"امتناع الإدارة عن أداء المقابل المالي في العقود الحكومية"

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

مهدي محمد عبيد الخماسي

مستخلص:

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

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

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

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

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

Abstract:

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

The funds managed by the administration are public funds, which require a great deal of care and diligence in handling. Additionally, the administration's pursuit of the public interest cannot be left to the discretion of an unspecialized and unfamiliar judge who might not be well-versed in administrative work. There is a risk that their decisions and judgments will deviate from achieving the common good and lean towards safeguarding the rights of contractors dealing with the administration.

The most recent update of the Iraqi State Council Law did not introduce significant changes in the jurisdiction of the administrative judiciary or establish a separate chapter for resolving government contract disputes. Nevertheless, most of these disputes involve decisions issued by the administrative authority after the completion of the contract, and they are separate from the contract terms themselves. While Iraqi legislation does not explicitly prohibit administrative courts from handling these cases, the prevailing jurisprudential approach supports the right of the administrative judiciary to adjudicate these disputes, given that the logic favors the specialization of administrative courts in this regard

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

المقدمة

تتميز التعاقدات الحكومية ببيئة مميزة تميزها عن غيرها من أعمال الإدارة، كما تميزها عن غيرها من أنواع التعاقد العادي، حيث أن الإدارة حين تقدم على التعاقد فإنها تتصرف في أموال الدولة، ويجب عليها أن تهدف لتحقيق غاية واحدة فقط، وهي المصلحة العامة، وذلك تحت قيود التوفير، والشرعية والملاءمة، نظراً لما يرتبه التعاقد الحكومي من التزامات مالية على عاتق الإدارة.

إن الحقوق المالية للمتعاقد تمثل الدافع الحقيقي من جانبه لإبرام العقد الإداري، فالمتعاقد وإن كان معاوناً للإدارة في تسيير مرافقها بانتظام واستمرار العقد الإداري المبرم بينهما، إلا أنه فرد يسمى في المقام الأول إلى تحقيق الربح ومن هنا فإن حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه لقاء ما يقوم به من أعمال وما يقدمه من خدمات يعد الحق الأساسي له، والذي يمثل الهدف الذي يسعى إليه من عملية التعاقد[1].

إن الوضع الغالب أن يقوم المتعاقدين بتحديد الثمن قبل البدء في تنفيذ العقد. فالعقد بعد المصدر الطبيعي لتحديد الثمن المستحق للمتعاقد، والثمن قد يحدد بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به كدفاتر الشروط بأنواعها المختلفة، وإلى جانب تلك الشروط توجد وثائق أخرى معاونة في هذا الصدد، ومن أمثلتها قوائم الأسعار أو جداول الفئات التي توضح كيفية تقدير الإدارة للأسعار بالنسبة الى الأعمال المراد تنفيذها، فضلاً عن قوائم الأجور التي تحدد الأجور التي تسدد للعاملين في المشروع محل العقد[2].

---

[1] وفاء محمود أحمد الببواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية– دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص10.

[2] إن غالبية الفقه ذهب إلى أن الشرط الخاص بتحديد الثمن بعد شرطاً ذات طبيعة تعاقدية، يراجع: مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص518، كما

إلا أن الإدارة قد تتعاقد بالاتفاق المباشر دون أن يحدد الثمن في العقد، إذ تطلب من المورد مثلاً أن يورد سلعاً معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد، وفي هذه الحالة يتفق المتعاقدين باتباع الطريقة المقررة تشريعاً لتحديد الثمن، وفي حالة عدم وجود حل تشريعي لمثل هذه الحالة فإن الثمن يحدد بناء على السعر السائد في السوق وقت الشراء[3]، ولكن إن نازع المتعاقد في تقدير الثمن فلا مفر من اللجوء إلى القضاء.

أولاً– أهمية البحث:

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

ثانياً– أهداف البحث:

ذهب الأستاذ العميد سليمان الطماوي لذلك بقوله هو الشرط التعاقدي الأصيل، يراجع: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015، ص586.

[3] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص539.

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

ثالثاً–إشكالية البحث:

أن الأصل أن يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه في العقد، ويقع على عاتق الإدارة الوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد وأهم هذه الالتزامات هي الوفاء بالثمن المتفق عليه لقاء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وفي حال إخلالها بالالتزام بأداء هذا الثمن تنعقد مسؤوليتها التعاقدية[4]، ويأخذ إخلال الإدارة بالتزامها بالوفاء بالثمن المستحق للمتعاقد صور ثلاث (تتجسد الصورة الأولى منها في توقف الإدارة عن أداء ذلك المقابل، والصورة الثانية في تأخيرها عن ذلك الوفاء، والصورة الثالثة في تعديل قيمة الثمن المستحق لتنفيذ العقد بإرادتها المنفردة).

إلا أن الحالة التي تهم بحثنا ونسعى لتناولها هنا هي امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن المستحق للمتعاقد، وهي أولى صور امتناع الإدارة عن أداء المقابل المالي، وفي ظل عدم وضوح النصوص المتعلقة بالتقاضي الإداري في النظام القانوني في العراق، وتعدد الأسباب التي تتداخل في امتناع الإدارة هذا وتشعبها، يبدو لزوماً أن نبحث في الحلول التي تتوفر في متناول المتعاقد مع الإدارة لاقتضاء حقه المالي، والخطوات والسبيل الذي ينبغي عليه

---

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 72.

سلوكه، وتبرز إشكالية بحثنا في السؤال التالي: **هل يمنع الفراغ التشريعي القضاء الإداري من نظر دعاوى العقود الحكومية؟**

رابعاً–منهج البحث:

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

خامساً– نطاق البحث:

إن النطاق المحدد لمجال بحثنا يتعين في التعاقد الحكومي في المؤسسات والأجهزة الإدارية العراقية، وضمن نطاق عمل القضاء العراقي وفي مجال اختصاصه وولايته، كما يمتد زمنياً منذ اعتماد قانون مجلس شورى الدولة العراقي عام 1979 حتى وقتنا المعاصر.

سادساً– خطة البحث:

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

المقصد الأول

خصوصية بيئة البحث

تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق حول النظم المتعلقة بعمليات التعاقد، على أنه تلتزم جهة التعاقد باستكمال المتطلبات التالية قبل إعداد وثائق المناقصات للتعاقدات الممولة من الموازنتين الجارية والتشغيلية، بتوفر التخصيص المالي لتجهيز السلع أو الخدمات أو المقاولات بتأييد الدائرة المالية في جهة التعاقد[5]. وبالتالي لا يمكن للجهة الحكومية المتعاقدة بداية أن تقدم على أي عملية تعاقدية دون تأكدها من توافر قدرة التسديد لديها.

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

كما أن الرجوع إلى القوانين المعنية بالبت بمواضيع التعاقد بشكل عام (قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لعام 1969 المعدل، وشروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية لسنة 1987، وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية لسنة

---

[5] البند (ج) من الفقرة (ثانياً) من المادة (2) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (2) لعام 2014 المعدلة.

1987) ، والقضاء الإداري (قانون مجلس الدولة العراقي رقم 71 لعام 2017) ينتج عنه عدم وضوح أكبر وتباين في الحلول، كما تنص الأحكام العامة الواردة في الفصل الحادي عشر من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية على انه تخضع العقود العامة المشمولة بهذه التعليمات إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي.

لقد نقل المشرع العراقي التزامات وحقوق مجلس شورى الدولة إلى مجلس الدولة المؤسس بموجب القانون رقم 71 لعام 2017، كما نقل إليه محاكمه، مبيّن هذا القانون المحاكم الإدارية وطرق الطعن أمامها حيث أصبحت تلك المحاكم تتبع مجلس الدولة وهو يعتبر هيئة مستقلة يتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها رئيس المجلس ويختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة [6].

أولاً– مميزات التعاقد الحكومي

يمكن للإدارة أن تلجأ إلى إبرام العديد من العقود الإدارية مع الأفراد بقصد الوفاء بمتطلبات المرافق العامة وإشباع حاجات الجمهور المتزايدة، وفي الحقيقة أن فكرة المرافق العامة وضرورة تلبية احتياجاتها وتأمين سيرها هي الفكرة المهيمنة على العقود الإدارية وهي التي تحكم الروابط الناشئة عنها، وكان من نتائج ذلك أن منحت الإدارة العديد من الامتيازات في مجال العقد الإداري والتي من أبرزها سلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في تعديل العقد وسلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد وأخيراً سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فالقاعدة في هذه العقود هي رجحان كفة الصالح العام على مصلحة الأفراد إذ تمتاز بأن

---

[6] علي صابر الرويمي، سلطة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط الإلكتروني: https://www.iraqfsc.iq/news.5063/ ، تاريخ الزيارة: 2023/8/30.

شروطها العامة تحدد مقدماً ولا يملك من يتقدم للتعاقد الإدارة مناقشتها، فالعقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرفق العام والذي يساهم في تسييره[7].

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

كما أن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة في الأصل من الإرادة الحرة لطرفيه، والملفت للنظر أن السلطة الإدارية المختصة بالتعاقد لا تتمتع بحرية التعاقد نفسها التي يتمتع بها الأفراد فيما بينهم، سواء لجهة اختيار الفريق الآخر في العقد، أم لجهة الشكليات والأصول المفروضة لإبرامه، وهذا ليس محصوراً في عقودها الإدارية، بل هو كذلك في عقودها المدنية، وتعليل ذلك على صون مصالح الإدارة لاسيما المالية منها، وتأمين الحد الأقصى من الضمانات حمايةً للمصلحة العامة، فحتى يكون العقد سليماً يجب أن يتم التعبير عن إرادة الإدارة وفق عملية تمر بمراحل ثلاث، هي أهلية الموظف المتعاقد ، وإبرام العقد ، والتصديق عليه، إن الإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة، والعقد الإداري، كما كل عقد، ينشئ الحقوق ويرتب الموجبات[8].

---

[7] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، ص334.

[8] يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات صادر الحقوقية، لبنان، 2002، ص488.

إن الشخص العام باعتباره وحدة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية، أي بأهلية قانونية، وبإرادة، وبذمة مالية، ما يجعله قادرا على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعلى التعاقد في حدود نظامه القانوني واختصاصه، وبذلك إذا كان القانون أو النظام الخاص بالشخص العام لا يحظر عليه أن يبرم عقوداً معين أو في مجال معين، فإن هذا الشخص يكون حراً من حيث المبدأ في إبرام عقود لتأمين المعاونين له في أدائه لمهامه، ولكي يؤمن لنفسه الوسائل المادية الكفيلة بتنفيذ وظائفه والقيام بها خير قيام[9].

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

إن القيود المفروضة على الإدارة عند قيامها بإبرام عقودها، هي قيود عامة، ومخالفتها تؤدي إلى بطلان العقد، وإن السلطة الإدارية ليست حرة بالكامل في اختيار من تتعاقد معهم، فالمشرع يقيد الإدارة من هذه الناحية أكثر من الأفراد، لأنه يرمى إلى اختيار أفضل المتعاقدين، ولأن اختيار متعاقد غير كفء فنياً أو مالياً ، يهدد المرافق العامة بخطر عدم الاستمرارية، ما يتبع ذلك من تبديد للمال العام، كما يهدف المشرع إلى ضمان الحيادية من جهة، واستبعاد شبهة المحاباة وتفضيل متعاقد على آخر من جهة أخرى، إلى غير ذلك من الاعتبارات الشخصية التي تجافي المصلحة العامة[10]، وبهذا يفرض القانون قيودا على

---

[9] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص122.

[10] محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص511.

الحرية التعاقدية لأطراف العقد الإداري، إذ يوجب عدم إتباع الطريق التعاقدي في مجال محدد، وهذا يتم إما بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر.

إن الأساس القانوني للقيود المفروضة على التعاقد في العقود الحكومية، يتمثل في فكرة السلطة العامة التي تبرز بصورة واضحة في عقود الإدارة والهادفة إلى إشباع الحاجات العامة[11]، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، بصفتها معياراً للنظام العام فهي غاية العمل الإداري ومناطه وحول هذه الفكرة تدور المشروعية أو عدم المشروعية لتصرفات الإدارة، وبناء على ما تقدم تعد القيود السابقة على التعاقد من الشروط الضرورية لإبرام العقد الإداري الذي يختلف عن أحكام القانون الخاص، إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيود تفرضها القوانين واللوائح.

فالتعاقد الإداري يكون مسبوقاً بإجراءات سائدة وموافقات يشترطها القانون، الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، كذلك يتوجب على الإدارة تهيئة جداول الكميات والخرائط والمخططات الخاصة بالمشروع[12]، وقد أوجب المشرع العراقي على جهات التعاقد الإدارية مراعاة استكمال متطلبات عدة قبل قيامها بالتعاقد، ومن تلك المتطلبات تحديد الحاجة الفعلية للإدارة المعنية إلى السلع والخدمات المطلوب شراؤها، وهذا ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014[13].

---

[11] مازن ليلو راضي، معايير تميز العقود الإدارية، دار المصبوعات الجامعية، الإسكندرية،2016، ص25.

[12] سعد الجبوري، الرقابة على الإنفاق العام في العقود الحكومية، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، 2013، ص55.

[13] انظر: البند (ثانيا) من المادة (2) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 التي تنص على أن " تلتزم جهة التعاقد باستكمال المتطلبات التالية قبل إعداد وثائق المناقصات للتعاقدات الممولة من الموازنتين الجارية والتشغيلية: أ. وجود دراسة للحاجة الفعلية للمقاولة أو أتجهيز جهة التعاقد للسلعة أو الخدمة.. "،

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

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

ثانياً– الرقابة القضائية على سلطات الإدارة في التعاقد الحكومي:

إن للإدارة مكنة فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية تقتضيها مبررات حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أن فرض هذه الجزاءات ليس أمراً مطلقاً للإدارة تأتيه كيفما تشاء بل أن ممارستها لهذه السلطة تخضع لقيود وضوابط معينة تنص عليها التشريعات التعاقدية من جهة، وتخضع الإدارة في ممارستها لهذه السلطة إلى رقابة القضاء سواء من حيث توافر الشروط الموضوعية لفرضها أو من حيث تقدير مدى ملائمة الجزاء المفروض مع المخالفة الحاصلة من المتعاقد، على نحو ما أستقر عليه القضاء العراقي[14].

[14] عثمان سلمان غيلان العبودي، النظرية العامة للعقود الحكومية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،2020، ص219.

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

أ– رقابة مشروعية تصرفات الإدارة:

إن قواعد الشكل والإجراءات –في القرارات الإدارية– مقررة لمصلحة الإدارة والأفراد على حد سواء، فالقضاء الإداري قد أختط لنفسه طريقاً وسطاً فهو لم يتشدد في التمسك بقواعد الشكل إلى الحد الذي يعوق من نشاط الإدارة، ولم يسمح بعدم الاعتداد بها لذلك فقد قدر إن القرار الإداري المعيب بالشكل والإجراءات لا يكون باطلا إلا في حالة إذا نص القانون على شكل أو إجراء معين، ورتب البطلان على مخالفة ذلك الشكل أو الإجراء، فهنا يجب على الإدارة الالتزام بما نص عليه القانون[15].

كما أن عيب الانحراف بالسلطة من العيوب الداخلية أو المادية التي تشوب القرار الإداري في ركن الغاية أو الهدف فتجعله جديراً بالإلغاء، وهو يعني استعمال الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو أنها مغايرة للغاية التي حددها القانون، وقد لا يكتفي المشرع بتحقيق المصلحة العامة بمعناها الواسع، بل يخصص للإدارة هدفا يجب أن تسعى من خلال قراراتها الى تحقيقه، فإذا خرج القرار عن هذه الغاية ولو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها، فأن قرارها يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة ووقع باطلاً [16].

---

[15] جاسم كاظم كباشي العبودي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص74.

[16] نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، كلية القانون، الجامعة العراقية، بغداد، 2018، ص302.

كذلك يقصد بعيب السبب يقصد به عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري في سببه بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني، ويعد عيب السبب من أهم عيوب القرار الإداري وأخطرها، إذ يمثل الأساس الذي يستند إليه القرار الإداري، وهو أحد أوجه عدم مشروعية القرار الإداري الناجمة عن عدم استناده إلى وقائع مادية أو قانونية تسوله، أو قد يستند إلى وقائع غير صحيحة من ناحية التكييف القانوني[17].

ب- رقابة ملاءمة تصرفات الإدارة:

تتمثل رقابة الملاءمة بدور القاضي في التحقق مما إذا كانت الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار قرار الجزاء ومنها جزاء مصادرة التأمينات تكفي سبباً لحملها على إصداره أم لا، أي أن القاضي يقدر مدى جسامة المخالفة، وما إذا كان الجزاء بناسها أم أن الإدارة قد تجاوزت في تقديريه فارتكبت خطأ في تكييف الوقائع الداعية إليه وهو ما يعد رقابة على ملائمة القرار ولكنها ليست ملائمة متروكة لتقدير الإدارة بل هي ملائمة قام بها القانون ذاته باعتبارها في تقديره من شروط مشروعية القرار[18]، لأن الملائمة هي عنصر من عناصر المشروعية وهذا يوضح لنا وجود فارق أساسي بين الشرعية والملائمة، فشرعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف التزام جانب القواعد القانونية، أما ملائمة تصرف ما فإنما تعني أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة[19].

---

[17] إقبال فاصل خصير أبو كسور، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2014، ص 24.

[18] سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، 2014، ص 26.

[19] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص187.

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

كذلك ففكرة الملاءمة فكرة نسبية ولا نعني بأن الشرعية والملاءمة فكرتان متناقضتان لأنه إذا كانت مشروعية قرار من القرارات يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد قانونية فان تقدير ملائمة هذا القرار أو الإجراء لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية[20].

إن الأساس القانوني لرقابة الملائمة هو أن الإدارة عند اتخاذها لقرار الجزاء المالي تنهض سلطة القضاء في إقامة موازين القسط في أمور عديدة، منها مقدار خطورة المخالفة على المصالح المعتبرة بغض النظر عن نوعها ومقدار ما يناله الجزاء من حق أو حرية أساسية، وعلى قدر وصوله إلى نقطة التوازن المرجوة يقدر توفيقه في الوصول إلى التناسب الذي لا يكون معه الجزاء قاسياً بالقدر الذي يمثل معه اعتداء على حرية أو حق جدير بالاهتمام والرعاية ولا يكون في الوقت نفسه واهياً مما يؤدي إلى هدر مصالح أساسية[21].

لقد امتدت رقابة القضاء الإداري الفرنسي لتشمل الرقابة على تقدير الإدارة، للوقائع وملائمة قرارها الإداري للصالح العام فأنشأ في هذا النطاق نظريتين (الغلط البين في التقدير) و(الموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري)، وبواسطة هاتين النظرتين أخذ يلغي القرارات

---

[20] حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص275.

[21] محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص173.

الإدارية التي يشوبها غلط بين من جانب الإدارة في تقدير الوقائع، امتدت رقابة القضاء على قرار الجزاء الجنائي أو المالي الذي تصدره الإدارة على المتعاقد معها إلى نطاق واسع.

أما بالنسبة للوضع في العراق نجد أن القضاء العراقي قد ساير القضاء الإداري الفرنسي في الاتجاه المتقدم في رقابة ملائمة القرارات الصادرة من الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها، وهذا ما بينته محكمة التمييز في قرارها الذي ذهبت فيه إلى أنه ".... ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض وجد أن التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه"[22].

إذا كانت الإدارة تفرض الجزاء بسلطتها التقديرية، فإن تدخل القاضي وفرض رقابته في حالة إذا كان تقدير الإدارة مفرطا وبعيداً عن المعقولية سواءً كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء، والأمر هنا ليس استثناء يرد على قاعدة أن القاضي الإداري قاض للمشروعية دون الملاءمة، إنما هو مجرد انتقال لعناصر التقييد من دائرة التشريع إلى دائرة المبادئ القانونية العامة وذلك إزاء عدم تدخل المشرع بتقييد الإدارة، ومن ثم يحل محله القاضي بقدرته على التحديد بدلاً من العمومية والتجريد[23].

إذا أخطأت الإدارة في مباشرة سلطتها التقديرية يجب على القاضي الإداري ممارسة دوره لإعادة الأمور إلى موازينها القانونية، فهنا يكون القاضي الإداري مختص برقابة المشروعية والملائمة في أن واحد، والأساس القانوني لرقابة الملاءمة فهذه الرقابة تدخل في نطاق أو

---

[22] قرار محكمة التمييز العراقية رقم (129) /م3/ 2004، الصادر في 2004/3/8.

[23] زهراء هشام إبراهيم عبد الرحمن القزاز، مصادرة التأمينات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021، ص205.

إطار رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري، وذلك بوصف إن ملاءمة هذه القرارات هي شرط لمشروعيتها[24].

إن القاضي في رقابته على الإدارة يرد الوضع إلى درجة الموازنة إذا كان الجزاء المفروض من الإدارة مبالغاً فيه ولا يتناسب مع مقدار الخطأ، ودخول تقدير الجزاء في نطاق السلطة التقديرية للإدارة لا يعني بالضرورة ألا تتصرف رقابة القضاء إليها بل لا يعني في الواقع أكثر من ترك قدر من حرية التصرف للإدارة بوصفها الأقرب للوقائع اليومية ومن ثم الأكفأ على تقدير بعض الأمور التقديرية التي تختلف من حالة إلى أخرى، ومن ثم فإذا كان تقدير الجزاء من الأمور المتروكة للإدارة فان للقضاء أن يتدخل ويفرض رقابته إذا جاء تقدير الإدارة هذا مفرطاً وبعيداً عن كل حد معقول سواء كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء.

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

[24] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مرجع سابق، ص128.

المقصد الثاني

الحالة التطبيقية لمنازعات العقود الحكومية

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

"طلبت وزارة التخطيط رأي مجلس شورى الدولة في شأن ما ورد في كتاب وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، حول إمكانية قيام الهيئة التمييزية المشتركة بين مجلس شورى الدولة ومحكمة التمييز والخاصة بتحديد الاختصاص لبيان رأيها في شأن تحديد جهة الطعن بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية مع بيان الرأي القانوني باختصاص القضاء الإداري بالطعن بمثل هذه القرارات"[25].

بينت وزارة التخطيط بكتابها آنف الذكر بأن اختصاصات محكمة القضاء الإداري قد ورد في قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 حيث تتولى النظر في صحة القرارات الإدارية من الغاء وتعويض وان هناك محكمة إدارية تشكلت في وزارة التخطيط بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (87) لسنة 2004 ومقرها في محكمة استئناف الرصافة تتولى النظر في الاعتراضات المقدمة من المقاولين على إجراءات المناقصة وقرار الاحالة قبل توقيع العقد.

"وترى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم بـ(ع/10453) في 2011/11/3 المذكور آنفاً بأن القرارات القابلة للانفصال عن عقود الادارة العامة والتي تصدر قبل او بعد

---

[25] قرار مجلس شورى الدولة العراقي رقم (2012/59) الصادر في 2012/8/7، منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل العراقية، متاح على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.moj.gov.iq/view.153/ ،

إبرام العقد كقرار الإحالة أو إلغاء الإحالة أو فرض الغرامات أو مصادرة التأمينات أو سحب العمل يتم الطعن بها حالياً أمام القضاء العادي في حين بين فقهاء القضاء الإداري بأنه يجوز الطعن بتلك القرارات بدعوى الإلغاء أو التعويض أمام القضاء الإداري لكونها قرارات إدارية مستقلة عن العقد وهو معمول به في أغلب الدول التي فيها قضاء إداري متخصص مثل فرنسا ومصر".

"حيث أن هيئة تعيين المرجع المشكلة بموجب البند (رابعاً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 تختص بتحديد المحكمة المختصة في حالة تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الاداري واية محكمة مدنية اخرى . وحيث ان اختصاصات محكمة القضاء الاداري محددة في الفقرة (د) من البند (ثانياً) من المادة آنفة الذكر وليس من بينها المنازعات الناشئة عن العقود او المنفصلة عنها".

وحيث أن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (87) لسنة 2004 وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 قد حدد اختصاصات محكمة العقود الحكومية وهي المختصة بالنظر في صحة القرارات الصادرة عن الإدارة قبل توقيع العقد. وحيث أن قرارات فرض الغرامة أو سحب العمل تستند إلى نصوص واردة في العقد وليس للإدارة بصفتها سلطة عامة.

إن الفقرة (جـ) من البند (خامساً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة قضت بأن لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها، وتأسيساً على ما تقدم من أسباب يرى المجلس: لاتختص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى نصوص واردة في العقد.

لقد ذهب المجلس في رأيه إلى عدم اختصاص القضاء الإداري في العراق بنظر القرارات الإدارية المستندة إلى نصوص وردت في العقد، وقد اعتمد في قراره على عدم اختصاص

محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود او المنفصلة عنها، وذلك في قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل. وأن قرارات فرض الغرامة أو سحب العمل تستند الى نصوص واردة في العقد وليس للادارة بصفتها سلطة عامة.

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

إلا أن القرار الإداري الذي نبحث بصدده وهو امتناع الإدارة عن صرف المقابل المالي للمتعاقد معها ليس مستنداً إلى نصوص واردة في العقد، فهو ليس من ضمن الجزاءات المالية المقررة لجهة الإدارة في تعاملها مع المتعاقدين، كما أن النظام القانوني الذي بنى عليه مجلس شورى الدولة قراره قد تم تعديلها، ابتداءً من قانون المجلس، وأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (87) لسنة 2004 قد ألغي، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 تم إلغاؤها.

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

كما أن القانون الجديد نص أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام، التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما

يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن[26]. ويعد في حكم الامر او القرار رفض او امتناع الموظف او الهيئة عن اتخاذ امر او قرار كان من الواجب عليهما اتخاذه قانوناً[27].

إن القضاء العراقي قد عاد فقرر أن الطعن التمييزي المقدم يتعلق بالقرار الصادر من محكمة بداءة الرصافة في جلسة المرافعة المؤرخة 11 / 1 / 2010 بإحالة الدعوى الى محكمة القضاء الإداري للنظر فيها حسب الاختصاص الوظيفي، استنادا للمادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979، وأن المادة 216 / 1 من قانون المرافعات المدنية قد أجازت الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من محكمة البداءة والموضحة في الفقرة المذكورة ، ومن ضمنها قرار رفض الإحالة لعدم الاختصاص القيمي أو المكاني، ولم تتطرق الفقرة أعلاه إلى موضوع الاختصاص الوظيفي، فضلاً عن أن القرار المميز يتعلق بقرار الإحالة وليس قرار رفض الإحالة ، وعليه قرر رد الطعن التمييزي شكلاً[28].

أولاً–دعوى الإلغاء :

استقر فقهاء القانون العام على أن الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية، يتمثل في إخضاع تصرفات السلطات العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل نظام الدولة القانونية وتتعزز مبادئه، حيث لابد أن تكون هناك آلية تحول دون تعسف الإدارة أو تماديها في التعسف بعد وقوعه فإن خضوع الإدارة لرقابة القضاء يمثل أهم ركن في بناء الدولة القانونية، فالإدارة

---

[26] الفقرة (رابعاً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لعام 1979 المعدل.

[27] الفقرة (سادساً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لعام 1979 المعدل.

[28] حكم محكمة استئناف بغداد – الرصافة الاتحادية رقم (95)، الصادر بتاريخ 2010/2/10، منشور على الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية، متاح على الرابط الإلكتروني: https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx ، تاريخ الزيارة: 2023/8/30.

تعمل في نطاق المشروعية تخضع للقانون الذي يمنع الاعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم[29].

إن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة يتولاها القضاء الإداري، لكن في بعض الأحيان تطرأ نزاعات ناتجة عن أعمال إدارية، بحيث نرى أنه بإمكانية القضاء العدلي النظر فيها؛ هذا الموقف لا يمكن اعتباره خرقاً لمبدأ فصل السلطات الذي يمنع على القضاء العدلي التدخل في أعمال الإدارة وشذوذاً عن القاعدة التي تفرض خضوع الإدارة إلى القانون العام دون القانون الخاص، والسبب في ذلك يعود إما إلى الغموض في طبيعة العمل الإداري، وإما إلى صراحة النص الذي يخضع هذا العمل الإداري لصلاحية القضاء العدلي[30].

أما بالنسبة إلى نشأة دعوى الإلغاء في العراق، فقد انعقد الاختصاص بالنظر في الطعون المتعلقة بإلغاء الأوامر والقرارات الإدارية المخالفة للقانون لمحكمة القضاء الإداري التي أنشأها المشرع بموجب القانون رقم (106) لسنة (1989) وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة (1979) فقطع بذلك الجدل حول صلاحية القضاء العادي قبل صدور القانون المذكور في إلغاء القرارات الإدارية من جهة وتردد القضاء العادي في ممارسة هذه الصلاحية من جهة أخرى وبذلك تعتبره دعوى الإلغاء في العراق من صنع المشرع [31].

إن دعوى الإلغاء لتجاوز حد السلطة، وإن كانت تنتهي عادة بقبول طلب الإبطال أو رده بحكم نشأتها في ظل مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، ومنع القاضي الإداري من

---

[29] علي حسين غيلان الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، أطروحة معدة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2000، ص5.

[30] أمين صليبا، الوافي في القانون الإداري العام (مبادئ أساسية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت،2019، ص248.

[31] مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المسلة، بغداد، 2022، ص 164.

توجيه الأوامر الى الإدارة أو الحلول محلها، فإنها تحولت إلى مراجعة موضوعية تطلق سلطة القاضي الإداري في رقابته على مشروعية الأعمال الإدارية مع تحول مبدأ الفصل الحاد الى مبدأ التعاون بين القضاء والإدارة على احترام هذه المشروعية بحيث يتمكن القاضي من إرشاد والإدارة نحو السيل الواجب سلوكها لتأمين مبدأ احترام المشروعية[32].

إن الشروط الخاصة باستخدام دعوى الإلغاء فيتوجب على القضاء الإداري عندما تعرض عليه دعوى الإلغاء النظر في الشروط التي تتعلق بالعمل المطعون به، وفي حال تخلف أحد هذه الشروط تقرر المحكمة رد الدعوى، دون أن تتعرض لبحث موضوعها [33]، أن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً بإمكانه إلحاق الضرر بالشخص الطاعن، إن عدم توافر هذا الشرط يكون على المحكمة برد الدعوى شكلاً من دون موضوع الدعوى وذلك وفقاً لقانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم 65 لسنة 1979 المعدل والذي اشترط، أن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً صادراً عن سلطة وطنية، بالإضافة أن يكون القرار عملاً نافذاً، ومن شأنه إلحاق الضرر بالشخص الطاعن [34]، وأن يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً صادراً عن سلطة وطنية.

كما يشترط أن يكون القرار الإداري مؤثراً في مركز الطاعن، كونه عملاً إدارياً تبغى الإدارة من ورائه إحداث أثر قانوني معين، كإجراء تعديل أو تجديد أو إبطال في النظم القانوني، ما يخلف حقوقاً جديدة أو يفرض التزامات جديدة، ويجب أن يكون القرار صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة ونهائياً.

---

[32] سمير سهيل دنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2009، ص148.

[33] نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، مرجع سابق، ص161.

[34] انظر: المادة (7) في الفقرة ثانياً/د من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم 65 لسنة 1979 المعدل.

وقد اعتبر القضاء الإداري العراقي عدم مشروعية قرار الإدارة خطأً يمكن أن يثير مسؤوليتها، وقد سمح المشرع العراقي في المادة السابعة من قانون مجلس الدولة الجمع بطلب واحد بين دعوى الإلغاء والفضاء الكامل حينها يكون التعويض تابعاً للإلغاء في حال كان له مقتضى[35]، ويتبين من ذلك أن محكمة القضاء الإداري العراقي لا تختص بالنظر في طلبات التعويض في حال رفعت إليها بصفه أصلية.

كما أن عدم مشروعية القرار الإداري في حال كان كافياً لإلغائه فهو لا يعد كافياً لتقرير مسؤولية الإدارة عنه، ففي حال كان عدم مشروعية القرار يعد كافي لتقرير إلغائه، ولكن ليس بالضرورة أن يكون مصدراً للمسؤولية وسبباً للحكم بالتعويض في حال ما نتج عن تنفيذ القرار ضرر للفرد، ولا يمكن المطالبة بتعويض عن قرار إداري إلّا في حال كان مخالف للقانون أو مشوب بعيب سوء استعمال السلطة [36].

ثانياً– مزايا القضاء الإداري:

أ– الحجية

نصت المادة 105 من قانون الأثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل اعلى أن الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق إذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا، وفي ذلك نص قانون مجلس شورى الدولة العراقي المعدل على أن القرار الصادر من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة السابقة في العراق ومن المحكمة الاتحادية العليا في دعوى الإلغاء في الوقت الحاضر يتمتع بحجية الشيء المقضي به كسائر الأحكام القطعية[37]،

---

[35] الفقرة (ثامناً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم 65 لسنة 1979 المعدل.

[36] مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 272.

[37] مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2013، ص279.

حيث يكون ذلك القرار حجة فيما قضى به وينص القانون المذكور في المادة السابعة منه على أنه يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر نتيجة الطعن باتا وملزماً[38].

ب- توجيه الأوامر:

إن الفقه القانوني العراقي لم يولي الاهتمام الكبير لمبدأ حظر توجيه القضاء أوامر للإدارة، وحظر حلوله محلها اهتماما ملموسا وواضحا، ومع ذلك نجد أن بعضهم يقف موقفا مؤيدا لهذا المبدأ، ومن ثم ينتقد موقف كل من المشرع والقضاء الإداري العراقي والمتمثل بتخويل القضاء الإداري سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة وسلطة الحلول محلها عن طريق قيامة بتعديل القرار الإداري المطعون به، ويرى أن هذا الخروج من قبل القضاء الإداري العراقي على هذا المبدأ، يعد تدخلا من جانب القضاء الإداري العراقي على هذا المبدأ، ويعد تدخلا من جانب القضاء الإداري في مجالات تدخل في صميم اختصاصات الإدارة[39].

بينما كان موقف القضاء العراقي أنه تجاوز حدود سلطاته إلى أبعد من الحكم بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه إلى إصدار أوامر صريحة إلى الإدارة التنفيذ ما يصدره من أحكام فالمادة 7/ثامنا من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل والتي نصت على " تبت محكمة القضاء الإداري في الطعن المقدم إليها ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي"، وبناء على النص المذكور فإن سلطات القاضي الإداري في العراق تتمثل ب (رد الطعن – الغاء القرار المطعون فيه – تعديل القرار المطعون فيه – الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى ويطلب من المدعي).

---

[38] الفقرة (ثامناً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم 65 لسنة 1979 المعدل.

[39] غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد 2، بغداد، 2001، ص100.

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

نتيجة ما تقدم:

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

الخاتمة

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

كما تعدّ منازعات العقود الحكومية أحد المواضيع التي يتم التداول فيها بشكل كبير في العراق، ويعتبر تحديد الجهة القضائية المكلفة بنظر هذه النزاعات بشكل واضح وصريح حاجة ضرورية وملحة، وحبذا لو يقوم المشرع العراقي بتضمين هذا الاختصاص في النصوص الشاملة لاختصاص محكمة القضاء الإداري، إذ أن القضاء الإداري يمتلك من الأدوات والخبرات ما يكفل ضمان الأموال العامة بالتوازي مع تأمين مصالح المتعاقد مع الإدارة، والحال السريع والفعال للمنازعة الإدارية.

إن طبيعة المنازعات محل البحث إدارية واضحة ولا يبدو من مجال للاختلاف بشأنها، وبناءً على هذا الوضوح واتجاه المشرع العراقي الواضح للأخذ بنظام القضاء المزدوج، يجب أن تكون كافة النزاعات المرتبطة بالعقد الحكومي في متناول واختصاص القضاء الإداري.

أولاً– النتائج:

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

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

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

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

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

ثانياً- المقترحات:

1- نقترح تعديل نص المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي، في الفقرات المختصة بتحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل ما معناه أن تختص هذه المحكمة في أي منازعة قضائية تكون الإدارة طرفاً فيها.

2- رتق الشرخ بين الاتجاهات المتباينة في التشريعات العراقية، لا سيما الاتجاه لتبني نظام التحكيم في حل نزاعات التعاقدات الحكومية وبالأخص الاستثمارية، وذلك عبر إقرار قانون التحكيم والعمل على صياغة قانونية محكمة وواضحة له.

3- إن قانون مجلس الدولة يسمح بتشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري عند الاقتضاء، ويجب تفعيل هذه الفقرة واستغلال هذه الإمكانية نظراً لوجود الحاجة الفعلية لها.

4- إن نص الفقرة (ثامناً) من المادة سابعا من قانون مجلس الدولة تنص على تداخل بين سلطتي القضاء الإداري والإدارة، إذ تمنح محكمة القضاء الإداري تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه، وفي هذا النحو يفضل إما أن يعتمد المشرع هذا الاتجاه ويكرسه من خلال ضمانات مهنية وفنية خاصة بالجهات القضائية التي ستتولى التعديل، أو أن يتم تعديل هذه الفقرة.

5- إن اتجاه المشرع العراقي إلى تقييد حق التعويض للمتضرر من أعمال الإدارة بتقديمه طعناً بالقرار أو الأمر الذي أحدث الضرر، هو اتجاه يفضل إعادة النظر فيه، فقد لا يكون في القرار الإداري ما يوجب الطعن أو عدم المشروعية إلا أنه يتسبب بالضرر لبعض الأفراد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:

1- أمين صليبا، الوافي في القانون الإداري العام (مبادئ أساسية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت،2019

2- مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006

3- سليمان الطماوي لذلك بقوله هو الشرط التعاقدي الأصيل، يراجع: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015.

4- حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.

5- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

6- زهراء هشام إبراهيم عبد الرحمن القزاز، مصادرة التأمينات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021

7- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، 2014.

8- سمير سهيل دنون، النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2009

9- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007

10- عثمان سلمان غيلان العبودي، النظرية العامة للعقود الحكومية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،2020.

11- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
12- مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المسلة، بغداد، 2022
13- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2013
14- مازن ليلو راضي، معايير تميز العقود الإدارية، دار المصبوعات الجامعية، الإسكندرية،2016
15- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014
16- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
17- نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، كلية القانون، الجامعة العراقية، بغداد، 2018.
18- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012
19- وفاء محمود أحمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018
20- يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات صادر الحقوقية، لبنان، 2002.

ثانياً-الأبحاث القانونية:

1- غازي فيصل مهدي، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، مجلة العدالة، العدد 2، بغداد، 2001.

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

ثالثاً- الأطاريح والرسائل الجامعية:

1- إقبال فاصل خصير أبو كسور، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2014
2- سعد الجبوري، الرقابة على الإنفاق العام في العقود الحكومية، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، 2013
3- علي حسين غيلان الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، أطروحة معدة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2000.
4- جاسم كاظم كباشي العبودي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005

رابعاً- القوانين والأنظمة:

1- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014
2- قانون مجلس شورى الدولة العراقي المرقم 65 لسنة 1979 المعدل.
3- قانون الأثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل

خامساً- القرارات القضائية:

1- قرار مجلس شورى الدولة العراقي رقم (2012/59) الصادر في 2012/8/7
2- حكم محكمة استئناف بغداد – الرصافة الاتحادية رقم (95)، الصادر بتاريخ 2010/2/10.