****

**كلية المأمون الجامعة**

**قسم ادارة الاعمال**

**ادارة عقود حكومية**

**المرحلة الرابعة**

**م .م. نهلة قاسم محمد**

**الفصل الأول مفهوم العقد الحكومي (الاداري)**

**ان من اسمى الوظائف التي تقوم بها الجهات الادارية هو اشباع الحاجات العامة للمواطنين وكفل لها المشرع تحقيق هذه الغاية لذا تلجأ الادارة الى العقود الادارية لتنفيذ مشروعاتها وتسيير مرافقها العامة وتحقيق غاياتها .**

**والعقد الاداري شأنه شأن العقد المدني ، من حيث العناصر الاساسية لتكوينه ولا يعدو ان يكون توافق ارادتين بإيجاب وقبول لانشاء الالتزامات التعاقدية بين الطرفين قائمة على التراضي . وليس من اليسير التوصل إلى معرفة ماهية العقد الاداري ، وذلك لعدد من الأسباب أولها إن الادارة العامة لا تبرم عقوداً إدارية فقط وانما تعقد كذلك عقوداً مدنية من عقود القانون الخاص التي تخضع لاحكام القانون )) ومن حيث إن الذي ينبغي لنا المبادرة إلى التنبيه إليه هو إن ليس كل عقد تبرمه جهة الادارة بعقد إداري حكماً فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة إلى ابرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضي في القانون الخاص ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الاداري . وليس بكاف أبدا مجرد إن يكون احد طرفي التصرف شخصاً إداريا عامة للقول بان هذا التصرف أو العقد إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام ، وتختص حتماً بالفصل في منازعات هذه المحكمة فالشخص الاداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما يبرم عقداً إداريا سواء)) فقد تلجأ الادارة الى ابرام بعض العقود ذات الطبيعة المدنية او التجارية ولا تظهر في العقد كسلطة عامة بل كطرف مساو للطرف الاخر . أما من حيث العناصر فسيلتزم العقد الاداري توافر عناصر اخرى بالاضافة إلى عنصر الرضا ، بان يكون احد اطرافه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام وان يكون موضوعه مرفق عام وان يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون العادي.**

**وعليه يتضح أن العقد الاداري ليس هو عقد الادارة ولا عقد الافراد وانما هو عقد يتوافر على مجموعة من الخصائص المحددة للإدارة في علاقتها مع المتعاقد معها ومهما تعددت هذه الميزات أو الخصائص فان أهمها هو خاصية المصلحة العامة أو النفع العام وخاصية السلطة العامة .**

**ومن الجدير بالذكر أن هناك اختلافاً جوهرياً بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من خلال الهدف منها فالأولى تهدف إلى التنظيم والتأسيس إما الثانية فتهدف إلى تحقيق الربح المادي .**

**كما أن المصلحة العامة هي من اختصاص الادارة وحدها والمحرك الأساسي لنشاطها وسبب وجودها وسر امتيازاتها فالمشرع لا يعترف للإدارة امتيازات السلطة العامة إلاّ من اجل الحاجات العامة للمواطنين .**

**لذلك فان العقد الاداري لا يمكن وصفه هيمنة للإدارة في التعاقد مهما اعترف لها المشرع بامتيازات وانما هو توفيق بين المصالح العامة والسلطة العامة .**

**تعريف العقد الاداري**

**ان مفهوم العقد الاداري لا يختلف عن مفهوم العقد المدني فهو يعبر عن توافق ارادتين تتجهان الى احداث اثار قانونية معينة بأنشاء التزام او تعديله ، الا ان ذلك لا يعني التطابق بينهما فالعقد الاداري يتميز بنظام قانوني خاص كونه يخضع للقضاء الاداري ويختلف من حيث نشاطه واطرافه والاثار المترتبة عليه ، لذا عرف جانب من فقهاء القانون العقد الاداري بانه عمل قانوني شاركت في صنعه ارادتان متكاملتان ارادة الادارة وارادة المتعاقد معها وتقوم على فكرة التراضي . ويذهب البعض الى ان العقد الاداري تتوافر فيه صفة العقد بالمعنى المعروف في القانون المدني فتعريف العقد عموما" يصدق بالنسبة للعقود الادارية كما هو الشأن في عقود القانون الخاص .كما عرفه جانب اخر من الفقه بانه ((عقد مبرم بين شخصين من اشخاص القانون العام ، بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه)).**

**وعرفه اخرون بانه(( العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره ويكون هذا الشخص المعنوي العام قد اظهر نيته في الاخذ بأسلوب القانون العام وتستخلص هذه النية مما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القوانين العادية او غير مألوفة في تلك النصوص))**

**ويخلص جانب من الفقه الى تعريف العقد الاداري بانه(( عقد يبرمه شخص من اشخاص القانون العام مع شخص اخر بقصد تسيير او تنظيم او المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية اطرافه للأخذ بأسلوب القانون العام)) .**

**وتأسيساً على ما سبق يمكن القول بان العقد الاداري هو ذلك العمل القانوني الذي تتدخل بوساطته الادارة في ممارسة نشاطها والذي يختلف عن باقي الأعمال الادارية الأخرى انطلاقاً من كونه يقوم على أسس بسبب هيمنة السلطة العامة نتيجة لطابعه التعاقدي وانطلاقاً من انفراده بخصائص لا مثيل لها في مجال علاقات التعاقد القائمة بين الخواص .**

**ونرى هو عبارة عن توافق ارادتين الاولى لاحد اشخاص القانون العام والثانية لشخص معنوي او طبيعي خاص بقصد تنظيم او تسيير مرفق عام او ادارته يتميز بنظام قانوني خاص من حيث اسلوب التعاقد واجراءاته وشروطه .**

**ولم تظهر فكرة العقود الادارية إلاّ عندما ظهر القضاء الاداري بوصفه قضاء" مستقلا" مختص بالفصل في المنازعات الادارية من خلال مجلس الدولة الفرنسي لذا فهي نظرية حديثة العهد كما أن القانون الاداري كان قانوناً حديثاً لم تستقر أحكامه ومبادؤه آنذاك ، لذا لجأ إلى القانون المدني للفصل في ما هو معروض عليه إما صراحة أو التسليم فيها ببعض المبادئ . وهذا التطور والنمو المستمر كان وارء صعوبة تعريف العقد الاداري. وقد استقر قضاء المحكمة الادارية العليا في العراق في الكثير من أحكامه على ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تعريف العقد الاداري بأنه (( كل اتفاق يبرمه احد الأشخاص المعنوية العامة لغرض تسيير مرفق عام على إن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام أما بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)).**

**وقد نصت محكمة القضاء الاداري في العراق بحكمها الصادر بتاريخ 4/6/1961على ان (( العقد الاداري هو اتفاق يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع أحد الأشخاص أو الهيئات بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا" استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.))**

**وتجدر الِشارة إلى أن محكمة القضاء الاداري العراقية قد رددت هذه الضوابط في أحكام كثيرة ، كما قررت الجمعية العمومية في احكام كثيرة لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة العراقي أنه (( العقود الادارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام، وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيه غير متكافئ، إذ يجب أن براعى فيها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ،وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد، وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه، وتفسيره)) .**

**وتأسيسا على ما تقدم فقد استقر الفقه والقضاء في تعريفه للعقد الاداري بأنه اتفاق يكون احد اطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد ادارة احد المرافق العامة أو تسييرها وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الافراد، سواء بتمتع الادارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الافراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير ، لا يتمتع بها أو تعاقد مع غيره من الافراد، كان يكون صاحب احتكار فعلي ، أو بمنحه الحق في الاستيلاء على بعض العقارات المحكومة للغير مدة مؤقتة .**

**وقد تأكد هذا التحديد للعقود الادارية في قضاء المحكمة الدستورية العليا الذي ذهبت فيه إلى أن العقد الاداري هو الذي يكون احد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وان يتسم هذا العقد بالطابع المميز للعقود الادارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص .**

**وفي ضوء ما سبق يمكننا تعريف العقد الاداري بأنه اتفاق بين طرفين احدهما جهة الادارة ممثلة في شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه ويتم ابرامه وتنفيذه بأسلوب القانون العام من خلال تضمين شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.**

**اما بالنسبة للتعريف التشريعي للعقد الاداري فان غالبية التشريعات قد تجنبت ذكر تعريف محدد للعقود الادارية واكتفت بتعداد انواعها وبيان خصائصها .**

**أما في العراق فان موضوع العقود الادارية كسائر موضوعات القانون الاداري يكتنفه الغموض وعدم الوضوح سواء على صعيد القضاء أم على صعيد التشريع ذلك إن موقف القضاء العراقي من مجمل موضوعات العقود الادارية غير مستقر على حال ولابد من الاشارة إلى أن المحاكم لدينا تطبق ما تراه من قواعد القانون الخاص على العقود الادارية دونما حرج. وتارة ثانية تطبق قواعد القانون العام والخاص سوية عليها. هذا بالاضافة الى عدم توافر النصوص التشريعية وقلتها بالنسبة لموضوع العقود الادارية ويتبين من خلال ذلك أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة .**

**واستمر خضوع العقود الادارية للقضاء العادي حتى بعد صدور التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم( 106) لسنة 1989 حيث اختصت محكمة القضاء الاداري بوصفها احدى هيئات المجلس بالنظر في صحة الأوامر القرارات الصادرة من جهة الادارة بارادتها المنفردة واستثنيت العقود الادارية من النظر فيها إذ نصت المادة السابعة / البند الثاني/ الفقرة (د) من القانون أعلاه على إن (تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون الذي لم يعين مرجع للطعن فيها... .. )**

**وبالرغم من ذلك فان المشرع العراقي قد حدد عدداً من العقود بنصوص قانونية لا تدع مجالاً للشك في كونها عقوداً إدارية كالمقاولات العامة وعقود بيع وايجار أموال الدولة. إذ نظمت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام 1988 عقود الاشغال العامة، بالاضافة إلى تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لعام 1988 ومتابعتها الملغاة ، والتي تنظم في جوانب منها عقود التوريد أيضا . أما عقود بيع أموال الدولة وايجارها فقد أصبح ينظمها القانون رقم( 32) لسنة 1986 ومن ثم القانون رقم 21 لسنة 2013 ، وبذلك أصبحت تلك الاحكام تشكل النظرية العامة للعقود الادارية بصورة عامة ولهذه العقود بصورة خاصة من خلال استقرار أحكام القضاء الاداري بشأنها .**

**لذا فقد عرف القضاء العراقي العقد الاداري بطريقة مماثلة للقضاء الفرنسي حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز (( .... إن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف أنه عقد إداري لان الادارة قصدت به تسيير مرفق من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة....)).أي انه لم يتعرض لتعريف العقود الادارية إلا ضمن أحكام نادرة جدا" تتعرض لمعيار التمييز بين العقد الاداري والمدني .**

**وقد اعتمدت الادارات المتنوعة على استخدام أسلوب العقود الإدارية بسبب سهولة تطبيقها وبساطتها كما تتميز بأنها تخضع لأحكام قانونية عامة.**

**وتتجلى اهمية العقود الإدارية الحكومية من خلال النقاط التالية:**

1. **ان العقود الحكومية كأي عمل نظامي آخر يهدف إلى تحقيق غاية معينة فهو ليس غاية في ذاته بل وسيلة لتحقيق غرض معين وهو النتيجة النهائية والتي يسعى اليها رجل الإدارة إلى تحقيقها.**
2. **ان العقود الادارية الحكومية هي احدى الطرق التي تفضلها الإدارة في ممارسة صلاحيتها وأداء مهامها لانها تتضمن تحقيق المصلحة العامة والنفع للمجتمع.**
3. **العقود الإدارية الحكومية هي من العقود السائدة في الوقت الحاضر وتهم الجميع سواء على مستوى المتعاقدين مع الإدارة أو على مستوى المستفيدين من خدمات الإدارة.**

**ونظرا لدور هذه العقود في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية وكأداة للتنمية الاجتماعية من خلال توفير فرص العمل وحماية اليد العاملة وتوفير المناخ المناسب للمنافسة والمبادرة الحرة اضطرت الدولة باعتبارها شخص عام بتسيير الشؤون العامة للمواطنين إلى الدخول في علاقات تعاقدية مع الافراد والمؤسسات وهذه يمكن ان تكون عامة أو خاصة وطنية أو اجنبية.**

**خصائص العقد الإداري والمعيار المميز له :**

**مَرَّ تمييز العقد الاداري عن عقود الادارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الادارة بإرادته على وفق ما يسمى بنظرية العقد الاداري بمرحلة العقود الادارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الاداري عدة معايير للتميز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الادارية . فقد دأب المشرع على ذكر بعض أنواع العقود الادارية في القوانين والأنظمة والتعليمات المنظمة للعقود الادارية تتمثل بعقود الاشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة وعقود التوريد والقرض العام ...الخ .**

**إذ يرجع اختصاص القضاء الاداري بتلك العقود إلى ارادة المشرع. ، ويحدث ذلك عندما يجد أن تطبيق قواعد القانون العام تكون ملائمة أكثر لحل النزاع المعروض من قواعد القانون الخاص فيضفي الصفة الادارية على هذا العقد .**

**فقد حدد المشرع العراقي في المادة( 10) من القانون رقم( 74) لسنة 1972 العقود الادارية التي يختص بها مجلس الدولة بالنص (( تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : .... حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر)).**

**وقد افرد المشرع العراقي لبعض عقود الادارة تشريعات خاصة مما يدل على كونها عقود إدارية مثل عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى على وفق قانون رقم 60 لسنة 1985 الملغى وعقود بيع أموال الدولة وايجارها على وفق قانون رقم 32 لسنة 1986 والقانون رقم 21 لسنة 2013 . وعقود المقاولات وفقاً للتعليمات النافذة .**

**ونظرا للانتقادات الكثيرة التي وجهت إلى فكرة التحديد القانوني للعقود الادارية كونها لا تتوافق مع التكييف الذي يسبغه المشرع عليها حتى إن كان ملائماً فانه يكون كاشفاً فقط لها وليس منشأ. لذا فان الأفضل إن يتم تحديد هذه العقود عن طريق القضاء . إذ ان المحاولات التشريعية لتحديد العقود الادارية لم تتوصل إلى وضع هذه العقود في حيز محدود وكل ما فعله المشرع بهذاالخصوص هو ذكر بعض الأمثلة فقط وقد تولى القضاء الاداري مهمة تحديد العقود الادارية عبر مدة طويلة من التطور الاجتهادي مع عدم وجود البعض يبرز الخصائص الذاتية للعقد الاداري . إلاّ أن هذا التوسع لم يعد كافياً للاستجابة إلى إخضاع منازعات العقود الادارية جميعها إلى اختصاصه لان معيار السلطة العامة الذي كان ينحي العقود من نطاق هذا الاختصاص إلاّ استثناءاً وبنص تشريعي.**

**ولكن لا يكفي اتصال العقد بمرفق عام ليتسم بالطابع الاداري بل يجب إن تكون هناك شروط أُخر كإتباع أسلوب القانون العام ، وان كان للقضاء الفرنسي الدور الكبير في بلورة قواعد العقود الادارية واحكامها واخضاعها لنظام قانون خاص بها جعل المجال ضيقاً للقضاء المدني في الدول التي لا تتبنى النظام القضائي المزدوج بحيث تم استبعاد تطبيق نظرية العقود المدنية .**

**وفي العراق فإن محكمة التمييز اعتمدت أكثر من معيار في تحديد العقد الاداري فقد جاء في قضائها مايلي (( ولما كان هذا العقد قد أبرمته الادارة مع المقاول من اجل إنشاء مرفق عام متوسلة بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من اجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات التأخير فانه يكون عقداً أداريا متميزا عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للافراد )) . ويمكن تلخيص الخصائص كالاتي :**

**1-تكون الادارة طرفا في العقد .**

**2-صلة العقد بالمرفق العام من حيث انشاؤه او تنظيمه او تسييره .**

**3-ان تاخذ الادارة باساليب وامتيازات القانون العام .**

**أركان العقد الإداري**

**1- الرضا يُشترط لابرام العقد الاداري وجود الرضا التام بين طرفيّ العقد، ويُبرم العقد فور تعبير الطرفين عن ارادتهما بالايجاب والقبول، مع الحرص التام على مراعاة القانون وما يفرضه من أحكام في أوضاع معينة يشترط اتباعها. إنّ عنصر الرضا بالنسبة للإدارة يُشترط الصدور به من الجهة المسؤولة عن التعاقد لديها، تبعاً للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل، ويتم تحديد الأشخاص المسؤولين عن ابرام هذه العقود من قبل المشرع، ويمنع غيرهم من إتمام ذلك.**

**2- المحل هي الغاية أو العملية القانونية المنوي تحقيقها من هذا العقد، ويأتي ذلك من حيث إعطاء الحقوق وفرض الالتزامات متقابلة للمتعاقدين، ويعتبر الشرط الأساسي في ذلك أن يكون موجوداً أو قابلاً للتحقيق والتعامل به.**

**3- السبب حتى تكتمل مشروعية العقد الاداري يجب أن تتوفر أركانه الأربعة الركنين الآنفين الذكر، بالاضافة إلى وجود سبب مشروع، حيث إنّ توفر شرطين دون ثالثهما يعتبر العقد فاقداً للمشروعية.**

**4- الشكلية من الأصل أن تبرم العقود الادارية بالتراضي بين الاطراف المتعاقدة، لكن لا يشترط افراغ هذا العقد ضمن نموذج أو شكل معين إلا في حال اشتراط القانون والعقود الادارية ذلك بنص صريح؛ فتخضع العقود بذلك للقواعد العامة في القانون المدني.**

**عناصر العقد الاداري:**

**إذا رجعنا إلى التعاريف التي أوردها القضاء الفرنسي أو العراقي نلاحظ انه يستند إلى معايير ثلاث وهي ما سنحاول التكلم عنها في الفروع الثلاث التالية: -**

**العنصر الأول : إن يكون احد اطراف العقد شخصا معنويا عاما : أمر طبيعي إن تكون الادارة احد اطراف العقد وهذا العنصر من البديهيات كونه لا يجوز إن يوصف عقد بأنه عقد إداري إذا لم يكن احد اطرافه جهة إدارية أو شخص من أشخاص القانون العام. وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة والوازارت والمؤسسات الادارية التابعة لها إضافة إلى المحافظات والأشخاص العامة المحلية . ومع ذلك فان القضاء الاداري لم يعد يتشدد في شرط ابرام الشخص العام للعقد بذاته واخذ يقر بإمكانية ابرامه من شخص أخر بالوكالة. كما فعل القضاء الفرنسي في السنوات الاخيرة باقراره إمكانية ابرام العقد من أشخاص القانون الخاص بالانابة الضمنية عن شخص معنوي عام إذا كان شخص القانون الخاص قد تعاقد لحساب الشخص العام كما لو كان مخولاً بذلك. كما يجوز الحلول أيضا بان تحل إدارة محل إدارة أخرى فتنتقل حقوق الدائرة المتعاقدة وواجباتها إلى الدائرة التي حلت محلها، أما في العراق فيجوز الحلول أيضاً بان تحل أدارة محل أخرى وتنتقل الحقوق والواجبات إلى الدائرة الأخرى وقد حدد المشرع العراقي في المادة الأولى من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة الحالات التي تسري عليها التعليمات المذكورة والعقود التي لاتسري عليها .**

**العنصر الثاني : ان يكون محل العقد مرفقا عاما : المقصود بذلك إن العقد لا يعد عقدا إداريا إلاّ إذا ارتبط بالمرفق العام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا. وبعد إن كان القضاء في فرنسا والعراق يتبنى المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخر مباشرة أو الذي تعهد به إلى آخرين كالافراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة ولكن تحت اشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لِاشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للمصلحة العامة، وفي العراق فان موقف القضاء العراقي من الصلة بين العقد والمرفق العام يتبين من خلال أحكام محكمة التمييز. وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التميز للعقد الاداري وارتبطت به مدة طويلة حتى كاد الفقه والقضاء يجمعان على ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لِاضفاء الصفة الادارية عليه ، ولهذا أوردت فكرة المرفق العام في العديد من أحكام القضاء الاداري الفرنسي وعدّها مجلس الدولة في بعض أحكامه معيارا كافياً لتميز العقد الاداري عن عقود القانون الخاص وسار القضاء العراقي على ذلك المسلك في حكم له صادر في 16/12/1956 (( تختلف العقود الادارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة وهو تسيير المرافق العامة.)) . كما أن فكرة العقد الإداري لا تقتصر على المرافق الإدارية وانما يجوز أن تلجا إليها المرافق الأُخرى الاقتصادية والتجارية .**

**العنصر الثالث : ان يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مالوفة : يجب لاعتبار العقد إداريا أن تظهر نية الادارة في الأخذ بأسلوب القانون العام حتى ان لم يدخل العقد بمرفق عام ، أي أنه إذا تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فان ذلك يكشف عن أن نية الادارة قد اتجهت إلى إتباع وسائل القانون العام وبالتالي فان العقد يصبح إداريا بغض النظر عن صلته بالمرفق العام . وبذلك فان احتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود التي يبرمها الافراد بعد المعيار الحاسم في تميز العقد الاداري عن غيره من العقود . واشترطت الادارة لنفسها التمتع ببعض الامتيازات العامة التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين ينبئ عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام. وتتمثل الامتيازات العامة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو فرض الضرائب أو تنظيم حركة المرور أو غلق طريق أو التنفيذ المباشر أو توضع عقوبات على المتعاقد معها أو حقها في تعديل العقد أو فسخه وسحب العمل والشراء على حساب المتعاقد من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. هذا ولا يشترط أن يتضمن العقد عدة شروط استثنائية بل يكفي شرط واحد لوصفه عقداً إداريا واظهار نية الادارة في الأخذ بأسلوب القانون العام. وقد ناصر بعض الفقهاء العراقيين معيار الشروط الاستثنائية وعدّوه المعيار الحقيقي لتميز العقد الاداري على أساس أن هذا المعيار وحده هو الذي يترتب عليه نتائج قانونية الذي ينال عناية القاضي في إثناء البحث كما أنه عنوان السلطة العامة وتعدّها في مجال العقود ، ويضيفون إلى ذلك أن صلة العقد المبرم بالمرفق العام لم تعد لها أهمية كما قيل أنها أصبحت مجرد عبارات لفظية لا تتضمن أي معنى حقيقي. والأكثر من ذلك فقد حصل تطور كبير في طبيعة السلطة العامة كأساس للقانون الاداري من خلال العقد الاداري بالذات أكثر من غيره من موضوعات القانون الاداري اذ لم يعد النظر إليها أنها مجرد امتيازات ممنوحة للإدارة وانما هي في الوقت ذاته تعدّ قيوداً عليها فهي سلطة منظمة وليست مطلقة. إلاّ أنه لا يمكن تمييز العقد الاداري عن العقود الأخر بالاعتماد على معيار واحد من دون المعايير الأخر فبعضها يكمل البعض الآخر وهذا ما جرى عليه القضاء العراقي إذ تبنت محكمة التمييز المعيار المزدوج في الكثير من الاحكام ومن ذلك حكمها الصادر في 28/7/1966 والذي جاء فيه (( تبين إن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف أدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه بحكم القوانين والأنظمة...)) ، والشروط الاستثنائية لا يمكن حصرها وهي تتمثل عادة امتيازات تتمتع بها الادارة في مواجهة المتعاقد معها كحق التعديل من دون موافقة المتعاقد معها. ونحن نؤيد هذا الراي فلا يمكن تمييز العقد الاداري بالاعتماد على معيار واحد وانما يجب ان تجتمع المعايير جميعها لاعتبار العقد اداريا".**

**الفصل الثاني**

**انواع العقود الادارية الناشئة عن المناقصات**

**سنتناول في هذا المبحث انواع العقود الادارية عن المناقصات والتي هي مجال دراستنا وتتمثل بعقد الاشغال وعقد التوريد وعقد الخدمات الاستشارية اما عقد التزام المرافق العامة فهو عقد ذو طبيعة خاصة لا يتصور تنفيذه من دون مراعاة شخصية المتعاقد اذ يتم عن طريق الممارسة ويكون لجهة المتعاقد الحرية في التفاوض مع من ترغب التعاقد معه وبحرية لا توفرها الطرائق الاخرى ,لذا يخرج من مجال بحثنا هذا .**

**ان القاعدة في العراق هي التزام الادارة باتباع اسلوب المناقصة او المزايدة لإبرام عقودها الا اذا جاز لها النص غير ذلك ومن خلال النصوص نلاحظ انها لا تمثل مجالات عقود الادارة جميعها الا ان اتجاه المشرع واضح من خلالها بالزام الادارة بهذا الاسلوب كما ان الواقع العملي يؤيد ذلك فهذه القاعدة مستقرة ومعمول بها في عقود الاشغال العامة وعقود التوريد , على خلاف القاعدة في فرنسا والعراق وهي حرية الادارة في اختيار اسلوب التعاقد ولم يلزمها المشرع بأسلوب معين الا اذا وجد نص تشريعي يفيد هذه الحرية وسنتناول هذه الانواع في ثلاثة مطالب فنتكلم في المطلب الاول عن عقد الاشغال العامة وفي المطلب الثاني عن عقد التوريد والمطلب الثالث سنخصصه لعقد الخدمات الاستشارية .**

1. **عقد الاشغال العامة : عرف دي لوبادير عقد الاشغال بأنه (( اعداد مادي لعقار ينفذ لحساب شخص عام بهدف تحقيق منفعة عامة )) , وعرفه البعض بأنه عقد مقاولة بين شخص من اشخاص القانون العام وشخص آخر ( كفرد او شركة ) يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من اعمال البناء او الهدم او الحفر او الترميم او الاصلاح او الصيانة في عقار لحساب الشخص العام وتحقيقا لنفع عام مقابل ثمن يحدده العقد وفي الفقه العربي عرف بأنه ( اتفاق بين الادارة واحد الافراد او الشركات بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد ) . اما محكمة القضاء الاداري في العراق فقد عرفته ( ان عقد الاشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من اشخاص القانون العام وفرد او شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من اعمال البناء او الترميم او الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد .اما المشرع الاماراتي فقد عرفه بانه عقد بين الادارة وطرف آخر ويتم بمقتضاه قيام الطرف الاخر ببعض الاعمال التي ترد على العقار سواء كانت بناءا ام ترميما ام صيانة مقابل ثمن يتم تحديده ويكون الهدف تحقيق مصلحة عامة اما في العراق فيعرفه البعض بأنه ( اتفاق بين الادارة واحد الافراد بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانة مبان او منشآ ت عقارية لحساب احد الاشخاص الادارية وتحقيقا لمنفعة عامة ) .**

**ومن ذلك يتبين ان عقد الاشغال العامة يتميز بتوافر شروط معينة وهي :**

**اولا- ان يتعلق موضوع العقد بعقار : ويشمل ذلك كل ما يتعلق بأعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على العقار ويخرج من قبيل عقود الاشغال العامة ما يرد على منقول مهما كانت ضخامته فلم يعد القضاء الاداري في فرنسا من عقود الاشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها اعداد او بناء او ترميم سفينة .**

**ثانيا - ان يكون محل العقد لصالح احد اشخاص القانون العام :اذ لا يكفي ان ينصب الالتزام في العقد على عقار للقول بأنه عقد إداري وإنما يجب بالإضافة الى ذلك ان يكون محل الالتزام لصالح احد اشخاص القانون العام وذلك كونهم المنوط بهم السهر على تحقيق النفع العام . ومثال على ذلك بناء مستشفى لصالح وزارة الصحة او بناء وترميم كلية مستحدثة في جامعة وترميم او صيانة محكمة او هيئة قضائية لصالح وزارة العدل اما البناء لصالح شخص من اشخاص القانون الخاص لا يعد من قبيل عقود الاشغال العامة . كذلك اعترف القضاء الاداري الفرنسي بصفة الاشغال العامة لأشغال المرافق العامة الصناعية والتجارية التي تدار بالإشراف المباشر من مؤسسات عامة او الاشغال التي تقوم بها البلدية من تلقاء نفسها في عقار مهدد بالسقوط لكفالة الطمأنينة العامة .**

**ثالثا- ان يهدف العقد الى تحقيق مصلحة عامة : قد يتداخل هذا الشرط مع شرط ان يكون الالتزام في العقد لصالح شخص من اشخاص القانون العام اذ من المؤكد ان يتضمن شرط تحقيق المصلحة العامة كون ان هدف اشخاص القانون العام هو تحقيق النفع والصالح العام وبداية عدُ مجلس الدولة الفرنسي ان العقد عقد اشغال عامة اذا ارتبط بالمال العام . وبعدها تطور هذا المفهوم اذ عد كل عقد يهدف الى تحقيق الصالح العام من عقود الاشغال العامة سواء كان الالتزام ينصب على عقار من العقارات العامة ام الخاصة ويلتزم المقاول في عقد الاشغال العامة بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه في نصوصه بحسن النية فلا يجوز له التوقف عن تنفيذ العقد لمجرد خلافات بسيطة او غموض في بعض الشروط وبسبب عدم دفع المستحقات المالية من قبل الجهة الادارية .وقد تأكد ذلك بنص المادة (42 ) من قانون المناقصات والمزايدات العراقي رقم 89 لسنة 1998 حيث يتم تسوية الخلافات عن طريق التحكيم مع استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد . كما يلتزم المقاول بالتحري عن الاعمال التي سوف يباشرها والمواصفات والتصاميم المعتمدة وتدوين الملاحظات اللازمة حول ذلك لإخطار الجهة الادارية بها كما يقع على عاتق المقاول بمجرد انتهاء العقد واخلاء موقع العمل من المخلفات والآلات التي تم استخدامها ويبقى ضامنا لسلامة المنشأ بحسب نظام العقد ويسال عن الضرر المباشر فقط . وفي المقابل يستحق المقاول في عقد الاشغال العامة المقابل المادي للعقد وعلاوة على ذلك فله الحق في الفروق المالية الناشئة عن زيادة الاسعار في المشروع متى ما كان غير متراخ في تنفيذ التزاماته وكذلك الحق في استرداد مبلغ التأمين النهائي عند اتمام التسليم . ونظرا لكون عقد الاشغال العامة من العقود الادارية فيكون للجهة الادارية في مواجهة المتعاقد معها سلطات المراقبة والتوجيه وتعديل العقد وتبرز سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه حيث ان المقاول ملزم بتنفيذ الاوامر التي تصدر اليه من جهة التعاقد ولكن هذا لا يحرم المقاول من الاعتراض على هذه الاوامر او اللجوء الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض ان كان له مقتضى وإضافة الى سلطة الرقابة والتوجيه تتمتع الادارة في عقد الاشغال العامة سلطة تعديل العقد بشرط ان لا يخالف هذا التعديل جوهر العقد فتفرض على المتعاقد القيام بأعمال جديدة غريبة عن العقد الاصلي وينتهي عقد الاشغال العامة نهاية طبيعية بتنفيذ موضوع العقد.**

1. **عقد التوريد : عرف الفقهاء عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وفردا او شركة يتعهد بمقتضاه بتوريد منقولات معينة للشخص العام مقابل ثمن محدد في العقد . وقد عرفته محكمة القضاء الاداري في العراق بأنه اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وفرد او شركة يتعهد بمقتضاه الفرد او الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين . ومن خلال ذلك يمكن القول انه اتفاق يتعهد بمقتضاه احد المتعهدين بتوريد منقولات لجهة الادارة مقابل ثمن معين وتستخدم فيه الادارة امتيازات السلطة العامة . ومن امثلة عقود التوريد تجهيز المستشفيات والجامعات والوزارات بالمستلزمات التي تحتاجها , ومن خلال التعريف القضائي والفقهي اعلاه يتبين ان عقد التوريد يتميز بعدد من العناصر التي تميزه عن غيره واهمها :**
2. **محل هذا العقد تقديم منقولات او توريدها وهذا عنصر يميزه عن عقود الاشغال العامة الذي ينصب محل الالتزام فيه على عقار .**
3. **ان يكون المتعاقد ( مع المورد ) شخصا من اشخاص القانون العام وهذا عنصر تشترك فيه العقود الادارية كلها .**
4. **ان يستهدف تحقيق مصلحة عامة وهو عنصر لازم بلزوم ان يكون التوريد لشخص من اشخاص القانون العام اذ الغرض ان اشخاص القانون العام لا يهدفون الا تحقيق الصالح العام .**
5. **ان يكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام وذلك يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في علاقات القانون الخاص .**

**ويستوي ان يتم عقد التوريد دفعة واحدة او على دفعات متعددة وقد افرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقود التوريد تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية التي تقسم بدورها الى نوعين من العقود عقود التصنيع وعقود التعديل او التحويل . وقد نظم المشرع العراقي عقود الاشغال العامة وعقود التوريد او التجهيز على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 والتي سيتم التطرق اليها بشيء من التفصيل من خلال فصول هذه الدراسة ,ويعد عقد التوريد من اهم العقود الاقتصادية , ولايعد عقد التوريد عقدا اداريا الا اذا استوفى الشروط العامة اللازمة للعقد الاداري جميعها وبخلافه يعد عقدا مدنيا وتقسم عقود التوريد الى عقود التوريد العادية والتي ينصب التوريد فيها على التوريد فقط ويستقل المورد فيها بتحديد طرق التنفيذ واختيارها , كتوريد مواد غذائية فله الحق الحصول عليها من اي مصدر ويقتصر دور الادارة على فحص المواد الموردة للتأكد من مطابقتها للمواصفات المنصوص عليها في العقد , وقد تكون عقود توريد وتركيب فبالإضافة الى توريد الاصناف المطلوبة يلتزم المورد بتركيبها في الاماكن المخصصة لها .**

**اما النوع الثاني من عقود التوريد فهو العقود الصناعية ولا تخضع لتعريف معين كونه مرن جدا ويترك للإدارة حرية واسعة في التصرف كعقود تصنيع الاسلحة , وتبرم عقود التوريد بالأساليب المعروفة لإبرام العقود الادارية وهما المناقصة العامة والممارسة العامة ويلتزم المورد بتوريد الاصناف في المواعيد المحددة لذلك وهو ما ينعكس اثره على تامين سير المرافق العامة وضمانها بانتظام واطراد وان يبذل في سبيل ذلك كل ما بوسعه ولاتنتفي مسؤوليته في حالة الاخلال الا بوجود السبب الاجنبي الذي ادى الى استحالة التنفيذ كما يلتزم بالتوريد طبقا للمواصفات المتفق عليها ويعد هذا الالتزام بالغ الاهمية كونه يرد على محل العقد وحتى تخلف المحل بتخلف ركن من اركان العقد يؤدي الى بطلانه . وكما هو الحال في عقد الاشغال العامة تمتلك الادارة سلطات الرقابة والتوجيه والتعديل على عقد التوريد . وفي مقابل الالتزامات التي يلتزم بها المورد فله الحق بالمقابل المالي للعقد والحق في طلب التعويض كجزاء لإخلال الادارة بالتزاماتها التعاقدية وكذلك الحق في اعادة التوازن المالي للعقد متى ما اصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لا يمكن للمورد الاستمرار في تنفيذ التزاماته وينتهي عقد التوريد نهاية طبيعية بالاستلام النهائي للأصناف الموردة فتنتقل ملكية تلك الاصناف الى الادارة وتحملها تبعة الهلاك والتلف كما ينتهي عقد التوريد نهاية غير طبيعية وكما سناتي على تفصيله في هذا البحث .**

**3-عقود الخدمات الاستشارية :** **وهو عبارة عن اتفاق يقدم بمقتضاه أحد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل عرض يتفق عليه بالشروط المقترنة بهذا العقد الإداري . وعرفه البعض بانه عقد اساسه واداؤه الرئيسي يقوم على تقديم المشورة ) ، أو هو عقد تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد أو احد المكاتب المتخصصة أو إحدى المؤسسات أو الشركات المرخص لها لتولى إعداد الدراسات المسبقة عن مشروع من المشاريع العامة سواء من حيث الجدوى الاقتصادية أو من حيث حساب التكاليف الخاصة بالتنفيذ أو إعداد التصميمات أو المواصفات الخاصة أو الإشراف ومتابعة تنفيذه وكذلك حصر الإعمال المنفذة ويجب ان يكون الشخص المتعاقد معه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا " مختصا وهو بذلك عقد مقاولة ولكن ذو طبيعة خاصة لأن التزامه تقديم معلومات ، وهو عقد مهني يقوم على الاعتبار الشخصي ، وتلجا الإدارة غالبا إلى التعاقد مع المكاتب الاستشارية لتقديم الخبرات الفنية والهندسية أو الإدارية أو قد يفرض عليها هذا الالتزام ويأخذ هذه المكاتب مسميات عدة من دولة لأخرى وتقدم هذه الأجهزة دورا فعالا في إجراء الدراسات والبحوث الميدانية لعدد من الجهات الحكومية . وفي مجال العقود الإدارية لا تخرج هذه الخدمات عن إعداد دراسات الجدوى بنوعيها الأولية والتفصيلية للمشاريع الهندسية والتوصية إلى الجهة الإدارية باختيار افضل البدائل لأسلوب التعاقد وطريقة تنفيذ المشروع من حيث المواصفات والكلفة والمنهاج الزمني وإعداد التصاميم الهندسية الأولية التفصيلية والخرائط والمخططات وإعداد وثائق المناقصة لعقود التجهيز للمواد والمعدات كذلك تقديم المشورة بخصوص اختيار أفضل أساليب التعاقد وطرائق التنفيذ والإشراف اليومي الدائم على تنفيذ الأعمال الموقعية من قبل المقاول الرئيسي والمقاولين الثانويين على وفق المنهاج الزمني المعتمد والتأكد من المطابقة وضمان الجودة من حيث مواصفات المواد التي يتم استلامها في موقع العمل وكذلك طرائق التنفيذ وإتباع متطلبات السلامة والحفاظ على البيئة وتحقيق الهدف من انجاز المشاريع الناجمة والمتمثلة بأعمالها بالمواصفات المحددة ضمن المدة المخططة ومن دون تجاوز الكلفة التخمينية . وكما يلتزم المتعاقد بتقديم المشورة في حالة النزاعات التعاقدية التي تحصل في اثناء تنفيذ العقد مع المقاولين والمجهزين والأطراف الأخر ذات العلاقة وتقديم التوصيات بهدف حلها بأسلوب ودي والحد من وصولها إلى المحاكم أو لجان التحكيم . ولا يخضع لرقابة صاحب العمل . من خلال ما تقدم يتبين لنا أن عقد تقديم الخدمات الاستشارية إما أن يكون عقدا اصليا " قائما على التزام ثابت هو تقديم المشورة ، او هو عقد تبعي أو تكميلي لعقود الأشغال العامة وعقد التوريد أو التجهيز ومكمل لها ويخضع للقواعد نفسها التي تحكم العقود الإدارية من حيث أسلوب التعاقد فينفذ هذا العقد بأسلوب كما يلتزم المناقصة العامة . وغالبا ما تحدد الشروط الواردة في صيغة العقد أهم الالتزامات المترتبة على الطرفين وتاريخ انتهاء العقد والمبلغ الواجب دفعه لتأدية الخدمات كما يقوم الاستشاري بتأمين كفالة حسن الأداء والتنفيذ بصيغة كفالة مقبولة من الجهة الإدارية ويبدأ تاريخ سريان العقد من تاريخ التوقيع عليه من قبل الطرفين أو أي تاريخ يتفق عليه في الشروط الخاصة.**