الكسب غير المشروع في العقد الإداري.

Illicit gain in The illegality in the administrative contract.

بحث مقدم من قبل
المدرس الدكتور حيدر مهدي حداوي
جامعة كربلاء / مركز الدراسات الاستراتيجية

الخلاصة.

انسجاما مع التطورات المتلاحقة والمستمرة للنشاط الإداري الذي تقوم به الإدارة العامة، وانطلاقا من الحرص على مواكبة المستجدات على الصعيد العملي ، وتلبية للحاجات الملحة في توفير المرافق العامة لإشباع الحاجات العامة ولغرض الوصول إلى ذلك يتعين على جهة الإدارة أن تضع الضوابط اللازمة لتحديد سلوك الادارة عند ابرامها للعقود الإدارية المتنوعة وأيضا تحديد سلوك الطرف الثاني والمتمثل بالمتعاقد معها ، بغية المحافظة على التعاون و التوازن بين الإطراق المتعاقدة بموجب القانون ،إذ لا يسمح لأي من طرفي العقد تحقيق كسب مالي على حساب الطرف الثاني عند ابرامهما لأي عقد إداري لأنشاء إي مرفق عام تحتاجه الإدارة بهدف تقديم الخدمات التي يحتاجها السكان سواء منها على الصعيد المحلي أم على الصعيد المركزي الوطني ضمن اطار الدولة نفسها .

الكلمات المفتاحية: كسب غير مشروع ، العقد الا داري ، مراحل تنفيذ العقد الإداري ، الإدارة ، خدمات عامة.

Abstract.

In line with the successive and continuous developments
the administrative activity carried out by the publi administration, and out of concern to keep pace with developments on the practical level, and to meet the urgent needs in providing public facilities to satisfy public needs, and in order to achieve this, the administration must establish the necessary controls to determine the administration's behavior when concluding them. For various administrative contracts and also determining the behavior of the second party, represented by the contracting party, in order to maintain cooperation and balance between the contracting parties in accordance with the law, as neither party to the contract is allowed to achieve financial gain at the expense of the second party when they conclude any administrative contract to establish any public facility that the administration needs for the purpose of Providing the services that the population needs, whether at the local level or at the national central level within the framework of the state itself.

Keywords: earning a project, administrative contract, enrichment, management. Services.

المقدمة .

ابتداء ظهرت فكرة الكسب غير المشروع مندو فجر التاريخ فهي موغلة في القدم ، فقد وردت في الشريعة الإسلامية الغراء حيث نصت عليه في أحد الآيات القرآنية " على اليد ما أخذت حتى ترد " وفي أيه أخرى " ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل " أما فيما يتعلق بالعقد الإداري فأن الإدارة لا تتقيد في ممارستها لنشاطها المختلفة والمتنوعة بأسلوب القرار الإداري الصادر بالإرادة المنفردة لها ، فهي كثيرا ما تلجأ إلى أسلوب التعاقد مع الإفراد أو الشركات أو الأشخاص المعنوية الاخرى ، بغية تحقيق الصالح العام عن طريق هذا التعاقد مع الغير لنظر لكثرة لحاجات الملحة التي تدافعها للقيام بالتعاقد من اجل أنشاء المرافق العامة أو تقديم الخدمات المختلفة والتي يحتاجها المجتمع بصورة عاجلة لا تحتمل التأخر في الحصول عليها نظرا لا همتها القصوى في فيما يتعلق بطبيعة حياته اليومية .

أولا/ أهمية الموضوع: يتميز موضوع الكسب غير المشروع في العقد الإداري بأهمية خاصة لكونه يمس بصورة مباشرة عنصري المال والوظيفة العامة بوقت واحد ، أي بمعنى أن الكسب غير المشروع هو عملة واحدة لها وجهان الأول يضرر بالمال العام والثاني الوظيفية العامة ، لاسيما في مجال تقديم الخدمات واشباع الحاجات العامة التي يحتاجها افراد المجتمع في الدولة ككل وبنوعية جيدة وسرعه مناسبة ويتم ذلك من خلال التعاقد بين الإدارة والطرف الأخر المتعاقد معها .

ثانيا / إشكالية البحث: لابد في أن الخوض في غمار أي موضوع بالدراسة والبحث لا يخلو من مشكلة، أذ تتمثل اشكالية هذا البحث بما يلي :

1- ما هو المحتوى الموضوعي الذي من الممكن أن يتضمنه الكسب الغير المشروع في العقد الإداري ؟

2- ما هو موقف المشرع العراقي من حالة وقوع الكسب غير المشروع في العقد الإداري سوء من كان منها في مرحلة الابرام أم مرحلة التنفيذ ؟.

3- هل يصدر الكسب غير المشروع في العقد الإداري فقط عن الجهة الإدارية " صاحبة العمل " ؟ أو أيضا من الممكن أن يتم صدوره بصورة منفردة من قبل المتعاقد " المقاول "؟ .

4- هل توجد رقابة قضائية كافية تمارس على الكسب الغير مشروع الذي قد يصب العقد الإداري وفي مراحلة كافة ؟ وماهي فاعليتها بالحد من هذه الظاهرة الغير مشروعه المخالفة للقوانين أو التعليمات أو الأنظمة .

5- ما هو الفرق بين التعاقد الذي يشمل الاتفاق على توافق ارادتين على أنشاء التزام أو نقلة أو تعديله والعقد الإداري الذي هو اضيق نطاقا من الاتفاق عند اطراف العقد فهو يكون مقتصرا على إنشاء التزام أو نقلة فقط من دون أن يتعدى سواه ؟ بناء عليه سنحاول في هذه الدراسة البحثية الاجابة عن كل هذه التساؤلات وفق منطق بحثي علمي قانوني.

ثالثا / منهجية البحث: فسنتبع المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية النافذة لتحقيق الفائدة المرجوة منه والتي من شأنها أثراء الواقع القانوني العراقي على وجه الخصوص الجهات الإدارية التي تدير العمل في المؤسسات الحكومية في الدولة ككل بكل ما من شأنه أن يعمل على منع وقوع الكسب غير المشروع وفي أي مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد الإداري .

رابعا / خطة البحث: استناداً إلى كل ما سبق من إشكاليات ومنهج ومعطيات ، ستكون خطة البحث موزعة على شكل ثلاثة مطلب ، نبحث في الأول ماهية الكسب غير المشروع في العقد الإداري ونتطرق في المطلب الثاني إلى الكسب غير المشروع أثناء مراحل العقد الإداري وبعدها نخوض في المطلب الثالث منه تسوية منازعات العقود الإدارية قضائيا ، ويتبعهما خاتمة تحتوي على أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المطلب الأول / ماهية الكسب غير المشروع في العقد الإداري :

بأدي ذي بدء تعد نظرية الكسب غير المشروع مبدأ من المبادئ العامة للقانون ، وهذه المبادئ هي المستقرة والراسخة في ضمير ووجدان الجماعة ، والتي لا يتعدى دور القاضي في استخلاصها دور المكتشف عن شيء وليس المنشئ لهذا الشي ، إذ ظهرت قواعد هذه النظرية للعلن في بداية الأمر في

القانون المدني باعتباره من اقدم القوانين ، ومن ثم عرفت سبيلها إلى التطبيق في القضاء الإداري علاجا لحل مشكله ما ، كلما اتفقت تلك القواعد مع طبيعة العقد الإداري أو تناغمت مع القواعد التي تضبط سير المرفق العام بانتظام وإطراد ومن دون أن تؤدي إلى توقف أو حدوث عرقله لها ، وبناء عليه والضرورة البحث سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، سنبحث في الفرع الأول منه التعريف بالكسب غير المشروع في العقد الإداري وبعدها نتناول في الفرع الثاني العلاقة السببية بين نظرية الكسب غير المشروع والعقد الإداري وكما يلي تباعا:

الفرع الأول/ التعريف بالكسب غير المشروع في العقد الإداري :

تعرف عبارة "الكسب غير المشروع " بأنه " عبارة عن واقعة ما أو عمل نافع ينتج عنه اثراء شخص ما يسمى المثري على حساب شخص اخر يسمى المثري عليه المفتقر وذلك من خلال وجود سبب غير مشروع ، وهو مصدر مستقل منفرد للالتزام قائم بذاته ويكون مستند إلى مبدأ العدالة التي يجب أن تتصدى لكل عمل أو تصرف مخالف لمبدأ المشروعية [1].

أما تعريف عبارة " العقد الإداري" ذاته : هو يعد جزء من وظيفة الإدارة التنفيذية و يقصد بأنه " أتفاق يتم بين ارادتين أو أكثر والمتمثل بقبول وايجاب لطرفي العقد ، ويكون منصب على أنشاء التزامات بينهما تبرمه الجهة الإدارية والتي تكون طرفا فيه بصفتها صاحبة السلطة والامتياز و يجب أن يكون العقد متصلا بمرفق عام أو مرفق محلي وقد يقوم به أحد الافراد أو الشركات بإدارة مرفق عام ولمدة محددة مقابل رسوم تؤخذ من المنتفعين بهذا المرفق" وأيضا من المكن ان تكون الادارة لا تقوم بنفسها بإدارة المرفق العام و أيضا لا تقوم بتقديم هذه الاموال للمشروع بل يقدمها الملتزم المتعاقد معها ، وهؤلاء الموظفين يخضعون للقانون المدني لكونهم عمال واجراء يومين وليسوا موظفين عموميين وخير مثال على ذلك هو عقد الالتزام وغيرة من العقود الاخرى [2] بناء عليه والضرورة البحث محل الدراسة يتعين علينا كباحثين أن نعرف التعاقد بأنه هو " عبارة عن تعليق كلام أحد المتعاقدين بكلام صدر عن الطرف الاخر شرعا ، على أن يظهر أثرة في المحل "

الفرع الثاني / العلاقة السببية بين نظرية الكسب غير المشروع والعقد الإداري :

ابتدأ يقصد بالعلاقة السببية بأنها عبارة عن الرابطة بين الفعل أو مجموعة أفعال والمتمثلة بالكسب غير المشروع الذي من الممكن أن يقع عن جهة الإدارية " صاحبة المصلحة "أو من المتعاقد معها " المقاول " وبين النتيجة أو مجموعة نتائج المترتبة عن وقوع الفعل والمتمثلة بحدوث بالفعل المادي وهو الكسب غير المشروع في أحد مراحل العقد الإداري سواء منها عند الابرام له أم عند القيام بالتنفيذ له ،بناء عليه يعد العقد الاداري هو من افضل الاساليب والوسائل التي تستند اليها الجهة الإدارية في ممارستها لنشاطاتها المتنوعة في أدارة المرافق العامة وتسييرها بصورة منتظمة ، فإذا ما أقدمت جهة الإدارة على أبرام عقد إداري فأنه يظهر من خلال تعلق هذا العقد بتسيير مرفق عام ، أي بمعنى عدم وجود تساوى في المراكز القانونية للمتعاقد معها ومع ذلك فإن من الممكن وقوع حالة الكسب غير المشروع من جهة الإدارة نفسها أو بالمقابل من جهة المتعاقد معها رغم وجود الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة بكونها صاحبة السلطة والتي تعمل لتحقيق الصالح العام [3] .

أما فكرة الكسب غير المشروع : فقد ولدت بغية سد النقص الممكن الوقوع في العقد الإداري مع السعي الجاد لتحقيق حالة من التوازن الذي يكون غير مستقر بين طرفي العقد " الجهة الإدارية أو المتعاقد معها " وفي اي مرحلة من مراحل تكوين العقد ومن ضمنها مرحلة تنفيذ العقد على سبيل المثال لا الحصر ، بناء على كل ما تقدم فإن نظرية الكسب غير المشروع في العقد الاداري يمكن لنا الاستدلال على وجود ها في العقد الإداري من خلال تحقق وجود أحدى الحالتين هما :

الحالة الاولى : عندما يوجد الكسب غير المشروع سندا له في العقد المبرم بين الإدارة " صاحبة العمل " الطرف القوي والمتعاقد معها " المقاول " الطرف الضعيف قانونا [4] ومع ذلك فلا يمكن اعتبار هذا الكسب الحاصل لجهة الإدارة مشروعا ، وعندها يستحق المتعاقد معها التعويض عن الضرر الذي لحقة وما فاتة عن كسب مادي له [5] ولا يوجد أي مجال لتطبيق هاهنا العوارض التي تعتري تنفيذ العقد

الإداري كنظرية عمل الامير أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تطرأ على العقد عند بدء التنفيذ له .

الحالة الثانية : عندما نجد للكسب غير المشروع سندا له في القانون بمفهومة العام ، فمثلا على سبيل المثال لا الحصر لا يحق للمتعاقد مع الادارة أن يدعي بأثراء الإدارة على حسابه بدون سبب، لأنها صادرت التأمين النهائي في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد لان مرد ذلك يرجع لو جود نص قانوني يسمح لها بذلك [6] أو لا يسمح للشخص العارض المشترك في مناقصة عامة إذا ما سحب عرضه قبل الموعد المحدد للبت في المناقصة ، وهاهنا لا يحق له أن يتذرع بأثراء الأداة بلا سبب على حسابه [7] نخلص مما تقدم إن الكسب غير المشروع قد يقع من قبل الادارة أم من قبل المتعاقد معها يؤدي بدورة في النهائية إلى الهدر في المال العام الذي هو عمل او سلوك سّلبي غير مشروع مخالف للقوانين والانظمة والتعليمات النافذة سواء وقع بصورة عمدية أم اهمالاً أم تقصيراً ،وبدورة يؤدي إلى الاسرْاف والتبذير في الاموال العامة للدولة ويَضُر بالمصلحةِ العامة والخاصة على حد سواء ،يتبن لنا مما تقدم أن نوع العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها هي علاقة قانونية بحتة مقيدة بقيود التي تنص عليها بنود العقد ولا يجوز لطرفي العقد الحيدة عنها ، وبخلاف ذلك تنهض المسؤولية التقصيرية ويدفع التعويض كل طرف قام بالحاق الضر للطرف المقابل له في العقد، وبعد الانتهاء من تعريف الكسب غير المشروع بالعقد الإداري يصبح الزاما علينا ولمقتضيات البحث الخوض في تعريف دعوى الكسب غير المشروع بأنها عبارة "عن دعوى قضائية شأنها شأن أي دعوى قضائية أخرى و لابد من توافر الاجراءات الشكلية والموضوعية عند أقامتها أمام القضاء من أحد طرفي العقد ضد الطرف الاخر نتجه لاعتقاده بوقوع ضرر عليه من الطرف الأخر مما ترتب عليه افتقاره " بناء عليه والضرورة البحث يتطلب الأمر منا الذهاب للبحث عن اليات تحريك دعوى الكسب غير المشروع في العقد الإداري أمام الجهات القضائية المختصة حيث يكون ذلك من خلال تقديم طلب من الطرف صاحب الضرر لاتخاذ الإجراءات القانونية ضد الطرف الأخر ، ولكن بعد أن تتوافر شروط تطبيق نظرية الاثراء غير المشروع والتي تنص على الحكم بتعويض المتضرر من خلال هذه الدعوى ولابد هنا من الأ شارة إلى أن القضاء المدني في العراق هو الجهة المختص للنظر بدعوى الكسب غير المشروع ولا يتعدى سواه ، ومن جانب اخر فقد نصت محكمة التمييز الاتحادية وهي هيئة مدنية في احدى قراراتها ذي الرقم (688 / بتاريخ 5/ 9 / 2010) بان دعوى الكسب غير المشروع بدون سبب لا تسمع عند انقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقة في الرجوع حسب حكم المادة (244) من القانون المدني العراقي النافذ وأيضا لا تشترط المباشرة بدعوى الاثراء توفر لأهلية المتعاقد أو جهة الإدارة ، نظرها لكونها دعوى تستند إلى اعتبارات العدالة التي بدورها لا تشترط لتحقيقها وجود الاهلية التي ينص عليها القانون ، مما يعني يحق لناقص الاهلية أو عديم الاهلية أن يكون مدعي أو مدعي عليه ، حيث نص الفقه على ذلك بانه هذا الحكم يتفق مع المنطق القانوني السليم ، وأن مصدر الالتزام هو واقعة قانونية وهي واقعة الكسب غير المشروع ، فمتى ما تحققت الواقعة ترتب الالتزام في ذمته ومن دون النظر إلى أنه مميز أو غير مميز [8] عليه تبين لنا عدم الحاجة لوجود أهلية لجهة الادارة أو المتعاقد معها عند أقامه دعوى الكسب غير المشروع أمام القضاء ، وذلك بالنظر لطبيعة الخاصة التي تتمتع بها دعوى الكسب بلا سبب واستنادها إلى اعتبارات العدالة مما يتطلب الإمر في هذا النوع من الدعوى من معرفة الجهة التي يقع عليها عب أثبات الكسب غير المشروع والمتمثل في المفتقر المدعي ، إذ يتعين عليه أثبات أثراء المدعي عليه ووجود الرابطة السببية بينهما وأثبات عدم وجود سبب قانوني للأثراء ، وعليه يجوز أثبات الكسب بلا سبب بكافة وسائل الاثبات المكتوبة أو الشفوية ،بما فيها البينة والقرائن لانهما من الواقع المادية [9] ولكن مع وجود التقادم الزمني وهو ما نص عليه القانون المدني العراقي النافذ بأن " لا تسمع دعوى التقادم في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقة في الرجوع ، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع " [10] ويتم ذلك من خلال الرجوع إلى القواعد العامة التي تنطبق على كافة مديونية الاشخاص وكما لابد من معرفة مقدار التعويض الناتج على دعوى الكسب غير المشروع ، فهو يرتبط تحديدا على الكسب المتحقق للمثري

سواء كان المتعاقد أو من جهة الإدارة مع تقدير مقدار الوقت بين كل من الافتقار والاثراء غير المشروع [11] عليه لابد لنا من الاجابة على السؤال المتمثل في كيفية تحديد قيمة الافتقار بفعل الكسب غير المشروع إذ وقع في احد المراحل التي يمر بها العقد الإداري سواء كان ذلك عند الابرام أم عند التنفيذ له ومن أحد طرفي العقد سواء كانت الجهة الإدارية" صاحبة العمل " أم المتعاقد معها " المقاول" ؟.

1- إذ كان الكسب غير المشروع نقدا – عندها يكون التعويض عنه بنفس قيمة النقود التي دفعها المفتقر.

2- أما إذ كان خدمة أو عملا أداه المفتقر للمثري ، عندها يتم تقدير الافتقار و بالتعويض عنه بما تساويه هذه الخدمة أو بما قام بنفاقه المفتقر نفسه .

3- إذ كان للا فتقار منفعة جناها المثري- عندها تكون قيمة الافتقار بقيمة الفائدة التي حصل عليها المثري من جراء هذه المنفعة أو الخدمة ،بناء على ما تقدم تبن لنا مدى حرص المشرع العراقي على تبني قاعدة التحديد الثنائي في تحديد مدى مقدار الضرر الذي نتج عن الكسب غير المشروع الذي قد يصب العقد الإداري ، رغبة منه في عدم ترتيب كسب جديد بلا سبب على حساب المثري مع خطورة ما يترتب على ذلك من اثراء قد يقع من قبل المتعاقد أم من قبل جهة الادارة ، بغية تحقيق التقدير المناسب له ولكن يقع واجبا الاخذ بعين الاعتبار بتاريخ المطالبة القضائية ، وكذلك بتقدير مبلغ التعويض ومن تاريخ صدور الحكم النهائي ، وذلك بهدف منع الاثار المترتبة على الانخفاض أو الارتفاع النقدي في مواجهة المفتقر [12]

المطلب الثاني / الكسب غير المشروع أثناء مرحلتي الابرام والتنفيذ للعقد الإداري : كما هو معروف فإن العقد الإداري قبل إبرامه بين طرفي العقد يمر بعدة مراحل لحين الوصول إلى الصيغة النهائية التي يسعى لها طرفي العقد شأنه شأن أي عقد أخر ، فالإدارة تتمحور مصالحها في وجود مرافق عامة تحقق لها أهدافها المرسومة في تحقيق المصلحة العامة ومن خلالها وجود خدمات عامة ، أما المتعاقد معها تتمثل مصلحته في الحصول على جني الارباح وزيادة الوفرة المالية له شخصيا ، ومن هذه المراحل هي مرحلة تكوين العقد الإداري وأيضا مرحلة تنفيذ العقد الإداري [13] ونظرا لأهمية الموضوع سنتناوله من خلال فرعين ، إذ نتناول في الفرع الأول منه الكسب غير المشروع خلال مرحلة أبرام العقد الإداري ونخصص الفرع الثاني منه إلى الكسب غير المشروع خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري وكما يلي تباعا:

الفرع الأول / الكسب غير المشروع أثناء مرحلة أبرام العقد الإداري :

كما تطرقنا سابقا إلى أن العقد الإداري يخضع لمجموعة من الإجراءات والتدابير السابقة واللاحقة التي تقع عليه والتي في نفس الوقت تمهد له وتنتج لولادته كتوافر "الاعتمادات المالية والتراخيص بالتعاقد وغيرها " وبذلك يولد العقد من الناحية القانونية سليما وصحيحا ومنتجا لا ثراه التي وجد من أجلها والمتمثلة بنهوض الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها وعليه يمكن لنا أيجاز الكسب غير المشروع أثناء مرحلة أبرام العقد وبين طرفي العقد وفق الصيغة الاتية وضمن حالات محددة هي :

أولا- حالة عدم وجود إذن مسبق بالتعاقد : يترتب على ذلك بطلان العقد بطلا مطلقا وبالتالي عدم وجود رابطة عقدية بين الادارة والمتعاقد معها ، نجد هذه الحالة في عقود البلديات التي بدورها تمر بعدة مرحل والمتمثلة في:

المرحلة الاولى -عندما يصدر القرار عن المجلس المحلي وبعدها يتولى رئيس المجلس المحلي التوقيع على العقد وإبرامه [14].

المرحلة الثانية :عدم توفر المبالغ اللازمة للتعاقد : بشكل مبدئي لا تستطيع الادارة التعاقد إذا لم تكن متوافر لديها الاموال الكافية لتغطية نفقات العقد [15] ولكن مع ذلك يعد هذا العقد نافذ وصحيح وقائم اتجاه الغير وأي نزاع حولة تطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية على اعتبار أن العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية مما يتطلب حمايته ومن جانب اخر عدم زعزعة الثقة بالإدارة ، لأنه ليس بمقدور من يتعامل مع الادارة أن يعرف بشكل مسبق بأنه قد توفر الاعتماد المالي لها أم لا قبل التعاقد معها لإن ذلك الإمر كله يتعلق بجهة الإدارة وحدها على اعتباره شأن خاص بها وفق القانون [14].

المرحلة الثالثة : حالة عدم تصديق العقد فأن العقد الغير المصدق لا يلتزم بموجبة أي من طرفيه بتنفيذه ، على اعتبار التصديق عليه هو يمثل الشروع البداء بالأذن بتنفيذ العقد [16].

الفرع الثاني / الكسب غير المشروع في مرحلة تنفيذ العقد :

تعد مرحلة تنفيذ العقد هي المرحلة الثانية بعد مرحلة إبرام العقد والتي يتعين على المتعاقد مع الإدارة القيام بالوفاء بالتزاماته التي تم التعاقد عليها بمحض أردته بموجب العقد الإداري المبرم بينهما ، عليه قد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بأعمال غير مطابقة للعقد لبنود العقد ، أو يقوم بأعمال إضافية لم ينص عليها العقد أصلا لا بشكل صريح أو حتى ضمني بحيث من الممكن الاستدلال عليها : ففي الحالة الأولى: فأن الاعمال التي قام بها والغير المطابقة لبنود التي نص عليها العقد تكون على مسؤوليته ولا يستحق التعويض عنها بمقابل مادي ولكن وفق اعتبارات التي تطلبها العدالة والتي تقضي بالتعويض عنها و عن هذه الإعمال الغير مطابقة للعقد ، واستنادا لنظرية الكسب غير المشروع ، فإن الإدارة نفسها لا تجهل بصفة عامة التعديلات التي أدخلت على أعمال العقد ، فهي من تمتلك سلطة الإشراف ولتوجيه وتراقب على تنفيذ الإعمال العائدة لها ضمن مرافقها العامة ، عليه فإن سكوت الإدارة أو موافقتها على تلك الإعمال التي هي قيد الانجاز ولو بصورة ضمنية أو عدم اعتراضها عليها و رغم كونها غير مطابقة لبنود العقد ، على أمل الاستفادة منها مستقبلا ، وهذا ما يجعل التعويض له مبررا قويا ومنطقيا ، فالأعمال نفذت على هامش العقد ، والإدارة بدورها استفادت مما قدمة المتعاقد معها من أعمال نافعة مع وجود زيادة عليها ولو بعد حين [17] أما في الحالة الثانية : التعويض عن الإعمال الإضافية : تعرف الإعمال الاضافية بأنها عبارة عن "الإعمال الغير مذكورة في العقد ولم ينص عليها العقد أصلا عند الابرام له ولكن ثمنها تم ذكرة في قائمة الاسعار وهي الاعمال التي لم تؤخذ بعين الاعتبار عند التعاقد بل ولم ترد بشروط العقد ولكنها في الوقت ذاته تكون مرتبطة بالأعمال الأصلية للعقد بحيث تكون الزيادة في الكمية أو في حجم العقد قابلة للتنفيذ وللمحاسبة مع المتعاقد الاصلي، وهنا يتعين على الباحث التمييز بين أمرين جوهرين هما :

الأمر الأول - والمتمثل في ثبوت قيام المتعاقد بأعمال إضافية لصالح الإدارة دون أي طلب منها ، عندها يتم التعويض استنادا لنظرية الاثراء الغير المشروع .

الأمر الثاني - أما في حالة ثبوت قيام المتعاقد بأعمال إضافية لصالح الإدارة بناء على طلب تحريري منها ، عندها يتوجب على جهة الإدارة القيام بتعويض المتعاقد معها عن هذه الإعمال استنادا للعقد نفسة فقط ولا يتعدى سواه [18] بناء على كل ما تقدم قد يثار لدينا سؤولا مهما و معينا هو هل يعد أجراء سحب العمل من المتعاقد مع الإدارة قرارا أداريا ؟ إن القرار الصادر عن الجهة الإدارية الذي يقضي بسحب العمل ليس قرارا أداريا ، و أنما هو ممارسة لحقها التعاقدي الذي منحه لها المشرع ، ولا يترتب عليه انقضاء العقد ، وإنما يظل العقد قائما مصدرا لالتزامات المتعاقد التي تنفذ الأعمال المتبقية على حسابة ، ويعني ذلك أنه إجراء مؤقت زمني لا ينهي الرابطة التعاقدية بين الجهة الإدارية صاحبة العمل والطرف الثاني المتعاقد معها المقاول المقصر، ومن جانب أخر بالنسبة إلى حقها في احتجاز ما يوجد في موقع العمل من منشأة والآلات وأدوات ومواد إنشائية فهو مرتهن على جه التحديد بسحب العمل من المقاول بحيث لا يجوز لها اتخاذ هذا العمل في غير هذه الحالة ، ومن الجدير بالذكر هاهنا أن المتعاقد من الإدارة " المقاول " المسحوب منه العمل من قبل الجهة الإدارية لا يجوز له رفع دعوى قضائية بإبطال سحب العمل وإعادته اليه مرة أخرى ؟ .والسبب في ذلك نراه يكمن في إن سحب العمل حق ثابت من حقوق الجهة الإدارية صاحبة العمل تمارسه في حالة اخلال المقاول المتعاقد معها في التزاماته التعاقدية بدون إذن من القضاء لكونه اجراء تهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ومنعا من تعطليها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا ما توقفت هذه المرافق من الاستمرار بتقديم خدماته وبنوعية جيدة .

المطلب الثالث / التسوية القضائية في منازعات العقود الإدارية :

يقصد بمنازعات مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ التي قد تحدث بين الجهة الإدارية والافراد أو الشركات مما يتطلب وجود جهة قضائية مستقلة للنظر فيها وحسم المنازعات القائمة ، وذلك نظرا لإن القاعدة العامة تأمر بذلك في فض هذا النوع من المنازعات والمتمثلة في وجود حق لجهتي العقد الإداري من الجواء للقضاء للفصل بينهما على اعتباره الوسيلة المعتادة في حسم المنازعات بينهما ، عليه سنقسم هذا

المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول منه تسوية المنازعات في مرحلة تكون العقد ونخصص في الفرع الثاني تسوية المنازعات في مرحلة تنفيذ العقد وكما يلي تباعا :

الفرع الأول / تسوية المنازعات في مرحلة تكون العقد:

يتم تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي الإدارة والمتعاقد معها أمام محكمة البداءة إذ أصدر مجلس القضاء الأعلى في الوقت الحاضر بالتخصص فقد عمد إلى استحداث محاكم متخصصة بالنظر بنوع معين من هذه الدعاوى ومن هذه المحاكم محكمة البداءة المتخصصة بدعاوى عقود المقاولات الخاضعة لشروط المقاولة لأعمال الهندسية المدنية ، وبصدور تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 تقرر بموجب المادة الثامنة منها والتي بدورها تنص على أحاله اختصاص النظر في مثل هذه الاعتراضات إلى اللجنة المركزية والتي يتم تشكيلها في جهة التعاقد وفق إجراءات نصت عليها التعليمات السابقة .

وبناء عليه بغية الاحاطة أجمالا بالية الاعتراض على قرارات الاحالة عن طرق هذه اللجنة إذ تشكيل لجنة مختصة بتسوية الاعتراضات على قرار الاحالة وتكون برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفة عن الدرجة الاولى[19] وكذلك وجود موظفين الاعضاء الاخرين من الاختصاصات المالية والقانونية مع وجود عضو مقررا للجنة فاشترطت في المقرر لا تقل درجته عن الوظيفة الرابعة ، عليه نعتقد أن أناطه صلاحية النظر في هذه الاعتراضات بلجنة أداريه أمر يجانب الصواب فكان الاجدار بالمشرع العراقي أن يقوم بالنص على منح جهة اخرى غير الجهة التي اصدرت القرار الإداري صلاحية النظر في صحته ، وهي محكمة القضاء الإداري ، لكي تؤدي هذه المحكمة دورها في تأصيل مبادئ للقانون الاداري والمتأتية من تخصصه في طائفة معينة من الدعاوى وهو امر مستقر في الدول المقارنة كفرنسا ومصر الدول الرائدة في هذا الخصوص [20].

الفرع الثاني / تسوية المنازعات في مرحلة تنفيذ العقد :

ابتداء تم استحداث محاكم بداءة متخصصة بالنظر في دعوى عقود المقاولات حيث تشكلت في كل منطقة استئنافية محكمة فيها بموجب البيان الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى في 9/ 1/ 2013 واختصت هذه المحاكم بالنظر بالمنازعات الخاصة بعقود المقاولات الخاصة لشروط المقاولات وغيرها ، عليه على الرغم من هذه الخطوة من مزايا جمة تسهم في تسوية هذه الطائفة من المنازعات بأقل وقت وسرعة حسم المنازعات [21]ولكن مع ذلك كأن الاجدار بمشرعنا العراقي أن يذهب إلى جعل التقاضي في المنازعات التي قد تحصل بين طرفي العقد أمام محكمة القضاء الإداري والتي تم تشكلها ضمن هيئات مجلس الدولة العراقي عام 1989 وليس أمام المحاكم المدنية " البداءة " [22] ومن دون مزاحمة الدعاوى المدنية الاخرى وأن تكليفها بالنظر بالمنازعات العقود الحكومية على اعتبار أن هذه العقود تخضع لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية ولذات الضوابط الصادرة بصددها وهي تقتضي الخبرة والممارسة في تطبيقها فضلا عن هذه العقود سوف تتعرض المزاحمة الدعاوى المدنية الأخرى مما سيؤدي إلى عرقلة تنفيذ هذه الفئة من العقود الحكومية مما يترتب عليه التأخير في الفصل في موضوع الدعوي وعندها ينطبق المثل الما ثور بإن " العدل البطيء أشد أنواع الظلم ".

الخاتمة .

بعد الانتهاء من دراسة بحثنا الموسوم الكسب غير المشروع في العقد الإداري ووسائل حل المنازعات التي قد تطرأ عليه ، تقتضي الدراسة منا والضرورة البحث أن نسجل أبرز ما توصلنا إلية من استنتاجات وما نراه من توصيات :

أولا / الاستنتاجات :

1- تبين لنا من النصوص التي تحدد نطاق سريان التشريعات التي تناولت العقد الحكومي على أنه العقد الذي تبرمه دوائر الدولة ومؤسساتها فيما يخص تنفيذ المقاولات العامة والحصول على السلع والخدمات بتمويل عام أو بتمويل خاص من قبل الشركات أو الأفراد .

