



**التنظيم القانوني للمحكمة الإدارية للعقود العامة
(دراسة تأصيلية في قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤
والتعليمات النافذة))
بحث مقدم من قبل
أ.م.د ضياء عبد الله عبود الجابر
م.م علاء إبراهيم محمود الحسيني
كلية القانون/ جامعة كربلاء**

الخلاصة :-

ناقش البحث التنظيم القانوني لمحكمة العقود العامة من الناحية الدستورية والقانونية والمنطقية وتناول البحث تشكيل المحكمة وتكييفها القانوني وهل ترقى إلى وصف محكمة كما سماها المشرع بالقانون (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ام إنها مجرد لجنة حكومية ذات اختصاص قضائي ثم ما جدوى إيجاد محكمة أو لجنة حكومية لتختص بمرحلة إبرام العقد فقط وإهمال بقية مراحل العقد وما يمكن ان يشوبها من إشكالات ومشاكل تتعلق بحقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة وما يمكن ان يطرأ على حياة العقد من ظروف قاهرة أو صعوبات لم يتوقعها الطرفان عند إبرام العقد ولذا توصي الدراسة بإعادة النظر بقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ .
الكلمات المفتاحية: التنظيم، القانون، المحكمة، الإدارية، العقود العامة، التكييف

Abstract:-

Discuss Search legal regulation of the court of public contracts in terms of constitutional, legal and logical and touched on the formation of the court and their legal Is it live up to the description of court as he called legislator Law (87) for the year 2004 and instructions issued by the Ministry of Planning No. (1) for the year 2008 or is it just a government committee with jurisdiction court then what avail to find a court or a government committee for specialized phase of the contract only and neglect the rest of the stages of the contract and can be marred by problematic and problems relating to the rights and obligations of the contractor with the administration and what could happen to the life of the contract of force majeure or difficulties did not expect the two parties at the conclusion of the contract and therefore the study recommends reconsidering the law of the State Council No. 65 of 1979.

The keywords: Regulation, law, court, administrative, public contracts, Conditioners



المقدمة :-

مما لا شك فيه ان من أهم ضمانات الدولة القانونية استقلال القضاء وكفالة حق التقاضي للجميع وجواز مخاصمة الإدارة والطعن بأعمالها القانونية والمادية أمام القضاء الإداري المختص وهي مبادئ حرص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على كفالتها والنص عليها مباشرة فاتحاً الباب أمام السلطة التشريعية لترجم الجواز الدستوري الى قوانين على ارض الواقع .

بيد أن المتنبع للنظام القانوني العراقي يجد إن القضاء الإداري عموماً في العراق لا يزال يراوح مكانه ويشكو الإهمال التشريعي تارة وعدم الثقة من ممثلي الشعب تارة أخرى لذا دأب المشرع في الكثير من القوانين على إنشاء هيئات إدارية أو شبه قضائية ليمنحها سلطة الفصل المنازعات الإدارية أو يمكن القضاء المدني من ذلك ولا أدل على ذلك من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ قانون العقود العامة الذي أنشأ بالقسم (٢/ثانياً) محكمة سميت بالإدارية لحل المنازعات الناشئة عن مرحلة التعاقد واقتران الإرادات وقبل الدخول في مرحلة التنفيذ .

وبالنظر لأهمية اختصاص المحكمة وخطورته اخترنا التنظيم القانوني للمحكمة لنضعه في الميزان وتحت مجهر الدراسة والتحليل لما أثاره ويثيره تنظيمها من تساؤلات وبالأخص بعد نفاذ دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ولذا سنتناول عن مدى دستورية هذه المحكمة أولاً؟ ثم عن التكييف القانوني لها فهل تعد محكمة بمعنى الكلمة أم هي مجرد لجنة حكومية ذات اختصاصات قضائية ؟ وما مدى الضمانات التي كفلتها المحكمة للمتخاصمين؟ وأخيراً هل كان المشرع على مستوى الأمر (٨٧) أو التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ موفقاً في ما أورده من أحكام ؟

ولعل من يتساءل ما جدوى وجود محكمة إدارية لتختص بمرحلة من مراحل العقد الإداري وترك باقي مراحل حياة العقد من اختصاص جهات قضائية أخرى كمحكمة البداية بدل ان يعدل قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وإعادة الحق لأهله بان نعهد لمحكمة القضاء الإداري صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر كل المنازعات الإدارية وعلى رأسها كل ما يتعلق بالعقد الإداري منذ مرحلة الإعلان عن المناقصة وحتى انتهاء العقد بجميع أثاره وهو ما يتفق مع أحكام المادة (١٠١) من الدستور التي قضت بتأسيس مجلس دولة يختص بالقضاء الإداري والصياغة القانونية... الخ.

أهمية الدراسة مستقاة من الواقع التشريعي والعملي فالأول يحتم على جميع أفراد الأسرة القانونية تحليل النصوص القانونية وتبيان الضمانات الحقيقية الخصوم في الدعاوى في نطاق النظام القضائي العراقي ومن الجانب الآخر الواقع العملي وما نشهده من مشاكل جمة في الميدان العملي الخاص بالعقود العامة وما رافقها من كبوات وما شابها من شبهات الفساد أو محاولة الإفساد وهدر المال العام لتأخير عجلة اعمار البلد وتقديم الخدمات الحقيقية للمواطن

منهج الدراسة هو المنهج التحليلي للنصوص القانونية ومحاولة الوقوف على مدى ملائمتها للوضع العام في البلد ومدى استجابتها للحاجات الحقيقية للنظام القانوني للعقود واختصاراً للتسمية التشريعية سنعتمد في دراستنا تسمية (محكمة العقود العامة) بدل (المحكمة الادارية للعقود العامة) .

خطة الدراسة ستقسم على مبحثين وكالاتي :-

المبحث الأول / ماهية محكمة العقود العامة .

المطلب الأول / التعريف بمحكمة العقود العامة .

الفرع الأول / تشكيل المحكمة .

الفرع الثاني / اختصاص المحكمة وولايتها .

المطلب الثاني / التكييف القانوني لمحكمة العقود العامة .

الفرع الأول / الرأي الأول هي محكمة قضاء إداري .

الفرع الثاني / الرأي الثاني هي لجنة حكومية ذات اختصاص قضائي .



- المطلب الثالث/ ضمانات التقاضي أمام المحكمة .
- الفرع الأول /الإجراءات واجبة الإلتباع .
- الفرع الثاني /الطعن بأحكام المحكمة .
- المبحث الثاني /حدود سلطة المشرع في تنظيم محكمة العقود العامة .
- المطلب الأول /مبدأ الاختصاص التشريعي بتنظيم القضاء الإداري .
- الفرع الأول /مفهوم مبدأ الاختصاص التشريعي .
- الفرع الثاني / ضمانات استقلال محكمة العقود العامة في مواجهة السلطة التنفيذية .
- المطلب الثاني /ضمانات حيادية واستقلال محكمة العقود العامة .
- الفرع الأول /مقومات حيادية وتجرد أعضاء المحكمة .
- الفرع الثاني / مخاصمة أعضاء المحكمة أو ردهم .
- المطلب الثالث / حصانة أعضاء المحكمة .
- الفرع الأول /الحصانة ضد العزل .
- الفرع الثاني / الحصانة الجنائية .

المبحث الأول/ ماهية محكمة العقود العامة

في هذا المبحث سنتناول تحديد المقصود بمحكمة العقود العامة من حيث تشكيلها واختصاصاتها واهم الضمانات المقررة للتقاضي أمام هذه المحكمة .

المطلب الأول/ التعريف بمحكمة العقود العامة

هذه المحكمة لم يكن لها وجود فعلي في العراق قبل عام ٢٠٠٤ ولكنها ظهرت للعلن ولأول مرة في قانون العقود العامة الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة وتشكلت بموجبه وقد أسهمت التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط في رسم هيكلها وهو ما سنوضحه في الآتي :

الفرع الأول/ تشكيل محكمة العقود العامة

لقد نص على تشكيل المحكمة قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (٢/ثانياً) الذي قضى بان من المؤسسات التي سوف تنشأ... ((وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة إدارية مستقلة تكون مختصة بالشكاوى والمنازعات الناتجة او تتعلق بمنح العقود العامة من قبل الحكومة)) ثم صدرت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧^(١) ، فنصت المادة ((٨/أولاً / يشكل بقرار من وزير التخطيط والتعاون الانمائي محكمة إدارية تختص بالعقود الحكومية برئاسة قاضي ينسب من مجلس القضاء الأعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين ومقرر للمحكمة بعنوان ملاحظ في الأقل (...)) ونلاحظ ان المحكمة تشكل بقرار إداري يصدر عن وزير التخطيط وهو ما يشكل ولا شك مخالفة دستورية لدستور ٢٠٠٥ فالمادة (٤٧) من دستور العراق تنص على ((تتكون السلطات الاتحادية من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات)) ومن الواضح ان المراد بالفصل هنا الفصل العضوي والوظيفي وان كل من السلطات تجد تأصيلها بالدستور والقوانين المنظمة لعملها وتشكيلاتها وكيفية اكتساب عضويتها وكذلك المادة (٨٧) التي قضت بان السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون . وبعد ذلك صدرت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ونصت بالمادة (١٠/ثانياً-أ- تشكل في وزارة التخطيط والتعاون الانمائي بقرار من وزير التخطيط والتعاون الانمائي محكمة مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاضي ينسب مجلس القضاء الاعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط والتعاون الانمائي لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن كل من اتحاد المقاولين العراقيين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

ب- للمحكمة مقرر بعنوان (ملاحظ .)).
ومن استعراض النصين الواردين بتعليمات ٢٠٠٧-٢٠٠٨ نستنتج ان السيد الوزير بالتعليمات المتعاقبة غير من تشكيلة المحكمة وعلى النحو الآتي :- في تعليمات ٢٠٠٧ تشكيل المحكمة ثلاثي قاضي ينسبه مجلس القضاء الأعلى وممثل عن وزارة التخطيط وممثل عن اتحاد المقاولين في حين تشكلت بتعليمات ٢٠٠٨ من قاضي ينسب من مجلس القضاء الأعلى ومدير عام من وزارة التخطيط وممثل عن اتحاد المقاولين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص بيد ان السؤال هل يقصد مصدر التعليمات ممثل عن المقاولين وممثل عن التجار ام ان كلاهما يمثلان بممثل واحد ؟ في الحالة الأولى سيكون تشكيل المحكمة رباعي وبالتالي سيصعب ان لم يستحيل اتخاذ القرارات في حالة تساوي الأصوات فالتعليمات لم تبين حالة تساوي الأصوات بل لم تبين ان قرارات المحكمة تتخذ بالإجماع ام بالاتفاق ام بالأكثرية وان كانت رباعية وتساوت الأصوات كان الأولى النص على ترجيح كفة من يصوت معه رئيس المحكمة اما ان كان يقصد ثلاثي أي ممثل واحد عن اتحاد الغرف التجارية والمقاولين فلم تبين التعليمات آلية اختياره أو انتخابه .

ويؤخذ على التشكيل ان التعليمات لم توضح حالة غياب احد الأعضاء أو أكثر وهل تنعقد الجلسة ام لا ولم تضع حلاً لحالة تعذر حضور احدهم فكان الأولى ان تضع ممثل آخر عن الوزارة وممثل إضافي عن اتحاد المقاولين والغرف التجارية بصفة احتياط يصار الى دعوتهم في حالة عجز أو تعذر حضور العضو الأصيل لاسيما والمحكمة ملزمة بإصدار قراراتها ضمن مدد قانونية محددة كما سوف نرى .

وأخيراً من يخالف من الأعضاء لم تبين التعليمات كيفية التعامل مع مخالفته فهل يشرح في القرار مخالفته ام يصار الى حفظها مع أوراق الدعوى وهذا نقص تشريعي واضح .

الفرع الثاني/ اختصاص وولاية المحكمة

لقد بين القسم (١٢) من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ اختصاص المحكمة بسماع دعاوى المناقصين في (١- الاعتراض على المناقصة :

أ- حق التقديم – لمقدم العطاء الذي يظن بانه ظلم في قرار التعهدات العامة الحكومية أو يعتقد بان أحكام المناقصة قيدت وبشكل غير عادل المنافسة الحرة والنزاهة وبأسلوب أبعد عن المنافسة غير لائقة له ان يقدم اعتراضاً لدى محكمة إدارية متخصصة مؤسسة استناداً لسلطة هذا الأمر .
أولاً / الطرف ذو المصلحة هو اما مقدم عطاء أو مناقص حالي أو محتمل له فرصة معقولة بكسب العقد والذي تتأثر مصالحه الاقتصادية بالفوز أو الاخفاق بالعقد .

ولقد نصت المادة (٨/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٧ على ((لمقدمي العطاءات الاعتراض لدى المحكمة على قرارات الإحالة الصادرة عن لجان تحليل العطاءات في دوائر الدولة خلال (١٥) خمسة عشر يوم من تاريخ صدور قرار الوزير المختص بموضوع الشكوى))، بينما بينت الفقرة (ثالثاً من المادة ١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ على ((لمقدمي العطاءات الاعتراض لدى المحكمة الادارية المشكلة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي المنصوص عليها في البند (ثالثاً) من هذه المادة على قرارات الإحالة الصادرة عن الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم خلال (٧) سبعة أيام عمل رسمي تبدأ من تاريخ قرار الوزير المختص أو رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بموضوع الشكوى))

ومن هذا النصين نستنتج ما يأتي :-

١- ان مدة الطعن عام ٢٠٠٧ هي (١٥) يوم وتقلصت الى (٧) أيام ٢٠٠٨ وهذا الاتجاه محل نظر لكون المناقص قد تفوته فرصة الطعن بسبب قصر مدة الطعن .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

٢- ان تعليمات ٢٠٠٨ كانت أكثر دقة من عام ٢٠٠٧ حيث نصت على ان الاعتراض يكون على قرار الإحالة الصادر من الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو الأقليم أو المحافظة من تاريخ قرار الوزير المختص بينما تعليمات ٢٠٠٧ بينت ان الاعتراض يبدأ من تأريخ صدور قرار الإحالة من لجان التحليل ولعل أي دارس قانون يعلم ان لجان التحليل ليست هي المختصة بالإحالة بل الوزير أو الرئيس الأعلى للجهة المتعاقدة وهذا عيب تشريعي أحسن المشرع حينما تجاوزه^(٧).

، ومما يحمد المشرع على تبنيه مدة (٧) أيام عمل رسمي فتخرج العطل التي تتخللها بيد إننا نؤخذ مشرع تعليمات عام ٢٠٠٨ بإيراد نص سبعة أيام عمل رسمي تبدأ من تأريخ قرار الوزير... الخ .

في حين قانون المرافعات المدني العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بالمادة (٢٥) ينص على (...ولا يدخل اليوم والساعة اللذان يكونان مبدأ للمدة في حسابها ..) ولذا ندعو الى تصويب المادة القانونية أعلاه ليكون نصها بالشكل الآتي ((...خلال (٧) سبعة أيام عمل رسمي تبدأ من اليوم التالي لتبلغ ذوي العلاقة بقرار الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة...))

فالمعلوم ان الاعتداد بالعلم لا بتأريخ صدور القرار الاداري فدائماً نحن نعتد بتأريخ علم ذوي الشأن بالقرار الاداري لا بتأريخ صدور القرار فالقرار غير المعلن أو غير المبلغ صحيح ونافذ ولكنه لا يمكن الاحتجاج به تجاه الأفراد الذين لهم مصلحة في الطعن ضده^(٣).

اما عن ولاية المحكمة فلقد بين الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ بالقسم (١٢/ثانياً/للمحكمة ان تصدر قرارها حول الاعتراض في اقرب وقت ممكن ويجوز لها...إلغاء العقد الممنوح وإعادة متطلبات تقديم المناقصة المستلمة مقابل الإيفاء أو اتخاذ إجراءات ضرورية انسجماً مع هذا الأمر وأنظمة التنفيذ المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر ، ولقد اتفقت تعليمات عامي ٢٠٠٧ (م ٨/أولاً) - ٢٠٠٨ (م ١٠/رابعاً) على ان المحكمة تصدر قرارها بموضوع الشكوى أو الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز (١٢٠) يوم تبدأ من تأريخ دفع الرسم القانوني (من تأريخ تسجيل الشكوى لدى المحكمة وفق تعليمات ٢٠٠٧ وهو اتجاه منتقد لأن قانون المرافعات المدنية العراقي يقول بالمادة ٢/٤٨ تعتبر الدعوى مقامه من تأريخ دفع الرسوم القضائية أو من تأريخ صدور قرار القاضي بالإعفاء من الرسوم القضائية أو تأجيلها))

وتمارس المحكمة وفق (م ١٠/سادساً / من تعليمات ٢٠٠٨) المهام الموكلة لها في الأمر (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة وتستترشد المحكمة بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في كل ما لم يرد به نص في هذه التعليمات أو الضوابط الصادرة عن دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي ما يعني ان ولاية المحكمة هي (إلغاء القرار الاداري الصادر عن الوزير أو رئيس الجهة التعاقدية كرئيس الأقليم أو المحافظ أو المدير العام للدائرة أو الجهة الحكومية وهذا مستنتج من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ بنصه (لها إلغاء العقد وإعادة اجراء المناقصة...)) وهذا بحد ذاته يمثل اتجاهاً تشريعياً غريباً غاية الغرابة فالمعروف ان الطعن بالقرارات الادارية المتعلقة بعملية مركبة مثل عملية التعاقد يعرف في فقه القانون الاداري بالطعن ضد القرارات الادارية المنفصلة فالعقد الاداري عملية مركبة يمر بمراحل وإجراءات معقدة ومطولة تبدأ بإعلان المناقصة وتنتهي بقرار الإحالة فقد يبرم العقد الاداري دون حصول الادارة المتعاقدة على إذن بإبرامه من جهة أعلى منها أو من جهة وصائية أو لم تحترم الادارة الأشكال التي حددها المشرع أو إساءة استعمال السلطة وأحالت العقد على مقل أو شركة غير كفوءة أو شاب أرادة ممثل الادارة عيب من عيوب الرضا وهو ما اجمع الفقه على أباحة الطعن ضد هذه القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية^(٤) ، فكان الأولى بالمشرع بدل ان يحيل محكمة العقود العامة الى قانون المرافعات مباشرة ان يحيلها الى قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المادة (٧/ثانياً) التي بينت اختصاصات وإجراءات وولاية محكمة القضاء الاداري ضد القرار الاداري غير المشروع فقد بينت ان سبب الطعن (م ٧/ثانياً/د- تنص محكمة القضاء الاداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات من



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون...بناءً على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هنالك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن، هـ-ويعتبر من أسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي :

- ١- ان يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات
- ٢- ان يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيباً في شكله .
- ٣- ان يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو في تفسيرها أو فيه إساءة استعمال السلطة أو تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات والأوامر التي يجوز الطعن فيها رفض أو امتناع الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً

ط- تبنت المحكمة في الطعن المقدم إليها ولها ان تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي ويكون قرارها قابلاً للطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال (٣٠) يوم من تأريخ التبليغ به أو اعتباره مبلغاً ، في حين قانون المرافعات لا يتضمن مثل هذه التفاصيل الدقيقة فالمادة (١٥٦) تنص على انه إذا تهيأت الدعوى لإصدار الحكم تقرر المحكمة ختام المرافعة ثم تصدر حكمها في اليوم ذاته أو تحدد للنطق به موعداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوم من تأريخ تفهيم ختام المرافعة .

لذا ندعو البرلمان العراقي والسيد الوزير لإعادة النظر بالقانون وبالتعليمات وإنطة سلطة البت بكل ما يتعلق بالعقد الاداري قبل إبرامه أو بعد إبرامه بمحكمة القضاء الاداري المختصة أصلاً بجميع ما يتعلق بالقرارات الإدارية .

وقد نص الأمر (٨٧) بالقسم (١٢/ثانياً) للمحكمة ان تصدر قرارها حول الاعتراض في اقرب وقت ممكن ويجوز لها من بين الأشياء المناسبة الأخرى ان تدير صلاحية التعاقد باتخاذ الإجراء الصحيح على سبيل المثال ليس الحصر الغاء العقد الممنوح وإعادة متطلبات وتقييم المناقصات المستلمة مقابل الإبقاء أو اتخاذ إجراءات ضرورية انسجاماً مع هذا الأمر وأنظمة التنفيذ المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر ((وفي هذا القسم نلاحظ ان من بين سلطات المحكمة (ان تدير صلاحية التعاقد باتخاذ الاجراء الصحيح) وفي هذا المقطع نلاحظ إرباك بالصياغة أولاً ومخالفة منطقية ثانياً فربما كان المشرع يقصد ان المحكمة تستطيع ان (تأمر الادارة المتعاقدة باتجاه الاجراء الصحيح) ومن جهة منطقية نلاحظ ان الفقه الاداري يجمع ان من أولى أولويات مبدأ الفصل بين السلطات عدم توجيه أوامر من القاضي الى الادارة ففيه خروج عن مهمة القضاء الرئيسية بالفصل بين المنازعات وخروج عن مهمة القضاء الاداري الذي من أهم واجباته تقرير مدى مشروعية من عدم مشروعية أعمال الادارة ولا يصل في ولايته الى توجيه أوامر للادارة^(٥) .

ثم يقول القسم (١٢) في البند ثانياً /ب- ما بعد تقديم الاعتراض -بعد انتهاء المناقصة وتقديم الاعتراض على الوحدة أو الوكالة الحكومية صاحبة المناقصة ان تأمر المقاول الذي رست عليه إيقاف المشروع بالعقد فوراً) وفي هذه الفقرة لنا ملاحظتين لغوية ومنطقية نفترض ان قصد المشرع لغوياً كان القول (...ان تأمر المقاول الذي رست عليه المناقصة إيقاف المشروع بالعقد فوراً) اما منطقياً وقانونياً فنجد ان هذا الأمر يتداخل بين سلطات الادارة المتعاقدة وسلطات القضاء الاداري فمن المعلوم ان الادارة في إطار العقد الاداري تملك سلطات واسعة من رقابة وإشراف وأمر تعديل العقد وفرض الجزاءات اما الطلب بوقف العمل لم نلاحظ احد الفقهاء الإداريين يشير الى انه من السلطات المحتملة للإدارة فالفقه والقضاء الاداري ارجع سلطات الادارة تجاه المتعاقد معها الى ثلاثة أو أربع وهي الآتي :-

- حقها في الرقابة والإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد .
- حقها في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة .
- حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته (مالية/ ضاغطة/ فاسخة)



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

➤ حقها في إنهاء العقد دون ان ينسب للمتعاقد معها خطأ لضرورات المصلحة العامة^(٦) .
ويبدو المشرع كان يريد ان يشير الى سلطة القضاء الاداري بوقف تنفيذ القرار الاداري الذي رست المناقصة بموجبه وصدر أمر للمقاول أو المتعاقد بالعمل لكن ان تمثينا مع هذا الرأي سنصطدم بحائط هو ان هذا الأمر يصدر عن القضاء الاداري للإدارة بعد توافر ثلاثة شروط وهي
١- ان يطلبه رافع الدعوى في عريضة الدعوى صراحة .

٢- وجود أسباب جدية لطلب وقف تنفيذ القرار كان يكون عيب عدم المشروعية واضحاً للعيان .
٣- توافر شرط الاستعجال كمنع مريض مشرف على الموت من السفر أو منع طالب دخول الامتحان فالأصل ان الإدارة تمضي في تنفيذ قراراتها الادارية حتى لو رفعت دعوى الالغاء ضدها الا ان المشرع الفرنسي في قانون مجلس الدولة الصادر عام ١٩٤٥ بالمادة (٤٨) والمشرع المصري بقانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بالمادة (٤٩) أجاز وقف تنفيذ القرار بقوله لا يترتب على رفع الطلب الى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على انه يجوز للمحكمة ان تأمر بوقف تنفيذه اذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة ان نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها ...^(٧)

وهو أمر لم ينظمه المشرع العراقي في قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ اما الاتجاه الى ان رفع دعوى أمام محكمة القضاء الاداري المختصة بالعقود العامة يؤدي الى ان تأمر الإدارة بوقف تنفيذ العقد فهو اتجاه جديد لم نجد له تطبيقاً ولا تسويغاً منطقياً بل وتعطيلاً لمصالح الدولة واتجهاً تشريعياً غير محمود .

ثم عاد المشرع بالفقرة التالية ليقول ((أولاً/ وان وجد الوزير أو الموظف الأقدم المسؤول عن التعاقد ضمن الوحدة أو الوكالة الحكومية صاحبة المناقصة بان متطلبات العقد مستوفية الشروط وتشكل أهمية بالنسبة للمصلحة العامة وان إلغاء العمل يلحق ضرراً كبيراً بالمصلحة العامة يجوز لهما ومن خلال تقرير خطي عن هذا الضرر غير المبرر وبعد تبليغ المحكمة ان يصدر أمراً الى الوحدة أو الوكالة الحكومية بإخطار المقاول بالمباشرة بالعقد .

ثانياً/ وبهذا التقرير الخطي يأخذ الوزير أو الموظف بالحسبان إمكانية نجاح الاعتراض))
ولنا على هذا النص ملاحظة لقول المشرع (وان إلغاء العمل يلحق ضرراً كبيراً بالمصلحة العامة) في حين بالفقرة السابقة استخدم مصطلح (وقف) فما ندري أيقصد بالوقف الالغاء وهل أصبحا كمصطلحين مترادفين ام ماذا ؟ ويقول المشرع (بعد تبليغ المحكمة ان يصدر أمراً الى الوحدة) هذا يعني ان المحكمة لا تملك إصدار أمر بوقف تنفيذ العقد الاداري ان طلبه رافع الدعوى في عريضتها (ت/نتائج قبول الاعتراض /إذا وافقت المحكمة على قبول الاعتراض وحكمت لصالح المناقص أو المعتراض أو أمرت الوكالة صاحبة التعاقد باتخاذ الإجراء الصحيح والمنسجم مع هذا الأمر والأنظمة المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر **فللوحدة أو الوكالة الحكومية** ان تلغي العقد فوراً مع المقاول الأول الذي رست إليه طبقاً للقسم ١١ من هذا الأمر حول إلغاء العقد لمصلحة الحكومة إذا لم يكن هذا المقاول مختاراً للقرار الذي تصدره المحكمة بخصوص إتباع الإجراءات الصحيحة على ان يكون للمقاول بعض الحقوق على الحكومة وكما مفصل أدناه في البند الفرعي (٢) أدناه)

وهذا النص التشريعي في غاية الغرابة فان وافقت المحكمة على قبول الاعتراض وحكمت لصالح المناقص المعتراض أو أمرت الوكالة صاحبة التعاقد باتخاذ الإجراء الصحيح والمنسجم مع هذا الأمر أو الأنظمة المنصوص عليها بموجب سلطة هذا الأمر .

والواقع ان سلطة القضاء الاداري كما هو معلوم في جميع الأنظمة هي اما إلغاء القرار الاداري أو عدم إلغائه أو الأمر بالتعويض ان كان له مقتضى^(٨)

ثم يأتي دور السلطة التنفيذية بإصدار قرار اداري لتنفيذ الحكم القضائي باثر رجعي لما لحكم الالغاء من اثر رجعي الى تأريخ صدور القرار الأول غير المشروع بيد ان المشرع أكد بان أمر المحكمة للوكالة صاحبة التعاقد باتخاذ الإجراء الصحيح المنسجم مع هذا الأمر والأنظمة وهذا الأمر الا يكون بصيغة



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

إلغاء قرارها الأول غير المشروع وبأثر رجعي ما يلزمها إصدار قرار آخر صحيح ومشروع بمراعاة القانون والأنظمة والتعليمات ثم أُرْدِفَ المشروع القول (فللوحدة أو الوكالة -بعد صدور قرار المحكمة - ان تلغي العقد فوراً مع المقال الأول الذي رست عليه طبقاً للقسم ١١ من هذا الأمر حول إلغاء العقد لمصلحة الحكومة اذا لم يكن هذا المقال مختاراً للقرار الذي تصدره المحكمة بخصوص إتباع الإجراءات الصحيحة على ان يكون للمقال بعض الحقوق على الحكومة وكما هو مفصل أدناه في البند الفرعي (٢) أدناه ويؤخذ على هذا النص قوله :

١- فللوحدة أو الوكالة ان تلغي : معناه لها سلطة تقديرية ان تلغي أو لا تلغي وتضرب حكم المحكمة عرض الجدار فقول المشرع للوحدة أي سلطة تقديرية وهذا أمر غاية الخطورة ودليل على ان هذه المحكمة ينظر إليها أو يراد منها ان تكون لجنة حكومية ولا يراد لها ان تكون محكمة بمعنى الكلمة .

٢- اذا لم يكن هذا المقال مختاراً للقرار الذي تصدره المحكمة بخصوص أتباع الإجراءات الصحيحة ومتى كان للخصوم بالدعاوى ان يختاروا ما يشاءون من أحكام أو يفرضون آراءهم على المحكمة أو لهم مخالفة ما قضت به؟

المطلب الثاني/ ضمانات التقاضي أمام المحكمة

سنتناول بالبحث والدراسة أهم الضمانات المقررة للتقاضي أمام المحكمة بدءاً بتبيان الإجراءات المتبعة أمام المحكمة في تحريك الدعوى والسير بإجراءاتها والقوانين واجبة الأتباع والطعن بأحكامها مبينين أسلوب الطعن وجهة نظره ومدة تحريكه وكالاتي :-

الفرع الأول/ الإجراءات المتبعة أمام محكمة العقود العامة

جرى نص المادة (١٠/ثانياً- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على ان لمقدمي العطاءات الاعتراض لدى المحكمة الإدارية المشكلة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي المنصوص عليها في البند ثانياً من هذه المادة على قرارات الإحالة الصادرة عن الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم خلال (٧) أيام عمل رسمي تبدأ من تأريخ قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة بإقليم بموضوع الشكوى.

رابعاً/ تصدر المحكمة قرارها بموضوع الشكوى أو الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز (١٢٠) يوم تبدأ من تأريخ دفع الرسم .

سادساً/ تمارس المحكمة المهام الموكلة إليها في الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة وتسترشد المحكمة بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في كل مالم يرد به نص في هذه التعليمات والضوابط الصادرة عن دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط)

لذا كان لزاماً علينا العودة إلى قانون المرافعات وفق الآتي :-

أولاً// صحيفة الدعوى : أورد المشرع العراقي في قانون المرافعات بالمادة (٤٤/١- كل دعوى يجب ان تقام بعريضة) وتنص المادة (٤٦/١) يجب ان تشتمل عريضة الدعوى على البيانات الآتية :

- ١- اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها وهي (المحكمة الإدارية للعقود العامة) .
- ٢- تأريخ تحرير العريضة .
- ٣- اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته والمدعى عليه هو وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة أو إقليم أو محافظة وبالتالي يجب تحديدها بدقة كان محافظة كربلاء .
- ٤- بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ .
- ٥- بيان موضوع الدعوى أي المناقصة محل المنازعة ببيان رقمها وتاريخها والجهة التي تقف وراءها .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

٦- وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيده ، ففيما يتعلق بالوقائع يذكر المخالفة المرتكبة من الجهة الإدارية وأدلة ذلك وطلباته بإلغاء قرار الإحالة على احد المناقصين وإتباع الإجراءات الصحيحة والقانونية .

٧- توقيع المدعي أو وكيله مفوضاً بسند مصدق عليه من جهة مختصة (أي وكالة مصدقة من كاتب العدل) .

المادة (٤٧) تملي على المدعي عند تقديم عريضة دعواه ان يرفق بها نسخاً بقدر المدعى عليهم وقائمة بالمستندات التي يستند عليها مرفقاً بها صوراً من هذه المستندات ويجب عليه ان يوقع هو أو وكيله على كل ورقة مع إقراره بمطابقتها للأصل ، والفقرة (٢) من ذات المادة تقضي بان لا تقبل عريضة الدعوى إذا لم ترفق بها المستندات والصور المنصوص عليها بالفقرة (١) من هذه المادة الا اذا كانت الدعوى من الدعاوى التي يجب إقامتها خلال مدة معينة وكانت هذه المدة على وشك الانتهاء ((ودعاوى المناقصين أمام المحكمة من هذا النوع فعليهم إقامة الدعوى خلال ١٧ ايام عمل رسمي تبدأ من تأريخ قرار الوزير المختص ..)) وفي الفقرة (٣) ينص القانون على انه لا يجوز تعيين يوم النظر في الدعوى المشمولة بالفقرة (٢) من هذه المادة الا بعد تقديم المستندات والصور في حالة عدم تقديمها خلال ثلاثة أشهر من تأريخ دفع الرسم تعتبر عريضة الدعوى مبطله بحكم القانون .

المادة (٤٨) يؤشر على العريضة من قبل قاضي المحكمة (أي رئيس محكمة العقود العامة) ويحدد موعد لنظر الدعوى بعد ان يستوفي المعاون القضائي (مقرر المحكمة الذي يحمل عنوان ملاحظ) الرسوم القضائية ويسجلها في نفس اليوم بالسجل الخاص وفقاً لأسبقية تقديمها ويوضع عليها ختم المحكمة وتاريخ التسجيل ويعطى المدعي وصلاً موقعاً عليه من المعاون القضائي بتسليم عريضة الدعوى مع مرفقاتها يبين رقم الدعوى وتاريخ تسجيلها وتاريخ الجلسة ...٢- وتعتبر الدعوى مقامة من تأريخ دفع الرسوم القضائية أو من تأريخ صدور قرار القاضي بالإعفاء من الرسوم القضائية أو تأجيلها ، ومن دراسة الإجراءات العامة لرفع دعوى الإلغاء نلاحظ الآتي :-

أولاً// اشتراط محامي :- قانون العقود العامة والتعليمات لم تشترط وساطة محامي بل أجازت ذلك .
ثانياً// كتابة الإجراءات :- قانون المرافعات اشترط ان تكون العريضة مكتوبة وجل الإجراءات التي تتبعها المحكمة كتابية .

ثالثاً// الرسوم القضائية :- جرى العمل في فرنسا على إعفاء دعاوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري من دفع الرسوم القضائية عكس ما متبع اليوم عندنا بالعراق .

رابعاً// تحضير الدعوى :- ان تم إيداع عريضة الدعوى تقوم المحكمة بأجراء التبليغات القانونية وبالخصوص للجهة الإدارية الملزمة بأعداد لائحة جوابية على طعن المناقص هذه الجهة بموظف حقوقي يحمل توكيل رسمي من الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وللمحكمة ان تطلب أوراقاً من الجهة الإدارية أو توضيحاً عن عمل معين صادر عنها ولها ان تتخذ أي إجراء أو قرار تمهيدي مناسب تراه في الدعوى سواء عند تقديمها أو أثناء مباشرة إجراءاتها وأخيراً تعلن غلق باب المرافعة عندما تكون مهياً والأدلة أمامها كاملة للنطق بالحكم^(٩)

الفرع الثاني/ الطعن بإحكام المحكمة

نصت المادة (١٠/خامساً- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ٢٠٠٨ على ((تكون قرارات المحكمة بآته عند عدم الطعن تمييزاً لدى محكمة الاستئناف المختصة خلال (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتأريخ التبليغ بالقرار ، في حين نصت الفقرة (رابعاً من المادة ٨) من تعليمات ٢٠٠٧ على ان يكون قرارات المحكمة قابلة للاستئناف لدى محكمة استئناف منطقة بغداد / الكرخ بصفتها التمييزية) ونرى ان كلا النصين قد شابه الخلل وكالاتي :-

نص ٢٠٠٨ يطعن تمييزاً لدى محكمة الاستئناف المختصة ولم يبين ما المقصود بالمختصة هل يقصد كل محاكم الاستئناف في العراق ؟ ولم يذكر بصفتها التمييزية خلال مدة (٣٠) يوماً من اليوم التالي



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

لتأريخ التبليغ بالقرار وهو أمر أحسن المشرع حينما حدده بمدة معينة تبدأ من اليوم التالي ونص عام ٢٠٠٧ لم يبين مدة للطعن بإحكام المحكمة وترك الأمر مفتوح بلا مدة وحد أقصى بيد ان مما يحسب للتعليمات انها حددت محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية ، وسنبحث في الطعن تمييزاً بإحكام محكمة العقود العامة بعض المسائل المهمة وكالاتي :-

أولاً// أسباب الطعن تمييزاً أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية .
بما ان التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ نصت على (م ١٠ / سادساً... وتسترشد المحكمة بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فيما لم يرد به نص في هذه التعليمات والضوابط الصادرة عن دائرة العقود العامة...).

ما يعني ان محكمة الاستئناف ستمارس صفتها التمييزية وفقاً لقانون المرافعات وحيث ان المادة (٢٠٣) / نصت على ان للخصوم ان يطعنوا تمييزاً ...

- ١- إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله .
- ٢- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص .
- ٣- إذا وقع في الإجراءات الأصولية التي اتبعت عند نظر الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم .
- ٤- إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات .

٥- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري .

إذن السبب الأول للطعن تمييزاً هو كون الحكم بني على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله والمقصود بالقانون هنا كل تشريع مهما كانت درجته سواء كان مقنناً أو عرفاً جرت العادة على إتباعه وكل الدارسين في حقل القانون الإداري يعلم القيمة الحقيقية للأعراف الإدارية والمبادئ القضائية في إنشاء مبادئ ونظريات القانون الإداري^(١٠)

أو يكون مرجع الطعن عيب الاختصاص سواء كان الاختصاص المكاني والمحكمة واحدة في العراق لذا نطاق اختصاصها المكاني يمتد ليشمل جميع أنحاء البلد أو الاختصاص الوظيفي أو النوعي فالاختصاص النوعي والوظيفي متعلق بالنظام العام ويمكن إثارته من أي مرحلة من مراحل الدعوى^(١١) ، أو يقع خطأ الإجراءات الأصولية فيما يتعلق مثلاً بحق الدفاع المكفول دستورياً بالمادة (١٩) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ أو ان المحكمة تهمل إجراء التحقيق من صحة عمل إحدى اللجان كلجنة تحليل العطاءات ، والفقرة الأخيرة بينت إمكانية وقوع خطأ جوهري بالحكم ومن تطبيقات ذلك :

- الخطأ في فهم الوقائع : فالمحكمة فهمت واقعة الدعوى وسارت فيها وفق هذا الفهم المخالف للأسانيد والأدلة .

- أو إغفال المحكمة الفصل في جهة من جهات الدعوى .

- الفصل في شئ لم يدعي به الخصوم .

- الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم .

- الحكم بخلاف ما هو ثابت في محاضر الدعوى .

- وجود تناقض في منطوق الحكم^(١٢) .

ثانياً// إجراءات الطعن تمييزاً :- بما ان الأمر (٨٧) والتعليمات لم يبين الإجراءات وأحالت لقانون المرافعات على ذلك تكون نصوص قانون المرافعات هي المعول عليها لتبيان الإجراءات فيجب ان يحرك الطعن من خلال رئيس المحكمة الادارية للعقود العامة الذي يقوم بالتأشير عليها ورفعها مباشرة لمحكمة الاستئناف بعد استيفاء الرسم أو يقوم الطاعن (م ٢٠٧) يرفع طعنه مباشرة الى محكمة الاستئناف .

ويجب ملاحظة ان الطعن يكون بعريضة (م ٢٠٥) تحتوي على مجموعة بيانات تمثل أسماء الخصوم وشهرتهم ومحل إقامتهم والمحل المختار للتبليغ .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

ثالثاً// مدة الطعن تمييزاً :- نصت المادة (١٠/خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على ان تكون قرارات المحكمة بآته عند عدم الطعن تمييزاً لدى محكمة الاستئناف المختصة خلال (٣٠) يوم من اليوم التالي لتأريخ التبليغ بالقرار أذن مدة الطعن (٣٠) يوم .
رابعاً// ولاية محكمة الاستئناف :- لم تبين التعليمات ذلك وبالرجوع للقواعد العامة في قانون المرافعات نجد المادة (٢١٠) تنص على انه بعد إكمال التدقيقات التمييزية تصدر المحكمة المختصة بنظر الطعن قرارها على احد الوجوه الآتية :-

١- رد عريضة الطعن تمييزاً إذا كانت مقدمة بعد مضي مدة التمييز أو كانت خالية من الأسباب التي بني عليها الطعن .

٢- تصديق الحكم المميز إذا كان موافقاً للقانون وان شابه خطأ في الاجراءات غير مؤثر في صحة الحكم .

٣- نقض الحكم المميز إذا توفر سبب من الأسباب الواردة بالمادة ٢٠٣ أعلاه (١٣)
ولو تساءلنا عن منطقية الطعن تمييزاً بإحكام المحكمة المختصة بالعقود العامة أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ؟ لكان الجواب انه منهج تشريعي معيب فكان الأولى ان يكون الطعن أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بوصفها الجهة المختصة منطقياً وقانونياً بنظر أحكام المحاكم الادارية فهي بمثابة محكمة تمييز أخذاً بنظر الاعتبار ما تمتاز به الهيئة من تجربة وخبرة وقضاة ومستشارين أكفاء لديهم خبرة طويلة بالعمل الاداري والقضائي والقانوني وبالخصوص بميدان القانون الاداري وهي وفق قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ بمختصة بالنظر بإحكام الجهات القضائية الادارية قبل ان يحدث المشرع العراقي كارثة قضائية بعد صدور الأمر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا .

ولو تساءلنا عن مدى الكمال التشريعي بالتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ لقلنا إنها شابهها نقص شديد واقتصاد مخل فلم يبين المشرع مدى إلزامية حكم المحكمة وهل عند ما يكتسب درجة البتات يكتسب الحجية المطلقة في مواجهة كافة ام لا وان إلزام دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط بمتابعة تنفيذ قرارات المحكمة بالتنسيق مع الجهات المعنية غير كاف فكان الأولى التذكير بالعقوبات الواردة في قانون العقوبات العراقي عند عدم احترام أوامر وأحكام القضاء (م٣٢٩) عقوبات عراقي وكذلك إلزام الجهات المعنية بإحالة الملف الى هيئة النزاهة وتفعيل دور مكتب المفتش العام بهذا الخصوص .

المطلب الثاني/ التكييف القانوني لمحكمة العقود العامة

في هذا المطلب سنركز الضوء على تكييفنا لمحكمة العقود العامة وهل تعد محكمة حقيقية كما تدل على ذلك تسميتها ام انها مجرد تسمية لا تتفق مع الجوهر ومع الحقيقة أي انها لجنة أو مجلس حكومي لها صلاحيات قضائية وفق الآتي :-

الفرع الأول/ الرأي الذي يؤكد انها محكمة إدارية

قد يدافع البعض عن المحكمة ويقول انها اسم على مسمى أي انها محكمة كأي محكمة أخرى أنشئت بموجب الأمر رقم ٨٧ والتعليمات رقم ١ وقد يستدلون على ذلك ببعض الحجج التي سيفترضها الباحث ويعرضها ويبين الرد عليها بذات الوقت :-

أ- ان الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ قانون العقود العامة سماها محكمة إدارية بالقسم (٢/ثانياً) ولذا قد يقول البعض نتعبد بالنص القانوني وكذلك التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي التي صدرت تنفيذاً للقانون أعلاه سمتها محكمة أيضاً بالمادة (١٠) .

بيد اننا يمكن ان نقول ان العبرة بالمعيار لا بالتسمية التشريعية فقد يسمي المشرع لجنة حكومية بالمحكمة لكنها لا تملك مقومات المحكمة وبالتالي لا يمكن الاستناد لهذه الحجة .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

ب- قد يدعي البعض انها تمارس سلطة قضائية بالفعل في المنازعات الادارية الناشئة عن مرحلة التفاوض والتعاقد الاداري أي قبل الدخول بمرحلة تنفيذ العقد .

وردنا على هذه الحجة ان التشريعات العراقية زاخرة باللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي فالمرجع العراقي جبل ومنذ أمد بعيد على إنشاء لجان ومجالس إدارية ذات اختصاص قضائي ومن أمثلة ذلك :

- قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ .
- قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ .
- قانون وزارة التربية رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ .

ولعل المشرع العراقي تنبه لذلك فعمد عام ٢٠٠٥ الى إصدار القانون رقم (١٧) الذي ألغى النصوص القانونية الواردة في قوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) المانعة من سماع الدعاوى أمام القضاء لكنه عاد ليقتل مبدأ الولاية العامة للقضاء على جميع المنازعات وعلى تحقيق الدولة القانونية التي تكفل حق الطعن القضائي فاستثنى هذا القانون نفسه قوانين (وزارة التعليم العالي والتربية والضرائب والتجاوز على أموال الدولة) بعد ذلك صدر الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ونص بالمادة (١٠٠) على حضر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من الطعن ما يعني إلغاء الاستثناء الذي أثبتته القانون رقم (١٧) الا ان المشرع العراقي من حيث يعلم أو لا يعلم خالف المادة (١٠٠) من الدستور بإصدار قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ ونص بالمادة (٢٠) على إنشاء لجنة سماها (لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين) ومنحها سلطة البت بالمنازعات ولم يلتفت لمحكمة القضاء الاداري ويمنحها سلطة البت بهذه المنازعات ولذا هذه المادة ولا شك غير دستورية لمخالفتها المادة ١٠٠ ولعل من يدعي انها لم تخالفها بحجة انها لم تمنع الطعن وأجازته أمام لجنة خاصة نقول ان المادة ١٠٠ وردت ضمن الفصل والباب الذي يتحدث عن السلطة القضائية لذا فهنا الخاص للمادة ١٠٠ انها تحضر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من الطعن القضائي أمام القضاء الاداري المختص من كل هذا نقول ان محكمة العقود العامة لجنة حكومية لا أكثر ولا اقل .

ج- قد يدعي البعض ويقول ان المحكمة تصدر أحكام لا قرارات ادارية ودليل ذلك انها تميز أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، ونجيب على ذلك ان قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ منح لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين سلطات قضائية أكبر وأوسع وسمح بتمييز قراراتها أمام محكمة التمييز الاتحادية مباشرة ما يعطي انطباع على أهمية هذه اللجنة الادارية وخطورة قراراتها التي أعطيت أهمية كبرى ودليل ذلك انها تميز أمام محكمة التمييز الاتحادية .

وكذلك قانون المساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ سمح بتمييز قرارات الهيئة السبوعية (المشكلة بموجب المادة ٢ من القانون) أمام هيئة سبوعية مشكلة في محكمة التمييز الاتحادية فكان الأولى بنا ان نسمي لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين محكمة تدقيق قضايا المتقاعدين ولجنة المساءلة والعدالة بمحكمة المساءلة والعدالة .

الفرع الثاني/الرأي الذي يؤكد انها مجرد لجنة حكومية ذات اختصاص قضائي

يرى الباحث ان التكييف القانوني الأدق لعمل محكمة العقود العامة بانها لجنة حكومية ذات اختصاصات قضائية ودليلنا على ذلك ما يأتي :-

أ- من حيث التشكيل : فالتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الخاصة بتنفيذ العقود الحكومية تقضي بان (م/٨/ثانياً) - تشكل في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي محكمة مختصة بالنظر باعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاضي ينسبه مجلس القضاء الأعلى ... في حين الدستور العراقي ينص صراحة وفي أكثر من مورد على ((م/١٩/ أولاً) القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

م٤٧/ تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات .

م٨٧/ السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون ((.

ب- ان تدخل السيد الوزير بتشكيلها يجعل منها أداة طيعة وتحت رحمة وتحكم السلطة التنفيذية وبالتالي لا يمكن الحد من تدخل الحكومة بعملها طالما تملك بواسطة الوزير تعيين أعضائها فانها تملك إقالتهم وإبعادهم ان خلفوا ما تريده الحكومة وهو ما يخالف ما أكدت عليه المادة ٨٨ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة))

ت- إنها لم ترد ضمن التشكيلات القضائية الاتحادية (م٨٩ من الدستور / تتكون السلطة القضائية من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام)

ث- إنها مصداق للمحاكم الخاصة المحظورة بنص الدستور (م / / يحضر إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية .

ج- إنها إحدى تشكيلات وزارة التخطيط فكيف يحتكم لها عندما تكون نفسها وزارة التخطيط خصم في دعوى قضائية أو ليس ذلك انتقاص من حقوق المتقاضى الآخر لان المحكمة ستجمع صفة الخصم والحكم .

ح- لم ينص في قانون المحكمة أو التعليمات التي نظمتها على مبدأ حيادها أو استقلاليتها .

المبحث الثاني/ حدود سلطة المشرع في تنظيم محكمة العقود الادارية

فقد انتهت التجارب المقارنة سواء في فرنسا أو مصر الى ان المشرع هو من ينظم القضاء الاداري عموماً ويأخذ بمعيار معين في تحديد ولاية المحاكم الادارية فأما ان يجعلها مختصة بنوع من المنازعات أو يجعل سلطتها عامة مطلقة على جميع الدعاوى الادارية وفي هذا المبحث سنستعرض ما انتهى اليه المشرع العراقي بهذا الخصوص وكالاتي :-

المطلب الأول/ مبدأ الاختصاص التشريعي بتنظيم القضاء الاداري وضمان استقلاله

لا يحقق اختصاص البرلمان بتنظيم القضاء الاداري عموماً ما لم توجد ضمانات دستورية تشكل بمجموعها قيوداً أو حدوداً على سلطة المشرع وهو بصدد تنظيم تشكيلات القضاء الاداري ونرى ان هذه الضمانات تنقسم الى قسمين أساسيين منها ما يتعلق بضمان استقلال القضاء كهيئات والأخرى استقلال القضاء كأشخاص والضمانة الأهم بالطبع هي الإقرار بالولاية العامة للقضاء الاداري على جميع المنازعات الادارية بلا استثناء بان لا تخرج بعض المنازعات وتعهد بها للقضاء العادي أو الاستثنائي وتكتمل هذه المنظومة بوجود تشريعات يسترشد بها القاضي الاداري سواء ما يتعلق منها بالقوانين الموضوعية التي يطبقها على الوقائع أو القوانين الشكلية التي يتبعها أثناء نظر الدعوى الادارية وهو ما سنحاول ان نلم به من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول/ مفهوم مبدأ الاختصاص التشريعي

حيث ان الدستور عادة يتضمن نصوصاً عامة تؤطر لهيئات العامة ويدع تبيان التفاصيل الى المشرع العادي بقية التفاصيل المتعلقة ربما بتكوين الهيئة أو باختصاصاتها أو ان المشرع الدستوري يرسم الخطوط العريضة للسلطة العامة ويحدد اختصاصاتها بدقة ويمنع إضافة اختصاص آخر لها ويمنح المشرع إمكانية تنظيم سير العمل فيها كالبرلمان مثلاً ويمنحه سلطة إصدار نظام داخلي بتنظيم عمله بعد تحديد اختصاصاته (م٦١ من دستور ٢٠٠٥) أو يسمح له بإصدار قانون يتعلق بالانتخابات الأمر الذي يمكن من تكوين البرلمان نفسه وكذا ذات الأمر بالنسبة للقضاء المشرع يحدد الإطار العام والهيئات العامة المكونة للسلطة القضائية ويفسح المجال للبرلمان ليرسم بقية التفاصيل (م٩٠ من دستور ٢٠٠٥) يتولى



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

مجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية وينظم القانون طريقة تكوينه واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه).

(م ٩٢/ثانياً) تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب (إذن معرفة مفهوم مبدأ الاختصاص التشريعي بتنظيم القضاء الإداري لابد من استعراض الآتي :-

رأي الفقه :- يمثل استقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعية أهمية قصوى منعاً من خضوع القضاة لتوجيهات الأحزاب والكيانات السياسية ووقوع المحذور بتلقي القضاة الأوامر من السياسيين لكون البرلمان يمارس سلطة دستورية غاية بالأهمية متمثلة بإصدار القوانين بيد ان المشرع الدستوري إدراكاً منه لهذه الحقيقة سيضع كوابح ضمانات للقضاة من تدخل المشرع وحماية لمبدأ الفصل بين السلطات وتحقيقاً لمبدأ استقلال القضاء والقضاة ومن أهم هذه التطبيقات ما يأتي :-

١- منع البرلمان في كل دول العالم من التعقيب على الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية والإدارية وهو مبدأ متفق عليه^(١٤).

٢- منع البرلمان من مصادرة حق التقاضي بحجب اختصاصات قضائية عن المحاكم العادية أو الإدارية وهو مبدأ لطالما شهد انتهاكاً وكما هو الحال بالمحكمة محل الدراسة التي لا تعدو ان تكون لجنة إدارية تمارس سلطة قضائية أصيلة من اختصاص القضاء الإداري العراقي وهو أمر يناقض نص المادة (١٩ / ثالثاً من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ "حق التقاضي مصون ومكفول للجميع").

فرغم ما انتهى إليه الفقه والتطورات الدستورية في العراق وغيره من ضرورة كفالة استقلال السلطة القضائية والقضاة لا يخضعون لغير القانون فان ذلك لا يمنع من وجود علاقة بين السلطة القضائية من جانب والسلطة التشريعية من جانب آخر فالمشرع يتدخل في تنظيم السلطة القضائية ويباشر أحياناً عمل ذو طابع قضائي كإصدار قانون العفو العام ووضع قوانين يطبقها القضاء والمشرع وبحسب الدستور العراقي يتولى تشريع قانون خاص بمجلس القضاء الأعلى وينظم عمل القضاء من خلال التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ وعمل الادعاء العام من خلال القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ وينظم من خلال ذلك أنواع المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها ويحدد شروط من يتولى العمل كقاضي أو مدع عام والواقع ان استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وضمان حياديته يقتضيان ان لا يخضع لغير القانون الذي يحدد اختصاصاته وولايته وأنواع المحاكم اما ما زاد عن ذلك فهو تدخل في عمل السلطة القضائية فتدخل المشرع لينزع اختصاص قضائي من محكمة ويودعه لدى محكمة أخرى لاشك انه يحتمل احتمالين الأول انه ادعى للمصلحة العامة والتخصص والثاني انه مساس بالاختصاص الدستوري للقضاء ومساس بالحياد المرجو منه^(١٥) ، هذا يعني ان عدم جواز تدخل المشرع عن طريق التشريع في أعمال السلطة القضائية فعليه احترام السلطة القضائية بوصفها سلطة دستورية مستقلة تستمد وجودها من الدستور لا من القانون الذي وضعه المشرع فحق المشرع بتنظيم السلطة القضائية بقانون معين مجرد توزيع الولاية الكاملة للقضاء وبحسب نوعه (إداري/دستوري/عادي) على كل المنازعات دون ان يكون حقه الانتقاص منها – كما فعل المشرع العراقي باسناد نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الى محكمة هي بحقيقتها لجنة حكومية منتقصة من سلطات القضاء الإداري العراقي المزعم إنشائه بموجب الدستور العراقي م ١٠١ – وثمة أمر انتهى إليه إجماع الفقه الدستوري والإداري من ان المشرع لا يملك الانتقاص من حجية الأحكام القضائية وان لا يتدخل بطبيعة العمل القضائي^(١٦).

كما ان تدخل المشرع بسير العدالة الإدارية بمناسبة نزاع يتعلق بقرار إداري معين أو عقد إداري معين فيقرر المشرع الإبقاء عليه رغم عدم مشروعيته أو يتدخل بأي صفة معينة بهذا المجال ويمنع المحكمة صاحبة الولاية الأصلية من نظره فهو تجريد لحكم الإلغاء ولل قضاء الإلغاء من معناه ومن



فاعليته وما يتعلق بموضوع دراستنا القرارات السابقة لابرام العقد هي قرارات قابلة للانفصال واي تدخل ينتقص من ولاية محكمة القضاء الاداري هو تدخل غير مبرر من جانب المشرع ومحاولة لتصحيح تشريعي لأوضاع الادارة وقراراتها غير المشروعة باسناد نظر الدعاوى الى جهات قد تفتقد الحيادية أمر يخالف المنطق والدستور^(١٧).

*****وضع القضاء الاداري العراقي بين السلطات العامة في الدولة*****

نصت المادة ((١٠١ من دستور العراق ٢٠٠٥ على انه يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والإفتاء والصياغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء إلا ما استثنى منها بقانون)) وبالمقارنة بين النص الدستوري الفرنسي في دستور ١٩٥٨ ((م٦٤/ يكون رئيس الجمهورية هو ضامن استقلال السلطة القضائية ويساعده المجلس الأعلى للهيئة القضائية ويحدد قانون تأسيس الأنظمة التي تحكم أعضاء الهيئة القضائية ولا تجوز إقالة القضاة)) لذا اعتقد البعض في فرنسا وخارجها ان النص أعلاه لا يشمل القضاء الاداري واعتقدوا انه جزء من السلطة التنفيذية حتى صدور قرار المجلس الدستوري الفرنسي في (٢٢/يوليو/ ١٩٨٠ /حيث قضى المجلس بوجود القضاء الاداري كهيئة قضائية بجوار السلطة القضائية وذلك حين أكد بجلاء استقلالية عن السلطة القضائية العادية ذاتها واستقلالية في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية وجاء بالقرار "ومن حيث انه ينتج من أحكام المادة ٦٤ من الدستور فيما يتعلق بالقضاء العادي -ومن المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة القوانين الجمهورية اعتباراً من قانون ٢٤/مايو/ ١٨٧٢ فيما يتعلق بالقضاء الاداري- ان استقلال هذه الهيئات وطبيعتها الخاصة فيما يتعلق بوظائفها مضموناً بحيث لا يستطيع المشرع أو الحكومة ان يراقب أعمال هذه الهيئات أو ان يوجه إليها أوامر أو ان يحل محلها في إصدار أحكام في المنازعات الداخلة في اختصاصها))^(١٨)

ما يعني ان المجلس الدستوري منح القوانين المنظمة لاختصاص الجهات القضائية الادارية المتعاقبة في فرنسا منذ ١٨٧٢ ولغاية الآن قيمة دستورية وعد القضاء الاداري مستقلاً عن البرلمان والحكومة ورئيس الجمهورية بينما في العراق نجد قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ هو الأساس القانوني للقضاء الاداري في العراق قبل دستور ٢٠٠٥ (م ٧/ثانياً) - تشكل محكمة تسمى محكمة القضاء الاداري في مجلس شوري الدولة ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الاداري في مراكز المناطق الاستثنائية ببيان يصدره وزير العدل بناءً على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شوري الدولة ينشر في الجريدة الرسمية .. ثم أكدت المادة (١٠١) من الدستور إمكانية إنشاء مجلس دولة بقانون يصدر من البرلمان العراقي يختص بالقضاء الاداري الا ان وللأسف المادة ١٠١ قد تضمنت بين طياتها شهادة وفاة المجلس المزمع إنشائه بقول المشرع (يختص بوظائف القضاء الاداري والإفتاء والصياغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء الا ما استثنى منها بقانون) فهل الاستثناء بقانون ينصرف للمقطع الأول باختصاص مجلس الدولة بالقضاء الاداري والإفتاء والصياغة ام يقتصر على المقطع الثاني لتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء كافة ان سايرنا المعنى الأول هذا يعني ان المشرع سيتمكن من إنشاء محاكم خارج مجلس الدولة تختص بالقضاء الاداري كالمحكمة محل البحث محكمة العقود العامة أما ان سايرنا المعنى الثاني كان من اللازم على المشرع الدستوري ان يضمن النص مقولة يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات الادارية كافة وبلا استثناء والإفتاء والصياغة وتكون قراراته وآراءه ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة .

الفرع الثاني/ ضمانات استقلال محكمة العقود العامة في مواجهة السلطة التنفيذية

عرف استقلال القضاء بانه عدم تدخل السلطات الأخرى بشؤون القضاة وفرض أرادتها عليهم ويرى البعض ان لاستقلال القضاء مفهومين الأول مفهوم ضيق يرتبط بشخص القاضي الجالس للفصل في



الدعوى والذي يحتكم الى ضميره ووجدانه لتحقيق العدالة بين الخصوم فلا سلطان عليه الا للقانون وما يمل به عليه ضميره من إحقاق الحق والعدالة اما المعنى الواسع هو عدم قابلية القضاة للعزل واستقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والقضائية مالياً وإدارياً -عضوياً ووظيفياً-^(١٩) ، فالفقه يؤكد ان إشكالية وضع الحدود بين السلطات تمثل وجه من أوجه الصراع بين السلطات الموجودة في إطار الدولة وهي تمس التنظيم الدستوري والنظام السياسي ومن ثم تدخل فيها بناء المؤسسات العاملة على الساحة وان مبدأ الفصل بين السلطات (الفصل بين القضاء والادارة) بشكل عام أصبح ملازماً كمفهوم للدولة القانونية والديمقراطية الكلاسيكية ومبرراً لمنع الاستبداد وصيانة الحرية وضماناً لمبدأ المشروعية كما انه يحقق لنا مزايا مبدأ تقيم العمل ويكون مبدأ الفصل بين الادارة والقضاء بمثابة السلاح ضد السلطة المطلقة ضد تركيز السلطة في يد شخص أو سلطة أو هيئة واحدة منعاً من استبدادها وتعسفها والحال في المحكمة محل الدراسة هذا الأمر غير متحقق^(٢٠).

ان الفصل المطلق بين السلطات العامة عموماً بالدولة أمر غير ممكن عملياً وواقعياً فضلاً عن انه دستورياً غير ممكن فهناك مجالات للتعاون والتوازن بشرط حفظ الحدود بين السلطات ومنع اعتدائها على بعضها فهي جميعاً تهدف الى تطبيق القانون وتحقيق الصالح العام شرط ان لا يؤدي الى الإقلال من استقلال القضاء وإنكار وجوده فقد يتصور البعض ان إسناد رئاسة مجلس القضاء في مصر الى رئيس الجمهورية أو تبعية القضاء العراقي قبل عام ٢٠٠٣ الى وزارة العدل ان هنالك هيتان بالدولة تشريعية وتنفيذية اما القضائية فهي جزء من السلطة التنفيذية لكن هذا التصور خطير للأسباب الآتية :-

١- وضع السلطة القضائية تحت إشراف التنفيذية يقلل من ضمانات السلطة القضائية ويسمح بتدخل السلطة التنفيذية بشؤونها .

٢- إدخال السلطة القضائية ضمن السلطة التنفيذية يجعل أحكام القضاء غير ملزمة للسلطة

التنفيذية^(٢١) وهذا ما لاحظناه عند دراستنا للقانون رقم (٨٧) والتعليمات الصادرة بموجبه عندما

نص بالقسم (١٢/ب) اذا وافقت المحكمة على قبول الاعتراض وحكمت لصالح المناقص

المعترض...فللوحدة أو الوكالة الحكومية ان تلغي العقد فوراً مع المقاول الأول...إذا لم يكن هذا

المقاول مختاراً للقرار الذي تصدره المحكمة بخصوص إتباع الإجراءات الصحيحة))

ومن أهم صور تدخل السلطة التنفيذية بعمل السلطة القضائية :-

أولاً// إصدار قرارات تمنع المحاكم من سماع دعاوى معينة وهو ما أشارت إليه المحكمة الاتحادية العليا العراقية في احد أحكامها بقولها ((لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا ان دعوى المدعي تتضمن طلب إبطال مضمون كتاب مجلس الوزراء ذي العدد ق/١٢/١٠٢٧/١٥٢٧ والأمر باستمرار الإجراءات التنفيذية الخاصة بالاضبارة ٢٠٠٥/٣٤٦ تنفيذ الكرخ وهو قرار أداري بحت والجهة المختصة في البت فيها هي محكمة القضاء الاداري)) وملخص الدعوى ان شركة لها مستحقات مالية ناتجة عن توريد بضاعة الى الشركة العامة للتبوغ والسكائر والشركة لم تستلم مبالغ البضائع من خلال الاعتمادات المصرفية من خلال مصرف الرافدين فأقامت الدعوى مطالبة بتسديد المستحقات فصدر حكم قضائي من محكمة البداية والاستئناف والتميز بدفع المبالغ وتم تنفيذ الحكم في دوائر التنفيذ الا انه لم تدفع المبالغ نتيجة مفاتحة مصرف الرافدين لمجلس الوزراء فأمر المجلس بعدم سماع المحاكم مثل هذه الدعاوى لكن المحكمة الاتحادية رأت ان هذا القرار هو أداري بحت يجوز الطعن ضده أمام محكمة القضاء الاداري لانه لا يمكن للقرارات الادارية تحديد ولاية المحاكم العراقية^(٢٢) .

ثانياً// منح سلطات قضائية لجهات إدارية مثل حكم المحكمة الاتحادية العليا الذي أشارت فيه الى إلغاء البند (٢٣٧/ثانياً) من قانون الكمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ المعدل لمنحه السلطة التنفيذية صلاحية حجز الأشخاص دون موافقة القضاء لكونه مصادرة صريحة لحق التقاضي وانتهاك للدستور وبالخصوص المادة ١٩^(٢٣) وهو مصداق على محكمة العقود العامة محل الدراسة لانها تصدر حق التقاضي أمام القضاء المختص وهو القضاء الاداري العراقي وإلزام للمناقصين بمراجعة لجنة حكومية .



ثالثاً // الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية أو الحيلولة دون تنفيذها :- ما يؤدي الى إهدار مبدأ حجية الحكم القضائي والزاميته للجميع ولذلك تطبيقات في بعض القوانين العراقية منها أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ الذي أشار صراحة بالمادة (٨) الى انه ((لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة ان يأمر قبل إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة أو إثناء نظرها بحفظ الدعوى أو الإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم لضرورات تتعلق بمصلحة عليا أو لأسباب تتعلق بالأمن والاستقرار)) وان كان الدستور العراقي هو الآخر تضمن بعض الوسائل الدستورية المؤدية الى الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية بالمادة (٧٣) عندما منح رئيس الجمهورية سلطة إصدار عفو خاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء ومنحه سلطة المصادقة على أحكام الإعدام دون إلزامه بمدة معينة للمصادقة^(٢٤).

وعند الرجوع لأحكام محكمة القضاء الاداري والمحكمة الاتحادية العليا بوصفها محكمة تمييز لأحكام الأولى حيث ورد في احد أحكام المحكمة الاتحادية ((لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية...ولدى النظر بالحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ... اذ ان مديرية التسجيل العقاري عمل تنفيذي ولا تستطيع مناقشة ما يرد في القرارات والأحكام من أمور عند التنفيذ وإنها قامت بإبطال التسجيل العقاري للعقار موضوع الدعوى والمسجل باسم المميز (المدعي) وإعادة تسجيله باسم طائفة الروم الكاثوليك بناءً على قرار حكم صادر من محكمة المواد الشخصية في الكراة بعدد ١٨/م/١٩٩٧ في ١٩٩٧/٩/٢٧ والمصدق تمييزاً بقرار الهيئة الموسعة الأولى في محكمة التمييز بالعدد ٣٩/في ١٩٩٨/٤/٤ لذا يكون طلبه من مديرية التسجيل العقاري إلغاء تسجيل العقار باسم الطائفة وإعادة تسجيله باسمه لا سند له من القانون^(٢٥).

والمبدأ العام هو استقلال القضاء الاداري عن جهة الادارة والدولة المدنية والقانونية نجد فيها القضاة المعينون للعمل القضائي بمقتضى الدستور والقانون هم المختصون بالفصل في الدعاوى الادارية - كما في مجلس شورى الدولة العراقي أو مجلس الدولة المزمع إنشائه - ولذا لا يجوز للدائرة عن طريق التعليمات والمشرع بالقانون ان ينتزع من الأفراد سلطة المحاكمة أمام قاضيهم الطبيعي ليحاكموا أمام محاكم خاصة أو يلجأ الى جهات قضائية أخرى تنشأ خصوصاً لأجل نوع من الدعاوى ، ولكن كثيراً ما يحصل هذا المحذور على ارض الواقع فتنشأ لجان ادارية أو مجالس لها اختصاصات قضائية تجمع في عضويتها موظفين اداريين مع قضاة للنظر بدعاوى هي بالأصل من اختصاص القضاء لذا هذه اللجان الادارية دائماً تعد نقطة سوداء في جبين العدالة وسلاحاً لقطع دابر الحق وتمزيقاً للمبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الناس في ممارستهم لحقهم بالتقاضي وكلمة حق يراد بها باطل^(٢٦) ، ويخلص هذا الاتجاه الفقهي الى ان الالتجاء من جانب الادارة أو المشرع الى إنشاء محاكم خاصة أو جهات غير قضائية للفصل في منازعات ذات طبيعة قضائية ادارية دون القضاء الطبيعي هو أسلوب شاذ استثنائي الذي يهدف الى هدم مبدأ المساواة ودعم مركزية الحكم أو استبداده أو تعسفه باستخدام السلطة وهذا الأسلوب فضلاً عن عدوانه على سلطة القضاء يكشفون عن انحياز في المعاملة وإهدار لحق التقاضي ومساس خطير بمبدأ المشروعية وسيادة القانون لأنه لو احتكم للمنطق والقانون والدستور لا سند اختصاص المنازعات العقديّة في العراق الى محكمة القضاء الاداري صاحبة الولاية العامة على جميع منازعات الادارة والاستثناءات التشريعية الواردة على اختصاصاتها ومنها العقود وما ينبغي بها أصبحت اليوم غير دستورية وغير قانونية ولا منطقية^(٢٧) ومن التطبيقات التشريعية لمبدأ الاختصاص القضاء الاداري بنظر منازعات الادارة :-

أولاً الاختصاص المحجوز للقضاء الاداري في مصر :-
تنص المادة (١٠) / من قانون مجلس الدولة المصري النافذ رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :-



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

- ١- الطعون الخاصة بانتخابات المجالس المحلية .
 - ٢- المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم .
 - ٣- الطلبات التي يقدمها ذوي الشأن بالطعن في القرارات الادارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات .
 - ٤- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الادارية الصادرة بإحالتهم الى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي .
 - ٥- الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الادارية النهائية
 - ٦- الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الادارية في منازعات الضرائب والرسوم وفقاً للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة .
 - ٧- دعاوى الجنسية .
 - ٨- الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات أدارية لها اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة للقوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها .
 - ٩- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية .
 - ١٠- طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية .
 - ١١- المنازعات الخاصة بعقود التزام الأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر .
 - ١٢- الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون
 - ١٣- الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً .
 - ١٤- سائر المنازعات الادارية .
- في العراق نصت المادة (٧/ثانياً/د- من قانون مجلس شوري الدولة على ان تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي (العام) بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هنالك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن)
- وبالمقارنة بين التشريع المصري والعراقي نكتشف هوان القضاء الاداري العراقي بعين المشرع العراقي الذي منح محكمة القضاء الاداري العراقية سلطة الفصل في دعاوى المرفوعة ضد القرارات الادارية والأوامر الصادرة عن الموظفين والهيئات فقط وحرماها من سلطة الفصل في صحة العقود الادارية وعن القرارات الادارية الصادرة بمناسبتها سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ وهي سياسة تشريعية ولا شك معيبة ولو رجعنا لبعض القوانين التي صدرت بعد ٢٠٠٥ نجد بعضها قد انتهج نهجاً سليماً متفقاً مع المنطق والدستور والقانون والعدالة الادارية ومنها:-
- قانون الجنسية رقم (٢٦) ٢٠٠٦م (١٩) تختص المحاكم الادارية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون -وهناك خطأ مادي يفترض قول المشرع محكمة القضاء الاداري .
- قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم (٢١) ٢٠٠٨ المعدل بالقانون (١٥) ٢٠١٠ المادة (٦/ثالثاً- لعضو المجلس الطعن بقرار إنهاء عضويته لدى محكمة القضاء الاداري خلال ١٥ يوماً من تأريخ تبلغه بالقرار ..

المطلب الثاني/ ضمانات حيادية واستقلال محكمة العقود العامة

سنتناول في هذا المطلب الأسس القانونية لضمانة الحيادية والاستقلال والمهنية لمحكمة العقود العامة محل الدراسة ولذا سنقسم المطلب على فرعين سنتناول في الأول منهما مقومات الحياد والمهنية



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

و ضمانات ذلك في القوانين النافذة وفي الفرع الثاني سنتناول مدى إمكانية مخاصمة أعضاء المحكمة وهل يمكن طلب ردهم أو ان يطلب احدهم الاعتزال لاستشعاره الحرج وفقاً للآتي :-

الفرع الأول/ مقومات حيادية وتجرد أعضاء المحكمة

من أهم الأسس التي يقوم عليها عدل القضاء بين الخصوم ان يطمأن كل الخصوم الى حيادية من يحاكمه وعدم انحياز القاضي أو المحكمة لأحدهم ولبدء الحيادية والتجرد مفهوم هو إحداث التوازن في مصالح الخصوم فينظر القاضي للدعوى من منطلق مهني محايد دون تحيز لأحد الخصوم على حساب الآخر^(٢٨) ، أي ان ينظر القاضي الدعوى بعين التجرد دون تحيز لأحد أطرافها ضد الطرف الأخرى ان يكون متجرداً من الميل والهوى ومستهدفاً إنزال حكم القانون على وقائع الدعوى المعروضة عليه^(٢٩) . وهذا المعنى نتلمسه واضحاً في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ حينما نص في المادة ((٩٨) /يحضر على القاضي أو عضو الادعاء العام ما يأتي :-

أولاً// الجمع بين الوظيفة القضائية والوظيفتين التشريعية والتنفيذية أو أي عمل آخر .

ثانياً// الانتماء الى أي حزب أو منظمة سياسية أو العمل في نشاط سياسي ((

لكي لا يحمله الانتماء السياسي الى الميل للحكم لمصلحة الخصم الذي يشاركه في الانتماء السياسي أو الحكم ضد من يختلف معه سياسياً وحسناً فعل المشرع الدستوري عندما أورد هذا الضمان لحياد القاضي صراحة في صلب الدستور والأمر ينسحب بطبيعة الحال ليس على القاضي فحسب وإنما يشمل كل من يمارس عملاً قضائياً ، ونحن نعلم ان من أعضاء محكمة العقود العامة محل الدراسة من هو بمنصب مدير عام في وزارة التخطيط والتعاون الانمائي فكيف سيجمع بين العمل الإداري والقضائي وهو محذور دستورياً؟؟؟

ومن الأعضاء من هو ممثل عن اتحاد المقاولين العراقيين وممثل عن اتحاد غرف التجارة العراقية فكيف سيجمع بين صفته في الاتحاد وعضوية المحكمة؟؟؟

كما اننا نعلم ان ممارسة النشاط السياسي بالنسبة للموظف العراقي غير محذور فله تأسيس حزب أو الانتماء لحزب معين وهو موظف أو عضو في اتحاد المقاولين أو غرف التجارة الحكم لو كان هذا المدير العام أو هذا الممثل منتمي لحزب معين أو يترأس حزب معين؟؟؟

فالأمر وارد على ارض الواقع لا محالة وهو يحتاج الى ضمانة للمناقصين الذين سيعرضون دعاوهم أمام هذه اللجنة الادارية المسماة محكمة العقود العامة أذن نحن اليوم بحاجة الى تدخل تشريعي حماية لنص الدستور العراقي المادة (٩٨) بالغاء هذه المحكمة وإرجاع الحق لأهله بجعل محكمة القضاء الإداري هي المختصة بذلك .

وعلاوة على الحياد المطلوب لا بد ان يتصف رئيس وأعضاء هذه المحكمة بالتجرد من الميول وان تتأى هذه المحكمة بنفسها عن أي تأثيرات خارجية من شأنها ان تباعد بينها وبين الموضوعية وروحية الأنصاف التي يجب ان تتمتع بها وعلى ذلك يجب على أعضائها النظر لخطورة الدور الذي يقومون به وهو الأمر الذي أشارت اليه المحكمة الادارية العليا المصرية في احد أحكامها بقولها ((ان استظهار وجه الحقيقة في أمر اتهام موجه الى إنسان لا يتسنى الا لمن تجرد عن اية ميول شخصية إزاء ما يجري التحقيق معهم سواء كانت هذه الميول لجانبهم أو كانت في مواجهتهم اذ ان هذا التجرد وهو الذي يحقق الحيادة والنزاهة والموضوعية التي تقود مسار التحقيق في مجرى غايته الحق والحقيقة والصالح العام الذي لا يتحقق الا اذا ثبت لكن من يمثل للتحقيق من انه تجرد لوجه الحق والعدل والقانون في حمايته ضمير يحكم سلوك المحقق بان يكون موضوعياً في اتجاه استظهار الحقيقة أيا كان موقعها لا ينبغي لها وجهة يرضاه سوى مرضاة الله ملتزماً بتطبيق محايد وموضوعي للقانون))^(٣٠)

الفرع الثاني/ مخاصمة أعضاء المحكمة أو ردهم

مخاصمة أعضاء المحكمة هي فقد أثارت الخلاف حول تحديد الأساس القانوني لدعوى المخاصمة فيرى البعض من الفقه إنها دعوى مسؤولية ترمي الى تعويض الضرر وان الدولة ان كانت قد



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

اختصمت فيحكم عليها بالتعويض على انها تملك ان ترجع على القاضي بما دفعته طبقاً للقواعد العامة ويترتب على القول بأنها دعوى مسؤولية ان المدعي عليه إثبات وقوع الخطأ وحصول الضرر والعلاقة بين الخطأ والضرر الذي لحقه ، ورأى البعض الآخر انها دعوى تعويض ودعوى بطلان بذات الوقت الغرض إبطال الحكم الذي أصدره القاضي لذا هي طريق بحسب وجهة نظرهم للطعن غير العادي ويرى البعض إنها دعوى انضباطية والمشرع غلب معنى التعويض الذي يقدم للخصم المضروب من عمل القاضي المنسوب إليه العبث بعمله^(٣١) ، وان من أهم أسباب مخاصمة القضاة في مصر هي :-

١- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم .

٢- إذا امتنع عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد اعذاره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة الى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة الى الأحكام في الدعاوى الجزائية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر اعذار .

٣- في الأحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات . وهو ما نضمه قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في المادة (٢٨٦) لكل من طرفي الخصومة ان يشكو القاضي أو هيئة المحكمة أو احد قضائتها في الأحوال الآتية :-

١- إذا وقع من المشكو منه غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم عند قيامه بأداء وظيفته بما يخالف أحكام القانون أو بدافع التحيز أو بقصد الإضرار بأحد الخصوم ويعتبر من هذا القبيل بوجه خاص تعتبر أقوال الخصوم والشهود أو إخفاء السندات أو الأوراق الصالحة للاستناد إليها في الحكم .

٢- إذا قبل المشكو منه منفعة لمحاباة احد الخصوم .

٣- إذا امتنع عن إحقاق الحق ويعتبر من هذا القبيل ان يرفض بغير عذر الإجابة على عريضة قدمت له أو يؤخر ما يقتضيه شأنها بدون مبرر أو يمتنع عن رؤية دعوى مهياة للمرافعة وإصدار القرار فيها بعد ان حان دورها دون عذر مقبول وذلك بعد اعذار القاضي أو هيئة المحكمة بعريضة بواسطة كاتب العدل تتضمن دعوته الى إحقاق الحق في مدة أربع وعشرين ساعة فيما يتعلق بالعرائض وسبعة أيام في الدعوى) ومن هذا المنطلق نتساءل ما مدى إمكانية محاسبة أعضاء محكمة العقود العامة ؟ الجواب ان قانون العقود العامة وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم تبين الحكم القانوني في حالة مخاصمة أعضاء المحكمة ولكننا نعتقد ان قانون المرافعات يعد القاعدة الإجرائية العامة وانه يطبق في حالة خلو القانون من نص معين سواء أشار لذلك القانون أو لم يشير لذا للمتقاضين ان يخاصموا أعضاء محكمة العقود العامة وبالأخص رئيسها الذي يحمل صفة قاض اما الأعضاء الآخرين فمن الممكن تحريك مسؤوليتهم الادارية الانضباطية وتحميلهم مسؤولية الامتناع عن إحقاق الحق وتحميلهم التعويض المدفوع للأفراد لأنه ناتج عن خطأهم الشخصي لا خطأ مرفقي .

اما الرد فيعني الرخصة الممنوحة للخصم في الدعوى في ان يطلب امتناع القاضي أو الخبير أو كل من يمارس عملاً قضائياً متصلاً بالدعوى عن نظر الدعوى والسير بإجراءاتها بناءً على أسباب حددها القانون^(٣٢) ، ويقصد بالرد منع القاضي من نظر الدعوى كلما قام به سبب يدعو الى الشك في قضائه أو تحيز أو ميل ولكل خصم مهما كانت صفته في الدعوى ان يطلب الرد ويتمسك به وهو حق للخصم له التمسك به أو التنازل عنه لذا نجد قانون المرافعات المدنية لم يلزم القاضي الذي توافرت فيه إحدى أسباب الرد بالتناحي ان لم يطلب الخصوم ذلك^(٣٣) .

لذا الرد يتميز بخصيصتين أساسيتين هما :-

- ١- انه لا ينتج أي اثر ان لم يطلبه احد الخصوم .
- ٢- انه لا يتعلق بالنظام العام وللخصم ان يتنازل عن طلب الرد^(٣٤) .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

وقد نصت المادة (٩٣) من قانون المرافعات المدنية (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ((يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية :-

١- إذا كان أحد الطرفين مستخدماً عنده أو كان هو قد اعتاد مواكبة أحد الطرفين أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية قبيل إقامة الدعوى أو بعدها .

٢- إذا كان بينه وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل .

٣- إذا كان قد أبدى فيها رأياً قبل الأوان ((بل إن القاضي لا يجوز له النظر في دعوى في أحوال معينة من أهمها (م ٩١) ((١

١- إذا كان زوجاً أو صهراً أو قريباً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة

٢- إذا كان له أو لزوج أو لأحد أولاده أو أحد أبويه خصومة قائمة مع أحد الطرفين أو مع أحد أولاده أو أحد أبويه .

٣- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم أو وصياً أو قيمياً أو وارثاً ظاهراً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل أحد الخصوم أو الوصي أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة التي هي طرف في الدعوى أو أحد مديريها .

٤- إذا كان له أو لزوج أو لأصوله أو لأزواجه أو لفروعه أو أزواجه أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

٥- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الطرفين في الدعوى أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً (أو كان أدى شهادة فيها))

كما قضت المادة ((٩٤/ بأنه يجوز للقاضي إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب أن يعرض أمر تنحيه على رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي)).

المطلب الثاني/ حصانة أعضاء المحكمة

ونعني بالحصانة الضمانات القانونية المقررة لمصلحة أعضاء محكمة العقود العامة في وزارة التخطيط ومدى توافرها وما هو تأثيرها على عمل المحكمة وفق الآتي :-

الفرع الأول/ الحصانة ضد العزل

لاشك في أن عزل القاضي سلاح خطير يهدد استقلال القاضي وينعكس سلباً على حسن سير العدالة لخوف القاضي على مستقبله المهني أولاً وبالمقابل سيتترك أثراً على سلامة الأحكام وحسن سير القضاء لهذا عدم قابلية عزل القضاة من أهم الضمانات التي تؤكد مبدأ استقلال القضاء حتى لا يختل ميزان العدالة في أيديهم سواء تم اختيار القاضي من قبل السلطة التنفيذية بالتعيين – لكون القاضي قد يجامل من عينه ويحيد عن الحق والعدل أرضاءً لولائك الذين كان لهم شأن في تعيينه – وعدم إمكانية عزل القضاة تعني أن الإدارة لا تملك وقفه عن العمل أو إحالته إلى التقاعد أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية إلا وفقاً لأحكام القانون^(٣٥) ، وهو ما أكدته الدستور المصري لعام ١٩٧١ بالمادة (١٦٨) القضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً (وأكد قانون مجلس الدولة المصري النافذ رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بالمادة (٩١) / أعضاء مجلس الدولة من درجة مندوب فما فوق غير قابلين للعزل) وأكد قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على أن أعضاء المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم .

وفي العراق نص دستور عام ٢٠٠٥ على (م ٩٧/ القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون كما يحدد القانون الأحكام الخاصة بهم وينظم مساءلتهم تأديبياً) .

ولعل سؤالاً يطرح بهذا الخصوص هو هل يملك القاضي المنسب من مجلس القضاء الأعلى إلى رئاسة هذه المحكمة هذه الضمانة في عدم إنهاء تنسيبه واختيار بديل عنه ؟ بعبارة أخرى لو أرادت السلطة التنفيذية ممارسة التأثير على المحكمة فما هي ضمانات القاضي المنسب ضد عزله بإنهاء تنسيبه ؟ فهل



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

يملك التمسك بالنص الدستوري ؟ ونرى ان الوزير يملك تعيين القاضي وهو يملك إنهاء التنسيب فلم يورد القانون رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ قانون العقود العامة النص على هذه الضمانة كما ان التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الخاصة بتنفيذ العقود العامة لم تورد مثل هذه الضمانة إن خالف إرادة الحكومة .

الفرع الثاني/ الحصانة الجنائية

لقد نصت المادة (٢٧) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ((لا يجوز توقيف الرئيس ونائب الرئيس والمستشار المنتدب والمستشار المساعد اتخاذ الاجراءات الجزائية ضدهم في غير حالة ارتكابهم جنائية مشهودة إلا بعد استحصال إذن وزير العدل)) ولقد نص قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالمادة (٦٤) على ((لا يجوز توقيف القاضي أو اتخاذ الإجراءات الجزائية ضده في غير حالة ارتكابه جنائية مشهودة الا بعد استحصال إذن من وزير العدل - رئيس مجلس القضاء الأعلى حالياً الذي حل محل وزير العدل بموجب أحكام الأمر رقم (٣٥) في ٢٠٠٣/٩/١٨ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة)) . والسؤال الذي يطرح في هذا المجال أعضاء المحكمة محل الدراسة القاضي أو رئيس المحكمة يملك هذه الحصانة وهي حصانة إجرائية حيث لا يجوز اتخاذ أي إجراء جزائي ضده كتوقيفه أو تفتيشه ... الخ الا بموافقة رئيس مجلس القضاء الأعلى لكن ما حكم بقية أعضاء المحكمة فالنص أعلاه لا يشملهم لأنهم لا يملكون صفة قاضي وهذا يعني إمكانية اتخاذ أي إجراء ضدهم دون انتظار إذن من أي جهة أخرى وهذا دليل آخر على كون هذه المحكمة مجرد لجنة إدارية مسماة باسم محكمة .

الخاتمة.

فبعد دراستنا للنظام القانوني لمحكمة العقود العامة تبين لنا بصورة جلية عدم دستورية وعدم منطقية هذه المحكمة ومدى الإرباك التشريعي الذي شاب الأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وعدم التوفيق بالتعليمات المتعاقبة لعامي ٢٠٠٧-٢٠٠٨ لذا سنورد بالخاتمة فقط بعض الملاحظات ونحيل المتبقي لفطنة القارئ الكريم وإلى قراءة ثنايا البحث وكيفي ان نشير الى مخالفة الأمر الخاص بها لنص المواد ١٩-٤٧-٨٧-٨٨-٩٥-٩٧-٩٨-١٠١ من الدستور ولاحظنا التباين في التعليمات والأمر من حيث التسمية وهو أمر مستغرب وكيف ان تشكيلة المحكمة تغيرت في تعليمات ٢٠٠٨ عن عام ٢٠٠٧ ومدة الطعن في ٢٠٠٧ هي (١٥) يوم أصبحت عام ٢٠٠٨ (٧) أيام عمل رسمي وان المشرع أحال المحكمة في كل مالم يرد به نص الى قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ولم يحلها الى قانون مجلس شورى الدولة وهو القانون المتضمن أحكاماً خاصة لا وجود لها في قانون المرافعات وبالأخص حول المصلحة والمدة وأسباب الطعن وولاية القضاء الاداري وهو ولا شك إرباك تشريعي وقصور يؤدي الى إرباك فعلي .

كما لاحظنا كيف خالف القانون والتعليمات القواعد القضائية الادارية المستقرة حول قطعية الحكم الاداري وحجيته المطلقة وإلزامه لجميع السلطات لاسيما الادارية لكننا وجدنا القسم (١٢) من القانون يدع للإدارة الخيار بين ان تأخذ بالحكم أو ترفضه ويمنح حتى الخيار للمناقص الذي رفعت الدعوى ضد تعاقدته مع الإدارة ان لم يكن مختاراً للقرار الذي تصدره المحكمة بخصوص إتباع الاجراءات القانونية الصحيحة كما ان المشرع لم يوفق عندما سمح بالطعن بأحكام المحكمة أمام محكمة الاستئناف وكان الأولى أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ولاحظنا آلية التأثير التشريعي والاداري في المبحث الثاني وقلة الضمانات الممنوحة لأعضاء المحكمة ضد العزل أو الرد الخ وغياب الأحكام القانونية التي تكفل حياد هذه المحكمة ومدى إمكانية تطبيق النصوص الدستورية المانعة من الانتماء السياسي للأعضاء وغير ذلك كثير .

التوصيات



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

- ١- نهيب بمجلس النواب العراقي اخذ زمام المبادرة وإنقاذ البلاد التي تمر بأسوء مراحل الفساد الاداري والمالي ولاسيما في ميدان التعاقدات العامة وإلغاء الأمر رقم (٨٧) جملة وتفصيلاً وتعليماته وإصدار قانون آخر يعيد هبة محكمة القضاء الاداري العراقي صاحبة الولاية الحقيقية بمثل هذه المنازعات على ان تكون ولاية المحكمة ليست مقصورة على مرحلة ما قبل التعاقد وتقديم العطاءات وانما كل مراحل حياة العقد الاداري.
- ٢- في الوقت الذي يحضر الدستور النص بالقوانين على تحصيل أي عمل أو قرار اداري من الطعن نجد على ارض الواقع تسابق بالتدخل بعمل السلطة القضائية لاسيما الادارية منها لذا ندعو الجميع لاحترام مبدأ الفصل بين السلطات .
- ٣- كما ان الدستور العراقي يقضي بوجوب صدور قوانين لتنظيم مسائل مختلفة عند الوصول الى مجلس الدولة يقول يجوز بقانون وكان الأولى بالمشروع الدستوري تصدير المادة ١٠١ بكلمة يجب ومع ذلك نهيب بالمشروع العراقي تفعيل المادة ١٠١ بإنشاء مجلس دولة متكامل الهيئات (محاكم ادارية ، محكمة ادارية عليا للنظر بالطعون التمييزية ، هيئة مفوضي الدولة لتمثيل الجهات الادارية ودراسة كل الدعاوى وتقديم تقرير مفصل مع لوائح تفصيلية ، هيئات مختصة بالشؤون الصياغية والإفتائية) وجعله هيئة مستقلة عن وزارة العدل أو على الأقل ربطه بمجلس القضاء الأعلى مع إمكانية وضع آلية تعاون بين الهيئة المختصة بالصياغة والإفتاء مع رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء لأنهما الجهتان المخولتان اقتراح مشاريع القوانين حسب الدستور وهما الجهات العليا التي تحتاج الى المشورة وإبداء الرأي.
- ٤- إعادة النظر بقانون المعهد القضائي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل بفك ارتباطه بالسلطة التنفيذية (وزارة العدل) والحاقة بمجلس القضاء الأعلى واستحداث قسم القضاء الاداري في المعهد لتخريج القضاة الإداريين الذين يؤهلون لتولي رئاسة وعضوية المحاكم الادارية بغية التخصص بالعمل القضائي والحصول على عنصر بشري ملم بمبادئ ونظريات القانون الاداري لاسيما والقضاء الاداري منشئ لا فقط مطبق للقانون .
- ٥- نهيب بالبرلمان ورئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء عند إعداد تعديلات الدستور وفق المادة ١٢٦ المؤمل وضعها مستقبلا ان تعيد النظر بكل المواد الخاصة بضمانات استقلال القضاء الاداري والعادي وضمان حق التقاضي للجميع وفك ارتباط هيئة النزاهة ودائرة الكاتب العدل والمنفذ العدلي من مجلس النواب ووزارة العدل وربطهما مباشرة بمجلس القضاء الأعلى صاحب الاختصاص الأصيل بهذا الميدان .
- ٦- إلغاء أي نص قانوني يسمح بندب أو إعارة القضاة الى دوائر الدولة والقطاع العام لمساس ذلك بهيبة القضاء واستقلال القضاء.

الهوامش

- ١- وان التعليمات نصت بالمادة (١) على انها (تهدف هذه التعليمات الى وضع المبادئ العامة لتنفيذ العقود العامة التي تبرمها دوائر الدولة والقطاع العام مع الجهات العراقية وغير العراقية وتحديد أساليب تنفيذ المقاولات العامة وعقود التجهيز والعقود الاستشارية وتحديد الجهات المخولة صلاحية فتح



العطاءات وإرساءها وإجراءات الطعن في قراراتها لدى المحكمة الادارية المنصوص عليها في (ثانياً ب/١) من القسم الثاني من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ على ان تنسم إجراءات التعاقد لإبرام العقود المذكورة في أعلاه بالشفافية والنزاهة والعدالة في التنافس إضافة الى الأحكام الأخرى) ومن جانبنا ندعو وزارة التخطيط الى توحيد المصطلحات وتسمية التعليمات ب(تعليمات تنفيذ العقود العامة) نزولاً عند التسمية التشريعية .

٢- ينظر د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، جامعة الموصل ، ١٩٩٢ ، ص ٦٩ .

٣- ينظر د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب ود. مهدي السلامي : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٤٥٤-٤٥٥ .

٤- ينظر د. شعبان احمد رمضان : مدى جواز الطعن بالالغاء في منازعات العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٠ .

٥- ينظر ماجد راغب الحلو : القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٤٨ .
٦- ينظر د. محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩١ ، ص ٨٥ .

٧- ينظر د. وسام صبار : اثر دعوى الالغاء في تنفيذ القرار المطعون فيه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، السنة السادسة ، المجلد الرابع – العددان ٦-٧ ، ٢٠١١ ، ص ٢ .

٨- راجع قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المادة (٧/ثانياً) وكذلك د. نجيب خلف احمد ود. محمد علي جواد : القضاء الاداري ، الجامعة المستنصرية ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

٩- ينظر د. مازن ليلو راضي : القضاء الاداري ، دار قنديل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢٦ .

١٠- ينظر د. محمد علي بدير وآخرون : مصدر سابق ، ص ١٤٨ وما بعدها .

١١- ينظر د. سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى الغاء القرارات الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١١ وما بعدها وينظر القاضي مدحت المحمود : شرح قانون المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٨١ .

١٢- لمزيد من التفاصيل ينظر المصدر نفسه ، ص ٢٨٦ .

١٣- لمزيد من التفاصيل ينظر القاضي مدحت المحمود ، المصدر نفسه ، ص ٢٩٥ .

١٤- ينظر القاضي محمد عبد الله سهيل العبيدي : استقلال القضاء ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٨٦ .

١٥- ينظر د. محمد احمد محمد غوير : التوازن بين السلطات العامة في دساتير الجمهورية اليمنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢١٢ .

١٦- ينظر د. عادل الطباطبائي : الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، مجلس النشر العلمي ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٦ .

١٧- ينظر د. محمد عبد اللطيف : التصحيح التشريعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ١ ، ود. محمد احمد غوير : مصدر سابق ، ص ٢١٣ .

١٨- نقلاً عن د. عبد الناصر علي عثمان : استقلال القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٣٨ .



مجلة رسالة الحقوق المؤتمر القانوني الوطني العاشر.. ٢٠١٣ م

- ^{١٩}- ينظر د. عدنان عاجل عبيد : اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، ط١ ، مطبعة سومر ، الديوانية ، ٢٠٠٨ / ص ٤٦ .
- ^{٢٠}- ينظر د. محمود رضا أبو قمر : القضاء والواقع السياسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ١١٥ .
- ^{٢١}- ينظر القاضي محمد عبد الله سهيل ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .
- ^{٢٢}- ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا (١٧/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠/٢/٢٠٧) منشور في المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، القاضي جعفر كاظم المالكي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٢٨ .
- ^{٢٣}- ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٥/اتحادية/٢٠١١ في ٢٢/١/٢٠١١) متاح على شبكة الانترنت على موقع المحكمة الاتحادية العليا .
- ^{٢٤}- لمزيد من التفاصيل ينظر القاضي محمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .
- ^{٢٥}- ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (٣٠/اتحادية/تميز/٢٠٠٥ في ٢٩/١/٢٠٠٦) منشور في المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ .
- ^{٢٦}- ينظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله : مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٤ .
- ^{٢٧}- لمزيد من التفاصيل يراجع المصدر نفسه ، ص ٤٤ .
- ^{٢٨}- ينظر د. عبد الباسط علي أبو العز : حق الدفاع و ضمانات المحاكمة التأديبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ - ٢٠١١ ، ص ٢٥٠ وينظر علاء ابراهيم محمود : مبدأ حيادية اللجنة التحقيقية في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون - جامعة كربلاء ، العدد الخاص الأول ببحوث المؤتمر القانوني السابع ، ٢٠١٠ ، ص ١٧٢ وما بعدها .
- ^{٢٩}- ينظر المستشار إيهاب عبد المطلب : بطلان إجراءات المحاكمة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٠ .
- ^{٣٠}- ينظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية : رقم (٣٢٨٥ في ١٣/٥/١٩٨٩) .
- ^{٣١}- ينظر د. محمد رضا النمر : مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٣ .
- ^{٣٢}- ينظر المستشار إيهاب عبد المطلب : مصدر سابق ، ص ١٢٧ .
- ^{٣٣}- ينظر د. عبد الباسط علي أبو العز : مصدر سابق ، ص ٢٨٠ .
- ^{٣٤}- ينظر المستشار إيهاب عبد المطلب ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .
- ^{٣٥}- ينظر د. محمد ابراهيم درويش الادارة القضائية للعدالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٨٢ .