كلية التراث الجامعة
المؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر

الحماية القانونية للعقد الحكومي في ضوء المعطيات الحالية

أ.م. د. رشا خليل الشمري
م.م. يحيى حميد عيسى

المستخلص

الغاية الاساسية من وجود الادارة دستوريا هي تلبية متطلبات الحاجات العامة ،التي رسم الدستور افقها وفقا للمدى الايديولوجي الذي جاء منه الدستور .

ووسيلة الادارة لاجل تحقيق هذا الهدف هما :الوظيفة العامة والمال العام، والسبيل الذي تعتمده الادارةهما القرار الاداري والعقد الاداري .

Abstract

The aim from the existence of Administration,is to fulfill the public interest. This Actin shall come according to the constitutional Rules. Administration,s instruments to achive this aim are the Administration,s function and public domena . The ways to do that are:Administration orders and Administration contract.

المقدمة

في ظل التطورات التكنولوجية المتسارعة,وثورة الاتصالات,تحول العالم إلى قرية صغيرة ،تقاربت الرؤى وتداخلت ,وتفاعلت,واتسعت الحاجات وانفتحت الشعوب على صور للحياة

تحتاج إلى اشباع اذ تحولت إلى حاجات اساسية في الحياة[ix]بعد ان كانت حاجات كمالية او هي شأن من شئون ذوي الاختصاصات الدقيقة .ان اشباع هذه الحاجات عمل تنفذه الادارة ،بواسطة العقد الحكومي ،عليه لابد من حماية تنفيذ هذا العقد من أي معوق يمنعه من بلوغ الهدف المرجو منه.

من هنا تأتي اهمية هذه الدراسة، كون دقة تنفيذ العقد الحكومي ترتبط بالمصلحة العامة .وبموجب ذلك يكون ملزما ان نتناول بالتركيز على القواعد القانونية التي تحكم تنفيذ العقد الاداري لما يحتويه من مميزات استثنائية، وان طرفي العقد ،الادارة باعتبارها ممثل للمصلحة العامة ، والمتعاقد باعتباره مساعدا للادارة في تحقيق حاجات المصلحة العامة ،يخضعون لضوابط قانونية، لا يمكن تخطيها لاجل انجاز المهمة التي قبلوا التكليف بانجازها ،فهناك قوانين منظمة لمسئولية جهة التنفيذ ،واخرى منظمة لعملية الرقابة الادارية على دقة التنفيذ ، لكن ذلك لا يخلومن التأثيرات التي قد يتعرض لها تنفيذ العقد الحكومي ن وقد تناولت الدراسة تلك التاثيرات والظروف التي انتجتها .

مدى الدراسة :

تهتم الدراسة بتنفيذ العقد الاداري في العراق

منهج الدراسة:تتبع الدراسة المنهج البحثي التاريخي ، والمنهج التحليلي وفقا للمقتضى.

اشكالية الدراسة:

تبحث الدراسة في الاجابة على السؤال التالي :

هل ان العقد الاداري في العراق حاليا يحتاج إلى تشريعات اضافية لحمايته؟ويتفرع من هذا السؤال اسئلة ثانوية ،وهي هل ان المشكلة المفترضة قد جاءت بسبب نقص تشريعي ؟ ام ان السبب يقع في عدم الدقة في التطبيق ،وهل ان المعوقات موضوعية متأتية من نقص في الخبرة الادارية ام من خلل في تطبيق القوانين اداريا وقضائيا؟وهل ستكون الاضافات المقترحة وسائل مجدية كي يؤدي العقد الاداري اغراضه؟

هيكلية الدراسة :

يمكن الاجابة على تساؤلات الدراسة من خلال ثلاث مباحث

المبحث الاول :القواعد الحاكمة لتنفيذ العقد الاداري

المطلب الاول :الالية القانونية لقيام العقد الاداري

المطلب الثاني :المسئولية القانونية لجهة الادارة

المبحث الثاني :المسئولية القانونية لجهة التنفيذ

المطلب الاول :القوانين المنظمة لمسئولية جهة التنفيذ

المطلب الثاني :القوانين الحاكمة على جهة المراقبة

المبحث الثالث :التأثيرات الواقعة على تنفيذ العقود الحكومية

المطلب الاول :سمات المرحلة الانتقالية بعد 2003

المطلب الثاني :اثر الخبرة في عملية البناء

النتائج

التوصيات

المصادر

المبحث الاول : القواعد الحاكمة لتنفيذ العقد الاداري

لاجل بيان تلك القواعد،فأن الدراسة ستتناول الالية القانونية لقيام العقد الادارى،أي القواعد المنظمة لانشاء العقد الحكومي ،وكذلك المسئولية القانونية لجهة الادارة في انشاء العقد.[ix]

المطلب الاول :الالية القانونية لقيام العقد الاداري

الاساس في عمل المرافق العامة في الدولة ،المرفقية منها والادارية ،هو ان تحقق اشباع الحاجات العامة الضرورية المطلوبة ،وفقا لمنهج الدولة المرسوم سنويا ، كما تبينة الخطة السنوية تفصيليا تبعا لابوابها ،وصولا إلى هدف تحقيق انتقالة المجتمع نحو حياة افضل ،وان نظرية العقد الاداري تقوم على اساس تمكين الادارةمن تحقيق هدفها وهو الصالح العام.بطريقة التفاهم والرضا بين جهة الادارة وبين المتعاقد.

مرت العقود الادارية بمرحلتين ، المرحلة الاولى كانت مرحلة العقود الادارية بتحديد القانون،واعقب ذلك مرحلة اخرى ،وضع فيها القضاء الاداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الادارية[ix]باعتبارها مصلحة عامة محمية من قبل الحكومة كما يشير إلى ذلك الفقيه الهندي (ام.بي.جن) في كتابة (مبادىء القانون الاداري)ص 1607.

فالعقود الادارية لها نصوص لا تدع مجالا للشك انها عقودا ادارية ومنها [ix]:

عقد الالتزام : وهو عقد اداري ،يتولى الملتزم فردا كان او شركة ،بمقتضاه وعلى مسئوليته ادارة مرفق عام اقتصادي نواستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين،مع خضوعه للقواعد الاساسية الضابطة لسير المرافق العامة ،فضلا عن الشروط التي تضمنها الادارة لعقد الالتزام (الامتياز).

عقد الاشغال العامة :وهو اتفاق [ix]بين الادارة واحد افراد الشركات ،بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانة عقار لحساب شخص معنوي ،بقصد تحقيق منفعة عامة ،في نظير المقابل الكمتفق عليه،ووفقا للشروط الواردة في العقد.

عقد النقل :اتفاق بمقتضاهيتعهد فرد او شركة بنقل اشياء منقولةللادارة ، بوضع سفية تحت تصرفها او اية وسيلة اخرى ،وقد يكون موضوع العقد مقصورا على مرة واحدة او عدة مرات منتظمة.[ix]

عقد المعاونة : عقد يلتزم بمقتضاه،شخص من اشخاص الانون الخاص او العام ،بالمساهمة نقدا او عينا في نفقات مرفق عام ، او اشغال عامة ، فاذا ما ثبت للادارة العرض انعقد العقد بين الادارة وبين من يتطوع.[ix]

عقد القرض العام :عقد بموجبه يقرض احد الافراد او البنوك مبلغا من المال للدولةاو لشخص معنوي اخر من اشخاص القانون العام مقابل وعدها بدفع فائدة سنوية محدده.

وخلص الطماوي إلى ا ن الذي يكون محله الانتفاع [ix]بمال عام ، هو بطبيعته من العقود التي تخضع لاحكام القانون العام ، لانها توافق طبيعة المال العام ، لاتصالها الوثيق بالنفع العام .

ان حكمة هذه القيود تتمثل بالمصلحة العامة فالعقود الادارية تتصرف باموال من الخزينة العامة ،تلك الاموال قد جاءت اما نتيجة لضرائب دفعها المواطنون او انها من ثروات الشعب[ix]

ولا يمكن للعقود الادارية الا ان تتم بالكتابة ،والعلة في ذلك ان الكتابة ستبين الشروط ، ليس هذا فحسب وانما الاجراءات ، والاشكال التي تخضع لها العقود لا تبينها الا الكتابة ،ويظهر ذلك في الحاجة إلى الكيفية التي ابرم بها العقد ،او اخذ راي جهة معينة قبل ابرامه ،ففي مصر وبموجب القانون رقم 47لسنة 1972، يؤخذ رأي الادارة المختصة بقسم الفتوى بمجلس شورى الدولة[ix] قبل ابرام جهة العقد لعقدها ،اذا زادت قيمة العقد عن خمسة الاف جنيه،وطبقا للدستور المصري لسنة 1971يجب اخذ رأي اللجنة المختصة لمجلس شورى الدولة لأي عقد تزيد قيمته عن خمسين الف جنيه.اما في العراق فقد اوجب القرار رقم 42 لسنة 1995الدائرة القانونية او القسم القانوني في الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة توثيق العقد، كما ان قانون الحفاظ على سلامة اللغة العربية رقم 64 لسنة 1977المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد(2587)في 1977/5/16 المادة (4) اوجبت ان تحرر السجلات والعقود باللغة العربية .وكذلك المادة (8/ سابعا)من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة 2008.

وان تحترم قواعد الاختصاص،كما يتوجب على الادارة ان تتبع الاساليب والطرق التي رسمها القانون في اختيار المتعاقد الذي يقدم افضل الشروط المالية والفنية ،خدمة للمصلحة العامة [ix]واحيانا ينص القانون على نموذج محدد للعقد فيجب على الادارة ان لا تخالف ذلك، وهنا تكون الادارة غير مخيرة في نموذج العقد اذا ما رسمه القانون ، وحدد الشروط مسبقا ،وهناك مسألة اخرى لابد ان تكون في علم المتعاقد وهي ان القوانين واللوائح قد تفرض شروط مسبقة تسري على العقود وان خلت نصوص هذه العقود منها .ولا تستطيع الادارة مخالفتها لان المخالفة تؤدي إلى بطلان العقد.

ونعرض الان الاساليب الرئيسية المعتمدة لكيفية اختيار المتعاقد بصورة صحيحة ووفقا للقانون.

المناقصة :لكي تتحقق مصلحة الادارة في الاختيار ،لا بد من تحقيق منافسة بين المتقدمين الراغبين في التعاقد حتى تختار الادارة صاحب السعر الاقل تكلفة وهو بذات الوقت بكفاءة فنية عالية لتحقيق المشروع عملا باحكام القسم الرابع من قانون العقود رقم (87) لسنة 2004.

الممارسة :في هذا الاسلوب تقوم الادارة بالتفاوض مع عدد من الافراد او الشركات للتعرف على اسعارهم تمهيدا للاختيار من بينهم في جلسة واحدة مشتركة ,وكل منهم يتقدم بسعره امام الاخرين وهو اسلوب مختلف عن اسلوب المناقصة ، ورغم ان تعليمات تنفيذ العقود لسنة 2007 لم تنص على هذا الاسلوب الا انه يمكن الاخذ به عندما تتعاقد الادارة من خلال لجان المشتريات)وذلك بالنسبة للاشغال التي تقل قيمتها عن (2500000)(خمسة وعشرين مليون دينار عراقي كما نصت على ذلك المادة (4) رابعا من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية لسنة2007.

الامر المباشر : وهو اسلوب يمنح الادارة الحرية الكاملة لاختيار المتعاقد ويسمى هذا الاسلوب "الانفاق المباشر " او الشراء المباشر فيه تختار الادارة المتعاقد معها بحرية كاملة ومباشرة دون اجراءات مسبقة [2]

والعقد الاداري لايختلف عن العقد المدني في مفهومه العام , لان كل منهما يقوم على اساس التوافق بهدف تنفيذ التزامات متقابلة، ولكل منهما اركان متمثلة بالرضاوالمحل والسبب .اما الاختلاف في النظام الذي يخضع له كل منهما فيعود إلى ان العقد الاداري يخضع إلى قواعد القانون العام ،بينما العقد المدني يخضع إلى قواعد القانون الخاص وهذا الاختلاف يمنح جهة الادارة سلطة في العقد ، لاتتوفر للطرف الثاني ()وبذلك نجد طرفي العقد وهما الادارة والشخص المتعاقد , فالاغراض التي تستخدمها نظرية العقد الاداري , هي ان تنجز اهداف الادارة بوقت محدد , وبكلفة مناسبة , وبأداء كفوء مع توفر عناصر المنافسة ()

ولسيت جميع عقود الادارة تخضع لنظام قانوني واحد فمنها مايخضع للقانون الخاص (privit law) ومنها مايخضع للقانون العام (common law) ويأخذ بأسلوب القانون العام , بما ينطوي عليه من شروط استثنائية تظهر فيها بشكل واضح امتيازات السلطة العامة () وقد قضت المحاكم الادارية الفرنسية بالتصرفات التي تنطوي على عنصر السلطات وخصائصه وظهر ذلك في قانون بليفوز في السنة الثامنة للثورة الذي قصر اختصاص مجالس الاقاليم بالنظر في المنازعات ذات العلاقة بعقود الاشغال العامة وعقود بيع املاك الدولة وقانون (17) يولو -1790 و 26 سبتمبر 1793 الخاص بعقود القروض العامة التي أبرمتها

الدولة والمرسوم الصادر في 17 يوليو 1938 ميلادية الخاص بالعقود التي تتضمن شغلا للدومين العام (public domina) ان الخصائص الذاتية للعقد هي التي تجعل خضوعه للقانون العام امرا حتميا 0 في مصر نلاحظ ان محكمة القضاء الاداري المنشئة 1946 حددت المسائل الداخلة في اختصاصها على سبيل الحصر الا ان قسم الرأي بمجلس الدولة المصري احتفظ بحق الفتوى بما ترغب به الادارة من امور 0 وعندما جاء قانون رقم (9) لسنة 1946 المصري فأن المادة الخامسة [ix]منه نصت على اختصاص محكمة القضاء الاداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والاشغال العامة وعقود التوريد الادارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الاخر في العقد , وهنا نجد ان المحكمة مختصة بالعقود الثلاث ،وامتدت ولايتها على بقية العقود على اساس تفرعها من العقود الثلاث وهذا ماحصل في حكمها الصادر في 26 سبتمبر 1951.[ix]

وبعد صدور قانون رقم 165 لسنة 1955 المصري فقد توحدت جهة الاختصاص في موضوع العقود الادارية ولا ينقص من ذلك او يحد منه تطبيق القواعد المدنية 0 وفي العراق [ix] انه اخذ بالنظام القضائي المزدوج بيد انه ابقى القضاء العادي صاحب الولاية بنظر العقود الادارية ولم يجعل الاختاص لمحكمة القضاء الاداري لكن ذلك لم يمنع محكمة التمييز العديد من قراراتها من الاخذ بنظرية العقود الادارية ووضع المشرع العراقي عددا من القواعد والنصوص التي تحكم العقود الادارية التي تبرمها الدولة مثل النصوص الخاصة بعقد التزام المرافق العامة في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951، وقانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 وقانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم 60 لسنة 1985 ،وقانون استغلال الشواطئ رقم 59 لسنة 0 1987

وقد بينا فيما تقدم الطرق التي يأتي عن طريقها ابرام العقد الاداري في مصر، ويضاف لها في العراق العطاء الواحد وهو دائما يكون مع الجهة ذات الاختصاص الفريد ويرى د. مازن ليلو ان العقود الادارية بتحديد القانون هي عقد الامتياز والالتزام وعقد الاشغال العامة وعقد التوريد الا ان ذلك التحديد منتقدا، فسعى القضاء إلى وضع اعتبارات تميز العقد الاداري عن العقد المدني وذلك بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل , في حال توافرها يكون العقد اداريا وفي حال غير ذلك يبقى في دائرة القانون الخاص منها: ان تكو ن الادارة طرفا فب العقد , واتصال العقد بنشاط مرفق عام واتباع اسلوب القانون العام ولا نريد الخوض فب التفاصيل لان المجال لايتسع . [ix] وارى ما يراه الدكتور مازن ليلو

ومن القواعد الحاكمة للعقد في المناقصات او المزايدات ان الارساء لايعني ابرام العقد حيث لا يتم بشكله النهائي الا ان يتم توقيعه من لدن جهة الاختصاص ،و ماسبق يعتبر اجراءات تمهيدية واذا رأت الادارة ان مقتضيات المصلحة العامة الغاء المناقصة والعدول عنها ،فليس لصاحب العطاء أي حق في الزامها بابرام العقد او المطالبة بالتعويض عن عدم ابرام . [ix]

بعد ان رأينا الاليات التي ترسم قيام العقد الاداري يكون علينا ان نبين المسؤولية القانونية لجهة الادارة .

المطلب الثاني : المسؤلية القانونية لجهة الادارة

الادارة :هي مجموع الهيئات والسلطات الادارية التي تمثل الدولة في تدخلها في حياة الافراد تحقيقا للصالح العام ،تحت اشراف السلطة السياسية العليا وتعني من الناحية المادية النشاط او الوظيفة الذي تتولاها الاجهزة والهيئات الادارية لاجل اشباع الحاجات العامة وتطبيق القوانيين[ix]

قانون الادارة بمعنييها المعضوي (هيئات وسلطات ادارية)والمادي (نشاط والهيئات والسلطات)هو القانون الاداري , أي ان التطبيق الاداري الذي يمثل تكوين الهيئات والسلطات والعلاقات داخل السلطات سواء الرئاسية داخل السلطات المركزية ،والاشرافية من قبل السلطات المركزية على الهيئات اللامركزية .

وكذلك وظيفتي الضبط الاداري وادارة المرافق العامة ثم وسائل الادارة في اداء تينك الوظيفتين وهما القرارات الادارية والعقود الادارية ،والوسائل المادية وهي الاموال العامة والوظيفة العامة، جميعها تخضع للقانون الاداري.

فجميع الامتيازات الممنوحة للادارة سواء أكانت الحق في اتخاذ قرارات بارادتها المنفردة او التنفيذ الجبري المباشر الممنوح للادارة في حالات معينة او امتياز او حق نزع ملكية عقار مملوك لاحد من الافراد او الاستيلاء عليه مؤقتا تحقيقا لاغراض النفع العام مقابل تعويض عادل او الامتيازات في اطار العقود الادارية ،كحق التعديل والانهاء والالغاء او توقيع الجزاءات على المتعاقد .لم تكن مطلقة وانما تقابلها حقوق للافراد .حيث ان القانون الاداري وضع ضوابط لاتستطيع الادارة مخالفتها.

ونرى انه من الملزم للادارة ان يكون قرارها في غايتة تحقيق المصلحة العامة والا كان باطلا لاساءة استعمال السلطة يلغيه القضاء الاداري بعد ان يفرض تعويضا للشخص المضرور ,ولا يمكن نزع ملكية عقار مالم يكن لتحقيق المنفعة العامة ,والا فان الادارة لاتستطيع ان تتمتع بهذا الامتياز وان كان نزع الملكية مقابل تعويض عادل ,كذلك التنفيذ الجبري دون الحصول على اذن من القضاء محدد على سبيل الحصر واستخدامه يخضع لشروط محددة تحت رقابة القضاء الاداري .

اما حق الادارة في تعديل العقود فهناك جملة من العقود تقيده منها ,التزام الادارة بتعويض المتعاقد الاخر تعويضا كاملا عن كل زيادة [ix]مهما كانت في مقدار او نوع التزاماته العقدية .كذلك حق الادارة في الغاء العقد مرتبط بتحقيق شروط موجبة لاتخاذ هذا القرار ,والقضاء الاداري له سلطة المراقبة بعد الطلب من قبل الطرف المتعاقد مع الادارة .ان القانون الاداري وبعد مراحل التطور التي مر بها وصل إلى حد حماية الحقوق والحريات التي كفلتها الدساتير او اعلان حقوق الانسان ,وقد تفوق القانون الاداري حتى على القانون المدني ذلك بتعويض الافراد ولو بدون أي خطاء منسوب إلى جهة الادارة [ix] .

اضافة إلى ضمان حقوق المتقاعد في الضروف الاستثنائية ومن نظرية الظروف الطارئة اذا حدثت وهي غير متوقعة ويسجل السبب فيها للقانون الاداري الذي اخذ بها قبل القانون المدني [ix].

يرى الباحث أن الادارة عليها مسؤولية كبيرة في رقابة التنفيذ، هذه المسؤولية ينبغي أن تفعل، لأن ما يحصل من أخفاقات اثناء رسو المناقصة على الطرف المتعاقد، أو اثناء التنفيذ كان يمكن أن تنعدم أو تخص اوامر آثارها لاتمتد إلى تحطيم البنية، ورغم التوسع في هذا الموضوع سنأتي إليه في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الورقة الا أننا بصدد المسؤولية القانونية لجهة الادارة لابدّ أن نذكرأن المهندس المقيم المكلف من الدائرة له دور كبير في حماية المصلحة العامة من حيث دقة التنفيذ وعدم صرف السلف الا وفقاً لمراحل الانجاز،هذا القيد القانوني يفترض ان يحصل فيه تسديد لأن الدولة بظروف تتطلب التشديد والمتابعة لحماية المشاريع وحماية وتحقيق المنفعة العامة.

المبحث الثاني

المسؤولية القانونية لجهة التنفيذ

هذا الموضوع يأخذ طابعاً خاصاً في ظل الظروف المالية؟ هل أن الضوابط الموضوعة لتنفيذ العقد الاداري الملزمة لجهة التنفيذ كافية؟ماذا لوأن جهة التنفيذ لاتمتلك واقعاً ماعبرت عنهُ من التزامات مكتوبة لتنفيذ العقد؟

أذا كانت المنفعة العامة تقتضي انجاز المشروع وفقاً للأتفاق؟ ماهي الضمانات؟

أن الظروف التي تحيط البلد منذ 2003\4\9صعوداً ونسبياً قبل ذلك، جعلت العراق بحاجة إلى مشاريع عملاقة على كل الاصعدة،حتى تنتشلهُ من واقعة الذي خلفتهُ لهُ الحروب.فساحة العراق بحاجة إلى الاعمال الواسعة الكفوة لكي تشبع الادارة حاجات المواطن.

والقوانين العراقية الموضوعة لأجل انشاء العقود الادارية المزمع عقدها كانت تكتفي بالإعلان ثم استلام العروض وفتح العطاءات ومناقشتها والاحالة على جهة التنفيذ ضمانات مناسبة أ و خطابات ضمان لأجل سلامة التنفيذ.

الظرف الاستثنائي خلق تداخل خطير في الجانب الأمني ،هذا التداخل يفرض علينا أن نتناولهُ عبر دراسات المرحلة الانتقالية بعد 2003\4\9وأثر الخبرة في عملية البناء.

المطلب الأول

سمات المرحلة الانتقالية بعد 2003\4\9 والقوانين المنظمة لمسؤولية جهة التنفيذ

أن اختلاط الاوراق والمشاكل التي اوجدها المحتل عند دخوله العراق محتلاً جاء بحكم احتلالي مباشراتمثل بالأمريكي"بريمر" الذي أنشأ مجلس حكم وتحمل مسؤولية تدمير البنى التحتية العراقية، أضافة إلى احد أطرافاً عراقية رفضت التعاون مع المحتل،وحاربت الجهات التي سعت إلى التعاقد مع المحتل،وفق هذا المناخ الاصطراعي، فأن جهات التنفيذ للمشاريع التي يطرحها الأمريكون كانت غير دقيقة بتنفيذ المشاريع وفق المواصفات وأن الرقابة الادارية منعدمة في بداية الأمر.

ولما جاءت الحكومة العراقية ايضاً اعتمدت على التعليمات التي اصدرتها حكومة الاحتلال تحت الرقم 87لسنة 2004 في 16\مايس\2004 والتي علقت بموجبها تعليمات المناقصات للتوريد والشراء بالنسبة لوكالات الدولة أو القطاع الاجتماعي الصادرة من الدائرة القانونية\منظمة التخطيط\مجلس الوزراء\جمهورية العراق2001 وعلقت تعليمات التنفيذ ومتابعة مشاريع وعمل خطة التطوير الوطني الصادرة من الدائرة القانونية \وزارة التخطيط \جمهورية العراق1988 [ix]

وقد وصف المدير الاداري لسلطة الائتلاف المؤقتة أن المرحلة تحكمها قوانيين واعراف الحربين ينص أ وانسجاماً مع قرارِ الأمم المتحدة ذات الصلة بما فيها القرارين1438 \1511\2003" وفي القسم الثاني من هذه التعليمات وتحت عنوان خطة دائرة العقود العامة الحكومية1\أ تؤسس في وزارة التخطيط دائرة العقود العامة الحكومية ويرتبط مدير الدائرة مباشرة بمدير التخطيط.

وقد جعل القسم (8) تحت عنوان المناقصات وتعارض المصالح تحت رقم (1) لمديرية أدارة التعهدات العامة الحكومية أن تصدر وتنشر أنظمة التنفيذ ولتحقق على الأقل الاعتبارات الأخلاقية..) وقد 7 التعليمات المسؤولين مدوعم جهة العقد وفرضت قيود على الوزراء خارج اوقات الدوام لمدة معقولة...

وتحت قسم9\1[ix] منع الكيانات من الدخول في المنافسات المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية وذلك لضمان النزاهةوأساس المنع يكون سوء التصرف كما أن الأخلال المتعمد بخصوص هذا الأمر أو أنظمة التنفيذ الصادرة وفقاً لسلطة هذا الأمر ،أو التقصير المتعمد بالاداء فيما يتعلق بشرط أ الشروط المادية للعقد العامأو سوء التصرف يؤثر بشكل خطير ومباشر على قدرة المقاول بإداء واجبه.

اما دور المتعاقد في العقود الادارية هو دور المعارف أو المساعدة للإدارة من أجل أشباع الحاجات العامة التي ارادتها الادارة وجاء العقد ليلبيها، فهو خاضع لتوجيهات الادارة،وعمله تحت اشرافها،لكن هذا الخضوع ليس سلبياً،أنما هو جهة معاونة،تمتلك الكفاءة في الاداء، وأن الرقابة الاولى على نوعية الاداء العمل الذي جاء المشروع من أجلهِ ينبغي أن تكون مسؤولية جهة التنفيذ وفقاً للمواصفات،فأن حصل اخفاق في جزئية محدودة،يأتي دور الادارة من خلال سلطة الاشراف. بمعنى آخر أن جهة التنفيذ لاتعمل بشكل منفصل بتوجيهات الادارة، فأن استطاعت بهذا السبيل أو ذاك أن تقدم عملاً غير مطابق للمواصفات فصلت ، فالمسؤولية 5 في حالة وقوع الخلل تتحملهُ هذه الجهة،ونرى أن تتخذ مسؤوليتها أثناء العمل أو بعد أنجازه أي المسؤولية اللاحقة وبرأينا أن تتضمن العقود كفالة وضمان الاداء المعقول لمحل العقد بزمن معقول، فأن تحصل ضرر في محل العقد، يعود إلى عدم التنفيذ بشكل دقيق،فتتحمل جهة التنفيذ المسؤولية،بمعنى أن مسؤولية جهة التنفيذ لاتنتهي عند القبول والاستلام.

كما أن الضمان ينبغي أن يكون جدياً أيضاً ومقدارها ضعف قيمة العقد بكفالة شخصية ضامنة، بكل الذمة المالية،أو كفالة مصرفية ضامنة للوفاء للمدة التي يحددها العقد.

وحيث أن العقود تختلف في محل ادائها، يرى الباحث انه يجب أن تكون جهة التنفيذ ذات كفاءة لانجاز محل العقد، واذا ما تبين أن جهة التنفيذ قد قدمت ادلتها بطرق إحتالية في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد أو خلال مدّة الضمان تكون المسؤولية بإعادة جميع السلف المستلمة ،وعدم التعويض عن الاعمال،أو مثل هذه العقوبة الشديدة تجنب المصلحة العامة تطفلات المحتالين.وذات الحال،إذا ثبت أن استطاع ان يتعاقد بطرق إحتالية لقطع الطريق امام العناصر التي تستغل نفوذها أيا كان هذا النفوذ،وتتحمل مسؤولية العقد ذاته كما تتحمل المتعهد ويكفي لأثبات الجهة الأجنبية المستفيدة من العقد عن طريق ال(كومشن) وسائل طرق الاثبات العادية.

المطلب الثاني

القوانين الحاكمة على جهة الادارة

ابتداءً نقصد بكلمة "الحاكمة" اي الملزمة،فالادارة ليست مطلقة اليد وانما هي كونها الممثل للمصلحة العامة،لديها سلطات على المتعاقد المشترك معها في انجاز متطلبات الحاجات العامة موضوع العقد، وفق التفاصيل التي رسمها العقد.

لذلك فأن الادارة لها حق تعديل العقد ولكن هذا التعديل مقيداً بان يكون من أجل المصلحة العامة.[ix] حيث الأساس في فكرة التعديل إذا لم تكن بسبب حاجة المرفق وتغير الظروف فأنه وحسب رأي الدكتور ثروت بدوي في رسالته (عمل الامير)[ix] أن تتحمل الادارة نتيجة الخطأ الذي وقعت فيه وامر التعديل لايتناول المزايا المالية،وهذا قيد اخر يحكم سلطة الادارة وأن

تحترم الاجراءات العامة للمشروعية ،فيصدر التعديل من السلطة المختصة باجراءه،ووفقاً للأجراءات الشكلية المقررة وإلاتمسك المتعاقد ببطلان كل تعديل على خلاف القواعد المقررة.

وحدد القانون المصري الادارة بنسب للتعديل تختلف من عقد الى عقد[ix] اي الادارة لاتستطيع ان تخالفها .

وفي عقود الالتزام فأن المادة(5) من قانون 129 المصري اجازت تعديل أركان العقد العام موضوع الالتزام لكن القيد على الادارة هو مراعاة حق الملتزم في التعويض أن كان لهُ محل.

أن شرط حق الادارة في الرقابة ليس حقاً مجرداً وأنما يتعين على الادارة في بعض الأحيان أن تتدخل ز تستعمل تلك السلطات،عند إخلال الملتزم بالشروط المنصوص عليها في عقد الألتزام وفي قضية synd coroix de segneyاصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه بالغاء امتناع الادارة عن التدخل ، فبموجب ذلك لاتستطيع أن تمتنع الادارة عن التدخل ،لأنه سيكون للممتنع الحصول على حكم بالتعويض إذا ماترتب على امتناع الادارة ضرراً يلحق بمصلحة الافراد.

ولذلك فأن القرارات المصلحية التي تصدرها الادارة فيها جميع إلى مقاول عقد سواء كان العقد تحديد اوضاع تنفيذ العقد أو تكملة الناقص منها أو التعديل تلك الاوامر الصادرة تمنح بعد التنفيذ المقاول الحق بالاعتراض سواء كان من خلال التظلم الاداري أو ان يسلك السبيل القضائي للمطالبة بحقه. وحتى في الأمر المصلحي فأن المقاول لايلتزم بالأوامر الشفيهة ،وانما يجب ان تكون تصدر مكتوبة ولايستطيع أ ن يستند في طلب تعويض الا إلى الاوامر الكتابية الا اذا اجيزت الاوامر الشفهية كما في قضية Commmmunedetarmyحيث صدر الحكم فيها في 16 اكتوبر 1935.

وهذا قيد على عمل الادارة يفرض عليها ان تكون أومراها المصلحية مكتوبة اوامر هناك نصاً أجازها أي ان الادارة [ix]عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقد معها،وانما تعارنه في تسيير المرفق تحت اشرافها ورقابتها،ويكون الزاما عليها الرقابة والتوجية اثناء عمل المتعاقد في تنفيذ العقد. فممثل الادارة تستطيع فحص واختبار اي مواد يراد استعمالها ،او مهارة عمل يراد استخدامها في الاعمال عملاً ينص المادة الثانية من الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لعام 1988 ولكن ليس لهُ اعفاء المقاول من اي من واجباته او التزاماته بموجب المقاولة وليس للمثلها (المهندس)حقوق غير المنصوص عليها صراحة في شروط المقاولة سواء تأخير انجاز الاعمال او بما يؤدي الى زيادة المقاولة أو ان يقوم باي تغير للأعمال فيها.

وحتى حق الادارة في الرقابة والتوجية تختلف من عقد اداري الى اخر ففي العقود التوريد محدودة لكنها في عقود الاشغال اكثر اتساعاً كما ان هناك مجالات تنفرد القوانين واللوائح بتحديدها ،فكل رابطة تعاقدية بين الادارة والافراد ضمن هذه المجالات تكون باطلة مثل مركز الموظف العام فهو مركز تنظيمي لايجوز قيام العقد بين الادارة وبين الافراد بصدده.[ix]

المبحث الثالث

التأثيرات على العقود الحكومية بعد 2003

من خلال استعراض الميزانيات العراقية لسنوات ما بعد 2003 ومراجعة العقود التي تم استلامها تجعلنا نرى صورة أخرى للعراق ،ولكن واقع الحال يتحدث عن غير ذلك فهل كان الخلل في العقود ام في حماية التنفيذ،هذا السؤال يقتضينا ان نعالجه في موضعين، الاول مرحلة الانتقال من ما قبل 2003 الى اجواء ما بعده ومن ثم الخلل القائم نتيجه نقص خبرة وعدم الامانة.

المطلب الأول

اجراء الانتقال

أن المركزية الادارية الشديدة ما قبل 2003 كانت هي الطابع السائد والصفة التي تصلح التعامل الاداري، وقد خلفت حالة الانتقال بعد الاحتلال فراغ كبير على صعيد الدولة التي تم حلها، وعلى صعيد الكوادر الادارية التي استبعدت بموجب القوانين الصادرة بعد عام 2003 ورافق ذلك الانتقال التي مر وتحول العراق من دولة بسيطة واحدة إلى دولة فيدرالية إتحادية،هذا الانتقال وحل الدولة خلق فراغات في الادارة كبيرة، ملئت بعناصر البعض منها يفتقر إلى الخبرة مع توفر الولاء،ولما كانت الهيئة الحماسية غير كافية، يرافقها انفتاح واسع للسوق العراقية،وحملة اعمار عبرت عنها صور العقود، لو قدر لها أن تنمو على أرض الواقع لتحولت صورة العراق جذرياً وصرنا امام واقع آخر. أضافة الى خلل دستوري،إذ أن الدستور لم يعالج ما يمكن أن يحصل،فهوأشار إلى ان هناك مصالح جوهرية معتبرة واجبة الرعاية، تتطلب أن تكون هناك اقاليم وسمحت أن يكون للأقليم دستوره وحكومته،بل وتم تقييد حكومة المركز لصالح حكومة الاقليم ،وعادت الرقابة على المال العام منعدمة،ليس على الاقليم حسب وانما على مجالس المحافظات ايضا،وهذا أصبح سهلاً ان يحال عقد إلى جهة معينة لم تنفذه ولكن تستطيع أن تستلم ماهو مرصود لهذا العقد من اعتماد، وهذه الصورة تكررت وخلقت مراكز مالية لها تأثير حتى في أصدار القرار التشريعي،وهذا من ابرز سمات المرحلة.

اطلق عليه مصطلح الفساد الاداري الذي استشرى حتى دعا الحكومة ان تقوم بحملواسعة يرأسها السيد رئيس الوزراء لمعالجة حالة الخلل رغم وجود مؤسسات كبيرة هي موانع ضد الخروقات مثل هيئة المفتشية العامة،وهيئة النزاهة.

هذه الصورة التي ستغير بالتأكيد لوجود جهة مركزية لمعالجتها، قد طبعت المرحلة التي نحن ة فيها.

المطلب الثاني : اثر الخبرة على عملية البناء

ان المراحل الانتقالية تتسم بوصف خاص ، واول هذه السمات نقص الخبرة،ولم تسلم الادارة العراقية بعد عام 2003 من هذا الوصف، حيث سارت جميع مرافق الدولة في اتجاه يحتاج إلى معالجة ، كما ان الاسبقيات إلى وضعتها ادارة الحاكم المدني الامريكي كانت للجانب الذي يخدم وجود القوات الامريكية في العراق ، والتشكيلات القيادية التي رسمها بريمر كانت موصلة إلى ان تصبح جميع الوزارات حصص ،وانعكس هذا على التشكيلات القيادية ،وعلى الوظائف التي تليها،وتحصيل حاصل ان العقود في الوزارات قد تأثرت بذلك .

هنا المشكلة ليست في القواعد القانونية التي تحكم انشاء وتنفيذ العقود الحكومية ،انما هي في طريقة الاحالة وطريقة التنفيذ ، ونوعية وكفاءة الجهة المنفذة ،اذن الخبرة المطلوبة والاعمال السابقة المنفذه ،كتاريخ للجهة المنفذه التي تشير إلى عمق الخبرة

اذا اهملت ،معناه سلمنا العقد إلى ايادي غير قادرة على تحقيق المطلوب من العقد كمصلحة عامة .ان العقد يحمل مواصفات رسمت بدقة ،وعندما تضعف السيطرة فيما ذكرنا تختل مواصفات العقداثناء التنفيذ، لان الاعتداء على اقتصاديات العقد سيكون على حساب مفردات التنفيذ ،كما ان اليات الصرف السريع دون مراعات الضوابط والتي كان الغرض منها دعم وتشجيع جهات التنفيذ ،لكن هذا سهل على المقاول ان يهرب بما لديه من المبلغ المرصود للعقد، خصوصا وان نسبة لا يستهان بها من الشركات كانت وهمية او غير ذات خبرة ، وكان السبب وراء ذلك هو ازدواج الجنسية ،فنقص الخبرة مع ازدواج الجنسية ، شاركا مشاركة فعالة في عملية افشال تنفيذ العقود ، هذا الفشل اصبح تاثيره مضاعفا، فالعقد لم ينفذ ، وبالمقابل البنى التحتية السابقة تم تهديمها [ix]لاجل ان ينفذ العقد الجديد ، والامثلة كثيرة حصلت مع وزارة التربية لتجديد بنايات المدارس وكذلك في بعض الاقضية [ix]لاجل مد مجاري جديدة كما في قضاء الحسينية في بغداد ،هذه الصور لا يتحمل مسئوليتها التشريع القائم ، فالتشريع قائم وكفؤ لكن العيب في التنفيذ

النتائج

1.ان العقود الادارية في العراق بعد عام 2003قد تعرضت إلى ظاهرة عدم تنفيذها مع ان المتعهد استطاع ان يستلم السلف .

2.تبين ان الاساس هو نقص الخبرة لدى الاداريين الذين تولوا المسئولية بفعل حالة الانتقال من التركيز الاداري ،إلى الادارة اللامركزية ن ولكن المشكلة ان الادارة ليست بمستوى عملية الانتقال .

3.تبين ان هناك هدر في الاموال ،ووجود فراغ كبير في الرقابة ،وللحالة الاستثنائية التي تمر بها البلاد فقد استغلها البعض من اجل منع الرقابة ،من ان تأخذ مداها .وهذا ما ساعد على ان تضعف السيطرة والاشراف المركزيين.

4.نتيجة الفراغ وضعف الرقابة ، استطاعت عناصر ان تتسلل إلى مواقع ادارية مهمة وان تسيء إلى التصرف بالمال العام نتيجة ما وفرته فكرة التوسع في اللامركزية في عراق ما بعد 2005.

5. ساهمت الكثير من القواعد الدستورية في دستور 2005بسبب التفسير القاصر لها في تسهيل عدم تنفيذ قواعد المال العام، من خلال التوسع في منح الصلاحيات واضعاف الحكومة الاتحادية .

6.ان الازدواج في الجنسية ، وما وفرته من غطاء للافلات من العقاب ،اثر كبير في انتشار حالة عدم الامانة ، وذلك بارتكاب الجريمة والعودة إلى بلد الجنسية.

التوصيات

1. نوصي بالتمسك بالالية المرسومة قانونا ،للاعلان والاحالة والتنفيذ وصرف السلف.
2. نوصي ان لا تحال المشاريع والمقاولات سواءا كانت عقود تجهيز ام عقود بوت الا إلى شركات معتبره عالميا يكون لها فرعا في بغداد .
3. نوصي بأعادة تاهيل شركات المقاولات العراقية،والابتعاد عن التعامل مع الشركات غير الاختصاصية او الوهمية ،والتي في معظم اعمالها قادت إلى عدم تنفيذ العقود والاستفادة من التسهيلات.
4. نوصي ان تكون خطابات الضمان والكفالات المقدمة صادرة من بنوك رسمية محددة ،وتتحمل مسئولية تنفيذ العقد على حسابها ان اخل الطرف المتعاقد بواجباته.
5. نوصي بأن يضاف إلى خطاب الضمان كفالة شركة عراقية،ذات سمعة وكفاءة مالية.

6. نوصي ان يكون المهندس المقيم المشرف على العمل من العناصر الهندسية الكفوءة، وتكلف لجان كشف طارئة لفحص الجودة والتنفيذ انيا ، على ان تكون المسافة الزمنية بين التكليف وتنفيذه قصيرة حفاظا على دقة الكشف .
7. نوصي بان يصد ر تشريع يعتبر التقصير المتعمد في بيان الخلل في تنفيذ العقد الحكومي خيانة ،ويوضع جزاء مناسب لتلك الجريمة التي اضرت بالمصلحة العامة .

المصادر

كتب فقهية

1. د.سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الادارية،دراسة مقارنة،دار الفكر العربي ،د ط ،2005
2. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الاداري ،دار الجامعة الجديدة،2012، د.ط.ص574
3. د.مازن ليلو رمضان،النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية ،ط10، ،2010مطبعة شهاب

4.د.مصطفى ابو زيد ، القانون الاداري ،الجزء الاول ،1987،د.ط

المصادر الاجنبية

1.M.P .jain,Principles of Administrative Law ,volum 2,7Edition2013,lexis Nexis,p,1607)Article 299(1) has been embodied to protect the general public as represented by Government.

2.[ix] Laubadere et develove et modern ,Traite des contrat ,T1 .op.ct

قوانين وتشريعات

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
2. المادة (5)،القانون (9)المصري لسنة 1946

القرارات

القرارات القضائية

1. قرارات محكمة التمييز في العراق ، رقم 427/ح/1969 في 1970/9/6 وقرارها732/ح/1969في 1971/4/21وقرارها 632/مدنية اولى /72/في 1973/6/6

2. اول حكم قرر هذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30/مارس /1916

القرارات الادارية

1. التعليمات رقم (87) لسنة 2004 في 16 مايس سنة 2004

2. التشريع 9 تاريخ التشريع 2008\سريان التشريع ساري\ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية\ الوقائع العراقية\ العدد 4075 في 2008\5\19

الجرائد والمجلات

الوقائع العراقية\ العدد 4075 في 2008\5\19

المواقع

1www.wini.derar-aliraq.net.

2www.baghdad.gov.i

3www.nazaha.iq