الضمانات الممنوحة للإدارة في إطار التعاقدات الحكومية في العراق

Guarantees granted to the administration within The framework of government contracts in Iraq

م.د. أحمد كامل شاكر

كلية القانون – جامعة الانبار

ahmed.kamel@uoanbar.edu.iq

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٤/١٢/١٠ تاريخ قبول النشر ٢٠٢٥/٣/٢٣

الملخص:

أن التعاقدات التي تبرمها الدولة والتي يطلق عليها بالعقود الحكومية هي الوسيلة لاستحصال احتياجات الدولة من المواد والآلات والانشاءات الاخرى وباعتبار أن الدولة هي الممثل الشرعي للشعب وأن الاموال العامة هي اموال مملوكة للشعب دستورياً لذا فأن حمايتها واجب على القائمين بإدارتها لذلك رسمت التشريعات في العراق طرق واساليب من أجل منع العبث بهذه الأموال ومنع استغلالها من خلال الاجراءات والاليات التي يتم بها ابرام هذه التعاقدات بما يحقق المصلحة العامة واعتماد مبدأ الشفافية الذي يتيح الحصول على المعلومات بكل سهولة ومرونة.

الكلمات المفتاحية: العقود الادارية، سلطة الادارة، احكام العقد، المتعاقد مع الادارة، الشروط الشكلية والموضوعية للعقد.

Abstract:

The contracts concluded by the state, referred to as governmental contracts, and are the means by which the state acquires its needs for materials, machinery, and other constructions. Since the state is the legitimate representative of the people, and public funds are constitutionally owned by the people, their protection becomes a duty for those responsible for managing them. Therefore, Iraqi legislation has outlined procedures and methods to prevent misuse and exploitation of these funds through the processes and mechanisms involved in concluding these contracts, ensuring that public interest is served and adopting the principle of transparency, which allows easy and flexible access to information.

Keywords: Administrative contracts, administrative authority, contract provisions, contracting party with the administration, formal and substantive conditions of the contract.

المقدمة

تحظى عملية التعاقد التي تبرمها الدولة باهتمام دوائرها والمختصين باعتبار أن الاموال العامة تمثل خزان الثروة التي تمتلكه الدولة وعامل ديمومتها وبقائها اذ أن بدون وجود هذه الاموال يصبح كيانها هباءً منثوراً وأن هذا المال مملوك بالأصل للشعب لذا وجب احاطته بسياج منيع من أي تهديد من خلال اتخاذ مجموعة من الخطوات المنصوص في التشريعات النافذة خصوصاً بعد تبني المشرع العراقي تشجيع الاستثمارات المحلية والاجنبية وجعل المعلومات المتعلقة بالتعاقدات متاحة للجميع ومن باب حماية هذه الاموال لذلك نجد أن التشريعات تميل كفتها الى الادارة بجعلها في مركز اقوى من المتعاقد معها من خلال منحها سلطة رقابة العمل وتعديل العقد وانهائه بإرادتها المنفردة لحماية المصلحة العامة.

اولاً: اشكالية البحث: سنسلط الضوء في بحثنا هذا على الضمانات التي تمنح للإدارة في التعاقدات الحكومية باعتبار أن الاموال العامة يجب ان تعامل بأسلوب مختلف عن الاموال الخاصة المملوكة للأفراد باعتبارها ذخر الدولة ومصدر وجودها، لذلك سنتطرق الى الانواع المحددة للتعامل كعقود ادارية قانوناً.

١. والاشكالية تتلخص عن ماهي الضمانات التي كفلها القانون لهذه الاموال العامة في حال تلكؤ العمل؟، وهل تواكب التشريعات النافذة التقنيات المستحدثة في التعاقد في الدول المتقدمة؟

٢. وماهي الضمانات الممنوحة للإدارة في سبيل ضمان حسن التنفيذ؟

٣. وهل تكفي الطرق القانونية لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ هذه العقود؟

٤. وهل تكفي علوية مركز الإدارة في تحقيق مرادها بتحقيق المصلحة العامة؟

ثانياً: فرضية البحث: تتلخص هذه الفرضية بأن للأموال العامة حرمة وأن القوانين والتشريعات تمنح للإدارة سعة ومركز اقوى لذلك فأن الادارة تمارس صلاحيات بإرادتها المنفردة مما يضفي خصوصية على العقود المنصوص عليها في القانون المدني وأن الباعث لهذا المنطلق هو حماية المال العام وضمان استمرار عمل المرفق العام وهذه السلطة مقيدة بعدم الاضرار مع الشخص المتعاقد مع الادارة.

ثالثاً: اهمية الموضوع: تتلخص أهمية الموضوع بأن اموال الدولة تتمتع بقدسية تختلف عن بقية الاموال المملوكة للأفراد والتي هي ايضاً مكفولة الحماية قانوناً، الا أن هذه التعاقدات تباشر على اصول الدولة من الاموال المنقولة وغير المنقولة فمن البديهي ان تستأثر بهذا القدر من الأهمية وبهذا القدر من الرقابة والارادة المنفردة للإدارة في اتخاذ بعض الاجراءات بشرط عدم الاضرار بالمتعاقد ومصادرة حقوقه.

رابعاً: اهداف الدراسة: تتلخص اهداف الدراسة بـ:

١. استطلاع النصوص القانونية التي تتعلق بالعقود الادارية والتأكد من مدى كفأتها وتشخيص مواضع القوة والاخفاق.

٢. الاطلاع على فحوى التشريعات الحاكمة لهذه التعاقدات والاطلاع على موقفها من تعزيز موقع الادارة لحماية المال العام.

٣. الوقوف على المعايير المعتمدة في انتقاء العطاءات والاختيارات الموجودة في التعاقدات.

خامساً: منهجية البحث: أن دراسة بحثنا الموسوم بـ(الضمانات الممنوحة للإدارة في اطار التعاقدات الحكومية في العراق) اقتضت اعتماد صورة المنهج العلمي (التحليلي) لكونه الصورة الاكثر نجاعة وتوافقاً مع موضوعنا الذي يتطلب في مواضع كثيرة الركون لهذا الاسلوب الذي يقترب في بعض الاحيان مع اسلوب الشرح على المتون وسيتم تحليل نصوص التشريعات المعتمدة بهذا الشأن والتي تنظم موضوع دراستنا وابرزها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط عام ١٩٨٧ وقانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٤٤ واي تعليمات او اعمامات تتعلق بموضوعنا.

سادساً: هيكلية البحث: سنقسم بحثنا الموسوم بـ **(الضمانات الممنوحة للإدارة في إطار التعاقدات الحكومية بالعراق)** الى مطلبين نناقش في المطلب الاول العقد الاداري وعناصره والشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها العقد ونتعرض في المطلب الثاني الى سلطة الادارة في ضمان حسن تنفيذ العقد والوسائل المحددة قانوناً لفض المنازعات الناتجة عن تطبيق التعاقدات الحكومية واخيرا الخاتمة التي تتكون من النتائج والتوصيات.

المطلب الأول: العقد الإداري وعناصره وشروطه

إن الإدارة تقوم بتأدية وظائفها في النشاط الإداري من خلال استخدام وسائل مادية وأخرى قانونية وقد تكون هذه الوسائل القانونية من خلال إبراز سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية التي تكون ملزمة في مواجهة الأفراد وإبرام العقود الإدارية معهم ونزع ملكيتهم الخاصة من أجل تحقيق مصلحة عامة للدولة وأحياناً اخرى تلجأ للسلطة الإدارية في تأدية عملها إلى إبرام العقود الإدارية مع الأشخاص المعنوية الخاصة الأفراد والشركات لغرض تحقيق أهداف تبتغيها، وهذه العقود الإدارية من الأعمال التي تصدر عن جانبين وهي الإدارة والمتعاقد معها حيث ينتج عن هذا الاتفاق حقوق والتزامات متبادلة وبهذا يتشابه العقد الإداري مع العقد المدني بأنه تقابل ارادتين على حقوق والالتزامات مع ضرورة توفر نفس أركانه رغم أن له نظام قانوني مغاير.

وأن العقد الإداري يخضع لذات الأسس والأركان التي يتسم بها العقد من ضرورة توافر الرضا والمحل والسبب لكن هذه العقود تختلف عن المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين جهة خاصة ويعرف العقد الإداري **بأنه كل اتفاق تبرمه الإدارة بقصد انشاء او تنظيم مرفق عام وتظهر فيه نية المشرع في الاخذ بإحكام القانون العام** [١]

وأن هذه العلاقة في إطار العقود الإدارية والتي توجد بين الدولة والمتعاقد لا تخضع للشروط الواردة في العقد فقط وإنما تحكمها القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام وهي بهذا تجسد السلطة العامة في توجيه المرفق العام وتنظيمه وهنا بخلاف العقود المدنية في القانون الخاص هو التي لا تسمح لأي من طرفي العقد أن ينفرد بتعديل شروطها أو إنهائها دون موافقة الطرف الآخر، وعليه سنقسم هذا المطلب الى اربعة فروع نتعرض في الفرع الاول الى عناصر صحة العقد الاداري وفي الفرع الثاني الى

انواع العقود الادارية وفي الفرع الثالث الى الشروط الشكلية وفي الرابع الى الشروط الموضوعية التي تضمن حقوق الادارة وامتيازاتها وكالآتي:

الفرع الأول: عناصر صحة العقد

تشترط في العقد الإداري كما في نظيرته في العقود المدنية عناصر ثلاثة هي الرضا المحل السبب وسنتطرق اليها بشيء من الإيجاز وقد أعطيت المحكمة التميز في العراق عدة اوصاف لإسقاطها على العقد الإداري فقد جاء في قضاها بأنه **(ولما كان هذا العقد قد ابرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسله في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من إجراء مناقصة عامة واشترط تأمينات غرامات التأخير فإنه يكون عقد إداريا تميزا عن العقود المدنية** [٢] .

وبهذا يتضح أن وصف العقد الإداري يجب أن يتضمن ثلاثة عناصر هي:

اولاً – أن تكون الإدارة طرفا في العقد الإداري:– يتم تحديد العقد الإداري وفق معيار وجود الإدارة (الدولة) كأحد أطراف العقد وبهذا الأمر مستند من رأيي محكمة التميز في العراق انف الذكر وهذا الأمر لا خلاف حوله إذ لا ينطبق هذا الوصف على العقد الذي يكون كلا طرفيه من أشخاص القانون الخاص ف يجب أن يكون الشخص المعنوي العام الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة الإقليمية، كالمحافظة والقضاء أو مرفقيا كالمنشآت العامة أول شركات المملوكة للدولة ويجب أن يكون طرف العقد الذي ابرمه مختصا في ذلك ويمكن أن يكون كلا طرفي العقد الإداري من أشخاص القانون العام إلا إذا ظهر انهما قصده إبرام عقد من العقود القانون الخاص [٣]

ثانياً: أن تتمتع الإدارة بامتيازات القانون العام في العقد الإداري: فلا يعتبر العقد إداريا إلا إذا استعملت الإدارة امتيازاتها وسلطتها العامة وإرادة الإدارة في اختيار أساليب القانون العام وتتجلى أبرز مظاهر ذلك بأن يتضمن العقد شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، حيث تبرز العلاقة بوجود طرفين غير متكافئين في مراكزهم على خلاف عقود القانون الخاص الذي يقوم على حرية التعاقد وتساوي الإرادات ولا يمكن تضمين عقود القانون الخاص شروط غير مألوفة فإنها يعتبر عقد غير مشروع لمخالفة النظام العام الذي يعتمد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومن أبرز مظاهر الشروط غير المألوفة في عقود القانون العام في احتفاظ الادارة بامتيازات استثنائية تناقض مبدأ المساواة مثل إدخال تعديلات على العقد في أثناء التنفيذ أو فرض غرامات تأخيريه على المتعاقد وحق نزع ملكية للمنفعة العامة [٤] وبهذا تتم عملية وضع الشروط في هذا النوع من العقود في إطار قانوني يرسمه المشرع وتمثل حقوق الالتزامات لا مثيل لها في القانون الخاص.

ثالثا– أن يتصل العقد بمرفق عام من حيث إنشاؤه أو تنظيمه أو تسييره: يجب أن يتضمن العقد الإداري إبراز دور المتعاقد مع الإدارة في تنظيم أو تسيير مرفق عام، إذا أن الإدارة تستمد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية من طبيعة المرفق العام واتصال العقود به، بما يحقق المصلحة العامة، على أن اتصال العقل بالمرفق العام قد يتعلق بإنشاء المرفق العام أو تنظيمه أو تسييره أو استعماله وأن المرفق

العام يعرف بأنه نشاط تتولى الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به للآخرين كالأفراد او الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن يكون تحت اشراف ومراقبة وتوجيه الدولة لغرض إشباع حاجات عامه لتحقيق نفع عام[٥] وعلى هذا الأساس يعتبر العقد الذي يتعهد إلى المتعاقد بصورة مباشرة أو يتضمن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام إداريا.

الفرع الثاني: انواع العقود الادارية

أن الادارة المتمثلة بسلطتها الحكومية تبرم عدة انواع من العقود الادارية، منها التي نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها ومنها ما ورد النص عليه في الشروط العامة المذكورة في متن العقود ومنها ما تم تحديده من قبل القضاء واهم أنواع العقود الادارية هي: –

اولاً: عقد التزام المرافق العامة (الامتياز): يعد عقد التزام المرافق العامة من اهم أنواع العقود الادارية، لأنه يمنح فرد او شركة الحق بإدارة مرفق من المرافق العامة، وقد عرفه القانون المدني العراقي بأنه (عقد ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون) [٦] .

وأن الإدارة خلال ممارسة سلطتها في الأشراف والإدارة على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة على أن لا تكون سلطة الإدارة في إصدار قراراتها إلى الحد الذي يعتبر من طبيعة الالتزام وتعديل جوهره أو تحل محل الملتزم في إدارة المرفق العام الذي يقوم بتقديم خدمة لجمهور المواطنين إشباع حاجاتهم وغالبا ما تكون هذه الخدمة بمقابل وبهذا فإن مجانية المرفق العام قد زالت منذ أمد بعيد.

ثانيا: عقد الاشغال العامة:– إعداد مادي لعقار ينفذ لحساب شخص عام يهدف تحقيق منفعة عامة[٧] وهي من صور عقود المقاولات العامة الحكومية وبسبب تنامي وتطور هذا النوع من العقود فقد ساهم في استحداث أنواع جديدة وظهور شركات متعددة الجنسيات في هذا المجال بفضل تطور الأنظمة الاقتصادية والانفتاح المالي ومن أهم العقود المستحدثة هي عقود البناء والتشغيل والنقل (B.O.T) والتي يشار إليها ب (Built. Operate and transfer) ويراد بها عقود تمنح بموجبها الدولة إلى المستثمرين نوع من المشاريع المهمة والمتعلقة بالبنى التحتية أو المرافق العامة على أرض تمنح من الدولة ويتحمل المستثمر تكاليف إنشاء المشروع وتشغيله والحصول على إيراداته شلال فترة متفق عليها في العقد على أن تؤول ملكية المشروع إلى الدولة دون مقابل وبحال جيدة تصلح[٨] المحدد قانونا إضافة إلى ابتداع جديدة أخرى متشابهة وأكثر تطورا مثل عقود البناء التمليك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) أو عقود التصميم والبناء والتحويل والتشغيل (D.B.F.O) [٩] وبهذا يتضح بأن عقد الأشغال العامة بمثابة عقد مقاومة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة بمقابل الثمن يحدد في العقد.

ثالثاً: عقد التوريد (التجهيز): يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لازمة للمرفق العام مقابل ثمن معين [١٠] ويتميز هذا العقد بشكل أساسي عن عقد الأشغال العامة أنف الذكر بأن موضوع عقد التوريد غالبا ما يكون أشياء منقولة وهذا ما يميزه عن عقد الأشغال بالعقارات، وقد يتم عقد التوريد على شكل دفعة واحدة أو عدة دفعات، كونه ينصب بشكل أساسي على تقديم خدمة أو سلعة إلى الجهة المورد إليها مقابل ثمن معين. وتختلف انماط هذا النوع من التعاقدات استنادا إلى عملية التجهيز المتفق عليها فقد تستعين الإدارة بجهة معينة عامة أو خاصة للحصول على مستلزماتها من أجل انتفاع المرفق العام مقابل ثمن معين مثل توريد الطعام والمعدات والمكائن والأدوات والأدوية والأجهزة، أو عقد ينطوي على إطار مختلط(مركب) يتضمن توريد مزدوج باعتباره مزيج متجانس من عقد التوريد وعقد تأدية أعمال كان يتضمن توريد مادة محل التعاقد ونصبها وتركيبها[١١] وبهذا يكون عقد التوريد المختلط يشمل على أعمال توريد ومقاوله تنظيم بموجب الاتفاق الذي يتم إبرامه بهذا يتم الجمع بين عناصر العقد الإداري وعناصر العقد المدني الا أنه يتم تنصيب العناصر الإدارية انطلاقا من مقتضيات المصلحة العامة.

رابعاً:- عقد الاستشارة الهندسية:- يتجلى عقد تقديم المشورة بالتزام أحد أطراف العقد بتقديم الاستشارة المهنية للطرف الآخر المتمثل بالإدارة في أي مجال من مجالات المعارف العلمية والفنية لتتمكن الادارة من اتخاذ القرار المناسب في الموضوع المراد الاستشارة بشأنه مقابل دفع اجر إلى طرف الذي يقدم الاستشارة على أن تكون هذه الشركة أو الجهة متخصصة في مجال الاستشارات الهندسية وأن تكون هذا الالتزام أصلياً ناتجاً عن العقد وأن تكون شخصية المتعاقد مع الادارة محل اعتبار لأنه يمتلك خبرة وبراعة في المجال المتفق عليه[١٢].

كما أن هناك نوع عالمي من العقود سمي بـ (الفيديك) وهي عقود خاصة دولية تتعلق بالبناء والتشييد وهي تصدر عن الاتحاد الدولي بالمهندسين الاستشاريين وهذه العقود عالمية المصدر وتحتوي على أفضل ممارسات الإجرائية في عمليات البناء والتشييد إلى جانب الطرق القانوني في فض المنازعات التي تتعلق بالمقاولات [١٣] وقد وضع اتحاد لتنظيم قواعد نموذجية لإيجاد الصيغة موحدة لهذا النوع من العقود في مجال البناء والتشييد، من أن المشرع العراقي متمثلا بوزارة التخطيط كان قد أصدر (الشروط العامة للمقاولات الهندسية المدنية) وهي بمثابة قواعد نموذجية لتوحيد العمل في نطاق المقاولات والتشييد ثم تلاه وضع(الشروط العامة لمقاولات الأعمال الميكانيكية والكهربائية لإنجاز الترتيبات الخاصة بالموقع) [١٤] ويبدو أن المشرع العراقي عنده وضعه لهذه الشروط قد رجعها إلى عقود فيديك باعتبارها مصدر إلهام حيث ينظم القواعد النموذجية من حيث أشكالها ومتطلباتها الالتزامات اطرافها وآليات فضل نزاعات، لاحقاً أصدرت وزارة التخطيط وثيقة الشروط القياسية واعتماد شروطها نماذجها وهذه الوثائق حددت من الوزارة المعينة دائرة العقود الحكومية العامة وبالتعاون مع البنك الدولي للبناء والتعمير، والغرض منها هو الارتقاء بمستوى التعاقدات في مجال النوعي التخصصي وفق ما معمول به دولياً وفي سبيل اعتماد مبدأ الشفافية

والنزاهة وتسيير تعامل العراق خارجياً، وهي وثائق استرشاديه وتطبق عملياً وتم إصدارها إذا أصدرت في المرحلة الأولى الوثائق القياسية التخصصية المعممة وفق الكتاب ذي العدد (٤/٧ / ٩٢٨ في ٣٠/٤ / ٢٠١٧) وفي المرحلة الثانية الوثائق القياسية غير التخصص وفق الاعمام ذي العدد (٤/٧ / ٩١٢٨ في ٣٠/٤ / ٢٠١١) المرحلة الثانية الوثائق القياسية التخصصية المعمم بموجب الكتاب (٤/٧ / ٣٦٤٦) في ١٣/١٠ / ٢٠٢٠ [١٥] وهي نماذج محددة بشكل مسبق لجميع أنواع العقود التي تبرمها الدولة.

الفرع الثالث: الشروط الشكلية في التعاقدات الحكومية

هناك العديد من الشروط التي تمثل شكل العقود في هذا النوع وقد يكون تم وضعها لاحقا بعد الاتفاق عليها وأهمها: –

اولاً: أحكام وأطراف التعاقد: إن العملية التعاقد تمثل التقاء الإيجاب القبول ومن ثم تتمثل الأطراف بالدولة أولاً او إحدى الأشخاص أما الطرف الثاني المتعاقد مع الإدارة يمثل بالشركة أول مقاول على أن يتم ذكر كلى الطرفين بشكل صريح كأن يذكر الجهة الحكومية للطرف الأول والمقاول أو المجهز للطرف الثاني عما يتم ذكر من يمثل كل الطرفين من خلال ذكر اسمه إضافة إلى وظيفته [١٦] وعناوينهم باعتبارها أساسا للمراسلات وجميع المعلومات المتعلقة بهم كرقم الهاتف وأرقام الوكالات أو السند القانوني لذلك.

ثانياً: عنوان العقد:– لكل عقد حكومي غرض تبتغي الادارة تحقيقه من وراء لجؤها إلى هذا النوع من التعاقدات كأن يكون عقد مقاولة أو تجهيز أو أي غرض تسعى إليها الإدارة، مع ضرورة أن يتطابق العنوان الموسوم في العقد مع مضمونة بشكل واضح ولا يتحمل التأويل واللبس[١٧] علماً نماذج الوثائق القياسية التي صدرت عن وزارة التخطيط ذكرت عناوين العقود من خلال تحديدها بتسميته كوثيقة طلب عطاء نموذجي لاختبار مستشارين، أو وثيقة مناقصة نموذجية لتصميم وتجهيز وتركيب الأعمال الكهروميكانيكية، الخ..، على أن تكون لغة العقد هي اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية والمعتمدة في بلدنا كما أن قانون على سلامة اللغة العربية رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٧ الزم جميع الوزارات باعتمادها في وثائقها أو مراسلاتها[١٨].

وضرورة تجنب اعتماد المصطلحات الإنجليزية إلا عندما تقتضي طبيعة العقد وتجيزها التعليمات، علما أنه بعد صدور قانون اللغات الرسمية رقم (٧) لسنة ٢٠١٤ فإنه جاء بمضمون نصوصه جواز إقرار غير اللغة العربية في الاقاليم والمحافظات التي تتكلم غير العربية إذا اقرت ذلك باستثناء عام [١٩] على أنه لا تزال اللغة العربية هي المعتمدة في العراق في جميع المحافظات غير المنتظمة بالإقليم.

ثالثاً: ملحقات العقد: بما أن العقد وثيقة تضمن حقوق كلا طرفيه فيجب في هذا الشأن إرفاق جميع الوثائق والكشوفات والأوليات الخاصة بمضمونة وبحسب طبيعة العقل مثل المستندات المتعلقة بشهادة المنشأ والنقل والفحص وتأييد القدرة وخطابات الضمان، ووثائق الشحن، علماً أن قانون تصديق التوقيع على المستندات والوثائق العراقية والأجنبية رقم (٥٢) لسنة ١٩٧٠ أكد على تصديق الوثائق المتعلقة بشهادة المنشأ الخارجية من قبل الملحق العراقي أو من يقوم مقامه [٢٠] وبذلك بالنسبة للبضائع

التي يتم استيرادها لغرض تجهيز التعاقدات الحكومية يجب أن تقترن بالمصادقة على شهادة المنشأ من قبل الملحقية التجارية العراقية سواء من قبل البلد المجهز وفي حال عدم وجود ملحقية تجارية تتولى السفارة العراقية تلك المهمة.

رابعاً:- صياغة العقد وتوثيقه: غالبا ما يتم صياغة العقد على شكل فقرات من خلال تضمنه البنود التي يتفق عليها اطرافها مع مراعاة التشريعات النافذة التي تمثل خطة العمل التي ينبغي السير عليها، كما يجب أن تدل هذه البنود بشكل جلي على التزامات وحقوق كلا طرفي العقد من خلال استعمال كلمات واضحة وصريحة لا تقبل التأويل وغير مبهمة إضافة إلى ضرورة اعتماد التوقيع الحي على العقد في المكان المخصص لذلك وذكر الاسم والتفويض الرسمي بالتوقيع من خلال ذكر رقمه إضافة إلى توقيع المتعاقد من الإدارة واخيراً توثيق العقد من الدائرة القانونية المختصة بذلك في المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة وفق الآلية المرسومة قانوناً [٢١] .

الفرع الرابع: الشروط الموضوعية في العقود الحكومية

إضافة إلى الفقرات الشكلية التي توجد في العقد ينبغي أن يحتوي العقد على فقرات موضوعيه تحدد مسائل جوهرية يجب أن تكون محور العقد:

أولاً: مدة تنفيذ العقد: من الضروري تحديد سقف زمني لتنفيذ العقد يجب أن يلزم المتعاقد بأداء تكليفه المدون في العقد خلال وقت محدد حسب اتفاق الطرفين كأن يكون مدة التنفيذ (١٠٠) يوم من تاريخ التوقيع العقد ولا يجوز أن يزيد عن هذه المدة التي تم الاتفاق عليها إلا وفق الحدود التي تم اعتمادها بموجب التشريعات النافذة بينت تعليمات تنفيذ العقود إلى الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على إمكانية تمديد العقد بقرار من جهة التعاقد عند توفير الشروط المطلوبة في ضوابط الصادرة من وزارة التخطيط [٢٢].

ثانياً: المواصفات التي يجب أن يتضمنها محل العقد: يجب تحديد مواصفات الفنية المطلوبة في العقد عن طريق إجراء الكشف والفحص والاستلام ومطابقة المواصفات المتوفرة في المواد والمعايير القياسية المعتمدة دوليًا وتحديد خصائص التعاقد سواء أكان عقد تجهيز ام مقاولة [٢٣] اضافة الى أحكام المواصفات الفنية ومطابقتها لها ثم الاتفاق عليه اضافة الى ذكر القيمة الاجمالية للعقد والتكلفة التي تستعملها الادارة مع ضرورة ذكر المبلغ رقمًا وكتابه لإزالة اي اشكاليه علماً ان الادارة بإمكانها ان تطالب بضمانات خطابات الضمان من المتعاقد معها ويقصد بخطاب الضمان بأنه (تعهد يصدر من المصرف بناءً على طلب من أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص اخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب [٢٤] وبالمحصلة النهائية فأن المصرف ملزم بموجب التصريف أعلاه لسداد قيمة خطاب الضمان دون قيد او شرط الى المستفيد اذا طلبها خلال مدة تنفيذ العقد إضافة الى ضرورة تقديم التأمينات من قبل المتعاقد قبل الدخول في هذه التعاقدات وهي عبارة عن ضمان مبالغ لجهة الادارة لدرء اي خطر يهدد او يخل بحسن تنفيذ العقد من قبل المتعاقد مع الإدارة وقد حددت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة ذلك

حيث نصت بأنه لا تقبل التأمينات الأولي لمقدار العطاءات الا اذا كانت على شكل خطاب ضمان أو حل مصدق أو سفتجة [٢٥] وان تكون بمقدار المبلغ مقطوع بنسبة لا تقل عن (١٪) ولا تزيد عن (٣٪) من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الاحالة في جميع أنواع العقود [٢٦] يمكن مصادرة هذه التأمينات عند نكول المتعاقد عن التوقيع ويتخذ بحقه جميع الاجراءات الاخرى القانونية علمًا ان الشركات العامة من التقديم التأمينات الأولية وخطاب ضمان حسن التنفيذ المنصوص عليها في التعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة [٢٧] وفي حالة تعاقدها مع المؤسسات الحكومية وتوابعها علمًا ان هناك نوع أخر من التأمينات يتمثل بالتأمينات النهائية وهو نوع من المبالغ توضع تحت تصرف الإدارة وتقدم على من عليه المناقصة الى ما بعد انتهاء مدة التصفية للحسابات النهائية وانتهاء مدة الصيانة المتفق عليها لمواجهة اي مخاطر تتعرض لها الادارة في المشروع علماً أن النسبة لا تزيد عن (١٠٪) كتأمينات نهائية [٢٨] .

المطلب الثاني: سلطة الادارة في ضمان حسن تنفيذ العقد والجهات المختصة قانوناً بحسم المنازعات

في أطار التعاقدات الحكومية فان هذه العملية تقتضي وضع التزامات وحقوق نفع على كلا طرفين العقد وسنتطرق في هذا المطلب الى الالتزامات الجوهرية أكثر نقع على عاتق المتقاعد والحقوق المكفولة للإدارة بموجب التشريعات النافذة والتي تسعى الى ضمان انتظام سير المرفق العام والحفاظ على المصلحة العامة، عليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نناقش في الاول التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه وسلطة الادارة في الرقابة والتوجيه في الفرع الثاني وفي الثالث الى القضاء المختص في حسم المنازعات والطرق غير القضائية لحسمها.

الفرع الأول: التزامات المتقاعد مع الإدارة وحقوقه

وهذه الالتزامات ناتجة من أصل التعاقدات والتي تتضمن اجراءات واستعدادات معينة وعلى المتقاعد اداؤها واهمها هي:

اولاً: ان يقوم المتقاعد بتنفيذ الالتزامات بنفسه: ان عمليه اختيار المتعاقد في هذا المجال يخضع الى العديد من الاجراءات التمهيدية السابقة الصادرة من الادارة بغية اختيار الأفضل والاكفأ من الناحية.

الفنية والجدوى الاقتصادية وبعد ذلك يتم الفوز بالعطاء ومن ثم بعد ذلك تسند المهمة للمتقاعد من أجلها سواء كان عقد تجهيز او استثمارات او غيرها عليه تكون شخصية المتقاعد مع الادارة محل اعتبار كونها تحرت عن عوامل يقتضى توافرها في المتقاعد معها لذلك لا يجوز له التحلل من الالتزام الا اذا وجدت (قوة قاهرة) تمنعه من ذلك كما لا يجوز له ان يوعد تنفيذ التزامه الى الغير من الباطن ومن موافقة الجهة الإدارية صاحبة العمل والا أعتبر اخلالاً بشروط العقد [٢٩] وتتجلى أهم مظاهرة في ان يلزم المتقاعد بتحقيق نتيجة وليس فقط يبذل العناية المطلوبة وان يكون تنفيذ العمل ضمن المدة المتفق عليها على أساس حسن النية في تنفيذ العقود باعتباره احدى المبادئ العامة في القانون الإداري.

ثانيا: التزام المتقاعد بتنفيذ التزامه ضمن المدة المحددة: الواجب الذي يلزم بيه المتقاعد مع الإدارة هو ان ينفذ التزامه ضمن المدة المتفق عليها لتأمين سير المرفق العام وتحملت مدة تنفيذ العقد بحسب طبيعة كل نوع من العقود ففي عقد التزام المرافق العامة فعلى المتعاقد ان يقوم بتأدية الاعمال ضمن المواعيد لتقديم الخدمات للمستفيدين اما في عقد الاشغال فيتم التنفيذ وفقًا لشروط العقد المتفق عليها وفي عقد التوريد فيلزم المتقاعد بالمواعيد المتفق عليها للتوريد والغاية الاساسية من هذا الالتزام هو ضمان سير المرفق العام بانتظام وان اي تأخير في تنفيذ العقد يهدد عمل هذا المرفق الذي يتصف عمله بالدوام والاستمرارية [٣٠] علمًا ان المتعاقد مع الادارة يضمن له القانون الحصول على الحقوق المتفق عليها والواجب تحصيلها لمصلحته من قبل الادارة فألحق الأول هو حصوله على (الثمن) وهو مقابل مادي يعطى للمتقاعد عوضًا عما يؤديه من اعمال او دوره من اصناف والقاعدة العامة بانه لا يجوز للإدارة أن تعدل الثمن المتفق عليه بإرادته المنفردة، لأن الثمن ليس من الشروط اللاغية المتصلة بتسيير المرفق العام، إضافة إلى حق المتعاقد في مطالبة الإدارة بالتعويضات عن الضرر الذي تلحقه له بسبب خطئها ومن حقه اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن المالي للعقد في حالات الظروف الطارئة أو الصعوبات المالية غير المتوقعة [٣١] . وتستند فكرة إعادة التوازن المالي إلى ضرورة حماية المصلحة العامة للمرفق، لأن إهدار مصالح المتعاقد مع الادارة، يؤدي إلى عدولهم وبالتالي الأضرار بهما وعدم قدرتها على تطوير أداء مرفقها.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

سبق وأن ذكرنا أن ما يصلح فيه بعض بنود العقود في نطاق القانون الخاص نظرا لارتباط العقود الإدارية بالمرفق العام فإن الادارة نتيجة لذلك تمارس عدد من السلطات في مواجهة المتعاقد ذكرت في عدد من التشريعات كتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ وقانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وغيرها من التشريعات النافذة الأخرى معها علماً أن هذا الامتيازات التي تملكها الإدارة تعد من النظام العام التي لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها واهم هذه السلطات هي:

أولا: سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها: الاصل بأن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية بطابع لصيق بها وهي تلبية احتياجات المرفق العام وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، لذا من البديهي أنت تمارس الادارة هذه السلطات على أعمال المتعاقد معها لكي يتم تنفيذ العمل وفق الشكلية التي تم الاتفاق عليها [٣٢] ان اساس السلطة الممنوحة للإدارة في التوجيه والمتابعة مددها إلى التشريعات كالقانون أو التعليمات وكذلك العقود لأنها ترتبط بمصالح ومرافق عامة وهي تدور بين الشدة والسعة حسب أنواع العقود فعلى سبيل المثال في عقود المقاولات إذا أن للإدارة بوساطة فنيها وخبرائها متابعة جميع تفاصيل التشييد أولا بأول وتعيين من يمثلها في الرقابة كـ (المهندس المقيم) او (دائرة المهندس المقيم) التي تتولى مراقبة جميع جوانب العمل وإصدار الأوامر والتوجيهات بصدد الطرق التنفيذ أو نوعية المواد كما أن الرقابة التي تمارسها الإدارة في هذا الجانب تعد الفيصل في صرف مستحقات المتعاقد معها والتي عادة ما تتم على شكل دفعات حسب مراحل الإنجاز [٣٣] كذلك من

صلاحية لهذه الجهات الرقابية بإيقاف العمل في الموقع إذا ما ظهرت حالات تستوجب ذلك بناء على طلب من الجهة المستفيدة وعلى الادارة في الطلب خلال(١٤) يوم من تاريخ الاستلام وعلى المتعاقد أن يباشر العمل بعد زوال سبب التوقف سواء كانت عقود (المقاولات، تجهيز، عقود خدمات استشارية) بعد صدور أمر تحريري من الإدارة[٣٤].

ثانيا:- حق الإدارة في تعديل شروط التعاقد:- إن للإدارة في مجال العقود الإدارية الشروط غير مألوفة في مجال القانون الخاص أن تمتلك صلاحية حق تعديل شروط العقد وفرض الالتزامات جديدة أو إنقاص الالتزامات والتي تبرر منحها هي متطلبات سير المرفق العام، وبهذا استقر الفقه والقضاء على حق الإدارة في تعديل شروط العقد حتى لو لم ينص عليها في شروط العقد أو إذا كان قد نص على عدم إمكانية القيام بهذا الإجراء استجابة المتطلبات المصلحة العامة[٣٥] كما يلاحظ بأن المشرع أعطاه سلطة للإدارة بموجب هذه التعليمات تتسم بالمرونة من خلال اختيار الأسلوب المحدد للتعاقد المحدد لتنفيذ العقود العامة سواء كان التعاقد وطنياً دولياً كاللجوء إلى (المناقصة العامة، المناقصة المحدودة، المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني) المناقصة بمرحلتين، الدعوة المباشرة، العطاء الواحد(العرض الوحيد) التعاقد المباشر، الشراء من الشركات المصنعة الرصينة، لجان المشتريات) [٣٦] على أن التعديل من قبل الإدارة لا يكون مطلقا وإنما يكون ضمن النسب المنطقية والمعقولة الذي يجب أن ينحصر التعديل في موضوع العقد محدداً يقتصر على الزيادة أو الانقاص في الالتزامات الواردة فيه ولا يؤدي إلى إضافة التزامات جديدة كإضافة خدمات جديدة أو أبنية جديدة غير متفق عليها أو تجهيز سلع جديدة، وأن تكون في حدود المبدأ العام للمشروعية أي أن تصدر الإضافة أو التعديل من جهة ذات اختصاص وأشكال الإجراءات الشكلية كان يكون استحصال موافقة جهة معينة نص عليها في التشريع مع ضرورة توافر الاعتماد المالي في الموازنة خلال مدة نفاذ العقد على أن يكون التعديل مقابل تعويض المتعاقد على الالتزامات الجديدة التي تلقى على عاتقه من جراء التعديل وبشكل عادل وإلا يعد تجاوز صريح على حساب المتعاقد بغير مسوغ قانوني وإلا تحول هذا التعديل إلى انحراف في استعمال السلطة [٣٧].

ثالثاً: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد: منح المشرع للإدارة صلاحية فرض الجزاءات على المتعاقد معها عندما يقوم الإخلال بل الالتزامات الموكلة إليه كالإهمال في التنفيذ أو الغش أو التأخير عن المواعيد المتفق عليها وأن من واجب المتعاقد مع الادارة ان يفي بنوع العمل المتفق عليه وإلا فإن الإدارة بإمكانها أن توقع نوعين من الجزاءات، وهي الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة [٣٨] وسنأتي عليها تباعاً:

النوع الأول: الجزاءات المالية: وتتخذ صورة المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد مع الذي يخل بالالتزامات التعاقدية هو الذي يمتنع عن تنفيذها وهي:

١. **التعويضات:** وهي عبارة عن مبلغ نقدي من المال يلتزم بدفعه المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية إذا ما ترتب عليها ضرر للإدارة ويكون هذا التعويض وفق المقدار الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد هو

التي يحكم بها نتيجة إخلال المتعاقد[٣٩] على أن يتم اتباع القواعد العامة في القانون المدني حيث يشترط لإجبار المتعاقد بدفع التعويض إلى الإدارة أن يكون هناك ضرر حصل للإدارة بسبب تقصير أو إهمال أو في حالة عدم وفا المتعاقد بال التزاماته المقررة، وقد حددت مقادير مبالغ التعويضات في العقود الإدارية من المحكمة المختصة أو بواسطة الإدارة ذاتها[٤٠].

٢. **الغرامات التأخيرية:** هي عبارة عن مبلغ من النقود تفرضه الإدارة على المتعاقد معها في حال تأخره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، باعتبار أن اللجوء إلى هذه الوسيلة يمثل عنصر ضغط على المتعاقد ليقوم بتنفيذ العقد خلال فترة إنجازه المتفق عليها، وغالبا ما تكون الغرامات التأخيرية محددة مسبقاً في العقد وتكون لصالح الإدارة، وهي بمثابة الجزاء لمخالفة الالتزامات التعاقدية وتستطيع الإدارة توقيعها [٤١].

٣. **مصادرة التأمينات القانونية:** من حدود الجزاءات المالية التي يمكن أن ينص عليها العقد هي مصادرة التأمينات وهي المبالغة التي يودعها المتعاقد مع الإدارة لتضمن حقها وتحمله المسؤولية عن إخلاله بشروط التعاقد [٤٢] كما أن بإمكان الإدارة الجمع بين مصادرة التأمينات والتعويض لجبر الضرر الذي أصابها ما لم نص العقد على خلاف ذلك بإمكان الإدارة مصادرة التأمينات من خلال تنفيذ المباشر على المستحقات المالية المخصصة للمتعاقد معها دون الحاجة لدفع دعوى أمام القضاء[٤٣].

النوع الثاني: الجزاءات الضاغطة: وهي جزاءات ذات طبيعة وقتية توقعها لإدارة على المتعاقد معها في سبيل المحافظة على الامتيازات لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية وهذه الجزاءات تمثل بالآتي:

١. **تنفيذ العقد على حساب المتعاقد مع الادارة:** وهذا الجزاء يعد من الجزاءات الوقتية ويقصد به ارغام المتعاقد على تنفيذ التزامه، فهو إجراء تنفيذي لا تنتهي بموجبه العقد بل يظل قائما لحين انتهاء التنفيذ وعلى نفقة المتعاقد المقصر في تأدية التزامه، ووجب هذا الجزاء فإن العقد لا يتوقف لأن الادارة تحل محل المتعاقد في أداء هذه الأعمال بشكل مؤقت وعلى نفقة المتعاقد المقصر في تنفيذ الالتزام، وهذا الأمر قد أكدته محكمة الاستئناف العراقية بصفتها التمييزية أنت عرض دعوى لتلكؤ مقاول (المستأنف) بتنفيذ أعمال مقاومة كونه تم سحب العمل فيه وتم إنذار استنادا إلى شروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية واعتبر المحكمة إن إجراءات الادارة بسحب العمل جاءت صحيحة وموافقة للقانون ولا سند لمطالبته بإلزام الخصم بإلغاء قرار بالعمل أو بعد ما معارضته [٤٤].

٢. **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري:** إذا استدعت المصلحة العامة ومتطلبات تسير المرفق أن تقوم الإدارة باللجوء إلى إنهاء العقد بالإرادة المنفردة قبل انتهاء الأجل المحدد، حتى دون الحاجة إلى إثبات صدور الخطأ من الطرف المتعاقد، لكن سلطة الإدارة ليست مطلقة تلجأ إليها كيفما تريد ومتى تريد ذلك، وتضع لرقابة المشروعية المحددة في القضاء الإداري فلذلك يجب أن يقترن قرار الإنهاء بالصالح العام وأن تتوفر فيه كافة الشروط اللازمة لمنح مشروعية التصرفات المبنية على السلطة التقديرية حتى لا يتعرض إلى إصابته بعيب الانحراف [٤٥] علماً أن المشرع العراقي إجازة للإدارة في قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ أنت تطلب جراج المقاولين أو شركات المقاولات العراقية وغير العراقية والمجهزين الاستشاريين العراقيين.

والأجانب في القائمة السوداء وعدم التعامل معهم مستقبلا واستبعادهم من الدخول في المناقصات إذا أخلو بالتزاماتهم [٤٦].

الفرع الثالث: القضاء المختص في حسم المنازعات والطرق غير القضائية

تخضع التعاقدات الحكومية للقوانين العراقية وتبت في المنازعات القائمة فيها المحاكم العراقية المختصة اوقد يتم اللجوء إلى الوسائل البديلة عن القضاء في حسم المنازعات، عليه سنناقش هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول لولاية القضاء في حسم المنازعات الإدارية والفرع الثاني نخصص للوسائل البديلة عن القضاء لحسم المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقود الإدارية:

اولاً: الولاية القضائية في حسم النزاعات الناتجة عن العقود الإدارية: أن المنازعات المتولدة عن العقود الإدارية تنظرها منذ البداية المحاكم العادية إذا لا توجد محاكم متخصصة بنظرها واستناد إلى ولاية المحاكم العادية على جميع المنازعات التي جاءت في صلب قانون المرافعات المدنية العراقي[٤٧] وحتى عند تأسيس مجلس الدولة وأن إنشاء محكمة القضاء الإداري فقد حددت اختصاصات هذه المحكمة موجب قانون إنشائها رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، إذن نصت على انه تختص هذه المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين في الدوائر والمؤسسات التي لم يعين القانون مرجعاً للطعن فيها [٤٨] وطرأ تغيير معين على هذا الاختصاص بعد صدور امر سلطة الائتلاف المحتلة رقم(٨٧) لسنة ٢٠٠٤ إذ تم إنشاء محاكم متخصصة بنظر العقود الإدارية[٤٩] مسترشدة في ذلك بقانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩، علماً أن أمر سلطة الائتلاف لم يغادر القضاء العادي بشكل كلي إذ اجاز إمكانية الطعن بقرار المحكمة الإدارية أمام محكمة الاستئناف وفق ما ورد من تعليمات، وتم الغاء هذه المحاكم بموجب القانون رقم(١٨) لسنة ٢٠١٣ وتم ارجاع أمر النظر في هذه المنازعات إلى السابق عهدها(محكمة البداءة) [٥٠] كما أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية احالت عمر الفصل في المنازعات الناتجة عن العقود إلى لجنة مركزية تشكل في كل وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة والإقليم والمحافظات غير المنتظمة بأقاليم للنظر في الاعتراضات والشكاوي التعاقدية ترتبط بالوزير المختص أو المحافظ [٥١] ثم حادت المحاكم العادية باعتبارها صاحبه الاختصاص النوعي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ موجبه إنشاء(محكمة البداءة المختصة بالدعاوي التجارية) والتي من ضمن اختصاصاتها النظر فيه منازعات دعاوي العقود الحكومية التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ [٥٢].

ثانياً: الطرق غير القضائية لفض منازعات العقود العامة: بالنظر لطول مدة الاجراءات في الدعاوي القضائية وما تأخذه من مدة طويلة للبت وضياع معالم الحقوق هذه الفترات تجعل حتى من ينصف ينتابه شعور الظلم لذا فأنه يمكن الاتفاق على وسائل اجازها القانون كم المنازعات بديلًا عن سلوك الطريق الفضائي وهي:

١. **التوفيق:** بالرجوع الى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة تلاحظ بأنها اجازت في نصوصها على اعتماد هذه الوسيلة من الرسائل كم المنازعات الناشئة بعد تنفيذ العقد العام وبعد توثيقه بالتوافق (وديًا) من خلال تشكيل لجان مشتركه بين اطراف النزاع وفق احكام التشريعات وتضمن بنود في العقد من خلال رفعها بمحضر رسمي يرفع الى رئيس جهة التعاقد للمصادقة عليه (٥٣) والتوفيق هو وسيلة ودية الغرض منها الوصول الى حل للخلافات التي تنشأ بين اطراف العقد وثم اعتماد هذا الطريق في سبيل الوصول الى حلول تحقق مصالح الاطراف كافة وقد ثبت فعليًا جدوى هذه الطريقة وهي منسجمه الى حد كبير مع طبيعة العلاقة التي تكون بين اطراف العقد الاداري باعتبارها علاقة مشترك بين الطرفين لسنوية الخلافات التي قد تنشأ [٥٤] .

٢. **الوساطة:** تعرف الوساطة بأنها وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات، يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف علما أن الوسيط لا يصدر قرارات، إنما يلجأ إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة عن طريق طرف ثالث، والفكرة الرئيسية المرجوة من الوساطة هي الوصول إلى حل النزاع بطريقة حضارية وهي عملية طوعية تتم بمراحل تبدأ بالمبادرة والتحضير وصولا إلى اقتراح الحلول، والوساطة عملية ودية لحسن النزاع يقوم على محاولة إيجاد حل النزاع بين الأطراف المتخاصمة عن طريق طرف محايد[٥٥] ويبدو أن عمل الوسيط يقتصر على إيجاد مناخ مناسب من خلال التفاوض واقتراح حلول للتواصل إلى ٣- التحكيم:- يعد التحكيم من الوسائل البديلة لحسم المنازعات من المحاكم ويقصد بالتحكيم هو اتفاقية يتم بين طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية لغرض الوصول إلى تسوية لفظ نزاع قائم وهذا الاتفاق قد يكون سابقا للنزاع أو لاحقا [٥٦] وقد ورد مصطلح التحكيم في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتحديدا في المواد(٢٥١-٢٧٤) اذ أجاز القانون اللجوء إلى التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود، وأن التحكيم من الذي جاء في قانون المرافعات كان على وجه الإطلاق إذ أجازه التحكيم في جميع أنواع المنازعات التي تجوز فيها الصلح وقد وردت هذه النصوص في قانون المرافعات بشكل يتيم خجول إذ لم يجوز قانون المرافعات بين تحكيم شرقي أو مؤسساتي كما علق تنفيذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ بمصادقة المحكمة المختصة [٥٧] كما أجازه القانون للمحكمة أن تصدر قرار التحكيم أو تبطله بشكل كلي أو جزئي [٥٨] وهذا النوع من التحكيم هو تحكيم داخلي(وطني بامتياز)، علمن انه قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل أجاز اللجوء إلى التحكم التجاري(الوطني أو الدولي) بموجب باتفاق يبرم بين الطرفين والقانون الواجب التطبيق [٥٩]، وقد ذكر بنوعيه الدولي والوطني خصوصاً عندما يكون الطرف الذي تم التعاقد معه أجنبياً، علماً إن العراق انضم إلى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى والتي من ضمنها التحكيم بعد مصادقة البرلمان بالقانون ورقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ [٦٠] .

الخاتمة:

بعد أن انتهينا من بحثنا الموسوم بـ (الضمانات الممنوحة للإدارة في إطار التعاقدات الحكومية في العراق) توصلنا الى النتائج والتوصيات الاتية:

اولاً: النتائج:

١. أن العقود الادارية تكون فيها شروط غير مألوفة تخرج من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في العقود المدنية رغم احتوائها على نفس العناصر مع اعتبار أن وجود الدولة صاحبة السلطة الاستثنائية والسلطة التقديرية المقيدة بعدم الاضرار بالمتعاقد معها.

٢. تنقسم العقود الادارية الى عدة انواع منها (عقد التزام المرافق العامة (الامتياز)، عقد الاشغال العامة، عقد التوريد(التجهيز)، عقد الاستشارة الهندسية).

٣. هناك شروط شكلية وضعت في التشريعات لغرض صيانة الاموال العامة في التعاقدات الحكومية ينبغي التأكيد عليها والالتزام بضوابطها وعدم تركها تحت أي ظرف كتحديد احكام العقد وعنوانه وملحقاته وصياغة العقد وتوثيقه.

٤. هناك شروط موضوعية يجب ذكرها في العقود العامة وذكرت في التعليمات والقوانين النافذة ينبغي اعتمادها لغرض حماية المال العام ومن اهمها مدة تنفيذ العقد والمواصفات التي يجب أن يتضمنها المشروع محل التعاقد واوصافه.

٥. ان العقد قائم على وجود التزامات وحقوق وللإدارة ضمانات استثنائية لإنجاز العقد على أحسن وجه كحق تعديل العقد وسلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة الاخرى تجاه المتعاقد كالإنذار وتنفيذ العقد على حساب المتعاقد معها وسلطتها في انهاء العقد الاداري.

٦. ان الشريعة الاساسية لتنظيم العقود الادارية في العراق هي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الصادرة عن وزارة التخطيط، اضافة الى أن الوزارة انفة الذكر اعتمدت نماذج جاهزة للعقود أطلقت عليها وثيقة الشروط القياسية صدرت بالتعاون مع البنك الدولي.

٧. أن القضاء المختص في نظر الدعاوي الناتجة عن التعاقدات الحكومية هي (محكمة البداءة المختصة بالدعاوي التجارية) استناداً الى بيان مجلس القضاء رقم ٧٤ لسنة ٢٠٢٠.

٨. اجازت التشريعات النافذة اللجوء الى وسائل اخرى غير سلوك طريق المحاكم لما يأخذه من اجراءات مطولة وهدر للوقت والطريق الاخر هو الوسائل البديلة كالتوفيق والتحكيم والوساطة.

ثانياً: التوصيات:

١. ضرورة اعتماد العقود الادارية المستحدثة كالبوت (B.O.T) لغرض تقليل نفقات الدولة وتعزيز ايراداتها وتخلي الدولة عن المفاهيم السابقة التي تزج بالدولة والاشخاص التابعة لها في جميع المجالات وبالتالي بعج انقضاء المدة المحددة المتفق عليها تنتقل ملكية المشاريع الى الدولة.

٢. تشكيل لجان متخصصة بإبرام التعاقدات الحكومية تخضع لدورات قانونية وفنية مكثفة ودورية وضرورة ان تنتهي بامتحان تحريري وتمنح درجات من قبل هيئة متخصصة وتعد درجة اجتياز هذا الامتحان شرط لدخول لهذه اللجان والتمتع بالامتيازات الممنوحة لهم.

٣. ضرورة الالتزام بالمواعيد المحددة قانوناً من قبل المحاكم عند النظر في الدعاوي الناتجة عن نزاعات تنفيذ العقود من قبل محاكم البداءة المختصة بالدعاوي التجارية لغرض حسم المنازعات ضمن السقوف الوقتية المحددة قانوناً.

٤. اعتماد الوسائل البديلة لفض النزاعات الناتجة عن تطبيق العقود الحكومية خصوصاً اذا ما كان الطرف المتعاقد مع الادارة اجنبياً والاتفاق اختيار احدى غرف التحكيم المعتمدة دولياً.

٥. اعتماد الدفع الالكتروني من قبل المصارف الحكومية لغرض القضاء على الفساد والغاء التعامل النقدي بشكل كلي عند الدفع الى المتعاقدين.

٦. السماح للشركات المتعددة الجنسيات للدخول في المناقصات والمزايدات وفق شروط ومن اهمها ايداع تأمينات بالعملات الاجنبية كتأمينات في أحد المصارف الحكومية العراقية.

٧. فرض ضريبة بسعر نسبي على دخول الشركات المتعددة الجنسيات المتحققة في العراق.

الهوامش

(١) ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، ط٢، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢٠، ص٤١١.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم (٢٥٢٧/ حقوقية / ٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/11/١٢. نقلا عن ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الاداري، بالإمكان نشر، بلا سنة نشر، ص١٨٢.

(٣) ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٤٢١، ٤٢٢

(٤) ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٤٢٣.

(٥) مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط ٥، دار المسلة للنشر والتوزيع، بيروت، ص ١١٨.

(٦) المادة(٨٩١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٧) مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط٥، دار المسلة للنشر والتوزيع، بيروت،٢٠١٩، ص٣٠٧.

(٨) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية عقود البوت، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٥٦-٣٥٧.

(٩) ألمصدر نفسه، ص ٣٥٧.

(١٠) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٥٢/٢/٩ نقلا من كتاب د. مازن ليلو، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(١١) عثمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية (دراسة مقارنة)، ط١، طبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥، ص ٦٨١.

(١٢) عثمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٦٧٨.

(١٣) ماهي عقود الفيديك(fidic) وما أهميتها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني esi.edu.sa تاريخ اخر زيارة ١٤/٩ / ٢٠٢٤.

(١٤) حددت ذلك الشروط العامة لمقاولات الهندسية المدنية والمقاولات الأعمال الميكانيكية والكهربائية من وزارة التخطيط عام ١٩٨٧.

(١٥) الوثائق القياسية وهذه المعلومات منشورة على الرابط الرسمي لوزارة التخطيط الوثائق القياسية
https:// mop.gov.iq٢٠٢٤ / ١٠/١١ / تاريخ اخر زيارة

(١٦) هو ما كانت تنص عليه الفقرة (ثالثاً) من المادة(٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغاة.

(١٧) عثمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٨٦٧.

(١٨) صدر قانون الحفاظ على سلامة اللغة العربية رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٧ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٢٥٨٧) في ١٤/٥ / ١٩٧٧.

(١٩) المادة(١١) من قانون اللغات الرسمية رقم(٧) لسنة ٢٠١٤المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٤٣١١) في٢٠١٤/٢٤/٢

(٢٠) قانون التوقيع على المستندات والوثائق العراقية والأجنبية رقم (٥٢) لسنة ١٩٧٠، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٨٥٩) في ٢٩/٣ / ١٩٧٠.

(٢١) عثمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٨٧٢.

(٢٢) الفقرة (خامساً) من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومة رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) المنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٢٥) في ١٦/٦/٢٠٢٤.

(٢٣) الفقرة (خامسًا) من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢٤) عثمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٨٧٤.

(٢٥) الفقرة (أولاً– ب) من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢٦) الفقرة (أولاً– أ) من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢٧) الفقرة (اولاً– د) من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢٨) المادة(٦٢–أ) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط عام ١٩٨٧.

(٢٩) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية مشاة المعارف الإسكندرية،٢٠٠٤، ص ١٧١.

(٣٠) حمدي أبو نور، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٣١) المصدر نفسه، ص (١٩٣–١٩٧)

(٣٢) علي خطار شناوي شطناوي، الوجز في القانون الإداري، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع،٢٠٠٣، ص ٧١٧.

(٣٣) نظم موضوع السلطة الرقابة والأشراف للإدارة في المشاريع الإنشائية بموجب (دليل المهندس المقيم للمشاريع الإنشائية) الصادر من وزارة التخطيط والمنشور على الرابط www.votechnology.edv.iq/pd 2011// https
اخر زيارة ٩/٢٤ / ٢٠٢٤.

(٣٤) اعمام وزارة التخطيط ذي العدد ١٦١٥١ الصادر في ٢٠١٤/7/٢٤ بخصوص العقود ومذكرات التفاهم والمنشور على الرابط الالكتروني:(التعاميم والضوابط لعام ٢٠١٤ /mop.gov.iq.

(٣٥) عثمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٧٢٤

(٣٦) وردت أساليب التعاقد في المادة(٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤

(٣٧) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

(٣٨) غني خطار شطناوي، مصدر سابق، ص ٧٢١.

(٣٩) ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط١، الاسكندرية،٢٠٠٧، ص ٩٧.

(٤٠) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٢، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٦٥، ص ٤٧٧.

(٤١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

(٤٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٤٣) المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.

(٤٤) قرار صادر من محكمة الاستئناف العراقية بصفتها التمييزية والمرقم (١٤٢٥/ استئنافية /٢٠١٣) منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، السنة السادسة،٢٠١٤، ص ١٧٥-١٧٦.

(٤٥) اشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، سلطة الادارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة (دراسة تحليلية مقارنة) بحث منشور في مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة دمياط، العدد السادس، يوليو، ٢٠٢٢ – ص ١٣٧٢.

(٤٦) المادة(١١) من قانون العقود العامة رقم(٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٤٧) المادة(٢) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٤٨) المادة(١) من قانون مجلس شورى الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤٩) أمر سلطة الائتلاف رقم(٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٥٠) صدور تعديل أمر سلطة الائتلاف بالقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣.

(٥١) المادة(١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغية رقم(١) لسنة ٢٠٠٨

(٥٢) المادة (٣- أولاً) من بيان مجلس القضاء الأعلى رقم(٧٤) لسنة ٢٠٢٠ المتضمن تشكيل محكمة بداءة مختصة الدعاوي التجارية، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٦٠٥) في ٢٣/١١ / ٢٠٢٠.

(٥٣) المادة (٨-اولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٥٤) ابو بكر احمد عثمان النعيمي، التوفيق بوصفه وسيلة كل منازعات العقود الادارية بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد (١٣)، العدد (٤٨)، لسنة ٢٠٢٤.

(٥٥) عبدالله علي عبد الأمير، تمييز الصلح الإداري عن الوساطة، مقال منشور على الإنترنت https://mail.almerja.com/reading.php اخر زيارة ٢٤/١١ / /٢٠٢٤.

(٥٦) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري، مصدر سابق، ص ٢٨٥.

(٥٧) المادة (٢٧٢) فقرة (١) من قانون المرافعات رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٥٨) المادة(٢٧٤) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٥٩) المادة(٢٧) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

(٦٠) نشر القانون رقم(٦٤) لسنة ٢٠١٢، في جريدة الوقائع بالعدد(٤٢٨٣) في ٢٩/٧ / ٢٠١٢.

المصادر:

اولاً: الكتب:

١) أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٣.

٢) حمدي ابو النور، الوجيز في ابرام العقود الادارية (دراسة مقارنة) بين التشريعين المصري والعماني، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

٣) سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٢، القاهرة، دار الفكر العربي،١٩٦٥.

٤) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٤.

٥) عثمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة السيماء، بغداد،٢٠١٥.
٦) علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الاداري، الاردن، دار وائل للنشر والتوزيع،٢٠٠٣.
٧) ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية،٢٠٠٧.
٨) ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الاداري، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٩) ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، ط٢، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢٠.
١٠) مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط٥، دار المسلة للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٩.

ثانياً: البحوث والمجلات:

١) أشرف عبدالحليم عبدالفتاح عمر، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري للمصلحة العامة (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة دمياط، العدد السادس، يوليو ٢٠٢٢.
٢) ابو بكر عثمان النعيمي، التوفيق بوصفه وسيلة لحل منازعات العقود الادارية، بحث منشور في مجلة كلية القانون والسياسة، جامعة كركوك، المجلد(١٣)، العدد٤٨ ،٢٠٢٤.

ثالثاً: التشريعات والقرارات:

١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٨/٩.
٢) قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٣) قانون التوقيع على المستندات والوثائق العراقية والاجنبية رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٠، المنشور في جريدة الوقائع بالعدد (١٨٥٩) في ١٩٧٠/٣/٢٩.
٤) قانون الحفاظ على سلامة اللغة العربية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٧، المنشور في جريدة الوقائع بالعدد ١٨٥٩ في ١٩٧٧/٣/٢٩
٥) قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٧١٤ في ١٩٧٩/٦/١١.
٦) قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المعدل.
٧) قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، المعدل المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٣١ في ٢٠٠٧/١/١٧.
٨) الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط لعام ١٩٨٧.
٩) الشروط العامة لمقاولات الاعمال الميكانيكية والكهربائية الصادرة من وزارة التخطيط لعام ١٩٨٧.
١٠) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، المنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٢٥، في ٢٠١٤/٦/١٦.
١١) بيان مجلس القضاء الاعلى رقم ٧٤ لسنة ٢٠٢٠، منشور في جريدة الوقائع بالعدد (٤٢٨٣) في

٢٠٢٠/٧/٢٩.

١٢) قرار محكمة التمييز رقم (٢٥٢٧ / حقوقية / ٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٢. نقلا عن ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الاداري.

١٣) قرار صادر من محكمة الاستئناف العراقية بصفتها التمييزية والمرقم (١٤٢٥/استئنافية/٢٠١٣) منشور في جريدة التشريع والقضاء، العدد الثاني، السنة السادسة،٢٠١٤.

رابعاً: المصادر من الشبكة الدولية:

١) ماهي عقود الفيديك (fidic) وما أهميتها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني esi.edu.sa تاريخ اخر زيارة ١٤ /٩ / ٢٠٢٤.

٢) الوثائق القياسية وهذه المعلومات منشورة على الرابط الرسمي لوزارة التخطيط الوثائق القياسية

3) http:// mop.gov.iq٢٠٢٤./١١/١٥ تاريخ اخر زيارة

٤) امام وزارة التخطيط ذي العدد ١٦١٥١ الصادر في ٢٠١٤/7/٢٤ بخصوص العقود ومذكرات التفاهم والمنشور على الرابط الالكتروني:(التعاميم والضوابط لعام ٢٠١٤ /mop.gov.iq).