

حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة
- دراسة مقارنة -

رسالة تقدم بها الطالب
هاتف كاظم جاسم الموسوي
الى

مجلس كلية القانون في جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة ماجستير في القانون العام

بإشراف
الدكتور محمد علي جواد
أستاذ القانون العام المساعد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا
بِالْعُقُودِ)

المائدة: من الآية 1

(لِيْنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ) شكر وتقدير

وإذ قدّر لهذا العمل أن يرى النور بمعونة من الله تعالى وفضله ، فإنه لا يسعني إلا أن أتقدم بكل التقدير والاحترام الى الأستاذ المساعد الدكتور محمد علي جواد – عميد كلية القانون في الجامعة المستنصرية – لمنحه إياي علمه ومعرفته في السنة التحضيرية ، ولتحمله عبء الإشراف على هذه الرسالة ، فكان بحق خير عون لي في تخطي الصعاب ، وكان لتوجيهاته وملاحظاته القيمة الأثر البالغ في إنجاز هذا العمل ، فجزاه الله عني خير الجزاء .

كما أسجل شكري وتقديري الى الأستاذ الدكتور جعفر عبد الأمير الياسين – عميد كلية القانون وكالة في جامعة بابل – الذي تابع بحزم وحرص مراحل إكمال هذه الرسالة ، وكان سبباً في الإسراع بإنجازها ، وعوناً لي في تجاوز العقبات ، كما وأسجل بالغ التقدير والامتنان الى الأستاذ المساعد الدكتور رافع خضر شبر لمتّهِ عليّ برعاية وتوجيه مفيدتين ، ولمساهمته الفاعلة في إنجاز هذه الرسالة ، فكان ذو فضل ابتداءً من السنة التحضيرية ، متفهماً لظروف خاصة أحاطت بي تطلبت مني الصبر ، فشاركني وساعدني كثيراً لتخطيها ، فيستحق مني أكثر من شكر بصفته رئيساً لقسم القانون العام ، ولأنه أستاذي الذي منحتني المعرفة .

وإقراراً مني بالعرفان والجميل ، فإنه لن أنسى فضل أساتذتي الذين ساهموا في تعليمي وتعلمي الأدب والاحترام ، وأخص بالذكر الدكتور علي زعلان والدكتور حسن عودة والدكتور حكمت الدباغ والدكتور كمال حامد ، كما وأتوجه بخالص الشكر الى مَنْ مدّ لي يد العون والمساعدة وساهم في إكمال رسالتي هذه ، ومنهم على وجه الخصوص الدكتور عباس الحسيني – عميد كلية القانون في جامعة كربلاء – والقاضي كاظم عباس حبيب الخفاجي الذي زودني بأغلب ما ورد في هذه الرسالة من أحكام قضائية عراقية غير منشورة ، ولزملائي صادق الحسيني ومجيد مجهول وجمال الحاج ياسين وعباس فاضل ، والى كل أعضاء الهيئة التدريسية في كلية القانون بجامعة بابل .

كما أثبت شكري وتقديري الى الأخوة والأخوات العاملين في مكتبة كلية القانون بجامعة بابل وقسم الدراسات العليا في هذه الكلية وموظفي مكتبة جامعة بابل ومكتبة المعهد القضائي والمكتبة المركزية في محافظة كربلاء ، ولن أنسى بالذكر المساعدة الكبيرة التي قدمت لي والمعاملة الطيبة التي تحلى بها موظفو مكتبات كليات الحقوق في جامعات القاهرة وعين شمس وحلوان في جمهورية مصر العربية ، فلهم مني أزاء ذلك كل شكر وتقدير .

وأخيراً فإن شكري كله وتقديري العالي أتقدم بهما الى مَنْ سهّل لي القبول في الدراسات العليا والحصول على الإجازة الدراسية من العاملين في دوائر محافظة كربلاء ووزارتي الداخلية والبلديات والأشغال العامة ، ولزملائي المخلصين في هذه الدوائر .

الباحث

الإهداء

الى من رباني فأحسن تربيتي تغمده الله برحمته الواسعة ...
أبي

الى من طال نظرها الى السماء ويدها مرفوعة للدعاء ...
أمي

الى من جاهدن وصبرن وتأخرت فرحتهن حتى وقت قريب ...
أخواتي

الى من تحملت ووقفت معي وقفة المصير ...
زوجتي

الى من أفرح القلوب وزرع الأمل بعد طول انتظار

...

ولدي علي
الى من علمني وكاد أن يكون رسولا ...
أستاذي



قائمة المختصرات المختصرات باللغة الفرنسية

L.G.D.J : Librairie General de droit et de
Jurisprudence.

J.C.A. : Teris – classeur Administratif.

Op. cit : Ouvrage precite.

Ibid : Au MeMe endroit (refrence).

P : Page.

T : Tome.

المختصرات باللغة العربية

- ج : جزء .
- هـ : هيئة استئنافية .
- ط : طبعة .
- ك : كتاب .
- م 1 : هيئة مدنية أولى .
- م 2 : هيئة مدنية ثانية .
- م 3 : هيئة مدنية ثالثة .
- م : مادة .
- س : استئناف .
- ع : عدد .
- ق : قضائية .
- ق.أ : قضاء إداري .
- ق.ع : قضائية عليا .
- ص : صفحة .

المحتويات

رقم الصفحة من الى	الموضوع
-------------------------	---------

الموضوع	رقم الصفحة من الى
المقدمة .	3 - 1
الفصل الأول -	96 - 4
المبحث الأول -	62 - 4
المطلب الأول -	30 - 4
الفرع الأول -	21 - 5
أولاً :	15 - 5
1- الإجراءات السابقة على صدور الإذن بالتعاقد	13 - 7
2- شروط الإذن بالتعاقد	15 - 13
ثانياً :	21 - 15
الفرع الثاني -	30 - 21
أولاً :	26 - 21
ثانياً :	30 - 26
المطلب الثاني -	62 - 30
الفرع الأول -	41 - 30
أولاً :	31 - 31
ثانياً :	31 - 31
ثالثاً :	32 - 32
رابعاً :	35 - 32
خامساً :	36 - 35
سادساً :	41 - 36
الفرع الثاني -	62 - 41
أولاً :	53 - 41
1- شروط قبول العرض	53 - 41
2- سلطة الإدارة التقديرية في الاستبعاد	58 - 53
ثانياً :	62 - 58
المبحث الثاني -	96 - 62
المطلب الأول -	83 - 63
الفرع الأول -	73 - 63
أولاً :	66 - 63
ثانياً :	69 - 66
ثالثاً :	73 - 69
الفرع الثاني -	83 - 73
أولاً :	74 - 73
ثانياً :	79 - 74
ثالثاً :	82 - 79
رابعاً :	83 - 82
المطلب الثاني -	96 - 83

الموضوع	رقم الصفحة من الى
الفرع الأول - الأساس القانوني للإحالة	87 - 83
أولاً : الإحالة يجب أن تكون تلقائية	84 - 83
ثانياً : الإحالة يجب أن تكون إجبارية	85 - 84
ثالثاً : الإحالة يجب أن تكون نهائية	87 - 85
الفرع الثاني - الطبيعة القانونية لقرار الإحالة	96 - 87
أولاً : التكييف القانوني لقرار الإحالة	94 - 87
ثانياً : الآثار القانونية لقرار الإحالة	96 - 94
الفصل الثاني - حدود سلطة الإدارة التقديرية في مرحلة إبرام العقد	97 - 175
المبحث الأول - مرحلة الإحالة القطعية	97 - 125
المطلب الأول - قرار الإحالة القطعية والسلطة المختصة باتخاذها	97 - 105
الفرع الأول - قرار الإحالة القطعية	98 - 100
الفرع الثاني - السلطة المختصة باتخاذ قرار الإحالة القطعية	100 - 105
المطلب الثاني - الطبيعة التقديرية لقرار الإحالة القطعية وآثاره القانونية	105 - 116
الفرع الأول - الطبيعة التقديرية لقرار الإحالة القطعية	105 - 111
الفرع الثاني - الآثار القانونية لقرار الإحالة القطعية	111 - 116
المطلب الثالث - تبليغ قرار الإحالة القطعية وأثره في إبرام العقد	116 - 125
المبحث الثاني - إلغاء المزايدة ونكول المزايد الأخير	125 - 175
المطلب الأول - سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء المزايدة	125 - 152
الفرع الأول - حالات إلغاء المزايدة	126 - 141
الفرع الثاني - الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المزايدة	141 - 152
أولاً : التكييف القانوني لقرار الإلغاء	141 - 146
ثانياً : الآثار القانونية لقرار الإلغاء	146 - 152

رقم الصفحة من الى	الموضوع
152 - 175	المطلب الثاني - نكول المزايد الأخير
153 - 162	الفرع الأول - النكول وشروط تحققه
162 - 175	الفرع الثاني - الآثار القانونية للنكول
176 - 179	الخاتمة .
180 - 195	قائمة المراجع .
A-B	ABSTRACT

المقدمة

تحتل المزايدات العامة مكانة بارزة في مجال العقود الادارية كونها من الوسائل الاصلية التي تستعملها السلطة الادارية لا برام مثل هذه العقود التي يكون احد اطرافها شخصا من اشخاص القانون العام كالدولة مثلا او الهيئات او المؤسسات العامة ذات الشخصية المعنوية، واصبح موضوعها في العصر الحديث شائعا منتشرا محليا وعالميا تضاعفت أهميته نظرا لشدة الحاجة اليه ، اذ انه اصبح طريقا لابرام عقد المؤسسات والادارات الحكومية عندما تقرر بيع اموالها او ايجارها ، له نظمه وقوانينه ، ومن ثم انتظم قانونا بين العقود الادارية ، له استقلاله الموضوعي ودراساته المتخصصة، واضحي لكل دولة قانونها او لائحتها التي تنظم طريقة المزايدات تشترك في المبادئ والاسس وتختلف في الاجراءات والتنظيمات حسب العرف والبيئة المحلية .

وبطبيعة الحال فإن الجهة الادارية وهي تباشر طريق المزايدة العامة لغرض اختيار المتعاقد معها فانها تمارس سلطتها الممنوحة لها في القانون المنظم لذلك الطريق ، فتراها سلطة مقيدة بتطبيق الشروط التي فرضها القانون دون ان يترك للادارة حرية في ممارسة هذا الاختصاص، وتجدها احيانا سلطة تقديرية منحها القانون للادارة حتى يمكنها من ان تختار المتعاقد الذي يحقق اهدافها في حماية المصلحة المالية وتوفير ما هو افضل لها في الوقت الذي تراه صالحا ومن خلال المزايد الذي يكون أهلا للاختيار والتعاقد .

ويعد العراق واحدا من تلك الدول التي اسهمت قوانينها في تحديد قواعد واجراءات المزايدة العامة كطريقة نصت عليها تلك القوانين لبيع وايجار أملاك الدولة فكان اولها القانون رقم 34 لسنة 1936 بشأن بيع وايجار الاملاك العائدة للحكومة ، ثم قانون بيع وايجار عقارات الحكومة رقم 17 لسنة 1967 وقانون بيع أموال الدولة المنقولة رقم 115 لسنة 1972، واخيرا القانون النافذ حاليا رقم 32 لسنة 1986 بشأن بيع وايجار أموال الدولة والذي شملته تعديلات عدة جاءت لتعالج المستجدات التي غابت عن نظر المشرع وقت سنه له.

والعمل في المزايدات يثير الكثير من المشاكل داخل الجهات الادارية بصدد الاجراءات السابقة على التعاقد وحال انعقاد لجنة البيع والايجار ثم الاحالة (الارساء) وحتى في مرحلة الاحالة القطعية وما يثيره موضوع تصديق نتائج المزايدة او رفض هذه النتائج من السلطة المختصة، ولا تقتصر تلك المشكلات على اجراءات تطبيقاتها العملية ، وانما تلك التي تثيرها السلطة الممنوحة للادارة في تطبيق تلك الاجراءات فيما اذا كانت سلطة مقيدة يكون المتعاقد او الراغب بالتعاقد عندها اكثر أمنا من تعسف الادارة ، ام سلطة تقديرية تكون الادارة فيها بعيدا عن رقابة القضاء ، او برقابة ضعيفة ، ولعل جملة من هذه المشاكل هي اسئلة يثيرها البحث وتحتاج الى اجابة ومنها :

- ما هي سلطة الادارة في اعادة تقدير الاموال بعد المصادقة على قرار التقدير ؟
- ما هي سلطة الادارة في الغاء المزايدة قبل الاعلان عنها او بعد الاعلان والنشر ؟
- ما هي سلطة الادارة في احالة المزايدة على من تقدم بعرضه ، وهل لها سلطة في اختيار من تراه ام انها مقيدة بصاحب السعر الاعلى ؟
- ما هي سلطة الادارة في تصديق قرار الاحالة الصادر عن لجنة البيع والايجار ، وهل تملك الجهة الادارية الاعلى سلطة استبدال من حددته اللجنة باخر ، وهل هي ملزمة بان تختار من اختارته اللجنة ، ام ان لها السلطة في ان لا تحيل المزايدة ؟
- هل للمزايد الذي قدم السعر ان يتخلى عن ايجابه رغم قبول الادارة به ؟

- هل للادارة سلطة في حرمان من تشاء من الاشتراك في المزايدة، او تستبعد ما تشاء من العروض، ام انها لا تشاء الحرمان والاستبعاد اصلا ؟
 - ما هي حدود سلطة الادارة في العراق في كل اجراءات المزايدة العامة، وهل يوفر القانون الحالي وحتى القوانين السابقة ما يحمي حقوق الادارة ويحقق المباديء الرئيسة في المزايدة ؟

ان ما دفعنا الى اختيار هذا الموضوع هو رغبتنا الصادقة في الاجابة على تلك الاسئلة مصحوبة باسباب أخرى نوجزها بما يلي :

اولا : اسباب نظرية .

وتتمثل بندرة الأبحاث التي تتناول موضوع حدود سلطة الإدارة التقديرية في المزايدات العامة ، وإذا ما وجد من اشارة حول هذا الموضوع في المكتبات العراقية والعربية فإنها تبدو بسيطة تضيق بين سطور الموضوع الرئيس الذي تتناوله تلك الأبحاث وهو المناقصات ، خاصة في مجال الفقه العربي ويسايره الى حد كبير الفقه في العراق ، ولعل السبب الواضح في هذا الشأن هو ان المناقصات والمزايدات في مصر خاصة تنظمها قواعد قانونية واحدة ، اذ يطبق على المزايدات ما هو مطبق على المناقصات من تلك القواعد مع اختلاف بسيط احيانا ، وقد سار الفقه العراقي على هذا المنوال بالرغم من ان المزايدات في العراق تنظمها قوانين صدرت بشأنها على خلاف المناقصات التي بقيت خاضعة لأنظمة وتعليمات ادارية متناثرة .

ثانيا : اسباب عملية .

اذ وجدت في مجال التطبيق العملي والممارسة اليومية كوني عاملا في احدى الادارات العراقية الاكثر من غيرها تطبيقا لاجراءات المزايدة ، ان كثيرا من المشكلات يثيرها ذاك التطبيق، لم تجد في النصوص القانونية النافذة اجابة لها ، كما ان الادارة تبتعد احيانا عن تلك النصوص مع تطبيق لا يوفر الضمانة للمزايد الراغب بالشراء والتأجير ولا يحقق صالح الخزينة أيضا ، ولعل السلطة الواسعة التي تباشرها الجهات الإدارية العراقية في هذا الخصوص هي النقطة التي تحتاج الى عمق في الدراسة ودقة في البحث عسى ان أجد في التجارب المقارنة ما يحمي المزايد ويحفظ حقوق الادارة .

إن هذا الموضوع مما لا عهد للباحث العراقي فيه الا قليلا ، جديرا بان يكون موضع البحث والتأمل لمعرفة موقف الفقه والتشريع والقضاء في العراق مقارنة مع مواقفهم في الدول الاخرى ، وعليه فان البحث يستوجب عرضا كاملا لمراحل التعاقد بطريق المزايدة ودور سلطة الادارة في كل مرحلة، فسوف يكون الفصل الاول محطة لدراسة حدود سلطة الإدارة التقديرية في المرحلة التمهيديّة للتعاقد ، ويتضمن مبحثين ، الأول نخصه لدراسة مرحلة التقدم الى المزايدة العامة والثاني نخصه لدراسة مرحلة الإحالة – الإرساء – .

أما الفصل الثاني فنتطرق فيه الى حدود سلطة الإدارة التقديرية في مرحلة إبرام العقد ونقسمه الى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مرحلة الإحالة القطعية ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه مرحلة نكول المزايد الأخير أو عدوله عن التعاقد .

وسوف نختم البحث بملخص لأهم ما يرد فيه من نتائج وما يتضمنه من مقترحات .

الفصل الاول

حدود سلطة الادارة التقديرية في المرحلة التمهيدية للتعاقد

تمثل المرحلة التمهيدية للتعاقد عن طريق المزايدة العامة مجموعة من الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل السلطة الادارية المختصة بإجراء المزايدة ، ويتولى المشرع عادة تحديد هذه الإجراءات والمبادئ التي تحكمها ، ومن أهمها الإعلان عن المزايدة وتقديم الراغبين في التعاقد عروضهم الى سلطة الإحالة ، غير أن هذه الخطوات السابقة على التعاقد لا تجعل من الإدارة سلطة تنفيذ بصورة تحرمها من أية قدرة على التصرف وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة والظروف المحيطة بكل عقد ، بل إنها تتمتع دائماً بقدر من السلطة التقديرية اتجاه تصرفاتها القانونية مع تأمين رقابة قضائية تضمن عدم خروج الإدارة عن قواعد المشروعية ، ولغرض بيان حدود هذه السلطة فإننا سوف نتناول الموضوع في مبحثين ، الأول يختص بمرحلة التقدم الى المزايدات العامة ، والثاني نبحث فيه مرحلة الإحالة أو إرساء المزايدة .

المبحث الاول

مرحلة التقدم الى المزايدة العامة

تخضع المزايدات العامة لعدد من المبادئ تمثل بمجموعها ضماناً لسلامة إجراءاتها تحول دون التلاعب في نتائجها وصولاً الى التعاقد مع صاحب العرض الافضل شروطاً والأعلى سعراً من خلال علانية الاجراءات وكفالة مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة¹. ويعد الإعلان عنها إجراء أساسياً وجوهرياً بالنسبة للمزايدة العامة إذ يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة الواجب توافرها في إجراءاتها ، إذ أنه يبين الاجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين التنافس على أساسها². وحين يتوافر العلم بالمزايدة يبيد الأفراد رغبتهم في شراء المال أو استئجاره من خلال تقديم عروضهم وفقاً للشروط المطلوبة ، وحتى تتمكن الادارة من اختيار الافضل من بين المتقدمين فلا بد من وجود السلطة المختصة بالإحالة (الإرساء) على صاحب السعر الاعلى .. وعليه سوف يقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول الاعلان عن طلب التعاقد وفي الثاني تقديم العرض.

المطلب الاول

الاعلان عن المزايدة

ان الادارة وقبل ان تقرر الاعلان عن المزايدة³ تلتزم بمراعاة بعض النقاط التي تشكل قيوداً سابقة ، ومن بينها إلزامها بإعطاء الاذن لإتخاذ اجراءات البيع أو الايجار ، كما تلتزم بتقدير قيمة

¹ د. محمد ماهر ابو العينين ، العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات ، الكتاب الاول ، دار ابو المجد ، القاهرة 2003 ، ص349.

² د. عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم شرف ، العقود الادارية ، ط1 ، 2001-2002 ، ص194.

³ - تفسير المزايدة ومشتقاتها لغوياً ورد كالاتي :-

=

= زيد : الزاي والباء والداً أصل يدل على الفضل ، يقولون زاد الشيء فهو يزيد زائد ..) و (تزايد السعر ، وتزيد ، وتزايدوا في ثمن السلعة حتى بلغ منتهاه ، وزايد أحد المتابعين الاخر مزايدة) و (تزايد أهل السوق على السلعة إذا بيعت فيمن يزيد) و (زايده : نافسه في الزيادة ، وفي ثمن السلعة : زاد فيه على آخر ... المزاد : موضع الزيادة و (بيع المزاد) البيع الذي يتم بطريق الدعوة الى شراء الشيء المعروض ليرسو على من يعرض اعلى ثمن. و (ثمن المزاد) الثمن الذي رسا به المزاد) و (المزايدة أو البيع المزاد العلني (ت) : هو أن يطرح عين من الاعيان للبيع فيتزايد في ثمنه الراغبون في شرائه فيثبت للزائد الاخير) . أنظر :

أبو الحسن أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر ، مصر ، (دون ذكر سنة الطبع) مادة زيد ، مادة زيد ، ج3 ، ص40.

- جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري ، أسس البلاغة ، ط1 ، تحقيق عبد الرحيم محمود ، مطبعة أولاد أوقاند ، مصر ، 1953 ، مادة زيد ، ص198 .

الاموال قبل التصرف بها ، وهذه القيود تلزم الإدارة باحترامها وبعكسه فإن إجراءاتها يكون معيباً بعبء الشكل ، وسوف نبحت في تلك القيود أولاً ثم في الاعلان وشروطه ثانياً ونخصص لهما الفرعين التاليين :

الفرع الاول القيود السابقة على الاعلان

وتتمثل هذه القيود بوجوب صدور إذن بالتعاقد ، وتقدير قيمة الاموال المطلوب بيعها أو أيجارها .
أولاً : صدور قرار باتخاذ اجراءات البيع والايجار .

وقد يشترط المشرع قبل إبرام العقد الاداري¹ صدور إذن أو تصريح بالتعاقد من جهة معينة ، وفي هذه الحال يحظر على الادارة السير في اجراءات التعاقد قبل الحصول على هذا الاذن أو ذاك التصريح ، وقد يأخذ هذا الاذن صوراً متعددة فيكون في صورة قانون أو قرار جمهوري ، أو قرار وزاري أو من أي جهة ادارية اخرى ، والحكم واحد في كل الحالات² ، فمثلاً في فرنسا التصرفات

- جمال الدين محمد بن منظور ، لسان العرب ، ج6 ، ط 1 ، دار احياء التراث العربي ، مصر ، 1988 مادة زيد ، ص123 .

- لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم ، قسم اللغة ، ط 17 ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، 1960 ، ص314 .

¹ - العقد الاداري : يعرفه القضاء المصري بأنه اتفاق يبرمه شخص من اشخاص القانون العام مع أحد الاشخاص أو الهيئات بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر نية الادارة في الاخذ باحكام القانون العام وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ووفقاً لهذا التعريف فإن القضاء المصري والاداري والدستوري يشترط توافر ثلاثة شروط مجتمعة في العقد حتى يمكن أن يكون عقداً ادارياً يطبق عليه النظام المتعلق بهذه العقود واخضاع المنازعات التي تثور حوله لأختصاص القضاء ، وهذه الشروط الثلاثة هي :-

1- أن يكون أحد طرفي العقد على الاقل شخصاً من اشخاص القانون العام .
2- أن يتعلق العقد بمرفق عام بأي صورة من الصور سواء في تنظيمه أو تنفيذه أو تسييره .
3- أن يتضمن العقد بنوداً غير مألوفة بالنسبة لعقود القانون الخاص .
فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد العقد صفته الادارية واصبح كعقود القانون الخاص ولو اجتمع فيه الشرطان الآخران ، أما في فرنسا فلا يشترط توافر هذه الشروط مجتمعة ، لا بل أن معايير تمييز وتحديد العقد الاداري شهدت في فرنسا تطوراً هاماً شمل عناصر ومفردات هذه المعايير ، فمعيار البنود غير المألوفة على سبيل المثال تطور كثيراً إذ ظهرت محله فكرة النظام غير المؤلف وطبقاً لهذه الفكرة فإن العقد يعد ادارياً بمجرد ابرام الاطراف لأحد العقود التي تضع لها القوانين واللوائح نظاماً محدداً يتضمن احكاماً غير مألوفة بالنسبة لعقود القانون الخاص ، ويعد الاطراف في مركز تعاقدى تنظيمي يحكمه النظام المنصوص عليه في القوانين واللوائح والذي يحكم العقد الذي = ابرموه بصرف النظر عن صفتهم ، بل وبصرف النظر عما إذا كان الاطراف ضمنوه بنوداً غير مألوفة ، فصفة العقد لا تتحدد من داخله ومن خلال البحث في بنوده ، وإنما من خارجه من خلال النصوص التي تحكمه وتنظمه .
أنظر :

- د. جورجى شفيق ساري ، تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الاداري في القانونين الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص69 وما بعدها .

- د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص12 وما بعدها .

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، القاهرة 2004 ، ص93 ، د. أحمد بدر سلامة ، العقود الادارية وعقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص36 ، د. حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الاداري - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2001 ، ص126 ، د. محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص24 ، د. سعاد الشرفاوي ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 - 1999 ، ص226 ، د. عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ ونظريات القانون الاداري- امتيازات الادارة العامة- دار النهضة العربية القاهرة ، 1998-1999 ،

ص223 ، د. محمد ماجد محمود ، دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص15 ، وما بعدها ، د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية - دراسة مقارنة ، ط 5 ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1991 ، ص341 ، نجيب خلف احمد الجبوري ، سلطة الادارة

العقارية الوطنية اذا ما بلغت قيمتها حداً معيناً لا يمكن إبرامها الا بمقتضى قانون ، الا انه بموجب المرسوم الصادر في 1957/11/25 المعدل بالمرسوم 137 في 1969/2/6 تعدل الوضع واصبح التصرف بالعقار بيعاً يتم وفقاً للمادة 129 من قانون أملاك الدولة Code du domaine de l'Etat بقـرار اداري يصدر من السلطة المختصة (قرار وزاري - مرسوم يصدر بناء على تقرير من وزير المالية) وفقاً لقيمة التصرف ، فإنها تتم بعد موافقة ممثل الدولة بناء على اقتراح من مدير القطاع المالي اذا كانت القيمة تعادل مليون فرنك فرنسي وقرار من وزير المالية اذا تجاوزت القيمة مليون حتى خمسة مليون فرنك ، وبمرسوم يصدر بناءً على تقرير من وزير المالية اذا تجاوزت القيمة خمسة مليون فرنك.

أما بالنسبة لتأجير العقارات فإن المرسوم 969/137 عدل المادة (66) من القانون المشار إليه ، إذ تنص على عدم وجود حاجة الى صدور قانون لتأجيرها ويكفي موافقة ممثل الدولة (حاكم الإقليم) ، واذا ما تجاوزت مدة الايجار 18 سنة فإن ذلك يتطلب إذنًا من وزير المالية¹ ، وفي مصر فإن المشرع لم يأخذ بالقيود المالي كما فعل المشرع الفرنسي ، فالمادة (10) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ألزمت الجهة الادارية قبل الاعلان عن التعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقاً للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك ، كما اشترطت المادة (115) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1376 لسنة 1998 ان يصدر باتخاذ اجراءات بيع الاصناف قراراً من السلطة المختصة².

أما في العراق ، فإن الشروع في اجراءات بيع وإيجار أموال الدولة يجب ان يسبقه صدور الاذن بالتعاقد من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخوله ، والحقيقة ان القرار باتخاذ اجراءات البيع والايجار من السلطة المختصة لابد من ان تسبقه خطوات على الجهة الادارية مراعاتها عند طلبها الاذن واذا ما صدر قرار الاذن فإن له شروطاً يستلزم تحقيقها.

1- الاجراءات السابقة على صدور الاذن بالتعاقد . وتتمثل هذه الاجراءات بما يلي :-

أ- توافر الاعتماد المالي .

أن يتوافر لدى الادارة الراغبة بالتعاقد الاعتماد المالي لتغطية نفقات المزايدة والتي تنصب في الغالب على :

- أجور نشر الاعلان في الصحف المحلية او وسائل النشر الاخرى او اجور متعهدي النشر.
 - أجور أعضاء لجان التقدير وإعادته ولجان البيع والايجار وأجور من تستعين بهم من الخبراء وغيرهم.
 - أجور متعهدي مسح وإفراز الاراضي تمهيداً لبيعها او ايجارها.
 - اجور التصاميم والمخططات المعدة من قبل الغير لإعتمادها ضمن شروط المزايدة عند التأجير بنظام المساطحة.
 - مصاريف حفظ المال المنقول المشمول بإجراءات البيع.
- وبطبيعة الحال فإن الادارة تتحمل مصاريف المزايدة في حالة عدم تقدم راغب لشراء او تأجير المال او في حالة الغاء المزايدة او الاستغناء عنها نهائياً ، وعند رسو المزايدة فإن جميع المصاريف

في اختيار المتعاقدين معها - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير - مقدمة الى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1984 ، ص149 ، د. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية ، ط1 ، مكتبة الفلاح ، 1981 ، ص139.

¹ - د. عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الاداري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة - 1994 ، ص165.

² - المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 ، حددت المقصود بالسلطة المختصة وهو (الوزير ومن له سلطاته او المحافظ او رئيس مجلس ادارة الهيئة العامة - كل في نطاق اختصاصه ومن يفوضه من شاغلي الوظيفة الادنى مباشرة دون سواه).

اللازمة لإعداد المال للبيع أو الإيجار بما في ذلك أجور الاعلان يتم استقطاعها من المبلغ الذي يستوفى من المشتري أو المستأجر كأجور خدمة وبنسبة 2% من بدل البيع أو الإيجار¹.
والاذن المالي وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء ، ليس شرطاً لسلامة العقد اذ يظل قائماً – رغم تخلف هذا الاذن – منتجاً لآثاره في مواجهة الادارة المتعاقدة صحيحاً ملزماً لأطرافه لا يترتب عليه البطلان².

¹ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 163 في 1998/10/7 منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد 3744 في 1998/10/19.

² - Jeze, La theorie generale des contrats administratifs , Paris, 1931, p.15.

ب- تصنيف وتحديد أنواع الاموال المراد بيعها أو إيجارها ..

إن الجهة الادارية التي تسعى للتصرف بأموالها بالمزايدة العلنية يقع على عاتقها عند طلب اصدار القرار من السلطة المختصة باتخاذ اجراءات البيع او الايجار عبء تصنيف المهمات والاصناف المعروضة للبيع إلى أصناف متجانسة وإعطاء مواصفات كافية ودقيقة لها¹ ، بمعنى ان يكون طلب الادارة من السلطة المختصة بإعطاء الاذن حقيقياً وصادقاً ومعبراً عن الاموال المراد التصرف بها ، والعلة من ذلك ظاهرة من اجل :

1- أن تكون السلطة المختصة بإصدار قرار البيع او الايجار على بينة من الاموال التي

تعطي الاذن بشأن بيعها او إيجارها.

2- حتى لا يأتي القرار باتخاذ البيع او الايجار مبهماً وغامضاً يفسح المجال امام الادارة

لتغيير او تبديل الاموال المراد التصرف بها بأخرى ليس في النية بيعها او إيجارها في

وقت طلب اصدار القرار².

فالتحديد الدقيق وإعطاء المواصفات الكافية للأموال يمنع أي تغيير يمكن ان يحدث في مكوناتها ، على أن يراعى في تقسيم الاصناف ان يكون حجم كل صنف مناسباً بحيث يسمح باشتراك اكبر عدد من المتنافسين يحول دون قيام احتكارات³.

وان الادارة ملزمة بمراعاة كون المال غير المنقول ملكاً لها مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري بإسمها ، لان البيع الواقع على عقار لا تملكه يقع باطلاً⁴ ، كما لا يحق لها تأجير مال الغير وهي لا تملكه ويكون للمالك حق مراجعة القضاء لاسترداد الحيازة وطلبه منع الشاغلين من معارضته في استغلاله⁵. كما أنها ملزمة بأخذ موافقة شريكها في العقار المشاع تحريراً على بيع أو تأجير حصته بالمزايدة العلنية ، لان كل شريك في الملك الشائع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع فيه بحيث لا يضر بشركائه وكل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأي وجه كان من غير رضاه⁶.

¹ - د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي حسن ، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2004 ، ص216 ، د- عزت عبد القادر ، المناقصات والمزايدات ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2001 ، ص230 .

² - د. عصمت عبد المجيد بكر ، أحكام بيع وإيجار اموال الدولة ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2000 ، ص18.

³ - المادة (116) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 1998/89.

⁴ - محكمة تمييز في العراق - قرار رقم 1255 / هيئة استئنافية / عقار / 2004 في 2004/11/28 ، غير منشور.

⁵ - محكمة التمييز في العراق - قرار رقم 3068 / م2 / 2000 في 2000/11/26 ، غير منشور.

⁶ - محكمة التمييز في العراق - القرارات رقم 651 / م1 عقار / 2003 في 2004/6/9 ، غير منشور .

1800 / م1 عقار / 2003 في 2004/7/22 ، غير منشور .

456 / م1 عقار / 2003 في 2004/5/4 ، غير منشور .

ج - الحصول على الموافقات المطلوبة .

إن عملية بيع أو إيجار الاموال لا تنحصر آثارها بالجهة الادارية المالكة له بل تمتد أحياناً الى جهات ادارية اخرى يصبح من الواجب استئذانها او أخذ موافقتها قبل طرح العملية للتعاقد لإعتبارات عدة أمنية أو صحية أو غيرها ، ففي حال إيجار أو بيع العقارات لأغراض المشاريع الصناعية أو الخدمية أو أي مشروع آخر ينبغي استحصال تأييد من السلطات الادارية والصحية والدوائر ذات العلاقة بعدم وجود مانع لديها من البيع أو الإيجار¹. وإذا تم البيع أو الإيجار دون تلكم الموافقات فإن قرار الاحالة يكون عرضة للإلغاء استناداً الى عيب مخالفة الشكل ، فإقدام البلدية مثلاً على إيجار ارض خالية تقع بجوار مقر للشرطة دون موافقة مسبقة من مسؤول المقر يبطل له طلب إلغاء المزايدة لأسباب أمنية ، وقيام الادارة ببيع قطعة ارض لأغراض السكن دون موافقة دائرة التخطيط العمراني بوصفها الجهة المختصة ببيان استعمالات الارض وفقاً لتصميم المدينة ثم يتبين للمشتري بأن استعمالات الارض خدمية وليست سكنية مما يمهّد له طلب إلغاء اجراءات المزايدة مع التعويض ان كان له مقتضى لتعذر قيامه بالبناء وفق الغرض المعلن عنه لمخالفته ذلك التصميم ، وقد يشترط القانون موافقة مجلس الشعب قبل اتخاذ الادارة لإجراءات البيع أو التأجير كما هو الشأن في المادة (15/47) من قانون مجالس الشعب المحلية رقم 25 لسنة 1995² ، وان كانت البلدية اعتادت على أخذ رأي المجلس بعد الإحالة (الإرساء) وقبل التصديق عليها. وفي كل الاحوال فإن الوزير او من يخوله لا يصادق على الإحالة إذا كان المال عائداً للبلدية ما لم يكن المجلس قد أقرّ عملية البيع أو الإيجار.

د - اقتراح طريقة البيع أو الإيجار .

إن القواعد القانونية التي تحكم إبرام عقود الإدارة تختلف عن تلك التي تحكم العلاقة بين الأفراد ، فالإدارة في كثير من الاحيان يفرض عليها المشرع اتباع طريقة معينة لإختيار المتعاقد معها وذلك لضمان أفضل العروض والحفاظ على المصلحة المالية للدولة . وفي ذات الطريقة الواحدة تتعدد الصور والوسائل ، فالمزايدة لها صور عدة منها المزايدة العلنية العامة ، والمزايدة السرية (بالمظاريف المختومة) والمزايدة العلنية المقيدة والمزايدة المحلية وحتى يدخل فيها أحياناً العنصر الاجنبي فتصبح مزايدة دولية مثلما هي غالباً مزايدة محلية (داخلية) وقد اختلفت القوانين في تحديد هذه الصور التي يكون لها حكماً يميزها عن غيرها واسباباً تبرر اللجوء اليها ، ففي فرنسا مثلاً فإن قانون املاك الدولة قد نظم المزايدة بوصفها اسلوباً لا يرام عقود البيع التي تكون الادارة طرفاً فيها ونصت المادة (129/ ر) منه على ان : (التصرف بعقار يقع ضمن مال الدولة الخاص يجب ان يتم بناء على مزايدة عامة ..) كما ان المادة (68) منه قد اشترطت المزايدة اسلوباً لبيع المنقولات ، وقد حددت المادة (69) صور المزايدة بأنها ، مزايدة علنية عامة أو محدودة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة. أما بالنسبة للوحدات المحلية او مؤسساتها العامة الإقليمية فإن تصرفها بالمنقولات التي تملكها يتم من حيث المبدأ بأسلوب المزايدة وإن كان ذلك بناء على منشورات وتعليمات إدارية دون أن يكون هناك نص قانوني يتعلق بهذه المسألة ، ولكن بعد صدور القانون رقم 213 لسنة 1982 المعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 والذي نص على إلغاء الوصاية على الوحدات المحلية فإنها لم تعد ملزمة بإجراء المزايدة عند التصرف في عقاراتها ومن الطبيعي أن ينسحب ذلك الى عملية التصرف في منقولاتها³. وفي مصر فإن المادة (30) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 نصت على أن يكون البيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية والترخيص بالانتفاع او باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف – عن طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو

¹ - المادة (40) من تعليمات تسهيل تنفيذ القانون رقم 32 لسنة 1986 الصادرة عن وزارة الحكم المحلي رقم 7 لسنة 1986 المنشورة في جريدة الوقائع العراقية عدد 3120 في 1986/10/20 ، المادة (37) من تعليمات وزارة الاسكان والتعمير رقم 1 لسنة 1988 المنشورة في الوقائع العراقية عدد 7190 في 1988/2/22.

² - نصت المادة 15/47 من القانون المنشور في الوقائع العراقية عدد 3596 في 1995/12/25 على ان : يمارس مجلس الشعب المحلي في مجال الشؤون البلدية ، بما لا يتعارض مع القوانين النافذة ، الصلاحيات الآتية : خامس عشر - إقرار بيع وتأجير الاموال المنقولة وغير المنقولة العائدة للبلدية وتملكها الاموال وفقاً للقانون.

³ - د. عبد الفتاح صبري أبو الليل - مصدر سابق ، ص154.

بالمظاريف المغلقة وأجازت استثناءات وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بطريق الممارسة المحدودة ، كما أجاز المشرع في المادة (33) في الحالات العاجلة التي لا تحتل اتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدودة التعاقد بطريق الإتفاق المباشر بناء على ترخيص من المختص وفي حدود القيمة التي وردت في المادة المذكور¹. ونرى بأن القاعدة العامة في مصر أصبحت بموجب القانون الحالي هي التعاقد بطريق المزايدة والاستثناء هو العدول عن هذه الطريقة في الاحوال التي حددها القانون رقم 89 لسنة 1998 وهو الاتجاه الذي جاء مغايراً للقوانين التي سبقته. وفي سورية – تعد المزايدة الطريقة الأساسية لبيع عقارات الجهات العامة أو إيجارها أو استثمارها وكذلك بيع اللوازم والاشياء ، وتتم المزايدة طبقاً للمواد (76 و 82) من المرسوم التشريعي رقم 228 لسنة 1969 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1995 بأحد طريقتين أولهما : بالظرف المختوم وثانيهما : بالشكل العلني². أما في العراق فإن المادة (الثالثة) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 المعدل قد نصت على أن : (يجري بيع وإيجار أموال الدولة بطريق المزايدة العلنية وفق الإجراءات المرسومة في هذا القانون إلا اذا وجد نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك). وإذا كان المشرع العراقي قد اتخذ من المزايدة العلنية طريقاً أصلياً للتعاقد ، لكنه فيما بعد جعل منها مزايدة محدودة على فئات معينة من اصحاب الاوسمة والانواط والنياشين إذ اختصهم لوحدهم في شراء الاموال منقولة أو غير منقولة طبقاً لنص قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 100 في 1995/9/20 ، وبعد إلغائه³ ، بقيت مزايدة بيع العقارات السكنية محدودة ومحصورة بموظفي الدولة والقطاعين الاشتراكي والمختلط طبقاً لنص المادة (12) من القانون ، أما العقارات غير السكنية والاموال المنقولة فيتم بيعها بأسلوب المزايدة العلنية العامة (المفتوحة) ، في حين كانت المزايدة العلنية العامة ولا زالت الطريقة التي تتبع في إيجار الاموال غير المنقولة ، ولم يلجأ المشرع العراقي الى المزايدة السرية إلا في حالات استثنائية⁴.

والقانون المذكور قد رسم للمزايدة العلنية صورتين هما : العامة المفتوحة ، والمقيدة المحدودة ولكننا نرى بأنه قد أضاف صورة ثالثة هي المزايدة غير المعلنة – وفيها يتم بيع وإيجار المال غير المنقول الذي تقل قيمته المقدرة عن ألف دينار بنفس أسلوب المزايدة العلنية ومن نفس اللجنة المختصة بالبيع أو الإيجار إلا أنه استثناهما من شرط نشر الاعلان في الصحيفة المحلية⁵. كما ان القانون قد أجاز للإدارة بيع الاموال المنقولة بدون مزايدة علنية بقرار من السلطة المختصة ومن قبل لجنة البيع والإيجار اذا كانت تلك الاموال سريعة التلف او متناقصة القيمة او كان مجموع القيمة المقدرة لها لا تتجاوز خمسون ألف دينار او كانت مصاريف حفظ وصيانة تلك الاموال باهضة بالنسبة الى قيمتها⁶ ، ونجد أن

¹ - اسامة احمد شتات المحامي – قانون المناقصات والمزايدات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص19.

² - د. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الاداري – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 2001 ، ص366.

³ - تم إلغاء القرار 100 لسنة 1995 بأمر رئيس الوزراء رقم 12 لسنة 2004 المنشور في جريدة الوقائع العراقية عدد 3989 في 2004/11/11.

⁴ - أجاز قرار مجلس قيادة الثورة – المنحل- رقم 224 في 1987/4/11 المنشور في جريدة الوقائع العراقية عدد 3147 في 1987/4/27 لوزير النفط تأجير محطات تعبئة الوقود وساحات الغاز وبالصيغة التي يراها استثناء من القوانين والقرارات والتعليمات الصادرة بهذا الشأن ، واستناداً لهذا القرار اعتمدت وزارة النفط طريقة المزايدة السرية (المضاريف المغلقة) لتأجير هذه المحطات والساحات ولازال العمل به جارياً . وكانت المادة (11) من نظام بيع اموال الدولة المنقولة رقم 1 لسنة 1976 (الملغي) قد خولت الوزير المختص أو من يخوله أن يقرر البيع بطريق المزايدة السرية ، كما أن تعليمات وزارة الاقتصاد والمواصلات رقم 3597 في 1935/4/20 قد اجازت اتباع طريق المزايدة السرية إذ نصت الفقرة (6) منها على أنه (يجب أن تجري جميع المزايدات للتعهدات غير الفنية بصورة علنية ألا إذا طلب الوزير عكس ذلك ، أما التعهدات المتعلقة بالاعمال الفنية فتجرى بطريقة الظروف المختومة إذا طلبت ذلك الادارة المختصة) .

⁵ - المادة 9/ثالثاً من القانون 1986/32 المعدلة بالقانون رقم 49 لسنة 1988 المنشور في الوقائع العراقية عدد 3196 في 1988/4/25.

⁶ - المادة 30/ثانياً من القانون 32 لسنة 1986.

قصد المشرع من عبارة (بدون مزاييدة علنية) هو بيع تلك الاموال بالمزاييدة ولكن دون الاعلان عنها في الصحف بدليل :-

- 1- ان المشرع قد اختص لجنة البيع والايجار باتخاذ الاجراءات لبيع هذه الاموال ، وهذه اللجنة مناط بها تطبيق اجراءات المزاييدة فقط دون غيرها من طرق التعاقد.
- 2- ان المشرع في المادة 9/ ثالثا من القانون 1986/32 طبق اجراءات المزاييدة العلنية على المال الذي تقل قيمته عن الف دينار بالرغم من استثناءه من شرط نشر الاعلان في الصحف.
- 3- ان النشر في الصحف المحلية لا يعد الوسيلة الوحيدة المطلوبة لأصباغ صفة العلنية على المزاييدة وإنما يمكن تحقيقها بوسائل الاعلان الاخرى مثل لصقه في لوحة اعلانات الجهة الادارية مالكة المال او تعليقه في موقع المال المراد بيعه ، او بواسطة الدعوة الموجهة لأكبر عدد ممكن من الراغبين المشتغلين في نوع النشاط موضوع البيع.
- 4- ان الاعلان في الصحف يمكن ان يحدد نوع المزاييدة ولكنه لا ينال من معناها الذي أساسه المنافسة بين الحاضرين في مجلس المزاييدة بغض النظر عن الطريقة التي وصل بموجبها العلم اليهم ، فاختلف اسلوب الاعلان لا ينفي وجود المنافسة.
- 5- اتباع اسلوب المزاييدة دون اللجوء الى النشر في الصحف عند بيع هذه الاموال طريق رسمته تعليمات تسهيل تنفيذ القانون التي صدرت من بعض الوزارات لغرض معالجة الغموض في القانون او سكوته الذي دعا الى الاجتهاد¹.
- 6- الممارسة العملية من قبل لجان البيع والايجار اذ اتخذت من الاعلان في لوحة اعلانات الادارة وتعليقه في موقع المال وتبليغ الراغبين من المشتغلين بهذا النوع من النشاط بواسطة موظفيها المختصين ووسائل لإيصال العلم واكبر عدد ممكن من المتنافسين واتباع اجراءات المزاييدة المحددة قانونا عند البيع بالمزاييدة العلنية كوسيلة لبيع المال المنقول المنصوص عليه في المادة (20/ ثانيا) من القانون.

وإزاء ما ورد من أدلة نقترح :

- أ- إلغاء الفقرة (ثانيا) من المادة (30) ونقل مضمونها ليضاف الى آخر عبارات الفقرة (أولا) من المادة (26) على ان يستثنى بيع هذه الاموال من الاعلان في الصحف وان يتم بيع المال سريع التلف خلال مدة لا تزيد عن 7 أيام تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدور الاعلان .
 - ب- حذف عبارة (بدون مزاييدة علنية) الواردة في المادتين 21/اولا و22 واستبدالها بعبارة (بدون مزاييدة) لان بقاء العبارة الاولى يعني إمكانية اجراء المزاييدة ولكن دون الاعلان عنها في الصحف فيما قصد المشرع في المادتين التعاقد بالطريق المباشر.
- واذا كنا قد ذكرنا المزاييدة العلنية بنوعها (المفتوحة والمحدودة) والمزاييدة غير المعلنة بوصفها صور للمزاييدة تلجأ إليها الادارة اذا ما ارادت البيع او الايجار لأموالها ، فإن المشرع العراقي لم يبتعد عن الطرق الاستثنائية في التعاقد التي رسمتها التشريعات المقارنة ، إذ أجاز القانون رقم 32 لسنة 1986 للادارة ان تسلك طريق الاتفاق المباشر في تعاقدتها مع أقرانها من الدوائر الاخرى او الغير لاعتبارات عدة ، ففي المادتين 21 و22 - أعطى المشرع سلطة تقديرية للادارة تخرج بها من إطار المزاييدة وتتعاقد مباشرة سواء كان التعاقد منصبا على بيع أموالها أو على ايجار تلك الاموال ولكنه اشترط لاتباع ذلك الطريق :

- 1- صدور قرار البيع او الايجار بدون مزاييدة من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة.
- 2- تولي اللجنة المشكلة في المادة (7) من القانون تقدير بدل البيع او بدل الايجار .
- 3- ان يصدق قرار التقدير من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة .

¹ - المادة (11) من تعليمات وزارة العدل رقم 1 لسنة 1988 وتعليمات وزارة التجارة رقم 1 لسنة 1987 وضعت الاعلان الداخلي بديلاً عن النشر في الصحف وحددت مدد للاعلان والتمديد غير منصوص عليها في القانون والتعليمات. الاولى نشرت في الوقائع العراقية عدد 3184 في 1988/1/11 والثانية نشرت في العدد 3161 في 1987/8/3.

إلا ان القانون قد فرق بين البيع وبين الايجار في أمرين :
 أولهما - ان بدل بيع العقار هو (البذل المناسب)¹ ، في حين جعل بدل بيع المنقول وبدل إيجار العقار هو البذل الذي تقدره اللجنة وحسب اسعار السوق .
 ثانيهما - ان قرار بيع المال المنقول لدوائر الدولة وبيع العقار من اختصاص الوزير حصراً ، في حين يتم ايجار المال غير المنقول بقرار من الوزير او من يخوله.
 وحقيقة الامر ان اقتراح طريقة التعاقد من قبل الادارة الراغبة في الحصول على قرار من السلطة المختصة باتخاذ اجراءات البيع والايجار يزداد أهمية في العراق لعدة اسباب منها :
 أ- القانون رقم 32 لسنة 1986 لم يكن الأساس القانوني الوحيد الذي بموجبه تتم اجراءات المزايدة العامة ، وانما أضاف المشرع له اكثر من نص تستند إليها الإدارة في قراراتها لإجراء المزايدة العلنية ولكن دون اتباع الاجراءات المرسومة في القانون المذكور².
 ب- منح الادارة سلطة قلب طريقة التعاقد من الطريقة المباشرة الى طريق المزايدة العلنية المحدودة اذا ما أخل المتعاقد معها بالطريقة الاولى بشروط عقد البيع أو الايجار³ ، او يحول طريق التعاقد المباشر الى طريق المزايدة العلنية العامة ومن ثم العودة ثانية للطريق المباشر⁴ .

وإزاء تعدد صور المزايدة العلنية بوصفها طريقاً أصلياً للتعاقد ومنح الادارة حق التعاقد بالطريق المباشر استثناء من الاصل اذا ما توافرت حالات واسباب التعاقد ولتعدد المصادر القانونية التي تنظم طريق المزايدة ، فإن الادارة تصبح ملزمة باقتراح الطريقة التي تراها موافقة للقانون من بين الوسائل المتعددة والمتبعة لبيع او ايجار أموالها ، لأن تعيين طريقة التعاقد ضمن قرار الاذن بالتعاقد يجنب الادارة الخطأ في اختيار التعاقد وإحلال وسيلة محل أخرى ، أو الاخلال في المبادئ التي تحكم وسيلة التعاقد ، فلجوء الادارة لطريق المزايدة العلنية المقيدة بدلا من المزايدة العلنية المفتوحة الواجب اتباعها يعني اخلال الادارة بمبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين.
 وعليه فإذا تعاقدت الادارة خلافا للطريقة التي فرضها القانون فإن تعاقدتها هذا يصبح باطلاً ويحق لصاحب الشأن ان يطعن بقرارها امام القضاء طالبا الغائه استناداً الى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة .

2- شروط الاذن بالتعاقد .

عندما تتخذ الادارة قرارها ببيع او ايجار أموالها فإن لصدور هذا القرار شروطاً أوجب المشرع مراعاتها أولهما - تحقق المصلحة العامة من عملية المزايدة ، وثانيهما ان يكون محتوى القرار مفصلاً ويدل على محتواه دلالة قطعية ، بمعنى آخر ان يحدد انواع وأوصاف وكميات الاموال المراد بيعها او

¹ - البذل المناسب - يقصد به بالنسبة لأموال البلديات- هو بدل بيع العقار الذي تقدره لجنة التقدير ويوافق عليه الوزير بعد الاخذ بنظر الاعتبار بدلات بيع العقارات المجاورة للعقار المراد بيعه المثبتة في دائرة التسجيل العقاري حفاظاً على أموال الدولة على ان يتم طرح نسبة 20% من البذل المقدر. (كتاب وزارة الداخلية - البلديات العامة رقم 9305 في 1997/10/4).

