وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون

((احكام النظام العام في عقد الاشغال العامة))

(دراسة مقارنة)

اطروحة تقدم بها الطالب

محمد نجم جلاب روضان

الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، هي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه فلسفة في القانون العام

بإشراف

الأستاذ الدكتور

صعب ناجي عبود

١٤٤٢ هـ ٢٠٢٠ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ
الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ
حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة الآية : ١

الإهداء

الى... من كان يتمنى ان يراني بأفضل حال، إلا أن القدر اخذه مني والدي رحمه الله ...

الى ... من كانت تقف بجانبي في كل الظروف وتمد يد المساعدة في احلك الظروف والدتي رحمها الله ...

الى كل من علمني حرفاً . . من الدراسة الابتدائية الى اساتذتي في مرحلة الدكتوراه لهم مني كل التقدير . .

اهدي جهدي المتواضع .

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله الواحد الاحد والشكر له وحده ، ولأصحاب الفضل علينا، يقول جل شأنه (وان شكرتم لأزيدنكم). فالواجب يحتم علينا ان نتقدم بالشكر الجزيل و الثناء الجميل الى استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور **(صعب ناجي عبود)**، لقبول الاشراف على هذه الأطروحة والذي كانت لآرائه و توجيهاته السديدة و رعاية الأبوية الكبيرة، التي منحني اياها الفضل الكبير في اتمام هذه الاطروحة، فله مني عظيم الشكر والتقدير.

كما اقدم وافر شكري وامتناني الى كلية القانون جامعة كربلاء ابتداء من جناب السيد العميد الى كل الكادر التدريسي والاداري في الكلية ، فلهم مني جزيل الشكر والعرفان. كما اتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتي في السنة التحضيرية كل من الاستاذ الدكتور ضياء عبد الله والاستاذ الدكتور علي حمزة عسل والاستاذ الدكتور سامر مؤيد والاستاذ الدكتور حكمت الدباغ والاستاذ المساعد الدكتور احمد شاكر والاستاذ الدكتور عبد علي سوادي والاستاذ الدكتور صلاح البصيصي واخص بالشكر الاستاذ المساعد الدكتور علاء الحسيني لما بذله من ملاحظات ساعدتني كثيراً في الكتابة وكل الاساتذة في كلية القانون جامعة كربلاء.

كما اقدم وافر شكري وامتناني ، الى الاستاذ الدكتورة حنان محمد القيسي و الى المترجم القانوني الأستاذ امير لما ابداه من جهد جهيد في ترجمة عدّة مراجع اجنبية.

كما لا يفوتني ان اتوجه بالشكر الجزيل الى موظفي مكتبات كلية القانون جامعة بغداد وجامعة النهرين و الجامعة المستنصرية و جامعه كربلاء و جامعه ذي قار، فلهم مني جزيل الشكر والتقدير، كما اتقدم بالشكر الى كل من ساعدني ولو بكلمة في اتمام هذا الجهد المتواضع.

محمد نجم

المستخلص

يمثل عقد الأشغال العامة، الدور المحوري والأساسي في تحريك عجلة الاقتصاد للدولة باعتباره يمثل نافذة السلطة التنفيذية في تنظيم وإنشاء المرافق العامة، التي بدورها تعد محركا للاقتصاد في الدولة، وان هذا العقد يحوي على عملية مركبة من الإجراءات الشكلية والموضوعية، وان البعض من تلك الإجراءات تتعلق بالنظام العام، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهي أحكام حاكمة في إبرام وتنفيذ عقد الأشغال العامة، فتمثل ضوابط إجرائية و موضوعية يتوجب على جهة الإدارة الالتزام بها بإبرام عقد الأشغال العامة، وان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والحرية العقدية في إطار العقود الإدارية وعقد الأشغال العامة خصوصاً، تتحول إلى مبدأ العقد شريعة المرفق العام، إذا أن الإدارة والمتعاقد معها يلتزمون بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات المعدة سلفا، وان هناك احكاما في تلك القوانين والتشريعات المختلفة، لا يجوز للإدارة ولا للمتعاقدين معها ان يخالفها او يخرقها لارتباطها بالمصلحة العامة، التي تعد قواعد قاعدية مرتبطة بالمثل العليا للمجتمع، فمنها من يسنها المشرع بقواعد قانونية مادية، والبعض منها تبقى دون تشريع ولكن القضاء يقوم بدوره في الكشف عنها واعتبارها جزءاً من المنظومة القيمية القانونية الواجب مراعاتها في ابرام التصرفات القانونية وخصوصا في ابرام عقد الاشغال العامة، فبينا فيها معنى عقد الاشغال وانتقلنا الى تلك الاحكام المتعلقة بإبرام عقد الاشغال، وما يتخللها من إجراءات شكلية وموضوعية وضوابط حاكمة متعلقة بالنظام العام، وانتقلنا إلى مرحلة الضوابط الحاكمة في تنفيذ العقد وما يترتب على المتعاقدين من التزامات وحقوق يرتبها عقد الأشغال، وتوصلنا إلى أهم النتائج، بان فكرة النظام العام فكرة مرنة و مطاطة وغير محددة إلا أن هذه الفكرة متعلقة بالبنيان الأساسي الذي يقوم عليه المجتمع ، التي لا يجوز أن تعارض إي أطروحة أخرى مع مبناه الأساسي، وتوصلنا من خلال دراستنا إلى مقترحات عدّة اهمها، دعونا فيها المشرع ان لا يمزج بين التغيرات الاجتماعية والاحكام القانونية التي تعد ترجمة تلك الاحكام، لكي لا يصبح هناك بون شاسع بين التغيرات الاجتماعية والتحديد التشريعي المتمثل بالنصوص القانونية، ودعونا ان تقوم السلطة التشريعية بسن قانون خاص مفهوم المعاني والمباني للعقود الحكومية في العراق.

المحتويات

الموضـــــــــوع	الصفحة	
	من	الى
المقدمة	١	٤
الفصل الاول **التعريف بأحكام النظام العام في عقد الأشغال**	٥	٩٠
المبحث الأول: مفهوم النظام العام في عقد الاشغال	٦	٤٩
المطلب الاول: معنى النظام العام	٦	٢١
الفرع الاول : المعنى اللغوي للنظام العام	٧	٩
الفرع الثاني :المعنى الاصطلاحي للنظام العام	٩	٢١
المطلب الثاني: التأصيل القانوني للنظام العام	٢٢	٣٠
الفرع الاول: النظام العام في الشرائع القديمة	٢٢	٢٤
الفرع الثاني: النظام العام في الشرائع الدينية	٢٤	٣٠
المطلب الثالث: ذاتية احكام النظام العام	٣١	٤٩

الفرع الاول: خصائص فكرة النظام العام	٣١	٣٧
الفرع الثاني: تمييز احكام النظام العام عما يشتبه بها	٣٧	٤٩
المبحث الثاني :حرية الارادة في التعاقد بعقد الاشغال العامة	٥٠	٩٠
المطلب الأول : التعريف بعقد الأشغال العامة في العقود الادارية	٥١	٦٦
الفرع الأول : مفهوم عقد الأشغال العامة	٥١	٥٨
الفرع الثاني : عناصر عقد الأشغال العامة	٥٩	٦٥
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الاشغال العامة	٦٥	٦٦
المطلب الثاني: حرية الارادة بالتعاقد بالإشغال العامة	٦٧	٩٠
الفرع الاول: التعريف بسلطان الارادة في التعاقد بالإشغال العامة	٦٧	٧٣
الفرع الثاني :سلطة الادارة في التعاقد	٧٤	٩٠
الفصل الثاني **احكام النظام العام في ابرام عقد الاشغال العامة**	٩١	١٩١
المبحث الاول :احكام النظام العام في اجراءات عقد الاشغال العامة	٩١	١٤٧
المطلب الاول: الضوابط الشكلية الاجرائية المتعلقة بالنظام العام	٩٢	١١٢
الفرع الاول :التخصيص المالي	٩٣	٩٧
الفرع الثاني :الاذن بالتعاقد	٩٨	١٠٥
الفرع الثالث: ضوابط النظام العام في اساليب التعاقد	١٠٥	١١٢

المطلب الثاني : ضوابط النظام العام في الاجراءات الشكلية الختامية للإبرام	١١٢	١٤٧
الفرع الاول :مظاهر النظام العام في مبادئ المناقصات العامة	١١٢	١١٨
الفرع الثاني : احكام النظام العام في الاعلان عن عقد الاشغال العامة	١١٨	١٣٧
الفرع الثالث : احكام النظام العام في الاحالة	١٣٧	١٤٣
الفرع الرابع :احكام النظام العام في المصادقة على عقد الاشغال العامة	١٤٤	١٤٧
المبحث الثاني : ضوابط النظام العام في المتطلبات الموضوعية لعقد الاشغال	١٤٨	١٨٩
المطلب الاول :التراضي	١٤٩	١٦٤
الفرع الاول :وجود الرضا	١٤٩	١٥٣
الفرع الثاني : سلامة الرضا	١٥٤	١٦٣
المطلب الثاني : المحل	١٦٣	١٧٢
الفرع الاول :ضوابط النظام العام في شرط الامكان والوجود	١٦٥	١٦٧
الفرع الثاني :ضوابط النظام العام في شرط التعيين	١٦٧	١٦٨
الفرع الثالث : ضوابط النظام العام في شرط المشروعية	١٦٩	١٧٢
المطلب الثالث : متطلبات النظام العام الخاصة بالسبب	١٧٢	١٧٦
البند الاول :احكام السبب وفقاً للنظرية القديمة	١٧٣	١٧٣
البند الثاني :احكام السبب وفقاً للنظرية الحديثة	١٧٣	١٧٦
المطلب الرابع :متطلبات النظام العام الخاصة بالشكل	١٧٦	١٨٠
المطلب الخامس: الاثار المترتبة على تخلف ركن من اركان عقد الاشغال	١٨١	١٩٠

الفصل الثالث **احكام النظام العام في تنفيذ عقد الاشغال العامة**	١٩١	٢٩٣
المبحث الاول: ضوابط النظام العام في الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال العامة	١٩١	٢٤٧
المطلب الاول : ضوابط النظام العام في حقوق المتعاقد مع الإدارة	١٩٢	٢١٤
الفرع الاول : قيود النظام العام في مقابل عقد الاشغال (مبلغ العقد)	١٩٢	٢٠٠
الفرع الثاني : احكام النظام في اعادة التوازن المالي	٢٠٠	٢١١
أولاً :ضوابط النظام العام في نظرية فعل الامير	٢٠١	٢٠٤
ثانياً : نظرية الظروف الطارئة	٢٠٥	٢٠٩
ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية	٢٠٩	٢١١
الفرع الثالث :ضوابط النظام العام في احترام الادارة لالتزاماتها التعاقدية	٢١١	٢١٤
المطلب الثاني : ضوابط النظام العام في الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال للإدارة	٢١٤	٢٤٧
الفرع الاول : ضوابط النظام العام في حق الادارة في الرقابة والتوجيه	٢١٤	٢٢٣
الفرع الثاني : احكام النظام العام في حق الادارة في تعديل عقد الاشغال العامة	٢٢٣	٢٢٦
الفرع الثالث :ضوابط النظام العام في سلطة الادارة في ايقاع الجزاءات على المتعاقد	٢٢٦	٢٤٧
المبحث الثاني: احكام النظام العام في الالتزامات التي يفرضها عقد الاشغال العامة	٢٤٨	٢٩٣
المطلب الاول: ضوابط النظام العام في التزامات المتعاقد	٢٤٨	٢٦٦
الفرع الاول: ضوابط النظام العام بوجوب مراعاة الاعتبار الشخصي	٢٥١	٢٥٩

الفرع الثاني: ضوابط النظام العام في الضمان	٢٥٩	٢٦٦
المطلب الثاني: ضوابط النظام العام في التزامات الادارة	٢٦٧	٢٧٠
الفرع الاول :التزام جهة التعاقد بتصرفاتها القانونية	٢٦٩	٢٧١
الفرع الثاني: التزام جهة التعاقد بتمكين المتعاقد من تنفيذ عقد الاشغال واحترام المدّة	٢٧٢	٢٧٣
الفرع الثالث: التزام جهة التعاقد بمنح المتعاقد بعض مظاهر السلطة العامة	٢٧٣	٢٧٨
المطلب الثالث : ضوابط النظام العام في الوسائل القضائية لعقد الاشغال العامة	٢٧٩	٢٩٣
الفرع الاول: احكام النظام العام في القرارات المنفصلة عن عقد الاشغال	٢٧٩	٢٨٤
الفرع الثاني: الاجراءات القضائية المتعلقة بالنظام العام في منازعات عقد الاشغال العامة	٢٨٥	٢٩٣
الخاتمة	٢٩٤	٣٠١
المصادر والمراجع	٣٠٢	٣٣٨
ملخص الانكليزي	B	A

المقدمة

المقدمة

الحَمدُ للهِ الواحدِ في ذاَتهِ ، المُنفردُ في صِفاتهُ ، واهَبِ العقل لبرِيتهُ ،ومكلفهم السلوكَ إلى محَجته ،الذي توحدَ بالوحدانية ،وتفردَ بالإلوهيةِ ، وفطَر العبادَ على معرفتهِ ، وصل اللهم على اطهر الخلق اجمعين محمد واله وصحبه الغر المنتجبين .

أولا: موضوع الدراسة: إن احكام النظام العام مرت بإدوار مختلفة، لما لها من أهمية فائقة في حياة الدول والشعوب، ولأنها احكاماً صعبة ومعقدة، كون الفكرة نسبية مرنة وغير محددة تتغير وفقاً للزمان والمكان، وتختلف باختلاف المذاهب والنظريات ، وتعدّ بحق أداة الدولة الفعالة لكبح جماح سلطان الإرادة، والحفاظ على المصالح العليا للمجتمع ، فهي تعبر عن سمو كيانها وتأكيد قوتها وثباتها إزاء نزاعات بعض الافراد، اذ تتمثل في العقود التي يبرمونها اذ تهدد أسس المجتمع بالخطر، ومن ثم تتمثل فكرة النظام العام في هذا المجال على انها أداة في يد الدولة تمنع الإدارة من أن تحاول النيل من المصالح الأساسية للمجتمع، ويرى البعض إن تلك الاحكام تعبر عن إرادة الحياة لدى الشعوب تلك الإرادة التي تهدرها بعض المبادرات الفردية في ابرام العقود ، وإنها ذريعة حكومية تستطيع من خلالها قمع الاتفاقات العقدية الخاصة التي تنال من مصالحها الأساسية، لذا فتعد بحق ضرورة اجتماعية لا غنى عنها في كل مجتمع لتنظيم العلاقات بين افراده، إذ تعُّد أساس لكل تقدم واستقرار، فالنظام العام فكرة توصف بانها (قواعد أو نصوص أو مبادئ أو نظام أو فكرة أو نظرية) مما يدل على غموض المصطلح، إلا أن كل المصطلحات تصب في بوتقة واحدة هي إن النظام العام عبارة عن الأفكار و المبادئ والقيم والمثل العليا التي يحرص المجتمع على حمايتها وتحقيقها، بوصفها الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والفلسفية والقانونية والعقائدية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وان احكام النظام العام في العقود الحكومية تتركز وتتأصل بالتعاقد بالإشغال العامة، على إنها الأسس والقيود التي يفرضها المشرع، ويستنبطها القاضي من المبادئ الأساسية والقيم الإنسانية العليا للمجتمع، لتضمن حماية الطرف الضعيف في العقد، وحماية المصلحة العامة، ومنع الهدر في المال العام، على وصف أن المتعاقد مع الإدارة يفقد حريته في مناقشة الشروط العقدية، على الرغم من احتفاظه بنوع من الحرية العقدية في إطار اختيار التعاقد من عدمه، فالأصل في تلك

الأحكام أن تقصد التنظيم للعملية التعاقدية، وإيراد العديد من الأحكام الواجب مراعاتها، من قبل الإدارة والمتعاقد معها، ابتداء من وجود التراخيص اللازمة لإبرام العقد، التي يجب أن تراعي فيها جهة التعاقد قواعد الاختصاص، إي صلاحية كل جهة أو موظف في إبرام التصرف، وهي محور احكام النظام العام، لأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أو استبعاد إجراء من الإجراءات المتعلقة بالإذن في التعاقد، وكذلك في الإجراءات التي تلي ذلك، من البيانات المتعلقة بالإعلان عن عقد الاشغال، والواجب مراعاة المدد القانونية التي يذكرها الإعلان، من تاريخ بداية الإعلان ونهايته، والبيانات الجوهرية التي يجب أن يحتويها الإعلان، التي تجعل الإعلان محل نظر في إطار العملية التنظيمية، وكذلك الشروط الواجب توافرها في من يقدم العطاء، سواء كان فرد (مقاول) والصلاحية القانونية اللازمة التي تمكنه من الدخول إلى المناقصة، إذ يشترط في بعض العقود أن تكون للمقاول صلاحية معينة في درجات المقاولات، وإن كان شخص اعتباري(شركة، مؤسسة) ، فتوجب الضوابط الخاصة بالنظام العام تنظيم اليه تأسيسها، والإجراءات الخاصة بتكوينها وتسجيلها، والاعتراف لها بالشخصية المعنوية، التي تمنحها الحق في إبرام العقد، وكذلك في الآلية التي يتم من خلالها تشكيل لجان الفتح والتحليل، من خلال آلية التشكيل والتزامها بشروط العضوية المذكورة بالتشريعات، والإجراءات التي تقوم عليها والية المفاضلة وإحالة العقد، من خلال الجهة المختصة بالإحالة، وهذا لا يعني إن جهة التعاقد ملزمة بالإحالة، وانما للإدارة سلطة تقديرية، وسلطتها التقديرية تعني حريتها في إبرام العقد من عدمه أو إحالته ، بشرط تسبيب قرارها في كل الأحوال، ومن ثم فسلطة الإدارة التقديرية من النظام العام، التي لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها، وكذلك إجراءات التصديق والتوقيع على عقد الاشغال، هذا فضلاً عن إن المتطلبات الموضوعية في إبرام العقد من النظام العام، لأنها تمثل الأساس الذي يقوم عليه عقد الاشغال كالرضى والمحل والسبب والشكلية إذ اشترط القانون ذلك، وكذلك يتوجب في إطار تنفيذ عقد الاشغال جملة من الواجبات والالتزامات التي تقع على عاتق الادارة وعلى المتعاقد معها، التي ترتبط بالنظام العام، ويقابلها مجموعة من الحقوق المتعلقة بالنظام العام.

ثانيـاً : اهميــة الدراســة :إن اهميـة دراسـة احكـام النظـام العـام فـي عقـد الاشـغال العامـة لمـا لـه مـن اثـر فـي انشـاء المرافـق العامـة التـي يقـوم عليهـا عمـل الادارة، ولخطـورة المشـاكل المصـاحبة لإبـرام وتنفيـذ عقـد الاشـغال والاثـار السـلبية المترتبـة علـى ظهـور هـذهِ المشـاكل، ولهـا أهميـة قصـوى فـي كـل فـروع القـانون ومراحـل تطـوره علـى مـر التـاريخ إذ دأبـت تلـك الاحكـام علـى توجيـه العقـد وتطويعـه علـى مـر السـنين، إذ أن دراسـتها تفـوق دراسـة العقـد ان لـم تكـن تسـاويها فـي الأهميـة إذ تعـد تلـك القواعـد الأسـاس الـذي يفتـرض علـى الإدارة وجـوب مراعاتـه، وتهـدف تلـك الاحكـام الـى تحديـد الغايـة المثلـى للعقـد وتوجيهـه نحـو بلـوغ هـذه الغايـة وتقـويم سـيرة كلمـا حـاد عـن الطريـق الصـحيح، إذ تكـون تلـك الاحكـام المتعلقـة بالنظـام العـام احكامـا قطعيـة لا يجـوز التنـازل عنهـا ولا الاتفـاق علـى مخالفتهـا ، وغيـر ذلـك كثيـر مـن المشـاكل التـي تصـاحب تنفيـذ عقـد الاشـغال ، لـذا فمهمـة النظـام العـام يمكـن أن نستشـفها مـن خـلال منظـورين: الأول. الحمايـة التـي تهـدف إليهـا قواعـد النظـام العـام، لحمايـة أمـوال الدولـة وحفظهـا مـن الهـدر والتلاعـب و الثـاني، حمايـة الطـرف الضـعيف فـي العقـد، وهـو المتعاقـد مـن تعسـف جهـة التعاقـد، بوضـع قيـود وإجـراءات صـارمة، لإبـرام عقـد الأشـغال العامـة، لـذلك وللحـد مـن الظـواهر السـلبية المصـاحبة لهـذهِ المشـاكل يصـبح مـن الضـروري البحـث فـي احكـام النظـام العـام فـي عقـد الاشـغال العامـة، علـى الـرغم مـن كثـرة المؤلفـات المختصـة بدراسـة العقـود الاداريـة إلا أننـا لاحظنـا انعـدام المؤلفـات المعنيـة بدراسـة احكـام النظـام العـام فـي عقـد الاشـغال العامة .

ثالثـاً : مشــكلة الدراســة : تكمـن مشـكلة الدراسـة فـي تحديـد الاحكـام التـي يبنـى عليهـا عقـد الاشـغال مـن خـلال دراسـة الاحكـام التـي لا يجـوز الاتفـاق علـى مخالفتهـا لارتباطهـا بالنظـام العـام، ولغمـوض الحـدود المتاحـة لـلإدارة والاسـس التـي يمكـن ان تعمـل علـى اساسـها فـي ممارسـة سـلطتها فـي التعاقـد لإبـرام وتنفيـذ عقـد الاشـغال العامـة، لتحقيـق النتـائج المبتغـاة مـن وراء ابـرام وتنفيـذ هـذا العقـد ، وذلـك بسـبب الاخـتلاف فـي الاحكـام القانونيـة نتيجـة تعـدد التشـريعات المنظمـةٌ لـذلك والمتعلقـة بالنظـام العـام فـي تنفيـذ عقـد الاشـغال، أي القواعـد التـي لا يجـوز الاتفـاق علـى خلافهـا سـواء مـن قبـل الإدارة او المتعاقـدين معهـا، فضـلاً عـن غمـوض بعـض النصـوص الخاصـة بـأبرام و تنفيـذ العقـود الاداريـة فـلا يوجـد فـي العـراق قـانون خـاص

بالعقود الحكومية ينظم كل التفاصيل المتعلقة بالعقود الادارية ويوضح الحدود والاسس التي تعمل الادارة في ضوئها اثناء ممارستها في كل مرحل ابرام وتنفيذ العقد الاداري، من خلال الاجابة على الاسئلة الاتية:

١-ماذا نعني بالاحكام الحاكمة التي تؤثر في تكوين عقد الاشغال العامة، باعتباره من اهم العقود الادارية.

٢-وهل تملك الادارة والمتعاقد معها حرية في التعاقد، وكيف تتقيد هذه الحرية بإحكام النظام العام، وما مدى هذه الحرية العقدية التي تمتلكها الادارة في ابرام عقد الاشغال.

٣-وكيف تؤثر احكام النظام العام في الجوانب الشكلية الاجرائية لإبرام العقد ، وكذلك المتطلبات الموضوعية الواجب توافرها في عقد الاشغال العامة.

٤-وهل لإحكام النظام العام دور في مرحلة تنفيذ عقد الاشغال العامة، وما مدى هذا الدور، وما الاثر المترتب على مخالفة ضوابط النظام العام.

رابعاً : منهجية الدراسة : سنعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي للنصوص القانونية والانظمة والتعليمات ذات الصلة بموضوع الدراسة وذلك عن طريق استقراء مضامين تلك النصوص وتدعيمها بالآراء الفقهية ، فضلاً عن الاستعانة بالإحكام والتطبيقات في ترجيح الافكار، ومقارنتها مع بعض النماذج المقارنة باستخدام المنهج المقارن في العراق ومصر وفرنسا.

خامساً : هيكلية الدراسة: سيتم تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول، إذ سنتناول في الفصل الأول التعريف بأحكام النظام العام في عقد الاشغال، وفي الفصل الثاني سنتناول احكام النظام العام في ابرام عقد الاشغال العامة، وفي الفصل الثالث سنتناول احكام النظام العام في تنفيذ عقد الاشغال العامة وننهي دراستنا بخاتمة نبين فيها اهم النتائج والمقترحات .

الفصل الأول

التعريف بإحكام النظام العام في عقد الإشغال

الفصل الاول

التعريف بأحكام النظام العام في عقد الأشغال

إن العقود الادارية ، تعدُّ حجر الزاوية لإعمال الادارة القانونية، التي توجب اتفاق ارادتين أو اكثر لإتمام تلك الاعمال ، وان عقد الاشغال العامة من أهم تلك العقود، التي ما برحت التشريعات أن وضعت له مجموعة من الاحكام، اذ اقر المشرع الفرنسي بصورة صريحة الطبيعة الإدارية لعقد الاشغال العامة، والادارة تحتاج بطبيعة عملها الى انشاء مرافق عامة، التي يطلق عليها البعض بصناعة المقاولات التي تدعم وتنمي افاق الاعمار و تدفع عجلة الانتاج الى الامام، إلا أن هذا العقد ليس كسائر العقود في اطار القانون الخاص، إذ تحكمه قواعد خاصة، وهذه القواعد شرعت لتحقيق المصلحة العامة، التي تحوي بدورها على احكام لا يمكن تجاوزها لارتباطها بالمصالح العليا للمجتمع، وهذا ما اصطلح عليه بإحكام النظام العام، التي تهدف احكامه الى تغليب مصلحة العدالة على المصلحة الذاتية للمتعاقدين، وجعل جزاء مخالفة احكام النظام العام هو البطلان، إلا أن تلك الاحكام التي تطبق على عقد الاشغال ليست كلها احكام حاكمة ، بل منها ما يتصف بالنظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، واخرى لا تتعلق بإحكام النظام العام، لذا سنتناول هذا الفصل في مبحثين، إذ سنتناول في المبحث الاول مفهوم النظام العام في عقد الاشغال ، والمبحث الثاني سيكون لحرية الارادة في التعاقد بالإشغال.

المبحث الأول

مفهوم النظام العام في عقد الاشغال

في الواقع ان الاحكام التي يتناولها النظام العام، لها فائدة متجذرة في قلب النظام القانوني، وكذا في مدلول الدولة عموما لما ينطلي من مرحلة تحول من الا دولة والا نظام بوجود جماعات تحكمها اعراف بالإمكان اختراقها بسهولة الى وجود احكام ملزمة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لارتباطها بالأسس العامة للمجتمع، الذي يعد البناء الاساس في الدولة، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين، الاول معنى النظام العام و الثاني سنتناول التأصيل القانوني للنظام العام .

المطلب الاول

معنى النظام العام

للنظام العام أهمية مؤثرة في النظام القانوني وله السيادة و الريادة على كل فروع القانون، إلا أن بروز هذه الفكرة تختلف من قانون الى اخر، فالبعض منها يبرز اهمية كبيرة لتلك الاحكام والبعض الآخر يعطيها أهمية نسبية، فالقانون الاداري له اثر كبير في اعمال السلطة التنفيذية وادارتها لجميع المرافق العامة ، وحماية عناصر النظام العام سواءاً ما كان منها تقليديا كالأمن والصحة والسكن وما كان غير تقليدي كالنظام العام الاقتصادي والنظام العام الجمالي كالبيئة والرونق . [١]

ولهذه الاحكام الاثر الجلي في ظل العقود الادارية، لما لها من قيمة عليا في العملية التنفيذية التي تقوم بها الادارة بكل مفاصلها، وتظهر أهمية تلك الاحكام في بيان عقد الاشغال العامة، لما لهذا العقد من مكانه في اعمار البنى التحتية للدولة عموماً، فتدخل تلك الاحكام في

---

(١) د. حسام مرسي، التنظيم القانوني للضبط الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١٠٤ ، و د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية وضمانة الرقابة عليها، منشأ المعارف ، الاسكندرية، ص٣٠٨.

اركان عقد الاشغال العام وكذا آلية تنفيذه، إذ يشترط أن لا يكون السبب مخالف للنظام العام والآداب [١].

إن منظومة النظام العام تعني تقييد الحريات الفردية لصالح الاحتياجات العامة ولا يستطيع إي مجتمع تجاهل مقتضيات النظام العام، مما دعي بالبعض إلى القول إن الغرض النهائي لوجود الدولة هو المحافظة على النظام العام، لما يحتويه من الية للمحافظة على الحياة الاجتماعية وتحقيق العدالة، ان مصطلح النظام العام والآداب هما مصلحان توأمان تجدهما في بادئ الامر مشاراً اليها في القانون المدني الفرنسي في المادة (٦) منه إذ حاولت طرح تلك القواعد القائمة على القيم داخل المنظومة القانونية التي تحيل إلى البعض نظرات اجتماعية اساسية، والتي يشار اليها باعتبارها تمثل القانون الطبيعي.[٢]

وعليه فقد عمد مشرع القانون إلى اقامة جسوراً داخل قالب القانون يستطيع القاضي من خلالها من ابطال العقود استناداً الى فكرة المنفعة العامة القائمة على القيم العامة بعيداً عن الاسباب الشكلية لإبطال العقود، وبهذا سنقوم بدراسة هذا الموضوع من الناحية اللغوية والاصطلاحية ورأي التشريعات حول احكام النظام العام في فرعين.

الفرع الاول

المعنى اللغوي للنظام العام

إن كلمة (نظام) في اللغة لها معان مختلفة، لذا سنتناول اهمها، فيقال نَظَمَ الشيء ينظمه نظاما ونظماً ، اي الفه وجمعه في سلك داخل، فانتظم وَتَنظم، ونظم ، نظم، نظمه، ينظمه نظماً ونظاماً ونظمه فانتظم ونظمت اللؤلؤ إي جمعته في السلك تناظمت الصخور اي تلاصقت ، والنظام ما نظمت فيه الشيء من خيط وغيره ، ونظام كل امر هو ملاكه ، والجمع منه (انظمة الحكم) ، ومنه ايضاً النظم ، نظمت الخرز بعضه الى بعض في نظام واحد، كذلك يراد منه النظام في كل شيء حتى يقال : ليس لأمره نظام، إي لا تستقيم طريقته، ويقال ليس لإمرهم

(١) المادة(١٣٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١النافذ.

(٢) غازي بيخور، ترجمة رشا جمال، مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني العربي المعاصر(١٩٣٢١٩٤٩) الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت ، ٢٠٠٩، ص٢٦٠.

نظام إي ليس له هوى ولا متعلق ولا استقامة ، ويقال أيضاً مازال على نظام واحد إي عادة واحدة[١].

والنظام هو قوام كل امر، ويراد به أيضاً الطريقة والمنهج ومنه يقال (هم على نظام واحد)، إي على طريقة واحدة أو على منهج واحد، كما يراد بالمعنى اللغوي للنظام هو الخضوع للقوانين والحفاظ عليها ، أو هو الخضوع لقاعدة معينة في الاقتصاد أو في طرق الحكم ونحوه ، ومنه النظام الديمقراطي أو النظام الرأسمالي أو النظام الاشتراكي أو النظام الاستبدادي وغيره، كما تدل كلمة (نظام) دلالة اجتماعية على كل الامور التي تنظم بها حياة الافراد والمجتمعات والدول[٢].

ونظم اللؤلؤ جَمَعه في السلك و(نَظَّمه تنظيما) مثله ، ومنه (نَظَم) الشّعرْ و(نَظَّمه) و(النّظامُ) الخيط الذي يُنظم به اللؤلؤ [٣] ،و(نظمٌ) من لُؤلُؤٍ وهو في الاصل مصدر (والنظام) الاتساقُ[٤].

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة مراجعة ومصححة ، لجنة من الاساتذة ، المجلد الثامن ، الاحرف(ل.م.ن) ، باب النون ، الدار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٦٠٩.

(٢) جوان مسعود، الرائد (معجم لغوي عصري) ، ط٨ ، دار العلم للملايين ، لبنان ، ١٩٩٥ ، ص٨١٠.

(٣) ويرى اخرون انه نَظَم، نظام، نظماً ونظاماً للؤلؤ ونحو : يعني الفه وجمعه في سلكٍ ، ومنه " نظمُ الشعر " لتأليفه كلاماً موزوناً ومقفى ، والشيء الى الشيء ضمَّه والفه والامر : اقامة ، نظم اللؤلؤ والشعر بمعنى نظم وأنظم السمكة او الدجاجة : حتى صار في بطنها بيض وتنظم اللؤلؤ ونحو تألف السلك واتسق الامرُ، اي استقام تَنَاظم اللؤلؤ ونحوه تألف في السلك واتسق الصخور تلاصقت، انتظم اللؤلؤ ونحو تألَّف في السلك واتسق والامر استقام والصيد طعنه او رماه حتى نفذه ، ناظمُ قطر مُنحنٍ ، العمود على مماس المنحنى في نقطة التماس النظم ، الجماعة او الصفُّ من الجراد. المنظوم الكلام الموزون ويقابله النثر يطلق على بعض الكواكب المنتظمة، ومنها الثريا ونطاق الجوزاء والديران ، النظام الطريق والعادة يقال مازال على نظام واحد اي على طريقة واحدة ، من الرمل ما تعقّد منه ومن الجراد والنحل ونحوه ، الصف ومنها نظم الخيط الذي تنظم فيه اللؤلؤ ونحوه. النظامان والانظامان والانظومتان، اناظم من السمكة، والعسكر النظامي، هو العسكر المنظم المتعلم صناعة الحرب ، النظام الكثير ، النظم والنظيم المنظوم من الشعر وغيره والانظام كل خيط نظم فيه الخرز . المنجد في اللغة ، طبعة جديدة ، الطبعة الحادية والعشرين ، بدون سنة طبع ، ص٨١٨.

(٤) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص٦٦٧.

أما العام ، جاء بلسان العرب ، عم يعم عمم ، إي رجل يعم الناس بمعروفه إي يجمعهم ، وكذلك ملم يلمهم إي يجمعهم ، ويقال قد عممناك امرنا إي الزمناك ، والمعلم السيد الذي يقلده القوم امورهم ويلجأ اليه العوام ، والعمم من الرجال الكافي الذي يعمهم بالخير والعم من الطول والتمام، وعمعم الرجل إي كثر جيشه بعد قلة وفي الحديث سألت ربي أن لا يهلك امتي بشبهة عامة إي بقحط عام يعم جميعهم، ويراد بالعامة القيامة لآنها تعم الناس بالموت[١].

وتأسيساً على ما تقدم يرى الباحث إن المعاني اللغوية لمفردة النظام العام ، اخذت معاني مختلفة ، عند اهل اللغة ، مما يجدر بنا اخذ المعنى الذي يتسق مع المضمون القانوني لإحكام النظام العام، والولوج به إلى الاحكام الخاصة التي اشارت اليها التشريعات ، وكذا الاحكام التي لم يستطع المشرع أن يهبط بها من الضمير الاعلى للمجتمع بنصوص تشريعية، لان تلك الاحكام لها خصوصية لارتباطها بالأسس الاجتماعية العليا للفرد والمجتمع بل للدولة عموما.

الفرع الثاني

المعنى الاصطلاحي للنظام العام

إن احكام النظام العام ،من الاحكام التي تستعصي بطبيعتها على التحديد، لما لها من ارتباط وثيق بتحقيق المصالح العامة العليا سواء كانت المصالح السياسية ام الاقتصادية ام الاجتماعية، ومرد هذا الارتباط ارجحية المصالح العامة الأساسية على المصالح الفردية الذاتية، وايضا لاختلاف تلك المصالح الأساسية بين المجتمعات ثم ما يعتبر مصلحة اساسية قاعدية عليا في مجتمع ما لا يرتقي الى ذلك المستوى في دول اخرى، واختلاف ثقافات وميول المجتمعات، لذا فمسالة اعطاء المعنى الاصطلاحي للنظام العام من المسائل التي خاضت مخاض عسير لنسبية ومرونة وتطور احكام النظام العام، فقد اجتهد الفقه والقضاء كلا حسب توجهه لإعطاء معنى لفكرة النظام العام، لذا سنتناول في نقاط ثلاث ، التعريف التشريعي والتعريف الفقهي والتعريف القضائي.

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، المصدر السابق ، ص٢٨٨ .

اولاً: التعريف التشريعي للنظام العام: في الواقع تدخلت التشريعات لصياغة نصوص تحمي الحياة الاجتماعية عموماً وفي شتى مجالات الحياة إذ أن النظام العام هو البوابة التي تمر منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والاخلاقية باعتباره يمثل القانون السائد اجتماعياً، إذ أن المبادئ القانونية المدرجة في اطار النظام العام وهي المبادئ التي نقصد بالاستعانة بها تأمين مصلحة عامة سياسية اجتماعية متعلقة بكبرى اولويات النظام المجتمعي الاعلى وهي التي تسبق في اهميتها إي مصالح خاصة، إذ أن احد اهم الامثلة المحورية للنظام العام والمستحقة للعبور من خلال البوابة هو المبدأ الاخلاقي و الضميري في حماية الضعفاء كمرحلة صحية يشارك فيها المجتمع كله بنصيب معين ، رغم توجه المشرع الفرنسي السليم بعدم اعطاء تعريف للنظام العام، إلا أن النصوص التي جاء بها **المشرع الفرنسي،** قد توالت في توضيح العناصر الاساسية للنظام العام، واعطى مهمة المحافظة عليها للبوليس المحلي.

وقد شرع القانون المدني الفرنسي في المادة السادسة منه التي نصت على انه (كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب يكون باطلا ولا بعمل به) [١] والتي تعد مبدأ اساس ذات توجه فردي معني في حماية النظام المجتمعي على ادوات استعملها واضعوا التشريع الفرنسي لإبطال العقود بعيداً عن الاسانيد الشكلية.

وكذلك المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ((ان العقد يبطل اذا كان سببه محرماً بمقتضى القانون او كان مخالفاً لحسن الآداب او النظام العام))[٢].

إن النظام العام يتسم بتعدد الوجوه ويعكس التغيير الذي يتوافق مع تنوع المشاكل وعدم استقرارها ، فهو يستقر في توازن القوى بين القانون والاقتصاد وله وظائف مختلفة حسب طبيعة هذه العلاقات، و بشكل عام يمكننا الإشارة إلى التمييز التقليدي بين الأهداف المعينة للنظام العام مثل الحماية والتنظيم والتصميم والتنظيم الذاتي، ويرتكز القانون العام الفرنسي على تأسيس وتعبئة المبادئ التي تتماز بالتطور والمرونة التي تتجنب من تعريف دقيق للنظام العام، كما هو الحال مع مفاهيم المصلحة العامة والمنفعة العامة والخدمة العامة، وبين الفقيه جورج فيديل،

---

(١) المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ النافذ.

(٢) المادة (١١٣٣) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ النافذ.

الفرق بين المفاهيم التنظيمية البحتة التي يمكن أن تحصل على تعريف كامل والوصول إلى "وحدة حقيقية" ، وفقًا للمعايير المنطقية المعتادة والمفاهيم الوظيفية المستمدة وحدتها من فائدتها ، "تنطلق مباشرة من وظيفة يعطي الوحدة الحقيقية". ولم يفشل في ملاحظة أن عمل الفقه والعقيدة الاجتماعية والقانونية، يمكن أن يقودهما شيئًا فشيئًا إلى الانضمام إلى توليفة متفوقة ذات طبيعة مفاهيمية للنظام العام، فهل يمكن أن يكون هذا هو الحال بالنسبة للنظام العام الذي لا يزال يُنظر إليه على أنه فكرة وظيفية ام انه تجاوز فكرة الوظيفة العامة واندفع الى دائرة العقود واتسع اطاره المفاهيمي الى مساحة اوسع مما كان عليه سابقا ضمن دائرة انحسار المفهوم.[١]

ويتميز النظام العام عن النظام القانوني الذي يظهر أنه كأساس مبني على القاعدة القانونية، اما النظام العام، فقد اثار الجدل العلمي لدى الفقهاء سابقا والآن لخروجه عن الوضعية المعيارية وللاعتقاد بأن النظام العام يتجاوز مجموع المعايير للاعتماد على مصادر أخرى كثيرة، فهو اوسع من حيث المبدأ من القاعدة القانونية، واخيرا نستطيع القول ان النظام العام في العقود الادارية له وظيفة محددة للغاية والتي تجد اساسها في القانون المدني والتي تقييد الحرية التعاقدية للأفراد، وسيضمن القاضي أن هناك تناسبًا عادلًا بين خطورة تهديدات الوضع العام وخطورة إجراءات الإدارة. ولابد من الاقرار بما تلعبه ظروف الزمان والمكان دورًا أساسيًا في هذا التقييم.

إن إطار النظام العام يضيق إذا ما اكتسب المذاهب الفردية هيمنة في المجتمع وهذه النظم تمنح الفرد حريته وبمقتضاها لا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه أيضاً إذا كان ضعيفاً ، ولا تقوم بالتقييد من جموحه اذا كان قوياً ، وفي المقابل اذا كانت المذاهب الجماعية هي المهيمنة على غرار المذهب الاشتراكي حينها تتسع ساحة النظام العام، وتتدخل الدولة في الحياة الخاصة، وتحمي الضعفاء من الاقوياء بل يحمي الضعفاء من انفسهم كما في الاذعان وفي نظرية الاستغلال.

(1) Jacqueline Morand-Deviller. Ordre public économique, ordre public écologique. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. vol. 9 | n. 1. 2018. P.p4-5 .

وضمن التشريعات الغربية ذات المنحى في ظل الاتجاه الفردي نحو الابتعاد عن تقييد الحرية الخاصة ظهر ذلك من خلال توجه المشرع الالماني وما رافق من جدل كبير في مجلس الريجستاج الالماني حول وضع فكرة النظام العام في المادة (١٣٨) في مشروع القانون المدني الالماني وفي النهاية ادى الى استبعادها والابقاء على مفهوم الآداب العامة[١].

آما التشريع الانكليزي ، فإن فكرة النظام العام فيه هي فكرة قضائية من خلق القضاء، حيث جاءت العديد من القرارات القضائية، إذ عرفه بانها ((كل ما يضر بمصالح الجمهور فهو مخالف للنظام العام))[٢].

آما التشريعات العربية، ففي **التشريع المصري** فقد نأى بنفسه كباقي التشريعات عن وضع تعريف للنظام العام، إلا أن النصوص التشريعية في مصر زاخرة في معالجة عناصر النظام العام[٣] ، فقد بينت المادة (٣) من قانون هيئة الشرطة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧١ والذي

---

(١) حسين عبدالله الكلابي ، النظام العام العقدي ، مكتبة السنهوري ، ط١ ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص٢٧.

(٢) د. عبد الحميد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص٣٠٨.

(٣) يقصد بعناصر النظام العام الامن العام والصحة والسكينة العامة.. ١. فالأمن العام، هو حق وسلطة حق للإفراد على الدولة عموماً بضرورة توفيره لهم، وسلطة بيد جهة الادارة لكبح جماح كل ما يعكر صفوة الامن في الدولة، ولها في سبيل ذلك ان تستخدم وسائلها القانونية والمادية لمواجهة كل خطر يعكر صفوة النظام العام، ولهذا العنصر تعلق بتحقيق بسيادة القانون وضرورة احترامة، و تتولى تحقيقه وزارة الداخلية، وكل الجهات المناط بها سلطة توفير الأمن، ويعدّ من أهم العناصر التي تساهم في تحقيق النظام العام في الدولة، عن طريق الحرص على تطبيق القانون، وتوفير الحماية للأفراد، ومعاقبة الأشخاص الذين يُمارسون أيّ تصرّفات تؤدّي إلى التسبب بأذى لغيرهم.٢.الصحة العامة، هي السلطة الممنوحة للإدارة بغية توفير كافّة الوسائل التي تحقق حالة مثلى من الحفاظ على صحة الافراد وحقهم بالعيش في بيئة صحية مناسبة وتوفير كافة المستلزمات لرعايتهم صحياً، واستخدام مختلف الاساليب لكبح جماح البعض منهم ممن يضر في صحة الاخرين، وخير مثال ما تستخدمه الدول من اجراءات لمكافحة الاوبئة والامراض الانتقالية كوباء كورونا المستجد ، ٣. السكينة العامة، هو القدرة على توفير بيئة ملائمة بعيدة عن الضوضاء والارباك واصوات الاجهزة العالية و غيرها من وسائل الازعاج، والذي يؤثّر على استقرار الأفراد وقدرتهم على العيش بهدوء وطمأنينة، وهناك مفاهيم لها ارتباط بالنظام العام من زوايا مختلفة بحسب المجال الذي يؤديه والوظيفة المناط به تنفيذها كالنظام الاقتصادي، لهذا النظام ارتباط كبير بسلطة الادارة في تحريك عجلة الاقتصاد عن طريق اقامة المشاريع وابرام ==

نصت على ((تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام العام والامن العام والادب العام وحماية الارواح والاموال...))[١].وكذلك في المادة (٣٥) من القانون المدني المصري لعام ١٩٤٨ والتي نصت على (اذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام او الآداب كان العقد باطلاً). [٢]

آما **في العراق** فقد نصت المادة (١٢٨) من مشروع القانون المدني العراقي، التي اشارت على بطلان العقد المخالف للنظام العام او الآداب اذا كان محله ممنوعاً من التعامل به قانوناً او مخالف للنظام العام والآداب وتأكد ذلك في تشريع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في المادة (١٣٠) والتي نصت على (يلزم ان يكون محل الالزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والآداب والا كان العقد باطلاً)[٣].

إذ نلحظ مما سبق أن المشرع قد عمد الى وضع منظومة تتألف من ثلاث عناصر مرنة تتمتع بأهميتها المعيارية وهي ((النظام العام و العدالة والمحكمة)) كقاعدة تقع خارج القانون ، والعدالة كقاعدة قانونية والمحكمة بوصفها الجهة المنوطة بتعريف هذه المنظومة وادارتها ، وكان المشرع يسعى الى جعل العلاقة الديناميكية بين هذه المعايير الثلاث تجري على نسق منتظم

== العقود الادارية، وغيرها من الوسائل التي تهتم بالجانب الاقتصادي للمجتمع، فتقوم بجميع الوسائل اللازمة لتحقيق الازدهار الاقتصادي بمعاونة القطاع الخاص المتمثل بالشركات العاملة مع القطاع الحكومي ومساعدتهم بإصدار الرخص المهنيّة للعاملين في تلك المشاريع ، لتسهيل عملهم الاقتصادي ، وحماية حقوقهم القانونية وتوفير بيئةٍ سليمة للاستثمار تراعي فيها كل وسائل الامن ، ويؤدي ذلك الى تطوير النظام الاقتصادي في البلد، اما النظام الاجتماعي، فهي سلطة وحق بان واحد ، اذ يتسم بازدواجية المعايير، ويعد بيضة القبان في تحقيق النظام العام عموماً، هو قدرة النظام العام على توفير الحياة الاجتماعيّة المناسبة للأفراد داخل المجتمع، عن طريق توفير الوسائل التي تساعدهم في الحصول على سبل العيش الكريم ، وتحقيق بيئة اجتماعية مناسبة للحؤول دون حصول الاضطرابات الاجتماعية التي تؤثر في سلامة البنيان الاجتماعي العام للدولة، ويحدث ارتباك في بناء المجتمع يؤدي الى التفكك الاسري وضياع الافراد . اشار الى العناصر الدكتور. حسام مرسي، التنظيم القانوني للضبط الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١٠٣-١١٨.

(١) المادة (٣٢) من قانون هيئة الشرطة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) المادة (٣٥) من القانون المدني المصري لعام ١٩٤٨.

(٣) المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠لسنة١٩٥١.

وواحد ، إذ يعمل النظام العام على ارساء العدالة في التشريعات الوضعية التي يتم سنها، بينما يقع على عاتق المحكمة بكونها الجهة الاجتماعية والقانونية المنوطة بالأشراف على ذلك ، واجب المحافظة على هذه العلاقة الديناميكية وضبطها وتعديلها متى كانت سلطتها في الحكم تقديرية.

لذا نتمنى على المشرع العراقي ان يوضح ولو بشي موجز ما يعد من احكام النظام العام ، مع الابقاء على عدم ضبط تعريف جامع للنظام العام لكي لا يصادر توجهات وثقافات الاجيال اللاحقة، لأن تلك الاحكام الخاصة بالنظام العام ليست وليدة القانون فقط، بل هي قواعد تراكمية من النصوص الإمرة والقواعد العرفية التي يكشفها القضاء.

ثانياً: التعريف الفقهي: اجتهد الفقه القانوني في وضع مجموعة كبيرة من التعاريف للنظام العام، بل أن البعض منهم من نعتها بالنظرية لضخامة الاحكام التي تحويها، ولا تساع نطاق مجالها باتساع نشاطات الدولة ، فهي تتنوع من اقواها مرتبة وهو النظام العام السياسي، والذي يرتبط ببنيان الدولة ومؤسساتها الثلاث العليا، والنظام العام الاجتماعي ، والاقتصادي وغيره، لذا اصبح لزما علينا بيان معنى النظام العام الاصطلاحي فقهاً، لبيان غموض تلك الفكرة لاتصالها بالمصلحة العامة، فعلى الرغم من الغموض والابهام الذي اكتنف فكرة النظام العام وبيان مدلولها، فلم نجد تعريفاً شاملاً جامعاً لكل ما تتصف به هذه الفكرة من مدلولات واسعة ومرنة ولكن تبقى للجهود الفقهية الاثر البالغ في تسليط الضوء على غموض هذه الفكرة ، فتباين رجال الفقه في بيان ارائهم حول احكام النظام العام فيعرف بانه،(مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين وبما يناسب علاقاتهم الاقتصادية)[١].

يركز ذلك على جانب معين دون ان يعطي للآمن والعلاقات الاقتصادية قوة السيف ويرى البعض الاخر بانه سلاح للدفاع ضد قانون اجنبي واجب التطبيق عادة، اذا ما تعارض فحواه

(١) محمد محمد بدران ، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري" دراسة مقارنة" في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص١٢.

مع المفاهيم العامة للبلد المراد تطبيقه فيه. [١] في حالة تركيزه على القانون الواجب التطبيق في البلد في اطار القانون الدولي الخاص ، ويرى اخر بانه الدفع او الوسيلة التي يراد منه عدم تطبيق القانون الاجنبي الذي كتبت القواعد لحكم تلك الرابطة القانونية واحلال قانون المحكمة محله وذلك لوجود اختلاف كبير في المفهوم بين القانونين او ان هناك مصلحة تعود الى دراسة تلك الحكمة فيطبق قانونها[٢].

ويعرف ايضا بانه(الترتيب المتناسق للحياة الاجتماعية وغياب الاضطرابات المهدرة لآمن الجماعة او القواعد التي يجب على الادارة الالتزام بها ، وقد يعني القواعد القانونية التي لا يجوز للإفراد الاتفاق على مخالفتها).[٣]

ويعني بانه(فكرة قانونية تهدف الى المحافظة على الاسس والمبادئ والقيم التي يقوم عليها المجتمع) ، ففي القانون المدني توجد كقيد على هوية المتعاقدين واما قانون العقوبات تمثل قاعدة اجرائية يترتب البطلان على من يخالفها وفي القانون الدولي الخاص كقاعدة لتطبيق القانون الوطني اي كقيد على استبعاد القانون الاجنبي من التطبيق باعتباره قيد على قواعد الاسناد. وكذلك في قواعد القانون العام فالقانون الدستوري يغير النظام العام الذي لا يجوز مخالفته ، والقانون الاداري يوصف بأنه من الاسس الرئيسة لهذا القانون وفي القانون الدولي توجد فكرة النظام ولكن بشكل ضئيل لآنه لم يتكامل بعد. [٤]

---

(١) الفقيه (cremien lois).اشار اليه د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، قسم ثاني ، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٢،ص١٨٢.وللمزيد ينظر بشرى زلاسي: النظام العام واثره على اعتبارات الملائمة لقواعد الاسناد، مجلة البحوث والدراسات القانونية، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة٢،العدد العاشر،٢٠١٧، ص٢٨.

(٢) د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة، ص١١. ولم يحدد القانون العراقي مفهوم دقيق للنظام العام واكتفى بإيراد بعض التطبيقات المادة (١٣٠) التي جاء فيها(ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف بوجه خاص ...)

(٣) د. صلاح الدين فوزي: المبسوط في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ ، ص٧٩٧.

(٤) د. نواف كنعان، القانون الاداري الاردني، الجزء الاول، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٥، ص٢٧٦.

ويرى البعض الاخر بانها(مجموعة القواعد والنظم التي يؤدي التقيد بها الى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة والى ضمان الامن والاخلاق في المعاملات بين الافراد بحيث لا يجوز ان يستبدلها). [١]

ويعرفه البعض الاخر((هو مجموعة القواعد التي تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وهو مجال تطبيق القواعد القانونية الآمرة، ومن ثمّ لا يجوز للأفراد أن يتفقوا في عقودهم على ما يخالف هذه المصالح، ومفهوم النظام العام هو مفهوم نسبي يختلف من مكان إلى اخر وفي البلد الواحد من حين إلى آخر، ومن ثمّ فإن نطاق النظام العام يضيق في ظل المذهب الفردي الذي يطلق العنان للحرية الفردية، ويتسع في ظل المذهب الاشتراكي او الماركسي الذي يرجح المصلحة العامة على مصلحة الفرد).[٢]

فيما يقتصر البعض تلك الفكرة بأربع كلمات، إذ يعرفه بانه(الوضع الطبيعي او المعنوي لمجتمع منظم). [٣]

وان لإحكام النظام العام في ابرام عقد الاشغال العامة أهمية كبيرة، إذ تتأرجح هذه الفكرة بين كون تلك الافكار تمثل ضابطاً على رجل الادارة وعلى من يتعاقد معه ، إذ إن أي مخالفة لتلك الاحكام يعرض العقد الى البطلان. إذ تُعد فكرة النظام العام القيد الحقيقي على مبدأ سلطان الادارة[٤].

ويرى العميد (هوريو) انها يجب ان تحمل معنى النظام المادي الملموس الذي يعد بمثابة حالة واقعية لمناهضة الفوضى ، اما النظام الادبي الذي يتعلق بالمعتقدات والاحاسيس [٥].

---

(١) د. محمد عصفور ، البوليس والدولة ، المرجع السابق ، ص٤٤.

(٢) حبيب ابراهيم الخليل، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون) القاهرة، ١٩٨٣ ، ص٨٠.

(٣) احمد مسلم، رسالة من باريس، نقلا عن جودة السيد عرابي، النظام العام في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، ٢٠١١، ص٤٩.

(٤) د. عصام انور سليم ود. محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون ، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص٢٤٧.

(٥) د. حسام مرسي ، التنظيم القانوني للضبط الاداري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٩٣.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول فكرة النظام العام ولكن بالاعتماد على علاقته بالضبط الاداري، وقسموه الى نظام مادي ملموس ومعنوي يمثل الجانب الادبي، وانقسموا الى اتجاهات مختلفة، فمنهم اتجاه يتزعمه الفقيه (Waline) ، إذ يرى ان النظام العام يشمل الجانب المادي والجانب المعنوي ، ويرى الفقيه (بيردو) ان فكرة النظام العام ذات مضمون واسع بحيث يشمل الادبي والمادي والنظام الاقتصادي اي يشمل جميع نواح النشاط الاجتماعي، ويرى الفقيه (هيلي) ان النظام العام فكرة خلقية وذهب الفقيه (لويس) ان فكرة النظام العام فكرة متغيرة عائمة، بينما الفقيه (بيرناراد) انتقد تلك الاراء واعتبر انها تؤدي الى التشكيك في جدوى دراسة فكرة النظام العام ، وذلك لأن هؤلاء الفقهاء اعتبروا ان تلك الفكرة غير محددة وواسعة مع إن الواقع والحقيقة تجافي ذلك.[١]

وذهب جانب أخر إلى أن فكرة النظام العام ظاهرة قانونية شاملة توجد في القانون الخاص كما توجد في القانون العام[٢].

(1) Panl Bernd : la notion d' order Pnblic en droit adminis trqtf Paris, 1962 , P230.

نقلاً عن حسام مرسي ، التنظيم القانوني للضبط الاداري ، مصدر سابق ، ص٩٣ . ٩٤.

(٢) د. علي حسن عبد الامير .و. علي مجيد العكيلي، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية تصدر عن بيت الحكمة، العدد٤٤، بغداد حزيران ٢٠١٨ ، ص٩٠.

ثالثاً/التعريف القضائي:

توالت الاحكام القضائية في اغلب البلدان، وكان جهداً واضحاً لرجال القضاء حول تلك الفكرة ففي فرنسا ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي في اول الامر الى تبني الاتجاه المادي للنظام العام[١] وبعد ذلك توالت الاحكام القضائية لمجلس الدولة بتبني الاتجاهين معاً المادي والادبي في قضية (لوتيسيا) في عام ١٩٥٩ ، التي قضى لهيأة الضبط الاداري بحق استعمال صلاحيتها ، من اجل المحافظة على الاخلاق العامة ، بحيث اكد صحة قرارات هيئات الضبط الاداري ، الخاصة بمنع عرض الافلام السينمائية بسبب صفتها اللاأخلاقية [٢].

وقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية إلى أن النظام العام هو مجموعة القوانين والمراسيم والقرارات.. مما يبنى عليه ان مصدر النظام العام هو القوانين والانظمة[٣].

وجاء في محكمة التمييز في بلجيكا في عام ١٩٤٨ انه (لا نظام عام سوى القانون المتعلق بالمصالح الاساسية للدولة او المجتمع ، او الذي يحدد في القانون المدني الاسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والاخلاقي في المجتمع)[٤].

آما في مصر، فقد كان لمجلس الدولة المصري صفة السبق من مثيله مجلس الدولة الفرنسي حول الجمع بين مجالي النظام العام المادي والمعنوي بفترة فاقت نظيره الفرنسي[٥].

---

(١) محمد الوكيل ، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري ، دار النهضة العربية ، ط٣ ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٦٣.

(٢) سليمان الطماوي ، القانون الاداري ، الجزء ٣ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص١٣٩.

(٣) احمد ولد المصطفى ، العقد والنظام العام ، بحث منشور في مجلة الضمير الالكترونية في الموقع
http ://e damir.info/in dex:php? Opl:on:com ، منقول عن مصطفى الموجي ، ج١ ، ص٤٠١.

(٤) عليان عدة ، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلسمان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص٦٥.

(٥) د. جلال الدين فوزي ، المبادئ العامة للقانون الاداري (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص .

وقد تجسدت تلك الاحكام في القرارات التي أصدرتها محكمة القضاء الاداري في مصر حول مصادرة كتاب الدين والضمير، حول ما ذكرته المحكمة في حيثيات الحكم من أن الكتاب يناهض النظام العام ويخل بالآداب العامة(١).

آما القضاء العراقي، فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية في ٢٠١٠/١١/٧ إن محل الالتزام يكون باطلاً متى ما خالف النظام العام تأكيداً على علوية فكرة النظام العام وحتمية احترام قيدها(٢).

وكذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٢ والذي بين مفهوم النظام العام حول الطعن بعدم دستورية بعض النصوص المخالفة للمادة(٣٨) من الدستور العراقي، والذي نص على انه (ان مفهوم النظام العام والآداب العامة الواردين في الدستور من المفاهيم التي وردت في العديد من التشريعات وان القضاء هو الذي يقرر ذلك وهي تختلف حسب الزمان والمكان). (٣)

وفي قرار آخر للمحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٦) اتحادية/ ٢٠١١ الصادر في ٢٢ /٨/ ٢٠١١ والذي نص على انه (ان ممارسة الحريات المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور مقيدة بشرط عدم الاخلال بالنظام العام والآداب لذا فان المواد الواردة في قانون العقوبات (٨١، ٨٤) غير متعارضة مع احكام المادة (٣٨ /اولا و ثانيا) من الدستور بل تكون متفقة معها). (٤)

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٦٣/٧/٩. القضية رقم (٨٣٧) مجموعة احكام القضاء الاداري لخمس سنوات (١٩٦١ . ١٩٦٦) ، ص٢١٧. نقلاً عن دحام حزام ناصر ، ، النظام العام عناصره ومشروعيته ورقابة القضاء عليه ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٨ ، القاهرة ، ص٤٣.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٠٢ في ٢٠١٠/١١/٧ ، منشور في قاعدة التشريعات على الموقع الالكتروني www.iraqld.com .

(٣) قرار للمحكمة الاتحادية العليا المرقم ٦٣ اتحادية/ ٢٠١٢ الصادر في ١٠/١١ / ٢٠١٢منشور على الموقع الاليكتروني الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/s.2019/

(٤) قرار للمحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٦) اتحادية/ ٢٠١١ الصادر في ٢٢ /٨/ ٢٠١١ منشور على الموقع الإليكتروني الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/s.2019/

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق اشارت الى جعل بناء وإدارة بعض المرافق من اعلى مراحل النظام العام، اذ نصت على انه (علما ان قانون وزارة التربية وان كان لم ينص صراحة على سريان أحكام معلقة بأثر رجعي وعلى الوقائع السابقة، إلا أن أهداف القانون والمتمثلة بتنشئة جيل واع مؤمن بالله والقيم الدينية والأخلاقية والوطنية عن طريق تعزيز دور التربية والتعليم في الحياة وبما ينسجم مع أحكام الدستور ولان المسائل المتعلقة بالتربية والتعليم وتقدمها يعدُّ من النظام العام بل من أعلى مراحل النظام العام ولا يمكن لوزارة التربية تحقيق أهدافها التربوية والتعليمية، إلا بإدارتها وتأتي في مقدمة ذلك بناء المدارس وزيادتها وتوسيعها وبالنتيجة فان قانونها يتعلق بالنظام العام ويسري على الوقائع التي سبقت صدوره ومنها موضوع المطالبة بالتعويض عن اجر المثل لأراضي لدولة التي وضعت وزارة التربية يدها عليها سابقاً، مما تكون دعوى المدعي لا ترتكز إلى أي أساس قانوني وتكون واجبة الرد استنادا لصراحة نص المادة (٣٨) من قانون وزارة التربية والتي تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة ولما كان الحكم المميز قد جاء على خلاف ما تقدم ذكره وبيانه وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة نقض الحكم المميز وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفقاً للمنوال المتقدم). [١]

نلحظ مما سبق أن فكرة النظام العام هي فكرة غامضة ومتشعبة ولا يمكن الاحاطة بها مهما بذل الفقه من جهد ، إلا أن لتلك الاجتهادات الفقهية الآثر البالغ في بلورة الفكرة محل النظر وجعلها تطفوا ويزداد الاهتمام بها ، إذ أن هذا الغموض يعود الى ابهام غائية النظام العام والطابع الظرفي له يأتيان في تعدد المقتضيات التي يواجهها، لذا ليس من الممكن حصر تلك المقتضيات ذات المضمون المتغير داخل صيغة محددة ، وتلك الحقيقة التي توصل اليها الفقه ادركها القضاء وبلور معانيها في قرارات قضائية.

إذ نلحظ أن للقضاء الفضل الاكبر في ضبط فكرة النظام العام وذلك بتحديد مفهومها وتبين اطارها، إلا أنه لم يعن بوضع تعريف للنظام العام واحال ذلك الى التعريف الفقهي ، وهذا ما لمسناه في ذهاب الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ((ان النظام العام كما يعرفه

---

(١) قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق ، رقم الحكم ١٠٩٨/١٠٩٩/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٧ في ٤/محرم/١٤٣٩هـ الموافق ٢٠١٧/٩/٢٤م، قرار غير منشور.

الفقهاء، هو الاساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة ، كما ترسمه القوانين النافذة فيها ، وبعبارة اخرى هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة اكثر مما تهم الافراد ، سواء كانت تلك المصالح سياسية او اجتماعية او اقتصادية او خلقية))[١].

من خلال ما تقدم ممكن ان يتضح لنا بأن النظام العام له مفاهيم مختلفة لمرونة فكرته وتأثرها في عنصري الزمان والمكان، فهو يمثل الاساس الذي يقوم علية المجتمع، من ثقافات وارث حضاري واجتماعي واساليب موروثة، تضفي بضلالها على صيرورة النظام العام، وهذا بدوره يؤثر في تعاقدات الادارة وسلطتها في ابرام عقد الاشغال العامة، فتتأثر في طريقة المشرع بسن مجمل التشريعات، ابتدأ من الدستور والذي يمثل الاصل القيمي للنظام في الدولة عموماً، امتداداً الى التشريعات العادية المعنية بإبرام عقد الاشغال العامة، اي الاصول التي يراعيها المشرع بلحظة سن التشريع، وتأثره بمجمل القواعد القيمية التي لا يستطيع مخالفتها، وكذلك لسلطة الادارة بسن التشريعات الفرعية وما يندرج خلالها من نصوص الزامية لكبح جماح المتعاقدين، لكي تصل الادارة الى افضل وسيلة لإبرام العقد ، بإنشاء المشاريع التي تؤمن النظام العام، لارتباط عملها بالجانب الاجتماعي والاقتصادي في الدولة.

المطلب الثاني

التأصيل القانوني للنظام العام

إن فكرة النظام العام فكرة قديمة قدم الحضارات البشرية، لكن التزام الافراد بتلك الاحكام يختلف من عصر الى اخر ، وتبلور تلك الفكرة ايضا اخذ يتطور من مرحلة الى اخرى من العصور القديمة الى الحديثة، تبعاً للموروث الثقافي لتلك الاقوام ،لذا لابد لنا من أن نوضح التأصيل القانوني لتلك الفكرة، واهم الادوار التي مرت بها من خلال بيان مراحل تطورها، لذا

---

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، مجموعة الاستاذ احمد ابو شادي ، ج١ ، يناير ، ١٩٦٠ـ ١٩٧٠ ، ص٧٣ـ ٧٤. نقلاً عن د. عادل ابو الخير، الضبط الاداري وحدوده ، الهيئة المصرية للكتاب ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص١٥٢.

سنتناول هذا المطلب في فرعين، إذ سنتناول في الفرع الاول النظام العام في الشرائع القديمة، وفي الفرع الثاني سنتناول النظام العام في الشرائع الدينية.

الفرع الاول

النظام العام في الشرائع القديمة

مرت الاحكام التي تتعلق بالنظام العام بأدوار مختلفة ، ومراحل زمنية عتيدة فقد ظهرت المدونات القانونية في الشرق والغرب، وقد كانت للمدونات في بلاد ما بين النهرين الاثر الواضح، مثل مدونة التقنينات السومرية و الاكدية كتقنين (لبت عشتار) حتى ظهور العصر البابلي الجديد، اما مدونة حمورابي، التي وضعها الملك حمورابي في (عام ٢٠٠٠ قبل الميلاد) التي نقشت نصوصه في مسلة حمورابي ، التي لازالت قائمة ليومنا الحالي، والذي كان يمثل السلطة الدينية والدنيوية في بلاد وادي الرافدين، لأنه يتسلم القانون من الاله نمس اله الشمس ، والتي تكونت من (٢٨٢) مادة خلت من الاحكام الدينية[١].

ويلحظ الباحث أن من الواضح ان كل النصوص التي جاءت في الشرائع القديمة العراقية كقانون (ارنمو) و(لبت عشتار) و(قانون حمورابي) و(قانون اشنونا) ، فقد كانت مرجعيتها الاهية ، ومن ثم تجد قداسته من الاله كذلك تكون تلك النصوص الواردة في تلك التشريعات بمنزلة النظام العام.

وخير دليل للتطور الذي جاء به قانون حمورابي الذي جعل حكمين مختلفين للمسألة الواحدة احدهما من اصل سامي والاخر من اصل سومري مراعاة لمشاعر وتقاليد السومريين كما هو الحال في مسائل الزواج[٢].

آما مدونات الفراعنة بلاد وادي النيل (كمدونة بوخوريس) ، فقد بينت جميع العادات والتقاليد القانونية السائدة قبل أن تحكم الحياة القانونية في مصر، وتميزت هذه المدونة بصيغتها

---

(١) د. عامر سليمان ، القانون في العراق القديم ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص٢٠٢.

(٢) د. عمار طارق عبد الفتاح البشري ، فكرة النظام العام في التشريع الاسلامي النظرية والتطبيق ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٣٤.

الدينية على الرغم من فصل احكامها من الاحكام الدينية إلا أن أصباغها بالصبغة الدينية هو صدورها عن الاله الفرعون في مصر، لذا فان تلك التشريعات تحوي على احكام النظام العام لما تمثله من قداسة مرجعيتها التي صدرت منها ومن ثم فهي احكام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لاتصالها بالنظام العام، اما في المدونات الشرقية الاخرى، فقد ظهرت في الهند مدونة (مانو) وهي عبارة عن كتاب شعري ضخم والذي احتوى على العديد من النصوص الشعرية التي كانت تكرس بقاء السلطات الحاكمة وكل الانظمة والتقاليد الحاكمة وتسميتها بقانون يجسد النظام لشتى مناحي الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ولهذا كانت احكام النظام العام واضحة من تباين تلك القواعد من الناحية القانونية الذاتية وكذلك من ناحية مصدر تلك الاحكام فكانت تتمتع بالقداسة لصدورها من الاله[١].

آما في الغرب ، فقد كانت شعوب الاغريق والرومان من الشعوب التي استهوت الفلسفة وتبلورت فيها نظريات الفلسفة وظهور العديد من المدارس الفلسفية ، إلا أن شعوب الشرق قد سبقوهم في تدوين القوانين والزامية القواعد القانونية لما تحويه من قواعد النظام العام ، ومن هذه المدونات مدونة (صولون) حاكم اثينا (عام ٥٩٤) ق م ، هذه المدونة السياسية بامتياز ويعود لها الفضل في اخراج المدونات من الدوائر الدينية الى دائرة السياسة والتي ترجع الى التطور الاجتماعي والسياسي، وقد مثلت مدونة(صولون) طفرة نوعية في ميدان الحقوق الفردية و امتازت على اصعدة اخرى كالقضاء على نظام الاكراه البدني ، وأعطى لهم التمتع ببعض الحقوق السياسية ، وينماز هذا القانون عن غيره من قوانين الشرق في تلك الحقبة ان اصله ليس ديني ، إلا أن تلك القواعد التي ظهرت تتسم بإحكام النظام العام ، لأننا ننظر الى فحوى القاعدة القانونية في ظل ظروف سنها ، إذ أنها كانت ذات طابع اصلاحي جذري وضعها المعلم صولون ومنها تكون تلك القواعد من النظام العام[٢].

وكذلك في اثينا فقد ظهرت مدونة (الالواح الاثنى عشر) في عام (٤٥٠ق.م) وجاءت تدوين للأعراف والتقاليد السائدة وقد اختلفت هذه المدونة عن مدونة صولون بانها ليست اصلاحية ولا

(١) عمار طارق البشري ، المصدر نفسه ، ص٣٠.
(٢) عمار طارق البشري: المصدر السابق ، ص٣٧.

تعبر عن قيم حديثة كانت قد بدأت تسود في المجتمع ، وليس لها مرجعية دينية الهة، وانما مجرد تصحيح للقواعد القانونية التي كانت سائدة ، والمتفحص لتلك القواعد تدل على انها من النظام العام ، اذ كانت تتطلب الشكلية في العديد من النظريات القانونية، وان اي خلل في الشكلية المطلوبة في المدونة سيجعل الالتزام باطل، وهذه ميزة اساسية من ميزات النظام العام.

نلحظ مما سبق أن الاحكام التي جاءت في ظل الشرائع القديمة ، كانت تتسم بصياغات مختلفة من الاحكام منها من كانت مصدرها ديني قدسي وكذلك فحوى القواعد ذات صبغة دينية ومن ثم توجد نوع من القداسة على تلك الاحكام لارتباطها بالدين، وما تمثله من رمزية معنوية لدى تلك الشعوب ، ومنها من كان مصدرها ليس دينياً ، بل بشري ولكن درجة الزاميته قوية، لآنه احدث ثورة اصلاحية كبرى في المجتمع ، ومنها من كانت قواعد تجميعه، لما هو سائد من احكام واعراف وتقاليد تلك الشعوب ، ولكن الذي اكتسى تلك القوانين الالزامية ووصفناها من النظام العام هي الشكلية التي كانت تتسم فيها تلك القواعد، على الرغم من ان النظرة الى النظام العام لم تكن سائدة في ذلك الوقت إلا أنها تتشابه مع الفكرة الحديثة له.

الفرع الثاني

النظام العام في الشرائع الدينية

إن الدين هو علاقة الفرد بربه، لذا سنتناول النظام العام في اهم الشرائع الموجودة حاليا، كاليهودية والمسيحية والاسلام، إذ أن الاحكام التي جاءت بها **الشريعة اليهودية** ، التي تعد من الديانات القديمة اذ ارسل الله تعالى نبيه موسى(علية السلام) الى اليهود، إذ انمازت الاحكام التي جاءت بها الديانة اليهودية بميزتين اساسيين ، الاولى الاصل الديني اذ انها تعد قانوناً دينياً ، إذ أن الديانة اليهودية تستلزم اثماً لكل شخص تخالف اوامر القانون الالهي والشريعة اليهودية عموماً، لذا فيصف الفلاسفة الديانة اليهودية بانها نظام قانوني ديني ، اما الخصيصة الثانية يوصف بانه قانون قومي، إذ أن قومية اليهود ضمن عقيدتهم وهذا ما يعرف بالقوانين التلموذية، إذ أنها مختلطة بين الدين والقانون، من خلال اطلاعنا على بعض النصوص اليهودية، اتضح لنا انها على الرغم من اصلها الديني، إلا أن القانون يضفي عليها قدسية وسمو اذا تبناها بنصوص، بعدّها قواعد الزامية لها صفة الالزام من خلال الصياغات التي تحويها، كالأمر

الموجه لليهودي بالامتناع عن بعض السلوكيات والوفاء بالنذر للإله ، ولذلك الزام كل يهودي بعدم العمل في يوم السبت ، إذ أن العقود التي يجريها اليهودي في يوم السبت يكون جزائها مادي ومعنوي، إذ يترتب عليها بطلان العقد المبرم بيوم السبت، وكذلك اثم اخروي في الحياة الاخرة ، وهذه احد ابرز صفات النظام العام.

آما الشريعة المسيحية ، فقد اختلفت الادوار التي يمكن النظر اليها ومدى علاقتها واستخدامها لقواعد النظام العام ، فقد كان اختلاف في ظهور المسيحية في الشرق واحكامها عنها في بلاد الغرب فقط[١].

وبعد سيطرت الكنيسة على الحياة السياسية في روما اصبح للقانون الكنسي طابعا جديد، فقد خلع عن بعض الافكار التي كانت تعد من اهم سمات النظام العام لما لحظته من قساوة في الاحكام التي ظهرت لتيسير الامور للمسيحيين للتكفير عن ذنوبهم.

وفي مجال اخر فقد مرت الديانة المسيحية بمرحلة ظهور الامبراطورية الرومانية ومدى التقديس الذي حظي به الامبراطور فقد ادى ذلك الى تقديس الامبراطور على حساب الافراد الاخرين.

والسؤال الذي يطرح هل عرفت الديانة المسيحية عموماً قواعد لها بنى قومية، تتماز بكونها لا يجوز مخالفتها، على الرغم من ان اغلب القواعد التي جاءت بها. الديانة المسيحية هي قواعد اخلاقية.

للإجابة على هذا التساؤل نميز بين الديانة المسيحية المجردة والقانون الكنيسي بعد ان اكتسبت الكنيسة مكانة في السياسة واصبح لها سلطة التشريع والتنفيذ والقضاء، فعلى المستويين الشكلي والموضوعي فالديانة المسيحية من الناحية الشكلية يكون مصدرها الالهي فقد تكتسب كل احكامها قدسية إي أن لها الزامية خاصة، إي أنها تمثل اعمال الرب للبشر ، وكما هو معلوم ان

---

(١) إذ كانت الاحكام في الشرق تتسم بالطابع الديني وفي الغرب بطابع ديني وبشري، اذا كان هناك ثلاث قوانين اساسية القانون الالهي والقانون الطبيعي والقانون الوضعي ويجب ان لا يخالف القانون الوضعي القانوني الطبيعي والالهي (الازلي) .د. حسن ذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص٢١٩.

الغاية الهامة للنظام العام هي اعطاء بعض النصوص القانونية حماية خاصة تبعدها عن المخالفة او العبث فهذا الفرض يتمثل في القواعد البابوية الامرة التي يضفي عليها صفة تناظر احكام النظام العام(١).

اما في ميدان احكام النظام العام في المجال العقدي، فقد عمدت الاحكام المسيحية لإبطال العقود المخالفة لأسس المجتمع وقيمه فقط كانت نظرية السبب قديماً في الفقه الكنيسي تقوم بدور مشابه للنظام العام في العصر الحديث من حماية الاسس للمجتمع وقيمه الاخلاقية(٢).

اما **الشريعة الاسلامية** ، فالمتتبع لآراء الفقهاء المسلمون يلحظ عدم الاشارة الى مفهوم النظام العام قديماً، إلا أنهم قد اشاروا إلى الفاظ تناظر مفهوم النظام العام، إذ أن كل منظومة اجتماعية تحتاج الى منظومة ضابطة لسلوك افرادها وتكون هذه المنظومة مصحوبة بجزاء يوقع على كل من يخالف هذه المنظومة القاعدية الضاغطة على ارادة الافراد لضرورات جمعية تحددها مصلحة عامة لأبناء المجتمع ككل ، لذا كان للاطار المفاهيمي للنظام العام في الإسلام وجوداً، على الرغم من حداثة ظهور هذا المصطلح ، فقد نظم الاسلام مصاديق للنظام العام وتطبيقات كثيرة والتي تحوي على قواعد آمرة تحد من سلطان الارادة، وتعدُّ كل اتفاق بحرية الافراد باطلاً اذا كان مخالف للأسس العامة التي تبناها النظام الاسلامي، إذ يرتكز الاسلام على اصلين راسخين في اعماق اصوله العقدية هما (الديانة والانسانية) ، إي أن من اهم المرتكزات التي بني عليها الاسلام هي العبادة لله وحده وهو منتهى لكل طاعة ﴿وَأَنَّ إِلَى رَبِّكَ الْمُنتَهَى﴾(٣) ، فإن الطاعة لله واتباع اوامره إي أن مصدر الوجود هو الله تعالى وكل ما يمكن ان يفرض على الانسان من قواعد هي منزلة من عنده تعالى الى البشر عن طريق الرسل والانبياء فهي قواعد تشكل نطاقاً عاماً للإفراد ، اما الضابط الاخر وهي الانسانية اي أن المخاطب بالقواعد الاسلامية المتمثل بالقرآن الكريم بقواعده الامرة وكذلك السنة النبوية هو الانسان ، إذ أن الاسلام

---

(١) ثروت امين الاسيوطي ، نظام الاسرة بين والدين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص٢٧.

(٢) د. محمود محمد شعبان ، السبب الباعث على التعاقد في الفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه ، مطبعة الاخلاص ، ص٢١.

(٣) سورة النجم ، الآية : ٤٢.

هو رسالة دينية من جهة الغاية والقصد ومطلوبة ومفروضة على الانسان لأنه وحده المعني، لذا اقترنت الشريعة الاسلامية بمقاصد خمسة اساسية لحماية الانسان وهي(النفس ، العقل ، الدين ، المال ، النسل) ، إي أن الشريعة الاسلامية لها اسس مهمة للحفاظ على المنظومة الاجتماعية الاسلامية من خلال الحفاظ على هذه المقاصد وهي مقاصد الشريعة الاسلامية [١].

إذ أن القاعدة العامة في احكام الشريعة الاسلامية تقضي لمبدأ اقليمية التشريع الاسلامي إي أن احكام الاسلام تسري على كل ما موجود بالدولة الاسلامية، إلا أن هذا المبدأ لا يجري على اطلاقه في الشريعة الاسلامية إذ تخرج من نطاق تطبيق المعاملات الخاصة بالذميين التي لا تتعدى ضررها او شرها الى المسلمين كالانكحة وشرب الخمر ان يعاملون بدينهم[٢].

ويذهب رأي الى ان فكرة النظام العام في الشريعة الاسلامية ينقسم الفقه حيالها الى اتجاهين، الاتجاه الاول ، يرى انه لا مجال لمفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية، ولاسيما في التعامل مع غير المسلمين داخل الدولة الاسلامية ، إذ تطبق على الكل قواعد الشريعة الاسلامية في كل نزاع سواء على عقد او غيره المسلمين وغيرهم من الديانات الأخرى[٣].

إذ لا يحكم القاضي بغير الشريعة الاسلامية ويستندون على قوله تعالى : ﴿**وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِناً عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ عَمَّا جَاءكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً**﴾[٤].

اما الاتجاه الثاني، فيذهب الى وجود مجال لتطبيق احكام النظام في الشريعة الاسلامية ، وهذا الاتجاه تبناه الامام ابو حنيفة، إذ يذهب الى ان المقصود في تفسير الآية الكريمة ((بالحكم بما انزل الله)) بانه الحكم بالعدل ، وان الحكم بالعدل لا يعني الحكم بالشريعة الاسلامية بل يراد

---

(١) دحان حزام ناصر ، النظام العام عناصره ومشروعيته ورقابة القضاء عليه ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص٤٦.

(٢) الامام علاء الدين عبد العزيز البخاري ، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي ، مطبعة الفاروق الحديثة ، ج٤ ، ١٤١٦هـ ، ص١٤٥٦.

(٣) د. صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين الثوابت الوضعية والشريعة الاسلامية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص١٤ . ١٨.

(٤) سورة المائدة ، الآية : ٤٨.

به الحكم بما الفوه الاجانب من عادات وتقاليد واحكام ، إي أن هناك رخصة لتطبيق الشرائع الاخرى بشرط الا يكون ضاراً بالمسلمين[١].

ونلحظ مما سبق أن اجتهاد الفقه الاسلامي حول فكرة (حق الله) تعد ذاتها فكرة النظام العام التي جاءت بها التشريعات الوضعية ، إلا فيما يتعلق باتساع فكرة حق الله في الاسلام الى النظر الى علاقات الافراد بالآخرين وعلاقتهم بأنفسهم وعلاقتهم بدينهم إذ أن الشريعة الاسلامية تهتم ايضاً بالوجدانيات والاعتقادات[٢].

وان الاحكام الشرعية وفق رأي الاصوليين ينقسم، وفقاً لغايته الى احكام متعلقة بحق الله واخرى بحق العبد، وان الاحكام الشرعية هي (الواجب والحرام والمندوب والمباح والمكروه) وان الحكم التكليفي هو ما اقتضى فعلاً من المكلف او كفه عن فعل او تخييره بين الفعل والكف عنه[٣].

وان ميدان احكام النظام العام هي في الحكم الشرعي الواجب، وان الفقه الاسلامي يشترط لصحة العقد ان لا يخالف قواعد النظام العام الاسلامي إي أن يكون مشروعاً ، إذ أن القاعدة ان ((المؤمنين عند شروطهم إلا ما حلل حراماً او حرم حلالاً)) وقوله (صل الله عليه واله وسلم) ((كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)).

وقد عالج الفقه الاسلامي مسألة مشروعية العقد وهل يعد مخالفاً لإحكام النظام العام الاسلامية ام لا اي مخالف للتحليل والتحريم وهي ((قاعدة الذرائع)) والذريعة تعني الوسيلة التي يتوصل بها الى غرض مطلق بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية كل من الوسيلة والغرض، ويرى الاصوليين أن الذرائع هي اعطاء الوسيلة حكم غايتها إي أن الغاية تبرر الوسيلة عند بعض الفقهاء ، وعند البعض الاخر فان الغاية لا تبرر الوسيلة[٤].

---

(١) د. صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ص١٩.

(٢) د. هبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، الناشر مكتبة الغرابي ، دمشق ، ص٢٤.

(٣) د. مصطفى الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج٢ ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص١٠.

(٤) د. مصطفى الزلمي ، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد ، المصدر السابق ، ص١٦٣.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون باختلاف مذاهبهم حول مشروعية العقود والتصرفات التي يجريها المسلمون ، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم مشروعية كل تصرف يؤدي الى نتيجة غير مشروعة وهنا مصاديق كثيرة منها تحريم بيع الدم والميتة والخنزير استناداً الى نهي الرسول (صل الله عليه واله وسلم) ، وعند الشيعة الامامية يقسم التصرفات المخالفة للنظام العام الاسلامي الى خمسة انواع، الاعيان النجسة، وما يحرم لتحريم ما قصد به، وما لا ينتفع به، وما هو محرم في نفسه، وما يجب على الانسان فعلة [١].

وقد اباح الله تعالى كل معاوضة تكون متوازنة بين العوضين وسماها بيع فقال تعالى : ﴿**وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ**﴾ وحرم كل مكسب غير مشروع على حساب خسارة المتعاقد الاخر وسماها الربا فقال تعالى : ﴿**وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾[٢] ، واشار القرآن الكريم الى ضرورة تراضي كل الاطراف بقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾[٣].

واوجب تبارك وتعالى وجوب الوفاء بالتزامات التي تترتب على التصرفات من عقد وارادة منفردة فقال تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾[٤]. وفي الارادة المنفردة : ﴿**وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً**﴾[٥].

يلحظ الباحث أن النظام العام في الشريعة الاسلامية اخذ طريق المصالح المعتبرة وهي الاصول الخمسة وهي (حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال) والحفاظ عليها في اطار اقرار الاسلام للحريات والحقوق العامة والخاصة.

---

(١) المحقق الحلي ، ابو القاسم نجم الدين صفي بن الحسن ن شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، ط١، مطبعة الاداب ، النجف ، ٣٨٩هـ . ١٩٦٩م ، ص٩ . ١١.

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥.

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٩.

(٤) سورة المائدة ، الآية : ١٠.

(٥) سورة الاسراء ، الآية : ٣٤.

المطلب الثالث

ذاتية احكام النظام العام

إن خصوصية الاحكام التي تحويها فكرة النظام العام لها مدلولات كبيرة وخطيرة على حقوق وحريات الافراد لذا اصبح لزاما علينا بيان ما يتصف به من ميزات، وكذا ما يتشابه به، وينماز عنه من احكام اخرى، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين، إذ سنتناول في الفرع الاول خصائص النظام العام وفي الفرع الثاني تمييز النظام العام عما يتشابه معه.

الفرع الاول

خصائص فكرة النظام العام

ينماز النظام العام بانه مرن ومتطور ويمثل الأسس الاجتماعية والفلسفية والسياسية العليا في البلاد، وفي الواقع ان احكام النظام العام لها مميزات كثيرة نجمل منه ما يتصل بعمومية فكرة النظام العام، ومحورية فكرته بوصفه ضمانة لأمان المجتمع داخل الدولة ويتسم بالمرونة وتطور إحكامه من زمن لأخر، وان النظام العام فكرة قانونية وسياسية، وتعد انعكاس للقواعد الامرة فأن المشرع لا ينفرد في بيان احكامها، وان تلك الاحكام تعدُّ النظام قيد على حرية الارادة، وانه يمثل الاثر السلبي والايجابي الذي يتيح للقاضي التدخل من عدمه ، لذا سنتناول اهم تلك الخصائص.

اولا: سمو المصلحة العامة على المصالح الذاتية:

إن المعيار الذي يقوم عليه النظام العام هو معيار مهم لاتصاله بالمصلحة العليا للمنظومة الاجتماعية عموما، بغض النظر عن طبيعة هذه المصلحة الهامة للدولة فقد تكون سياسية او اجتماعية او اقتصادية ، المهم ان المشرع يعبر عنها على انها ميزة تعلو على المصالح الفردية، وان معيار المصلحة العامة الذي عد خصيصة اساسية من خصائص النظام العام هو معياراً موضوعياً لا ذاتيا، إذ يرتب اثرا هاما في تقييد سلطان الارادة، والحد من غلوها. [١]

(١) د. محمد عيد الغريب، الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية في القانونين المصري والفرنسي، اطروحة دكتوراه جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ١٩٨٧، ص٢٢.

وهذه الخصيصة للنظام العام تجعل مفهوم المصلحة العامة، معيارا اساسيا موضوعيا ،يعتمد عليه في تمييز المنفعة العامة عن المنفعة الخاصة، باعتباره ضابطا يحول دون التضحية وتخطي المصلحة العامة، إذ يعد قيدا على الحرية الفردية، في ابرام التصرفات القانونية. (١)

إن معيار المصلحة العامة يعد معيارا مهما يفرض على القاضي ان يتوخى تحقيق المصلحة العامة اينما وجدت في كل التصرفات المراد ،ان يفصل فيما بينها فعليه ان يختار المصلحة العامة، ويهمل المصلحة الذاتية .

ثانيا: ان احكام النظام العام مرنة ومتطورة:

لا يخفى ما لإحكام النظام العام من خصيصة القابلية للتطور بتطور المجتمع عموما، لأنه المعبر عن الاسس والمثل العليا والاساسية له، وهذه الاسس تكون نسبية من منطقة لأخرى ومن زمان لأخر لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الثقافات زمانا ومكانا والواقع يحدثنا عن تعدد الزوجات، واباحة الطلاق الذي يعد اساس من اسس المجتمعات الاسلامية إذ لا يجوز التنازل عنها وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلا، بخلاف الدول ذات الديانة المسيحية التي لا تجوز الجمع بين الزوجات ولا تعترف بحق الزوج في الانفصال عن الزوجة بإرادته، بل بموافقة الكنيسة بشروط خاصة. (٢)

ومرونة النظام العام تضفي علية حيوية، وهذا يخالف الجمود التشريعي، والذي يتصف به القانون، وهذا يحرج المشرع الذي يريد ان يحدد معنى النظام العام، فيبتعد كثيرا لمرونته وتغير إحكامه من فترة لأخرى، لتأتي مهمة القضاء والفقه اللذان يحاولا ان يجتهدا في تبيين مضمون احكام النظام العام في الواقعة المعروضة امام القضاء، وفي اطار الدراسة التي يعدها الفقيه، ليأتي بها منسجمة مع ما يريد ان يصل بها الى اسس عامة.(٣)

---

(١) جودة السيد عرابي قنديل، النظام العام في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص٨٩.

(٢) د. حسن كيره، المدخل الى القانون، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الاسكندرية، ص٥٠.

(٣) د. عادل ابو الخير، الضبط الاداري وحدوده، الهياة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٧٠.

ثالثا: النظام العام قيد على حرية الارادة في التعاقد:

يراد بسلطان الارادة، الحرية والفاعلية التي يتمتع بها الانسان لإنشاء التصرف القانوني والذي يجلب الحقوق ويتحمل الالتزامات، اي الارادة هي من تنشأ الالتزامات التعاقدية وليس القانون في ميدان القانون المدني اما في القانون الاداري فالقانون يلعب دور محوري.[١]

وان حرية الارادة في ابرام العقود عموماً اصبح بفعل التطورات التي شهدتها الامم امراً ضروريا، ان تكون مقرونة بقيود تحد من سلطان الارادة في ابرام القيود وان كل القيود التي تحد من سلطان الارادة مردها احكام النظام العام، إذ أن هذه الاحكام تشكل اطاراً عاماً ضاغطاً على الارادة الفردية لمصالح ارادة جميع افراد المجتمع.

وقد اكدت معظم التشريعات على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) كالقانون المصري في المادة (١/١٤٧) ،التي نصت (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون)[٢]. وكذلك بهذا المعنى جاءت المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي (اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه وتعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)[٣].

اذاً فالحرية في التعاقد قد قيدت بمقتضى القانون كما جاء في المواد اعلاه، اذا فالقانون يمثل الجانب المادي لإحكام النظام العام والمتمثلة بالقواعد الامرة التي تحد من تصرفات الافراد التعاقدية لمصلحة الجماعة[٤].

نلحظ مما سبق أن لإحكام النظام العام ميزة اساسية في الحد من الحرية الممنوحة للإرادة في التعاقد، إذ يقوم بدور مهم في بلورة الاحكام التي يتناولها العقد من خلال الشروط التي

---

(١) احمد طلال عبد الحميد ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار مكتبة عدنان ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص٢٥.

(٢) المادة.(١٤٧) من القانون المدني المصري النافذ.

(٣) المادة (١٤٦). من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) محسن ناجي ، اثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد ، منشور في مجلة القضاء ، السنة الرابعة والعشرون، العدد الاول ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص١٦.

يضعها طرفي العقد ولا يصح بالشروط التي تمس ببنيان المجتمع وكينونته ، التي تتجسد في نصوص قانونية وضعية من قبل المشرع.

رابعا: النظام العام فكرة قانونية:

تعدُّ احكام النظام العام من اهم الافكار الاساسية لكافة العلوم الانسانية والعلوم القانونية على وجه الخصوص لاسيما بالنسبة للعدالة التي تعد حجر الزاوية في النظام القانوني(١).

لكن مدى تعلق احكام النظام العام في القاعدة القانونية يختلف من فرع لآخر من فروع القانون ونلحظ ان احكام النظام العام لا تهدف الى تحقيق المصالح العامة او تحقيق النظام في المجتمع بصورة نهائية ، لان هذه الوظيفة هي وظيفة القانون وانما تهدف الى تحقيق الحد الادنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الاهداف(٢).

وعلى الرغم من الخلاف الفقهي حول طبيعة احكام النظام العام اهي قانونية ام سياسية، فقد ذهب رأي الى انها ذات طبيعة قانونية بحتة وحجة هؤلاء ان الضبط الاداري هي فكرة قانونية ومن باب اولى ان يكون النظام العام الذي يشكل غاية الضبط الاداري فكرة قانونية محايدة' ويتبنى الفقيه (Bernard) الطبيعة القانونية لإحكام النظام العام ، إذ أن هناك فروق جوهرية بين السلطتين السياسية والادارية داخل البلد ، لانفصال كل منهما عن الاخر بطبيعة العمل والقول باتحادهما يؤدي الى انتفاء احكام النظام العام، ويذهب اصحاب هذا الرأي الى ان احكام النظام العام تمثل حماية اساسية للحقوق والحريات العامة وقيداً على سلطات الضبط الاداري، وهي بذلك تكون احكاماً منضبطة و خاضعة لرقابة القضاء الاداري ، وهذا لا يمكن تصوره لو كانت ذات طبيعة سياسية اذ يترتب عليها توسع لا مبرر له وخروج من سلطات الرقابة، ونلحظ إن هناك قرار لمجلس الدولة العراقي ينحى بذات الاتجاه باعتبار القرار المتخذ بإعادة المحكومين الى السجن، على الرغم من شموله بقرار العفو من تلك اعمال السيادة هو حكم غير صحيح

---

(١) د. حبيب ابراهيم الدليمي، فكرة النظام العام في القانون الاداري، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، بالعدد الثالث والرابع، في تشرين الثاني ٢٠١٤، بغداد، ص٣٤.

(٢) د. محمود مصطفى يونس ، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص١٠.

ومخالف للقانون، لان اعمال السيادة هي اعمال قانونية يصدر عن الادارة بصفتها سلطة حكم لا ادارة. (١)

اما الرأي الاخر يرى بانها ذات طبيعة سياسية، لأنها تعكس الخطة السياسية التي يضعها نظام الحكم القائم عند وضعه للروابط الاجتماعية بين الافراد داخل المجتمع ، ذلك ان الخطة او البرنامج السياسي لإدارة البلد لا يشترط فيه ان يكون ذا منحى ايجابي فقط اي له التدخل والتوجيه في العلاقات الاجتماعية، بل يمكن ان ينحى منحى سياسي من التدخل وذلك الامتناع جزء من البرنامج السياسي للحكومة. (٢)

نلحظ مما سبق من خلال النظر الى الآراء الفقهية التي قيلت حول فكرة النظام العام، بأن احكام النظام العام هي احكام قانونية بالدرجة الاساس وذات توجه سياسي.

خامسا: النظام العام يمثل العنصر المادي للقواعد الآمرة:

يمثل النظام العام الجانب المادي للقواعد الامرة في النظام القانوني في الدولة، اذ يعد النظام العام اوسع من التشريعات المدونة التي تحوي قواعد ملزمة للإفراد، اذ يمثل القانون المرعي، جانب النظام العام المرئي والمدون، لان احكام النظام العام اشمل واوسع من القواعد القانونية المجموعة في مجاميع قانونية . (٣)

إن جعل احكام النظام العام، التي تمثل مرآة عاكسة للقواعد الآمرة في التنظيم القانوني التي اصاغها المشرع، إذ تهدف بالدرجة الاساس الى حماية الاسس والمثل العليا داخل المجتمع، لما لها من اهمية قصوى في قواعد القانون الخاص. إذ تلعب دورا في منع بعض التصرفات، وتجعل تلك التصرفات باطلة لمخالفتها قواعد النظام العام، المنصوص عليها في التشريعات المدنية، وايضا تعد وسيلة على سريان القواعد القانونية على ما سبق من وقائع ، كما في (المادة

---

(١) د. حبيب ابراهيم الدليمي، فكرة النظام العام في القانون الاداري، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، بالعدد الثالث والرابع، في تشرين الثاني، ٢٠١٤، بغداد، ص٣٤.

(٢) فوزي حسين سلمان، الاغراض غير التقليدية للضبط الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة النهرين، ١٩٩٧،ص ٥٣.

(٣) فيصل نسيغة و. رياض دنش، النظام العام، المرجع السابق، ص١٧١.

العاشرة)، من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ ، التي اشارت الى سريان الاحكام الى ما سبقها من وقائع بنصها ((لا يعمل بالقانون الاّ من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من وقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب)). [١]

وتظهر احكام النظام العام كقيد على حرية الادارة في التعاقد واختيار المتعاقدين معها واختيار الطريقة التي يتم فيها تنفيذ العقود الادارية، ولإحكام النظام العام مجال اوسع في اطار القانون العام عنها في القانون الخاص وبالخصوص في قواعد القانون الاداري .

سادسا: إن احكام النظام العام ليس مقتصرة على المشرع وحدة:

إن للمشرع دورا هاما في تنظيم الفكرة الاجتماعية السائدة في الوسط الاجتماعي والفلسفي والسياسي، وبلورتها بصورة نصوص قانونية ملزمة للإفراد، حماية منه للمنظومة الاجتماعية، ومن ثم فانه يعدُّ المعبر الاول المادي الملموس عن احكام النظام العام، لما له من الية وارتباط بالشرعية التي يملكها والتي تستند للرضا من قبل الشعب بصياغته التشريعية.[٢]

ولان النظام العام يعد انعكاساً للحلول الآمرة في النظام القانوني للدولة، والذي يستحيل صياغته قبل المشرع لوحدة، على الرغم من ان له دوراً جوهرياً واساسياً في تكوين النظام العام وتطوره في التنظيم الاجتماعي، فلا يعني ذلك انه ينفرد بهذه المهمة لوحدة ، ذلك لان احكام النظام العام هي افكار اجتماعية، تخضع للتأثيرات السياسية والاقتصادية والفلسفية الموجودة داخل البنيان الاجتماعي. [٣]

فضلاً عن التشريع، تلعب الاعراف والتقاليد الاجتماعية دوراً بارزاً في تكوين احكام النظام العام، وان تلك الاعراف ماهي الا انعكاس لما موجود في ضمير الامة من قيم واسس ومثل عليا قد تشكل الاعراف جز منها، وتكتسب صفة الالزام لدا الناس، فتعد قانونا دل علية تواتر

---

(١) المادة (العاشرة) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ النافذ.

(٢) فيصل نسيغة، المرجع اسابق، ص١٧٠.

(٣) نجيب عبد الله نجيب الجبشه، مفهوم النظام العام و تطبيقاته في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا،٢٠١٧، ص٦٠.

الاستعمال، وبعد ذلك يقوم المشرع بتشذيب تلك الاعراف بنصوص قانونية مترجما بذلك تلك الاحكام التي تمثل النظام العام الى نصوص تشريعية. (١)

للقاضي دوراً هاما في تكوين احكام النظام العام وتحديد مفاهيمها، لأنها تنتهي الى نطاق التفسير القضائي، لان القاضي يعي الضمير الكامن للقانون في بلده لان الامر يتعلق بفكرة اجتماعية ، والقاضي جزء من المجتمع ويفهم احكام النظام العام سواء التي ظهرت بمواد تشريعية او التي بقيت كأعراف او التي تنتمي لجيل الفلسفة العليا للدولة من خلال استخلاص الاساس العام الذي يقوم علية النظام في الدولة عموما فكل ذلك يكشف عنه القاضي. (٢)

ومن هنا يأتي دور القاضي الاداري الذي يعد قضاء انشائي منشئ للقواعد ،في بلورة الاحكام المتعلقة بالنظام العام ، إذ أن القاضي يكاد يكون مشرعا في الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم امنة الاساسية ومصالحة العليا. (٣)

الفرع الثاني

تمييز احكام النظام العام عما يشتبه بها

في الواقع يعد النظام العام ركيزة البنيان الاجتماعي، وما له من اسس اجتماعية عليا، منها من تنبه لها المشرع وصاغها بنصوص اما دستورية أو قانونية أو تشريعات محلية ام بقت ذات طبيعة عرفية، لكن لهذه الاحكام خصوصية تختلف عن بعض المفاهيم التي قد تقترب منها في الميزات، لذا سنتناول اهم المفاهيم التي تشتبه وتختلف مع احكام النظام العام.

---

(١) د. حبيب ابراهيم الدليمي، المصدر السابق، ص٣١.

(٢) فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص١٧٠.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص٣٩٩.

اولا: تمييز احكام النظام العام عن القواعد الآمرة في التشريع. [١]

بعد أن بينا مدلول الاحكام الخاصة بالنظام العام ، وتحديد مضامينها أصبح لزاماً علينا ان نوضع القاعدة الأمرة ببيان مفهومها بوصفها جزء من القواعد القانونية عموما إذ تتنوع القواعد القانونية الى قواعد تقويمية وقواعد تقريرية، فالقواعد التقويمية، هي التي تفرض فعل ما يجب ان يكون، والاجتناب عما لا يجوز فعله، كما ورد في الواجبات الوظيفية الواردة في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام . [٢] اما القاعدة التقريرية هي التي تقرر وتشرع الحالات والوقائع الشائعة والغالبة الوقوع في قوالب قانونية، كما في تحديد سن الرشد، ففي الحالة الغالبة هي ثمان عشر سنة، لكن قد يتأخر لدا البعض او يتقدم عند اخرين، لذا تذهب التشريعات المقارنة الى تحديده بشكل قطعي، إذ نص في القانون المدني العراقي على انه (سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة) [٣].

اما القواعد ذات الامر المطلق، فهي التي تامر بعمل صالح في ذاته، اي جيد بصفه عامة، كالنص بان لا تقتل ولا تسرق و اوفو بالعهود، بخلاف القواعد ذات الامر الشرطي التي تامر بعمل صالح لغيره، إذ تفرض حدوث واقعة او امرا شرطا لترتيب اثر معين، اي يشترط وقوع الفرضية لترتيب الحكم، كما في النص (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) [٤].

اما القواعد القائمة بذاتها، فهي التي يجمعها نص واحد، اي يجمع الفرضية والحكم بنص واحد، كما في اغلب نصوص قانون العقوبات العراقي. كما في (يعاقب بالحبس او الغرامة كل

---

(١) ان بعض الكتاب امثال (وولف) و(فاتيل) يميزون بين نوعين من القوانين القانون الضروري، وقالو بانه لا تستطيع الامم تعديله بالاتفاق، والنوع الاخر القواعد الاختيارية وان القانون الاختياري، اوجدته الارادة بالاتفاق وتستطيع تلك الارادة ان تغير وتعدل وتخالف القانون الاختياري، فكانت هذه الفكرة التمييزية بين القواعد بداية لظهور القواعد الامرة، د. عبد الله عبد الجليل الحديثي، المرجع السابق، ص٣٠.

(٢) الفقرة خامسا من المادة الرابعة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

(٣) المادة(١٠٦)من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

(٤) المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

من عرض رشوة على موظف او مكلف بخدمة عامة ولم تقبل منه) [١]، بخلاف القواعد غير القائمة بذاتها التي تكون فيها الفرضية في نص والحكم في نص اخر، كما في (ذو الغفلة حكمه حكم السفيه). [٢]

اما القواعد الجامدة، فهي التي توضع لتنظيم واقعة محددة تحديدا كاملا، ويعود سبب جمودها الى ثبات الموضوع، كما في(تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه) [٣]واهميته كما في (سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة). [٤] بخلاف القواعد المرنة التي تنظم وقائع غير محددة او متغيرة تخضع لتأثر الحياة الاجتماعية كما في(يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض...) [٥]

اما القواعد المكملة، فهي التي يجوز الاتفاق على مخالفتها، دون ان يؤثر على الزامية هذه القواعد، كما في(يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعية الحادث الفجائي والقوة القاهرة). [٦] اما القواعد المفسرة، فهي التي تعمل حين يوجد تنظيم تصرفي انشاه المتعاقدان، لكن الغموض اكتنف بعض عباراته ، كما في (العبرة في العقود للمقاصد والمباني لا للألفاظ والمعاني). [٧]

لكن هذا لا يعني ان القواعد المكملة تفتقر لعنصر الالزام والجبر اي التكليف، إذ أن التكليف جوهر القاعدة القانونية، ومن ثم فان لا يوجد فرق بين القواعد الأمرة والمكملة من ناحية التكليف اي من جهة الزام القاعدة القانونية، إلا أن لكل من القواعد الامرة والمكملة ، شروط اعمال اي اوصاف التي يجب ان تتوافر في الوقائع او الاشخاص المخاطبين بموجب الاحكام الواردة في القاعدة القانونية، اي يجب ان يتوافر شروط اعمال القاعدة القانونية[٨].

---

(١) المادة (٣١٣)من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٢) المادة (١١٠) القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) المادة(٩٦) القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٥) المادة(٢١٠)من القانون المدني العراقي النافذ.

(٦) الفقرة الاولى من المادة(٢٥٩) من القانون المدني العراقي والمادة(٥٨٣و ٥٨٤و ٥٨٥) من القانون المدني عراقي النافذ.

(٧) المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٨) د. حسن كيره، المرجع السابق، ص٣٠.

اما القاعدة الأمرة، فهي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لارتباطها بالمصلحة العامة، وهذه القواعد قد تكون سلبية اذا اشتملت على نهي، وقد تكون ايجابية اذا فرضت امراً.(١)

ومن ثم فان القواعد الامرة تخرج عن دائرة الحرية الفردية وتحد من سلطان الارادة، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وكل اتفاق يخالف تلك القواعد يعد غير مشروع ، ومن ثم يحكم ببطلانه، كالقاعدة التي تلزم المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري للأبنية. (٢) والقاعدة التي تلزم الشريك بالمساهمة في الخسارة، التي اوجبتها المادة الاولى من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.(٣)

وعلى الرغم من ارتباط النظام العام بالقواعد الامرة ، إلا أنها تعدُّ الجانب المادي للنظام العام، وهذا رأي الغالبية من الفقه والذي يجعل تمييزا مفاده أن القواعد الآمرة التي تتصل بمصلحة اساسية، هي من تمثل الجانب المادي للنظام العام، ومن ثم لا يجوز للإفراد مخالفتها، بخلاف القواعد الأمرة التي تتصل بالمصالح الفردية التي يكون للإفراد الحرية المطلقة في جواز مخالفتها من عدمه، إلا أن هذا الرأي قد وجد تيارا اخر معارضا له والذي يرى بان هذه التفرقة قد تؤدي الى تعقيد ليس في محله، لان جميع القواعد الامرة تؤدي الى ترجيح المصلحة العامة على المصالح الشخصية، وحسب هذا الاتجاه فإن كل القواعد الامرة هي من احكام النظام العام، ومن ثم فلا داع للتمييز بين القواعد الامرة. (٤)

وقد ايدت محكمة النقض المصرية الاتجاه الغالب بالفقه بقرارها الذي جاء فيه (القواعد التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها مصلحة عامة اساسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الافراد فيجب على الجميع مراعاة هذه المصلحة

---

(١) د. عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الامرة في القانون الدولي، ط١، بغداد، ١٩٨٦، ص٢٨.

(٢) المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) المادة الاولى من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، وللمزيد حول الموضوع ينظر محمد سليمان الاحمد ، المسؤولية المدنية لمنظمي الانشطة الرياضية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص١٠٤.

(٤) د. محمد عيد الغريب : المرجع السابق، ص٢٧.

وتحقيقها ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت لهم مصلحة فردية باعتبار ان المصلحة الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة سواء ورد في القانون نص يجرمها ام لم يرد) [١].

ويرى الباحث إن أوجه الاختلاف بين القواعد الآمرة واحكام النظام العام تظهر من خلال الغموض وعدم التحديد للأحكام، وكذلك من خلال المصلحة التي يهدف كلا منهم استهدافها، وكذلك من حيث قوة الزامية احدهما، وكذلك من حيث مصدر كلا منهم.

وقد يتبادر للوهلة الاولى أن لقواعد القانون سلطة الاجبار المتناهية ولا يجوز للإفراد ان يخالفوا صريح القواعد القانونية لوجود نص للإلزام والتكليف باحترام كل القواعد القانونية ، وهذا يحرم الافراد من وضع شروط تخالف القانون فقواعد القانون ليست على مستوى واحد من الالزام، إذ تتنوع على الرغم من شراكتها جميعا بعنصر الالزام الذي يقيد حرية الافراد في عدم مخالفتها من عدمه ، لان تلك القواعد تختلف درجة اهميتها ، إذ يمنع المشرع مخالفتها منعاً مطلقاً لاتصالها بالمجتمع واسسه العليا ودورها خطير ازاء المحافظة على كيان المجتمع وهذه القواعد تشكل الباعث المادي للنظام العام او ما يطلق عليها بالقواعد الآمرة ومنها ما يبتعد كثيراً من المساس بكيان المجتمع واسسه العليا ، ولا يؤثر مخالفة الافراد لهذه القواعد، ومن ثم يبيح القانون للإفراد الاستقلال عن تلك القواعد وتنظيم شؤونهم بأنفسهم وبحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وهذا يسمى بنقيض النظام العام إي القواعد التي يجوز مخالفتها وهي القواعد المكملة[٢].

ويرى الفقيه (جان لوك) ، أن القاعدة القانونية هي قاعدة جبرية لها جزء توقعه السلطات المختصة جبراً على كل من يخالف هذه القاعدة ، ويرى أن هناك فروق للقواعد، إذ أن بعض القواعد يختلف فيها عنصر الاجبار ، والمعيار الذي يميز بين القواعد القانونية، هو مدى ضرورية تلك القواعد إي أنها خاضعة الى الحاجة والفائدة المرجوة منها في الحياة الاجتماعية.

---

(١) الطعن ٤٩٤ سنة ٥٥ ق.م م نقض .م ٤٤ ، ٧٥٦.جلسة ١٩٩١\٣\١٤، نقلا عن جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص١١٧

(٢) حسن كيره: المرجع سابق ، ص٤٣.

إي أنها قاعدة جوهرية تصاغ من قبل المجتمع ولأجله ، ويفرق الفقيه (لوك) بين نوعين من القواعد ، يطلق عليها اصطلاح القواعد الضرورية والمجدية والقواعد الاخرى يطلق عليها بالقواعد المجدية فقط، إذ أن القواعد الاولى بتصنيف (لوك) تفرض بشكل صارم ولا يستطيع الافراد ردها ، لان تلك القواعد حيوية وضرورية للمجتمع (القانون الالزامي) في مرتبة النظام العام ، ويضرب مثال حولها في قواعد الطلاق(١).

اما القواعد الاخرى اي المجدية، فهي القواعد التي لا تسري عليها نفس القوة الالزامية والصرامة التي تسري على الاولى ، ويبقى الافراد حيال تلك القواعد احرار في عدم التقيد فيها، وفقاً لإرادتهم الخاصة ويطلق عليه (القانون المكمل) ، إذ بإمكان المتعاقدين ان لا يتقيدوا بتلك القواعد ولا بقضاء الدولة وبإمكانهم ان يرضخوا الى قاضي عرفي (فرد يسجل الخلاف بين المتعاقدين)(٢).

اما عن اساس صفة الالزام في القاعدة القانونية، فنرجعها لفلسفة القانون والاختلاف حول الاساس الفلسفي ، فيرى البعض ان مصدرها نظريات القانون الطبيعي وبدايات ظهورها وانها تتكون من ثلاث مراتب الاولى القانون الازلي والذي يكتسب صفة الالزام من الالهة ، ويهبط الى البشر عن طريق الرسل والانبياء ، ولكن هذا القانون لا يمكن ان يطبق ما لم يتم تجسيده بقواعد، التي هي قواعد القانون الطبيعي الذي يتم اشتقاق منه القواعد الوضعية او ما يسمى بالقانون الوضعي(٣).

اما الاساس الثاني لصفة الالزام في القاعدة القانونية فتعود الى فكرة الواقعة الاجتماعية وهي التي تخالف القانون الازلي او الفوقي ، والتي ترفض وجود قانون ازلي ومن هذه النظريات التي تؤيد الواقع الاجماعي في خلق صفة الالزام للقواعد القانونية، مثلاً نظرية الوضعية القانونية والتي تقوم على اساس ان القاعدة هي معطى مسلم به ومن ثم يتوجب تطبيقها لأنها قاعدة قانونية فعلى سبيل المثال يرى (ايهرنج) ان القانون لم يأت عن طريق التحليل المنطقي، انما جاء عن

---

(١) جان لوك اوبير ، ترجمة ، د. شفيق محسن ، مدخل الى علم الحقوق ، ط١ ، مكتبة الهلال ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٢٥ . ٢٦.

(٢) جان لوك اوبير، المصدر السابق ، ص٢٧.

(٣) سليمان مرقص ، فلسفة القانون ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص٢٨٦.

طريق القوة، إذ يلتقي السيف مع العدالة ، إي أن اجبار القاعدة القانونية قد اكتسبته القوانين في كل دول العالم عن طريق القوة ، فقيمة القاعدة القانونية ينبع من ذاتها، فالدولة ليست الا مؤسسة اي تحكمها مجموعة من القواعد القانونية، فالقانون وفقا لهذه النظريات هو نظام مغلق يستقي علة وجوده من مجرد كونه موجوداً اي انه واقعة اجتماعية تلقائية.

اما نظرة ماركس، على الرغم من انه من اصحاب الاساس الاجتماعي لصفة الالزام في القاعدة القانونية، إذ تعدُّ أن القاعدة القانونية هي نتاج اجمالي ، ذو طبيعة خاصة جداً وهي وسيلة استغلال تمارسها الطبقة القابضة على السلطة في البلد لتخدم مصالها وتضمن دوام امتيازاتها ويرجعها الى صراع الطبقات، إذ تكون وسيلة الطبقة الحاكمة لتفرض بحرية القاعدة القانونية وهي الطبقة المسيطرة[١].

على الرغم من إن **لإحكام النظام العام العلوية على القواعد القانونية** عموماً ومنها القواعد الامرة ، إلا أن ذلك لا يعني ان هناك تباين بين المفهومين ، إذ أن لهما اساليب خاصة تختلف من بعضها الاخر، إذ من ناحية المصلحة التي ينبغي ان يحميها النظام العام بوصفها الاساس العام للدولة ، والهيكل البنيوي للجميع فهذا يحتم عليه ان يحقق المصلحة العامة للجماعة عموماً والصالح العام للدولة، ومن ثم فيتم التفريط بالمصالح الالزامية والشخصية للإفراد اذا تصادمت مع النظام العام[٢].

اما القواعد الامرة، فعلى الرغم من انها ليست جّلها من النظام العام إلا أن الثابت الغالب ان المصلحة المحمية في القواعد الامرة هي المصلحة العامة، وهذا لا يمنع من حماية القواعد الآمرة للمصلحة الشخصية الذاتية ، كالنصوص التي تحمي القاصر واحكام الولاية والوصاية في القانون المدني العراقي، اما من ناحية الالزام، فتختلف القواعد الامرة من احكام النظام العام ، إذ أن احكام النظام العام، تمثل الارتكاز القاعدي لكل القواعد القانونية ذات الصفة الالزامية، والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، لتعلق تلك الاحكام بأسس الجماعة وعدالة الدولة ويترتب على تلك الاحكام عدم جواز خرقها باي حال من الاحوال ، إلا أن الوضع يختلف في بعض القواعد

---

(١) جان لوك اوبير ، مرجع سابق ، ص٣٣.

(٢) د. محمد عيد الغريب، المصدر السابق، ص٢٦.

الآمرة، إذ أن بعضها يترتب عليه الالزام القانوني ، وفي القانون المدني الفرنسي والمصري يرتبان على مخالفة تلك القواعد البطلان النسبي، وليس البطلان المطلق ، بخلاف احكام النظام العام التي يترتب عليها كمبدأ اساس البطلان المطلق(١).

وكذلك تختلف القواعد الامرة عن احكام النظام العام، على الرغم من ارتباطها من ناحية الهدف فان البعض من احكام النظام العام تتسم بالغموض وعدم التحديد وتوصف بانها متطورة وتختلف باختلاف الزمان والمكان ، بخلاف القواعد الامرة التي توضع في قالب تشريعي واضح ومحدود في الغالب وله دلالات واضحة ومعاني بينة(٢).

وايضاً اختلافها من ناحية المصدر فان احكام النظام العام تستمد احكامها من القانون ويسمى ذلك بالنظام العام النصي ومن التوجيهات التي يرسيها القاضي والسلطة التنفيذية ويسمى ذلك بالنظام العام القضائي او التقديري ، إذ أن احكام النظام العام النصي تظهر من القواعد الواردة من النصوص التشريعية المرعية ، واما النظام العام القضائي فهو الاحكام التي يستهدي اليها القضاء من خلال نظرته الى الوقائع المعروضة امامه ومدى قدرته لتكييف تلك الوقائع وارجاعها الى اصل لها في النصوص، سوآءٌ كانت مرئية متمثلة بالتشريعات التي تنشئها السلطة التشريعية او غير مرتبة مهتدية الى الاسس العامة التي تقوم عليها الدولة وتوجيهات السلطة التأسيسية ومدى تأثيرها باي من المذاهب القانونية(٣).

وفي هذا المجال قضت محكمة النقض الفرنسية بخصوص المادة (١١٣٣) من القانون الفرنسي ان السبب يكون محرماً في الحالة التي يكون فيها مخالف للنظام العام او لحسن الآداب ، ولو لم يوجد هناك قانون يجرمه(٤).

---

(١) د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨، ، ص٨٦.

(٢) صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص٣٠.

(٣) د. محمد عبد الغريب ، مرجع سابق ، ص٢٨.

(4) Civ.a dcc. 1992, S. 1931, 1, 49, Hote P. Esmein, cite par Chestin : of. Cil. No re 34. P. 70. نقلاً عن د. محمد عبد القريب ، مرجع سابق ، ص٢٩

ثانياً : تمييز احكام النظام العام عن ايدلوجية الدولة :

إن الأيديولوجية تمثل مجموعة المعتقدات والافكار التي تميل بالدول الى قبول اصلاحات معينة ورفض اصلاحات أخرى إي أنها مجموعة الافكار الرأسية التي تنبثق من العقائد والقيم المتصلة بتراث حضاري معين ، يتصور بصفة شاملة ما هو كائن وما سيكون ، وترسم بذلك اطار حركة الجماعة السياسية وتحدد معالم اهدافها(١).

على الرغم من ان للنظام الحكام الاثر الكبير في تحديد الأيديولوجية للدولة فإن كان النظام ديمقراطيا تعددت الأيدولوجيات للمجتمع داخل الدولة واخذت الهوية الفرعية تقرر أيدولوجيات مختلفة وفقاً لتبني تلك المجاميع داخل الدولة اما اذا كان الحكم دكتاتوريا فان الايديولوجية تكون مفروضة من قبل السلطة الحاكمة على الشعب بالقوة(٢).

اما احكام النظام العام، فهي ذات توجه قانوني تمثل روح النظام القانوني السائد في مجتمع معين لفترة محددة ، ومن ثم فان القانون يبقى قاصراً من أن يعبر عن كل الافكار السائدة في المجتمع ، التي تمثل الايدلوجية للمجتمع والدولة عموماً بل ان القانون او المشرع يسمى من خلال التشريعات إلا أنه يجسد الجانب المادي من النظام العام ، الذي يمثل بمجمله مجموعة قواعد قانونية لحفظ الاسس العامة، التي يقوم عليها المجتمع ، فهي بالتأكيد لا تعبر عن مجمل الافكار والمذاهب التي يقوم عليها البنيان الاجتماعي في الدولة ومن ذلك يتبين لنا ان الايديولوجية تمثل الجوانب الكلية بخلاف النظام العام الذي تقتصر على الجوانب التي يتبادلها القانون عموماً(٣).

---

(١) رمزي طه الشاعر ، الأيدولوجيات واثرها في الانظمة السياسية المعاصرة ، مطبوعات شمس ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٩.

(٢) هذا لا يعني ان الدول التي اخذت بالمذاهب الرأسمالية تتيح للهويات الفرعية الحق في تبني او انشاء من أيدولوجيات ، اذ ان الولايات المتحدة الامريكية قد اتخذت اجراءات قسرية بالتشريعات التي سنت فيها لمواجهة الدعوات للشيوعية حتى وان كانت تلك الدعوات ذات منهج سلمي. د. محمد عصفور ، رقابة النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة ، جامعة القاهرة ، ١٩٦١ ، ص٢٨٢.

(٣) د. محمد عصفور ، البوليس والدولة ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص١٣٣.

وان النظام العام يشكل قيداً استثنائياً، فمثلاً في اطار النظام الرأسمالي يجعل الحرية والحقوق مباحة اطلاقاً في الاصل ، ومن ثم إن أي وصف على الحقوق والحريات يكون قيداً استثنائياً ، وهذا خلاف الأيديولوجية التي لو منع حق او حرية لتعارضه مع أيديولوجية الدولة، فإن المنبع لجميع الحقوق والحريات والمراكز القانونية مقيدة بأيديولوجية الدولة، ان العقود المستمدة من أيديولوجية الدولة تكون عامة وشاملة لجميع الامور ، بخلاف احكام النظام العام التي توصف بإن الحظر فيها جزئي ومقتصر على فرع من فروع القانون ، فإن كان الحظر مدنياً لا يسري على القانون الاداري وكذلك الجنائي وحتى بذات الفرع الواحد من القانون فمن قيداً على الحرية لا يعد قيداً في العقود، وتمثل احكام النظام العام الحقائق الراسخة في الجماعة وتمثل بدورها فكرة قانونية للأسس الاجتماعية العليا في زمن معين ومكان محدد ، وهي لا تمثل بالضرورة تطلعات وامال المستقبل، فهي لا تتطابق مع ايديولوجية الدولة، إلا أن هناك قدراً مشترك بين احكام النظام العام والايدلوجية العليا في البلد ، ولكن لو فرضت الايديولوجية بالقوة فيكون هناك نوعاً من الاسس المشتركة كفرض ايديولوجيات الاشتراكية بالقوة[١].

إن احكام النظام العام هي قيود توجه الى اعمال غير مشروعة بطبيعتها فإن عدم المشروعية نابع من التصرفات غير المقبولة التي تواجهها احكام النظام العام ، لانها تواجه نشاطات الافراد وتصرفاتهم الاجتماعية ، وترسم بذلك السلوك الاجتماعي الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، بخلاف الأيديولوجية التي تمثل مجموعة من الافكار الاساسية التي تتعلق بنظم الحكم والاسس الاقتصادية وكل العلاقات الاجتماعية والحيلولة دون تغييرها او محوها.

ثالثاً : تمييز احكام النظام العام عن المصلحة العامة :

في الواقع ان من احكام النظام العام ينبع اساس مهم، هي حمايتها لاهم الاسس الاجتماعية إي خصائصها على المصالح العامة ، وقد بدأت فكرة المصالح العامة كمرادف لمبدأ المشروعية، إي الاتفاق مع القواعد القانونية ، و خضوع الدولة بكل سلطاتها الى القانون[٢].

---

(١) عليان عدة، المصدر السابق، ص٢٠.

(٢) سليمان الطماوي ، القضاء الاداري، دار الفكر الجامعي ، القاهرة،١٩٧٩ ، ص٩٨.

إذ أن المصالح العامة هي الهدف الذي يسعى اليه القانون عموماً واحكام النظام العام بوجه خاص وتعني المصلحة ، ((المنفعة المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء الى القضاء))[١].

وتعرف ايضا بانها (المطالب والرغبات التي تستدعيها الحياة في مجتمع منظم سياسيا). [٢]

اما اساسها الفلسفي فيرجع الى نظرية العقد الاجتماعي هذه النظرية التي ارسى قواعدها الفلاسفة، إذ يرى لوك ان غاية الحكومة هي العالم المجموع ، إذ أن الدولة تخلقها من اجل خيرنا وتعمل من اجل اهدافنا ، وان الصالح العام لا يختلف في جوهره عن المصالح الاساسية لكل الافراد الذين يقبلون اداء بعض التضمينات من اجل الصالح العام[٣].

ويرى البعض من ان للمصلحة العامة مدلولين الاول سياسي والاخر قانوني ، إذ أن المدلول السياسي فيه لا تختلف المصلحة العامة في تطبيقها عن المصالح الفردية او مصالح الجماعات، فهي مجرد تحكيم بين مصالح مختلفة والتحكيم يسري على اساس ان المصلحة العامة هي المصلحة الاكثر عدداً ويجري على اساس أن المصلحة لا تقدر كما وانما كيفاً ، اما المدلول القانوني تكون التحكيم بين المصالح ومن ثم تبيين المصلحة العامة[٤].

وان للنظام العام علاقة بالمصلحة العامة اذ يرى (Bcrnard) ان النظام العام يعدُّ عنصراً من فئة اكثر اتساعاً وهي المصلحة العامة، التي تعتبر الشرط الايجابي لمشروعية العمل الاداري، فهي الاساس الذي يقوم عليه النشاط في نطاق القانون الاداري، إذ أن لا خلط بين النظام العام والمصلحة العامة التي تشكل الشرط الثابت لمشروعية العمل الاداري.

ويختلف النظام العام من المصلحة العامة في المدلول ، إذ أن مدلول النظام العام تحوي على عنصر الضبط واساسها الضبط الاداري اي امكانية السلطة التنفيذية في كفالة امن الدولة

---

(١) د. سعدون ناجي القشطني ، شرح قانون المرافعات دراسة تحليلية في قانون المرافعات المدنية ، ج١ ، في النظام القضائي واجراءات والدعوى الاعتيادية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص١١٠.

(٢) د. نعيم عطية، اربع كتب في الفلسفة، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة السادسة والعشرون، ١٩٧٦،ص١٤٩ .نقلا عن دحان حزام ناصر، المرجع السابق، ص١١٩.

(٣) عادل ابو الخير ، مصدر سابق ، ص١٧٦.

(٤) عادل ابو الخير ، مصدر نفسه ، ص١٧٩.

وتحقيق كل عناصر النظام العام كالامن والصحة والسكينة وكذلك العناصر الحديثة، إي أنها تشمل حماية الافراد وضبط تصرفاتهم ، بخلاف المصلحة العامة التي تكون اشمل واوسع من احكام النظام العام، إذ يرتبط بوجودها الحياة الاجتماعية وحياة الافراد على حد سواء ، ومن ثم فأن تدخل الدولة في تحقيق المصلحة العامة اوسع واشمل من النظام العام ، إذ أن احكام النظام العام ترتبط بالقوة والقهر اي بالسلطة العامة اكثر من ارتباطها بالمصلحة العامة ، إذ أن تحقيق المصلحة العامة ليس حكراً على الدولة فهناك العديد من المشاريع الفردية الخاصة تحقق المصلحة العامة بخلاف النظام العام الذي يرتبط بالسلطة[١].

اما من ناحية الاختلاف من ناحية التنفيذ فيختلف اساليب التنفيذ عن اساليب تحقيق المصلحة العامة بوسائل قانونية ووسائل مادية، وللإدارة وسيلتها لتحقيق المصلحة العامة بإشباع الحاجات وهي القرارات الادارية والعقود الادارية ، إذ تقترب من وسائل النظام العام، وان وسائل تحقيق النظام العام هي وسائل الضبط الاداري[٢].

إن احكام النظام العام من النظريات الاساسية في كافة العلوم الانسانية بصفة عامة، وفي مجال العلوم القانونية بصفة خاصة فلا يخفى مالها من اهمية في تحقيق العدالة باعتبارها الهدف الاسمى الذي يسعى اليه القانون في كافة فروعه، إذ يعدُّ النظام العام المستسقى الذي يلجا اليه المشرع الحاذق في انشاء القواعد القانونية، وكذلك تعد احكام النظام العام من الاعمدة الاساسية التي يقوم عليها البنيان القضائي، لأنها تلامس النقاط الحساسة في التنظيم الاجتماعي والاقتصادي.

(١) د. محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص١٣٠.
(٢) عادل ابو الخير ، مصدر سابق ، ص١٨٤.

المبحث الثاني

حرية الارادة في التعاقد بعقد الاشغال العامة

إن الادارة تقوم بنوعين من التصرفات القانونية، الاولى عبارة عن اعمال قانونية صادرة بالإرادة المنفردة لجهة الادارة، الثانية وهي الاعمال الصادرة من تلاقي ارادتين او اكثر، وهي العقود الادارية، وان اهم تلك العقود واكثرها استعمالا من قبل الادارة هو عقد الاشغال، الذي يعد بحق وسيلة الادارة المهمة التي يلجئ اليها لبناء او ترميم المرافق العامة انشاءا وتسييرا لتلك المرافق، وهذا العقد لابد من جهة الادارة ان تقوم بعقدة تارة بالاعتماد على الشروط الخاصة التي وضعتها السلطة، وتارة على الشروط التي يتم التوافق عليها من قبل الادارة والمتعاقد معها، اعتمادا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين اذ سيكون الاول لبيان مفهوم عقد الاشغال بالولوج الى تعريفه والانتقال الى اركانه وعناصره أي بمرتكزاته الاساسية وبيان وصفه القانوني، وسنتناول في الثاني تلك الحرية التي تمنح للإفراد والادارة في ابرام التصرفات القانونية ثنائية الاطراف او اكثر (العقود) لبيان مدى سلطان الارادة ببيان مدلولها ونشاءتها واسباب وجودها والعوائق التي تواجه هذا المبدأ و انتهاء بمدى سلطة الادارة في ابرام هذا العقد .

المطلب الأول

التعريف بعقد الأشغال العامة في العقود الادارية

إن عقد الأشغال العامة من التصرفات القانونية المهمة الذي تذهب إليها الإدارة في تنفيذ مشاريعها الكبرى والمتوسطة فتقوم بإنشاء هذا التصرف من اجل تحقيق المصلحة العامة، وفقا للشروط التي تسوغها الإدارة دون الخروج على الشروط الخاصة[١] ضمانا لأفضل تنفيذ للأعمال الادارية، لان الادارة تحتاج الى مرافق عامة لتقديم الخدمات من ابنية ومشاريع صناعية وطرق وجسور، فضلاً عن ترميم وصيانة الموجود منها، الأمر الذي يدفعنا الى تعريف عقد الأشغال العامة من حيث مفهومه وبيان اركانه والولوج الى وصفه القانوني .

الفرع الأول

مفهوم عقد الأشغال العامة

إن مدلول الاشغال العامة تتمحور حول حقيقة هذا العقد المهم، وكل ما يدور بمدخلاته وطبيعته، إذ بدأ الاهتمام بهذا العقد يزداد شيئا فشيئا بمرحلة تحول الدولة الى الانفتاح الاقتصادي والتدخل في اغلب اوضاع المجتمع التي تحقق المصلحة العامة للدولة، بتحولها من حارسة الى متدخلة، ولعقود الأشغال العامة اهمية بالغة في ظل التطور التكنولوجي والصناعي وما رافقه من ثورات صناعية في ميدان المشاريع وانتشار الحداثة وتأثير الافكار الرأسمالية على اقتصاديات الدول، إذ لجات اغلب البلدان حديثاً إلى اعتماد هذا النوع من العقود الادارية، بأن تعهد إلى القطاع الخاص

---

(١) قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤، النافذ، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤النافذة .

من المقاولين والشركات وغيرهم لتنفيذ مشاريعها، حينما كانت هي من تتولى التنفيذ، ويعدُّ عقد الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية وأقدمها ظهوراً ، لذا سيتم تبيان معناه التشريعي والفقهي والقضائي.

أولاً: المعنى التشريعي: لم يعرف المشرع العراقي عقد الأشغال العامة تاركا ذلك لاجتهاد الفقه، كما هو حال المشرع المصري وكذلك اغلب التشريعات العربية[١].

إلا أن التشريعات المدنية، في العراق وفي مصر قد عرفت عقد المقاولة، إذ نصت المادة (١٦٤) من القانون المدني العراقي على تعريف عقد المقاولة بأنه (عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر).

وكذلك المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، التي نصت على أن عقد المقاولة هو (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بان يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر).

وفي فرنسا فقد عرفت المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي عقد المقاولة بانه (ذلك العقد الذي يتعهد فيه احد الاطراف بأن يقوم بعمل شيء لصالح الطرف الاخر نظير اجر متفق عليه بينهما).

وقد نصت المادة الاولى من الوثائق القياسية العراقية القسم السابع ، الشروط العامة لعقود تصميم وتنفيذ الاشغال في الفقرة (١/١/١) ان العقد هو (يعني اتفاقية العقد وتتضمن الوثيقة المتفق عليها و كتاب الإحالة، وهذه الشروط العامة و الشروط الخاصة، ومتطلبات صاحب العمل، والجداول، وكتاب العطاء، ومقترح المقاول وأية وثائق أخرى (ان وجدت) مدرجة في اتفاقية العقد أو في كتاب القبول).

بينما انبرا المشرع الفرنسي لتعريف عقد الأشغال العامة، إذ نص مرسوم مارس على انه (العقود التي يدور موضوعها حول انجاز أعمال العمارة أو الهندسة المدنية كافة بناءً على طلب الشخص العام ، والذي يمارس السيطرة على العمل)[٢].

---

(١) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية ، بلا مطبعة، القاهرة ،١٩٩٥، ص١٠٦، وأيضا ينظر، د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة عين شمس ، مصر، ص١٢٥.

(٢)) ينظر، المرسوم ٧ مارس ٢٠٠١/ المادة الأولى منه les marches publics de travaux ont pour objet la relisation de tous travaux de batiment ou de genie

نلحظ من ما سبق على الرغم من قيام السلطة المختصة بالتشريع في الدول من تجنب تعريف عقد الاشغال في تشريعاتها الداخلية، إلا أن المشرع الفرنسي كما بينا سابقا قد عرف هذا العقد بشيء مختصر، ولم يحوي على كل حيثيات وعناصر عقد الاشغال واكتفت التشريعات المدنية، في الدول المقارنة في فرنسا ومصر والعراق بتعريف عقد المقاولة والذي هو عقد مدني، على الرغم من ارتباطه في بعض العموميات من عقد الاشغال، إلا أن مجاله وطبيعته هو عقد مدني خاص خاضع للقضاء العادي، وحسنا فعلت التشريعات من عدم ايراد تعريف لعقد الاشغال العامة، وذلك لتطور هذا العقد باستمرار وعدم احاطة التشريعات بكل ما يستجد من اعمال متعلقة بعقد الاشغال ولارتباطه بتنظيم وانشاء المرافق العامة لاتصال تلك الجزئية بالعمل الاداري المتجدد المستمر والذي يأبى ان تقيده نصوص تعريفية قانونية محكمة.

ثانياً: المعنى الفقهي: لقد سارع فقهاء القانون الإداري بوضع تعريف لهذا العقد ، فقد اجتهد الفقه العراقي في عدّة تعريفات له فقد عرفه الدكتور علي بدير ود. عصام عبد الوهاب بأنه (اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد في الغالب مقاول أو شركة مقاولات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية ، وتحقيقاً للمنفعة العامة). [١]

مما سبق يتضح على هذا التعريف انه يميل الى التوسع واستخدام مفاهيم واسعة لا تتناسب مع طبيعة صياغة التعاريف والتي يفضل ان تكون بعبارات مختصرة واسعة المعاني.

---

civil== == a'la demande d'une personne publique exercant la maitrise .legislation p.984، d'ouvrage";Dalloz

(١) د. علي بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، طبعة جديدة ، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١١، ص٤٩٠، وأيضا ينظر، د. محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ، ط١، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، ٢٠١٠، ص٢٤.

اما الفقيه الدكتور (شاب توما منصور) فذهب الى انه(عقد اداري باستمرار وذلك لان الجهة التي تبرمه هي الادارة ، وتتبع في أبرامه وتنفيذه اساليب القانون العام)[١].

إن هذا التعريف قد اكد على ادارية عقد الاشغال العامة واورد تعليلاً في انه عقد اداريا باستمرار جهة الإدارة في ابرامه والتعليل الآخر انها تتبع في ابرامه وتنفيذه اساليب القانون العام، إلا أنه لو ابقى على التعليل الاول فكما هو معروف ان الإدارة تقوم بأبرام العديد من العقود منها عقود خاصة و منها عقود ذات طبيعة ادارية ومنها العقود الإدارية ولكنه استدرك بإيراد الفقرة الأخيرة من التعريف، التي تدلل على استخدامه اساليب القانون العام ومن ثم ميزه عن العقود الاخرى التي تبرمها الادارة ، إلا أن هذا التعريف والتعريف الذي سبقه مع جل احترامنا وتقديرنا للأساتذة الفقهاء إلا أنه ينقصه عنصر اساسي من عناصر عقد الاشغال الا وهو العقار فهو مميز او عنصر اساسي من عناصر هذا العقد.

والدكتور محمود خلف الجبوري، ذهب الى انه(اتفاق بين الادارة واحد الافراد او الشركات بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام وبقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق علية وفقا للشروط الواردة في العقد).[٢]

على الرغم من اعجابنا الشديد بهذا التعريف، إلا أنه يتشابه مع تعريف الدكتور سليمان الطماوي لما يحتويه من ذات العبارات التي استخدمها الفقيه الطماوي في مؤلفاته .

اما الفقه المصري، فقد عرفه د. سليمان محمد الطماوي بأنه (اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد ، أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب

(١) د. شاب توما منصور، طبيعة مقاولات الاشغال العامة، مجلة التدوين القانوني ، العدد الاول والثاني ، السنة الثالثة ،بغداد، ١٩٦٤، ص٥٤٣.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار الثقافة ، عمان،٢٠١٠، ص٢٤.

شخص معنوي عام وبقصد تحقيق منفعة عامة ، في نظير مقابل متفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد).[١]

اما الفقيه طعيمه الجرف، فقد عرفه (بانه اتفاق بين الادارة واحد الافراد بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانه مباني و منشئات عقارية لحساب الادارة). [٢]

وعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو، بانه(اتفاق بين الادارة واحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الاخير بمقابل ببناء او ترميم او صيانة عقارات معينة لحساب شخص معنوي عام تحقيقا لمنفعة عامة). [٣]

والفقيه فؤاد العطار ،عرفه ايضاً بانه (عقد اداري بين شخصين معنوي من اشخاص القانون العام وبين احد افراد او احدى شركات ويسمى مقاول ، بمقتضاه يتعهد بقيام عمل من اعمال البناء والترميم او الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي وتحقيقا لنفع عام لقاء ثمن يحدده في العقد). [٤]

على الرغم من ان التعاريف التي اوردها الفقهاء المصريون لعقد الاشغال العامة انها تحوي كل عناصر عقد الاشغال ،فهذه التعريفات تتشابه في مضامينها مع اختلاف مبانيها فهي شملت على كل عناصر عقد الاشغال بخلاف تعابير كل فقيه عن الاخر.

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط٢، مطبعة دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٥، ص١١٠.

(٢) د. طعيمه الجرف، القانون الاداري دراسة مقارنة، في تنظيم ونشاط الادارة العامة ، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٠، القاهرة، ص٤٣٦.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٥٧٣.

(٤) د. فؤاد العطار، مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥٨١.

ويعرفه البعض بانه (جميع انواع الانشاءات والمباني والتأسيسات التي تقوم بها الدولة او الاشخاص الإدارية او الشركات او الافراد في الاراضي العائدة للدولة او في الاراضي العائدة للأشخاص المعنوية او الافراد بقصد تخصيصها بالمنافع العام). [١]

على الرغم من ايراد هذا التعريف لبعض عناصر عقد الاشغال العام إلا أنه تزيد واسهب كثيرا في تحديد عائديه الاراضي التي يقام عليها هذا العقد ، فقد اشار الى ان هذا العقد بالإمكان انشائه على الاراضي العائدة للدولة او الاراضي العائدة للأشخاص المعنوية او الافراد والتي تخصص للمنفعة العامة.

اما الفقه الفرنسي، فقد اجتهد في تعريف عقد الاشغال على الرغم من ان مصدر عقد الاشغال تشريعي وعرفه الفقيه (دي لودبادير) بأنه (إعداد مادي لعقار ينفذ لحساب شخص عام بهدف تحقيق منفعة عامة)[٢]

على الرغم من عدم وضوح الترجمة ومقصود الفقيه من عبارة اعداد مادي، فهي لا تشمل انشاء عقد الاشغال ومن ثم جاءت تلك العبارة مربكة على الرغم من وجود بعض عناصر عقد الاشغال منه ان ينفذ لحساب شخص عام و يهدف لتحقيق المنفعة العامة إلا أنه نسي او تناسى مع جل احترامنا للفقيه، ان يذكر استخدامه لأساليب القانون العام وهي مهمه جداً في تمييز عقود الإدارة الخاصة عن العقود الإدارية والتي منها عقد الاشغال العام.

وعرفه الاستاذ (دوفو) بانه : (اتفاق بموجبه يلتزم المقاول بتنفيذ اشغال عامة لحساب شخص عام مقابل ثمن معين).

ان هذا التعريف قد خلط بين الاشغال العامة التي تقوم بها الإدارة وتستخدم اساليب القانون الخاص، وبين عقد الاشغال العامة ، الذي تستخدم في ابرامه وتنفيذه

(١) د. شاكر الحلبي، الحقوق الادارية، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دمشق، ١٩٢٨، ص١٧٧.

(٢) ايمن محمد جمعة، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ص١٣.

اساليب القانون العام، وكذلك خلطه بين مفهوم الاشغال العامة والذي يتبادر في الدول والقوانين المقارنة الى الاعمال، التي تحصل بين رب العمل والعمال وليس لعقد الاشغال العام الذي يرتكز على انشاء مباني او ترميم مباني بوجود عنصر العقار فيها.

والفقيه (برّيو Prieu)فقد عرفه بانه:(عقد يبرم بموجب نصوص تنظيمية بين شخص عام ومقاول من اجل تنفيذ اعمال تهدف الى تحقيق اغراض المرفق العام)[١]

على الرغم من تأييدنا للشق الاول من تعريف الفقيه(بريو) لعقد الاشغال باستخدامه عبارات نصوص تنظيمية واتصال تلك العبارات بإحكام النظام العام وتميزها عن عقد المقاولة في القانون الخاص والذي يبني على مرتكز اساسي وهو مبدأ الرضائية في ابرام العقود بوصف العقد اي عقد المقاولة يقوم على اساس الرضا وابرام العقد وفقاً لما يشاء المتعاقدون بشرط عدم ايراد شيء يخالف النظام العام والآداب العامة، إلا أن هذا التعريف في الشق الاخير منه قد اورد انه يقوم بتنفيذ اعمال تهدف الى تحقيق اغراض المرفق العام وهذه مفاهيم واسعة مبهمة لم تأتي بكل العناصر ولم تحدد بدقه ماهية و مفهوم عقد الاشغال بوضع تلك العبارات الفضفاضه مع جل تقديرنا للفقيه، التي تحمل اكثر من معاني.

والفقيه(شارل ديباش) عرفه ايضا بانه (العهد الى مقاول كي يبني او يرمم عقارا لحساب شخص عام تحقيقا للنفع العام).

ولابد لنا ان نبين ان عقد الاشغال العامة لا يقتصر ابرامه مع الشركات والمقاولين في ظل القانون الخاص بل لا يوجد ما يمنع قانونا ان يبرم العقد مع اشخاص القانون العام كأن يعقد مع احدى المؤسسات او الوزارات باعتبارها تمثل شركات القطاع العام.

ثالثاً / المعنى القضائي: اجتهد القضاء في تبيان ما اعترى التشريع من نقص في المفاهيم، فقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بانه (اتفاق بين الادارة واحد الافراد او

(1) Prieux : Trait epratique du droit des Travaux pudlics. Et des marche's publics. 1984. p. 1007.

الشركات بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانة عقارات لحساب شخص معنوي العام وتحقيق المصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد)[١]

وفي مصر عرف القضاء المصري عقد الاشغال، ففي حكم للمحكمة الادارية العليا في مصر الصادر بتاريخ ٢٣/ ١٢/ ١٩٥٦ بأنه (عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام ،وبين فرد او شركة يطلق عليها مقاول ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدده العقد).[٢]

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق اشار الى تعريف المقاولة إذ نصت على انه (المقاولة عقد يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدى عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر) وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٤) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١ تخرج من اختصاص محكمة البداءة المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات و تدخل ضمن اختصاص محكمة بداءة الناصرية وفق ولايتها العامة بموجب القانون..). [٣]

ولم يتم تعريف عقد الاشغال العامة من قبل القضاء العراقي كما هو حال المشرع العراقي تاركا موضوع التعريف للمجهودات الفقهية، ويقوم عقد الاشغال العامة وفقا لما سبق، على ثلاث شروط اساسية لكي نستطيع ان نطلق عليه عقد اشغال وهذه الشروط توجب ان يكون موضوع العقد عقارا، وايضا يجب ان يتم العمل لحساب شخص معنوي. ويجب ان تهدف الاشغال الى تحقيق نفع عام.

---

(١) د. مازن ليلو، العقود الإدارية، الطبعة الاولى، أربيل، ٢٠١٠، ص٦٧.

(٢) القضية رقم ٢٨٤ لسنة٢٣/ ١٢/ ١٩٥٦ نقلا عن د. احمد محمود جمعة: العقود الادارية طبقا لإحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد رقم٨٩لسنة ١٩٩٨ ، منشاة المعارف، الاسكندرية،٢٠١٣ ،ص١٣٤ .

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق العدد ٢١ /الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٩، غير منشور.

ونلحظ من خلال توجهات التشريع وتسابق الفقه والانجاز القضائي في وضع مفهوم لعقد الاشغال العام، ان هذا العقد يتحدد بوجود العناصر الأساسية ، التي اختلفت التعاريف في وجودها وافضليتها، على الرغم من اجتهاد البعض بذكرها الا وهي ابرامه من قبل شخص من اشخاص القانون العام ولحسابه، وان هذا العمل متعلق بإعمال البناء او ترميم او الصيانة لعقار، وان تلك الاحكام التي تطبق على هذا العقد هي احكام متميزة خاصة تختلف عن العقود الخاصة، ومن خلال ما تقدم بإمكاننا ان نضع تعريفاً لعقد الاشغال العامة، هو عقد اداري يعقد بين شخصين احدهما شخص معنوي عام متعلق ببناء او ترميم او انشاء مبان او منشئات ذات طبيعة عقارية بمقابل.

الفرع الثاني

عناصر عقد الأشغال العامة

يستخلص الفقه مرتكزين اساسيين لعقد الاشغال العامة الا وهما (المرتكز العضوي و المرتكز المادي) وكما ذكرنا سلفا انه يجب ان يتوافر ثلاث شروط اساسية لكي نستطيع ان نطلق عليه عقد اشغال، وهذه الشروط هي (يجب ان يكون موضوع العقد عقارا. و كذا يجب ان يتم العمل لحساب شخص معنوي. وايضا يجب ان تهدف الاشغال الى تحقيق نفع عام) وفي مزاوجة المرتكزات الاساسية لعقد الاشغال مع الشروط الاساسية يمكن للباحث ان يحددها بالآتي:

أولاً :عقد الأشغال العامة من العقود الادارية، اي توافق ارادتين لإبرامه، شخص يمثل السلطة ، إي أن يكون اي من اشخاصها العامة ،كالوزارات او المؤسسات وكل هيئة اعطاها القانون صلاحية ابرام العقود الادارية لتسيير المرفق العام ، والشخص الثاني يمثل القطاع الخاص.[١]

(١) د. احمد محمود جمعة، المصدر السابق ، ص١٠٥.

إن من البديهي المستقر علية في الفقه ان يكون تنفيذ الاشغال العامة، لحساب شخص معنوي عام ، وقد عبرت المحكمة الادارية العليا المصرية عن هذا المرتكز (ان من البديهي ان العقد الذي لا تكون الادارة احد اطرافه لا يجوز بحال ان يعتبر من العقود الادارية ذلك ان قواعد القانون العام انما وضعت لتحكم نشاط الادارة لا نشاط الافراد والهيئات الخاصة).[١]

من هذا يتضح ان وجود الشخص العام ضروري لوصف العقد من العقود الادارية، إلا أن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي وكذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا، إذ لم يعد لازما ان يكون أحد أشخاص القانون العام، بوصفه طرفاً في العقد حتى نضفي عليه صفه العمل الاداري ، فقد يبرم عقداً شخصان خاضعان للقانون الخاص ومع ذلك فان القضاء يعترف للعقد بصفة عقد أشغال عامة ، وذلك إذا كان أحد هذين الشخصين قد تصرف بصفة وكيلا عن الشخص العام ، أي أنه أبرم العقد باسم ولحساب الشخص المعنوي العام [٢].

فلكي نكون أمام عقد أشغال عامة يجب أن يبرم العقد بين شخصين أحدهما شخص عام أو بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، شريطة أن يكون أحدهما نائباً عن شخص عام وهذا العنصر طبيعي ذلك لأن عقد الأشغال العامة عقد إداري وعمل من أعمال الإدارة التي تستخدمه لتسيير النشاط الإداري.

ويتضح مما سبق أن مجلس الدولة قد توسع في ادخال وقائع كثيرة لم تكن مسموحا بدخولها الى قائمة عقد الاشغال العامة لذا سنتناول تلك الحالتين:

-العقود التي تبرم من قبل الاشخاص الخاصة، التي تبرم بعنوان الوكالة عن الاشخاص العامة، فالإدارة تنيب عنها في ابرام العقود الإدارية من تشعر انه يلبي

---

(١) قرار المحكمة الادارية العليا في مصر، رقم ١٥٥٨ لسنة٧ ق،ع، جلسة ٧,٣.١٩٦٤ ،ص١٠١ نقلا عن ،ايمن محمد جمعة، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق ،ص١٧ .

(٢) حسين عثمان محمد عثمان، المصدر السابق ، ص٥٢٤.

احتياجات مرافقها العامة ، ففي فرنسا اعتبر مجلس الدولة العقد الذي ابرمه اتحاد البناء والتي كانت القرية عضوا فيه مع المقاولين لإعادة بناء كنيسة بالقرية ، عقد اشغال عامة، وهذا التوجه من قبل مجلس الدولة الفرنسي جاء بعد ازدياد مشاركة الاشخاص الخاصة في تقديم الخدمات العامة ، إي أن هذا العقد يعد عقد اداري اذا توافرت باقي الشروط المتطلبة لإضفاء صفة العقد الاداري عليها ، وينصرف اثر العقد المبرم وكالة الى الشخص الاصيل اي الى الادارة العامة[١].

-العقود التي تبرم من قبل القطاع المختلط، اي العقود التي تبرمها شركات ذات نشاط اقتصادي(تجاري او صناعي) بمشاركة مالية بين الاشخاص العامة والخاصة ، وتأخذ هذه الشركات عادة شكل شركة مساهمة ،وان كان نشاطها يخضع للقانون التجاري إلا أنها تخضع لرقابة الادارة، وان اضفاء صفة العقد الاداري(عقد اشغال) على تلك التصرفات القانونية عندما يكون تعاقد الفرد أو الشركة الخاصة إنما كان فعليا لحساب الإدارة ولتحقيق مصلحتها العامة فإن هذا التعاقد يكتسب صفة عقد الاشغال، إذا توافرت الشروط التي تميز العقود الإدارية عن غيرها.[٢]

ففي فرنسا ابرمت شركة الاقتصاد المختلط عقدا موضوعة انشاء واستغلال احد الطرق العامة وقد ثار، بسبب التنفيذ نزاع بين الشركة وشركة خاصة، واصدرت محكمة التنازع الفرنسية حكمها الشهير عام ١٩٦٣م في قضية (بايروت)وبموجبها اضفت صفة عقد الاشغال على العقود التي ابرمت لالتزام الطريق العام.

خلافا للمبدأ الذي كان قائما وهو وجوب ان يكون احد طرفي العقد الاداري شخص معنوي عام، وهذا التوسع في قضاء المحكمة الإدارية العليا في فكرة إسباغ وصف عقد الاشغال العامة الإداري على كافة العقود التي يعقدها أحد أشخاص القانون الخاص

---

(١) د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات)، بلا طبعة ، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص١٩.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، بلا طبعة ، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٧، ص٢٩.

إذا كان التعاقد لحساب ومنفعة الشخص العام ، في حين قصر القضاء الفرنسي ذلك على عقود الأشغال العامة والعقود المبرمة بواسطة شركات القطاع المختلط.[١]

اما الفقه العراقي، فقد جانب رأية المستقر عليه في كل من فرنسا ومصر، إذ عُدّ العقد المبرم مع الشركات المساهمة أو شركات القطاع المختلط عقد مقاولة وليست عقد أشغال عامة ، وذلك لان عقد الاشغال يتميز عن عقد المقاولة بصفة رب العمل وكونه يمثل الادارة كالوزارات أو إحدى مؤسساتها العامة وأن الهدف من إبرامه تحقيق مصلحة عامة ، وهذان المرتكزان لا يتحققان إذا كان رب العمل (شركة مساهمة أو شركات القطاع المختلط) لأنهما يطبق عليهما القانون الخاص لانهما من جهات القانون الخاص.[٢]

اذا يرى الباحث إن معيار اضفاء صفة العقد الاداري(عقد الاشغال العامة) على العقود التي تبرمها الشركات الخاصة او المختلطة قد تطورت، بسبب اجتهاد القضاء الاداري في مصر وفرنسا، على الرغم من بعض الانتقادات التي اوردها بعض الفقه على هذا التوجه وفي العراق بقي الحال كما هو عليه لان القضاء يعده عقد مقاولة.

ثانيا: عقود الأشغال العامة التي يجب ان يكون موضوعها منصباً على عقار، ان العقار هو الشي الذي لا يمكن نقله بدون تلف.[٣]

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، بلا طبعة ، الناشر المعارف بالإسكندرية، بلا سنة، ص ٥٣١، شركات القطاع المختلط هي شخص معنوي متميز من أشخاص القانون الخاص ، ذات تطبيقات خاصة ، يشترك في تكوين رأسماله وإدارته احد أشخاص القانون الخاص الافراد او الشركات الخاصة بغية تحقيق مهمة ذات نفع عام ، ينظر: د. ادريس خبابه، دور الدولة في ضبط النشاط الاقتصادي، بلا طبعة ، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر،٢٠١٤، ص٤٩.

(٢)) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٣، ص١٦.

(٣) المادتين (٦٢و٦٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ ، التي جاء فيها ان العقار هو كل شيء ثابت مستقر بحيث لا يمكن نقله أو تحويله من دون تلف، أما العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصده مالكه لخدمة او استغلال عقار بطبيعته هو مملوك له .

إذ يكون تنفيذ العقد على عقار، سواء كان بطبيعته او بالتخصيص، فالعقار بطبيعته كإعمال الانشاء والصيانة والهدم والترميم وصولا الى عمليات التنظيف ورش الشوارع وقص الاشجار المغروسة إقامة خطوط تليفونية أو أسلاك تحت الماء، و بناءا على ذلك لا توصف عقودا ادارية عامة تلك التي تنصب على مال منقول مهما كانت أهميته أو ضخامته مثل عمليات بناء السفيفة او تكوين السفن والعمليات التي تجري عليها.(١)

وقد توسع القضاء الاداري تجاه فكرة العمل العقاري ، دون اعتبار علمي ، إذ وصف عملية طلاء سياج يحيط بساحة حتى لو كانت صغيرة اضفى عليها صفة الاشغال العامة ، ومن جهة اخرى اعطى مجلس الدولة الابنية القابلة للتفكيك صفة العقار.(٢)

وان اي اتفاق يكون موضوعه منقولات تكون مملوكة للدولة، لا يمكن وصفه من عقود الاشغال، حتى وان وصف عقدا اداريا، كعقد التوريد ومهما كانت ضخامة المنقول، لكن هناك جواز بوصف المنقولات عقوداً للإشغال اذا اصبحت عقارات بالتخصيص. (٣)

ثالثاً : عقود الاشغال يجب ان تهدف الى تحقيق النفع العام، وهذا متفق عليه في ان تعود الفائدة على الجميع ، إذ أن العقود الادارية تختلف في نظامها القانوني واثارها عن العقود المدنية، إذ تهدف العقود المدنية بالأساس الى تحقيق مصلحة شخصية ذاتية للمتعاقدين، بخلاف عقد الاشغال الذي يهدف بالأصل الى تحقيق المصلحة العامة، فمناط عقد الأشغال العامة وتميزه عن العقود التي تبرم في نطاق العلاقات التعاقدية الخاصة هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة التي هي سمة

(١) د. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، بلا طبعة، ساعدت جامعة بغداد ، ١٩٧٥، ص٢٢.

(٢) امير فرج يوسف، المصدر السابق ،ص٤٨١.

(٣) د. منصور محمد احمد، العقود الادارية، الجزء الاول، مفهوم العقد الاداري ،ط١،دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٤٧.

العقود الإدارية عموماً، وقد ارتبطت فكرة الاشغال العامة بفكرة الدومين العام، فاقتصرت تلك الاعمال على الاشغال التي يكون، في الدومين العام محلها، إلا أن القضاء سارع الى فصل الفكرتين الدومين العام والخاص، وارجع ارتباط الاشغال العامة الى فكرة المرفق العام، اي التي تتم بعقارات المرافق العامة، وايضا فصل القضاء بين الفكرتين المرفق العام والاشغال العامة، وهكذا انفصلت فكرة الاشغال العامة عن الاموال العامة، وعن المرافق العامة واصبحت تستهدف المصلحة العامة، إذ اصبح معيار النفع العام من اهم وانجع المعايير في تصنيف الاشغال العامة. (١)

ومن ثم لا تطبق عليه القواعد التي تحكم العقود المدنية، بل تطبق عليه احكام القانون العام، ومن ذلك ولدت الفكرة التي تقوم عليها قواعد القانون الاداري، التي تركز على وجود الادارة بمركز قانوني يختلف عن مركز المتعاقد، وفي قرار لمحكمة تمييز العراق والتي جاء فيها (..أن يعد عنصراً بديهياً لأن عقد الأشغال العامة هو عقد إداري لاحتوائه على عناصر العقد الإداري والتي منها اتصاله بمرفق عام سواء من تنظميه أو تسييره أو إدارته، ولما كان عقد الأشغال العامة دائماً يستخدم لإنشاء المرفق العام، التي تكون الغاية من الأخير تحقيق مصالح كبرى تعلو على مصالح الأفراد الخاصة)(٢).

رابعاً: المقابل المالي للمتعاقد مع الادارة (مقابل العقد) : ان المشاريع التي تقوم بها الادارة، بالتعاون مع المقاولين، شركات خاصة، لتنفيذ الاشغال والاعمال التي ترتأي الادارة انجازها يجب ان يحظى المتعاقد مع الادارة بمقابل نقدي، والذي يعدّ عنصراً مميزاً لتمييز الطرق الاخرى التي تقوم بها الادارة، التي تكون خالية من وجود عنصر مقابل العقد كالتنفيذ المباشر، إذ تقوم الادارة في حالات الاستعجال او اعمال الصيانة او الاعمال التي تتطلب قدراً من السرية، وتستخدم في ذلك امكانياتها ، من

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص١١٤.

(٢) د. ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الاداري ، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل،٢٠٠٩، ص٢٢٤. نقلا عنه القضية المرقمة (٤٢ و ٦٥٤)حقوقية، في ٢٥/ ٧/ ١٩٦٥ .

الآلات ومعدات وموارد بشرية من مهندسين وعمال بإنجاز تلك الاعمال لحساب الادارة ومن قبل الادارة ذاتها. [١]

ايضا امتياز الاشغال العامة الذي يتم من خلاله اناطة جهات الادارة في احدى المؤسسات حق تنفيذ بعض المشاريع والاعمال لقاء استغلال تلك المنشاة والمباني لمدّة زمنية محددة في عقد الامتياز ، تحصل عليها الجهة المنفذة على رسوم كأجور، كإنشاء طرق للمرور السريع، من دون ثمن بل بمقابل تلك الرسوم، وكذلك في حالة عقد مشروع الاشغال العامة، وهي المشاريع التي تتولاها الادارة لتنفيذ مشاريعها بالاعتماد على العمل الشعبي التطوعي كقيام وزارة التربية بالاعتماد على الطلاب في بناء بعض المدارس اثناء العطلة الصيفية وهذه الاعمال تطوعية من دون مقابل للعقد بل مجرد الغذاء والسكن.[٢]

ويعدّ هذا الحق من حقوق المتعاقد المهمة على الاطلاق، لان المتعاقد مع الادارة يستهدف الربح بخلاف الادارة، وان المقابل النقدي الذي يأخذه المتعاقد مع الادارة هو حق طبيعي للمتعاقد لقاء قيامة لمصلحة الادارة، بإداء الخدمة للإدارة مباشرة، وان مقدار مقابل العقد من الشروط العقدية التي لا يجوز لجهة الادارة ان تمس هذه الشروط دون موافقة المتعاقد معها، والاصل إن الادارة والمتعاقد معها احرار في تحديد الثمن، ففي عقد الاشغال يتم تحديد الثمن اما اجمالا للعملية كلها، او يحدد سعر لكل نوع من الاعمال ، وقد يحدد بحسب وحدة معينة من وحدات القياس كالمتر.[٣]

---

(١) د. محمود محمد علي صبرة، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الكتب القانونية، القاهرة ، ٢٠١٠، ص١٨٨. الفقرة أولا من المادة (٢) من تعليمات التنفيذ المباشر رقم ٣ لسنة ٢٠١١ .

(٢) د. امير فرج يوسف، المصدر السابق، ص٤٨٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص٥٧٢.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لعقد الاشغال العامة

بعد أن بينا التعريف والمرتكزات التي يرتكز عليها عقد الاشغال ، أصبح لزاماً علينا ان نبين طبيعته القانونية، إذ بدأ الخلاف بين الفقه حول الطبيعة القانونية لعقد الاشغال ، فاتجه جانب قليل من الفقه الى وصفه عقدا من نوع خاص وليس عقدا اداريا، ولا مدنيا، وحجج هذا الاتجاه ان هذه العقود يوضع المشرع لها شروط خاصة، واجراءات قائمة بذاتها كما هي الحال بالوثائق القياسية العراقية الصادرة من وزارة التخطيط ، التي اصبحت ملزمة ونافذة من تاريخ ٢٠١٦/٧/١ ، التي وصفت العقد في نصوصها وباقي اجراءات التعاقد ، والتزام رب العمل والمقاول منصوصا علية فليس من طبيعته الادارية، اما الراي الراجح في الفقه وهو ان عقد الاشغال عقدا اداريا بامتياز.[١]

ذلك، لان هذا العقد تتوافر فيه كل شروط العقود الادارية، ابتداء من صدوره من سلطة الادارة، اي قيام الدولة او احدى مؤسساتها بإبرام هذا العقد، واستخدام الادارة في ابرامه قواعد القانون العام، وكذلك وجود قواعد مختلفة تستخدمها الادارة لا مثيل لها في قواعد القانون الخاص، ويصنف عقد الاشغال بانه عقد مركب ، على وصف وجود اكثر من عملية مركبة تتم لإنجاز هذا العقد ، إذ أن المواد المطلوبة للعقد يتم التعاقد على توفيرها بدفعات وهذا يتطلب عقد توريد ،وكذلك طريقة التعاقد فقد تلجأ الادارة الى المناقصة او استبدالها بإخرى، وايضا يوصف بانه عقد من عقود المدّة ، إذ يعدّ الزمن عنصر مهم في هذا العقد، فالمقابل النقدي الذي تلتزم به الادارة الى المتعاقد معها تلتزم الادارة بإدائها حسب الاتفاق العقدي ، بمدّة زمنية قد يكون على دفعات حسب فترات وانجاز الاعمال او في نهاية مدّة العقد، وكذلك مدّة الصيانة التي يلتزم بها المتعاقد خلال مدّة زمنية محددة ، وكذا انجاز العقد بمدة يحددها العقد، وكذلك يوصف عقد الاشغال بانه عقد احتمالي، اذ ان عقد الاشغال يستمر مدّة زمنية يكون خلالها

(١) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، القاهرة، ١٩٧٩، ص٦٩.

الالتزامات العقدية عرضة للتغييرات التي تستمر طيلة تنفيذ الالتزامات العقدية، او قد تحدث ظروف استثنائية تؤثر في تمام العقد مما يجعله عرضة للفسخ او الإبقاء.

المطلب الثاني

حرية الارادة بالتعاقد بالإشغال العامة

إن مدى سلطان الارادة في التعاقد، من المبادئ المهمة في الحياة القانونية، إذ شكل هذا المبدأ جدلا واسعا، حول قدرة الارادة في التعاقد، ومرت تلك السلطة للإرادة بمراحل متباينة بين التشديد والحجر على الارادة، وبين فسح المجال اليها بشكل واسع ، الى ان اصبحت مبدأ مهماً، ونصت علية اغلب التشريعات القانونية باعتماد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، [1] ليجسد بذلك سلطة واسعة للإرادة في التعاقد، وكذلك مدى تأثر جهة الادارة بهذا المبدأ ومدى قدرتها على ابرام التصرفات العقدية لتلبية الحاجات العامة، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين، إذ سنتناول في الاول التعريف بسلطان الارادة في التعاقد بالأشغال العامة وفي الثاني سلطة الادارة في التعاقد.

الفرع الاول

التعريف بسلطان الارادة في التعاقد بالإشغال العامة

إن العقد عموماً يخضع في تكوينه الى نوعين من الالتزامات خارجية وداخلية إذ تتمثل الخارجية بالتقنية القانونية التي تحكم مؤسسة التعاقد، اي الحالة التي يكون عليها العقد من حيث تنظيم انشائه، واثاره وانتهاءه ، إي أن المشرع وضع لكل حالة يكون عليها العقد قواعد واحكام مسبقة ممن ابرم العقد وما يتصل به من شروط الرضى والسبب وما يتطلبه المشرع في بعض البنود من شروط شكلية او صحة تكوين وجعل

(١) اذ نصت عليها معظم التشريعات، فقد تناولتها المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي، المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١٤٨ من القانون المدن السوري، والمادة ١٤٧ من القانون المدني الليبي، والمادة ١٩٦ من القانون الكويتي والمادة ٢٠٨ من القانون اليمني و المادة ٢٤١ من القانون الاردني.

الاختلال في اركان العقد، اما الملزمات الداخلية متعلقة بالإرادة والتي هي اساس وجود اي عقد رغم ما طرأ من تطور واختلال في النظرة الى مبدأ سلطان الارادة، اذ ان القاعدة الثابتة قانوناً في استمرار اي تعاقد هي في عدم المساس بما ارتضت به الارادة التعاقدية، لان العقد قانون بين اطرافه تتحدد موجباته كما تتحدد موجبات اي قانون بالرجوع الى البنية العقدية، إذ يشترط التعبير عن الارادة في الايجاب والقبول ، وتأكيداً على ذلك إن المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة المصري تناولت موضوع القبول بوصفه تعبيراً عن الارادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا أذا اتصل بعلم من وجه اليه، فالتعاقد لا يعتبر تاما إلا أذا علم الموجب بقبوله، إذ قضت المحكمة بأنه (الاصل إن القبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج اثره إلا أذا اتصل بعلم من وجه اليه، ومن ثم فان التعاقد لا يعدّ تاما إلا أذا علم الموجب بالقبول، ولما كان المستفاد من استقراء الاوراق بيان من جهة الإدارة قد قبلت اعطاء المدعي عليه فعلا بالرغم من انه لم يكن مصحوبا بالتامين الابتدائي مع تكليفه بإداء، إلا أن القبول على هذا النحو لم يتصل بعلم المدعى عليه... وبناء على ذلك فإن قبول المجلس القروي للعطاء لم يتصل بعلم المدعي عليه على وجه ينعقد به العقد قانونا). [١]

وقد مر مبدأ الحرية العقدية بأدوار مختلفة فقد كانت العقود الشكلية هي ظاهرة القوانين القديمة ، إذ أن العقود قديماً كانت شكلية معقدة (ما كان ينظر فيها الى الشكل واللفظ دون النية والقصد)[٢].

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، بفتواه رقم ١٠٠٧ بتاريخ ١١/ ١١ /١٩٩٢ ملف رقم ٥٤/ ١ /٣١٥ في الجلسة ١١/١ ١٩٩٢ منشور في د. علي الدين زيدان، قانون المناقصات والمزايدات في ضوء القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٤، ص٤٣٤.

(٢) صبحي المحمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج٢ ، بيروت ، ١٩٧٢٥ ، ص٢٧٩.

وكان القانون الروماني في مرحلته الاولى على الرغم من ان الاتفاق فيه يعني ((اكتفاء ارادتين او اكثر على موضوع واحد)) إلا أن ذلك لم يكن كافياً لإنشاء الالتزام العقدي[١].

فالقاعدة التي كانت سائدة قبل ظهور العقود الرضائية في الايام الاخيرة للرومان ، إذ كان الاتفاق لا يصبح عقداً موجباً للالتزام ما لم يسبقه الزام من جانب واحد يقوم على تسليم شيء غير نية التملك وهي مراسيم شكلية، اي لابد من افراغ رضاء المتعاقدين في قالب شكلي معين[٢].

إذ كانت الشكلية هي الطابع المميز للعقد في المراحل الاولى للمجتمع الروماني، وبقيت إي أن فكرة المراسيم والشكليات كانت تسود الحقوق الرومانية ككل، إذ تفرض بعض الالتزامات قبل ان يتم الاعتراف بالعقد ان يقوم بالألفاظ علنية محددة وحركات تمثليه ترمز في جملتها الى طابع قدسي ديني افتعالي لا يجوز معه الاخلال بشيء من الالفاظ والحركات[٣].

ويعدُّ ذلك تطور الوضع في القانون الروماني في مرحلته المتأخرة واصبحت للعقود الرضائية وجوداً فيه ، وهذا ما اخذ به القانون الكنيسي والشريعة الاسلامية كقاعدة ثابتة في العقود ، والذي اصبح فيما بعد اساس القوانين الوضعية ومصدراً للالتزام العقدي[٤].

اما في الشريعة الاسلامية، فقد جاءت بتطور كبير يجاوز الحدود الرومانية فاعتبرت الرضى وحده هو الاصل والركن الكافي لإنشاء العقود ، إلا في حالات قليلة استثنائية ، فالمبدأ في الاسلام هو احترام العهود ، على الرغم من وجود اختلاف تفصيلي حول مدى سلطة الإرادة في تحديد شروط العقد ، وحول مدى القوة الملزمة

---

(1) Gifferd (A.E) et Villiers (R) proit romain et ancient ar. Fraucais las obligetions, paris-1958. N.29.

(٢) عبد الرحمن عياد : اساس الالزام العقدي ، اطروحة جامعة الاسكندرية في عام ١٩٧٢ ، ص١٣_١٤.

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، المصدر السابق ، ص٩١ _ ٩٢.

(٤) المواد (١١٣٤ و ١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي.

للعقد اكد القرآن الكريم على مبدأ حرية التعاقد في قوله تعالى : ﴿يَا **أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾[١] وقوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾[٢] ، وقوله تعالى : ﴿**وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلاَ تَنقُضُواْ الأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا**﴾[٣].

اما في فرنسا، قديما فقد ابتعدت التشريعات فيها عن الشكلية الضيقة التي طبع بها العقد الروماني ، وكرس بفعل الاخلاق المسيحية مبدأ الارادة كإساس للإلزام والقوة الملزمة للعقد انما هي الارادة المجردة وكل اخلال بالتعهد هو نكث بالوعد الذي يولد الخطيئة ، ولكن التشريعات الدينية تختلف عن النظرية المسيحية من جهتين من جهة المصدر فالشريعة الكنيسية هي فكرة دينية محضة تلزم من التعهد بتنفيذ تعهده وهو الاساس نفسه بالشريعة الاسلامية[٤].

بينما الفقه الفرنسي القديم في مراحلة الاولى تأثر بفلسفة وافكار سياسية تعتبر الارادة حالة فطرية للإنسان وهي القرين له فلا يلتزم إلا بالإرادة الحرة الواعية وكل تجاوز على الارادة هو تجاوز على حقوق طبيعة للإنسان (مدرسة القانون الطبيعي)[٥]، كما ان الارادة هي اساس القانون وغايته والقانون ليس الا صدى لها ((فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع الفرد نفسه ، والقيود التي ترد على حرية الفرد انما هي تعبير عن الحرية نفسها حسب نظرية العقد الاجتماعي))[٦].

اما من ناحية الاثر فالشريعة المسيحية كانت تفرض قيوداً على حرية الارادة متأثرة بالفلسفة الدينية ، اما الفقه الفرنسي القديم كان يفرض الاطلاق على المبدأ[٧].

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٩.
(٢) سورة المائدة ، الآية : ١.
(٣) سورة النحل ، الآية : ٩١.
(٤) عبد الرحمن عياد ، مرجع سابق ، ص٣.
(٥) سليمان مرقس ، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص٢٨١.
(٦) عبد الرحمن عياد ، مرجع سابق ، ص٥.
(٧) عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٩١.

إن العقود عموماً تقوم على اساس تراضي المتعاقدين[١] ، اي لزوم ان تكون هنالك قدرة على الاختيار من بين الاحداث بحرية وتعرف بانها القدرة على الاختيار إي أن توجد لدى المتعاقد ، محدودة الارادة لا تصدر منه ارادة يعتد بها المشرع[٢]، ولا يعتد بالإرادة إلا أذا اتجهت الى احداث اثر قانوني[٣].

إي أن لإرادة الشخص القوة والفاعلية لان تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والالتزامات، إي أن الارادة هي التي تنشئ الالتزامات الواردة في العقد وليس القانون، وعموماً فإن التصرف القانوني هو عمل الارادة إذ تتجه الى احداث اثر قانوني معين لا يحرمه القانون ، والتصرف الذي تقوم به الارادة اما ان يكون اتفاق ارادتين فيكون عقداً او ارادة واحدة، فالإبراء من الدين في الوصية و التنازل عن بعض الحقوق، وقد دأبت التشريعات العربية الحديثة[٤] الى تبني منهج التقنين الالماني في ذكر التصرف القانوني بمناسبة ذكره للعقد باعتباره من اهم التصرفات من الناحية العملية وهي ذات الطريقة التي تبناها التشريع السويدي، وان نظام التصرف القانوني يقوم على ان العقود وفقاً للمفهوم الكلاسيكي يقوم على مبدأ سلطان الارادة[٥].

إذ تتجسد الارادة وهي المحور الاساسي في العقد، لأنها اساس وجوده وسبيل تنفيذه، وان لمبدأ سلطان الارادة نتائج هامة متمثلة بان للمتعاقد الحرية الكاملة في

---

(١) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص٣١.

(٢) اي لا يعتد بالإرادة من صدرت منه بسبب صغر سنه او جنون او السكر او لمرض الحرية او تحت تأثير التنويم المغناطيسي.

(٣) فلا يعتد بإعمال المجاملات وقبول الهبات وغيرها ، واقطاعات الاسرة التي لا تحوي على الالزام الالزام وكذا الهازل ، وبإرادة من يعلق الزامه على محض المشيئة.

(٤) ومن التشريعات العربية التي اخذت بذلك القانون المدني العراقي في المادة (١٤٦) و المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري والمادة (١٤٨) من القانون المدني السوري والمادة (١٤٦) من القانون التجاري الكويتي والمادة (١٢١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٥) ان مبدأ سلطان الارادة مختلف عليه ابتداء من القانون الروماني وما رافقه من ارهاصات متعلقة بالشكلية وسلطتها على الارادة الى وقتنا الحالي وما نتج عنه من التطور الحاصل في مجمل العملية العقدية وترك العديد من اساسيات سلطان الارادة لتحول الامر بالتخلي التدريجي عنها .

التعاقد، إذ أن الارادة تعد اساس القوة الملزمة لالتزام العقد ، والتزام الارادة في العقد يعود الى اعتبارات اخلاقية وقانونية ، لأنها هي من تنشئ العقد ، وهي التي تفرض تنفيذه ويستمد العقد منها قوته الملزمة وهي من يرتب اثار العقد عبر الالتزامات والحقوق ، ومن ثم فالإرادة ذاتها تجبر على تنفيذ ما قد رضيت به ، لان الغاية للإرادة ووجودها ، وفي ذلك احترام لإرادة المتعاقد[١]، وتعتبر حرية المتعاقد احد مظاهر الحق في الحرية[٢].

ونصت معظم دساتير العالم على تقديس الحق في الحرية واعطته المنزلة العليا في التدرج القانوني فيها، إلا أن الغريب توجه مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٩٤ اذ اصدر حكم جديد ، ذا توجه مختلف عما سارت عليه احكام المجلس الدستوري الفرنسي إذ نص ((لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي حرية التعاقد))[٣].

ويرى (منتسكيو) ان كلمة الحرية لها اكثر من معنى مختلف ولا توجد كلمة لقيت ما لقيته من اختلاف المعان ، ومن ثم فيتعذر اعطاء تحديد دقيق للحريات ، وقد وصفها البعض، بانها من الكلمات الرديئة التي تعطي معنى اكثر من حجمها ، وقد شبه معنى الحرية بمفهوم الحق فيما لو اصطبغت على الحرية حماية قانونية من الدولة في مواجهة الكافة ، وان بقيت من دون حماية تبقى في اطار الحق الطبيعي، وان الحق والحرية يعطي صاحبها مكنه او صلاحية ممارسته باختياره لذا وصف الحق بالحرية، وان بداخل كل حق يوجد نوع من الحرية، فمثلاً الحق في التعاقد ،لصاحبة سلطة قانونية مؤكدة دستورياً ولكن حرية اختيار المتعاقد وشروط العقد وغيرها داخل

(١) انقسم الفقه حول اساس هذا المبدأ ذهب الاتجاه الاول الى ان الارادة وحدها هي من تعطي القوة الالزامية للعقد ، بينما ذهب الاخرون الى ان هناك اعتبارات اخرى تؤسس لمبدأ القوة الملزم للعقد. بعيجي احمد: تأثير التوجه التشريعي على النظرية العامة للعقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر ، ٢٠١٩، ص٣٥٧.

(٢) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية، دار الجامعة، بيروت، ١٩٨٢، ص١٩٨.

(٣) د. سامي بديع ، المصدر السابق، ص٩٤.

هذا الحق إي أن الحريات تندرج تحت مفهوم الحقوق فيما لو اندرجت تحت المظلة القانونية[١].

فتلك المظلة متمثلة عادة بالنظام العام هو وضع **تكليف اقتضائي** صادر من الدولة او السلطة، فهو يطلب امر حتمي على سبيل الوجوب الامر او التحريم الناهي وهو بصيغ مختلفة تكون تارة تشريعية صادرة من الدولة او بصيغة مفهومة يكشفها القضاء لتعارضها مع البنيان الاجتماعي داخل المجتمع ، إذ أن هناك خلط يقع بين مفهوم الدولة ومفهوم المجتمع فالدولة تفرض السلطة المتمثلة بالمنع.

فان قيد النظام العام على الارادة الفردية يكون **كوسيلة ضاغطة** من قبل الدولة لتحقيق التوازن ، وتعرض على نحو اجباري ، فتكون التضحية بالحرية الفردية لصالح ارادة المجموع ومن ثم يكون النظام العام حد على الارادة في حريتها التعاقدية، ومن ثم تكون الارادة اسيرة النموذج السلوكي الذي تفرضه الجماعة[٢].

وهذه الارادة يجب ان تصدر من شخص كامل الاهلية بالنسبة للشخص الطبيعي اما الشخص المعنوي فتكون ارادته عامة، اذ تقسم الارادة الى فردية وعامة مختصة بالمؤسسة الادارية التي تكون مكونة لمجموع الجهات الادارية الداخلة فيها، فيشترط ان يعطيها القانون الشخصية القانونية[٣].

اما الارادة الفردية الخاصة، فيشترط ان لا يشوبها عيب من عيوب الارادة حتى تكون اهلا لتحمل الالتزامات وتقبل الحقوق، اي يكون للشخص اهلية الاداء والوجوب والذي يهمنا اهلية الاداء ومناط هذه الاهلية هو السن القانوني[٤].

---

(١) د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط١ ، دار الشروق ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٥٢.

(٢) عماد طارق البشري ، مصدر سابق ، ص١٧٣ –١٧٤.

(٣) المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، الارادة المنفردة، موسوعة القانون المدني، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٨٩.

الفرع الثاني

سلطة الادارة في التعاقد

اما في اطار الحرية التعاقدية للإدارة فتتجلى تلك الحرية في ميدانين، الميدان الاول في مدى حرية الادارة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها والميدان الثاني يتجسد في حرية الادارة في سلوك طريق من طرق التعاقد.

كما هو معلوم ان للإدارة ثلاث سلطات في مجال التصرفات القانونية السلطة الاولى هي سلطتها المقيدة وفيها لا يكون للإدارة الحرية في سلوك امر ما ، ما لم تتح لها القواعد القانونية ذلك ، ومن ثم فيتحتم على الادارة الالتزام التام بالمسار الذي وضعه لها القانون ، وان اي خروج من قبل الادارة على هذا المسار، يجعل تصرفاتها باطلة بطلان مطلق ، بل تصل الى مرتبة التصرف المعدوم في بعض الحالات[١].

وتكون سلطة الادارة مقيدة عندما (يفرض المشرع عليها بطريقة آمرة وعلى سبيل الإلزام الطريقة والإجراء الواجب الإقدام عليه واتخاذه دون أن يكون لها حرية تقدير التصرف، وان يحدد لها الأوضاع التي يجب عليه إن يخضع لها للوصول إلى هذا الهدف، فإذا سلك المشرع هذا الطريق، فانه يملي مقدما على رجل الإدارة فحوى القرار الذي يجب عليه اتخاذه وتسمية سلطاته أو اختصاصاته).[٢]

اما السلطة الثانية للإدارة، فهي سلطتها المطلقة وهذه السلطة تتيح للإدارة الحرية المطلقة في ابرام التصرفات القانونية ولا وجود لأي قيد على حريتها في ابرام التصرفات القانونية، إلا وفقا للقواعد العامة اي ما لم يكن تصرفها مخالف للنظام العام والآداب،

---

(١) د. مازن ليلو، اصول القضاء الاداري، دار نيبور للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠١٦، ص٤٠.

(٢) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٧.

لكن يصعب منح سلطة مطلقة للإدارة لان مبدا المشروعية يحيط بجميع اعمال الادارة.[١]

اما السلطة الثالثة المهمة التي تملكها الادارة في اتيان تصرفاتها القانونية وهي السلطة التقديرية للإدارة ، لذا فقد بادر الفقه الى اعطاء تعريفات متعددة للسلطة التقديرية تدور حول الحرية الممنوحة للإدارة في التدخل لإبرام التصرف وكذلك اختيار وقت التصرف وتحديد نوع التصرف[٢].

اذاً فالإدارة سلطة تقدير في ابرام عقودها وتصرفاتها القانونية عموماً ، إلا أن هذه السلطة التقديرية اختلف الفقه حيالها على الرغم من اتفاقهم حول صلاحية وجودها، فتعرف السلطة التقديرية بانها (تعني إن تتمتع الإدارة بحرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه أو حق اختيار التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل).[٣]

وتعرف ايضا بانها (هي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الإفراد والقضاء لتختار وقت تدخلها ووسيلة هذا التدخل وتقدير خطورة بعض الحالات وفي حدود الصالح العام). [٤]

وليس للإدارة أي حرية بالنسبة لركني الشكل والاختصاص وما عداها من أركان تكون للإدارة سلطة تقديرية، وقد جاء بقرار المحكمة الاتحادية المرقم (٤٥٥/ ق/٢٠١٣) في ٢٩ / ٤ /٢٠١٣ (ان السلطة تقديرية للإدارة هي سلطة ليست مطلقة

(١) د. محمود خلف الجبوري، القضاء الاداري في العراق وفق احدث التطورات التشريعية والقضائية، الطبعة الثانية، دار المرتضى، بغداد، ٢٠١٤، ص٧٣.

(٢) د. سليمان الطماوي، السلطة التقديرية، السلطة المقيدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية القانون، جامعة فاروق الاول، السنة الرابعة، العدد ١ و٢ ، الاسكندرية، ١٩٩٠ ، ص٩٨.

(٣) د.عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري، الطبعة الاولى، دار بغدادي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤ ،ص ٢٢٧.

(٤) د. محمود حلمي، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٤ ص ١٩.

وان من واجب المحكمة ان تراقب عدم انحراف الادارة في استعمال السلطة التقديرية او اساءة استعمالها او التعسف في استعمالها وحيث ان المدعى عليه قد استند الى اسباب لم يرتب القانون اثرا" عليها في استحقاق المدعى .. وانه قد فسر النصوص القانونية خلافا" لما اورده المشرع من احكام، عليه يكون المدعى عليه قد تعسف في استخدام السلطة التقديرية الممنوحة). [١]

السؤال الذي يطرح في هذا المقام هل ان للإدارة حرية في التعاقد ؟

للإجابة على هذا السؤال يتطلب منا أن نحدد معيار قدرة الادارة في التعاقد، على الرغم من استقرار الفقه قديماً على إن لا سلطان للإرادة في رحاب القانون العام بخلاف القانون الخاص الذي ينتعش فيه مبدأ سلطان الارادة، وان تطور مبدأ سلطان الارادة، ابتداء من العقود الرضائية في القانون الروماني ، وبتأثير الافكار الدينية والفلسفية وعوامل اخرى اقتصادية، اجتماعية وسياسية، وان هذا التطور يضيق عندما تتغلب النزعات الدينية والاجتماعية، ويتسع عندما تطغى الفلسفة الفردية والاقتصاد الحر، حتى استقر واخذ مكانة مهمة في العقد، وان التقييد تبعا للأسس التي يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي في الدولة، وان الارادة وسلطانها قد يتبادر الى الاذهان انها تختفي في ظل اتساع تدخل التشريعات في تقييد سلوكيات الإدارة. [٢]

وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري اشارت الى انه (ان مبدأ التعاقد في مجال العقد الاداري... يخضع لقاعدة حرية الادارة في اختيار المتعاقد وان كانت هذه الحرية في الاختيار لا يتناقض معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين وقد يلتقي الفقه والقضاء الاداري على انه مهما كانت دقة النظام المقرر لإحدى

---

(١) قرار المحكمة الاتحادية المرقم (٤٥٥/ ق/٢٠١٣) في ٢٩ / ٤ /٢٠١٣ منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الاتي :https://www.iraqfsc.iq/s/ /

(٢) د. سامي بديع منصور، المصدر السابق، ص٩٤.

طـرق التعاقـد ..فانـه لـيس مـن طريقـة واحـدة تلـزم جهـة الادارة فـي اختيـار متعاقـد معين).[١]

هـذا فـي ميـدان الاختيـار بـين اسـاليب التعاقـد فيمـا لـو اتـاح القـانون لـلإدارة حريـة الاختيـار بـين اسـاليب التعاقد، امـا فـي اطـار اسلوب المناقصـة فـان هـذا الاسلوب قـد جعـل القـانون فيـه اجـراءات معينـة وهـذه الاجـراءات لا يجـوز للإفـراد ولا لجهـة التعاقـد ان يخـالف تلـك الاجـراءات او ان يتـرك بعضـا منهـا فـي مـالو الزمهـا القـانون ذلـك لاتصـال تلـك الاجـراءات بالمصـلحة العامـة و لارتبـاط بعـض الاحكـام فيهـا بالنظـام العـام ومـن ثـم يكـون بـاطلا كـل مخالفـة لتلـك الاجـراءات التـي تتصـل بالنظـام العـام، وفـي ذلـك قـررت المحكمـة الإداريـة العليـا لمجلـس الدولـة المصـري مـا يلـي (كمبـدأ اصـيل يكـون تعاقـد الادارة عـن طريـق المناقصـة والاخـذ بأسـلوب الممارسـة لا يكـون الا فـي حـالات معينـة وفـي اضـيق الحـدود طبقـا للأوضـاع والشـروط المرسـومة قانونـا، وذلـك لان المناقصـة تحقـق ضـمانات اكثـر للمصـلحة العامـة، ولا يتـأتى ذلـك إلا أذا احيطـت بالسـرية التامـة وجعـل مبـدأ المسـاواة بـين المتناقصـين هـو المبـدأ السـائد دون اي تمييـز لاحـد او اسـتثناء و لاختـل التـوازن ولأضـطرب حبـل المنافسـة الـذي يقـوم علـى تكـافؤ الفـرص، ممـا يخـرج المناقصـة عـن الهـدف الـذي تقـررت مـن اجلـه و يفـوت الفـرص مـن عقـدها، وشـروط المناقصـة علـى هـذا الوضـع هـي بمثابـة قـانون التعاقـد فلـم توضـع لمصـلحة احـد المتعاقـدين ان شـاء اخـذ بهـا وان لـم يشـأ لـم يأخـذ بهـا، وانمـا وضـعها كـان للمصـلحة العامـة فـلا سـبيل للانفـلات منهـا و كـل عمـل يـتم خلافهـا لا يعتـد بـه ولا يترتـب عليـه اي اثـر لأنـه ينـاقض الاسـاس الـذي قامـت عليـه المنافسـة بـين المتناقصـين، وتطبيقـا للمبـادئ المتقدمـة فـان قبـول عطـاء المطعـون عليـه بعـد الميعـاد انمـا هـو اخـلال صـريح بمبـدأ المسـاواة بـين المتناقصـين، بمـا يعـد اسـتثناء علـى خـلاف الشـروط المعلنـة و اخـلالا لتكـافؤ الفـرص إذ أن تقـدم المطعـون عليـه بعطائـه فـي اليـوم المحـدد لفـتح المظـاريف وبعـد قفـل ميعـاد العطـاءات يحمـل فـي

(١) قـرار المحكمـة الإداريـة العليـا بمجلـس الدولـة المصـري فـي الطعـن المـرقم ١٦٥٤ لسـنه ٦٦ ق فـي الجلسـة ١٢/٢٢ ١٩٦٢، منشـور فـي د. علـي الـدين زيـدان، الجـزء الثـاني، المصـدر السـابق، ص ٣٠٦.

طياته قرينة على علمه بمحتوياتها ، فالعطاءات المقدمة في الميعاد مما ينتقص من سرية المناقصة وبالتالي يحيق الضرر بالمصلحة العام). [١]

ويشترط لتكوين العقد ان تكون الارادة حرة مختارة، [٢] اي خالية من العيوب فالغلط والاكراه يفقدان الارادة عنصر الوعي للاختيار [٣]، إذ يصبح العقد نتيجة توهم غير الواقع ، فهل يعتد بالغلط الذي يصدر عن رجل الادارة، وهل يمكن ابطال العقد الذي يبرم مع الادارة لوجود الغلط الذي شاب العقد، للإجابة على هذا الفرض يمكن ان يكون الغلط واردا لدا الافراد العاديين ويكون سببا لإبطال العقد، إلا أن الوضع في الغلط الذي يصدر من الادارة يصعب تحققه وذلك لان للإدارة العدد الكثير من اللجان التي تقوم بدراسة العقد ووجود العديد من الأشخاص ويكون العقد خاضعا الى اجراءات كثيرة ولجان عديدة كلجنة الفتح والتحليل وغيرها، الى ان تصل الى المصادقة التي تقوم بها الجهة المختصة بالمصادقة على ابرام العقد. [٤]

اما الاكراه الواقع على رجل الادارة، فصعوبة تحققه لان للإدارة السلطة الامرة الناهية، وكذلك لوجود اكثر من جهة تقوم بدراسة العقد واعطاء الاذن بالتعاقد، ولا يمكن تصور وجود اكراه على جهة الادارة لاختلاف الامر بين الفرد العادي والإدارة. [٥]

وان الارادة الحرة الواعية ليست فقط شرطا ضروريا لأنشاء الالتزام وتحديد اثاره فإن التصرف القانوني للالتزام بالعقد ينحصر في نطاق حدود ما عينته الارادة، ولا يجوز ان يتجاوز في نطاقه حدود الارادة، فالإرادة التي اكتملت اوصافها، يفرض

---

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في الطعن المرقم ١٥٠٨ لسنة ٦ ق في الجلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٦٢ منشور في د. علي الدين زيدان، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص ٣٠٤.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٣٢.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري، المصدر نفسه، ص٧٥.

(٤) البند اولا من المادة(٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة٢٠١٤.

(٥) د. احمد شاكر سلمان ، الدعوى الدولية، محاضرات القاها على طلبة الدكتوراه، تنضيد اليكتروني لعام ٢٠١٧.

بالضرورة اعمالها، اي ان حسب منضور حرية التعاقد لا يجوز تعديل العقد خارج الارادة العقدية، اما في ظل العقود التي تبرمها الادارة فان سلطة الادارة في تعديل العقد آمر مختلف عن العقود الخاصة، إذ تتدخل الادارة وتعدل الالتزامات التعاقدية المتفق عليها في ظل شروط العقد سوآء بالزيادة أو النقصان، وان هذه السلطة التي تملكها الادارة اساسها في عدّة من المبادئ والقواعد التي يقوم عليها القانون الاداري، واسسها في مبدأ دوام تسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار، ولذلك قد يكون هذا التعديل في كمية الاعمال أو الاشياء محل العقد الاداري أو على زيادة شروط التنفيذ المتفق عليها أو على المدد المحددة للتنفيذ وهذه السلطة أو الحق للإدارة يجد اساسه في مبدأ دوام استمرار المرفق، وان سلطة الادارة في حرية اختيار المتعاقد معها ،يخضع الى قواعد عامة وخاصة تفرض على جهة الادارة ، بوجوب التزام تلك الاجراءات والطرق الخاصة والعامة الواردة في القوانين، إذ أنها تختلف عن نطاق القانون الخاص، إذ أن لكل فرد وفي حدود اهلية التعاقد، الحرية في اختيار الشخص المتعاقد معه، إذ أن العقود التي تجريها الدولة او احدى مؤسساتها تحمل الموازنة العامة للدولة التزامات مالية كثيرا ما تكون كبيرة جدا وهذا يتحمله المجتمع داخل البلد، بوصفهم المالكون لتلك الاموال، وما الحكومة الا نائبة عنهم في التصرف في تلك الاموال، وفي حدود ما يرسمه القانون، إذ أن تلك القيود المفروضة على جهة الادارة، والشروط الخاصة والعامة في اختيار المتعاقد امرا طبيعيا، حتى يتم توفير اكبر وفر مالي للخزينة، وقدرتها باختيار افضل المتعاقدين معها لتوفير احسن الخدمات، سواء تعلق الامر بالكفاءة الفنية او المالية. (١)

إلا أن الادارة غير ملزمة بإبرام عقد الاشغال العامة، على صاحب العطاء الارخص لان للإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال ابرام عقد الاشغال، بشرط ان تراعي المصلحة العامة، وتجسيداً لذلك اصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر قرار نص على انه (من الاسس التي يقوم عليها تعاقد الادارة مع الافراد او الهيئات عن

(١) د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، و د. مهدي ياسين ، مبادئ واحكام القانون الاداري، الدار العربية للقانون، بغداد، ١٩٩٣، ص٤٩٣.

طريق المناقصة العامة او المحلية أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية التي تتمثل في ارساء المناقصة على صاحب العطاء الارخص بتغليب مصلحة الخزانة على اي اعتبار اخر وكذلك بمصلحته الفنية التي تبدو في اختيار المناقص الافضل من حيث الكفاية الفنية وحسن السمعة ومن هاتين المصلحتين تتمتع جهة الادارة بسلطة تحددها القواعد المقررة في هذا الشأن، و يحكم المناقصة العامة مبدأ المنافسة والمساواة، بيد أن هذا الاخير يخضع للقيود، منها ما يتصل بمصلحة المرفق، ومنها ما يتصل بحمايته الاقتصادية والاجتماعية في الدولة، ومن الاولى اهلية مقدم العطاء القانونية وحسن سمعته وكفايته الفنية وكذا كفايته المالية التي يقتضي التثبت منها ان يدع تامينا مؤقتا تنص عليه ويعين مقداره كراسة الشروط كضمان للجدية العطاء وصدق النية فيه). (١)

وان الهيئة التمييزية في رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، وهي بصدى تمييز العديد من القرارات الصادرة من المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية الملغاة في العراق، فلم تجعل معيار السعر هو المعيار الاساس بإحالة العديد من العقود الحكومية، ففي قرار لها نص على انه (ادعى المدعي لدى المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية بانه بتاريخ ١٧ /٨/ ٢٠٠٨ تم تبليغه بكتاب محافظة بغداد العقود المتضمن رفض الشكوى والاعتراض المقدم من قبله حول المناقصة المرقمة ٥٠ و الخاصة بمشروع مياه الامطار في الحسينية وإن المدعى عليه قام بإحالة هذه المناقصة على المناقص الثالث والذي يزيد سعره عن اسعار المدعي بمقدار ٤٧٨ مليون دينار بحجه انها غير ملزمة باوطأ العطاءات بالرغم من توفر كافة الشروط القانونية والفنية التي تتطلبها شروط المناقصة المذكورة عليه فقد طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم عليه بإبطال احالة المناقصة المذكورة على شركة (ح) للمقاولات العامة المحدودة (المناقص الثالث) وتحميله كافة الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن المرقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق –جلسة ٥/٩/ ١٩٥٩ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة الرابعة، قاعدة رقم ١٠٩ ، ص١٢٥٢.

اصدرت المحكمة بتاريخ .. حكم حضوريا قابلا للتمييز يقضي برد الدعوى.. ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور فقد طعن تميزا... وقد ايدت الهيئة التمييزية في رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية قرار المحكمة ذاكرة الاسباب بان الاعمال المماثلة المقدمة من قبل الشركة المدعية المميزة لا ترتقي الى مستوى العمل التخصصي في اعمال المجاري في الحجم وان الانابيب غير مطابقة للمواصفات كونها مصنع على المواصفات الأمريكية والمشروع مصمم على المواصفات البريطانية كما تضمن المحضر المذكور ان الشركة المحال عليها المشروع قدمت اعمال مماثلة توازي الاعمال التخصصية في المجاري و لديها اعمال مماثلة في محافظة بغداد في المدينة نفسها وهو جزء من المشروع الاستراتيجي وان جميع الانابيب والمضخات والمحركات وجميع المواد الخاصة بالعمل ضمن المواصفات الفنية المطلوبة وبنفس جودة المواد في المشروع السابق وعلى وفق ما نصت عليه القوانين..). [١]

وقد خضع موضوع كيفية اختيار المتعاقد مع الادارة الى جدل واسع في المؤتمرات الدولية ، من بينها المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الادارية، الذي عقد في مدريد عام ١٩٥٦م وقد انقسمت اجابات الوفود الدولية الى فريقين ، الاول الدول التي ليست فيها اجراءات محددة للتعاقد ، بل إن هناك موظفين مختصين بإبرام العقود الادارية، يتمتعون باختيار المتعاقد مع الادارة، كما ان لهم حق اسداء التوجيهات اثناء التنفيذ، وحرية الموظفين مقيدة بأوامر رؤسائهم، ومراقبة ديوان المحاسبة، كبريطانيا وفنلندا وايرلندا، اما الفريق الثاني وهي البلدان ذات الاجراءات المحددة، اي التي توجد فيها اجراءات لإبرام العقود الادارية، وهذه الدول تنقسم الى قسمين الاول يتيح للإدارة حرية واسعة في اختيار طريقة التعاقد، وحينما تختار تلتزم بالإجراءات التي يحددها القانون،

(١) قرار الهيئة التمييزية في رئاسة محكمه استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، المرقم ٤٢٨/م/٢٠٠٨ في ٥ /١١ /٢٠٠٨/ منشور في شهاب احمد ياسين وخليل ابراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة مكتبه السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٦٢.

والقسم الآخر يجعل التنظيم اجباري بحيث تلتزم الادارة باتباع الوسيلة المحددة قانونا، كبلجيكا وشيلي . [١]

وان طرق اختيار المتعاقد مع الادارة تتنوع بحسب التشريعات النافذة كاختيار طريق المناقصة او المزايدة او الممارسة، إذ في العراق تخضع الى قانون العقود الحكومية رقم (٨٧)لسنة٢٠٠٤، القسم الثالث، اساليب التعاقد، وفي المادة الثالثة منه[٢] وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة٢٠١٤ في المادة الثالثة منه والوثائق القياسية الصادرة من وزارة التخطيط. [٣]

لان الادارة لا تستوي مع الافراد في حرية التعبير عن ارادتها في ابرام العقود سواء كانت ادارية ذات طابع مدني وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بما يأتي (من الاصول المسلمة ان الادارة لا تستوي مع الافراد في حرية التعبير عن الارادة في ابرام العقود الإدارية كانت او المدنية ذلك انها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات واوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح، كفالة لاختيار افضل الاشخاص للتعاقد سواء من حيث الاهلية او حسن السمعة او الكفاية الفنية او المالية وضمانا في الوقت ذاته للوصول الى انسب العروض واكثرها تحقيقا للصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الادارة في ابرام العقد). [٤]

---

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥، ص٢٠٨.

(٢) المادة الثالثة من قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة٢٠٠٤، النافذ منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد٣٩٨٤ في حزيران ٢٠٠٤م.

(٣) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٢٥ بتاريخ٢٠١٤\٦\١٦م وقد نشر برقم (١) وصحح برقم (٢) بالعدد (٤٣٢٨) بتاريخ ٢٠١٤\٧\٧.

(٤) قرار المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في القضية المرقمة ٣٢٠ لسنة ١٧ ق في الجلسة ٤/٥/ ١٩٧٥، منشور في د. علي الدين زيدان، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص٣٠٣.

وان سلطة الإدارة في **تعديل العقد** عادة ما يرد النص علية صراحة في العقد الاداري أو في دفاتر الشروط العامة ، التي تعد من الشروط الخاصة غير المألوفة التي تميز العقود الادارية عما سواها من العقود المدنية. (١)

وكذلك سلطة الإدارة في **الرقابة والتوجيه**، إذ تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة والإشراف على مراحل تنفيذ العقد الاداري، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد وإصدار قرارات خاصة للتنفيذ ، وان الإدارة تشترط هذه السلطة في عقودها الإدارية أو منصوصا عليها في الشروط العامة والخاصة المختصة بإبرام العقود الادارية التي تحيل عليها. (٢)

فالإدارة تتعاون مع المتعاقد معها في تسيير المرافق العامة، تحت إشرافها ورقابتها، وهي ملزمة بالرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ المتعاقد للعقد، وسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تتباين من عقد إداري إلى آخر، فهي قليلة التأثير في عقد التوريد وذات مدى واسع في عقود الأشغال العامة إذ تمتلك الإدارة مكتب المهندس المقيم ، وتمارس هذه السلطة ايضا بوسيلة إرسال المهندسين لزيارة موقع العمل والتأكد من حسن سير العمل وفقاً للمدد الزمنية المحددة ووفقاً للتنادر الموجودة في العقد وإصدار القرارات الخاصة لتسهيل تنفيذ العقد، وأن سلطة الرقابة والتوجيه ليست مطلقة اي على الإدارة ان تلتزم بتحقيق المصلحة العامة، ولا ان تغيير من طبيعة العقد المبرم. (٣)

وايضا سلطتها في **فرض الجزاءات** اذ للإدارة سلطة ايقاع الجزاءات على المتعاقد معها إذا تخلف عن تنفيذ العقد سواء لم يوقع العقد او لم ينفذ اصلا أو خالف المدد المحددة بالعقد، او خالف تنادر العقد بتنفيذه بخلافها أو تعاقد من الباطن، اذا كانت

---

(١) د. محسن خليل، القضاء الاداري ورقابته لإعمال الادارة، الجزء الاول، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦١، ص٣٤.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، منشاة، المعارف، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٨٠.

(٣) د. جهاد زهير ديب الجرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٥، ص١١٠.

شخصيته محل اعتبار او لم يخبر جهة التعاقد بذلك، وان هذا الحق للإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها يعد من أخطر السلطات التي تمنح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، يمنحها هذه السلطة القواعد التي جاءت بها قواعد القانون الاداري بوصفها قواعد خاصة وغير مألوفة في ضل قواعد القانون الخاص، وتستخدم الادارة هذه السلطة لإجبار المتعاقد معها على حسن تنفيذ التزاماته بدقة عالية وهذه السلطة تمنح للإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، و تقسيم هذه الجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، إلى ثلاثة انواع اساسية اهمها الجزاءات المالية والجزاءات غير المالية (الضاغطة) والجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.(١)

وكذلك سلطة الادارة **في انهاء العقد**، إذ يتيح القانون للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء تنفيذ العقد ، سواء صدر خطأ من جانب المتعاقد او لم يصدر خطا اصلا، تحقيقا وتغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة . (٢)

إلا أن تلك السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الادارة، لا تفقد سلطان الارادة لدا الادارة، بل هذه السلطات، اصبحت سمة التطور الذي لحق بمبدأ سلطان الارادة، ومن ثم تبقى الارادة هي مصدر الالتزام العقدي، على الرغم من وجود القواعد التقليدية التي تحد من سلطان الارادة، التي هي **النظام العام** بنوعية المادي والمعنوي المتمثل بالآداب العامة، والنصوص الامرة، فالأولى مبهمة وذات مفهوم غير محدد بخلاف الثانية التي تتصف بالتحديد، لأنه بنصوص تشريعية واضحة، إلا أن احكام النظام العام على الرغم من ابهام وعدم تحديد مفهومها، إلا أنها ذات اعتبارات تستلهم المصلحة العامة، لتحمي مؤسسات الدولة ومرافقها وانظمتها، وحسن تسيير مرافقها العامة، وكذلك حماية الأسس العامة التي يقوم عليه المجتمع، لحماية القواعد الجوهرية التي تحكم المجتمع ، ومن ثم تقوم الادارة ممثلة للسلطة بحماية هذه المصالح الجوهرية التي يقوم عليها البنيان الاجتماعي في الدولة، فعلى الرغم من عدم الوضوح والتغير بفكرة النظام العام

(١) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص١٩٦.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي :الاسس العامة للعقود الادارية، المصدر السابق ، ص ٧٧٠.

التي تحد من حرية الادارة في التعاقد، ومن ثم فيقوم القضاء بمهمة الكشف عن الاحكام التي تخالف الاسس العامة للمجتمع، على الرغم من عدم وجود نصوص تحد من السلطة في التعاقد، لان فكرة النظام العام والآداب هي فكرة، **وظيفية و حمائية** ،إذ أن المشرع هو الذي يجبر الادارة في الحد من سلطتها في التعاقد بنصوص تشريعية، لأنها تعد ترجمة لوظيفة النظام العام، وان النصوص الامرة ليست كلها تجسيدا لفكرة النظام العام، ومن ثم تعد قيدا على سلطة الادارة المتعاقدة، بل ان البعض منها توضع لحماية متعاقدين معينين بالذات كالقوانين التي تحمي ناقص الاهلية، إلا أن تطور القواعد العقدية اضفى على مبدأ سلطان الارادة قيود، تفرض على الادارة لإعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين ، وظهور عدد من نظريات العقود الادارية كنظرية الصعوبات المادية، [١] ونظرية فعل الامير، [٢] ونظرية الظروف الاستثنائية. [٣] وظهور مسمى جديد هو **النظام العام الاقتصادي**، الذي تهدف بموجبة السلطة الى الحماية والتوجيه للعقود الادارية اي حماية الطرف الضعيف، وتحقيق سياسة اقتصادية واجتماعية، فمن حرية التعاقد الى العقد المفروض، او العقد المراقب في مرحلة الابرام، ومن مرحلة الارادة في فرض مضمون العقد الى مرحلة التدخل في ذلك المضمون، وان من العقود التي ظهرت بفرض الرقابة المسبقة للتعاقد، كشرط لصحة العقد او سريانة، وتكون على شكل الاجازة المسبقة لصحة بعض العقود، وهذا يدلل ان حتى القيود التي كان قيدا على سلطة الادارة في التعاقد قد تطورت، ولم تعد قاعدة الاخلاق او العائلة او اعتبارات المصلحة العامة في مفهومها التقليدي هي الموجة للتدخل العقدي في محتوى العقد ، وانما القواعد الاقتصادية والاجتماعية في مفهومها الحديث، التي تعتمد التبادل والخدمات بذاتها كأساس، فحرية التعاقد وقواعد المنافسة ابرزت في العقد طرفين طرف

---

(١) د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٤٣٨.

(٢) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص١٧٩.

(٣) خميس صالح ناصر المنصوري، نظرية الظروف الطارئة واثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات الاماراتي، جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص٣٨.

يستغل وهو الطرف الاقتصادي القوي وطرف مستغل وهو الضعيف اقتصاديا ، فالعقد لم يعد اداة تبادل بل اداة لتحقيق سياسة تشريعية ، إذ اصبح **النظام العام الحمائي او الموجة**، هو المحرك لمختلف العمليات العقدية، إذ اصبحت العقود المفروضة لم تعد منحصرة في فرض التعاقد او المتعاقد ، وانما تجاوزت الى فرض اساس العقد ومضمونه، فالعلاقة القانونية تنشا مباشرة من القانون، او غير مباشرة من القضاء ، والمراقب يرى هدرا لحرية التعاقد للإدارة ، بسبب تدخل المشرع بفرض اجراءات معينة على الادارة بضرورة سلوكها، فمنهم من يرى انها تفجيرا للعقد او انحدار وتفكك حرية الارادة و ازمة حقيقية للعقد، إلا أن البعض الآخر يرى تطوراً لحرية التعاقد ، إذ يرون ان الخروج على مبدأ حرية التعاقد ليس معناه ان هذا المبدأ كان سليما من لحظة ظهوره بل إن التطور الذي حصل يعد اعادة صياغة لهذا المبدأ. (١)

وان حرية الادارة في التعاقد في الاشغال العامة تفرض عليها ضرورة ان يتصف العقد بالكتابة باعتباره اهم العقود الادارية، وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري قضت بان الكتابة هي الاصل في المجال الاداري لأنها تساعد على معرفة طبيعة العقد، وفي ذلك قضت بانه (العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الاداري بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطهما التعاقدية بالكتابة إلا أنه لا يزال يؤدي دورا مكملا لبعض انواع العقود الإدارية، فقد تركن اليه مع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل اغراض التعاقد الاصلي من ناحية من النواحي التي انصبت عليها و هذا الاسلوب التعاقد يخالف مشكلة التعرف على طبيعة هذا العقد اذا اعوزه بعض الخصائص التي يتسم بها العقد الاداري كعنصر الشروط الاستثنائية مثلا ولقد قطع القضاء الاداري في فرنسا في هذا الصدد بان هذا العقد المكمل تتصرف اليه طبيعة العقد الاصلي بحكم ارتباطه وتأويله عليه واذا فلا حاجة البتة لاستظهار اركان العقد الاداري فيه). (٢)

---

(١) د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص١١٣.

(٢) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن المرقم ١٤٠٠ سنة ١٢ في الجلسة ٥/١٨/ ١٩٦٨ منشور في د. علي الدين زيدان، المصدر السابق ، ص ٤٣٦.

يـرى الباحـث: ان مفهـوم حريـة التعاقـد او مبـدأ سـلطان الارادة، قـد اخـذ يتغيـر بـل ان جانـب مـن الفقهـاء قـد انتقـدوا الاسـاس او الفكـرة الاولـى لهـذا المبـدأ إذ كانـت تـدل ابتـداء علـى الحريـة فـي ابـرام العقـود بغـض النظـر عـن الشـروط والقيـود التـي تحـد مـن التعاقـد، إلا أن التحـول والتطـور واتجـاه الـدول الـى تبنـي العديـد مـن المـذاهب ، كـان لـه الـدور الغالـب علـى التشـريعات التـي تسـن فـي البلـدان ، ومـن ثـم اصـبح توجـه القـوانين الـى التشـديد علـى سـلطان الارادة، امـا طريقـة سـلطان الارادة لـلإدارة (السـلطة) يختلـف عمـا هـو عليـة لـدا الافـراد العـاديين، إذ منـذ لحظـة التفكيـر بالتعاقـد لإشـباع الحاجـات العامـة الـى لحظـة اتمـام تنفيـذ العقـد فـالإدارة ليسـت مخيـرة كمـا هـو الحـال فـي سـلطان الارادة لـدا الافـراد طبقـا للقـانون الخـاص، إذ تفـرض القـوانين علـى جهـة الادارة ابتـداء مـن بدايـة اختيـار المتعاقـد مـع الادارة ، الـى الضـوابط القانونيـة التـي تضـعها السـلطة المختصـة بالتشـريع فـي الدولـة لاختيـار اسـاليب التعاقـد، وسـلطات الادارة الاسـتثنائية التـي تتـاح لهـا فـي مواجهـة المتعاقـد معهـا، التـي تبتعـد كثيـراً مـن جانـب عـن الحريـة التعاقديـة إلا أنهـا فـي واقـع الامـر تكـون حريـة تعاقديـة حديثـة تنسـجم مـع تطـور النظـرة الـى مبـدأ سـلطان الارادة بـاحترام القـوانين التـي تسـنها السـلطة، لـذا فحريـة التعاقـد لـدا الادارة موجـودة ومتـوافرة إلا أن طبيعتهـا تختلـف عمـا هـو عليـة فـي الافـراد العـاديين، إذ أن لـلإدارة سـلطة تقديريـة داخـل كـل جانـب مـن جوانـب اختيـار المتعاقـد وسـلطاتها الاسـتثنائية، وكـذا ان سـلطاتها الاسـتثنائية تكـون خاضعة لمراقبة القضاء وضرورة تعويض المتعاقد معها تعويض عادل.

وتتسـع مجـالات النظـام العـام وتقـتحم مجمـل منـاحي الحيـاة، وهـذا الـذي يـدل لحالـة الركـون اليهـا فـي كافـة التشـريعات، فهـي فكـرة متجـددة مسـتمرة فلـم تسـتطع الجهـات القضـائية ولا الجهـات التشـريعية إن تغفـل عنهـا او تهـدرها، لتأصـلها بـالمرتكزات العقديـة بوجـود الجماعـة ، فهـي تتـدرج مـن حيـث قوتهـا القانونيـة تبعـا لمنشـئ وجودهـا، إذ أن التـدرج القـانوني لقواعـد النظـام العـام يمكـن اعمالـه، إذ أن احكامـه تسـتمد اسـاس وجودهـا الحقيقـي الـى الاصـول الكليـة لمكونـات المجتمـع الفـرد والجماعـة، والـى الاحكـام الأساسـية المصيرية المتعلقة بالوجود الضروري للدولة.

فقد خلصنا الى ان احكام النظام العام بمفهومها الحديث قد ظهرت بظهور الوجود الكياني للدولة، وما يستتبعه من حماية المرتكزات الأساسية التي تقوم عليها الدولة، إذا أن احكام النظام العام ما هي إلا سلطة بيد الدولة لردع التصرفات الاجتماعية المخالفة للأسس التي تقوم عليها الدولة، بغض النظر عن تلك الاسس فقد تقوم الدولة على اساس انها ترتبط بالتعبير الحقيقي عن الجماعة، والذي يستند الى رضا الافراد في قيام السلطة، ومن ثم تكون تلك الاسس التي تقوم عليها الدولة منسجمة الى حد ما مع رأي الجماعة، يوصف إن السلطة تمثل التعبير الحقيقي عنها، وتكون القاعدة العليا التي تمثل احكام النظام العام، مستندة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها الوجود الفعلي للدولة، فهنا تقوم السلطة التي تمثل الجانب التنفيذي للدولة بسن مجموعة من القواعد المتصلة بحماية الاسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية العليا للمجتمع، وتتدرج تلك القواعد بناء على مدى اهميتها بالنسبة لوجود الجماعة و لارتباطها الوثيق بالمرتكزات العقدية التي تقوم عليها الدولة، التي تعد المعبر الحقيقي للجماعة بوصفها استندت الى رضاهم بناء على حق الافراد في المشاركة في تكوين السلطة ابتداء من السلطة التأسيسية التي يقع على عاتقها تأسيس السلطات و سن الدستور الى المرتكزات الادنى، وحتى في ظل الدول التي تجافي الديمقراطية، فعلى الرغم من أن الدولة بوجودها تقوم على اساس إنها لا تعبر عن الإرادة الحقيقية للأفراد، إلا أن القابضين على السلطة هم من يضع المرتكزات العقدية الأساسية التي تقوم عليها الدولة بسلطاتها لكي تكون وسيلة رادعة بيد هؤلاء للرد على الجماعة، ولجعل الافكار العقائدية التي يقوم عليها فكر القابضين على السلطة بمرتبة عليا من مراتب التكوين القانوني، فهم من يقوم بتصنيف الاحكام الارتكازية العليا التي يقوم عليها النظام العام، بوصفها الممثل الفعلي للجماعة في المرتكزات الحقيقية التي يقوم عليها النظام العام في الدولة، إذ يقوم على مجموعة من الاحكام والتي ما برحت إلا أن اصبحت الاحكام الأساسية العليا في الدولة، فبإمكاننا أن نجعل نوعا من التدرج لإحكام النظام العام في الاحكام والقواعد الأساسية العليا الموجودة في ضمير الجماعة والمتعلقة بكينونة وجودهم، فتكون تلك الاحكام في المرتبة العليا، وتعلوا حتى على

القواعد الامرة في الدستور، إلا أن تلك الاحكام قسما منها يتم النزول فيه وترجمته الى قواعد قانونية بالمعنى الفني للصياغة التشريعية، والقسم الآخر يبقى تستلهم منه السلطات وتهتدي لإحكامه، بواسطة السلطة القضائية أي القاضي، هو الذي يصل الى تلك الاحكام الفوقية، ويقع عليه عاتق تفسير تلك الاحكام والهبوط بها وترجمتها الى قرارات تحد من هدر تلك الاحكام، والمرتبة الثانية من الاحكام هي الاحكام التي جاء بها الدستور وبالتحديد القواعد الأمرة الدستورية والتي وضعتها السلطة التأسيسية بمرتبة عليا من مراتب القواعد الدستورية فهي ترتفع وتعلوا على كل القواعد بناء على ارادة واضعي الدستور، وبعد ذلك تأتي مرتبة احكام النظام العام العادية أي الاحكام الموجودة في القوانين والتشريعات العادية، التي ارتأى واضع التشريع بجعلها بمرتب عليا، لا يجوز مخالفتها كما هو الحال في باقي قواعد النظام العام التي تجعل جزاء المخالفة البطلان، ففي العراق على سبيل المثال هناك قواعد ومرتكزات فوقية عليا يقوم عليها البنيان الاساسي للجماعة فهذه القواعد تعلو حتى على الدستور ولا يجوز مخالفتها من قبل كل السلطات ولا نريد الخوض بتلك الاحكام الاساسية العليا والتي يقوم عليها وجود الجماعة قبل الدولة، فحتي السلطة التي لا تستند الى مبادئ الديمقراطية ، التي كانت مسيطرة قبل عام ٢٠٠٣، فلا تستطيع ان تخالف تلك الاحكام جهاراً، وان كانت قد خالفت البعض منها سراً، فوجود المكونات الأساسية للمجتمع العراقي كالمكون الكردي والمكونات الاخرى ووجود التنوع الاثني والمذهبي هي اسس مرتبطة بوجود الجماعة، لا تستطيع السلطة مخالفتها جهاراً، فعلى سبيل المثال لا تستطيع السلطة ان تبرم عقد الاشغال العامة لإنشاء مرفقاً عاماً، يضر بالمرتكزات الأساسية التي يقوم عليها البنيان الاساس الفوقي للجماعة في العراق، و كذلك في اطار القواعد الأمرة الدستورية اي الاحكام الفوقية التي تجعلها السلطة في الدستور، وتعطيها أهمية عليا بوصفها من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها او الاتفاق عن النزول عنها او هدرها.

فهي ملزمة لكل السلطات ابتداء من السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية، إذ لا تستطيع السلطة التشريعية ان تشرع القوانين العادية التي تنظم احكام

ابرام تعاقدات الاشغال العامة بما يقع بالضد من احكام النظام العام الفوقية، فعلى سبيل المثال اصدرت سلطة الائتلاف المؤقت (المنحلة) قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤، والذي احتوى على (١٥) قسماً من الاحكام ابتداء من القسم الاول وهو قواعد العقود الحكومية العامة، الذي احتوى على المبادئ الأساسية لإبرام التعاقدات التي تقوم بها الادارة، الى القسم الاخير وهو قسم التنفيذ اي سريان هذا القانون، والذي احتوى على احكام غير واضحة المفاهيم، وجاءت انسجاما لإرادة سلطة الاحتلال آنذاك، فنتمنى على السلطة التشريعية في العراق ان تقوم بصياغة قانون للعقود الحكومية وهذا القانون ينسجم مع المرتكزات العليا للمجتمع و متلائم مع القواعد الدستورية لدستور ٢٠٠٥ العراقي النافذ، بعيداً عن التشابك و سوء الترجمة التي اعترت هذا القانون، فوفقاً للتدرج القانون لإحكام النظام العام فإن الاحكام التي جاء بها قانون العقود العامة يقع بمرتبة ادنى من الدستور و اعلى من الأنظمة والتعليمات، ومن ثم لا يجوز للسلطة التنفيذية وفقاً لمبادئ احترام القواعد القانونية الاعلى درجة، ان تخالف هذا القانون، إي الاحكام التي تدنو قانون العقود العامة درجة فكانت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني المعد من وزارة التخطيط العراقية و النافذة الى تاريخ ١/٧/ ٢٠١٦، وهو تاريخ سريان الوثائق القياسية العراقية الصادرة من وزاره التخطيط و النافذة حالياً، فهذه الاحكام ابتداء من المرتكزات الأساسية العليا للمجتمع، والتي توجب على السلطات وعلى الإدارة الا تبرم عقداً للأشغال العامة بما يخالف احكام النظام العام الفوقية ولا القواعد الأمرة التي احتواها دستور ٢٠٠٥ العراقي ولا القواعد الأمرة التي تحوي على مرتكزات اساسية في قانون العقود العامة العراقي رقم ٨٧ لسنه ٢٠٠٤، ولا الاحكام الأمرة المتعلقة بالنظام العام التي جاءت بها الوثائق القياسية العراقية، فكل مخالفة لإحكام النظام العام وفقاً لمنهج التدرج القانوني يكون مصيرها البطلان .

الفصل الثانـي

احكام النظام العام في ابرام عقد الاشغال العامة

الفصل الثاني

احكام النظام العام في ابرام عقد الاشغال العامة

تفرض التشريعات اجراءات قانونية مشددة حيال سلطة الادارة في ابرام عقد الاشغال، وذلك لارتباط هذا العقد بأهم مفصل من مفاصل الادارة ألا وهو المرفق العام، فهذا المفصل يشكل العمود الفقري لعملية التنفيذ والادارة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية عموماً، واختصاصها الاداري على وجه الخصوص، فمن خلال المرافق العامة تقوم الادارة بتلبية حاجات الافراد، وتأمين كل عناصر النظام العام من الامن العام من خلال مرافق وزارة الداخلية والصحة العامة من خلال مرافق وزارة الصحة والهدوء العام والعناصر الاخرى للنظام العام، لذا يرتبط النظام العام بالمرفق العام ارتباط وثيق ولا تستطيع جهة التعاقد أن تسير وتنظم المرافق العامة دون أن تقوم بالعملية العقدية المتمثلة بإبرام عقد الاشغال العامة، فتحوي تلك العملية نوعين من الاجراءات النوع الاول اجراءات ذات طابع شكلي وهي قواعد قانونية او تعليمات تلزم جهة التعاقد بضرورة القيام بها من الناحية الشكلية، ويترتب على مخالفة البعض منها بطلان العقد، وقواعد موضوعية اخرى تتصل بموضوع عقد الاشغال من ناحية الاركان الأساسية التي يقوم عليها عقد الاشغال كغيره من العقود الاخرى، لذا اصبح محتماً علينا أن نتناول هذا الفصل في مبحثين، إذ سنتناول في المبحث الاول أحكام النظام العام في إجراءات عقد الاشغال العامة وفي المبحث الثاني سنتناول القواعد الموضوعية لعقد الاشغال و مدى إرتباطهما بالنظام العام.

المبحث الاول

احكام النظام العام في اجراءات عقد الاشغال العامة

إن عملية ابرام عقد الاشغال العامة يعتمد اساساً على مدى التزام جهة التعاقد بتنفيذ القواعد القانونية الحاكمة، لعملية التعاقد والمبادئ العامة التي تحكم كل العملية العقدية، بمختلف اجراءات التعاقد، فالإجراءات القانونية الشكلية التي يتسم بها عقد الاشغال تكون ملزمة لجهة التعاقد، إلا أن الاجراءات الشكلية ليست كلها قواعد حاكمة في التعاقد، ولا تكتسب وصف النظام العام، إلا أن البعض منها يرتبط ارتباطا مباشر بقواعد النظام العام، التي لا يجوز هدرها او التنازل عنها او الاتفاق على مخالفتها، وذلك لارتباطها بحسن سير وانتظام المرفق العام، فهناك

نوعين من الالتزامات التي تقع على عاتق جهة التعاقد، الاولى التزامات حاكمة، لابد على جهة التعاقد أن تقوم بها وإلا توصم إجراءاتها بعدم الشرعية، واجراءات اخرى لا يترتب عليها بطلان العملية العقدية، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين، إذ سنتناول في المطلب الاول الضوابط الشكلية الاجرائية المتعلقة بالنظام العام و في المطلب الثاني سنتناول ضوابط النظام العام في الاجراءات الشكلية الختامية للإبرام.

المطلب الاول

الضوابط الشكلية الاجرائية المتعلقة بالنظام العام

إن الاجراءات التي يقوم عليها عقد الاشغال العامة، تتسم بالشكلية وهذه الاجراءات تكون ملزمة لجهة التعاقد ويقع عليها التزام قانوني بضرورة مراعاة تلك الاجراءات والقيام بها، إلا أن عدم قيام جهة التعاقد بهذه الاجراءات لا يترتب عليه بطلان العملية العقدية، المتمثلة بعقد الاشغال، ولا يمس مشروعيته، لأنها وضعت لمصلحة الادارة، وبالإمكان القيام بإجراءات لاحقة لاستكمال تلك الاجراءات[١]، على الرغم من الزامها إلا أنها لا تكون من النظام العام، التي

(١) في قرار للمحكمة الإدارية المختصة في العقود الحكومية الملغاة في ٥/١/ ٢٠١١ اشارت الى ان دائرة المعترض عليه قد اعلنت مناقصة مد خط مجاري في ناحية تازة في الحي العسكري ونتيجة للمناقصة وعطاءه فيها فقد احيلت بعهدته استنادا لكتاب مديرية مجاري كركوك العدد ٤٢٢٩ في ٢٠١٠ ولعدم قناعة المنافس من شركة (د) للمقاولات ...بسبب كون عطاء شركة (د) اوطأ من عطاء شركة (ص) و لديها اعمال مماثلة اما شركة (ص) ليس لها اعمال مماثلة وايدت المحكمة الإدارية ذلك ، وكذلك تم تصديق القرار من قبل الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف الرصافة في ٢٧/ ٢ /٢٠١١.قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ١٥ ادارية تخطيط ٢٠١٠ في ٥/١ /٢٠١١ منشور في التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة اعداد شهاب احمد ياسين وخليل المشاهدي، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠١٨، ص ١١.وفي قرار للمحكمة ان مبلغ التامين بالإمكان استكماله وكذلك تقديم خطاب ضمان وقرارات الغاء قرار الاحالة المرقم ١٨٤٠ في ٧/ ١١/ ٢٠١٠ الذي تم تصديق تميزا في قرار الهيئة التمييزية في محكمة استئناف الرصافة الاتحادية في ٢٤-١-٢٠١٤.قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٢٤ ادارية تخطيط ٢٠١٠ في ٥/١ /٢٠١١. منشور في التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية اعداد شهاب احمد و خليل المشاهدين ، المرجع السابق، ص ١٤.وفي قرار المحكمة ابدت المحكمة اسباب استبعاد الشركة المقترضة الواردة من قبل لجنة التحليل ، التي هي عدم تقديم التامين الكامل وبراءة الذمة وعدم وجود اعمال مماثلة .قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٢٦ ادارية تخطيط ٢٠١٠ منشور في، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة ، مصدر سابق، ص ١٨.

تجعل مجمل العملية العقدية باطلة في حالة تركها او التنازل عنها او الاتفاق على مخالفتها لإحكام النظام العام.

في الواقع ان احكام النظام العام في مرحلة ابرام العقد تتركز في مرحلة التنظيم والاختصاص في ابرام عقد الاشغال، وان هذا العقد يمر بمراحل كثيرة توجبها القوانين والانظمة والتعليمات على جهات الادارة ، وهي تشكل مرحلة تنظيمية لابد ان يتمها عقد الاشغال، إذ يتطلب من جهة التعاقد سلوك مجموعة من الاجراءات الواجبة على الادارة في معظمها بغية اكمال العملية العقدية المنشودة من قبل جهة التعاقد، وقد اشرنا في الفصل الاول إن هناك اختلافاً دقيقاً بين القواعد الآمرة وقواعد النظام العام، اي قد نجد ان هناك وجوب او التزام قانوني على جهة التعاقد، إلا أن هذا الوجوب لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يقدح بمشروعية عقد الاشغال، وهذا الامر يحتم علينا أن نبين مراحل ابرام العقد ليتبين لنا مدى تعلق تلك المراحل بالنظام العام، وهذا يمكن أن يبين في مدى حرية جهات التعاقد في الاتفاق على استبعاد تلك القواعد، فإن كان باستطاعتها استبعاد تلك القواعد تحولت القاعدة الى قاعدة خارج نطاق النظام العام، وبإمكان المتعاقدين استكمال تلك الاجراءات في وقت لاحق من دون ان يترتب على ذلك بطلان العقد، لذا سنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع، إذ سنتناول في الفرع الاول التخصيص المالي وفي الثاني الاذن بالتعاقد وفي الثالث سنتناول ضوابط النظام العام في اساليب التعاقد.

الفرع الاول

التخصيص المالي

على جهة التعاقد بادئ ذي بدأ ان تقوم بتوفير الاعتماد المالي، لتقدير احتياجاتها الفعلية والضرورية لعملية التعاقد وهو ما اكدته المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغاة (وجوب دراسة محدثة عن الكلفة التخمينية للمشروع ...) هذا في ما يتعلق بالاحتياج المالي فهو غير متعلق بالنظام العام وان عدم توفره لا يقدح بسلامة العقد، بخلاف التخصيص المالي الذي يعد من صميم احكام النظام العام ، الذي يعد باطلا كل اتفاق تجريه الإدارة دون تخصيص مالي في العراق، اذ نصت المادة السابعة من تعليمات تنفيذ الموازنة لسنة٢٠١٩على انه(ا-التأكيد على الالتزام التام بإحكام قانون الادارة المالية والدين العام رقم ٩٥

لسنة٢٠٠٤...عدم الدخول باي التزامات مالية او التعاقد، قبل التأكد من توفير التخصيص المالي اللازم لذلك في الموازنة المختصة ويتحمل الامر بالصرف المسؤولية في حالة التجاوز على التخصيصات).

واهمية توفير التخصيص المالي هو لتحديد وتقدير الحاجة لجهة التعاقد قبل طرح المشروع للمناقصة لكي تحافظ على موازنة الجهات الادارية وضمان استخدامها بطريق امثل ، لكي لا تقوم جهات التعاقد بالإسراف في المال العام في عقود ليست فيها فائدة قوية لجهة التعاقد. [١]

فوجود تخصيص مالي في قانون الميزانية العامة يؤدي الى وجود قاعدة آمرة تلزم بها الادارة بإبرام عقد الاشغال العامة والا تتعرض للمسؤولية، لان لها التزام في تحقيق الخدمات العامة للمواطنين عن طريق ابرام العقود الادارية والتي منها عقد الاشغال[٢].

---

(١) فهو يعد اعتمادا من قبل السلطة التشريعية للنفقات، وتعد ضمن مخصصات الموازنة التي يمنحها ممثلي الشعب للحكومة وقد عرفت في القسم الثاني من قانون الإدارة المالية والدين العام رقم ٩٤ لسنه ٢٠٠٤ بانها تخويل قانوني الممنوح للحكومة لانفاق المال العام خلال السنة المالية لأغراض محددة، وانا اساسه مرتبط بالأذن الذي يمنحه ممثل الشعب التي نشأت من حق المجالس النيابية في الاذن بالضريبة، وتعد عملية التخصيص اعادة توزيع الدخل القومي على فئات المجتمع و كل مؤسسات الدولة وحري بالإشارة ان القانون الاساسي العراقي اشاره في المادة(٩٨) منه (يجب ان تصدق مخصصات كل سنة بقانون سنوي يعرف بقانون الموازنة) وقد تأكد ذلك في قانون الادارة المالية والدين العام لعام (٩٤) وجعلها من مهام وزارة المالية في ان تجرى عملية تخصيص الميزانية لوحدات الانفاق وان تتأكد من ان منفذ الميزانية لا يتجاوز المخصصات السنوية. وقد اكد قانون الإدارة المالية والدين العام على مجموعة من المبادئ المتعلقة بالتخصيص اذا منعت الفقرة سادسا من القسم ٦ من قانون الإدارة العامة والدين العام ،منع الوزير من اصدار قرار او اتفاق من شانه ان يؤدي الى انفاق لا اعتماد له في الموازنة، ومنع الوزير من ان ينقل الاعتماد من بند الى بند اخر في الموازنة الا بقانون، و منع الوزير ان يتجاوز الانفاق الى الحد الاعلى للاعتماد، ولا يجوز ان تضاف الى اعتمادات وزارة المالية اعتمادات باقية بدون استعمال من دورة سابقة الا في حالة تدوير الاعتمادات، اما اعادة التخصيص اي المناقلة فالبرلمان يقوم اما باعتماد مبلغ اجمالي لجميع النفقات ويعطي للحكومة السلطة التقديرية في التوزيع او ان يفتح لكل نوع من انواع النفقات التي تحتاج اليها المرافق العامة اعتماد خاص وهو ما يسمى بالحد الاقصى للنفقة، د. بان صلاح عبد القادر، التخصيص المالي في الموازنة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون الجامعة المستنصرية، المجلد الثاني، الاصدار ٣١ ،٢٠١٧، ص٨-١٣.

(٢) د. رياض الزهيري ، اسس القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص٢٦٠.

إن الادارة ليست حرة في عدم ابرام العقود الادارية [١] ، ولا تستطيع ان تبرم اتفاق يخالف قانون الموازنة العامة بعدم قيامها بتوفير الخدمات ورعاية المصالح العامة وتسيير المرافق العامة، التي يكون واجبها الاساسي في ذلك، إذ أن قيامها في هذه الواجبات وعدم استطاعتها مخالفتها يقع من صميم أحكام النظام العام في العراق.[٢]

ونصت المادة (١٥ /اولا) من قانون الإدارة المالية رقم ٦ لسنه ٢٠١٩ العراقي النافذ على انه (لا يجوز لأي وحدة انفاق ان تتجاوز مصروفاتها التخصيصات المرصدة لها في قانون الموازنة العامة الاتحادي على اي وجه من اوجه الصرف و لأي سبب من الاسباب/ ثانيا لا يجوز لوحدات الانفاق الدخول بالتزامات تؤدي الى التجاوز على التخصيصات المرصد لها في قانون الموازنة العامة الاتحادي)، والمادة (١٦/ اولا /ا) التي نصت على انه(لا يجوز الدخول باي التزام الا بعد التأكد من توفر التخصيص المالي اللازم).[٣]

أما في مصر وفقاً للقانون الجديد فقد نص القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على وجوب توافر الاعتمادات المالية إذ نصت المادة (١١) منه على أنه (يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك، ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية، ويجوز إبرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات في إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر في السنة التي يتم فيها التعاقد. ويكون التعاقد بالنسبة

---

(١) وحري بالإشارة ان التخصيص المالي الذي ترصده جهة الادارة يخضع للزيادة وفقا لما اشارت اليه المادة (٥٣) من شروط المقاولة العراقية (يحق لصاحب العمل تعديل كميات او حجم العقد بالزيادة او النقصان في حدود ٢٠% بالنسبة لكل فقرة من فقرات جدول الكميات بذات الشروط والاسعار دون ان يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة باي تعويض عن ذلك. ويجوز في حالات الضرورة تجاوز هذه النسبة بشرط موافقة المتعاقد مع الادارة حميد لطيف نصيف، ادارة المناقصات والعطاءات في عقود المقاولات الحلول العملية للمشكلات الناشئة منها ، ط٢ ، بدون ناشر ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص٨.

(٢) د. محمد احمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٤.

(٣) قانون الإدارة المالية رقم ٦ لسنه ٢٠١٩ العراقي النافذ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد رقم (٤٥٥٠) في ٥ اب ٢٠١٩.

للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة في حدود التكاليف الكلية المعتمدة، على أن يتم الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة ويحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية، كما يحظر التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل، وبموافقة السلطة المختصة). [١]

وقد عرفت المادة الاولى من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على انه (الاعتماد المالي: المبلغ المخصص للجهة الإدارية من وزارة المالية والمدرج بموازنتها لتوفير احتياجاتها). [٢] ونصت المادة (١٥) من اللائحة ذاتها على انه(يحظر على الجهات الخاضعة لأحكام القانون وهذه اللائحة النشر على بوابة التعاقدات العامة والإعلان أو توجيه الدعوات، بحسب الأحوال، لأي عملية للتعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الاستشارية ما لم يكن لها اعتماد مالي).

وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا المصرية في قرارها بالزام الادارة بضرورة أن تحصل على الاعتماد المالي لمواجهة وتغطية الاعباء المالية التي يتطلبها العقد[٣].

وذهبت بعض التشريعات المقارنة الى سن قوانين آمرة بالزام جهة التعاقد بضرورة توفير الاعتماد المالي قبل الشروع في اجراءات عقد الاشغال اذ نصت المادة (٣٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٦ ، على ما يأتي (يجب على الجهة صاحبة الشأن قبل الطرح بيان الاعتمادات المالية وضمان اتاحة التمويل اللازم لصرف قيمة مستخلصات الاعمال في مواعيدها المقررة قانون ويراقب الجهاز توفيرها قبل الاعلان عن المناقصة)[٤].

---

(١)المادة (١١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة الاولى من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ أكتوبر ٢٠١٩.

(٣) اسماعيل صعصاع البديري وعبد الحسين عبد نور هادي، مصدر سابق، ص٢١٧.

(٤) المادة (٣٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٦.

وكذلك نصت المادة (٦/أ) من نظام الاشغال الحكومية الاردني على ما يأتي (تنفيذ الاشغال والخدمات الحكومية عن طريق طرح عطاء كلما كان ذلك مفيداً وعملياً ، وان لا يتم الاعلان عن طرح اي عطاء او اجراء اي تلزيم، إلا أذا كانت المخصصات المالية متوفرة لتنفيذ او التزام مجلس الوزراء بتوفيرها)[١].

إلا أنه لا يؤثر عدم توفير الاعتماد المالي على سلامة وصحة عقد الاشغال فالعقد صحيح في فرنسا ومصر، إلا أنه يواجه استحالة التنفيذ بعدم استطاعة الادارة تنفيذ التزاماتها المالية وينحصر حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض باعتبار العقد مفسوخاً لعدم امكانية تنفيذه[٢].

وفي فتوى لمجلس الدولة المصري والتي اشارت الى عدم جواز اساءة الجهة الادارية لحقها في تحديد احتياجاتها بانقاص حجم التعاقد مع اعطاء لنفسها حق اعادة حجم التعاقد الى وضعه الاصلي او زيادته بنسبة ٢٥% خلال عام من تاريخ التعاقد[٣].

نلحظ مما تقدم مدى الاختلاف في النظر الى التخصيص المالي ومدى ارتباطه بالنظام العام، ففي بعض الدول الادارة تكون ملزمة بتوفير الاعتماد المالي، إلا أنها ليست من النظام العام إي أن إبرام الادارة لعقد الاشغال من دون وجود إعتماد مالي لا يؤثر على مشروعية العقد، فالعقد صحيح ونافذ. اما فيما يتعلق بالتخصيص المالي فانه يعد ضرورة اساسية في التشريع العراقي ويترتب على عدم وجود تخصيص مالي بطلان العملية العقدية،[٤] بخلاف الاعتماد المالي او دراسة الجدوى الاقتصادية والمالية فأن عدم وجود دراسة الجدوى المالية لا يؤثر في

---

(١) المادة (٦/أ) من نظام الاشغال الحكومية الاردني رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦.

(٢) وهو اتجاه الفقيه (جيز) الذي يرى ان عدم وجود اعتماد مالي او تجاوز ذلك الاعتماد المرصود يعتبر العقد منتجا لاثاره القانونية في علاقة الادارة مع المتعاقد.

Jeze:lathorit genevale des contrasts de ladministralion, paris, 1931, P, 15.

نقلاً عن د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٥٦.

(٣) فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٤٠٥ في ١٩٨٩/٧/١٠ نقلاً عن احمد منصور ، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، المجلد الاول ، بدون سنة ودار نشر ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٢٥.

(٤). د. فاروق احمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢ ، ص٧٣-ص٧٤.

صحة العقد كما ذكرنا سابقا وحتى وان تجاوزت جهة التعاقد على الكلف التخمينية المحددة فإنها لا تبطل العقد إلا أن عدم وجود تخصيص مالي في العراق يجعل العقد باطل.

الفرع الثاني

الاذن بالتعاقد

إن الاختصاص من النظام العام ، ويقع باطلاً كل ما يخالف ذلك ، وان ابرام عقد الاشغال العام يحتاج الى الحصول على موافقات (اذن بالتعاقد) من قبل الجهات ذات الاختصاص فلجهات التعاقد في ابرام العقود اختصاصات مختلفة حسب نوع العقد ، فإن كان العقد له ارتباط بسيادة الدولة او مواردها المهمة فإن السلطة التشريعية هي المختصة بالعقد او اعطاء الاذن والتصريح بالتعاقد، إما أذا تعلقت بدوام سير وانتظام المرفق العام فتكون السلطة التنفيذية هي المختصة[١].

حري بالإشارة ان مرحلة الاذن بالتعاقد التي توجهها القواعد القانونية يرد فيها دور النظام العام على درجة كبيرة من الاهمية والاتساع، إذ في حالة تخلف الاذن بالتعاقد يترتب على ذلك بطلان الاجراءات السابقة على التعاقد، ومن ثم بطلان عقد الاشغال لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام وكذلك حالة صدور الموافقة من غير المختص.

وقد اشار مجلس الدولة المصري إلى أن الاختصاص احد اركان التصرف القانوني للإدارة اي يقع بمنزلة الاهلية للشخص الطبيعي، لذا فيشترط ان يكون متمتعاً بالأهلية اللازمة للقيام بالتصرف القانوني ، حتى يكون التصرف صحيحاً ومنتجا لإثاره ، فكذلك الحال بالنسبة للموظف المختص بالمصادقة على التصرف يجب أن يكون مختصاً بذلك[٢].

واي تعاقد من قبل الجهات الادارية دون الحصول على الموافقات الرسمية من قبل الجهات ذات الاختصاص يجعل العقد معدوماً تارة او باطلاً، حسب مأل الاجراءات، وقد ذهب القضاء في مصر الى بطلان العقد الذي يبرم دون موافقة الجهات العليا، بخلاف قضاء محكمة تمييز

---

(١) علي حمزة عباس الغنمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠١٠ ، ص١١.

(٢) فتوى مجلس الدولة المصري الصادر من الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع رقم ١٦٢ في ١٩٥٠/٥/١٨.

العراق التي جعلت العقد موقوفاً في حالة ابرامه دون الحصول على الموافقات الاصولية من قبل الجهات ذات الاختصاص. [١]

ومن ثم يتحول العقد الموقف الى عقد صحيح ونافذ بمجرد الحصول على موافقات من الجهات ذات العلاقة.

وفي فرنسا اشترط المشرع الفرنسي ان يصدر التصريح من جهات ادارية خاصة لإبرام عقود الدولة، التي تتم في بعض المجالات وبالخصوص التصرفات العقارية[٢] فتكون(التصرفات العقارية والمقايضات التي تتم في حدود (مليون فرنك) فيصدر التصريح من ممثل الدولة (حاكم الاقليم) وذلك بناءً على اقتراح مدير القطاع ، واذا تجاوزت التصرفات العقارية والمقايضات مليون فرنك حتى قيمة مليون فيكون القرار من الوزير وان تجاوزت التصرفات خمسة مليون فرنك فإن التصريح يصدر بمرسوم جمهوري على تقرير الوزير).[٣]

وقد نصت المادة(١٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (على إدارة التعاقدات أن تعد مذكرة أو أكثر للعرض على السلطة المختصة للموافقة على البدء في اتخاذ إجراءات الطرح والتعاقد وغيرها من الإجراءات، ويجب أن تتضمن هذه المذكرة على وجه الخصوص بيان محل الطرح وطريقة التعاقد ومدة سريان العطاءات، وغير ذلك من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون). [٤]

كما اشارت المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بوجوب الحصول على الموافقات والتصاريح من الجهات التي لها حق التعاقد. اذ نصت على انه(على الجهة الإدارية

---

(١) قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية في الدعوى المرقمة (١٥٨) في ١٩٦٦.

(٢) عبد الفتاح صبري ابو الليل ، مصدر سابق ، ص١٦٦.

(٣) نواف كنعان ، النظام القانوني لإبرام العقود الاداري ، بحث منشور في مجلة (دراسات) ، الجامعة الاردنية ، ١٩٩٨ ، ص٥٧.

(٤) المادة(١٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ النافذ.

قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع الطرح من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك). [١]

إن عقد الاشغال من العقود ذات الاهمية البالغة في اكمال المشاريع التي ترمي الى تنفيذها السلطة الادارية، والتي الزم المشرع السلطات الادارية المتعاقدة قبل ابرام العقد على أن تحصل على الموافقات الرسمية والتصاريح القانونية، ولا يجوز للسلطة أن تتخذ اي اجراء من دون الحصول على تلك الموافقات ، وقد يكون التصريح عاماً يشمل كل العقود او خاصاً بعقد معين ، وذلك بغية حماية اموال الدولة وتحقيق الرقابة البرلمانية على اعمال السلطة التنفيذية[٢].

وفي الحالات التي يوجب المشرع على جهة التعاقد الحصول على اذن جهة اخرى قبل ان تباشر في ابرام العقد، فإنها ملزمة بذلك قبل ان تقع جهة التعاقد في ازمات مالية او صعوبات فنية او تجاوزات قانونية.[٣]

وان الموافقات التي تشترط بعض التشريعات الحصول عليها قبل ابرام العقد تأخذ صور مختلفة فقد تقوم السلطة التشريعية بإصداره على شكل قانون ، او يصدر من جهات السلطة التنفيذية بصورة قرار اداري ، وان هذه التصريحات للبدء بعملية التعاقد ليست ذات صبغة مالية بخلاف شرط التامين المالي، إذ يعد اجازة ببدء العملية العقدية، وهذا التصريح يختلف عن الاستشارات سواء كانت فنية او مالية والتي تهدف الى تحقيق اعتبارات فنية وقانونية لكي لا تقع في المخاطر مستقبلاً.

ويؤكد الفقيه (جيز) من اعمدة الفقه الفرنسي ان القواعد المتعلقة بضرورة الحصول على التصريح السابق على التعاقد هي قواعد متعلقة بالقطاع العام ، لأنها تقوم على اسباب جوهرية تتصل بالمصلحة العامة اتصالاً وثيقاً[٤].

---

(١) المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨المصرية النافذة.

(٢) مصطفى كامل محمد علي ، الشروط والاجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة واثارها على عقود الادارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٣٠٧.

(٣) محمد ماهر ابو العنين ، قوانين المناقصات والمزايدات والعقود الادارية في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٤، الكتاب الاول ، ابرام العقد الاداري ، مكتبة نادي مجلس الدولة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٣٢٠.

(٤) د. عبد الفتاح صبري ابو الليل ، اساليب التعاقد الاداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه جامعة طنطا ، ١٩٩٣ ، ص١٦٦.

وسار بنفس هذا الاتجاه مجلس الدولة المصري الذي جعل موافقة البرلمان المصري ضروري على ابرام بعض العقود التي تتضمن تبرعاً من الدولة، وقد استلزمت التشريعات المقارنة الحصول على تصريح بالتعاقد من جهة ادارية عليا ففي الكويت نصت المادة (١٥٢) على (كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية او مرفق من المرافق العامة لا يكون الا بقانون ولزمن محدود ، وتكفل الاجراءات التمهيدية لتيسير اعمال البحث والكشف)، والمادة (١١٧) من الدستور الاردني إذ نصت على وجوب موافقة البرلمان (كل امتياز يعطى لمنح اي حق يتعلق باستثمار المناجم...المرافق العامة يجب ان يصدق عليه بقانون[١].

وقد توالت التشريعات الدستورية في القوانين المقارنة حول جهة اصدار التصريحات الخاصة بالتعاقد فقد كانت جلها تصدر بقرار من الحاكم الذي كان يمثل اغلب سلطات الدولة وكان الفضل يرجع الى مجلس الدولة الفرنسي الذي ارسى بأحكامه القضائية ابتداءً من عام ١٨٩٢ والتي وضعت القواعد والنظريات، التي ادت الى تعديل عدّة احكام خاصة بجهات اعطاء التصريح لإبرام العقود ، وقد استقر الفقه في استقراء بعض النصوص الدستورية، لاسيما في الدستور البلجيكي والفرنسي في ان هناك نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية في خصوص التزامات المرافق العامة او استغلال موارد الثروة الطبيعية ، فقد تضمنت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي ١٩٥٨م (ان تحدد القوانين المالية موارد واعباء الدولة بالشروط وفي الحدود التي ببينها قانون اساسي) وجاء ذلك القانون في المادة (١٥) في شأن القوانين المالية على (ان عقود القرض العام تبرم بناء على الموافقة البرلمانية التي تصدر سنوياً بقانون الميزانية العامة، وكذلك الامر في التصرفات العقارية التي يكون عقد الاشغال جوهرها، اذ اشترط القانون ١ يونيو ١٨٦٤، موافقة البرلمان على ذلك، إلا أن الامر لم يستمر طويلاً، ففي فبراير عام ١٩٦٩ بصدور المرسوم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٦٩ ، إذ أن التصرفات العقارية للدومين الخاص تتم بقرار اداري يصدر من السلطة المختصة، قرار وزاري مرسوم يصدر بناءً على تقرير وزير المالية، وفقاً لقيمة التصرف وذلك ما لم يكن هناك نص خاص في قانون او لائحة يتعلق ببعض

(١) سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية، مصدر سابق ، ص٣٢٥.

التصرفات[١] ، وان من الامور الثابتة في الفقه الفرنسي إن قواعد التصريح بالتعاقد قبيل ابرام العقد قواعد متعلقة بالنظام العام ، لأنها تتصل بأسباب جوهرية تتصل بالمصلحة العامة[٢].

فمن المسلمات إن قواعد الاختصاص من النظام العام، لأنها تحقق مصلحة عامة ، وتتعلق بالنظام الاساسي الذي يحوي قواعد آمرة، والتي توجب على كل السلطات احترامها وتطبيقها ، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويكون لكل ذي مصلحة ان يتمسك بذلك[٣].

فإن المشرع وفق رؤية معينة يقدر ان ثمة مسائل معينة جديرة بالاهتمام والاحترام وعلى درجة عالية من الاهمية ، ولها علاقة في ترتيب العلاقة القانونية ، ومن ثم فان احكام الاختصاص تتعلق بحسن سير العملية التعاقدية والاجراءات التي تسبق ابرام العقود الادارية ، لذا فقد اوجب المشرع بوفرة كبيرة من القواعد الامرة والتعليمات التي توجب على رجل الادارة مراعاة قواعد الاختصاص لتعلقها بالنظام العام لما لها من مصلحة عليا.

اما في العراق، فقد توالت التشريعات التي يمكن ان نستشف منها تحويل عملية الاذن بالتعاقد الى الجهات التي تتولاها، فقد اشار قانون وزارة المالية رقم (٩٢) لسنة ١٩٨١ وتعديلاته وكذلك قانون الموازنة الموحدة للدولة رقم (١٠٧) لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته ، والقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤/٢/٦ قانون الادارة المالية والدين العام ، وقانون الموازنة الاتحادية لسنة ٢٠١٨ و٢٠١٩، فاعطى قانون الموازنة العامة الموحدة الى وزارة المالية صلاحية اعداد الاسس التفصيلية لتحضير الموازنة العامة الجارية ، ووزارة التخطيط مسؤولية اعداد الاسس التفصيلية لتحضير الموازنة الاستثمارية.

وقد اوجبت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، إذ تضمنت المادة الثانية من الفصل الثاني منه في الفقرة (ب) من الزام جهة التعاقد بأن لا يجوز للوزارة المعنية ادراج اي

---

(1) Lanbndere (A.de) modern (F)et Devolve (p) Trqite des contrats administratifs ,Tomell,L, G, D,j,paris,1983,p413.

(٢) كاظم خضر السويدي، الاذن المالي واثره في ابرام العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية ، جامعة بابل ، العدد ٤٢ ، بابل ، ٢٠١٩ ، ص١١٢٤.

(٣) د. محمود مصطفى يونس ، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة ، ص٣٢.

مشروع في الموازنة الاستثمارية الاتحادية دون استحصال مصادقة وزارة التخطيط وأيضاً الزمت الفقرة (و) من ذات المادة جهة التعاقد من موافقة الجهات المعنية على موقع المشروع وتخصيص الارض المطلوبة له ..وكذلك الفقرة (هـ) من ذات المادة التي اوجب استحصال الموافقات الاصولية من جهة التعاقد على تنفيذ مقاولات الترميم .

ونصت المادة (١٦/ثانيا) من قانون الإدارة المالية رقم ٦ لسنه ٢٠١٩ العراقي على انه (يجب أن تحصل وحدة الانفاق على موافقة وزارتي التخطيط والمالية الاتحاديتين قبل الدخول في التزام متعدد السنوات يتطلب صرف مبالغ من الموازنة العامة الاتحادية لسنة مالية مستقبلية). [١]

اما قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ، فقد الزم كل وزارة او جهة غير مرتبطة بوزارة او اقليم او محافظة غير منتظمة في اقليم استحداث تشكيلات للعقود فيها تكون مسؤولية عن نشاطات التعاقد في تلك الجهات ، ويجوز لأغراض الملائمة الادارية أن تنسق جهات التعاقد فيما بينها لإدارة عمليات التعاقد بالنيابة عن بعضها البعض، تكون الجهات التعاقدية التي تمنح الترخيص بالإذن بالتعاقد، إذ ترتبط تشكيلات التعاقد في الدوائر او الاقسام او الشعب بالوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة او بالمحافظة ارتباط اداري ، وترتبط تلك التشكيلات بدائرة العقود الحكومية بوزارة التخطيط، وتجري عملية استحصال الموافقات الاصولية عن طريق تلك الجهات التي ترتبط بالوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظة عن طريق تلك الجهات بواسطة موظف من ذوي الخبرة والاختصاص الذي يرتبط بمدير التشكيل ، وترتبط فنياً بدائرة العقود الحكومية بوزارة التخطيط، وان الاوامر الخاصة بالإذن بالتعاقد يجب ان تكون ضمن المبالغ المخصصة لجهة التعاقد، إذ اصدار مجلس الوزراء قراره المرقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ الخاص بصلاحيات واجراءات منح العقود إذ تم رفع صلاحيات الموافقة على العقود للسادة الوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين ، لغاية (١٠٠) مليون دولار للسادة الوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة ولغاية (٥٠) مليون دولار للمحافظين وللرئيس الاعلى تخويل رؤساء التشكيلات المرتبطة به ، مراجعة ومصادقة العقود بما لا يتجاوز قيمتها (١٠) مليون دولار بالنسبة للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والى (٥) مليون دولار

(١) قانون الإدارة المالية رقم ٦ لسنه ٢٠١٩ العراقي النافذ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد رقم (٤٥٥٠) في ٥ اب ٢٠١٩.

للمحافظات وكذلك قرار مجلس الوزراء المرقم (٣٧٢) الذي خول لجان مجلس الوزراء القطاعية صلاحية الموافقة على احالة العقود التي تزيد على صلاحية رؤساء جهات التعاقد لغاية (٢٥٠) مليون دولار وما زاد على ذلك يتم عرضه على مجلس الوزراء من قبل اللجنة المعنية.

وحري بالإشارة انه، إذ استجدت قواعد جديدة للاختصاص فهنا تسري باثر فوري على المراكز والوقائع القانونية القائمة وقت نفاذ تلك القواعد، ولو كانت تلك الوقائع او العقود ناشئة قبله شريطة أن يتضمن القانون الجديد احكاما تتعلق بذاتية القواعد الموضوعية التي تتعلق بالاختصاص(١).

ونرى إن اعطاء الفعالية الكاملة للقواعد القانونية التي توضح الاساس التنظيمي الذي يقوم عليه عقد الاشغال العامة ، ومن ذلك اختصاص جهات التعاقد في منح الاذن بالتعاقد ، إذ يجب ان يكون من خلال الاعمال الاجرائية الصحيحة لاعتبارات تتعلق بالعدالة، والذي بدوره يعطي للقاضي الدور الكبير في الرقابة على اساسيات التنظيم الاجرائي الذي تقوم به جهة التعاقد وكذلك صلاحيتها في ابرام العقد اعتماداً على التصريح بالتعاقد ، ومن ثم يتحتم على القاضي ان يعلم القانون الاجرائي وملزم بتطبيقه طالما توافرت عناصره ، ومن ثم فإن الاختصاص من النظام العام والذي لا يعطي للقاضي سلطات في القيام بدور ايجابي بوصف ان تلك القواعد مقررة لمصلحة الخصوم ، حتى لا تترك اعمال قواعد الاختصاص للإرادة الحرة لجهة التعاقد او المتعاقدين معها ان شاءوا تمسكوا بها وان شاءوا اهملوها ، لان ذلك يؤدي الى اهدار كل قيمة قانونية لتلك القواعد، لان احكام النظام العام تجسيد لإعمال ما يمكن تسميته بقاعدة تغليب مصلحة العدالة على المصلحة الخاصة للمتعاقدين ، لان الاحكام التي يقوم بها الاختصاص يقصد منها تحقيق مصلحة عامة متعلقة بالنظام الاعلى الاساسي للمجتمع ، ومن ثم فهي توجب على القاضي ان يعملها من تلقاء نفسه ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها ويكون لكل مصلحة من العقد ان يتمسك بها ، ولا يجوز للقاضي التيسير للمتعاقدين مراعاة لمصالحهم الخاصة ولا يجوز لاحد الاطراف التنازل عن تلك القواعد صراحة او ضمناً ، لان تلك القواعد متعلقة بحسن تسيير المرفق العام والقيام بالوظيفة الادارية وهي من النظام العام، لانها تتعلق بمسألة تنظيم سلطة عامة من سلطات الدولة، وان الترخيص الذي يتوجب على جهة التعاقد

(١) د. محمود مصطفى يونس ، مرجع سابق ، ص٣٦.

الحصول عليه يشمل ضرورة حصول جهة الادارة على التراخيص الامنية من عملية دخول العمال والمعدات الى مناطق عسكرية او سرية او حدودية اي بموجب هويات خاصة ، وايضا اصدار اجازات البناء الخاصة بالمشروع من قبل البلدية المختصة، فيما يتعلق بإنشاء مباني جديدة او اضافة او توسيع او تعديل على المشروع المزمع انجازه ، وكذلك الحصول من قبل هيأة الاستثمار بالتعاون مع وزارات المواصلات والاتصالات ووزارة الكهرباء ودائرة الاثار والماء والمجاري فيما يتعلق بالتقاطعات التي تحصل جراء الحفريات والاعمال التي يقوم بها المقاول مستقبلاً[١].

وقد أنشأ اعمام الامانة العامة لمجلس الوزراء سلطة لجنة الشؤون الاقتصادية داخل مجلس الوزراء والتي اشارت الى تنسيب السيد رئيس مجلس الوزراء بوجوب الحصول من قبل الوزارات والجهات الادارية الاخرى على موافقة اللجنة الاقتصادية على المناقصات التي تجريها لما زاد على خمسة ملايين دولار امريكي[٢].

وفي فتوى مجلس الدولة المصري لقسمي الفتوى والتشريع ، ان كل حالة لا يوجد فيها وظيفة وسيطة بين السلطة المختصة والجهة المفوضة ، فإن هذه الجهة تعد الوظيفة الادنى مباشرة التي عناها قانون المناقصات والمزايدات[٣].

---

(١) حميد لطيف نصيف ، مرجع سابق ، ص١٠. ود. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٥١.

(٢) اعمام الامانة العامة مجلس الوزراء عدد ٤٥١٢ في ٢٠٠٤/١١/٢٢ وكذلك اعمامها ذي العدد ٤٥١٢ في ٢٠٠٥/٦/٦.

(٣) فتوى مجلس الدولة المصري الجمعية العمومية رقم ١٦٦ في ٢٠٠٠/٢/٨ جلسة ٢٠٠٠/١/١٩ ملف رقم ٣٦٠/١/٥٤ اشار اليها د. محمد ماهر ابو العنين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الادارية في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ ، الكتاب الاول ، ابرام العقد ، ط٢ ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٢٥٧.

الفرع الثالث

ضوابط النظام العام في اساليب التعاقد

إن الادارة ليست حرة في اختيار من تتعاقد معه ، على الرغم من وجود الشروط الاستثنائية، التي تتيح للإدارة الحرية وسلطتها التقديرية في اختيار من تتعاقد معه للمصلحة العامة، فالقوانين والأنظمة والتعليمات تلزم جهة التعاقد لابرام عقودها الإدارية ومنها عقد الاشغال العامة لمجموعة من الاساليب التي وضعتها التشريعات تحت عنوان اساليب التعاقد. [١]

وفي مصر فقد نصت المادة(٧) من قانون تنظيم التعاقدات رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية: ١- يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) الممارسة العامة. (ب) الممارسة المحدودة. (جـ) المناقصة المحدودة. (د) المناقصة ذات المرحلتين. (هـ) المناقصة المحلية. (و) الاتفاق المباشر).

وفي العراق ابتداء من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنه ٢٠٠٤ الذي يعد الاطار العام لإبرام العقود الإدارية في العراق، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ التي نصت في المادة الثالثة من الفصل الثالث على اساليب التعاقد (لرئيس جهة التعاقد او من يخوله و باقتراح من رئيس التشكيل الاداري للعقود اعتماد احد الاساليب الآتية لتنفيذ العقود العامة باستثناء اسلوبي العطاء الواحد التعاقد المباشر وذلك اما وطنيا ودوليا عند تحقق شروطه... اولا: المناقصة العامة.. ثانيا: المناقصة المحدودة... ثالثا المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني.. رابعا المناقصة بمرحلتين... خامسا الدعوة المباشرة... سادسا العطاء الواحد (العرض الوحيد)... سابعا التعاقد المباشر..)، وهذه الاجراءات تختلف من بلد الى اخر بحسب النظام التي تتبناها الدولة ، ومدى تركيز الرقابة التي تتولاها الجهات المختصة للدولة، إذ أن بعض

---

(١) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١١، ص١٩٨.

الدول تمنح الادارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار من تتعاقد معها تلجأ الى اسلوب الرقابة التي يتولاها البرلمان ، إذ تقوم الجهات الرقابية بأجراء التفتيش على جهات التعاقد وهذا اتجاه الدول الاسكندنافية وبريطانيا، وهناك اتجاه اخر في التشريعات المقارنة تتقيد بموجبه الادارة باتباع قواعد معينة لاختيار من تتعاقد معه ولكن هذا التقييد هو اختياري في اختيار اسلوب التعاقد فان تم اختيار اسلوب التعاقد فيوجب على الادارة حينها ان يتبع بشكل محدد الاجراءات التي تلزم الادارة في تلك الدول ، وتلك الدول هي هولندا والمانيا وسويسرا(١).

وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري ،حول مدى حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها نصت على إنه (مبدأ التعاقد في مجال العقد الاداري عن طريق الممارسة او الاتفاق المباشر يخضع لقاعدة حرية الادارة في اختيار المتعاقد و ان كانت هذه الحرية في الاختيار لا يتناسب معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانون معين وقد يلتقي الفقه والقضاء الاداري على انه مهما كانت دقة النظام المقرر على احدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة فانه ليس من طريقة واحدة تلزم جهة الادارة على اختيار متعاقد معين و بهذه الحقيقة تمتاز طرق التعاقد عن طريق المناقصة العامة) (٢)، إذ سنتناول اكثر الاساليب ارتباطا بإجراءات التنظيم وتعلقا بدرجات الاختصاص، كما يأتي:

اولا/ اسلوب المناقصة: على الرغم من عزوف اغلب التشريعات، عن وضع تعريف للمناقصة العامة، إلا أن الفقه زاخر بالتعاريف ، فقد عرفها البعض بانها طريقة بمقتضاها تلتزم الادارة باختيار افضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا سواء من الناحية المالية او من ناحية الخدمة المطلوب ادائها(٣).

---

(١) د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، مطبعة الابرار ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٣٧.

(٢) قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٥٤ لسنه ٦ق جلسة ١٢/٢٣/ ١٩٦٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة، المكتب الفني، قاعدة ٢٨ ، ص٢٩٩.

(٣) الا ان المادة (٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٥ قد عرف المناقصة على انه(المناقصة هي مجموعة من الاجراءات المعلن عنها وفق الاوضاع المبينة في هذا القانون واللائحة بهدف الوصول الى المناقصة...) .

وعرفها اخرون بانها (احدى اساليب القانون المحددة بمجموعة من الاجراءات، بمقتضاها يفرض على من هو ملزم اتباعها اختيار من يتقدم من المتناقص بأفضل الشروط و انسب الاسعار و اكمل المواصفات للتعاقد على سبيل الالزام) [١].

وتعرف ايضا بانها (وسيلة تختار بها الادارة من يتعاقد معها لإداء اعمال تتعلق بتسيير مرفق عام بحيث يكون افضل مقدمي العروض من الناحية الفنية وان يكون الاقل من الناحية المالية مع التزامه بالمدّة المقررة لإنهاء الاعمال)[٢].

١- المناقصة العامة المفتوحة: ان المناقصة هي مجموعة من الاجراءات التي تهدف الى توسيع الاشتراك في العملية التعاقدية، لكي تمنع إي هدر للمال العام، وذلك بتوسيع قاعدة المشاركة للوصول الى افضل متعاقد من ناحية السعر والامكانيات الفنية، فهي تسعى الى فسح المجال امام المشاركة الواسعة وهي بلا شك تعزيزا وتأكيداً على مبدأ حرية التنافس والمساواة بين المتقدمين للعملية العقدية.[٣]

واما الفلسفة من توجه التشريعات المقارنة الى التعويل على المناقصة العامة المفتوحة هو الخشية من المحسوبية و الفساد المالي والاداري والغش الذي يعتري عملية التعاقد، وتحقيق اكبر وفر للمال العام، وتعد هذه الوسيلة وسيلة ناجعة لتحقيق المساواة وانحسار دور الموظفين في التأثير على اجراءات التعاقد. [٤].

إلا أن ذلك لا يعني إن اسلوب المناقصة العامة المفتوحة، من النظام العام ولا يجوز لجهة التعاقد العدول عنه، بل إن لجهة التعاقد السلطة التقديرية لاختيار الاساليب الاخرى وما يتلاءم

---

(١) د. عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الانشائية العامة (المناقصة- الاستثناءات الواردة عليها- العقد الكفالات- ضمانات الادارة -التامين)، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣، ص٥٠.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨، ص١٣٣.

(٣) د. محمود فؤاد عبد الباسط، اعمال السلطة الادارية القرار الاداري العقد الاداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٣١٣.

(٤) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الاداري، الجزء الاول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص٧٧١.

مع العقد الاداري ما لم يكن هناك التزام قانوني بذلك فتكون الادارة مجبرة على الاخذ بهذا الاسلوب. [١]

وفي مصر تناولت المادة الاولى من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنه ١٩٩٨(الملغي) التي نصت على(يكون التعاقد على شراء... عن طريق مناقصات عامة...).

٢- المناقصة المحدودة، وهي احد انواع المناقصات العامة التي تهدف الى دعوة اشخاص معينين بذواتهم الشركات او المقاولين المدرجة اسماؤهم في كشف خاص لدى الادارة وهي تعدّ استثناءا من مبدأ حرية الاشتراك في المناقصة [٢].

وتتمتع الادارة بسلطة تقديرية في عدم اللجوء الى هذا الاسلوب او استبعاد من لا ترغب دخولهم في هذه المناقصة، فتكون حرة في اختيار افضل المتقدمين التي تتوفر فيهم الشروط المطلوبة [٣].

٣- المناقصة بمرحلتين، يتم تنفيذ هذا النوع من المناقصة، بمرحلتين إذ تنفرد المادة(٣/ رابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنه ٢٠١٤ بهذا النوع، يتم دعوة المتقدمين الى المناقصة لتقديم عروضهم الفنية على اساس التصميم الاولي، اما المرحلة الثانية، فيتم فرز قسم من هؤلاء المقبولين ليتم دعوتهم وفق معايير التأهيل التي اخذتها جهة التعاقد في المرحلة الاولى لتقديم عطاءاتهم المالية. [٤]

٤- المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني في هذه الطريقة يتم استخلاص ثلاثة من المتقدمين للمناقصة من الذين يمتلكون العطاء الافضل من الناحية السعرية والفنية، فإن لم يكن هناك ثلاثة متقدمين وان الاغلب لا يمتلكون الصفات التي تشترطها جهة التعاقد فيتم حينها الذهاب الى لجنة التحليل والبت لاختيار افضل المتقدمين لإرساء المناقصة عليه.

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،٢٠٠٦ ، ص٤٨٦.

(٢) د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري الكويتي ، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩ ، ص٤٧٢.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، اعمال السلطة الإدارية القرار الاداري والعقد الاداري، كليه الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩، ص٣١٣.

(٤) المادة(٣/ رابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنه ٢٠١٤.

ثانيا/الاساليب الاخرى لإبرام العقد:

١-الدعوة المباشرة، في بعض الاحيان يكون العقد الذي تروم الادارة بشروط معينة، كان يتطلب السرية في اجراءات التعاقد والتنفيذ، او أن تكون هناك اسباب امنية تستوجب ذلك، او حالة الطوارئ والكوارث الطبيعية، او عزوف المتقدمين للمناقصة عن تقديم عطاءاتهم او إن عطاءاتهم لم تستوفي الشروط التي تستوجب بها جهة التعاقد في المرة الثانية، او حالة المشاريع الاستراتيجية الكبيرة التي تفرض وجود خبرات اجنبية التي تحددها الجهة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء بالتوافق مع وزارة التخطيط والتي تشترط أن تتوافر في تلك الشركات خبرة لا تقل عن ٥ سنوات و اعمال مماثلة لا تقل عن ثلاث سنوات في مشاريع من هذا المجال، وتتم هذه الطريقة وفقاً للفصل الثالث في المادة الثالثة الفقرة خامساً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية التي تتم(بتوجيه الدعوة المباشرة مجاناً الى ما لا يقل عن ثلاث من المقاولين او المجهزين او الاستشاريين لمساندتهم وقدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع او تعاقدات الجهات الرسمية). [١]

٢-العرض الوحيد او العطاء الواحد.

تستدعي احوالا خاصة وظروف استثنائية من جهة التعاقد ، إلى أن تذهب الى جهة واحدة متخصصة بموافقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة، وذلك عندما تكون الخدمات الاستشارية او العقود ذات طبيعة احتكارية اي تحتكرها، جهة او شركه معينة بشرط ان تكون لأغراض الصيانة او لتجهيز ادوات احتياطية لعقود سابقة وهذا ما اكدته (المادة الثالثة) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ .

٣-الاتفاق المباشر او التعاقد المباشر او الاختيار المباشر، بادئ ذي بدأ قد يتشابه هذا الاسلوب بالسابق من حيث قيام جهة التعاقد بتوجيه دعوة مجانية الى جهة معينة، تمتلك صفات خاصة من حيث التعاقد او إن العقد المراد ابرام يتصف بطابع السرية التي تفرض على جهة التعاقد ضرورة الابتعاد عن اجراءات المناقصة او اجراءات الاعلان والافصاح عن هذا العقد لاتصاله بأمن الدولة او إن تلك العقود تتطلب اعتباراً شخصياً لدا المتعاقد، لما يمتلك هو من

(١) الفصل الثالث (المادة الثالثة الفقرة خامساً) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنه ٢٠١٤.

امكانيات خاصة، إلا أن الذي يميز هذا النوع عن سابقة هو عدم الاحتكار، ويتم اللجوء الى هذه الطريقة بتوجيه الدعوة مجانا مباشرة الى جهة واحده بموافقة اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء و بتوصية من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة للعقود والخدمات، وهذا ما اكدته (المادة الثالثة /سابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

وفي مصر نصت المادة الاولى من قانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ قانون المناقصات والمزايدات(الملغي) المعدل في ضوء القانون رقم ٨٢ لسنه ٢٠١٣ والقرار الوزاري رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٠ ، إذ حصلت تركيب المادة طرق التعاقد المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية الممارسة المحدودة والاتفاق المباشر ولا يجوز في إي حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة او المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية الممارسة المحدودة والاتفاق المباشر ولا يجوز في إي حال تحويل المناقصة الى ممارسه عامه او ممارسه محدودة وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود وفقا للشروط والقواعد والاجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية). [١]

وقد حدد النص طريقين اصليين للتعاقد وهما طريق التعاقد عن طريق المناقصة العامة والممارسة العامة والي جهة الإدارة أن تختار وفقاً ظروفها وطبيعة التعاقد ونوعه، اما الطرق الاخرى، فهي طرق استثنائية ألا و هي المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر، وقد افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بما يأتي (انه متى كانت القاعدة في المناقصة العامة هي قيامها على اساس من مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة فإنه مما يتعارض مع هذه المبادئ اجبار المتناقص على الدخول في الممارسة بعد أن تعلقت حقوقهم في المناقصة التي يجب أن تكون الاساس في إختيار العطاء الافضل شروطاً و اقل سعر)[٢].

والسؤال الذي يطرح هل إن عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة من النظام العام؟

---

(١) المادة الاولى من قانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ قانون المناقصات والمزايدات(الملغي) المعدل في ضوء القانون رقم ٨٢ لسنه ٢٠١٣ والقرار الوزاري رقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) د. علي الدين زيدان، قانون المناقصات والمزايدات في ضوء القانون ٨٢ لسنه ٢٠١٣ والقرار الوزاري ٣٤٧ لسنة ٢٠١٠،الجزء الاول، الناشر خالد ابراهيم، الطبعة الاولى القاهرة، ٢٠١٤، ص٤٥.

إن مسألة اختيار الادارة للمتعاقد معها من المسائل القديمة ،التي شغلت المهتمين بالتعاقدات الإدارية، ابتداء من المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية المعقود في مدينة مدريد في سبتمبر ١٩٥٦، الذي انماز بانقسام المؤتمرين، الى مجموعتين حسب توجه التشريعات في البلدان التي ينتمون اليها، الاتجاه الاول شمل الدول التي ليست فيها اجراءات محددة للتعاقد، في هذه البلدان تحوي موظفين مختصين بإبرام العقود الإدارية ولهم حرية اختيار من يتعاقدون معه، إلا أن حرية هؤلاء الموظفين تكون مقيدة من الناحية الإدارية، عن طريق الرقابة الرئاسية، التي توجب عرض الاجراءات الإدارية على الرؤساء وكذلك رقابة المحاسبة المالية، اما الاتجاه الثاني، فيشمل غالبية البلدان التي تحوي على اجراءات، وهذا الاتجاه بدوره ينقسم الى قسمين، القسم الاول يعطي حرية واسعة لجهة الادارة في اختيار طريقة التعاقد، والقسم الاخر يجبر جهة الادارة على التزام الوسيلة المقررة في القوانين الا في بعض الاستثناءات التي يتاح للإدارة سلطه تقديرية في الاختيار.[١]

فالإدارة محكومة باعتبارين اساسيين، الاول اعتبارا ماليا وهو وصف ملزم لجهة التعاقد والمتعلق بتوفير اكبر وفر مالي للميزانية العامة، ومن ثم تلزم الادارة باختيار الافضل ماليا، اما الاعتبار الاخر والمتعلق بالمصلحة الفنية للإدارة، وفقا لهذا الاعتبار تكون لجهة الادارة سلطه تقديرية واسعة، في الاختيار بين المتنافسين.

مما سبق نلحظ ان للإدارة نمطين، عليها سلوك احدهما في اختيار المتعاقد، في فرنسا ومصر والعراق، هذه القوانين المقارنة وضع المشرع فيها اجراءات اختيار المتعاقد مع الادارة، باتباع اساليب محددة قانونا، إلا أن هذا الالزام الذي توجبه التشريعات على جهة الادارة، تنتابه مسالتين، الاولى في الزامية القواعد الآمرة التي تفرض على جهة الإدارة ضرورة اتباعها والتقييد بإحكامها، ولا يجوز مخالفتها، وضرورة التقيد التام بإحكام التشريعات، ومراعاة التدرج القانوني ابتداء من الدستور مروراً بالتشريع العادي وانتهاء بالأنظمة والتعليمات، فيقيناً لا تستطيع الإدارة أن تخالف صريح الزامية القواعد القانونية، والا تكون تصرفاتها غير مشروعة، فالتنظيم والاختصاص باختيار المتعاقد مع الادارة من النظام العام، قدر تعلق الامر بإختصاص المختص، واتباع الاجراءات التنظيمية، إلا أن ذلك لا يعني إن اساليب ووسائل اختيار المتعاقد

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص٢٠٨-٢٠٩.

من النظام العام اساساً، لان الادارة في هذه الحالة تكون لها حرية، في اختيار طريقة التعاقد، بل الادهى من ذلك إن بعض البلدان تعطي لجهة الادارة المتمثلة بوزارة التخطيط، صلاحية سن التشريعات المتعلقة باختيار المتعاقدين واساليب التعاقد لإعطائها الحرية في اختيار من تتعاقد معه وفقا للتعليمات التي تصدرها جهة الادارة عموما.

المطلب الثاني

ضوابط النظام العام في الاجراءات الشكلية الختامية للإبرام

بعد أن بينا الاحكام الخاصة في المراحل التحضيرية لإبرام عقد الاشغال ومدى ارتباطها بالنظام العام وفقاً للترتيب المرحلي للإبرام اصبح لزاما علينا الولوج الى المراحل العقدية التي يكون فيها العقد ذا اتصال بين المتعاقد في الايجاب والقبول وكما هو معروف إن الايجاب في العقود الادارية عموماً يختلف منه في العقود المدنية ، إذ يكون الايجاب من جانب الادارة متمثلاً في العطاء الذي يقدمه بناءً على الاعلان الصادر من جهة التعاقد حول المشروع المزمع تنفيذه، والقبول يتمثل بالإحالة والمصادقة على احالة المشروع الى المتعاقد ، لذا سنتناول هذا المطلب في اربع فروع، إذ سنتناول في الاول مظاهر النظام العام في مبادئ المناقصات العامة وفي الثاني سنتناول احكام النظام العام في مرحلة الاعلان وفي الفرع الثالث سيكون للإحكام الخاصة بإحالة عقد الاشغال والرابع لإحكام النظام العام في المصادقة على عقد الاشغال العامة .

الفرع الاول

مظاهر النظام العام في مبادئ المناقصات العامة [١]

إن الطريقة التي يتم بموجبها ابرام عقد الاشغال العامة هي المناقصة، لذا فيلزم أن تلتزم الادارة بمجموعة من المبادئ الأساسية العامة التي تقوم عليها المناقصات العامة، لأن عقد الاشغال من العقود المهمة التي ترتبط بتنظيم وتسيير المرافق العامة و خدمة الجمهور، ومن ثم

(١) وتعد المبادئ العامة التي تقوم عليها المناقصات من المبادئ الرئيسة التي استقر عليها رأي الفقه والقضاء وفي قرار لمحكمة القضاء الاداري في مصر، اشارت إلى أنه (من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الاعلان و حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين) قرارها في القضية رقم ٢٩٤٦/لسنة ٧ ق في ٢١ /٤ /١٩٥٧ نقلا عن المستشار عليوه فتح الباب، الموسوعة العملية في المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، القاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٩، ص٦١.

فقد اخضع هذا العقد لمجموعة من المبادئ العامة التي لابد من مراعاتها و الالتزام والتقيد بها وان إي مخالفة لها تعد مخالفة للنظام العام.

أولاً : مبدأ العلانية: إن الاحكام التي تفرض على الادارة وتجعل اجراءاتها في ابرام عقودها الادارية عرضة الى الابطال، لان العقود الادارية تكون بعيدة عن السرية إلا فيما يتعلق ببعض العقود الخاصة بالأمن وغيرها لمن لها خصوصية تتعلق بمصلحة الدولة، وتكون خاضعة لاعتبارات المبادئ العامة[١]، لذا يجب معرفة المخاطبين بإن الادارة ينبغي أن تبرم عقداً ادارياً وهذا يتأتى من وسائل الاعلان إي تنقل فيه الادارة الى العلن لان ذلك يؤدي الى تحقيق المنافسة العادلة بين المراد التعاقد معهم[٢].

ولابد للإدارة ان تعلن عن رغبتها في التعاقد ، لكي تتحقق الفائدة المرجوة من مبدأ العلانية وهي علم المخاطبين برغبة الادارة بالتعاقد، ولمبدأ العلانية اهمية في خلق اجواء المنافسة المشروعة وهذا يؤدي الى تحقيق المنفعة المادية لجهة الادارة وتجنب جهة التعاقد اجواء الشك والريبة في التعامل ، وتحقق الحرية في الاشتراك في العملية العقدية، وان مبدأ العلانية ليس بدرجة واحدة من احكام النظام العام، إذ يختلف من مناقصة الى اخرى ففي المناقصات العامة تكون تلك الاحكام واضحة وتضيق في المناقصات المحدودة التي تكون الدعوة الى عدد محدود من المقاولين.

وقد تناول القسم الاول / ا _ من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ العراقي، على انه (ان تكون اجراءات الدعوى العامة تنافسية وتامة وعادلة وعلنية الى اقصى حد ممكن و ان تتضمن كذلك على سبيل المثال لا الحصر الاعلان عن الدعوات بشكل وافي وموضوعية في معايير تقييم العطاءات والعلنية في فتح العطاءات..) [٣]

---

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ ، ص ١٥٤.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف ، القانون الاداري للأموال ، الكتاب الثاني ، الاشغال العامة، مصدر سابق ، ص١٤٢.

(٣)(القسم الاول / ا) من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ العراقي النافذ.

وقد اشارت القوانين المقارنة على مبدأ العلانية، فقد بينت المادة (١٩) من قانون المناقصات المزايدات المصري الملغي إن يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة[١].

ونصت المادة (٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (يهدف تطبيق أحكام هذا القانون إلى:... ٣- تعزيز مبادئ الحوكمة، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، وتجنب تعارض المصالح).[٢]

ونصت المادة (١٤) من قانون المناقصات الكويتي إن هذا المبدأ لا يخل بمبدأ سرية العطاءات الذي يوجب على جهة التعاقد ان يحافظ على سرية العطاءات المقدمة من قبل المتعاقدين وذلك من خلال تقديمها بمظاريف مختومة مغلقة بحيث تبقى غير واضحة للإدارة وبقية المنافسين لمنع التلاعب والتحايل واشارت اليه المادة (٤٢) من قانون المناقصات الكويتي (تتمتع جميع وثائق العطاءات بالسرية من تاريخ فتح المظاريف والبت فيها)[٣].

وكذلك نصت المادة (١/١٠) من نظام تعليمات الاشغال الحكومية الاردني (على كل مناقص ان يقدم عرضه موقعاً وبالعدد المطلوب من النسخ في مغلفات محكمة ومختومة)[٤].

ثانياً : مبدأ المساواة: يعني إن المتعاقدين مع الادارة على مستوى واحد في التعامل بعيداُ عن التمييز ، اي لا يجوز لجهة الادارة ان تتعامل مع جهة او تعامل بأفضلية عن غيره من المقاولين ، وقد نصت على هذا المبدأ العديد من النصوص الدستورية واضحى مبدأ عاماً واي خرق يشكل انتهاكاً للنظام العام.

إلا أن هذا المبدأ لا يجري على اطلاقه فقد اجرت عليه بعض التشريعات استثناءاً في التعامل مع بعض الجهات ولكن هذه الاستثناءات موضوعية متعلقة بالمصلحة العامة ، فمثلاً

---

(١)المادة (١٩) من قانون المناقصات المزايدات المصري الملغي.
(٢) منشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٣٩ مكرر (د) بتاريخ ٣ / ١٠ / ٢٠١٨.
(٣) المادة (٤٢) من قانون المناقصات الكويتي رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٦.
(٤) المادة (١/١٠) من تعليمات مناقصات الاشغال الحكومية الاردنية لسنة ١٩٨٧.

التشريعات التي تدعوا جهات التعاقد الى التعاقد مع الشركات الوطنية دعماً للمنتج الوطني وحماية للاقتصاد الوطني[١].

وفي العراق نص دستور ٢٠٠٥ العراقي على هذا المبدأ واضحى مبدأ دستورياً وكذلك المادة الاولى من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧وكذلك رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

وقد تناول القسم الاول. ا. من قانون العقود الحكومية الصادر عن سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٨٧ لسنه ٢٠٠٤ على ما يأتي (ان تكون اجراءات الدعوة العامة...ب ..وان تسمح بإمكانية التنبؤ بالذي سيحصل وان تتسم بالعدالة والمساواة).

وفي مصر وقد تناول الباب الثاني في مبادئ وطرق التعاقد المبادئ الحاكمة للتعاقد إذ نصت المادة (٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص).

ونصت المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة على انه (يجب على الجهة الإدارية عند تطبيق أحكام القانون، وهذه اللائحة اتخاذ ما يلزم من تدابير لضمان تحقيق معايير ومبادئ تكافؤ الفرص وتعزيز الشفافية والنزاهة والعدالة والمساواة في المنافسة.. وأن تستند الإجراءات على مبادئ العلانية والمساواة وتكافؤ الفرص).

وكان للقضاء الاداري في مصر الدور الاكبر الذي نص على مبدأ المساواة، ففي قرار للمحكمة الادارية العليا المصرية نص على هذا المبدأ و جاءت فيه (ومؤدى هذا المبدأ هو تحقيق المساواة بين المتناقصين دون تمييز استثناء حتى لا يختل التوازن وتضطرب سبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص).[٢]

---

(١) حمدي الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة من العقد الاداري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص١٤٨.

(٢) رائد عبد الحميد محمد الكبيسي، النظام القانوني للعقد الاداري الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٩ ،ص٦٣.

ثالثاً : مبدأ الشفافية: ويعني هذا المبدأ أن تتسم تعاقدات الادارة بإجراءات شفافة وواضحة وتكون متاحة للكافة ، وقد نصت على هذا المبدأ العديد من الدساتير فإعتبرت مبدأً دستورياً، وان مبدأ الشفافية في عقد الاشغال يمكن أن ينحى الى منحيين الاول يتعلق بالجمهور ومراقبة لكل اعمال جهة التعاقد لكي يراقب عملها لو اتيح له مشاهدة كل اجراءاتها بكل سهولة وييسر ، اما الآخر فيتعلق بالتعاقدات التي تقوم بها جهة الادارة ، وهذا ليس مطلقا للكافة بل ان هناك بعض العقود يجب ان تتسم بالسرية لكل العقود الخاصة بالأمن وغيرها والبعض الاخر يجب ان تتسم بالشفافية. (١)

وفي مصر نصت المادة(٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة على انه (تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص. ويلتزم العاملون بالجهات الإدارية بإنفاذ ما ورد بأحكام القانون وهذه اللائحة من معايير ومبادئ الشفافية، ويحظر تعارض المصالح فيما يؤدونه من إجراءات التعاقد، وعليهم مراعاة مدونة السلوك الوظيفي التي تصدر عن وزير المالية. ويجب على كافة المتعاملين من مجتمع الأعمال مراعاة ممارسات الأعمال الجيدة والمعايير المتعارف عليها في مجالات التعاقدات، وذلك في كافة تعاملاتهم أثناء مراحل إجراءات التعاقد بما في ذلك دراسة وإعداد وتقديم العطاءات وتنفيذ العقود، ويسأل قانونيا كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة).

وفي العراق اشار دستور ٢٠٠٥ العراقي لهذا المبدأ واضحى من احكام النظام العام وايضا قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ في القسم الاول الفقرة/ب التي اشارت الى انه(ان تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية).

رابعاً : مبدأ المنافسة الحرة: اي حق الاقرار في الدخول في المناقصات او الممارسات بكل حرية وتقديم عطاءاتهم دون منع من جهة التعاقد، إي أن يتم التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة من غير تمييز بين مقاول واخر(٢).

---

(١) حكم المحكمة رقم ٣٥٨٣ لسنة ٤٤ ، جلسة ٢٠٠١/٦/١١ ، د. محمد ماهر ابو العنين ، القاضي الاداري وتطبيق قانون المناقصات والمزايدات على العقود الادارية وتمييز الاحكام والفتاوى ، ابو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٥.

(٢) د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة، مصدر سابق ، ص١٤.

وفي مصر نصت المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة، على انه (على الجهة الإدارية إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في حال ما إذا تبين لها وجود اتفاق أو تعاقد أو تبادل معلومات بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو تنسيق من خلال الغير سواء كان ذلك بين أي من المختصين بإدارة التعاقدات أو غيرهم من الموظفين بالجهة، وصاحب العطاء، أو بين أصحاب العطاءات فيما بينهم، أو المتزايدين، أو غيرهم من المتعاملين مع الجهة بحسب الأحوال، والذي من شأنه أن يؤدي إلى:١- رفع أو خفض أو تثبيت أسعار المنتجات محل التعامل.٢- اقتسام الأسواق، أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات أو الحصص السوقية أو الفترات الزمنية.٣- التنسيق فيما يتعلق بالتقدم، أو الامتناع عن الدخول في سائر عمليات التعاقدات المختلفة، ويسترشد في قيام التنسيق بعدة أمور، منها على الأخص:(أ) تقديم عطاءات متطابقة، ويشمل ذلك الاتفاق على قواعد مشتركة لحساب الأسعار أو تحديد شروط العطاءات.(ب) الاتفاق حول الشخص الذي سيتقدم بالعطاء، ويشمل ذلك الاتفاق مسبقا على الشخص الذي يرسو عليه العطاء سواء بالتناوب أو على أساس جغرافي أو على الجهات الإدارية المتقدم لها أو صاحبة الطرح.(ج) الاتفاق حول تقديم عطاءات صورية.(د) الاتفاق على منع شخص من التنافس في تقديم العطاءات).

وقد نص دستور ٢٠٠٥ العراقي على هذا المبدأ وكذلك قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ في مقدمة القانون وكذلك المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨. إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات منها فيما يتعلق بالجهة المراد التعامل معها من حيث طبيعة الامكانية التي تستوجبها طبيعة العمل وقدرت تلك الجهة على تلبية هذه المشاريع، وكذلك في اطار حرمان بعض الجهات سواء كان الحرمان جزئياً او وقائياً كاستبعاد المتعاقد من تقديم العطاء في البند (أ/ثالثاً) من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وان الاستبعاد من النظام العام اي لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وقد نصت المادة (١٤) من قانون المناقصات الكويتي على (... وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمنافسة الحرة)[١].

نلحظ مما سبق أن للمبادئ العامة لعملية إبرام عقد الأشغال اهمية بالغة في إتمام وصحة عملية التعاقد لان تلك المبادئ تتعلق بالنظام العام ولا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل أو أن تتفق مع المتعاقد لإهمال أو التنازل عن أي مبدأ من المبادئ العامة لإبرام عقد الاشغال و إن أي اتفاق يقع بخلاف ذلك يكون مصيره البطلان لتعلقه بالنظام العام، نقترح على المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ بأن يفرد نصا خاصا بمبادئ المناقصة وإلا يحصرها فقط بالمناقصة العامة، لا سيما وان قانون العقود الحكومية قد اشار اليها دون تخصيص بالمناقصة العامة من غير الاساليب الاخرى.

الفرع الثاني

احكام النظام العام في الاعلان عن عقد الاشغال العامة

إن للإعلان عن المشروع المزمع تنفيذه اهمية بالغة، لاطلاع اولي الشأن من الافراد والمقاولين والشركات الخاصة والعامة، ابتداء بوجود العقد او المشروع ، ومعرفة مواصفات وشروط العقد ومعرفة الشركات والافراد بما مطلوب منهم، للتنافس على العقد ومعرفتهم التفصيلية بكل جزئيات العقد ولو اجمالاً[٢]، وان الاعلان هو دعوة مقدمة من جهات التعاقد الى الافراد او الشركات لغرض الاشتراك في المناقصة التي تحددها الجهات المختصة[٣].ويعّد الاعلان الركيزة الاساسية الابتدائية وهو دعوة رسمية بصفة قانونية ملزمة في عملية اجراءات المناقصة يهدف للمشاركة الفعالة والجادة، ويعرف الاعلان بانه توجيه المهتمين بالمناقصة اليها والية اجرائها والاطلاع على الشروط الخاصة والعامة والمواصفات التي يحتويها المشروع، وهو اعلان برغبة

---

(١) المادة (١٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٦.

(٢) نافع تكليف مجيد، الاعلان عن المناقصة . دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة السابعة ، ٢٠١٥ ، ص٣١٢.

(٣) امنة عباس، الطعن بقرارات الاحالة في عقود الاشغال العامة في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٣ ، ص٢٨.

جهة التعاقد في ابرام العقد لكي يضمن لذوي العلاقة فرص متساوية يتيح لهم ترتيب اوضاعهم للدخول في المناقصة[١].

وقد نصت على الاعلان او التنظيمات المقننة في فرنسا كالمرسوم الصادر في ١٠ نوفمبر ١٨٨٢ في فرنسا ، حيث اوجبت على الادارة ضرورة أن يتم الاعلان عن المناقصة وتأكد بالمرسوم عام ١٩٤٢ المادة الثانية منه وفي مصر نصت المادة (١٥) من لائحة المناقصات والمزايدات أن يكون الاعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب (في الوقائع المصرية) كما ينشر عنها مرتين في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار اذا كانت قيمة المناقصة تزيد عن (٥٠ الف جنيه) فينشر عنها ثلاث مرات ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية في مصر والخارج[٢].

وان الية النشر في العراق ناقضتها الضوابط الصادرة من وزارة التخطيط العراقية، إذ خلت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، من إي اشارة الى تفاصيل الاعلان، وان الضوابط الصادرة من وزارة التخطيط العراقية اشارت الى وجوب أن يتم النشر فيما لا يقل عن ثلاثة من الصحف الوطنية واسعة الانتشار ولمرة واحدة ويتحمل من ترسو عليه المناقصة اجور الاعلان والنشر، وايضاً نشره في الموقع الالكتروني لجهة التعاقد ولوحات الاعلان فيها اذا كانت المناقصة عامة[٣]، اما عن مشتملات الاعلان فقد اشارت ضوابط رقم (٢) الصادرة من وزارة التخطيط العراقية إلى أنه يجب أن يتضمن الاعلان على اسم المناقصة وموضوعها ونوعها ورقمها ووصف دقيق للمشروع المزمع تنفيذه ، ومدّة الاعلان عن المناقصة ، وذكر تاريخ ومكان تقديم العطاءات ، ومكان بيع وثائق المناقصة وثمن هذه الوثائق وموعد غلق المناقصة ومقدار التأمينات الاولية والموقع الالكتروني لجهة التعاقد المسؤول عن المناقصة وموعد العطاءات والمكان المخصص لعملية الفتح ، واي معلومات ترى الادارة ضرورة ان تتضمنها [٤]، والاعلان

---

(١) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الاداري المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة ، ص٧٣٧.

(٢) د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص٨٣.

(٣) الفقرة الاولى من الضوابط رقم (٢) الصادرة من وزارة التخطيط العراقي نصوص اجراءات الاعلان عن المناقصة.

(٤) البند ثانيا من الضوابط رقم (٢) الصادرة من وزارة التخطيط العراقي نصوص اجراءات الاعلان عن المناقصة.

كما هو ثابت لدى الفقه انه دعوة للتعاقد مقدم من قبل جهة التعاقد الى الراغبين بإبرام العقد، إذ أن للإعلان اهمية في كونه فرصة حقيقية للتنافس بين الشركات والمتعاقدين للفوز بإبرام عقد الاشغال، إذ تمثل المنافسة اكبر قدر ممكن من العروض الجيدة من حيث الكفاءة الفنية والمالية، وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر نصت على انه (الاعلان عن اجراء مناقصة.. عن طريق التقدم بعطاء ليس الا دعوة الى التعاقد، والتقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الايجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الادارة لينعقد العقد وهذا القبول بوصفة تعبيراً عن الارادة لا يتحقق وجودة القانوني إلا أذا اتصل بعلم من وجه اليه). [١]

ويتوجب على جهة التعاقد أن تضمن الاعلان مجموعة من المحتويات وهذه المشتملات تعد من النظام العام، والذي يؤدي اغفال الادارة لأي من هذه الشكليات بطلان الاعلان، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ميز بين الشكليات الجوهرية التي يترتب على الاخلال بها بطلان الاعلان، وفي ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان المزاد الذي تم بخلاف الطريقة التي نص عليها القانون، وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك[٢]. ومن مشتملات الاعلان التي توجب البطلان هي مدّة الاعلان والالتزام بالمدّة التي حددت من جهة التعاقد، اما الشكليات غير الجوهرية التي لا يترتب عليها البطلان وليس من النظام العام، فهي حالة حدوث خطأ مادي في الارقام والذي يكون من السهل اصلاحها و اغفال الادارة تضمين الاعلان السلطة التي تجريه، [٣] لذا سنتناول اهم الضوابط الحاكمة في الاعلان عن عقد الاشغال.

أولاً: طريقة الاعلان ومضمونه: إذ تنص المادة (١٣) من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (للجهة الإدارية حال رغبتها في معرفة المشاركين المحتملين أو المهتمين بالدخول في عملية معينة تنوي طرحها بأي من طرق التعاقد أن تصدر طلبا لإبداء الاهتمام قبل الشروع في طرح العملية على أن تعلن عنه بإحدى الصحف اليومية

---

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم ٢٣٤٦ لسنة ٤٣ ق ع جلسة ٢١/ ١١/ ٢٠٠٠ منشور بمجلة المحاماة، العدد الثاني، ص ٥٢٢.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر ١٩٣١/١/٢٦ اشار اليه د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص٢٠٣.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر ١٩٢٩/١/١٨ اشار اليه د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق ، ص٢٠٤.

واسعة الانتشار فضلاً عن نشره على بوابة التعاقدات العامة، ولا يجوز بأي حال أن يؤدي طلب إبداء الاهتمام إلى الحد من عدد المشاركين حال الطرح، ولا أن يترتب عليه أي حق لمن قاموا بالرد على الطلب). وكذلك المادة (٢٠) من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ التي نصت على انه (يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (٧) من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقا لما تقدره السلطة المختصة، على أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لإتباع هذا الطريق، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وفي حالة التعاقد عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة الداخلية أو المزايدة العلنية العامة أو المزايدة بالمظاريف المغلقة، فيجب الإعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، ويكون الإعلان عن المناقصة العامة والممارسة العامة الخارجية مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، وبإحدى الصحف الدولية وبالإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات. وفي حالة التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو المزايدة المحدودة أو المزايدة المحلية، فيجب توجيه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح. وفي حالة إذا ما قررت الجهة الإدارية تأجيل موعد فتح المظاريف أو المزايدة، فيجب أن يتم الإعلان عن الموعد الجديد بالطريقة ذاتها. وفي جميع حالات الإعلان أو الدعوة للتعاقد المنصوص عليها في هذا القانون يتعين الحصول على موافقة السلطة المختصة، ويجوز بموافقتها الإعلان في أكثر من صحيفة مصرية أو دولية وفقا لأهمية وطبيعة التعاقد في الحالات التي تقتضي ذلك). ونصت المادة (٣٧) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ على انه (بمراعاة أحكام المادة (٢٠) من القانون يجب على إدارة التعاقدات فور موافقة السلطة المختصة على ما تضمنته مذكرة الطرح النشر عن العملية على بوابة التعاقدات العامة، وكذا الإعلان عنها أو الدعوة إليها، بحسب الأحوال، على أن يتضمن الإعلان أو الدعوة البيانات الآتية:١- اسم الجهة الإدارية الطارحة، وعنوان إدارة التعاقدات بها ورقم التليفون والفاكس والبريد الإلكتروني للإدارة.٢- اسم العملية ورقمها وطريق التعاقد.٣- وصفا موحدا وواضحا لموضوع التعاقد.٤- مكان وميعاد الحصول

على كراسة الشروط والمواصفات وثمنها، والإشارة إلى إمكانية الاطلاع على بيانات العملية ومستندات الطرح الخاصة بها على بوابة التعاقدات العامة دون مقابل.٥- موعد ومكان انعقاد جلسة الاستفسارات إن وجدت، وجلسة فتح المظاريف أو الممارسة أو جلسة المزايدة، بحسب الأحوال ٦- مبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي. وإذا تقرر طرح أكثر من عملية في تاريخ واحد أو تواريخ متقاربة فعلى إدارة التعاقدات مراعاة الإعلان عنها في إعلان واحد).

وفي العراق فيتوجب على جهات التعاقد استعمال اجراءات المناقصة من وجود مصادقة من قبل وزارة التخطيط على تقرير الجدوى الفنية والاقتصادية ووجود دراسة محدثة للكلفة التخمينية ، وهناك تخصيصات في الموازنة الاتحادية. وبعدها تقوم جهة التعاقد بإصدار تعليمات الى المتنافسين مرفق بكافة المستندات ، إذ يتوجب على جهة التعاقد أن تحوي مضمون الاعلان على اسم المناقصة وعنوانها ورقمها وبابها المدرج في الموازنة ووصف موجز ووافي عن عقد الاشغال ، وتحديد موعد ومكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوب ومكان بيع مستندات المناقصة والتأمينات الاولية وموعد انتهاء وغلق المناقصة[١].

وبيان شروط التعاقد ومواصفات العمل بيان اكثر معلومات الايضاح للمتنافسين، ويتم نشر الاعلان باللغتين العربية والكردية ، و بلغة اجنبية اخرى ان اقتضى الامر ذلك ، وان يحوي الاعلان المعلومات الوافية عن بيان العمل، وجدول التسليم والوقت اللازم للرد وتحديد مدة الرد لمنح الحاجة ، وجواز اعطائهم فرصة طرح اسئلتهم عن المناقصة وايضاً تحديد الموعد النهائي لتقديم العطاءات. وايضاً يتوجب على جهة التعاقد بيان الية دفع الاجور والغرامات التأخيرية وكافة المبالغ المتفق عليها كالنسبة المئوية او مبلغ مقطوع والاعمال المماثلة وتحديد موعد فتح العطاءات ، وتدون تلك المعلومات في وثائق... فيها اصحاب العطاءات بشكل مطبوع رقما وكتابة من خلال كراسة الشروط الخاصة بالمناقصة. وان يتم نشر الاعلان في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار على الاقل على ان تكون جريدة الاعلان في وزارة المالية من ضمنها ، وكذلك يتوجب نشرها في الموقع الالكتروني لجهة التعاقد ولوحة الاعلانات بالنسبة للمناقصات الوطنية وفي الملحقات التجارية في السفارات العراقية في الخارج.

---

(١) القسم الرابع فقرة (٣) من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ العراقي النافذ.

ثانياً مدة الاعلان : ففي فرنسا فقد بينت المادة الثانية/ اولا من المرسوم الفرنسي رقم ٦٩٢ لسنه ٢٠٠٢، التي اشارت الى أن الاعلان عن المناقصة يتم بنفس الكيفية التي يتم بها الاعلان عن الممارسة. (١)

واشارت الفقرة الثالثة من المادة (٤٠) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، إن الشخص العام حر في اختيار طريقة الاعلان اذا كانت قيمة الممارسة اقل من ٩٠ الف يورو ومن ثم يجوز الاعلان اما على الموقع الالكتروني ام الاعلان في النشرات الرسمية الخاصة بإعلانات العقود الإدارية وهو ما يعد كافيا للإحاطة بالشروط الفنية والقانونية. (٢)

وقد بين الباب السابع الخاص بالقواعد المطبقة على اجراءات العطاءات في المادة الاولى منه على انه (تسري احكام هذا الفصل المتعلقة بالمواعيد النهائية لتقديم الطلبات والعروض دون المساس بتلك المواعيد). وبينت المادة الثانية منه على ان الحد الادنى للموعد النهائي لاستلام الطلبات والمناقصات هو ٣٥ يوما من تاريخ ارسال الاشعار، واستدركت المادة الثالثة منه على انه يجوز تخفيض الحد الادنى للمدّة المنصوص عليها في المادة الثانية بجعلها ١٥ يوما في حالات نص عليها القانون استثناء) (٣)

تنص المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٠ والتي حددت مدة الثلاثين يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة ، تبدأ من تاريخ اول اعلان في الصحف اليومية ، ويجوز جعل المدّة لا تقل عن عشرين يوم).

وفي العراق في عقود التجهيز والخدمات الاستشارية مدّة تتراوح بين (١٥_ ٦٠) يوم تحدد حسب اهمية العقد والتي تبدأ سريانها من تاريخ نشر الاعلان ، إلا في بعض العقود التي تتعلق بتجهيز الحنطة والرز والدواء بحسب تقرير الوزير المختص. ٢. فيما يخص عقود الاشغال العامة من (٢١_ ٦٠) يوم تحسب من تاريخ اخر نشر للإعلان)(٤).

---

(١)المادة الثانية/ اولا من المرسوم الفرنسي رقم ٦٩٢ لسنه ٢٠٠٢.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة (٤٠) من قانون العقود الإدارية في فرنسا.

(٣)اللائحة التنظيمية الفرنسية والمطبقة اعتبارا من ١ ابريل ٢٠١٩.

(٤) المادة (٥/أولاً) من تعليمات العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الملغي.

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في عدّة قرارات لاعتبار المدد من النظام العام ، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفاتها، والتي يؤدي عدم مراعاتها وتجاوزها الى سقوط الحق في الطعن ، و يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه، فنصت على انه(...يكون خارج المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية وحيث ان المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية المادة ١٧١ من نفس القانون...). [١]

وفي قرار للمحكمة الادارية المختصة بالعقود الحكومية العامة(الملغاة) ان قرار لجنة الاعتراضات المشكلة بمحافظة المثنى التي اصدرت قرارها المؤرخ في ٢٠١٠/١١/٢٩ برد الاعتراض مخالفة شركة (د) لشرط الاعلان في المناقصة وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تقديم خطاب ضمان لا يغطي مدّة المشروع وايدت الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بالعدد ٢٦٤/م/٢٠١١ في ٢٠١١/٢/٢[٢].

وفي فتوى مجلس الدولة المصري إذ افتت ادارة الفتوى لوزارة الصحة والاوقاف والشؤون الاجتماعية والشؤون الازهر بما يأتي (إن نص المادة ١٥ من اللائحة اوجب لإعلان عن المناقصة العامة قبل اجراؤها في وقت مناسب في الصحف اليومية او الوقائع المصرية لحكمه مفادها ضمان اتصال علم الكافة بها، حتى يتقدم لها اكبر عدد ممكن من مناقصين ضمان للوصول الى انسب العروض واكثرها تحقيقا للصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من ابرام العقد وقد ورد النص بصيغه الوجوب بمعنى إن الاعلان عن المناقصة العامة قبل

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق العدد ٢٦٢٩ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ٤/ ١٢/ ٢٠٠٦ منشور في المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية قسم المرافعات، الجزء الاول، اعداد دريد داود سلمان الجنابي، مكتبة صباح، بغداد ، ٢٠١٠، ص ١٣٧. وكذلك قرارها في العدد ١٣ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٨ في ٢٨/ ١/ ٢٠٠٨. وقرارها في العدد ٢٣١٦ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٧ في ١٣/ ١٠ /٢٠٠٧. وقرارها في العدد ٢٧٤٦ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ١٠/ ١٠/ ٢٠٠٦. وقرارها في العدد ٢٧٩٥ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ٩/ ١١/ ٢٠٠٦. وقرارها في العدد ١,٣٠٧ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ١٦/ ٧/ ٢٠٠٦. في نفس المصدر من ص ١٢٩ _ ١٥٠.

(٢) قرار رقم ٢٧/ادارية تخطيط/٢٠١٠ في ٢٠١١/١/٥ ، منشور في شهاب احمد ياسين وخليل ابراهيم المشاهدي ، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة ، السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص٢٠.

اجرائها بوقت في الصحف اليومية والوقائع يعد اجراء جوهرياً يتعين مراعاتها في جميع الاحوال والا تعين اعادة طرحها من جديد مع الاعلان عنها في الصحف اليومية او الوقائع المصرية دون التذرع في مثل هذا الصدد بنفاذ البند المخصص للنشر...) [١].

ثالثا: الية تقديم العطاء والبقاء عليه [٢] حتى يتم الاعتداد بالعطاء يجب أن يحتوي على مجمل البيانات التي تشترطها جهة التعاقد كالعرض الفني والمالي وان يقدم الى الجهة المختصة المباشرة التي اعلنت عن موعد المناقصة، لان تقديمه لغير جهة لا يجلب الغرض منه ولا يرتب إي اثار قانونية على ذلك وعلى مقدم العطاء أن يبين عنوانه الذي بالإمكان مخاطبته عليه، ويقدم العطاء موقعاً من صاحبه على نموذج العطاء المختوم بختم الجهة الادارية ويؤشر عليه برقم وقيمة تحصيل الثمن وتاريخها ، ويجب أن تبين على كل من مظروف العطاء الفني والمالي توقيعه من الخارج ويوضع المظروفين داخل مظروف مغلق بطريقة محكمة يوضح عليه اسم وعنوان الجهة الادارية او الوحدة المختصة ويكون التقديم اما بإرسالها بالبريد الموصي عليه او وضعها في الصندوق المختص لوضع العطاءات بالجهة او تسليمها لقلم المحفوظات بموجب ايصال يثبت تاريخ التسليم وساعته ، وان يسدد ثمن كراسة الشروط (المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية) وقد افتى ادارة الفتوى لوزارة الصحة بمجلس الدولة المصري بعدم جواز قبول العطاء ممن لم يقم بشراء كراسة الشروط لما يتضمنه هذا الاجراء من تعارض مع الحكمة التي ابتغاها المشرع في هذا الصدد[٣].ففي مصر نصت المادة (٨) على اشتمال العطاء على نوعين من المظاريف :١- المظروف المالي : والذي يتضمن قائمة الاسعار جدول الفئات وان يراعى الاتي ...[٤].٢-: المظروف الفني : والذي يشتمل على جميع البيانات الفنية والمعلومات والمستندات التي تطلبها الجهة الادارية بما في ذلك المستندات الدالة على سبقة الخبرة والقيد في المكاتب او

---

(١) فتوى مجلس الدولة المصري اداره الفتوى لوزارة الصحة والاوقاف والشؤون الاجتماعية والشؤون الازهر بمجلس الدولة ،رقم ٥١٢ بتاريخ ١٧/ ٧/ ١٩٨٥ ملف رقم ٦٧ / ١٤١.

(٢) العطاء هو العروض التي تتقدم بها الافراد في المنافع والتي بين فيها الوصف الفني وتحديد السعر الذي يقدمه المناقص. د. محمد ماهر ابو العينين ، العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات . الكتاب الاول ، بدون سنة ، القاهرة ، ص٣٦٨.

(٣) فتوى مجلس الدولة رقم ٦٥٤ بتاريخ ١٩٩٢/٧/١٤.

(٤) المادة (٨) من قانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

السجلات او النقابات او الاتحادات التي يكون القيد فيها واجب قانوناً ، واي ملاحظة يرغب مقدم العطاء ابدائها ولكن في كتاب مستقل. وتوالت التشريعات المقارنة في تنظيم العملية التي تلي عمليتي الإعلان عن المناقصة لتنفيذ العقود المدرجة ضمن التشريعات إذ اوجب على المتنافسين تقديم عطاءاتهم على أن تكون ضمن المدة التي تحددها الجهات المتعاقدة في وسيلة النشر التي استخدمتها الادارة ، وبالإجراءات التي تعتمدها جهة التعاقد ، وان العطاء الذي يتقدم به الشركات او الافراد عادة ما يتضمن ظرفين الظرف التجاري والظرف المالي ، فيحتوي المظروف الفني على الامور الفنية التي تخص المشروع المراد تنفيذه وكيفية عمل المشروع وكل الاليات التي تخص صياغة والتعديلات التي تجرى على المشروع ومخططات المشرع (التندر) تكون مصدقة من جهات هندسية[١]. اما العرض المالي يشتمل على السعر المعروض لتنفيذ المشروع ، ويتم تقديم العطاءات بطريقتين الاولى ضمن ظرف يحوي المعلومات الفنية والعرض المالي لسعر المناقصة والثانية بطرقتين الاول الظرف الفني والثاني العرض المالي[٢]. واوجبت المادة (٥/أ) من تعليمات مناقصات الاشغال الاردني تقديم (تأمين مالي على شكل كفالة المناقصة ونسبتها من (٢ . ٣%) من القيمة المقدرة للعطاء)[٣]. لذا سنتناول احكام النظام العام في العطاء:

١ : **البقاء على العطاء** : نصت المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات(الملغي) على تحديد مدّة ثلاثون يوماً على الاقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة من تاريخ اول اعلان في الصحف اليومية ، ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدّة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً ... ولالتزام مقدم العطاء بمدّة لا تزيد على ثلاثة اشهر. وهي صلاحية سريان مفعول العطاءات من التاريخ المحدد لفتح المظاريف.

ونصت الفقرة(٤/١/١) من كتاب العطاء في المادة الاولى من وثائق تصميم وتنفيذ الاشغال على ما يأتي (يعني الوثيقة المسماة كتاب العطاء (كتاب عرض المناقصة) والذي تم إكماله من المقاول، ويشمل العرض المتعلق بالأشغال الذي وقع عليه المقاول وقدمه الى صاحب العمل).

---

(١) د. نجيب خلف احمد ، النظام القانوني لتقديم العطاءات في المناقصة العامة ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية الصادرة عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد ٢٢ ، ٢٠٠٨ ، ص٥٢.

(٢) المادة (١/٩) من تعليمات المناقصات الاشغال الحكومية الاردني رقم لسنة ١٩٨٧.

(٣) المادة (٥/أ) من تعليمات المناقصات الاشغال الحكومية الاردني رقم لسنة ١٩٨٧.

وعرفت الفقرة (٨/١/١) من المادة الاولى من وثائق تصميم وتنفيذ الاشغال العطاء بانه (تعني كتاب العطاء وجميع ما قدم المقاول من وثائق أخرى معه، كما هو مذكور في العقد). وقد نصت المادة(١٨) من القسم الأول من تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال الى فترة نفاذية العطاء اذ نصت على انه (-١ يبقى العطاء نافذ المفعول للفترة المحددة في ورقة بيانات العطاء وللفترة الممتدة بعد التاريخ النهائي لتقديم العطاءات كما محدد من صاحب العمل بالفقرة (٢٢-١) من التعليمات لمقدمي العطاءات، وسوف يرفض اي عطاء يتضمن مدّة نفاذية تقل عن الفترة المحددة أنفا ويعتبر غير مستجيب).

ب: شروط العطاء :١/ الكتابة : وتعدّ العنصر الجوهري الذي يقوم عليه العطاء، إذ ليس بمقدور المتنافسين على المناقصة أن يقدموا عطاءاتهم بغير الكتابة فهي شرطاً اساسي لوجود العطاء، وهذا مدعاة الى معرفة جهة التعاقد بتفاصيل المناقصة والاسعار التي يتنافس عليها المناقصة ، وايضاً تعد وسيلة اثبات لحق المناقص بتقديمه العرض المالي والفني، لمنع ضياع حقوق المتنافسين بحجج عدم تقديمها.**٢ /لغة العقد :** وهي العلامات والحروف والتعابير التي يتم بموجبها عقد الاشغال تحرير العقد ، فالغالب من التشريعات يتم تحريرها باللغة التي تتعامل بها الدولة ، ففي الدول العربية تحرر العقود الادارية باللغة العربية ما لم تنص القوانين على غير ذلك، فيما لو حررت بلغات اجنبية اخرى كالإنكليزية او الفرنسية، فيما لو كان المتعاقد من دولة اجنبية ، فإن اللغة الاجنبية تستعمل كمرادف للغة العقد الاصلية وهي اللغة العربية ، ويجوز أن تحوي لغة العقد على مصطلحات للغات اخرى يوجد لها مرادفات للغة الغربية[١]. واشارت المواد (٥٤ . ٧٣) من اللائحة العقدية في مصر الى تقديم العطاءات موقعة على نموذج مختوم من الجهة الوزارية التي تؤشر عليه برقم وقسم تحصيل الثمن وتاريخها ويثبت على نوع المظروف من الخارج[٢].

وان يحوي العطاء على جدول الفئات او قائمة الاسعار ويجب أن تكتب بالحبر الجاف او السائل او الطباعة رقماً وحروفاً باللغة العربية ويكون سعر الوحدة في كل صنف ما مدون عدداً أو وزناً او مقاساً ، ولا يجوز الشطب او التعديل كما كان ولا الكشط او المحو بل يجوز اعادة

(١) د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، ص١٥٣.
(٢) المادة (٥٤) من اللائحة العقدية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لقانون المناقصات والمزايدات المصري .

الكتابة رقماً وحروفاً وتوثيقه عليها ، وفي حالة وجود ملاحظات يجب أن توضح في كتاب مستقل، وسكوت المناقص لجهة الادارة الحق برفض المناقصة[١].

وفي العراق تقدم العطاءات الى مقرر لجنة فتح العطاءات ويقوم المقرر بإيداع العطاءات في صندوق الجهة المعنية بوصل ينظم بقسيمين تسلم واحدة الى المناقص واخرى يحتفظ بها لدى جهة التعاقد[٢].

مع جواز ارسالها بالبريد المسجل والبريد السريع في الموعد الذي يؤمن وصولها قبل غلق المناقصة وتسجل في سجل حال تسلمها ويجب تقديمها داخل غلاف مختوم تكتب عليه اسم المناقص وجميع المستندات[٣].

ويشترط العطاء أن يقدم موقعاً من قبل المناقص والشهادات والوثائق كهوية الانتساب للغرف التجارية وهوية المقاولين العراقيين وصفته والتسجيل لدى ضريبة الدخل وكافة المعلومات المطلوبة بالأسعار فتدون بشكل واضح بالحبر ولا يجوز الحك والشطب وان كان هناك فيجب ان توقع الى جانبها لان ذلك يؤدي الى جواز استبعاد المناقص[٤].

رابعا: أحكام النظام العام في التأمينات:

١- **التأمينات الاولية:** ففي مصر نصت المادة(١٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على إنه (تحدد السلطة المختصة مبلغ التأمين المؤقت ضمن شروط الطرح، ويجب تقديره دون مبالغة وبما لا يجاوز النسبة المنصوص عليها في العمليات الآتية:

١- في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية: نسبة (١.٥%) من القيمة التقديرية وبما يتماشى مع

(١) المواد ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٧ من اللائحة العقدية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لقانون المناقصات والمزايدات المصري .
(٢) المادة (٦) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
(٣) الفقرة (٢ ، ٣) من الشروط العامة لمقاولات الاعمال الهندسية المدنية في العراق.
(٤) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٥٨.

طبيعة العملية وحجمها، وفي حالة الطرح في مجموعات متجانسة يحسب التأمين المؤقت لكل مجموعة بذات النسبة.

٢- في عمليات شراء أو استئجار العقارات: نسبة (٠.٥%) من القيمة التقديرية للعملية المطروحة.

٣- في عمليات بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات: يتم تحديد مبلغ التأمين المؤقت حسب طبيعة وأهمية المزايدة.

وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون التأمين المؤقت ساريا لمدة ثلاثين يوما بعد تاريخ انتهاء مدّة صلاحية سريان العطاء أو تاريخ انتهاء مدّة مد صلاحيته)، وبينت المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية آلية اداء التأمينات المؤقتة إذ (تؤدى نقداً بإيداعها بخزينة الجهة الادارية بموجب ايصال رسمي ولا تحسب فوائدها تلك المبالغ او بشيكات من المصارف سواء من الداخل او المصارف الخارجية المعتمدة من الداخل او بخطاب ضمان من احد المصارف المحلية المعتمدة بشرط عدم وجود قيد او شرط وان يقر المصرف). ونصت الفقرة (ثانياً) من القسم الرابع من قانون العقود الحكومية على إنه (المؤهلات الاساسية لمقدم العرض كالإيداعات او المقاولات يقتضي تطبيقها بطريقة لا تحد بصورة غير معقولة من المنافسة إن كان الايداع شرطاً للمشاركة في مناقصة تنافسية فيجب أن يكون المبلغ المودع معقولاً ومقدراً على اساس قيمة العقد، ويعاد عند عدم نجاح مقدم العرض الى مودعه ، واستخدام الكفالات في المقابل من الايداع غير مرغوب به)[١].

ونصت المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ على (أ. تحدد التأمينات الاولية بمبلغ مقطوع نسبة لا تقل عن (١%) واحد من المئة ولا تزيد على (٣%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية ... ب. لا تقبل التأمينات الاولية لمتقدمي العطاءات إلا أذا كانت على شكل خطاب ضمان او صك مصدق او سفتجة ج. تقدم التأمينات الاولية من قبل مقدم العطاء .. لمصلحة جهة التعاقد ويضمن الاشارة لاسم ورقم المناقصة. د. تعفى الشركات العامة من تقديم التأمينات الاولية.ح. يعفى مقدمو العطاءات المشاركون في مناقصات المقرر احالتها بأسلوب المناقصة والمحدودة او المرحلة الثانية او بمرحلتين ١. الدعوة المباشرة او العطاء الواحد

(١) القسم الرابع/٢/ قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

او التعاقد المباشر او الشراء المباشر من الشركات المصنفة الرصينة من تقديم التأمينات الاولية).

٢- **التأمينات النهائية:** تعد التأمينات النهائية مبالغ نقدية تدفع من قبل من احيلت عليه المناقصة لضمان حسن تنفيذ العقد، ونصت المادة (٤٩) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٨٣٩١٢٤ في ٢٦ يونيو على انه (لم يمنع اي حكم او مبدأ اخر السلطة المتعاقدة من مطالبة المرشحين بالإداء كجزء من تقديم عطائهم و تحت سيطرتها وهو اختبار للخدمات التي يشملها العقد من اجل السماح لتقييم الجودة وحسن تنفيذ العقد). [١]

و نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، على تحديد التأمينات النهائية لضمان حسن التنفيذ ولكافة العقود بنسبة (٥%) من مبلغ العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة وقبل توقيع العقد من قبل الفائز بالمناقصة.[٢]

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية نصت فيه على إنه (وللشك الحاصل بخطاب ضمان حسن التنفيذ الصادر من مصرف الشرق الأوسط العراقي للاستثمار فرع البصرة فقد تمت مفاتحة الفرع الرئيسي للمصرف والذي أيد عدم صحة صدوره حسبما جاء بكتاب محافظة المثنى/القانونية بالعدد (١٠٨١٠)في٢٠١١/٩/١٣وعلى أثر ذلك تم فتح قضية تحقيقية بحق الشركة بتهمة تقديم خطاب ضمان مزور، كما وضعت الشركة المميزة بالقائمة السوداء بكتاب وزارة التخطيط/الدئرة القانونية بالعدد(٥٨٩٣/٥/٤) في٢/٤/٢٠١٢). [٣]

خامسا: تشكيل اللجان ودورها في ابرام عقد الاشغال وارتباطه بالنظام العام:

أولاً : تشكل اللجان:

يعد موضوع تشكيل اللجان من الاجراءات المهمة التي تتعلق بالنظام العام ويترتب على تخلفها خلل في العملية العقدية، ففي فرنسا نصت المادة (٢/اولا) من المرسوم الفرنسي بالعدد

---

(١) المادة (٤٩) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٨٣٩١٢٤ في ٢٦ يونيو لسنة ٢٠١٥.

(٢)الفقرة (ا) من البند(ثانيا) من المادة(٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية منشور في مجموعة، شهاب أحمد ياسين والقاضي خليل أبراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية ،ج٢، مكتبة المصباح، بغداد، ٢٠١٣، ص١٣١ .

١٠٨٦ لسنه ٢٠٠٩ المؤرخ في ٢ سبتمبر ٢٠٠٩،على انه (لا يمكن فتح سوى المظاريف التي تم استلامها على ابعد تقدير في التاريخ والوقت المحددين اللذين تم الاعلان عنه في اشعار الدعوة العامة للمنافسة، وقبل فحص الطلبات يجوز للسلطة المتعاقدة التي تجد ان المستندات المطلوب تقديمها مفقودة او غير كاملة ان تطلب من المرشحين اكمال ملفهم وفقا لإحكام المادة ٥٢ من ذات المرسوم).

وفي مصر نصت المادة (١١) من قانون المناقصات والمزايدات(الملغي) على ما يأتي (يكون البحث في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين ، تقوم احدهما بفتح المظاريف الاخرى بالبت في المناقصة، ولجنة الفتح في مصر : نصت عليها المادة (١١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على ان المناقصات التي لا تتجاوز قيمتها خمسين الف جنيه تتولاها لجنة واحدة للفتح والدين في المظاريف ، وتشكل تلك اللجان من السلطة المختصة ، وتضم عناصر مالية وقانونية وفيه حسب اهمية وطبيعة العقد ويشترط ان تمثل وزارة المالية اذا تجاوزت القيمة (٢٥٠) الف جنيه وان تجاوزت (٥٠٠) الف فتمثل بعضو من ادارة الفتوى لمجلس الدولة المصري[١].

وتتولى لجنة الفتح بواسطة رئيسها بفتح صندوق العطاءات في تمام الساعة العاشرة صباحاً من اليوم المعين لفتح المظاريف الفنية ، وفق المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

وجاءت المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية التي اشترطت ان تتم اللجنة عملها بأكمله في ذات الجلسة، اما لجنة البت اذ بعدما تنتهي لجنة الفتح تتولى ارسال المحضر النهائي لإعمالها الى لجنة البت اذ تتولى دراسة المظاريف الفنية لتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط الواردة من الشروط العامة والخاصة ، ونصت المادة (٢٣) من اللائحة التنفيذية رقم ٦٧١٣ لسنة ١٩٩٨ على ان اللجنة البت ان تستوفي من مقدمي العروض واستيفاء ما نص من وسائل فنية ، وتتولى اختيار العطاء الافضل فنياً والارخص سعراً ، ويكون ذلك برفع محضراً بتوصياتها الى اللجنة المختصة وفق المادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية وسبب مراعاة انقضاء سبعة ايام عمل على

(١) المادة (١٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨المصري الملغي.

الاقل بين تاريخ اعلان اسباب القرارات الخاصة او استبعاد العروض الفنية في لوحة الاعلان وفق المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية.

وفي العراق نصت المادة (٦/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على جهة التعاقد تأليف لجنة او اكثر مهمتها فتح العطاءات بعد انتهاء مدّة الاعلان على أن تكون اللجنة برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الثالثة ، وتضع ممثلين عن الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود في جهة التعاقد فضلاً عن موظف فني مختص ومقرر اللجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الثالثة[١].

ونصت المادة (٦/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على تأليف لجنة او اكثر للتحليل برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الثانية من ذوي الخبرة والاختصاص وعضوية عدد من الفنيين المختصين بما فيهم قانوني ومالي ، ومقرر للجنة لا تقل درجة الوظيفية عن الدرجة السادسة[٢]، ونصت المادة (٦/ثانياً) من التعليمات اعلاه بعدم جواز الجمع بين رئاسة وعضوية لجان فتح العطاءات ولجان تحليل وتصحيح العطاءات ، وهي تمارس عملها وفق ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) الخاصة بتلك اللجان بأعمام وزارة التخطيط عدد ١٥٧٩٢ في ٢٠١٤/٧/٢٠ وتخضع توصيات لجان التحليل وتقييم العطاءات الى مصادقة اللجنة المركزية المصادقة على الاحالة[٣].

---

(١) المادة (٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. وقد نصت المادة (١/٤) من قانون المناقصات الكويتي (الجهاز المركزي للمناقصات العامة هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية لها ميزانية ملحقة وتلحق بمجلس الوزراء تختص بما يلي : طرح المناقصات العامة او ما في حكمها من اساليب التعاقد وتلغى العطاءات والبت فيها وارسائها والغائها وتمديد العقود الادارية وتحديدها ، وتتلف اللجنة من ١. عضو من مجلس الجهاز المركزي للمناقصات ينتخبه اعضاء المجلس ويكون رئيساً للجنة التصديق ٢. ممثل وزارة الكهرباء والماء ٣. ممثل لوزارة الاشغال العامة ٤. ممثل المؤسسة العامة للرقابة الصحية ٥. ممثل للبترول ٦. لوزارة المالي ٧. ممثل عن الهيئة العامة لتنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات.

(٢) المادة (٦/أولاً البند ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤النافذه.

(٣) المادة (٦/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.وكذلك نص المادة (٣٤) من القسم الأول من تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال من الوثائق القياسية العراقية ونص المادة ١-٣٥.

للجنة الفتح واجبات اشارت اليها المادة (٦/خامساً) من تعليمات العقود الحكومية التي اوجبت على اللجنة ان تجتمع حال انتهاء الوقت المحدد لغلق المناقصة او في بداية الدوام الرسمي لليوم التالي وبموافقة جهة التعاقد بمباشرة عملية الفتح وبحضور الراغبين من مقدمي العطاءات او وكيلهم في المكان والزمان المحددين[١].

وعلى لجنة الفتح أن تتثبت من وجود الأختام الموضوعة على اغلفة العطاءات او الشمع السري وتعد مجموعة اوراق العطاء ، والعطاءات المثبتة على تخفيض نسبة مئوية او مبلغ مقطوع وكذلك العطاءات المعدلة واستبعاد السابقة ، بشرط تقديمها خلال نفاذ الاعلان ، تأشر على كل حالة حك او محو او اضافة او تصحيح مع توقيع رئيس واعضاء اللجنة ، وتأشير على جميع صفحات العطاءات وختم اللجنة وتوقيع اعضائها وبعد ذلك يقوم الرئيس بإعلان الاسعار والمواصفات الفنية ومدّة التنفيذ في لوحة الاعلانات ، ويقوم بعمل محضر عما كل ما جرى موقع من الرئيس والاعضاء وتحال الى لجنة تحليل العطاءات واعلام جهة التعاقد بذلك.[٢]

نلحظ مما سبق إن تشكيل و انعقاد اللجان كلجنة فتح العطاءات و لجنة التحليل هي من الاجراءات الشكلية التنظيمية الحاكمة في عملية ابرام عقد الاشغال وان إي خلل في تشكيل او انعقاد تلك اللجان يؤدى الى بطلان الاجراءات الشكلية المتعلقة بتلك اللجان، وهذا بدوره يؤدي الى بطلان العملية العقدية لتعلق الامر بالنظام العام.

سادسا: النكول : إذ أن المراحل التي تسبق الايجاب الذي يتمثل بتقديم العطاء الى جهة التعاقد يكون مجرد دعوة الى التفاوض او التعاقد ، لان الاعلان الذي تقوم به جهة التعاقد لم يشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه او لان هناك اعتبارات لم يُحط بها المعلن بعد، ويتوقف على معرفتها اتجاه جهة التعاقد في ابرام العقد ، وثار خلاف فقهي حول هل يعدّ اعلاناً

(١) المادة (٥/٦) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨. وجاءت الضوابط رقم(٣) من مهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة من وزاره التخطيط، رقم(١) لسنة ٢٠١٢.

(٢) وكذلك نص المادة (٢٥) من القسم الأول من تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال من الوثائق القياسية العراقية .

عن وجود مناقصة ام انه ايجاب من جهة التعاقد لإبرام عقد معين[١] ، فهذه المسألة توجب على القاضي ان يثبت كل حالة على حدة، وهل تعتبر ايجاباً ام لا فهي مسالة موضوعية تتحكم فيها ظروف الدعوى ووقائعها، ومن ثم فلا يعد الاعلان ايجاباً من قبل جهة التعاقد ويترتب عليه انه اذا استجاب لها شخص فلا توصف هذه الاستجابة قبولاً ينعقد بها العقد ، بل يكون دعوة للتفاوض موجهه للشركات او الافراد ، إذ أن الدعوة الى التفاوض توصف عملاً مادياً لا يترتب عليه اثر قانوني فتستطيع جهة التعاقد ان تترك التعاقد بتنفيذ ذلك المشروع المعلن عنه دون ان يترتب عليها اي مسؤولية عقدية لكل بإمكان الافراد والشركات التي اصابها ضرراً ، ووفقاً لإحكام النظام العام بأن اي شخص وقع عليه ضرر جراء خطأ من قبل اخر وجب عليه الضمان، إي في هذه الحالات نكون ازاء المسؤولية التقصيرية التي تقع على عاتق جهة التعاقد (الادارة) اذا كان هناك ضرر كما لو اعلنت جهة حكومية عن رغبتها في ابرام عقد ما، فكبد الطرف الاخر نفسه مصاريف او ضاعت عليه صفقه اخرى رابحة ، اعتماداً على إن التعاقد مع تلك الجهة الحكومية سينعقد ، وان الشخص القائم بالإعلان ، هو بمثابة وسيط ولا يكون نائباً عن جهات التعاقد إذ أن النيابة في التصرفات القانونية، واما الاعلان فهو مجرد دعوة الى التفاوض، ومن ثم يوصف عملاً مادياً فحسب[٢].

اما السؤال الذي يطرح ماذا يترتب في حالة عدم الاعلان من قبل الادارة. يرى جانب من الفقه انه لا بد من التفرقة بين بطلان الاجراء إي القرار الصادر بالإرساء نتيجة وجود بطلان في الاجراءات السابقة على التعاقد وبين عملية التعاقد في حد ذاتها، فمثلا اذا كان هناك قصور في النشر او الاعلان يترتب عليه بطلان اجراءات ارساء العطاء، فإن بطلان قرار الارساء لا يمس العقد لان العقد منفصل عن الاجراءات السابقة عليه و هي نتيجة قد تبدو غير منطقية، امام مبدأ (ما بني على باطل فهو باطل)، إذ أن استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين مع الجهة

---

(١) في حالة توجيه دعوة مباشرة الى احدى الشركات المختصة لإبرام عقد معين فهذا ليس دعوة للتفاوض بل هي ايجاب مقدم من قبل جهة التعاقد الى تلك الشركة بغية قبولها لإتمام التعاقد.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص١٢٣.

الإدارية هو السبب المؤدي الى اتباع هذا المفهوم وكل ما في الامر إن الاجراء الباطل اذا تسبب في ضرر لاحد المتقدمين للتعاقد يجوز للمتضرر المطالبة بالتعويض .[١]

وهناك قاعدة اصولية مستقرة في الفقه والقضاء في مجلس الدولة المصري، وهي إنه لا يحكم بالبطلان، إلا أذا شاب الاجراء عيب لم يتحقق ، بسبب الغاية من الاجراء، فاذا ثبت إن عدم النشر في المناقصة لم يؤدي الى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عن تقديم عطاءاتهم فانه لا يتم تقرير بطلان الاجراء والعكس صحيح. [٢]

إلا أن مجلس الدولة المصري خالف تلك القواعد في فتوى اللجنة الثانية بمجلس الدولة المصري التي نصت (مخالفة بعض اجراءات وضوابط الاعلان عن المناقصة العامة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الادارة والافراد معا وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة، وهي العلانية والمساواة و حرية المنافسة بين المتناقص للوصول الى انسب الاسعار والعروض إذ يترتب على اغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الاعلان بدون حاجة الى نص صريح يقضي بذلك وكذلك اغفال الادارة تحديد ميعاد المهلة المحددة او قيام بتقصير هذا الميعاد)[٣].

وفي فتوى اخرى لوزارة المالية في مصر اشارت الى انه (عدم الاعلان عن العملية في صحيفة واسعة الانتشار تعد مخالفة جوهرية لا يرد عليها التصحيح الا بإعادة الاجراءات مرة اخرى بل وانتهت الى ان عدم مراعاة ذلك يترتب عليه بطلان العقد) [٤].

إن ضمان تحقيق المصلحة العامة وحسن تسيير المرفق العام يقتضي على جهة التعاقد أن لا تتيح اجراءات الدخول الى المناقصة مفتوح على مصراعيه ، إذ أن ابرام عقد الاشغال العامة له ارتباط وثيق في تحقيق المصلحة العامة لتعلقه بإدامة تسيير المرافق العامة ، وهذا يتطلب

---

(١) د. محمد ماهر ابو العينين ،الكتاب الاول، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٣) فتوى رقم ١٢٢ واللجنة الثانية بمجلس الدولة جلسة ٣١/ ١ /١٩٨٨ ملفت والاسكان ٣١ /٢٩/ ٨٦٠ اشاره اليها الدكتور جابر جاد نصار، مرجع سابق ، ص٥٤.

(٤) فتوى وزارة المالية رقم ٩٠ في ٢١/ ١ /٢٠٠٢ ملف ١٣٨١/ ١/٢ اشار اليها الدكتور مال الله جعفر عبدالملك الحمادي، مصدر سابق ،ص ٩٢.

عدم الاضرار بالمال العام ، لذا لا يمكن قبول إي كان للقيام بتنفيذ عقد الاشغال، فهناك من تمنعهم التشريعات من الدخول في المناقصة وابرام عقد الاشغال وهم:

١- الوظيفة العامة ، [١] إذ تباشر جهة التعاقد القيام بأنشطتها بواسطة موظفين ، وترتبط جهة التعاقد مع هؤلاء برباط تنظيمي، تحكمه قوانين الخدمة المدنية والانضباط العام والتعليمات الاخرى ، لذا فلا يمكن لجهة التعاقد أن تقوم باشراك موظفيها في اعمالها التي تروم القيام بها، لذا بادرت التشريعات الى منع اشتراك الموظفين في الدخول في المناقصات التي تطرحها جهة التعاقد ، إذ نصت المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام على (منع الموظف عن الاشتراك في المناقصات)[٢] ، وكذلك المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ إذ نصت (لا يجوز لمنتسبي الاجهزة الحكومية من الاشتراك في المناقصات بصورة مباشرة أو غير مباشرة)[٣].

وكذلك المادة (٧٢) من التشريع الفرنسي[٤] وتأكدت في المادة (١٧٥) من قانون العقوبات الفرنسي، التي اشارت الى عقوبات بحق المخالفين لواجب المنع فيما لو مارس اعمالاً وابتغى منها منافع شخصية عن طريق المناقصات العامة.

٢-المركز المالي للتعاقد : من الاحكام الخاصة بالنظام العام فيمن يباشر عملية المناقصة، التي ينبغي منها تنفيذ عقد الاشغال العامة ، اشترطت التشريعات لكي تضمن افضل العروض بأفضل الشركات التي تقوم بتنفيذ هذا العقد المهم إي أن لا يكون في حالة افلاس او اعسار، إي أن لا يكون ذا مركز مالي سيء ، لان ذلك يجعل تنفيذه للمشاريع التي تهم جهة التعاقد مستحيلاً وذلك، بسبب العبء المالي، الذي يؤدي الى اعسار هؤلاء ، وصعوبة تنفيذ التزاماتهم الموكلة

(١) د. عبد الحميد حشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٥.

(٢) المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

(٣) المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨.

(٤)المادة (٧٢) والمادة (١٧٥) من قانون العقوبات الفرنسي.

لهم عبر عقد الاشغال، لذا بادرت التشريعات الى اجراء احترازي لتجنيب جهة التعاقد مخاطر دخول اشخاص في المناقصة لا يملكون المؤهلات المطلوبة لحسن تنفيذ العقد[١].

وفي قرار للمحكمة الاتحادية العليا والتي جاء في حيثيات الحكم إن وكيل المدعي ادعى ان وزارة التخطيط اصدرت التعليمات رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الخاصة بالضوابط رقم (١) تعليمات مقدمي العطاءات ، وجاء في الفقرة (أولاً/ج) (الطلب من مقدمي العطاءات ارفاق قائمة بالإعمال المماثلة مع عطاءاتهم والمتعلقة بطبيعة المنافسة معززة بتأييد من جهات التعاقد المعنية وتعتبر معياراً للتأهيل ثم اصدرت وزارة التخطيط ملحق ضوابط رقم (١٢) الخاص بضوابط ومعايير التأهيل والترسية للعطاءات الحكومية العامة لعقود الاشغال والتجهيز التي نصت (ج. الاعمال المماثلة والمنجزة عند طلبها من مقدمي العطاءات وحسب اهمية العقد الصادر...) ثم اعلمت وزارة التخطيط الشركة العامة لتجارة الحبوب بكتابها (٨١٤/٧١٤) في ٢٠١٧/٥/٢٣ (بالنسبة للحسابات الختامية والاعمال المماثلة والكفاءات المالية) ، ثم اصدرت وزارة التخطيط تعميم لملحق تعليماتها المرقم (١٨٢٥٦//٧١٤) في ٢٠١٧/٨/٢٩ وجهت بموجبه أن يكون طلب الاعمال المماثلة جوازي لان الوزارات تعتبر شرط الاعمال المماثلة .. وادعى وكيل المدعي ان التعليمات المذكورة مخالفة للدستور من حيث التكافؤ في فرص العمل لذا بادر للطعن بعدم دستوريتها والغائها للأسباب التالية : ١. ان اعتبار الاعمال المماثلة من معايير التأهيل افضل من اعتبارها شرطاً لدخول المناقصات كونه يعطي فرصة اكبر لدخول عدد من الشركات ٢. اعتبرت الاعمال المماثلة وحسب الضوابط رقم (١٢) من شروط دخول المناقصة وليس من شروط التأهيل ٣. اعتبرت وزارة التخطيط بتعميمها المرقم (١٨٢٥٦/٧١٤) في ٢٠١٧/٨/٢٩ الاعمال المماثلة امراً جوازياً في الاعمال الصغيرة وهذا لا يحقق العدالة لان اغلب الوزارات تعتبره شرطاً اساسياً لدخول المزايدة رغم ان اعمال النقل والتحميل والتوزيع لا يدخل فيها عنصر الفن. ٤. واصدرت وزارة التخطيط تعليماتها رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الضوابط رقم (٣) الخاصة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات التي نصت (ثانياً) (٥) على استبعاد العطاء الذي يصل مبلغه او يزيد عن (٢٠%) فاكثر من الكلفة التخمينية المخصصة لغرض الاحالة ويعتبر هذا

---

(١) عذراء ياسر عبيد ، السلطة التقديرية للإدارة في ابرام المناقصات ، رسالة ماجستير ، الجامعة المستنصرية ، ص٤٣.

القيد هدراً للمال العام لان الكثير من اصحاب الشركات مستعدين لتقديم اي ضمانة عقارية لحفظ حقوق الطرف الاخر وان النزول عن (٢٠%) يزيد من المنافسة بين الشركات ٥. ان الضوابط المذكورة تخرق مبدأ المساواة بين المواطنين ويؤدي الى تكريس سيطرة اشخاص وشركات معينة ٦. وان ذلك يخالف الدستور والمادة (٢٢) منه ... فأجاب عليها بلائحته ان ما ورد بالضوابط رقم (١٢) هو معيار للمفاضلة والتقييم بين مقدمي العطاءات وهو امر اكدت عليه الوثائق القياسية لتنفيذ التعاقدات الحكومية والمعتمدة بموجب توجيهات الوزارة بشكل الزامي اعتباراً من ٢٠١٦/٧/١ بالنسبة للأعمام رقم (١٨٢٥٦/٧/٤) ، لذا فان الادعاء مردود لان اعتبار معيار العمل المماثل آمراً جوازياً قد يطلب او لا يطلب فهو صلاحية لا علاقة للوزارة بها لآنها سلطة تقديرية لجهة التعاقد ، وفي المشاريع الكبيرة فان طلب تقديم المقاول للإعمال المماثلة شرطاً اساسياً للمفاضلة ، ويمكن للشركة التي لا تملك اعمال مماثلة ان تدخل في ائتلاف مع شركات اخرى ، وبالنسبة لقبول العطاءات اذا كان يزيداً ويقل عن (٢٠%) فاكثر من الكلفة التخمينية لان ذلك جاء بعد دراسة واقع الحال وهو دليل على عدم جدية المناقص او عدم وجود رغبة حقيقية في تنفيذ العمل ، وان التعليمات اتصفت بالرصانة والجدية بعد مناقشتها مع عدد مع الوزارات ... كما قدم المدعى عليه مذكرة جاء فيها قدر تعلق الامر بموضوع اعتبار معايير المنافسة (معايير مالية وفنية) شرطاً لدخول المناقصة وفي حالة مخالفة جهة التعاقد لذلك وقيامها باستبعاد الشركة ما من التحليل فبإمكانها التظلم من القرار وفقاً للمادة (٧/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ ، لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا كما تقدم... ان الضوابط قد وضعت المعايير المشار اليها لغرض المنافسة بين مقدمي العطاءات وليس لدخول المناقصة ومن ثم ففي، حالة مخالفة جهة التعاقد لذلك وقيامها باستبعاد شركة ما من التحليل فبإمكانها التظلم من القرار وفق المادة (٧/أولاً) من تعليمات رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والتي رسمت طريق للاعتراض المقدم على قرار الاحالة من قبل لجنة مركزية ترفع توصياتها الى رئيس الجهة التي تعاقدت مع مقدم العطاء الذي يبت بالتوجيه وتجد المحكمة الاتحادية العليا ان... جهة التعاقد برفض التوجيه صراحة او حكماً يعد من القرارات الادارية التي رسم القانون

طريقاً للطعن فيها هذا من جهة ومن جهة اخرى .. تعد خيارات خطية ادارية حرر القانون طريقاً للطعن فيها وهو غير الطعن امام المحكمة الاتحادية العليا ..)[١].

الفرع الثالث

احكام النظام العام في احالة عقد الاشغال

إن قرار الاحالة يعتبر من القرارات الادارية المنفصلة عن العقد الاداري التي يجوز الطعن فيها استقلالاً عن العقد الاداري، ويعرف بانه قرار تصدره جهة التعاقد المختصة لاعتماد نتيجة الاحالة والارساء، ويعد هذا القرار اساساً في توقف الايجاب والقبول إي سبباً في انشاء الرابطة العقدية، إن مجلس الدولة الفرنسي قد تأرجح في النظر الى الاحالة، ففي بداية ظهوره كان يرى إن هناك اندماج بين القرارات التي تدخل في العقد وغيرها من القرارات الخارجة عنه مع العقد الاداري إذ كان ينظر اليها على انها جزء متكامل من العقد ولا يجوز الطعن فيها استقلالاً عن العقد الاداري [٢].

إلا أن ذلك الاتجاه قد تغير في قرارات مجلس الدولة الفرنسي وتخلى عن نظرية الاندماج الى وجود القرارات المنفصلة عن العقد الاداري والمستقلة عنه، والتي اجاز مجلس الدولة الفرنسي الطعن فيها استغلالاً عن العقد الاداري، إذ بدأ في عام ١٩٠٣ بالنظر في القرارات المنفصلة عن العقد الاداري وقرار الاحالة احد هذه القرارات[٣].

ففي فرنسا فقد اشار المرسوم رقم ٦٤٩- ٢٠٠٥ المؤرخ في ٦ يونيو ٢٠٠٥ في المادة (٣٠) منه على ان (عملية ارساء العقد مقيدة في اجراءات المناقصة المنصوص عليها في هذا المرسوم فلا يجوز الارساء ان كان مبلغ العقد اقل من الحد الادنى لتطبيق الاجراءات الرسمية المنصوص عليها في المادة (٧) من المرسوم رقم ١٧٤٢ -٢٠٠٥.). [٤]

---

(١) قرار رقم ٨٧/اتحادية اعلام/٢٠١٨. منشور في موقع المحكمة الاتحادية العليا الاتي : https://www.iraqfsc.i

(2) vedel (Georgo) et pelvolve (Rcrre) : op. c.t.p. 401.

(٣) د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص٣١٠.

(٤) المادة (٥٠) من المرسوم رقم ٦٤٩- ٢٠٠٥ المؤرخ في ٦ يونيو ٢٠٠٥ الفرنسي.

وفي مصر نصت المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ على انه (بمراعاة إجراءات البت المالي، وبعد التأكد من عدم وجود أية شكاوى لم يفصل فيها، سواء عن طريق الجهة الإدارية أو مكتب شكاوى التعاقدات العمومية، ترفع لجنة البت محضرا بتوصياتها النهائية للسلطة المختصة بإرساء العملية على صاحب العطاء الفائز للاعتماد أو تقرير ما تراه). وكذلك نصت المادة (٨٠) على انه (تتولى إدارة التعاقدات بعد انقضاء السبعة أيام المنصوص عليها بالمادة (٣٩) من القانون وخلال مدة لا تجاوز يومين إخطار صاحب العطاء الفائز بترسية العملية عليه، وكذا إخطار باقي أصحاب العطاءات بذلك ..). وفي مصر ذهب جانب من الفقه إلى أن العقد ينعقد بمجرد صدور قرار الارساء، إذ يمثل قبول جهة التعاقد للإيجاب ، وفي حالة اشتراط القانون ضرورة حصول موافقة جهة عليا فان ذلك يعد نفاذاً موقوفاً لحين تحقق الشرط الواقف وهو حصول موافقة الجهة العليا، وهذا الاتجاه يخالف الرأي الغالب في الفقه وقرارات القضاء الاداري ، التي ترى ان ارساء المناقصة هي اجراء تمهيدي ولا ينعقد العقد الا بعد مصادقة السلطة المختصة وفي ذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن (العقد المدني ينعقد بمجرد رسو المزاد طبقاً لما نصت عليه المادة (٩٩) من القانون المدني وان العقد الاداري لا ينعقد الا بعد تصديق الجهة الادارية المختصة على التعاقد وهذا التصديق هو القبول الذي يلزم تطابقه مع الايجاب ووصوله الى علم من وجه اليه، ينعقد العقد من تاريخ هذا الوصول ففي مجال المزايدات والمناقصات الادارية تتولى ثلاث جهات الاجراءات التي تنهي التعاقد الاولى، لجنة فتح المظاريف والثانية لجنة البت في العطاءات والثالثة جهة التعاقد التي تتولى التصديق واعتماد ارساء المناقصة... واخطار صاحب الشأن)[١].

ونصت المادة الاولى من الوثائق القياسية في القسم السابع ،الشروط العامة لعقود وتصميم وتنفيذ الاشغال في الفقرة (٣/١/١) على ما يأتي(كتاب الاحالة (خطاب الترسية): (يعني كتاب الاحالة الرسمي لكتاب العطاء موقعاً عليه من صاحب العمل وشاملا لأية مذكرات يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، ويوقعان عليها. واذا لم يتم إصدار كتاب الاحالة (خطاب الترسية) فان هذا المصطلح يعني اتفاقية العقد، وعندها يعتبر التاريخ الذي يتم فيه توقيع اتفاقية العقد هو تاريخ

(١) حكم المحكمة الادارية العليا الطعن ١٦٦٨ لسنة ٣٣ قضائية جلسة ١٩٩٤/١/٤ اشار اليه بشار رشيد حسن الشطلاوي ، المصدر السابق ، ص٤٧.

اصدار كتاب الاحالة (خطاب الترسية) ، وقد نصت المادة(٣٨) من الجزء الأول – إجراءات التعاقد لعقود تنفيذ الأشغال القسم الأول – تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال على انه (و- إحالة العقد ..على صاحب العمل إحالة العقد على مقدم العطاء الذي تبين نتيجة التحليل إنه الاقل سعراً وكان عطائه مستجيباً بصورة أساسية لوثائق المناقصة بموجب احكام الفقرة (٣٧-١) من التعليمات لمقدمي العطاءات وبعد أن تكون قد توفرت القناعة التامة لديه بإمكانية مقدم العطاء تنفيذ العقد بصورة مرضية. (١)

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة المصري على انه (ينبغي التمييز في مقام التكييف بين الحق الذي تبرمه الادارة وبين الاجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد او تهيء لمولده ، وذلك إنه يستطيع النظر عن كون العقد مدنياً او ادارياً من هذه الاجراءات ما لم يتم بقرار من السلطة الادارية المختصة له حقائق القرار الاداري ، ومقوماته من حيث كونه افصاحاً عن ارادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القانون ، ومثل هذه القرارات وان كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف اتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كان او اداريا وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استغلالاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الالغاء والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها، ذلك ان

---

(١) وقد نصت المادة(٣٩) من الجزء الأول – إجراءات التعاقد لعقود تنفيذ الأشغال القسم الأول – تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال على انه (اعلان الاحالة على صاحب العمل وقبل انتهاء مدة نفاذ العطاء إعلام مقدم العطاء الفائز تحريريا بقبول عطاءه. أن رسالة الاشعار و المعرفّة لاحقا بكتاب القبول في كل من صيغة العقد والشروط العامة للعقد سوف تتضمن المبلغ الواجب دفعه من صاحب العمل للمقاول عن تنفيذ وأنجاز الاشغال وصيانتها (المعرف لاحقا في صيغة العقد والشروط العامة للعقد بمبلغ العقد) وفي الوقت ذاته على صاحب العمل اشعار مقدمي العطاءات كافة بنتائج المناقصة ، وينشر في موقعه الالكتروني و الموقع الألكتروني للأمم المتحدة (UNDB) و (dg market) ايضا نتائج تحليل العطاءات والعقود المبرمة والمعلومات المدرجة لاحقا: أ- اسماء مقدمي العطاءات المشاركين كافة . ب- اسعار العطاء لكل منهم عند فتح العطاءات. ج- اسم وسعر العطاء المقيم لكل عطاء جرى تقييمه .د- اسماء مقدمي العطاءات الذين رفضت عطاءاتهم و الاسباب التي ادت الى الرفض هـ- اسم مقدم العطاء الفائز ومبلغ عطائة و ملخص بالاشغال المحالة عليهم والزمن المحدد للتنفيذ .-٢ لحين تهيئة العقد وتوقيعه فان إشعار الإحالة (كتاب القبول) سوف يعتبر عقداً ملزماً. -٣على صاحب العمل حال صدور اشعار الاحالة (كتاب القبول) الأستجابة الى طلبات الأستفسار الواردة تحريرياً من مقدمي العطاءات الذين لم يحالفهم الحظ وأعلامهم بأسباب عدم أختيار عطائهم).

المناط في الاختصاص، هو التكييف السليم للتصرف ومن المسلم ان الاختصاص من النظام العام)[١].

نلحظ من القرار اعلاه اعتبار قرار الاحالة قراراً مستقلاً استقلالاً عن العقد الاداري ويختص به الموظف المختص وبما إن الاختصاص من النظام العام، لذا يجوز لذوي المصلحة الطعن بقرار الاحالة استغلالاً عن العقد الاداري. وان ارتباط الايجاب والقبول اي ابرام العقد لا يتم الا بمصادقة الجهة الوصائية الممنوحة قانوناً هذا الحق ، إذ أن هناك فرق بين الاعتماد وتصديق السلطة العليا، إذ أن حالات معينة قد يلزم القانون بضرورة حصول الادارة على موافقة جهة اعلى منها ، إذ أن تدخل هذه الجهة الوصائية ليس له اثر في وجود العقد، إذ أن العقد قد خرج الى الوجود من تاريخ المصادقة على الاحالة[٢].

اما عن احكام النظام العام في اجراءات الاحالة فهي كالاتي: أولاً : احكام النظام العام في المفاضلة

إن من اهم المعايير في المناقصة هو السعر وثانيها هو جودة العرض والثالث المزج بين السعر وجودة العرض[٣]، ويرى البعض ان تكون الاحالة تلقائية إي أن اللجنة المختصة بالإحالة لا تتمتع باي سلطة تقديرية في اختيار المناقص، بل انها تلتزم على من يقدم المظروف المالي الاقل[٤]، إلا أن هذا الرأي على الرغم من مقبوليته في بعض الاحكام التي جاءت في مجلس الدولة الفرنسي، إلا أنه في العراق لا يتمتع بإي قيمة قانونية لان المشرع العراقي قد منح جهة التعاقد سلطات تقديرية واسعة في ابرام العقد من عدمه على الرغم من رسو المزاد على الاقل سعرا والافضل فنيا.

---

(١) حكمها رقم ٣٢٠ و٤٥٦ لسنة ١٧ ق/جلسة ١٩٧٥/٤/٥ ، مجموعة المبادئ ، السنة العشرين قاعدة رقم ٨٩ ، ص٢٠٨.

(٢) بشار رشيد حسين الشطلاوي ، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص٤٥.

(٣) حيدر حسن الشطلاوي ، النظام القانوني لعقد التوريد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق النهرين عام ٢٠٠٨ ، ص٤٧٨.

(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٢/٣/١٦ نقلاً عن د. سعاد الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص٢٩٧.

ثانياً : احكام النظام العام في الزامية الاحالة : على الرغم من الاستثناءات الكثيرة التي تحد من الزامية احالة المناقصة على المناقص الذي يقدم عطاء افضل من ناحية السعر والعرض الفني، وقد توالت قرارات مجلس الدولة الفرنسي على وجوب الاحالة على العرض الافضل حتى وان احتوى على بعض الاخطاء في تقدير السعر، وهذا المبدأ مبني على الشفافية في ترتيب اجراءات المناقصة واحترام انظمة الاحالة(١).

إلا أن الاحالة على من يتقدم بأفضل عطاء من ناحية السعر او الفني ليست مطلقة بل قد يصدر قرار من السلطة الادارية العليا او من جهة التعاقد ذاتها قراراً يقضي بإلغاء المناقصة سوآءا تكون جهة التعاقد قد تخلت نهائياً عن المناقصة ، او اذا روعي المصلحة العامة في ذلك، لان لجهة التعاقد سلطة تقديرية في الاحالة من عدمها، إلا أنها يجب أن تكون صلاحيتها في الاحالة من عدمها مبني على مبدأ حسن النية، وعدم التعسف باستعمال الحق، وهنا يتحول احكام النظام العام الى مبدأ حسن النية في الاحالة من عدمها فان استكملت كافة الاجراءات القانونية ، وهناك مصلحة عامة في اتمام المناقصة فهنا يتوجب على جهة التعاقد بإصدار قرار بإحالة المناقصة على المناقص الافضل.

وايضاً حالة العرض الاقل سعراً وفنياً ليس ملزماً في جميع الاحوال ومن ثم فلجهة التعاقد ان تمتنع عن احالة المناقصة على الرغم من وجود الاقل سعراً وفنيا، اذا لم تبلغ درجة من الاهمية التي تتيح لجهة التعاقد الحصول على الفائدة المرجوة، من اجراء المناقصة فان كانت المناقصة غير ملاءمة لجهة التعاقد كأن تكون اقل من القيمة الطبيعية في الاسواق او بمبالغ تافهة تؤدي الى استحالة التنفيذ بعد اجراء الاحالة فيما لو كان هناك مضاربين في المناقصات، فلجهة التعاقد التحلل من الاحالة.

وكذلك في حالة لم يتقدم لجهة التعاقد الا عرض وحيد للمناقصة ، فقد يقدم للمناقصة عرض وحيد وان جهة التعاقد قد استبعدت العطاءات الاخرى لعدم استكمالها الشروط الواجب

---

(١) د. عاطف سعدي ، مصدر سابق، ص٣٢٢.

توافرها في العطاء فيبقى عطاء وحيد[١]، ففي هذه الحالة تكون جهة التعاقد مخيرة إما أن تحيل المناقصة على العرض الموجود او أن تقوم بإعادة اعلان المناقصة.

ثالثاً : احكام النظام العام في قطعية الاحالة :إذا اقتضت جهة التعاقد بتوصيات لجنة تحليل العطاءات وازيلت كل الموانع غير المؤثرة في العطاء واصدرت جهة التعاقد قراراً بإحالة المناقصة الى المناقص الافضل عطاءاً فهما يكون امر الاحالة قطعي ولا يجوز لجهة التعاقد الرجوع عنه وللمتضرر اللجوء الى لجنة الاعتراضات او الى المحكمة المختصة بذلك. وفي قرار للمحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية اشارة الى أنه (إن لجنة الاحالة في محافظة المدعى عليه احالة المناقصة الى شركة اخرى بسعر عطاء اعلى من سعر المدعي وليس لديها الكفاءة والخبرة في المناقصة موضوع هذه الدعوى.. تكون المدّة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق بالطعن اذا حصل بعد انقضاء المدّة القانونية لذلك تجد المحكمة ان دعوى المدعي واجبه الرد شكلا لتقديمها خارج المدة القانونية). [٢]

وهنا مجلس الدولة الفرنسي يورد استنادا على قطعية الاحالة وهي حالة ان يتم تصحيح الارساء قبيل انتهاء عمليات المناقصة وقبل اقفال المناقصة ، وكذلك اذا كانت الاحالة موقوفة على استكمال بعض الوثائق من قبل من قدم العرض الافضل فان لم يستكمل تلك الوثائق فيتم الغاء قرار الاحالة.

وفي قرار للمحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية اشار الى انه (إن لجنة الاحالة في محافظة المدعى عليه احالة المناقصة الى شركة اخرى بالسعر عطاء اعلى من سعر المدعي وليس لديها الكفاءة والخبرة في المناقصة موضوع هذه الدعوى...تكون المدّة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق بالطعن اذا

---

(١)المادة (٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وكذلك المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، الملغاة.

(٢) قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٤٢ ادارية تخطيط/ ٢٠١١ تاريخ القرار ١٩ /١٠/ ٢٠١١ منشور في ،شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية، ص١٣٥.

حصل بعد انقضاء المدّة القانونية لذلك تجد المحكمة إن دعوى المدعي واجبة الرد شكلا لتقديمها خارج المدّة القانونية). [١]

رابعا/ اجراءات الاستبعاد من المناقصة: في الواقع إن لجهة التعاقد سلطة في الغاء المناقصة او تعديلها وحرمان بعض الاشخاص من التقديم للمناقصة، واستبعاد من يتقدم منهم، فتقوم الإدارة بحرمان البعض من مقدمي العطاءات بقرار اداري يستبعد هؤلاء المتقدمين الى المناقصة لاعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة او كجزاء للتنفيذ المعيب، وهذا القرار يخضع لرقابة القضاء الاداري، كالحرمان المتعلق بمخالفة انظمة الضرائب والجمارك او بكونه مدرج في القائمة السوداء او عليه حكم جنائي مخل بالشرف، وقد نصت المادة (١٨١) من اللائحة التنفيذية المصرية رقم ٢٤٤ لسنة٢٠١٩ على الفئات المحظور التعامل معها إذ نصت على أنه (تلتزم الهيئة العامة للخدمات الحكومية بتسجيل من يتم إخطارهم بصدور أحكام نهائية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، أو في جرائم التهرب الضريبي، أو الجمركي في سجل قيد أسماء الممنوعين من التعامل معهم، بالإضافة إلى نشر بياناتهم على بوابة التعاقدات العامة).

وقد عالج مجلس الوزراء العراقي موضوع تلكؤ بعض الشركات في تنفيذ مشاريعها بإصدار قرار رقم (١٦٤) لسنة ٢٠١٢ والذي اشار الى عدم السماح بإحالة مشاريع جديدة للشركات المتلكئة في تنفيذ مشاريعها الا بعد انجازها، شريطة ان لا يكون التأخير في الإنجاز او التلكؤ في العمل بسبب اجراءات الوزارة او لأسباب خارج ارادة المقاول.[٢]

---

(١) قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٤٢ ادارية /تخطيط/ ٢٠١١ تاريخ القرار ١٩ /١٠/ ٢٠١١ منشور في ،شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية، ص١٣٥.

(٢) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية "دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٥، ص٣٥٢.

الفرع الرابع

احكام النظام العام في المصادقة على عقد الاشغال العامة

بعد انتهاء الاجراءات القانونية واتباع الوسائل التي نص عليها القانون، فيقوم ممثل جهة التعاقد بالتوقيع على عقد الاشغال، وهو صاحب الاختصاص قانونا، فإما أن يكون الوزير المختص او محافظ، او من يخولهم صلاحية التعاقد كرئيس مجلس الادارة و لا تمتلك الادارة في هذا المجال سلطة تقديرية لآنها تتعلق بالاختصاص والذي يعد من النظام العام، ويجب على الادارة مراعاة الشخص او الجهة التي رشحتها لجنة البت في احالة المناقصة(١).

إلا أن وفقا للشروط الاستثنائية التي تتمتع بموجبها جهة التعاقد بعدم ابرام العقد على الرغم من توصية لجنة البت بإحالة المناقصة على الشركة او الجهة المعنية، إلا أنها لا تستطيع العدول عن الشخص او الجهة الذي حددته لجنة البت وسلطتها في ذلك فقط عدم التعاقد بشكل نهائي، ويجب أن يكون العقد مكتوباً وموقعاً من ثلاث نسخ تكون الاولى لدى الإدارة المتعاقدة والثانية عند الشخص المتعاقد اما النسخة الأخيرة، فتكون ودائع لدى الجهة العليا التي خولت جهة التعاقد لإبرام العقد. (٢)

وفي العراق جعل قرارات الاحالة نافذة من تاريخ تبليغ من ترسو عليه المناقصة بتوقيع العقد. (٣) إذ نصت على ذلك المادة العاشرة (خلال مدة لا تتجاوز ١٥ يوم من تاريخ التبليغ

---

(١) د. محمد انس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة، العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٤٥.

(٢) د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣ ، ص١١٦.

(٣) وقد اشارت الضوابط رقم (٤) الى صيغة العقد الصادرة من وزارة التخطيط الى انه (لا يجوز لأي مقاول او مجهز سلعة او خدمة استشارية او غير استشارية البدء بتنفيذ العقد قبل ان يتم توقيع والمصادقة عليه ودفع الرسوم وفقا للقوانين النافذة، وقد اشارت الفقرة (رابعا)من ذات الضوابط الى انه (يتم مصادقة العقود بعد توقيعها بانواعها كافة من التشكيلات القانونية المخولة قانونا في جهة التعاقد استنادا الى قانون كتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ او اي قانون يحل محله (وقد اشارت الفقرة عاشرا من الضوابط رقم (٤) الصادرة من وزارة التخطيط على انه(تكتب العقود باللغة العربية او اللغة الكردية او كليهما ان كان ذلك ممكنا و تكتب باللغة العربية او الكردية باللغة الإنجليزية كان احد طرفي العقد اجنبيا ب/ تعتمد اللغة العربية عند الاختلاف في التفسير الا اذا نص على خلاف ذلك في العقد)

بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد مع اشعار بقية المناقصين بقرار الإحالة للمناقصة) [١]، إذ بعد أن يتم توقيع العقد من قبل الاطراف، توقيعاً حياً، يوقع الطرف الاول او الجهة الحكومية ممثله برئيسها الاداري المخول اضافة الى وظيفته، وقبله يوقع العقد من الشخص المخول عن المتعاقد المدير المفوض للشركة او مدير المكتب التجاري او المقاول او وكيلة الرسمي بموجب وكالة مصدقة من الكاتب العدل، توزع وثائق و نسخ العقد لملف العقد ويحفظ في الدائرة القانونية لجهة الادارة ونسخة للمقاول ونسخة للجهة المستفيدة ونسخة الى الدائرة المالية المعنية بدفع المستحقات المالية ونسخة للمخازن، لجان استلام المواد او المهندس المقيم واخيرا للرقابة الداخلية والتدقيق، وبعد ذلك يتم اعلام الجهات المختصة الرسمية بالتعاقد، كوزارة التخطيط أو الهيئة العامة للضرائب أو الجهاز المركزي للإحصاء، دائرة مسجل الشركات، وبعد ذلك يتم التحقق من صحة صدور الوثائق المقدمة من المقاول، كهوية نقابة المهندسين أو وثائق تأسيس الشركة ، والتأكد من الكفالة المصرفية وخطاب الضمان بكتاب سري وشخصي، ومتابعة خطاب الضمان وفق توجيه ديوان الرقابة المالية الاتحادي.[٢]

اما الصلاحيات المالية لجهات للتعاقد فهي:

أولاً :الوزير : اتاحت التشريعات للوزير الذي يعد اعلى سلطة هرمية في الوزارة باعتباره الرئيس الاعلى لجهة التعاقد ، وصلاحية الوزير في ابرام عقد الاشغال تكون صلاحيات سابقة على الابرام وصلاحيات لاحقة على الابرام.

إذ يقوم الوزير باعتماد اسلوب التعاقد الواردة في قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية ، ويكون ذلك باقتراح رئيس التشكيل الاداري للعقود في الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة[٣].

وقد اشارت المادة الثالثة من التعليمات اعلاه الى صلاحية الوزير في ان تفرض هذه الصلاحية ، لكن على ان لا يتعارض مع السلطة الممنوحة قانوناً للمخول من قبل الوزير وبالرجوع الى قرار مجلس الوزراء رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ والذي منح بموجبه الوزير صلاحية

---

(١)(المادة العاشرة أولاً/ا) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

(٢) امر ديوان الرقابة المالية الاتحادي المرقم ١٣٤٦٢ في ١٤/ ٢/ ٢٠٠٩ غير منشور.

(٣) المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤.

ابرام العقد على ان لا يتجاوز (١٠٠) مليون دولار امريكي ، اما التشكيلات الادارية الاخرى فصلاحياتها يجب ان لا تتجاوز (١٠) مليون دولار امريكي[١].

وقد اجازت الفقرة (١) من صلاحيات الوزير رئيس الهيئة غير المرتبطة بوزارة للوزير اطلاق الصرف او تخفيضه ، وكذلك صلاحية الوزير في صرف المبالغ المتبقية لتنفيذ المشاريع والاعمال في حدود الصلاحيات المالية المخول بها ضمن الكلفة الكلية والتخصيصات السنوية المعتمدة لها[٢].

ثانياً : رئيس الوحدات المحلية (المحافظ):

وهو الرئيس الاعلى في المحافظة وله صلاحيات نصت عليها المادة (٣١) من قانون المحافظات غير المنتظم بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

فالتعاون مع مجلس المحافظة يقوم بتوفير التخصيص المالي ويراقب الالتزامات العقدية وعملية ارساء المناقصات واختيار المتعاقد وكذلك على الشروط القانونية ومدى توفر الكلفة الاقتصادية وللمحافظ حق الاعتراض على قرارات مجلس المحافظة[٣] ، اذا كانت مخالفة للخطة العامة للحكومة الاتحادية او للموازنة العامة من جهة اخرى او مخالفة للدستور والقوانين النافذة[٤].

ثالثاً : وزارة المالية : لوزارة المالية بموجب التشريعات العراقية الاثر البالغ في عملية ابرام عقد الاشغال ابتداء من عملية توفير الاعتماد الى تخويل جهات التعاقد بالاتفاق، لان وزارة المالية هي المسؤولة عن تنفيذ الموازنة العامة[٥].

ولوزارة المالية دائرتين لهما اليد الطولى في عملية الموازنة العامة دائرة الموازنة ودائرة المحاسبة ، اذ تختص دائرة الموازنة في الشق الذي يمتزج مع نطاق العقود الادارية، اذ لها صلاحية توجيه الموازنة وضوابط الصرف المعتمدة بموجب تخصيصات الموازنة العامة[٦].

---

(١) البند أ الفقرة ٣ صلاحيات الوزير من تعليمات الموازنة الاتحادية لعام ٢٠١٥.
(٢) الفقرة (١ . ٢) من صلاحيات الوزير اعلاه.
(٣) المادة (٣١ فقرة ١) قانون المحافظات غير المنتظم بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.
(٤) المادة (٣١ البند ج والبند أ فقرة ١) قانون المحافظات غير المنتظم بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.
(٥) الفقرة (١) من القسم (٩) من قانون الادارة المالية والدين العام.
(٦) المادة (٨) من النظام الداخلي لوزارة المالية رقم (١) لسنة ١٩٩٠.

اما دائرة المحاسبة فهي تشرف على تنفيذ الموازنة الاستثمارية، اذ تمارس سلطة رقابة سابقة على الصرف تظهر من خلال التدقيق والتنظيم المحاسبي للمعاملات المالية المرتبطة بالعقود الادارية في الجهات الادارية فيما يتعلق بإبرام وتغيير العقود والتأكد من صحتها واتفاقها مع التشريعات، اذ تمارس الاعداد والتخطيط والدراسة للإمكانيات وظروف التعاقد وتحديداً اهداف العقد والتهيؤ للتعاقد ودراسة العقد قبل الشروع فيه بهدف تكون فكرة واضحة قبل التعاقد وقبل المباشرة بتنفيذ العقد(١).

رابعاً :وزارة التخطيط : لوزارة التخطيط دور بارز اذ تنص المادة (٢) من قانون وزارة التخطيط رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩ بان اهداف وزارة التخطيط تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتحقيق الاستخدام الامثل للطاقات والامكانيات المادية والبشرية وتطوير مسيرة التنمية الادارية بما ينمي اداء الجهاز الحكومي(٢).

وتعتمد وزارة التخطيط على دائرة العقود الحكومية العامة والذي نصت عليه القسم الثاني من الامر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٨ على تأسيس دائرة في وزارة التخطيط ، وتأكد ذلك في المادة السادسة من قانون وزارة التخطيط الذي اكد وجود هذه الدائرة(٣).

---

(١) د. سعد عطية حمد الجبوري، الرقابة على الانفاق العام في العقود الحكومية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٣، ص٢٤٤.

(٢) المادة (٢) قانون وزارة التخطيط رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩.

(٣) المادة (٦) من قانون وزارة التخطيط رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩.

المبحث الثاني

ضوابط النظام العام في المتطلبات الموضوعية لعقد الاشغال

إن لإحكام النظام العام في العقود الادارية الدور الاكبر عما هو عليه في اطار العقود المدنية، لارتباط فكرة النظام العام بالأسس القانونية العامة في الدولة، ويقع باطلاً كل من يخالف تلك الاسس من عقود قد تبرمها الادارة سواء كانت تخالف الاركان التي يقوم عليها العقد الاداري أو الشروط الجوهرية، وان عقد الاشغال العامة كغيره من العقود يتوجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية للانعقاد إذ تمثل الارادة ركن العقد الركين، الذي ينتج عنه تراضي الطرفين لإبرام العقد، واما عن ركن المحل والسبب فقد اختلف الفقه حولها فالبعض من جعلها ركنين في الالزام، والبعض الاخر يجعل المحل ركنا في الالتزام والسبب ركنا في العقد، ومنهم من يرجعها الى الارادة، والتحليل الواقعي يجعل الالتزام محلاً وللعقد محل آخر ويجعل للالتزام، سبب وللعقد سبباً اخر، وان الحقيقة هي إن السبب والمحل يعتبران من عناصر الارادة، ولا يهدف اعتبارهما ركنين في الالتزام العقدي، لان الارادة المعتبرة قانوناً هي تلك التي تتجه الى التعاقد وهي على بينة من المحل ومدركة للسبب[١] ، لذا فإن اهم الاركان التي يقوم عليها عقد الاشغال هي الرضا (التراضي) والمحل ، السبب والشكلية.

إذ أن العقد عموماً يقوم على مجموعة من الاركان بوصفه تصرفاً قانونياً، وهو مصدر من مصادر الالتزام فكما هو الحال بالنسبة للعقد المدني، فإن للإرادة الحق في ابرام التصرفات القانونية الملزمة للجانبين، لذا وبناء على ما تقدم سنتناول هذا المبحث في خمس مطالب، إذ سنتناول في المطلب الاول التراضي وفي المطلب الثاني المحل وفي الثالث السبب اما الرابع فسنخصصه للشكلية في عقد الاشغال والخامس للإثار المترتبة على تخلف ركن من اركان عقد الاشغال.

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الاداري المقومات _الاجراءات_ الاثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٨ . وينظر كذلك .د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص٨٩.

المطلب الاول

التراضي

إن الرضا من الاركان الاساسية لانعقاد العقد، إذ يعرف بانه توافق ارادتي المتعاقدين على احداث الاثر المقصود من العقد، إي أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين لإحداث الاثر العقدي، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع انعقاد العقد، وان التوافق بين الارادتين لإبرام العقد، وقد تناولته اغلب القوانين المدنية المقارنة كالقانون المصري في المادة (١٩) وفي القانون الليبي(٨٩) والكويتي (١١٢) والسوداني (٧٣). [١] ، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين إذ سنتناول في الاول وجود الرضا وفي الثاني سلامة الرضا.

الفرع الاول

وجود الرضا

إن للإرادة الاثر البالغ في تكوين العقد، إذ أنها تمثل المعبر الحقيقي عن الطرفين والذي يرتب على عاتقهم الالتزامات العقدية من جراء ابرامهم العقد، فعقد الاشغال العامة له طرفين الطرف الاول وهو جهة التعاقد والذي يمثل الادارة، فإن وجود الارادة والرضا لها بإمكاننا الرجوع الى المادة (٤٧) من المدني العراقي، التي اشترطت للشخص المعنوي اعتراف قانوني بإن له الشخصية المعنوية وهي مفترضة في اطار الارادات العامة، لارتباطها بالشخص المعنوي الاعلى المتمثل بالدولة ولكن القانون قد منح بعض جهات التعاقد سلطة ابرام التصرفات القانونية، وفقاً للغرض الذي ينسجم مع الاختصاصات التي منحها القانون للإرادة وسلطتها في ابرام العقد. [٢]

آما جهات القانون الخاص ،فهي أما إن تكون مقاول (فرداً) او شركة، فالفرد نرجع فيه الى القواعد العامة في القانون المدني الذي يشترط تمام الاهلية إي يتوجب أن يكون فيه اهلية وجوب واهلية اداء لمباشرة ابرام العقود الادارية ومختلف التصرفات القانونية، إذ تنعدم الارادة

---

(١) المادة (١٩) من القانون المدني المصري وكذلك القانون الليبي في المادة (٨٩) والكويتي المادة (١١٢) والسوداني في المادة (٧٣).

(٢) المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

بسبب انعدام التمييز لأسباب كصغر السن او الاصابة بجنون او عوارض اخرى كتناول المسكرات او التنويم المغناطيسي او أن يشوب الارادة عارض خارجي كالإكراه المادي، وفي كل هذه الحالات يكون تعبير الشخص عن ارادته مقيدة قانوناً. (١)

ولا يكفي أن يكون للمتعاقدين سواء جهة الادارة ام الافراد المتعاقدين معها وجود الارادة بل يتعين أن يتم التعبير عن هذه الارادة، فجهة الادارة يتم التعبير عن نيتها في التعاقد بعقد الاشغال عن طريق الممثل القانوني لها (٢) ، او عن طريق جهات التعاقد الاخرى بالنيابة عن جهة التعاقد الاصلية.

وكذلك الافراد(الشركات، المقاولين) يتم اما عن طريقهم بتقديم عطاءاتهم إلى الجهات المختصة او عن طريق ممثل الشركة القانوني. (٣)

وان التعبير عن الارادة يشترط أن يتجه الى احداث اثراً قانونياً، فلا عبرة بالإرادة التي لم تتجه الى احداث مثل هذا الاثر كما في تعبير الهازل او اعمال المجاملات، إذ يشترط لوجود الرضا من جهة التعاقد أن يصدر التعبير عن الرضا عن جهة مختصة مراعية الاوضاع القانونية من جانب الشكل وكذلك من جهة الاختصاص(٤).

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هل إن وجود الارادة يؤثر على وجود عقد الاشغال؟ وهل أن وجود الارادة من النظام العام؟

إن الاحكام الاصلية التي يصدر التراضي منها من النظام العام إي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ؟ كما جاء في المادة (٤٨) من القانون المدني المصري والمادة(٥٥) من القانون المدني السوداني (ليس لاحد النزول عن اهليته في التصرف في حالة كان هذا النزول باطلاً).(٥)

---

(١) د. جعفر محمد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٣، ص٢١.
(٢) د. محمود حلمي، العقد الاداري، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٦.
(٣) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مصدر سابق، ص١٠٧.
(٤) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية، مصدر سابق ، ص٣٨٢.
(٥) المادة (٥٥) من القانون المدني السوداني.

إن عدم توافق الارادتين تجعل العقد باطلاً لتعلقه بالنظام العام، كأن يعلن احد الطرفين بما يخالف ارادته فتكون الارادة الظاهرة مخالفة للإرادة الباطنة وينتهي الآمر الى تغليب الارادة الباطنة[١]، وتعلق الاهلية بالنظام العام آمر مسلم به في جميع القوانين دون الحاجة الى نص يبين ذلك.

وكذلك إذا كانت الارادة غير جدية فإن العقد يعتبر باطلاً، لعدم جدية ارادة احد الطرفين وهذه صورة اخذ بها المشرع الالماني وجاءت اعتماداً على نظرية الخطأ عن تكوين العقد في قضية (ايدنج) ، فلم يأخذ مشرع القانون المدني الالماني بكامل النظرية، بل تصورات منها في المادة (١٢٢) من القانون المدني الالماني.

ووجود الارادة لدا جهة التعاقد، إي الادارة يتطلب الرجوع الى القانون الذي منحها الشخصية القانونية، إي جعل لها سلطة اتخاذ التصرفات القانونية، التي تكون العقود الادارية احد اهم تلك التصرفات، ومن ثم فوجود الارادة لجهة التعاقد بإبرام عقد الاشغال العامة توجبه القواعد العامة، إذ يقع باطلاً إي اتفاق مع جهات لم يمنحها القانون سلطة ابرام العقود الادارية، لارتباط ذلك بإحكام النظام العام، ويشترط أن يكون العقد ضمن الصلاحيات المالية التي منحها القانون لجهة التعاقد، وان اشترط القانون شكلية معينة لصدوره فيجب أن يكون التعبير عن الارادة صادراً من لجنة مختصة بالتعاقد[٢].

إن تطابق الارادتين في ابرام عقد الاشغال كعنصرين في ركن التراضي، والذي بدونه لا ينعقد العقد لارتباطه بالنظام العام ، فإنه يجب التمييز بين وجود الارادة وجوداً فعلياً، ووجوده وجوداً قانونياً، إذ أن التعبير عن الارادة يكون فعلياً بمجرد صدوره من صاحبه، ولا يكون له اثر قانوني، إلا أذا وصل الى علم من وجه اليه،[٣] والعبرة في التعبير بوجوده القانوني، لان هذا الوجود وحده الذي يرتب الاثار القانونية للتعبير في عقد الاشغال، فإن الادارة تخطر صاحب الشأن بقبول عطائه، ومن ثم لا يتم العقد ولا يرتب اثاره إلا بإبلاغ صاحب الشأن بهذا القبول

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص٤٣٩.

(٢) محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص١٠٧.

(٣) سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ ، ص٥.

وتكليفه بالتنفيذ، فإن العقد ينعقد بمجرد ابلاغ صاحب الشأن برسي المناقصة عليه دون حاجة الى تحرير العقد كتابة[١].

وان وجود الارادة لا يكفي بل لابد من التعبير فقد يكون التعبير صريحاً، الذي يعهد به الى جهة الاختصاص بالإمر مباشرة، والافصاح عن ارادتها الى المتعاقدين وتكون بألفاظ صريحة، آما بالكتابة او بالتراسل بين الغائبين او الاعلان او النشر بالنسبة لعقد الاشغال كدعوة للتفاوض لإبرام العقد، إي أن يكون غير دالاً على شك في تعابيره، واما التعبير الضمني وهو الاسلوب غير المباشر الذي يركن اليه المتعاقدين ويستنبط من افعال الشخص. [٢]

إن القاعدة القانونية هدفها الاسمى تحقيق العدالة وتصل لذلك في حقيقة الامر بتحليل لما هو منصف وصحيح، فرجل القانون لا ينبغي أن يكون رجل تقنية مجردة، هدفه الاساس تطبيق القواعد القانونية والعمل على تغييرها، بل إن لقواعد النظام العام التي تدخل قواعد الاخلاق كجزء مهم فيها في إطار وظيفته في تحقيق العدالة، وان النظرة الى العلاقة العقدية لا يجوز أن تتم بالنظر الى ذمتين مبنية على اساس تقني بحت، بل على علاقة انسانية إذ تكون العلاقة الانسانية هي جوهر العملية العقدية، ومن ثم فإن التشريعات تسعى لإعطاء القاضي السلطة التقديرية لإزالة إي خلل يشوب تلك العلاقة، ابتداءً من الرضا بتكوين تلك العلاقة العقدية، لان قواعد القانون وضعت لتعالج مدى الانضباط بين الشروط العقدية والالتزام بها، وبين الاحكام السامية التي توجد في ضمير الامة فهي أما أن تكون بصورة قواعد آمرة، إي يمثل الجانب المادي للنظام العام او تتجلى كقواعد عليا غير مقننة يشغل الجانب الاخلاقي المرتبط بالجانب الانساني الحيز الاكبر منها، لان غرض تطبيق تلك القواعد تأمين الاحترام والثقة المتبادلة بين الافراد كغاية النفس البشرية، ومن ثم يقع على القاضي مسؤولية ازالة كل تعسف او استغلال يقع على ذوي العلاقة العقدية، لانه حارساً للنظام العام يراقب كل عمل تقوم به الارادة الفردية وإي تجاوز فيه لقواعد النظام العام، ومن ثم يقوم بإرجاع الوضع الى ما كان عليه في بعض الحالات

---

(١) د. احمد جمعة، العقود الادارية طبقاً لإحكام تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد، المصدر السابق ، ص٢٢٢.

(٢) د. عزيزه الشريف، دراسات في نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص١٥ .

او بإبطال التعاقد او ايقاف العقد او بإزالة إي شائبة يؤثر على عدالة تطبيق القواعد العقدية، التي تؤدي الى تحقيق الاتفاق بين المتعاقدين[١].

وان التراضي يشترط توافق الارادتين إي اقتران الايجاب بالقبول، إذ يلزم أن يصدر تعبير عن الارادة وهو الإيجاب الذي يتضمن عرضاً من احد المتعاقدين، وان يكون هناك تعبيراً يقابله وهو القبول.

وفي قرار للمحكمة الادارية المختصة بالعقود الحكومية العامة(الملغاة) في العراق حول قضية إحالة مناقصة الى شركة المقاولات العامة حول مناقصة قوات حرس الحدود، إذ اقام الدعوى ممثل الشركة على قيادة قوات حرس الحدود الدائرة القانونية، لذا قررت المحكمة رد الدعوى لعدم توجه الخصومة ، إذ أنها لا تملك الشخصية المعنوية، ومن ثم فليس لها اهلية التقاضي، إذ أن الخصومة من النظام العام، ومن حق القانون أن يقضي بها من تلقاء نفسه عملاً بإحكام المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية، إذ أن هذه الدعوى كان يفترض اقامتها على مرجع المدعى عليه الذي يملك الشخصية المعنوية وهو وزير الداخلية[٢].

وفي قرار اخر لمحكمة القضاء الاداري العراقي التي اشارت الى عدم امكان توجيه الخصومة إلا لمن قرر القانون له الشخصية المعنوية، إذ جاء في القرار(..إن المدعي إقام دعواه على مدير عام التسجيل العقاري العامة اضافة الى وظيفته ، إذ أن الشخصية المعنوية تمنح بموجب القانون ولا يجوز افتراضها استنادا لإحكام المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي، وبما إن دائرة التسجيل العقاري العامة لا تملك الشخصية المعنوية، عليه لا يصح أن يكون خصماً في الدعوى مما يستوجب رد دعوى المدعي من جهة الخصومة استنادا الى حكم المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩...). [٣]

---

(١) د. سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص٤٦٤.

(٢) قرار رقم ٣٢/ادارية تخطيط/٢٠١٠ في ٢٠١١/١/٢١ ، منشور في القاضي شهاب احمد ياسين ، مرجع سابق ، ص٢٤.

(٣).قرار محكمه القضاء الاداري المرقم ١٧ / ٢٠١١ في ١٣/ ٤/ ٢٠١١، في القضية المرقمة ١٧/ق/٢٠١١ غير منشور.

وقد نص المشرع العراقي على موضوع سلامة الرضا في القانون المدني العراقي في المواد (١١٢ – ١٢٥).

الفرع الثاني

سلامة الرضا

إن وجود الرضا لا يعني سلامته، إذ المطلوب أن يكون وجود الرضا والتعبير عنه غير مشوب بإي عيب، وان ينبع من ارادة حرة ، لانَّ عدم وجود الارادة، مبناه أن من يباشر التصرف القانوني ليس اهلاً لذلك، ولا يرتب إي اثر قانوني، وهذا يجعل التصرف باطلاً، أما إذا إصيبت الارادة بعيب يضر بسلامة الارادة على الرغم من وجود الرضا، لان ذلك التصرف الذي صدر من الشخص معيب الارادة، يعطيه القدرة أن يطالب بإبطال التصرف[١].

ولنظرية عيوب الارادة اهمية في مبدأ سلطان الارادة، بما للإرادة قابلية في تكوين التصرف القانوني، لآنها ركنه الركين، فيشترط أن تكون بريئة من كل عيب يشوبها، حتى تكون للإرادة السلطان الكامل، لذا سنتناول آهم العيوب التي تفسد الارادة، وتجعل العقد قابلاً للإبطال وتعد هذه القاعدة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالتفها او التنازل عنها ، والعيوب كالآتي :

اولا/ الغلط :

يعرف بإنه وهم يقوم في ذهن الشخص، فيصور له الامر على غير حقيقية، ولكونه الدافع الى التعاقد، فهو تصور غير حقيقي للواقع يدفع المتعاقد الى ابرام العقد، ما كان ليبرمه لو عرف حقيقة هذا الواقع[٢].

ونظرية الغلط في التصرف اصولها في الفقه الاسلامي، إلا أنها تطورت كثيراً وخرجت عن حدود النظرية التقليدية الجامدة الى نظرية حديثة.

انواع الغلط :

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص٢٢٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مصدر سابق ، ج٢ ، ص١١١.

١. الغلط المانع : تركزت النظرية التقليدية عليه ويوجد في طبيعة العقد، كان يراد بالعقد مساطحة والطرف الاخر يضن أنها عقد هبة، كأن يقع في السبب إي الدافع الى التعاقد، أو في المحل كأن تعتقد أنه يتعاقد على قطع ارضٍ بمكان مميز وتبين العكس من ذلك.

إن هذا النوع من الغلط يجعل العقد باطلاً بطلان مطلقاً لتعلقه بالنظام العام لآنه يعدم الارادة.

٢. الغلط في التعبير عن الرضا : إي أن تخالف الارادة الظاهرة الارادة الباطنة، إي أن يصدر من المتعاقد تعبيراً يعتقد أن ارادته الحقيقة، إلا أنه في حقيقة الامر يخالفها، وهذا الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان الغلط جوهري.

٣. الغلط في نقل الارادة : يتولى البعض من الشراح حالة الوكيل أو الوسيط الذي يتولى نقل الارادة الى من وجهت اليه، فيخطئ في نقلها على غير وجهها الصحيح، كأن يؤدي الى التحريف في ثمن العقد، الى المتعاقد مع الادارة، ومن ثم يكون الوكيل مسؤول عن التعويض فيما لو تم العقد، لآنه سبب الخطأ، بخلاف الغلط المادي مثلاً في الحساب، وهذا يتم تصحيحه حسب المادة (١٢٠)من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (١٢٣) من القانون المدني المصري، إذ يكون التصحيح واجب قانوناً[١].

٤. الغلط في شروط العقد: في هذه الحالة عندما يتم الاتفاق بين المتعاقد مع جهة التعاقد على شرط من الشروط ولكن في حالة التنفيذ لا يتم تنفيذ هذا الشرط، فهل نكون ازاء التعويض ام الفسخ.

وتقسم نظرية الغلط وفقاً للنظرية التقليدية الى ثلاث انواع الغلط المانع الذي يجعل العقد باطل بطلان مطلق والغلط الذي يجعل العقد باطل بطلان نسبي، إي قابلاً للإبطال، وغلط لا يؤثر في صحة العقد.

أما الغلط الذي لا يؤثر في العقد، يقسمه البعض من الشراح الى اربع انواع: الغلط الذي يحوي صفة جوهرية، والغلط في شخصية المتعاقد، إذا كانت شخصية ليست محلاً للاعتبار أما

(١) د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص٢٣٨.

إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فتكون عرضة للإبطال، ولذلك إذا وقع الغلط في قيمة العقد إذا كان بخس ، وايضاً إذا كان الغلط في الباعث على التعاقد[١].

وهذه النظرية أخذت بالمعيار الموضوعي للغلط بخلاف النظرية الحديثة في الغلط التي ركزت على المعيار الشخصي او الذاتي، الذي يأخذ بنظر المتعاقد ما ينظر اليه من إمور جوهرية دافعة إلى التعاقد، لا إلى المعيار الموضوعي وبخلاف التشريعات العربية، فقد ذهب المشرع العراقي إلى تبني النظرية الحديثة في الغلط، إلا أنه قد جعل هناك مرونة بينها وبين ما يقول به الفقه الاسلامي، بينما التشريعات العربية كالقانون المدني المصري في المادة (١٢٠) والمدني السوري في المادة (١٢٢) فقد أخذت بالنظرية الحديثة دون أن يمازج مع الفقه الاسلامي، وتبلور منهج المشرع العراقي في المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي التي نصت (اذا وقع غلط في محل العقد ...) . [٢]

إذ يجعل المشرع العراقي الغلط المادي سبباً لعدم قيام العقد، بخلاف التشريعات العربية المقارنة التي تجعل منه قابلاً للإبطال.

ونصت المادة (٢) من القانون المدني المصري التي بينت الخطأ الجوهري إذ نصت (١. يكون الغلط جوهري إذا بلغ حداً من الجسامة).

وكذلك المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على (لا عبرة بالظن البيّن خطاه فلا ينعقد العقد) [٣]

ولمبدأ حسن النية والمعيار الذاتي أهمية بالغة في نصوص القانون المدني، ومن ثم لها درجة الحسم في الاعتبار بالغلط ، كما نصت المادة (١٢٤) من القانون المدني المصري والمادة

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص٢٢٩.
(٢) المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي النافذ.
(٣) المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

(١٠٩) من القانون المدني السوداني التي نصت (١. ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية). [١]

لان ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال الحق كما نصت المادة (٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على نظرية التعسف في استعمال الحق. [٢]

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بإن الغلط الذي يعيب الارادة و يؤثر في صحه العقد يشترط أن يكون جوهرياً بحيث يبلغ حد من الجسامة يمتنع معه المتعاقد من ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط إذ نصت في حكمها على انه (الغلط في .. الذي من شأنه أن يعيب الارادة و يؤثر في صحة العقد ويجوز للمتعاقد الذي وقع فيه أن يطلب إبطال العقد بسبب يشترط فيه طبقا لحكم المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدني، أن يكون جوهرياً ويكون كذلك إذا بلغ حد من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في مثل هذا الغلط ويعتبر الغلط جوهرياً في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية فإذا لم يكن.. ثم تغلط في الصفة الجوهرية التي كانت محل إعتبار في الشيء و كانت ذاتية هذا الشيء معروفة وهي على بينه من حقيقته فإنه لا يجوز إبطال العقد للغلط الجوهري للمتعاقد الاخر، فلا يستفيد به احد المتعاقدين، واحكام الغلط التي اوردها القانون المدني على هذا النحو لا تتعارض مع الاسس العامة للعقود الإدارية ومن ثم يتعين الاخذ بها). [٣]

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي قواعد الغلط، التي ابطلت بموجبها العقد الاداري اذا اخطأت الادارة في شخص المتعاقد، في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦ ابريل

---

(١) المادة (١٠٩) من القانون المدني السوداني النافذ.

(٢) المادة (٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في حكمها المرقم في ١٨٢ لسنة ١٠ ق في الجلسة ٢/ ٣/ ١٩٦٨ منشور في د. علي الدين زيدان، المصدر السابق، ص٤٣٧.

عام ١٩٥٠ في قضية (Domergne) ، إذ تعاقد ممثلي احدى الشركات مع الادارة بصفته الشخصية في حين إن الادارة قصدت التعاقد معه باعتباره ممثلاً عن الشركة[١].

٢. التدليس او التغرير: إي استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد، ففي القانونين الفرنسي والمصري إذ اشارت المادة (١/١٨) من القانون المدني الفرنسي إلى أن الغبن لا يؤثر في صحة العقود إلا في احوال معينة. [٢]

ونصت المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري على إنه (أذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تعادل تماماً ما حصل عليه المتعاقد الاخر جاز للقاضي بناءً على طلب المغبون أن يبطل العقد أو تعفي التزامات الاخر)[٣].

ونصت المادة (١/١٢١) من القانون المدني العراقي (أذا غرر احد المتعاقدين بالأخر وتحقق أن في هذا العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوف على اجازة العاقد المغبون). [٤]

ونصت المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي (يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه ألا غبن يسيراً واصابه غبن فاحش ولكن التغرير لا يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به او كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الاحوال). [٥]

يتبين لنا إن القانون العراقي قد مزج (كما فعل في نظرية الغلط) بين النظرية الحديثة والفقه الاسلامي، إذ لا يعتّد بالتدليس إلا أذا كان هناك غبن، وفرق بين الغبن الفاحش الذي يجعل العقد موقوف والغبن اليسير الذي يجعل العقد نافذ، وحتى في حالة الغبن الفاحش فإن استهلك الشيء قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغير جوهري يكون العقد نافذاً ويقتصر الحق بالتعويض على المغبون.

---

(١) نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق، ص٣٨٣.
(٢) المادة (١/١٨) من القانون المدني الفرنسي النافذ.
(٣) المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري النافذ.
(٤) المادة (١/١٢١) من القانون المدني العراقي النافذ
(٥) المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي النافذ.

وان عيب التدليس في إطار العقود الادارية وايقاع اسلوب المناقصات لا تظهر إلى الواجهة كما هو الحال في ظل العقود المدنية، طالما بإستطاعة المتعاقد التعرف بدقة على كل ظروف العقد، لان تلك العقود يقوم بها موظفين كثر واجراءات كثيرة يصعب من خلالها حدوث التدليس، ويرى الدكتور محمود خلف الجبوري إن الغبن فيما لو وقع على اموال الدولة يجعل العقد باطلاً[١].

وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري اشارة إلى أن التدليس لا يتحقق من جانب جهة الادارة إلا أذا استعملت طرق احتيالية تبلغ حد من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم المتعاقد معها العقد و يتحقق بإيهام الإدارة للطاعن بإن التعاقد معها بهذا السعر هو سعر مجدي لا يعتبر من قبيل الطرق الاحتيالية، إذ نصت على أنه (ومن حيث أنه عند ادعاء الطاعن بإن جهة الادارة دلست عليه بإيهامه إن السعر الذي يتعاقد به هو سعر مجزي يحقق له ربحاً، فإن الادعاء هو عار عن الصحة، إذ تخلو الاوراق مما يفيد ذلك كما إن الطاعن لم يقم دليلا عليه وفضلاً عن ذلك فإن بافتراض إن الادارة اوهمته بإن السعر الذي تعاقد به هو سعر مجزي فإن ذلك لا يعتبر تدليساً في مفهوم حكم المادة ١٢٥ من القانون المدني للمطالبة بإبطال العقد ذلك إن الفقرة الاولى من هذه المادة تتطلب في التدليس الذي يجوز ابطال العقد بسببه أن تكون ثم طرق احتيالية لجا اليها احد المتعاقدين تبلغ من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم العقد، ومجرد ايهام الادارة للطاعم بإن السعر الذي ارتضى المتعاقد به هو سعر مجزي، لا يعتبر بحال من الاحوال من قبيل الطرق الاحتيالية..). [٢]

ثالثا/ الاكراه :

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مصدر سابق، ص١١٥.

(٢) قرار المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في الطعن المرقم ٨٧٧ لسنه ٢٧ ق في الجلسة ٢١/ ١/ ١٩٨٤ منشور في د. علي الدين زيدان، المصدر السابق، ص ٤٣٧.

جاءت المادة (١/١١٢) من القانون المدني العراقي معرفة الاكراه إذ نصت (هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه) وهذا اقتباس من الفقه الاسلامي من مجلة الاحكام العدلية. [١].

ويعرف الاكراه ايضاً، بإنه ضغط غير مشروع يقع على ارادة الشخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست الوسائل المستخدمة في الاكراه، وانما الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد.

إن الاكراه يفسد الرضا ولا يعدمه، إذ أن المُكَره ارادته موجودة، وقد اشارت المادة (١١١١) من القانون المدني الفرنسي التي بينت الاكراه، واكدت المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي إلى شروط الخطر(الخوف من أن يعرض نفسه أو ماله لخطر جسيم حال...) والمادة (١١١٣) الاكراه يكون سبب في بطلان العقد...). [٢]

أما المشرع المصري، فقد نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري على إنه (١. يجوز ابطال العقد إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة يعقدها المتعاقد الاخر في نفسه دون وجه حق وكانت قائمة على اساس ...). [٣]

وان الاكراه في القانون العراقي اكراه ملجئ واكراه غير ملجئ، إذ نصت عليه المادة (٣/٢/١١٢) إذ جاء فيها (يكون الاكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايذاء شديد أو اتلاف خطير في المال ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك، كالحبس والضرب على حسب احوال الناس، والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذوي رحم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراهاً ويكون ملجئاً أو غير ملجأ حسب الاحوال). [٤]

---

(١)المادة (١/١١٢) من القانون المدني العراقي النافذ.
(٢) المادة (١١١١) و(١١١٢) و(١١١٣)من القانون المدني الفرنسي النافذ.
(٣) المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري النافذ.
(٤) المادة (٣/٢/١١٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

واشارت المادة (١١٥) الى جعل العقد موقوفاً بغض النظر عن كون الاكراه ملجأ أو غير ملجأ ، وان المشرع العراقي أخذ يمزج بين المعيار الذاتي الشخصي والموضوعي بخلاف التشريعات المقارنة

إلا أن ابرام عقد الاشغال العامة يصعب بموجبه أن يقع اكراه لوجود اجراءات كثيرة تقوم بها الادارة ووجود السلطة لدى الادارة، إلا أنه يمكن تصوره في حالات قليلة، وهذا يفسر قرارات مجلس الدولة الفرنسي التي يكتفي بموجبه بإبطال العقد، فقد يمكن تصور وجود الاكراه حتى تقوم الادارة بإجبار احد الاشخاص على بيع ارضه لقيام مشروع عليها بإحدى وسائل الاجبار، أو أن يتمثل بضغط تمارسه الادارة على المتعاقد تدفعه الى طلب فسخ العقد من دون أن يصدر من المتعاقد إي خطأ، أو التهديد برفع الاجور والرسوم على المتعاقد.

وقد اشارت الفقرة (٤) من الوثائق القياسية العراقية (يشترط صاحب العمل أن يلتزم مقدمو العطاء والمقاولين ومقاولوهم الثانويون والمجهزون والاستشاريون المتعاقدون بأعلى معايير الاخلاق خلال عملية التعاقد وتنفيذ العقد وفي سبيل تحقيق هذه السياسة ... ((ممارسات قهرية)) تعني ايذاء أو التهديد بالإيذاء سواء بشكل مباشر أو غير مباشر للأشخاص وممتلكاتهم للتأثير على عمليات التوريد أو التأثير في تنفيذ العقد)) واشارت الفقرة (ب) إلى (سيرفض مقترح ارساء العطاء إذا تبين أن مقدمة الذي تم اختياره لإرساء العقد عليه، قد تورط بشكل مباشر أو من خلال وكيل في ممارسات فاسدة أو احتمالية أو تواطئية أو قهرية أو اعاقة اثناء تنافسه في الحصول على العقد المعني، واشارت الفقرة (ج) الى أنه (ستفرض عقوبات على إيه مؤسسة أو فرد تم اخباره لإرساء العطاء عليه، بما في ذلك اعلان عدم الاهلية لآجل محدد أو غير محدد، إذا تبين في إي وقت أن المؤسسة قد تورطت سواء بشكل مباشر ام غير مباشر من خلال وكيل في ممارسات فاسدة أو احتمالية أو تواطئية أو قهرية أو اعاقة اثناء التنافس في الحصول على العقد أو اثناء تنفيذ العقد).[١]

(١) تعليمات الوثائق القياسية، القسم الاول ، تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الاشغال الفقرة أ/٣ - ٤.

٤. الاستغلال : ويعني استغلال شخص ضعفاً لدى شخص اخر بسبب حاجته أو طيشه أو قلة خبرته أو تحقق ارادته فيجعله يتصرف لمصلحته تصرفاً ضاراً به يحمله على ابرام عقد فيه غبن فاحش دون تغرير.

أما القانون المدني الفرنسي، فقد نص في المادة (١١١٨) والتي تجعل للغبن تأثيراً في جهة العقود إلا في احوال انسانية، وكذلك عدّ مجلس الدولة الفرنسي التضييق الذي جعل على الغبن في العقود الادارية إلا إذا جاز نص تشريعي[١].

أما القانون المدني المصري، فقد تناولت المادة (١٢٩) منه بإن (١. اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتبادل النية مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات التعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا بكون المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد). [٢]

و نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على إنه (أذا كان احد المتعاقدين قد استغل حاجته أو طبيعته أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف أدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول فإذا كان التصرف الذي صدر تبرعاً جاز له في هذه المدّة أن ينقضه). [٣].

وهذه المادة مقتبسة من المادة (١٣٨) من القانون المدني الالماني وقانون الالتزامات السويسري في المادة (٢١). [٤]

وعرفته المادة (٢١٣) من قانون الموجبات اللبنانية بانه (الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض). [١]

---

(١) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق ، ص٣٨٦.

(٢) المادة (١٢٩) القانون المدني المصري النافذ.

(٣)المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤)المادة (١٣٨) من القانون المدني الالماني و المادة (٢١) من قانون الالتزامات السويسري .

وان الاستغلال يمكن أن نلتمسه في التعاقد بعقد الاشغال العامة في اسلوب المناقصات العامة في اليّة الارساء، على من يقدم بأقل عطاء، وهذا المبدأ يدفع قليلي الخبرة والمقاولين المغامرين لتقديم عروض صعبة التنفيذ وتضر بهم كثيراً[٢] ، وان جزاء الاستغلال في القانون المدني العراقي، إذ يفرق بين ما إذا كان تبرعاً فانه جوز للمغبون أن يطالب بنقض التبرع أو الهبة، ويجب أن يتم رفع الدعوى من قبل المغبون خلال سنة من وقف ابرام العقد، وهذا ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم إي أنه من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفة، وان كان معاوضة جوز القانون للمتعاقد الذي اصابة الغبن أن يطلب رفع الغبن الى الحد المعقول، إذ يجوز له انقاص التزاماته الباهظة، ويجوز له أن يطلب زيادة التزامات الطرف المستغل، وهذا يتوقف على سلطة القاضي التقديرية بحسب ظروف الدعوى، وليس معنى ذلك أن يصل القاضي إلى إقامة تعادل بين الثمن وقيمة الاعمال، بالزيادة في الثمن أو انقاص بعض الاعمال.

نلحظ مما سبق إن لابد من توافر صحة الرضا، لكي يصح العقد أن يكون المتعاقدين في عقد الاشغال العامة قد صدر عن تراضي من المتعاقدين، لإبرام العقد من جهة المتعاقد مع الإدارة لابد أن لا يكون مجبراً أو مكرها في ابرام العقد، إذ على المحكمة أن تنظر في توافر الاكراه وشروطه وان لا يكون قد وقع في غش أو غيرها من عيوب الرضا وكذلك جهة الادارة على الرغم من صعوبة حصول تلك العيوب وصعوبة حصولها اساساً من قبل جهة الادارة لان العملية العقدية تمر بمراحل متعددة واجراءات معقدة، يصعب من خلالها أن يشوب رضا الادارة عيب من العيوب التي نصت عليها القوانين المدنية، إذ أن الرضا يمثل اساس العقد ومن ثم إي خلل يشوب هذا الركن الأساسي يترتب عليه بطلان العقد.

---

(١)المادة (٢١٣) من قانون الموجبات اللبنانية النافذ.

(٢) امير فرج يوسف ، مرجع سابق ، ص٥١٥.

المطلب الثاني

المحل

الشيء الذي يلتزم به المتعاقد أو بعدم القيام به، أو هو الموضوع الذي يقوم عليه العقد الاداري فهو العمل في عقد الاشغال بالنسبة للمقاول ومقابل العقد بالنسبة لجهة التعاقد. [١]

ويمثل الاداء الذي يلتزم بتقديمه كل من المناقص والمؤسسة، فهو المعقود عليه أو هو العمل (الموضوع) الذي تريد المناقصة تحقيقه، وبما إن عقد الاشغال العامة من عقود المعاوضة لذا فان المحل في هذا العقد ذو طبيعة مزدوجة، إذ تلتزم جهة التعاقد بإداء المقابل وهو الثمن الذي تدفعه نظير الاعمال التي يقوم بها المقاول[٢].

ونصت المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي التي اشارت إلى أنه لابد (لكل التزام نشأ عن عقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه). [٣]

ويفرق البعض بين محل الالتزام ومحل العقد فمنهم من يعدُّه ركنا في الالتزام والبعض الاخر يراه من عناصر الارادة، على الرغم من ان المحل هو من عناصر الارادة بغض النظر عن نتائج الخلاف، وينماز ذلك الخلاف حول محل الالتزام ومحل العقد المادة (١٨٦) من قانون الموجبات اللبناني التي اشارت إلى أن (الموضوع الحقيقي لكل عقد هو انشاء الموجبات على إن هذا العرض لا ينال إلا أذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات) [٤]، والمحل هو موضوع الالتزام وتتضمن الاجابة على السؤال بم التزم المدين ؟

---

(١) د. محمود حلمي، مصدر سابق ، ص٧ .

(٢) د. محمد سعيد الدحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٦٦.

(٣) المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) المادة (١٨٦) من قانون الموجبات اللبناني النافذ.

إذ أن محل الالتزام هو الاداء إي الشيء الذي يقوم به المتعاقد بالقيام بعمل من اعمال عقد الاشغال، أو اعطاء شيء أو نقل شيء أو امتناع عن عمل، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء ابرام العقد. (١)

وهنا تظهر احكام النظام العام في أن يكون محل الالتزام مشروعاً بينما يقع العقد باطل، لان العملية المراد تحقيقها من وراء انشاء العقد غير مشروعة، كما في حالة شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة للقضاة، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها والتي اشارت اليه المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي. (٢)

وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر، التي نصت على إنه (..ومن حيث إن الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الادوات محل العقد تعرض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو آمر في ذاته مخالف للنظام العام فإن للنفس حرمه لا يجوز انتهاكها...) (٣)

لذا سنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع وفقاً لمتطلبات النظام العام الخاصة بشروط المحل، إذ سنتناول في الفرع الاول ضوابط النظام العام في شرط الامكان، وفي الفرع الثاني ضوابط النظام العام في شرط التعيين، وفي الفرع الثالث ضوابط النظام العام في شرط المشروعية.

الفرع الاول

ضوابط النظام العام في شرط الامكان والوجود

اولا/ شرط الامكان:

يشترط القانون أن يكون الموضوع الذي يقوم عليه عقد الاشغال ممكناً، وان امكان وجود المحل امراً متعلقاً بالنظام العام، إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفة ويقع العقد باطلاً جزاءاً لعدم

---

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مصدر سابق، ص١٠٨.

(٢) المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) قرار المحكمة الادارية العليا في مصر في القضية رقم ١٣٠٣ في ٢١ ديسمبر ١٩٦٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية عشر، القاهرة، ص ٥٠٢.

امكانية المحل، وقد نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي (١. إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً ٢. أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد، والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده). [١]

إن التزامات المتعاقدين في عقد الاشغال، يكون محلها لكل متعاقد مختلف، فمحل التزامات المتعاقد القيام بتنفيذ مراحل العقد وموضع التزامه هو الحصول على الثمن، أما جهة التعاقد فإن محل التزامها هو الحصول على ما تتفق عليه من اعمال، يقوم بها المتعاقد مع الادارة والتزام جهة التعاقد يتعلق بتسليم الثمن، وتمكينه من محل العقد إن كانت ارضاً أو عقار فيجب على جهة التعاقد أن تجعل تسليم ما يتم الاتفاق عليه ممكناً، وفيما يتعلق بوجود المال إي الثمن باعتباره محلاً متقابلاً لعقد الاشغال، فوجود المال يجب أن يكون ممكن وهذا تم بحثه في ميدان الاذن المالي فيما يتعلق بالإجراءات السابقة للعقد والّية حصول الادارة على التصاريح الخاصة بالتخصيص المالي. [٢]

والسؤال الذي يطرح هل إن عدم وجود التخصيص المالي يجعل العقد باطلاً، أم لا يؤثر في وجوده ومن ثم استبعاده من احكام النظام العام، و هل إن عدم وجود التخصيص المالي يؤثر بالعقد؟ تناولنا الموضوع سابقاً وتبين انه لا يؤثر في صحة العقد في كل من مصر وفرنسا ، أما في العراق فأنه من النظام العام الذي يجعل العقد باطلاً، أما فيما يتعلق بالمحل الذي اساسه عملاً إي القيام بالأشغال فإن القانون اوجب أن لا يكون المحل مستحيلاً.

ويقسم الفقه الاستحالة إلى نوعين:

١. الاستحالة المطلقة : التي تتحقق بالنسبة للكافة، إي عندما يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته موضوعياً، إي لو كان باستطاعة احد الشركات أو المقاولين القيام به لسقط عنه و الاستحالة المطلقة سواء كانت استحالة طبيعية ترجع إلى طبيعة المشروع أو استحالة قانونية لوجود نص قانوني يمنع ذلك.

---

(١) المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري ، مصدر سابق، ص ١٧.

ويشترط في الاستحالة المطلقة أن تحقق وقت ابرام العقد، حتى تأخذ اثرها بجعل عقد الاشغال باطلاً، فإن وقعت بعد ابرام العقد جعلت من عقد الاشغال مستحيل التنفيذ، ومن ثم وجب انفساخ العقد من تلقاء نفسه لاستحالة التنفيذ.

٢. الاستحالة النسبية ، وتتحقق بالنسبة للمتعاقد نفسه وليس لغيره ، وفي هذه الحالة ينعقد العقد، كأن يبرم عقد الاشغال شخص لا يمتلك المؤهلات التي تمكنه من تنفيذ اعمال الاشغال المبرمة مع جهة التعاقد.

ففي هذه الحالة إن عجز المقاول عن تنفيذ التزامه تلجأ جهة التعاقد الى اتخاذ اجراءات قانونية كالإنذار او احالة المشروع الى لجنة الاسراع. كما سنبحثه في الفصل الثالث.

ومن ثم يطلب الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى، فإن تم التعاقد لبناء مشروع على ارض ليست مملوكة لجهة التعاقد تكون الاستحالة نسبية وليس مطلقة.

ثانيا/ شرط الوجود:

إي يشترط القانون أن يكون محل الالتزام موجوداً، ونصت المادة (١/١٣١) من القانون المدني المصري (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً). [١]

إلا أنه اجاز أن يتم العقد على محل غير موجود ابتداء، إي حالة استثنائية اشارت اليها المادة (١/١٢٩) من القانون المدني العراقي، التي نصت على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيناً نافياً للجهالة والغرر). [٢]

وهنا نلاحظ الاختلاف بين التشريع العراقي والمصري، إذ أن القاعدة العامة في القانون المصري هي الجواز في التعاقد بالنسبة لمحل في المستقبل، بينما المشرع العراقي فقد تأثر بالفقه

(١) المادة (١/١٣١) من القانون المدني المصري.
(٢) المادة (١/١٢٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

الاسلامي والذي يشترط أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد وإلا وقع العقد في خانة البطلان، إلا أن المشرع المدني العراقي قد استثنى حالات معينة جرياً وراء الفقه الاسلامي، إي اشترط أن يكون الشيء في اصله موجوداً ويتكامل مستقبلاً، كبيع التمر بعد طلوعه، وايضاً بيع السلم، وبيع اللبن في الضرع ، وهذا التشدد في الفقه الاسلامي والتشريع العراقي سببه الضرر، فهو ينهى عن بيع المعدوم، إلا أذا كان يوجد مستقبلاً ويعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر، وتحريم بيع التركة المستقبلية في المادة (٦٠٩) في القانون المدني العراقي والمادة (٤٩٢) في المدني المصري إي بيع تركة انسان على قيد الحياة والتي اصلها في القانون الروماني لآنها تعتبر مخالفة للنظام العام والآداب. [١]

الفرع الثاني

ضوابط النظام العام في شرط التعيين

نصت المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري على إنه (اذا لم يكن محل الالتزام معنياً بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان باطلاً). [٢]

ونصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي على إنه (١. يلزم أن يكون محل الالتزام معيننا تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد، أو بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة، ولا يكتفي بذكر الجنس عن الضرر والوصف ٢. على إنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر٣. فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل. [٣]

إن المبدأ في القوانين المقارنة هو اشتراط أن يكون المحل إي العملية القانونية المقصودة من العقد معيناً او قابلا للتعيين، و إلا اصبح عقد الاشغال باطلاً، فان تعهد مقاول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته، فان لم يذكر المواصفات التي يشتمل العقد على العناصر التي

---

(١) المادة (٤٩٢) في المدني المصري و المادة (٦٠٩) في القانون المدني العراقي النافذ.
(٢) المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري النافذ.
(٣) المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

تجعل العمل قابلا للتعيين، لان الاشياء القيمية إي التي يغلب أن تتفاوت احادها تفاوتاً يعتد به، فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وهذا يجب ان تعين بالذات إي توصف بأوصاف تميزه عن غيره بحيث تحدد ذاتيته فيجب أن يتم ذكر مساحة الارض وموضعها وحدودها، بخلاف الاشياء المثلية التي يغلب أن تتفاوت إي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، فان لم تحدد الاشياء المتعلقة أو لم يتم الاتفاق بنص صريح بالعقد على تحديد تلك الاشياء المثلية، فهناك اختلاف في التشريعات المقارنة فان التشريع المدني المصري وبعض التشريعات العربية الاخرى تختلف عن التشريع المدني العراقي إذ تجوز تلك التشريعات للغير أن يقوم بالتحديد بتوافر المحل، ولا يجوز للقاضي في حالة عدم تحديد المحل أو عدم قيام الغير بالتحديد أن يتولى آمر التحديد لآنه ليس من مهمته انشاء العقود، أما القانون المدني العراقي فلا يسمح للغير بتحديد المحل، إذا كان اوصاف، إذ يعتبر المحل في هذه الحالة مجهولاً جهالة فاحشة لان التشريع العراقي تأثر بالفقه الاسلامي[١].

أما في اطار تعيين المحل إن كان نقوداً فإن تم تحديد المبلغ بعملة اجنبية فهل يتم الوفاء بتعيين تلك العملة ام يختار العملة الوطنية ؟

إذ تشترط التشريعات المقارنة الزام المتعاقد بدفع المبلغ النقدي المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء إي أثر، وهذا ديدن المشرع العراقي، فإن كان النقد مذكوراً بالدولار فان التشريعات المقارنة اشارت على اعطاء قيمتها بالعملة الوطنية، بخلاف التشريع الكويتي الذي الزمت المادة (٢/١٢٨) من قانون التجاري الكويتي أن يتم الدفع بالعملة الاجنبية صراحة أو يتم الوفاء بتلك العملة المذكورة بالعقد. [٢]

يكاد يكون هذا الشرط اكثر ارتباطاً بإحكام النظام العام لوضوح مفهومه وارتباطه بسلامة العقد بشكلي جلي.

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق ، ص٣٣٢.

(٢) المادة (٢/١٢٨) من قانون التجاري الكويتي.

الفرع الثالث

ضوابط النظام العام في شرط المشروعية

نصت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي (١. كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعة أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ٢. الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد أن يستأثر بحيازتها أو الاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيزها القانون إلا أن تكون محلاً للحقوق المالية). [١]

ونصت المادة (١٣٠) على انه (١. يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، والا كان العقد باطلاً ٢. ويعدُّ من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية ...). [٢]

من خلال قراءة النصوص، نلحظ إن شرط المشروعية من أهم شروط المحل التي تتعلق بالنظام العام، إي بشرط أن تكون العملية القانونية المراد تحقيقها من العقد مشروعة.

ورب سائل يسأل متى يكون المحل غير مشروع ؟

اجابت على ذلك المادة (٦١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٣٠) من القانون المدني المصري انفة الذكر، إي أذا كان الشيء الذي يرد عليه الحق يخرج من التعامل بطبيعة أو بحكم القانون. وهناك امثلة كثيرة على الاشياء التي يحرمها القانون كالتعامل بالتركة المستقبلية وشراء القضاء الحق المتنازع عليه إذا اختص القضاء في الفصل بالنزاع ، أو الاتفاق على زيادة سعر الفائدة كما نصت المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي (يجعلها سبعة في المائة). [٣]

---

(١) المادة (٦١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢) المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

وكذلك نص المادة (٢٢٧) من القانون المدني المصري التي جعلها ايضا (سبعة في المائة) وان جعل المحل غير مشروع عن ورود نص في تحريمه، وهذا اطار القواعد الآمرة المادية التي اشارت اليها النصوص التشريعية، بينما احكام النظام العام كما ذكرنا سابقاً هي اوسع من القواعد التشريعية الآمرة إذ هي مجموعة المصالح العليا التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية.

إذ أن هناك العديد من القواعد التي تتعلق بالنظام العام كالقواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش، والقواعد التي تحمي حق الشخص في التصرف في ملكه واستثماره، والقواعد التي تحمي الطرف الضعيف في العقد وهذا ما اكدته المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٨٣٤) من القانون المدني المصري، وكذلك المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/١٧٠) من القانون المدني العراقي وكذلك العلاقات الجنسية وعلاقتهما بإجراءات التعاقد أو الشروط التي تبنى على مغامرة او رهان، والتي ابطلها المشرع العراقي وجعل من خسر أن يسترد ماله كالمادة (٩٧٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٣٩) من القانون المدني المصري، وان ارتباط القانون المدني العراقي بالفقه الاسلامي، فهناك افكار ثلاث اخذت من الفقه الاسلامي ووسعت من دائرة النظام العام وهي الضرر إي اقتران العقد بشرط خاسر والشروط الفاسدة وفكرة الربا.

إذ نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على (يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة ٢. كما يجوز أن يقترن بشرط فيه تقع لاحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفا للنظام العام أو للآداب، والا كفى الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا). [١]

وقد نصت المادة الرابعة من الفصل الثاني من قانون انضباط موظفي القطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ التي نصت على إنه (يلزم الموظف بالواجبات الآتية : .. تاسعاً : الامتناع عن استغلال الوظيفة لتحقيق منفعة او ربح شخصي له او لغيره، وايضاً نصت المادة الخامسة منه على ما يأتي (يحظر على الموظف ما يأتي... ثانياً : مزاولة الاعمال التجارية وتأسيس

(١) المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي النافذ.

الشركات والعضوية في مجالس ادارتها.. ثالثاً : الاشتراك في المناقصات.. وايضاً الاشتراك في المزايدات التي تجريها دوائر الدولة..). [١]

وقد نص القسم الثالث (صلاحية التعاقد (١/أ) (لا يكون اعضاء المؤسسة أو اللجنة معينين سياسيا أو اعضاء في مكتب الوحدة الحكومية أو المؤسسة، سيحصلون أو يستفيدون من اداء المقاول بموجب العقد الرسمي). [٢].

وقد قررت المحكمة الادارية العليا في مصر إنه (تشترط في العقد إي كان ادارياً أو مدنياً أن يكون له محل وان يكون المحل مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا كان محظوراً أو غير مشروع لمخالفة للنظام العام)[٣].

يتبين لنا مما سبق إن المحل هو موضوع عقد الاشغال، ويجب أن يتوافر فيه الشروط السابق ذكرها، يجب أن يكون محل الالتزام ممكن غير مستحيل وابرم العقد على محل مستحيل يكون العقد باطل لمخالفته النظام العام، وايضا يشترط أن يكون محل الاشغال العامة معيناً ومحدداً، بنص العقد وان لم يحدد في العقد بصورة كافية، نلجأ حينها الى الشروط العامة والخاصة بإبرام العقود الحكومية التي تعدُّ جزءاً من العقد ،حتى وإن لم يتم ذكرها في الشروط الخاصة العقدية، ومن أهم الشروط التي تتلامس مع فكرة النظام العام هو اشتراط أن يكون المحل مشروعاً، ومشروعية المحل كما تناولناها سابقاً بأن لا تكون مخالف للنظام العام والآداب. اينما يكون جائزا من الناحية القانونية، فالمعيار الاساسي في مشروعية المحل هو عدم مخالفته للقانون وللنظام العام بشكل اوسع، وكثيرة هي الامثلة على عدم مشروعية المحل كالاتفاق على اخذ الموظف رشوة قبال ابرام العقد أو أن يكون العقد لإنشاء مرفق لبيع المخدرات الممنوعة قانوناً، فإن مخالفة المحل أو عدم مشروعيته، تجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقا، لآنه تلك المخالفة

---

(١) المادة الرابعة من الفصل الثاني من قانون انضباط موظفي القطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٢) القسم الثالث (صلاحية التعاقد (١/أ) من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤،المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٨٤ في حزيران ٢٠٠٤.

(٣) حكمها الطعن رقم (١٣٠٣) لسنة (٨ ق) جلسة ١٩٦٦/٢/٢١ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عاما من سنة ١٩٥٥ الى ١٩٧٠ ، ص١١٨.

من النظام العام التي لا يجوز للمتعاقدين، الادارة والمتعاقد معها أن يتنازلا أو أن يتفق على ما يخالف ذلك.

المطلب الثالث

متطلبات النظام العام الخاصة بالسبب

نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على (...يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب ٢. ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ٣. أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر السبب الحقيقي حتى يقدم الدليل على ما يخالف ذلك). [١]

الملاحظ على موقف المشرع العراقي إنه تبنى كل من النظريتين اللتان سيقتا على السبب قديماً وحديثاً لذا سنتناول باختصار كل من النظريتين لارتباطهما بالنظام العام وتثبيتها من قبل المشرع العراقي. لذا سنقسم هذا المطلب إلى بندين، إذ سنتناول في البند الاول احكام السبب وفقاً للنظرية القديمة، والثاني احكام السبب وفقاً للنظرية الحديثة.

البند الاول

احكام السبب وفقاً للنظرية القديمة

أساس هذه النظرية السبب العقدي ، وهو مشروع في كل الاحوال على اعتبار إن السبب في عقد الاشغال العامة هو سبب التزام طرفي العقد ، ومن ثم لا تدخل هذه النظرية في اطار النظام

(١) المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

العام في اطار مشروعية السبب على اساس إن السبب في كلا طرفي العقد هو سبب التزام الطرف الاخر.

لكن يبقى وجود احكام النظام العام وفقاً لهذه النظرية وطبقاً لوجود السبب، إذ أن هذه النظرية تشترط وجود السبب ابتداء وبقاء، إي يجب أن يبقى الى وقت تنفيذ العقد، وان تخلف السبب أصبح العقد مهدداً بالإبطال، ويذهب الداعمين لهذه النظرية حول صحة السبب ، إي وجوب أن يكون السبب صحيح إي غير موهوم أو صوري.(١)

وقد ذهبت هذه النظرية إلى اشتراط أن لا يتعارض السبب مع تحريم صريح للقانون ولا يخالف النظام العام والآداب، وهذه النظرية تضيف مشروعية السبب إذ تجعل التزام المتعاقد سبباً لالتزام الاخر ، فلو تعهد شخص ببناء منزل لشخص مقابل التزام الاخر بقتل شخص معين هنا يكون السبب غير مشروع لعدم مشروعية السبب.

البند الثاني

احكام السبب وفقاً للنظرية الحديثة

نظراً لقصور النظرية التقليدية في تحريم التعاقدات التي يكون سببها غير مشروع، لذا اتجهت النظرية الحديثة والتي اطلق عليها بنظرية القضاء بفكرة الدافع الباعث إلى التعاقد، إي وجوب أن يكون الباعث مشروع، وقد ذهب الداعين إلى هذه النظرية، إلى الخروج عن اطار العقد في البحث عن أمور خارجية مثل الباعث الذي هو امر شخصياً خارجياً عن نطاق العقد.

إن أخذ المشرع العراقي بسبب الالتزام بموجب النظرية التقليدية واشترط وجوبه ووجوده وايضاً أخذ بسبب العقد الذي يعني بالباعث الدافع للتعاقد. (٢)

وموقف التشريع المدني الفرنسي من اركان العقد بعد الاصلاح التشريعي لنظرية العقد الذي صنعه القضاء، إذ يعدّ صدور المرسوم المرقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ في فرنسا الذي احدث

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص١٠٣.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، مصدر سابق، ص١١٠.

اصلاحات واسعة الذي احدثه بعد مسيرة حافلة للقانون المدني التي استمرت على ما يزيد مئتي عام، وجاءت تلك التعديلات مستلهمة من العدالة العقدية والامن القانوني، ومنسجمة مع العقود الادارية، فقد كرس مبادئ الحرية العقدية وخرج عن الاساس الذي اثبته مشرع القانون المدني الفرنسي عن مسميات قانون نابليون هي الغاء فكرتي محل العقد والسبب ، واستبدلهما بفكرة مضمون العقد وفقاً للمادة (١٢٨) من القانون المدني الفرنسي واستحداث نظرية الحوادث الطارئة في المادة (١١٩٥).[١]

وان السبب في عقد الاشغال العامة وفقاً للنظرية الحديثة دائماً هو تحقيق المصلحة العامة، وضمان استمرار المرفق العام وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان العقد لتخلف السبب في قضيتي (Michanx) و(Ciedes Messageries)، وجاء القضاء في مصر كقرينة الفرنسي في ابطال العقد لتخلف ركن السبب إذا تخلفت في العقد اهداف الادارة في تحقيق المصلحة العامة، والتي هي سبب ابرام العقد.[٢]

وان مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٤٧ قد ذكر السبب في العقد والتي تتلخص في العقد الذي ابرمه فرنسي لسبب قتال الالمان، إي اساس تطوعه هو لقتال الالمان إلا أن السلطة جندته في وحدة غير مقاتلة، لذا بادر إلى الغاء العقد الذي بموجبه تطوع للقتال لفقدانه ركن السبب، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض هذه الدعوى استناداً إلى أن الحاق المتطوع هو آمر لاحق لإبرام العقد، ومن ثم لا يفقد العقد سببه[٣].

---

(١) د. اشرف جابر ، الاصلاح التشريعي الفرنسي للنظرية العقد ، صنعية قضائية وصياغة تشريعية لمحات في بعض المستحدثات ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، العد الثاني ، الجزء الثاني ، مصر ، ٢٠١٧، ص٢٩١ - ٢٩٢.

(٢) احمد طلال عبد الحميد البدري ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مصدر سابق ، ص٦٤. وكذلك للمزيد ينظر الى د. عزيز الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، مصدر سابق، ص١٦ ينظر كذلك .د. سليمان الطماوي الاسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٦٠.

(٣) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧. منقول عن د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٣٩٢.

وكذلك الغى مجلس الدولة الفرنسي عقداً تخلف السبب باعتباره ركنا في العقد إي قضية ((Cie des Messagcries Marihime))[١].

وذهبت محكمة القضاء الاداري في مصر في قرارها (...إن من العقود الادارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص...وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الاصل، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند انشائه وبعد ابرامه...اعتباراً بان الشروط الاستثنائية لا يجب حتماً أن تكون شروط رضائية يتفق عليها الطرفان .. بل قد يطرحها عليهم القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام).[٢]

يتضح لنا مما مر ذكره أن السبب من اركان عقد الاشغال العامة، التي لا يجوز أن يتغافل عنها يهدرها القاضي أو المتعاقدين، وانتاب ركن السبب كما مره بينا سابقا، نظريتين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة وقلنا بان المشرع العراقي قد مزج بين النظريتين، و اهم الشروط هي التي تتناول السبب في مشروعية السبب، الذي يشترط القانون أن يكون السبب مشروعا و معيار المشروعية تتحدد بعدم مخالفته للنظام العام والآداب، وكثيرة هي الأمثلة التي تساق على عدم مشروعية السبب، والقرارات القضائية زاخرة بإبطال العقود عموما لعدم مشروعية السبب، كان يكون ابرام العقد عقد الاشغال بدافع الحصول على رغبة جنسية، أو أن يكون سبب ابرام العقد لتحقيق مصلحة شخصية دنيئة، فأن خالف المتعاقدان ركن السبب هو سبب عقد الاشغال، يكون بموجبها العقد باطل بطلاناً مطلقا.

---

(١) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨. د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة في العقد الاداري ، مصدر سابق ، ص٣٩٣.

(٢) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية. نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، ص٣٦٨.

المطلب الرابع

متطلبات النظام العام الخاصة بالشكل[١]

لا يشترط القانون أن يكون العقد شكلياً بل يمكن أن يبرم العقد شفاهاً أو كتابة، لكنه إذا اشترط القانون شكلية معينة للعقد أو اشترط الكتابة، فيجب أن يكون مكتوب ، وفقاً للصيغة التي يشترطها القانون، إذ أن توافق الارادات لقيام العقد ليس من شروطها أن يكون مكتوباً وقد نصت المادة (٩) من القانون المدني العراقي (إذا فرض القانون شكلاً معينا للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك، يجب استيفاء هذا الشكل ايضاً فيما يدخل على العقد من تعديل). [٢]

إلا أن الفقه قديماً جعل الشكلية اساساً في التمييز بين العقود الادارية وعقود الادارة، إلا أن محكمة التنازع دونت هذا الاتجاه في حكمها الصادر في ١ مايو سنة ١٩٢٦ في قضية (Templir).[٣]

وان الكتابة عموماً تعني إي رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراطهما لوسيط معين، وقد يكون ورق أو حجر أو خشب أو جلد أو إي وسيط اخر قادر على نقل رموزها كما يمكن أن تتم بأي وسيلة أو يأتي بلغة سواء كانت وطنية أو اجنبية أو حتى برموز مختصرة، ما دامت مفهومة من الطرفين، كما تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره.[٤]

وتعدُّ الكتابة الشرط الاساسي والاهم في المستندات للاعتداد بها للإثبات نظراً لإحاطة الطرفين بما عليهم وما لهم من حقوق والتزامات، وهي بلا شك شرطاً اساسياً للإجراءات التي

---

(١) يعرف الشكل بانه اسلوب محدد للتعبير عن الارادة بفرض بصورة الزامية من قبل المشرع. ويكون عنصراً اساسياً في انشاء العقد. د. عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانوني، النهر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٧.

(٢) المادة (٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) مجموعة سيري سنة ١٩٢٨ ، القسم الثالث ، ١٣٠. نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود ، ص٣٦٧.

(٤) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تطبيقات الاتصال الحديثة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٢٥٢.

يقوم عليها عقد الاشغال ، لارتباطه بإجراءات المناقصة واختصاصات الجهات الادارية في ابرام العقد. [١]

ولا يشترط الايجاب والقبول اللازمين لإبرام العقد الاداري كما هو الحال في العقد المدني شكلاً معيناً، إذ يجوز باللفظ أو الكتابة أو الاشارة المتداولة عرفاً أو إي دلالة تعني حقيقة المقصود، حتى وان كان التعبير ضمنياً.[٢]

إن الشكل في العقود هي التعبير عن الارادة وليس بالإرادة ذاتها، لان الارادة هي أمراً داخلياً في كوامن النفس، وان اظهارها إذا اشترط القانون شكلاً معيناً، للخروج الى العالم الخارجي، حتى يتم فهمها واظهار تعبيرها في احداث الآثر القانوني المنشود، لان وجودها داخل النفس لا يمكن معرفة لوجودها.[٣]

على الرغم من إن القوانين الحديثة قد تخلت عن النظرة القديمة للقانون الروماني التي جعلت الشكلية جزءاً اساسياً بالعقود، إلا أن الامر لازال يحمل نوعاً من الالزام، إذ لو أن المشرع نص على شكلية معينة للإرادة فعلى الادارة أن تسلك ذلك الشكل والا وصف تصرفها بغير المشروع، وحتى في اطار المبدأ العام الذي يحكم العقود وهو الرضائية، إلا أنه ليس من النظام العام إذ يجوز للمتعاقدين أن يكون اتفاقهما يحمل شكلاً معيناً، فهنا يلزم الاطراف بسلوك ذلك الاتجاه الشكلي والا وقع تصرفهم باطلاً.

وهنا سؤال يطرح هل يشترط الشكل للانعقاد ام للإثبات ؟ نلحظ إن القانون المدني العراقي لم ينص على تبني الشكلية الاتفاقية، ومن ثم فإن كلا من التشريع الفرنسي والمصري لم يشترط الشكلية للانعقاد بل للإثبات وهذا مسلك المشرع العراقي ، فلو قارنا المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي، التي اشارت الى (اذا اتفق الاطراف على المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل

---

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٣٦.

(٢) د. صفاء فتوح جمعة ، العقد الالكتروني ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٤ ، ص٥٦.

(٣) علي عبد العالي الاسدي ، النظام القانوني للشكل في قانون المرور ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية ، مج١٤ ، ع٢ ، ٢٠٠٧ ، ص٢٠٨.

تفصيلية للمستقبل ولا يحدد شرط في العقد يمنع عدم انعقاد العقد عند عدم اتفاقهم على الامور التفصيلية، فإن العقد يعتبر منعقد، وتحل المسائل العالقة وفقاً للقانون أو العرف أو العدالة). [١]

إلا أن هناك تشريعات ذهبت الى جعل الشكل للانعقاد ورتبت على ذلك بطلان العقد، كقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٣/٢٢٠) وكذلك اشارت المادة (٦٦) من القانون المدني الكويتي إلا في حالة اشتراط المتعاقدان لقيام العقد شكلاً معين قبل ابرامه، فإنه لا يجوز لاحدهما، بدون رضا الاخر أن يتمسك بقيامه ما لم يأت في الشكل المتفق عليه. [٢]

نلحظ من خلال النصوص المتقدمة إن التشريعات تجعل هناك نوعاً من المساواة بين الشكل الاتفاقي والشكل القانوني من خلال الجزاء الذي يترتب على تخلف الشكل الاتفاقي وهو البطلان، لان مبدأ الرضائية ليس من النظام العام، ومن ثم يستطيع الافراد أن يفرضوا ما يشاؤون من شروط، لان العقد شريعة المتعاقدين، وفي اطار عقد الاشغال فإن الادارة ملزمة بإبرام العقود الادارية لوجود تخصيص مالي لها، وايضاً الزام الاطراف وجهة التعاقد بسلوك ما آمر به القانون من اجراءات سواء كانت لاحقة على التعاقد في فترة التنفيذ أو سابقة عليه وهي احدى ميزات السلطة العامة وهي من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

هذا وقد نصت المادة (١/١٠) من قانون المناقصات العامة الكويتي على إنه (يجب أن تكون كافة الوثائق والاخطارات والقرارات والاتصالات الاخرى المشار اليها في هذا القانون مكتوبة، لتقديمها أو اجرائها من قبل الجهة صاحبة الشأن أو المجلس لأي مناقص أو مقدم عرض أو من قبله الى تلك الجهة[٣].

وسار على هذا المسار المشرع الاردني في المادة (٦/و) من نظام الاشغال الحكومية الاردني، إذ نصت على (أن تكون جميع الاتفاقيات والشروط التعاقدية باللغة العربية ويجوز أن تكون المواصفات والمخططات والتقارير الفنية والمراسلات باللغة الانجليزية).[٤]

---

(١) المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي النافذ.
(٢) المادة (٦٦) من القانون المدني الكويتي .
(٣) المادة (١/١٠) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٦.
(٤) المادة (٦/و) من نظام الاشغال الحكومية رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦.

على الرغم من إن الاصل في العقود الرضائية، إلا أن العقود الادارية وعقد الاشغال خصوصاً يرتبط بمصالح عامة ويتعلق بالأموال العامة وتقديم الخدمات العامة للمواطنين، لهذا يفترض المشرع شكلاً قانونيا واجراءات تتعلق بإبرام عقد الاشغال يجب على جهة التعاقد الالتزام بها[١]، ويفرق البعض بين الحالات التي يتوجب فيها الكتابة والحالات التي لا تلزم الكتابة.

أولاً : حالات الزام الكتابة والاجراءات :

هناك نوعين من الحالات التي توجبها التشريعات صفة الشكلية منها ما نصت عليها القواعد التي تنظم اجراء المناقصات والمزايدات، وهي تلك الاحكام التي تعطي لجهة التعاقد باعتبارها سلطة عامة شروط استثنائية غير مألوفة في اطار القانون الخاص والعقود المدنية، وهذه العقود غير خاضعة لاتفاق الاطراف وهي من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومنها قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والوثائق القياسية.

ثانياً / حالات عدم الزام الشكلية:

في هذه الحالة يرى البعض من الفقهاء إن العقد الاداري لا يخضع الى شكليات معينة وانما منها ما لم يشترط القانون شكلاً ما يصرح القانون، بإبرام العقد ويرى هؤلاء إنه يكفي توافق الادارات على ابرام العقد الاداري ويستند هذا الاتجاه إلى السبب الاول في حكم قديم لمحكمة التنازع الفرنسية عام ١٩٢٨ والتي جاء فيه (إن الشكلية المجردة ليست مطلوبة لخاصية ادارية للعقد) والسبب الثاني ما تجرية القوانين كالقانون المصري من اجراء تحوير في شكلية العقد عندما تقل قيمته عن مقدار معين إذ يكتفي بإخذ اقرار مكتوب وشامل لكافة الالتزامات الواردة في العقد وذلك بدلاً من تعدد نسخ العقد[٢].

---

(١) د. عزيزة الشريف ، القانون الاداري ، اساليب الادارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الكويت ، ٢٠٠٠ ، ص١٠٦.

(٢) المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم ١ لسنة ١٩٨٣الملغي. اشار اليها د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص١٥٠.

وقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في المادة (٨/سابعاً) على (١. تكتب العقود باللغة العربية والكردية والانكليزية كلما كان ذلك ممكنا ب. تحدد وثائق المناقصة المعتمدة عند الاختلاف في التفسير)[١].

ويذهب الرأي الراجح إن الشكلية مطلوبة في عقد الاشغال، إذ هي جزء منه وطبيعة تميزه بنوع الاجراءات المتبعة في ابرامه عن غيره من العقود، وينبغي النظر اليها ليست كشرط للإيقاف وانما كسلسلة اجرائية طويلة، لابد من المرور بها قبل أن يتكون العقد، فالشكلية التي نحن بصددها هي الكتابة والاجراءات في الوقت نفسه، ولو سمحنا جدلاً بالاستغناء عن بعض القوالب الكتابية كصيغة العقود الادارية واستبدالها باخر، إلا أننا لا يمكن بإي حال من الاحوال أن نترك الاجراءات التي يتكون منها العقد الاداري، التي هي اسس تنظيمية اجرائية، التي تكون بطبيعتها نظام قانوني، ينماز عن العقود المدنية، وكذلك يشتمل عقد الاشغال على الشروط العامة والخاصة وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية، إذ تعد كلها وحدة واحدة من العقد ومن صيغته[٢].

إذ أن الشكلية هي ضرورة حتمية تقتضيها ضرورات التنظيم الاداري وتفرضها القوانين واللوائح المنظمة للعقود الادارية، نرى مما سبق، إن الشكل لا يكون ركنا إلا استثناءا، إذ أن العقود بالإمكان أن تبرم شفاها، ما لم يشترط القانون غير ذلك، فأن اشترط القانون شكلية معينة لإبرام العقد، فهنا يكون الشكل ركناً اساسياً في عقد الاشغال، منصوص عليه في القانون، فركن الشكل يتحدد بمجموعة من الاعتبارات منها اشتراط الكتابة إي أن يكون العقد مكتوب، وهنا يجب مراعاة الشكلية في كتابة عقد الاشغال، وكذلك الاجراءات القانونية الواجب مراعاتها لإبرام عقد الاشغال، ويتضح لنا إن الشكلية في عقد الاشغال، تلعب دوراً محورياً واساسياً في العملية العقدية، ابتداء من المراحل السابقة للإبرام ، وكذلك في مرحلة المصادقة والتوقيع على العقد والابرام، فتلك الاجراءات التي نصت عليها التشريعات، ما هي إلا تجسيداً واقعياً لاعتبار الشكل ركناً اساسياً في عقد الاشغال، واي تجاوز على الاشكال الجوهرية التي نصت عليها القوانين ،يترتب عليه بطلان العقد، إلا الاشكال غير الجوهرية التي يسمح القضاء استكمالها بعد الابرام.

---

(١) تعليمات تنظيم العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨(الملغاة).

(٢) د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمخالفات العامة دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص١٥١.

المطلب لخامس

الاثار المترتبة على تخلف ركن من اركان عقد الاشغال

أما المبدأ الذي يحكم العقود الادارية يختلف عن العقود المدنية، لاختلاف الاسس التي تبرم على العقود الادارية، التي تهدف الى تنفيذ السياسة العامة للدولة وتحقيق الخطط والاسس التي يراد أن تقوم عليها النتيجة بكل شروطها، إي يطبق ما يسمى بالواجب العقدي إي يجب على الادارة أن تبرم العقد الذي تخصص له من الموازنة العامة اعتماداً مالياً، إذ لا يجوز للإدارة أن تمنع من ابرام العقد، لذا يتم استبعاد مبدأ سلطان الارادة والسلطة التقديرية في هذا المجال.[١]

أولاً : البطلان :

وهو وصف يلحق العقد الذي يخالف القانون بأن تنعدم احد اركانه او شروط صحته ، إذ لا يعد العقد صحيحاً ولا يعتد به لبطلانه كليا.[٢]

وان جزاء البطلان ترجع إلى اسباب داخل العقد ومتصلة بأركانه، الرضا والمحل والسبب أو لأسباب خارج اطار العقد وهي اشتراط الشكلية، وهذا ما ذهبت اليه التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري[٣]، ويترتب على بطلان العقد انعدام وجوده القانوني، ومن ثم ليس بمقدوره ترتيب اثاره، إذ وحسب القواعد العامة فإن العقد الذي استوفى اركانه وشروط صحته تحقق حكمه وتجسد ذلك بترتيب اثاره، من حقوق والتزامات، أما أذا كان العقد فاقداً لاحد اركانه، كان العقد باطلاً ورتب عليه القانون حكمه وهو انعدام اثاره، إذ يعدُّ العقد الباطل مجرد واقعة مادية يتوجب اعادة المتعاقدين الى فترة ابراهما قبل بطلانه، ومن ثم يتمتع بوجود ظاهري فقط[٤]

---

(١) د. رياض عبد عيسى الزهيري ، اسس القانون الاداري العراقي ، الطبعة الاولى ، جامعة بغداد ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص٢٦١.

(٢) المادة (١٣٧ ، ف ، ١ ، ٢ ، ٣) من القانون المدني العراقي النافذ.

(3) Tome Denxicme : le consde droit civil, obligation theorie generale bleus droit de. Prooriete et de memb rememts, paris, 1956, p.234.

(٤) صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، ج ١ . ٢ ، بغداد ، ١٩٥٠ ، ص١٤٩.

، والبطلان يفسد المصلحة العامة وقد اخذ المشرع الفرنسي والمصري بالعقد الموقوف في حالة اختلال الرضا.

وان الحكم الذي رتبه القانون على العقد الباطل، هو اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها سابقا، إي يرتب العقد الباطل الاثر الرجوعي لقبل ابرام العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٨ /٢) من القانون المدني العراقي[١] وكذلك المادة (١٤٢) من القانون المدني المصري. [٢]

إن جهة التعاقد لا تستطيع اعلان البطلان من تلقاء نفسها، بل تكون ملزمة بالحصول عليه من قبل القاضي ما لم يقرر المشرع بغير ذلك وهو نادراً جداً[٣].

ثانياً : البطلان الجزئي:

إن التشريع الالماني من التشريعات الاولى التي نصت على مبدأ البطلان الجزئي، على الرغم من انه جعله استثناء على الاصل وجاء ذلك في المادة (١٣٩) من القانون المدني الالماني[٤]. التي نصت (في حالة بطلان العقد بطل التصرف إلا أذا ثبت إنه جزء من العقد صحيح فيصار الى بطلان الباطل وتمشية العقد).

وقد اخذت غالبية التشريعات بمبدأ البطلان الجزئي، إذ نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي (إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، واما الباقي من العقد فيظل صحيحاً بوصفه عقداً مستقلاً إلا أذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً).[٥]

---

(١) المادة (١٣٨ /٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢) المادة (١٤٢) من القانون المدني المصري .

(٣) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، ص٣٩٤.

(4) Philip simler , la nullite partielle juridiqne, paris, 1969, p, 422.

(٥) المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

والمادة (١٤٣) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابل للابطال فهذا الشق وحده يبطل، إلا أذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله). [١]

إلا أن المشرع الفرنسي قد خلا من هكذا نصوص إلا أذا كانت التصرفات مجانية التي تتعلق بالهبة فقد اشارت اليها المادة (٩٠٠) من القانون المدني الفرنسي. [٢]

والبطلان الجزئي قد يصيب ركن من اركانه وقد يقع على شرط من شروطه، على الرغم من إن جزاء تخلف ركن من اركان العقد يكون جزاءه البطلان المطلق، فقد يقع الخلل في ركن الرضا، إذ أن المشرع العراقي جعل العقد موقوف، لو اصاب الرضا إي خلل كالغلط والاكراه والغبن مع التغرير والاستغلال، ففي هذه الحالة يكون العقد موقوف على اجازة من وقع بالغلط أو الاكراه أو الاستغلال ومن ثم يكون الجزء الذي وقع فيه الخلل موقوف والجزء الاخر صحيح ونافذ .

وكذلك فيما يتعلق بالصلاحية في ابرام العقد، التي تساوي الاهلية في ابرام التصرفات فأيضا تتوقف على اجازة الجهة العليا التي اتاح لها القانون سلطة ابرام التصرفات القانونية ومنها العقود الادارية، وان اصاب الخلل ركن المحل، فقد يكون جزءاً من المحل غير موجود أو قد هلك جزء منه أو إن جزءاً من المحل غير مشروع إي محرم قانوناً إي يخالف احكام النظام العام والآداب، فيكون الجزء المخالف باطل والجزء الصحيح نافذ وساري المفعول، فقد يتجاوز المتعاقدين سعر الفائدة المحددة قانوناً وهي ٧% في هذه الحالة يلجأ القاضي الى انقاص الفائدة الى النسبة التي حددها القانون من دون أن يؤدي الى ابطال العملية العقدية.[٣]

---

(١) المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري النافذ .

(٢)المادة (٩٠٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ .

(٣) د. عبد العزيز المرسي ، نظرية انقاص التصرف القانوني المدني المصري ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٢٣٥.

أما إذا أصاب الخلل الشكلية، فإن لم تستوفي الشكلية التي نص عليها القانون فيكون عندئذ العقد باطل إن كانت الشكلية ركن اساسي في العقد كالتسجيل العقاري.[١]

ولكن إن كان هناك جزء من العقد وقع فيه خلل في الشكلية فيكون الجزء الذي بطل جزئياً محذوف من العقد ويسري العقد إن لم يكن ذا تأثير على وجود العقد.

لكن يثار تساؤل ما الحل لو تم تنفيذ العقد الباطل من قبل المتعاقدين ؟

إن الاثر الذي يترتب على العقد الباطل نتيجتان الاولى الغاء اثار العقد، إي بوصفه كأن لم يكن ومن ثم لا يرتب بذاته اثاراً في مواجهة المتعاقدين وبالتالي يقتضي اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التنفيذ، وان كان ما وقعه المتعاقد قد نفذ الزاماً يمس الآداب فلا يسترد منه ما تم دفعه استناداً الى قاعدة (Nemo and itnr propriam thrpithdinem sgam all egahs) متى استوفت شروطها التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي.[٢]

وقد اشارت المادة (١٣٨/ف٢) من القانون المدني العراقي على حالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانت قبل تنفيذ العقد وكذلك المادة (١٤٢/ف١) من القانون المدني المصري، لكن هذا لا يعني حرمان المتعاقد مما انفقه على العقد فقد يلزم المقابل برد ما يقابل الفائدة التي حصل عليها قبل تنفيذ العقد الباطل[٣].

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية (إن بطلان العقد يترتب عليه، أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيسترد كل متعاقد ما اعطاه).[٤]

لان التزام المتعاقدين بالرد نتيجة طبيعية يفرضها البطلان ويتم ذلك بدعوى البطلان والمطالبة بالاسترداد، إلا أن هذا الحق بالمطالبة لا يجري على اطلاقه بل مقيد بمدّة زمنية وهي

---

(١) المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص٣٩٥.

(3) Planiol et Ripert, op, cit, T, 6, n. 320. P. 437.

(٤) نقض مدني ١٩٩٢/٦/١٨ ، طبعة ٢٢٦٢ لسنة ٥٨ قضائية ، الموسوعة الذهبية ملحق (١١) . ٧٠٤ . ٧٥٩. نقلاً عن محمد المنجي ، دعوى بطلان العقود ، الطبعة الاولى، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص٤٧٩.

من النظام العام لا يجوز مخالفتها فقد نصت المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي بسقوط الدعوى بمرور خمس عشر سنة). [١]

ونص المادة (٢٢٦٢) من القانون المدني الفرنسي بمرور ثلاثين سنة[٢]، وايضاً نصت المادة (١٤١) من القانون المدني المصري على انه (٢. تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت العقد). [٣].

ومنهم من يرى إن اساس الحكم بالتعويض يعود إلى المسؤولية التقصيرية التي ترجع الى خطأ احد المتعاقدين أو الخطأ المشترك أو الى الاثراء بلاء سبب في حالة تكلف احد المتعاقدين نفقات جراء تنفيذ جزء من العقد[٤].

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال، ما الاساس القانوني للبطلان، وهل يوجب أن ينص على البطلان في القانون صراحة؟ رأينا سابقاً إن البطلان هو جزاء اخلال عنصر اساسي من عناصر عقد الاشغال، ومن ثم يترتب على البطلان بوصف التصرف القانوني ككل، غير قائم، الاختلاف في تكوينه إذ أن البطلان يؤدي الى اعدام التصرف باثر رجعي يذهب إلى تاريخ ابرام العقد. [٥]

فالبطلان إذاً هو الجزاء القانوني بسبب الاخلال بركن من اركان العقد المتمثلة بالرضا او المحل او السبب او الشكل، باعتبار إن عقد الاشغال من العقود الشكلية، لان العقد في حال اخلال هي بتلك الاركان يكون قد خالف النموذج القانوني الذي وضعه القانون لهذا التصرف والذي رتب البطلان المطلق. [٦]

---

(١) المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي النافذ.
(٢) المادة (٢٢٦٢) من القانون المدني الفرنسي النافذ.
(٣) المادة (١٤١) من القانون المدني المصري النافذ .
(٤) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص٢٩٧.
(٥) د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر، ص٢٥٥.
(٦) د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ،بند ٢٩٨ ص ٣٩٤.

فأن اساس البطلان هو المخالفة لقاعدة قانونية آمرة، ويرتب عليها البطلان المطلق الذي يتعلق بالنظام العام، الذي يشترط في التصرف القانوني أن يكون موافقاً للقانون، ومن ثم فأن المشرع غير ملزم دائماً بإن يجعل لكل مخالفة اثر، متمثل بالبطلان في النصوص ، بل إنه يضع قواعد عامة، متعلقة بقاعدة آمرة، فمخالفة تلك القاعدة الآمرة هي البطلان ، وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في مراقبة الوقائع التي انتهجها المتعاقدان من خلال النظر إلى الاركان الأساسية التي يقوم عليها عقد الاشغال، فإن لاحظ مخالفة للمبادئ القانونية العامة المنصوص عليها في القانون، بقاعدة آمرة جزاؤها البطلان، فيحكم القاضي ببطلان التصرف اعتماداً على قناعاته المتولدة من النصوص الآمرة التي تناولت مجمل الموضوع.

اما أحكام النظام العام في ثبوت مسؤولية الإدارة ، فإن الأثر المترتب على مخالفة احكام النظام العام كما تناولنا سابقا هو البطلان والذي يترتب عليه فسخ العقد والحكم بالتعويض، عن الاضرار الناتجة عن خطا الإدارة، لذا لابد من بيان أهم عناصر المسؤولية العقدية للإدارة.

اولا/ الخطأ :

يعدُّ الخطأ الركن الاساس في المسؤولية العقدية لجهة التعاقد، إذ يعرف بإنه واقعة مجردة بذاتها متى تحققت وجبت مسؤولية مرتكبيها عن تعويض الطرف الآخر بغض النظر، عن حجة الإدارة لتبرير خطئها من قصر فهمها للقانون أو الوقائع. (١)

بخلاف خطأ الإدارة في تفسير القانون الذي لا يعطي للمتعاقد حقاً بطلب التعويض فيما لو كان هناك ضرر اصاب المتعاقد جراء التفسير الخاطئ، والخطأ قد يكون فردي، إي أن تتسبب به الإدارة وقد يكون مشترك، ففي الحالة الاولى يعوض المتعاقد مع الإدارة عن الاضرار التي لحقته بصورة كاملة، آما الخطأ المشترك والذي ينبع من خطأ الإدارة وجهة التعاقد، فيتولى القاضي تحديد نسبة خطأ كل منهما، ليتولى تحديد التعويض وفقاً لذلك. (٢)

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١،ص١٤٧-١٥٩.

(٢) د. محمد علي حسونة، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الادارية، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي ، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٦٢٩ _ ٦٣٧.

ثانيا/ الضرر:

العنصر الثاني من المسؤولية العقدية، هو أن يكون قد وقع ضرراً لاحد الطرفين إذ تمس مصلحة المضرور المادية أو الأدبية ويشترط في الضرر حتى يمكن تعويضه أن يكون مباشراً ومحققاً، ويلحق بحق مشروع للمتعاقد، ويكون قادراً للتقدير بالنقود [١].

وعناصر الضرر هي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، ويتعين على المتعاقد أن يحدد عناصر الضرر التي يطالب فيها وفقاً لعريضة الدعوى، حتى يحدد القاضي ما يقابلها من تعويض لان عدم تحديد تلك العناصر، ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي الحكم بالتعويض، حتى مع وجود الخطأ، أما مسؤولية اثبات الاضرار التي لحقت بالمتعاقد جراء الخطأ فتقع على عاتق المتعاقد. [٢]

ثالثا/ علاقة السببية:

إن قيام المسؤولية العقدية لا يتوقف على قيام الخطأ والضرر، بل لابد من وجود علاقة سببية تربط ما بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمتعاقد.

إذ يتوجب في لزوم قيام المسؤولية العقدية وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وان يكون الضرر ناتجاً عن خطأ الإدارة، فيتعذر قيام المسؤولية العقدية، إن كان الخطأ ناتجاً عن قوة قاهرة أو سبب اجنبي أو بخطأ خارج عن الإدارة أو بخطأ المتعاقد نفسه.

فيترتب الفسخ كأثر للمسؤولية العقدية، إذ لا يجوز للمتعاقد أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه، إلا أن قواعد العدالة اجازت له اللجوء الى القضاء طالبا منه فسخ العقد، فيما لو زادت التزامات المتعاقد حدا تفوق فيه مقدرة المتعاقد الفنية والمالية اعمالا بمبدأ لا تكليف بمستحيل، وانسجاماً

---

(١) بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة ،٢٠١٨، ص ٥٨.

(٢) د. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والاداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٩.

مع مبدأ حسن النية كمبدأ ضابط في تنفيذ العقود الإدارية، الذي لا يجوز الاضرار العمدي بالطرفين دون مسوغ مشروع(١).

ولارتباط العقود الإدارية بحسن تسيير المرافق العامة بإنتظام واطراد، لتعلقها بالمصلحة العامة، ولا يرتبط حكم القضاء بالفسخ مع ضرورة تعويض المتعاقد، إذ التعويض يرتبط بمبدأ إخلال المتعاقد بالتزاماتها تجاه الإدارة، الذي بدوره يلحق ضرراً بالمتعاقد فقد تعمد الإدارة على الاخلال بالعملية العقدية كتأخيرها بدفع المستحقات المالية للمتعاقد، والتي تبلغ درجة من الجسامة لا يستطيع معها تنفيذ الالتزام العقدي.

ويقوم التعويض بناءً على قرار القاضي جراء خطأ الإدارة الجسيم ويقدر التعويض بما يكافئ الضرر دون زيادةٍ تثري المتعاقد بلا سبب أو نقص لا يغطي الضرر، فعناصر التعويض هي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب عن الاضرار المباشرة المحققة التي تسببت بها الإدارة (٢).

ورب سائل يسأل عن طبيعة المسؤولية التي تقع على المتعاقد جراء بطلان العقد؟

إن الاصل العام غير المختلف عليه، هو إن بطلان العقد يوجب الحكم بالتعويض، عن الاضرار التي لحقت بالمتعاقد الآخر، أما عن طبيعة المسؤولية المتحققة عن البطلان فهنا، انتابت المسألة نظريتان النظرية الالمانية والنظرية الفرنسية، إذ تبنت النظرية الالمانية والفقيه (اهرنج) المسؤولية العقدية، حتى في حالة البطلان، واسمى الخطأ الذي ينتاب العقد بالخطأ عند **تكوين العقد**، فأساس هذه النظرية وجود عقد ضمني، مضمونه التعهد الذي يبديه كل طرف، لضمان صحة العقد عند الدخول في مرحلة تكوين العقد، فإن تبين خلاف ذلك وجب التعويض، إلا أن التعويض يقتصر على المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية، فعناصر التعويض هي ما فاته من ربح وما لحقه من خسارة، إي فقط إجبار الضرر الذي لحق المتعاقد نتيجة اعتقاده

---

(١) ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الاداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٦٣.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص١٤٧-١٥٩.

صحة العقد وليست ما يحصل عليه من مقابل، والمتمثل بالمصلحة الإيجابية بل فقط بالخسارة التي لحقت المتعاقد. [١]

ونصت المادة (١٢٢) من القانون الالماني متأثرة بنظرية (اهرنج) ، التي قضت في حال بطلان التصرف بسبب بطلان اعلان الإرادة، فإنه يجوز للطرف الاخر الذي لم يبطل اعلان ارادته أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء اعتقاده صحة اعلان الارادة الباطل، ومحل التعويض هو المصلحة السلبية، و اكدت ذلك المادة(٣٠٧) في حالة استحالة المحل، إذ أن المتعاقد الذي يتسبب بالضرر تقوم مسؤوليته عن اجبار الضرر في حالة خطأه ، ولا يستحق التعويض إذا كان الطرف المتضرر يعلم أو كان يجب أن يعلم بإستحالة المحل، إذ تقع عليه تبعت جهله وعدم تحرية عن صحة ملك من يتعاقد معه. [٢]

أما الاتجاه الفرنسي القائم على المسؤولية التقصيرية، فعلى الرغم من تأثر بعض الشراح في فرنسا بنظرية (اهرنج) وما تضمنته المادة(١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بإن بيع ملك الغير باطل، [٣] مما يعطي للمشتري حسن النية الحق في مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، إي يعطي التعويض عن المصلحة السلبية التي لحقت المتعاقد، إلا أن الغالبية العظمى من الفقه في فرنسا رفضت نظرية(اهرنج) وعدتها نظرية عارية عن الصحة، ولا تنسجم مع حداثة القانون، واسسوا النظرية على اساس المسؤولية التقصيرية والعقدية، إي تقوم وفقاً للقانون وليس للعقد الباطل إي أثر يذكر، ومعيارهم في الخطأ يستمر من لحظة تكوين العقد الى مراحل الابرام والتنفيذ فإن تبين بطلان العقد اعتبر العقد كأن لم يكن و تقوم المسؤولية على اساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون ، وليس على اساس العقد الباطل.

أما المشرع العراقي، فعلى الرغم من تبنيه المسؤولية التقصيرية كأساس و مبدأ عام لافتراض الخطأ التقصيري، لتعويض وجبر الضرر الناشئ عن بطلان العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من

---

(١) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦، ص٧.

(٢) المادة(١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ .

(٣) تقابلها المواد (١٤٨ /٢) من القانون المدني المصري النافذ و المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

وجود بعض الاستثناءات كالمادة (١٥٠ /ف٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه (٢-لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام). [١]

ويرى الباحث: إن العقد عموماً يقوم على الاركان الأساسية له، والعقد الاداري بوصفه عقداً بالإساس، فيقوم على تلك الاركان أو المتطلبات الموضوعية لقيامه، فالركن ليس كالشرط، إذا أن جزاء تخلف ركن من اركان العقد الاداري يجعل العملية العقدية مختلة، ومن ثم يكون جزاء واثر تخلف إي من اركان العقد الاداري مصيرها البطلان، على الرغم من الاختلافات التي تميز ما بين العقود الإدارية والمدنية، إلا أنها تتحد في وجود الاركان واثر تخلف إي منها، فالقاعدة العامة في القانون العراقي إن المسؤولية التقصيرية هي الاساس بتعويض الضرر عن بطلان العقد، وحتى في اطار العقد الموقوف، فإن الامر لا يتجاوز مسألتين، الاولى اجازة العقد الموقوف في هذه الحالة يتعامل مع العقد الموقوف المجاز وفقاً للقانون معاملة العقد الصحيح النافذ، والحالة الثانية عدم الإجازة في العقد الموقوف و يتحول العقد الموقوف الى عقد باطل، إذ يكون اساساً للخطأ التقصيري الذي يوجب التعويض، لذا فنتمنى على المشرع العراقي، وهو بصدد تشريع قانون للعقود الحكومية ، أن يبين ولو بشكل مختصر، آلية سلطة الادارة في ابرام التصرفات القانونية، وسلطتها في ابرام العقود الإدارية.

(١) تقابلها المواد (١٤٨ /٢) من القانون المدني المصري و المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثالث

احكام النظام العام في تنفيذ عقد الاشغال العامة

الفصل الثالث

احكام النظام العام في تنفيذ عقد الاشغال العامة

إن للإدارة مركزاً متميزاً تجاه الافراد عموماً، والمتعاقد معها على وجه الخصوص، إذ تتمتع بحقوق وسلطات واسعة قبال المتعاقد معها، وان حقوق الإدارة لها وجهان، إذ تكون واجبات على جهة الادارة وفي الوقت نفسه هي سلطات تتحلى بها الادارة في مواجهة المتعاقد معها، كالرقابة والتوجيه، وسلطتها في تعديل العقد وسلطتها في ايقاع الجزاءات على المتعاقد وانهاء العقد بالإرادة المنفردة، وهي سلطات حاكمة تتعلق بالنظام العام لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها او تتفق على مخالفتها، لأنها مقررة للمصلحة العامة، وليست لمصلحة رجل الادارة، إلا أن ذلك لا يعني إن المتعاقد مع الإدارة لا يملك حقوقاً، بل يبقى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين نافذاً ولكن ليس بإطلاقه، لتحوله الى مبدأ العقد شريعة المرفق العام فهو الاساس في ابرام التصرفات القانونية للإدارة، إذ يملك المقابل المالي جراء قيامه بتنفيذ العقد، واعادة اقتصاديات العقد الى وضعها الطبيعي أن اصابه خلل، جراء تدخل الادارة او حالة الظروف الطارئة او وجود صعوبات مادية تعتري العمل لم تكن في الحسبان، والعديد من الحقوق والواجبات التي تتولد عن العقد. لذا سنتناول هذا الفصل في مبحثين، إذ سنتناول في المبحث الاول ضوابط النظام العام في الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال العامة وفي المبحث الثاني سنتناول ضوابط النظام العام في الواجبات التي يفرضها عقد الاشغال العامة.

المبحث الاول

ضوابط النظام العام في الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال العامة

الحق هو سلطة قانونية لشخص على شيء، فعقد الاشغال العامة يرتب حقوقا لطرفي العلاقة العقدية، وهذا ينسجم مع المبدأ العام في ابرام العقود ، إذ أن لكل عمل مقابلا يقدم للطرف الاخر، إلا أن هذه الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال ليست كلها من نتاج العلاقة العقدية التي تتيح لطرفي العلاقة التخلي عنها، أو الاتفاق على مخالفتها، وانما تكون البعض منها ذات قوة قانونية، تفوق العلاقة العقدية والشريعة التي سيكونها العقد بالتراضي ، مما يجعل هناك التزام

على اطراف العلاقة بعدم المساس بوجود البعض من الحقوق لارتباطها بالنظام العام ، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين، إذ سنتناول ذلك في مطلبين : الاول ضوابط النظام العام في حقوق المتعاقد مع الإدارة، والثاني فيظم ضوابط النظام العام في حقوق الادارة.

المطلب الاول

ضوابط النظام العام في حقوق المتعاقد مع الإدارة

إن المصلحة الخاصة هي الهاجس الذي يسعى خلفه المقاول او المتعاقد مع الادارة، ويكون هدفه الحصول على الربح دائما ، لذا يبادر الى ابرام عقد الاشغال العامة، بخلاف سلطة الادارة التي يكون هدفها تحقيق المصلحة العامة ، إذ يشكل الثمن المبتغى للمتعاقد، الذي يستمده من نصوص العقد ومن الشروط الخاصة والعامة التي تحويها اليات ابرام عقد الاشغال، وهناك حقوق اخرى مستمدة من التشريعات العامة والخاصة تحويها، لمراعاة مصلحة المتعاقد مع الادارة لكي يتجاوز ما يواجهه من تبعات تخل بالتوازن المالي للعقد ، [١] لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين، إذ سنتناول في الفرع الاول قيود النظام العام في مقابل عقد الاشغال العامة (مبلغ العقد) وفي الفرع الثاني سنتناول ضوابط النظام العام التوازن المالي.

الفرع الاول

قيود النظام العام في مقابل عقد الاشغال (مبلغ العقد)

إن مبلغ العقد هو المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد مع الادارة جراء تنفيذه لعقد الاشغال موضوع العقد ، ويعد الدافع الرئيس الذي يسعى اليه في الدرجة الاولى ، فالمتعاقد مع الادارة يعد نائب عنها في القيام بالأعمال بهدف تحقيق المصلحة العامة، لذا يحق له ان يحدد مقدار ارباحه وجهده في سبيل تنفيذ تلك الاعمال الموكلة له بالاتفاق مع الادارة [٢] ، ويعدُّ مبلغ العقد تجسيدا

---

(١) بشار رشيد حسين، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الادارية، دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص١٢٨.

(٢) د. جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر والقانون ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص٢٣٦.

لمبدأ ثبات او جمود الشروط التعاقدية المتعلقة بالمقابل [١]، وبما أن مبلغ العقد هو المحل الذي تلتزم به الادارة، ويعدُّ من أهم التزاماتها و اهم حقوق المتعاقد معها، يجب ان يتوافر فيه ذات الشروط التي تتوافر في محل الالتزام، إي أن يكون موجودا و معينا او قابل للتعيين ومشروعاً، ولابد من وجود مبلغ العقد في عقد الاشغال العامة، فإن لم يوجد مبلغ العقد يتحول العقد الى عقد تبرع ، وهو عقد مسمى فان كان العقد خاليا من مبلغ العقد ، فيتوجب على القاضي ان يفترض أن هناك اتفاقا ضمنيا و يحدد بموجبه مبلغ العقد وفقا للمادة (٨٨٠) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي، (و يجب اعتبار ان هناك اتفاقا ضمنيا على وجود الاجر اذا تبين من الظروف ان الشيء او العمل الموصى به ما كان ليؤدى الا لقاء اجر يقابله).[٢]

ويشترط أن يكون مبلغ العقد جدي، اي مقارب للحقيقة وان تتجه ارادة الادارة الى دفعه الى المتعاقد معها، فأن ذكر مبلغ العقد في العقد و لم تقصد الادارة دفعه ولم تتجه ارادة المتعاقد لاستيفائه، اعتبر مبلغ العقد صوريا و يتحول الى عقد غير مسمى وليست عقد اشغال وكذلك في حالة الاجر التافه او البخس اي الذي يقل عن القيمة الحقيقية للمشروع بمقدار الخمس او الربع او الثلث، وهنا ايضا يتحول الى عقدا غير مسمى وليس عقد اشغال، وايضا يجب ان يكون معينا او قابل للتعيين، وان يكون مبلغ العقد ما يجوز التعامل به إي أن لا يكون مخالف لنص قانون ولا يناقض النظام العام والآداب، إي أن لا تكون الإدارة متعاقدة بتقديم مخدرات الى المقاول كثمن لقيامه بتنفيذ العقد. [٣]

من خلال ما تقدم سنتناول أهم الاحكام التي يحويها مقابل عقد الاشغال من خلال بحث ضوابط تحديد مبلغ العقد ومبدأ النهائية الذي يتصف به مبلغ العقد والاستثناءات التي تطرأ على النهائية.

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الادارية في ضوء احكام المحكمة الادارية العليا عام ٢٠٠٨ ، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ص٢٢٦.

(٢) المادة (٨٨٠) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١ النافذ.

(٣) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٣، ص٢٦-٢٨.

أولاً : ضوابط تحديد مبلغ العقد: إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تفقد الجزء الكثير من رونقها في ظل عقد الاشغال لتتحول الى قاعدة العقد شريعة المرفق العام ، وهذا يضفي بظلاله على مبدأ الحرية العقدية في مدى قدرة طرفي التعاقد لتحديد الشروط والالتزامات المزمع الاتفاق عليها لإبرام عقد الاشغال، إلا أنه بالمقابل للمتعاقد مع الادارة حرية اكبر في ميدان تحديد مبلغ العقد على الرغم من رغبته في الحصول على المناقصة لمنافسة الاخرين ، فتكون هناك فسحة من المجال للمتعاقد لتحديد مبلغ العقد الذي يبتغيه او يناسب ما يتم بذله من جهد، إلا أن جهة التعاقد كما ذكرنا سابقاً تكون محددة بالتشريعات والانظمة والتعليمات التي تتناول الية تحديد الثمن من خلال لجان سابقة على ابرام العقد، تتولى عملية تحديد الكلفة التخمينية والجدوى الاقتصادية ووجود الاعتماد المالي ، وتكون محددة بقواعد المساواة بين المتناقصين بناءً على قاعدة تكافؤ الفرص ويجب أن يحقق اكبر قدر من الوفرة المالية للميزانية العامة للدولة أي ضغط النفقات لأقل قدر ممكن لإشباع الحاجات.

لذا فهناك عدّة ضوابط يستعان بها لتحديد مبلغ العقد منها عقود اعادة القياس والعقود التي فيه وعقود الجداول المسعرة مسبقا والعقود المختلطة وعقود التكلفة مع حساب نسبة الربح.

١. العقود الجزافية: ويطلق عليه بالمقطوعية او مبلغ العقد الاجمالي الذي يتم بموجبه تحديد مبلغ العقد جزافا ويذهب جانب من الفقه الى النصح بعدم اللجوء الى طريقة تحديد السعر اجمالا او جزافيا، إلا في حالة كون الاشغال محل العقد محددة بصورة منضبطة وغير قابلة للتعديل اثناء التنفيذ[١].

ويشترط في كون الصفقة العقدية مقدرة جزافا توافر عنصرين، لذا يجب ان يحدد مبلغ العقد بشكل اجمالي وهناك اشغال محددة في العقد وعرفت كراسة الشروط الادارية العامة الفرنسية العقود الجزافية بانها كل ثمن يدفع للمتعاقد بمجمل الخدمات[٢].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، ط٢ ، ١٩٧٩ ، ص٤٢٩.

(٢) وفاء محمود محمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الادارية، دراسة مقارنة ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص٩٠.

وقد نصت (المادة الثانية عشر /اولا) من الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال على ما يأتي (.. تقاس الاشغال وتقدر لغرض دفع قيامها بموجب احكام هذه المادة. على المقاول ان يوضح في كل طلب سلفة مرحلية بموجب الفقرة (١٤/ثالثا)او عند تقديمه طلب سلفة الاكمال بموجب الفقرة (١٤ /عاشرا) او طلبه السلفة الختامية بموجب الفقرة(١٤/١١) الكميات واي تفاصيل خاصة بمبالغها المستحقة بموجب العقد..).[١]

اما عن اسلوب القياس، فقد نصت المادة (الثانية عشر /٢)من الوثائق القياسية على انه (اسلوب القياس: ما لم ينص عليه خلاف ذلك في العقد وعلى الرغم من وجود إي اعراف محلية يتم القياس على النحو الآتي: ا. يتم القياس للصافي الكميات الفعلية المنفذة من كل بند من بنود الاشغال الدائمة، يتكون اسلوب القياس وفقا لجدول الكميات او اي جداول اخرى واجبة التطبيق).

٢. عقود التكلفة مع حساب نسبة الربح: هذه الآلية تتيح للمتعاقد مع الادارة جراء واقع الفواتير التي تقدم الى جهة التعاقد وفضلاً عن نسبة من الارباح والمصاريف الادارية التي ينجم الصرف عليها، ولهذه العقود تسميات مختلفة منها عقود النسبة الزائدة على اللغة وعقود النفقات الفعلية، ويتطلب هذا النوع في فرنسا حساب الاجور والمواد المستهلكة سواء كانت من الآلات والمعدات وتحديد الربح العادي ويضاف اليه مجموع الضرائب والرسوم وقد اشارت اليه الفقرة الاخيرة من المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ (الملغي)، وهذا النوع يفضل من قبل المتعاقدين مع الجهات الادارية، إذ يشمل عنصرين اساسيين الاولى التكلفة المباشرة والتي تحوي على قيمة المواد الاساسية الخاصة بالبناء والثانية هي التكلفة غير المباشرة التي تشمل ما يتكبده المتعاقد مع الادارة ، اي كل النفقات الاخرى كالمصاريف الادارية والرسوم والضرائب[٢].

---

(١)(المادة الثانية عشر /١٢/١) من الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال.

(٢) جاسم بن محمد بن عبدالله البلوشي ، التوازن المالي في عقد الاشغال العامة واساليب تحديد الاسعار ، رسالة ماجستير الى جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٩ ، ص٨٨.

٣. عقود اعادة القياس: هذا النوع يتم بموجبه تحديد مبلغ العقد على اساس قياس كل فقرة وبند من بنود عقد الاشغال مع تحديد كميتها وحجمها ، ويتم دفع قيمة الجزء الذي يتم تنفيذه فعلاً ، ان تغيير السعر بتغير الكميات المنجزة من العقد ويطلق عليه البعض أسم عقود سعر الوحدة ، وفي فرنسا عرفت كراسة الشروط الادارية كل ثمن ينطبق على نوع من الاشغال لا تكون كميتها محددة في العقد ولا ينص على الكميات فقط بل يشمل مبلغ العقد ايضاً.

وقد أشارت اليه المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية في مصر للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على تحديد السعر يتم بقياس الاوزان والمقادير، ويتم تحديد المبالغ للمقاول على اساس ما هو منفذ فعلاً.

٤. العقود المختلطة: هذا النوع يجمع اكثر من اسلوب لتحديد مبلغ العقد وبالتحديد يتم الجمع بين اسلوب اعادة القياس والعقود الجزافية ، فيتم تحديد الكميات المعلومة بطريقة اعادة القياس، اما غير المعلومة فيتم قياسها بالعقود الجزافية[١].وقد نصت المادة (٢/٣٧) من شروط المقاولة لإعمال الهندسة على هذا النوع بنصها(علي المقاول ان يجهز جميع النماذج على نفقته الخاصة ما لم ينص على خلافه في المقاولة).[٢]

٥. عقود الجداول المسعرة مسبقاً: تسعى جهة التعاقد الى تحديد سعر لكل بند من كميات العملية قبل طرح العملية الى المناقصة، لذا فيقوم المتعاقد مع الادارة بوضع مبالغ لكل بند في عطاءة المقدم ويتصف، هذا الاسلوب بعلنية الاسعار، إذ يتوجب على جهة التعاقد أن تبين وبشكل علني قيمة الاسعار في كل بند من بنود العملية العقدية حتى يتسنى للمتعاقد مع الادارة، تحديد الاسعار ومدى قدرته في الدخول الى المناقصة من عدمه، وهذا يؤدي الى تحقيق مبتغى الادارة في مراعاة الوفرة المالية لجهة التعاقد، وتلجأ جهات التعاقد لهذا الاسلوب لتقيد لجوء المتعاقدين معها لاتخاذ اسلوب تحميل بعض البنود تكاليف اضافية برفع اسعارها والهبوط بالبنود الاخرى، وهذا يضيع اجزاء مهمة من بنود المشروع التي قد يضيع الهدف الذي تسعى من خلاله

---

(١) جاسم بن محمد بن عبدالله البلوشي ، مصدر سابق ، ص٩٤.

(٢)المادة (٢/٣٧) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني المعدة من وزارة التخطيط.

جهة التعاقد الى بلوغه من خلال ابرام العقد ككل[١]، وقد نصت (المادة الاولى /٤/١) من الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال على ما يأتي (المبالغ والدفعات. مبلغ العقد المقبول تعني مبلغ العقد كما تم قبوله في كتاب الاحالة خطاب– الترسية مقابل تنفيذ الاشغال واكمالها واصلاح اية عيوب فيها.. ومبلغ العقد الفعلية تعني مبلغ العقد المعرف بموجب الفقرة ١٤ /١) ، وتشمل اي تعديلات عليه تتم وفقا لإحكام العقد). [٢]

وقد نصت (المادة الثانية عشر /٣) من الوثائق القياسية العراقية ،في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال على ما يأتي (تقدير القيمة: ما لم ينص عليه خلاف ذلك في العقد فانه يتعين على المهندس عملا بإحكام الفقرة ٣/خامسا) ان يقوم بالاتفاق على مبلغ العقد او تقديرها احتساب القيمة لكل بند من بنود الاشغال. وذلك باعتماد القياس الموافق عليه او الذي يتم تقديره بموجب احكام الفقرتين الاولى والثانية من المادة (١٢)...و سعر الوحدة المحددة للبند يكون سعر الوحدة للبنك كما هو محدد له في العقد فان لم يكن هذا البند موجود يعتمد سعر الوحدة لبند مشابهه لها... ان اي فقرة من الاشغال واردة في جدول الكميات لا يوجد اذا جاءها سعر او مبلغ يعتبر سعرها او مبلغها وارد ضمنا في اسعار ومبالغ الفقرات الاخرى في جدول الكميات ولم يتم الدفع بموجبها بصورة منفردة و فيما عدا ذلك فانه يلزم تحديد سعر وحدة مناسبة جديد لبند ما من الاشغال في الحالتين الاتيتين: ا. اذا تغيرت الكمية المقاسة لهذا البند بما يزيد على ٢٠ % من الكمية المدونة في جدول الكميات...ب. ان العمل قد صدرت بشأنه تعليمات تغيير بموجب احكام المادة الثانية عشر ولا يوجد سعر واحد مدون لهذا البند في العقد ولا يوجد له سعر وحدة محدد مناسب...). [٣]

والسؤال الذي يطرح هل ان جهات التعاقد ملزمة بهذه الاساليب وهل ان تلك الاساليب من النظام العام، التي تفرض على جهة التعاقد والمتعاقد معها؟

---

(١) د. جعفر محمد جواد الفضلي، المصدر السابق ، ص١٣٤.

(٢) (المادة الاولى /٤/١) من الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال.

(٣)(المادة الثانية عشر /٣) من الوثائق القياسية العراقية ،في القسم السابع الشروط العامة العقود تنفيذ

ان الطرق التي يتم من خلالها احتساب مبلغ العقد هي من الطرق التعاقدية التي تكون خاصة باتفاق الطرفين ومن ثم لا تعد من النظام العام وبإمكان المتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها، إن مبلغ العقد يحدد باتفاق طرفيه قبل ابرام العقد او عند ابرامه ويتم تحديده بموجبه ووفقا لملاحق العقد، وفي حالة عدم وجود اساليب تحديد الثمن في العقد بسبب الظروف التي المت بالعقد جراء اغفال المتعاقدين فيتم حينها الرجوع الى القواعد القانونية التي كفلت تحديد مبلغ العقد. (١)

ثانياً : احكام النظام العام في مبدأ نهائية مبلغ العقد: ان العقود عموماً تقوم على وجود التزامات متبادلة وحقوق متبادلة لطرفي العلاقة العقدية، ويعد مبلغ العقد من المرتكزات الاساسية التي يتم ابرام عقد الاشغال بدافع هذا الحق للمتعاقد والالتزام من قبل جهة التعاقد بوجوب اداءه له، وحتى يعتد بهذا الالتزام والحق في ان واحد ، فظهر مبدأ مهم الا وهو مبدأ نهائية مبلغ العقد، الذي يقوم على اساس قطعية السعر المتفق عليه بين المتعاقدين سواء جهة التعاقد او المقاول المتعاقد معها، فيتوجب على جهة التعاقد الإلتزام بإداء السعر المحدد بالعقد ولا يجوز لها الانتقاص منه ولا يحق للمتعاقد معها ان يطالب بأكثر من مبلغ العقد المتفق عليه، وهذا هو الاصل وهو تجسيد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، اي ان المتعاقدين احرار في تحديد الالتزامات والحقوق ما لم تكن مخالفة للنظام العام او الآداب ولكن حتى يتم الاتفاق فيصبح قانوناً بين المتعاقدين لا يجوز ان يخالف من قبل احد المتعاقدين.(٢) وقد اشارت كراسة الشروط العامة الادارية الفرنسية (C.C.A.G) الى انه يكون مبلغ العقد ثابتا باستثناء ان ينص بالعقد انه قابل للمراجعة.

أ. الاحكام المقيدة للإدارة بموجب نهائية مبلغ العقد: إن مدى حجية نهائية مبلغ العقد بوصفه يمثل الاسس التي يقوم عليها عقد الاشغال اذ يعتبر مبلغ العقد قيداً قانونياً على جهة التعاقد وحق للمتعاقد معها يؤمن له الحصول على مقابل العمل الذي يقوم به، ويمتد الزام جهة التعاقد

(١) د. احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢١٤.
(٢) وفاء محمود احمد الببواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٨، ص١١١.

ليس فقط على مبلغ العقد بل يرد كذلك الى كل شرط يضمن فائدة اقتصادية للمقاول وطريقة الدفع والتسهيلات المتفق عليها في العقد.

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية اشارة الى وصف العقد باطلاً الذي لم يذكر فيه الثمن ، وفي ذلك يعد قرار محكمة النقض بإرساء هذا المبدأ إذ نص (اذا لم يتفق المتعاقدين صراحة ولا ضمنا على تحديد الثمن او جعله قابلا للتحديد ببيان الاسس التي يحدد بمقتضاها ، فإن العقد باطل لفقده ركن اساسي من اركانه ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان على قاضي الموضوع التثبت من توافر ركن الثمن في العقد وان يورد ما يجريه من هذا التثبت في اسباب حكمه ليقوم هذا الايراد شاهدا على انه لم يغفل امر هذا الركن من اركان العقد المتنازع فيه[١]. ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي على الزام الادارة باحترام الشروط المتعلقة بمبلغ العقد [٢].

وجاء مجلس الدولة المصري ليمنع الادارة من التغيير في الشروط التي تتعلق بالثمن، لأنها متعلقة بالتعاقد معها ولا يجوز تعديله بمعزل عن المتعاقد معها.[٣]

ب. الاحكام المقيدة للمتعاقد بموجب نهائية مبلغ العقد: إن مبلغ العقد من نتائج العلاقة العقدية، ويبقى متاح الى الاتفاق بين طرفي العقد، إذ أن هذه الحرية العقدية تعدُّ تجسيداً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذه الحرية تقف حال ابرام العقد ومن ثم في لحظة ابرام العقد تدخل الى مظلة النظام العام ومن ثم لا يجوز مخالفتها من قبل المتعاقدين، إذ لا يجوز له أن يطلب اكثر من السعر المتفق عليه في العقد، إذ أن هناك طابع تعاقدي في تحديد مبلغ العقد ، وهذا يتم اللجوء اليه من العقد مباشرة لان مصدره الطبيعي، إذ يتم ادراج مبلغ العقد في طلب وثائق العقد ومن ثم فيعد مبلغ العقد من الشروط التعاقدية وهذا مذهب كبار الفقهاء امثال الدكتور سليمان الطماوي الذي يعتبره الشرط التعاقدي الاصيل[٤].

---

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقمة ٧٢٠١ لسنة ٧٨ في ٩ مارس عام ٢٠١٧ ، منشور في الموقع الالكتروني http://www.sontalmma.com/Alicle/G12472 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٠.

(2) C.E, Kojoill 1954, sle Henlin , R , e , c , p 462.

(٣) قرارها المرقم ٤٠٢٩ لسنة ٤٠ في ١٩٩٨/٥/٩ القضية رقم ٩٨٣ لسنة ١٩٩٨.

(٤) د. محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة ، ص٤٢٣.

واكدت المحكمة الادارية العليا في مصر عام ١٩٩٣ على (من المسلم به ان الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقود هي شروط تعاقدية ومن ثم يحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع احد طرفي العقد تعديله بوصفه اصلاً عام إلا بموافقة الطرف الاخر ، وسلطة الادارة في التعديل تنص على الشروط المتعلقة بتشييد المرافق العامة)[١].

اما القيود الواردة على الخروج على نهائية مبلغ العقد: فقد تناولنا فيما سبق أن مبلغ العقد من الشروط العقدية التي لا تتعلق بالنظام العام والتي يجوز الاتفاق على ما يخالفها وخاضعة الى الشرعية العقدية، إلا أن لحظة ابرام العقد لا يجوز المساس بمبلغ العقد إلا باتفاق المتعاقدين وهذه متعلقة بالمصلحة العامة وليست بمصلحة المتعاقدين، بوصفها تقرر لمبدأ الحفاظ على الشروط العقدية للأطراف بعد تمام العقد وتتحول من سلطة بيد المتعاقدين الى قيد عليهم بعد اتمام التعاقد انسجاما مع القوة الالزامية للعقد ، لذا فهناك مجموعة من الاستثناءات التي يتم اللجوء اليها لتعديل مبلغ العقد [٢].

أولاً : التعديل التشريعي لمبلغ العقد: ان لسلطة التشريع اليد الطولى في اصدار التشريعات تحقيقا للمصلحة العامة ، وعلى الرغم من أن مبلغ العقد المتفق عليه في العقد يتمتع بحصانة قبال جهة التعاقد، إلا أنها لا تسري بموجبه على المشرع، إذ قد يتدخل في فترات الامراض او الحروب والظروف الاستثنائية لتأجيل دفع المستحقات او تغيير سعر الفائدة وهذا يؤثر بطريقة مباشرة او غير مباشرة على مبلغ العقد المتفق عليه، وخير دليل صدور قانون ١٣ يناير الفرنسي عام ١٩٤١ الذي الغى الضرائب المفروضة على مقاولي الاشغال العامة واجاز لجهة الادارة احتجاز جزء من مبلغ العقد يوازي قيمة الضريبة التي اعطي منها.[٣]

---

(١) قرار المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٥١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٣١ مجموعة الاربعون عام في العقود المبدأ رقم ٢١٧ ، ص٣٩٥.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الادارية) ، الطبعة الثامنة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص١٠٠.

(٣) د. محمد سعيد امين ، الاسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص٥١٠.

وان احترام حماية النظام العام واجب على المتعاقد بصفته مواطن، وهذا يوجب عليه احترام القوانين والتشريعات الفرعية للحفاظ على النظام العام(١).

ثانياً : التعديل الاداري لمبلغ العقد: كما لاحظنا فيما سبق ان مبلغ العقد من الشروط العقدية التي تخضع الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذا، فهي بلا شك تعد استثناءً من مبدأ النهائية فيما لو تم الاتفاق بين جهة التعاقد والمتعاقد على تعديل الثمن، إذ أنها تتسم بالمرونة على الرغم من احترام مبدأ التعديل لمبدأ النهائية الثمن إلا أنه بالإمكان الاتفاق على تعديله.

ثالثاً : تعديل مبلغ العقد بناءً على ارجحية العطاء: هذا الاستثناء الذي يحد من مبدأ النهائية لمبلغ العقد ايضا يقع بالاتفاق مع الادارة المشتركة للأطراف ، اي وجوب الاتفاق على تفضيل عطاء على اخر ، ويستند ذلك الى وجود نص قانوني او قرار تنظيمي او الشروط العامة التي تكون حاكمة على عقد الاشغال.

الفرع الثاني

احكام النظام العام في اعادة التوازن المالي

في اطار العقود الادارية عموماً وعقد الاشغال على وجه الخصوص ، إن الادارة تتمتع بسلطة استثنائية في تعديل العقد ، لان عقد الاشغال العامة، يتمتع بمرونة لصالح جهة التعاقد ، لذا فمن العدالة منح المتعاقد مع الادارة ما يقابل هذه السلطة، التي تتمتع بها جهة التعاقد في حال اختلال التوازن المالي، حول مبلغ العقد المتفق عليه بين جهة التعاقد والمتعاقد معها، واقرت عدّة تشريعات بوجوب تدخل جهة التعاقد لكي تسهم في مشاركة الاعباء التي يتحملها المتعاقد ، جراء المزايا التي تحصل عليها الادارة جراء التنفيذ السليم لعقد الاشغال.

لذا، فتارة برزت سلطة القضاء لتردع سلطة الادارة، في حالة تعرض المتعاقد مع الادارة الى صعوبات مادية غير متوقعة من قبل المتعاقد ، فمن باب التوازن في تحمل الاعباء الملقاة على طرفي العلاقة العقدية ، فيبدأ القضاء لإقرار التعويض لتخفيف تلك الاعباء، وقد يكون سبب

(١) محمد حسن مرعي ، القرارات القضائية والمالية في العقود الادارية دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، الركن العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص٨٠.

لاختلال التوازن المالي وزيادة تحمل المتعاقد مع الادارة اعباء اضافية ، من قبل جهة التعاقد او الجهات الادارية الاخرى بسلوك تصرف معين، او بتعديل الشروط العقدية لعقد الاشغال العامة، وهنا برزت نظرية فعل الامير، وفي حالة ظهور ظروف استثنائية غير متوقعة ، التي تحول وتعترض تنفيذ عقد الاشغال العامة ، لذا ابتدع القضاء تحقيقاً للمصلحة العامة في مواجهة تلك الظروف والاستثنائية وتحقيقا لمبدأ العدالة ، وجذب المتعاقدين(المستثمرين) لتنفيذ الاعمال التي ينبغي للإدارة تنفيذها مستقبلاً.

وهذه النظريات جميعها من النظام العام، التي لا يجوز لجهة الادارة او المتعاقدين معها الاتفاق على ما يخالفها ، لذا سنتناولها بإيجاز.

أولاً: ضوابط النظام العام في نظرية فعل الامير: قد يتسبب فعل جهة التعاقد في زيادة الاعباء الملقاة على المتعاقد معها ، ويخل ذلك في التوازن الذي اساسه تحقيق العدالة ويناقض تحمل الاعباء من قبل المتعاقد التي يعود سببها الى جهة التعاقد او الجهات الادارية الاخرى[١]. وهذه النظرية من قدامى النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وان فعل جهة التعاقد يشترط أن يكون مشروعا أي كإجراء اتخذته الجهات العليا ، ويترتب زيادة في الاعباء المالية وزيادة في الالتزامات الملقاة عليه. لذا فيحق للمتعاقد أن يحصل على التعويض الكامل عن كل الاضرار التي لحقت به جراء فعل الامير، فعل جهة التعاقد) اي جراء الاجراءات التي اتخذتها الجهات الادارية[٢].

ولهذه النظرية مجموعة من الشروط :١. صدور اجراء ضار من جهة التعاقد، اي صدور اجراء اداري من جانب جهة التعاقد ، اما اذا صدر من جهة اخرى كالسلطات الاخرى فانه يصعب تطبيق هذه النظرية ، ويتم اللجوء الى نظريات اخرى[٣]..٢. وجود عقد اداري، إي يشترط أن يكون هناك عقد اداري إذ أنها لا تطبق على العقود المدنية، إذ هي من صميم الافكار الاداري المتعلقة بالعقود الادارية.٣. أن يكون الاجراء غير متوقع للمتعاقد وقت الابرام.٤. أن

(١) د. محمود عبد المجيد ، المشكلات التي يواجهها مبدأ العقود الادارية واثارها ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ط١ ، طرابلس ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص٧٩.

(٢) د. سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٣٩٨.

(٣) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٦٠١.

يترتب على الاجراء ضرر خاص بالمتعاقد، إذ أن الضرر هو المعيار الاساسي لتطبيق نظرية فعل الامير واعتباره شرطاً لازماً ومنطقياً لإحداث الاختلال في التوازن المالي..٥. أن يكون الاجراء قد صدر بدون خطأ جهة التعاقد أو الجهات العليا ، إي عدم توفر خطأ الادارة ،إذ أن خطأ الادارة يوجب المسؤولية العقدية لها الناشئة من العقد لكن في حالة قيام الادارة بإجراءاتها من دون خطأ لكن يؤدي عملها الى ضرر بالمتعاقد فتلزم بإعادة التوازن المالي إي بكامل التعويض (ما فاته من ربح وما لحقه من خسارة) ، وعدم توقع الاجراء ، من شروط تطبيق نظرية فعل الامير عدم توقع الاجراء الذي توقعه جهة التعاقد وتحت ابرام العقد فإن كان المتعاقد يتوقعه فلا يجوز أن يطالب بالتعويض، فإن كان وفقا للمجرى العادي للأمور كذلك لا تطبق نظرية فعل الامير.[١]

وفي قرار لمحكمة القضاء الاداري في مصر حول نظرية فعل الامير (إن أي اجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الاعباء المالية للمتعاقد مع الادارة او الالتزامات التي نص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة (المخاطر الادارية) وهذه الاجراءات التي تصدرها السلطات العامة قد تكون صادرة من الجهة الادارية التي أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو قواعد تنظيمية عامة).[٢]

ولهذه النظرية صور متعددة منها :١. صورة الاجراء الاداري : فقد يتخذ اسلوب الاجراء الفردي الخاص بتعديل العقد كتعديل شروط تنفيذ العقد كزيادة الكميات او الشروط او المدّة او تغيير في ظروف تنفيذ العقد كقيامها بإعمال مادية.٢. صورة الاجراء العام ، ويتجسد في إصدارات السلطة التشريعية للقوانين او التنفيذية للقرارات التنظيمية واللوائح ويتجنب تعديل شروط العقد او ظروف تنفيذ العقد[٣]، ويشترط أن يكون الاجراء صادر من الجهة المتعاقدة ، فإن كان الاجراء من غير جهة التعاقد إمتنع تطبيق هذه النظرية، إن مبدأ ديمومة الحفاظ على التوازن

---

(١) د. عبد الرؤوف عبيد ، مصدر سابق ، ص١٤٤ . ١٤٥.

(٢) القرار رقم ٩٨٣ لسنة ٩ق في ١٩٥٧/٦/٣٠ الصادر من محكمة القضاء الاداري المصري ، المجموعة ، السنة ١١ ق ، ص٦٠٧.

(٣) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعات قضاء وتحليلا ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص١٧٢.

المالي هو حق للمتعاقد مع الادارة وهذا الحق من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

اما اساس نظرية فعل الامير: فقد اختلف الفقه حول الاساس الذي تقوم عليه هذه النظرية فمنهم من ذهب الى: أ. نظرية تحميل المخاطر التي تقوم على توسيع مسؤولية الادارة والتضييق من حالات الاعفاء من المسؤولية. ب. الاثراء بلا سبب ، والتي تقوم على اساس مبادئ العدالة ،إذ تقوم على تحمل الطرف مسؤولية افقار الطرف الاخر، وهذه القاعدة اساسها المادة (٢٣٤) من القانون المدني العراقي [١]، وكذلك المادة (١٧٩) من القانون المدني المصري. [٢] ج. مبدأ المساواة في تحمل الاعباء والتكاليف العامة ، لأن الضرر يصيب المتعاقد ويشكل عبأً استثنائيا يزيد على قابلية المتعاقد بتحمله وهو اساسا من فعل جهة التعاقد. د. مسؤولية تعاقدية ، وان تخلف ركن الخطأ يماشي الطبيعة المقيدة للعقد الاداري[٣].

السؤال الذي يطرح، كيف تتجسد ضوابط النظام العام في نظرية فعل الأمير؟

للإجابة على ذلك يتطلب منا الامر بيان هل لنظرية فعل الأمير اساس قانوني، كقاعدة آمرة توجب على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد في حالة تخلخله، جراء اعمال الإدارة القانونية، من دون خطئها، بغض النظر عن طبيعتها تشريعات ام قرارات إدارية، المهم إن هناك إجراء صدر من الإدارة أثناء مدّة تنفيذ العقد، من خلال اطلاعنا على مجمل التشريعات والقوانين المقارنة لم نجد لهذه النظرية اساسا يلتجئ اليه لتعويض المتعاقد، جراء فعل الأمير، هذا الجزء من الاجابة يتناول جزئية من أحكام النظام العام، إلا وهي الجزء المادي الملموس المتمثل بالقواعد الآمرة، إلا أن ذلك لا يكفي لتمام اعتبارها ليست من النظام العام، بل أن للنظام العام جزء مهم وهو دور القاضي في الكشف عن احكامه، عن طريق الاحكام القضائية التي يصدرها، وان نظرية فعل الامير، تجد اساسها في الاحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، وقرائنه في الدول الأخرى، وتكتسي اهمية كبيرة من كونها، ذات أهمية في تحقيق العدالة، جراء اختلال

---

(١) المادة (٢٣٤) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢) المادة (١٧٩) من القانون المدني المصري النافذ.

(٣) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٦٢٨.

اقتصاديات العقد، من دون خطأ من جهة الإدارة، إذ لو وجد الخطأ لتم التعويض بناء على المسؤولية العقدية، لذا فإنها تعد ركن ركين من ضوابط النظام العام، التي تحقق توازن لاقتصاديات العقد، وهذا الامر يختلف فيه العقد الاداري عن نظيره العقد المدني، الذي لا توجد فيه هذه النظرية، بل هي من خصوصيات العقد الاداري، ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تمنع المتعاقد من كامل حقه في التعويض، إي كل عناصر التعويض، ما فاته من ربح وما لحقه من خسارة، فهي من أساسيات العقود الادارية، التي تقوم على مبدأ مرونة تعديل العقد الاداري، لتعلقه بتسيير المرفق العام، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. [١]

وقد نصت (المادة الثالثة عشر /٧) من الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال على ما يأتي (التعديلات بسبب تغيير التشريعات: يتعين تعديل مبلغ العقد مراعاة لأية زياده او نقصان في الكلفة نتيجة اي تغيير في قوانين الدولة(بما في ذلك سن قوانين جديدة الغاء او تعديل قوانين قائمة) او في التفسيرات القضائية او الحكومية الرسمية لها إذا حصل ذلك التغيير بعد تاريخ الاساس و ينتج عنه تأثير على آداء المقاول لالتزامات بموجب العقد. إذا تكبد المقاول او كان سيتكبد تاخيراً او كلف إضافية نتيجة لهذه التغييرات في القوانين او في تلك التفسيرات من ما حصل بعد التاريخ الاساس فانه يتعين على المقاول ان يرسل اشعارا الى المهندس بذلك لتقدير استحقاقاته بشأنها...)[٢]

لذا نتمنى على المشرع العراقي ان يتبنى هذه النظرية في قانون العقود الحكومية، لما لهذه النظرية من أهمية بالغة في تطوير الخدمات التي يقدمها المتعاقدين مع الادارة، لان نقيض ذلك يؤدى إلى نفور المقاولين عن التعاقد مع الإدارة، لعدم وجود رادع تشريعي يحقق العدالة بإعادة التوازن المالي للعقد، في حالة صدور إجراء من الإدارة من غير خطئها.

---

(١) د. محمد عبد الجواد محمد ، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ،١٩٥٨ ، ص ١٨٨.

(٢)(المادة الثالثة عشر /٧) من الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال.

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة: نشأة هذه النظرية كسابقتها قضائية[١]، وان مضمونها يرد في حالة اختلال اقتصاديات العقد خللا جسيما نتيجة لظروف طارئة غير متوقعة لحظة ابرام العقد، وترهق المتعاقد حال التنفيذ، إذ تجعل هنالك خسائر غير عادية، ففي تلك الحالة من حق المتعاقد أن يطلب من الادارة المساعدة لكي تشاركه في تحمل جزء من الخسائرة، والجدير بالذكر ان هذه النظرية تخلخل اقتصاديات العقد، ولا تؤدي الى جعل التنفيذ مستحيلا بل تقف الادارة لمؤازرة المتعاقد معها لتحمل جزء من الخسارة وليس تحمل ما فاته من ربح كما في نظرية فعل الامير.[٢]

وقد تبنى المشرع العراقي هذه النظرية في المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).[٣]

وفي مصر نشأتها قانونية بموجب قانون ٢٩ لسنة ١٩٤٧ في المادة السادسة منه وان هذه المادة يجعل تطبيقها على عقد الالتزامات فقط، [٤] إلا أن جاءت المادة(٢/١٤٧) من القانون المدني المصري التي نصت (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث

---

(١) في قضية غاز بوردو والتي تتلخص وقائع تلك القضية المعروفة لشركة الغاز بمدينة بوردو" إذ كانت الشركة ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز ، فعدل مجلس الدولة العقد بما يتفق مع هذا الارتفاع في السعر "، ثم توالت أحكامه في هذا المعنى بعد ذلك و خاصة في عقود التوريد ،ومقاولات الأشغال العامة. بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:https://sami-soltani-net.yoo7.com/t58-topic تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢٢.

(٢) جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز دراسة نظرية مقارنة ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٥، ص٣٢٧.

(٣) المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤) عبد الرؤوف جابر ، مصدر سابق ، ص١٣٨.

يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل التزام على خلاف ذلك) [١].

ولتطبيق هذه النظرية لابد من توافر مجموعة من الشروط، ذكرها مجلس الدولة الفرنسي وهذه الشروط هي :

أولاً / وجود ظرف طارئ : إن الحادث الطارئ الذي يصيب العقد الاداري، لابد أن يكون ذا طبيعة اقتصادية ومستقل عن إرادة اطراف العقد كارتفاع الاسعار والاجور غير الاعتيادية وتأسيس هذه النظرية لحماية المتعاقد ضد الاخطار الاقتصادية ، نظرا للتحول الى النظام العام الاقتصادي ، فقد أصبح من الصعوبة بمجال أن يميز بين المخاطر الادارية والمخاطر الاقتصادية ، والتي ترجع الى تأييد العرض والطلب ، إلا أن هذه النظرية تماشي الظواهر الطبيعية كالفيضانات والزلازل والاوبئة والامراض سريعة الانتشار ، ويجب على تلك المخاطر ان تقلب اقتصاديات العقد.[٢]

وصور هذه النظرية :١. الاجراء العام : الذي يتمثل بالقوانين والتشريعات الفرعية الاخرى ، التي تقلب التوازن الاقتصادي للعقد، وقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي في حكمه (villed) نتيجة لصدور تشريعات تنظيم الاسعار، وحالة فرض الضرائب الجديدة ، وامور تتعلق بالنقد وتحقيق العملة[٣].

٢. الاجراء الخاص والظواهر الطبيعية : كالقرارات الادارية التي تتناول التأثير على المواد وهي ذاتها في نظرية فعل الامير ، اختلافها في حالة صدور الاجراء من غير جهة التعاقد، إذ يمتنع تطبيق النظرية فعل الامير، ليأتي دور نظرية الظروف الطارئة للتطبيق او ظواهر طبيعية او من عمل الانسان.

---

(١) المادة(٢/١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٢) يذكر الفقيه دي سوتو.De soto NETO And 1942 .peecite.j.c.p. 1950.. IP.817. .p.111et. articlte

(3) C.E 12 Mars 1976, Deportement des Hantes- Pyrenees c/socite sofilia, Rec. p. 155, 5 november 1982 socre propervol, Rec, P 381.

لكن ماذا لو وجد مجال لتطبيق النظريتين فبمن نأخذ ؟ اجاب مجلس الدولة الفرنسي في قضية (ste Enerige) حول صدور اوامر للملتزم بنقل اعمدة الكهرباء، ووجود شرط بانه ليس من حق المتعاقد أن يطلب إي تعويض من جراء تقييد وتعديل المشروعات، لذا ما اوجد مجلس الدولة مجالا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة واستبعاد لنظرية فعل الامير

ثانياً : أن يكون الظرف غير متوقع : إي الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان ، إذ لا يمكن دفعه ، إذ الظرف الذي بالإمكان دفعه يستوي أن يكون متوقع وغير متوقع، ومعيار معرفة التوقع هو الشخص العادي الذي يتوقع الفعل لو وجد في ذات الظروف[١].

ثالثاً : أن يكون الظرف خارج إرادة المتعاقد: إي استقلالية الظروف عن إرادة الطرفين ، وعلى الرغم من هجران مجلس الدولة للفعل الذي تتسبب فيه جهة التعاقد وتطبق النظرية في حالة صدور الظرف من جهة الادارة ، إلا أنه قد أبقى على أن لا يكون للمتعاقد يد في نشوء الظرف والا لا يمكن تطبيق النظرية ولا يحق له المطالبة بالتعويض.

رابعاً : وقت حدوث الظرف: إي أن يكون وقت وقوع الظرف هو قبيل إبرام العقد وقبل تمام تنفيذ العقد ، في العقود التي تحتاج الى مدّة لتنفيذه كعقد الاشغال العامة.

خامساً : أن يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد: إي أن يلحق بالمتعاقد مع الادارة خسائر من شأنها ان تخل في التوازن المالي للعقد ، إي فكرة قلب اقتصاديات العقد تتحقق بحسب طبيعة العقد لان فكرة هذا الشرط نسبية، إي أن يؤدي الى ارهاق تنفيذ العقد وليس استحالة التنفيذ.

آما اثار النظرية، فيبقى المتعاقد مع الادارة ملزم بالاستمرار في تنفيذ العقد، لان ذلك لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل مرهقاً على المتعاقد ، وكذلك يطلب أن تقدم جهة التعاقد المساعدة للمتعاقد معها جراء الظرف الطارئ ، وتتمثل تلك المساعدة بالتعويض الذي يحكم على جهة التعاقد ، ويختلف التعويض في هذه النظرية عن نظرية فعل الامير، إذ يسمح بالجزئية إي

(١) سعدون عنتر نصيف ، احكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٧١.

يوصف أنه جزئي وليس كلي كنظرية فعل الامير وانه تعويض مؤقت وهو يغطي جزء من الخسارة التي يتكبدها المتعاقد.

ويؤكد ارتباط نظرية الظروف الطارئة بإحكام النظام العام، هي قدرة النظرية على العمل بغض النظر عن العلاقة العقدية والشروط التي تحويها تلك العلاقة ، فقد أشار مجلس الدولة الفرنسي في العديد من احكامه الى حالات التنازل التي تشترطه جهة التعاقد على المتعاقد في حقه في التعويض فيما لو كان هنالك ظرف استثنائي ، فقد تناول شرط الاعفاء من المسؤولية فاذا قبل المتعاقد شرط الاعفاء فقضى مجلس الدولة بعدم مشروعية هذا الشرط والقبول ، وكذلك الامر في قرارات محكمة القضاء الاداري المصرية(١).

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية إلى أن (للمقاول أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة الناتجة عن الامطار، حتى ولو إشترط في عقد المقاولة خلاف ذلك ما دامت الامطار قد هطلت بصورة غير اعتيادية ولا متوقعة وكان الشرط متعلقاً بالحوادث المتوقعة).(٢)

آما في حالة حق المقاول في التمسك بالنظرية، فقد اكد مجلس الدولة الفرنسي انه حق لا يزول بالتنازل ويحق له التمسك به ، بل ذهب مجلس الدولة الى ابعد من ذلك الى اقرار حق المتنازل له من المستعان به (المقاول من الباطن) واعطاءه حق التمسك في هذه النظرية ، بإرجاع المسؤولية الى مسؤولية غير تعاقدية ، وكذلك اعطى مجلس الدولة لورثة المتعاقد حق حلول محل مورثهم في التمسك بنظرية الظروف الطارئة.

وحتى في حالة الاتفاقات التي تعقدها جهة التعاقد مع المتعاقد لتحديد التعويض في حالة حدوث الظرف الطارئ ، فإن مجلس الدولة لم يجعلها حائل تحول دون احقية المتعاقد في طلب التعويض اعتماد على نظرية الظرف الطارئ اساساً لذلك، وعند استكمال توافر الشروط المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، فان القاضي يحكم بالتعويض ولكن هذا التعويض ليس كاملا لكل ما

---

(١) حكم محكمة القضاء الاداري في ١٤ ابريل ١٩٦٠.

(٢) قرارها المرقم ٥٨٨ /م٢ / ٧٣ في ٢٢ / ٤ / ١٩٧٤ . نقلا عن د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ١٩٩١، ص٢.

اصابه من ضرر وما فاته من خسارة كما هو الحال في نظريه فعل الامير بل هو تعويض جزئي تتحمل الإدارة بمقتضاه جانباً من الخسارة التي لحقت المتعاقد، بسبب ظهور الظروف الطارئة. (١)

يرى الباحث، من خلال نظرية الظروف الطارئة، على الرغم من اختلاف الفقه حول اساسها، إذ يرى البعض انها نتاج الارادة المشتركة للمتعاقدين، إي هي من صميم الشروط التي تقوم عليها العلاقة العقدية، وان الطرفين قد اتفقا سلفا، على تعويض المتعاقد، فيما لو أن هناك ظروف استثنائية أرهقت كاهل المتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذه النظرية هجرها الفقه، لرجاحة غيرها واصطدام حجتها، بآراء حجج النظريات الجديدة، آما النظرية الراجحة، التي تبناها العديد من الفقهاء، فهي نظرية التوازن المالي للعقد، هذه النظرية اكثر انسجاما ونجاعة في مواجهة سهام النقد، التي وجهت للنظرية السابقة، فهي تبرر الاحكام الملزمة لجهة التعاقد في إعادة اقتصاديات العقد لنوع من التوازن، بحيث لا يتحمل المتعاقد مع الإدارة أعباء مالية كبيرة لوحده، جراء الظرف الطارئ، بغض النظر عن طبيعته، سواء كان إجراء اداري قانوني ام طبيعي، فوفقا لسلطة الإدارة في تعديل العقد، وهي سلطة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أن تقوم الإدارة بمد يد العون والمساعدة للمتعاقد معها، وتعويضه تعويضا جزئي ومؤقت، لان الإدارة لا تعوض المتعاقد تعويضاً كاملاً كما هو الحال في نظرية فعل الأمير، وانما تعويض جزئي لتغطية جزء من الخسائر التي تكبدها المتعاقد، لإعادة التوازن لاقتصاديات العقد، بعدما تخلخلت جراء الظرف، وهذا من صميم العدالة، وطريقها القويم، ولا يجوز مخالفته، وعلى الرغم من اساسها القضائي، إلا أن العديد من التشريعات نصت عليها، حتى القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي، مؤكداً أن تلك الأحكام اضحت قواعد آمرة، تمثل الجانب المادي للنظام العام.

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية: تعني أن المتعاقد مع الادارة يواجه صعوبات غير عادية غير متوقعة واستثنائية، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فيحق للمتعاقد طلب التعويض من

---

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ السنه القضائية، ١٣٢ ، ص ٨٧٤. نقلا عن صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر والقانون، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٤، ص١٨٠.

جهة التعاقد ، والمجال الطبيعي لهذه النظرية هو عقد الاشغال العامة ويشترط أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية. (١)

وعرفها البعض بانها (نظرية خاصة بالإشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعهما ترمي بثقل اعباء خطيرة، وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر).(٢)

وتختلف عن سابقتها، إذ أن في نظرية الظروف الطارئة يشترط في الفعل المكون للقوة القاهرة يمكن أن يكون من إي طبيعة كانت بشرط توافر الثلاث شروط وهي الحادث الخارجي وعدم التوقع وعدم إمكان الدفع، بخلاف الصعوبات المادية التي تشترط أن تكون من طبيعة مادية ، وفي بعض الاحيان يترتب على الظرف الطارئ استحالة التنفيذ فيعفى المتعاقد من تنفيذ التزامه آما في الصعوبات المادية فهي تجعل تنفيذ الالتزام اكثر ارهاقا وتزيد من كلفة التنفيذ على عاتق المتعاقد مما يبرر تعويضه تعويضاً كاملاً عن كل الاضرار التي تحملها جراء الصعوبات المالية وفي ذلك تتشابه مع نظرية فعل الامير على الرغم من اختلاف اساس المسؤولية بينهما ، إذ أن مرجع الصعوبات المادية ان يكون مستقل واجنبي عن ارادة المتعاقدين. (٣)

ويشترط لتطبيق النظرية اولاً: ان يكون الظرف ذا طبيعة مادية : إي يكون مرجع هذه النظرية الى ظواهر طبيعية وتشترك النظريات الظرف الطارئ والصعوبات المادية في ذات الشرط، إلا أن هناك معايير لتمييز الاختلاف بطبيعة التعويض بين النظريتان، لحظة حدوث الظاهرة في الظرف الطارئ هو بعد العقد ولكن لا يعلم المتعاقد بها ، وهذا لا يعني إن كل الظروف هي طبيعة بل بالإمكان ان يكون من فعل الغير مثل وجود قناة بجوار عمل الاشغال. ثانياً: أن تكون اجنبية عن طرفي العقد : إي أن لا دخل لارادة طرفي العلاقة فيها ، إي وجود

---

(١) د. عصام سعيد عبد العبيدي، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد ١٢ العدد ٥٤، السنة ٢٠١٢، ص٤٩٧.

(٢) علي بن عبد الكريم احمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الاداري في المملكة العربية السعودية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص١١٠.

(٣) د. محمد يعقوب السعيدي، مبادئ القانون الاداري، الجزء الاول، مطبعة الزهراء، بغداد، بدون سنة نشر، ص٢٨٧.

امور طبيعية تواجه المتعاقد اثناء تنفيذ عقد الاشغال ، ولا يكون بالإمكان توخي اثار الصعوبات التي توجب المتعاقد بالوسائل العادية. ثالثاً: شرط عدم التوقع : يشترط أن لا يكون المتعاقد مع الادارة على دراية بهكذا ظروف تواجهه اثناء تقييد عقد الاشغال ولا يكون توقعها من قبل الشخص العادي الذي يوضح بذات الظروف، وبتحقق الشروط تطبق هذه النظرية، التي لا تعفي المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزامه، بل يكون واجب عليه الاستمرار في التنفيذ ، لذا فيستحق التعويض الكامل عن الاضرار التي لحقته جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يضمن اعادة التوازن المادي للعقد(١).

ويرى الباحث ان لضوابط نظرية الصعوبات المادية ارتباط وثيق بالنظام العام، لان هدفها تحقيق التوزان المالي للعقد، عن طريق تعديل العقد لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملاً، وذلك في حالة اختلال اقتصاديات العقد، وعلى الرغم من أن القلة من الفقه قد اتجه إلى جعل اساس التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد، هو النية المشتركة للمتعاقدين إلا أن ذلك هجره مجلس الدولة الفرنسي، واعتمد اساسا لهذه النظرية مبدأ إعادة النظر في التوازن المالي بعد الاختلال، وهذا ثابتا ولا يجوز إسقاطه حتى لو تنازل المتعاقد منه، او اتفقت الإدارة معه على شرط اعفائها من التعويض فيما لو كان هناك صعوبات مادية تواجه تنفيذ العقد، ومن ثم من حق المتعاقد المطالبة بالتعويض، خارج المسؤولية العقدية، ويكون التعويض كاملاً، كما هو الحال في نظرية فعل الامير، لان تلك الاحكام التي اجتهد القضاء في ترسيه مبادئها، تجد اساسها في ديمومة استمرار تنظيم المرفق العام باضطراد، وهي من اهم مبادئ المرفق العام، لذا يعد مبدأ إعادة التوازن المالي من اهم المبادئ التي يقوم عليها تنفيذ العقد الاداري، لدوام استمرار المرفق العام، وإعادة الثقة فيمن يتعامل مع جهة التعاقد، لإعادة توازن اقتصاديات العقد.

الفرع الثالث

ضوابط النظام العام في احترام الادارة لالتزاماتها التعاقدية

إن من حقوق المتعاقد في ظل عقد الاشغال، حقه في أن تحترم جهة التعاقد الالتزامات التي تقع على عاتقها ، بوصف ان عقد الاشغال يرتب اثراً على طرفي العلاقة العقدية، فيتوجب على

(١) سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٦٩٦.

جهة التعاقد أن تبذل قصار جهدها لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه ، وتمكين المتعاقد معها من تنفيذ العقد المبرم معها ، وخلاف ذلك يجعل المتعاقد عاجزاً عن تنفيذ عقد الاشغال، وهذا الحق هو الزام يقع على جهة التعاقد بضرورة الحفاظ على السير المنتظم للمرافق العام(١).

واحترام جهة التعاقد لالتزاماتها تجاه المتعاقد يرتبط بمبدأ اساسي وهو مبدأ حسن النية، والسؤال الذي يطرح في مدى اعتبار مبدأ حسن النية كالتزام يقع على طرفي العلاقة العقدية من احكام النظام العام ام لا ؟

ان لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود اهمية بالغة وقد نصت عليه مجمل التشريعات أهمها القانون المدني الذي ارسى قواعده بوصفه، من النظام العام الذي لا يجوز التنازل عنه او الاتفاق على مخالفته، إذ يوجب مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود على عاتق الادارة التزام ازالة كل العوائق التي تعتري تنفيذ المشروع فيتوجب عليها وضع كل الامكانيات المتاحة حول تحديد مكان العقار وانجاز كل ما يعتري تمليك مكان العمل ، ولا يجوز لجهة التعاقد أن تتعسف في عدم قبول مواد العمل التي تكون ضمن المواصفات المتفق عليها في العقد(٢). ويمكن المتعاقد من سرعة المباشرة في موقع العمل تحت اشراف مهندس، وان تدفع له كل السلف النقدية التي تمكنه من إتمام تنفيذ عمله، وفي قضية (Ganz) التي احيلت الى التحكيم والتي احال المحكومون الحل الذي توصلوا اليه الى مبدأ حسن النية عندما اعتبروا أن (قرار السلطات الهنكارية تقسيم شركة(Ganz mavaz) الى سبع شركات وجعل كل واحدة منها ملزمة بالعلاقة القائمة مع الشركة الوطنية لسكك الحديد التونسية (SNCFT) ، هو قرار غصبي وخداعي ، وبذلك يكون مخالف للنظام العام ... والزام الشركات السبع بالعلاقة القائمة مع الشركة التونسية بصورة تضامنية وهذا ما ابدته استئنافية باريس في معرض نظرها بمراجعة الابطال المقدم امامها ضد

---

(١) د. محمد عبد المجيد ابو زيد ، المرجع في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٤١٨.

(٢) يرى الفقيه الامريكي (fraus worth) ان مبدأ حسن النية يرد بثلاث معان اذ يرد بكونه الشرط الضمني وهو بند في العقد في حين يرى (summers) انه يعد اساسا تتمسك به احد اطراف العقد في الاخلال، اذا ادعى احد الاطراف بخلاف الواقع لعدم التنفيذ كعدم وجود الرضا، وفي القضية (Buotou) انه يعد اساس في مراقبة حسن ممارسة حرية التصرف. ينظر : رغد عبد الامير مظلوم الخزرجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية ، بحث منشور في مجلة ديالى، العدد الرابع والستون ، كلية القانون ، جامعة ديالى ، ديالى ، ٢٠١٤ ، ص١٨٢.

القرار ، عندما قضت إن للمحكمة سلطة معاقبة التصرفات المخالفة لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في اطراف العلاقة).[١]

وقد تأكدت كون مبدأ حسن النية من النظام العام بكونه قد نصت عليه عدّة نصوص آمرة، التي اكدت الزامية هذا المبدأ في اطار العقود، وقد نصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي على انه (يجب ان تنعقد الاتفاقيات بحسن النية).[٢]

إلا أن البعض يرى أن هناك اختلاف بين مبدأ حسن النية وفكرة النظام العام، لاختلاف الجزاء المترتب على مخالفة احكام كليهما، فمخالفة احكام النظام العام يكون جزاؤه البطلان المطلق، بينما جزاء مخالفة مبدا حسن النية جزاؤه التعويض اعتمادا على المسؤولية العقدية، التي توجب على طرفي العلاقة العقدية، أن ينفذ التزامهما بحسن نية فإن خالف هذا الالتزام وجب عليهم التعويض، اعتماداً على المسؤولية العقدية التي تتمحور بالخطأ والضرر والعلاقة السببية التي توجب التعويض للمتضرر، وكذلك يختلف احكام النظام العام عن مبدأ حسن النية من خلال المصلحة التي يقتضيها كليهما، فإن فكرة النظام العام تهدف للحفاظ على المصالح العليا الاساسية للمجتمع، بينما مبدأ حسن النية يهدف الى الحفاظ على المصالح الشخصية الذاتية للمتعاقد.[٣]

إلا أننا نرى على الرغم من رجاحة الرأي السابق الذي يرى أن هناك اختلافا بين فكرة النظام العام و مبدأ حسن النية، من حيث الجزاء ومن حيث المصلحة المقصودة، إلا أن ذلك لا يمنع

---

(١) الحكم التحكيمي C.A.P.2 janvier 1993 Rev arb 1994 P 685 spec 691 note p mayer. https://www.Mohamah.het/law تاريخ الزيارة ٢/٤/٢٠٢٠.

(٢) ان مبدأ حسن النية يعده الفقه الفرنسي صمام امان لضمان تنفيذ العقد ، اذ انه يحقق من مبدأ سلطان الارادة ، ويعد مفهوماً اساسياً لقانون العقد ومرور هذا المبدأ في فرنسا قديما جاء متأثرا بالقانون الروماني وخصوصا في عهد جستنيان، وبعد ذلك نصت في القانون المدني الفرنسي، على الرغم من ازالة عبارة ((نزاهة التعامل)) من القانون المدني الفرنسي التي تعد امتداد لحسن النية، ينظر : رغد عبد الامير الخزرجي ، مصدر سابق ، ص١٨٥.

(٣) سي عمر امنيه و شاينة تركية، مبدأ حسن النية في العقود تأصيلا وتحليلاً، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلوم الاقتصادية و التجارية وعلوم التسيير قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج ، بوشعيب، ٢٠١٨، ص٢٠.

من وصف أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي ترتبط بإحكام النظام العام، وذلك على الرغم من عدم بطلان العقود التي تنفذ بما يخالف مبدأ حسن النية، إلا أن ذلك لا يبرر اعتباره مبدأ اساسيا يلامس المصلحة العليا الاساسية للمجتمع، وكذلك حمايته للمصلحة الذاتية الشخصية للمتعاقد، ففكرة النظام العام كما أتضح لنا تتمحور وترتبط بالمصالح العليا للمجتمع، وارتباطها بقواعد آمرة تمثل الجانب المادي للنظام العام، وان مخالفة تلك القواعد هي مخالفة لإحكام النظام العام، ومن ثم لا يستطيع المتعاقدين الاتفاق على تنفيذ عقودهم بعيداً عن مبدأ حسن النية، او بما يخالف هذا المبدأ ، لذا فإنه يرتبط بالمصالح العليا والخاصة لأفراد المجتمع، ومن ثم يعدُّ عنصراً اساسياً لفكرة النظام العام.

المطلب الثاني

ضوابط النظام العام في الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال للإدارة

إن للإدارة في العقود الادارية سلطات لم نجد لها مثيل في عقود القانون الخاص لآنها تهدف لتحقيق المصلحة العامة، وارتباط العقود الادارية في تنظيم وتسيير المرافق العامة في انتظام واطراد. لذا يتم منح جهة التعاقد تجاه المتعاقد حق تعديل الالتزامات المتفق عليها، بما ينسجم مع تحقيق العقد لأكثر منفعة لصالح الادارة، لان مصلحة الادارة هي مصلحة العامة، وهي تحقيق الرفاه والازدهار للمرافق العامة لتحقيق اكبر قدر ممكن من تقديم الخدمات العامة للجمهور. وهذه الحقوق او السلطات التي تمتلكها جهة التعاقد من النظام العام التي لا يجوز التنازل عنها لتعلقهما بالمصلحة العامة، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك، لذا سنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع، إذ سنتناول في الفرع الاول ضوابط النظام العام في الرقابة والتوجيه وفي الفرع الثاني ضوابط النظام العام في تعديل العقد والفرع الثالث سيكون لضوابط النظام العام في ايقاع الجزاءات على المتعاقد.

الفرع الاول

ضوابط النظام العام في حق الادارة في الرقابة والتوجيه

إن من المبادئ المستقرة في القانون الاداري سلطات استثنائية غير موجودة في نطاق العقود المدنية سواء نص عليها في القانون ام لم يرد نص على ذلك ، لان تلك الامتيازات أهم ما يميز العقد الاداري عن غيره من العقود، إي لا يجوز الاتفاق مع الادارة والمتعاقد على عدم ممارسة هذه الامتيازات كلها او بعض منها ، فإن نص على باقي الامتيازات واغفل حق الادارة في الرقابة والتوجيه فإن الادارة تملك حق ممارسة هذا الحق ، ولها حق ممارسته وان تم تركه بموافقة تحريرية من المتعاقد او من جهة التعاقد ويقع باطلاً كل اتفاق بغير ذلك(١).

وسلطة الرقابة تمثل بحق صورة التدخل في تنفيذ عقد الاشغال العامة لضمان حسن تنفيذ العقد لضمان استمرار المرفق العام، فهذا الحق يمثل بالجانب الاخر التزاماً على المتعاقد وعلى الادارة على حد سواء(٢). فيراد بالرقابة السلطة الممنوحة للإدارة للتأكد من تنفيذ المتعاقد لالتزاماته وفقاً للشروط العامة والخاصة، ويكون ذلك عن طريق المهندس المقيم بالمشروع او محل موقع الاشغال العامة لتأكيد بصورة دورية من فحص المواد والاعمال التي يقوم بها المتعاقد، ليس هذا فقط، بل إن سلطة الادارة تتجاوز حق التأكد من تنفيذ المتعاقد للالتزامات التعاقدية بل تتعدى حقها بالتدخل لتغيير اوضاع العقد خلاف المنصوص عليه في العقد ، وهذا المراد بحق الادارة في التوجيه او ترد على حق الادارة في توجيه المتعاقد بتعديل بعض الاعمال لارتباطها بحسن تنفيذ العقد، لذا سنتناول الاساس الذي تقوم عليه فكرة النظام العام في حق الرقابة والتوجيه. (٣)

اولاً/ الاساس الفعلي لفكرة النظام العام في الرقابة والتوجيه: إن حق الرقابة هو التزام يقع على الادارة قبل إن يكون حقا لها وعلى المتعاقد معها، أن يسهل مهمتها في اداء هذا الواجب ، إذ أن الواقع العملي هو الذي فرض على سلطة الادارة أن تقوم بمهمتها الاساسية في تسيير

---

(١) احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٢٨٨.

(٢) د. توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الاداري ، دار النشر الجامعات المصرية ، الجزء الاول ، القاهرة، ١٩٥٥ ، ص٧٩١.

(٣) د.سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والاداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، ٢٠٠٩، ص٨١.

المرافق العامة بمعاونة اشخاص القانون الخاص ، إي المتعاقد معها، والذي دائما من الناحية الفعلية يكون هدفه من التعاقد الحصول على الربح ، لان المصلحة الخاصة لديه اهم من المصلحة العامة بخلاف سعي جهة التعاقد الى تحقيق المصلحة العامة ، وهذه المصلحة يجب على الادارة أن توفرها للجمهور بأتم وجه ، وهذا يقام عملياً بمن يقوم بتنفيذ العقد وهو المتعاقد (المقاول) والذي كما ذكرنا يهدف الى الربح وتحقيق المصلحة الخاصة [١] ، لذا فاصبح لزاماً عمليا أن تقوم جهة التعاقد بالرقابة على كل اعمال المتعاقد وتوجيهه لتنفيذ الاعمال، بما ينسجم وتحقيق المصلحة العامة ، وتغليب مصلحة المرفق العام على المصلحة المالية التي يسعى اليها المتعاقد مع الادارة[٢].

ثانياً/ الاساس القانوني لفكرة النظام في الرقابة والتوجيه: إن فكرة النظام العام في الزام جهة التعاقد والمتعاقد معها في الرقابة والتوجيه يقوم على مجموعة من الافكار التي تبلورت شيئا فشيئا الى أن وصلت الى ذروتها من التطور يجعله اساساً يعتد به في اعتباره واجب اساسي لا يمكن التنازل عنه او الاتفاق على ما يخالفه في عملية ابرام العقد ، لان عقد الاشغال يقوم على مبدأ اساسي وهو العقد شريعة المرفق العام ، لذا سنتناول تلك الافكار القانونية التي تقوم عليها فكرة النظام العام كإساس للرقابة والتوجيه.

١- **النية المشتركة للمتعاقدين:** على الرغم من الطبيعة التنظيمية لعقد الاشغال ، إلا أنه يعد تطبيقا لإرادة الطرفين المتعاقدين ، إلا أن جهة التعاقد تحرص على وضع مجموعة من الشروط الاستثنائية التي لا وجود لها في اطار القانون الخاص ، لان صلة عقد الاشغال بتنظيم وتسيير المرافق العامة صلة وثيقة لا تنفك ابداً ، فتحرص الادارة الى تطبيق الشروط العامة والخاصة في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الذي يقوم بتنفيذ عقد الاشغال، إذ تتدخل في الرقابة والتوجيه من خلال مجمل العملية التنفيذية بمختلف امور التنفيذ وآلية اختبار المواد المستخدمة في البناء واقامة المشاريع[٣].

---

(١) د. وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.o.T وما يماثلها "دراسة مقارنة" ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٧٥.

(٢) د. طعمة الجرف ، القانون الاداري ، بدون دار نشر ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص٤٠٥.

(٣) د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص١١٩.

ثانياً/ القواعد الآمرة : لفكرة النظام العام في الرقابة والتوجيه اساساً في مختلف التشريعات كالقوانين التي تشرعها السلطة المختصة بالتشريع بالدولة ، التي بدورها تضع قواعد آمرة واجبة النفاذ على الادارة والمتعاقد معها، ففي مصر نصت المادة السابعة من قانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ ، التي نصت على (لمانح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام ، موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين في مختلف الفروع والاجراءات التي تنشأ الملتزم لاستقلالية المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك ... وللوزير تشكيل لجنة او اكثر من بين موظفي وزارته او غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمر من امور الرقابة على التزامات المرفق العام ..).[١]

وكذلك المواد (١٠٥ و١٠٢ و٢٢٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات(ألملغاة) التي تضمنت الاحكام المتعلقة بالزام المتعاقد بالخضوع لرقابة الادارة. [٢]

ثالثاً/ فكرة المرفق العام: كما توصلنا لاحقا أن فكرة العقد شريعة المتعاقدين قد تم تحويرها في اطار عقد الاشغال العامة، إذ اصبحت العقد شريعة المرفق العام، فإن فكرة المرفق العام تعد الاساس الذي تقوم عليه اعمال الادارة وغايتها في ذلك تحقيق المصلحة العامة[٣].

واساس فكرة المرفق العام ترتبط بالنظام العام، إذ لا تتوقف على وجود العلاقة العقدية والنية المشتركة ، كما في الاساس الاول والا تتلاشى لعدم وجود قواعد آمرة في التشريعات او اللوائح (قرارات تنظيمية) بل يعترف للإدارة بوجودها حتى وان لم يتم النص عليها لأنها من النظام العام ويرى البعض من الفقه الفرنسي ضرورة التفرقة بين حق الرقابة والتوجيه ، إذ يجوز للإدارة فرض رقابتها على كل العقود الادارية بخلاف التوجيه وهو المعنى الضيق للرقابة اما المعنى الواسع للرقابة الذي يشمل التوجيه فان الآمر يختلف بإختلاف العقود وطريقة صلتها بالمرافق العامة[٤].

---

(١) المادة السابعة من قانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ المصري.

(٢) المواد (١٠٥ و١٠٢ و٢٢٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الملغي.

(٣) د. ابراهيم طه الفياض ، القانون الاداري ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨٩ ، ص١١٩.

(4) Gcrorgel (j) : Contrats par deter mination la J.C.A. 1973 fasc 500. P. 1 – 13.

وهذا الرأي الغالب في الفقه الفرنسي بوجود الرقابة والتوجيه سواء نص عليه في الشروط العامة والخاصة ام لا.

اما وسائل جهة التعاقد في الرقابة والتوجيه :هي الآليات التي تتولاها جهة التعاقد في مراقبة وتوجيه اعمال المتعاقد معها في رقابة تنفيذ عقد الاشغال وتوجيه اعماله، فهذه هي الاساليب المهمة التي تتولاها جهة التعاقد، فمنها ما يسمى بالالتزام العام كالإجراءات التي تجريها او من وجوب قيام الادارة بها والنوع الاخر لجهة التعاقد سلطة تقديرية في كيفية اجرائها من عدمه، لذا سنتناول هذه الاساليب :

اولاً/ الوسائل الفنية : وهذا النوع من اساليب الرقابة تمارسه جهة التعاقد للتأكد من حسن تنفيذ عقد الاشغال بأتم وجه [١]، وفي ذلك تستخدم جهة التعاقد التكنولوجيا في عملية مراقبة الاعمال التي يقوم بها المتعاقد بغية تنفيذ عقد الاشغال [٢].

ثانياً/ القرارات الادارية : تعرف بإنها عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة لجهة الادارة بغية احداث اثر قانوني في المراكز القانونية انشاءً او تعديل او الغاء.

ولإحكام النظام العام في اصدار القرارات الادارية اثر واضح في ميدان تكوين القرار الاداري، إذ أن لإحكام النظام العام في القرار الاداري سلطة الإلزام، لذا يتوجب على جهة الإدارة وهي بصدد اصدار القرارات الإدارية، اتباع الاحكام الحاكمة لإصدارها، لذا سنتناول الاحكام الخاصة بعناصر القرار الاداري. [٣]

١- **الاختصاص:** الذي يعرف بأنه قدرة الإدارة في مباشرة تصرف قانوني حدده القانون لجهة معينة او لشخص معين، اذاً فهي الصلاحية القانونية لجهة التعاقد، فالقواعد الأمرة هي

---

(١) محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص٥٣١.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٢٦٢.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، وقف تنفيذ القرار الاداري، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٩٧ ، ص٦.

التي تحدد الاختصاصات التي تتولاها الجهات الإدارية او الاشخاص الإداريين، [١] (الموظفين او مكلفين بخدمة عامة) فإن قواعد الاختصاص في اصدار القرار الاداري من النظام العام وهو يشبه الأهلية في قواعد القانون الخاص [٢] ، لذا فيعد باطلا كل قرار يخالف احكام النظام العام في الاختصاص.

١- مصادر الاختصاص :

١- النص التشريعي: إن القواعد القانونية هي التي تمنح رجل الإدارة صلاحية اصدار القرار الاداري مع مراعاة التدرج القانوني فللنصوص الدستورية الأولوية على التشريع العادي تليها مرتبة القرارات التنظيمية.

٢- التفويض الاداري: اجاز القانون للموظفين او المكلفين بخدمة عامة تفويض اختصاصاتهم بشرط أن يكون التفويض وارد بنص قانوني ومحدد بمدّة معينة وان يكون بجزء من الاختصاصات، إذ لا يجوز تفويض كلي، ولا نريد الخوض في تفويض التوقيع وتفويض الاختصاص. [٣]

٣- الحلول: ويعني ممارسة جميع الاختصاصات المسندة لصاحب الاختصاص الاصيل وذلك لاستحاله قيام الاصيل بمهامه لفترة معينه، كل تغير او عجز او الإجازة او المرض او مهمة رسمية ، ولا يجوز الحلول الا بوجود نص قانوني يحدد بدقة الموظف البديل وكذلك استحالة قيام الاصيل باختصاصه.

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1979، ص٣٣.

(٢) نواف كنعان العجارمة، القانون الاداري، الكتاب الثاني، الدار العلمية ودار الثقافة عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٠ ، ص ٢٥١.

(٣) طارق بن هلال البوسعيدي، انعدام القرار الاداري وفقا لإحكام القضاء الاداري، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع ، السنة ٣٢ ، ديسمبر، الكويت، ٢٠٠٨، ص ١٩٠.

٤_ الوكالة و الانابة: وهي آمر اداري تقوم بمقتضاه السلطة العليا بتكليف احد الموظفين لممارسة كل الاختصاصات المسندة للأصيل لحين عودته من تغيبه او تعين بديل عنه، فهي وسيلة لمعالجة الفراغ الاداري وتتم من دون وجود نص تشريعي.

اما صور النظام العام في الاختصاص ١_ اغتصاب السلطة: ويعني عدم الاختصاص الجسيم، إذ يتحول الامر الى عمل مادي ولا يرتب أي اثر قانوني ويجوز ازالته باي طريق مادي، كاعتداء سلطة على سلطة، كاعتداء السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية.(١)

٢-عدم الاختصاص البسيط: ويرتب بطلان القرار الاداري فيما لو تم الاعتداء على الاختصاص المكاني اي ممارسة اختصاص خارج الرقعة الجغرافية لممارسة اختصاصه،(٢) او من ناحية زمنية اي ممارسة اصدار القرار خارج ظرف زمني المسموح به كتاريخ المباشرة الى انتهاء الوظيفة او عدم الاختصاص الموضوعي ويمثل شكل من الاعتداء سلطة على سلطة موازية كقيام وزير باتخاذ قرار يخص وزارة اخرى، او اتخاذ جهة عليا اختصاص جهة دنيا، او دنيا تتخذ قرار يخص جهة عليا.(٣)

ثانياً: عنصر الشكل والاجراءات: يعرف الشكل بانه المظهر الخارجي للقرار الاداري، على الرغم من أن الاصل في إن الإدارة غير مقيدة بشكل معين في اتخاذ قراراتها فهي تفصح عن ارادتها بإي طريقة شاءت مالم ينص القانون على خلاف ذلك، إذا وجدت هناك قاعدة آمرة بإلزام شكل معين فيتوجب على الإدارة اتخاذ ذلك الشكل، وقد بادر مجلس الدولة الفرنسي الى التميز بين الشكل والإجراءات الجوهرية والشكل والإجراءات غير الجوهرية، **اولاً: الشكل الجوهري،** هو ما نص عليه القانون واوجب اتباعه، ويؤدي مخالفته الى بطلان القرار الاداري لمخالفة النظام

---

(١) خضر عكوبي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، رسالة ماجستير ، ط١، بغداد ، ١٩٧٦، ص١٠٧.

(٢) د. عيد قريطم ، التفويض في الاختصاصات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٣.

(٣) د. محمد ابراهيم الدسوقي علي، الرقابة على اعمال الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٧١ .

العام، فمن الإجراءات الشكلية الجوهرية شكل القرار في ذاته أي المظهر الخارجي لذلك القرار فإن اوجب القانون الكتابة فيجب اتباع الزام القانون وكذلك النشر في جريدة رسمية.(١)

اما تسبيب القرار، إي ذكر الاسباب القانونية والواقعية التي دفعت رجل الإدارة الى اتخاذه فالأصل الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها مالم يلزمها القانون بذلك، اما الإجراءات التمهيدية والمدد الجوهرية في بعض الأحيان يفرض القانون بعض الإجراءات الممهدة، كالإنذار الذي يسبق اتخاذ القرار الاداري او المدّة الزمنية التي يشترطها القانون، اخذ الرأي والمشورة عندما يفرض القانون رأي جهة معينة، كجهة قانونية او فنية او هندسية، فيجب اتباعه والا يقع باطلاً ما يخالف ذلك، كاجراءات اللجان وتشكيلها فقد يفرض القانون قبل اتخاذ القرار تشكيل اللجان والية التشكيل والإجراءات المتبعة داخل اللجان فان الزمها القانون فتصبح واجبة الاتباع كلجنة فتح العطاءات وتحليلها.

ثانيا/ الشكليات غير الجوهرية: وهي الإجراءات التي لا يترتب عليها بطلان القرار الاداري، ولا تعد من النظام العام، فإن تخلفها يبقى القرار سليم، كالشكليات المفترضة لصالح الإدارة والشكليات التي لا تؤثر في سلامة القرار موضوعياً، فهي مخالفات ثانوية واستحالة اتمام الشكليات فاذا كان سبب عدم اتمام الشكلية راجع لاستحاله مادية لمدّة طويلة كالقوة القاهرة او لأسباب لا يد للمتعاقد فيها سَلمُ القرار الاداري. (٢)

وذهب مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن اتمام الشكلية بعد اهمالها، فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي والمصري اتمام الشكليات التي لا تؤثر في مضمونَ وملائمة القرار كتوقيع احد اعضاء هيئة معينة او مجلس معين ، و قبول ذي المصلحة لعيب الشكل اعتبرت محكمة القضاء الاداري في العراق إن قبول ذي الشأن مسقطنا لعيب الشكل في كل الأحوال.

ثالثاً/ السبب: يعرف السبب بإنه الحالة الواقعية او القانونية التي تدفع رجل الإدارة إلى اتخاذ القرار الاداري، فهناك نوعين، فسبب لاتخاذ القرار الاداري هو الحالة الواقعية والحالة

---

(١) سامي جمال الدين، اصول القانون الاداري، شركة مطابع الطوبى التجارية، الطبعة الاولى ، القاهرة، ١٩٩٣.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المصدر السابق، ص٣٣.

القانونية فاذا اوجب القانون إذا توفرت امور معينة وشروط خاصة امر بها القانون الزم الإدارة باتخاذ القرار الاداري، والا فيعد قرارها مخالف للقانون، اما الحالة الواقعية فهي امور مادية تدفع رجل الإدارة إلى اتخاذ القرار الاداري، إذ أن عدم وجود الواقعة ووجود واقعة لا ترتقي الي مستوى اتخاذ القرار او غلو الإدارة في قرارها ازاء الواقعة فهذه تؤدي لاعتلال القرار الاداري، ومن ثم فان احكام النظام العام تظهر في الحالة القانونية وتختفي في الامور الواقعية.(١)

رابعاً/ المحل: في القرار الاداري وهو مضمون وموضوع القرار الاداري، او الاثر المترتب على اتخاذه او الاثار التي تترتب في تغير المراكز القانونية، فالتغير في المراكز القانونية فإن حدد التشريع محلاً معيناً للقرار الاداري التزمت الإدارة به وباتت ضرورة لمشروعيته، (٢) اما إذا لم يحدد التشريع اثرا معيناً اصبحت الإدارة حرة في اتخاذه، إذ أن إي خرق يجعل القرار مخالف للنظام العام وعيب المحل من اهم العيوب التي تصيب القرار الاداري فصور هذ العيب متمثلة بالاتي:

١- **المخالفة المباشرة للقانون:** إذ تخالف الإدارة صريح القاعدة القانونية سواء مخالفة كلية او جزئية كمخالفة تشكيل وتكوين اللجان او الّية التصويت على قرار معين. (٣)

٢- **الخطأ في التفسير:** وفيه تجنح الإدارة إلى معنى بعيد لم يقصده القانون، كأن تكون القاعدة القانونية غامضة فتفسر تفسيراً خاطئا غير عمدي، او تكون القاعدة واضحة فتعمد الإدارة إلى تفسيرها تفسيراً مغايراً لما نص صريح عباراتها.

---

(١) حمدي القبيلات ، القانون الاداري، الجزء الثاني، القرارات الإدارية. العقود الإدارية. الاموال العامة الوظيفة العامة، دار وائل، عمان، ٢٠١٠، ص٦٣.

(٢) د. صلاح جبير البصيصي، النظرية العامة للقرارات الاداري السلبي، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة ٢٠١٧، ص٧٩. وكذلك د. ماهر صالح الجبوري، القانون الاداري، مطبعة جامعه بغداد ، الطبعة الاولى، 1989 ، ص١٥٩.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المصدر السابق، ص٣٣.

خامساً/ الغاية: في القرار الاداري وهو المسعى الذي تهدف اليه الإدارة، فالإدارة تسعى الى تحقيق المصلحة العامة، فإن حدد القانون للإدارة مصلحة معينة التزمت الإدارة بها وهي حالة تخصيص الاهداف، فإن لم يحدد مصلحة معينة فعليه التزام المصلحة العامة. (١)

اما حالات مخالفة النظام العام في عيب الغاية هي: **اولا/ مخالفة المصلحة العامة:** وفيها تقوم الإدارة بالخروج الصريح عن المصلحة العامة ومجانبتها كإساءة استخدام السلطة، لتحقيق غرض سياسي معين، كانتماء مصدر القرار الاداري لحزب معين، كمصدر سياسي يخالف المتعاقد مع الإدارة او بقصد الانتقام او بقصد النفع الشخصي وهذا يخل بمبدأ المساواة بين الافراد.

ثانياً/ مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف: في بعض الأحيان يسعى المشرع الى تحقيق هدف معين، فان جانبته الإدارة، اصبح قرارها معيب بعدم المشروعية حتى وان اصابت المصلحة العامة

ثالثاً/ الانحراف في استعمال الإجراءات: وهي حالة قيام الإدارة باتباع اجراءات غير الإجراءات التي نص عليها القانون للتخلص من شكليات معينة قد كان هدف الشكليات تحقيق المصلحة العامة وانحراف الإدارة عنها بجعل قرارها معيب بعيب الانحراف في السلطة. (٢)

ج. الرقابة المادية : وهي الوسائل المادية التي تقوم بها جهة التعاقد للتفتيش والمراقبة على الاعمال المادية للمتعاقد معها لمنعه من استغلال المرفق العام، وهذا دور الجهات الادارية التي بدورها تشكل لجان تفقد المواقع وحسابات المتعاقد في المصارف.

القيود التي تغل يد الادارة في الرقابة والتوجيه:

١. ان تهدف لاستعمال هذا الحق لتحقيق المصلحة العامة ، حتى يكون هدف الادارة هو تنظيم وتسيير المرفق العام ، وتلبية الخدمات العامة بأحسن وافضل وجه.

---

(١) د. صلاح جبير البصيصي، النظرية العامة للقرارات الاداري السلبي، المصدر السابق، ص٨٢.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المصدر السابق، ص٤٠.

٢. أن لا تصل سلطة الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد وموضوع العقد، إي عدم تغيير الطبيعة التي على اساسها تم العقد وارادة المتعاقد معها ، كما يتوجب عليها أن تستخدم الاساليب الضبطية في مواجهة المتعاقد ، كي لا تخلط بين سلطتها في التوجيه وبين حماية النظام العام في كل اجراءات الضبط الاداري[١].

٣. ان تلتزم جهة التعاقد بمبدأ حسن النية ، إي أن لا تقصد من ذلك أن تضر بالمتعاقد ، وان تقوم بصرف نفقات جديدة تناسب الاوامر الجديدة او التوجهات التي تزيد من اعباء المتعاقد.

الفرع الثاني

احكام النظام العام في حق الادارة في تعديل عقد الاشغال العامة

ان القوة الملزمة للعقد والتي تعد بحق قاعدة العقود المدنية ، إلا أن العقد الاداري يقوم على قاعدة عدم ثبات العقد الاداري، ومن ثم فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مذ اصابها تعديل حتى ظل عقد الاشغال، فأصبحت تدعى بقاعدة العقد شريعة المرفق العام ، فقد يكون بمجرد ابرام العقد أن هناك مجموعة من القواعد تكون واجبة الاتباع مثل الشروط العامة للعقود الادارية التي توضع قواعد تنظيمية لا يجوز لجهة التعاقد ولا المتعاقد الخروج عنها.

إلا أن مرونة العقد الاداري وقابليته للتعديل طبقا للمصلحة العامة[٢] ، ففي العراق اتاحت التشريعات لجهة التعاقد سلطة تعديل العقد، على ان لا تتجاوز الصلاحيات المخولة لها وفقا لقانون الموازنة الاتحادية ، وايضا لا يجوز ان تتجاوز التعديلات نسبة (٢٠%) من قيمة العقد حسب نص (١/٥٢) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨.

وفي فرنسا فهناك ثلاث اراء مخالفة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في المادة (١١٣٤) من المدني الفرنسي حول مؤيد ورافض وحل وسط للتعديل، وفي مصر فقد تواترت الاحكام القضائية

---

(١) د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، دار الثقافة للتوزيع والنشر ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص٣٥٥.

(٢) احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص١٩٥.

واتاحت الحق لسلطة الادارة في تعديل العقد الاداري وقد ايد العديد من الفقهاء المصريين سلطة الادارة في التعديل[١].

اما اثر مخالفة التعديل لإحكام النظام العام: فعلى الرغم من أن سلطة الادارة بتعديل عقد الاشغال من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على سلب هذا الحق من الادارة ، لأنها من خصوصية العقود الادارية التي تميزها عن العقود الخاصة[٢]، إلا أن هذا الحق يتصادم بالزام الضمان الاداري، اي وجوب التزام الادارة بالتعويض عن اي ضرر يتسبب به تعديل العقد على المتعاقد ، على الرغم من عدم وجود خطأ من جهة الادارة.

لذا فان الاثر المترتب على مخالفة فكرة النظام العام في تجاوز حدود التعديل يترتب عليه اثرين:

الاول: بطلان التعديل المخالف للنظام العام. والثاني فسخ العقد ككل في حالة تجاوز المخالفة حدود غير المسموح بها.

اولاً: بطلان التعديل المخالف للنظام العام، إن احكام النظام العام في حق الإدارة في تعديل عقد الأشغال محكومة بإتباع مبدأ المشروعية، إذ على الرغم من الاسس التي يقوم عليها حق الإدارة في التعديل من اساس السلطة العامة، أي قدرة سلطة الإدارة على الامر والنهي، إلا أن ارجحية الآراء الفقهية، تنبعث من اساس تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، إلا أن سلطة الإدارة في التعديل، ليست مطلقة، بل ترد عليها مجموعة من المحددات التي ترتبط بالنظام العام، على إن سلطة التعديل من النظام العام، إذ لا تستطيع جهة التعاقد أن تكون حرة في إتخاذ اي تعديل تراه مناسباً، بل هي مقيدة بمبدأ المشروعية، واي خروج على هذا المبدأ يعد خروجا على احكام النظام العام، ويجعل الامر باطلاً، وإجراءات التعديل تبطل وفقاً لذلك، لذا تناول الفقه مجموعة من المحددات.

---

(١) د. ثروت بدوي ، القانون الاداري ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص٧٢.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971 ، ص٤١.

١:إن سلطة التعديل ليست مطلقة، إذ لا تملك تعديل مجمل شروط العقد، فهي لا تستطيع أن تمس الشروط العقدية التي تتعلق بالمزايا المالية للمتعاقد، وان سلطة جهة التعاقد محددة بالشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام.

٢: إن من المحددات التي ترد على سلطة الإدارة في التعديل، هي أن يصدر التعديل موافقاً للقانون، اي مسايرته لمبدأ المشروعية وهذا يتطلب من الإجراء المتخذ بالتعديل أن يكون قانوني اي وفقا للإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون، وكذلك من اهم محددات النظام العام هي الاختصاص الذي يعد بحق بوصلة الإجراء المتخذ بالتعديل، فيجب أن يصدر التعديل من الجهة المختصة قانونا به، ويقع باطلا كل منَ يخالف ذلك.

٣: ان سلطة الإدارة في التعديل، ترتبط بقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير، وهي من القواعد الضابطة التي تتيح لجهة التعاقد تعديل العقد وفقاً للمصلحة العامة، وضرورات تسيير المرفق العام، إلا أن هذه السلطة الممنوحة لجهة التعاقد ليست مطلقة، بل يجب أن تكون هناك امور قد استجدت واضطرب بموجبها مسار تنفيذ العقد، وهنا لابد من أن تتدخل جهة التعاقد، لتعديل العقد ليوائم تلك الظروف، لكي لا يعطل المنفعة المرجوة من التعاقد، وكذلك لابد من مراعاة الشروط والإجراءات التي ترد في القوانين والأنظمة، لكي يتم التعديل سليماً. [١]

٤: يجب أن يراعي التعديل الاوضاع الأساسية للعقد والمتعاقد، أي يجب أن لا يخرج التعديل عن الموضوع الاساس للعقد فيتحول لعقد جديد، وكذلك أن يراعي مقدرة المتعاقد المالية والفنية، إذ تفوق التعديلات الجديدة مقدرة المتعاقد الفنية والمالية، إذ لا يقبل المتعاقد به ابتداءً لو كان بالشكل الجديد.

إن من مقتضيات العقود عموماً تنفيذ الشروط العقدية المتفق عليها في العقد، وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والزام الطرفين (المتعاقدين) تنفيذ التزاماتهم كافة، إلا أن المشرع بموجب القوانين او القرارات التنظيمية (الانظمة واللوائح) قد منح لجهة التعاقد حق تعديل العقد

(١) حسام محسن عبد العزيز، سلطة الادارة الجزائية في فرض الغرامة التاخيرية في العقد الاداري وضماناتها، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٨، ص٧٨.

بموجب شروط معينة لان حق الادارة في التعديل يقوم اساساً بارتباطه مع مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ونظرية المرفق العام تقوم على مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل وضمان الادارة بضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد ، لذا فمن الواجب أن يكون الدافع لتعديل العقد، هو ضمان توفير احتياجات المرفق العام والا، فأي تجاوز على هذه الحدود يرتب حالة تجاوز السلطة، وعلى سلطة الادارة أن تعدل عقد الاشغال وفقاً لمبادئ المشروعية والا جنح اجرائها باطلاً لمخالفة المشروعية.

وان حق وسلطة جهة التعاقد في مواجهة المتعاقد يتعلق باستمرار تنفيذ العقد حتى في حالة تغيير في الاوضاع بعد نفاذ العقد ، إلا أن ذلك لا يعني اجبار المتعاقد على اتمام تنفيذ التعديل في حالة تجاوز التعديل للإمكانيات المالية والفنية للمتعاقد، وتجاوز الشروط العقدية بزيادة الاعباء على المتعاقد ، وهذا يؤدي بدوره الى قلب اقتصاديات العقد راساً على عقب ، إذ يصبح المتعاقد وكانه امام عرض جديد، وهي تعد بحق زيادة تؤدي الى ارهاقه ، وقد اعطي للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد ويطالب بالتعويض الذي لحقه جراء ذلك ، وفي ذلك تذهب محكمة القضاء الاداري في مصر الى ابعد من ذلك بل تعطي للمتعاقد الحق في الامتناع عن التنفيذ بالإضافة الى طلب الفسخ.[١]

الفرع الثالث

ضوابط النظام العام في سلطة الادارة في ايقاع الجزاءات على المتعاقد

تختلف العقود الادارية عن قرينتها في القانون الخاص، إذ لا تقوم على مبدأ المساواة بين المتعاقدين ، فمبدأ المساواة في العقود المدنية يتحول في عقد الاشغال العامة الى مبدأ مخالف تماماً إذ يكون عدم المساواة بين المتعاقدين، هذا الامر الذي تكون عليه المراكز القانونية في العقد الاداري يمكن تبريرها، لان جهة التعاقد تسعى الى تحقيق المصلحة العامة بغض النظر عن الربح الذي يسعى اليه المتعاقد معها، ذلك لارتباط اعمالها بالمرفق العام ، وهدفها من ذلك

(١) قرار محكمة القضاء الاداري المصري في ٣٠ يونيه ١٩٥٧ القضية رقم ٩٨٣ س١١ق.

تنظيم سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذه الاحكام التي نصت عليها التشريعات والانظمة والشروط الخاصة للعقود الادارية هي قواعد الزامية ومن النظام العام لا يجوز اسقاطها بالاتفاق مع المتعاقد او باتفاق المتعاقد مع جهة الادارة[١]، وان من الشروط غير المألوفة التي يتميز بها عقد الاشغال والتي تجعل منه عقداً ادارياً، هي وجود اجراءات قاسية وغير مألوفة في ظل قواعد القانون الخاص، لذا نجد إن المشرع قد اوجد نظاماً خاصاً للجزاءات التي تستطيع جهة التعاقد فرضها على المتعاقد معها لضمان حسن سير تنفيذ العقد (عقد الاشغال) فيما لو تخلف عن تنفيذ الالتزامات التي نصت عليها الشروط الخاصة والعامة للعقد.

وهذه الشروط غير المألوفة التي تميز عقد الاشغال لا يجوز التنازل عنها في العقد ويقع باطل كل اتفاق بغير ذلك، وهي الضابطة في تطبيق تلك الجزاءات، وكذلك تناول عملية الاستعانة بجزاءات عامة بدل الجزاءات الخاصة بالعقد.

اما الاحكام الضابطة لتطبيق الجزاءات العقدية : بادر الفقه الى تحليل سلطة الادارة في توقيع الجزاءات معها واعطاء اساس قانوني لهذه السلطة الخطرة التي تمتلكها جهة التعاقد ، إذ تملك جهة التعاقد حق اتخاذ اي جزاء من دون اللجوء الى القضاء، لذا سنتناول الضابط القانوني لتطبيق الجزاءات وحالة ضوابط استعمال سلطة فرض الجزاءات.

أولاً : الضابط القانوني لتطبيق الجزاءات : إن السلطة التي يمنحها القانون لجهة التعاقد هي سلطة قاسية ولا تتناسب مع الحرية التعاقدية وهي ضمن سلطة الادارة التي تملكها بموجب الشروط غير المألوفة التي ينماز بها عقد الاشغال باعتباره من العقود الادارية، إذ تملك سلطة فرض الجزاءات من دون اللجوء الى جهات القضاء لذا تنوعت الاسس التي تقوم عليها هذه السلطة فمنهم من يرجعها الى الحرية العقدية اي الاتفاق المبرم بين الطرفين واخرون، يذهب الى بوصفها امتياز من السلطة العامة والراي الراجح يرى إنها من امتيازات المرفق العام.

١. ضابط الشروط العقدية (الارادة المشتركة للطرفين): إن اساس فرض الجزاءات من قبل الادارة ما هو إلا تطبيقاً للحرية التعاقدية التي ابرمت العقد على اساس إن لكل من الاطراف الحق في أن يضمنوا العقد الشروط التي يريدها ، وان جهة التعاقد من حقها ولأسباب راجعة

(١) د. عثمان خليل ، القانون الاداري ، الادارة وتنظيمها ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص٢١.

لإدارة المرافق العام، الحق في أن تضع ما تشاء من شروط ومنها حقها في فرض الجزاءات ، وبمجرد قبول المتعاقد معها ، فهي تعدّ تعبيراً عن الارادة العقدية للطرفين ، إلا أن هذا الاتجاه لا يصمد امام فرض تلك الجزاءات سواء نص عليها في العقد ام لم ينص على اعتبار إنها ميزة من ميزات السلطة العامة.

٢. ضابط السلطة العامة: بعد الانتقادات التي وجهت الى الضابط الاول ظهر ضابط السلطة العامة الذي يرى بإن الجزاءات الادارية ما هي إلا ترجمة لسلطة الادارة وامتيازاتها في التنفيذ المباشر، والذي تكمن به فكرة السلطة العامة، لارتباط السلطة العامة بالعقد الاداري ، على وصف أن جهة التعاقد لها الحق في فرض الجزاء وهذا جزء من سلطتها الناهية الآمرة التي نملكها تجاه الافراد.

٣. ضابط المرفق العام: إن معيار السلطة العامة الذي هجر، بسبب ظهور معيار المرفق العام فبالإمكان استبعاده على اعتبار عدم تعلقه بالمجال التعاقدي، لأنه من وسائل السلطة العامة ، إذ تستطيع الادارة اللجوء الى وسائلها من عناصر الاجبار من دون حاجة الى اللجوء الى الاسلوب التعاقدي ، لذا فإن الضابط المتعلق بالسلطة العامة في فرض الجزاءات على المتعاقدين مدحوض، والضابط الاكثر ملائمة هو معيار المرفق العام ، والذي يُجمع بين الشروط الاستثنائية التي تملكها جهة التعاقد وبين واجبها في تسيير وانتظام المرافق العامة[١].

إذ تتمثل ضوابط النظام العام في رقابة مدى مشروعية اعمال الادارة ، إي مراقبة مبدأ المشروعية ، ومدى مشروعية الجزاءات الادارية التي تقوم بها جهة الادارة وتتمثل في مراعاتها للآتي :

١. الاجراءات الشكلية : يشترط أن تراعي جهة التعاقد كافة الاجراءات والشروط التي نص عليها القانون ، فيجب أن يصدر الاجراء وفقاً للإجراءات القانونية ، مراعياً في ذلك الشكل الخارجي للإجراءات من وجوب الكتابة وتذييله بتوقيع المخول ، وكذلك بتعريف السلطة الادارية

(١) د. جمال عثمان جبريل وابراهيم محمد علي ، العقود الادارية واثار العقد الاداري ، جامعة المنوفية، كلية الحقوق ، مصر ، ٢٠٠٢ ، ص١٢٧.

العليا، وان يراعي الاجراء الاعذار او الانذار فيما لو اشترط القانون لزوم أن يصدر اعذار للمتعاقد قبل فرض اي اجراء اداري.

٢. قواعد الاختصاص : يتطلب أن تراعي جهة التعاقد قواعد الاختصاص وهي بصدد اجرائها لجزاءاتها الادارية ، إي لزوم أن تكون كل الاجراءات، وفقاً لقواعد الاختصاص التي يضعها القانون لجهة التعاقد ، وان يصدر الاجراء من الجهة المختصة قانوناً ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية الجزاء المتعلق بإسقاط الالتزام الصادر من المحافظ ، لان وقت الشروع قد اعطى ذلك الاختصاص لمجلس الاقليم(١).

٣. انحراف السلطة : إن ارتباط جهة التعاقد بضرورة تحقيق السير المنتظم للمرافق العامة يجعل منها اداة لتحقيق الخدمات العامة للجمهور من دون النظر الى المصلحة الذاتية التي يحققها المشروع المزمع تنفيذه ، فيتوجب على جهة التعاقد أن تحقق المصلحة العامة بغض النظر عن الفائدة الذاتية المتحصلة من المشروع ، فلو تراءى إن هدف جهة التعاقد هو السعي للحصول على مصلحة شخصية ذاتية لرجل الادارة فتوصم حينئذ اجراءاتها بعدم المشروعية.

وقد قضى مجلس الدولة بعدم مشروعية اجراء الادارة بوضع المشروع تحت الحراسة بهدف أن تستغل الادارة الفترة التي تؤول اليها الادارة المباشرة للمرفق لكي ترفع مرتبات العاملين التابعين لها(٢).

ويجب أن يكون الجزاء الاداري الذي تتخذه الادارة مطابقاً لقواعد القانون والشروط العامة والخاصة للعقد ، ويجب أن تستند حجية التعاقد على معطيات ثابتة من خطأ المتعاقد او ارتكابه تراخي في تنفيذ العقد ، ويجب ان يتلائم الاجراء المتخذ مع الخطأ الذي صدر من المتعاقد.

اما انواع الجزاءات الإدارية: فلجهة التعاقد وفقاً للشروط الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة فرض انواع مختلفة من الجزاءات، وقد يكون القصد منها دفع المتعاقد إلى حسن تنفيذ التزامه، كالغرامات التأخيرية، الغرامات التهديدية، والتعويض، والجزاء الضاغط، كسحب العمل وتنفيذه

(1) T.A.de paris. 23. December 1959 , saciere-1 de et avisse menrs fer ver R. P. 859.

(2) C.E.2g October 1926, ville de saint – Etienne R. P. 911.

بواسطه لجنة اسراع، و الجزاءات التي تنهي العقد الإداري جزاء لإخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه وهي الجزاءات الفاسخة، لذا سنتناول هذه الانواع بإيجاز:

إذ سنتناول في الجزاءات المالية١- التعويضات ٢-الغرامات ٣-مصادره التأمين، اما في الجزاءات الضاغطة سنتناول سحب العمل وفي الجزاءات الفاسخة سنتناول فسخ العقد، واخيرا سنتناول الجزاءات الجنائية:

الجزاءات المالية: تعرف بإنها مبالغ نقدية يحق للإدارة استيفائها من المتعاقد جراء لإخلاله بالتزاماته العقدية. [١] وان للجزاءات المالية اهمية كبيرة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة عموماً، من خلال الزام المتعاقد مع الادارة بحسن تنفيذ التزامه بأفضل طريقة تحققاً للنفع العام، كونها تحافظ على حسن تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، لان تباطأ المتعاقد في تنفيذ عقد الأشغال، يؤدي إلى تأخير تنفيذ البرنامج الحكومة التنموي، ويكون من اهم الوسائل التي تدفع المتعاقد، للوفاء بتعهده، بالدقة المتناهية المتفق عليها. [٢]

اولا/ الغرامات التأخيرية : نقصد بها المبالغ النقدية التي تفرضها جهة التعاقد، على المتعاقد معها، جراء تأخره وتراخيه في تنفيذ التزامه العقدي، وتكون محددة سلفا في عقد الاشغال، ومقدار تلك الغرامة من النظام العام التي لا يجوز لجهة التعاقد أن تزيد عن الحد الأقصى الذي نصت عليها الشروط العامة او الخاصة.

وسلطة الادارة في فرض الغرامات التاخيرية ثابت، لارتباطها بالتزام الادارة بتسيير المرفق العام، الذي يقوم على مبدأ دوام استمرار المرفق العام ، ولا تلزم جهة التعاقد بإثبات الضرر الذي اصابها جراء التأخير، بل فقط التراخي في التنفيذ مع الزام الادارة بإنذار المتعاقد معها بضرورة تنفيذ التزامه سبباً كافياً لفرض تلك العقوبة عليه.

وان الغرامات التاخيرية تمثل احدى الجزاءات الادارية في عقد الاشغال العامة والذي تلجأ اليه الادارة بهدف الضغط على المتعاقد لكي ينجز الاعمال المتفق عليها في المدّة المحددة في

---

(١) د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص١١٦ .

(٢) د. عبد الرحمن العلام، موقف القضاء المدني ازاء العقود الادارية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع٣، س١، مطبعك التضامن، بغداد، ١٩٦٢، ص٢٢.

العقد لارتباط سلطتها بالمرفق العام والذي يلزم جهة التعاقد بضرورة تسييره بالشكل المنتظم ، وهي في سبيل ذلك تتخذ كل الوسائل لدفع المتعاقد معها لكي ينفذ الزامه[١].

ثانياً: مصادرة التأمينات: لضمان جدية المتعاقد مع الادارة، تفرض التشريعات، بعض التأمينات التي يقدمها المتعاقد، لجهة التعاقد، وهي مبالغ نقدية يلزم المتعاقد قبل ابرام عقد الأشغال في التأمينات المؤقتة، وبعد الإحالة في التأمينات النهائية، إذ يلزم المتعاقد بدفعها لجهة التعاقد لضمان جديته في التعاقد، ولتلافي الاضرار التي يخلفها، فتستطيع حينها جهة التعاقد أن تستولي على تلك التأمينات، وهي على نوعين تأمينات مؤقتة، وتأمينات نهائية، وهي ايضاً مبالغ نقدية يلزم المتعاقد بدفعها بعد إحالة عقد الاشغال علية ليضمن بها حسن تنفيذ العقد.

اما التأمينات المؤقتة، فهي مبالغ نقدية يدفعها المتعاقد لضمان بقاء عطائه خلال فترة المناقصة، الى لحظة الإحالة، ويستبدل بالتأمينات النهائية، بعد الاحالة فتقوم جهة التعاقد بمصادرة تلك التأمينات فيما لو قام بسحب عطاءه قبل رسو المناقصة ، واشارت ضوابط رقم (٣) الصادرة عن وزارة التخطيط الى استبعاد العطاء الذي لم ترفق معها التأمينات الأولية (كاملة) بموجب وثائق المناقصة. [٢] وتعد التأمينات الاولية من الوثائق الحاكمة التي يشترط توافرها في العطاء وهي مبالغ مالية تحدد برقم و بنسبة محددة من قيمة العطاء في المناقصة، اومن قيمة الكلفة التخمينية للمناقصة واشارة تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ بأن العطاءات الفنية تفتح اولاً وان التأمينات الاولية من الشروط الجوهرية في العطاء الذي يتم رفض العطاء إذا لم يكن فيه تأمين اولياً، وتتعدد صور التأمينات الاولية، فقد تكون بصورة خطاب ضمان او صورة نقدية او صك صادر من البنك او مصدق عليه من البنك المسحوب عليه او صورة سفتجة، وتصادر التأمينات الاولية في حالة نكول المتعاقد عن توقيع العقد بعد

---

(١) حسام محسن عبد العزيز ، سلطة الادارة الجزائية في فرض الغرامات التاخيرية في العقد الاداري وضماناتها، دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص٩.

(٢) البند(ثانيا/أ) من الضوابط رقم(٣) (مهام لجنة فتح وتحليل العطاءات) الصادرة عن وزارة التخطيط في ٢٠١٤/٧/١٠ .

التبليغ بكتاب الاحالة بعد انذاره رسمياً خلال (١٥) يوم من تاريخ انذاره ان لم يكن له عذر مشروع[١] .

ثالثاً: التعويض: يعرف بإنه (جبر لأضرار اصابت الإدارة جراء مخالفة المتعاقد التزاماته العقدية وعلى ذلك يكون التعويض لمواجهة اضرار لحقت بالإدارة، ويقدر بقدر هذه الاضرار والناتجة بطبيعة الحال عن خطأ المتعاقد مع الإدارة). [٢]

إي أنها مقدار المبالغ التي يجوز للإدارة أن تطلبها من المتعاقد جراء اخلاله بواجباته العقدية وحالة سكوت الشروط العامة والخاصة للعقد عن ذكر جزاء اخر لهذا الاخلال، وهدفها الاساس رأب الصدع الذي سببه المتعاقد، وقد اشار القانون المدني العراقي في المادة (١٦٨)على أن التعويض هو (مبلغ من المال يحكم به على المدين في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته، وذلك لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الاخر المتضرر، وكذلك الحكم في حالة تأخره عن التنفيذ) [٣]

وايضا المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري التي نصت (يقدر القاضي مدّة التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لإحكام المادتين (٢٢١_٢٢٢)، إذ نصت المادة (٢٢١) على انه (اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فات من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام او لتأخير بالوفاء به...) [٤]

إذ يعد من الجزاءات الإدارية غير المقدرة قانونياً، التي منحها القانون لجهة الإدارة انسجاماً مع سلطتها في التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها بشرط ان لا تتعسف وان تقدر التعويض وفقاً لما أصابها من ضرر. [٥]

---

(١) المادة (٩ اولا/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
(٢) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٢٣٩.
(٣) المادة (١٦٨) القانون المدني العراقي النافذ.
(٤)المادة(١٧٠) من القانون المدني المصري النافذ.
(٥) د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص ١١٧.

وقد نصت المادة (١٠/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على انه(في حالة اخلال المجهز للسلع والخدمات او الاستشاري بالتزاماته التعاقدية فعلى جهة التعاقد انذاره رسمياً، وعند عدم الاستجابة فيتم تنفيذ الالتزامات المخل بها على حسابه، وذلك وفق للأساليب المنصوص عليها في المادة(٣) من هذه التعليمات عند توفر الشروط الخاصة بها، ويتحمل المتعاقد المخل دفع تعويض عن الاضرار التي لحقت بجهة التعاقد بسبب هذا الاخلال بعد انتهاء تنفيذ العقد).[١]

إن للتعويض دور اقل في اطار العقود الإدارية مما عليه في العقود المدنية، لان العقود الإدارية لا تستهدف المتعاقدين فقط كما هو الحال العقود المدنية، ومن ثم فتعويضها في العقود المدنية يكون عادلا نوع ما، لحصر طرفي العلاقة العقدية، بخلاف العقد الإداري الذي لا يقتصر على طرفي العلاقة العقدية باعتبار أن جهة الإدارة تستهدف في تنفيذها للعقد الاداري تحقيق الخدمات العامة للمنتفعين بالمرفق العام، وفي حال اخلال المتعاقد بالتزامه فإن الضرر الذي يلحق لا يكون عادلاً مهما كان دقيقاً لصعوبة حصر المنتفعين بالمرفق العام ومعرفة الاضرار التي لحقت بهم. [٢] وان التعويض يحدد للمسؤولية العقدية التي توجب بوجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق نص على انه (إن الحكم صحيح و موافق للقانون وذلك لان محافظة ذي قار قد سحبت العمل من الشركة المنفذة واحيلت الى شركه انوار الياسر وشريكه الاخر، عليه فان طلب المميز بدفع استحقاقاته لا سند لها من القانون لعدم انتهاء مدّة الصيانة واحتساب المبالغ المدفوعة اليه من قبل المهندس طبقاً لإحكام المادة (٦٥/ ثالثا) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة بقسميها الاول والثاني، وعليه قررت تصديق الحكم

---

(١) المادة (١٠/رابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنه ٢٠١٤.

(٢) عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٨١.

و رد العريضة التمييزية وتحميل المميز الرسم التمييزي و صدر القرار بالاتفاق في ١٧ شعبان ١٤٣٧ الموافق ٢٤/ ٥ /٢٠١٦،)[١]

الجزاءات الضاغطة: هي وسائل تستعين بها جهة التعاقد لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه، ومن اهم تلك الوسائل: **سحب العمل:** جزاء ضاغط مؤقت توقعه الادارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية فتحل محل المقاول في تنفيذ العقد او توكيل هذا التنفيذ الى الغير على حساب و مسؤولية المقاول.[٢] ونصت المادة (٩/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢)لسنة ٢٠١٤ على انه(أ_اذا اخل المقاول في المراحل النهائية لتنفيذ العقد فالجهة التعاقد تشكيل لجنة اسراع لتنفيذ الاعمال المتبقية على حساب المقاول... ج، اصدار قرار بسحب العمل من المقاول عند اخلاله ببنود العقد وتنفيذ الاعمال المخل بها على حسابه عن طريق مقاول اخر...)[٣].

ويعد سحب العمل من الشروط غير المألوفة، إذ أن من خصائص سحب العمل انه جزاء عقدي، اداري، ضاغط، مؤقت، لان الإدارة تملك فرضه لما لها من سلطات في نطاق العقد الإداري، ويتعلق قرار سحب العمل بالنظام العام، باعتباره ضرورياً لإتمام تنفيذ العقد، لارتباطه بالسير المنتظم للمرفق العام، لأن وجودة بقوة القانون، من غير داع لوجوده ضمن الشروط العقدية الخاصة، لذا فلا يجوز الاتفاق على التنازل عنه او غل يد جهة التعاقد في استعماله، ويعد باطلاً كل شرط يقضي باستبعاد وجود سحب العمل، بوصفه من الشروط غير المألوفة لجهة التعاقد، لأنه سلطة مستقلة عن نصوص العقد.[٤]

---

(١) قرار المحكمة ذي العدد ٧/ ب/ عقود /٢٠١٦ التاريخ ٣١/ ٣/ ٢٠١٦ غير منشور، ذي العدد ١,٣٦١ الهيئة الاستئنافية منقول ٢٠١٦ تسلسل ١٢٨١.

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين ، القاضي الاداري و تطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفق احكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ الكتاب الثاني امتيازات وسلطات الادارة في العقد الاداري، دار ابو المجد للطباعة ، القاهرة، ٢٠١٠ ، ص٦٦٨.

(٣) المادة (٩/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤) د. محمد سعيد حسين امين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، الايمان للطباعة، مصر، ٢٠٠٨ ، ص١٧١.

واشارت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الملغي التي اباحت لجهة التعاقد سحب العمل من المقاول في حالات معينة واشترطت شروط محددة، باستناد ان سحب العمل من النظام العام، ارتباطاً بالمادة (١٣٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي، إلا أن جزاء البطلان لا يصيب العقد ككل، بل يبطل الشرط المخالف للنظام العام، ويبقى العقد ساري المفعول استنادا لنظرية **انتقاص العقد**، التي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (١٣٩) منه التي نصت (إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحدة يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقداً مستقلاً، إلا أذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً).وكذلك المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري التي اشارت الى نفس المفهوم الذي جاء به القانون المدني العراقي، وتسطيع جهة التعاقد أن تفرضه من تلقاء نفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، لأنه من امتيازات التنفيذ المباشر لسلطة الادارة، الذي يعرف بقدرتها بتنفيذ قراراتها مباشرة من دون اللجوء إلى القضاء.[١] ويوصف قرار سحب العمل بانه وسيلة ضاغطة، التي يراد من خلاله إرغام المتعاقد بضرورة امتثاله لإحكام القانون، إلا أن هذه السلطة ليس وسيلة اجبارية على جهة التعاقد.[٢] وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية نص على انه (لثبوت اخلال المدعي بالتزاماته التعاقدية من فالجهة المدعى عليه اضافة لوظيفته بسحب العمل منه وفقاً للصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة ٦٥ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية..).[٣]

ويعد جزاء ضاغط إذ لا يعد ذا طبيعة مالية او عقاباً فاسخاً، بل يوصف بأنه إجراء قاهراً لدفع المتعاقد على تنفيذ التزامه، والسؤال الذي يطرح هل يوجب سحب العمل كلياً، وهل إن الإدارة ملزمة باتباعه؟

وفي قرار لمحكمة التميز الاتحادية اشارت الى إن سحب العمل من المقاول المدعي ووضع اليد عليه لا يشكل فسخ للمقاولة وانما يبقى العقد نافذ لحين انجاز العمل بصورة كاملة وانتهاء

---

(١) د. ثروت بدوي، القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤،ص٥٦.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص١٣٣.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٥٦٦ الهيئة الاستئنافية منقول ٢٠١٥ ت١٥٠٨،بتاريخ ١٨/ ٥/ ٢٠١٥، في الدعوى المرقمة ٣٣ عقود ٢٠١٤ بتاريخ ٢٨/ ٩/ ٢٠١٤،غير منشور.

مدّة الصيانة واصدار شهادة القبول النهائية استناداً لإحكام المادتين (٦٤/١و٦٥) من الشروط العامة لمقاولات واعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني.[١]

إن محكمة تمييز العراق، حسناً فعلت انسجاما مع القواعد العامة، ومع القوانين والتعليمات، بإن سحب العمل، ليست جزاءا فاسخاً للعقد، بل هو جزاء ضاغط، لتهاون المقاول في تنفيذ التزامه، ويوصف سحب العمل بجواز سحبه من قبل جهة الإدارة، لأنه ضمان للتنفيذ العيني للعقد ووسيلة ضاغطة وان انتفت الحاجة من السحب فيجوز لها الغاء قرار السحب وغير ذلك قررت محكمة التمييز العراقية الاتحادية على انه (بعد التلكؤ في تنفيذ أعمال المقاولة وان المدعي عليه بعد أن وجه له عدّة انذارات اصدر قرار بسحب العمل، إلا أن المدعي قدم طلب الى المدعي عليه بين فيه استعداده لتنفيذ التزامه وفق العقد وفي خلال ثلاثين يوم اصدر امر اداري اخر بإلغاء امر السحب المشار اليه).[٢]

وفي ضل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤ فقد نصت المادة (خامساً/ اولا)على انه (تخول اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة صلاحية البت في طلب الغاء قرار. سحب العمل وفقا لما يأتي الى ان يقدم المتعاقد طلب خلال ثلاثون يوم الى رئيس التشكيل الاداري مع تعهده بإنجاز ما تبقى خلال مدّة محددة ومعزز بجدول تقدم عمل تفصيلي مصادق عليه، من الجهة الفنية ومراعاة خطاب الضمان الخاص بحسن التنفيذ تبت اللجنة بمدّة لا تزيد على ثلاثون يوم مع استمرار استقطاع الغرامات التأخيرية).

ويجوز أن يكون سحب العمل كلي، إلا أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم تتطرق الى السحب الجزئي، إلا أن المادة(٤٠/ ثالثا) يعد دليلا على جواز السحب الجزئي، آما ما يتعلق بشروط قرار سحب العمل فهي:

اولا/ الخطأ الجسيم: يعرف بإنه اخلال بالتزام عقدي ويجب أن يكون هذا الخطأ على درجة معينة من الجسامة لا مجرد خطأ بسيط وقد نصت المادة(٦٥/ ١) من الشروط العامة لمقاولات

---

(١) قرارها المرقم ٣٣/الهيئة الاستثمارية /٢٠١٦ في ٢٢ /شوال الموافق ٢٧ /٧ /٢٠١٦ غير منشور.

(٢) قرار محكمه تمييز العراق الاتحادية رقم ٤١١ في ٦/٥/٢٠٠٨ منشور في المجموعة المدنية في قضاء محكمة التميز الاتحادية لسنوات ٢٠٠٦. ٢٠٠٧.٢٠٠٨ اعداد علاء صبري التميمي ، ص ٣٥٥.

الهندسة المدنية على ما يأتي (لصاحب العمل بعد اعطاء المقاول انذاراً او اشعاراً تحريراً لمدّة أربعة عشر يوماً أن يسحب العمل ويضع اليد على الموقع ويخرج المقاول منها في اي من الحالات التالية دون الرجوع إلى المحكمة. ا. إذا افلس المقاول او اشهر اعساره ب. إذا تقدم المقاول بطلب لإشهار افلاسه او اعساره...) [١]

ونصت المادة(٢٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغي على انه(يجوز للجهة الادارية فسخ العقد او تنفيذه على حساب المتعاقد ، اذا اخل باي شرط من شروطه، ويكون الفسخ او التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة...) [٢]

ونصت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغاة على (اذا اخل المقاول باي شرط من شروط العقد.. ولم يصلح اثر ذلك خلال خمسة عشر يوما.. الحق في اتخاذ... ب. سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه..) [٣]

اما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، فعالج الامر بشكل جديد إذ نصت المادة (١٠) فقرة اولا(يعد المناقص الفائز ناكلا عند تحقق الحالات الاتية:١-امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة و بعد انذاره رسميا بتوقيع العقد خلال ١٥ خمسة عشر يوما من تاريخ انذاره ومن دون عذر مشروع ٢-عند تقديمه لبيانات غير حقيقية و بطرق غير مشروعة و مخالفة لشروط المناقصة.٣-عدم تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ)

ثانيا/الانذار: قبل اصدار قرار بسحب العمل يوجب توجيه انذار للمقاول، اي تنبيه الى انه متأخر في تنفيذ العمل ويشترط بالانذار ان يكون مكتوبا، كما اشارت المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤ على انه يتم توجيه انذار رسمي لضرورة اخلاله بالأعمال.[٤]

---

(١)المادة (٦٥ / ١) من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية العراقية.

(٢) المادة(٢٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغي.

(٣) المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغي.

(٤) المادة ١٠ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤.

وفي قرار لمجلس الدولة الفرنسي، الذي عد قرار سحب العمل إجراء بيد الإدارة، انسجاماً مع سلطتها على العقد الاداري الذي يتيح لها امتياز التنفيذ المباشر للعقد، الذي يأتي انسجاماً مع واجبها في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد.[١]

لم يشترط المشرع العراقي شكلية معينة للإنذار بل اجازت أن يكون بطلب كتابي وفي هذا المعنى اشارت المادة (٢٥٧) من القانون المدني العراقي، وقد اشترطت بعض التشريعات أن يتضمن الاعذار المخالفات المنسوبة إلى المقاول والاعمال الواجب عليه أكمالها ومن ذلك نص المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغاة، وفي التشريع العراقي فلم نرى لها وجود، أن يتضمن الانذار إي بيانات او ذكر المخالفة المنسوبة الى المقاول، ويتم تبليغ الانذار في العراق وفق ما نصت المادة (٤٧) من قانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنه ١٩٩٨ (تجري التبليغات القانونية التي تتطلبها اعمال الكتاب العدول وفق احكام قانون المرافعات المدنية).[٢]

وقد نصت المادة (العاشرة /ثانيا /ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤ على (يتم توجيه انذار رسمي للمقاول المخل بضرورة إكمال الأعمال وحسب منهاج تقدم العمل المتفق عليه وخلال (١٥) يوم من تاريخ تبلغه بالإنذار)،[٣] إلا أن هناك اختلاف في مدّة الانذار بين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، والشروط العامة للمقاولات، التي اشارت مادتها (الخامسة والستون فقرة ١) إلى أربعة عشر يوم. وتحسب المدد وفق المادة (٢٥)من قانون المرافعات المدنية في الفقرة الأولى منه التي نصت(تحسب المدد المحددة بالشهور من يوم ابتدائها إلى اليوم الذي يقابله من الشهور التالية، ولا يدخل اليوم والساعة اللذان يكونان مبدأ للمدّة في حسابها، اما اليوم والساعة اللذان تنتهي بهما المدّة فيدخلان في حسابها). [٤]

ولنا ان نتسائل هل يعد الإنذار من النظام العام، ويكون شرطاً لسحب العمل؟

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع رقم ٦٢٦في ٢٩/٦/١٩٨٧ نقلا عن د. ايمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، ٢٠٠٥، ص٣٣٢.

(٢) المادة ٤٧ من قانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ العراقي النافذ.

(٣) المادة (العاشرة /ثانيا /ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤.

(٤)المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

اقرت محكمة التمييز مبدأ مخالفة الشروط العامة للمقاولات، في حالة عدم مخالفتها لإحكام النظام العام، واشارت الى الإعفاء من الإنذار، في حالة نص العقد على ذلك اعتماداً على الحرية العقدية، إذ نصت(... وحيث إن عقد المقاولة تضمن في البند الخامس الفقرتين الأولى والثانية سحب العمل في حالة تلكأ المدعي عليه في الإنجاز او المباشرة ويتم اكمال العمل على حساب المقاول دون حاجة الى توجيه انذار رسمي او مراجعة المحكمة المختصة..). [١]

يتضح إن احكام الإنذار ليست من النظام العام، وقد اشارت الى ذلك عدد من النصوص القانونية، منها المادة (٢٥٨)من القانون المدني العراقي التي نصت (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الاتية :ا. اذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينياً غير ممكن بفعل المدين وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين..) [٢] وكذلك نص المادة (٢٢٠)من القانون المدني المصري التي نصت (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الاتية :ا. اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجدي بفعل المدين..).

وكذلك ما أشارت اليه المادة الثانية عشرة من التعليمات وزارة التخطيط الموجهة إلى مقدمي العطاءات، التي نصت (.. اذا امتنع المقاول عن ذلك فلصاحب العمل الاحتفاظ بالتأمينات الأولية وتنفيذ العمل على حساب المقاول وفقاً لأحكام المقاولة وذلك بدون حاجة إلى إنذار او اتخاذ اي اجراء قانوني اخر). ويذكر الدكتور سليمان الطماوي جواز إعفاء جهة التعاقد من الإنذار في حالات الحروب والكوارث الطبيعية. [٣]

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٢ شوال ١٤٣٧ الموافق ٢٧/ ٧ /٢٠١٦ ، التي نصت على انه (اثناء تنفيذ العقد تحقق سلف بذمة المدعى عليه واعتذر المدعى عليه لعدم وجود السيولة المالية وادى ذلك الى توقف العمل نتيجة عدم صرف المبالغ التي بذمة المدعي عليه ،وقد اقام المدعى عليه بإنذار المدعي بسحب العمل ولم يجري عن طريق الكاتب العدل

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣٥٨/الهيئة المدنية /منقول /٢٠١٠في ٣٠/٥/٢٠١٠ غير منشور.

(٢) المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٤٨٥.

وقام المدعى عليه بسحب العمل مع عدم توافر شروط المادة (٦٥)من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية وحيث ان عجز المدعي عليه اعساره ماليا ... لذا قررت محكمة التمييز...ان سحب العمل من المقاول ووضع اليد عليه لا يشمل فسخ للمقاولة وانما يبقى العقد نافذاً لحين انجاز العمل بصورة كاملة و انتهاء مدة الصيانة و اصدار شهادة القبول النهائي استنادا لإحكام المادتين(٦٤ /١ و ٦٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني، لذا فان طلب المميز بإنهاء عقد المقاولة المحال عليه بموجب قرار الاحالة لا سند له من القانون وهذا ما انتهى اليه الحكم المميز). [١]

ونصت المادة(٩/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢)لسنة ٢٠١٤ على انه (أ_ اذا اخل المقاول في المراحل النهائية لتنفيذ العقد فالجهة التعاقد تشكيل لجنة اسراع لتنفيذ الاعمال المتبقية على حساب المقاول... ج، اصدار قرار بسحب العمل من المقاول عند اخلاله ببنود العقد وتنفيذ الاعمال المخل بها على حسابه عن طريق مقاول اخر...) [٢]

اما الجزاءات الجنائية: إذ أن القواعد الجنائية تكون خاضعة لمبدأ اساس هو لا جريمة ولا عقوبة الا بنص[٣]. إي لا يجوز أن يكون العقد هو مصدر العقوبات الجنائية ولا يجوز لها أن تنص ضمن الشروط العقدية على تبني عقوبات جنائية، حتى وان قبلها المتعاقد معها، فتوصف بالبطلان لمخالفتها للنظام العام ، لان مصدر العقوبات هي النصوص التشريعية وليست العقود، فالإدارة حينما تمارس فرض بعض الجزاءات الخاصة بموجب السلطة التي منحها القانون لها ، فمن تلك الجزاءات ، كان للمحافظ، سلطة قاضي تحقيق وله حجز المقاول المتلكئ بتنفيذ التزاماته بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٣٣٣) في ١٩٨٤/١٢/٤ (الملغي)، (للوزير او من هم... وللمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد على اسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ المشاريع والاعمال المحالة بعدتهم بدون عذر مشروع) [٤] ،إي أن هذه السلطة الغيت في المادة (١٩ / ١٢/أ) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ التي نصت

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٣ الهيئة الاستئنافية. ٢٠١٦/ت ٥٨، غير منشور.
(٢) المادة(٩/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤.
(٣) الشرعية الجزائية المادة الاولى من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
(٤) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٣٣٣) في ١٩٨٤/١٢/٤ الملغي.

(يحظر الحجز..). [١] ، لكن هذه السلطة لا تمارسها الادارة بصفتها العقدية اي طرفاً في العقد بل في مجال الضبط الاداري فالإدارة في مصر وفرنسا لها أن تصدر لوائح الضبط الاداري.

وايضاً نصت المادة (٣٢٧) من قانون العقوبات العراقي على ما يأتي (.. يعاقب بالحبس مدّة لا تزيد على ثلاث سنوات والغرامة او احدى هاتين العقوبتين كل من ارتبط مع الحكومة بتنفيذ مقاولة او عمل وكذلك وكيله او اي عامل لديه افشى امراً علمه بمقتضى عقد المقاولة او العمل وكان يتحتم عليه كتمانه). [٢] وفق النصوص العقابية، والمادة (١١٦) من قانون العقوبات المصري التي نصت على (كل من اخل عمداً بتنفيذ كل او بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد المقاولة او نقل .. او اشغال عامة ارتبط به مع احد الجهات المبينة في المادة (١١٩) او من احد الشركات المساهمة ، وترتب على ذلك ضرر جسيم او اذا ارتكب غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالحبس وتكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة اذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب وترتب عليها اضرار بمركز البلاد الاقتصادي او بمصلحة قومية لها)[٣]. ولا يمكن للإدارة التنازل عن تحريك الدعوى الجزائية لأنها تتعلق بالحق العام إلا أذا اثبت اثبت التحقيق الإداري عدم ثبوت المسؤولية بحق الموظف كما طرأ تعديل على قانون أصول المحاكمات الجزائية الذي كان يعطي للوزير عدم تحريك الدعوى بحق الموظف المقصر.

واشارت المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ الى (لجهة التعاقد طلب ادراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء ويتم ذلك مع مراعاة ما يلي...)[٤]، لذا سنتناول مراحل الدعوى الجزائية ومدى تعلقها بالنظام العام.

١. احكام النظام العام في تحريك الدعوى الجزائية: إن السياسة الجنائية في مجال النظام العام الاقتصادي غير محددة وغير واضحة، ذلك يرجع الى عدم وجود اقتصاد موجه مبني على نظام عام اقتصادي متكامل ، ومن ثم فإن القوانين المقارنة تعالج في تشريعاتها العقابية العامة كقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، العقاب على بعض الجرائم التي تمس النظام

(١) المادة (١٩ / ١٢/أ) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ .
(٢) المادة (٣٢٧) من قانون العقوبات العراقي.
(٣) المادة(١١٦) من قانون العقوبات المصري.
(٤) المادة (١١) من الفصل العاشر من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤.

العام الاقتصادي ، لذا فقد اصبح ضرورة مفصلية أن يكون هناك قانون خاص للجرائم الاقتصادية الذي يبنى على اسس سليمة، للحفاظ على النظام العام الاقتصادي للدولة بعد أن اضحى الاقتصاد، هو الموجه لمجمل الحياة الاجتماعية في الدولة، وان الابقاء على بعض المواد القانونية في القوانين العقابية يجعل من القانون منقوصاً.

٢. ضوابط النظام العام في ممارسة الدعوى الجزائية: اختلفت التشريعات حول سلطة الادارة في ممارسة الدعوى الجزائية وما مدى حقها في التنازل والصلح في الدعوى الجزائية.

١. مدى حق جهة التعاقد في التنازل والصلح: ان التنازل والصلح من الاسباب التي تؤدي الى انهاء الدعوى الجزائية، إلا أن الامر مختلف في مدى قدرة جهة التعاقد في التنازل عن حقها في الجزاءات الجنائية ، وذلك لاختلاف المركز القانوني بين جهة التعاقد والأفراد ، إذ أن المجتمع وحده هو صاحب الحق في التنازل ، او الصلح، ففي فرنسا طبق الصلح في الجرائم الاقتصادية ونص المشرع الفرنسي على الصلح وجعله سبباً من اسباب انقضاء الدعوى الجنائية في المادة (السادسة / ٣) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي[١].

وقد خطا المشرع الفرنسي خطوة باتجاه تمكين النيابة العامة في أن تباشر الرقابة على الصلح الذي يتم بين ادارة التجارة الداخلية والاسعار والمتهمين وقد اشارت المادة (١٩) من قانون ٩ يوليه سنة ١٩٦٥ الى (انه المحاضر التي يحررها الاعضاء المختصون ترسل الى النيابة العامة من قبل المدير الاقليمي للتجارة الداخلية والاسعار).

وفي مصر اشارت المادة (١٠) من قانون الاجراءات الجنائية المصري الى حالة التنازل التي تعد سبباً لانقضاء الدعوى الجزائية) وفي القوانين الاقتصادية لم تأخذ قوانين التموين والتسعير الجبري وتحديد الارباح في بادئ الامر لكن بعد ذلك اخذت ببعض الحالات التي يتوقف فيها كذلك الدعوى الجزائية كتنظيم التعامل بالنقد الاجنبي وفق القانون رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ ، المعدل بالقانون رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ التي اعطت الوزير المختص او من ينيبه في

(1) Stefani, levassehr et Bouloc : No 137. P. 147. ets.

نقلا عن د. محمد عبد الغريب ، مصدر سابق ، ص١٧١.

حالة عدم الطلب احالة التنازل عن الدعوى بشرط قبل صدور الحكم فيها وان يكون مقابل مبالغ واشياء موضوع الدعوى[١].

وفي العراق فقد اشارت اليه المواد (١٩٨/١٩٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية، وكذلك في جرائم المادة (٣) الاصولية على اعتبار ان المصالحة سبب من اسباب انقضاء الدعوى الجزائية وان التنازل ذا طبيعة شخصية فهو تصرف بالإرادة المنفردة ، ويترتب عليه انتفاء الحق الجزائي من دون الحق المدني ، لكن في حالة التنازل فإنه مانع من تحديد الدعوى في اي محكمة جزائية.[٢]

وقد نظم المشرع احكام التصرف الارادي في المادتين (٨ / ٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية إذ بينت المادة (٨) حالة ترك الدعوى دون مراجعة خلال فترة ثلاثة اشهر وهو حالة التنازل الضمني، آما الصلح فقد تضمنته المواد (١٩٤_ ١٩٨) كما بينا فيما سبق.

ضوابط النظام في التحقق من الجزاء وتعديل وظيفة العقوبة: إن تأثير النظام العام الاقتصادي اضفى ضلاله على عنصر الجزاء ووظيفة العقوبة فتبدلت تلك الاحكام التي تسود في القانون الجنائي تحت تأثير النظام العام الاقتصادي لذا سنتناول :

أ. تأثير النظام العام في عنصر الجزاء: إن السياسة الاقتصادية التي انتهجتها القوانين فيما يتعلق بالنظام العام الاقتصادي ودوره في اطار الاقتصاد الموجه ، هي ضرورة تشديد الجزاء ، وهذا يجعل ان قسوة الجزاء ينتج من الاثر القوي للجزاءات التهديدية وتشديد العقوبات التي تتسم بالإكراه ، لذا فيتم اللجوء الى ١. **الخروج عن شخصية** العقوبة والتي تعد بحق من اهم اهداف العقوبة الحدية، إي أن العقوبة تصيب شخص الفاعل ، إلا أن الامر يتعدى ذلك في اطار النظام العام الاقتصادي والتي تخاطب الشخص المعنوي الذي تصيب اثار العقوبة اشخاص

---

(١) د. رؤوف عبيد ، شرح قانون العقوبات المصري ، ١٩٧٩ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص٥٦٢.

(٢) رفاه خضير جياد الادريسي ، تنازل المجنى عليه عن حقه في الشكوى واثره في انقضاء الدعوى الجزائية ، دراسة مقارنة ، مجلة المتنبي للعلوم الادارية والاقتصادية ، المجلد السادس ، العدد الثالث ، ٢٠١٦ ، ص١٠٣.

ليسوا سبباً في اثبات المخالفات التي تمس في العقود الادارية كعقوبة الغلق التي تصدر بحق الشركة او المؤسسة التي تتولى تنفيذ المشاريع التي تحوي بمجموعة من العاملين.

٢. **عدم تطبيق رجعية القانون** الاصلح للمتهم، لارتباطها بالسياسة الاقتصادية للمشرع والضرر الذي يصيب الاقتصاد، يكون اكثر تأثيرا على النظام الاقتصادي للبلد ككل ، فلا تطبق قواعد الاصلح للمتهم(١).

٣. وان يتم التضييق في ظل النظام العام الاقتصادي من وسائل التحقيق كأسباب تشديد العقوبة ، ووقف العقوبة في بعض الحالات التي تواجه الاقتصاد وفي ظل الظروف الاستثنائية مثلاً ، قيد المشرع الفرنسي وفق تنفيذ العقوبة والظروف المخففة في حالة الحرب(٢).

ب. تأثير النظام العام على تعديل وظيفة العقوبة: أن وظيفة العقوبة هي تحقيق العدالة والردع العام والخاص، وبعد ذلك اتجهت التشريعات الى جعل وظيفة العقوبة هي وظيفة اصلاحية بحق الجاني لكي يكون عنصر فاعل بالمجتمع بعد انتهاء مدًة محكوميته، اما في اطار الجرائم التي تمس الاقتصاد ومنها العقود الادارية وعقد الاشغال التي تمس النظام العام الاقتصادي، فقد اصبحت هدف العقوبة هو الردع والابتعاد عن كل وسائل التزامه بالجرم في الجرائم الاقتصادية مدفوع بالأنانية لكي يحقق ربح غير مشروع على حساب الادارة والمجتمع من ورائها عموماً فيلزم ان تكون العقوبة رادعة تخويفية قاسية عليه.

اما الجزاءات الجنائية التي تتعلق بمخالفة النظام العام المعنوي في عقد الاشغال: فلنا ان نتسائل هل إن مخالفة الجانب المعنوي من النظام العام (الآداب العامة) تكون مدعاة الى عقوبات جنائية وبطلان التصرفات القانونية، على الرغم من اننا تناولنا الامور التي تتعلق بالسبب الدافع للتعاقد في اطار دراستنا لإركان عقد الاشغال ، ورأينا ان الاثر الذي يترتب على مخالفة احكام النظام العام سواء كان المادي او المعنوي هي البطلان ، إلا أننا لم نتناول العقوبات الجنائية التي موضوعها مخالفة الآداب العامة في اطار التعاقد بعقد الاشغال.

---

(١) نقلا عن د. محمد عيد الغريب ، مصدر سابق ، ص١٨٣.

(2) Mertc ct vitnidn pen, sp, op. No. 792. P. 596.

كما هو معلوم إن النظام العام ليست فقط القواعد التشريعية الآمرة التي ينص عليها المشرع بصورة مباشرة او غير مباشرة والتي ترتبط بمصالح المجتمع ، بل إن هناك قواعد عامة تهيمن على حياة الجماعة وتقيد تصرفاتهم الخلقية آلا وهي الآداب العامة ، التي تعني مجموعة القواعد الخلقية الاساسية للجماعة فهي تعد المظهر الاخلاقي للنظام العام.

وان دور الآداب العامة تختزله بعض التشريعات في العلاقات الجنسية غير المشروعة، إلا أن تلك العلاقات يصعب التعبير عنها في القوانين، وهي عادة يتم تناولها كما اسلفنا في السبب او المحل او الشرط من ابرام العقد، على الرغم من إن البعض من التشريعات تجعل الغبن من القواعد الاخلاقية التي تمس العقد. وعلى الرغم من ارتباط فكرة الآداب العامة في الاطار المدني بذات الاتجاه في القضايا الجنائية فهي متعلقة بالعلاقات الجنسية غير المشروعة.

إلا أن ذلك لا يعني انحسار قواعد الآداب بالعلاقات غير المشروعة فالأخلاق هي مبادئ مستوحاة من التقاليد والاعراف والاديان في مجتمع معين خلال مدّة معينة ، إلا أن الكثير من قواعد الاخلاق لا يمكن تجريمها بقواعد جنائية، إلا أن تلقى المخالفة الاخلاقية استهجاناً يثير الشعور العام للجماعة وهذا يؤدي الى حدوث اضطرابا اجتماعيا، والقانون الجنائي باعتباره الحامي للجميع فعليه يقع واجب حماية هذا الشعور عن طريق تجريم هذه الأفعال.

على الرغم من إن الجزاء المدني للمخالفة التي يقوم بها المتعاقد لإحكام الآداب العامة والاخلاق فهي البطلان، إلا أن هذا الجزاء لا يتساوى مع الجزاء الجنائي، على الرغم من أن كلاهما يكمل الاخر وليس بينهما مجال للتناقض، إلا أن مخالفة الآداب العام في الاطار المدني وهو البطلان لا يشكل إلا جزاء بسيط ضد المتعاقد فيما لو ترتب على المخالفة اضطراب اجتماعي كبير والذي يستتبع أن يكون هنالك جزاء جنائي رادع للشخص المخالف لإحكام الآداب العامة.

فمثلاً الافعال التي تشكل مخالفات اخلاقية جنائية كالصنع والحيازة ، بقصد الاتجار او التوزيع او اللصق او العرض لمطبوعات او محفوظات او اعلانات او رسوم او صور منقوشة او محفورة او ايماءات او اشارات او الصور العامة المنافية للآداب، والتي يقوم بها احد المتعاقدين وهو بصدد تنفيذ مشروع الاشغال العامة يرتب عقوبات جنائية.

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٣) من قانون العقوبات الفرنسي[١] ، وايضا المادة (١٧٨) من قانون العقوبات المصري[٢] ، والمادة (١) من قانون العقوبات العراقي[٣] وأيضا من الاعلانات التي يعرضها المتعاقد التي تثير الشعور العام، او الامور التي تتعلق بالتسليم للآمور المنافية للحياء سواء تمت بالمجان يهدف افساد الاخلاق التي نصت عليه المادة (٢/١٧٨) من قانون العقوبات المصري[٤]. وايضا الاتفاقيات التي تمت بالعقود كاتفاقيات المغامرة والرهان والعقود التي تنص على انشاء مراكز للعلاقات غير الاخلاقية. فقد نصت المادة (١/٧٣٩) من القانون المدني المصري (ان كل اتفاق خاص بمغامرة او رهان يكون باطل).[٥]

وبذات المعنى اشارت اليه المادة (١٩٦٥) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أنه (يعد باطلاً كل اتفاق متعلق باستغلال اندية القمار ولو كانت تلك الاندية مرخصاً بها من جهة الادارة لان الترخيص لا ينبغي مخالفته للآداب العامة. [٦]

اما القوانين الجنائية، فقد تشددت كثيراً في العقاب على الرهان والمقامرة ، وان الاساس الجزائي هو عدم اخلاقية القمار والنصوص التي تتعلق بالشيك الذي يسحب بدون رصيد لوفاء دين قمار، على الرغم من امكان مطالبته بدفعه مدنيا، إلا أن القانون الجنائي تشدد في العقاب عليه. وكذلك الامر في العقود التي تبرم لإنشاء بيوت الدعارة التي تتعلق بالعلاقات الجنسية غير المشروعة[٧].

ان هناك العديد من الجزاءات التي تفرض على من يخل بتنفيذ العقود الحكومية فقد بينت المادة (١٧٤) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنه ١٩٦٩، والتي اشارت الى الاخلال في تنفيذ العقد الاداري في زمن الحرب من قبل المتعاقد مع جهة التعاقد اذ نصت على انه (١-

---

(١) المادة (٢٨٣) من قانون العقوبات الفرنسي ..

(٢)المادة (١٧٨) من قانون العقوبات المصري.

(٣) المادة (الاولى) من قانون العقوبات العراقي وكذلك اشارت المادة (٣١٩) من قانون العقوبات العراقي الى جرائم الانتفاع من المقاولات.

(٤) المادة (٢/١٧٨) من قانون العقوبات المصري.

(٥) المادة (١/٧٣٩) من القانون المدني المصري.

(٦) المادة (١٩٦٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٧) د. محمد عيد الغريب ، مصدر سابق ، ص٢١٨.

يعاقب بالسجن مدّة لا تزيد على عشر سنين كل من اخل عمدا في زمن الحرب او زمن حركات عسكرية فعلية بتنفيذ كل او بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة او نقل او تجهيز او التزام او اشغال عامة ارتبط به مع الحكومة او احد المؤسسات العامة ذات النفع العام لحاجات القوات المسلحة او للحاجات الضرورية للمدنيين) ، و ايضا نص المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات العراقي، التي نصت على انه(يعاقب بالحبس والغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين: كل موظف او مكلف بخدمة عامة اخل بطريق الغش او بإي وسيلة اخرى غير مشروعة بحرية او سلامة المزايدات او المناقصات المتعلقة بالحكومة او المؤسسات او الشركات التي تسهم الحكومة بمالها بنصيب او تجريها الدوائر الرسمية او شبه الرسمية) ، ونصت المادة (٣١٩) من قانون العقوبات العراقي على انه(يعاقب بالسجن مدّة لا تزيد على عشر سنين او بالحبس كل موظف او مكلف بخدمه عامة انتفع مباشرة أو بالواسطة من الاشغال أو المقاولات أو التعهدات التي له شأن في اعدادها او احالتها او تنفيذها او الاشراف عليها).

وهناك جرائم أخرى متعلقة بالعقود الحكومية، اشارت إليها المادة(٣٠٧) وهي الرشوة والمادة (٣١٥) الاختلاس ، والمادة(٣١٦) وهي الاستيلاء، وهناك جرائم تجاوز حدود الوظيفة، وهي جريمة افشاء الاسرار، التي نصت عليها المادة (٣٢٧)، والمادة (٣٤١)التي نصت على جريمة الاضرار بالمصالح والأموال العامة والخاصة، وجريمة الاضرار بمصلحة الدولة من اجل الحصول على منفعة.

وكذلك احالة من ثبت اخلاله بصحة الاجراءات كالغش وافشاء المعلومات التي يتوجب على المقاول كتمانها، والتي اشارت اليها المواد (٣٢٧) و(٣٣٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩[١].

(١) نصت المادة (٣٢٧) على انه (يعاقب بالحبس مدّة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة...كل موظف او مكلف بخدمة عامة افشى امرا وصل الى علمه بمقتضى وظيفته لشخص يعلم وجوب عدم اخباره به...ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من مرتبط مع الحكومة من عقد مقاولة او عمل وكذلك وكيله او اي عامل لديه افشى امر اعلم به بمقتضى عقد المقاولة.) ونصت المادة (٣٣٦)على انه (يعاقب بالحبس والغرامة...كل موظف او مكلف بخدمة عامة اخل بطريق الغش او باي وسيلة اخرى غير مشروعة بحرية او سلامة المزايدات او المناقصات المتعلقة بالحكومة..).

وقد جرم استخدام المرفق العام كمكان للقمار أذ نصت المادة(٣٨٩) من قانون العقوبات العراقي على انه (١. يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على ٢٢٥٠٠٠ ألف دينار عراقي أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من فتح أو أدار محلا لألعاب القمار وأعدّه لدخول الناس وكذلك من نظم ألعابا من هذا القبيل في محل عام أو محل مفتوح للجمهور أو في محل أو منزل اعد لهذا الغرض.٢ .يعاقب بالعقوبة ذاتها صيارفة المحل. ٣ . ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر أو بالغرامة من وجد يلعب القمار في المحلات المذكورة في الفقرة (١) ، ٤ – تضبط النقود والأدوات التي استعملت في اللعب ويحكم بمصادرتها ، ٥ – للمحكمة ان تحكم أيضا بإغلاق المحل لمدة لا تزيد على سنة. [١]

(١) المادة (٣٨٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ .

المبحث الثاني

احكام النظام العام في الالتزامات التي يفرضها عقد الاشغال العامة

إن الاحكام التي تمس النظام العام تبتعد كثيراً عن الشروط العقدية، التي يكون اساسها الحرية التعاقدية و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه وبعد توجه الاقتصاد نحو تدخل الدولة بأغلب المفاصل، فأصبح النظام العام الاقتصادي رائداً ويقع بالضد من مبدأ سلطان الإرادة، وتقييد حريتها بالعديد من الاحكام، وهو يسير بذلك قاصداً حماية الطرف الضعيف في العقد، ألا وهو المتعاقد ليبعد عنه الشروط الاذعانية، التي تحاول جهة التعاقد أن تفرضها عليه، وكذلك موازنة ذلك بما تمتلكه الإدارة من واجب تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، فجعل المشرع مركزها اسما من مركز المتعاقد، بشرط أن تقصد من ذلك تحقيق المصلحة العامة، وعدم التعسف في استعمال السلطة التي منحها لجهة التعاقد، ابتغاء تحقيق الفائدة المرجوة من ذلك، والتي ترتبط بتقديم الخدمات العامة للجمهور لاتصال عملها بالمرافق العامة، لذا سيدق علينا معرفة الالتزامات التي تكون من النظام العام او التي تقع في خانة الشروط العقدية، التي تخرج عن اطار النظام العام، لذا سنتناول ذلك في ثلاث مطالب، إذ سنتناول في المطلب الاول ضوابط النظام العام في التزامات المتعاقد وفي المطلب الثاني سنتناول ضوابط النظام العام في التزامات جهة التعاقد، وفي الثالث سنتناول ضوابط النظام العام في الوسائل القضائية في منازعات الاشغال العامة.

المطلب الاول

ضوابط النظام العام في التزامات المتعاقد

على الرغم من ان جّل واجبات المتعاقد هي ترجمة للعلاقة العقدية والشروط الاتفاقية التي تخضع لحرية الإرادة ومدى قدرة المتعاقدين في وضعها، إلا أن هناك من الالتزامات الواجب على المتعاقد أن يلتزم بها بغض النظر عن وجودها في العقد، إذ تعد تلك الالتزامات من الضوابط الأساسية في تنفيذ العقود الادارية لاتصالها بالنظام العام، التي لا يجوز التنازل عنها

ولا يجوز مخالفتها واي مخالفة لهذه الاحكام يقدح في مشروعية عقد الاشغال العامة، فضلاً عن ذلك يلتزم المتعاقد قِبل الإدارة بوجوب مراعاة تلك الاحكام لاتصالها بديمومة المرافق العامة، واعتبار تحقيقها واجب على الطرفين لارتباطها بالمصلحة العامة، هنالك التزامات هندسية تفرض على المقاول في مجال التخصص لعقد الاشغال المتعلقة في البناء والتشييد، إذ يشترط ان يكون له خبرة فنية ، وتشترط عليه بعض التشريعات أن يتخذ كل الاحتياطات اللازمة ليتأكد من صلاحية الرسوم والمواصفات و التصاميم و تندرج هذه الالتزامات تحت مبدأ التخصص الفني، إذ تفرض الاصول الفنية في مجال الهندسة أن يكون المتعاقد على مستوى عالي من الدراية والتأكد واخذ الاحتياط اللازم من اجراء اختبارات للتربة لتحديد منسوب التأسيس والاثار الجانبية، التي قد تلحق بالمبني سواء من طبيعة الخرسانة المسلحة او الحديد ونوعيته الذي يستخدم في البناء، لذا فواجب التثبت من طبيعة التربة من آهم التزامات المقاول، إذ عليه واجب اخذ عينات واستكشاف التربة والتأكد من مدى صلاحيتها لإنشاء المبنى، فقد تكون التربة ذات طبيعة رملية او ذات طبيعة رديئة او تكون رخوة لا تتمتع بقدر من الصلاحية لتحمل المبنى المراد انشاؤه، إذ يجب ان تكون التربة ملائمة من الناحية الفنية لكي تتحمل الاحمال والاثقال الكبيرة، ودرجة ارتفاع المبنى إذ يشترط أن يراعى المقاول الطبيعة الجيولوجية، والتكوين الجيولوجي للتربة عن طريق البحث كأخذ عينات من التربة وتحليلها مختبرياً. [١]

---

(١) ونصت المادة الاولى من الوثاق القياسية العراقية في الفقرة (٢/٢/١) ان صاحب العمل هو(الشخص المسمى بصاحب العمل في بيانات العقد وكذلك خلفاءه القانونيين). والفقرة (٣/٢/١) ان المقاول هو(الشخص (الأشخاص) المسمى بالمقاول في كتاب العطاء الذي وافق عليه صاحب العمل، ويشمل كذلك خلفاءه القانونيين). والفقرة (٤/٢/١) ان المهندس(يعني الشخص الذي يعينه صاحب العمل للقيام بمهام المهندس لأغراض هذا العقد، والمسمى في بيانات العقد بهذه الصفة، أو أي شخص أخر يقوم صاحب العمل بتعيينه كبديل للمهندس من وقت لأخر، ويبلغ المقاول بذلك التعيين وفقاً للفقرة (٤/٣)، (استبدال المهندس)). والفقرة (٥/٢/١) ان ممثل المقاول(الشخص الذي يسميه المقاول لتمثيله في العقد، أو من يعينه من وقت لأخر بموجب الفقرة (٣/٤) ليتصرف نيابة عنه). والفقرة (٦/٢/١) ان أفراد صاحب العمل(يعني المهندس ومساعديه المشار اليهم في الفقرة (٢/٣) وغيرهم من موظفي وعمال المهندس وصاحب العمل، وكذلك اي من الافراد الذين يبلغ المهندس أو صاحب العمل المقاول انهم من أفراد صاحب العمل).والفقرة (٧/٢/١) ان مستخدمو المقاول(يعني ممثل المقاول وجميع من يستخدمهم المقاول في الموقع، بضمنهم الموظفون والعمال وغيرهم من جهاز المقاول أو جهاز أي مقاول ثانوي، والاشخاص الاخرين الذين يساعدون المقاول في تنفيذ

وفي فرنسا يطلق على هذا الالتزام بالالتزام بالنصيحة حول اعلام والنصيحة التي يلتزم بها المقاول، وفي ذلك تنص المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ الملغي التي نصت (يلتزم المقاول بان يتحرى بنفسه طبيعة الاعمال و عمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات ورسومات و تصليحات...).[١]

التزام المقاول بصلاحية التصاميم و الرسومات والمواصفات ملزمة المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ المصرية الملغاة التي نصت (يلتزم المقاول بان يتحرى... كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسوم والتصميمات المعتمدة...ويكون مسؤولا تبعا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمه منه).[٢]

وقد نصت المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ المصرية على انه (يلتزم المتعاقد بتنفيذ محل العقد في الميعاد، أو المواعيد المحددة بأمر التوريد، أو الإسناد، وعليه اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل، أو يرفض تنفيذ التعليمات، أو يحاول الغش، أو يخالف ذلك. كما يلتزم المتعاقد باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات، أو حوادث الوفاة للعمال، أو أي شخص آخر، أو الإضرار بممتلكات الدولة، أو الأفراد، وتوصف مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية، وعليه أن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا تبعا، لذلك عن صحة

الاشغال).والفقرة(٨/٢/١) ان المقاول الفرعي ،المقاول الثانوي أو المقاول من الباطن(يعني أي شخص يسمى في العقد مقاول ثانوي، أو أي شخص يتم تعيينه كذلك لتنفيذ جزء ما من الاشغال، والخلفاء القانونيين لأي من هؤلاء).

(١) المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الملغاة.

(٢) المادة ٨٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨، الملغاة.

وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه. وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالقانون وهذه اللائحة). وكذلك نصت المادة (١١٦) من ذات اللائحة على انه (يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات والجسات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات الفنية والرسومات الهندسية والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار إدارة التعاقدات في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسئولا تبعا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه). وسنتناول الاتي:

الفرع الاول

ضوابط النظام العام بوجوب مراعاة الاعتبار الشخصي

إن تنفيذ عقد الاشغال يبتغي من الإدارة ان تسعى الى اختيار المتعاقد معها ذا قدرة فنية ومالية، بالإضافة الى جنسيته وسمعته وسيرته الذاتية، لان ذلك يؤدي الى تمام تنفيذ عقد الاشغال لتحقيق المصلحة العامة، لان عقد الاشغال يقوم على اساس التنفيذ الشخصي للعقد، لأنها من السمات الأساسية التي يتميز بها عقد الاشغال.

ففي فرنسا اشارت المادة(٣٧) من كراسة الشروط العامة الطرق والجسور في فرنسا يفسخ العقد بقوة القانون في حالة افلاس المقاول او موتة او التصفية القضائية مع تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في قبول استمرار الورثة او امين التفليسة او المصفى القضائي في تنفيذ الاشغال العامة.[١]

(١) المادة(٣٧) من كراسة الشروط العامة الطرق والجسور الفرنسي.

وفي مصر نصت المادة (١٣) من قانون مناقصات والمزايدات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على انه (يجوز للجنة قلب ان تعهد الى لجان فرعية في شكلها من بين اعضائها... بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شان مقدمي العطاءات...) نلحظ ان المشرع المصري اشار الى وجوب استمرار توخي الصلاحية الشخصية للتعاقد طيلة فتره تنفيذ العقد، لتلافي حالة افلاس المتعاقد او اعصاره، وكذلك ثبوت استعماله للغش في تعامله مع جهة التعاقد، وحري بالذكر أن المادة(٥) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنه ١٩٦٤ الكويتي نصت على انه (يشترط في من يتقدم بإعطاء في المناقصات اولا ان يكون كويتياً تاجراً... ثانيا أن يكون مسجلاً في قوائم تصنيف المقاولين). [١]

ونصت المادة(٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني الصادر بالمرسوم رقم ٣٧ لسنه ٢٠٠٢ على انه (على المتعاقد ان ينفذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه للغير). [٢] واضح ان المشرع البحريني اشار الى الاعتبار الشخصي بنص واضح لا لبس فيه.

وفي قرار لمجلس الدولة المصري مؤكداً على فكرة الاعتبار الشخصي إذ جاء فيه (...الاعتبار الشخصي يكون في المقام الاول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد او تنفيذ العقد حيث تملك الإدارة سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه حتى ولو اختارته لجنة البت...فلا يكفي في المتعاقد مع الإدارة توافر المقدر الفنية والمادية بل يجب أن يتوافر الى جانب ذلك حسن السمعة... والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي الى احتمال التعاقد مع صاحب العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه... وان التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية إي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً و بنفسه). [٣]

---

(١) المادة(٥) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنه ١٩٦٤ الكويتي.

(٢) المادة(٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني الصادر بالمرسوم رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٢.

(٣)ادارية عليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ث(٨)ق ع جلسة ٢٨/١٢/١٩٦٣، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٣ لسنه ١٩٨٨.

اما في العراق، فقد نصت المادة(٣/ ١) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية بقسميها الاول والثاني الصادرة عن وزاره التخطيط إذ نصت(لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من صاحب العمل التنازل عن المقاولة او اي جزء منها او اي منفعة او التزام او مصلحة له فيها او بموجبها (عدا ما يترتب من التزام لصالح المصارف التي يتعامل معها المقاول باي مبالغ مستحقة او ستصبح مستحقة بموجب المقاولة).[١]

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في اطار العقود الإدارية، ولاسيما عقد الاشغال العامة اخذ منظوراً اخر غير ما هو متعارف عليه في اطار قواعد القانون الخاص، فقد اخذ ينحى منحاً اخر لارتباط عقد الاشغال بديمومة سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإن الواجبات التي يفرضها الالتزام العقدي على المتعاقد لم يكن مصدرها العقد فقط، حتى تكون خاضعة الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبإمكان الافراد أن يضعوا ما يشاؤوا من شروط يرتضيه الطرفين، وما تفرضه احكام النظام العام، وانما اضحى يحوي مجموعة من الالتزامات غير المألوفة ، في اطار القانون الخاص ومنها التنفيذ الشخصي لعقد الاشغال اي التزام المتعاقد مع جهة الإدارة، بتنفيذ العقد شخصياً ولا يجوز له التنازل عن العقد. [٢]

إذ أن الاعتبار الشخصي هو أن يقوم المتعاقد بنفسه في تنفيذ العقد بغض النظر عن تواجده بذاته بل بالإمكان أن ينوب عنه غيره ، وان يوجه اخطاراً لجهة التعاقد بهذه الإنابة، على اعتبار إن الاعتبار الشخصي يتصل بفكرة المرفق العام تكون وسيلة ضمان تنفيذ عقد الاشغال والذي يهدف من خلاله لتحقيق المنفعة العامة. [٣]

---

(١)المادة (٣/ ١) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية بقسميها الاول والثاني الصادرة عن وزاره التخطيط.

(٢)ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الاداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٩٧.

(٣) Azoule, le limiation Intritus personae dans le contrat, la tendans a al Stabilite du Rapport Contruaal, paris, 1960, l et suiv.

ولنا أن نتساءل هل بالإمكان أن يبرم المتعاقد عقداً من الباطن؟ لكي، يعاونه مجموعة من المتعاقدين، وهل هذا يناقض مبدأ الاعتبار الشخصي وحرمة التنازل عن العقد، للإجابة على ذلك، فنفرق بين حالة قيام متعاقدين بالتعاقد مع جهة الإدارة لتنفيذ مشروع واحد إي تجزئة الاعمال فيما بينهم هنا لا يبعث إي اشكالية، على اعتبار إن العقد المبرم بين المتعاقد وبين جهة الإدارة هو الذي يحكم علاقة كلا منهم، إلا أن الامر يدق في حالة العلاقة الثلاثية التي تربط المتعاقد مع جهة التعاقد من جهة والمتعاقد مع المتعاقد الثاني من جهة اخرى، والمتعاقد الثاني مع جهة الإدارة من جهة ثالثة فهنا تكون العلاقة مركبة إي الخروج عن الوضع الطبيعي، إن الامر الطبيعي يجعل تدخل المتعاقد من الباطن هو تدخل غير طبيعي، فهل يستطيع المتعاقد أن ينفذ عقد الاشغال المتفق عليه مع احد اشخاص الاخرين وهل إن هناك شروطاً تسمح للمتعاقد باللجوء الى التنازل عن العقد من جهة اخرى او الى المقاولة الثانوية من جهة ثانية التي تسمى التعاقد من الباطن وهل هذا يعد خروجاً على مبدأ الاعتبار الشخصي، ومن ثم تدحض فكرة اعتباره التزاماً واجب مراعاته لاتصاله بالنظام العام، وارجاعه الى علاقة عقدية بين المتعاقد وجهة الادارة.

للإجابة على ذلك ينبغي منا الامر ايضاح المنهج القانوني المقارن ومقارنته بالاتجاه العراقي إذ نصت المادة (٣٧) من قانون الآداب المهنية للمهندسين الفرنسي على انه (يمكن للمهندس المعماري ان يستعين بمساعدين لكنه لا يستطيع أن يتعاقد من الباطن عندما تكون المقاولة من الباطن مطلوبة إلا بعد موافقة صاحب العمل).[١]

في اطار القانون الخاص ، فيتم النظر إلى أن المقاولة تحتاج الى اعتبارات فنية لا يمكن لأي شخص أن يقوم مقام المقاول في هذه الحالة بالإمكان أن يتم اعطاء المقاولة الى شخص اخر على اعتبار أن شخصية المتعاقد ليست محل اعتبار، إلا أن الوضع في قواعد القانون الاداري مختلف تماماً على اعتبار إن المناقصات العامة توصف من يتعاقد مع جهة الإدارة في اطار عقد الاشغال العامة أن شخصيته محل اعتبار، ولا يفوتنا ان نبين الخلاف الفقهي في فرنسا حول المقاولة من الباطن والتنازل عنها في اطار القانون الخاص التي جعلت من الفقهاء

(١) المادة (٣٧) من قانون الآداب المهنية للمهندسين الفرنسي.

قسم يؤيد التعاقد من الباطن والقسم الاخر يرفض التعاقد من الباطن و التنازل عن المقاولة ولكل منهم حجته ودليله، إذ يرى البعض منهم أن كون المقاول يستطيع أن يرجع الى مقاولين اخرين في تنفيذ العقد لكي يساعدونه على اتمام ذلك العقد، في الحديث عن المقاولة من الباطن جائز بخلاف التنازل عن المقاولة لان التنازل عن المقاولة يؤدي الى تحرير المقاول الاصلي من كافة الالتزامات بخلاف المقاولة من الباطن التي تبقي على المقاول الاساسي مسؤولا بالتبعية عن اعمال المتعاقد من الباطن، على اعتبار إن المقاول الجديد في اطار التنازل عن المقاولة هو الذي يتحمل الالتزامات الكاملة في العقد الاصلي، وهذا غير جائز و مخالف للنظام العام، بخلاف المقاولة من الباطن التي جوزها طبيعة العمل من جانبين: الجانب الاول، وهو إن المقاول الاصلي يلتزم بما يقوم به المتعاقد من الباطن، وكذلك المتعاقد من الباطن يلتزم امام جهة التعاقد وامام المقاول الاصلي في ظل هذه العلاقة التعاقدية الثلاثية، إذ يلتزم عن المقاول من الباطن على اساس تحمل التبعة والمقاول من الباطن يكون ملزماً تجاه جهة التعاقد من جهة واتجاه المقاول الاصلي من جهة اخرى بهذه العلاقة الثلاثية لارتباط عقد الاشغال بتنظيم المرفق العام وهذا يتصل اتصال مباشرا بالمصلحة العامة.[١]

وبين القانون المدني الفرنسي في المادة (١٧٩٥) على إن (عقد المقاولة على عمل ينحل بموت... المقاول)

اما الطرف الاخر من الفقه يرى بان المادة (١٧٩٥) من القانون المدني الفرنسي لا تقف عائقاً امام المقاولة من الباطن، إذا أنه لا يمكن في حالة غياب الحظر الصريح بالتعاقد من الباطن في العقد أن يتم المنع لما يوفره للمقاولات من الباطن لمختلف اقسام عمله، لأنه يبقى ملتزماً بكل تعهدات تجاه صاحب العمل وخاصة التنفيذ الجيد للعمل، الوضع مختلف عن الذي يحصل بموت المقاول في هذه الحالة يجب على صاحب العمل نفسه بوجود ورثة يمكن أن يكون فعلا غريبين عن العمل الملزم وندرك عند اذاً ضرورة وجود المادة (١٧٩٥) في القانون المدني

(١) فرانسو از لا بارت، سيريل منو بلوت، المطول في العقود، عقد المقاولة، اشراف جاك غستان، د. عبد الامير ابراهيم شمس الدين، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت ،٢٠١٨، ص ٨٧٤.

الفرنسي وهذه المادة لا تدل بطبيعة الحال على شرعية التعاقد من الباطن و الذي دعا المشرع الفرنسي الى تشريع نص خاص وهو المادة الثالثة من قانون ٣١ كانون الاول عام ١٩٧٥ المتعلقة بالمقاولة من الباطن وتشريع ذلك.

والسؤال الاخر الذي يطرح هل بإمكان جهات التعاقد أن تنفذ المقاولة على حساب المقاول كتنفيذها بواسطة لجنة اسراع وفق القانون العراقي؟ وهل هذا يقدح بمفهوم التنفيذ الشخصي للعقد من عدمه؟

إن تنفيذ العقد الاداري بواسطة لجنة اسراع ما هو الا جزاء الاخلال الذي قام به المقاول، فالتنفيذ هنا استثناء من الاصل ويكون المقاول ممثلا في هذه اللجنة بالإضافة الى جهة التعاقد، من جانب اخر إن الالتزام الشخصي بتنفيذ العقد الاداري ليس مقصوراً على عقود الحكومة او عقود المناقصات العامة بل حتى في اطار عقود القانون الخاص، إذ تنص المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي على انه (١. تنتهي المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد...٢. وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار اذا ابرم العقد مع فنان او مهندس او معماري او مع غيرهم من يزاولون مهنا حرة اخرى) وهذا يدلل على عدم انتقال عقد المقاولة الى ورثة المقاول في حالة وفاته، إلا أن الغريب هناك قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية اشار الى جواز امتداد المقاولة الى ورثة المقاول المتوفي، وهذا القرار خروجاً صريحاً للمادة (٨٨٨) ، وكذلك المادة(١١٨) من القانون المدني العراقي اللتان توجبا عدم انتقال المقاولة الى الورثة لان الالتزام يكون التزاماً شخصياً. [١]

إلا أن مفهوم الاعتبار الشخصي والتزام المقاول به لا يجري على اطلاقة، إذ يجوز بموافقة الإدارة أن يتم التعاقد من الباطن ولكن لا يجوز التنازل عن العقد، لذا سنتناول بالارتباط كلا منهما:

---

(١) حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٧ في ٧ /٩ /١٩٨٧. بالضبارة المرقمة ١٣١٤ القرار المرقم ٣٧١ منقول عن د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، المصدر السابق، ص١٨٥.

اولاً: التنازل عن العقد. إذ أن التنازل اساساً هو عملية عقدية يتم بموجبها حلول متعاقد اخر محل المتعاقد الاصلي ويصبح مدين تجاه الإدارة وتؤول اليه حقوق المتعاقد الاصلي تجاه الإدارة، وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا اعتبرت التزام المتعاقد مع الادارة هو التزاماً شخصياً ويجب ان ينفذه بنفسه ووصفت هذه القاعدة من القواعد العامة الحاكمة للعقود الادارية، وفي ذلك لا يجوز في ظل العمل بإحكام القانون رقم ٩ لسنه ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية نزول المتعاقد مع الإدارة عن العقد لغيره حتى ولو وافقت جهة التعاقد على ذلك.[١]

نلحظ ان المحكمة الإدارية العليا في مصر وكذلك اللائحة التنفيذية التي استندت لقانون المناقصات والمزايدات المصري و بالتحديد في اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ اشار الى حظر التنازل الكلي عن العقد حتى وان وافقت جهة التعاقد، وذلك لاتصال عقد الاشغال العام بالمصلحة العامة، لأنه يقوم على مبدأ اساسي من المبادئ الحاكمة في القانون الاداري و هو مبدأ دوام استمرار المرفق العام بانتظام واطراد، إذ أن حالة التنازل الكلي تكون طريقة اختيار المتعاقد الجديد المتنازل له من قبل المقاول الاصلي، وليست من قبل جهة التعاقد وفي هذا تعارض وتضاد، لان القطاع الخاص يهدف دائماً الى الربح في ابرام العقد، بغض النظر عن مقدره وكفاءه المتعاقد معه فالغاية الأساسية هي هامش الربح الذي يحصل عليه المتعاقد، بخلاف الاختيار الذي يتم عن طريق جهة التعاقد والذي يشترط أن يكون ضمن السياقات القانونية التي اشارت اليها القوانين والتعليمات المتعلقة بالعقود الحكومية المتمثلة بطرق اختيار المتعاقدين.

اما في العراق فقد اشارت المادة (٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، الى (تشكيل في الجهات التعاقدية الرسمية لجنة تتولى الموافقة على ادخال شريك مع المقاول الرئيس الذي تتوفر فيه الشروط والمواصفات التي تم احالة العقد بموجبها و بطلب من المقاول الرئيس اذا كان من شأن ذلك تحقيق سرعة انجاز المشروع مع الالتزام بشروط العقد). [٢]

---

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم ٤٠٦٠ لسنه ٣٨ ق .ع. جلسة ٢١/ ١١/ ١٩٩٥ منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة ج٤٩، ص ٣٢١.

(٢) المادة (٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

بينما نص في المادة (٣ /١) من شروط المقاولة لإعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية العراقية على إنه (لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من صاحب العمل التنازل عن المقاولة او اي جزء منها او اي منفعة). [١]

وذهبت المادة (٣ /٢) من ذات الشروط الى المنع المطلق في حالة تنازل المقاول كلياً عن العقد)،[٢] إذ أن حالة التنازل الكلي عن العقد الى مقاول اخر تجعل العقد باطلا بطلانا. [٣]

ثانيا/ التعاقد من الباطن: هذا الاسلوب الذي يلجا اليه المتعاقد مع جهة الإدارة في مساعدته في اتمام تنفيذ العقد الاداري، هو جائز و لا يدخل في اطار النظام العام على وصف أنه خاضع لموافقة الطرفين او بالتحديد موافقة جهة التعاقد، اذ أن عدم موافقة جهة التعاقد تفرض على المتعاقد الاصلي جزاءات جراء ذلك، إلا أن هذا الامر ليس مطلقاً فقد حظر المشرع العراقي التعاقد من الباطن في كل اعمال المقاولة وجاء ذلك في المادة(٣/ ٢) من شروط المقاولة لإعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية العراقية التي نصت (لا يحق للمقاول... ان يتعاقد من الباطن على اي جزء من الاعمال بدون موافقه تحريريه مسبقه من المهندس...).[٤]

وفي مصر نصت المادة(٢٥) من قانون تنظيم التعاقدات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات. ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة. وفي جميع الأحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسئولا أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد).

---

(١)المادة (٣ / ١) من شروط المقاولة لإعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية العراقية.

(٢) المادة (٣ / ٢) من شروط المقاولة لإعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية العراقية.

(٣) د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، مؤسسة الطوبجي للطباعة، القاهرة،٢٠٠٦ ، ص٣٦٨.

(٤) المادة(٣ / ٢) من شروط المقاولة لإعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية العراقية.

السؤال الذي يطرح ما الاثر المترتب على المقاولة من الباطن؟ إذ تتماز عملية المقاولة من الباطن بإنها تسهل عملية تنفيذ العقد، وحري بالذكر إن البعض قد اطلق عليهم بالمقاولين التكميلين، لما يساهمون به من تنفيذ العقد لاستكمال تخصيص المقاول الاصلي، وكذلك انها تؤدي الى تبسيط الاجراءات بتنفيذ المقاولة، بناءً على قيام المتعاقد الاصلي في ابرام العقد مع المقاول من الباطن وفق اطار القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يمنع من مالنا عليه من بعض المآخذ ، إذ أن العلاقة التي تربط المقاول الاصلي مع المقاول من الباطن هي علاقه عقدية خاضعة الى القانون الخاص، والى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم يكون هدف المقاول والمتعاقد معه تحقيق الربح، ولا يكون همه التسيير المنتظم للمرفق العام.[١]

إذ على الرغم من تضمين العديد من العقود المبرمة في اطار العلاقة التي تربط ما بين المقاول الاصلي والمقاولين من الباطن، على شروط استثنائية غير مألوفة في اطار القانون الخاص، والذي من المفترض ان يربط العلاقة بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن، إلا أنه وبالرغم من ذلك نلحظ ان الواقع العملي يشير الى استنساخ التجربة بالنسبة لعلاقة المقاول مع الادارة ، وتضمين علاقة المقاول من الباطن بتلك الشروط غير المألوفة في اطار القانون الخاص، وهذا يدل على ارتباك تلك الشروط ووصفها بالشروط التعسفية في مجال معين وتقترب من عقود الاذعان، إلا أن ذلك بالإمكان الاستعانة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتضمين تلك الشروط بكل حرية اعتماداً على الحرية العقدية، ومدى قبول المتعاقد الاخر بتلك الشروط غير المألوفة، ومن ثم يصح للمقاول الاصلي أن يضّمن العقد بينه و بين المتعاقد من الباطن، كشرط الغرامة التأخيرية، او سحب العمل او غيره من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في اطار القانون الخاص.[٢]

فهذه العلاقة الثلاثية التي تربط اطراف العقد، جهة التعاقد من جهة والمقاول الاصلي من جهة اخرى والمقاول من الباطن من جهة ثالثة ، إذ تبقى الرابطة العقدية بين المتعاقد الاصلي

---

(١)عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، ١٩٧٥، ص١٢٦.

(٢) اياد احمد البطاينه، الاعتبار الشخصي واثره في التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كليه القانون، جامعه بابل عام، ١٩٩٩ ، ص١٣٨.

وجهة التعاقد قائمة ، ولا تتأثر حتى بعد موافقة الادارة على التعاقد من الباطن، لان التزام المتعاقد الاصلي مع الادارة، هو التزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الاداري، ومن ثم فأنه مسؤول شخصياً عن التنفيذ السليم لعقد الاشغال، ولكن يستطيع أن يثبت ويقع عليه عاتق اثبات في إن الضرر الذي اصاب الإدارة كان نتيجة للمقاول الاخر (المقاول من الباطن) لكي يبرئ ذمته من المسؤولية العقدية، أما عن علاقة المقاول من الباطن بجهة الإدارة فهي علاقة غير مباشرة، لانهم لا يرتبطون بعقد فيما بينهم بل إن هناك علاقة غير مباشرة متمثلة بالمقاول الاصلي، إذ لا تستطيع جهة الإدارة أن تطلب من المقاول من الباطن تنفيذ امر معين إلا عن طريق المقاول الاصلي، وكذلك لا يستطيع المقاول من الباطن ان يطلب من جهة الإدارة وانما تكون مطالبته للمقاول الاصلي، الذي تربطه معه علاقة عقدية، اما العلاقة التي تربط المقاول الاصلي والمتعاقد من الباطن فهي علاقة عقدية في اطار القانون الخاص، وتكون محكومة بموجب العقد المبرم بينهما، فيتوجب على المقاول الاصلي ان يمكّن المقاول من الباطن ما يسهل تنفيذ التزامه، كتسليمه للمكان خالي من الشواغر واتخاذ كل ما يلزم لتنفيذ التزامه.

الفرع الثاني

ضوابط النظام العام في الضمان

رأينا سابقا أن المتعاقد مع الإدارة يتقيد بتنفيذ التزامه في عقد الاشغال بالاعتبار الشخصي، وان شخصيته في تنفيذ العقد هي محل اعتبار، لارتباط عقد الاشغال في امور فنية وامكانيات اسية، لان اعمال الاشغال ترتبط ارتباطاً مباشراً في المباني و المنشآت والطرق و الجسور، لذا فمن الضروري ان يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بضمان تلك الاعمال خلال مدّة زمنية محددة ، فأن الطبيعة القانونية للضمان الذي يلتزم به المتعاقد، هي مدّة اختبار وتجربة، إذ تلزم التشريعات بوضع مدّة زمنية لاختبار امكانية تحمل المنشآت والمباني والطرق والجسور، التي ابرم بشأنها عقد الاشغال العامة، لذا سنتناول نوعي الضمان الذي يقع على عاتق المتعاقد.

اولاً/ الضمان السنوي: وقد بينت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني مدّة الضمان للصيانة بمدّة اثني عشر شهراً إلا إذا نص على خلافه في عقد المقاولة [١]، وهي فترة الضمان المؤقت الذي يبدأ بعد الاستلام المؤقت، وبعد انتهاء فترة الصيانة يتم اصدار **شهادة الاستلام** ، وتقدر التشريعات فترة الضمان السنوي بسنة واحدة ، وقد نصت المادة (١١٩) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ المصرية على انه (يضمن المتعاقد الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ الاستلام المؤقت وذلك دون إخلال بمدّة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني أو أي قانون آخر، والمتعاقد مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدّة الضمان طبقاً لشروط التعاقد فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته وإذا قصر في إجراء ذلك فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته).

ثانيا: الضمان العشري: خلال مدّة زمنية تقدر بعشر سنوات عادة، وهو ما يطلق عليه بالضمان العشري الذي اخذت به العديد من التشريعات، من ضمنها التشريع الفرنسي اذ تناولته المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ (كل رب عمل يكون مسؤولا بقوة القانون في مواجهة رب العمل او من تؤول اليه الملكية عن الاضرار، حتى ولو كانت ناشئة عن عيب في التربة اذا كان من شأنها ان تهدد مكانة العمل او تؤثر في احد عناصر تكوينه او احد عناصر تجهيزه على نحو يصبح معه غير صالح للهدف الذي انشئت من اجله الا اذا كان السبب في ذلك اجنبيا). [٢]

واكد المشرع الفرنسي ارتباط فكرة الضمان العشري بالنظام العام وذلك بالنص عليها في المادة (١٧٩٢ /٥) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ التي

---

(١) المادة (٥٠) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني العراقية .إي أن بإمكان الاطراف الاتفاق على خلاف ذلك، امر وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة ،قسم الاستشارات والتدريب، ذي العدد٦٢٠٨٥/٧/٤ في٢٠١٤/١٠/١٣.

(٢) المادة (١٧٩٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨.

نصت (كل شرط يتضمنه العقد يستبعد او يحل من المسئولية المنصوص عليها في المواد (١٧٩٢ و ١٧٩٢ فقرة ١و ٢)...يعتبر كان لم يكن). [١]

اما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (٦٥١ /اولاً) على إنه (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي في ما شيدوه من مباني او اقاموا من منشئات ثابتة اخرى، وذلك ولو كانت تهدم ناشئاً عن عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد اتفقا أن تبقى هذه المنشآت مدّة اقل من عشر سنوات).[٢]

واكد المشرع المصري في القانون المدني المصري في المادة (٦٥٣) منه على وصف مدّة الضمان العشري من النظام العام إذ نصت على انه(يكون باطلاً كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان او الحد منه). [٣]

إلا أننا نرى ان المشرع المصري في المادة (٦٥١) ، قد اجاز ان تقل مدّة الضمان العشري عن عشر سنوات، استثناءً من الاصل الذي يقتضي إن الضمان العشري اي مقداراً بعشر سنوات، وهذا الاستثناء متعلق فيما لو كانت مدّة البناء ومدّة المنشآت فتحمل مدّة اقل من عشر سنوات .

اما المشرع العراقي، فقد نص في القانون المدني العراقي على التزام المتعاقد بالضمان العشري في المادة(٨٧٠) [٤]

وان فلسفة ارتباط مدّة الضمان العشري بالنظام العام، لارتباطها بحماية ارواح الناس وهي تتعلق بالمصلحة العامة، وحماية المرافق العامة تنظيماً وانشاءً وتسييراً، ومن ثم فجعل كل اتفاق يخالف الضمان العشري يقع باطلا، ويترتب عليه عدم جواز التنازل عن مبدأ الضمان العشري

---

(١) المادة (١٧٩٢ /٥) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨.

(٢) المادة (٦٥١ /اولى) القانون المدني المصري .

(٣)المادة (٦٥٣) القانون المدني المصري .

(٤)المادة(٨٧٠) من القانون المدني العراقي.

لارتباطه بديمومة المرفق العام ، وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية نص على انه(يتحمل المهندس المعماري والمقاول او المعول عليه قانوناً المسؤولية المدنية وضمان اي عيب او تهدم ينشأ او يظهر خلال عشر سنوات من تاريخ اقامة المنشآت الثابتة والمباني واستلام رب العمل للمشروع المنجز المتعاقد عليه بين الطرفين وتحسب المدة البالغة عشر سنوات من تاريخ الاستلام النهائي وليس من تاريخ الاستلام الاولي).[١]

فالمتعاقد مع الادارة، يضمن لجهة التعاقد صلاحية المواد المقدمة لعملية البناء مثل الحديد والاسمنت وضمان جودتها وصلاحيتها لتحقيق الغرض المقصود من استخدامها، لمنع اي غش في تلك المواد عن طريق اضافة مواد تقلل من فاعليتها في انشاء المرفق العام، وكذلك يضمن المتعاقد مع الإدارة ضرورة انجاز العمل بالألية المتفق عليها، باستخدام اصول الصناعة والفن في وضع الخرسانة الاسمنتية والية اختيار نسبة الاسمنت من الرمل، وغيرها من الشروط الفنية التي تضمن جودة العمل ومدّة بقائه، فالتزام المتعاقد مع الادارة هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، ومن ثم فهو يضمن العيوب التي تظهر في المنشآت المتعاقد عليها، حتى وان اثبت انه بذل عناية الرجل المعتاد على اعتبار ان مسؤوليته تقع بخانه تحقيق غاية وليست بذل عناية، لذا سنتناوله في مدى ارتباطه بإحكام النظام العام، إذ سنتناول شروط تحقق مسؤولية الضمان العشري، و مدّة الضمان العشري لارتباطها الاكيد بالنظام العام وبعد ذلك سنعرج الى دعوى تقادم الضمان العشري .

أولاً/ شروط تحقق مدّة الضمان العشري:

١- وجود عقد يربط المتعاقد مع الادارة، لتحقق مسؤولية المتعاقد مع الإدارة لالتزامه بالضمان العشري، يجب أن يكون هناك عقداً ادارياً يربط جهة التعاقد مع المتعاقد، وتتوفر في هذا العقد كل الشروط المتعلقة بعدم تخفيف اثار العقد الاداري لاتصاله بمرفق عام وغيرها، وعقد الاشغال العام يرتبط ببناء وانشاء عقار، وتدخل في هذا المجال انشاء الجسور والطرق وتعبيدها، ويخرج من ذلك الابار وغيرها، على الرغم من

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في القضية المرقمة ١٧١/الهيئة الاستئنافية ، في٢٢/١/ ٢٠١٨ غير منشور.

أن البعض من الفقه يدخل انشاء الانهار و حفر الابار وادخالها ضمن الضمان العشري على اعتبار ارتباطها بالمرافق العامة، إذ بدون العقد لا نكون ازاء وجوب التزام الضمان العشري.

٢- ان تحصل هناك اضرار على مستوى من الخطورة، تؤثر على سلامة البناء و ديمومته، وهذا لا يعني إن المتعاقد يضمن كل العيوب التي تتضرر فيها المباني و المنشآت العامة، إذ لابد أن تكون تلك العيوب قد بلغت ضرراً جسيماً يصل الى مرحلة تهديد المبنى عموماً، بما يؤثر بالنظام العام اعتماداً على توفير الطمأنينة و حماية ارواح الناس، ومن ثم فتخرج من العيوب البسيطة اليسيرة التي لا تؤثر في سلامة ومتانة المباني، كالأصباغ ونوعيتها والخشب في الابواب ونوعيته فهذه لا تؤثر بمتانة المباني والمنشئات، التي تهم الجانب الكمالي الجمالي، إلا أن هناك من العيوب التي تظهر بعد الاستلام النهائي للمشروع، وهو ما يطلق عليه بضمان العيوب الخفية ، إي وجوب التزام المتعاقد بها وفقاً للقواعد العامة، و معيار معرفة هذا العيب هو معيار موضوعي خاضع لتقدير محكمة الموضوع ورأي القاضي وفقاً لما يجري عليه الواقع.

ثانيا/ ابتداء ونهاية مدّة الضمان العشري. ان اتصال مدة الضمان العشري والتزام المتعاقد بها امام جهة التعاقد هو التزام قانوني توجبه التشريعات والانظمة، إذ يبدأ هذا الضمان من تاريخ الاستلام النهائي وليس من تاريخ الاستلام المؤقت، الذي يعد اجراء تتحقق من خلاله جهة التعاقد من التنفيذ الجيد، ومدى مطابقة للمواصفات الموجودة في العقد و لا يتسنى لجهة التعاقد أن تكتشف العيوب في المباني إلا بعد استعمالها ويقع ذلك او يبتدئ ذلك من تاريخ الاستلام النهائي ، الذي يكون مثبتاً بمحضر وموقع من جهة التعاقد و هو بداية التزام المقاول للضمان لمدّة عشر سنوات، كما في التشريعات المقارنة والقانون العراقي، ولنا ان نتساءل هل ان مدّة العشر سنوات هي مدّة نهائية ام انها تدخل في اطار الشروط التعاقدية، بتعبير اخر هل تستطيع جهة التعاقد ان تمدد مدّة العشر سنوات او ان تقلل منها، ابتداءً إن مدّة العشر سنوات هي مدّة مرتبطة بالمصلحة العامة وهي من النظام العام، إي لا يجوز التنازل عنها ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها هذا من حيث المبدأ العام، إلا أن الفقه اختلف حول هذه المدّة، الاتجاه الأول يرى أن

مدّة العشر سنوات، هي مدّة كافية ليتحقق من قيام المتعاقد باتباع الاصول الفنية والهندسية المطلوبة لبناء منشآت تتحمل عمرها الافتراضي، ومن ثم تكون صالحة للاستخدام والاستعمال وتوفر طمأنينة لمستخدميها، وهذه المدّة يجوز امتدادها الى اكثر من ذلك ان نص في العقد على امتدادها الى ١٢ سنة او غيرها كما ينص عليه العقد او الشروط الخاصة بالعقد، اما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه المتشدد ، الذي يرى ضرورة تعديل النصوص القانونية التي تحدد مدّة الضمان العشري بعشر سنوات، لان هذا مدعاة الى استغلاله من قبل المتعاقدين وجعل الضمان مدّة اكثر من عشر سنوات اي بما يساوي العمر الافتراضي للمبنى، وهذا يعد انسجاماً مع المصلحة العامة وحصول الطمأنينة للمتعاملين مع المرافق العامة، إلا أننا نلاحظ فيما تقدم ان مدّة العشر سنوات هي مدة كافية للتثبت من قيام المتعاقد مع الإدارة بكل ما يلزم لضمان حسن تنفيذ العقد واستخدامه لأفضل الوسائل واجود المواد والمواصفات الخاصة بإنشاء المشروع حتى يبلغ الذروة في انشاء مرفقاً او منشآت تتحمل العمر الافتراضي لها حال الاستخدام، وهذا بالإمكان حصوله بعد دخول الوسائل التكنولوجية الحديثة للتثبت من جوّدة البناء و صلاحية التربة وقدرة الاساسات على تحمل الاعباء الثقيلة للمنشآت العامة.

ثالثا: مدى الحرية في اقامة دعوى الضمان العشري وجزاء الاخلال به، إن التقادم هو فوات مدّة من الزمان، وهذه المدّة المنصوص عليها في التشريعات، على الرغم من إن المشرع العراقي لم يأخذ بالتقادم في اطار الحقوق، إلا أنه اخذ بالتقادم المسقط للدعوى، واعتبر المدد القانونية المذكورة في التشريع من النظام العام، إي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولا يجوز اقامة دعوى الضمان العشري بعد فوات كل المدد، وفي فرنسا نصت المادة(٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي على انه (كل شخص طبيعي او معنوي من الممكن ان تنعقد مسؤوليته بمقتضى المواد(١٧٩٢و١٧٩٣) من القانون الحالي يتحلل من المسؤولية والضمانات الواجبة عليه بمقتضى المواد من (١٧٩٢ / ١٧٩٢ / ثانيا) بمضي عشر سنوات من تاريخ استلام العمل).[١]

(١) المادة(٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي .

وحسناً فعل المشرع الفرنسي حينما جعل مدّة تقادم الدعوى مساوياً لمدّة الضمان العشري، لذا نتمنى على المشرع العراقي ان ينحى منحى المشرع الفرنسي بان يجعل مدّة اسقاط دعوى التقادم مساوي للمدة العشرية للضمان .

اما المشرع المصري، فقد جعل مدّة اسقاط دعوى الضمان ثلاث سنوات وهذا اتجاه غير محمود، إذ نصت المادة (٦٥٤) من القانون المدني المصري على انه (تسقط دعوى الضمان المتقدمة بانتظار ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب).[١]

اما المشرع العراقي، فقد نصت المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي على انه(يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او اقاموا من منشآت ثابتة اخرى وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدّة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدّة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان). [٢]

اما عن جزاء الاخلال بالضمان العشري، فهو جزاء متعلق بالتزام المتعاقد مع جهة التعاقد بضرورة اعادة الحال الى اصلة كلما كان ذلك ممكناً عيناً، او اللجوء إلى التعويض النقدي اذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً، او أن تقوم جهة التعاقد بإتمام الأعمال على حساب المتعاقد، وبصدد ذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية على إنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدّة القانونية، لذا قرر قبوله شكلا وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه صحيح وموافق لإحكام القانون. لان الثابت من التحقيقات التفصيلية التي اجرتها محكمة البداءة بإن المدعي مدير عام صحة المثنى اضافة لوظيفته قد تعاقد مع المدعى عليها على انشاء مركز صحي في الجربوعية من قبلها ومدّة المقاولة (١٦٠) يوم بمبلغ قدره مائتان وسبعة واربعون مليون وخمسمائة وسبعة وثمانون الف دينار وقد حرر العقد بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٩ وقد تم الانتهاء من تشيد المركز الصحي وتم استلامه اوليا بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١ ونهائيا بتاريخ

(١) المادة (٦٥٤) من القانون المدني المصري .

(٢)المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني العراقي.

٢٠٠٨/٣/١٠ وبعد ذلك حصلت عدّة اضرار في بناية المركز الصحي تمثلت بهطول السقف وتشقق الجدران وتخسف وتلف الارضية وتلف طبقة الشتايكر في سطح البناية ولان موضوع حدوث الاضرار واسبابها وكلفة معالجتها يقتضي الاستعانة باهل الفن والدراية بالأعمال الهندسية والانشائية لتشخيصها وتحديدها وقد انتخبت محكمة البداءة خبير قضائيا مهندسا بذلك وقد حدد بصورة واضحة العيوب والاضرار التي لحقت ببناية المركز الصحي بسبب سوء التنفيذ وليس عدم تبصر في وضع التصاميم وذلك نتيجة استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية لم يتم وصفها من قبل لجان الاستلام والاشراف وان مقدار التعويض الذي يستحقه المدعي اضافة لوظيفته بمبلغ قدره واحد واربعون مليون وستمائة وستة واربعون الف وخمسمائة دينار وقد اعترض وكيل المدعي على هذا التقرير رغم انتخاب ثلاثة خبراء مهندسين قضائيين والذي جاء تقريرهم بان العيوب ناتجة عن سوء التنفيذ والاشراف وليس، بسبب التصميم وان كلفة اصلاح الاضرار بمبلغ اربعة وثلاثون مليون ومائتا الف دينار مما تكون دعوى المدعي اضافة لوظيفتها لها اساس من القانون لان المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني قد نصت (يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او اقاموه من منشئات ثابتة اخرى وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا من عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا أن تبقى هذه المنشآت مدّة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدّة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان... ولا يتحقق ذلك الا عن طريق ردع بعض المقاولين والمهندسين الذين يتخذون الغش والتحايل المهني مسلكا لهم وذلك بتحميلهم المسؤولية المدنية وضمانتهم اي عيب او تهدم ينشئ او يظهر خلال عشر سنوات من تاريخ انتهاء العمل واستلام رب العمل للمشروع المنجز من قبل المقاول والمعول عليه قانونا ابتداء حساب الضمان العشري وهو تاريخ الاستلام النهائي للمشروع وليس الاستلام الاولي ولان العيوب التي ظهرت في البناية وحسب ما جاء بتقرير الخبير المنفرد والثلاثة لم تكن قد نشأت لأسباب غير متوقعة وقت التنفيذ بل لأسباب يمكن توقعها وبالتالي لا حضور لتطبيق نص المادة (٨٧٢) من القانون المدني ولان محكمة البداءة قد اعتمدت في حكمها البدائي على تقرير الخبير المنفرد لان دائرة المدعي هي التي اعترضت على تقرير الخبير المنفرد وجاء تقرير

الخبراء الثلاثة اقل مما قدره الخبير المنفرد لذا فان الاخذ بهذا التقرير قد جاء تطبيقا سليما لقاعدة (الطاعن لا يضار بطعنه) سيما وان تقرير الخبير المنفرد قد جاء معلالا وواضحا ودقيقا في تحديد الاضرار واسبابها ونوعها واكثر دقة من تقرير الخبراء الثلاثة وبالتالي يصلح اعتماده سندا للحكم وفقا لإحكام المادة (١٤٠) من قانون الاثبات وهذا ما قضى به الحكم البدائي فيكون للأسباب القانونية التي ساقتها محكمة البداءة بالتأييد وهذا ما جاء بالحكم الاستئنافي المميز فيكون هو الاخر متفقا وحكم القانون وتأسيسا على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق وفق المادة (٢/٢١٠) مرافعات مدنية في ٥/جمادي الاول/١٤٣٩هـ الموافق ٢٠١٨/١/٢٢م).[١]

المطلب الثاني

ضوابط النظام العام في التزامات الادارة.

إن لجهة التعاقد التزامات متعددة و هذه الالتزامات تعد سلطات بيد جهة التعاقد فهي سلاح ذو حدين، إذ تتمثل بواجب والتزام على جهة التعاقد عليها أن تقوم به ويقع باطلا كل اتفاق مخالف لهذه السلطات او النزول عنها، ومن جانب اخر تعد حقوقاً لجهة التعاقد، وقد تناولنا تلك السلطات في اطار حقوق الادارة تجاه المتعاقد معها باعتبارها تمثل حقوقا لجهة التعاقد، وهي سلطاتها في الرقابة و التوجيه وسلطتها في توقيع الجزاءات وسلطتها في تعديل العقد وانهاءه، لذا ستقتصر دراستنا على المتبقي من الالتزامات التي يفرضها عقد الاشغال على جهة التعاقد، والتي نستشف منها قيداً متعلقا بالنظام العام.

---

(١) قرارا محكمة التمييز الاتحادية رقم الحكم ١٧١/الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٨ منشور بموقع مجلس القضاء الاعلى.

وهذه الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة اساسها المصلحة العامة لارتباط جهة التعاقد بموظفيها بتنظيم وتسيير المرفق العام، فمعيار هذه الالتزامات هو التنظيم والاختصاص لتعلق تلك الالتزامات في احكام النظام العام، لذا سنتناول في هذا المطلب مجموعة من الالتزامات المتعلقة بالنظام العام، ونستثنى من ذلك الالتزامات المتعلقة بالشروط العقدية التي يجوز للمتعاقدين النزول عنها او الاتفاق على مخالفتها.

ونصت المادة الثانية من الوثائق القياسية العراقية القسم السابع الشروط العامة لعقود تصميم وتنفيذ الاشغال فقرة(صاحب العمل) على انه (حق الدخول في الموقع :يتعين على صاحب العمل أن يعطي المقاول حق الدخول الى جميع أجزاء الموقع، وتمكينه منه لتنفيذ الاعمال، في الوقت (أو الأوقات) المحددة في بيانات العقد، إلا أن حق الدخول والحيازة يمكن أن لا يخص بها المقاول وحده، إذا نص في العقد على أن على صاحب العمل أن يعطي المقاول حق الدخول او التمكن من أية اساسات أو منشأ أو تجهيزات آلية أو طريق وصول، فإنه يتعين على صاحب العمل القيام بذلك في المواعيد وبالطريقة المحددة في المواصفات، إلا أنه يجوز لصاحب العمل منع حق الدخول أو التمكين حتى يتسلم ضمان حسن التنفيذ. إذا لم يتم تحديد موعد لتسليم الموقع في ملحق العطاء، فإنه يتعين على صاحب العمل أن يعطي المقاول حق الدخول الى الموقع والتمكن منه ضمن الاوقات التي تمكن المقاول من مباشرة تنفيذ الاشغال والسير فيها وفقا لبرنامج العمل المشار اليه في الفقرة (٣/٨). إذا تكبد المقاول تأخرا و، أو كلفه ما نتيجة لاخفاق صاحب العمل في تمكينه من الدخول الى الموقع أو التمكن منه خلال ذلك الوقت، فعلى المقاول أن يرسل اشعارا الى المهندس لتقدير استحقاقات المقاول بشأنها، مع مراعاة أحكام الفقرة (١/٢٠) للبت في).[١]

(١) أي تمديد لمدة الاكمال بسبب ذلك التأخير، إذا كان الاكمال قد تأخر أو سوف يتأخر، وذلك بموجب أحكام المادة (٤/٨). أي كلفة مع هامش ربح، لأضافتهما الى مبلغ العقد. ويتعين على المهندس بعد تسلم هذا الاشعار ان يقوم بإعداد التقديرات المترتبة على ذلك بموجب الفقرة (٥/٣) سواء بالاتفاق عليها أو اجراء تقديراته بشأنها. إلا أنه إذا تأخر صاحب العمل (والى المدى الذي يكون فيه هذا التأخر) ناتجا عن خطأ أو تأخير من المقاول، بما في ذلك أي خطأ أو تأخر في تقديم" وثائق المقاول"، فانه في مثل هذه الحالة لا يستحق للمقاول أي تمديد أو تعويض عن أي كلفة أو ربح. واشارت المادة ٢/٢ – التصاريح أو التراخيص أو الموافقات : يقدم

اما عن العاملين في المشروع فقد نصت الفقرة الثالثة على انه (أفراد صاحب العمل : أ_يكون صاحب العمل مسؤولا عن أفراده ومستخدمي المقاولين الآخرين العاملين معه في الموقع لضمان : ب_التعاون مع المقاول في جهوده حسب أحكام الفقرة (٦/٤). الالتزام بتوفير أجراءات السلامة كما هي مطلوبة من المقاول بموجب البنود (أ، ب، ج) من المادة (٨/٤)، وبأجراءات حماية البيئة بموجب الفقرة (١٨/٤).

وعن الالتزامات المالية نصت المادة الثانية الفقرة الرابعة على انه(الترتيبات المالية لصاحب العمل، على صاحب العمل تقديم الادلة اللازمة وبفترة تسبق تاريخ المباشرة بـ(٢٨) يوما بإنه قد قام بتأمين الترتيبات المالية اللازمة للعقد والتي تمكنه من تسديد اي طلب للمقاول بصورة عاجلة وفقا لإحكام "المادة الرابعة عشرة" (كلفة العقد والدفعات) و على صاحب العمل اشعار المقاول بأية تغييرات يجريها على تلك الترتيبات المالية بصورة تفصيلية). وعن المتطلبات المرادة من قبل رب العمل نصت المادة الثانية الفقرة الخامسة من ذات الوثائق القياسية العراقية على انه(مطالبات صاحب العمل، إذا وصف صاحب العمل أن له حقا في تلقي دفعة ما، بموجب أي شرط من هذه الشروط، أو لغير ذلك من الاسباب المتعلقة بالعقد، و/أو أي تمديد لفترة الصيانة، فإنه يتعين عليه، أو على المهندس، اشعار المقاول بذلك وتزويده بالتفاصيل. وعلى الرغم من ذلك فإنه غير مطلوب منه أن يرسل أية اشعارات تتعلق بالمبالغ المستحقة له بخصوص استهلاك الماء والكهرباء والغاز بموجب الفقرة (١٩/٤)، أو مقابل المعدات والمواد التي يقدمها صاحب العمل إعمالا للمادة (٢٠/٤)، أو مقابل أية خدمات أخرى يطلبها المقاول. ينبغي ارسال الاشعار في أقرب وقت ممكن عمليا و بفترة لا تزيد عن ٢٨ يوما عن الموعد الذي كان صاحب العمل على دراية بالواقعة أو الظروف التي أدت الى نشوء مثل هذه المطالبات، أما الإشعار بتمديد "فترة الصيانة" فانه يجب اصداره قبل انقضائها. يتعين أن تشير هذه التفاصيل الى "المادة والفقرة" في العقد أو الأسس الأخرى للمطالبة، وأن تتضمن أثبات صحة ادعاء

صاحب العمل المساعدة المعقولة للمقاول (عند طلبه) للحصول على ما يأتي : ا.نسخ قوانين البلد المتعلقة بالعقد مما هو غير متوفر بصورة عادية.ب.التصاريح أو التراخيص أو الموافقات المطلوبة بموجب قوانين البلد:1.فيما يتعلق بمتطلبات الفقرة (١/ ١٣) – التقيد بالقوانين٢.لتوريد مستلزمات التنفيذ، بما في ذلك التخليص الكمركي .٣.لتصدير معدات المقاول عند ازالتها من الموقع.

صاحب العمل بتلك المبالغ و/أو فترات التمديد التي يعتبر أن له حقا فيها بموجب العقد. ويتعين على المهندس في مثل هذه الحالة أن يدرس تلك الطلبات بموجب أحكام المادة (٣/٥) للاتفاق أو اعداد التقديرات لما يأتي :١. أية مبالغ (ان وجدت) يكون صاحب العمل مستحقاً للحصول عليها من المقاول.٢.أي تمديد (ان وجد) لفترة الاشعار بإصلاح العيوب، وفقا للفقرة (٣/١١). هذه المبالغ يمكن تضمينها كخصم في مبلغ العقد وشهادات الدفع. و يحق لصاحب العمل وضع حجز أو إجراء خصم فقط عن الكميات المصادق عليها في السلفة، أو خلاف ذلك إجراء المطالبة بموجب هذه الفقرة"). وارتباطا بذلك سنتناول اهم الالتزامات التي تقع على عاتق الادارة.

الفرع الاول

التزام جهة التعاقد بتصرفاتها القانونية

بمجرد التصديق من الجهة المختصة بذلك، إن الادارة عموماً تقوم بنوعين من الاعمال اعمال، قانونية و اعمال مادية ومعيار التمييز عندما تقصد الإدارة احداث اثر قانوني فنكون ازاء الاعمال القانونية، وان لم تقصد احداث اثر قانوني فنكون ازاء الاعمال المادية، والاعمال القانونية بدورها تنقسم الى نوعين اعمال تصدر بالإرادة المنفردة وهي القرارات الادارية، واعمال تصدر بتوافق وتطابق ارادتين او اكثر لإحداث اثر قانوني و هي العقود الادارية، ومن هذه العقود عقد الاشغال العامة، الذي يفرض على الإدارة بمجرد مصادقة المرجع الاعلى المختص الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ،أن تقوم اجهزة الادارة المتمثلة بموظفيها بتنفيذ ما تم المصادقة عليه من قبل الجهات العليا، إذ تبدأ واجبات الإدارة من تاريخ التصديق على عقد الاشغال العامة، كالتزامات تختلف عن الالتزامات التي تسبق عملية التصديق التي تناولناها سابقاً، و تستمر الى نهاية العقد فان لم تستطيع جهة التعاقد اتمام العقد فلا يترتب عليها حين اذاً اي واجب. [١]

(١) طاهر التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعه بغداد، ١٩٧٦، ص٢٠.

فان عملية التنفيذ تحوي مجموعة من الاجراءات الواجب على الادارة اتخاذها، فأن عليها بعد المصادقة على تنفيذ العقد الاداري، أن تقسم الاعمال بين الكادر الوظيفي المختص بمراقبة سير اعمال التنفيذ بالوجه الصحيح، وهذا الامر يلزم المرؤوسين على تنفيذ الاوامر الصادرة من الرئيس الاعلى، ولا يجوز للمرؤوسين في هذه الحالة ان يقوم برفض تنفيذ تلك القراءات او التوجيهات، لان الموظف في هذه الحالة بمركز تنظيمي، فان وجد الموظف ان تلك القرارات او التوجيهات مخالفة للقانون فيجب عليه تنبيه رئيسه ببيان وجه المخالفة كتابة. (١)

وان احترام الاعمال القانونية، لما تمثله من توجيهات لدوام تسيير المرفق العام، وهذا الامر بحد ذاته التزاماً على الجهاز الاداري عموماً بكافة تشكيلاته، إذ يوجب على موظفيه ضرورة تحقيق هذه الغاية والتزام التنظيم في العمل واحترام الاختصاص، وان اي اتفاق بخلاف ذلك يقع باطلاً لما يمثله من مساس بالتنظيم الاداري عموماً وعلاقة الإدارة بموظفيها على وجه الخصوص، فإن عدم احترام الموظف لواجباته الملقاة على عاتقه في اطار تنفيذ عقد الاشغال العامة، لا يكون بمقدور الإدارة أن تحقق الهدف الذي تسعى اليه من خلال ابرام تلك العقود، وضرورة السيطرة على انفاق المال العام وعدم تبديده ، لمعرفة اختصاص واعمال كل موظف وما يجب عليه أن يقوم به و ما يتوجب عليه الامتناع عنه.

اما التزام جهة التعاقد بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الاشغال العامة: من المتفق عليه فقهاً إن مبدأ حسن النية يعد من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهو اساس حسن التنفيذ للعقد، والالتزام الشريف بتنفيذه، فهو يفرض على جهة التعاقد من جهة التزاماً بإن تكون اجراءاتها المتخذة تجاه تنفيذ العقد سليمة وتنسجم مع مبدأ حسن النية، بعيدة عن التسويف والتقاعس واختلاف الحجج التي تعرقل تنفيذ العقد ، فأساليب المماطلة والتسويف تكون مخالفة لمبدأ حسن النية في التنفيذ. (٢)

فيقع على عاتق جهة التعاقد أن تقوم بتسليم موقع العمل واستكمال الموافقات الادارية، وتمكين المتعاقد معها بتنفيذ عمله لأنه يعد عوناً لجهة التعاقد في تنظيم و تسيير المرفق العام.

---

(١) المادة الرابعة الفقرة الثالثة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

(٢) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مصدر سابق، ص٣٩٥.

وقد نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على انه(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).[١]

إلا أن مبدأ حسن النية من المبادئ الموضوعية التي تترك تقديرها لظروف كل واقعة على حده وملابساتها، في عدم التنفيذ او التمكين من قبل جهة التعاقد قد يكون لأسباب موضوعية وليست شخصية الغرض منها الاضرار بالمتعاقد فهنا تستطيع جهة التعاقد، أن تتحلل من مسؤوليتها بمخالفة مبدأ حسن النية، وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز العراقية الاتحادية أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية).[٢]

وقد اصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر قراراً مؤكداً وموجباً لمبدأ حسن النية في العقود الإدارية حيث تضمنه الآتي (إن العقود الادارية تخضع لإصل عام من اصول القانون يقتضي بإن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الاصل يطبق في العقود الإدارية شإنه في ذلك شإن العقود المدنية).[٣]

الفرع الثاني

التزام جهة التعاقد بتمكين المتعاقد من تنفيذ عقد الاشغال واحترام المدّة

إن المتعاقد مع الادارة يكون معاوناً لها في انشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، وان عقد الاشغال يحوي على عملية مركبة ضخمة من الاجراءات التي تلزم الإدارة بضرورة مراعاتها فحال تنفيذ العقد يصدر الرئيس الاداري باعتباره الرئيس الاعلى لجهة التعاقد، مجموعة من القرارات والتوجيهات التي تلزم الموظفين بضرورة تمكين المتعاقد بتنفيذ التزاماته وهذه القرارات ملزمة، فأساس فكرة النظام العام في التزام التمكين من قبل جهة التعاقد للمتعاقد معها ، متعلق

---

(١) المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٢) قرار محكمه التمييز الاتحادية العراقية المرقم (١٢٢٩/حقوقية، في ٢٧ /١ /١٩٦٨) منقول من طاهر التكمجي، المصدر السابق، ص٣١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (١٢٠ في ٢٠/ ٤/ ١٩٥٧) نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين، الكتاب الثاني المصدر السابق، ص٢٨.

بالإجراءات الداخلية التي يتوجب على التشكيل الاداري اصدارها بموجب اختصاصه، واي خروج عن الاختصاص، هو خروج على النظام العام ولا يجوز التنازل عن اختصاص الرئيس الاداري رئيس جهة التعاقد وسلطته بإصدار الاوامر والقرارات الإدارية، التي تنظم العمل وتسهل تنفيذ العقد الاداري، فأن اصدر الرئيس الاداري بناءً على التزام جهة التعاقد بضرورة تمكين المتعاقد معها من الحصول على التصريحات الإدارية من الجهات المعنية الاخرى، فيقع التزام جهة التعاقد بهذه الحالة بتنفيذ تلك القرارات الصادرة من الرئيس الاعلى لإعطائه الحق بالحصول على التصريحات الإدارية التي تمكنه من تنفيذ عمله.

لأن عدم تنفيذ القرارات الصادرة بمنح الرخص والموافقات الإدارية للمتعاقد ليستطيع تنفيذ عقد الاشغال، مثل الرخص المتعلقة بتخصيص الارض للبناء و كذلك الموافقات المتعلقة بوزارة الكهرباء وزارة الماء كالتي تتعلق بمادة الاسلاك و المياه و اجازات البناء والموافقات المتعلقة باستيراد السلع الضرورية لإنشاء المشروع.

وقد اكدت المادة (١٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ (الملغى)على انه (على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقاً للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك).[١]

وقد نصت المادة (٩/ ثانياً) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنه ٢٠٠٦ على ما يأتي (تبسيط اجراءات التسجيل والإجازة للمشاريع الاستثمارية ومتابعه المشاريع القائمة منها واعطاء الأولوية لها في الانجاز لدى الجهات الرسمية واستكمال اجراءات اجابة طلبات المستثمرين و استحصال الموافقات اللازمة للمستثمر والمشروع). [٢]

اما التزام جهة التعاقد باحترام مدّة تنفيذ العقد: ان المدد الواردة في التعليمات والتشريعات المختلفة تعد من النظام العام ، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقع باطلا النزول عنها،

(١) المادة (١٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
(٢) المادة (٩/ ثانياً) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنه ٢٠٠٦ .

فأن نصت التشريعات على مدّة محددة ما وجب على المتعاقد وعلى جهة التعاقد الالتزام بهذه المدّة ولا يجوز الخروج عنها او مخالفتها، أما إذا تركت المدّة لاتفاق الاطراف وفقاً لطبيعة العقد فإن هذا الامر يكون من ضمن الشروط التعاقدية التي تجوز للطرفين الاتفاق على مدّة محددة وتمديد المدّة المتفق عليها بموجب رضا الطرفين.

وعلى الرغم من إن مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Vill de paris،فيلا دي باريس) اشار إلى أن هناك، مدّة معقولة ينبغي مراعاتها واحترامها من قبل الإدارة وهي لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها المنفردة في اطالة مدّة التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسؤولية ويراعي مجلس الدولة عند تحديد المدّة المعقولة كظروف العمل المطلوب تنفيذه ومدى كفاية الشركة المتعاقدة اي قدرته الذاتية). [١]

الفرع الثالث

التزام جهة التعاقد بمنح المتعاقد بعض مظاهر السلطة العامة

هذه المظاهر والتي بعضاً منها امتيازات وضمانات مستقبلية فكما هو معروف إن امتيازات السلطة العامة من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، لكن في اطار تنفيذ العقد الاداري، فأن لهذا العقد خصوصية متعلقة بالمتعاقد مع جهة التعاقد لأنه معاوناً لها في تنفيذ التزاماتها بتسيير المرافق العامة، وهذا الامر يوجب عليها أن تمنح المتعاقد معها مجموعة من السلطات التي تختلف فيما لو قارناها في اطار القانون الخاص، كما في سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات او الحصول على اشياء من الاراضي المجاورة او سلطة استعمال بعض اجزاء الاموال العامة او سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة او اعطائه بعض سلطات الضبط الاداري التي تمكنه من تسيير المرفق العام.

---

(١) قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٢/٧/ ١٩٥١ اشار اليه الفقيه، (ليوبادير) في كتابة،

' A.de Laubadere :traite theorique et pratique des contrats .tome 2. op .cit .p 189.

وكذلك اعطاء المتعاقد امتياز عدم المنافسة اي منحه احتكاراً فعلياً او قانونياً، ومنحه بعض الاعفاءات من بعض التكاليف العامة او اداء بعض الضرائب والرسوم حسب الاتفاق مع جهة التعاقد.

اما التزام جهة التعاقد بإنهاء عقد الاشغال العامة: ينتهي عقد الاشغال بوصفه عقداً ادارياً نهاية طبيعية ونهاية مبتسرة غير طبيعية فالنهاية الطبيعية عندما يتم تنفيذ العقد او انتهاء المدّة المحددة له ، آما النهاية المبتسرة فينتهي قبل حلول الاجل المتفق عليه في العقد، لذا فعندما ينقضي العقد طبيعياً، إي أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه وفق الشروط الموضوعة في العقد ومن ثم يستوفى الموضوع الذي من اجله ابرم العقد، [١] وكذلك الحالة الطبيعية بانتهاء المدّة المحددة لتنفيذه، إي حينما يتفق الطرفين على حد معين لانتهاء اثار العقد في المستقبل في هذه الحالة لا تنشئ بعد انتهاء المدّة التزامات جديدة بعد نهاية المدّة الأصلية، لكن هناك استثناءات في حالة عقد الاشغال العامة، كيف تتم بموافقة جهة التعاقد صراحة او ضمناً على تمديد العقد في حالة وجود ظروف معينة يكشف عنها استمرار المتعاقد بتنفيذ العقد، بعد نهاية المدّة المتفق عليها، ويبقى كذلك تنفيذ العقد مستمراً بالرغم من صدور شهادة الصيانة واطلاق الكفالة المصرفية المصدقة وتسديد الحساب الختامي عند انتهاء المقاول من عمله مع الادارة، بموجب العقد فكلا الطرفين جهة التعاقد والمتعاقد ملزمين بتمام تنفيذه بعد اصدار شهادة الصيانة حسب المادة الرابعة والستون الفقرة الثالثة من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية العراقية. [٢]

ويتم تنفيذ العقد ببناء المشروع او انشائه او ترميمه او صيانة تحت مسؤولية وحساب جهة التعاقد مقابل وفائها بالمقابل النقدي، هذا من جهة الادارة، آما من ناحية المتعاقد مع الإدارة فيجب عليه أن يسلم المشروع او العمل المنوط به إلى جهة التعاقد ونميز هنا بين حالتين، حالة الاستلام المؤقت وحالة الاستلام النهائي، ففي الحالة الاولى بعد إتمام المتعاقد بتنفيذ العقد مباشرة واستلامه لشهادة اكمال الاعمال من قبل المهندس تبدأ مدّة الصيانة التي نظمتها الشروط العامة

---

(١) د. مفتاح خليفه عبد الحميد، انهاء العقد الاداري "دراسة مقارنة" ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٧٢.

(٢)المادة الرابعة و الستون الفقرة الثالثة من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية العراقية.

العراقية، إذ يتم **الاستلام المؤقت**، بطلب تحريري من المقاول ويعتبر ذلك حقاً للإدارة وحق للمتعاقد معها ايضا ، وبعد ذلك يتم منح شهادة الاعمال بعد أن يقدم تعهد خطي الى المهندس بإكمال الاعمال المتبقية خلال فترة الصيانة، ولا تعد شهاده الاعمال نهائية ما لم ينص عليها صراحة.(١)

آما **الاستلام النهائي**، فتنتقل بموجبة الملكية و يتحمل تبعة الهلاك وكذلك ينقضي التزام المقاول بالصيانة المحددة في الاستلام المؤقت، وتنتهي مسؤولية للإدارة عن إي تعويض لم يطلبها المتعاقد قبل هذه الفترة، كما تنتهي مسؤولية المتعاقد عن ما يكون ظاهراً من العيوب غير المؤثرة، بإستثناء الضمان العشري في ضمان العيوب الخفية وكذلك اطلاق التأمينات النهائية او الكفالة المصرفية المصدقة وتسديد الحساب النهائي للمتعاقد.(٢)

وقد نصت المادة (١٢٠) من اللائحة التنفيذية المصرية رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠١٩ على إنه (قبل انتهاء مدّة الضمان بوقت مناسب يخطر المتعاقد الجهة الإدارية كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة. ومتى تبين إن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من أصل وأربع نسخ يوقعه كل من مندوبي الجهة الإدارية والمتعاقد، أو من يفوضه، ويسلم الأصل للإدارة المالية، وتسلم نسخة للمتعاقد، ونسخة لإدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية، ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ وإذا ظهر من المعاينة أن المتعاقد لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل الاستلام النهائي لحين قيامه باستكمال التزاماته، هذا مع عدم الإخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدني أو أي قانون آخر. وعند إتمام الاستلام النهائي يدفع للمتعاقد ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ ويرد إليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه).

---

(١) د. حسين درويش عبد العال ، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني ،الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٨ ، ص ١٥٩.

(٢) خليل صالح السامرائي، عقد الاشغال العامة، ابرام _تنفيذ _انتهاء ، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٢٨٥.

آما النهاية المبتسرة فينتهي عقد الاشغال العامة في هذه الحالة و تسمى بفسخ العقد، وهي على انواع الفسخ بقوة القانون والفسخ بإتفاق الطرفين والفسخ الاداري والفسخ القضائي.

١- الفسخ بقوة القانون، ينتهي عقد الاشغال بقوة القانون ولا حاجة لموافقة الاطراف وذلك في احوال محددة قانوناً. ا. حينما يهلك محل العقد، فهنا يكون العقد انتهى بحكم القانون، ويعد مفسوخاً تلقائياً لان محل العقد هو الموضوع الذي يتناوله العقد، كما في حالة حدوث الزلزال او غيره ويزول محل العقد وينتهي عقد الاشغال بقوة القانون، آما فيما يتعلق بالتعويض فان هلاك محل العقد نميز بين حالتين حالة ما إذا كان الهلاك بفعل احد المتعاقدين فهنا يكون موجب للتعويض وهذه الحالة تقوم مقام الوفاء كحالة قيام الإدارة بإي ازالة الوجود المالي لموضوع العقد بإن تصدر تعليمات على سبيل المثال كما تناولناها في ما يتعلق بالمخاطر الإدارية او نظرية فعل الامير وهنا تلزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملاً، وكذلك في حالة اتفاق مع المتعاقد في حالة تحقق شروط معينة فإنه يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه كحالة افلاس المقاول او وضع امواله تحت الحراسة القضائية.

ب- الفسخ باتفاق المتعاقدين، هنا تدخل الارادة بسلطانها لتؤثر على تمام التنفيذ، ويجب على جهة التعاقد أن يكون الاتفاق على إنهاء العقد ضمن الاختصاص الممنوح للجهات الإدارية واخذ الموافقات الأصولية بالاتفاق مع المتعاقد لإنهاء عقد الاشغال العام لوجود مصلحة معينة او ضرر معين او بتوجه معين لجهة التعاقد.[١]

ج- الفسخ الاداري هنا تقوم جهة التعاقد بإرادته المنفردة، وفقاً للسلطات التي يمنحها القانون لها بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ولابد لنا ان نميز بين حالتين، الحالة الاولى حالة النص على سلطة الادارة في فسخ العقد ضمن الشروط العامة والخاصة للعقد، فهنا لا توجد صعوبة ، فأن اخل المتعاقد بالتزامه اخلالاً جسيماً تستطيع جهة الإدارة أن تفسخ العقد، آما في حالة عدم النص في الشروط الخاصة او العامة على سلطه الإدارة بفسخ العقد، هنا نرجع للقواعد العامة التي تعطي للإدارة سلطة انهاء العقد و هذه السلطة الممنوحة لها بموجب سلطتها في فرض

(١) محمد محمد عبد اللطيف، القانون الاداري للأموال، الكتاب الثاني الاشغال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٦٧.

الجزاءات على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ من قبل المتعاقد، فصدور الخطأ من جهة المتعاقد هنا تقوم مسؤوليته العقدية ولا داعي لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ولكن الإدارة تلجئ لاعتبارات متعلقة بها إلى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة من دون خطأ من قبل المتعاقد.

د- الفسخ القضائي، وهذا الفسخ من صلاحية الجهات القضائية التي تتولى انهاء العقد بوضع حد نهائي له و انهاء التزاماته وترتيب اثار الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى، فأن كان طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ المتعاقد للالتزامات فهنا يتم الفسخ دون اللجوء الى انذار المتعاقد بضرورة تنفيذ التزاماته اذا كان مجرد رفع الدعوى يعتبر انذاراً للمتعاقد الاخر، إذ أن قيام جهة التعاقد بإنذار المتعاقد يعد تنازلاً من جانبها واسقاط لحقها بالفسخ الاداري وذلك لرغبتها بتنفيذ العقد من قبل المتعاقد.

وفي مصر نصت المادة (٥٠) من قانون تنظيم التعاقدات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على انه (يجب فسخ العقد في الحالات الآتية: ١- إذا تبين إن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد. ٢- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار. ٣- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر. ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائيا، ويشطب اسم المتعاقد في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (١، ٢) من سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة. ويعاد قيد المتعاقد الذي شطب اسمه في سجل المتعاملين بناء على طلبه إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بإوجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إداريا أو بصدور حكم نهائي ببراءته مما نسب إليه، على أن تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بقرار إعادة القيد لنشره بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة. الفسخ الجوازي للعقد أو التنفيذ على الحساب). وكذلك المادة(٥١) من نفس القانون على انه (يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه. ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة، يخطر به المتعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية

للبريد، مع تعزيزه في الوقت ذاته بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال على عنوانه المبين في العقد. ولا يجوز للجهة الإدارية الجمع بين كل من الإجراءين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة لأي سبب. وفي جميع حالات الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد يكون التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من مقابل التأخير وقيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري)، وكذلك المادة(٥٢) من القانون ذاته نصت على إنه (في حالة وفاة المتعاقد أثناء التنفيذ، يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورد التأمين النهائي للورثة ما لم يكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح لهم بالاستمرار في تنفيذ العقد، وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد مع رد التأمين النهائي ما لم يكن لها مطالبات أو السماح لباقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه).

وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر اشارت إلى أن المقاول لا يستطيع أن يفسخ عقد الاشغال من تلقاء نفسه مالم يكن هناك تدخل من قبل القاضي، حتى وان توافرت اسباب الفسخ، إذا كان المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يوقع الجزاء عليها.[١]

المطلب الثالث

ضوابط النظام العام في الوسائل القضائية في منازعات الاشغال العامة

إن عقد الاشغال كغيرة من العقود يترتب عليه العديد من الاعمال، وهذه الاعمال بطبيعة الحال ترتب خلافات بين المتعاقدين في اثناء تنفيذ هذا العقد، ويرى الفقه إن هناك ثلاث انواع للمنازعات في عقد الاشغال، الاولى المنازعات العقدية والتي تنشأ بشأن تسير بنود العقد، والثانية

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في.٩/ ٢ /١٩٩٩ في الطعن المرقم ٤٠٦٧ لسنة ٤١ ق. ادارية عليا .نقلا عن الدكتور محمد ماهر العينين الكتاب الثالث، موسوعة القاضي الاداري و تطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لإحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٢٦٨.

المنازعات العملية التي تنشأ اثناء تنفيذ الاعمال، والتي تكون ذات طبيعة فنية وغالبا ما تكون ذات طبيعة مالية لتحديد التأخير، والثالثة المنازعات المالية التي تنشأ من التعويضات المالية ، إي التي تترتب على خطأ فني يرتب تعويض مالي وحساب المصاريف وفوات الربح.(١)

وتلك المنازعات تحتاج الى وسائل لتسويتها، إذ أن هناك انواع من الطرق لتسوية المنازعات منها وسائل غير قضائية واخرى وسائل قضائية ، إن اللجوء الى القضاء من آهم الوسائل التي نصت عليه التشريعات ، لما لها من استقلال الزام في القرارات التي تتخذها المحاكم على اختلاف درجاتها، فإن عقد الاشغال من العقود المركبة التي تحوي عمليات معقدة تتداخل فيها القرارات الادارية مع وجود العقد ، لذا لابد لنا أن نبحث ضوابط النظام العام في القرارات المنفصلة عن عقد الاشغال ، وبعد ذلك نتناول ضوابط النظام العام في النظر في منازعات عقد الاشغال امام القضاء ، لذا سنتناول ذلك في فرعين، إذ سنتناول في الفرع الاول احكام النظام العام في القرارات المنفصلة عن عقد الاشغال وفي الفرع الثاني الاجراءات القضائية المتعلقة بالنظام العام في منازعات عقد الاشغال العام .

الفرع الاول

احكام النظام العام في القرارات المنفصلة عن عقد الاشغال

إن العقد الاداري يحوي نوعين من القرارات التي تدخل في تكوين العقد ، إلا أن تلك القرارات ليست على درجة واحدة من الاستقلالية فمنها من يستقل عن العقد الاداري ومنها من لا ينفك عن تكوينه، لذا ظهرت نظرية القرارات الادارية المركبة ، التي تنقسم الى نوعين القرارات المتصلة بالعقد والقرارات المنفصلة عنه ، ففي حالة حصول نزاع حول عقد الاشغال العامة فكيف يتم فض النزاع.

رأينا سابقاً إن عقد الاشغال يحوي على عملية مركبة من الاجراءات وهذه الاجراءات البعض منها لا يمكن التغافل عنها او النزول عنها لارتباطها بالنظام العام والبعض الاخر

---

(١) احمد بن سالم بن شامس الحجري ، الاوامر التنفيذية في عقد الاشغال العامة في ضوء عقد الفيديك ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، ٢٠١٣ ، ص١٧١.

خاضع الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وحرية الاطراف في الابقاء على الاجراء من عدمه، من ضمن تلك الاجراءات المتعلقة بالإبرام اصدار القرارات الإدارية، فالإدارة حينما تقوم بأبرام عقد الاشغال العامة تصدر مجموعة من القرارات والاجراءات، فمن القرارات المتصلة بالعقد الاداري التي لا تنفك عنه وهناك القرارات المنفصلة عن العقد الاداري وهذه القرارات لا نريد الخوض فيها ولكن بقدر تعلق الامر بفض المنازعات المتعلقة بعقد الاشغال، والمتمثلة بالجواب على السؤال الآتي لو اصدرت الإدارة قراراً ادارياً وهذا القرار يحوي خلافاً بين الإدارة والمتعاقد معها، فهل تعتبر تلك الاجراءات المتعلقة بالطعن في القرار الاداري من النظام العام؟ إذ يجب على جهة التعاقد وعلى الافراد الالتزام ولا يجوز الاتفاق على التنازل عنها.

وقد تنبهه مجلس الدولة الفرنسي الى نظرية القرارات المركبة او المنفصلة في حكمها الشهير في قضية (Martin) والتي اشارت إلى (إذ قَبَل الغاء ضد القرار الاداري الذي منح امتياز لإحدى الشركات رغم إن هذا القرار يندرج في عقد الامتياز ولا تتدخل المشاركة بشأنهم من اختصاص مجالس الاقاليم). [١]

ومفاد هذه النظرية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي متعلقة بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال والتي تتوازى مع مراحل تكوين العقد الاداري، إذ أن لتلك القرارات استقلالية إذ بالإمكان فصلها عن العملية العقدية واللجوء الى الطعن بها استقلالاً عن العقد الاداري. [٢]

وفي قرار(مجلس شورى سابقاً) لمجلس الدولة العراقي بقرار صادر من محكمة القضاء الاداري في ٢٨/ ١١/ ١٩٩٠ والذي نص على إنه(الغاء قرار الإحالة الصادر عن فرع زراعة وري واسط لبطلان اجراءات المزايدة استنادا الى قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنه ١٩٨٦ واعادة اجراءات الاعلان عن تأجيرها وفق القانون). [٣]

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية، منشاة المعارف للطباعة، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص٤٣.

(٢) د. محمود السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الادارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٣٥ .

(٣) نقلا عن ماجد راغب الحلو ، الدعاوى الادارية، المصدر السابق، ص٤٣.

أولاً: الاجراءات السابقة على الطعن في القرارات المنفصلة: إن القرار المتعلق بعقد الاشغال يفرض على الطاعن مجموعة من الاجراءات الواجب عليه القيام بها وهذه الاجراءات اغلبها تتعلق بالنظام العام، بالنسبة لمضمون و موضوع القرار المراد الطعن فيه، فيشترط أن يطعن الطاعن بدعوى الالغاء بمشروعية العناصر الرئيسية المكونة للقرار الاداري المتمثلة بالاختصاص اي الصلاحية القانونية الممنوحة لرجل الإدارة في اصدار القرار الاداري، وكذلك الشكل والاجراءات إي المظهر الخارجي للقرار الاداري وكذلك الاجراءات المتعلقة بإصدار القرار الاداري سواء كانت اجراءات سابقة ام اجراءات معاصرة لإصداره كالكتابة وتشكيل اللجان والتوقيع وغيرها، من الاجراءات المتعلقة بشكل القرار الاداري ، ومحل القرار الاداري إي الموضوع الذي يقع القرار الاداري او فحوى القرار الاداري، وكذلك سبب اصدار القرار الاداري اي الحالة الواقعية والقانونية، التي تدفع رجل الإدارة لإصدار القرار الاداري ، والغاية المتوخاة و المبتغاة من اصدار القرار الاداري، فقد تكون الغاية عامة وقد تكون الغاية مخصصه وفقاً لإرادة المشرع وعموما يجب أن يبتغى رجل الإدارة تحقيق المصلحة العامة في اصدار القرار الاداري، هذه الشروط العامة او العيوب التي تصيب القرار الاداري، التي تكون محلا لي مخاصمة القرار الاداري والطلب من الجهات القضائية بإلغائه فكل هذه العناصر الاجراءات المتعلقة بها، متعلقة بالنظام العام فلا يجوز للإدارة أن تتخذ قراراً دون ان تراعي تلك العناصر الأساسية في اصدار القرار الاداري. [١]

ثانيا: اجراءات الطعن بالقرار الاداري المنفصل: إن الطعن بالقرار الاداري المعيب المتعلق بعقد الاشغال هناك مجموعة من الاجراءات الواجب مراعاتها والتي تتصل بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها منها ١- القرار الاداري: وهو عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة بغيت احداث اثار قانونية في المراكز القانونية، ومن ثم فيجب أن يصدر القرار الاداري

(١) د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩ ، ص٦٤٣.

وفق الاختصاص الوظيفي للجهة الإدارية، وان يكون مؤثراً ونهائياً، وان يكون صادراً من جهة وطنية. [١]

١- **المصلحة** : اي الفائدة المرجوة آو المنفعة المراد الحصول عليها جراء الطعن امام الجهات القضائية فهي اساس دعوى الغاء القرارات الإدارية، وهي من النظام العام التي لا قبول دعوى من دون مصلحة، فقد نصت المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على إنه (لا تقبل الطلبات الآتية: الطلبات المقدمة من اشخاص ليست لهم مصلحة شخصية). [٢]

ونصت المادة (٤/٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه(تختص محكمة القضاء الاداري بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الإدارية الفردية و التنظيمية 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 و ممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفى إن كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن). [٣]

ويشترط في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة ومع ذلك فقد تقبل أن تكون المصلحة محتملة[٤] ، ويشترط ان تتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى ، فمجلس الدولة الفرنسي لم يشترط استمرار المصلحة الى نهاية البت في الحكم . [٥] بخلاف القضاء العراقي الذي سار على اشتراط المصلحة من رفع الدعوى الى لحظة البت فيها.

---

(١) د. سامي جمال الدين، اصول القانون الاداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦ ، ص٦٥٧.

(٢) المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٣) المادة (٤/٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) د. محمد ماهر ابو العينين، دعوى الالغاء امام القضاء الاداري، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨، ص ٣٦٥.

(٥) د. طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الاداري، الطبعة الاولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢١٣.

٢- مدة الطعن:

إن مجلس الدولة الفرنسي قد استقرت على اعتبار إن مدّة الطعن من النظام العام على الرغم من تردده في اول الامر حول هذا الموضوع إذ لم يعترض على شرط المدّة في بداية تكوين مجلس الدولة، ولكنه سرعان ما تحول عن هذا الاتجاه منصاعاً لآراء الفقهاء حتى اصبحت القاعدة الثابتة المستقرة الى الان، أن الدفع بانقضاء المدّة من النظام العام فبإمكان المحكمة أن تسيره من تلقاء نفسها ويمكن أن يثار في إي حالة تكون عليها الدعوى، ولا يمكن الاتفاق على اطالة المدّة بالتراضي بين الإدارة والافراد، وهذا ما اكدته المادة(٤٩) من امر ٣١ يوليو سنة ١٩٤٥ التي اعادة تنظيم مجلس الدولة الفرنسي حيث جعلت مدّة رفع الدعوى شهرين من تاريخ نشر القرار او اعلانه.[١]

وفي مصر فقد اكدت المادة(٢٤) من القانون رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ والتي سبقتها المادة(٢) من القانون رقم ٥٥ لسنه ١٩٥٩ على إنه (ميعاد رفع الدعوى امام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الالغاء(٦٠) يوم من تاريخ نشر القرار الاداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية او في النشرات التي تصدرها المصالح العامة او اعلان صاحب الشأن به). [٢]

وهذا ما اكده مجلس الدولة المصري في كثير من احكامه التي ايدت أن (المدد من النظام العام لتعلقها بحجية الاوامر الإدارية وما يتوقف عليها من المصالح العامة والخاصة ويتوقف على عدم قضاء امكان قبول الدعوى شكلاً وتحقيق هذا الآمر موكول الى المحكمة، تجريه بحكم وظيفتها وبغير حاجة الى الدفع به من الخصوم).[٣]

وفي العراق جاءت المادة (٧/ رابعا) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي التي نصت (تختص محكمة القضاء الاداري بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير

---

(١) المادة(٤٩) من امر ٣١ يوليو سنه ١٩٤٥ الفرنسي.

(٢) المادة(٢٤) من القانون رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ والتي سبقتها المادة(٢) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩.

(٣) د.امير فرج يوسف، الوسيط في الطعن على القرارات الإدارية طبقا لإحداث الاحكام الصادرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦ ، ص٥.

المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة و ممكنة ومع ذلك في المصلحة المحتملة تكفى ان كان هناك ما يدعو الى التخوف الحاق الضرر من ذوى الشأن). [١]

على الرغم من إن محكمة القضاء الاداري قد افرغ اختصاصها من محتواها، لما يناقض ما هو عليه الآمر في مجلس الدولة الفرنسي والذي له الولاية العامة في المنازعات الإدارية، وكذلك القضاء المصري ، فقد خرجت العقود الإدارية والتي تعد اهم جناح من اجنحة العمل الإداري وكذلك خرجت مجموعة من القرارات التي جعل لها طريق خاص للطعن، كمجلس تدقيق قضايا المتقاعدين بموجب قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤ و قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنه ١٩٨٢ والذي شكلت بموجبة لجنة استئناف الضرائب ولجنة المسائلة والعدالة الذي ابقى عليها القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ و محكمة الخدمات المالية المنصوص عليها بموجب قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة٢٠٠٤ و لجنة النظر في تسجيل وتصنيف شركات المقاولين والمقاولات بموجب التعليمات رقم (٣). وغيرها والتي يتم تمييز احكام تلك اللجان امام القضاء العادي لدى محاكم الاستئناف او التمييز على الرغم من إن تلك اللجان تنظر بقرارات ادارية، لذا نتمنى على المشرع العراقي ارجاع تلك الطعون الى مجراها الطبيعي وهي محكمة القضاء الاداري باعتبارها جهة الطعن المختصة، اما عن مدّة الطعن امام محكمة القضاء الاداري في العراق فهي (٦٠) يوما تبدأ من تاريخ انتهاء مدّة الثلاثين يوما المتعلقة بالبت في التظلم من قبل الجهة المختصة بذلك، اما عن بدء سريان ميعاد دعوى الغاء القرار المنفصل، فتبدأ من تاريخ نشر القرار المطعون فيه او تبليغ صاحب الشأن به او من تاريخ العلم اليقيني، إلا أن هذه المدّة بالإمكان أن توقف وان تنقطع لرفع الدعوى لأسباب حصرية.

ا. وقف الميعاد: وهي حالة إيقاف ميعاد الطعن في خلال مدّة معينة و لا يسري إلا بعد زوال هذا الظرف، كالقوة القاهرة او نص القانون. [٢]

---

(١)(٧/ رابعا) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، القضاء الاداري في العراق، الطبعة الثانية، دار المرتضى ، بغداد،٢٠١٤، ص١٤٩.

ب. انقطاع الميعاد: ففي هذه الحالة تنقطع المدّة السابقة وتنتهي وتسقط ويزول كل اثر لها لتبدأ بعد ذلك ميعاد كامل جديد بعد زوال الواقعة كالتظلم. [١] والذي اشترط المشرع العراقي في المادة(٧ /سابعا) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والتي نصت(يشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الاداري أن يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبلغ بالإمر او القرار الاداري المطعون فيه او اعتباره مبلغا وعلى هذه الجهة أن تبت في التظلم خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها ب.. عند عدم البت في التظلم او رفضه من الجهة المختصة على المتظلم أن يقدم طعنه).[٢] وكذلك من اسباب انقطاع الميعاد طلب الاعفاء من الرسوم القضائية او رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة.

ج. اثر انتهاء ميعاد الطعن: يترتب على انقضاء ميعاد الطعن سقوط الحق في الطعن إي يصبح القرار الاداري محصن ولا يجوز الطعن به بالإلغاء، إلا أن هناك استثناءات استقر عليها القضاء في فرنسا ومصر لا داعي لذكرها. [٣]

الفرع الثاني

الاجراءات القضائية المتعلقة بالنظام العام في منازعات عقد الاشغال العامة

تناولنا في الفقرة الاولى البعض من الاجراءات التي تتعلق بالنظام العام في اطار القرارات الادارية المتعلقة بعقد الاشغال ، التي تنفصل عن العقد وفي هذه الفقرة سنتناول اجراءات اقامة الدعوى وما يتعلق بتحديد التزام القضاء بإحكام النظام العام، إذ أن عقد الاشغال العامة في العراق يتم النظر فيه امام المحاكم العادية، إذ تلتزم المحاكم التي تنظر في منازعات عقد الاشغال العامة، بمجموعة من المحددات، التي تعُد من النظام العام، لذا سنتناول تلك الاحكام

---

(١) د. مازن ليلو راضي، اصول القضاء الاداري، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، العراق ديوانية، ٢٠١٦، ص٢٧٨.

(٢)المادة(٧ /سابعا) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنه ١٩٧٩.

(٣) د. صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية امام القضاء الاداري ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، مكتبة السنهوري بغداد ٢٠١٠،ص٩٠. وكذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري، الطبعة الثالثة، مطبعة المصطفى، منشأ المعارف ، الاسكندرية،٢٠٠٦، ص٥٣٥.

في مرحلتين إذ سنتناول في المرحلة الأولى مرحلة رفع الدعوى وفي المرحلة الثانية مرحلة اصدار الحكم ومدد الطعن وطرقة بإيجاز.

١- مرحلة رفع الدعوى هذه المرحلة ترتبط الاحكام فيها بالنظام العام ابتداءً من توجيه الخصومة الى اختصاص المحاكم وشروط قبول الدعوى الى مرحلة نظر الدعوى من قبل القضاء، وحالات رد القاضي والدفوع الشكلية والموضوعية وما يتعلق بعلانية الجلسات.

إذ تتمحور هذه المرحلة في توجيه الخصومة و كيفية اقامة الدعوى امام المحكمة المختصة، في اطار اختصاص المحاكم في النظر في منازعات عقد الاشغال، فإن من الامور الثابتة أن قواعد الاختصاص الولائي او النوعي في اختصاص المحاكم تعد من النظام العام، لأنها ترتبط بالمصلحة العامة وفق رؤية المشرع ، الذي بدوره قدر المصلحة الاجدر بالحماية، فاختصاص المحكمة ولائي او نوعياً وفقا لطبيعة الرابطة القانونية، لذا فقد اجاز القانون للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها، واشارت المادة(١٠٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الى جواز الدفع بعدم الاختصاص الولائي او النوعي في إي حالة كانت عليها الدعوى. (١)

إلا أن احكام الاختصاص المحلي للمحاكم ليست من النظام العام وهذا واضح من نص المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لإجازة القانون للخصوم الاتفاق على اختصاص محكمة معينة، حتى ولو كانت غير المحكمة التي تحددها القواعد المتصلة بالاختصاص المحلي. (٢)

(١) المادة(١٠٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٢) المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية في عدّة احكام لها إلى أن نص المادة (٥٩ /٤) المقابل المادة(٣٢ / ٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، لا تتعلق بالنظام العام كما هو الشأن بالنسبة لكافة قواعد الاختصاص المحلي. [١]

وتضيف المادة (٣٧ /١) و المادة(٥٨) و المادة(٧٦) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المصري الي وجوب توقيع محامي على صحيفة الدعوى وتعدّ تلك الاجراءات من النظام العام إي ابطال العريضة او الدعوى التي لا تحتوي على توقيع المحامي، واعتبار تلك الشكلية من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.[٢] اما في ما يتعلق بمن يرفع الدعوى امام المحكمة المختصة، فيما لو كان ناقص الأهلية او فاقدها فإن الآمر متعلق بالنظام العام وقد تم بحثها في الفصل الثاني ولا داعي لذكره، اما في ما يتعلق بشروط قبول الدعوى في المصلحة او الصفة في الدعوى المقامة لمنازعات عقد الاشغال هل تعد من النظام العام، فقد اختلف الفقه الى ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الاول يرى تعلق شرط المصلحة في الدعوى بالنظام العام، ومن ثم يعدّ قبول الدعوى بانتفاء المصلحة هو دفع متعلق بالنظام العام، وهو مقرر ليس لمصلحة المدعى عليه، وانما لمصلحة الدولة والقضاء الذين يشترطه يمنح الحماية للمصلحة العامة.

اما الاتجاه الثاني، والذي يناقض الاتجاه الاول، إذ يرى بعدم تعلق المصلحة او الصفة بالنظام العام، انما هو شرط يتعلق بمحض مصالح خاصة وليست عامة، إنها مصلحة ذاتية متعلقة بالطاعن فقط ومتصلة بحقه او مركزه القانوني، في حالة اعتداء على هذا الحق إذ لا علاقة للمصلحة العامة بوجود الصفة او المصلحة.

---

(١) حكمها في ٢٨ اكتوبر ١٩٢٩ عام ١٩٣١ ٢٩/١ وملاحظة وايضا في ٢٦ مارس ١٩٤٧ في دالوز ١٩٤٧ صفحه ٢٨٣ نقلا عن د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكره النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنه نشر، ص ٤٤.

(٢) المادة (٣٧ / ١) و المادة(٥٨) و المادة(٧٦) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنه ١٩٨٣ المصري.

الاتجاه الثالث يميز بين ما اذا كانت المصلحة تعدّ قاعدة اساسية تتصل بنظام المجتمع الاعلى فإنها تتعلق بالنظام العام، مثلاً الاتفاق الذي يجري بين شخصين على اقامة علاقة غير مشروعة فإن اقامة الدعوى فإنها مخالفة لقواعد الآداب العامة. (١)

وحسمت المادة (١١٥ / ٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري هذا الجدال بنصها (اذا رأت المحكمة إن الدفع بعد قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على اساس، اجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة). (٢)

إي أن اتجاه المشرع المصري الى عدم اعتبار المصلحة او الصفة من النظام العام، هذا في الاطار القانون المدني، إلا أن المصلحة او الصفة في اطار الدعاوى الإدارية تتعلق بالنظام العام لان الدعوى الإدارية تتعلق باستقرار حكم القانون في علاقات الافراد مع السلطات العامة.

وتأكيداً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر على اعتبار إن الصفة او المصلحة من النظام العام في اطار الدعاوى الادارية بنصها (إن احكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لا تطبق امام القضاء الاداري، إلا في ما لم يرد فيه نص خاص في قانون مجلس الدولة و بالقدر الذي لا يتعارض اساساً مع نظام المجلس واوضاعه الخاصة به.. وكانت الدعوى الإدارية تتطلب استقرار حكم القانون في علاقاته مع السلطات العامة فإنه يلزم تأكيداً لصالح العام تيسر امرها على ذوي الشأن وتبسيط اجراءاتها على وجه يتلاءم مع مقتضيات النظام الاداري والطبيعة العينية للدعوى الإدارية واستهداف لهذه الغاية في قضاء هذه المحكمة على تأكيد أن صاحب الصفة الذي لم يختصم اصلاً في الدعوى، إذا ما مثل فيها امام المحكمة من تلقاء نفسه او ابدا دفاعاً موضوعياً فيها فلا يقبل منه بعد ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفه و لو تم هذا الاجراء بعد انقضاء مواعيد الطعن بالإلغاء وبالتالي يعتبر هذا الدفع من النظام العام الذي يجوز لصاحب الشأن أن يثيره في إي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة

---

(١) د. محمود مصطفى يونس، المصدر السابق، ص٦٣.

(٢) المادة (١١٥ / ٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

أن تتصدى له من تلقاء ذاتها ولو لم يكن ثمة دفع من المدعى عليه او من هيئة مفوضي الدولة). [١]

ففي مرحلة الاستمرار في الدعوى تواجه القضية مسألتين هي عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى ، إذ قد يكون عدم الصلاحية مطلقاً او نسبياً ، التي هي حالات رد القاضي، إذ نصت المادة (٩١) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه(أن يمتنع وجوبا في النظر للدعوى في الحالات التالية :١-إذا كان زوجا أو صهرا أو قريبا لأحد الخصوم حتى الدرجة الرابعة .٢-إذا كان لهُ ولزوجة أو لأحد أولاده أو أحد أبويه خصومة قائمة مع أحد الطرفين أو مع زوجة أو أحد أولاده أو أحد أبويه .٣-إذا كان القاضي وكيلا لأحد الخصوم أو وصياً عليه أو قيما أو وارثا ظاهرا لهُ أو كانت لهُ صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل أحد الخصوم أو الوصي عليه أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس الشركة التي هي طرف في الدعوى أو أحد مديريها٤-إذا كانت لهُ أو لزوجة أو لأصوله أو لأزواجهم أو لفروعه أو أزواجهم أو لمن يكون وكيلا عنهُ أو وصيا أو قيما عليه مصلحة في الدعوى القائمة .٥-إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الطرفين في الدعوى أو كان قد سبق لهُ نظر فيها قاضيا أو خبيرا أو مُحكما أو كان قد أدلى بشهادة فيها). [٢]

ونص المادة (٩٤) من قانون المرافعات المدنية العراقية على انه جواز رد القاضي .(..للأسباب التالية١- إذا كان أحد الطرفين مستخدما عنده أو كان قد أعتاد مؤاكلة أحد الطرفين أو مساكنته أو كان قد تلقى منهُ هدية قبل إقامة الدعوى أو بعدها .٢-إذا كان بينه وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة يرجع معها عدم استطاعته الحكم من غير ميل ..). [٣]

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٠ نوفمبر عام ١٩٧٣ الطعن رقم ١٣٦٦ لسنه ١٤ ق.

(٢)(المادة / ٩١) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٣)المادة (٩٤) من قانون المرافعات المدنية العراقية. اما اجراءات طلب الرد ١-تقديم عريضة الطلب إلى القاضي ويكون مكتوبا .٢-مضمون العريضة يجب أن يشمل على أسباب الرد بأوراق مؤيدة لطلبه .٣-على القاضي أن يمتنع عن الاستمرار في نظر الدعوى .٤-على القاضي الذي طلب رده أن يجيب كتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب وترسل الأوراق إلى محكمة التمييز للبت فيها بصورة مستعجلة .

ونصت المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على تلك الحالات وهي (١-اذا كان قريبا او صهرا لاحد الخصوم...٢-اذا كان له او لزوجته خصومة قائمة...٣-اذا كان وكيلا لاحد الخصوم.....٤- اذا كان له او ....مصلحة في الدعوى القائمة٥- اذا كان قد افتى او ترافع في الدعوى...). [١]

والمادة (١٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (لا يكون القاضي صالح للنظر الدعوى اذا رفع دعوى تعويض على طالب الرد او قدم بلاغ الى جهة الاختصاص ويتعين عليه التنحي عن نظرها). [٢]

وهذه الحالات ترتب البطلان في ما لو صدر حكم خلافاً لهذه الحالات و يجوز التمسك به في إي حالة كانت عليها الدعوى حتى وان كانت امام محكمة التمييز وبالتالي تعتبر من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها او الاتفاق على مخالفتها.

اما حالات رد القاضي، فقد نصت المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على تلك الحالات وهي (١-اذا كان له او لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها...٢-اذا كان لمطلقته التي له منها ولد اول لاحد اقاربه..٣-اذا كان احد الخصوم خادم او كان هو قد اعتاد..٤_اذا كان بينه وبين احد الخصوم عداوة او مودة...). [٣]

وكذلك المادة(١٤٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي اشارت الى استشعار القاضي الحرج من نظر الدعوى لأي سبب من غير الحالات السابقة، [٤] لان ذلك لا تتعلق بالنظام العام، ويترتب عليها إن حكم القاضي الذي صدر خلافاً لاسباب الرد صحيحا طالما لم تتخذ حق هي اجراءات الرد.

---

(١)المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٢)المادة (١٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٣)المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٤)المادة(١٤٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

آما الخصومة بوجودها وتعلقها بالنظام العام، فانقطاع الخصومة بقوة القانون اشارت المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على انه ينقطع سير الخصومة بحكم القانون لوفاة احد الخصوم او فقده اهلية الخصومة او بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين إلا أذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها). [١]

وهذا يعني انقطاع الخصومة من النظام العام، ومن ثم يتصدر فيها الركن الشخصي مما يؤثر في صحة الاجراءات ويهددها بالبطلان لأنه يتعلق بالنظام العام.

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية نصت على انه (تمثيل جهة الإدارة في الطعن امر اوجبه القانون للمصلحة العامة، فلا يجوز للمحكمة ان تقبل تنازل الخصوم عن تمثيلها ويكون لمحكمة النقض والنيابة العامة ان تثير ذلك من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام). [٢]

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية نصت على انه (يبين من مجمل شروط العقد المحرر في ٢١ /٤/ ١٩٤٧ و المبرم تحقيقا للتنمية السياحية و الشاطئية لمدينة (Biarritz) ، إن الامر يتعلق بعقد امتياز مرفق عام، ومن ثم فإن المنازعات المتعلقة بتنفيذ هذا العقد الاداري هي من ما يدخل في اختصاص المحاكم الادارية ،وخلصت المحكمة من ذلك إلى أن اطراف الاتفاق لا يمكنهم بواسطة شرط الاتفاق مانح للاختصاص مخالفة قاعدة منظمة للاختصاص تعدّ من النظام العام، ومن ثم فانه متى تمسكت محكمة الاستئناف باختصاصها بنظر النزاع تكون قد تجاوزت سلطانها لمخالفتها احكام المادة ١٣ من قانون ٢٤ /٨/ ١٧٩٠). [٣]

٢- مرحلة اصدار الحكم وكل ما يتعلق بإجراءاته من الشكلية المطلوبة لإصداره الى بطلان الحكم، الى مراحل الطعن والمواعيد المقررة للطعن.

---

(١)المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩ ديسمبر ١٩٩١ في الطعن رقم ٣١٨٨ لسنه ٦١ ق في ٤ يونيو ١٩٩٢ الطعن رقم ١٥١٣ لسنه ٥٧ ق. نقلا عن محمود مصطفى يونس، المصدر السابق ،ص١٤٨.

(٣).Civ,.18 Fev. 1986, Bull. Civ,, I, n. 33, p. 29

إن الحكم القضائي هو قرار تصدره المحاكم القضائية المختصة وفق الامور الداخلة في ولاية القضاء متعلق بخصومة معينة بما لها من سلطه قضائية، والقرار القضائي قد يكون منعدماً وقد يكون باطلاً، فالقرار المنعدم يفقد الصفة الإرادية لهذا القرار في حالات محددة فإن صدر القرار في حالة اكراه على القاضي او كان فاقداً لإرادته في حالة وجود عيب جوهري كان لم يؤدي القاضي اليمين القانونية، او زالت عنه صفة القاضي او اذا لم يوقع القاضي على الحكم.

اما بيانات الحكم بعضها يتعلق بالنظام العام والبعض الاخر لا يتعلق بالنظام العام، إذ بينت المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي على تلك البيانات، إلا أن البطلان الذي رتبه القانون على اغفال البيانات فيما لو كان البيان جوهري إي البيانات اللازمة لصحة الحكم ، والتي تتعلق بالنظام العام، ففي حال عدم ذكرها فإن المحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بالبطلان و للخصوم تتمسك بذلك، كعدم ذكر اسماء القضاة وتوقيعهم والتشكيل الخاطئ لهيئة المحكمة كاشراك قاضي من درجة اقل بمحكمة اعلى منها، فهذه الامور الشكلية متعلقة بالنظام العام، آما ما يتعلق بالمبادئ الأساسية المرتبطة و المتعلقة بالنظام العام كمبدأ المواجهة القضائية، إذ أن القاعدة لا يجوز الطعن بالحكم بمجرد بدء النزاع و قبل سماع اقوال الخصوم ولا يجوز أن يصدر الحكم إلا بعد قفل باب المرافعة صراحة او ضمناً، ويقع على القاضي واجب الزام نفسه بمبدأ المواجهة وان يطلع الخصوم على الاجراءات المتخذة، فلا يجوز الحكم على اساس قاعدة قانونية لم يدع الخصم الى مناقشتها ولم تتح له الفرصة لتقديم حجته بشأنها ويترتب على مخالفة مبدأ المواجهة القضائية وبطلان الاجراءات لتعلقها بالنظام العام، اما علنية الجلسات فلا تتعلق بالنظام العام، إذ أن للمحكمة سلطة تقديرية في جعلها سرية على الرغم من علنية المبدأ في الدستور العراقي التي تناولته المادة(١٩/سابعاً) التي نصت على أن (جلسات المحاكم علنية الا إذا قررت المحكمة جعلها سرية). [١]

(١) المادة (١٩/سابعاً) من الدستور العراقي لسنة٢٠٠٥ النافذ.

آما المادة (١/٦١) من قانون المرافعات المدنية تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إجراءها سراً للمحافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب العامة ولحرمة الأسرة). [١]

وقد تناولها قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ ، إذ نصت المادة (٥) منه على إن (جلسات المحاكم علنية إلا أذا قررت المحكمة جعلها سرية محافظة على النظام العام او مراعاة للآداب او لحرمة الاسرة ويتلى منطوق الحكم علنا). [٢]

آما المدد الواردة في القوانين، فإنها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقع باطلاً كل مخالفة لتلك المدد، وقد نصت المادة(١٦/ثالثا) من قانون المرافعات الفرنسي على انه (لا يستطيع القاضي أن يؤسس حكمه على اوجه القانون، دون تلك التي تتعلق بالنظام العام التي اثارها من تلقاء نفسه إلا أذا كان قد جعل خصوم قبل ذلك لتقديم ملاحظاتهم). [٣]

وايضاً من الامر التي تتعلق بالنظام العام مبدأ ان يحاكم المتنازعين امام قضاتهم، إي وجوب أن يصدر الحكم من القضاة الذين شاركوا في المداولات، وهذا مبدأ اساسي إذ يصبح الحكم معيب لتعلقه بالنظام العام، إلا أنه من باب ثاني يكفي أن يشترك القاضي في المرحلة الأخيرة في اخر مرافعة قبل ختام المرافعة، ومن ثم يجوز له أن يشترك في اصدار الحكم، أما في ما يتعلق بحجية الحكم او حجية الامر المقضي به وتعلقه في النظام العام، وكذلك طرق الطعن والمدد القانونية المنصوص عليها في قوانين المرافعات المدنية تعدّ من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإن حكم حينما يكتسب الدرجة القطعية درجه البتات ، فيكتسب حجية الامر المقضي به، ومن ثم لا يجوز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، وهذا الآمر ثابت في القانون المصري و كذلك في القانون المدني العراقي و قانون الاثبات المصري والعراقي، إلا أن الامر مختلف في القانون الفرنسي إذ أن القانون الفرنسي لا يعتبر حجية الآمر المقضي به من النظام العام الذي يجوز عرض المنازعة مرة اخرى على القضاء في حالة اتفاق الاطراف و أن

(١) المادة (٦١ /١) من قانون المرافعات المدنية العراقي.
(٢) المادة (٥) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.
(٣) المادة(١٦/ثالثا) من قانون المرافعات الفرنسي.

القاضي لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه برفض الدعوى ما لم يتدخل اطراف الطعن وفقا للمادة (٤٨١) من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص (النطق بالحكم يخرج النزاع من ولاية القاضي الذي اصدره). [١]

آما مواعيد الطعن والتي هي آجال يسقط الحق بانقضائها، وتعدّ المدد من الامور التي تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها، والتي تسقط الحق في الطعن بعد فواتها لتعلقها بالنظام العام، وكذلك درجات المحاكم تعتبر من النظام العام فيما لو نص القانون على إن الواقعة تنظر بمرحلتين، او في ثلاث مراحل كما هو الحال في قانون المرافعات المدنية العراقي التي اشارت الى درجات المحاكم محاكم البداءة ومحاكم الاستئناف ومحاكم التمييز، إي اختلاف درجات المحاكم الدرجة الاولى والدرجة الأخيرة او الدرجة الاولى والدرجة الثانية والدرجة الثالثة، حتى في ما يتعلق بأسباب الطعن امام محاكم الدرجة الأخيرة فلا يجوز ذكر اسباب غير التي ذكرت في الصحيفة، و هذا ما نصت عليه المادة (٢٥٣/ ٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. [٢]

(١) المادة (٤٨١) من قانون المرافعات الفرنسي .
(٢) (٣/٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن انتهينا من موضوعنا الموسوم **(احكام النظام العام في عقد الاشغال العامة)** "دراسة مقارنة" توصلنا الى اهم النتائج والمقترحات:

اولا / النتائج:

١- لاحظنا إن تلك الاحكام سواء ما تم ترجمتها بنصوص قانونية آمرة، ام بقيت مُثل عليا في ضمير الجماعة، لا يمكن تحديدها لتشعب فكرة النظام العام، لذا فمن المستحسن ان تترك مسألة تحديدها بالاعتماد على النصوص القانونية وانما تترك للقاضي فهو يمثل الجانب التطبيقي. وان هذه الفكرة كانت سائدة في التقنين الفرنسي القديم بمستواها السلبي المقيد لسلطان الإرادة ، وقد تحولت الى دور إيجابي بتلك الاحكام من خلال تدخل المشرع في تنظيم العلاقات بنصوص تشريعية، إذ اصبح التحول حتى في فكرة البطلان المطلق الى البطلان النسبي، بسبب مخالفة احكام النظام العام، لكي يتم اعمال العقد وتنفيذ المشاريع كتنفيذها على حساب المقاول او بلجنة اسراع.

٢- إن الاحكام التي جاءت في ظل الشرائع القديمة ، كانت تتسم بصياغات مختلفة من الاحكام منها من كانت مصدرها ديني قدسي، وكذلك فحوى القواعد ذات صبغة دينية ومن ثم توجد نوع من القداسة على تلك الاحكام لارتباطها بالدين، وما تمثله من رمزية معنوية لدى تلك الشعوب ، ومنها من كان مصدرها ليس دينياً ، بل بشري ولكن درجة الزاميته قوية، لآنه احدث ثورة اصلاحية كبرى في المجتمع ، ومنها من كانت قواعد تجميعه لما هو سائد من احكام واعراف وتقاليد تلك الشعوب ، ولكن الذي اكتسى تلك القوانين الالزامية واعتبرناها من النظام العام هي الشكلية التي كانت تتسم فيها تلك القواعد، على الرغم من إن النظرة الى النظام العام لم تكن سائدة في ذلك الوقت الا انها تتشابه مع الفكرة الحديثة له.

٣- لاحظنا الانقسام التشريعي الغربي حول فكرة النظام العام، فنرى إن القانون الإنكليزي الذي يمثل الشريعة الانكلوسكسونية يراها فكرة قضائية مرنة متطورة، وهي من خلق

القضـاء ويعلـق احـد القضـاة الإنكليـز(إنـك إذا حاولـت تعريـف النظـام العـام تركـب حصـاناً جامحـاً لا تـدري علـى إي ارضٍ سـيلقي بـك) أمـا الاتجـاه اللاتينـي المتمثـل بالقـانون الفرنسـي فيـرى انهـا فكـرة قانونيـة وأول مـن اسـتعملها القـانون المـدني الفرنسـي عـام١٨٠٤م المـادة السادسـة والمـادة(١١٣٣)، امـا القـانون الألمـاني فكانـت فكـرة النظـام العـام موضـوع جـدل كبيـر فـي مجلـس الريشسـتاج الألمـاني عنـد مناقشـة مشـروع القـانون المـدني المـادة (١٣٨) وادى الـى اسـتبعادها والإبقـاء علـى الآداب العامـة، بسـبب المرونـة الكبيـرة التـي يتمتـع بهـا النظـام العـام. امـا التشـريعات العربيـة فكانـت الشـريعة الإسـلامية تمثـل قانونـا للمعـاملات الماليـة فـي معظـم البلـدان العربيـة وذلـك قبـل صـدور التقنينـات المدنيـة، فقـد اهـتم المسـلمون الأصـوليين بوصـف حمايـة الشـرع للمصـلحة المعتبـرة، وهـي فكـرة ضـابطة لحمايـة المقاصـد الخمسـة(الـدين والـنفس والعقـل والنسـل والمـال)، وتوالـت التشـريعات العربيـة ممثلـة فـي مجلـة الاحكـام العدليـة فـي اغلـب البلـدان الـى تبنـي بعـض تلـك المفـاهيم، كالمـادة (١٣٥) مـن القـانون المـدني المصـري التـي نصـت علـى(اذا كـان محـل الالتـزام مخـالف للنظـام او الآداب كـان العقـد باطـل) والتشـريع العراقـي فـي المـادة (١٢٨) وكـذلك المـادة (١٣٠) مـن القـانون المـدني العراقـي إذ قام المشرع العراقي بتحديد بعض صور مخالفة النظام العام.

٤- لاحظنـا إن الـبعض يخلـط بـين القواعـد الآمـرة التـي لا يجـوز الاتفـاق علـى مـا يخالفهـا لآنهـا تتعلـق بالنظـام العـام وفكـرة النظـام العـام ، بينمـا إن القواعـد الآمـرة تمثـل الوسـيلة والغايـة لحمايـة النظـام العـام التـي تسـتقر فـي الضـمير بشـكل مبـادى وقـيم، وعلـى الـرغم مـن الـتلازم بينهمـا إلا أنهمـا يمكـن تشـبيههما بكـائن حـي جسـمه القواعـد الآمـرة بإبعـاده الملموسـة وروح الكـائن تمثلـه الأفكـار والقـيم والمثـل العليـا، وتـرابط الـروح والجسـد آمـر حتمي لوجود الكائن ليكمل احدهما الاخر.

٥- لاحظنـا فـي الكثيـر فـي القـرارات لمحكمـة التمييـز الاتحاديـة فـي العـراق دور أساسـي فـي مراقبـة مرونـة فكـرة النظـام العـام، بمـا يحمـي أمـوال الدولـة مـن التصـرفات الشخصـية للإدارة ولبعض القرارات القضائية في درجاتها الأولى.

٦- نلحظ إن تشكيل و انعقاد اللجان كلجنة فتح العطاءات و لجنة التحليل هي من الاجراءات الشكلية التنظيمية الحاكمة في عملية ابرام عقد الاشغال، وان إي خلل في تشكيل او انعقاد تلك اللجان يؤدى الى بطلان الاجراءات الشكلية المتعلقة بتلك اللجان، وهذا بدوره يؤدي الى بطلان العملية العقدية لتعلق الامر بالنظام العام.

٧- تبين لنا إن احكام النظام العام في عقد الاشغال العامة تكون واضحة في مجالات الاختصاص والتنظيم في اطار ابرام العقد، وكذلك في المدد القانونية المنصوص عليها في التشريعات وايضا النسب القانونية التي لا يجوز زيادتها حتى وان وافق الطرفين على ذلك لتعلقها بالنظام العام، بوصفها من القواعد الحاكمة في ابرام وتنفيذ العقد.

٨- إن الحقوق التي يرتبها عقد الاشغال ليست كلها من نتاج العلاقة العقدية التي تتيح لطرفي العلاقة التخلي عنها، أو الاتفاق على مخالفتها، وانما تكون البعض منها ذات قوة قانونية، تفوق العلاقة العقدية والشريعة التي سيكونها العقد بالتراضي ، مما يجعل هناك التزام على اطراف العلاقة بعدم المساس بوجود البعض من الحقوق لارتباطها بالنظام العام.

٩- إن عقد الاشغال العامة يحوي عملية مركبة ، اعمال قانونية و مادية منها ما يصدر بالإرادة المنفردة لجهة الادارة وهو ما يصطلح علية بالقرار الاداري وهذا قد يكون متصل بالعقد الإداري ويصعب فصله والطعن به مستقلا عن العقد ، والبعض الاخر ما ينفصل عن العقد وبالإمكان الطعن به مستقلاً عن عقد الاشغال العامة، وان الطعن في القرارات الادارية الداخلة في العملية العقدية ، تكون من اختصاص مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر ، اما في العراق فإن جهة الطعن في القرارات الادارية المرتبطة بعقد الاشغال تكون من اختصاص مجلس الدولة العراقي ، إذ أن هناك احكام متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها او الاتفاق على مخالفتها لارتباطها بالمصلحة العامة ، منها مدد الطعن والاجراءات المتعلقة بالاختصاص والتنظيم ، إي الاجراءات الواجب اتباعها من قبل طرفي العلاقة.

١٠-إن احكام عيوب الرضا التي اوردها القانون المدني على العقود المدنية لا تتعارض مع الاسس العامة للعقود الإدارية ومن ثم يتعين الاخذ بها، وتأكد ذلك في العديد من القرارات التي اصدرتها المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة المصري.

١١-إن اساس البطلان هو المخالفة لقاعدة قانونية آمرة، ويرتب عليها البطلان المطلق الذي يتعلق بالنظام العام، الذي يشترط في التصرف القانوني أن يكون موافقاً للقانون، ومن ثم فأن المشرع غير ملزم دائماً بأن يجعل لكل مخالفة اثر، متمثل بالبطلان في النصوص ، بل إنه يضع قواعد عامة، متعلقة بقاعدة آمرة، فمخالفة تلك القاعدة الآمرة هي البطلان ، وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في مراقبة الوقائع التي انتهجها المتعاقدان من خلال النظر إلى الاركان الأساسية التي يقوم عليها عقد الاشغال، فإن لاحظ مخالفة للمبادئ القانونية العامة المنصوص عليها في القانون، بقاعدة آمرة جزاؤها البطلان، فيحكم القاضي ببطلان التصرف اعتماداً على قناعاته المتولدة من النصوص الآمرة التي تناولت مجمل الموضوع.

١٢-نلحظ على الرغم من رجاحة الرأي الذي يرى أن هناك اختلافا بين فكرة النظام العام و مبدأ حسن النية، من حيث الجزاء ومن حيث المصلحة المقصودة، إلا أن ذلك لا يمنع من وصف مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي ترتبط بإحكام النظام العام، وذلك على الرغم من عدم بطلان العقود التي تنفذ بما يخالف مبدأ حسن النية، إلا أن ذلك لا يبرر اعتباره مبدأ اساسياً يلامس المصلحة العليا الاساسية للمجتمع، وكذلك حمايته للمصلحة الذاتية الشخصية للمتعاقد، ففكرة النظام العام كما أتضح لنا تتمحور وترتبط بالمصالح العليا للمجتمع، وارتباطها بقواعد آمرة تمثل الجانب المادي للنظام العام، وان مخالفة تلك القواعد هي مخالفة لإحكام النظام العام، ومن ثم لا يستطيع المتعاقدين الاتفاق على تنفيذ عقودهم بعيداً عن مبدأ حسن النية، او بما يخالف هذا المبدأ ، لذا فإنه يرتبط بالمصالح العليا والخاصة لأفراد المجتمع، ومن ثم يعدُّ عنصراً اساسياً لفكرة النظام العام.

١٣-إن مرحلة رفع الدعوى هذه المرحلة ترتبط الاحكام فيها بالنظام العام، ابتداءً من توجيه الخصومة الى اختصاص المحاكم وشروط قبول الدعوى الى مرحلة نظر الدعوى من قبل

القضاء، وحالات رد القاضي والدفوع الشكلية والموضوعية وما يتعلق بعلانية الجلسات، إذ تتمحور هذه المرحلة في توجيه الخصومة وكيفية اقامة الدعوى امام المحكمة المختصة، في اطار اختصاص المحاكم في النظر في منازعات عقد الاشغال فإن من الامور الثابتة إن قواعد الاختصاص الولائي أو النوعي في اختصاص المحاكم تعد من النظام العام، لأنها ترتبط بالمصلحة العامة. وإن مجلس الدولة الفرنسي قد استقرت على وصف مدّة الطعن من النظام العام على الرغم من تردده في اول الامر حول هذا الموضوع، إذ لم يعترض على شرط المدّة في بداية تكوين مجلس الدولة، ولكنه سرعان ما تحول عن هذا الاتجاه منصاعاً لآراء الفقهاء حتى اصبحت القاعدة الثابتة المستقرة إلى الان، وإن الدفع بانقضاء المدّة من النظام العام فبإمكان المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ويمكن أن يثار في إي حالة تكون عليها الدعوى، ولا يمكن الاتفاق على اطالة المدّة.

ثانيا/ المقترحات:

١- من خلال دراستنا لموضوع احكام النظام العام في عقد الاشغال العام لاحظنا إن تلك الاحكام غامضة ومرنة ونسبية، إذ أنها تعد حصيلة التغيرات الاجتماعية والسياسية مما تنتج تغيرات في النظام القانوني بوصفها وسيلة لحفظ النظام العام، لذا نتمنى على المشرع أن يمازج بين التغيرات الاجتماعية والاحكام القانونية التي ترجمت تلك الاحكام لكي لا يصبح هناك بون شاسع بين التغيرات الاجتماعية والتحديدات الشرعية المتمثلة بالنصوص القانونية.

٢- ندعو المشرع العراقي أن يوضح ولو بشي موجز ما يعد من احكام النظام العام ، مع الابقاء على عدم ضبط تعريف جامع للنظام العام لكي لا يصادر توجهات وثقافات الاجيال اللاحقة، لان تلك الاحكام الخاصة بالنظام العام ليست وليدة القانون فقط بل هي قواعد تراكمية من النصوص الآمرة والقواعد العرفية التي يكشفها القضاء.

٣- ندعو السلطة التشريعية في العراق أن تقوم بصياغة قانون للعقود الحكومية ينسجم مع المرتكزات العليا للمجتمع و متلائم مع القواعد الدستورية لدستور ٢٠٠٥ العراقي

النافذ، بعيداً عن التشابك و سوء الترجمة التي اعترت قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ، فوفقا للتدرج القانون لإحكام النظام العام فإن الاحكام التي جاء بها قانون العقود العامة يقع بمرتبة ادنى من الدستور و اعلى من الأنظمة والتعليمات، ومن ثم لا يجوز للسلطة التنفيذية وفقاً لمبادئ احترام القواعد القانونية الاعلى درجة، أن تخالف هذا القانون.

٤- ندعو المشرع العراقي الى وضع احكاماً متعلقة بالنظام العام تكون اكثر جدية وصرامة على الجهات الإدارية لكي يتم الاهتمام اكثر بإعداد الدراسات الدقيقة جداً في الاحتياجات والاعمال اللازمة قبل طرحها، مما يجنب كثرة التعديلات ويضيف أعباء ثقيلة على الخزينة العامة لا مبرر لها.

٥- ندعو المشرع العراقي، لا سيما وزارة التخطيط ان تشذب وتهذب الوثائق القياسية المعمول بها حاليا ، التي تم العمل بها ابتداء من ١/٧ /٢٠١٦ ، لكي تتلاءم و توائم ابرام العقود الحكومية وان يكون اسلوب طرحها بأسلوب واضح وشفاف بعيداً عن التناقض وعدم الوضوح وكثرة الاحكام التي تتناولها الوثائق القياسية الحالية.

٦- إن العقد عموماً يقوم على الاركان الأساسية له، والعقد الاداري بوصفه عقداً بالإساس فيقوم على تلك الاركان او المتطلبات الموضوعية لقيامه، فالركن ليس كالشرط، إذ أن جزاء تخلف ركن من اركان العقد الاداري يجعل العملية العقدية مختلة، ومن ثم يكون جزاء واثر تخلف اي من اركان العقد الاداري مصيرها البطلان، على الرغم من الاختلافات التي تتماز فيها العقود الإدارية عن المدنية، إلا أنها تتحد في وجود الاركان واثر تخلف اي منها، فالقاعدة العامة في القانون العراقي إن المسؤولية التقصيرية هي الاساس بتعويض الضرر عن بطلان العقد، وحتى في اطار العقد الموقوف، فإن الامر لا يتجاوز مسالتين، الاولى اجازة العقد الموقوف ، إذ يتعامل مع العقد الموقوف المجاز وفقا للقانون معاملة العقد الصحيح النافذ، والحالة الثانية عدم الإجازة في العقد الموقوف و يتحول العقد الموقوف الى عقد باطل، إذ يكون اساسا للخطأ التقصيري الذي يوجب التعويض، لذا فنتمنى على المشرع العراقي، وهو بصدد تشريع قانون للعقود الحكومية ، أن يبين ولو بشكل

مختصر ، آلية سلطة الادارة في ابرام التصرفات القانونية، وسلطتها في ابرام العقود الإدارية.

٧- ندعو ان تتم العودة الى وحدة الرقابة التي كان ديوان الرقابة المالي يمارسها، لكي يأخذ دوره الحقيقي في مراقبة اعمال الادارة المتعلقة بإبرام العقود الحكومية وعدم مخالفتها للإحكام القطعية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وان يكون اسلوب رقابته اسلوباً وسطياً، لا يهدر سلطته في الرقابة ولا يقيد عمل الادارة ، ليجعلها أداة خائفة من ابرام العقود.

٨- نقترح على المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ بأن يفرد نصاً خاصاً بمبادئ المناقصة وإلا يحصرها فقط بالمناقصة العامة، لا سيما وإن قانون العقود الحكومية قد اشار اليها دون تخصيص بالمناقصة العامة من غير الاساليب الاخرى.

٩- نتمنى على المشرع العراقي أن يجعل اختصاص فض المنازعات المتعلقة بالإشغال العامة من صلاحية محكمة القضاء الاداري اسوةٌ بنظائرها في التشريع الفرنسي والتشريع المصري، لكي يتم الاختصاص الكامل لمجلس الدولة العراقي بإضافة سلطته في النظر في العقود الادارية.

١٠- نتمنى على الجهات الضاغطة والمتمثلة بالرأي العام و ما يندرج تحت هذه المسميات من جهات مختلفة كالأحزاب السياسية والتكتلات الاجتماعية و منظمات المجتمع المدني ، أن تكون اكثر حرصاً في مراقبة اعمال الادارة العقدية، لما لها من آثر بالغ في تقويم عمل الادارة وكشف الحالات التي ينتابها فساد، لكي تكون الادارة اكثر حرصا في ابرام عقودها الإدارية بناء على المراقبة الحثيثة من قبل الفعاليات الاجتماعية.

١١- ندعو قضائنا الموقر إلى أن يكون اكثر توسعاً في مناقشة وبناء القرارات القضائية لما لارائه من اهمية بالغة في تحديد المفاهيم الإدارية ولفتح الافاق امام الجهات الإدارية والافراد لمعرفة مضامين الاحكام القضائية ولكي يكون اكثر قدرة في تأسيس وبناء نظريات قانونية متكاملة تكون خير عون للباحثين في الشؤون القانونية.

١٢-و نتمنى على المشرع العراقي ان ينحى منحى المشرع الفرنسي بان يجعل مدّة اسقاط دعوى التقادم مساوي للمدة العشرية للضمان في القانون المدني العراقي.

١٣-نتمنى على المشرع العراقي ان يعدل قانون الادعاء العام و ان يخصص نصا بسلطة المدعي العام الاداري، لكي يمثل الجهة المدافعة عن المال العام وعن الاعمال الإدارية عموماً امام القضاء و ان يرسم له القانون مسلكاً مشابه لمفوضي الدولة في القانون الفرنسي، وما لهؤلاء من اثر كبير في بلورة مجمل الاحكام القضائية التي اصدرها مجلس الدولة الفرنسي، كي يكون خير عون لجهة القضاء لتبيان حيثيات واليات القضايا المعروضة امامهم، التي تتعلق بالعقود الحكومية.

والحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع:

اولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: كتب اللغة العربية:

١. ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة مراجعة ومصححة ، لجنة من الاساتذة ، المجلد الثامن ، الاحرف(ل.م.ن) ، باب النون ، الدار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
٢. المنجد في اللغة ، طبعة جديدة ، الطبعة الحادية والعشرين ، بدون سنة طبع.
٣. جوان مسعود الرائد (معجم لغوي عصري) ، ط٨ ، دار العلم للملايين ، لبنان ، ١٩٩٥ .
٤. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ .

ثالثاً: الكتب القانونية:

١. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الاداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١١.
٢. احمد طلال عبد الحميد ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار مكتبة عدنان ، بغداد ، ٢٠١٣ .
٣. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
٤. احمد منصور ، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، المجلد الاول ، بدون سنة ودار نشر ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٥. الامام علاء الدين عبد العزيز البخاري ، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي ، مطبعة الفاروق الحديثة ، ج٤ ، ١٤١٦هـ.

٦. د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية . النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارنة مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، مكتب الفلاح ، الكويت،١٩٨١ .

٧. د. ابراهيم طه الفياض ، القانون الاداري ، مكتبة القداح ، الكويت ، ١٩٨٩ .

٨. د. ابراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية، دار الجامعة، بيروت، ١٩٨٢.

٩. د. احمد جمعة ، العقود الادارية طبقاً لإحكام تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد.

١٠. د. احمد سلامة بدر ، العقود الادارية وعقد البوت ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

١١. د. احمد شاكر سلمان ، الدعوى الدولية، محاضرات مطبوعة القاها على طلبة الدكتوراه ٢٠١٧.

١٢. د. احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط١ ، دار الشروق ، بيروت ، ٢٠٠٠.

١٣. د. ادريس خبابه ، دور الدولة في ضبط النشاط الاقتصادي ، بلا طبعة ، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر،٢٠١٤.

١٤. د. امير فرج يوسف، الوسيط في الطعن على القرارات الإدارية طبقا لإحداث الاحكام الصادرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦.

١٥. بشار رشيد حسين ، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الادارية، دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٨ .

١٦. د. توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الاداري ، دار النشر الجامعات المصرية ، الجزء الاول ، القاهرة، ١٩٥٥ .

١٧. د. ثروت بدوي، القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.

١٨. ثروت امين الاسيوطي ، نظام الاسرة بين والدين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

١٩. جان لوك اوبير ، ترجمة : د. شفيق محسن ، مدخل الى علم الحقوق ، ط١ ، مكتبة الهلال ، بيروت ، ٢٠١٠

٢٠. جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز ، دراسة نظرية مقارنة ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٥.

٢١. د. جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في عقد المقاولة ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٣.

٢٢. د. جلال الدين فوزي ، المبادئ العامة للقانون الاداري (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

٢٣. د. جمال عثمان جبريل وابراهيم محمد علي ، العقود الادارية واثار العقد الاداري ، جامعة الحقوقية كلية الحقوق ، مصر ، ٢٠٠٢ .

٢٤. د. جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز ، دراسة نظرية مقارنة ، دار الفكر والقانون ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ٢٠١٥ .

٢٥. د. حسام مرسي ، التنظيم القانوني للضبط الاداري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ .

٢٦. د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، قسم ثاني ، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٢،

٢٧. د. حسن ذنون ، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد ،١٩٧٥ .

٢٨. د. حسن كيره: المدخل الى القانون، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.

٢٩. د. حسين درويش عبد العال ، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني ،الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٨ .

٣٠. د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣ .

٣١. حبيب ابراهيم الخليل، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون) القاهرة،١٩٨٣.

٣٢. حسام محسن عبد العزيز ، سلطة الادارة الجزائية في فرض الغرامات التاخيرية في العقد الاداري وضماناتها ، دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٨ .

٣٣. حسين عبدالله الكلابي ، النظام العام العقدي ، مكتبة السنهوري ، ط١ ، بغداد، ٢٠١٦ .

٣٤. حمدي القبيلات ، القانون الاداري، الجزء الثاني، القرارات الإدارية. العقود الإدارية. الاموال العامة الوظيفة العامة، دار وائل، عمان، ٢٠١٠.

٣٥. حميد لطيف نصيف ، ادارة المناقصات والعطاءات في عقود المقاولات الحلول العملية للمشكلات الناشئة منها ، ط٢ ، بدون ناشر ، بغداد ، ٢٠١٣ .

٣٦. خليل صالح السامرائي عقد الاشغال العامة، ابرام _تنفيذ _انتهاء ، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٣٧. د. خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الادارية في ضوء احكام المحكمة الادارية العليا عام ٢٠٠٨ ، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية .

٣٨. خميس صالح ناصر المنصوري، نظرية الظروف الطارئة واثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات الاماراتي، جامعة الامارات العربية المتحدة،٢٠١٧.

٣٩. دحان حزام ناصر ، النظام العام عناصره ومشروعيته ورقابة القضاء عليه ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ .

٤٠. رائد عبد الحميد محمد الكبيسي، النظام القانوني للعقد الاداري الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٩ .

٤١. د. رؤوف عبيد ، شرح قانون العقوبات المصري ، ١٩٧٩ ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

٤٢. د. رياض عبد عيسى الزهيري ، اسس القانون الاداري العراقي ، الطبعة الاولى ، جامعة بغداد ، بغداد ، ٢٠١٥ .

٤٣. د. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، بلا طبعة ، ساعدت جامعة بغداد ، ١٩٧٥.

٤٤. رمزي طه الشاعر ، الايدلوجيات واثرها في الانظمة السياسية المعاصرة ، مطبوعات شمس ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

٤٥. سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الادارة والقيود الواردة عليها في العقود الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٤٦. سامي جمال الدين، اصول القانون الاداري، شركة مطابع الطوبى التجارية، الطبعة الاولى ، القاهرة، ١٩٩٣.

٤٧. سليمان الطماوي ، القانون الاداري ، الجزء ٣ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

٤٨. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري، دار الفكر الجامعي ، القاهرة،١٩٧٩ .

٤٩. سليمان مرقص ، فلسفة القانون ، القاهرة ، ١٩٩٢ .

٥٠. د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية وضمانة الرقابة عليها، منشأ المعارف ، الاسكندرية،.

٥١. د. سامي جمال الدين، اصول القانون الاداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦ .

٥٢. د. سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٥٣. د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

٥٤. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية ، بلا مطبعة، القاهرة ،١٩٩٥،

٥٥. د. سعدون ناجي القشطني ، شرح قانون المرافعات دراسة تحليلية في قانون المرافعات المدنية ، ج١ ، في النظام القضائي واجراءات والدعوى الاعتيادية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ .

٥٦. د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥.

٥٧. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، القاهرة، ١٩٧٩.

٥٨. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط٢، مطبعة دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٥.

٥٩. د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٧٩.

٦٠. د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تطبيقات الاتصال الحديثة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٦١. د.سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والاداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، ٢٠٠٩.

٦٢. سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ ، ص٥.

٦٣. د. شاب توما منصور :طبيعة مقاولات الاشغال العامة، مجلة التدوين القانوني ، العدد الاول والثاني ، السنة الثالثة، بغداد، ١٩٦٤.

٦٤. د. شاكر الحلبي، الحقوق الادارية، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دمشق، ١٩٢٨.

٦٥. صبحي المحمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج٢ ، بيروت ، ١٩٧٢٥ .

٦٦. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، ج ١ . ٢ ، بغداد، ١٩٥٠ .

٦٧. د. صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية امام القضاء الاداري ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، مكتبة السنهوري بغداد ٢٠١٠.

٦٨. د. صفاء فتوح جمعة ، العقد الالكتروني ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٤ .

٦٩. د. صلاح الدين جمال اليدن ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين الثوابت الوضعية والشريعة الاسلامية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٧٠. د. صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٧١. صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر والقانون، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٤.

٧٢. د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، بدون دار نشر ، القاهرة ، ١٩٧٣ .

٧٣. د. طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الاداري، الطبعة الاولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، بدون سنة نشر .

٧٤. د. طعيمة الجرف، القانون الاداري دراسة مقارنة، في تنظيم ونشاط الادارة العامة ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، ١٩٧٠.

٧٥. د. عادل ابو الخير، الضبط الاداري وحدوده، الهياة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة، ١٩٩٥.

٧٦. د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، مؤسسة الطوبجي للطباعة، القاهرة ،٢٠٠٦ .

٧٧. د. عادل ابو الخير، الضبط الاداري وحدوده ، الهيئة المصرية للكتاب ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٧٨. د. عامر سليمان ، القانون في العراق القديم ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٨٧ .

٧٩. د. عبد الحميد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦٧ .

٨٠. د. عبد الحميد حشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٨١. د. عبد الرحمن العلام، موقف القضاء المدني ازاء العقود الادارية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع٣، س١، مطبعة التضامن، بغداد، ١٩٦٢.

٨٢. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، ط٢ ، ١٩٧٩ .

٨٣. د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج٢ .

٨٤. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.

٨٥. د. عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانوني ، النهر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٨٦. د. عبد الرؤوف جابر ،ضمانات المشاريع الانشائية العامة (المناقصة- الاستثناءات الواردة عليها- العقد الكفالات- ضمانات الادارة -التامين)، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣.

٨٧. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الادارية) ، الطبعة الثامنة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٨٨. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية، المركز القومي للإصدارات القانونية الطبعة الاولى، ٢٠٠٨.

٨٩. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الادارية، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.

٩٠. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، بلا طبعة ، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٧.

٩١. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري، الطبعة الثالثة، مطبعة المصطفى، منشأ المعارف ، الاسكندرية،٢٠٠٦.

٩٢. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، بلا طبعة ، الناشر المعارف بالإسكندرية، بلا سنة،

٩٣. د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر .

٩٤. د. عبد الله عبد الجليل الحديثي: النظرية العامة في القواعد الامرة في القانون الدولي، ط١، بغداد، ١٩٨٦.

٩٥. د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ .

٩٦. د. عثمان خليل ، القانون الاداري ، الادارة وتنظيمها ، القاهرة ، ١٩٥٠ .
٩٧. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٥.
٩٨. د. عزيزة الشريف ، القانون الاداري ، اساليب الادارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الكويت ، ٢٠٠٠ .
٩٩. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري،، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
١٠٠. د. عصام انور سليم ود. محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون ، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ .
١٠١. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧١ .
١٠٢. د. علي الدين زيدان، قانون المناقصات والمزايدات في ضوء القانون ٨٢ لسنه ٢٠١٣ والقرار الوزاري ٣٤٧ لسنة ٢٠١٠،الجزء الاول، الناشر خالد ابراهيم، الطبعة الاولى القاهرة، ٢٠١٤.
١٠٣. د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، و د. مهدي ياسين ، مبادئ واحكام القانون الاداري، الدار العربية للقانون، بغداد، ١٩٩٣.
١٠٤. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، القاهرة ، ١٩٧٢.
١٠٥. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعات قضاء وتحليلا ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .
١٠٦. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، الارادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

١٠٧. عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري، الطبعة الاولى، دار بغدادي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤ .

١٠٨. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٥.

١٠٩. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، ١٩٧٥.

١١٠. د. عيد قريطم ، التفويض في الاختصاصات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

١١١. غازي بيخور، ترجمة رشا جمال، مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني العربي المعاصر(١٩٣٢١١٩٤٩) الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت ، ٢٠٠٩،.

١١٢. فرانسو از لا بارت، سيريل منو بلوت، المطول في العقود، عقد المقاولة، اشراف جاك غستان، د. عبد الامير ابراهيم شمس الدين، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت ،٢٠١٨.

١١٣. د. فاروق احمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢ .

١١٤. د. فؤاد العطار، مبادئ القانون الاداري ، دار النهضة العربية، القاهرة.

١١٥. د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية،، الاسكندرية،، ١٩٩٦.

١١٦. د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .

١١٧. د. مازن ليلو راضي، اصول القضاء الاداري، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، العراق ديوانية، ٢٠١٦.

١١٨. د. مازن ليلو، بلا طبعة، العقود الإدارية ، أربيل، ٢٠١٠.

١١٩. د. ماهر صالح الجبوري، القانون الاداري، مطبعة جامعه بغداد ، الطبعة الاولى، ١٩٨٩ .

١٢٠. د. ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الاداري ، بلا طبعة ، دار ابن الاثير للطباعة والنشر جامعة الموصل،٢٠٠٩.

١٢١. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية، منشاة المعارف للطباعة، الإسكندرية، ٢٠٠٤ .

١٢٢. د. محسن خليل، القضاء الاداري ورقابته لإعمال الادارة، الجزء الاول، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦١.

١٢٣. د. محمد ابراهيم الدسوقي علي، الرقابة على اعمال الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

١٢٤. د. محمد احمد عبد المنعم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

١٢٥. د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات)، بلا طبعة ، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.

١٢٦. د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدا حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨، .

١٢٧. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

١٢٨. د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظام العام للوظائف العامة في فرنسا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧.

١٢٩. د. محمد سعيد الدحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .

١٣٠. د. محمد سعيد حسين امين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، الايمان للطباعة، مصر، ٢٠٠٨ .

١٣١. د. محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة .

١٣٢. د. محمد عبد المجيد ابو زيد ، المرجع في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

١٣٣. د. محمد عصفور ، البوليس والدولة ، القاهرة ، ١٩٧١ .

١٣٤. د. محمد عصفور ، رقابة النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة ، جامعة القاهرة ، ١٩٦١ .

١٣٥. د. محمد علي حسونة، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الادارية، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي ، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

١٣٦. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، وقف تنفيذ القرار الاداري، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٩٧ .

١٣٧. د. محمد فؤاد عبد الباسط، اعمال السلطة الإدارية القرار الاداري والعقد الاداري، كليه الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩.

١٣٨. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الاداري_ المقومات _الاجراءات_ الاثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٣٩. د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة .

١٤٠. د. محمد ماهر ابو العنين ، القاضي الاداري وتطبيق قانون المناقصات والمزايدات على العقود الادارية وحيز الاحكام والفتاوى ، ابو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

١٤١. د. محمد ماهر ابو العنين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الادارية في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ ، الكتاب الاول ، ابرام العقد ، ط٢ ، القاهرة، ٢٠٠٤ .

١٤٢. د. محمد ماهر ابو العينين ، العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات . الكتاب الاول ، بدون سنة ، القاهرة .

١٤٣. د. محمد ماهر ابو العينين ، القاضي الاداري و تطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفق احكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ الكتاب الثاني امتيازات وسلطات الادارة في العقد الاداري، دار ابو المجد للطباعة ، القاهرة، ٢٠١٠ .

١٤٤. د. محمد ماهر ابو العينين، دعوى الالغاء امام القضاء الاداري، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨.

١٤٥. د. محمد محمد عبد اللطيف ، القانون الاداري للأموال ، الكتاب الثاني ، الاشغال العامة .

١٤٦. المحقق الحلي ، ابو القاسم نجم الدين صفي بن الحسن ن شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، ط١، مطبعة الآداب ، النجف ، ٣٨٩هـ . ١٩٦٩م

١٤٧. محمد الوكيل ، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري ، دار النهضة العربية ، ط٣ ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

١٤٨. د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١١.

١٤٩. محمد حسن مرعي ، القرارات القضائية والمالية في العقود الادارية دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، الركن العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٨ .

١٥٠. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٥ .

١٥١. محمد ماهر ابو العنين ، قوانين المناقصات والمزايدات والعقود الادارية في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٤، الكتاب الاول ، ابرام العقد الاداري ، مكتبة نادي مجلس الدولة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

١٥٢. محمد محمد بدران ، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

١٥٣. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الاداري للأموال، الكتاب الثاني الاشغال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

١٥٤. محمود حلمي، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٤.

١٥٥. المستشار عليوه فتح الباب، الموسوعة العملية في المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، القاهرة ،الطبعة الاولى، ١٩٩٩.

١٥٦. د. محمد يعقوب السعيدي، مبادئ القانون الاداري، الجزء الاول، مطبعة الزهراء، بغداد، بدون سنة نشر.

١٥٧. د. محمود السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الادارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

١٥٨. د. محمود حلمي، العقد الاداري دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٧.

١٥٩. د .محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٠.

١٦٠. د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ .

١٦١. د. محمود خلف الجبوري، القضاء الاداري في العراق وفق احدث التطورات التشريعية والقضائية، الطبعة الثانية، دار المرتضى، بغداد، ٢٠١٤.

١٦٢. د. محمود خلف الجبوري: العقود الادارية، الطبعة الاولى،، دار الثقافة ، عمان،٢٠١٠.

١٦٣. د. محمود عبد المجيد ، المشكلات التي يواجهها مبدأ العقود الادارية واثارها ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ط١ ، طرابلس ، لبنان ، ١٩٩٨ .

١٦٤. د. محمود فؤاد عبد الباسط، اعمال السلطة الادارية القرار الاداري العقد الاداري دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

١٦٥. د. محمود محمد حافظ ، القرار الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

١٦٦. د. محمود محمد علي صبرة، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الكتب القانونية، القاهرة ، ٢٠١٠

١٦٧. د. محمود مصطفى يونس ، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة .

١٦٨. د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩ .

١٦٩. د. مصطفى الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج٢ ، بغداد ، ١٩٩١ .
١٧٠. د. مصطفى كامل ليلة، الشروط والاجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة واثارها على عقود الادارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٦.
١٧١. د. مصطفى كامل محمد علي، الشروط والاجراءاءت السابقة على عمل السلطة المتعاقدة واثارها على عقود الادارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٧٢. د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦.
١٧٣. د. مفتاح خليفه عبد الحميد، انهاء العقد الاداري "دراسة مقارنة" ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤.
١٧٤. د. منصور محمد احمد ، العقود الادارية، الجزء الاول، مفهوم العقد الاداري، وقواعد أبرامه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠.
١٧٥. د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان ، ٢٠٠٨ .
١٧٦. نواف كنعان العجارمة، القانون الاداري، الكتاب الثاني، الدار العلمية ودار الثقافة عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٠ .
١٧٧. د. نواف كنعان: القانون الاداري الاردني، الجزء الاول، الطبعة الثانية،١٩٩٥،.
١٧٨. د. هبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، الناشر ، مكتبة الغرابي ، دمشق .
١٧٩. د. وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.o.T وما يماثلها "دراسة مقارنة" ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩

١٨٠. وفاء محمود احمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى، القاهرة ،٢٠١٨.

رابعاً: الرسائل والاطاريح:

١-احمد بن سالم بن شامس الحجري ، الاوامر التنفيذية في عقد الاشغال العامة في ضوء عقد الفيديك ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، ٢٠١٣ .

٢-امنة عباس ، الطعن بقرارات الاحالة في عقود الاشغال العامة في القانون العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٣ .

٣-اياد احمد البطاينه، الاعتبار الشخصي واثره في التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كليه القانون، جامعه بابل عام، ١٩٩٩ .

٤-بعيجي احمد: تأثير التوجه التشريعي على النظرية العام للعقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر ، ٢٠١٩.

٥-جاسم بن محمد بن عبدالله البلوشي ، التوازن المالي في عقد الاشغال العامة واساليب تحديد الاسعار ، رسالة ماجستير الى جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٩ .

٦-جودة السيد عرابي قنديل: النظام العام في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠١١.

٧- حمدي الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة من العقد الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

٨-حيدر حسن الشطلاوي ، النظام القانوني لعقد التوريد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق النهرين عام ٢٠٠٨ .

٩-خضر عكوبي يوسف ، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، رسالة ماجستير ، ط١، بغداد ، ١٩٧٦.

١٠- زكي محمد النجار ، نظرية البطلان في العقد الاداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨١.

١١- سعدون عنتر نصيف ، احكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ .

١٢- د. سعد عطية حمد الجبوري ، الرقابة على الانفاق العام في العقود الحكومية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة تكريت ، ٢٠١٣ .

١٣- سي عمر امنيه و شاينة تركية، مبدأ حسن النية في العقود تأصيلا وتحليلاً، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلوم الاقتصادية و التجارية وعلوم التسيير قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج ، بوشعيب، ٢٠١٨.

١٤- طاهر التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون ، جامعه بغداد، ١٩٧٦.

١٥- عبد الرحمن عياد : اساس الالزام العقدي ، اطروحة جامعة الاسكندرية في عام ١٩٧٢ .

١٦- عبد العزيز المرسي ، نظرية انقاص التصرف القانوني المدني المصري ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة القاهرة ، ١٩٨٧.

١٧- عبد الفتاح صبري ابو الليل ، اساليب التعاقد الاداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة طنطا ، ١٩٩٣ .

١٨- عذراء ياسر عبيد ، السلطة التقديرية للإدارة في ابرام المنقصات ، رسالة ماجستير ، الجامعة المستنصرية،٢٠٠٦ .

١٩- علي بن عبد الكريم احمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الاداري في المملكة العربية السعودية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس كلية الحقوق ٢٠٠٧.

٢٠- علي حمزة عباس الغنمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠١٠ .

٢١- عليان عدة ، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلسمان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٦ .

٢٢- عمار طارق عبد الفتاح البشري ، فكرة النظام العام في التشريع الاسلامي النظرية والتطبيق ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

٢٣- فوزي حسين سلمان، الاغراض غير التقليدية للضبط الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة النهرين، ١٩٩٧.

٢٤- محمد سليمان الاحمد ، المسؤولية المدنية لمنظمي الانشطة الرياضية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

٢٥- د. محمد سعيد امين ، الاسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣.

٢٦- محمد عيد الغريب، الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية في القانونين المصري والفرنسي، اطروحة دكتوراه جامعة المنصورة كلية الحقوق، ١٩٨٧.

٢٧- محمود محمد شعبان ، السبب الباعث على التعاقد في الفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه ، مطبعة الاخلاص .

٢٨- مصطفى كامل محمد علي ، الشروط والاجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة واثارها على عقود الادارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦.

٢٩- نجيب عبد الله نجيب الجبشة، مفهوم النظام العام و تطبيقاته في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا،٢٠١٧.

خامساً: التشريعات والقوانين:

١: التشريعات الاجنبية:

١-القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ النافذ.

٢-مجموعة سيري الفرنسية سنة ١٩٢٨ ، القسم الثالث.

٣- قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ٥ لسنة١٩٣٢.

٤-القانون المدني المصري لعام ١٩٤٨.

٥-القانون رقم ٥٥ لسنة ، ١٩٥٩، لمجلس الدولة المصري الملغي .

٦-قانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ المصري.

٧-قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

٨-قانون المرافعات الفرنسي١٢ لسنة ١٩٧١.

٩-القانون المدني الليبي رقم ٤ لسنة ١٩٧٣.

١٠- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

١١- القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨.

١٢- قانون المحاماة رقم ١٧ لسنه ١٩٨٣ المصري.

١٣- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم ١ لسنة ١٩٨٣(الملغاة).

١٤- نظام الاشغال الحكومية الاردني رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦.

١٥- تعليمات المناقصات الاشغال الحكومية الاردني رقم لسنة ١٩٨٧.

١٦- القانون اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.
١٧- قانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ رقم ٨٩ لسنة ، ١٩٩٨. الملغي
١٨- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني الصادر بالمرسوم رقم ٣٧ لسنه ٢٠٠٢.
١٩- قانون الآداب المهنية للمهندسين الفرنسي.
٢٠- المرسوم رقم ٦٤٩- ٢٠٠٥ المؤرخ في ٦ يونيو ٢٠٠٥ الفرنسي.
٢١- المرسوم الفرنسي بالعدد ١٠٨٦ لسنه ٢٠٠٩ المؤرخ في ٢ سبتمبر ٢٠٠٩.
٢٢- قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٨٣٩١٢٤ في ٢٦ يونيو لسنة ٢٠١٥.
٢٣- قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٦) لسنة ٢٠١٦.
٢٤- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.
٢٥- كراسة الشروط العامة الطرق والجسور الفرنسي، الصادرة في ٢١ يناير ١٩٧٦.
٢٦- اللائحة التنظيمية الفرنسية حول اجراءات العقود والمطبقة اعتبارا من ١ ابريل ٢٠١٩.
٢٧- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ أكتوبر ٢٠١٩.

٢: التشريعات العراقية:

١-قانون اصول المحاكمات العراقي رقم ٦٣ لسنة١٩٥٠ الملغي.
٢-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١النافذ.
٣-قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٤-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩النافذ.
٥-قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٦-قانون هيئة الشرطة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧١.

٧-قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٨-قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٩-قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٣٣٣) في ١٩٨٤/١٢/٤.

١٠- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨.

١١- الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية بقسميها الاول والثاني الصادرة عن وزاره التخطيط ١٩٨٨.

١٢- النظام الداخلي لوزارة المالية رقم (١) لسنة ١٩٩٠.

١٣- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

١٤- قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ العراقي النافذ.

١٥- قانون الادارة المالية والدين العام لعام ٢٠٠٤ النافذ .

١٦- قانون العقود الحكومية رقم (٨٧)لسنة٢٠٠٤، النافذ منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد٣٩٨٤ في حزيران ٢٠٠٤م.

١٧- اعمام الامانة العامة مجلس الوزراء عدد ٤٥١٢ في ٢٠٠٤/١١/٢٢ وكذلك اعمامها ذي العدد ٤٥١٢ في ٢٠٠٥/٦/٦.

١٨- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنه ٢٠٠٦ .

١٩- قانون المحافظات غير المنتظم بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

٢٠- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغاة.

٢١- قانون وزارة التخطيط رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩.

٢٢- تعليمات التنفيذ المباشر رقم ٣ لسنة ٢٠١١ .

٢٣- الضوابط رقم(٣) من مهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة من وزاره التخطيط، رقم(١) لسنة ٢٠١٢.

٢٤- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.
٢٥- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٢٥ بتاريخ٢٠١٤\٦\١٦م وقد نشر برقم (١)وصحح برقم (٢) بالعدد (٤٣٢٨) بتاريخ ٢٠١٤\٧\٧.
٢٦- تعليمات الموازنة الاتحادية لعام ٢٠١٥.
٢٧- قانون التعديل الاخير لقانون مجلس الدولة العراقي رقم ١٧ لسنة ٢٠١٧.
٢٨- الوثائق القياسية العراقية، في القسم السابع الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال. إجراءات التعاقد لعقود تنفيذ الأشغال القسم الأول – تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال ، وفق تعميم وزارة التخطيط ذي العدد (٤/٧/٩١٢٨ في ٤/٣٠/ ٢٠١٧.
٢٩- تعليمات الوثائق القياسية، القسم الاول ، تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الاشغال . تعليمات لمقدمي العطاءات لعقود تنفيذ الأشغال من الوثائق القياسية العراقية . النافذة ابتداء من تاريخ ٢٠١٦/٧/١.
٣٠- الضوابط رقم (٢) الصادرة من وزارة التخطيط العراقي نصوص اجراءات الاعلان عن المناقصة.
٣١- الضوابط رقم (٤) الخاصة بصيغة العقد الصادرة من وزارة التخطيط
٣٢- قانون الإدارة المالية رقم ٦ لسنه ٢٠١٩ العراقي النافذ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد رقم (٤٥٥٠) في ٥ اب ٢٠١٩.

سادساً: الكتب باللغة الاجنبية:

١. المرسوم ٧ مارس ٢٠٠١/ المادة الأولى منه les marches publics de travaux ont pour objet la relisation de tous travaux de batiment ou de genie civil a'la demande d'une personne

legislation ،publique exercant la maitrise d'ouvrage";Dalloz p.984

٢. Tome Denxicme : le consde droit civil, obligation theorie generale bleus droit de. Prooriete et de memb rememts, paris, 1956,.

٣. T.A.de paris. 23. December 1959 , saciere-1 de et avisse .menrs fer ver R.

٤. Prieux : Trait epratique du droit des Travaux pudlics. Et des .marche's publics. 1984.

٥. .Philip simler , la nullite partielle juridiqne, paris, 1969,

٦. peecite.j.c.p. 1950.. lP.817...De soto NETO And 1942 . et. articlte

٧. Panl Bernd : la notion d' order Pnblic en droit adminis trqtf .Paris, 1962 ,

٨. Lanbndere (A.de) modern (F)et Devolve (p) Trqite des contrats administratifs ,Tomell,L, G, D,j,paris,1983,

٩. Jeze:lathorit genevale des contrasts de ladministralion, paris, .1931

١٠. Jacqueline Morand-Deviller. Ordre public économique, ordre public écologique. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. vol. 9 | n. 1. 2018

١١. Gifferd (A.E) et Villiers (R) proit romain et ancient ar. .Fraucais las obligetions, paris-1958. N.29

١٢. Gcrorgel (j) : Contrats par deter mination la J.C.A. 1973 .fasc 500

١٣. Civ.a dcc. 1992, S. 1931, 1, 49, Hote P. Esmein, cite par Chestin : of. Cil. No re

١٤. C.E 12 Mars 1976, Deportement des Hantes- Pyrenees c/socite sofilia, Rec. p. 155, 5 november 1982 socre .propervol, Rec

١٥. Azoule, le limiation Intritus personae dans le contrat, la tendans a al Stabilite du Rapport Contruaal, paris, 1960, l et suiv

سابعاً: المجلات العلمية:

١-د. اشرف جابر ، الاصلاح التشريعي الفرنسي للنظرية العقد ، صنعية قضائية وصياغة تشريعية لمحات في بعض المستحدثات ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، العد الثاني ، الجزء الثاني ، مصر ، ٢٠١٧.

٢-د. بان صلاح عبد القادر، التخصيص المالي في الموازنة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون الجامعة المستنصرية، المجلد الثاني، الاصدار ٣١، ٢٠١٧.

٣- بشرى زلاسي. النظام العام واثره على اعتبارات الملائمة لقواعد الاسناد، مجلة البحوث والدراسات القانونية، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة٢،العدد العاشر،٢٠١٧.

٤-د. حبيب ابراهيم الدليمي، فكرة النظام العام في القانون الاداري، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، بالعدد الثالث والرابع، في تشرين الثاني ٢٠١٤، بغداد.

٥-د. سليمان الطماوي ، السلطة التقديرية ، السلطة المقيدة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية القانون ، جامعة فاروق الاول ، السنة الرابعة ، العدد ١ و٢ ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ .

٦- د. عصام سعيد عبد العبيدي، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد ١٢ العدد ٥٤، السنة ٢٠١٢.

٧-د. علي حسن عبد الامير .و. علي مجيد العكيلي، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية تصدر عن بيت الحكمة، العدد٤٤،بغداد حزيران٢٠١٨ .

٨-د. محمد عبد الجواد محمد ، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ،١٩٥٨ .

٩-د. نجيب خلف احمد ، النظام القانوني لتقديم العطاءات في المناقصة العامة ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية الصادرة عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد ٢٢ ، ٢٠٠٨ .

١٠- د. نعيم عطية، اربع كتب في الفلسفة، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة السادسة والعشرون، ١٩٧٦ .

١١- رفاه خضير جياد الادريسي ، تنازل المجنى عليه عن حقه في الشكوى واثره في انقضاء الدعوى الجزائية ، دراسة مقارنة ، مجلة المتنبي للعلوم الادارية والاقتصادية ، المجلد السادس ، العدد الثالث ، ٢٠١٦ .

١٢- رغد عبد الامير مظلوم الخزرجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية ، بحث منشور في مجلة ديالى ، العدد الرابع والستون ، كلية القانون ، جامعة ديالى ، ديالى ، ٢٠١٤ .

١٣- طارق بن هلال البوسعيدي، انعدام القرار الاداري وفقا لإحكام القضاء الاداري، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع ، السنة ٣٢ ، ديسمبر، الكويت، ٢٠٠٨.

١٤- علي عبد العالي الاسدي ، النظام القانوني للشكل في قانون المرور ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية ، مج١٤ ، ع٢ ، ٢٠٠٧ .

١٥- كاظم خضر السويدي ، الاذن المالي واثره في ابرام العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية ، جامعة بابل ، العدد ٤٢ ، بابل ، ٢٠١٩ .

١٦- محسن ناجي ، اثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد ، منشور في مجلة القضاء ، السنة الرابعة والعشرون، العدد الاول ، بغداد ، ١٩٦٩ .

١٧- نافع تكليف مجيد ، الاعلان عن المناقصة . دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة السابعة ، ٢٠١٥ .

١٨- نواف كنعان ، النظام القانوني لإبرام العقود الاداري ، بحث منشور في مجلة (دراسات) ، الجامعة الاردنية ، ١٩٩٨ .

ثامناً: القرارات القضائية:

١. قرار المحكمة الاتحادية المرقم (٤٥٥/ ق/٢٠١٣) في ٢٩ / ٤ /٢٠١٣.

٢. التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة اعداد شهاب احمد ياسين وخليل المشاهدي، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠١٨.

٣. قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٢٦ ادارية تخطيط ٢٠١٠ منشور في، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة.
٤. فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٤٠٥ في ١٩٨٩/٧/١٠
٥. قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٥٤ لسنه ٦ق جلسة ١٢/٢٣/ ١٩٦٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة، المكتب الفني، قاعدة ٢٨ .
٦. حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ١٩٦٣/٧/٩. القضية رقم (٨٣٧) مجموعة احكام القضاء الاداري لخمس سنوات (١٩٦١ . ١٩٦٦) ، ص٢١٧. نقلاً عن دحام حزام ناصر ، رسالة ماجستير ، النظام العام عناصره ومشروعيته ورقابة القضاء عليه ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٨ ، القاهرة .
٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٠٢ في ٢٠١٠/١١/٧ ، منشور في قاعدة التشريعات على الموقع الالكتروني www.iraqld.com.
٨. قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق ، رقم الحكم ،١٠٩٨/١٠٩٩/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٧ في ٤/محرم/١٤٣٩هـ الموافق ٢٠١٧/٩/٢٤م، قرار غير منشور.
٩. الطعن ٤٩٤ سنة ٥٥ ق.م م نقض. م ٤٤ ، ٧٥٦.جلسة ١٩٩١\٣\١٤، نقلا عن جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق.
١٠. قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن المرقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق – جلسة ٥/٩/ ١٩٥٩ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة الرابعة قاعدة رقم ١٠٩ .

١١. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، مجموعة الاستاذ احمد ابو شادي ، ج١ ، يناير ، ١٩٦٠ . ١٩٧٠

١٢. القضية رقم ٢٨٤ لسنة٢٣/ ١٢/ ١٩٥٦ نقلا عن د. احمد محمود جمعة: العقود الادارية طبقا لاحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديدرقم٨٩لسنة ١٩٩٨، منشاة المعارف، الاسكندرية،٢٠١٣ .

١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق العدد ٢١ /الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩، غير منشور.

١٤. قرار المحكمة الادارية العليا في مصر، رقم ١٥٥٨ لسنة٧ ق،ع، جلسة ٧,٣.١٩٦٤ ،ص١٠١ نقلا عن ،ايمن محمد جمعة ،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق .

١٥. نقلا عنه القضية المرقمة (٤٢ و ٦٥٤)حقوقية، في ٢٥/ ٧/ ١٩٦٥ .

١٦. فتوى مجلس الدولة المصري الصادر من الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع رقم ١٦٢ في ١٨/٥/١٩٥٠.

١٧. قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية في الدعوى المرقمة (١٥٨) في ١٩٦٦.

١٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق العدد ٢٦٢٩ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ٤/ ١٢/ ٢٠٠٦ منشور في المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية قسم المرافعات، الجزء الاول، اعداد دريد داود سلمان الجنابي، مكتبة صباح، بغداد ، ٢٠١٠.

١٩. قرارها في العدد ١٣ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٨ في ٢٨/ ١/ ٢٠٠٨. وقرارها في العدد ٢٣١٦ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٧ في ١٣/ ١٠ /٢٠٠٧.

٢٠. قرارها في العدد ٢٧٤٦ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ١٠/ ١٠/ ٢٠٠٦.

٢١. قرارها في العدد ٢٧٩٥ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ٩/ ١١/ ٢٠٠٦.
٢٢. قرارها في العدد ١,٣٠٧ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٠٦ في ١٦/ ٧/ ٢٠٠٦.
٢٣. قرار رقم ٢٧/ادارية تخطيط/٢٠١٠ في ٢٠١١/١/٥ ، منشور في شهاب احمد ياسين وخليل ابراهيم المشاهدي ، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة ، السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٨ .
٢٤. فتوى مجلس الدولة المصري اداره الفتوى لوزارة الصحة والاوقاف والشؤون الاجتماعية والشؤون الازهر بمجلس الدولة ،رقم ٥١٢ بتاريخ ١٧/ ٧/ ١٩٨٥ ملف رقم ٦٧ / ١٤١.
٢٥. فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٦٥٤ بتاريخ ١٩٩٢/٧/١٤.
٢٦. فتوى رقم ١٢٢ واللجنة الثانية بمجلس الدولة جلسة ٣١/ ١ /١٩٨٨ ملفت والاسكان ٣١ /٢٩/ ٨٦٠ اشاره اليها الدكتور جابر جاد نصار، مرجع سابق .
٢٧. فتوى وزارة المالية رقم ٩٠ في ٢١/ ١ /٢٠٠٢ ملف ٢/١/ ١٣٨١ اشار اليها الدكتور مال الله جعفر عبدالملك الحمادي، مصدر سابق ،ص ٩٢.
٢٨. قرار رقم ٨٧/اتحادية اعلام/٢٠١٨. منشور في موقع المحكمة الاتحادية العليا. https://www.iraqfsc.i
٢٩. حكمها رقم ٣٢٠ و٤٥٦ لسنة ١٧ ق/جلسة ١٩٧٥/٤/٥ ، مجموعة المبادئ ، السنة العشرين قاعدة رقم ٨٩ .
٣٠. حكم المحكمة الادارية العليا الطعن ١٦٦٨ لسنة ٣٣ قضائية جلسة ١٩٩٤/١/٤ اشار اليه بشار رشيد حسن الشطلاوي .
٣١. قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٤٢ ادارية تخطيط/ ٢٠١١ تاريخ القرار ١٩ /١٠/ ٢٠١١ منشور في ،شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية.

٣٢. قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٤٢ ادارية /تخطيط/ ٢٠١١ تاريخ القرار ١٩ /١٠/ ٢٠١١ منشور في ،شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية.

٣٣. قرار رقم ٣٢/ادارية تخطيط/٢٠١٠ في ٢٠١١/١/٢١ ، منشور في القاضي شهاب احمد ياسين ، شهاب احمد ياسين و خليل ابراهيم المشاهدي، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية.

٣٤. قرار محكمه القضاء الاداري المرقم ١٧ / ٢٠١١ في ١٣/ ٤/ ٢٠١١، في القضية المرقمة ١٧/ق/٢٠١١ غير منشور.

٣٥. قرار المحكمة الادارية العليا في مصر في القضية رقم ١٣٠٣ في ٢١ ديسمبر ١٩٦٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية عشر، القاهرة.

٣٦. حكمها الطعن رقم (١٣٠٣) لسنة (٨ ق) جلسة ١٩٦٦/٢/٢١ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عاما من سنة ١٩٥٥ الى ١٩٧٠ .

٣٧. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧. منقول عن د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مصدر سابق .

٣٨. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨. د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة في العقد الاداري ، مصدر سابق .

٣٩. القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية. نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ،

٤٠. نقض مدني ١٩٩٢/٦/١٨ ، طبعة ٢٢٦٢ لسنة ٥٨ قضائية ، الموسوعة الذهبية ملحق (١١) . ٧٠٤ . ٧٥٩. نقلاً عن محمد المنجي ، دعوى بطلان العقود ، الطبعة الاولى، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨ .

٤١. قرار محكمة النقض المصرية المرقمة ٧٢٠١ لسنة ٧٨ في ٩ مارس عام ٢٠١٧، منشور في الموقع الالكتروني http://www.sontalmma.com/Alicle/G12472 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٠.

٤٢. قرار المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٥١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٣١ مجموعة الاربعون عام في العقود المبدأ رقم ٢١٧ .

٤٣. قرارها المرقم ٤٠٢٩ لسنة ٤٠ في ١٩٩٨/٥/٩ القضية رقم ٩٨٣ لسنة ١٩٩٨.

٤٤. القرار رقم ٩٨٣ لسنة ٩ق في ١٩٥٧/٦/٣٠ الصادر من محكمة القضاء الاداري المصري ، المجموعة ، السنة ١١ ق .

٤٥. حكم محكمة القضاء الاداري في ١٤ ابريل ١٩٦٠.

٤٦. قرارها المرقم ٥٨٨ /م٢ / ٧٣ في ٢٢ / ٤ / ١٩٧٤ . نقلا عن د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ١٩٩١.

٤٧. قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ السنه القضائية، ١٣٢ ، ص ٨٧٤. نقلا عن صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر والقانون الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٤.

٤٨. قرار المحكمة ذي العدد ٧/ ب/ عقود /٢٠١٦ التاريخ ٣١/ ٣/ ٢٠١٦ غير منشور، ذي العدد ١,٣٦١ الهيئة الاستئنافية منقول ٢٠١٦ تسلسل ١٢٨١.

٤٩.قرارها المرقم ٣٣/الهيئة الاستثمارية /٢٠١٦ في ٢٢ /شوال الموافق ٢٧ /٧ /٢٠١٦ غير منشور.

٥٠.قرار محكمه تمييز العراق الاتحادية رقم ٤١١ في ٦/٥/٢٠٠٨ منشور في المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لسنوات ٢٠٠٦. ٢٠٠٧.٢٠٠٨ اعداد علاء صبري التميمي .

٥١.فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع رقم ٦٢٦في ٢٩/٦/١٩٨٧ نقلا عن د. ايمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، ٢٠٠٥.

٥٢.قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣٥٨/الهيئة المدنية /منقول /٢٠١٠في ٣٠/٥/٢٠١٠ غير منشور.

٥٣.قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٣ الهيئة الاستئنافية. ٢٠١٦/ت ٥٨،غير منشور.

٥٤.قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٥٦٦ الهيئة الاستئنافية منقول ٢٠١٥ ت١٥٠٨،بتاريخ ١٨/ ٥/ ٢٠١٥، في الدعوى المرقمة ٣٣ عقود ٢٠١٤ بتاريخ ٢٨/ ٩/ ٢٠١٤،غير منشور.

٥٥.حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٧ في ٧ /٩ /١٩٨٧. بالإضبارة المرقمة ١٣١٤ القرار المرقم ٣٧١ .

٥٦.قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم ٢٣٤٦ لسنة ٤٣ ق ع جلسة ٢١/ ١١/ ٢٠٠٠ منشور بمجلة المحاماة، العدد الثاني، ص ٥٢٢.

٥٧.قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم ٤٠٦٠ لسنه ٣٨ ق .ع. جلسة ٢١/ ١١/ ١٩٩٥ منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة ج٤٩.

٥٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية في القضية المرقمة ١٧١/الهيئة الاستئنافية ، في٢٢/١/ ٢٠١٨ غير منشور.
٥٩. قرارا محكمة التمييز الاتحادية رقم الحكم ١٧١/الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٨ منشور بموقع مجلس القضاء الاعلى.
٦٠. قرار محكمه التمييز الاتحادية العراقية المرقم (١٢٢٩/حقوقية، في ٢٧ /١ /١٩٦٨) .
٦١. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (١٢٠ في ٢٠/ ٤/ ١٩٥٧) .
٦٢. قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في.٩/ ٢ /١٩٩٩ في الطعن المرقم ٤٠٦٧ لسنة ٤١ ق. ادارية عليا .نقلا عن الدكتور محمد ماهر العينين الكتاب الثالث، موسوعة القاضي الاداري و تطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لإحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، القاهرة، ٢٠٠٩.
٦٣. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٠ نوفمبر عام ١٩٧٣ الطعن رقم ١٣٦٦ لسنه ١٤ ق.
٦٤. حكمها في ٢٨ اكتوبر ١٩٢٩ عام ١٩٣١ ٢٩/١ وملاحظة ايضا في ٢٦ مارس ١٩٤٧ في دالوز ١٩٤٧ صفحه ٢٨٣ نقلا عن د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكره النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنه نشر.
٦٥. قرار محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩ ديسمبر ١٩٩١ في الطعن رقم ٣١٨٨ لسنه ٦١ ق في ٤ يونيو ١٩٩٢ الطعن رقم ١٥١٣ لسنه ٥٧ ق.
٦٦. فتوى مجلس الدولة المصري الجمعية العمومية رقم ١٦٦ في ٢٠٠٠/٢/٨ جالسة ٢٠٠٠/١/١٩ ملف رقم ٣٦٠/١/٥٤.

٦٧. ادارية عليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ث(٨)ق ع جلسة ٢٨/١٢/١٩٦٣، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٣ لسنه ١٩٨٨المجلس الدولة المصري.

٦٨. قرار محكمة القضاء الاداري المصري في ٣٠ يونيه ١٩٥٧ القضية رقم ٩٨٣ س١١ق.

تاسعاً: المواقع الاليكترونية:

١. احمد ولد المصطفى ، العقد والنظام العام ، بحث منشور في مجلة الضمير الالكترونية في الموقع

٢. http ://e damir.info/in dex:php? Opl:on:com منقول عن مصطفى الموجي ، ج١ .

٣. عقود التوريد ،ومقاولات الأشغال العامة. بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:https://sami-soltani-net.yoo7.com/t58-topic تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢٢.

٤. الحكم التحكيمي C.A.P.2 janvier 1993 Rev arb 1994 P 685 spec 691 note p mayer. https://www.Mohamah.het/law تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٤/٢.

٥. موقع المحكمة الاتحادية العليا. https://www.iraqfsc.i.

٦. الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية http://www.sontalmma.com/Alicle/G12472 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٠.

Summary

A public works contract indeed represents the basic and pivotal role in moving the economic wheel for a state. It is usually considered as a window for the executive authority in organizing and constructing the public facilities which by its turn form a state economic machine. This contract contains a complex procession whether it is procedural measures or subjective ones.

Some of these measures relating to the public Order, is obliged not to be broken. It is the dominating rules in entering and executing public works contracts, which represent procedural and subjective regulations where any managing authority has to commit in executing the public works contract. Thus, the principle of a contract is the legislation of the contracting parties. And the contract liberty in the space of managing contracts and the public works contracts in particular turns up into the principal of contract is the legislation of the public facility. Therefore, due any managing authority and contracting party in concert are committed to already-made regulation, rules and controls.

But despite all this, some of these various rules and regulation are not allowed for the managing authority to break or disagree as it connects totally to the public welfare. It is considered as the basic foundations related to highly idealized values for society. Some of it has been issued by the legislator with the material and legislative laws and some others remains without legislation. But justice always has to play its role in exposing as being considered as a part of the legislative value order which has carefully to be made the legislative actions particularly entering the public works contracts.

In such kind of contracts, we demonstrate the meaning of works contracts, later transferring to rules concerned with making public works contracts and to what contain of form and content procedures and governing rules related with the public Order. Then, we move to the phase of dominating rules in executing contract and to what the contracting parties have to do subsequently of commitments and rights obligedly done by works contracts.

Therefore, we have reached to the most distinguished results which means the idea of the public Order is really flexible and rubber-like and unlimited. But this idea is indeed related to the basic foundation in which a society are constructed and it is unallowed to any other thought to contract its basic foundation made by.

Also, in this study we have reached to some various suggestions, the most importantly ones where we call for the legislator not to mix between the social changes and the legislative rules represented as translation to these rules. And in order not be a large chasm between the social and changes and the legislative significations represented by the law texts. As well as we call for the legislative authority to issue and a special law to the meaning and concepts of the public works contracts.

Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Karbala
College of Law

Rules of general system on Public Works Contract

(A Comparative Study)

A thesis submitted by

Mohammed Najim Chalab Radwan

To the Board of Law College in University of Karbala, in Partial Fulfilment of Requirements for the Degree of Doctorate of Philosophy in Public Law

Supervised by

Dr. Assis. Sa'ub Naji Abood

2020 AD **1442 AH**