القيود السابقة على التعاقد (في عقود الادارة)

د. فاروق احمد خماس
كلية القانون / جامعة الموصل

بحث مستل من أطروحة الماجستير التي قدمها نجيب خلف احمد الجبوري ، أشرفت على انجازها .

لقد أضفت على عنوان البحث بين قوسين (في عقود الادارة) للتدليل على أن الموضوع إنما يتعلق بالعقود التي تكون الادارة طرفاً فيها .

د. فاروق احمد خماس

تقديم

يعد هذا البحث جزءاً من جملة مواضيع تعكس بمجملها ماتتمتع به الادارة من سلطة في إختيار المتعاقدين معها ، حيث تناقش الأطروحة تحت عنوان «سلطة الادارة في اختيار المتعاقدين معها» مدى هذه السلطة وماهية القيود التي تحدد من نطاقها . ومن هذه القيود مايتناوله هذا المبحث .

وتتناول الرسالة بشكل عام أحد الانشطة المهمة التي بدأت الدولة المعاصرة القيام بها من بين الكثير من انشطة الدولة التي كانت الى حد قريب من إحتكار النشاط الخاص والمبادرة الفردية . فالرسالة تسلط الضوء على جانب من النشاط الاداري القانوني الذي يتطلب التقاء أرادة أو ارادات أخرى مع إرادة الادارة ، ونعني بهذه العقود التي ترتبها الأجهزة الادارية

إن التطور الذي حصل في دور الدولة ومدى تدخلها منذ مطلع هذا القرن ، قلب التصور القديم الذي لم يكن للدولة بموجبه سوى دور محدود لايتجاوز مهمة حماية

المجتمع من الاعتداء الخارجي وتحقيق الأمن في الداخل وإدارة بعض المرافق العامة التي كان يعزف عنها النشاط الفردي لمحدودية مردودها الأقتصادي . إلا أن فكرة (الدولة الحارسة) تلاشت أمام معاول النقد التي تصدت للمذهب الفردي الحر ، وأمام عوامل مادية كانت الحربان الكونيتان وأزمة الكساد الاقتصادي من أهمها ، لتفسح المجال واسعاً أمام (الدولة التدخلية) التي أصبحت تعد الاداة الايجابية الاساس في عملية إشباع الحاجات ذات النفع العام وتحقيق مايصبو إليه المجتمع من رفاهية وتطور وسعادة .

وإذا كانت دول الاقتصاد الحر قد أقرت بمبدأ تدخل الدولة نتيجة للعوامل التي أوردناها فإن الفكر الاشتراكي والدولة الاشتراكية تعد مبدأ التدخل (القاعدة العامة) وليس مجرد استثناء كما هو الحال في الدولة التي يقام اقتصادها على (الحرية الاقتصادية) . وذلك أن الدولة الاشتراكية تدخلية بطبيعتها ، لأ نها ومن خلال المنظور الشعبي اليها تعد الاداة الاساس لتحقيق التنمية والتطور واشباع أغلب الحاجات العامة . واذا ماتولى الأفراد تحقيق بعض هذه الأمور فإن هذا يأتي بالمرتبة الثانية بعد الدولة .

تعد العقود التي تكون الادارة أحد أطرافها أحد أهم الانشطة القانونية التي تتولاها الدولة المعاصرة . وتتأتى هذه الأهمية لكثرة ماقيل فقهاً وقضاءً بشأنها ، وما نتج عن هذا من تعدد وتنوع في الأنظمة القانونية التي تحكمها .

ولما كان قطرنا ، وهو تدخلي بطبيعته ، يستخدم من أجل تحقيق التنمية والتطور واشباع الحاجات العامة ، هذه الوسيلة القانونية بشكل واسع ومطرد ، أرتأينا أخراج هذا البحث ونشره ، ليساعد على تعريف القاريء الكريم بجزء متواضع من فكرة العقود الادارية.

الدكتور فاروق احمد خماس
المشرف على أطروحة الماجستير
الموسومة (سلطة الادارة في اختيار
المتعاقدين معها)

المبحث الأول

— القيود السابقة على التعاقد —

عندما ترغب الإدارة في الدخول في علاقات تعاقدية مع الآخرين فانه يتعين عليها الالتزام بالقيود التي قررها المشرع في هذا المجال . وهذه القيود عبارة عن عدد من الأجراءآت التي تمر بها الادارة قبل ابرامها العقد الذي ترومه مع المتعاقد الذي اختارته لتنفيذ العمل أو المشروع . ومن هذه القيود ماهو ذو طبيعة مالية ، فالادارة كقاعدة عامة ملزمة بالانفاق في حدود الاعتمادات المالية المقررة في الميزانية ولذا فان عليها قبل الدخول في اي علاقة تعاقدية ان تتأكد اولاً من وجود الاعتماد الكافي للوفاء بالتزاماتها المالية في العقد الذي تروم ابرامه . ومنها ماهو ذو طبيعة قانونية ، حيث ان الادارة ملزمة في بعض الاحيان ان تستأذن جهات أخرى قبل ابرام عقودها او ان تستشير جهة معينة ، حيث يوجب القانون في بعض الاحيان على الادارة المعنية ، ان تأخذ رأي تلك الجهة قبل ابرام العقد .

عليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نفرد للاول للأذن المالي والثاني للاذن القانوني (التصريح بالتعاقد) والثالث للاستشارات السابقة .

المطلب الاول

— الاذن المالي —

عندما تروم الادارة الدخول في علاقة تعاقدية مع الآخرين من اجل توريد مادة معينة أو القيام ببعض الاعمال فمن البديهي ان تحتاج الى الاموال اللازمة لتسديد نفقات هذه العقود ، وهذه النفقات يتم تسديدها من ميزانية الدولة او احدى الميزانيات الملحقة بها .

ولهذا فان على الادارة ان تتأكد اولاً من وجود الاعتماد المالي الكافي لمواجهة الأوضاع الجديدة ، ذلك لأنّ الادارة لاتستطيع ان تتعاقد او ان تلتزم مالياً قبل الآخرين مالم تحصل على الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد (١) .

وضرورة وجود الاعتماد المالي لايقتصر على النشاط الذي تقوم به الادارة في مجال العقود الادارية ، بل يشمل بالضرورة كل نشاط تقوم به الادارة ويرتب عليها التزامات

(١) انظر الدكتور محمود حلمي ، العقد الاداري — دار الفكر العربي الحديث — ١٩٧٤ — ص ٥١

مالية معينة . وعليه فان كل عمل تروم الادارة القيام به ويرتب عليها التزامات مالية أياً كان نوعها ومقدارها لابد ان تحتاط له عن طريق توفير المبالغ اللازمة لسد نفقاته .

ومن خلال ذلك نلاحظ مدى الصلة الوثيقة التي تربط بين القانون الاداري والقانون المالي ، الا انه بالرغم من هذه الصلة بين القانونين ، فان القانون المالي مستقل عن القانون الاداري والقوانين الاخرى ايضاً ، لان له ذاتيته الخاصة به وله قواعده واهدافه التي تختلف عن قواعد القانون الاداري والقوانين الأخرى (٢) .

ويترتب على استقلال القانون المالي عن القانون الاداري نتيجة بالغة الاهمية وهي أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصورة على نطاق القانون المالي (١) ومما يؤدي اليه هذه النتيجة هو ان النشاط المالي لايخضع في صحته او عدمها لقواعد القانون الاداري ولايؤثر في صحته اوعدمها تأثيراً مباشراً على صحة أوعدم صحة الاعمال الادارية التي تخضع لقواعد القانون الاداري، لأن الصلة الوثيقة بين القانو نين المذكورين لاتعني تبعية اي منهما للاخر أو أعتبار أي منهما فرعاً من فروع الاخر (٢) ويترتب على الفصل بين كل من مجالي القانون المالي والقانون الاداري بعض النتائج التي تتعلق بصحة أبرام العقود الادارية ووجودها وهي :-

أولا : ان مخالفة الادارة للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية لاينتج عنها بطلان

---

(١) وقد حددت هذه العلاقة بين كل من مالية الدولة وبين القانون الاداري و الدستـــوري باعتبار أن دراسة المالية العامة فرع من فروع القانون العام. لكن هذا الرأي محل نظر لا نه اذا كانت الدراسة المالية تستقل بالقانون العام، فأنها ليست معدومة الصلة بالقانون الخاص فالضرائب والقروض العامة تمس الا موال الخاضعة لا حكام هذا القانون. هذا الـــى أن التشريعات المالية واحكام القضاءين المصري والفرنسي في المنازعات الضريبية تأخذ تعريفات واتجاهات مغايرة للتعريفات والا تجاهات الموجودة في القواعد القانونية العامة سواء في القانون العام أو القانون الخاص، الا مر الذي يجعل من التشريع المالي فرعاً مستقلا له ذاتية خاصة وله قواعده وتفسيراته التي تختلف عن أساليب وتفسيرات واهداف القوانين الا خـرى سواء ما كان منها ملحقاً بقسم القانون العام أو القانون الخاص"انظر بخصوص ذلك الدكتور محمد حلمي مراد، مالية الدولة- مطبعة نهضة مصر ، ١٩٦٤ ص١٧.

(٢) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، الا سس العامة في العقود الا دارية، ط٣ دار الفكر العربي ، ١٩٧٥، ص٣٢١

(٣) انظر الدكتور ابراهيم طه الفياض، العقود الا دارية- الكويت ص١٣٢.

التصرفات القانونية التي قامت بها الادارة في هذا المجال. ويترتب على ذلك ان الا دارة اذا تعاقدت مع الاخرين بقصد انجاز عمل معين ولم يكن لديها الاعتماد المالي الا لازم فإن العقد الذي ابرمته يكون صحيحاً وملزماً لها في مواجهة المتعاقدين معها، وذلك لان عدم وجود الاعتماد المالي اللازم لاتأثير له على صحة العقد من الناحية القانونية ، سواء كانت الاعتمادات المالية غير موجودة كلية او كانت الالتزامات التعاقدية التي التزمت بها الادارة مع المتعاقدين معها تزيد على المبلغ المرخص به (١) .

فالعقد الذي تبرمه الادارة في كل هذه الاحوال يعد صحيحاً وينتج أثارهومن ثم فلايجوز للادارة الامتناع عن تنفيذ بحجة مخالفة الادارة للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية المقررة في هذا الشأن اما بالنسبة للمتعاقد مع الادارة فإنه لايستطيع اجبارها على الوفاء بالتزاماتها إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك. (٢) وبموجب ذلك فإن على المتعاقد الذي يرغب الاستمرار في تنفيذ العقد ان يتريث ويمهل الادارة حتى تستطيع تنفيذ التزاماتها بتدبير الاعتماد المالي. (٣) والعلة في ذلك ان المتعاقد مع الادارة لايعلم مقدماً بوجود الاعتمادات المالية وعدم وجودها ، وما اذا كان العقد الذي ابرمه مع الادارة في حدود الغرض الذي خصص له الاعتماد المالي .وقد قررت المحكمة الادارية العليا المصرية هذه القواعد في حكم لها جاء فيه «يجب التمييز بين العقود التي تعقدها الادارة مع الغير وبين علاقة الموظف بالحكومة، فالرابطة في الحالة الاولى هي رابطة عقدية تنشأ بتوافق ارادتين وتولد مراكز قانونية فردية وذاتية مصدرها العقد ، وفي الحالة الثانية هي علاقة تنظيمية عامة مصدرها القوانين واللوائح، ولاريب ان لهذا الاختلاف في طبيعة الروابط القانونية أثره في نفاذ أوعدم نفاذ التصرف اذا لزم الامر اعتماد المال اللازم من البرلمان فالثابت في فقه القانون الاداري ان العقد الذي تبرمه الادارة مع الغير—كعقد من عقود الاشغال العامة او التوريد مثلا ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى لولم يكن البرلمان قد اعتمد المال

(١) انظر الدكتور رياض عبد عيسى الزهيري ، العلا قات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الا شتراكي، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ، كلية القانون والسياسة— تشرين الا ول ١٩٧٩ص٣٥٨.

(٢) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي/ الاسس العامة في العقود الا دارية مصدر سابق ص٣٢٢ .

(٣) انظر الدكتور ابراهيم طه الفياض، العقود الا دارية، مصدر سابق ص١٣٥ .

اللازم لهذه الاشتغال أو جاوزت الادارة حدود هذا الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامه ،فمثل هذه المخالفات- لووجدت من جانب الادارة- لاتمس صحة العقد ولانفاذه ، وانما قد تستوجب المسؤولية السياسية . وعلة ذلك ظاهرة وهي ان هذه العقود الادارية التي تبرمها مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ، ويجب من ناحية حماية هذا الغير ، ومن ناحية اخرى عدم زعزعة الثقة في الادارة فليس بمقدور الفرد الذي يتعاقد معها ان يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما اذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له هذا الاعتماد او ليس في حدود هذا الغرض، كل تلك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها . ولو جاز جعل صحة العقود الادارية اونفاذها رهنا بذلك لما جازف احد بالتعاقد مع الادارة، ولتعطل سير المرافق العامة» (١)

فضلا عن ذلك فإن الادارة ترتكب خطأً تعاقدياً عندما تتعاقد مع الاخرين بالرغم من عدم وجود الاعتماد المالي اللازم، وهي مسؤولة عن هذا الخطأ. (٢) ويترتب على ذلك امكان طلب المتعاقد معها فسخ العقد (٣) والتعويض ان كان له مقتضى (٤) .

والفسخ هنا يعدُّ بالنسبة للادارة جزءاً قانونياً لانها اخلت بالتزام من التزاماتها التعاقدية حيث ان عدم وجود الاعتماد المالي يعني عدم قدرة الادارة على الوفاء بالتزاماتها التي ترتبت عليها بموجب العقد الذي ابرمته .

اما فيما يخص المتعاقد مع الادارة ، فان الفسخ بالنسبة له يعتبر وسيلة من وسائل الضمان يستطيع بواسطتها المحافظة على حقوقه التي اصبحت عرضة للضياع بسبب عدم استطاعة الادارة الوفاء بالتزاماتها المالية .

---

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ١١/ ٢/ ١٩٥٦ مجموعة المباديء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، العدد الثاني مطبعة مخيمر، السنة الاولى شباط ١٩٥٦ الى أخر مايس ١٩٥٦ ص٤٩٢.

(٢) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة في العقود الادارية مصدر سابق ص٣٢٣.

(٣) يرد جزاء الفسخ في العقود الملزمة للجانبين فقط ، لان هذه العقود تنشيء التزامات في ذمة كل من طرفي العقد، فيكون كل منهما دائناً ومديناً في الوقت نفسه« أنظر. د غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ،بغداد ، ١٩٧١، ص٣٨٢

(٤) انظرد. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، مصدر سابق، ص١٣٧

اما في العراق فان الوضع يختلف عما قرره القضاء المصري ومن قبله القضاء الفرنسي بهذا الخصوص ، فلا يجوز للادارة ان تقوم بابرام عقد اداري مالم يكن لها اعتماد مالي مخصص للاغراض التي تستهدفها هذه العقود . وهذه القاعدة ، قررتها القوانين والتعليمات الصادرة في العراق ومنها قانون اصول المحاسبات العامة المعدل رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠(١) ، وقد وردت الاشارة الى تلك القاعدة في المادة الخامسة من القانون المذكور والتي جاء فيها «ليس للوزارات والدوائر ان تتجاوز الاعتمادات المخصصة لها في الميزانية العامة ولا ان تزيد اعتماداتها بأي نوع من الواردات الخصوصية أو التبرعات كما ليس لها ان تدخل في تعهدات من شأنها تجاوز الاعتمادات» .

ونصت الفقرة (أ) من المادة العاشرة من القانون نفسه على ان «١ — للوزير المختص الدخول بعقود مالية بطريقة المناقصة او الامانة على حساب الاعتمادات المخصصة في الميزانية الاعتيادية لوزارته في حدود مبلغ (٢٥٠,٠٠٠) مائتين وخمسين ألف دينار في كل قضية وتستحصل موافقة وزير المالية فيما زاد على ذلك» .

الا ان هذه المادة قيدت هذا الحق في الفقرة (ج) وذلك عندما اشترطت لابرام هذه العقود «توفر الاعتماد في الميزانية» .

وفي نفس هذا السياق نصت تعليمات خطة التنمية القومية رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٧(٢) في الفقرة الثانية من المادة السابعة على وجوب «وجود اعتماد مخصص للمشروع او للعمل في المنهاج الاستثماري قبل الدخول في المراحل التنفيذية» .

من خلال ماتقدم ، يبدو لنا ان التشريع العراقي لايجيز للادارة الدخول في علاقات تعاقدية مع الآخرين مالم يكن لهذه العقود اعتماد مخصص في الميزانية . الا انه قد تبرم بعض العقود دون ان يكون لها اعتماد مالي ، وقد عولجت هذه المسألة باسلوبين : —

الاسلوب الأول : ويسمى (المناقلة) وبموجبه يتم نقل بعض الاموال المخصصة للصرف على عمل او مشروع معين الى عمل او مشروع آخر من اجل توفير الاموال اللازمة

---

(١) قانون اصول المحاسبات العامة رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ المعدل مع التعليمات الحسابية الملحقة دار الحرية للطباعة ، وزارة المالية، بغداد ١٩٧٦ .

(٢) قانون خطة التنمية القومية رقم ٨٩لسنة ١٩٧٧. الوقائع العراقية ، العدد ٢٦ ، السنة العشرون في ١٨/ ٧/ ١٩٧٧.

للصرف عليه ، على ان لايؤثر ذلك على طاقة وحجم وموقع العمل أو المشروع المنقول منه (١) .

ومع اهمية هذا الاسلوب في معالجة العقود التي تبرم دون ان يكون لها اعتماد مالي ، فان من الضروري ان نشير الى خطورة اسلوب (المناقلة) الذي قد يؤدي الى تخصيص الموارد المالية لأعمال او مشاريع لم تكن مدرجة في اطار الخطة السنوية وبالتالي تعطيل احدى المهام التي رصدت لها هذه المبالغ بموجب قانون الخطة (٢) .

الاسلوب الثاني : ويتبع في حالة عدم امكانية اجراء المناقلة ، وهو يقوم على اساس حصول موافقة الجهات المختصة على تخصيص مبالغ جديدة لموضوع العقد الذي ليس له اعتماد مالي.(٣)والجاري عليه العمل في العراق بشأن معالجة هذا الموضوع هو الحصول على موافقة مجلس قيادة الثورة في اعتماد المبالغ الجديدة في صورة قانون أو قرار (٤) .

الا ان اتباع هذا الاسلوب في المعالجة يجب ان يقتصر على الحالات الضرورية ومقتضيات المصلحة العامة. (٥) او اذا كانت هناك مبررات اساسية او اقتصادية حقيقية

---

(١) انظر رياض عبد عيسى الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي ، مصدر سابق ص٣٦١-٣٦٢ .

(٢) انظر الزهيري ، مصدر سابق ص ٣٦٢

(٣) انظر الزهيري، مصدر سابق ص٣٦٢.

(٤) تنص المادة (١) من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٩ قانون تعديل الخطة الاقتصادية الخمسية رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٥ على انه " يضاف مبلغ قدره (٢٥) مليون دينار الى المبالغ المرصدة في المادة (٢) من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٥ المعدل بحيث تصبح (٠٠٠ / ٠٥٩ / ٦٨٩) الوقائع العراقية العدد ١٧٦٥ السنة ١٢، ٩/ ٨/١٩٦٩ .
وأنظر أيضاً على سبيل المثال القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٧٠، الوقائع العراقية العدد ، ١٨٤٩، السنة ١٢، ٨/ ٣/ ١٩٧٠.

(٥) تنص المادة (٤) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٧٣ قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى على انه" اذا اقتنعت اللجنة بأن المصلحة العامة تقتضي تنفيذ مشروع لم يدرج في المنهاج الاستثماري لخطة التنمية القومية فللجنة اتخاذ القرار لتنفيذ مثل هذا المشروع على ان تشعر مجلس التخطيط بذلك لادراجه في المنهاج الاستثماري وتخصيص المبالغ اللازمة للصرف " الوقائع العراقية العدد (٢٣١٠) السنة (١٧) في ١٠/ ١/ ١٩٧٤.

وملحة تقتضي تنفيذ عمل أو مشروع لم يدرج في المنهاج الاستثماري لخطة التنمية. (١)

اما في حالة عدم تحقيق اي من طريقي المعالجة السالفة الذكر فإن ذلك يعني ان محل العقد لم يكن مدرجاً ضمن قانون الخطة السنوية. ومن ثم فإن انعقاده يبقى موقوفاً على إجازة مجلس التخطيط ، ذلك لان مجلس التخطيط هو الذي يتولى اعتماد الايرادات والتخصيصات للخطة السنوية (٢) فإن لم يصدر مايدل على أن المجلس أجازه العقد باطلا واعيد الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، اما اذا نتج عن أبرام العقد بعض الاثار نتيجة لتنفيذه أو تنفيذ جزء منه فإن الادارة تتحمل التعويضات التي يستحقها الطرف المتعاقد معها على اساس الخطأ التقصيري وليس على اساس الرابطة العقدية (٣).

ثانياً: النتيجة الثانية التي يرتبها القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر على التفرقة بين القانون المالي والقانون الاداري. هي ان اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد لايلزم الجهة الادارية المعنية بالتعاقد. فللادارة حسب هذه النتيجة ان تتعاقد أو أن تعدل عن ابرام العقد

---

(١) يقوم قانون الحزب القائد عند تعرضه لمسألة التخطيط والتنمية (..الا لتزام الجاد والحازم بما تضعه الثورة من خطط للتنمية بعد اعدادها اعداداً قائما على العلم والنظرة الوحدوية الاشتراكية وعدم السماح بخرق تلك الخطط وتجاوزها الا بمبررات سياسية أو أقتصادية حقيقة وملحة .وعلى أضيق نطاق ممكن لان عدم الالتزام بهذه الخطط يؤدي الى حالة عامة من الفوضى تتناقض من حيث الاساس مع مفاهيم الثورة واساليبها العلمية في بناء الاقتصاد وتطوير البلاد". أنظر قانون الحزب القائد رقم ١٤٢ لسنة ١٩٧٤ "التقرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي ،مطبعة دار الثورة ،بغداد كانون الثاني ، ص١٢٥– ص١٢٦ "

(٢) تنص المادة (٨) من قانون خطة التنمية القومية رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٧ على انه "يتولى مجلس التخطيط اعتماد الايرادات والتخصيصات للخطة السنوية وفقاً لاحكام هذا القانون ، ٢– يجري الصرف على المشاريع والاعمال المدرجة في الخطة السنوية وفقاً لقرار مجلس التخطيط وضمن التخصيصات المرصدة لها" الوقائع العراقية ،العدد (٢٧٠٠ السنة العشرون ،١٨٠/ ٧/ ١٩٧٧ .

(٣) انظر الدكتور عبد عيسى الزهيري، مصدر سابق ص٣٦٣– ٣٦٤ وانظر أيضاً الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ج١ مصادر الالتزام، ط٥ مطبعة نديم ،بغداد ، ص٤٦٦ ومابعدها وانظر ايضاً الدكتور حسن علي الذنون ،النظرية العامة للا لتزامات– دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٧ ، ص٢١٧ ومابعدها

سواء كان هذا الاعتماد قد صدر بموجب قانون أو بموجب قرار اداري . (١) وعليه فبالرغم من صدور الاعتماد المالي فإن للجهة الادارية المعنية أن تعدل عن ابرام العقد متى رأت المصلحة العامة تقتضي عدم ابرامه.

وبموجب هذه النتيجة فإن فتح الاعتماد ليس الا اذن غير ملزم بالصرف ولهذا فإن الادارة تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في التعاقد ، ومن ثم استخدام هذه الاعتمادات في تنفيذ المشاريع والاعمال التي رصدت لها. او ان تعدل عن ابرام العقد ويتبع ذلك بطبيعة الحال عدم استخدام الادارة لهذه الاعتمادات في تنفيذ المشاريع او الاعمال التي رصدت لها .

وهذه القاعدة التي قررها القضاء الاداري في فرنسا ومصر في هذا الشأن هي قاعدة عامة بالنسبة الى جميع العقود التي تبرمها الادارة ، حيث ان وجود الاعتمادات المالية في ميزانية ادارةمن الادارات لايعني التزام هذه الادارة بالصرف.(٢)وعليه فإن الادارة تحتفظ بسلطتها التقديرية في استخدام هذه الاعتمادات للاغراض التي خصصت مسبقاً أو عدم استخدامها .

الا ان هذا الاجتهاد القضائي لايتفق مع طبيعة الاقتصاد المخطط والمبرمج في العراق(٣) فبموجب القوانين الصادرة في العراق نجد ان الادارة ـ ملزمة بتنفيذ الاعمال والمشاريع التي ادرجت ضمن قانون الخطة . فقد الزم قانون خطة التنمية القومية رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٧ الوزارات ومؤسسات القطاع الاشتراكي بالعمل على تحقيق اهداف الخطة ، وهذا مانصت عليه المادة الثانية عشرة من قانون خطة التنمية القومية التي جاء فيها (على الوزارات

---

(١) انظر الدكتور ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية– المرجع السابق، ص١٣٨.

(٢) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة في العقود الادارية المرجع السابق ص٣٢٣.

(٣) يقول قانون الحزب القائد عند تعرضه لمسألة التخطيط والتنمية (..وقد ادرك حزب البعث العربي الاشتراكي اهمية التنمية بالنسبة لتطور البلاد السياسي والاقتصادي والاجتماعي واولاها اهتماماً كبيراً جداً ، ووضع كل مايتيسر من الامكانات المادية والبشرية والمعنوية في سبيل التعجيل بها في كافة القطاعات والمرافق.. واهتمت القيادة بمسيرة التنمية ولاحقت تطورها بنفسها سواء على الصعيد العام والتفصيلي . انظر قانون الحزب القائد، (التقرير السياسي ، مصدر سابق) ص١٢٧– ١٢٨.

ومؤسسات القطاع الاشتراكي بذل اقصى الجهود لتحقيق اهداف الخطة ويترتب على مخالفة ماورد فيها او عدم الالتزام بها محاسبة المسؤول عن تلك المخالفة) .

وعليه فان تحقيق هذا الالتزام بتنفيذ الخطة يتطلب اجراء التصرفات القانونية المناسبة التي تؤمن تحقيق تلك الاعمال والمشاريع ، ومن هذه الزاوية يصبح ابرام العقد الذي يؤمن تحقيق الخطة واجباً قانونياً على الجهة الادارية المعنية بالأمر (١) .

وتأسيساً على ماتقدم فان مجرد فتح الاعتماد المالي المخصص لمشاريع واعمال الخطة بموجب قانون الخطة يعني الزام الجهات الادارية المختلفة بصرفه طبقاً للموضوع الذي رصد له هذا الاعتماد .

— المطلب الثاني —

(الاذن القانوني —(التصريح بالتعاقد)

ان تحديد المشرّع لاختصاص الجهة الادارية يعتبر بمثابة اذن صادر من المشرع الى الجهات الادارية المعنية من اجل مباشرة نشاطها ، ومن بين النشاطات التي تباشرها الادارة ابرام العقود وعليه فان قيام الادارة بابرام عقودها الادارية ليس سوى ممارسة لاختصاص من اختصاصاتها ، ولذا فانها لاتحتاج عند ابرام عقودها إلى طلب الاذن من جهة اخرى ، لان ذلك يعتبر جزءاً من وظيفتها . و«من ثم لايحتاج من يمارس وظيفته الى اذن» (٢)

ومع ذلك فان هناك بعض العقود المهمة يلزم فيها المشرع الجهة الادارية المعنية الحصول على تصريح بالتعاقد من جهة اخرى يحددها بنفسه لكي يكون بامكانها ان تتعاقد في مثل هذه العقود . وعلى ذلك فان الادارة لايمكن لها ان تتعاقد بشأن اي عقد من العقود التي يستلزم فيها المشرع الحصول على تصريح بالتعاقد دون الحصول على هذا التصريح . كذلك يتطلب ابرام بعض عقود الوحدات الاقتصادية ان تكون هنالك موافقة مسبقة من الجهات المختصة على ذلك () . والسبب في ذلك انه على الرغم من الاستقلال الذاتي لهذه الوحدات

---

(١) انظر المادة (٣) من قانون خطة التنمية القومية رقم ٨٩لسنة ١٩٧٧.

(٢) انظر الدكتور ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية/ مصدر سابق ص١٣٩.

(٣) انظر رياض عبد عيسى الزهيري، العلاقات التعاقدية بين وحدات القطاع الاشتراكي مصدر سابق ص٣٦٦ .

فانها تظل مع ذلك جزءاً لايتجزأ من الدولة وترتبط برابطة التبعية مع السلطة العامة (١) .

ويختلف الاذن القانوني (التصريح بالتعاقد) عن الاذن المالي ، ذلك ان الاخير ليس شرطاً لسلامة التعاقد فإن عدم الحصول عليه لايؤدي – كما بينا سابقاً – الى عدم وجود العقد أو بطلانه . وهذا يعني ان العقد يبقى صحيحاً ومنتجاً لاثاره على الرغم من عدم حصول الادارة على الاذن المالي.

الا ان الامر يختلف بالنسبة الى الاذن القانوني حيث يستلزم المشرع في هذه الحالة ضرورة حصول الادارة على هذا الاذن الذي يعتبر ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية . واذا ماتعاقدت الادارة دون حصولها على الاذن القانوني فمؤدي عقدها البطلان . ذلك أن من المسلم به في الفقه الاداري الفرنسي ان القواعد الخاصة بضرورة الحصول على الاذن القانوني بالتعاقد هي قواعد متعلقة بالنظام العام ، وكذلك لقيام هذا الاذن على اسباب اقتضتها مستلزمات المصلحة العامة . (٢)

وعلى هدى الفقه الاداري الفرنسي ،سار القضاء الاداري المصري في اعتبار العقد باطلا بطلاناً مطلقاً في حالة عدم حصول الادارة على الاذن القانوني اللازم وهذا البطلان لاتصححه الاجازة اللاحقة . الاانه يقتصر على الاثار التي ستترتب على العقد دون الاثار الماضية ، استناداً الى حسن نية الطرف الاخر المتعاقد مع الادارة ، وكذلك الى عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي أرتكبته الادارة. وقد أكد قسم الرأي بمجلس الدولة المصري تلك الاحكام في احدى فتاويه التي جاء فيها (..اذا كان الثابت ان السلطة التنفيذية قد قامت بتأجير قطعة ارض بإيجار اسمي لمدة طويلة لاحدى الجهات الخيرية بقرار من مجلس الوزراء في ٢٤/ ١١/ ١٩٥٣ فأن هذا العقد يكون باطلا ، ذلك ان المادة (١٢٦) من دستور سنة ١٩٣٠ الذي ابرمت في ظله هذه الاجازة – كانت تقضي بعدم جواز التبرع بأموال الدولة الابقانون ، اي انها جعلت لارادة السلطة التشريعية عنصراً اساسياً في تكوين ارادة الدولة عند ابرام عقود التبرعات ، ولاشك ان الايجار الاسمي لمدة طويلة هو عمل من أعمال

---

(١) انظر الدكتور سعد العلوش ، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي / مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٦٨ص٩٢ .

(٢) أنظر الدكتور سليمان الطماوي، الاسس العامة في العقود الادارية، مصدر سابق ص ٣٢٥.

التبرع يخضع حينذاك لحكم هذه المادة — فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية ،لم تعبر عن رأيها ، فإن ارادة الدولة لاتكون حينئذ معينة فحسب ، وانما تكون منعدمة اطلاقاً . اذ ان انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن ارادة الدولة في عقد التبرع يعتبر منها طغياناً على السلطة التشريعية بعدم ارادة الدولة ومتى انعدمت الارادة التي تعتبر العنصر الاساسي في تكوين العقد ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقاً لاوجود له في القانون وانما هو واقعة مادية بحتة ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع مايترتب عليه من آثار الا ان هذه الا ثار تقف عند الاثار المستقبلية دون الماضية لان هذه الاخيرة لايمكن المساس بها تأسيساً على حسن نية الطرف الاخر وعدم مسؤوليته عن خطأ الدولة . وهذا البطلان لاتصححه الاجازة اللاحقة حتى ولو كانت بقانون » . (١)

وبما ان العقد الذي تبرمه الادارة دون الحصول على الاذن القانوني يعد باطلا لذا فإن المتعاقد في هذه الحالة لايستطيع ان يتمسك بهذا العقد في مواجهة الادارة. ولكن هذا لايعني ان المتعاقد مع الادارة لايستطيع الحصول على التعويض الذي يستحقه في حالة ما اذا لحقه ضرر معين من وراء قيام الادارة بالتعاقد على خلاف ماقرره المشرع في هذا المجال ، فهو يستطيع جراء ذلك ان يطالب بالتعويض على اساس الخطأ التقصيري ، على اعتبار ان الادارة قد ارتكبت خطأ عندما قامت بآبرام العقد قبل الحصول على الاذن القانوني اللازم للقيام بأبرامه ،أو على اساس قاعدة الاثراء بلاسبب اذا استطاع المتعاقد مع الادارة ان يثبت ان الادارة قد استفادت من وراء تنفيذ العقد الباطل. (٢) اما في العراق فإن القضاء العراقي اعتبر العقد الذي تبرمه الادارة مع احد المتقدمين دون حصولها على الاذن القانوني اللازم ، عقداً موقوفاً طبقاً للقواعد العامة .. (٣)

---

(١) انظر فتوى مجلس الدولة المصري رقم (٣٦٤٦) في ٢٢/ ١٢/ ١٩٥٤ مجموعة المبادىء القانونية التي تضمنتها فتاوى قسم الرأي بمجلس الدولة، مطبعة مخيمر ، السنة الثامنة والنصف الاول من السنة التاسعة (من أول تشرين الاول ١٩٥٣ الى اخر اذار سنة ١٩٥٥) ص٢٢٦

(٢) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي ،الاسس العامة في العقود الادارية المرجع السابق ص٣٢٧-٣٢٨.

(٣) "ينشأ العقد الموقوف صحيحاً،الا انه لا يفيد المحكم في الحال"اي ان نفاذه يكون موقوفاً على اجازة من يملك اجازته" لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للا لتزام ،الكتاب الاول ،مصادر الا لتزام، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧١ ص٣٠٢ ومابعدها .

حيث ان شرط الموافقة المسبقة على التعاقد الذي تنص عليه القوانين والانظمة هو أحد شروط صحة العقد الذي تبرمه الاداره وعليه فإن هذا العقد لايعقد الابعد الحصول على موافقة الجهات المختصة وهذا ماقضت به محكمة التمييز في حكم لها جاء فيه (..بعد التدقيق والمداولة تبين ان العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد اداري لانه يستهدف ادارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على اسلوب القانون العام وتخضع فيه لحكم القوانين والانظمة، ومثل هذا العقد لايعقد الا بعد موافقة هيئة ادارية عينها قانون اصول المحاسبات العامة رقم ٢٨لسنة ١٩٤٠ في المادة العاشرة منه التي تنص على ان لايجوز الدخول بتعهدات او عقود مالية عن الاعتمادات المصادق عليها في الميزانية بمبالغ تزيد على (٥٠٠٠) دينار الا بعد أخذ موافقة وزير المالية ، فالرابطة العقدية في مثل هذا العقد الاداري لاتتم الا بعد اخذ رأي الهيئات الاخرى ، واذا كان ذلك فلا يصح القول بأن العقد السابق قد تجدد بين الطرفين لمجرد تكليف الشركة بالاستمرار في عملها حتى بعد العقد عن المدة الجديدة لان الامر يتطلب اجراءات خاصة وموافقة هيئة معنية (١) وهذا الاتجاه الذي ذهب اليه القضاء العراقي هو الاصوب في هذا المجال ، حيث ان الحكم ببطلان العقد كما ذهب الى ذلك القضاء المصري ومن قبله الفقه الفرنسي يعني ان احد المهام الرئيسية التي نص عليها قانون خطة التنمية القومية سوف لايتحقق .

وبعد حصول الادارة المعنية على الاذن القانوني اللازم لابرام العقد فإنها تحتفظ بحريتها في ابرام العقد او عدم ابرامه حسب مقتضيات الصالح العام وهذا ماقضى به مجلس الدولة المصري في احدى فتاويه التي جاء فيها «... يرى قسم الرأي مجتمعاً أن عقد الترخيص للبحث عن المعادن لايتم الابعد صدور قبول من الوزير المختص لايجاب الصادر من طالب الترخيص وان هذا القبول لايكون الابناء على الاذن من البرلمان في ذلك ،والقانون الصادر من البرلمان متضمناً هذا الاذن وان كان شرطاً لابرام العقد الا انه غير ملزم للسلطة المختصة في المنع فتبقى لهذه السلطة دائماً ان تترخص في تقدير

---

(١) انظر حكم محكمة التمييز العراقية، رقم الاضبارة (١٥٨) ١٩٦٦ في ٢٨/ ٧/ ١٩٦٦ مجلة ديوان التدوين القانوني ،العدد الثاني ، السنة الخامسة ،كانون ١/ ١٩٦٦ ص٢٠٨.

ملاءمة الترخيص من عدمه بما لها من حق الاشراف والرقابة على حسن استغلال الثروة الطبيعية في البلاد». (١)

الا ان هذا الاجتهاد القضائي لايتفق مع الوضع في العراق، حيث ان الادارة ملزمة كما سبق ان رأينا- بأبرام العقد بمجرد فتح الاعتماد المالي للعمل او المشروع ، لذا فإن من باب اولى ان تبرم العقد عند حصولها على تصريح بالتعاقد. استناداً الى مبدأ ضرورات تنفيذ خطة التنمية القومية الذي يجعل من ابرام العقد واجباً قانونياً .

ان الاذن القانوني (التصريح بالتعاقد) يأخذ صوراً متعددة ، فقد يصدر في صورة قانون من البرلمان ، أو مجلس الوزراء في صورة قرار من الوزير المختص . (٢) وقد يصدر الاذن القانوني عن طريق موافقة اغلبية معينة من اعضاء مجلس الادارة. (٣)

المطلب الثالث

الاستشارات السابقة

من الضروري ان تقوم الادارة قبل دخولها في علاقات تعاقدية مع الاخرين بأستشارة بعض الجهات ذات الاختصاص وذلك من اجل تجنب بعض المخاطر التي من المحتمل ان تقع فيها الادارة المعنية فيما لو ابرمت العقد دون هذه الاستشارة . ولاشك في ان هذه الجهات ستفيد الادارة المعنية بأستشارتها المهمة بخصوص العقد قيد الابرام .

---

(١) انظر فتوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في ٢٥/ ١/ ١٩٥٣ مجموعة أحمد سمير أبو شادي ،مجموعة المباديء القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم (١٥) عاماً ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي ص٩٦٠

(٢) تنص الفقرة (٥) من المادة (١٣) من نظام وزارة النقل رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ على أنه" مع مراعاة احكام البند رابعاً من هذه المادة للوزير المختص تخويل مجلس الادارة مسبقاً تنفيذ بعض قراراته دون حاجة الى تصديقها من قبله ،ويعين في كتاب التخويل ماهية تلك القرارات .."الوقائع العراقية العدد ٢٥٦٤، السنة ١٩، ٢٧/ ١٢/١٩٧٦.

(٣) تنص الفقرة (٢) من المادة (٨) من قانون المؤسسةالعاملة للتنمية الزراعية رقم ١١٢ لسنة١٩٧٢ على أنه "لمجلس ادارة المؤسسة بموافقة ثلثي كامل اعضائه إن يخول صلاحياته الى كبار الى كبار موظفي المؤسسة او المدراء العامين للمنشآت التابعة لها والدوائر كل فيما له علاقة بوظيفته" الوقائع العراقية، العدد ٢١٨٨ السنة ١٥، ٣/ ١٠/ ١٩٧٢.

وعندما يقوم المشرع بفرض هذا الالتزام على جهة الادارة فإن هناك بعض الاعتبارات الفنية او الاقتصادية أو الاجتماعية تدفعه الى فرضه وذلك لتلافي المخاطر الفنية التي قد تقع بها الادارة عند ابرامها لبعض العقود، أو لتلافي المخاطر القانونية او لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على الصرف (١) .

وتقدم الاستشارات الفنية السابقة في العراق الى الدوائر المعنية من قبل المركز القومي للاستشارات الهندسية والمعمارية ، (٢) وذلك بعد ان يتم مفاتحة المركز رسمياً من قبل إحدى مؤسسات الدولة للقيام بأعداد التصاميم والمواصفات لاحد المشاريع وبيان ما اذا كانت هناك صعوبات او مخاطر فنية تواجه تنفيذ المشروع (٣) .

والاستشارات السابقة لها اهمية كبيرة اذ انها تمكن الجهة الادارية المعنية قبل الشروع بأبرام العقد من التأكد من الجهات المختصة فيما اذا كانت هناك ايه اعتبارات اومخاطر فنية او اقتصادية تترتب على ابرام العقد . (٤)

والقاعدة ان الاستشارات السابقة على التعاقد تكون على نوعين من حيث قوتها الملزمة(٥) فهي أما أن تكون غير ملزمة اي على سبيل الاستئناس بالرأي وهذا هو الاصل في كل حالة لاينص فيها المشرع على غير ذلك. او ان تكون ملزمة وذلك في حالة ما اذا جعل المشرع الاستشارة السابقة على التعاقد ملزمة للادارة . وعليه فإن الاستشارة في هذه

---

(١) انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي- الاسس العامة في العقود الادارية المرجع السابق ص٣٤٣.

(٢) قانون المركز القومي للاستشارات الهندسية والمعمارية رقم (١٧(لسنة ١٩٧٢ الوقائع العراقية ،العدد ٢٠١٧ السنة ١٤ في ١٣/ ٣/ ١٩٧٢

(٣) مقابلة شخصية مع د. مألوف محمود الحلبي - رئيس دائرة الانشاءات في المركز القومي للاستشارات الهندسية والمعمارية- في ١٩/ ١٢/ ١٩٨٣

(٤) انظر الدكتور الطماوي- الاسس العامة في العقود الادارية -المرجع السابق ص٣٤٧ وأنظر أيضاً الدكتور ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية مصدر سابق ص١٤٣ وانظر الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في النظام الاشتراكي ،مصدر . سابق ص٣٧٠.

(٥) انظر الدكتور الفياض ، مصدر سابق ص١٤٣ وأنظر الدكتور الطماوي= الاسس العامة في العقود الادارية- مصدر سابق ص٣٤٧.

الحالة لايمكن اعتبارها من قبيل الاستشارات السابقة التي تقوم بها الادارة ، وانما من قبيل الموافقة المسبقة على التعاقد والتي بدونها يكون العقد الذي ابرمته الادارة باطلا . (١)

(١) تنص المادة(١٣٧/ ١/ ٢/ ٣ من ق.م.ع .رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ان العقد الباطل ١-هو مالا يصلح اصلا بأعتباره ذاته أو وصفاً بأعتبار بعض أو صافهالخارجية . ٢-ويكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الا يجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون غير مشروع ٣- ويكون باطلا اذا اختفت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون غير مستوف للشكل الذي فرضته القانون" .

المراجع

١ ــ د. ابراهيم طه الفياض ــ العقود الادارية ، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن ،شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٤.

٢ ــ د. حسن علي ذنون النظرية العامة للالتزامات ــدار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٦

٣ ــ د. رياض عبد عيسى الزهيري ــ العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي ــ رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ــ كلية القانون والسياسة ــ تشرين الأول ١٩٧٩.

٤ ــ د. سعد العلوش ــ نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي ــ مطبعة دار النهضة العربية. ١٩٦٨

٥ ــ د. سليمان محمد الطماوي ــ الاسس العامة في العقود الادارية ــ ط٣، دار الفكر العربي. ١٩٧٥

٦ ــ د. عبد المجيد الحكيم ــ الموجز في شرح القانون المدني ــ الجزء الاول، ط٥ مطبعة نديم ــ بغداد

٧ ــ د. غني حسون طه ــ الوجيز في النظرية العامة للالتزام ــ الكتاب الأول، مصادر. الالتزام، مطبعة المعارف ــ بغداد ــ ١٩٧١

٨ ــ د. محمد حلمي مراد ــ مالية الدولة ــ مطبعة نهضة مصر ــ ١٩٦٤

٩ ــ د. محمود حلمي ــ العقد الاداري ــ دار الفكر العربي الحديث ــ ١٩٧٤

قوانين

١ ــ قانون أصول المحاسبات العامة رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠

٢ ــ قانون خطة التنمية القومية رقم ٨٩لسنة ١٩٧٧

٣ ــ قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم ١٥٧ لسنة ١٩٧٣.

٤ ــ قانون الحزب القائد رقم ١٤٢ لسنة ١٩٧٤ .

٥ ــ قانون المؤسسة العامة للتنمية الزراعية رقم ١١٢ لسنة ١٩٧٢

٦ ــ نظام وزارة النقل رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦.