إختصاص القضاء الكامل لتسوية منازعات العقود الإدارية

دراسة تحليلية- مقارنة

زانا رؤوف حمه كريم[1] اواز خالد محمد رشيد [2]

[1] قسم القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة التنمية البشرية، السليمانية، اقليم كوردستان، العراق
[2] كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، اقليم كوردستان، العراق

المستخلص- كقاعدة عامة الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج أفردت قضاء متخصصاً لنظر المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية، وتعطي ولاية لقضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، ويرجع إختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية إلى أنه صورة من صور القضاء الشخصي، حيث تدور المنازعة فيها حول إعتداء أو تهديد بالإعتداء على مركز قانوني شخصي االطاعن، ويستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على الحقوق المكتسبة، ومن ثم فإن مرجع المنازعات المتصلة بالعقد لإختصاص القضاء الكامل أمر يتناسب مع طبيعة هذه المنازعات فيما يتعلق بإرتباطها بالحقوق المكتسبة للأفراد.

الكلمات المفتاحيه : العقود الإداريه، القضاء الكامل، المنازعات.

المقدمة

يعد العقد الإداري من الأعمال القانونية التي تمارسها الإدارة لتنفيذ إلتزامها الأساسي بتحقيق المصلحة العامة، ولا تخضع العقود الإدارية التي تقوم الإدارة بإبرامها عادة لنظام قانوني واحد، فمنها ما يخضع للقانون العام ومنها ما يخضع للقانون الخاص، فالعقود التي تبرمها الإدارة بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه مع إنتهاج أسلوب القانون العام يطلق عليها العقود الإدارية، والتي يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الناشئة عنها، منازعاتها القضاء الإداري، وأما العقود التي تبرمها الإدارة ليس بوصفها سلطة عامة وتتبع وسائل القانون الخاص، فإن هذا النوع من العقود يطلق عليه عقود الإدارة المدنية، والقضاء العادي هو الذي يختص بالنظر في المنازعات الناجمة عنها، وإن كان القضاء الإداري هو المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية، ولكن في هذه الحالة يثار تساؤل حول هذا الإختصاص وما هي حدوده؟ وما هي طبيعة هذه الولاية للقضاء الإداري على العقود الإدارية؟

أهمية موضوع البحث وسبب إختياره

أن القضاء الكامل هو القضاء الذي يلجأ إليه أصحاب الصفة القانونية والمصلحة في ظل الشروط والشكليات القانونية المقررة للمطالبة بالإعتراف بوجود حقوق شخصية مكتسبة، وتقرير ما إذا كان قد أصابها أضرار مادية أو معنوية، ثم تقدير وتقرير التعويض الكامل اللازم، والأصل هو ولاية القضاء الكامل بدعاوى العقود الإدارية ، لأن أساس الدعوى المثاره بشأنها هو وجود حق متنازع فيه وبالتالي تمتد ولاية القضاء الإداري إلى كل ما يتعلق بعملية التعاقد، ولذلك يتمتع القضاء الكامل بأهمية كبيرة، فهو مكمل لقضاء الإلغاء الذي يهدف لإعدام القرارات الإدارية غير المشروعة، إذ لا يكفي إلغاء هذه القرارات لتحقيق الحماية الكاملة لحقوق الأفراد، فلا بد من التعويض عن الضرر الذي أصابهم من جراء تنفيذ الإدارة لقراراتها، إضافةً إلى أن القانون قد يحظر على الأفراد رفع دعوى إلغاء ضد بعض القرارات الإدارية، فيترك المجال أمام قضاء التعويض جائزاً لكي يتم جبر الضرر الذي أصاب الأفراد من جراء هذه القرارات.

إشكالية البحث

أن أغلب الدول التي تتبنى نظام القضاء المزدوج إلى إيكال مهمة الفصل في المنازعات العقود الإدارية بالمفهوم المتقدم إلى القضاء الإداري دون القضاء المدني، كما هو الحال في فرنسا ومصر، أما تظهر إشكالية في العراق طالما كانت منازعات العقود الإدارية خاضعة لاختصاص النظر من القضاء المدني ممثلاً بمحكمة البداءة ، وما ذلك إلا تطبيقا لنص المادة (3) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 التي تنص على أن " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية , العامة والخاصة , إلا ما استثني بنص خاص" ، ولم تكن منازعات العقود الإدارية مستثناة بنص خاص من الخضوع لولاية القضاء المدني، لاسيما وأن العراق والى حد عام 1989 كان فمن دول القضاء الموحد ، وحينما جاء قانون التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989 لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979، الذي إستحدث قضاء إداري في العراق , كانت الآمال معقودة على أن يدخل هذا القانون منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاصات محكمة القضاء الإداري، غير إن نص المادة (7/ثانيا – د) من القانون المذكور أشار إلى أن (تختص محكمة القضاء

مجلة جامعة التنمية البشرية
المجلد 7، العدد 1(2021) ؛ عدد الصفحات (12)؛ معرف الكائن الرقمي: 10.21928/juhd.v7n1y2021.pp43-54
ورقة بحث منتظمة: أُستلم البحث في 6 كانون الآول 2020؛ قُبل في 14 كانون الثانى 2021؛ نُشرت في 15 شباط 2021
البريد الإلكتروني للمؤلف :zana.rauf@uhd.edu.iq ، awaz.mohammed@univsul.edu.iq
حقوق الطبع والنشر ©2021 زانا رؤوف حمه كريم، اواز خالد محمد رشيد. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة ...) . وبذلك فأن العقد الإداري أصبح مستثناة مرة أخرى بحكم القانون من اختصاص النظر من قبل محكمة القضاء الإداري وليظل القضاء المدني هو صاحب الولاية بنظر منازعات العقود الإدارية.

منهجية البحث

في سبيل دراسة هذا الموضوع وللوصول إلى الأهداف والإجابة على الإشكالية المطروحة سنعتمد على المنهج التحليلي والمقارن، ونتناول الموضوعات المستهدفة للبحث من خلال المقارنة بين قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972، وقانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979وتعديلاته منها، قانون رقم (106) لسنة 1989قانون التعديل الثاني ، وقانون رقم (17) لسنة 2013 قانون التعديل الخامس،وقانون رقم (71) اسنة 2017، وكذلك القوانين والتعليمات متعلقة بالعقود الإدارية في الدولتين.

خطة البحث

لغرض دراسة موضوع إختصاص القضاء الكامل بنظر منازعات العقود الإدارية ، قسمنا هذا البحث إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول، التنظيم القانوني لتسوية منازعات العقود الإدارية وذلك من خلال مطلبين ، خصصنا المطلب الأول منه لدراسة حدود إختصاص القضاء الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية في فرنسا ومصر ، وفي المطلب الثاني بيننا حدود إختصاص القضاء الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية في العراق، وفي المبحث الثاني، تناولنا موضوع القضاء الكامل بنظر منازعات العقود الإدارية وذلك من خلال مطلبين، في المطلب الأول ركزنا على بيان صور منازعات العقود الإدارية الخاضعة لإختصاص القضاء الكامل، وخصصنا المطلب الثاني لدراسة أثر إخضاع منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء الكامل ، وقد جاءت الخاتمة لتبين جملة من الإستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول
التنظيم القانوني لتسوية منازعات العقود الإدارية

لماكانت العقود الإدارية تبرم بين طرفين وتتعلق بأعمال ومهام تتصل إتصلاً وثيقاً بالمرفق العام، تستخدم فيه الإدارة لإمتيازاتها وسلطتها في تنظيم وإدارة العقد، فمن المتصور أن يحدث خلاف بين طرفي العقد حول صلاحية وحقوق كلا الطرفين، مما يتطلب إيجاد جهة مختصة بالنظر في هذه المنازعة، وهو أمر إختلفت بشأنه الأنظمة المقارنة، منها ما إحالته للقضاء العادي ومنها ما أحالته للقضاء الإداري، والمشرع العراقي كان له موقف خاص بتحديد الجهة المختصة بالنظر في منازعات العقود الإدارية، كما تختلف الأنظمة المقارنة في تحديدها لطرق ووسائل تسوية المنازعات التعاقدية تبعاً لمرحلة إثارة النزاع التعاقدي

على هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لبيان حدود إختصاص القضاء الإداري لستوية منازعات العقود الإدارية في فرنسا و مصر، ونوضح في المطلب الثاني حدود إختصاص القضاء الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية في العراق، وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول
حدود إختصاص القضاء الإداري لستوية منازعات العقود الإدارية في كل من فرنسا و مصر

ذهبت بعض الآراء في الفقه الفرنسي إلى التركيز على ضرورة إختصاص القضاء الإداري بكل ما يتعلق بنشاط الإدارة حتى ولو أتخذ أسلوب القانون الخاص، على إعتبار أن إختلاف الأسلوب الذي تلجأ إليه الإدارة لا يحجب الهدف النهائي من تصرفاتها وهو تحقيق النفع العام، كما أن تقسيم عقود الإدارة إلى عقود قانون خاص وعقود قانون عام، إنما هو تقسيم مصطنع يجد أساسه في فكرة الإختصاص القضائي ولا يستند إلى إختلاف في طبيعة كلا النوعين (محمد ،٢٠٠٥، ص 28) ، وفي فرنسا بعد أن قضى مجلس الدولة في قضية (cadot)، أصبح المجلس المذكور القاضي الإداري ذات الإختصاص العام، أي صاحب الإختصاص في فصل كل المنازعات الإدارية (حمه كريم، سعيد، ٢٠١٦، ص 30،31).

وفي مصر جعل المشرع الإختصاص في العقود الإدارية لمجلس الدولة، حيث محاكم مجلس الدولة تختص بكافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، حيث نص المادة (190) من دستور المصري لعام 2019 على أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل فى المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل فى الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء فى المسائل القانونية للجهات التى يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، التي تحال إليه ومراجعة مشروعات العقود التى يحددها ويحدد قيمتها القانون، وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

وفي هذا الشأن نص قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 في المادة (10) منه على " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية... المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام ، أو الأشغال العامة ، أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر .. سائر المنازعات الإدارية "، ومفاد هذا النص أن محاكم مجلس الدولة تختص بنظر المتعلقة بالعقود الإدارية دون غيرها، وأن إختصاصها في هذا الشأن يمتد ليشمل كافة القرارات التي تصدرها تلك الجهات بمناسبة تنفيذ العقد إستناداً إلى نص من نصوصه كما يشمل إيضاً القرارات الإدارية القابلة للإنفصال التي تصدرها تلك الجهات أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد(الأعور، ٢٠١٥،ص٦٥) .

كما أرست المحكمة الإدارية العليا المصرية العديد من المبادىء القانونية التي أكدت فيها إنتهاء العقود الإدارية ومنازعاتها إلى القضاء الكامل فقضت في حكمها رقم (3683، بتأريخ 1994/11/29) إلى أنه " متى توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بإنعقاد، أم بصحته، أو تنفيذه، أو إنقضائه، فإنها تدخل كلها في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، وأن للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد وما يتفرع عنها، وأن إختصاصها لا يقتصر على بحث مستحقات الطاعن صاحب المطالبة، وإنما يمتد ليشمل مستحقات جهة الإدارة المطعون ضدها، طالما لم يسقط الحق بمضي المدة" (الشكيلي، ٢٠١٩، ص٢٣٢) .

المطلب الثاني
حدود إختصاص القضاء الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية في العراق

يعد القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر في المنازعات المختلفة في العراق، حيث نصت المادة (73) من القانون الأساسي العراقي لعام 1925 على " للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق وفي كل الدعاوى والأمور المدنية التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها عدا الدعاوى والأمور الداخلة في إختصاص جهات أخرى كالمحاكم الدينية" .

وأكد قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة في1963 المادة (3)، الذي صدر في ظل دستور عام 1958 على سريان ولاية القضاء العادي على الأشخاص جميعاً، بما في ذلك الحكومة إلا ما تم إستثناؤه بنص خاص، كما أن نص المادة (29) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 أكدت على أنه " ... تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما إستثنى بنص خاص"، وفي الأسباب الموجبة لهذا القانون أشارت إلى نظر المحاكم العادية للمنازعات كافة مستمر إلى أن يحين الوقت لإنشاء مجلس الدولة، لذلك يمكن القول أن المنازعات الإدارية منازعات توجب وجود قضاء يعمل على النظر فيها وحسمها، ولا يوجد قضاء متخصص لهذا ولما كان للقضاء العادي ولاية على المنازعات كافة إلا ما إستثنى منها من تلك الولاية.

وبعد صدور قانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة 1989 لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 أصبح التنظيم القضائي في العراق قائماً على فكرة القضاء المزدوج، بعد أن كان قائماً على فكرة القضاء الموحد، حيث يمارس المجلس مهمة القضاء الإداري بالإضافة إلى دوره الإستشاري، ذلك من خلال محكمة القضاء الإداري، ولكن جرى تحديد إختصاص هذه المحكمة بموجب المادة(7/ ثانياً/ د) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (106) لسنة 1989 في النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون، والتي لم يعين مرجعاً للطعن فيها.

وبصدور أمر سلطة الإئتلاف رقم (87) لسنة 2004 ما يسمى قانون العقود العامة عالج موضوع الفصل في المنازعات التعاقدية تحت تسمية " تسوية النزاعات" ، فقد كفل الأمر المذكور حق تقديم الإعتراض إذ يجوز لمقدم العطاء الذي يظن بأنه ظلم في قرار التعهدات الحكومية، أو يعتقد بأن أحكام المناقصة قيدت أو أن المنافسة لم تكن عادلة، أو حرة ونزيهة، أتبع أسلوب أبعده عن المنافسة بطريقة غير لائقة، أما يطعن أمام المحمكة الإدارية، أو التظلم أمام الإدارة ذاتها، فقد قرر أمر سلطة الإئتلاف المذكور في المادة (2/12/ب) أن " للمقاول الذي يسعى إلى ممارسة حقه وفقاً لهذا القسم الفرعي، عليه أولاً البحث عن قرار خطي مكتوب حول مستحقات طلبه من الوحدة والوكالة الحكومية التي منحت العقد من خلال تقديم طلب خطي إلى سلطة التعاقد في تلك الوحدة أو الوكالة يبين في الطلب المبلغ الذي يعتقد المقاول أنها مدينة به إليه وأسس الطلب ، يجب تهيئة قرار قطعي من سلطة التعاقد على أن يصدر خلال مدة زمنية معقولة أم لم يستلم المقاول بعد تلك المدة القرار القطعي التحريري من سلطة مختصة، يجوز للمقاول أن يعتبر هذا التقصير في الرد رفضاً لطلبه، والتظلم المذكور على وفق النص السالف شرطاً أساسياً للطعن أمام المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط، والقرار الصادر عن المحكمة الإدارية خاضعاً للطعن إستئنافاً"، إذ قرر الأمر المذكور بموجب المادة (2/12/ت) منه "إن كان المقاول غير راض عن القرار الخطي القطعي للوحدة او لوكالة الحكومية، فله حق الإستئناف لدى محكمة مختصة بالمنازعات بين الحكومة والأطراف الأهلية أو محكمة مختصة بالنظر في تلك القضايا، والتي تصدر قرارها خلال مدة زمنية معقولة".

ويجب التنوية إلى أن بموجب الأمر سلطة الإئتلاف رقم (87) لسنة 2004 وضع بعض الأسس العامة للتعاقد، ونص على إنشاء محكمة تختص بنظر المنازعات الناشئة عن إجراء عملية التعاقد، وترك لوزارة التخطيط وضع القواعد الخاصة بهذه المحكمة، فضلاً عن إختصاص في إصدار التعليمات ذات الصلة بتلك العملية، وبناءً على ذلك أصدرت وزارة التخطيط تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(1) لسنة 2007، ثم تلي صدور تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة2008 والتي تتضمن نفس الأحكام تعليمات السابقة بخصوص عمل المحكمة، سوى ما يتعلق بتحديد مدة للطعن بالقرارات الصادرة عن هذه المحكمة أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية حيث بموجب المادة (10/ ثالثاً- خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 حدد مدة للطعن بالقرارات الصادرة عن هذه المحكمة أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية خلال (30) يوماً تبدأ من اليوم التالي لتأريخ تبليغ القرار، وكذلك تقلصت المدة الخاصة بتقديم الإعتراض أمام المحكمة من (15) يوم إلى (7) أيام.

وقد إستقرت المحكمة المذكورة على ممارسة المهام الموكلة لها بموجب أمر سلطة الإئتلاف رقم (87) لسنة 2004 مسترشدة بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل في كل ما لم يرد بنص في تعليمات تنفيذ العقود والضوابط التي تصدرها وزارة التخطيط، حيث جاءت في المادة (1/12 /أ) من أمر المذكور، إذ يجوز لمقدم العطاء الذي يظن بأنه ظلم من قرار الإدارة، أو يعتقد بأحكام المناقصة قيدت وبشكل غير عادل بفتقر إلى المنافسة الحرة والنزيهة وأتبع فيها أسلوباً كان من شأنه إبعاده عن المنافسة بطريقة غير لائقة له أن يقدم إعتراض لدى محكمة إدارية متخصصة مؤسسة بموجب الأمر أعلاه .

هذا و بموجب المادة (12/ 1/أ/ ثانياً- (1/12/ت) من أمر سلطة الإئتلاف رقم (87) لسنة 2004 ويكون للمحكمة الإدارية أن تصدر قرارها شأن الإعتراض في أقرب وأسرع ممكن ، ويجوز لها من بين الأشياء المناسبة الأخرى المخولة بها أن تتخذ الإجراءات المناسبة بشأن تصحيح بعض إجراءات التعاقد كالإلغاء العقد المبرم، أو إعادة متطلبات المناقصات وتقييمها، أو إتخاذ آية إجراءات ضرورية إنسجاماً مع أحكام الأمر أعلاه، فإذا وافقت المحكمة على قبول الإعتراض وحكمت لصالح المناقص المعترض أو أمرت الإدارة بإتخاذ إجراء معين فعلى الإدارة الامتثال فوراً لقرار المحكمة.

وعملت هذه المحكمة على تحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها في سبيل حسم المنازعات التي تثور في مرحلة التعاقد كما عملت على إبراز الطابع الإداري لهذه المنازعات ، حيث ذهبت المحكمة في قرارها رقم (2/إدارية تخطيط/ 2011 في 2011/3/30) إلى القول " إن الدعاوى التي تنظرها هي دعاوى إدارية خاصة لها نوعين من الشروط ، يتمثل الأول بالشروط العامة لكل دعوى على وفق ما ورد بقانون المرافعات، ويتمثل الثاني في الشروط الخاصة بهذه الدعوى التي رسمتها تعليمات تنفيذ العقود" المشاهدي، ياسين، مصدر سابق، ص36)، كما ذهبت المحكمة في قرارها آخر رقم (34/إدارية تخطيط/ 2011 بتأريخ 2011/8/24) إلى " أن الدعوى الإدارية التي تقام أمام هذه المحكمة هي عبارة عن طعن بالإعتراض على قرار الإحالة ضمن مدة معينة، وأنها دعوى مستعجلة تنظر بصفة مستعجلة" (المشاهدي و ياسين، مصدر سابق، ص77).

وجدير بالإشارة إلى أنه على الرغم من تسليم أمر سلطة الإئتلاف رقم (87) لسنة 2004 بإختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في المنازعات المناقصات والعقود على النحو السالف بيانه، إلا أنه لم يغادر دور القضاء العادي في التصدي للمنازعات العقدية حيث نصت المادة (2/12/ت) من أمر المذكور على إن كان المقاول غير راضٍ عن القرار الخطي

القطعي للوحدة، أو الوكالة الحكومية، فله حق الإستئناف لديه محكمة مختصة بالمنازعات بين الحكومة والأطراف الأهلية، أو محكمة مختصة بالنظر في تلك القضايا ، والتي تصدر قرارها خلال مدة زمنية معقولة"، وهو ما يعني إمكانية الطعن بقرار الإدارية نتيجة الإعتراض، أو قرار المحكمة الإدارية أمام محكمة الإستئناف على وفق التفصيل الذي أوردته التعليمات في حينه.

وعلى الرغم ذلك قام المشرع العراقي بإلغاء هذه المحاكم وقد وردت حجة المشرع في الأسباب الموجبة لقانون الإلغاء القانون رقم (18) لسنة 2013،من أجل تسريع وتيرة تنفيذ المشاريع الإستراتيجية التي يتقرر إحالتها على المقاولين أو الشركات لتنفيذها وعدم تأخير المباشرة في هذا التنفيذ في حالة الإعتراض لحين صدور قرار المحكمة الإدارية وإكتسابه الدرجة القطعية، ومن أجل إعادة الإختصاص إلى القضاء العادي.

ومن جانبنا نرى أن المشرع لم يكن موفقاً في الإلغاء هذه المحكمة على وفق الأسباب الواردة آنفاً، ولا يلبي المصلحة العامة ولا يسهم في تطوير مبادىء وأحكام العقود الإدارية، وكذلك من يرى المشرع أن التقاضي أمام المحكمة الإدارية يستغرق من الوقت ما يؤثر على تنفيذ المشاريع التي تريد الدولة أن تنهض بها، ولكن من خلال عملية حسابية بسيطة تبين أن أغلب الدعاوى إستغرقت الوقت المناسب لحسمها قانوناً وأن هذا الوقت هو أقل بشكل ملحوظ عن الوقت الذي يستغرقه حسم الدعوى أمام القضاء العادي فمثلاً في الدعوى رقم 9/إدارية تخطيط /2011، صدر قرار الإحالة في 2011/2/13، وأعترض المدعي أمام لجنة الإعتراضات في 2011/2/21، حيث لم تبت اللجنة بالإعتراض، صدر قرار وقف التنفيذ في 2011/3/23، وصدر قرار حكم في الدعوى في 2011/4/13، صدق تمييزاً في 2011/5/15، هذا يعني المدة من تأريخ إقامة الدعوى وحتى صدور قرار بات في الدعوى وإكتسابه الدرجة القطعية لم تتجاوز (شهرين) بما في ذلك مدد التبليغات والطعن التمييزي(المشاهدي و ياسين، مصدر سابق، ص 42) .

من خلال ما تقدم نجد أن أمر سلطة الإئتلاف أخذ بالإختصاص المزدوج في النظر في منازعات العقود والمناقصات، فهو يأخذ تارة بالقضاء المتخصص بالعقود والمناقصات الحكومية بأناطته مهمة الفصل فيها إلى المحكمة الإدارية، ومن جهة أخرى يعهد إلى القضاء العادي مهمة النظر في المنازعات المذكورة إستئنافاً .

وتجدر الإشارة إلى أن تم إستبعاد منازعات العقود الإدارية من إختصاص محكمة القضاء الإداري ، في القانون رقم (17) لسنة 2013، قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979، وبموجب المادة (5/رابعاً) منه " تختص محكمة القضاء الإداري في النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام، والتي لم يعين مرجعاً للطعن فيها .."

وبالنسبة للآليات تسوية المنازعات العقود الإدارية بموجب التعليمات، لابد أن نميز بين الفترتين أولهما في ظل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008، والثانيهما فترة نفاذ التعليمات الجديدة رقم (2) لسنة 2014.

1- التنظيم القانوني لتسوية منازعات العقود الإدارية بموجب تعليمات رقم (1) لسنة 2008

عهدت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 بموجب المادة (10/أولاً/أ – ب- ج) منها أمر الفصل في المنازعات الناشئة قبل التعاقد إلى لجنة مركزية تشكل في كل وزارة ، أو جهة غير مرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم، للنظر في الإعتراضات والشكاوى التعاقدية ترتبط بالوزير المختص أو المحافظ، أو من يخوله وتتألف من مجموعة من الخبراء الإختصاصين مقرر لها لا يقل عنوانه الوظيفي عن ملاحظ تتولى دراسة الإعتراضات واشكاوى التحريرية من مقدمي العطاءات المعترضيين، أو وكلائهم الرسميين ممن لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية، خلال (7) أيام عمل رسمي من تأريخ صدور كتاب الإحالة أو التبلغ به وعلى اللجنة البت في الطلب خلال مدة لا تتجاوز (15) يوماً من تأريخ إيداع الشكوى لديها، وتقديم التوصيات اللازمة إلى الوزير المختص، وعلى الآخر البت في التوصيات خلال مدة أقصاها (7) أيام، ويعد عدم البت بالموضوع خلال مدة المذكورة رفضاً لإعتراض، وعلى جهات التعاقد في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات التريث بتوقيع العقود لحين حسم الموضوع من الوزير المختص، أو المحافظ مع مراعاة المدد القانونية الخاصة بنظر الشكوى، شريطة تقديم المعترض تعهد رسمي بدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخر بتوقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مبررة.

هذا وفقاً المادة (10/ثالثاً/رابعاً/خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008، يجوز لمقدمي العطاءات الذين رفضت إعتراضهم من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ الإعتراض أمام المحكمة الإدارية المختصة خلال (7) أيام عمل رسمي تبدأ من تأريخ قرار الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ على أن تصدر المحكمة قرارها بموضوع الشكوى، أو الإعتراض خلال مدة لا تتجاوز (120) يوماً تبدأ من تأريخ دفع الرسم القانوني وتكون قرارات المحكمة المذكورة باتة عند عدم الطعن تمييزياً لدى محكمة الإستئناف المختصة خلال (30) يوماً تبدأ من اليوم التالي لتأريخ التبليغ بالقرار.

وبالنسبة لآلية تسوية المنازعات بعد التعاقد، نصت المادة(11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على " تفض المنازعات بعد التوقيع العقود العامة بمختلف أنواعها بإستخدام إحدى الأساليب الآتية :التوفيق أو التحكيم أو إحالة النزاع إلى المحاكم المختصة أو التحكيم الدولي لفض المنازعات بشرط أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً".

2- التنظيم القانوني لتسوية المنازعات العقود الإدارية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

بموجب المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، تخضع الإعتراضات الناشئة عن العقود والمناقصات للجنة تتولى دراسة الإعتراضات التحريرية المقدمة من مقدمي العطاءات المعترضين، أو وكلائهم الرسميين ممن لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية وفقاً لما يأتي:

أ- تقديم الإعتراض خلال (7) أيام عمل من تأريخ التبليغ بكتاب الإحالة.

ب- تقديم المعترض تعهد رسمي مصدق أصولياً من محاسب حسب القانون لدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد من التأريخ بتوقيع العقد لأسباب كيدية، أو غير مبررة، ولعلنا نجد النص المذكور يتضمن معالم عيوبه، فالتعهدات تصدق من قبل كاتب العدل وفق قانون كتاب العدول رقم (33) لسنة 1998 المعدل وليس من محاسب.

ت- يجب على اللجنة تقديم التوصية بموضوع الإعتراض وأسبابه خلال مدة لا تزيد على (14) يوماً عمل من تأريخ إيداع الإعتراض لديها، وعلى رئيس جهة التعاقد، أو من يخوله البت بالتوصية خلال (7) سبعة أيام عمل من تأريخ

إيداع التوصية في مكتبه ، ويعد عدم البت بالموضوع رفضاً للإعتراض عند مرور هذه المدة .

ث- د- وعلى جهة التعاقد عدم توقيع العقود لحين حسم الإعتراضات من رئيس جهة التعاقد وفق ما منصوص عليه أعلاه.

وفيما يتعلق بتسوية المنازعات بعد التعاقد، أخذت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 بموجب المادة (12/ ثانياً) بالإختصاص القضائي الوطني بالنظر في منازعات العقود والمناقصات الحكومية، فقرر بأن تخضع العقود العامة للقوانين العراقية، و ولاية القضاء العراقي وحسب السياقات المتعمدة، كما أخذت التعليمات المذكور وفق المادة(8/ثالثاً) ، بمبدأ حرية أطراف التعاقد في إختيار الأسلوب المناسب لفض النزاع بينهما فقرر " يلتزم طرفا العقد بإختيار الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذه بينهما وفقاً لأحد الأساليب المنصوص عليها في هذه المادة وفق شروط التعاقد المتفق عليها والتي يجب ذكرها إبتداءاً في وثائق المناقصة". وكذلك أشارت التعليمات المذكورة في المادة (8/ثانياً/ب) إلى أن " عند عدم التوصل إلى إتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي يجب أن ينص عليها في العقد وهي كالآتي ب- إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة في الموضوع لحسمه .

من خلال ما تقدم يتضح بأنه على الرغم من إختصاص القضاء العادي بالنظر في منازعات العقود والمناقصات إستناداً لما للقضاء العادي من ولاية عامة بالنظر في منازعات كافة، فمع إختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في المنازعات العقدية، فقد كانت المحاكم العادية تختص بالنظر في العديد من القضايا ذات الصلة بالعقود الحكومية، سواء في المرحلة السابقة للتعاقد، أو لاحقة لها، بل توكد هذا الإختصاص للقضاء العادي بعد صدور القانون رقم (18) لسنة 2013 الذي ألغى المحكمة المختصة بالعقود المنصوص عليها في الأمر رقم (87) لسنة 2004 لذلك فقد أصبحت جميع القضايا المتعلقة التعاقدات من إختصاص القضاء العادي " محكمة البداءة"، حيث نصت المادة (2) من القانون رقم (18) لسنة 2013 على " يتولى القضاء العادي (محكمة البداءة) النظر في المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية حتى تكلل الأمر بإستحداث محكمة مختصة بالعقود والمقاولات ضمن تشكيلات مجلس القضاء أعلى.

المبحث الثاني
دور القضاء الكامل بنظر منازعات العقود الإدارية

يمثل القضاء الكامل القضاء الأصيل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية المصرية العليا، حيث قضت بأنه" متى توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بإنعقاد العقد أم صحته أم تنفيذه أم إنقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء(الباز، 2006، ص183) .

عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول لصور منازعات العقود الإدارية الخاضعة لإختصاص القضاء الكامل، وفي المطلب الثاني نلقي الضوء على أثر إخضاع منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء الكامل وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول
صور منازعات العقود الإدارية الخاضعة لإختصاص القضاء الكامل

تأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل صوراً متعددة وسلطات القاضي في المنازعات القضائية محددة بموضوع المنازعة وفقاً لما يطالب به أطراف العقد وكلما توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت تتعلق بإنعقاد العقد أو بصحته أو تنفيذه أو إنقضائه فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء(جعفر،2010، ص 153- 162).

تتخذ دعوى القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية الداخلة في نطاق إختصاص القضاء الإداري عدة صور منها :-

أولاً: الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وإنقضائه

من الممكن أن يثور النزاع بين المتعاقدين في المرحلة التي تلي إبرام العقد، سواء في تفسير شروط العقد أو عند تعديله من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، أوعند إخلال أحدهما بما يفرضه عليه العقد من إلتزامات، ومن هذه المنازعات هي:-

1- دعوى الحصول على مبالغ مالية

إذا حدث نزاع بين الإدارة والمتعاقد معها على المقابل المادي لما أوفى به التزامات التعاقدية بإختلاف صور المقابل سواء كان بصورة ثمن أو رسم، فإن المتعاقد مع الإدارة يستطيع إقامة دعوى أمام المحاكم الإدارية أو محكمة القضاء الإداري بحسب الأحوال للمطالبة بمستحقاته، كما يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بتعويض عن الأضرار المادية التي أصابته من جراء خطأ جهة الإدارة المتعاقدة وهو بصدد تنفيذه لتعاقده معها باللجوء إلى محاكم مجلس الدولة بشأن ذلك(محمد، 216،ص87- خليفة،مصدر سابق ص313).

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها رقم 131،بتأريخ 2005/1/18 في الفصل في الدعوى المحالة إليها بإعتبارها صاحبة الإختصاص في طلب التعويض عن أضرار سببها قرار الإداري (الأعور، ص121) ، وترمي هذه الدعوى إلى الحصول على مبالغ مالية معينة نص عليها العقد الإداري وذلك إما في صورة ثمن، أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد (خليفة، مصدر سابق، ص313) .

2- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف إلتزاماتها التعاقدية

إذا صدر من الإدارة تصرف على خلاف إلتزاماتها التعاقدية، فإن للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القضاء مطالباً بإلغاء هذه التصرفات وذلك عن طريق القضاء الكامل وليس عن طريق قضاء الإلغاء وتحتفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك من حيث إنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى ولو إقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة (الصالح، 2011، ص47).

ومثال ذلك القرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات كتوقيع غرامة التأخير، ومصادرة التأمين، أو التنفيذ على حساب المتعاقد معها، أو فسخ العقد، أو إنهائه أو إلغائه، وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها رقم 1180 لسنة 10 ق، بتأريخ 1956/11/18 بأن" ما يصدر من القرارات تنفيذاً للعقد، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية، أو بفسخ العقد، او إنهائه أو إلغائه، فهذه كلها تدخل في منطقة

العقد وتنشأ عنه، فهي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عل أساس إستعداء ولاية القضاء الكامل..."(إسماعيل، 2012،ص1351) .

بمعنى آخر تمتد دعوى القضاء الكامل إلى ما يصدر من الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات المتعالقة بالجزاءات التعاقدية، أو بتعديل العقد، أو فسخه، أوإنهائه فتدخل كل هذه التصرفات في ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء لإتصالها بالعقد، ولا تتقيد دعوى إبطال مثل هذه القرارت بمدد دعوى الإلغاء، إذ هي لا تستهدف إلغاء القرار إلغاءً مجرداً ولكن تستهدف عدم الإعتداد به بالنسبة لموضوع المنازعة(لعوني، مصدر سابق، ص 422).

3- دعوى فسخ العقد

تندرج دعوى فسخ العقد في نطاق القضاء الكامل، وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة من حقه اللجوء إلى القضاء لكي يطلب فسخ عقده معها في حالة صدور خطأ جسيم من الإدارة، أو تجاوزها للحدود المسموح بها في مجال إستعمال سلطتها في تعديل العقد الإداري . كما له تضمن التعديل تغييراً في موضوع العقد ومحله، أو من كان من شأن تعديل الإدارة للعقد كلياً بحيث أنصب على كافة شروطه (خليفة، مصدر سابق، ص315) .

وفيما يتعلق بالقضاء المختص بنظر منازعات المتعاقد مع الإدارة حول قرارها بفسخ العقد الإداري فإنه يخضع لولاية القضاء الكامل، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها رقم (1654، بتأريخ 1994/3/22) إلى أنه "... لماكان القرار المطعون عليه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن إستناداً لما نسب إليه من إخلال بإلتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة تأمين النهائي والتوريد خلال مواعيد المقررة ... فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلاً للطعن على أساس إستعداء ولاية القضاء الكامل وتخرج عن ولاية قضاء الإلغاء(خليفة، مصدر سابق، ص327)".

4- المنازعة في تفسير عقد إداري

تدخل المنازعة حول تفسير عقد إداري في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها رقم (886، بتأريخ 1994/1/18) إلى أن " المنازعة في تفسير عقد إداري يدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية (أبو العينين،2004، ص114) .

ثانياً: دعوى إبطال العقد الإداري

لا تختلف العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص من حيث ضرورة توافر و قيام أركان العقد والمتمثلة أساساً في ركن الرضا، المحل، السبب، إضافة إلى حتمية تحقق شروط صحة وسلامة إنعقاده وكذلك الإدارة تخضع في عقودها إلى تلك الشروط الموضوعية والإجرائية التي نص عليها المشرع ، لذلك في حالة تخلف أحد أركان العقد جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري بالحكم ببطلانه (عائشة،2019، ص66)، و جاز القضاء الإداري الفرنسي والمصري للمتعاقد مع الإدارة رفع دعوى القضاء الكامل لإبطال العقد الإداري فيما شاب العقد من عيب في أركانه وشروطه(السويلميين، 2015،ص183).

1- بطلان العقد الإداري لعيب يتعلق بعنصر الرضا

إستقر الفقه والقضاء على أن العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين بقصد إنشاء أثر قانوني معين(فرج، 2002،ص37) ، إن ركن الرضا في العقود يتمثل في إرادة المتعاقدين، لأن الرضا يكون بتحرك الإرادة نحو شيء معين وتعلقها به، أو إتجاه الإرادة إلى أمر أو أثر قانوني معين، كما وأنه يقصد بالرضا أيضاً توافق الإرادتين في التعاقد(السنهوري، 1998،ص 148) ، ويمثل الرضا المتبادل بين طرفي العقد الإداري الركن الأول اللازمة لتوافر إنعقاد العقد أي تبدأ إجراءات إبرام العقد الإداري بتبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقد والإدارة ، وعندما تشرع لإدارة في القيام بعمل معين عن طريق الغير، تقوم بالإعلان عن طلب التعاقد معها، وهذا الإعلان هو مجرد دعوة للتعاقد، والإيجاب يتحقق بالإشتراك من جانب الغير الراغب في ذلك التعاقد بتقديم عطائه سواء في المناقصة أو المزايدة(باز، 2018، ص99) ، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرارها رقم (1447/الهيأة الإستئنافية منقول /2011 بتأريخ 2011/10/15) إلى " ... ولدى وضع الدعوى موضع التدقيق وجد أن التقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً ، ورسو المناقصة على من قدم العطاء قبولاً وبإرتباط القبول بالإيجاب ينعقد عقد المقاولة " (عزالدين ،2014، ص104) ، وفي قرار آخر رقم (524/الهيأة الإستئنافية منقول /2014 ، بتأريخ 2014/3/3) قضت فيه" ... أن العقد بين المتداعيين يكون منعقداً لمجرد إرتباط القبول بصدور قرار الإحالة بالإيجاب بالتقدم إلى المناقصة، وإن عدم توقيع العقد فيكون من قبل المدعى عليه لا يحول دون مقاضاته، وإن كان قد أنجز جزءاً من أعمال المقاولة قبل توقيع العقد المذكور قابلاً للفسخ وأن المحكمة إعتمدت في إحتساب ما يستحقه المدعي من تعويض على ضوء تقرير الخبراء السبعة الذي جاء مسبباً، ويصلح أن يكون سبباً للحكم وفقاً للمادة (140/أولاً) من قانون الإثبات ... لذا قرر تصديق الحكم " (عزالدين ،2014، ص104).

وتجدر الإشارة إلى أن لايكفي لقيام العقد الإداري توافر إيجاب يصادفه قبول، حيث يتعين لصحة العقد الإداري أن يكون التراضي صحيحاً بأن يكون صادراً عن ذي أهلية (حلمي، 1974، ص7) ، وخالياً من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه.

عليه سوف نتناول بإيجاز عيوب صحة التراضي وذلك على النحو الآتي:-

أ- الغلط

الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص، يصور له الامر على غير حقيقته، بحيث يدفعه إلى التعاقد، وماكان ليتعاقد لو علم الحقيقة(فرج، 2002، ص127)، وفي فرنسا مجلس الدولة يطبق القواعد العامة الواردة في القانون المدني فيما يتعلق بالغلط في العقود الإدارية (دلفولفية، .. ص343)، حيث قرر مجلس الدولة في قضية (Domergue) إبطال عقد حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة (الطماوي،مصدر سابق، ص390) ، في هذه الحالة يشوب إرادة الإدارة بعيب الرضا، لأن وقعت الإدارة في الغلط في تحديد شخص المتعاقد ويستوجب بطلان العقد، وموجب المادتي (117،118) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الغلط قد يقع في المحل العقد، إذ يكون الغلط موجب ببطلان الرضا متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد.

وفي مصر أيضاً أخذت القضاء بما هو جارٍ في القانون المدني فيما يتعلق بالغلط كعيب من عيوب الرضا، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن" الغلط الذي يعيب الرضا، ومن ثم يجعل العقد قابلاً للإبطال، يشترط أن يكوم جوهرياً سواءً في صفة الشيء محل الإلتزام أم في شخص المتعاقد، وفي العراق أيضاً طبقت محكمة التمييز المبادىء العامة

الواردة في القانون المدني بشأن الغلط المادي في إبرام العقد الإداري، حيث قضت في قرارها رقم (571/حقوقية/1967، بتأريخ 1967/9/18) بأنه " إذ أن المعمول عليه في معرفة الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين هي الشروط التي تمت بها المناقصة والتي نصت المادة الأولى منها على تحميل وزارة الدفاع الرسوم الكمركية، والتي يجب أن يكون تنظيم العقد على أساسها، وقد حدث الغلط المادي فإنه لا يؤثر في نفاذ العقد وإنما يجب تصحيح هذا الغلط، ويبقى العقد بعد ذلك سليماً"(علي، ص214) .

أما في العراق وفق المادتان (118،119) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 يشترط في الغلط الذي يعد عيباً من عيوب الارادة ينبغي أن يكون جوهرياً، وأن يتصل علم المتعاقد الآخر بالغلط،

ب- الإكراه

أن الإكراه كعيب للغرادة أو ركن الرضا في العقود الإدارية نادراً ما يحصل مقارنة بما قد يحصل في عقود القانون الخارص من الإكراه المفسد للإرادة، وذلك لأن الإدارة كصاحبة سلطة، وكمجموعة من الأشخاص تتضافر جهودها بصورة جماعية للقيام بالنشاط الإداري ومن ضمنه إبرام العقود، بحيث لايمكن إكراهها على التعاقد (الفياض،1981،ص150) لة عثمان ياسين وقرم كرتوة لا 226

ولما كانت الإدارة طرفاً في العقود الإدارية، فإنه من النادر أن يقع الإكراه في التعاقد، وفي فرنسا فإن معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة في هذا الصدد أحكام سلبية يكتفي بها المجلس بإبطال العقد إذا ما شاب الرضا إكراه بالمعنى المعروف في القانون المدني(الطماوي،مصدر سابق، ص392) .

وفي مصر فقد سارت المحكمة الإدارية العليا على منهاج القانون المدني فيما يتعلق بموضوع الإكراه في العقد الإداري وذلك في موضوع إثبات إبرام التعاقد تحت تأثير الإكراه الذي يقع على عاتق من يدعيه حيث قضت في حكمها رقم (877، بتأريخ 1984/1/21) بأنه" لا وجه لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش المسئولين بمجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد، ذلك أنه لم يقم دليل على أن أحد من المسئولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسيلة لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها ، والمادة (127) من القانون المدني تشترط لجواز إبطال العقد للإكراه أن يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق ، وتكون هذه الرهبة قائمة على أساس ، ثم أردف في الفقرة الثانية من هذه المادة أن الرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال"(الحلو ، 2009، ص139،140) .

وفي العراق، وفق المادة (1/112) من قانون المدني العراقي رقم 41 لسنة 1951 الإكراه هو إجبار شخص على أن يعمل عملاً دون رضاه ،ويشترط في هذا الإكراه أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين، فإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره المطالبة بإبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض عليه العلم(علام، 2018، ص154).

فقد أتجه القضاء العراقي إلى أن العيوب المتعلقة بالرضا، نادراً ما تحدث بالنسبة الإدارة. حيث جاء في حكم محكمة التمييز العراقي رقم (52/حقوقية/964، بتأريخ 1964/9/2) أن " ظهر للمحكمة بأن الوفاء هو عمل قانوني وأن الوفاء الذي قامت به وزراة الأعمار لشركة الإنشاءات بناء على تحكيم رضائي كان قد جرى وفق أصوله في وقته وبناء على ما قرره المحكم الذي يعتبر عمله قانونياً بذاته لذا فلا يمكن إقامة الدعوى بإبطاله وبإسترداد ما دفع إلا شاب الدفع الحاصل فعلاً شائبة ظاهرة بأن ما دفع كان غير مستحق فعلاً وحيث أنه لايوجد أي شائبة يمكن تصورها لعدم وجود أي غلط أو تدليس او إكراه أو نقص في الأهلية مما لا يتوفر بوزارة لها مجلس ومستشارون حقوقيون يناط بهم إعطاء رأي قبل الدفع وحيث لأن الدفع كان مستحقاً بالفعل بناءً على التحكيم الجاري لذا يكون طلب الإبطال غير مستند إلى سبب صحيح" (علي، ص228) .

ج- الغبن مع التغرير

يقصد به إستخدام الطرق الإحتيالية التي يوهم بها أحد المتعاقدين على الآخر على غير الحقيقة بواقعة ما فيدفعه إلى التعاقد(بدر، 2003،ص57) ، والتغرير في العقود الإدارية هواستعمال المتعاقد مع الإدارة طرقاً إحتيالية لتضليلها ودفعها إلى التعاقد، كأن يدعي قيامه بأعمال سابقة تدل على خبرته في طبيعة عمل المرفق موضوع التعاقد، أو يتظاهر بأية وسيلة لإظهارأمانته أمام الإدارة للتعاقد معه، أما التغرير من جانب الإدارة فأمر مستبعد حيث يفترض أن الموظفين القائمين بالتعاقد يتحلون بالنزاهة ويعملون على تحقيق المصلحة العامة وليس لهم مصلحة شخصية في ذلك(الجبوري، ص99).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له ببطلان العقد الإداري الذي يبرم مع الإدارة بإستعمال طرق إحتيالية وذهب المجلس في حكمه الصادر في قضية (Boyreau) (بتأريخ 1931/5/16) بأنه" إذا كان العقد قد أبرم بصورة صحيحة إعتبر بمثابة القانون الذي يحكم أطرافه، لكنه لا يعتبر كذلك إذا إكتشفت أعمال أحد أطرافه عن التدليس –إستعمال وسائل إحتيالية – ذلك أن هذه الوسائل تؤدي إلى إبطال العقد إذا ثبت أن هذه الوسائل هي التي دفعت الإدارة إلى التعاقد" (الفياض، 1981، ص150).

والقضاء الإداري في فرنسا يرجع عادة في مثل هذه الامور إلى المجموعة المدنية المتعلقة بهذا الموضوع، وحكم القانون المدني الفرنسي بموجب المواد (1116، 1153، 1154) من القانون المدني الفرنسي إزاء هذه الحالة هو أن التدليس في القانون الفرنسي يعتبر مسبباً في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين جسيمة بحيث يكون واضحاً أنه لولاها لما رضى المتعاقد الآخر هو ذات الحكم في القانون المدني المصري، أما في القانون العراقي فيقابل التدليس، التغرير وبخلاف القانونين الفرنسي والمصري لم يعتبر(التغرير –التدليس) لوحده، ولا الغبن لوحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، بل إعتبرهما معاً عيباً واحداً، بحيث يلحق التغرير بالغبن، أو أن يكون الغبن ناتجاً عن التغرير ويجب أن يكون الغبن فاحشاً وليس يسيراً، ويحق للمتعاقد المصاب بالغبن اليسير المطالبة بالتعويض فقط دون إبطال العقد(الحكيم، ص153، 154) .

وتجدر الإشارة إلى أن بموجب المادة (2/124) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 فإن مجرد الغبن يعد كافياً لجعل العقد باطلاً ولو لم يصحبه تغرير، وهذه الحالات هي التي يكون المغبون فيها محجوراً أو وقفاً أو مال الدولة، والحكمة في ذلك هو أن هؤلاء الأشخاص لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم في العقود التي تبرم لمصلحتهم ، فيطمع فيم الطاعمون عادةً، لذلك فالجزاء الذي فرضه في هذه الحالات أشدمن التوقف فقد عد العقد باطلاً لا موقوفاً (الحكيم، ص171).

وكذلك نصت المادة (3/124) من القانون المدني العراقي على أنه لايجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية، والسبب في ذلك هو عدم إمكان حصول الغبن في هذا النوع من التعاقد، إذ أن التنافس موجود بين المتزايدين، وكل يدفع ما يراه مساوياً لما يريد الحصول عليه، أما إذا حصل تواطؤ من أحد الأشخاص وبين صاحب السلعة على أن يزيد في الثمن ليرفعه فقط، فعندئذٍ نكون أمام صورة من صور التغرير الصادر من غير المتعاقد والذي يعلم به هذا المتعاقد ، وهذه الصورة هي بيع النجش، وفي هذه

الحالة يمكن للمتعاقد المغبون أن يطلب فسخ العقد للغبن الناشيء عن التغرير(الحكيم، ص172).

وأخيرا يجب القول فإذا ما شابت إرادة المتعاقد مع الإدارة أياً من تلك العيوب جاز له التمسك بالبطلان، لما شاب إرادته من عيوب حيث أن العقد يكون باطلاً لمصلحة المتعاقد مع الإدارة (خليفة،مصدر سابق، ص329) .

2- بطلان العقد الإداري لعيب في ركن المحل

يقصد بالمحل أو محل الإلتزام الشيء الذي يلتزم المدين القيام به أو بعدم القيام به(السنهوري، ص64، 375) ، وبموجب المواد (126-130) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 يشترط لصحة العقد الإداري في محله أن يكون هذا المحل موجوداً أو ممكن الوجود في المستقبل ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين بحيث يكون معلوماً من المتعاقدين علماً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه أو مشروعا.

ويتمثل محل العقد في موضوعه أو مضمونه ، وموضوع العقد الإداري يتعلق عادة بالمرفق العام، ففي عقد الأشغال العامة هو عقد المقاولة محله الترميم أو البناء أو الصيانة، أي ينصب موضوع هذا العقد على العقار، ولم يعتبر مجلس الدولة الفرنسي عقوداً من عقود الأشغال العامة، الإتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم أو حظيرة متحركة للطائرات(قبلان، 2011، ص297-299و الطاوي، ص126)، أما عقد التوريد الإداري فينصب موضوعه على المنقولات، لأن محله هو توريد المنقولات المعينة للإدارة مقابل ثمن معين من قبل المورد أو المتعهد ، وقد طبق القضاء الإداري المصري المبادىء المدنية التي تتعلق بالمحل حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها (رقم 337، سنة 26 ق، بتأريخ 1/1/ 1983) بأن" العقد الإداري يكون باطلاً ، فلا ينعقد قانوناً ولا ينتج أثراً ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان إذا كان محله غير قابل للتعامل فيه سواء لكون ذلك التعامل محظوراً، أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام" (علام ، مصدر سابق، ص163)، كما يبطل العقد الإداري متى ثبت أن محل الالتزام مستحيلاً، وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها رقم (337، لسنة 26 القضائية، بتأريخ 1959/1/4) في هذا الصدد بأنه" وإن جاز أن تضمن العقد الإداري شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لا أن جميع العقود الإدارية كانت أومدنية يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحله، فلابد وأن يكون محل مشروعاً وغير مستحيل في ذاته، فإذا ثبت أن أحد بنود العقد مستحيل التنفيذ على المدعي وعلى الأفراد كافة إستحالة مطلقة فإن هذا يرتب بطلان هذا البند(الضوي، 2018، ص21).

وفي العراق فقد قضت المادة (1/127) من القانون المدني العراقي ببطلان العقد إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً إستحالة مطلقة، وطبق القضاء العادي العراقي الحكم ذاته على العقد الإداري وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية رقم (1583و2178/حقوقية/57 الموصل ، بتأريخ 1957/9/17) أنه "وجد أن مصلحة الماء والكهرباء وإن تعاقدت مع المميز على إيصال القوة الكهربائية لداره بواسطة الأعمدة غير أن الجهة العسكرية، قد منعت إقامة أعمدة في المنطقة التي يراد إيصال القوة إليها لأسباب تتعلق بسلامة الجيش وطائراته، وحيث أصبح محل الإلتزام مستحيلاً، فتكون المصلحة المعذورة من الإستجابة لطلب المميز حسب الإتفاق السابق، أما إذا أراد المميز أن يعقد إتفاقاً جديداً مع المصلحة لمد الاسلاك الكهربائية تحت الأرض، فلم تجد هذه المحكمة ممانعة من قبل المصلحة لإجراء مثل هذا الإتفاق.

ولكن المميز لم يتقدم مثل هذا الطلب، لذلك يكون الحكم بإلزام المميز عليه بإيصال القوة الكهربائية على الوجه المتفق عليه سابقاً غير ممكن التنفيذ، وبالتالي يكون غير صحيح، وحيث أن المميز عليه لايعتبر مقصراً فيكون أمر الضمان غير ذي موضوع لذلك تقرر رد الإعتراضات التمييزية الواردة في لائحة المميز (المدعي) ونقض الفقرة الحكمية المتعلقة بإلزام مصلحة الماء والكهرباء بإيصال قوة الكهرباء إلى دار المدعي وإعادة الأوراق لمحمتها المختصة للسير في القضية على الوجه المتقدم ذكره على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق " . قرار محكمة التمييز العراقية رقم (علي، مصدر سابق ، ص240" .

3- بطلان العقد الإداري لتخلف ركن السبب

سبب العقد الإداري هو الدافع الذي حدا بالإدارة إلى إبرامه ومن ثم يكون السبب ركناً لازماً حيث لا يقوم العقد الإداري بدونه، وإن دافع الإدارة في إبرام عقودها يتمثل دائماً في تحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة(قبلان، ص324، 325) ، ويشترط لقيام العقد الإداري أن يكون سببه موجوداً وأن يكون مشروعاً بمعنى ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب(علام، ص17. و قبلان، 2011، ص 243-325) ، ونصت المادة (132) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951، القانون المدني العراقي على " يكون عقد باطلاً إذا إلتزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب العامة ويفترض في كل إلتزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك أما إذا ذكر السبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك" .

ويجدر الإشارة إلى أنه من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل لذلك فإن الأحكام القضائية قليلية في هذا الموضوع، ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي بتأريخ (1947/1/29) يشير بصراحة إلى ركن السبب، كما يلاحظ الفقيه بيكنو، هو حكمه في قضية (Michaux) وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتل الألمان، ولكنه جند في وحدة غير مقاتلة، فلما طالب بإلغاء عقد تطوعه لفقد ركن السبب، رفض المجلس الدولة الدعوى إستناداً إلى أن إلحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد وبالتالي لا يفقد العقد سببه (زريق، 2002، ص117) .

4- بطلان العقد الإداري لتخلف ركن الشكل

الأصل هو مبدأ الرضائية في إبرام العقود، وعدم إتباع الشكليات ولكن القاعدة العامة في هذا المجال لا تخذ بهذا الاصل العام، بحيث أصبحت الكتابة في إبرام العقود الإدارية ركناً لازماً للعقد، حيث أنه لا ينعقد العقد إلا إذا أنصب رضا الطرفين في الصيغة أو الشكل الذي نص عليه القانون ، وإستقر الفقه والقضاء الفرنسي على أن الإشتراط أن يكون العقد مكتوباً وهو شرط متعلق بصحة العقد وليس بطبيعته(شامي، 2018، ص393. و نوح ،2005،ص413).

وأهتم المشرع الفرنسي بالصيغة الكتابية للعقود الإدارية وبموجب قانون الصفقات العامة ألزمت كتابة العقد إذا كان مبلغ العقد يساوي (4000) يورو أو أكثر، وحدد القانون المذكور مكونات العقود التي تشمل إسم أطراف وتعريف العقد والسعر والمدة (علي، ص97) .

وفي مصر، أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم (89) لسنة 1998 شروط الكتابة في بعض العقود الإدارية حيث نصت المادة (32) من اللائحة المذكورة على" يجب أن يحرر عقد متى بلغ قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين

ألف جنيه، أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد، ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ، وكذلك نصت المادة (88/ ثالثاً) من اللائحة التنفيذية لقانون (182) لسنة 2018 بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على "تحرر العقود بين المتعاقد والجهة الإدارية متضمنة كافة الضمانات اللازمة للتنفيذ، وذلك كله وفقا للنماذج الصادرة عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية، ويحرر العقد من أصل وأربع نسخ على الأقل يسلم الأصل للإدارة المالية مرفقا به كافة المستندات، ونسخة لإدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية، ونسخة للمتعاقد، ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ بحسب الأحوال".

أما في العراق فإن العقود الإدارية يفترض أن تكون مكتوبة، حيث أوجبت شروط المقاولات على المقاول بعد إشعاره تحريرياً بقبول عطائه أن يوقع (صيغة التعاقد) وفقاً للشكل الملحق بالمقاولة مع التعديلات الضروية إن وجدت، وبذلك يجب أن يتم عقد المقاولة وفقاً لصيغة التعاقد الملحقة باشروط العامة، وتفرض طبيعة بعض العقود ضرورة إبرامها بشكل كتابي، كعقد إلتزام المرفق العام ، الذي يتطلب تدوينه في وثيقة تحدد حقوق والتزامات الطرفين كلاً من الملتزم والمرفق العام(راضي، 2002، ص76، 77).

وبموجب الأمر الخاص بالعقود الحكومية رقم (87) لسنة 2004 ، وإجراءات التعاقد الواردة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 في العراق وقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2011 في إقليم كوردستان ، الصيغة الكتابية ضرورية في إبرام العقود الإدارية ولا يمكن تصور إبرام عقد إداري دون إتباع ذلك.

بصورة عامة فإن الكتابة في العقود الإدارية هي شرط لازم في العقود ذات الأهمية الخاصة ويترتب على تخلف الشكل البطلان، ذلك إن كان الشكليات هي الضمان المباشر المحدد قانوناً لضمان سير المرافق العامة بإنتظام واطراد (الضوي، ص84).

بناءاً على ما تقدم ذكره يمكن القول، العقد الإداري قد يكون مكتوباً وقد لا يكون كذلك، عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، فإذا لم يشترط المشرع صراحة شكلاً معيناً في إبرام عقد بعينه، ولكن إذا نص المشرع على ضرورة إفراغ العقد في شكل كتابي فإنه يجب احترام هذه القاعدة ، وإلا يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية.

وأخيراً يجب القول ، يترتب على بطلان العقد الإداري– بصفة عامة- زوال هذا العقد والغاء ما رتبه من آثار، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد حيث إن العقد الإداري الذي ولد تلك الآثار يعتبر كأن لم يكن ، وفي هذا الشأن جاء قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق رقم (674/الهيأة الإستئنافية منقول/ 2013) حيث كان طرفا الدعوى مدير عام المديرية العامة للماء/ إضافة لوظيفته وشركة شمال سنجار للمقاولات العامة المحدودة فقضت " ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المحكمة إتبعت القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بعدد 2105/الهيئة الإستئنافية منقول/2012 في 2012/9/19 وقضت بفسخ العقد المبرم بين الطرفين والحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد وحيث إن إعادة الحال لا ترد على العقود الصحيحة وإنما ترد على العقود الباطلة وفقاً للمادة 2/38 من القانون المدني لذا كان على المحكمة أن تقتصر في حكمها على فسخ العقد فقط وحيث إنها أصدرت حكمها المميز خلافاً لذلك، قرر نقضه" (عزالدين، ص111).

المطلب الثاني
أثر إخضاع منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء الكامل

يترتب على خضوع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لإختصاص القضاء الكامل نتائج بالغة الأهمية، تتصل بسلطات القاضي بشأنها، ومواعيد إقامتها والمصلحة فيها (الذبيبات، 2012، ص270)، حيث يتمتع القاضي في الدعوى الخاضعة لولاية القضاء الكامل بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، فيقوم في بداية الأمر بتقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي، ويلزم المدعى عليه بالرد والتنفيذ، وفي هذا الشأن جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم (683 ، بتأريخ 1994/11/29)، " أن من المسلم به في فقه القانون الإداري أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند حد الحكم بإلغاء قرارمعين، وأما القضاء الكامل فيحول القاضي مكنة تسوية النزاع كلية ، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية السلبية والإيجابية، ومن المسلم به أيضاً أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، إذ يكن للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري بجميع ما يتفرع عنها، وبهذه المثابة لا يقتصر إختصاص المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه على بحث حقوق الطاعن المطالب بها، بل يمتد إلى بحث مستحقات الجهة الإدارية المطعون ضدها للوصول إلى إستجلاء الحق في دعوى الطاعن"(المفرجي، 2018، ص185) ، كما أنه من حق القاضي الإداري أن يلزم الإدارة المتعاقدة أو جهة المتعاقد مع الإدارة بعمل معين أو بتنفيذ تعهد معين جاء في بنود وشروط العقد الإداري، كما أنه يحكم على الإدارة بالتعويضات المالية في حالة الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، نتيجة ظروف طارئة، أو نتيجة صعوبات مادية لم تكن معلومة عند تعاقد وإكتشفها المتعاقد بعد ذلك،وتكبد بسببها خسائر مالية(علام، ص22).

وبالنسبة لقبول دعوى القضاء الكامل التي تشترط أن يستند رافعها إلى حق شخصي إعتدت عليه الإدارة أو حق ممدد بالإعتداء عليه من قبلها حيث إن آثار العقد الإداري لا تتصرف لغير عاقديه وفقاً لقاعدة نسبية هذا العقد، في حين أنه يكتفي في دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مجرد مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق حيث يكفي لقبول تلك الدعوى أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة وأن يكون من شأن القرار الإداري محل الطعن التأثير فيها(خليفة،مصدر سابق، ص329).

كذلك دعوى القضاء الكامل لا يقيد إقامتها موعد معين حيث يكون الحق في ذلك متاحاً طالما بقي موضوع المطالبة ولم يسقط بالتقادم وفقاً لمدد التي يحددها المشرع، وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها رقم(3267 ، بتأريخ 2009/1/17) على أن " أن المنازعة في أي إجراء من جراءات فرض ضريبة أو الإعفاء منها هي من المنازعات الحقوقية التي تندرج في نطاق القضاء الكامل لمحاكم مجلس الدولة ولا تتقيد بالمواعيد المقررة قانوناً لقبول دعوى الإلغاء"(الأعور، ص135) .

وتجدر الإشارة إلى أن الأصل أن يخضع الطعن في القرار الإداري لإختصاص قاضي الإلغاء، إلا أنه إستثناء من ذلك يخضع الطعن في هذا القرار لإختصاص القضاء الكامل، إذا ما أتصل بعقد إداري وأصدرته الإدارة المتعاقدة بوصفها إدارة المتعاقدة، أي كل ما يتطلب لإختصاص قاضي العقد بنظر الطعن في القرار الإداري أن يكون هذا القرار متصلاً بعقد إداري، سواء كان صدوره في مرحلة إنعقاد العقد أو في مرحلة تنفيذه أو

إنقضائه، وأن يكون هذا القرار صادراً في مواجهة المتعاقد مع الإدارة (علام، ص24)، وهذا ما رددته المحكمة الإدارية المصرية العليا المصرية في حكمها رقم (2795، بتأريخ 2004/1/20) حين قضت على أن" ولاية القضاء الكامل لمحاكم مجلس الدولة حتى لو أنصب النزاع على طلب المتعاقد إلغاء قرار إداري أتخذته الإدارة قبله، ذلك لأن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية أو الفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما يدخل في منطقة العقد وينشأ عنه المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل الذي يخول للقاضي تصفية النزاع كلية"(الأعور، ص137).

وكذلك يجب أن تستمد الإدارة سلطة إصدار هذا القرار من نصوص العقد، وأن تصدره في مواجهة المتعاقد الآخر بوصفها طرفاً في العقد، وليس بوصفها سطة عامة حيث تستمد سلطتها في إصدار هذه القرارات من القوانين واللوائح ، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا إستمدت الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء من نصوص العقد ودفاتر الشروط فإن ما يثور بصدد المنازعة في تلك الجزاءات يخضع لولاية القضاء الكامل أما إذا كانت نصوص العقد لا تخول الإدارة سلطة توقيع جزاء على المتعاقد معها ومع ذلك قامت الإدارة بتوقعيه إستناداً على ما تكلفه لها القوانين واللوائح من حق إستعمال تلك السلطة فإن المنازعة في هذا القرار ليست من قبيل المنازعة الحقوقية، بل يعتبر القرار الجزاء قرار إداري بحت ويخضع لإختصاص قضاء الإلغاء(الأعور، ص137، 138).

الخاتمة

توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى جملة من الإستنتاجات و التوصيات والتي يمكن إيجازها بالآتي:

أولاً/ الإستنتاجات

1- يختص القضاء الاداري في مصر بنظر منازعات العقود الإدارية، ولكن في العراق تخرج منازعات العقود الإدارية من إختصاص القضاء الاداري الذي لا يختص إلا بالنظر في الطعون بصحة الأوامر أو القرارات الإدارية.

2- يتحقق بطلان العقود الإدارية وفقاً للقاعدة العامة بوجود عيب في أحد أركانها.

3- العقد الذي يتم بطريق المزايدة العلنية لا تسمع بشأنه دعوى الغبن أمام المحاكم، على الرغم من أنه نادراً ما يحصل الغبن عند إبرام العقود الادارية لمرورها بإجراءات معقدة تجعل إحتمال حصوله فيها قليلاً، ولكن عند حصوله فإنه يؤدي إلى بطلان العقد.

4- كل القرارات الصادرة عن الادارة المتصلة بالعقد الاداري سواء تعلقت بصحة إنعقاده أو تنفيذه هي قرارات تنفيذية للعقد، وليست قرارات إدارية بالمفهوم المستقر عليه لدى قضاء مجلس الدولة، ومن ثم فإن كل نزاع يثار بشأنها يخضع لولاية القضاء الكامل لمحاكم مجلس الدولة .

5- دعوى القضاء الكامل، على عكس دعوى الإلغاء لا يقيد إقامتها ميعاد معين، حيث يبقى ذلك الحق متاحاً طالما بقي الحق موضوع الدعوى قائماً ولم يسقط بالتقادم، وفقاً للمدد التي يحددها المشرع.

6- يكفي لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة، لا ترقي إلى مرتبة الحق، فالأمر يكون مختلفاً بالنسبة للمصلحة كشرط لقبول دعوى القضاء الكامل، والتي يشترط لقبولها إستناد رافعها إلى حق ذاتي إعتدت عليه الادارة أو حق محدد بالإعتداء عليه من قبلها.

ثانياً/ التوصيات

1- نظراً لكون تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 لم تتدارك الاخطاء التي وقعت فيها تعليمات العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الملغاة واقتصارها على تنظيم الجوانب المتعلقة بابرام العقد الإداري في اغلب الاحيان لذا نوصي إصدار تعليمات جديدة تتضمن توضيح كل تفاصيل تنفيذ العقد الإداري وليس فقط تفاصيل ابرامه.

2- التوسيع في نطاق إختصاص القضاء الإداري في العراق، بأن يكون شاملاً للمنازعات الإدارية جميعها أو التي تكون الإدارة طرفاً بها سواء تعلق الأمر بالعقود الإدارية أو القرارات الإدارية أو الأعمال المادية للإدارة أسوة بما هو مطبق في النظم المقارنة في فرنسا ومصر.

3- من المستحب للمشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري من خلال تلقف وتسجيل قواعد ومبادىء العقود الادارية مع التأكيد على خصوصية واقع المجتمع العراقي.

4- من المحبذ القضاء العراقي القضاء أن يستقر على قواعد ومبادىء تحدد العقود الإدارية وماهية المعايير التي تحكمها، ولا أن يتخبط في هذا المجال فيطبق عليها مرة أحكام القانون الخاص وفي أخرى القانون العام وفي ثالثة قواعد الإثنين معاً مما يجعل صعوبة بإمكان تأسيس نظرية قوية الأساس في مجال العقود الادارية.

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب القانونية:

أبو العينين، محمد ماهر ، العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 20004، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار الكتب القانونية، 2004.

أحمد ، إبراهيم سيد و الطباخ ، شريف أحمد.(2014)، الوسيط الإداري، موسوعة المسئولية الإدارية، ط1، شركة ناس، القاهرة.

إسماعيل ، هاني عبدالرحمن.(2012)، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري ، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية.

الأعور ، أشرف حسن عباس .(2015). وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط1، شركة ناس، القاهرة.

الباز ، داود عبدالرزاق .(2006)، النظام القانوني لعقد المعاونة في تسيير المرافق العامة، بدون مكان النشر.

الجبوري ،محمود خلف(1998). القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان .

الذنيبات ، محمد جمال مطلق (2012). العقد الإداري، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد ، الرياض.

السنهوري، عبدالرزاق أحمد (1998). النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، ط2، ج1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
الشكيلي ، يوسف بن مصبح بن سعيد (2019)، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر.
الصالح ، علي شفيق و المعارك ، محمد بن عبدالعزيز (2011). الدعاوى الإدارية والأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض.
الضوي ، عبدالمنعم (2018). سلطة القاضي في تكوين وتنفيذ العقد الإداري،ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية.
الطماوي ، سليمان محمد (1991)، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين شمس، مصر.
الطماوي ، سليمان محمد (2007). مبادىء القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة.
الفياض ، إبراهيم طه (1981) ، العقود الإدارية،ط1، مكتبة فلاح، كويت.
المشاهدي ، خليل إبراهيم ، شهاب أحمد ياسين (2018)، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة ، دار السنهوري، بغداد.
المفرجي، إبراهيم خورشيد محمد ، (2018). مسئولية اللإدارة عن أعمالها التعاقدية في القانون ،ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
باز ، بشير علي . (2018)، السلطات الإستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، الأسكندرية.
بدر ، أحمد سلامة .(2003). العقود الإدارية وعقد B-O-T ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
جعفر ، رشا محمد (2010). الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت.
جمعة ، أحمد محمود (2013). العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، منشاة المعارف، الأسكندرية.
جمعة ، صفاء فتوح (2014). العقد الإداري الالكتروني،ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة.
حمه كريم ، زانا رؤوف ، سعيد ، دانا عبدالكريم (2016). المبادىء العامة في القانون الإداري ،ط1، الكتاب الأول ، مكتبة يادكار، السليمانية.
خليفة ، خالد (2017). دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، دار الفجر للنشر، الجزائر.
خليفة ، عبدالعزيز عبدالمنعم (2005)، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف، الأسكندرية.
خليفة ، عبدالعزيز عبدالمنعم (2014)، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الأسكندرية.
دلفولفيه ، جورج فودال وبيار (2001)، القانون الإداري، ترجمة: منصور القاضي ، ج1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت.
راضي، مازن ليلو(2002). دور الشروط الإستثنائية في تميز العقد الإداري، دار المطبوعات الجديدة، الأسكندرية.
زريق ، برهان (2002). نظرية البطلان في العقد الإداري، ط1، مكتبة القانونية ، دمشق.
شامي ، مجدي (2018). النظرية والمعيار القضائي في الثار القانونية المترتبة على الطبيعة الإدارية للعقود، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية.
عبدالحميد، مفتاح خليفة و الشلباني، حمد محمد حمد(2008)، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، ، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية.
عبدالوهاب ، محمد رفعت (2005). القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء الإلغاء ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

علام، محمد يوسف (2018). أحوال البطلان في منازعات العقود الإدارية ،ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
علام، محمد يوسف (2012). شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة.
عمرو ،عدنان (2004). القضاء الإداري،منشأة المعارف، الأسكندرية.
فرج ، توفيق حسن (2002). النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت.
قبلان، على عبدالأمير (2011). أثر قانون الخاص على العقد الإداري ، ط1، ج1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت.
محمد ، دةشتي صديق (2016). القضاء الإداري وتنازع إختصاصاته مع القضاء العادي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهر.
محمد ، عاطف سعدي (2006) عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق ، مؤسسة الطوبجي للطباعة، القاهرة.
نوح، محمد مختار (2005) الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

ثانياً/ الأطاريح والرسائل:

لعيوني، ثورية ، معيار العقد الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، بدون سنة النشر.
جبلاحي، سليم (2014-2015). دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسة/قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف-المسيلة.
حبيبة، عتيق،(2015-2016). الشكلية في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السيسة، جامعة أبي بكر بلقايد.
عائشة ، غيوم .(2019). دعوى القضاء الكامل في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج.
عزالدين ، شذى غايب .(2014). الأحكام القانونية لحسم المنازعات العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين.

ثالثاً/ البحوث والمقالات:

السامرائي ، هدى يونس يحيي . مركز الإدارة في دعوى القضاء الكامل و دعوى الإلغاء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، ج2، المجلد 1، العدد 4، السنة 1.
السويلميين، صفاء محمود.(2015). الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون، العدد 1، المجلد 42.

رابعاً/ الدساتير والقوانين والتعليمات

أ/ الدساتير

1- القانون الأساسي العراق لعام 1925.
2- دستور جمهورية العراق لسنة 1958.
3- دستور المصري لعام 2019.

ب/ القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .
2- قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963.
3- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.
4- قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

5- قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولى العراقي رقم (106) لسنة 1989.
6- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013.
7- قانون العقود الحكومية رقم (87) لسنة 2004 .
8- القانون رقم (18) لسنة 2013.
9- قانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

ج/ التعليمات

1- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2011 في إقليم كوردستان-العراق.
2- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008.
3- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.
4- اللائحة التنفيذية لقانون (182) لسنة 2018 بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر.
5- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم (89) لسنة 1998.