2- ظهر لنا أن المقصود بالمنازعات في العقود الحكومية هي عبارة عن الخلافات التي تحدث بين الإدارة واحد الاشخاص المتعاقدين معها بصدد الاعتراض على قرار الاحالة على أحد المتنافسين دون سواهم ، أو بصدد عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ المعيب للعقد.

3- تيقن لنا أن المشرع العراقي لم يعمل بدورة على تحدد عدد الأعضاء عند تشكيل لجان الخاصة بتسوية منازعات الخاصة بالعقود الإدارية وقبل الانعقاد لهذه اللجان ، مما يؤدي إلى تشعب في الآراء وعرقلة الوصول إلى قرار فاصل في النزاع .

4- تبين لنا أن محاكم البداءة في العراق هي المختصة بالنظر في منازعات عقود التجهيز والعقود الحكومية المتعلقة بالخدمات الاستشارية .

ثانيا/ التوصيات :

1- ندعوا مشرعنا العراقي على ضرورة النص إلى جعل اختصاص محكمة القضاء الإداري هي الجهة المختصة بدلا من محكمة البداءة بالفصل في منازعات العقود الحكومية نظرا لكون جهة الإدارة طرفا فيها ومن باب أولى أن تختص القضاء الإداري في العراق بهذا النوع من المنازعات اسوة بفرنسا ومصر

2- نأمل من المشرع أن ينص على تحديد عدد الاعضاء للجنة الاعتراضات " تسوية المنازعات " مما يترتب عليه تقليل الآراء والسرعة في انجاز المعاملات .

3- نوصي المشرع العراقي بالنص إلى توسيع نطاق الفئات الخاضعة الكسب غير المشروع من خلال شمول المهندسين المقيمين على تنفيذ المشاريع التي تزيد قيمتها النقدية عن 50 مليون دينار عراقي ، وأيضا بأن يشمل ذلك أعضاء لجان المشتريات المركزية لما لهذه الفئات من قدرة على التلاعب بالمال واستغلال للمركز الوظيفي مما يترتب عليه كسبا غير مشروعا من الإعمال التي تكون تحت أشرافهم المباشر .

الهوامش.

1- ينظر عقد الاستشارات الهندسية لأعمال التشييد الصادر عن نقابة المهندسين العراقيين لسنة 1958 ، ص8.

2-ينظر الموقع الرسمي htt: wwweea orj. Erj / mzawaLaiz

3-د. حسن حسين البراوي ، عقد تقديم المشورة ، دراسة قانونية لتنظيم القانوني لعقود المكتب الاستشاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998، ص54 .

4-ينظرعقد الخدمات الاستشارات الهندسية لأعمال التشييدالصادرةعن نقابة المهندسين العراقيةلسنة1985ص9

5-ينظر الفقرة رابعا من عقد الاستشارات الهندسية الصادرة عن نقابة المهندسين العراقيين ، 1985.

6-ينظر د. محمد مهدي الحمداني ، عقد المشورة الفنية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، 2004، ص 70.

7-د. حابر محجوب علي ، قواعد اخلاقيات المهنة ، مطبعة القاهرة ، ط2، 2001، ص27.

8-د. احمد بركات مصطفى ، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات الاستشارية المصرفية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، 1999، ص141.

9- د. هاني علي الطهراوي ، القانون الاداري، دار الثقافة ، عمان ، ط 1، 12009 ، ص153.

10-ينظر أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة جامعة بغداد ، بدون سنة طبع، ص132.

11-ينظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مجلد 7، 1961، ص375 .

12-د. هاني علي الطهراوي ، القانون الاداري ، ط1، دار الثقافة ، عمان ، 2009، ص153.

13-ينظر د. جابر محمد محجوب ، قواعد أخلاقيات المهنة ، ط1، القاهرة ، 2001، ص27.

14-اسراء ناطق عبد الهادي ، المسؤولية المدنية في عقد خدمات المكاتب الاستشارية ،مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثامن ، ص44.

15-د. امال كاظم سعود ، الالتزام بالتعامل بالعقود ، اطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، 2007، ص 13.

16-هاشم علي الشهواني ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1 ، 2009 ، ص27.

17-د. عبد الفتاح محمد ، احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن ، ط2، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2005، ص16.

18- د. منصور محمد حسين ، المسؤولية المعمارية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ط1، 2013 ،ص33.
19-د. عبد الحميد الحكيم ، والاستاذ عبد الباقي البكري ، ومحمد طه البشير ، عقود الالتزام ، ج1،وزارة التعليم العالي ، 1980، ص23.
20- جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ،ك1، دار النهضة العربية القاهرة ، 1981، ص122 .
21- د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في احكام عقد المقاولة ، ج1 ، ط2، مطبعة بغداد ، 1976، ص20.
22- د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في احكام عقد المقاولة ، مصدر سابق ، ص26.
23- نصوص المواد (169/ف2) و(186/ف1) و(204) من القانون المدني العراقي رقم (40 لسنة 1951 المعدل).
24- نص المادة (864) من القانون المدني العراقي رقم (40 لسنة 1951 المعدل).
25- د. سمير عبد السميع ، ضمان العيوب الخفية التي تقع على بائع العقار ،2000 ، ط1 ،مصر مكتبة الاشعاع ، ص232.
26-محمد ماجد الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء ، أطروحة دكتوراه ، 1985 ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ص333.
27-أبو الليل إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، القاهرة، ط1، 1980، ص434.
28-هاشم علي الشهوان ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات ، رسالة ماجستير ، جامعة عمان ، الأردن ، 2013، ص154.
29-د. عبد المجيد حكيم ، مصدر سابق ، ص558
30- إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص222.
31- نص المادة (259 /2) من قانون المدني العراقي رقم (40- لسنة1951) المعدل .
32-نص المادة (211 /2) من قانون المدني العراقي رقم (40- لسنة1951) المعدل .
33-نص المادة (259 /3) من قانون المدني العراقي رقم (40- لسنة1951) المعدل.
34-نظر نص المادة (1 / الفقرة 2) من قانون مكا تب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي العراقي ذي الرقم (7) لسنة 1997.
35-ينظر نص المادة (1/ أولا / أ) من قانون مكا الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي العراقي ذي الرقم (7) لسنة 1997.
36- ينظر نص المادة (130) من دستور جمهورية العراق لسنة2005.
37 ينظر نص المادة (2) من قانون مكا الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي العراقي ذي الرقم (7) لسنة 1997.
38-انظر حسن البراوي . عقد تقديم المشورة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص56.
39-انظر سمير عبد السميع الاون ، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفاتيح ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004، ص28.
40- هاشم علي الشهواني، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1، 2009، ص27.
41- عادل عزت السنلجقي ، عقود الاستشارات الهندسية ، مركز البحوث القانونية ،بغداد ، 1983 ، ص27، ص 15.
42- د. أسعد عبد الحميد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية المدنية ،ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، الأردن ، 2009، ص94.
43- د. محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط2، 1998، ص37.

المصادر .

اولا / الكتب.

1- ينظر عقد الاستشارات الهندسية لأعمال التشييد الصادر عن نقابة المهندسين العراقيين لسنة 1958.
2- د. حسن حسين البراوي ، عقد تقديم المشورة ، دراسة قانونية لتنظيم القانوني لعقود المكتب الاستشاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
3- ينظر عقد الخدمات الاستشارات الهندسيةلأعمال التشييد الصادرة عن نقابة المهندسين العراقية لسنة 1985.
4- ينظر د. محمد مهدي الحمداني ، عقد المشورة الفنية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، 2004.
5- د. حابر محجوب علي ، قواعد اخلاقيات المهنة ، مطبعة القاهرة ، ط2، 2001. 1999.
6- د. هاني علي الطهراوي ، القانون الاداري، دار الثقافة ، عمان ، ط 1، 2009.

7- ينظر أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة جامعة بغداد ، 1984.
8- ينظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مجلد 7، 1961.
9- د. هاني علي الطهراوي ، القانون الاداري ، ط1، دار الثقافة ، عمان ، 2009.
10- ينظر د. جابر محمد محجوب ، قواعد أخلاقيات المهنة ، ط1، القاهرة ، .
11- ينظر . اسراء ناطق عبد الهادي ، المسؤولية المدنية في عقد خدمات المكاتب الاستشارية ،مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثامن ، 2009.
12- د. امال كاظم سعود ، الالتزام بالتعامل بالعقود ، اطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، 2007.
13-هاشم علي الشهواني ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1 ، 2009 ، ص27.
14-- د.عبد الفتاح محمد ، احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن ، ط2، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2005.
15- د. منصور محمد حسين ، المسؤولية المعمارية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ط1، 2013 .
16- د. عبد الحميد الحكيم ، والاستاذ عبد الباقي البكري ، ومحمد طه البشير ، عقود الالتزام ، ج1،وزارة التعليم العالي ، 1980.
17- ينظر جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ،ك1، دار النهضة العربية القاهرة ، 1981.
18- ينظر د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في احكام عقد المقاولة ، ج1 ، ط2، مطبعة بغداد ، .
19- ينظر د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في احكام عقد المقاولة ، مصدر سابق .
20- أنظر نص المادة: (169/ف2) و(186/ف1) و(204) من القانون المدني العراقي النافذ.
21- نص المادة (864) من القانون المدني العراقي رقم(40 لسنة 1951 المعدل)
22- د. سمير عبد السميع ، ضمان العيوب الخفية التي تقع على بائع العقار مكتبة الاشعاع، مصر ، ط1 ، 2000.
23- أبو الليل إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، القاهرة، ط1، 1980.
24-ينظر نص المادة (1/ أولا / أ) من قانون مكا الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي العراقي ذي الرقم (7) لسنة 1997.
25-ينظر نص المادة (130) من دستور جمهورية العراق لسنة2005.
26-ينظر نص المادة (2) من قانون مكا الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي العراقي ذي الرقم (7) لسنة 1997.
27-انظر حسن البراوي . عقد تقديم المشورة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1998.
28-انظر سمير عبد السميع الاون ، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفاتيح ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004، ص28.
29-انظر هاشم علي الشهواني، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط1.

ثانيا / الرسائل والاطاريح :

1- ندى عبد الكاظم ، أثار بطلان العقد " دراسة مقارنه ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2007.
2-هاشم علي الشهوان ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات ، رسالة ماجستير ، جامعة عمان ، الأردن ، 2013.
3- محمد ماجد الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء ، أطروحة دكتوراه ، 1985 ، جامعة بغداد ، كلية القانون.
4-د. احمد بركات مصطفى ، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات الاستشارية المصرفية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، 2008.

ثالثا / التشريعات :

1- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
2- القانون المدني العراقي رقم (40 لسنة 1951) المعدل.
3- قانون رقم (7) لسنة 1997 الخاص بتعليمات تأسيس المكاتب الهندسية في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي .