد الخماسي

مستخلص:

كما الحال في كافة الاتفاقات التعاقدية، قد ينتج عن العقود الحكومية نزاعات قانونية، وأكثر ما تتركز هذه النزاعات حوله هو المقابل المالي الذي يمثل أحد حقوق المتعاقد مع الإدارة، ويشكل الهدف النهائي الذي يسعى للوصول إليه من تعاقد.

إن تصرفات الإدارة عامة تحكمها قواعد خاصة متمثلة بقواعد القانون الإداري، ومن باب أولى أن تكون نزاعات المتعاقد مع الإدارة حول المقابل المالي الأحق بحرص المشرع على آليات فضها، وبالأخص الجهة القضائية المخولة النظر فيها.

إن الأموال التي تتصرف الإدارة فيها هي أموال عامة، وبالتالي تستوجب الكثير من العناية والدراية في التصرف، كما أن سعي الإدارة لتحقيق المصلحة العامة لا يمكن أن يترك أمر تقديرها لقضاء غير مختص، وربما غير ملم بقواعد عمل الإدارة، ويبتعد في قراراته وأحكامه عن تحقيق الصالح العام ويسير في منحى ضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة.

كما أن التحديث الأخير لقانون مجلس الدولة العراقي لم يلحظ في مواده المنظمة لاختصاص القضاء الإداري، فصل نزاعات العقود الحكومية، وفي ناحية مقابلة، إن غالبية هذه النزاعات تدور حول قرارات تصدر عن الجهة الإدارية، وتكون - بعد إتمام التعاقد - منفصلة عن بنود العقد ذاته، وحين لم ينص المشرع العراقي على منع القضاء الإداري من نظر هذه القضايا، يبقى أماننا الاتجاه الفقهي المؤيد لحق القضاء الإداري بالفصل في هذه القضايا، والاتجاه المنطقي لتخصص القضاء الإداري بها.

الكلمات المفتاحية: العقود الحكومية، المناقصات، المرافق العامة، المصلحة العامة، مبدأ المشروعية.

Abstract:

As is the case in all contractual agreements, legal disputes may arise from government contracts. Most of these disputes typically revolve around the financial consideration, which represents one of the contractor's rights when dealing with the administration. The management's actions are generally governed by specific rules, particularly administrative law rules. It is essential that disputes involving the financial consideration are carefully resolved, and the relevant judicial authority,

especially the one designated to handle these disputes, should do so in line with the legislator's intent.

The funds managed by the administration are public funds, which require a great deal of care and diligence in handling. Additionally, the administration's pursuit of the public interest cannot be left to the discretion of an unspecialized and unfamiliar judge who might not be well-versed in administrative work. There is a risk that their decisions and judgments will deviate from achieving the common good and lean towards safeguarding the rights of contractors dealing with the administration. The most recent update of the Iraqi State Council Law did not introduce significant changes in the jurisdiction of the administrative judiciary or establish a separate chapter for resolving government contract disputes. Nevertheless, most of these disputes involve decisions issued by the administrative authority after the completion of the contract, and they are separate from the contract terms themselves. While Iraqi legislation does not explicitly prohibit administrative courts from handling these cases, the prevailing jurisprudential approach supports the right of the administrative judiciary to adjudicate these disputes, given that the logic favors the specialization of administrative courts in this regard

Key word: Government Contracts, Tenders, Public Facilities, Public Interest, Principle of Legitimacy.

المقدمة

تتميز التعاقدات الحكومية ببيئة مميزة تميزها عن غيرها من أعمال الإدارة، كما تميزها عن غيرها من أنواع التعاقد العادي، حيث أن الإدارة حين تقدم على التعاقد فإنها تتصرف في أموال الدولة، ويجب عليها أن تهدف لتحقيق غاية واحدة فقط، وهي المصلحة العامة، وذلك تحت قيود التوريد، والشرعية والملاءمة، نظراً لما يترتب عليه التعاقد الحكومي من التزامات مالية على عاتق الإدارة. إن الحقوق المالية للمتعاقد تمثل الدافع الحقيقي من جانبه لإبرام العقد الإداري، فالمتعاقد وإن كان معاوناً للإدارة في تسيير مرافقها بانتظام واستمرار العقد الإداري المبرم بينهما، إلا أنه فرد يسمى في المقام الأول إلى تحقيق الربح ومن هنا فإن حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه لقاء ما يقوم به من أعمال وما يقدمه من خدمات يعد الحق الأساسي له، والذي يمثل الهدف الذي يسعى إليه من عملية التعاقد^(١).

(١) وفاء محمود أحمد الببواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ١٠.

إن الوضع الغالب أن يقوم المتعاقدين بتحديد الثمن قبل البدء في تنفيذ العقد. فالعقد بعد المصدر الطبيعي لتحديد الثمن المستحق للمتعاقدين، والثمن قد يحدد بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به كدفاتر الشروط بأنواعها المختلفة، وإلى جانب تلك الشروط توجد وثائق أخرى معاونة في هذا الصدد، ومن أمثلتها قوائم الأسعار أو جداول الفئات التي توضح كيفية تقدير الإدارة للأسعار بالنسبة إلى الأعمال المراد تنفيذها، فضلاً عن قوائم الأجور التي تحدد الأجور التي تسدد للعاملين في المشروع محل العقد^(١).

إلا أن الإدارة قد تتعاقد بالاتفاق المباشر دون أن يحدد الثمن في العقد، إذ تطلب من المورد مثلاً أن يورد سلعاً معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد، وفي هذه الحالة يتفق المتعاقدين باتباع الطريقة المقررة تشريعاً لتحديد الثمن، وفي حالة عدم وجود حل تشريعي لمثل هذه الحالة فإن الثمن يحدد بناء على السعر السائد في السوق وقت الشراء^(٢)، ولكن إن نازع المتعاقد في تقدير الثمن فلا مفر من اللجوء إلى القضاء.

أولاً- أهمية البحث:

إن الدعوى التي قد يرفعها صاحب الشأن قد تخضع للقضاء المدني أو القضاء الإداري، وفي القضاء المدني تكون الخصومة حقيقية بين رافع الدعوى وبين الإدارة، والهدف منها بيان المركز القانوني للطاعن وبيان الحل السليم في المنازعة المطروحة، فيكون للقاضي سلطات واسعة بصدد الفصل في الدعوى، يستطيع القاضي الإداري في العراق في صلاحياته وبناء على طلب صاحب الشأن أن يحكم بإلغاء القرارات الإدارية التي اتخذتها الإدارة لتوقيع جزاءات على المتعاقد معها، فضلاً عن ذلك يستطيع القاضي أن يتدخل بتعديل قرار الإدارة، ويحكم على الإدارة بدفع تعويض للمتضرر من تصرفها إذا ما توفرت شروط التعويض بطبيعة الحال، وبالتالي قد يحسم النزاع بسرعة وفعالية ويوفر الجهد والوقت وتراكم الدعاوى، وانطلاقاً من أهمية الحرص على المال العام، وفي الوقت ذاته التنظيم الأمثل للعقود (الحكومية) نرى بأنه يجب إخضاع نزاعات العقود الحكومية لاختصاص القضاء الإداري.

(١) إن غالبية الفقه ذهب إلى أن الشرط الخاص بتحديد الثمن بعد شرطاً ذات طبيعة تعاقدية، يراجع: مطيع علي محمود جببر، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥١٨، كما ذهب الأستاذ العميد سليمان الطماوي لذلك بقوله هو الشرط التعاقدي الأصيل، يراجع: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥٨٦.

(٢) سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٣٩.

ثانياً. أهداف البحث:

إن أول أهداف بحثنا في إمكانية نظر القضاء الإداري في النزاعات المتعلقة بالعقود الحكومية، وبالأخص المتعلقة منها بالمقابل المالي، هو رفع الشبهة عن اختصاص القضاء الإداري في هذه المنازعات، خاصة وأن بيئة العمل الإداري، وما تتمتع به من خصوصية، واتجاه العراق كغيره من الدول ذات النظام القضائي المزدوج إلى تخصيص إنشاء جهات قضائية خاصة بالمنازعات التي تدخل الإدارة طرفاً فيها، حفاظاً على تحقيق المصالح العامة، وتسهيلاً لمجريات العمل القضائي.

ثالثاً. إشكالية البحث:

أن الأصل أن يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه في العقد، ويقع على عاتق الإدارة الوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد وأهم هذه الالتزامات هي الوفاء بالثمن المتفق عليه لقاء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وفي حال إخلالها بالالتزام بأداء هذا الثمن تتعقد مسؤوليتها التعاقدية^(١)، ويأخذ إخلال الإدارة بالتزامها بالوفاء بالثمن المستحق للمتعاقد صور ثلاث (تتجسد الصورة الأولى منها في توقف الإدارة عن أداء ذلك المقابل، والصورة الثانية في تأخيرها عن ذلك الوفاء، والصورة الثالثة في تعديل قيمة الثمن المستحق لتنفيذ العقد بإرادتها المنفردة).

إلا أن الحالة التي تهم بحثنا ونسعى لتناولها هنا هي امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن المستحق للمتعاقد، وهي أولى صور امتناع الإدارة عن أداء المقابل المالي، وفي ظل عدم وضوح النصوص المتعلقة بالتقاضي الإداري في النظام القانوني في العراق، وتعدد الأسباب التي تتداخل في امتناع الإدارة هذا وتشعبها، يبدو لزوماً أن نبحت في الحلول التي تتوفر في متناول المتعاقد مع الإدارة لاقتضاء حقه المالي، والخطوات والسبيل الذي ينبغي عليه سلوكه، وتبرز إشكالية بحثنا في السؤال التالي: هل يمنع الفراغ التشريعي القضاء الإداري من نظر دعاوى العقود الحكومية؟

رابعاً. منهج البحث:

نعتمد في بحثنا المنهج التحليلي لتقصي الغايات المتضمنة في نصوص المواد القانونية والتشريعات النافذة والمتعلقة بالتعاقد الحكومي بشكل عام، واختصاصات القضاء الإداري، كما نستعين ببعض الشيء بالمنهج المقارن في آراء بعض أساتذة القانون والمختصين بالقانون الإداري.

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٧٢.

خامساً- نطاق البحث:

إن النطاق المحدد لمجال بحثنا يتعين في التعاقد الحكومي في المؤسسات والأجهزة الإدارية العراقية، وضمن نطاق عمل القضاء العراقي وفي مجال اختصاصه وولايته، كما يمتد زمنياً منذ اعتماد قانون مجلس شورى الدولة العراقي عام ١٩٧٩ حتى وقتنا المعاصر.

سادساً- خطة البحث:

سيتم تقسيم هذا البحث إلى مقصدين، نتناول في المقصد الأول خصوصية بيئة البحث، ثم نتنقل لنتناول في المقصد الثاني الحالة التطبيقية لمنازعات العقود الحكومية.

المقصد الأول

خصوصية بيئة البحث

تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق حول النظم المتعلقة بعمليات التعاقد، على أنه تلتزم جهة التعاقد باستكمال المتطلبات التالية قبل إعداد وثائق المناقصات للتعاقدات الممولة من الموارنتين الجارية والتشغيلية، بتوفر التخصيص المالي لتجهيز السلع أو الخدمات أو المقاولات بتأييد الدائرة المالية في جهة التعاقد^(١). وبالتالي لا يمكن للجهة الحكومية المتعاقدة بداية أن تقدم على أي عملية تعاقدية دون تأكدها من توافر قدرة التسديد لديها.

كما تنص التعليمات ذاتها بما يتعلق بتسوية المنازعات على أن يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق ودياً، ويكون ذلك من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق أحكام القانون والتعليمات المعنية وبند العقد. أما عند عدم التوصل إلى اتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي ينص عليها في العقد كالتحكيم (الوطني أو التحكيم الدولي) أو بإحالة النزاع إلى المحكمة المختصة في الموضوع لحسمه، إلا أن عدم الوضوح والتحديد الذي تحتويه هذه المادة بالرغم من كونها جاءت ضمن تعليمات التنفيذ العقود، أي واحدة من الخطوات الأخيرة في تحديد كافة الأمور المتعلقة بالعقد ويفترض أن تكون محددة واضحة المعالم.

كما أن الرجوع إلى القوانين المعنية بالبت بمواضيع التعاقد بشكل عام (قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لعام ١٩٦٩ المعدل، وشروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧، وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية لسنة ١٩٨٧)، والقضاء الإداري (قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لعام ٢٠١٧) ينتج عنه عدم وضوح أكبر وتباين في

(١) البند (ج) من الفقرة (ثانياً) من المادة (٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (٢) لعام ٢٠١٤ المعدلة.

الحلول، كما تنص الأحكام العامة الواردة في الفصل الحادي عشر من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية على أنه تخضع العقود العامة المشمولة بهذه التعليمات إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي.

لقد نقل المشرع العراقي التزامات وحقوق مجلس شوري الدولة إلى مجلس الدولة المؤسس بموجب القانون رقم 71 لعام ٢٠١٧، كما نقل إليه محاكمه، مبيّن هذا القانون المحاكم الإدارية وطرق الطعن أمامها حيث أصبحت تلك المحاكم تتبع مجلس الدولة وهو يعتبر هيئة مستقلة يتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها رئيس المجلس ويختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة^(١).

أولاً- مميزات التعاقد الحكومي

يمكن للإدارة أن تلجأ إلى إبرام العديد من العقود الإدارية مع الأفراد بقصد الوفاء بمتطلبات المرافق العامة وإشباع حاجات الجمهور المتزايدة، وفي الحقيقة أن فكرة المرافق العامة وضرورة تلبية احتياجاتها وتأمين سيرها هي الفكرة المهيمنة على العقود الإدارية وهي التي تحكم الروابط الناشئة عنها، وكان من نتائج ذلك أن منحت الإدارة العديد من الامتيازات في مجال العقد الإداري والتي من أبرزها سلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في تعديل العقد وسلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد وأخيراً سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فالقاعدة في هذه العقود هي رجحان كفة الصالح العام على مصلحة الأفراد إذ تمتاز بأن شروطها العامة تحدد مقدماً ولا يملك من يتقدم للتعاقد الإدارة مناقشتها، فالعقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرفق العام والذي يساهم في تسييره^(٢).

إن العقود الإدارية تتفق مع عقود القانون الخاص في أنها تُنشئ بين الأطراف حقوقاً والتزامات متبادلة، غير إنها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فتتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد، فبينما نجد مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة نجد كفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، وذلك من خلال السلطة التي تتمتع بها الإدارة دون أن يكون للطرف الآخر الحق في التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

كما أن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة في الأصل من الإرادة الحرة لطرفيه، والملفت للنظر أن السلطة الإدارية المختصة بالتعاقد لا تتمتع بحرية التعاقد نفسها التي يتمتع بها الأفراد فيما بينهم،

(١) علي صابر الرويمي، سلطة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://www.iraqfsc.iq/news.5063>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٨/٣٠.

(٢) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، ص ٣٣٤.

سواء لجهة اختيار الفريق الآخر في العقد، أم لجهة الشكليات والأصول المفروضة لإبرامه، وهذا ليس محصوراً في عقودها الإدارية، بل هو كذلك في عقودها المدنية، وتعليل ذلك على صون مصالح الإدارة لاسيما المالية منها، وتأمين الحد الأقصى من الضمانات حمايةً للمصلحة العامة، فحتى يكون العقد سليماً يجب أن يتم التعبير عن إرادة الإدارة وفق عملية تمر بمراحل ثلاث، هي أهلية الموظف المتعاقد، وإبرام العقد، والتصديق عليه، إن الإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة، والعقد الإداري، كما كل عقد، ينشئ الحقوق ويرتب الموجبات^(١).

إن الشخص العام باعتباره وحدة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية، أي بأهلية قانونية، وإرادة، وبذمة مالية، ما يجعله قادراً على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعلى التعاقد في حدود نظامه القانوني واختصاصه، وبذلك إذا كان القانون أو النظام الخاص بالشخص العام لا يحظر عليه أن يبرم عقوداً معيناً أو في مجال معين، فإن هذا الشخص يكون حراً من حيث المبدأ في إبرام عقود لتأمين معاونين له في أدائه لمهامه، ولكي يؤمن لنفسه الوسائل المادية الكفيلة بتنفيذ وظائفه والقيام بها خير قيام^(٢).

كما أنه في العقد الحكومي تخضع السلطات الإدارية في إبرام عقودها لقيود لا يواجهها الأفراد في عقودهم الخاصة، لأن الإدارة لا تتعاقد لمصلحة فردية وإنما لأجل تحقيق المصلحة العامة، وهي لا تتصرف بمالها الخاص بمشيئتها، بل تتصرف بالمال العام، والقيود التي تخضع لها الإدارة في إبرامها العقد، تنسحب على جميع العقود التي تبرمها، لأن حكمة هذه القيود هي حماية المصلحة العامة وأموال الخزينة العامة.

إن القيود المفروضة على الإدارة عند قيامها بإبرام عقودها، هي قيود عامة، ومخالفتها تؤدي إلى بطلان العقد، وإن السلطة الإدارية ليست حرة بالكامل في اختيار من تتعاقد معهم، فالمشرع يقيد الإدارة من هذه الناحية أكثر من الأفراد، لأنه يرمى إلى اختيار أفضل المتعاقدين، ولأن اختيار متعاقد غير كفء فنياً أو مالياً، يهدد المرافق العامة بخطر عدم الاستمرارية، ما يتبع ذلك من تبديد للمال العام، كما يهدف المشرع إلى ضمان الحيادية من جهة، واستبعاد شبهة المحاباة وتفضيل متعاقد على آخر من جهة أخرى، إلى غير ذلك من الاعتبارات الشخصية التي تجافي المصلحة العامة^(٣)، وبهذا

(١) يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات صادر الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٤٨٨.

(٢) علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص ١٢٢.

(٣) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٥١١.

يفرض القانون قيوداً على الحرية التعاقدية لأطراف العقد الإداري، إذ يوجب عدم إتباع الطريق التعاقدية في مجال محدد، وهذا يتم إما بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر. إن الأساس القانوني للقيود المفروضة على التعاقد في العقود الحكومية، يتمثل في فكرة السلطة العامة التي تبرز بصورة واضحة في عقود الإدارة والهادفة إلى إشباع الحاجات العامة^(١)، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، بصفتها معياراً للنظام العام فهي غاية العمل الإداري ومناطه وحول هذه الفكرة تدور المشروعية أو عدم المشروعية لتصرفات الإدارة، وبناء على ما تقدم تعد القيود السابقة على التعاقد من الشروط الضرورية لإبرام العقد الإداري الذي يختلف عن أحكام القانون الخاص، إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيود تفرضها القوانين واللوائح.

فالتعاقد الإداري يكون مسبوقاً بإجراءات سائدة وموافقات يشترطها القانون، الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، كذلك يتوجب على الإدارة تهيئة جداول الكميات والخرائط والمخططات الخاصة بالمشروع^(٢)، وقد أوجب المشرع العراقي على جهات التعاقد الإدارية مراعاة استكمال متطلبات عدة قبل قيامها بالتعاقد، ومن تلك المتطلبات تحديد الحاجة الفعلية للإدارة المعنية إلى السلع والخدمات المطلوب شراؤها، وهذا ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤^(٣).

إن أهم مميزات العقود الحكومية هي تمتع الإدارة بسلطات استثنائية تفوق ما يتمتع به أطراف العقود المدنية من حقوق والتزامات متبادلة، وهي الفكرة المبنية على أساس تصرف الإدارة بالأموال العامة للدولة، وبالتالي ليس لها -إن أرادت- أن تتنازل عن تلك الحقوق، وإذا كان ما سبق هو نتيجة اهتمام الدولة بالتعاقد الحكومي، فمن باب أولى أن يوكل اختصاص النظر في نزاعات العقود الحكومية إلى القضاء الإداري، كونه الأقدر على تقدير مصلحة الدولة وموازنتها مع مصلحة الطرف المتعاقد مع الإدارة، " وإلا لما الاهتمام بالإجراءات والمعايير والقيود اللازمة للتعاقد في العقود الحكومية؟".

إذا ما سلمنا جدلاً بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة فهل أن طرفي العقد الإداري متساوون في المراكز القانونية وهل من الممكن أن تتحول العلاقة بين المتعاقدين في العقد الإداري من علاقة تقوم على أساس تفرد الطرف القوي إلى علاقة توافقية قائمة على أساس التفاوض والحوار والاتفاق؟

(١) مازن ليلو راضي، معايير تميز العقود الإدارية، دار المصبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٥.

(٢) سعد الجبوري، الرقابة على الإنفاق العام في العقود الحكومية، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، ٢٠١٣، ص ٥٥.

(٣) انظر: البند (ثانياً) من المادة (٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي تنص على أن " تلتزم جهة التعاقد باستكمال المتطلبات التالية قبل إعداد وثائق المناقصات للتعاقدات الممولة من الموازنيتين الجارية والتشغيلية: أ. وجود دراسة للحاجة الفعلية للمقولة أو تجهيز جهة التعاقد للسلعة أو الخدمة.. "،

ثانياً. الرقابة القضائية على سلطات الإدارة في التعاقد الحكومي:

إن للإدارة مكنة فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية تقتضيها مبررات حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أن فرض هذه الجزاءات ليس أمراً مطلقاً للإدارة تأتية كيفما تشاء بل أن ممارستها لهذه السلطة تخضع لقيود وضوابط معينة تنص عليها التشريعات التعاقدية من جهة، وتخضع الإدارة في ممارستها لهذه السلطة إلى رقابة القضاء سواء من حيث توافر الشروط الموضوعية لفرضها أو من حيث تقدير مدى ملائمة الجزاء المفروض مع المخالفة الحاصلة من المتعاقد، على نحو ما أستقر عليه القضاء العراقي^(١).

إن فرض الإدارة للجزاء على المتعاقد معها يتم عبر قرار إداري، وبالتالي يجب أن يخضع لكافة قيود المشروعية والملاءمة التي يوجبها القانون في القرارات الإدارية، والتي تصل حد الرقابة على الهدف المخصص من قبل المشرع، وتطال عيوب المشروعية الممكنة في مجال بحثنا هنا (عيب الشكل والإجراءات- عيب الانحراف بالسلطة- عيب السبب).

أ- رقابة مشروعية تصرفات الإدارة:

إن قواعد الشكل والإجراءات -في القرارات الإدارية- مقررّة لمصلحة الإدارة والأفراد على حد سواء، فالقضاء الإداري قد أخط لنفسه طريقاً وسطاً فهو لم يتشدد في التمسك بقواعد الشكل إلى الحد الذي يعوق من نشاط الإدارة، ولم يسمح بعدم الاعتداد بها لذلك فقد قدر إن القرار الإداري المعيب بالشكل والإجراءات لا يكون باطلاً إلا في حالة إذا نص القانون على شكل أو إجراء معين، ورتب البطلان على مخالفة ذلك الشكل أو الإجراء، فهنا يجب على الإدارة الالتزام بما نص عليه القانون^(٢). كما أن عيب الانحراف بالسلطة من العيوب الداخلية أو المادية التي تشوب القرار الإداري في ركن الغاية أو الهدف فتجعله جديراً بالإلغاء، وهو يعني استعمال الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو أنها مغايرة للغاية التي حددها القانون، وقد لا يكفي المشرع بتحقيق المصلحة العامة بمعناها الواسع، بل يخصص للإدارة هدفاً يجب أن تسعى من خلال قراراتها إلى تحقيقه، فإذا خرج القرار عن هذه الغاية ولو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها، فأن قرارها يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة ووقع باطلاً^(٣).

(١) عثمان سلمان غيلان العبودي، النظرية العامة للعقود الحكومية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ٢١٩.

(٢) جاسم كاظم كباشي العبودي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٧٤.

(٣) نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، كلية القانون، الجامعة العراقية، بغداد، ٢٠١٨، ص ٣٠٢.

كذلك يقصد بعيب السبب يقصد به عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري في سببه بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني، ويعد عيب السبب من أهم عيوب القرار الإداري وأخطرها، إذ يمثل الأساس الذي يستند إليه القرار الإداري، وهو أحد أوجه عدم مشروعية القرار الإداري الناجمة عن عدم استناده إلى وقائع مادية أو قانونية تسوله، أو قد يستند إلى وقائع غير صحيحة من ناحية التكييف القانوني^(١).

ب- رقابة ملائمة تصرفات الإدارة:

تتمثل رقابة الملائمة بدور القاضي في التحقق مما إذا كانت الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار قرار الجزاء ومنها جزاء مصادرة التأمينات تكفي سبباً لحملها على إصداره أم لا، أي أن القاضي يقدر مدى جسامة المخالفة، وما إذا كان الجزاء بناسها أم أن الإدارة قد تجاوزت في تقديره فارتكبت خطأ في تكييف الوقائع الداعية إليه وهو ما يعد رقابة على ملائمة القرار ولكنها ليست ملائمة متروكة لتقدير الإدارة بل هي ملائمة قام بها القانون ذاته باعتبارها في تقديره من شروط مشروعية القرار^(٢)، لأن الملائمة هي عنصر من عناصر المشروعية وهذا يوضح لنا وجود فارق أساسي بين الشرعية والملائمة، فشرعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف التزام جانب القواعد القانونية، أما ملائمة تصرف ما فإنما تعني أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة^(٣).

إن القضاء عندما يمارس رقابة الملائمة فهو لا يخرج على رقابة المشروعية لأن الملائمة في هذه الحالة عنصر من عناصر الموضوعية، وهذا يقودنا إلى أن هناك فرقاً أساسياً بين المشروعية والملائمة، فشرعية تصرف تعني أن هذا التصرف جانب قاعدة قانونية، أما ملائمة تصرف فتعني أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة.

كذلك ففكرة الملائمة فكرة نسبية ولا نعني بأن الشرعية والملائمة فكرتان متناقضتان لأنه إذا كانت مشروعية قرار من القرارات يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد قانونية فان تقدير

(١) إقبال فاضل خضير أبو كسور، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٤.

(٢) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٢٦.

(٣) رشاد محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٨٧.

ملائمة هذا القرار أو الإجراء لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية^(١).

إن الأساس القانوني لرقابة الملائمة هو أن الإدارة عند اتخاذها لقرار الجزاء المالي تنتهض سلطة القضاء في إقامة موازين القسط في أمور عديدة، منها مقدار خطورة المخالفة على المصالح المعتبرة بغض النظر عن نوعها ومقدار ما يناله الجزاء من حق أو حرية أساسية، وعلى قدر وصوله إلى نقطة التوازن المرجوة يقدر توفيقه في الوصول إلى التناسب الذي لا يكون معه الجزاء قاسياً بالقدر الذي يمثل معه اعتداء على حرية أو حق جدير بالاهتمام والرعاية ولا يكون في الوقت نفسه واهياً مما يؤدي إلى هدر مصالح أساسية^(٢).

لقد امتدت رقابة القضاء الإداري الفرنسي لتشمل الرقابة على تقدير الإدارة، للوفائع وملائمة قرارها الإداري للمصالح العام فأنشأ في هذا النطاق نظريتين (الغلط البين في التقدير) و(الموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري)، وبواسطة هاتين النظريتين أخذ يلغي القرارات الإدارية التي يشوبها غلط بين من جانب الإدارة في تقدير الوفائع، امتدت رقابة القضاء على قرار الجزاء الجنائي أو المالي الذي تصدره الإدارة على المتعاقد معها إلى نطاق واسع.

أما بالنسبة للوضع في العراق نجد أن القضاء العراقي قد ساير القضاء الإداري الفرنسي في الاتجاه المتقدم في رقابة ملائمة القرارات الصادرة من الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها، وهذا ما بينته محكمة التمييز في قرارها الذي ذهب فيه إلى أنه ".... ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض وجد أن التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه"^(٣).

إذا كانت الإدارة تفرض الجزاء بسلطتها التقديرية، فإن تدخل القاضي وفرض رقابته في حالة إذا كان تقدير الإدارة مفرطاً وبعيداً عن المعقولية سواء كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء، والأمر هنا ليس استثناء يرد على قاعدة أن القاضي الإداري قاض للمشروعية دون الملاءمة، إنما هو مجرد انتقال لعناصر التقيد من دائرة التشريع إلى دائرة المبادئ القانونية العامة وذلك إزاء عدم تدخل المشرع بتقييد الإدارة، ومن ثم يحل محله القاضي بقدرته على التحديد بدلاً من العمومية والتجريد^(٤).

(١) حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائماتها (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٧٥.

(٢) محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٧٣.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (١٢٩) م/٣، الصادر في ٢٠٠٤/٣/٨.

(٤) زهراء هشام إبراهيم عبد الرحمن القزاز، مصادرة التأمينات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢١، ص ٢٠٥.

إذا أخطأت الإدارة في مباشرة سلطتها التقديرية يجب على القاضي الإداري ممارسة دوره لإعادة الأمور إلى موازينها القانونية، فهنا يكون القاضي الإداري مختص برقابة المشروعية والملائمة في أن واحد، والأساس القانوني لرقابة الملاءمة فهذه الرقابة تدخل في نطاق أو إطار رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري، وذلك بوصف إن ملاءمة هذه القرارات هي شرط لمشروعيتها^(١). إن القاضي في رقابته على الإدارة يرد الوضع إلى درجة الموازنة إذا كان الجزاء المفروض من الإدارة مبالغاً فيه ولا يتناسب مع مقدار الخطأ، ودخول تقدير الجزاء في نطاق السلطة التقديرية للإدارة لا يعني بالضرورة ألا تتصرف رقابة القضاء إليها بل لا يعني في الواقع أكثر من ترك قدر من حرية التصرف للإدارة بوصفها الأقرب للوقائع اليومية ومن ثم الأكفأ على تقدير بعض الأمور التقديرية التي تختلف من حالة إلى أخرى، ومن ثم فإذا كان تقدير الجزاء من الأمور المتروكة للإدارة فإن للقضاء أن يتدخل ويفرض رقابته إذا جاء تقدير الإدارة هذا مفرطاً وبعيداً عن كل حد معقول سواء كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء.

مما تقدم وإذا كان المشرع سيمنح إحدى جهتي القضاء سلطة الفصل في النزاعات المتعلقة بالعقد الحكومي، فإن هذه الجهة يجب أن تكون الأقدر على مراعاة الظروف الخاصة بالتعاقد الحكومي والهدف منه.

(١) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مرجع سابق، ص ١٢٨.

المقصد الثاني

الحالة التطبيقية لمنازعات العقود الحكومية

لقد عالج القضاء العراقي سابقاً موضوع الاختصاص القضائي المتعلق بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، كما طلبت بيان الرأي القانوني باختصاص القضاء الإداري بالطعن في مثل هذه القرارات.

"طلبت وزارة التخطيط رأي مجلس شورى الدولة في شأن ما ورد في كتاب وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، حول إمكانية قيام الهيئة التمييزية المشتركة بين مجلس شورى الدولة ومحكمة التمييز والخاصة بتحديد الاختصاص لبيان رأيها في شأن تحديد جهة الطعن بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية مع بيان الرأي القانوني باختصاص القضاء الإداري بالطعن بمثل هذه القرارات"^(١).

بينت وزارة التخطيط بكتابها أنف الذكر بأن اختصاصات محكمة القضاء الإداري قد ورد في قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ حيث تتولى النظر في صحة القرارات الإدارية من الغاء وتعويض وان هناك محكمة إدارية تشكلت في وزارة التخطيط بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ومقرها في محكمة استئناف الرصافة تتولى النظر في الاعتراضات المقدمة من المفاولين على إجراءات المناقصة وقرار الاحالة قبل توقيع العقد.

"وترى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم بـ(١٠٤٥٣/ع) في ٢٠١١/١١/٣ المذكور أنفاً بأن القرارات القابلة للانفصال عن عقود الادارة العامة والتي تصدر قبل او بعد إبرام العقد كقرار الإحالة أو إلغاء الإحالة أو فرض الغرامات أو مصادرة التأمينات أو سحب العمل يتم الطعن بها حالياً أمام القضاء العادي في حين بين فقهاء القضاء الإداري بأنه يجوز الطعن بتلك القرارات بدعوى الإلغاء أو التعويض أمام القضاء الإداري لكونها قرارات إدارية مستقلة عن العقد وهو معمول به في أغلب الدول التي فيها قضاء إداري متخصص مثل فرنسا ومصر".

"حيث أن هيئة تعيين المرجع المشكلة بموجب البند (رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ تختص بتحديد المحكمة المختصة في حالة تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الاداري واية محكمة مدنية اخرى . وحيث ان اختصاصات محكمة القضاء الاداري محددة في الفقرة (د) من البند (ثانياً) من المادة آفة الذكر وليس من بينها المنازعات الناشئة عن العقود او المنفصلة عنها".

(١) قرار مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٢٠١٢/٥٩) الصادر في ٢٠١٢/٨/٧، منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل العراقية، متاح على الرابط الإلكتروني التالي: <https://www.moj.gov.iq/view.153> ،

وحيث أن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ قد حدد اختصاصات محكمة العقود الحكومية وهي المختصة بالنظر في صحة القرارات الصادرة عن الإدارة قبل توقيع العقد. وحيث أن قرارات فرض الغرامة أو سحب العمل تستند إلى نصوص واردة في العقد وليس للإدارة بصفتها سلطة عامة.

إن الفقرة (ج) من البند (خامساً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة قضت بأن لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتعطيل منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها، وتأسيساً على ما تقدم من أسباب يرى المجلس: لا تختص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى نصوص واردة في العقد.

لقد ذهب المجلس في رأيه إلى عدم اختصاص القضاء الإداري في العراق بنظر القرارات الإدارية المستندة إلى نصوص وردت في العقد، وقد اعتمد في قراره على عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود أو المنفصلة عنها، وذلك في قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل. وأن قرارات فرض الغرامة أو سحب العمل تستند إلى نصوص واردة في العقد وليس للإدارة بصفتها سلطة عامة.

يبدو لنا أن ما ذهب إليه المجلس في كون تلك القرارات تستند إلى نصوص واردة في العقد يعود ببيانه إلى دراسة العقد محل النزاع، كما أن قانون مجلس شورى الدولة في العراق لم يشر إلى اختصاص لمحكمة القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن العقود أو المنفصلة عنها.

إلا أن القرار الإداري الذي نبحت بصدده وهو امتناع الإدارة عن صرف المقابل المالي للمتعاقد معها ليس مستنداً إلى نصوص واردة في العقد، فهو ليس من ضمن الجزاءات المالية المقررة لجهة الإدارة في تعاملها مع المتعاقدين، كما أن النظام القانوني الذي بنى عليه مجلس شورى الدولة قراره قد تم تعديلها، ابتداءً من قانون المجلس، وأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ قد ألغي، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ تم إلغاؤها.

إن التعديل الأخير لقانون مجلس الدولة العراقي نص أن مجلس الدولة يمارس في مجال الرأي والمشورة القانونية توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري.

كما أن القانون الجديد نص أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام، التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة

معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بزوي الشأن^(١). ويعد في حكم الامر او القرار رفض او امتناع الموظف او الهيئة عن اتخاذ امر او قرار كان من الواجب عليهما اتخاذه قانوناً^(٢).

إن القضاء العراقي قد عاد فقرر أن الطعن التمييزي المقدم يتعلق بالقرار الصادر من محكمة بداءة الرصافة في جلسة المرافعة المؤرخة ١١ / ١ / ٢٠١٠ بإحالة الدعوى الى محكمة القضاء الإداري للنظر فيها حسب الاختصاص الوظيفي، استناداً للمادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، وأن المادة ٢١٦ / ١ من قانون المرافعات المدنية قد أجازت الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من محكمة البداءة والموضحة في الفقرة المذكورة ، ومن ضمنها قرار رفض الإحالة لعدم الاختصاص القيمي أو المكاني، ولم تنطرق الفقرة أعلاه إلى موضوع الاختصاص الوظيفي، فضلاً عن أن القرار المميز يتعلق بقرار الإحالة وليس قرار رفض الإحالة ، وعليه قرر رد الطعن التمييزي شكلاً^(٣).

أولاً-دعوى الإلغاء:

استقر فقهاء القانون العام على أن الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية، يتمثل في إخضاع تصرفات السلطات العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل نظام الدولة القانونية وتتعزيز مبادئه، حيث لا بد أن تكون هناك آلية تحول دون تعسف الإدارة أو تماديها في التعسف بعد وقوعه فإن خضوع الإدارة لرقابة القضاء يمثل أهم ركن في بناء الدولة القانونية، فالإدارة تعمل في نطاق المشروعية تخضع للقانون الذي يمنح الاعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم^(٤).

إن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة يتولاها القضاء الإداري، لكن في بعض الأحيان تطرأ نزاعات ناتجة عن أعمال إدارية، بحيث نرى أنه بإمكانية القضاء العدلي النظر فيها؛ هذا الموقف لا يمكن اعتباره خرقاً لمبدأ فصل السلطات الذي يمنح على القضاء العدلي التدخل في أعمال الإدارة وشذوذاً عن القاعدة التي تفرض خضوع الإدارة إلى القانون العام دون القانون الخاص،

(١) الفقرة (رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لعام ١٩٧٩ المعدل.

(٢) الفقرة (سادساً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لعام ١٩٧٩ المعدل.

(٣) حكم محكمة استئناف بغداد – الرصافة الاتحادية رقم (٩٥)، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٠، منشور على الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٨/٣٠.

(٤) علي حسين غيلان الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، أطروحة معدة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص ٥.

والسبب في ذلك يعود إما إلى الغموض في طبيعة العمل الإداري، وإما إلى صراحة النص الذي يخضع هذا العمل الإداري لصلاحيه القضاء العدلي^(١).

أما بالنسبة إلى نشأة دعوى الإلغاء في العراق، فقد انعقد الاختصاص بالنظر في الطعون المتعلقة بإلغاء الأوامر والقرارات الإدارية المخالفة للقانون لمحكمة القضاء الإداري التي أنشأها المشرع بموجب القانون رقم (١٠٦) لسنة (١٩٨٩) وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة (١٩٧٩) فقطع بذلك الجدل حول صلاحية القضاء العادي قبل صدور القانون المذكور في إلغاء القرارات الإدارية من جهة وتردد القضاء العادي في ممارسة هذه الصلاحية من جهة أخرى وبذلك تعتبره دعوى الإلغاء في العراق من صنع المشرع^(٢).

إن دعوى الإلغاء لتجاوز حد السلطة، وإن كانت تنتهي عادة بقبول طلب الإبطال أو رده بحكم نشأتها في ظل مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، ومنع القاضي الإداري من توجيه الأوامر إلى الإدارة أو الحلول محلها، فإنها تحولت إلى مراجعة موضوعية تطلق سلطة القاضي الإداري في رقابته على مشروعية الأعمال الإدارية مع تحول مبدأ الفصل الحاد إلى مبدأ التعاون بين القضاء والإدارة على احترام هذه المشروعية بحيث يتمكن القاضي من إرشاد والإدارة نحو السبل الواجب سلوكها لتأمين مبدأ احترام المشروعية^(٣).

إن الشروط الخاصة باستخدام دعوى الإلغاء فيتوجب على القضاء الإداري عندما تعرض عليه دعوى الإلغاء النظر في الشروط التي تتعلق بالعمل المطعون به، وفي حال تخلف أحد هذه الشروط تقرر المحكمة رد الدعوى، دون أن تتعرض لبحث موضوعها^(٤)، أن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً بإمكانه إلحاق الضرر بالشخص الطاعن، إن عدم توافر هذا الشرط يكون على المحكمة برد الدعوى شكلاً من دون موضوع الدعوى وذلك وفقاً لقانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي اشترط، أن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً صادراً عن سلطة وطنية، بالإضافة أن يكون القرار عملاً نافذاً، ومن شأنه إلحاق الضرر بالشخص الطاعن^(٥)، وأن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً صادراً عن سلطة وطنية.

(١) أمين صليبا، الوافي في القانون الإداري العام (مبادئ أساسية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٩، ص ٢٤٨.

(٢) مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المسئلة، بغداد، ٢٠٢٢، ص ١٦٤.

(٣) سمير سهيل دنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٤٨.

(٤) نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٥) انظر: المادة (٧) في الفقرة ثانياً/د من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

كما يشترط أن يكون القرار الإداري مؤثراً في مركز الطاعن، كونه عملاً إدارياً تبغى الإدارة من ورائه إحداث أثر قانوني معين، كإجراء تعديل أو تجديد أو إبطال في النظم القانوني، ما يخلف حقوقاً جديدة أو يفرض التزامات جديدة، ويجب أن يكون القرار صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة ونهائياً. وقد اعتبر القضاء الإداري العراقي عدم مشروعية قرار الإدارة خطأً يمكن أن يثير مسؤوليتها، وقد سمح المشرع العراقي في المادة السابعة من قانون مجلس الدولة الجمع بطلب واحد بين دعوى الإلغاء والفضاء الكامل حينها يكون التعويض تابعاً للإلغاء في حال كان له مقتضى^(١)، ويتبين من ذلك أن محكمة القضاء الإداري العراقي لا تختص بالنظر في طلبات التعويض في حال رفعت إليها بصفه أصلية.

كما أن عدم مشروعية القرار الإداري في حال كان كافياً لإلغائه فهو لا يعد كافياً لتقرير مسؤولية الإدارة عنه، ففي حال كان عدم مشروعية القرار يعد كافياً لتقرير إلغائه، ولكن ليس بالضرورة أن يكون مصدراً للمسؤولية وسبباً للحكم بالتعويض في حال ما نتج عن تنفيذ القرار ضرر للفرد، ولا يمكن المطالبة بتعويض عن قرار إداري إلا في حال كان مخالف للقانون أو مشوب بعيب سوء استعمال السلطة^(٢).

ثانياً- مزايا القضاء الإداري:

أ- الحجية

نصت المادة ١٠٥ من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل اعلى أن الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق إذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، وفي ذلك نص قانون مجلس شورى الدولة العراقي المعدل على أن القرار الصادر من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة السابقة في العراق ومن المحكمة الاتحادية العليا في دعوى الإلغاء في الوقت الحاضر يتمتع بحجية الشيء المقضي به كسائر الأحكام القطعية^(٣)، حيث يكون ذلك القرار حجة فيما قضى به وينص القانون المذكور في المادة السابعة منه على أنه يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً^(٤).

(١) الفقرة (ثامناً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٣) مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٧٩.

(٤) الفقرة (ثامناً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ب- توجيه الأوامر:

إن الفقه القانوني العراقي لم يولي الاهتمام الكبير لمبدأ حظر توجيه القضاء أوامر للإدارة، وحظر حلوله محلها اهتماما ملموسا وواضحا، ومع ذلك نجد أن بعضهم يقف موقفا مؤيدا لهذا المبدأ، ومن ثم ينتقد موقف كل من المشرع والقضاء الإداري العراقي والمتمثل بتحويل القضاء الإداري سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة وسلطة الحلول محلها عن طريق قيامه بتعديل القرار الإداري المطعون به، ويرى أن هذا الخروج من قبل القضاء الإداري العراقي على هذا المبدأ، يعد تدخلا من جانب القضاء الإداري العراقي على هذا المبدأ، ويعد تدخلا من جانب القضاء الإداري في مجالات تدخل في صميم اختصاصات الإدارة^(١).

بينما كان موقف القضاء العراقي أنه تجاوز حدود سلطاته إلى أبعد من الحكم بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه إلى إصدار أوامر صريحة إلى الإدارة للتنفيذ ما يصدره من أحكام فالمادة ٧/ثامنا من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي نصت على "تبت محكمة القضاء الإداري في الطعن المقدم إليها ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغائه أو تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي"، وبناء على النص المذكور فإن سلطات القاضي الإداري في العراق تتمثل ب (رد الطعن - إلغاء القرار المطعون فيه - تعديل القرار المطعون فيه - الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى ويطلب من المدعي).

إلا إن الملاحظ ومن خلال الأحكام الصادرة من القضاء الإداري العراقي نجد ان القاضي الإداري لم يكتف بالسلطات الممنوحة له المذكورة أعلاه، وإنما توسع في سلطاته لتشمل سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة وبالأخص فيما يتعلق بقضاء الموظفين.

نتيجة ما تقدم:

إذا كان القضاء الإداري يحرص على الطبيعة الخاصة لأعمال الإدارة والأهداف التي تسعى إليها في تحقيق المصلحة العامة وتفوقها على المصلحة الخاصة، إضافة إلى امتلاكه صلاحيات النظر في القرارات الإدارية وتصل صلاحياته حتى تعديلها والحكم بالتعويض، وتتمتع أحكامه بالحجية، ولعدم وجود النص الممانع من اختصاصه في نزاعات العقود الإدارية، وبالأخص المتعلقة بالمقابل المالي، كما أن نظر القضاء الإداري في هذه النزاعات وسرعة حكمه فيها وحله للموضوع يوفر على القضاء المدني أعداداً من الدعاوى قد تطول بسبب المجادلات بين الإدارة (وبالأخص باحتجاجها بتحقيق الصالح العام) مقابل القضاء المدني.

(١) غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد ٢، بغداد، ٢٠٠١، ص ١٠٠.

الخاتمة

تتعدد المنازعات في العقود الحكومية في العراق بشكل كبير، ويعود ذلك إلى عدة عوامل، منها الفساد والتلاعب في إجراءات التعاقد، وعدم الالتزام بالشروط والأحكام المتفق عليها في العقد، وتشمل تلك المنازعات على سبيل المثال لا الحصر، تأخر الدفعات وعدم تحويل الأموال المستحقة للمقاولين، وتأخر التسليمات وعدم استلام المواد أو الخدمات المتفق عليها في العقد، والتغييرات التي تطرأ على العقد دون موافقة المقاول أو تعديلها بصورة غير مشروعة.

كما تعدّ منازعات العقود الحكومية أحد المواضيع التي يتم التداول فيها بشكل كبير في العراق، ويعتبر تحديد الجهة القضائية المكلفة بنظر هذه النزاعات بشكل واضح وصريح حاجة ضرورية وملحة، وحذاً لو يقوم المشرع العراقي بتضمين هذا الاختصاص في النصوص الشاملة لاختصاص محكمة القضاء الإداري، إذ أن القضاء الإداري يمتلك من الأدوات والخبرات ما يكفل ضمان الأموال العامة بالتوازي مع تأمين مصالح المتعاقد مع الإدارة، والحال السريع والفعال للمنازعة الإدارية. إن طبيعة المنازعات محل البحث إدارية واضحة ولا يبدو من مجال للاختلاف بشأنها، وبناءً على هذا الوضوح واتجاه المشرع العراقي الواضح للأخذ بنظام القضاء المزدوج، يجب أن تكون كافة النزاعات المرتبطة بالعقد الحكومي في متناول واختصاص القضاء الإداري.

أولاً- النتائج:

١- إن الأعمال التعاقدية للإدارة تفرض خصوصيتها بما لا يترك مجالاً للشك في ضرورة إفراد جهة قضائية متخصصة لحسم النزاعات التي قد تنشأ بسببها، خاصة أنها ترتبط بضرورة هامة وهي الحفاظ على الأموال العامة.

٢- إن الفراغ التشريعي لا يعني اتجاه المشرع العراقي إلى منع الاختصاص بنظر منازعات العقود الحكومية عن محاكم القضاء الإداري، حيث لم يمنع المشرع هذا الاختصاص بنص قانوني صريح، كما لا يبدو لنا في الاجتهاد القضائي ما يشير إلى هذا الاتجاه.

٣- إن قراءة وتحليل نصوص قانون مجلس الدولة العراقي يشير إلى اتجاه المشرع والدولة بالتعاقد الحكومي، فمن باب أولى أن يوكل اختصاص النظر في نزاعات العقود الحكومية إلى القضاء الإداري، كونه الأقدر على تقدير مصلحة الدولة وموازنتها مع مصلحة الطرف المتعاقد مع الإدارة.

٤- تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على اتباع الطرق الودية بداية في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الحكومية وتشير إلى نظام التحكيم (الداخلي والدولي)، وهو اتجاه مشجع ومحمود شريطة أن يعتمد المشرع إلى إقرار قانون التحكيم في العراق.

٥- يبدو وجود بعض التناقض في الاتجاهات الفقهية والقضائية بمعارضة التحكيم كوسيلة لحل نزاعات العقود الحكومية، تحت حجة سلبها الاختصاص للقضاء الوطني عموماً والقضاء الإداري، الذي يفضل اعتماده لنظر هذه النزاعات، وبين عدم تحديد الجهة المعنية بنظر هذه النزاعات.

ثانياً. المقترحات:

- ١- نقترح تعديل نص المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي، في الفقرات المختصة بتحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل ما معناه أن تختص هذه المحكمة في أي منازعة قضائية تكون الإدارة طرفاً فيها.
- ٢- رتق الشرح بين الاتجاهات المتباينة في التشريعات العراقية، لا سيما الاتجاه لتبني نظام التحكيم في حل نزاعات التعاقدات الحكومية وبالأخص الاستثمارية، وذلك عبر إقرار قانون التحكيم والعمل على صياغة قانونية محكمة وواضحة له.
- ٣- إن قانون مجلس الدولة يسمح بتشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري عند الاقتضاء، ويجب تفعيل هذه الفقرة واستغلال هذه الإمكانية نظراً لوجود الحاجة الفعلية لها.
- ٤- إن نص الفقرة (ثامناً) من المادة سابعاً من قانون مجلس الدولة تنص على تدخل بين سلطتي القضاء الإداري والإدارة، إذ تمنح محكمة القضاء الإداري تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه، وفي هذا النحو يفضل إما أن يعتمد المشرع هذا الاتجاه ويكرسه من خلال ضمانات مهنية وفنية خاصة بالجهات القضائية التي ستتولى التعديل، أو أن يتم تعديل هذه الفقرة.
- ٥- إن اتجاه المشرع العراقي إلى تقييد حق التعويض للمتضرر من أعمال الإدارة بتقديمه طعناً بالقرار أو الأمر الذي أحدث الضرر، هو اتجاه يفضل إعادة النظر فيه، فقد لا يكون في القرار الإداري ما يوجب الطعن أو عدم المشروعية إلا أنه يتسبب بالضرر لبعض الأفراد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:

- ١- أمين صليبا، الوافي في القانون الإداري العام (مبادئ أساسية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٩.
- ٢- مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٣- سليمان الطماوي لذلك بقوله هو الشرط التعاقدى الأصيل، يراجع: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٤- حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.
- ٥- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٦- زهراء هشام إبراهيم عبد الرحمن القزاز، مصادرة التأمينات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢١.
- ٧- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، ٢٠١٤.
- ٨- سمير سهيل دنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٩- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ١٠- عثمان سلمان غيلان العبودي، النظرية العامة للعقود الحكومية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.
- ١١- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.
- ١٢- مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المسلة، بغداد، ٢٠٢٢.
- ١٣- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٣.
- ١٤- مازن ليلو راضي، معايير تميز العقود الإدارية، دار المصبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦.
- ١٥- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- ١٦- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢.
- ١٧- نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، كلية القانون، الجامعة العراقية، بغداد، ٢٠١٨.
- ١٨- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.
- ١٩- وفاء محمود أحمد الببواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.

٢٠- يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات صادر الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢.

ثانياً- الأبحاث القانونية:

١- غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد ٢، بغداد، ٢٠٠١.

٢- ١٩. علي صابر الرويمي، سلطة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط الإلكتروني: <https://www.iraqfsc.iq/news.5063>.

ثالثاً- الأطاريح والرسائل الجامعية:

١- إقبال فاضل خصير أبو كسور، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤.

٢- سعد الجبوري، الرقابة على الإنفاق العام في العقود الحكومية، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، ٢٠١٣.

٣- علي حسين غيلان الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، أطروحة معدة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

٤- جاسم كاظم كباشي العبودي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

رابعاً- القوانين والأنظمة:

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

٢- قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٣- قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

خامساً- القرارات القضائية:

١- قرار مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٢٠١٢/٥٩) الصادر في ٢٠١٢/٨/٧.

٢- حكم محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية رقم (٩٥)، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٠.