² - منها قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 142 في 1989/3/5 - الوقائع العراقية عدد 3247 في 1989/3/20 - اذ تتولى لجنة إدارية وضع التعليمات اللازمة لتأجير المنشآت والمرافق السياحية ، وبيع المرفق السياحي عند تحقق المصلحة العامة على ان يُجرى البيع بطريق المزايدة العلنية حسب الضوابط التي تضعها اللجنة استثناء من القانون رقم 32 لسنة 1986 ، وفي نفس المال القرار رقم 681 في 1988/8/2 المنشور في الوقائع العراقية عدد 3215 في 1988/8/15

³ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 44 في 1997/5/6 المنشور في الوقائع العراقية عدد 3670 في 1997/5/19 ، أشارت الفقرة خامساً/1 منه على أن تعتمد طريقة المزايدة العلنية وفق الإجراءات المرسومة في القانون 32 / 1986 عند فسخ عقود إيجار الأراضي بسبب إخلال المستأجر بالتزاماته القانونية أو العقدية ، وتخصر المزايدة بفلاح الناحية أو القضاء .

⁴ - الفقرة (خامساً) من المادة (22) من القانون 32 لسنة 1986 المضافة بالقانون رقم 2 لسنة 1991، المنشور في الوقائع العراقية عدد 3342 في 1991/1/24.

إيجارها¹، والحقيقة ان المصلحة العامة لم يحدد القانون رقم 32 لسنة 1986 ولا التعليمات التي صدرت بموجبه مفهوما لها واضحا ولم تضرب الامثلة على تطبيقاتها . والمعلوم ان فكرة المصلحة العامة هي نسبية وليست مطلقة وبالتالي فهي مختلفة من حيث الزمان والمكان يمكن ان يضيفي التفسير الواسع لها الى إساءة استعمال السلطة ، ولكن هذه الفكرة في إطار البيع والايجار يمكن ان تدور مع مصلحة الخزينة العامة ، وفيما اذا كان التصرف بالمال مجزيا وعادلا للخزينة العامة وان بدل الايجار يمثل البديل الحقيقي لمنفعة هذا المال من عدمه ، وهل من مصلحة الخزينة الابقاء على المال دون التصرف ببيعه او ايجاره وقت طلب الاذن لوجود مشروع اتجهت النية لتنفيذه فيه كأن يتخذ مقرا لدائرة رسمية او تشييد مرفق عام عليه ، او ان اسعار السوق وقت الطلب فيها غين للخزينة².

ويبقى صدور قرار الاذن بالتصرف ضمن إطار السلطة التقديرية³ للادارة تصدره متى ما قدرت ان المصلحة العامة تقتضي منها اتخاذ مثل هذا القرار ، ولكن عليها ان لا تسيء الى هذه السلطة وان تحدد نوع وعدد وكمية الاموال بشكل قاطع حتى لا تبيح للجهة الادارية التي طلبت الاذن التلاعب بتلك الاموال او تبديلها لغايات تبتعد بها عن الصالح العام الباعث لاتخاذ القرار بالبيع او الايجار. ولكن ما هو أثر القرار باتخاذ اجراءات البيع والايجار على العقد ؟

يرى الفقه والقضاء المقارن بأن الاذن بالتعاقد هو شرط لازم لقيام الرابطة العقدية فاذا ما تخلف فلا وجود لها ويضحي العقد المبرم بدون باطل بطلاناً مطلقاً⁴ ، بحسبان ان القواعد الخاصة بضرورة التصريح المسبق هي قواعد متعلقة بالنظام العام لقيامها على اسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً ، وتعاقد الادارة دون هذا الاذن يشكل من جانبها خطأ يثير مسؤوليتها ، وللمتعاقد الذي لا يستطيع ان يتمسك بالعقد في مواجهة الادارة لإنعدام الرابطة العقدية ان يرجع عليها اذا لحقه ضرر من

1 - المادة الثانية من القانون رقم 32 لسنة 1986.

2 - د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص17

3 - السلطة التقديرية - يعنى بها تمتع الادارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية ، بحيث يكون لها تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه ، أو اتخاذه على نحو معين ، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف ، أو السبب الملائم له ، أو في تحديد محله ، ويتفق الفقه الحديث في فرنسا ومصر على أن السلطة التقديرية للادارة بصدد قراراتها الادارية تتحقق كلما تخطى القانون (الذي يشمل كل القواعد التي تحكم نشاط الادارة أياً كان مصدرها) عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الإدارة أو نشاطها ، وهي في مجال العقود الادارية لا تظهر إلا في القرارات الادارية المتصلة بهذه العقود مثل قرارات إبرامها أو قرارات إرساء المزايدة أو قرارات الحرمان والاستبعاد أو قرار رفض تصديق المزايدة ... الخ ، على أن سلطة الادارة التقديرية هي ليست تحكمية وإنما هي سلطة خاضعة لرقابة القضاء ، فالقرار الاداري التقديري كالقرار الاداري المقيد يخضع لهذه الرقابة ، كما إن هذه السلطة ليست مطلقة ، إذ إن كل عمل اداري يحتوي في الواقع على قدر من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد معاً ، وقد تصل السلطة التقديرية أحياناً في اطلاقها الى حد بعيد ، وقد يتضاءل أحياناً أخرى لحد شديد بحيث تغطي عليها فكرة الاختصاص المقيد ، وبالتالي يتعذر القول بأن هناك عمل يحتوي على سلطة تقديرية مطلقة أو اختصاص مقيد خالص .

:

انظر

=

= - د. سامي جمال الدين ، قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للادارة ، القاهرة ، 1992 ، ص21 وما بعدها .

- د. محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1974 ، ص46 وما بعدها .

- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية والرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص61 وما بعدها .

- د. سمير عبد السيد تناعو ، القرار لاداري مصدر للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1972 ، ص15 وما بعدها .

- د. غازي فيصل مهدي ، موقف القضاء الاداري العراقي من السلطة التقديرية للادارة ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، ع1 ، 2002 ، ص72 وما بعدها .

- د. سليمان الطماوي ، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة فاروق الاول ، ع1-2 ، س1950 ، ص97 وما بعدها .

4 - د. سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص305.

جراء تعاقدته على خلاف المقرر ، وذلك اما على اساس الخطأ التقصيري او على اساس قاعدة الاثراء دون سبب بحسب الاحوال ¹ .

أما في العراق فان جانباً من الفقه يجعل من العقد المبرم دون اذن سابق موقوفاً على اجازة السلطة المختصة بإبرامه مؤيداً بموقف القضاء ² . والبعض الآخر يساير الفقه المصري والقضاء الفرنسي بترتيب البطلان المطلق ³ .

ونجد بأن الواقع العملي يقرر اتجاهاً غير الاتجاه الذي ترتب نظرياً عند البحث في المزايدات العامة إذ ان الادارة في العراق تسلك أحد طريقتين إزاء الاذن بالتعاقد .

الاول – إنها تبادر الى الاعلان عن ايجار العقار دون الحصول على الاذن المسبق اذا ما كان العقار قد أجز مسبقاً بالمزايدة العامة فتكتفي بالاذن السابق الذي صدر عند اول مرة ارادت فيه الادارة الاعلان عن الايجار ، وحينئذ يصبح قرار تصديق (اعتماد) المزايدة بمثابة الاجازة اللاحقة طالما ان الاعتماد قد وقع دون اعتراض من الجهة المختصة بالاذن وهي ذاتها سلطة الاعتماد.

الثاني – إقدام الادارة المالكة للعقار على طلب الاذن اذا تم ايجاره لأول مرة وكذلك عند بيع الاموال المنقولة وغير المنقولة.

ونرى بأن الاذن المسبق اذا ما تجاهلته الادارة فإن تعاقدتها يصبح موقوفاً على اجازة السلطة المختصة بإعطائه وهي ذاتها سلطة إبرام العقد.

ثانياً : تحديد القيمة التقديرية .

اذا ما صدر الاذن او التصريح بالتعاقد ، فإن الادارة المالكة للمال الذي تقرر بيعه او إيجاره تتولى تهيئة المعلومات الضرورية للاسترشاد بها في عملية تقدير قيمة المال او بدل ايجاره وتسلمها الى لجنة التقدير بموجب القانون. ففي فرنسا مثلاً فان التصرف ببيعاً بالاموال العقارية يتم بإذن من السلطة المختصة بناء على اقتراح من مدير الادارة المالية يحدد فيه السعر الاساسي ويشترط في المزايدة ان تغطي هذا السعر على اقل تقدير عند اجراءها ⁴ .

اما في مصر فإنه في حال بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع او باستغلال العقارات يحدد الثمن او القيمة الاساسية لمحل التعاقد من لجنة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة وفقاً للمعايير والضوابط التي تنص عليها اللائحة التنفيذية ، على ان يكون الثمن سرياً ويصدر قرار بتشكيلها من السلطة المختصة ⁵ . وقد حددت المادة 117 من اللائحة معايير تقدير ثمن بيع الاموال المنقولة ⁶ . فيما تولت المادة (119) مهمة وضع القيمة الاساسية في حال بيع وتأجير العقارات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية او الترخيص بالانتفاع او باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف وحددت معايير التقدير ⁷ ، على ان التقدير لا يعد ثمناً اساسياً للبيع الا بعد اعتماده من السلطة المختصة .

¹ - د. حمدي حسن الحفاوي ، مصدر سابق ، ص 127.

² - نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص 152.

³ - د. ابراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص 141. د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، جامعة الموصل ، 1993 ، ص 75.

⁴ - عبد الفتاح صبري ابو الليل ، مصدر سابق ، ص 153-154.

⁵ - د. محمد عبد العال السناري ، مبادئ واحكام العقود الادارية في مجال النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2004 ، ص 442.

⁶ - معايير تقدير ثمن بيع الاموال المنقولة في مصر وفق المادة (117) من اللائحة التنفيذية تكمن في – الاسترشاد بأسعار البيع السابقة وبالسعار السوقية وحالة الاصناف في تاريخ البيع وتكلفة الحصول عليها وعمرها الاستعمالي ، والنسب المقررة لأهلاكلها وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفي تحقيق المصلحة المالية للدولة .-

⁷ - على اللجنة حين تحدد القيمة الاساسية لبيع او تأجير العقارات والمشروعات مراعاة اهمية وتميز موقع محل التعاقد ومساحته وحالته وعمره وتكلفة انشائه واستهلاكاته واسم الشهرة ان وجد وقيمة التجهيزات والمحتويات والعائد الذي يدره تشغيله أو استغلاله وغيرها من العناصر المؤثرة في تحديد القيمة بما يتماشى مع طبيعة محل التعاقد بحسب الأحوال .

والملاحظ بشأن تقدير قيمة الاموال المعروضة للبيع او التأجير في مصر :

- 1- ثنائية لجان التقدير بحيث تختص احداها بتقدير قيمة الاموال المنقولة ، فيما تختص الثانية بتقدير بدل بيع او ايجار العقارات.
 - 2- وجوب ان يصدر بتشكيلها قرار من السلطة المختصة (الوزير ومن له سلطاته ، المحافظ ورئيس مجلس ادارة الهيئة ، ومن يفوضه من الموظفين الادنى مباشرة).
 - 3- لا يعد التقدير تاما الا باعتماده من السلطة المختصة.
 - 4- ان الثمن الاساسي سريا ولا فرق بين ان تكون المزايدة علنية ام بطريق المظاريف المغلقة .
- وفي المملكة العربية السعودية – فإن المنقولات التي تزيد عن حاجة الجهة الادارية ولا تحتاجه غيرها من الجهات يقدر بدل بيعها بالمزايدة العلنية بمعرفة لجنة من ثلاثة من الموظفين على الاقل وتسترشد هذه اللجنة عند التقدير بأسعار السوق على ان لا يقل ثمن البيع عن تقدير اللجنة المذكورة¹.

اما في العراق فإن المادة (7) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 المعدل نصت على ان تشكل لجنة التقدير من ثلاثة موظفين ذوي خبرة لا تقل درجة أي منهم عن مدير او رئيس ملاحظين ويضم اليهم موظف من دائرة التسجيل العقاري وموظف مالي من منتسبي وزارة المالية – مهمتها تقدير قيمة الاموال المنقولة وغير المنقولة وبديل ايجار تلك الاموال ، ومما يمكن تثبيته من ملاحظات حول التقدير يتلخص بالآتي :-

- أ- ان لجنة التقدير المشكلة هي لجنة واحدة تتولى التقدير للمال المنقول وللعقار بيعا او ايجارا ، سواء تصرف به بالمزايدة العلنية ام بالطريق المباشر.
 - ب- تشكل بقرار من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخوله.
 - ج- لا يتحقق نصاب اللجنة الا بحضور اعضائها جميعا².
 - د- قراراتها تصدر بالاتفاق او بالاكثورية وتوقع من جميع الاعضاء والخبراء ان وجدوا.
 - هـ - لا تعد قرارات التقدير قطعية الا بتصديق من السلطة المختصة .
- أما معايير التقدير التي تتخذ منها اللجنة اساسا للتقدير فتتمثل بالآتي ..

- 1- اجراء الكشف على المال غير المنقول لتحديد موقعه وجنسه ونوعه وحدوده وأوصافه ومشملاته ومساحته ورقمه وتثبيت ما أنشئ عليه من محدثات او ما زرع او غرس فيه ، اما بالنسبة للمال المنقول فتتبع في تقدير قيمته نفس الاجراءات المذكورة آنفاً مع مراعاة طبيعته³.
- 2- الاسترشاد بالقيمة المقدرة للعقار في دائرة التسجيل العقاري وباقيام العقارات المجاورة او المماثلة او ببذلات بيعها او ايجارها السنوي⁴.
- 3- للجنة الاستعانة بمن ترى من الخبراء .

ولكن مما يؤخذ على المشرع العراقي انه قد ضم لأعضاء لجنة التقدير موظف من دائرة التسجيل العقاري مهمته الدلالة على موقع العقار اضافة للمشاركة في عملية التقدير ، وأنط بنفس اللجنة مهمة تقدير المال المنقول دون أن يكون لموظف التسجيل العقاري دور في تقديره ، عليه نجد ان هذه الملاحظة جديرة بالانتباه ومن الأفضل أن يتدخل المشرع ليتطابق النص مع ما يجري العمل به بأن

¹ - د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، عقد المزايدة في الشريعة الاسلامية مع التركيز على بعض القضايا المعاصرة ، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - ، الرياض ، 1993 ، ص47.

² - المادة (2/8) من تعليمات وزارة المالية رقم 5 لسنة 1986 المنشورة في الوقائع العراقية عدد 3110 في 1986/8/11 والمادة (2/7) من تعليمات وزارة الاسكان والتعمير رقم 1 لسنة 1988 والمادة (4) من تعليمات وزارة العدل رقم 1 لسنة 1988.

³ - المادة (25/اولا) من القانون 32 لسنة 1986.

⁴ - وقد يتدخل المشرع لتحديد البديل الذي تعتمده اذا كان التقدير اساساً لاغراض المزايدة، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة (3) من البند خامساً من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 44 لسنة 1997.

يشترك الموظف المالي فقط في عضوية اللجنة عند تقديرها المال المنقول لعدم جدوى وجود ممثل التسجيل العقاري في اللجنة المذكورة وقت تقديرها ذلك المال.

وعلى أية حال فإن اللجنة تملك سلطة تقديرية في مجال الاستعانة بالخبراء من عدمه عند التقدير ، كما ان الادارة لديها سلطة تقديرية عند عرض قرار التقدير للتصديق عليه ان شأنت صدقته اذا ما قدرت موافقته لصالح الخزينة والا فإن لها ان تعيد القرار الى اللجنة ثانية لإعادة النظر بالتقدير اذا وجدته غير ملائم ، او ان اللجنة لم تراعى أسس التقدير¹.

ونرى بأن جهة التصديق ما دامت سلطتها تقديرية فلها ان تقرر اعتماد قرار اللجنة او رفضه وحينئذ تشكل لجنة ثانية لوضع القيمة التقديرية - لان اللجنة الاولى كانت قد اوضحت قناعاتها والاسس التي اعتمدتها عند التقدير وليس من السهل عليها ان تقرر قيمة جديدة في ظل اوضاع لم تتغير بشكل ملحوظ تدفعها الى تغيير تلك القناعات ووضع قيمة بديلة اعلى من سابقتها لم يمض الا وقت قصير جدا على تقريرها ، كما ان صلاحية الوزير بشأن طلبه من نفس اللجنة اعادة التقدير لم نجد لها سنداً في القانون ، وانما سندها التعليمات - قرار تنظيمي - التي صدرت منه ونراها مخالفة للقانون الذي خلا من مثل هذه الصلاحية ، فليس من مهمة التعليمات أن تخلق احكاما جديدة غابت عن نظر المشرع بل يقتصر دورها على تفسير وشرح وتوضيح ما اجمله التشريع دون أن تأتي باحكام مخالفة له ، فالمهم أن تقتصر التعليمات على تيسير تطبيق التشريعات وتنفيذها دون أن يتعدى الامر الى تعديلها أو اضافة حكم جديد اليها أو تعطيلها أو الغائها ، فالغرض منها تفسير القوانين والقرارات والانظمة بغية وضعها موضع التنفيذ من قبل الموظفين المعنيين بالتنفيذ² ، وفي تقديرنا فإن هناك الكثير من الاسئلة التي يثيرها موضوع تقدير الاموال ومن بينها ، ما هو الحل الممكن اتباعه فيما لو اختلف أعضاء اللجنة في الرأي حول تحديد القيمة التقديرية ؟ وما هو مصير قراراتها فيما لو اتخذتها بغير كامل اعضائها او صدرت من لجنة تشكلت بقرار من جهة غير مختصة بتشكيلها ؟ وما هي مسؤولية اعضاء لجنة التثمين ؟ وما هي الطبيعة القانونية لقرارات التقدير ؟

وقد حاولنا وضع تصوراتنا اتجاه الأسئلة سالفة الذكر وكما يلي :-

1- الاختلاف في الرأي :-

اشتراط المشرع العراقي في المادة 7/ثانيا من القانون رقم 32 لسنة 1986 على لجنة التقدير ان تتخذ قرارها بالاتفاق او الاغلبية ، ويفهم ضمناً بأن الاختلاف في الرأي امر محسوم عندما تتخذ اللجنة قراراتها بالاغلبية .

وفي الفقرة (ثالثاً) من نفس المادة اشترط توقيع محضر اللجنة من قبل الاعضاء جميعهم ومن الخبراء ان وجدوا ، ويفهم من هذا النص ان النصاب لا يكتمل الا بحضور كامل الاعضاء ، وعليه اذا ما ألزم الاعضاء جميعاً بتوقيع قرار التقدير ، فكيف يعبر العضو المخالف عن رأيه أزاء سكوت القانون ، ونرى ان يوقع الجميع محضراً او قراراً اللجنة على ان يدون العضو المخالف ملاحظاته في نفس المحضر ويوقع عليه وهو سبيل سبق للمشرع وان سلكه³.

2- اجتماع اللجنة دون اكتمال النصاب أو تشكيلها من جهة غير مختصة .

أ- إن اجتماع اللجنة غير كاملة على النحو المبين بقرار التشكيل يجعل من اجتماعاتها باطلة وقراراتها باطلة لأن المشرع قد اشترط حضور جميع الاعضاء ، واذا ما طلب اتخاذ اجراء ما في شكل معين ، فان هذا الاجراء يجب ان يتم طبقاً للشكل الذي رسمه

¹ - المادة (5/8) من تعليمات وزارة المالية والمادة (6/ثانيا) من تعليمات وزارة العدل المشار اليهما اعلاه.

² - د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول التشريع ، الموسوعة الصغيرة ، ع 43 ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، 1999 ، ص 79-80.

³ - الفقرة (2) من المادة السابعة من تعليمات وزارة المالية رقم 2 لسنة 1940 الصادرة بموجب قانون بيع الاراضي الاميرية رقم 11 لسنة 1940 نصت على أنه : (ليس لأحد اعضاء لجنة التقدير .. ان يتردد عن التوقيع على قرار التقدير في حالة حصول اختلاف في الرأي فيما بينه وبين بقية الاعضاء وانما ينبغي عليه ان يدون ملاحظاته في نفس التقرير ويوقع عليه). التعليمات أشار اليها ، د. عبد الرحمن خضر ، شرح القانون المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1952 ، ملحق القوانين ، ص 39.

القانون دون تجاوز بالزيادة او النقص من جانب الجهة الادارية والا عد قرارها مخالفا للقانون جديرا بالالغاء بحسبان ان تطلب هذه الضوابط الشكلية امراً لازماً لصحة القرار ولتحقيق ضمانات تغيهاها المشروع في هذه الخصوصية¹ ، لان قواعد الشكل مقررّة للصالح العام وان صحة تشكيل اللجان من النظام العام² . وبالتالي فإذا ما (نص القانون على تشكيل لجنة من أشخاص مخصصين بوظائفهم ولم يجز انعقادها بأقل من عدد الاعضاء المبيينين في القانون ، فإن القرار الصادر عن هذه اللجنة بغياب واحد او اكثر منهم يعد صادراً عن لجنة غير مشكيلة تشكيلاً قانونياً وحقيقاً بالالغاء)³ .

ب- اما اذا صدر قرار تشكيل اللجنة من جهة غير مختصة ، كان يصدر قرار التشكيل من المحافظ دون تفويض من الوزير المختص ، فإنه من المسلمات ان قواعد تحديد الاختصاص شرعت لتضع قواعد ملزمة للإدارة تحقيقاً للصالح العام وأنه يترتب على مخالفتها الحكم بطلان القرار لانه يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص ، وبالتالي يكون قرار تشكيل اللجنة باطلاً .

ولكن هل يجوز تصحيح عيب عدم الاختصاص ؟

المبدأ العام الذي يعتمد عليه مجلس الدولة الفرنسي هو إن الإجازة اللاحقة لعيب الاختصاص لا تجوز طالما أن القرار قد صدر في حينه من جهة غير مختصة ، أما القضاء الإداري المصري فإنه أجاز تصحيح هذا العيب ، إذ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بجلسة 5 / 3 / 1988 الى أنه يجوز للجنة مباشرة اختصاصاتها ، على ان يعرض قرار تشكيلها على رئيس الدائرة المركزية المختص بتشكيلها لإعتماد هذا القرار ، فإذا اعتمده ، فإنه يصحح عيب عدم الاختصاص الذي شاب القرار لان صدور القرار الإداري كما تقول المحكمة ممن لا يملك اصداره يصمه بعيب عدم الاختصاص ، ومن المستقر عليه ان تصحيح جهة الادارة لما شاب القرار من عيب عدم الاختصاص ، واعتماده ممن يختص بإصداره جائز قانوناً ويرتب أثره طالما احتفظ القرار بمضمونه دون تعديل⁴ ، بحيث يكون العيب الشكلي الذي يشوب القرار غير مؤثر في مضمونه محمولاً على اسبابه المبررة لأصداره ، بمعنى إن هذا القرار كان سيصدر بذات المضمون لو أن القاعدة الشكلية التي اهدرت قد راعتها الجهة الادارية لدى اصدار القرار⁵ ، وإننا لا نؤيد التوجه الذي يجيز تصحيح عيب الاختصاص ، لأن الاختصاص من النظام العام أولاً ، ولأن توافر امكانية التصحيح تشجع الادارة على عدم مراعاة قواعد الاختصاص طالما تدرك إن مخالفتها لتلك القواعد سوف تصحح لاحقاً .

3- مسؤولية اعضاء اللجنة.

ان القانون قد حدد الأسس التي تعتمد عليها اللجنة لتقدير أموال الدولة وألزمها بإتباع تلك المعايير ، وبالتأكيد فإن مخالفة هذا الالتزام يترتب مسؤولية اعضائها الموظفين منهم وحتى الخبراء من غير الموظفين بوصفهم مكلفين بخدمة عامة. فإذا ما قدرت اللجنة بدل إيجار العقار بأقل من بدل إيجار العقار المجاور له رغم وحدة المساحة والموقع وكان الفرق في التقدير بارزاً فإن ذلك يشكل بلا شك

¹ - حكم المحكمة الادارية العليا في مصر جلسة 2001/1/28 طعن رقم 1843 لسنة 45 قضائية عليا منشور في (نقابة المحامين المصرية ، مجلة المحاماة ، عدد 3 لسنة 2003 ، ص271-272).

² - حكم محكمة العدل العليا في الاردن رقم 86/47 أشار إليه د. نعمان احمد الخطيب ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل في خمسة وعشرين عاماً 1972-1997 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ط1 ، 2001 ، ص628.

³ - حكم محكمة العدل العليا في الاردن - طعن 71/156 - منشور في المصدر اعلاه ، ص631.

⁴ - طعن رقم 779 لسنة 30 ق . ع ، أشار إليه احمد منصور ، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، مجلد اول ، طبعة مزيدة ، 1996 ، ص261.

⁵ - - حكم المحكمة الادارية العليا في جلسة 2001/12/30 طعن رقم 5358 لسنة 42 ق . ع مشار اليه في مجلة المحامين المصرية ، ع3 ، 2003 ، ص338.

خلل في المعايير يضع اللجنة في موضع الشك أو المحاباة فتنهض مسؤولية جميع أعضائها دون استثناء¹.

4- الطبيعة القانونية لقرارات التقدير.

العقود التي تبرمها الإدارة هي عمليات مركبة ، وتمر بعدة مراحل وخطوات ، ويتبع فيها العديد من الإجراءات ، وتتخذ خلالها الكثير من القرارات ، وتتخلل المرحلة المهمة لإبرام العقد الكثير من تلك القرارات التي تعد إدارية وفق المفهوم الذي استقر عليه القضاء كونها (أفصاح جهة الإدارة المختصة بالشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين يكون ممكنا وجائزا قانونا ابتغاء مصلحة عامة)². والقرار الذي تصدره لجنة التقدير نراه قرارا إداريا لا يختلف في مفهومه عن بقية القرارات الإدارية ويكون محلا للطعن بالالغاء بعده قرارا منفصلا عن العقد ويترتب عليه أثر قانوني ، ذلك ان لجنة البيع والإيجار لا تستطيع ان ترسي المزايدة بأقل من القيمة التقديرية أو الثمن الاساسي الذي وضعت لجنة التقدير الا اذا نص القانون على غير ذلك ، واما خضوع قرار اللجنة للتصديق من السلطة المختصة فلا يغير من طبيعته ، حاله حال قرار لجنة الارساء الذي استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على أنه قرارا إداريا كبقية القرارات رغم خضوعه لاعتماد السلطة المختصة بإبرام العقد كما ان القرار (يعد نهائيا أو قطعيا بالنسبة لمصدره ، أي يقيد سلطة الجهة التي اصدرته بحيث يتمتع عليها تعديله أو الرجوع فيه)³ ، ولجنة التقدير لا تملك حق التعديل أو السحب ، فاذا ما قدرت اللجنة بدل إيجار احد عقارات البلدية ببديل أعلى بكثير من بدل إيجار العقار المجاور له بالرغم من وحدة المساحة والوصاف ، فإن لشاغل العقار الاول ان يطعن بالالغاء في قرار اللجنة ، لان دعوى الالغاء دعوى عينية تخاصم القرار غير المشروع ، ولا يلزم لقبولها ان يكون المدعى ذا حق في القرار المطعون فيه يكفي ان تكون له مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أم أدبية بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة الى القرار من شأنها ان تجعله يؤثر تأثيرا مباشرا عليه⁴.

وخلاصة القول فإن الإدارة المالكة للمال اذا ما تحققت من إتمام الاجراءات المشار إليها من حصولها على قرار من السلطة المختصة باتخاذ اجراءات البيع والإيجار ، وأتمت اجراءات تقدير تلك الاموال التي احتوى تفاصيلها قرار الاذن بالتعاقد ، حينئذ تبادر الى الطلب من لجنة البيع والإيجار الشروع في اعداد قائمة المزايدة بحسب أوصاف المال الواردة بقرار التقدير والاعلان عن البيع أو الإيجار وفقا للاجراءات المرسومة في القانون لتبدأ مرحلة الدعوة الى التعاقد.

الفرع الثاني

إجراءات الإعلان

إن العلانية تضع مبدأ المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي ، لأنها هي التي تؤدي الى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية⁵ ، فدون الاعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، وبذلك فإن العلانية تسعى الى تحقيق المنافسة العادلة عن طريق تأمين علم الكافة

¹ - وفي هذا الصدد تقول المحكمة الادارية العليا في مصر بأن (تلترزم لجنة التثمين بالاسترشاد بأثمان البيع السابقة وأسعار السوق وتكلفة الحصول على الاصناف من واقع الفواتير أو القيمة التقديرية - مخالفة هذا الالتزام يترتب مسؤولية اعضاء اللجنة - يشترك في هذه المخالفة جميع أعضائها بغير استثناء) ، طعن رقم 1705 لسنة 36 ق.ع = جلسة 1995/5/30 أشار اليه ، د. مجدي المتولي ، التعليق على قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 998 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص220 .

² - المحكمة الادارية العليا في مصر حكمها في جلسة 2001/12/8 طعن رقم 6103 لسنة 45 ق. ع منشور في مجلة المحاماة المصرية ، ع 3 ، 2003.

³ - د. نواف كنعان ، القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط1 ، 2002 ، ص157.

⁴ - المحكمة الادارية العليا في مصر طعن رقم 3069 لسنة 45 ق.ع جلسة 2002/1/12 منشور في مجلة المحاماة المصرية ، ع3 ، 2003 ، ص353.

⁵ - Chapus. R، Droit administratif، T1، Delta، Paris ed9، 1995، p.1049.

بما تريد الإدارة التعاقد عليه¹ ، ونظراً لأهمية الاعلان كونه اجراء اساسيا وجوهريا بالنسبة لنظام المزايدات العامة ، فقد تبنته التشريعات التي تحكم إبرام العقود ، كما راقب القضاء شروطه ومضمونه ورتب الجزاء عند خرق قواعده ، وعليه اقتضى بيان مضمون الاعلان ومدده ووسائل نشره وجزاء مخالفة قواعده والبحث عن مواضع سلطة الإدارة التقديرية في هذه الإجراءات .

أولاً : مضمون الاعلان ومدده ووسائل نشره .

ويقصد بمضمون الاعلان جملة المعلومات التي يجب ان توصلها الإدارة الى علم الراغبين بالشراء او الايجار ، وهذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه إنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة وأولية عن الإدارة المتعاقدة ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض ووقت اجراء المزايدة² ، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب ان تصل الى علم المتنافسين المحتملين ، فإذا كان الاعلان اجراء بمقتضاه توجه الدعوة الى الراغبين كافة في التعاقد مع الإدارة ويبين الشروط الموضوعية التي يتم بواسطتها التقدم بالعروض الى جهة الإدارة³ ، فعليه لا بد وان يوضح الجهة التي تقدم اليها تلك العروض ، وآخر موعد لتقديمها والصنف المطلوب ، وقيمة التأمين وثمن النسخة من شروط العطاء وأية بيانات اخرى تراها جهة الإدارة ضرورية⁴ . لذلك فإن المشرع ينص على وجوب ان يتضمنها الاعلان مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في اضافة ما تشاء اليها .

فمثلاً في فرنسا يكون مبدأ المزايدة العامة مع ضرورة الاعلان والمنافسة هو الاساس الذي يحكم التصرف بيعاً في العقارات التي تدخل في أملاك الدولة ، كما ان المادة (69) من قانون أملاك الدولة Code du domaine de l'Etat نصت على ان تجرى عملية بيع المنقولات بالاعلان والمنافسة اذ يمكن ان يعلن بواسطة لصق الاعلانات او الاعلان في الصحف المحلية على حسب أهمية التصرف ، على ان تكون عملية الدخول في المزايدة محدودة اذا تعلق ذلك بالامن الوطني⁵ .

وفي مصر فإن المادة (122) من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 قررت ان يكون الاعلان عن المزايدة العلنية العامة طبقاً لذات الاجراءات والحدود التي يجري بها الاعلان في المناقصات العامة ، على ان يتضمن الاعلان بالاضافة الى ذلك تعريف عن موضوع بيع العقارات والمنقولات .. واجاز القانون للجهة الادارية ان تتعاقد مع خبير لعملية البيع كي يقوم بإجراءات الاعلان على حسابه طبقاً لشروط تعاقدته معها على ان يكون من المقيددين بسجل الخبراء المثمنين وتقتصر مهمته على القيام بأعمال الدلالة فقط دون الاشتراك في لجان التثمين ، وبالرجوع الى المواد 12 ، 13 ، 14 ، 122 من اللائحة نجدها تبين الكيفية التي يتم بها الاعلان على النحو الآتي :

أ- ان يتم الاعلان على مرتين في صحيفة او صحيفتين يوميتين واسعة الانتشار .
ب- تحدد مدة (30) يوم على الاقل لتقديم العطاءات في المزايدات العامة من تاريخ اول اعلان في الصحف اليومية ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً.

ج- يجب ان يبين في الاعلان الجهة التي تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف او العمل المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين .. وغيرها من البيانات.

د- يجوز ان يتم الاعلان في غير ذلك من وسائل الاعلان واسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية قيمة التعاقد⁶ .

¹ - Brechon - Moulenes، Droit des Marches publics، T1، Monitor، Paris، 1999،p.1.

² - Brechon - Moulenes، ibid، p.2.

³ - د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص90 ، د. عبد المنعم عبد الحميد مصدر سابق ، ص194.

⁴ - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص248، ومؤلفه ، الاسس العامة للعقود الادارية - دراسة مقارنة ، ط3 ، دار الفكر العربي ، 1975 ، ص219.

⁵ - د. عبد الفتاح صبري ابو الليل ، مصدر سابق ، ص153.

⁶ - د. محمد أنور حمادة ، قواعد واجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الادارية ، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2003 ، ص28 و71.

هـ- اذا تقرر طرح اكثر من مزايده عامة في تاريخ واحد او تواريخ متقاربة فيراعى النشر عنها في اعلان واحد.

و- الاعلان قد يكون عن طريق النشر في الصحف او احدى وسائل الاعلام ، وقد يكون بخطابات مصحوبة بعلم الوصول¹.

وفي السعودية فإن المادة (38) من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم 4 في 1397/7/1 هـ المعمول به حالياً قد أشارت الى أن بيع المنقولات الزائدة عن حاجة الجهة الادارية يتم بمزاد علني ينشر عنه في الصحف وفي مقر الجهة الادارية والبلدية قبل ميعاد المزاد بخمسة عشر يوماً على الاقل اذا زادت قيمة هذه المنقولات على مائة الف ريال² ، كما اشترط المشرع الكويتي والبحريني³ ، الاعلان عن المزايده .

اما المشرع العراقي فإنه قد عد وضع القواعد العامة التي تضمن علانية المزايده وطريقة الاعلان عنها وتبسيط اجراءاتها لاشتراك اكبر عدد ممكن من المواطنين فيها واحداً من الاسباب التي اوجبت اصدار قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 الذي جعل الاعلان اجراءاً جوهرياً لاجراء المزايده العلنية واشترطه في المادة (9) عند بيع او ايجار الاموال غير المنقولة وفي المادة (26) عند بيع الاموال المنقولة وحدد شروطه ومضمونه وفق الآتي :-

- 1- يعلن عن بيع أو إيجار المال المنقول أو غير المنقول في صحيفة يومية من الصحف التي تصدر في بغداد ، وتعلق نسخة منه في مقر الدائرة المالكة له واخرى على مدخله.
- 2- ان يتضمن الاعلان جميع أوصاف المال المثبتة في المحضر المنظم من قبل لجنة التقدير ، ويوم المزايده وساعاتها وشروط الاشتراك فيها والمكان الذي تجري المزايده فيه.
- 3- تكون مدة الاعلانات 30 يوماً في حالة بيع او ايجار المال غير المنقول ولا تقل المدة عن (7) ايام ولا تزيد على (30) يوماً عند الاعلان عن بيع المال المنقول .

وإن ما يثير الاهتمام في مسلك المشرع العراقي عند تنظيمه قواعد الاعلان امرين :
أولهما - أنه قد استثنى من الاعلان في الصحيفة المحلية المال غير المنقول الذي تقل قيمته المقدرة لبيعه او ايجاره عن (1000) الف دينار - بموجب القانون رقم 49 لسنة 1988 كون القيمة زهيدة ولا تغطي مصاريف النشر ، وحقيقة اذا كان التعديل له ما يبرره وقت نفاذه ، فإنه في الوقت الحاضر بل وبعد صدور القانون بوقت قصير يكون التعديل قد فقد محتواه وكأنه ولد ميتاً ، لان مثل هذه القيمة لم تعد تساوي أي شيء في ظل الوضع الاقتصادي غير المستقر ، ولهذا نقترح ، اما ان يتم الغاء قانون التعديل وإعادة المادة 9/ثالثاً الى صيغتها التي كانت قبل التعديل ، او رفع القيمة المقدرة للمال المستثنى من النشر في الصحف الى (مائة) الف دينار .

وثانيهما - ان المشرع قد منح لجنة البيع والايجار سلطة تقديرية أوسع في مجال اختيار أساليب نشر الاعلان عن المزايده ، إذ أباح لها في المادتين 9 / ثالثاً و 26 / أولاً من القانون رقم 32 لسنة 1986 ان تعلن عنها في وسائل الاعلان الاخرى كالتلفزيون اذا ما قدرت ان المصلحة تدعو الى ذلك ، وبطبيعة الحال فإن هذه السلطة ليست تحكمية وانما تخضع لرقابة القضاء ، كما ان الانحراف قد يثير مسؤولية اللجنة المدنية والتأديبية ، فإذا قررت النشر في الاذاعة او التلفزيون وكانت تكاليف النشر اكثر من قيمة المال المعلن عنه فإن تصرفها هذا لا نراه موافقاً للصالح العام وخطأً يرتب عليها تلك المسؤولية.

¹ - د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص363.

² - د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مصدر سابق ، ص48.

³ - تنص المادة (4) من القانون رقم 105 لسنة 1980 بشأن نظام أملاك الدولة في الكويت على ان (يتم التأجير عن طريق المزايده العامة وبعد النشر عنها في الجريدة الرسمية وفي جريدة محلية يومية مرة واحدة على الاقل ...) وأكدت ذات النص تعليمات المزايدات الحكومية رقم 4 لسنة 1997 -أما في البحرين فقد ألزم الدليل المالي الموحد جهة الادارة بأن تسلك بوجه عام سبيل المزايده في أي تعاقد تبلغ قيمته عشرة آلاف دينار بحريني فأكثر على ان يتم الاعلان عنها ونشره في الصحف المحلية ، أنظر : د- محمد ماجد محمود ، مصدر سابق ، ص22 و 29.

ولكن ماذا لو تعددت الاموال المراد بيعها او ايجارها ، فهل ينظم لكل مال اعلان على حدة ام بالامكان تضمين تلك الاموال في اعلان واحد ؟

إن المشرع قد أوضح في الفقرة (ثانياً) من المادة التاسعة بأن الاموال اذا تعددت فتنظم قائمة مزايدة لكل منها على حدة .. ولكن التطبيق العملي قد استقر على انه وان تعددت الاموال فإنها تنشر في اعلان واحد ولكن شرط أن يحكم تلك الاموال إجراء واحد كأن يعلن عنها لأول مرة ، أو أنها تعلن للمرة الثانية لعدم تقدم راغب لشرائها او ايجارها ، ولكنه لا يمكن الجمع في اعلان واحد عن مال يعلن عنه لأول مرة مع مال مشمول بالضم (كسر القرار) لاختلاف ضوابط الإعلان عن كل منهما.

وإذا كان الاعلان اجراء يسبق انعقاد مجلس المزايدة وقبل البت فيها من قبل اللجنة المختصة فهل من المتصور اعادة الاعلان ؟

يمكن القول بان الاعلان ممكن إعادته وهذه الاعادة تتم اما بنص في القانون او بقرار يصدر عن الادارة.

أ- إعادة الاعلان بنص القانون :-

- 1- في حالة الضم على بدل المزايدة الاخير (أي كسر قرار الإحالة الاولى)¹.
- 2- في حال عدم بلوغ العرض المقدم القيمة المقدرة للمال ، او لعدم تقدم راغب للشراء او الايجار².
- 3- في حالة عدم بلوغ العرض 80% من القيمة المقدرة لبذل بيع المال غير المنقول او بدل ايجاره نتيجة المزايدة الثانية ، إذ يعلن عنه مجدداً بعد اعادة تقدير البذل³.
- 4- في حالة نكول المشتري او المستأجر دون رغبة المزايد قبل الناكل في شراء المال او ايجاره بالبذل الذي كان قد عرضه⁴.

ب- إعادة الاعلان بقرار اداري :-

- 1- في حالة عدم تصديق قرار الاحالة (الارساء) من السلطة المختصة.
- 2- اذا ما تقرر تعديل شروط المزايدة بعد نشر الاعلان الاول .
- 3- اذا ما تأخر متعهد النشر عن تسليم الصحيفة المنشور فيها الاعلان الى لجنة البيع والايجار وحينها اما ان وقت المزايدة قد مضى ، واما ان تكون الفترة بين تاريخ العلم بالنشر وتاريخ اجراء المزايدة قليله بحيث يتعذر ايصال العلم للادارة المالكة للمال لأعلان تاريخ اجراء المزايدة في مقر تلك الادارة او موقع المال .
- 4- الخطأ في طريقة النشر – إما بنشر الاعلان في اكثر من صحيفة بمواعيد مختلفة او نشره بشكل ناقص يخل بمحتواه .

ونرى بأن اعادة الاعلان بقرار إداري يعني تمتع الإدارة بسلطة تقديرية تخولها تقدير أثر الاعلان المنشور في قناعات المزايدين فإذا ما كان الخطأ مثلاً حسابياً بسيطاً او لم يذكر فيه السلطة المختصة بإجراء المزايدة فيمكن لها ان تتلافى ذلك النقص غير الجوهرى إما بإجراء المزايدة دون اهتمام به وأما ان تلجأ الى اسلوب (التنويه) وهو اعلان تصويبي تشير فيه الى النقص الذي أصاب الاعلان المنشور مسبقاً وتنبيه الراغبين بالتعاقد الى وجود ذلك النقص والاشارة اليه في ذلك التنويه الذي يعلن عنه في صحيفة محلية ايضاً على ان موعد المزايدة يحسب من اليوم التالي لتاريخ النشر الاول وليس من تاريخ نشر الاعلان التصويبي (التنويه).

ومما يجدر ذكره هنا أن المشرع العراقي قد اشترط نشر الاعلان في صحيفة محلية بغض النظر عن نوع المزايدة العلنية فيما اذا كانت عامة مفتوحة او مقيدة محصورة بفئة معينة.

¹ - المادتين 9/ ثالثاً و26/ سادساً من القانون 32 لسنة 1986.

² - المادتين 10/اولاً و27/اولاً من القانون 32 لسنة 1986.

³ - المادة (10/ثانياً) من القانون.

⁴ - المادتان (19/ثانياً) و (29/ثانياً) من القانون.

ولكنه قد يلجأ الى تقصير مدة الاعلان ومدد أخرى ويعين وسيلة بعينها بديلا عن النشر في صحيفة محلية لما يراه من أهمية لموضوع التعاقد وما يتطلبه البيع من سرعة اجراء المزايدة فيقرر حينئذ ان يكون الاعلان في الاذاعة والتلفزيون بدلا من نشره في الصحف¹.

ولكن اذا كان الاعلان كما رأينا اجراءا اساسيا وجوهريا ويمثل تطبيقا عمليا لمبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، الا انه لا يعد ايجابا صادرا من جهة الادارة ، بل أجمع الفقه والقضاء على أنه دعوة للتعاقد يصدر من جانبها ، والعرض او العطاء الذي يتقدم به المزايد هو الايجاب الذي يصادفه قبول الادارة المتمثل بتصديق المزايدة لينعقد العقد. وهذا ما أكدته المحكمة الادارية العليا في مصر في حكم لها صدر في جلسة 1996/12/31 جاء فيه (المقرر ان اعلان الادارة عن اجراء مزايدة ... عن طريق التقدم بعطاءات ليس الا دعوة الى التعاقد وان التقدم بالعطاء ، وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الايجاب الذي ينبغي ان يلتقي عنده قبول الادارة لينعقد العقد)².

ولكن هل يعد الاعلان عملا تحضيريا ام قرارا اداريا ؟

الرأي الغالب في فقه القانون العام يرى ان الاعلان عن المزايدة هو قرار اداري بالمعنى الفني الدقيق³ ، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بجلسته 1994/12/17 ، إذ عدت فيه القرار الصادر من محافظة المنوفية بطرح عملية استغلال برج المنوفية في مزايدة عامة .. قراراً اداريا يدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة⁴. وكانت المحكمة ذاتها قد عدت في حكم لها صدر بجلسته 1993/2/6 في القضية (رقم 3 لسنة 11 ق. تنازع) الاعلان قرارا اداريا إذ اشارت فيه الى (انه ومتى كان القرار بطرح عين النزاع في المزاد العلني قد صدر من جهة ادارية اعمالا للسلطة المخولة لها وفقا للقوانين واللوائح استهدفت بإصداره احداث مركز قانوني معين يكون ممكنا وجائزا قانونا وكانت غايتها من اصداره تحقيق مصلحة عامة ، فإنه بهذه المثابة يعد عملا قانونيا توافرت له خصائص القرارات الادارية ومقوماتها متى كان ذلك ، وكان ما قصد عليه المدعي وتوخاه في حقيقة الامر يتمثل في دفع تعرض الجهة الادارية لحيازته لعين النزاع وهو تعرض مبناه قرار صادر منها ، على ما تقدم فإن الاختصاص بالفصل في شأن مشروعيته او مخالفته للقانون ينعقد لجهة القضاء الاداري دون غيره)⁵ ، اما المحكمة الادارية العليا فقد عدت قرار طرح بعض الاراضي الصحراوية للبيع بالمزاد العلني قرارا اداريا وقبلت الطعن في القرار الصادر بإلغاء قرار الطرح⁶.

ثانيا : جزاء مخالفة قواعد الاعلان .

الاعلان عن الحاجة للتعاقد قد يكون اما عن طريق النشر في الصحف او احدى وسائل الاعلام ، وقد يكون الاعلان بخطابات مصحوبة بعلم الوصول ، وعلى ذلك فإنه قد يرد البطلان على أي من الوسيطتين اذا لم يتم النشر او الاعلان وفقا للضوابط التي حددها القانون لان القواعد التي تنص على ضرورة الاعلان عن المزايدة تعد من قبيل القواعد الامرة يؤدي العيب فيها الى وسم المزايدة باللامشروعية⁷ ، فإذا لم تحترم الادارة الشروط التي يتطلبها المشرع في الاعلان من حيث مدده وكيفية اجراءاته وعدد مراته ، فإنه يترتب على ذلك بطلان المزاد ولكنها لو احترمت طريقة الاعلان

¹ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) 16 في 1996/2/3 نص في الفقرة (ثانيا/1) منه على ان تكون مدة الاعلان عن بيع العجلات العائدة للدولة والمواد المرتجعة والمستهلكة والمعاداة ثلاثة أيام ويعلن عن البيع عن طريق الاذاعة والتلفزيون . القرار منشور في الوقائع العراقية عدد 3604 في 1996/2/12.

² - د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر السابق ، ك 1 ، ص 362.

³ - د. فؤاد موسى رسول ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية - دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2002 ، ص 29.

⁴ - طعن رقم 2 لسنة 15 تنازع ، أشار إليه د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ك 1 ، ص 43.

⁵ - احمد منصور ، مصدر سابق ، ص 573.

⁶ - حكمها في الطعن رقم 107 لسنة 35 ق . ع جلسة 25 / 12 / 1994 ، أشار إليه د. جرجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 131.

⁷ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 451.

المنصوص عليها قانوناً فإنه لا ضير من لجوئها الى طرق اعلان اخرى ترى انها أكثر فاعلية في نقل رغبتها الى الافراد كالأعلان في الراديو او التلفزيون او السينما¹.

وبناء على ما تقدم فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان المزايدة لان الادارة لم تحترم قواعد العلانية ، معداً ان المزايدة في هذه الحال معيبة في مبدئها نفسه . ولا يكفي ان يكون الاعلان موجوداً بل يجب ان يكون كاملاً وفعالاً ، فالاعلان يمكن ان لا يكون مشروعاً اذا لم يحتو على البيانات الدنيا المفروضة على النحو الذي ذكر سابقاً ، او لانه لم ينشر ويذع بشكل كاف ، او لان مدته لا تكون ملائمة لإعداد العروض ، وحكم المجلس ببطلان المزايدة اذا لم يتم الاعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك او لم تحترم الادارة المدة المقررة للاعلان².

ولكن ليس كل خطأ او خلل في الاعلان مهما كانت أهميته او نوعه من شأنه ان يؤدي الى ابطال المزايدة ، فهناك اخطاء لا يكون لها هذا الأثر ، وقد تابع مجلس الدولة الفرنسي منهجه التقليدي في التمييز بين الاجراءات الجوهرية والاجراءات غير الجوهرية ورتب البطلان في حال مخالفة الادارة للاجراءات الاولى فقط ، ومن الاجراءات غير الجوهرية التي اذا خالفها الادارة لا يترتب عليها جزاء البطلان حالة اغفالها تضمين الاعلان السلطة التي تجري المزايدة ، وحالة حدوث خطأ في الارقام من السهل ان ينتبه اليه المتقدم ، والمزايدة لا تعاب ولا تبطل ايضاً اذا كانت بيانات الاعلان فيها نقص غير مخل³.

وكان موقف مجلس الدولة المصري مشابها لموقف نظيره الفرنسي ، إذ أفتت الجمعية العمومية بتاريخ 1988/1/4 بأن اغفال الادارة للمهلة المحددة لتقديم العطاء من شأنه ان يجعل اجراءات المزايدة باطلة لإخلالها بمبدأ تكافؤ الفرص ... وان مخالفة المدة المقررة لتقديم العطاء بالاضافة الى مخالفة عدد مرات النشر من شأنه ان يبطل الاجراءات على النحو الذي يجب ان تتم اعادة الاجراءات مرة اخرى ولا تملك لجنة البت سلطة التجاوز عن مخالفات النشر الجوهرية في هذه الحالة⁴ ، وكذلك فإن اللجنة الثانية بقسم الفتوى قد ميزت بين المخالفات الجوهرية والمخالفات الثانوية في نطاق اجراءات الاعلان وانتهت الى ان مخالفة الاجراءات الاولى يترتب البطلان إذ أشارت بفتواها الى انه (من المقرر وفقاً لقاعدة أصولية اخرى مستقرة في قضاء وافتاء مجلس الدولة انه لا يحكم بالبطلان الا اذا شاب الاجراء عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الاجراء فإذا ثبت ان عدم النشر عن المزايدة لم يؤد الى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عند تقديم عطاءاتهم فإنه لا يتم تقرير بطلان الاجراء ..)⁵.

أما في العراق فإن قضائه عد الاعلان اجراءاً جوهرياً والادارة ملزمة باتباع شروطه التي تطلبها المشرع ، وقد تصدى للمخالفات التي تقع فيه ، كما أنه رتب الاثر على المزايدات التي تجري دون نشره وحدد موقفه في اتجاهين :

أولهما - أنه رتب البطلان كجزاء على مخالفة الادارة لشروط الاعلان ، سواء كانت المخالفة تتمثل في شروط الاعلان المنشور ، ام بإجراء المزايدة دون نشره في الصحيفة المحلية ، وبناء عليه عد القضاء نشر الاعلان في ملحق الصحيفة اليومية وليس في متنها اعلاناً باطلاً⁶. كما عد اجراءات المزايدة غير سليمة لان الاعلان عن بيع العقار قد تم نشره في صحيفة اسبوعية خلافاً لما يتطلبه القانون لان الحكمة التي توخاها من وجوب النشر في الصحيفة اليومية كونها على الاغلب والاعم واسعة الانتشار وفي متناول الجميع وتمكن سكان المنطقة التي يقع العقار فيها من الاطلاع على الاعلان بعكس

¹ - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص249.

² - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص451.

³ - د. سليمان الطماوي ، المصدر أعلاه ، ص249.

⁴ - فتوى اللجنة الثانية في قسم الفتوى جلسة 1988/1/4 رقم 122 في 1988/1/31 أشار إليها ، د. محمد ماهر ابو العنين ، مصدر سابق ، ص365.

⁵ - فتوى رقم 26/1/67 جلسة 1989/9/11 أشار إليها ، د. محمد ماهر ابو العنين ، مصدر سابق ، ص365.

⁶ - محكمة استئناف بغداد -الرصافة- بصفتها التمييزية اعلام 1143/1114هـ/2000 في 2000/6/10 أشار إليه ، علي محمد ابراهيم الكرياسي ، الموسوعة العدلية ، عدد 93 ، لسنة 2004 ، ص4.

الصحيفة الاسبوعية ذات الجمهور الخاص والمحدود¹ ، وقررت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الغاء قرار الإحالة (الإرساء) لبطلان اجراءات المزايدة واعادة إجراءات الاعلان عن تأجير العقار مجددا كون المزايدة أجريت في غير المكان المحدد لها قانونا²، وفي قرار لمجلس شورى الدولة برقم 32 ف

1991/9/23 عد فيه المزايدة التي تجري لبيع العقار خارج مركز الوحدة الادارية التي يقع فيها المال باطلة كون اجرائها في غير المكان المقرر قانونا مخالفة قانونية وتشكل اخلالا جوهريا في الاجراءات التي رسمها القانون .

اما اذا اقدمت الادارة على اجراء المزايدة واحالتها بعهدة شخص دون نشر الاعلان عنها في الصحيفة المحلية فإن مثل هذه المزايدة تعد باطلة³.

ثانيهما - ان القضاء العراقي قد ميّز بين المخالفات الجوهرية والمخالفات الثانوية في نطاق اجراءات الاعلان ، فعد مكان اجراء المزايدة داخل حدود الوحدة الادارية ، والنشر في الصحيفة اليومية وليس في الملحق لها او الصحيفة الاسبوعية ، والمدة المقررة في القانون كلها عناصر جوهرية اذا ما خالفها الادارة في الاعلان تجعل من اجراءاتها عرضة للبطلان.

ولكن رغم وضوح موقف المشرع من الاعلان وشروطه ورقابة القضاء على مراعاة تلك الشروط فإن التطبيق العملي ومراقبة الاعلانات المنشورة في الصحف المحلية يظهر لنا تكرار مخالفة الادارة لتلك الشروط ولأحكام القانون وبما يخل بمبادئ المزايدة العامة ويضعف من فرص زيادة عدد الراغبين بالشراء والايجار فترى على سبيل المثال تلك الادارات تقدم على ان تجعل من اجراء المزايدة في اليوم العاشر من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة بالرغم من ان القانون يشترط ان تكون مدة الاعلان (30) يوما عند بيع او ايجار العقار لأول مرة⁴. وهذا الخرق لقواعد الاعلان وما يتبعه من مخالفة صريحة لأحكام القانون في شأن المزايدات يدعونا الى ان نقترح ، انشاء مكتب لمتابعة التعاقدات الحكومية المبرمة بطريق المزايدة و تلقي الشكاوي المتعلقة بأي مخالفة لأحكام القوانين المتعلقة بالمزايدات .

ولكن ما هو أثر بطلان الاعلان او قرار الاحالة على عملية التعاقد ذاتها ؟
فهل يؤدي البطلان الى إلغاء قرار الإعتماد او فسخ عقد البيع او الايجار ؟

¹ - محكمة التمييز - قرار رقم 2485/1م/1994 في 1995/4/5 ، غير منشور.

² - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 13/اداري-تمييز/990 في 1990/9/2 ، أشار اليه ، د.عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1992 ص103.

³ - قرار محكمة التمييز - رقم 154/موسعة اولى /1991 في 1991/11/16 أشار إليه ، ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء السادس ، بغداد ، 2001 ، ص78.

⁴ - فمثلاً - وزارة النقل- الشركة العامة لادارة النقل الخاص- تعلن باستمرار عن اجراء مزايدة لتأجير عقاراتها وفيها يتم تحديد موعد المزايدة في اليوم العاشر يبدأ حسابه من اليوم التالي لنشر الاعلان ، بالرغم من ان الاعلان عن التأجير يتم لأول مرة وطبقاً للمادة (5/9) من القانون رقم 32 لسنة 1986 فإن مدة الاعلان ثلاثون يوماً - وشرط المدة من الشروط الجوهرية ومن القواعد الامرة التي لا يجوز مخالفتها. ويلاحظ على سبيل المثال اعلانها المرقم 1167 المنشور في جريدة الصباح عدد 483 في 2005/5/23 واعلانها المرقم 10922 المنشور في جريدة الصباح عدد 444 في 2004/12/27. ويلاحظ ايضا اعلان وزارة العلوم والتكنولوجيا المنشور في جريدة الصباح عدد 290 في 2003/6/22 إذ حددت يوم 2004/6/27 موعداً لاجراء المزايدة لتأجير محلات تجارية لأول مرة دون التقيد بمدة الـ (30) يوماً المحددة في القانون. وكثيرة اعلانات الوزارات التي لا تتفق شروطها مع القانون وتتضمن احياناً شروطاً لا تخلق الموازنة بين الطرفين وتضعف من ثقة الافراد بالادارة. والا كيف يفسر الاعلان الصادر من محافظة واسط ، لجنة بيع وايجار املاك الادارة المحلية لايجار ساحة لوقوف السيارات المنشور في جريدة الصباح عدد 590 في 2005/6/30 إذ تضمن شرطاً ، يحق فيه للمحافظ فسخ العقد في أي وقت يراه مناسباً او عند حاجة الدائرة للساحة او لأي سبب دون انذار او حكم قضائي (وهذا ممكن) ولكن بشرط انه لا يحق للمستأجر المطالبة بأي تعويض - ونرى بأن الشرط الاخير فيه اجحاف واسقاط لحق ثابت للمستأجر مضمونه المطالبة بالتعويض إذا ما أنهى العقد المبرم معه قبل انتهاء مدته .

المتتبع لأحكام وفتاوي مجلس الدولة المصري يجد انها ميزت بين بطلان الاجراء او القرار الصادر بالترسية على احد المتقدمين نتيجة وجود بطلان في الاجراءات السابقة على التعاقد وبين عملية التعاقد في حد ذاتها ، فمثلاً اذا كان هناك نقص او قصور في النشر ترتب عليه بطلان اجراءات الترسية فإن بطلان قرار الارساء لا يمس العقد الذي تم بوصف ان العقد منفصل عن الاجراءات السابقة عليه ، وعلى الرغم من غرابة النتيجة اذ تبدو غير منطقية في حدود وجوب اعمال مبدأ ان ما بني على باطل فهو باطل الا ان استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين مع الجهة الادارية أملت اتباع هذا المفهوم ، ولكن هذا لا يمنع المتقدم للتعاقد اذا أصابه ضرر من المطالبة بالتعويض عن تلك الاضرار ، وعليه فإن مخالفة اجراءات الاعلان عن المزايدة العامة يجعل قرار الترسية باطلاً الا ان ذلك لا يؤثر على صحة العقد الذي تم بناء عليه¹.

الا ان الرؤية لدى مجلس شورى الدولة في العراق تبدو مختلفة عما هو مستقر لدى القضاء المقارن إذ ذهب الى ترتيب نتائج مغايرة لما ذكر ، إذ أفتى بأن المزايدة التي تجري خارج نطاق الوحدة الادارية التي يقع فيها المال المباع حتى ولو تمت الإشارة الى مكان اجرائها في الاعلان فإنها تعد مزايدة باطلة ولا يعتد بها قانوناً ، لان تغيير المكان يعد اخلافاً جوهرياً في الاجراءات المرسومة قانوناً ، لكن المجلس لم يكتف بهذا بل عد معاملة البيع (قرار التصديق او الاعتماد) باطلاً وأوجب اعادة ملكية العقار المباع بتلك المزايدة الى الادارة البائعة ، واذا كان التسجيل اكتسب شكله النهائي فيتم اعادته بحكم قضائي². والملاحظ في قرار المجلس انه رتب بطلان العقد استناداً لبطلان قرار الاحالة وبالتالي جعل من أثر القرار المنفصل الصادر في مرحلة ما قبل التعاقد مباشراً على عملية التعاقد ذاتها وهو الاتجاه الذي لم يسبقه اليه مجلسا الدولة المصري والفرنسي.

وعموماً فإن الاعلان اذا ما تم نشره في الصحف المحلية تعد قائمة المزايدة مفتوحة ابتداء من اليوم التالي لنشره ويحق للراغبين بالشراء او الايجار تقديم عروضهم ودفع التأمينات القانونية لتبدأ خطوة اخرى من الخطوات المتعددة في هذه المرحلة وهي مرحلة التقدم بالعروض.

المطلب الثاني

التقدم بالعروض

بعد الاعلان عن المزايدة وشروطها يصبح للأفراد حق في تقديم عروضهم³ ، دون حرمان الادارة لأحدهم من حقه في التنافس للوصول الى إحالة المزايدة عليه بإجراء سواء كان عاماً او خاصاً استناداً الى مبدأ حرية المنافسة بحيث تمكن الادارة كل راغب بالشراء او الايجار من ان يبدي رغبته ، فلا يحرم أي شخص من هذا الحق الا لأسباب تتعلق بمصلحة المرفق ذاته⁴. ولكن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة الادارة في تقدير صلاحية المتقدمين ومقدرتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة ، فالحرية ليست مطلقة وانما مقيدة بما تفرضه الادارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمزايدة ، بمعنى ان الراغب لا بد من ان تتوافر فيه شروط الاشتراك فيها ، كما ان الادارة ملزمة باحترام شروط ومواعيد المزايدة ولا يحق لها تمييز راغب على آخر طبقاً لمبدأ المساواة بين المتنافسين فكيفية تقديم العرض وشروط قبوله تنطبق على الجميع دون استثناء ، ولكن لها السلطة التي تمكنها من استبعاد العرض الذي لا يتفق والشروط المطلوبة.

وبناء عليه فسوف نحدد الشروط المطلوبة في الراغبين بالتعاقد اولاً ثم نبين كيفية تقديم العرض وشروط قبوله ثانياً موضحين سلطة الادارة التقديرية في الحرمان والاستبعاد كل في مجاله.

¹ - د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص 364.

² - قرار مجلس شورى الدولة رقم 32 في 1991/9/23.

³ - استعملنا مصطلح العرض بدلاً من مصطلح العطاء لان الاول جزء من الثاني فالعطاء يدل على مجموع اجزائه ، بينما العرض يستعمل للدلالة على اجزاء الكيان المادي الكلي ، والعطاء يرد في المزايدات السرية إذ يقدم ضمن مظروفين مغلفين احدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي هذا من جهة ، ومن جهة ثانية لان المشرع العراقي في المادتين (9/ثامناً) و(26/خامساً) ، استعمل كلمة (العرض) بعبارة (...) ويعتبر العرض الذي لا يزداد عليه (...) للدلالة على العرض المالي فقط (السعر) ولم ترد في القانون 32 لسنة 1986 أي إشارة الى مصطلح (العطاء) .

⁴ - د. فؤاد العطار ، وسائل تعاقد الادارة ، المناقصة والممارسة ، مجلة مجلس الدولة ، س 5-6 ، 1954 ص 272.

الفرع الاول الشروط الواجب توافرها في المزايدين

ان الراغب بشراء اموال الدولة او استئجارها لابد وان تتوافر فيه شروطا معينة يحددها القانون او تقررها الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية، بمعنى ان لا يكون ممنوعا من الاشتراك في المزايدة ومن بين هذه الشروط .

أولاً : أن تتوافر في المتقدم شروط المزايدة المحدودة .

فالمزايدات المقيدة او المحلية بطبيعتها مقصورة على فئات او افراد معينين وبالتالي تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم ¹ . ويمكن ان تكون عملية الدخول في المزايدة محدودة اذا تعلق ذلك بالأمن الوطني ² . او محلية توجه فيها الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المتزايدين المحليين الذي يقع نشاطهم داخل نطاق المحافظة التي يقع في دائرتها موضوع البيع او الايجار ³ . او مزايدة محصورة المشرع يحدد صفة الاشخاص الذي يحق لهم الاشتراك فيها لشراء او استئجار الاموال غير المنقولة ⁴ ، وحتى المنقولة كأن يكونوا من الموظفين ⁵ ، أو من حملة الاوسمة والانواط ⁶ .

¹ - د. محمد سعيد حسين امين ، دراسة وجيزة في فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1992 ، ص254.

² - د. عبد الفتاح صبري ابو الليل ، مصدر سابق ، ص153.

³ - المادة (125) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري المرقمة 1367 لسنة 1998.

⁴ - د. ماهر صالح علاوي ، القانون الاداري ، جامعة الموصل ، 1989 ، ص181.

⁵ - مثالها : المادة (12) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 المعدل .

⁶ - مثالها : الفئات المحددة بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) 100 لسنة 1995.

ثانياً : أن يكون متمتعاً بالاهلية القانونية .

إذ يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بالاهلية القانونية اللازمة للتعاقد سواء أكان المتعاقد شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، المهم أنه يصبح قادراً على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات في مواجهة الإدارة ، لذلك لا يمكن لهذه الأخيرة أن تقبل اشتراك فاقد الأهلية أو ناقصها في المزايدة¹ . وبالنسبة للشخص المعنوي فإن ممثله يشترط فيه أن يكون مؤهلاً قانونياً لهذا التمثيل ويجب على من يتولى مسؤولية تمثيل الشخص المعنوي أن يبرز الوثائق التي تثبت مشروعية تمثيله ، ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلا أنه إذا تم قبول الشخص الطبيعي الذي من المفترض أنه ممثل عن الشخص المعنوي في المنافسة على الرغم من عدم إبرازه الوثائق المطلوبة قانوناً لذلك فإن هذا القبول ينصرف إلى الشخص الطبيعي لا إلى الشخص المعنوي الذي يمثلته² . أما الأشخاص المعنوية الخاصة فإذا أرادت التقدم للمزايدة فعليها تقديم ما يثبت وجودها القانوني وذلك بالنسبة للحاضر والمستقبل على السواء أي طوال مدة عقد التأسيس³ .

ثالثاً : أن يثبت كفاءته الفنية .

أن تكون لدى الراغب بالتعاقد أعمال سابقة مشابهة لنوع الأعمال المطروحة في المزايدة وأن لا يكون مخلاً بالتزامات تعاقدية سابقة ، إذ أن الصلة الوثيقة بين العقود الإدارية والنفع العام يجعل من واجب الإدارة أن تتأكد مقدماً من صلاحية المزايدين حتى لا تتعاقد مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة⁴ ، ولها أن تبعد الراغب بالشراء أو الإيجار إذا كان قد أخل بالتزاماته السابقة وثبت لديها عدم قدرته على تنفيذ العقود التي تبرمها معه ، والمسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن للإدارة سلطة تقديرية في هذا المجال.

رابعاً : أن لا يكون موظفاً لدى الإدارة المالكة .

حفاظاً على كرامة الوظيفة العامة ودرأاً للشبهات تقرر التشريعات عادة حظر اشتراك الموظفين العموميين في المزايدات العامة ، ولأن الجمع بين صفة المتعاقد مع الإدارة وصفة الموظف العام قد يكون في غير صالح المرفق ، كونه على علم بأمور الإدارة ومطلعاً على طرقها وأساليبها في العمل وهذا في حد ذاته من شأنه أن يحقق نوعاً من التفضيل له على حساب بقية الراغبين بالتعاقد . ففي فرنسا مثلاً ترى المشرع قد تدخل لمعالجة مسألة الجمع بين صفة عامل الإدارة وصفة المتعاقد معها على عدة مستويات تشريعية ، فعلى مستوى القانون الجزائي جعل من الجمع بين الصفتين يشكل جرم المحاباة المنصوص عليه في المادة (14/432) من قانون العقوبات الحالي لعام 1993 إذ منعت كل موظف أو مأمور أو عامل إداري من أن يتدخل بأي شكل كان في نطاق أي عملية إدارية ومن بينها العقود التي تبرمها الإدارة . وعلى مستوى قانون البلديات إذ يستحيل على عضو المجلس البلدي أن يجمع بين صفة العضوية وصفة المتعاقد لأن القانون يقضي ببطان العقد الذي تبرمه الجماعة المحلية إذا كان ذلك العضو معنياً بالعقد ، أو أن له مصلحة فيه ومع ذلك شارك في المداولة المتعلقة بإبرامه⁵ . وفي قانون الوظيفة العامة الصادر في 1983/7/13 فإن المادة (25) منه تلزم الموظف بأن يكسر كل نشاطه المهني لتنفيذ المهام التي أوكلت إليه ويحظر عليه أن يجمع بين أكثر من استخدام عام ، والاستخدام العام – هو كل عمل يكون مأجوراً من موازنات الجماعات العامة أو المشاريع الوطنية ، بل

¹ - Richer .L. Droit des Contrats administrative، L.G.D.J، Paris، 1995، p29.

Laubadere-Delvolle et Modrene. Traite des contrats administratifs ، Paris ، T1، 1983،p548.

² - مهنت مختار نوح ، مصدر سابق ، ص409.

³ - تنص المادة (62) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه : (كل عطاء مقدم من شركة – يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ، ومن نظامها الأساسي ، وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية – لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة وفي كلتا الحالتين – يجب أن ترافق الصورة المقدمة ببيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة – ومدة هذا الحق وحدوده..)

⁴ - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، 1991 ، ص251 ، د. محمد سعيد حسين أمين ، مصدر سابق ، ص2. د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، مصدر سابق ، ص48.

⁵ - Richer.L. Les contrats administratifs ، Dalloz، Paris، 1991،p37

تشمل هذه القاعدة اضافة للموظفين كل عمال الجماعات الاقليمية والمؤسسات العامة الادارية ومأجوريها ومد مجلس الدولة الفرنسي نطاق تطبيقها ليشمل ايضا العاملين في التنظيمات الصناعية والتجارية وحتى التنظيمات المرتبطة ماليا بالدولة¹ ، وكانت المادة الثامنة من المرسوم رقم (244) الصادر في 1995/2/3 قد حظرت على الموظف العام بالذات او بالواسطة الدخول في مزايدات في دائرة اختصاصهم².

اما في مصر فإن دستورها لعام 1971 حظر على اعضاء مجلسي الشعب والشورى التقدم الى المزايدات العامة³ ، وهذا الحظر مفروض عليها طوال مدة عضويتهم بالمجلسين فقط وبعد انتهاء المدة يحق لهم الشراء والاستئجار والقيام بالتصرفات كافة حالهم حال الافراد ، كما ان حظر الجمع بين صفة الموظف وصفة المتعاقد مع الادارة طال الوزراء ايضا وذلك بمقتضى المادة (158) من الدستور التي نصت على أنه : (لا يجوز للوزير أثناء تولي منصبه ان يزاول مهنة حرة ، او عملا تجاريا ، او ماليا ، او صناعيا او ان يشتري او يستأجر شيئا من اموال الدولة ، او ان يؤجرها ، او يبيعها من امواله ، او ان يقايضها عليه ...) ⁴. وورد حظر الجمع بين الصفتين في قوانين عدة منها المادة (11/17) من قانون العاملين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 المعدل وأكدته بوضوح الفقرة (14) من المادة المذكورة إذ حظرت على الموظفين :

أ- شراء عقارات او منقولات مما تطرحه السلطات القضائية والادارية للبيع اذا كان ذلك يتصل بأعمال وظيفته .

ب- مزاولة أي اعمال تجارية ، وبوجه خاص أن يكون له مصلحة في اعمال او مقاولات او مناقصات تتصل باعمال وظيفته⁵.

أما قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية فقد أورد أحكاما صريحة بموجبها (يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها احكام هذا القانون -الدخول بالذات او بالواسطة- في المزايدات او الممارسات بأنواعها الا اذا كانت الاشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات اخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لأشراف هذه الجهة)⁶. في حين حظرت المادة (92) من قانون نظام الادارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 المعدل التعاقد بالذات او بالواسطة بين الوحدة المحلية واي عضو في مجلسها الشعبي المحلي ، الا أنها أجازت ذلك في حالة الضرورة ، واذا وجدت مصلحة محققة للوحدة المحلية بعد موافقة أغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص⁷.

¹ - Chapus. R. Droit administratif , op. cit, p249.

² - د. حمدي حسن الحلفاوي ، مصدر سابق ، ص155. د. عبد المنعم عبد الحميد شرف ، مصدر سابق ، ص202، د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية، مصدر سابق، ص85.

³ - المادة (95) من الدستور نصت على انه (لا يجوز لعضو مجلس الشعب اثناء مدة عضويته ان يشتري او يستأجر شيئا من اموال الدولة ، او ان يؤجرها أو يبيعها شيئا من امواله ، أو أن يقايضها عليه أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه ملتزما او موردا او مقاولا)، كما تنص المادة (205) من الدستور على ان (تسري في شأن مجلس الشورى الاحكام الواردة بالدستور في المواد 95...)

⁴ - لقد أفتت اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري في جلسته 1995/7/10 بأن نص المادة 158 من الدستور صريح وقاطع في دلالاته على منع الوزير اثناء توليه الوزارة من ممارسة أية مهنة حرة ، ولا سيما اذا تولد عن ممارسة هذه المهنة التعاقد مع احدى الجهات الحكومية ، وذلك دفعاً لأية مظنة حول استغلال نفوذه او مجالته = بسبب تقلده لمنصبه . الفتوى ذكرها ، عليوة فتح الباب ، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الادارية ، مطبعة كوميت 1999 ، ص663.

⁵ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص416.

⁶ - المادة (39) من القانون والمادة (136) من اللائحة التنفيذية.

⁷ - د. صلاح الدين فوزي ، قانون المناقصات والمزايدات ، رقم 89 لسنة 1998. المشاكل العملية والحلول القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص122.

ولم يشذ كثير من التشريعات العربية¹ ، عن مسلك المشرعين الفرنسي والمصري في مجال الحظر بين صفة الموظف العام وصفة المتعاقد مع الإدارة .

وفي العراق فإن الحظر من الاشتراك في المزايدة والتعاقد مع الإدارة بشكل عام قد أوردته الكثير من الاحكام الدستورية والقانونية ، فالمادة 123 من دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 نصت على أنه : (لا يجوز لرئيس الجمهورية ، ورئيس واعضاء مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب ونائبيه واعضائه ، واعضاء السلطة القضائية واصحاب الدرجات الخاصة ان يستغلوا نفوذهم في ان يشتروا او يستأجروا شيئاً من أموال الدولة او ان يؤجروا او يبيعوا لها شيئاً من اموالهم او ان يقاضوها عليها او ان يبرموا مع الدولة عقدا بوصفهم ملتزمين او موردين او مقاولين)² . أما الفقرة (رابعاً) من المادة (5) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 فقد نصت على انه : (يحظر على الموظف ما يأتي :- ... رابعاً- الاشتراك في المزايدات التي تجريها دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي لبيع الاموال المنقولة وغير المنقولة اذا كان مخولاً قانوناً بالتصديق على البيع لاعتبار الاحالة قطعية او كان عضواً في لجان التقدير او البيع او كان موظفاً في المديرية العامة او مايعادلها التي تعود اليها تلك الاموال) ولا يوجد تعارض بين هذه المادة ونص المادة (12) من قانون بيع وايجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 إذ نصت الاخيرة على بيع العقارات العائدة للدولة الى منتسبيها او منتسبي القطاع العام والمختلط ، لان حكم المادة 12 وفقاً لرأي مجلس شورى الدولة هو حكم خاص ، اما حكم الفقرة (رابعاً) من المادة (5) من القانون رقم 14 لسنة 1991 فهو حكم عام وان الحكم الخاص يقيد الحكم العام ومن ثم فلا تعارض بينهما³ . كما ان القاضي وعضو الادعاء العام محظور عليه مزاوله التجارة او أي عمل لا يتفق مع وظيفتهما⁴ ، ولا يجوز لعضو المجلس الوطني ان يتعاقد بالذات او بالواسطة مع الدولة او الاشخاص المعنوية العامة بصفة ملتزم او مقاول⁵ . اما قانون بيع وايجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 فقد نصت المادة الرابعة منه على انه : (لا يجوز لمنتسبي الوزارات

¹ - ففي السعودية المادة (11) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم 4 في 1397/7/1 هـ نصت على أنه (... لا يجوز لموظفي الحكومة شراء أصناف ما تباعه الحكومة الا اذا كان البيع بمزايدة علنية ، وكانت الاصناف المشتراة لاستعمال المشتري خاصة) ، د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مصدر سابق ، ص48

- وفي الامارات العربية المادة (62) من دستور الاتحاد لسنة 1971 حظرت على رئيس مجلس الوزراء او نائبه أو أي وزير اتحادي أثناء توليه منصبه ان يزاوّل عمل مهني او تجاري او يدخل في معاملة تجارية مع حكومة الاتحاد او حكومات الامارات ، وكذا المادة (61) من قانون الخدمة المدنية رقم 8 لسنة 1973 لم تجوز للموظف من ان تكون له مصلحة بالذات او بالواسطة في اعمال او مقاولات عقود تتصل بأعمال وظيفته ، انظر :- د. محمود سامي جمال الدين - اصول القانون الاداري في دولة الامارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة - ، الكتاب الثاني ، نظرية العمل الاداري ، 1994 ، ص339.

- وفي سورية ، فإن المادة (65) من النظام الاساسي الموحد للعاملين في الدولة الصادر بالقانون رقم 1985 قد حظرت على العامل في الدولة أن يشترك في المضاربات المالية أو أن يمارس أي عمل من الاعمال التجارية أو الصناعية ، أو أن يدخل في التعهدات والمناقصات بنفسه أو بالواسطة أثناء وجوده في عمله بالنسبة لكل تعهدات أو = مناقصات ادارات الدولة ، ويستمر هذا الحظر بعد تركه الخدمة لمدة خمس سنوات إذا كان التعهد أو المناقصة تجرى من الجهة العامة التي كان فيها قبل تركه الخدمة ، ويجري العمل في سوريا على عدم جواز اشتراك العاملين في الجهات العامة في جميع المزايدات والمناقصات التي تجريها الإدارة سواء أكانت تقع في دائرة عمل الموظف أو في سواها من الدوائر . أنظر : مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص418.

² - المادة (65) من دستور جمهورية العراق لعام 1970 تنص على انه (لا يجوز لأعضاء مجلس قيادة الثورة ونواب رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء أثناء توليهم مناصبهم ان يزاوّلوا مهنة حرة او عملاً تجارياً او يشتروا من اموال الدولة او يبيعوها شيئاً من أموالهم او يقاضوها عليه) ، أشار اليها ، علي حسين احمد غيلان ، دستور جمهورية العراق الصادر في 16 تموز 1970 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1998 ، ص42.

³ - قرار المجلس رقم 23 لسنة 2005 ، غير منشور.

⁴ - المادة (7/ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 والمادة (39/رابعاً) من قانون الادعاء العام رقم 59 لسنة 1979.

⁵ - المادة (5) من قانون المجلس الوطني رقم 26 لسنة 1995 منشور في الوقائع العراقية عدد 3597 في 1995/12/27.

او الجهات غير المرتبطة بوزارة ، او القطاع الاشتراكي الذين اتخذوا قرارا ببيع او ايجار اموال الجهة التي ينتسبون اليها وكذلك اعضاء لجنتي التقدير والبيع ، شراء او استئجار هذه الاموال ، بطريق المزايدة العلنية ويسري ذلك على أزواجهم واقاربهم حتى الدرجة الرابعة) وتأكد هذا النص في عدد من التعليمات التي أصدرتها الوزارات لتسهيل تنفيذ أحكامه¹.

خامساً : ان يكون حسن السيرة والسلوك .

إن المزايد يشترط فيه أن يكون متمتعاً بالشرف المهني والمدني ، ويقصد بالشرف المهني - عدم توافر عناصر الثقة في شخص الراغب بالتعاقد ، وهذا يحتم عدم قبول المرشحين للتعاقد الذين أشهر افلاسهم او الخاضعين للتصفية القضائية². لفقد اعتبارهم بسبب الحكم بالافلاس او التجريد من الحقوق المدنية³. وقد أشار المشرع العراقي الى أحكام التصفية في أكثر من موضع ومنها قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 ، أما احكام الافلاس والصلح الوافي منه فقد نظمها الباب الخامس من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 وبقيت نافذة رغم الغاء القانون المذكور بموجب المادة (33) من قانون التجارة الحالي رقم 30 لسنة 1984⁴. كما ان المتقدم للمزايدة يشترط فيه ان يكون حسن السيرة والسلوك ، فدون شك ليس من مصلحة الادارة التي تقوم بتسيير المرافق العامة وتوزيع النفع العام ان تتعاقد مع شخص مشبوه او ذي سوابق جنائية ، وقد جرى العرف الاداري في فرنسا على اخراج شهادة (صحيفة السوابق) من العمد حسب العائدية والاختصاص مع إمكانية الدعوى ضد قرار رفض منح هذه الشهادة⁵. وقد عد مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل شرط التمتع بالشرف المدني مشروعاً⁶ ، ودعم قانون العقوبات الفرنسي الجديد النافذ في عام 1993 هذا الوضع ونص في اكثر من مادة على استبعاد من يرتكب بعض الجرائم⁷ ، من دخول المنافسة على عقود الادارة وفقاً لمنطوق الحكم الجنائي الذي تقررت العقوبة الاصلية والتكميلية على أساسه⁸، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري فإن المادة (25) من قانون العقوبات لسنة 1937 المعدل قد جعلت كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حكماً بحرمان المحكوم عليه من القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة او بصفة متعهد او ملتزم أيا كانت اهمية الخدمة فيحرم المحكوم عليه بعقوبة جنائية من التعاقد فلا يقبل منه العرض (العتاء)⁹. وفي العراق فإن

¹ - المادة (الخامسة/اولاً) من تعليمات وزارة الحكم المحلي نصت على منع منتسبي الوزارة ادناه من شراء أو استئجار الاموال العائدة للوزارة بطريق المزايدة العلنية :

1- من اتخذ قراراً بالبيع أو الايجار ، ورئيس الدائرة في الاموال العائدة لدائرته .
2- رؤساء الوحدات الادارية (المحافظ ، القائمقام ، مدير الناحية) ونواب المحافظين ومعاونيهم في المحافظات ومدراء بلديات الوحدات الادارية بالنسبة للاموال الواقعة ضمن وحداتهم الادارية.
3- اعضاء لجان البيع والايجار الذين اتخذوا قراراً ببيع وأيجار الاموال .
- التعليمات نشرت في الوقائع العراقية ع 312 في 986/10/20

² - PONARD.R.précis de droit administratif, L.G.D.J. paris, ed 4, 1943, p 611.

³ - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، 1991 ، ص 260.

⁴ - صدر الامر رقم 78 في 2004/4/20 بإصدار قانون الافلاس وجعل من الباب الخامس من قانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 1970 مضموناً لهذا القانون مع اضافة احكاما تمهيدية ومواد اخرى سبقت الفصل الاول ، كما تضمن تعديلاً لاحكام الافلاس التي وردت في المادتين 470 و 474 من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 وتعليق العمل بالفقرتين

(2) من المادة (108) من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 و (12) من المادة 1370 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951، ونشر الامر في جريدة الوقائع العراقية عدد 3983 في حزيران 2004.

⁵ - Rivero.T. et Waline.J. Droit administrative, Paris, ed 14 , p107.

⁶ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 47.

⁷ - مثال : جريمة خيانة الامانة (المادة /314 ، جريمة تزوير اشارات وعلامات السلطة ، المادة 1/144 وجريمة غصب الوظائف المادة 18/433 وما يليها من نفس قانون العقوبات الجديد وجريمة غصب الوثائق المادة 17/433 و 25/433 ، = وأية جريمة موجهة ضد البشرية ، المواد 1/211 و 1/212 و 3/212 من نفس القانون ، المواد المذكورة أشار اليها ، مهند مختار نوح ، المصدر اعلاه ، ص 411.

⁸ - SIEF-ASKAR-A. l'appel doffers en france et Syrie, Université' Montplliier, 1998. p56.

⁹ - د. محمد ماهر ابو العنين ، مصدر سابق ، ص 499.

الحرمان من بعض الحقوق والمزايا خلال تنفيذ العقوبة الاصلية المنصوص عليها في المادة (96) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 هو عقوبة تلحق المحكوم عليه بعقوبة السجن المؤبد او المؤقت بحكم القانون من وقت صدور الحكم ضده الى انتهاء مدة تنفيذ عقوبته ويحرم خلالها من حق (الوظائف والخدمات التي كان يتولاها)¹ ، كما أن المادة (100) من القانون المذكور أجازت للمحكمة عند الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بالحبس مدة تزيد على السنة أن تقرر حرمان المحكوم عليه من تولي بعض الوظائف والخدمات العامة لمدة لا تزيد على سنتين ابتداءً من تاريخ انتهاء العقوبة أو من تاريخ انقضاءها لأي سبب كان .

سادساً : أن يكون من المواطنين .

ان الفارق بين الشخص الوطني والاجنبي يترتب عليه دائماً اختلاف في المركز القانوني ، لذلك سارت معظم التشريعات في الماضي في منحى تفضيل الوطنيين على الاجانب في إطار المنافسة على المزايدات العامة اذ يستبعد الاجنبي من نطاقها بسبب جنسيته الاجنبية بغض النظر عن مؤهلاته الفنية وملاءته المالية وهذا ما عرف اصطلاحاً باسم الشرط التفضيلي ففي فرنسا مثلاً وضع شرط الجنسية كان مقراً من قبل مجلس الدولة ويعد مشروعاً ، ولكن بعد نفاذ معاهدة روما في 1957/2/25 التي أدت الى ظهور السوق الاوربية المشتركة اصبح الشرط غير مقبول ومنعت المعاهدة أي تمييز بسبب الجنسية في نطاق العمليات التجارية وبعد ان قرر المجلس الدستوري الفرنسي في عام 1990 بأن الاجانب المقيمين في فرنسا يملكون ذات الحقوق الدستورية التي يملكها المواطنون² . فإن جانباً من الفقه أندفع الى القول بأن استبعاد الاجانب من غير رعايا الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي من نطاق المنافسة على عقود الدولة يكون مخالفاً لمبدأ المساواة الدستوري³ . وعلى أية حال فإذا كان شرط المواطنة في المتقدم يوضع لتحقيق اعتبارات متعددة تتعلق بطبيعة العقد ومدى السلطات التي يخولها المتعاقد او بقصد حماية المواطنين ، فإن هذا الشرط قد تفرضه الادارة احياناً دون نص خاص من المشرع⁴ . وفي مصر لم يتطرق المشرع الى شرط الجنسية ، ولكنه اشترط في المادة (61) من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 ان يكون مقدم العطاء مقيماً في جمهورية مصر العربية او يكون له وكيلاً والا وجب عليه ان يبين في عطائه الوكيل المعتمد منه في الجمهورية فيما لو رست عليه المزايدة⁵ .

أما في العراق فإن المادة (الخامسة) من القانون رقم 32 لسنة 1986 قد نصت : على غير العراقيين الذين يرغبون في شراء او استئجار مال من أموال الدولة غير المنقولة الحصول على الموافقة اللازمة من الجهة المختصة قانوناً .

وقد كانت كثير من القوانين تنظم عملية البيع لغير العراقيين ومنها قانون تملك المواطنين العرب اموالاً غير منقولة في العراق رقم 72 لسنة 1978 ، الا ان هذه القوانين جميعاً اصبحت موقوف العمل بها بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 23 في 1994/3/7 إذ لم يعد بإمكان غير العراقي ان يملك العقار او يستثمر أمواله في الشركات داخل العراق وكل ما من شأنه التملك او الاستثمار في أي وجه كان⁶ ، بل رتب المسؤولية الجزائية على من يخالف أحكامه¹ ، باستثناء الفلسطيني المقيم في

¹ - د. اكرم نشأت ابراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط1 ، بغداد ، 1998 ، ص330.

² - Sief Askar, op. Cit, p69.

³ - Brechon-Moulenes, Droit des Marches publics , T1, op. cit , p1.

⁴ - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ط5 ، ص

⁵ - د. محمد ماهر ابو العنين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص480.

⁶ - صدر قانون الاستثمار العربي رقم 62 لسنة 2002 - الوقائع 3959 في 2002/12/2 .. أجاز للمستثمر العربي شخصاً طبيعياً او معنوياً الاستثمار في العراق وفقاً لأحكامه . وعقود الاستثمار يقصد بها تلك التي بمقتضاها يتم انتقال رأس المال الاجنبي في الدولة المضيفة على نحو مباشر وتستهدف في المقام الاول تسيير مرفقاً عاماً وذلك بأن يقوم المستثمر الاجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة اما بنفسه او بالمشاركة مع رأس المال الوطني ، ويرى غالب الفقه بأنها عقود ادارية شريطة ان يكون احد طرفيها جهة ادارية -انظر : د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص111 وما بعدها.

العراق إقامة دائمية منذ عام 1948 وأولاده المقيمين معه ممن أتموا الثامنة عشرة من العمر فإنه يستطيع ان يملك قطعة أرض سكنية او دار سكن واحدة وكذلك أولاده.² الا ان المادة (23/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 نصت صراحة على انه لا يجوز لغير العراقي تملك غير المنقول الا ما استثنى بقانون . ويلاحظ بأن المشرع العراقي قد اشترط على من يرغب في شراء المال او استنجاره ان يكون موقفه سليماً من الخدمة العسكرية³ ، او ان يكون مقيماً في الناحية او القضاء الذي يقع فيه المال المعلن عن إيجاره⁴ ، او يكون محل ولادته في المحافظة التي يقع فيها المال⁵ ، وكان يشترط في الغالب عند بيع المال ان يكون المتقدم للمزايدة من فئة معينة او ذات صفة معلومة⁶ .

ومبدأ حرية المنافسة الذي يحكم المزايدات العامة اذا كان يعطي للأفراد كما قلنا حق التقدم اليها ويتيح لهم تقديم عروضهم اذا ما توافرت فيهم الشروط المطلوبة ، فإنه لا يعني انعدام سلطة الادارة في تقدير صلاحيتهم وكفاءتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة ، فلها في سبيل ذلك حق تقرير حرمان الافراد من الدخول في المزايدة حتى ولو توافر في عرضهم (عطائهم) شروطها اذا كان لهذا الحرمان سنده في القانون او الواقع ، وهذا الحرمان قد يكون جزائياً او وقائياً ، والحرمان الجزائي يصدر من الادارة بمنع شخص من دخول المزايدات التي تعلن عنها وذلك على سبيل الجزاء ، وسند القرار هذا اما ان يكون القانون كعقوبة اصلية او تبعية توقع على صاحب العطاء (العرض) او اخطاء ارتكبها ذات الشخص في تعاقدات سابقة مع الادارة كما لو أخل بالتزاماته التعاقدية⁷ ، اما الحرمان الوقائي فإن الادارة فيه تقوم بإصدار قرار اداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص من التقدم الى المزايدات العامة⁸ . وبهذا يختلف عن الحرمان الجزائي كون الاخير يكون بمثابة عقوبة تتقرر بنص القانون حين يخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية ، في حين الحرمان الوقائي يكون بمجرد قرار اداري تقرر فيه الادارة بمطلق سلطتها التقديرية حرمان الشخص الطبيعي او المعنوي من الدخول في

¹ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 33 في 1997/5/4 نص على معاقبة من يخالف احكام القرار 23 لسنة 1994 بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة ولا تزيد على ثلاث سنوات ، واذا كان المخالف عراقياً فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين مع مصادرة المال الذي تم تملكه واستثماره خلافاً لاحكام القرار ، وتم نشر القرار 1997/33 في الوقائع العراقية عدد 3670 في 1997/5/19.

² - القرار 133 في 1997/9/13 - منشور في الوقائع العراقية 3688 في 1997/9/22 .
- القرار 202 في 2001/9/12 قضى بمعاملة الفلسطيني المقيم إقامة دائمة في العراق معاملة العراقي في جميع الحقوق والواجبات باستثناء الحق في الحصول على الجنسية العراقية ، الا ان القرار تضمن نصاً يتعارض مع المبادئ الدستورية المستقرة في حق المواطن بمحاكمة قانونية لإثبات ادانته حينما خول اعضاء مجلس قيادة الثورة (المنحل) ونواب رئيس الجمهورية حجز الموظف العراقي الذي يتصرف بما يتناقض مع احكام القرار لمدة ستة اشهر ثم يرفع أمره الى ديوان الرئاسة ، مما يقتضي الغاء هذا النص ، القرار منشور في الوقائع العراقية ، عدد 3903 في 2001/11/5.

³ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 93 في 1994/ 7/23 إذ منع الهاربون من الخدمة العسكرية والمتخلفون عنها من التعاقد على الاراضي الزراعية او الاراضي المخصصة للاغراض الصناعية والاشتراف في المزايدات لشراء أموال الدولة او استنجارها او التعاقد عليها وفق أية صيغة كانت ، منشور في الوقائع العراقية ، عدد 3531 في 1994/8/1.

⁴ - وفقاً للقرار 44 في 1997/1/1 فإن المزايدة العلنية التي تتم لإيجار الاراضي الزراعية تكون محصورة بفلاحي الناحية او القضاء الذي ليس له ناحية.

⁵ - الفقرة (4) من كتاب مجلس الوزراء 12120 في 1994/10/13 تنص على ان يكون (مسقط رأس) المشارك في المزايدة في المحافظة نفسها التي تقع فيها قطعة الارض السكنية المعلن عن بيعها. (وزارة الداخلية - التشريعات ذات العلاقة بعمل دوائر البلديات) ، ج1 ، بغداد ، 2002 ، ص579.

⁶ - المادة 12 من القانون 32 لسنة 1986 اشترطت في المتقدم للمزايدة عند الاعلان عن بيع القطع والدور السكنية ان يكون موظفاً ، والقرار 100 لسنة 1995 اشترط ان يكون المتقدم لشراء المال المنقول وغير المنقول من حملة الاوسمة والانواط.

⁷ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص154.

⁸ - د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1. 1996 ، ص24 و ط2 ، 2002 ، ص27.

المزايدات العامة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة ، تدفع الإدارة الى ضمان وجود اشخاص مؤهلين في المزايدات¹ ، بما يتجمع لديها من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون ان يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما وذلك كإجراء وقائي تمليه غير الإدارة توكيلاً لتلك المصلحة وحدها². وبالتالي فإذا كان ماضي صاحب العطاء الأعلى في المزايدة يدل على انه لا يحترم التزاماته ولا يوفي بعهوده فإنها تكون اسباب جدية كافية لرفض هذا العطاء³ ، والحرمان الوقائي قد يكون بنص القانون كإجراء يقتضيه صالح المرفق وحسن تنفيذ العقد وذلك اذا ما وجد الشخص في حالة لا يجوز معها اشتراكه في المزايدة كأن يكون موظفاً عمومياً يتمتع على الإدارة بموجب القانون ان تتعاقد معه⁴ ، وقد يكون الحرمان الوقائي بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية ، والحرمان بنوعية يتمثل في اجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات ، وفي ذات الوقت اجراء عام يسري على المزايدات بكافة أنواعها سواء تعلق بجهة معينة او ينصرف الى كل الجهات الحكومية، وقد يكون لمدة معينة⁵ ، او بدون تحديد مدة ، ويعد الحرمان من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد اذ يخولها سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص ولا تتيسر مباشرتها الا لها وحدها⁶.

والطبيعة التقديرية لقرار الإدارة بالحرمان الوقائي مستقرة في احكام القضاء ، فمجلس الدولة الفرنسي قضى بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدار قرار الحرمان الوقائي وأنه لا يجوز في هذه الحالة التعقيب على قرار الحرمان الا اذا كان مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة او انعدام الاسباب⁷. وانها تتمتع بهذه السلطة بشكل واسع عندما تقرر الاستبعاد العام لنقص في أهلية المتعاقد وذلك دون ان تلتزم بتسبب قراراتها في هذا الشأن شرط ان لا يكون القرار مشوباً بالانحراف في السلطة كونه من القرارات الخطيرة فيجب ان لا يتخذ في سبيل تحقيق غاية اخرى غير مصلحة المرفق المعني. والجدير بالملاحظة ان الإدارة في فرنسا وبعد صدور قانون 11 تموز 1979 المتعلق بتسبب القرارات الإدارية خاصة بعد صدور منشور رئيس الوزراء في 1979/8/31 الذي حدد القرارات الإدارية الواجبة التسبب ومنشور 1980/1/10 ومنشور 1979/9/28 والاخير تعلق بتسبب الاعمال الإدارية ، أصبحت ملزمة بتسبب اغلب الجزاءات التي توقعها على المتعاقد معها ومن ثم فإن دور قاضي العقد في رقابة الاساءة باب اصـبح ميسوراً⁸ ، كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه المبادئ وقضت بأن للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك الا عيب اساءة استعمال السلطة⁹ ، وذهبت الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في جلسة 1987/12/9 الى انه (لا يكفي في المتعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب ان تتوافر الى جانب ذلك حسن السمعة ، وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من

1 - د. عاصم احمد عجيلة وآخرون ، القانون الإداري اليمني ، ط3 ، 1988 ، ص319.

2 - د. مجدي المتولي ، مصدر سابق ، ص106.

3 - د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط2001 ، ص806.

4 - د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود ، ط5 ، ص260.

5 - المادة (66/أ) من المرسوم السوري رقم 2766 لسنة 1969 نصت على ان : (يحرم من التعاقد مع الإدارة بقرار معطل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته او عدم كفاءته اثناء تنفيذ تعهدات الإدارة ، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً ، لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، اما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعاً ، فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص) النص المذكور عند ، نجم احمد الاحمد ، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2001 ، ص37.

6 - د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في عقود الإدارة ، دار النهضة العربية ، 1985 ، ص150.

7 - د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، ط2 ، ص32 ، و ط1 ، ص27.

8 - د. محمود ابو السعود ، سلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، ط1 ، ص39 ، 1997 ، ص197 و253. د. حمدي حسن الحلفاوي ، مصدر سابق ، ص389.

9 - حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة 1962/2/17 أشار إليه (د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ،

ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها الا عيب اساءة استعمال السلطة ... والقول بغير ذلك من شأنه ان يؤدي الى احتمال تعاقب الادارة مع صاحب العطاء على الرغم من عدم توافر حسن السمعة¹. وفي العراق فقد بسطت محكمة القضاء الاداري رقابتها على قرارات الادارة بحرمان المتقدمين للمزايدة في حكم لها صدر بتاريخ 1991/12/31 حينما نظرت في قرار أصدرته وزارة المالية بمنع عدد من الأشخاص من دخول المزايدات العامة التي تجريها بحجة قيامهم بالتأثير على نزاهة المزايدة ولجوئهم لابتزاز عدد من المزايد ، ولان حق المواطن في ممارسة العمل التجاري بكل السبل القانونية ثابت ولا يمكن لأية جهة ادارية منعه لذا عدت قرار المنع متعسفا فيه ومعيبا بالتعسف فقررت الغائه² ، ويرى جانباً من الفقه بأن الادارة لو لم تقم بتسبيب قرارها الصادر بالحرمان مكتفية بما لها من سلطة تقديرية في عدم الكشف عن سبب اصداره لما امكن الغاء ذلك على اساس إن مقتضيات الصالح العام هي الدافع الى اصداره ، خاصة وان الالغاء جاء بسبب عدم قدرة الادارة على إثبات الاسباب الدافعة الى اصدار القرار³.

وقرارات الادارة بالحرمان سواء كانت جزائية ام وقائية هي قرارات ادارية صدرت بمقتضى سلطتها التقديرية وتعد من القرارات المنفصلة⁴ ، التي تخضع للطعن بالالغاء امام القضاء الاداري وهي من القرارات المستمرة التي (تحدث آثارها بصفة متجددة وقائمة الى ان تنتهي بطريق او بآخر من طرق انقضاء القرارات الادارية المقررة قانوناً)⁵. ويظل ميعاد الطعن بالالغاء فيها مفتوحاً طالما ظل القرار قائماً ومستمر في انتاج آثاره ، بيد ان هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة كما ذكرنا فإذا كان جوهرها التقدير فإن حدها التعسف وهي بهذه المثابة تخضع لرقابة القضاء الاداري الغاء وتعويضاً.

¹ - فتوى الجمعية العمومية ملف رقم 120/1/47 أشار اليه ، د. محمد ماهر ابو العنين ، ك1 ، مصدر سابق ، ص487.

² - حكم محكمة القضاء الاداري رقم 81/ق.أ/1991 في 1991/12/31 أشار اليه ، حبيب ابراهيم الدليمي ، الطعن بالالغاء ضد القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقد الاداري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1994 ، ص78.

³ - حبيب ابراهيم الدليمي - المصدر اعلاه ، ص78.

⁴ - د. رمضان محمد بطيخ ود. عمر حلمي فهمي ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص228.

⁵ - سليم نعيم الخفاجي ، ميعاد رفع دعوى الالغاء امام محكمة القضاء الاداري في العراق - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد ، 2001 ، ص138.

الفرع الثاني

إبداء الرغبة بالشراء أو التأجير

ونبين فيه سلطة الادارة في قبول العرض وطبيعته القانونية .

أولا : سلطة الادارة في قبول العرض .

ونتعرض فيه لشروط قبول العرض وسلطة الادارة في استبعاده .

1- شروط قبول العرض .

وتتضمن هذه الشروط :-

أ- قبول الراغب بالمشاركة في المزايدة - وهذا يعني ان تباشر الادارة فحص شخصية المزايد قبل فحص شروط العرض الذي تقدم به ، لأن عدم توفر الشروط المطلوبة في الراغب يعني حرمانه من دخول المزايدة ويستتبعه حكما استبعاد عرضه من المنافسة. وفي فرنسا مثلا ، فإن الفقه والقضاء أوجد ضمانات معينة لمنع التعسف في نطاق قبول العارضين وتشمل هذه الضمانات :-

- 1- التأكد من شخصية العارض (الراغب بالمشاركة) قبل فحص عرضه ، بمعنى انه يجب على اللجنة ان تستطلع الوثائق التي تؤكد استنفاد الشروط المطلوبة من المشارك ثم تقوم بفحص عرضه وتدقيقه وذلك خوفا من ان يتأثر فحص شخصية العارض بنتيجة فحص عرضه¹.
- 2- ان يكون قرار قبول المرشح للمشاركة قطعيا وغير قابل للتراجع عنه ، وهو ما يعبر عنه بقاعدة اللالغائية ، وقد وضعها مجلس الدولة الفرنسي خشية الالتفاف على مبدأ الاولوية المشار اليه.
- 3- ان حرمان الراغب بالمشاركة يجب ان لا يتم الا في حضوره وبعد سماع ملاحظاته ، مع وجوب تسبيب قرار الاستبعاد وفقا لقانون 1979/7/11².

¹ - Quancard.M.L'adjudication des Marches publics de travaux et de fournitures، Sirey، 1945. p24.

² - مهندس مختار نوح ، مصدر سابق ، ص370. د. محمد عبد اللطيف ، تسبيب القرارات الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص80 ، وما بعدها.

فإذا ما تقدم هذا الشخص المحروم بعرضه الى المزايمة التي أعلنت عنها الادارة ، فإن الاخيرة تصبح حينئذ ملزمة باستبعاد هذا العرض حتى ولو توافرت فيه كافة الشروط التي حددتها في كراسة الشروط او التي تضمنها الاعلان ، وبطبيعة الحال تكون سلطة الادارة مقيدة تلتزم بإتخاذ قرار الاستبعاد تطبيقاً للقانون ، ففي مصر المادة (6) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ألزمت الادارة بمسك سجل لقيود الممنوعين من التعامل ، أي المحرومين من دخول المزايدات .

وفي العراق فإن الامر لن يكون مختلفاً لأن الراغب بشراء الاموال او استئجارها لابد وان تتوفر فيه الشروط التي يطلبها القانون او التي تحددها الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، فإذا فقد شرطاً او أكثر حالت الادارة بينه وبين مشاركته في المزايمة حتى وان اكتملت شروط العرض الذي أعلن عنه ، الا ان المشرع العراقي أضاف للشروط العامة التي سبق ذكرها شروطاً خاصة تميزت بها عن غيرها من التشريعات المقارنة ومن ضمنها ، ان يكون المتقدم للمشاركة مسجلاً في احصاء سكاني معين عندما يبدي رغبته لشراء العقار في العاصمة. فقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) المتعددة ومنها، 1562 لسنة 1982 ، 18 لسنة 1983 والقرار 157 لسنة 1994 منعت العراقي من المشاركة في المزايمة لشراء عقار في بغداد ما لم يكن مسجلاً في احصاء 1957 او أي احصاء سابق له ، وان لا يكون المشارك ممنوعاً عليه الشراء في المحافظة التي يقع فيها المال غير المنقول ، فمجلس قيادة الثورة (المنحل) كعادته قيد البيع وحرّم فئات كثيرة من دخول المزايمة فأصدر قرارات عدة نذكر منها على سبيل المثال (القرار 418 لسنة 1984 وبموجبه وضع ضوابط السكن والشراء في محافظة التأميم (كركوك) واشترط موافقة المحافظ على الشراء والقرارين 116 لسنة 1988 و 97 لسنة 1997 اذ تطلب فيهما موافقة محافظ نينوى (الموصل) على شراء العقار داخل المحافظة ، والقرار 529 لسنة 1989 وتعديلاته حدد ضوابط الشراء في منطقة كردستان (اربيل السليمانية ودهوك) .

والحقيقة ان القرارات العديدة التي ذكرت وغير المذكور منها كانت تشكل قيوداً على حق المواطن بالتملك وتتعارض مع المبادئ التي تكفلت الدساتير بالنص عليها ، وانسجاماً مع نص المادة (16/ج) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في 3/8/2004، التي نصت على انه (للمواطن العراقي الحق الكامل غير المشروط بالتملك في كافة انحاء العراق بلا قيود)¹ ، فقد الغيت النصوص التشريعية والاوامر والتوجيهات كافة التي تتعارض مع حق العراقي غير المشروط بالتملك في انحاء العراق كافة² بما فيها القرارات الوارد ذكرها اعلاه ، وتم إقرار هذا الحق في الدستور الجديد³ ، ومن بين تلك الشروط ايضاً ان لا يكون الراغب بالاشتراك في المزايمة لشراء المال قد تملك سابقاً عقاراً على وجه الاستقلال بغض النظر عن مصدر التملك اذا كان من الدولة او من الجمعيات التعاونية⁴ ، او اشترى العقار من ماله الخاص او انتقل اليه ارثاً ، واذا كان المال المعلن عن بيعه من المعامل والمشاريع المملوكة للدولة او القطاع الاشتراكي⁵ ، فيشترط في الشخص الطبيعي او المعنوي المتقدم للمشاركة ان لا يكون قد اشترى او تملك مشروعاً او معملاً من أية جهة كانت الا اذا كان المشروع او المعمل المعروف للبيع مكملاً من الناحية الانتاجية للمشروع الذي اشتراه سابقاً⁶.

¹ - تم نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية ، عدد 3981 مجلد 45 في مايس 2004. ونصت المادة (12) منه على ان : (العراقيون كافة متساوون في حقوقهم ... وهم سواء امام القانون ...).

² - تم الالغاء بأمر الحق في التملك رقم 4 لسنة 2004 ونشر بجريدة الوقائع العراقية، ع، 3987 في ايلول 2004.

³ - وفقاً للمادة (23/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 فإن (للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق...).

⁴ - المادة (12) من قانون بيع وايجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986.

⁵ - القطاع الاشتراكي - يقصد به الدوائر والمؤسسات والمنشآت والشركات والهيئات العامة التي تملكها الدولة وتمارس نشاطاً اقتصادياً وتتعامل على أسس اقتصادية. قرار مجلس شوري الدولة رقم (81/10) في 31/1/1981 أشار إليه د. عبد الرسول الجصاني ، فتاوي مجلس شوري الدولة، 1980-1984 ، مركز البحوث القانونية - بغداد / 1987 ، ص137.

⁶ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 151 لسنة 1989 المنشور في الوقائع العراقية ، ع 3247 في 16/4/1990.

ونرى بأن سلطة الادارة إزاء الشروط أنفة الذكر مقيدة ولا تملك الادارة مساحة واسعة من التقدير إذ أنها ملزمة بتطبيق نص القانون الذي تضمن تلك الشروط.

ب- اكتمال الوثائق والبيانات المطلوبة.

العرض بعده تعبير المتقدم عن إرادته الجازمة في الاشتراك بالمزايدة يكون عن طريق تقديم البيانات اللازمة الى الجهة الادارية وفقا للشروط المبينة في كراسة الشروط والاعلان المنشور في الصحف المحلية والوسائل الاخرى ، وحقيقة الامر ان هذه الوثائق تختلف احيانا وفقا لطريقة المزايدة ، فإذا تمت بطريق المظاريف المغلفة فإن ذلك يتطلب بعض الوثائق التي لا تحتاج اليها الادارة عند اجرائها المزايدة بطريق المناداة ، ولكن الطريقتين يشتركان بجملة من الوثائق لابد وان يرافقا العرض المالي الذي يتقدم به المزايد ومن بينها :-

1- عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي
ويطلب صورة من عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي اذا كان المتقدم شخصا معنويا أو عند تقديم العرض من منشأة تجارية ، فالمادة (62) من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات المصري تشترط ان ترافق العطاء صورة رسمية من عقد المشاركة اذا كانت المنشأة لأكثر من شخص واحد ، ولابد من ترافق الصورتين بيان بأسماء الاشخاص المصرح لهم لحساب الشركة او المنشأة وبيانات اخرى أوردتها تلك المادة. ويعد المزايدون الذين يقدمون عروضهم على وجه الاشتراك بحكم المزايد الواحد لأغراض المزايدة ويلتزمون بالتضامن والتكافل في تنفيذ التزاماتهم الناتجة عن هذه المزايدة¹.

2- الوكالة في الشراء او التأجير
من المبادئ المستقرة ان المرء لا يلتزم الا بإرادته ، ومن ثم فإن العقود لا تربط الا أطرافها فلا يضار بها ولا يستفيد منها سواهم وهذا ما يعرف بنسبية العقود ، على انه يجوز مع ذلك ان تحل ارادة شخص محل ارادة شخص آخر في التعاقد او في اجراء أي عمل قانوني ، وهذه هي النيابة التي تعني - حلول ارادة شخص يسمى النائب محل ارادة آخر يسمى الاصيل في تكوين عمل قانوني وعلى الخصوص إبرام العقد مع انصراف الآثار القانونية لهذا التصرف الى ذمة الاصيل ، كما لو كانت ارادة هذا الاخير هي التي ساهمت في تكوينه². والمادة (115) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري اجازت للهيئة العامة للخدمات الحكومية الاتفاق مع الجهة الادارية على قيامها بتولي اجراءات بيع المنقولات نيابة عن تلك الجهة في حدود احكام القانون ، وبطبيعة الحال فإن هذه النيابة اتفاقية مصدرها عقد الوكالة وليست نيابة قانونية وما فعله المشرع أنه صرح بجوازها ، اذن هي نيابة جوازية ، أي انها تخضع للسلطة التقديرية للجهة الادارية ان ارادت أنابت غيرها في مباشرة اجراءات التعاقد ، وان شاءت بإشرت تلك الاجراءات بنفسها ، كما ان القانون العراقي اشترط على مقدم العرض اذا كان وكلا عن صاحبه ان يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة³ ، وأجازت المادة التاسعة من تعليمات وزارة الحكم المحلي - رقم 7

¹ - المادة (التاسعة) من تعليمات وزارة الحكم المحلي رقم 7 لسنة 1986.

² - د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص744.

³ - تنص المادة (11) من قانون الكتاب العدول العراقي رقم 33 لسنة 1998 على ان :

- يمارس الكاتب العدل ما يأتي : تنظيم وتوثيق التصرفات القانونية كافة الا ما استثني بنص خاص ، ويقصد بالتنظيم والتوثيق ..

اولاً/أ - التنظيم - تدوين السند مباشرة من الكاتب العدل حسب طلب ذوي العلاقة على أوراق معدة لهذا الغرض ، مع مراعاة ما تنص عليه القوانين بهذا الشأن.

ب - التوثيق - تصديق الكاتب العدل على توقيعات او بصمة ابهام كل من ذوي العلاقة في السند المنظم منهم وعلى اعترافهم بمضمونه ، القانون منشور في جريدة الوقائع العراقية ، ع 3753 في 1998/12/21.

لسنة 1986 الصادرة بموجب القانون رقم 32 لسنة 1986 قبول ضم (زيادة) أي شخص بالنيابة عن شخص آخر اذا كان مزودا بوكالة قانونية تجيز ذلك¹ .
3- البطاقة الضريبية.

ألزمت المادة (62) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 المصري كل شخص طبيعي او معنوي يتقدم ببطائه (عرضه) ان يرافقه صورة معتمدة من بطاقته الضريبية ، ومن شهادة تسجيله لدى مصلحة الضرائب على المبيعات ، وفي العراق لم يتضمن القانون رقم 32 لسنة 1986 نصا مماثلا ، الا ان كثيرا من الادارات اعتادت ان تضمن اعلاناتها عن المزايدة شرطا يلزم الراغب بالشراء بأن يقدم استشهدا من دائرة الضريبة يؤيد براءة ذمته من ديون الدولة ، واشترطت على المشارك ان لا يكون مدينا وقت اجراء المزايدة للادارة مالكة المال المعلن عنه² ، الا ان قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982 فرض الضريبة على أرباح الاعمال التجارية وبدلات إيجار الاراضي الزراعية والارباح الناجمة عن نقل ملكية العقار او حق التصرف فيه³ ، وبالتالي فإن كل فرد ملزم بالمحاسبة الضريبية لأتيان براءة ذمته بعد تسديد المستحقات المفروضة ولا تسمح بإجرائها من قبل الدوائر الاخرى حتى يتم دفع الضريبة⁴ ، فمن باب أولى ان تشترط الادارة على المتقدم للمزايدة ان يؤيد براءته من الديون وألا حق لها بمقتضى سلطتها التقديرية استبعاد العرض غير المرفق به مثل هذه البراءة.

وإضافة للشروط التي مر ذكرها ، فإن الادارة في العراق عندما تعلن عن إجراء مزايدة لبيع او ايجار أموالها فإنها تشترط تقديم وثائق اخرى يكاد الكثير منها يغيب عن تلك التي تفرضها الادارات في الدول الاخرى ومن بين هذه الوثائق.

أ- أن يرفق مع العرض الذي تقدم به للشراء بالمال غير المنقول الوثائق التي تؤيد :-

- كونه موظفا في دوائر الدولة ، او من ذوي الشهداء او من أسرى الحرب.
- كونه من حملة الاوسمة والانواط والنياشين الاخرى.
- غير مستفيد سابقا ولم يكن قد تملك عقاراً من الدولة او الجمعيات التعاونية او من أي مصدر آخر ويقدم اقرار مكتوباً بهذا المضمون مصدقا من الموظف المختص⁵ والعبرة بتوفر الشروط القانونية للتمليك هو وقت تقديم الاقرار وليس وقت التملك⁶.
- سلامة موقف المتقدم من الخدمة العسكرية .
- كونه مقيما في الناحية او القضاء في حال اشتراكه في المزايدة المقيدة لاستئجار الأراضي الزراعية ، وكونه مولودا في المحافظة التي يقع في نطاقها المال المعلن عن بيعه لموظفي دوائر الدولة.

ب - تقديمه هوية الاحوال المدنية والبطاقة التموينية للاستدلال منهما عن :

- 1- عنوان السكن ومحل إقامة المشارك في المزايدة.
- 2- محل ولادته وتاريخها ومحل الاقامة ، وبيانها ضروري في المزايدة المقيدة اذ يكون دخولها أحيانا مشروط بتوافر أحدهما.

¹ - القانون المدني العراقي عرّف الوكالة في المادة (927) بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) ، ونظم أحكامها في المواد 927 - 949 . فيما عرفها القانون المدني المصري في المادة (699) بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) ، ونظم أحكامها في المواد 699 - 717 .

² - المادة (5/ثانيا) من تعليمات وزارة الحكم المحلي رقم 7 لسنة 1986.

³ - المادة (الثانية) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم 113 لسنة 1982 المنشور في الوقائع العراقية ، ع 2917 في 1982/12/27.

⁴ - المادة (3/28) من قانون ضريبة الدخل العراقي.

⁵ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 42 في 24 / 4 / 1995 خول مدير عام الدائرة القانونية في كل وزارة صلاحية تصديق العقود والتعهدات والكفالات التي تطلبها وزارته وله ان يخول غيره من الموظفين القانونيين هذه الصلاحية. القرار منشور في الوقائع العراقية ؛ ع : 3562 في 1995/5/8.

⁶ - محكمة التمييز ، قرار رقم 343 / موسعة اولى / 1986 في 1987/1/31 ، غير منشور.

3- لتحديد سن الرشد وهي (ثمانية عشرة سنة كاملة)¹ ، التي يصبح معها المشارك مؤهلاً للتعاقد مع الإدارة .

4- لتحديد جنسية المشارك ، اذ تشترط المادة الخامسة من قانون رقم 32 لسنة 1986 في المزايد ان يكون عراقياً عند شراء المال غير المنقول كأصل عام ، ويجوز لغير العراقي الاستئجار بموافقة الجهة المختصة.

ج - ان يقدم العرض خلال المدة المحددة ووفق الاسلوب المقرر قانوناً. بعد الاعلان عن المزايدة العامة يجب بطبيعة الحال ان تحدد مهلة معقولة ليتمكن الراغب بالشراء أو التأجير من التعرف الدقيق على طبيعة المال المراد بيعه أو إيجاره وليزن عطائه وظروفه جيداً قبل التقدم² ، وقد نصت المادة (14) من اللائحة التنفيذية في مصر على ضرورة مضي (30) يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المزايدات العامة من تاريخ أول اعلان في الصحف اليومية وأجاز القانون بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة إذ لا تقل عن عشرين يوماً ، وتظل العطاءات المقدمة من الافراد صالحة للسريان لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ويجوز بموافقة السلطة المختصة وفي حالات الضرورة التي تحتتمها طبيعة وظروف موضوع التعاقد مد هذه المدة وتبدأ مدة السريان من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية ، والملاحظ ان المادة (122) من اللائحة قد أشارت الى انه عند الاعلان عن المزايدة العلنية العامة تطبق ذات الاجراءات والحدود التي يجري بها الاعلان عن المناقصات العامة مع تعريف موجز عن موضوع البيع يتضمنه الاعلان ، كما ان البيع والتأجير او الترخيص بطريق المزايدة المحلية يتبع بشأنه جميع الشروط والقواعد والاجراءات الخاصة بالبيع بطريق المزايدة العلنية العامة فيما عدا الاعلان اذ يكفي بتوجيه الدعوة لأكثر عدد من المتزايدين المحليين يتم إرسالها قبل الموعد المحدد لإجراء المزايدة بـ (15) يوم على الأقل³ ، مع إرسال الدعوات مع مخصص وتسلم بموجب إيصال مؤرخ بالاستلام، وان الراغبين يحضرون في المزايدة المحلية ويتزايدون على الاسعار على غرار ما هو مقرر للمزايدة العلنية والفرق بينهما النصاب المالي المحدد للمزايدة المحلية إذ يكون التعاقد فيما لا تزيد قيمته عن مائتي ألف دينار⁴ أما في حال اجراء البيع أو التأجير بطريق المظاريف المغلقة ، ففي مصر مثلاً تطبق بشأنها ذات الشروط والقواعد والاجراءات المتعلقة بشأن الشراء بالمناقصات العامة بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير⁵ . فالمدة التي يقدم خلالها العطاء أو العرض واحدة لجميع انواع المزايدة : العلنية المحلية والمظاريف المغلقة ، ولكن اسلوب تقديم العطاء يختلف ، فالمزايدة العلنية والمحلية تقدم فيها العروض شفاهة وبحضور لجنة البيع والايجار ، بينما تقدم في المزايدة السرية بمظروفين مغلقين احدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي وتشكل لجنتان احدهما لفتح تلك المظاريف والثانية للبت فيها وتقديمها بإرسالها بالبريد الموصى عليه او بوضعها داخل الصندوق المخصص.

اما في العراق فإن المادة (التاسعة) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 اشترطت تقديم العرض خلال مدة (30) يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في صحيفة يومية اذا كان المال المعلن عنه غير منقول ويقدم خلال مدة لا تقل عن (7) ايام ولا تزيد عن (30) يوماً من تاريخ النشر في الصحيفة إذا كان المال منقولاً طبقاً لنص المادة 26/أولاً ، وحول موقف القانون العراقي يمكن تأشير الملاحظات التالية :

¹ - المادة (106) من القانون المدني ، أما في مصر سن الرشد طبقاً للمادة (2/44) من القانون المدني هي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة .

² - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ط 1991 ، ص 270.

³ - المادة (125) من اللائحة التنفيذية رقم 1367 لسنة 1998.

⁴ -- د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي حسن ، مصدر سابق ، ص 234.

⁵ - المادة (124) من اللائحة التنفيذية المصرية.

1- انه قد أقر المزايدة العلنية العامة او المقيدة طريقاً لتعاقد الادارة ولم يلجأ الى طريق المضاريف المغلقة الا استثناء¹.

2- ان المدة المحددة لتقديم العرض تختلف فيما اذا كان المال المعروض للبيع أو الايجار قد تم الإعلان عنه لأول مرة أو تكرر بسبب الضم أو تمديد المزايدة .

3- ان المشرع قد عد احتساب المدة في بيع أو ايجار العقار من اليوم التالي للنشر ، لكنها تبدأ من تاريخ النشر عند بيع المنقول ، ولم نجد مبرراً لخروجه عن القاعدة المستقرة في احكام القانون (986/32) إذ جعل كل المدد المقررة فيه تبدأ من اليوم التالي الا المدة التي وردت في المادة (26/أولاً) فقد أثارت اللبس والضرر احياناً لدى لجان البيع والايجار التي اعتادت على احتساب المدد من اليوم التالي وفات عليها حكم المادة المذكورة الذي جاء استثناءً ، كما ان الراغبين قد استقرت معرفتهم على تحديد المزايدة من اليوم التالي للنشر مما يقتضي التدخل لتعديلها بما يتفق والقواعد التي وضعت لاحتساب المدد في المواد الاخرى والفقرة (ثالثاً) من نفس المادة.

4- أوجب القانون على الراغب بالمشاركة ممن له حق التملك أو الايجار مراجعة الدائرة المختصة لإبداء رغبته ، وعد قائمة المزايدة مفتوحة طيلة المدة المحددة في الاعلان ابتداء من اليوم التالي

او من تاريخ النشر حسب الاحوال – ونرى بأن هذا التوجه يجانب الصواب في أمرين : أولهما – أن فتح قائمة المزايدة طيلة مدة الاعلان هي طريقة ميتة ، ذلك إن نص الفقرتين (خامساً) من المادة (9) و (ثالثاً) من المادة (26) جاء كل منهما مقتبساً بشكل منقوص من نصوص قانونية سابقة².

وثانيهما – القانون اناط بالدائرة مالكة المال مهمة استلام العرض ، في حين إن لجنة البيع والايجار هي التي تتولى عملياً استلام تلك العروض في وقت اجراء المزايدة وليس في أي وقت آخر . وإزاء هذا النقص التشريعي فإن التطبيق العملي في اجراء المزايدات لم تعد فيه القائمة مفتوحة للمزايدة بعد نشر الاعلان ولا تقدم أية عروض ولا تستلم الادارات مثل هذه العروض قبل انعقاد مجلس المزايدة واجتماع لجنة البيع والايجار ، ولهذا نقترح تعديل الفقرتين اعلاه وفق الصيغة التالية :

م 9/خامساً – وعلى الراغبين بالشراء أو الايجار ممن له حق التملك أو الايجار مراجعة الدائرة المختصة خلال مدة (30) يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان لدفع التأمينات التي لا تقل عن 20% من القيمة المقدرة .

م 26/ ثالثاً – وعلى الراغبين بشراء المال المنقول مراجعة الدائرة المختصة لإبداء رغبتهم بالشراء خلال المدة المحددة في الاعلان والتي تبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشره على ان يودع كل منهم تأمينات لا تقل عن 20 % من القيمة المقدرة له .

¹ - قرار مجلس قيادة الثورة – المنحل- رقم 224 في 11/4/1987 (نافذ المفعول حالياً) خول وزير النفط تأجير محطات تعبئة الوقود وساحات الغاز وبالطريقة التي تراها مناسبة استثناء من القوانين ، وتتبع الوزارة من بين تلك الطرق ، المزايدة بالمضاريف المغلقة لتأجير تلك المحطات والساحات.

² - المادة (3/5) من تعليمات وزارة المالية رقم 2 لسنة 1941 الصادرة بموجب قانون بيع وأيجار الاملاك العائدة للحكومة رقم 34 لسنة 1936 ، والمادة (5) من تعليمات وزارة المالية رقم 2 لسنة 1969 التي صدرت لتسهيل تنفيذ احكام قانون بيع وأيجار عقارات الحكومة رقم 17 لسنة 1967 نصتاً على : (تقبل الضمان من قبل المزايدين خلال مدة المزايدة اعتباراً من تاريخ نشر الاعلان ، على أن تتون الضمان في قائمة المزايدة رقماً وكتابة وتستوفى من الراغب سلفاً تأمينات ... بعد أخذ توقيع المزايد أو المزايدين في قائمة المزايدة) . أما المادة (7/5) من التعليمات المشار اليهما فقد جاء فيها (وتحال المزايدة في اليوم الاخير على المزايد صاحب العرض الاعلى سواء كان حاضراً أو غائباً إذا كان البديل الذي كان قد عرضه وصل حده اللائق) ، القانون رقم 17 لسنة 1967 وتعليماته عدد 2 لسنة 1969 أشار الى نصوصهما – د – عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون بيع وأيجار عقارات الحكومة رقم 17 لسنة 1967 المعدل ، ط1 ، بغداد ، 1975 ، ص115 وما بعدها.

د - إيداع التأمين .

التأمين هو قيمة يضمنها الراغب بالتعاقد عرضه ، ويخصصها لمصلحة الإدارة وذلك ضمانا لجدية العرض وتأييدا لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض¹ ، وينقسم التأمين الى تأمين ابتدائي (مؤقت) وتأمين نهائي ، فالاول ما يكون عادة مبلغا مقطوعا او نسبة معينة من القيمة المقدرة للمال المعلن عن بيعه او ايجاره يستدل به على جدية المتقدم للمشاركة ، في حين التأمين النهائي ضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري² . ويعد التأمين شرطا وجوبيا ملزما للإدارة لا تستطيع ان تتجاوز عنه³ ، لأنه ضمان لجهتها تتوقى به آثار الاخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره⁴ .

وفي مصر فإن قانون المناقصات والمزايدات اشترط على كل من يرغب في الدخول في المزايدة لغرض شراء المنقولات او العقارات والمشروعات التي ليس لها الشخصية المعنوية او لتأجيرها ان يدفع مبلغ التأمين المؤقت الذي تحدده السلطة المختصة ، وهذا المبلغ يكون ضمانا لجدية الدخول في المزايدة ويحدد بشكل مقطوع وليس بنسبة من القيمة التقديرية ، وتحديد المبلغ يتم حسب اهمية وقيمة المعروض للبيع ، وقد أعطى المشرع للجهة الادارية سلطة تقديرية في تحديد مبلغ التأمين حسب أهمية المال المعلن عن بيعه او ايجاره ، ولكنه ألزم المزايد حال رسو المزايدة عليه عند التأجير او الترخيص بالانتفاع او باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف بدفع مبلغ يوازي (10 %) من القيمة الكلية الراسي بها المزاد عن مدة العقد وذلك كتأمين نهائي طوال مدة العقد في حدها الاقصى (ثلاث سنوات)⁵ . وفي جميع الاحوال ترد الى المتزايدين الذين لم يرس عليهم المزاد التأمينات المسددة منهم بعد سحب الايصالات الخاصة بها موقعه منهم باستلام القيمة⁶ . وحددت المادة (70) من اللائحة التنفيذية صور أداء التأمين بالتأمين النقدي والشيكات وخطاب الضمان⁷ . ويجوز لمقدم العرض خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الادارية ، والتأمين كما يمكن ان يكون نقدا فإنه يجوز ان يكون بشيك مقبول الدفع ، واذا ما تطلب الاعلان عن المزايدة تقديم خطاب ضمان او دفع القيمة نقدا فلا يخل بحق المتقدمين للمشاركة من دفع قيمة التأمين الابتدائي بشيكات مقبولة الدفع وذلك لتحقيق الغاية من الاجراء وهو وجود التأمين فعلا فلا يجوز استبعاد العطاء لهذا السبب⁸ ، وبخصوص تخلف شرط تقديم التأمين كاملا وأثره على قبول العرض من عدمه فإن الاتجاه الغالب للمحكمة الادارية العليا في مصر يذهب الى ان هذا الشرط مقرر لمصلحة الإدارة دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته اذا ما اطمأنت الإدارة الى ملاءة مقدم العطاء - ويكون للإدارة سلطة تقديرية فيحق لها ان تستبعد العرض اذا فقد شرط تقديم التأمين ، ويحق لها ايضا ان تقرر قبوله اذا كان دافعها الى ذلك مقتضيات الصالح العام وليست اعتبارات تخل بمبدأ المساواة بين المتزايدين بما يشكل اساءة لاستعمال السلطة⁹ ، ولكن اتجاه المحكمة هذا قد تعرض للنقد كونه يفتح بابا للتحايل بتعمد البعض تقديم عطاءات غير مصحوبة بتأمين نقدي جسا للنقض ، كما ان الإدارة وفقا لهذا القضاء تستطيع ان تتمسك بعدم تقديم التأمين لاستبعاد بعض العطاءات ولو كانت الافضل دون ان يكون في وسع المزايد ان ينتقد موقفها مما

¹ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص425.

² - د. حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص101.

³ - د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، ط2 ، 1966 ، ص504.

⁴ - المحكمة الادارية العليا في مصر ، جلسة 1965/1/2 - أشار اليه ، د. حسان عبد السميع ، مصدر سابق ، ص101.

⁵ - د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي حسن ، مصدر سابق ، ص226 و228.

⁶ - د. صلاح الدين فوزي ، مصدر سابق ، ص194.

⁷ - د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، ص81.

⁸ - الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، فتوى رقم 231 في 1991/1/9 أشار اليها ، د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص433 .

⁹ - د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص812.

يجعل موقف الادارة اقرب الى السلطات المطلقة منه الى السلطة التقديرية عملاً¹ ، او عدم اشتراطها التأمين بالنسبة للبعض الآخر وفي ذلك إهدار لمبدأ المساواة بين المتنافسين² ، ومع توجه الفقه أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في جلسة 1986/2/5 بوجوب تقديم التأمين المؤقت مصحوباً مع العطاء والا فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال اجراء جوهرى ونتيجة لذلك لا يجوز قبول العطاء غير المصحوب بالتأمين المؤقت كاملاً³ .

ومما يجدر ذكره ان المشرع المصري أجاز استبدال التأمين المؤقت او النهائي المسدد من صاحب العطاء بأحد صور السداد الاخرى المنصوص عليها في اللائحة بناء على طلب صاحب الشأن وموافقة السلطة المختصة على ان يراعى الا تنقطع مدة سريان التأمين وعدم الاخلال بمسؤوليته طبقاً للغرض المقدم عنه التأمين⁴ .

وفي المملكة العربية السعودية فإن المادة (39) من نظام مشتريات الحكومة رقم 4 لسنة 1397 هـ اشترطت على من يشترك في المزاد العلني ان يقدم ضماناً يبلغ واحداً في المائة من قيمة عرضه يزداد الى خمسة في المائة بالنسبة لصاحب افضل عطاء عند انتهاء المزاد ، وعليه ان يدفع باقي القيمة عند اعتماد الترسية⁵ .

أما في العراق ، فإن الراغب بالشراء والايجار مفروض عليه دفع التأمينات المقررة في القانون حتى يتمكن من دخول قاعة المزايده وتقديم عرضه شفاهة الى اللجنة المختصة بإجراء المزايده العلنية ، وقد حدد المشرع العراقي في المادتين (5/9) و (3/26) من القانون رقم 32 لسنة 1986 نسبة التأمينات التي يلتزم الراغبين بإيداعها لدى الدائرة المختصة وهي لا تقل عن (20%) من القيمة المقدرة للاموال المعروضة للبيع او الايجار ، ولم يترك للدائرة سلطة تحديد مبلغ التأمين حسب أهمية المال كما فعل المشرع المصري بل ألزمها بنسبة محددة لا يحق لها ان تستوفي التأمينات بأقل منها ، كما انه لم يبين صور أداء هذه التأمينات ، ونرى إمكانية تعدد صور الأداء مع تركيز الادارة على بعضها دون البعض الآخر وتتمثل بالآتي :-

أ- التأمين النقدي وله صورتان :

أولهما - تأمينات نقدية يتم إيداعها بخزينة الجهة الادارية مالكة المال بموجب إيصال رسمي ولا تحسب فائدة عليها .

ثانيهما - المقاصة - اذ يجوز للراغب بالاشتراك في المزايده طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الادارية ، ولكن بشرط :

1- أن تكون المبالغ صالحة للصرف وقت طلب الراغب او وقت إجراء المزايده.

2- ان تكون المبالغ نقدية يستحقها لدى نفس الجهة الادارية مالكة المال وليس لدى جهة ادارية أخرى.

3- أن يكون المبلغ النقدي مستغرقاً لقيمة التأمين يساويه أو يزيد عليه.

ب - الشيك .

ويشترط فيه⁶ إذا زاد عن مبلغ معين غالباً ما يكون (مائة) ألف دينار أن يكون مقبول الدفع من المصرف المسحوب عليه ومؤشر عليه بذلك وهو ما يطلق عليه (شيكاً مصداقاً) ويمكن قبول الشيكات العادية اذا قلت عن ذلك المبلغ وللإدارة سلطة تقديرية في قبولها اذا ما قدرت وجود ضمانات كافية وجدية وعلمها بملاءة المتقدم .

¹ - د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، ط3 ، 1975 ، ص227. د. عبد العزيز عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص117.

² - د. عبد الفتاح صبري ابو الليل ، مصدر سابق ، ص219.

³ - د. عبد الفتاح ابو الليل ، مصدر سابق ، ص218. د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، ص117.

⁴ - المادة (80) من اللائحة التنفيذية في مصر.

⁵ - د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، مصدر سابق ، ص48.

⁶ - قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 عالج أحكام الشيك في المواد (137-179) ، وهو منشور في جريدة الوقائع العراقية. ع 2987 في 1984/4/2.

ج - خطاب الضمان .

وهو تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله¹ ، فلا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة الخطاب عن غرض آخر غير الغرض المحدد له فيه² ، ويشترط في خطاب الضمان الذي يقدم كتأمين لدخول المزايدة أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وأن لا يقترن بقيد أو شرط وأن يلتزم المصرف بأمر المستفيد (الإدارة) ولا يحق له أن يرفض الأداء لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد.³

وبالرغم من الفائدة العملية الكبيرة المترتبة على قبول خطاب الضمان بديلاً عن التأمين النقدي⁴ ، إذ يستطيع المزايد عدم تجميد قيمة التأمين لدى الجهة الإدارية المتعاقدة مدة طويلة ويمكنه استثماره في أوجه أخرى ولأنه يفيد الإدارة المستفيدة ذاتها إذ يعد خطاب الضمان المعتمد من المصرف ضماناً كافياً لها يجنبها المشاكل التي قد تنتج عن إيداع المبالغ لديها وإعادة سحبها في نهاية المزايدة ، نقول رغم هذا إلا إن التعامل به في المزايدة يكاد معدوماً من قبل الإدارة حتى وإن أبدت وزارة المالية عدم ممانعتها من استبدال التأمينات النقدية بخطاب ضمان من المصرف⁵. ويدعو الباحث إلى اعتماد خطاب الضمان بديلاً عن التأمين النقدي أو الشيك خاصة في المزايدات التي تكون نسبة التأمينات فيها مرتفعة بسبب ارتفاع القيمة المقدرة لبدل إيجارها مثل تأجير ساحات بيع الفواكه والخضر وبيع المواشي وكذلك الأراضي المؤجرة عن طريق المساطحة وفقاً للقرار 1521 في 1981/11/11⁶ ، لكي تقام عليها منشآت سياحية أو محطات لتعبئة الوقود .

والتأمينات المقررة قانوناً تستوفي قبل انعقاد مجلس المزايدة التي يحكمها مبدأ المساواة بين المتنافسين ، وإن قيام الإدارات أحياناً باستلام التأمين بعد رسوها يتعارض مع ذلك المبدأ ويعرض حقوق الإدارة للهدر طالما أن إمكانية تهرب الراسي عليه المزايد من دفعها أمر وارد الحصول ، وفي حال عده ناكلاً لم يبق للإدارة ضمان مالي تستوفي منه حقوقها ، أو تلجأ إلى مصادرتها في حال عدم تقديم راغب بعد ذلك النكول ، ولهذا ندعو إلى إلغاء النصوص التي وردت في التعليمات الوزارية التي تجيز استيفاء التأمين بعد الرسو⁷.

والمرشح العراقي لم ينص على استيفاء تأمينات نهائية ، وإنما جعل التأمين بنسبة معينة لا تقل عن 20% من القيمة المحددة للبدل ، الغرض منه التأكد من جدية المتقدم للمزايدة وكضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما التزم به في العقد ، ولا نؤيد الرأي الذي تجيز فيه بعض الجهات الإدارية في

¹ - المادة (287) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984.

² - المادة (293) من القانون أعلاه.

³ - المادة (290) من القانون المذكور.

⁴ - عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر خطاب الضمان بأنه (تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة من الأمر) طعن رقم 1751 لسنة 45 ق. عليا جلسة 2001/11/20 مذكور في ، مجلة المحاماة ، ع 3/ 2003 ، القاهرة ، ص 298 .

⁵ - كتاب وزارة المالية / الدائرة القانونية 10/801 في 1991/8/1 ذكره ، د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ط 2000 ، ص 41 .

⁶ - نصت الفقرة (1) من القرار 1521 لسنة 1981 المنشور في الوقائع العراقية عدد 2860 في 1981/11/30 على أنه : (لوزير الحكم المحلي أو من يخوله بالنسبة للأراضي العائدة للبلديات ولأمين العاصمة بالنسبة للأراضي العائدة لأمانة العاصمة ترتيب حق مساطحة على العقارات المملوكة للبلديات وأمانة العاصمة لمدة لا تزيد على (25) سنة. ويقابل هذا القرار في فرنسا القانون الصادر في 16/12/96 وقانون 25 تموز 1994 اللذان منحا الإدارة حق إنشاء الحقوق العينية على الأراضي المملوكة للدولة وخاصة حق المساطحة ، أنظر : زينة غانم يونس ، حق المساطحة - دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط 1 ، 2002 ، ص 33.

⁷ - الفقرة (5) من المادة (10) من تعليمات وزارة المالية عدد 5 لسنة 1986 نصت على : (... أما الذي يشترك في المزايدة عند إجرائها فتستوفي منه التأمينات عند رسو المزايدة عليه) ، الوقائع العراقية ، ع ، 3110 في 1986/8/11.

العراق تحويل مبلغ التأمين ليصبح جزء من بدل الإيجار في حال عدم وقوع النكول لأن الإدارة تفقد ضماناً أساسية لحفظ سلامة المأجور من الضرر غير العادي أثناء فترة الإيجار ويتعذر عليها استيفاء قيمة الضرر طالما أن التأمين غير موجود ، كما إنه يعد ضماناً لأستحقاق بدل الإيجار عن المدة التي يبقى بها المستأجر شاغلاً للمأجور بعد انتهاء مدة العقد بسبب عدم اكتمال إجراءات المزايدة وعدم استلام المأجور من المؤجر بعد انتهاء العقد ولعدم وجود النص القانوني الذي يعالج مثل هذه الحالة. وبالتالي فإن حبس التأمينات لحين تنفيذ العقد وتسليم المأجور دون ضرر هو من القواعد العامة المقررة لصالح الإدارة ولا حاجة لأن ينص على ذلك في العقد¹.

وقد دأبت كثير من الإدارات على أن تضمن إعلانها عن المزايدة شرطاً بموجبه يلتزم من ترسو عليه بدفع تأمينات إضافية لا تقل في الغالب عن نسبة التأمينات المدفوعة قبل دخوله في المزايدة ، فهل تعد هذه التأمينات نهائية ، أم إنها تأمينات تكميلية ؟

ابتداء نقول بأن التأمينات النهائية تقرر بموجب القانون لضمان تنفيذ العقد بصورة نهائية ، والقانون لم ينص عليها ، ولكنه قد منح الإدارة سلطة تقديرية بأن تستوفي من المتقدمين للمزايدة تأمينات لا تقل عن 20% فلها أن تقرر النسبة التي ترى فيها الصالح العام شرط أن لا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً ، وأن تستوفي القيمة المقدرة وليس من بدل الإحالة ، ولها على سبيل المثال أن تجعل التأمين بنسبة 60% تستوفي نصفه قبل إجراء المزايدة على أن يكمل النصف الثاني بعد الإحالة (الإرساء) ، ونرى بأن منشأ التأمين التكميلي هو السلطة التقديرية التي منحها المشرع للإدارة ، ولكن المغالاة في رفع النسبة إلى هذا الحد فيه أضرار بمصلحة الإدارة والمتقدم لأنه :

1- يؤدي إلى تجميد قسم هام من رأس مال المتقدم مما يدفعه إلى عكس النتائج الاقتصادية لهذا التجميد على السعر الذي يتقدم به إلى الإدارة في المزايدة فيكون العرض أقل مما لو كان التأمين غير مرتفع القيمة.

2- إن المغالاة في التأمين قد تقود في بعض الأحيان إلى أحجام الراغبين من ذوي الدخل المحدود عن الاشتراك في المزايدة مما ينعكس سلباً على مستوى المنافسة المطلوب من جهة ويؤدي إلى منح ذوي الدخل العالي أفضلية غير مباشرة تشكل في حد ذاتها خرقاً لمبدأ المنافسة الحرة من جهة ثانية.

3- إن إكمال التأمين يشغل الإدارة ويكرر أعمالها في الموضوع ، الواحد فتراها تستوفي التأمين مرتين أولاً قبل المزايدة وثانيها بعد رسوها ويجري هذا في المزايدة الواحدة ، ومن باب أولى أن تستوفي الإدارة تأميناتها لمرة واحدة وبالنسبة التي تراها ضرورية لحفظ حقوقها شرط أن لا تغالي فيها فينعكس ذلك سلباً على مواردها المتحققة من عملية البيع أو الإيجار أو على سير مرافقها العامة بانتظام وإطراد وأن يفسح المجال للمنافسة الحرة دون قيود ضمنية لا مبرر لها. وجدير بالإشارة هنا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في أكثر من موضع إذ تم :

أ- منحها سلطة واسعة في تحديد نسبة التأمين بشكل تصاعدي شرط أن لا يقل عن 20 % من القيمة المقدرة للمال إلا إذا نص القانون على غير ذلك².

ب- منحها سلطة تقديرية في تحديد صورة أداء التأمين فلها أن تستوفيها على شكل نقد أو شيك أو خطاب ضمان وحتى عن طريق المقاصة ، لا بل أن سلطتها التقديرية واضحة

¹ - كتاب وزارة الداخلية / الدائرة القانونية 6213 في 2001/8/15 يشير إلى أن (الغاية من التأمينات ضمان استحقاق أموال الدولة إذا نكل المحال عليه عن دفع كامل البذل ... أما إذا لم ينكل أحد المذكورين فإن مبلغ التأمينات يعتبر جزء من المبلغ الواجب تسديده من قبل المستأجر). أما كتاب وزارة الداخلية / البلديات العامة المرقم 5539 في 2001/5/6 فإنه لا يجيز (حبس التأمينات بقصد ضمان سلامة المأجور لو أكمل المتعاقد دفع البذل بيعة أو إيجاراً) ، والاجراء القانوني الصحيح كما ترى الوزارة هو (تنشيت ذلك في العقد) .

² - بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 557 في 1989/9/11 تكون نسبة التأمينات التي يدفعها الراغب في شراء الأموال غير المنقولة بالمزايدة العلنية 5 % من القيمة التقديرية إذا كان من عوائل الشهداء أو العسكريين المتطوعين أو موظفي الدولة أو الأسرى. منشور في الوقائع العراقية ع 3272 في 18 / 9 / 1989.

حتى في صورة الأداء ذاتها فلها أن تقبل الشيك العادي إذا ما قدرت ملاءة المتقدم وتوفر الضمانات الكافية والجدية لحفظ حقوقها بديلا عن الشيك المقبول من المصرف.

ج- منحها سلطة تقديرية في استيفاء نسبة التأمين من القيمة المقدرة لبدل الإيجار السنوي للاموال غير المنقولة ، أو إستيفائه من البدل عن كامل مدة العقد إذا كانت أكثر من سنة ، إذ إن النص جاء مطلقا ولم يحدد فيما إذا كان التأمين عن كامل مدة العقد أم يستوفى من القيمة المقدرة لسنة واحدة ، وقد يتباين الإستيفاء بين هذا وذاك في التطبيق العملي بتباين أحكام التعليمات التي صدرت من الوزارات المختلفة ، ولكن الإشارة إلى ذلك في الإعلان المنشور شرط لإلزام المتقدم.

2- سلطة الادارة التقديرية في الاستبعاد .

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة يتضمن استبعاد أحد العروض (العطاءات) التي قدمت في المزايدة العامة لأسباب تحددها¹.

وقد ميّز الفقه بينه وبين الحرمان الذي أشرنا إليه سابقا في نواح عدة منها :

أ- إن قرار الحرمان ينصب على شخص معين في حين يتعلق الاستبعاد بأحد العروض بوصفه إجراء موضوعيا.

ب- إن قرار الحرمان إجراء عام يتعلق بالشخص الطبيعي أو المعنوي ويهدف إلى الحرمان من دخول المزايدة التي تجريها جهة الإدارة ، وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة أو غير محدد المدة ، بخلاف قرار الاستبعاد الذي لا يعدو أن يكون قراراً فردياً باستبعاد عرض معين وبمناسبة مزايدة معينة².

واستبعاد العرض قد يكون لعدم استيفائه للشروط المطلوبة في كراسة الشروط أو تنفيذاً لقرارات الحرمان ، أو لعدم توافر الكفاية الفنية والمالية أو لعدم توافر شرط حسن السمعة³. أو لأسباب أخرى تجعل من العرض المقدم غير مطابق للشروط والمواصفات المعلن عنها ، وقد أجمل الفقه حالات استبعاد العرض بما يلي :

- 1- العرض المقدم ممن لم يشتر كراسة لشروط المزايدة.
- 2- العرض الذي يقدمه أحد الاشخاص المحظور عليهم دخول المزايدة.
- 3- تقديم العرض غير مصحوب بالتأمين كاملاً.
- 4- تقديم العرض متأخر أي بعد انتهاء المزايدة.
- 5- تقديم العرض من شركة باطلة غير (مسجلة) وفقاً للقانون.
- 6- تقديم العرض من شخصين لا تجمعهما رابطة قانونية كعقد المشاركة.
- 7- استبعاد العرض لعدم سابقة الخبرة.
- 8- استبعاد العرض اذا لم يوقع عليه من صاحبه.
- 9- الاستبعاد لفقدان شرط حسن السمعة، لأنه شرط وجود واستمرار⁴.

إن الإدارة تلجأ إلى الاستبعاد كلما جاء العرض مغايراً لشروط المزايدة المقررة بنص القانون أو بقرارات الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، والقضاء الإداري الفرنسي مستقر على أن سلطة الإدارة في استبعاد العرض تقديرية تترخص الإدارة في استعمالها دون معقب عليها إلا إذا انحرفت في استعمالها⁵ ، أو لم تذكر الأسباب التي دعته لإصدار قرار الاستبعاد لأن الإدارة في فرنسا أصبحت

¹ - د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص125، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ط2 ، ص111

² - د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص 503. د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص152. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص126.

³ - د. حمدي حسن الحلفاوي ، مصدر سابق ، ص161.

⁴ - احمد منصور ، مصدر سابق ، ص300.

⁵ - د. ابراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص99. د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص116.

ملزمة بتسبيب قرارها بالاستبعاد بعد صدور القانون رقم 587 في 11 تموز 1979 المعدل بقانون 1986/1/17 ، ولم يعد للإدارة في هذا المجال سلطة تقدير ذكر سبب قرارها من عدمه بل صار لزاما عليها بيانه بالنسبة للقرارات التي تضر بحقوق الافراد¹ ، كما إن المشرع المصري وفي المادة (16) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ألزم الإدارة بأن (.. يشتمل قرار استبعاد العطاءات ... على الاسباب التي بني عليها ، وأن تعلن عن هذه الاسباب في لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض وذلك لمدة أسبوع واحد وتحدد السلطة المختصة لها مكانا ظاهرا للكافة)² ، وفي هذه الحالة فإن القاضي في مصر يراقب الاسباب من حيث وجودها المادي ومن حيث التكييف القانوني لها فإذا ما صدر القرار غير مسبب ، فإنه يكون مخالفا للقانون حريا بالإلغاء ويشكل في ذات الوقت خطأ في جانب الإدارة³.

والإدارة يتعين عليها إصدار قرارها باستبعاد العرض إذا ما توافرت إحدى الحالات التي تبرر الاستبعاد وإذا قبلت العرض رغم توافر هذه الحالة فإن قرارها يصبح غير مشروع ويبرر للمضرور المطالبة بإلغائه والتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق به ، لأنه في قرار قبول العرض غير المستوفي للشروط مساس بمبدأ المساواة والمنافسة. وعلى وفق ما ذكر يسير قضاء مجلس الدولة في مصر ، ففي فتوى حديثة لإدارة فتوى الصحة بقسم الفتوى صدرت بتاريخ 2003/2/5 ذهبت فيها إلى ضرورة استبعاد العطاءات غير المطابقة لشروط المزايدة⁴ ، وفي فتوى أخرى عدت فيها قرار إرساء المزاد لبيع محل كأن لم يكن لصدوره بناء على عطاء غير مستوفي للشروط وجاء فيها (وحيث إن المستقر عليه قانونا أن هناك عدة مبادئ تحكم كافة تعاقدات الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون 89 لسنة 1998 وهذه المبادئ هي العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ، وإن هذه المبادئ تفرض على الجهة الادارية استبعاد العروض غير المطابقة للشروط التي يسبق لهذه الجهة (وزارة الإسكان) أن أعلنت عنها والتي هي بمثابة قانون التعاقد الذي لا يستطيع أحد المتنافسين الفكك منه عندما يريد ، ذلك لأن تلك الشروط تم وضعها بقصد تحقيق المصلحة العامة والمساواة بين المتعاقدين ويتعين احترامها وعدم إهدارها ، وقد حرص المشرع على توضيح ذلك بالنسبة للمزايدة حيث أوجب ان يكون إرسائها على مقدم أعلى سعر مستوف للشروط ، وبالتالي فإن كل عطاء يقدم على خلاف هذه الشروط لا يعتد به ويجب استبعاده لأنه يناقض الاساس الذي قامت عليه المنافسة بين المتزايدين والقول بغير ذلك يؤدي الى اختلال التوازن واضطراب زمام المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المزايدة عن الهدف الذي قررت من أجله ويفوت الغرض من عقدها. وحيث أنه بإنزال ما تقدم على الحالة المعروضة وكان الثابت بالأوراق إن شروط

¹ - القانون 587 لسنة 1979 حدد نطاقه بأمور ثلاثة : الاول - يقتصر سريانه وفقا للمادة الاولى منه على القرارات الفردية التي تنال من حقوق الأفراد فحسب وقد عدتها هذه المادة بست حالات أضافت إليها المادة 26 من قانون 17 يناير 1986 حالة سابعة يذكر من أبرزها : القرارات الإدارية المقيدة للحريات العامة أو بوجه عام اجراءات الضبط الإداري ، القرارات الإدارية التي تنطوي على جزاءات أيما كان نوعها ، أما الثاني- فإن مجال أعمال قاعدة التسبيب ينطبق فحسب على القرارات الادارية الفردية دون القرارات اللائحية أما الأمر الثالث - فإن قاعدة التسبيب تتوقف في حالة =

= الضرورة ، ووفق المادة الرابعة من هذا القانون لا تلتزم الإدارة بتسبيب قراراتها الفردية في حالة الضرورة القصوى ويخضع تقدير الضرورة لرقابة القضاء . والتسبيب - يقصد به ذكر الاسباب التي أدت الى اتخاذ القرار الإداري - وهو إجراء شكلي يتطلبه القانون يختلف عن السبب بعده الحالة القانونية او الواقعية التي تدفع رجل الإدارة الى اتخاذ القرار . انظر :

- د. محمد باهي أبو يونس ، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2002 ، ص193.

- موسى شحادة ، أهمية القواعد الشكلية والاجرائية في أعداد القرارات الإدارية الفردية - دراسة مقارنة ، مجلة أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك ، أربد ، مجلد 17 ، ع3 ، ايلول 2001 ، ص453 وما بعدها.

² - المادة (40) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

³ - د. حمدي حسن الحلفاوي ، مصدر سابق ، ص169.

⁴ - فتوى رقم 271/2/47 صادر 124 أشار إليها ، د. محمد ماهر ، مصدر سابق ، ك1 ، ص409.

دخول مزاد بيع المحلات ... قد نظمت في البند 21 منها على ضرورة أن لا يكون المتقدم لشراء أحد هذه المحلات من العاملين بالحكومة أو القطاع العام وقد قدم السيد ... إقراراً بأنه لا يعمل بالحكومة ... وإذ يتبين عدم صحة ما قرره ... بعد رسو المزايدة عليه ، ... ومن ثم فإن عطاءه يكون قد جاء على خلاف شروط المزايدة التي هي دعوة للتعاقد بشروط محددة وبزمان معلوم ، ومن ثم كان من الواجب قانوناً استبعاده واعتبار قرار إرساء مزاد بيع المحل .. عليه كأن لم يكن لوروده على غير محل لأن قرار إرساء المزاد يجب أن يصدر بناء على عطاء مستوف للشروط وهو ما يفقد إليه العطاء¹.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على أن عدم تقديم الأوراق المشار إليها بالإعلان مع العطاء يؤدي إلى صحة قرار استبعاد العطاء وأضافت في حكمها الصادر بتاريخ 1999/12/28 إلى أن (عدم إرفاق أي من المستندات والأوراق اللازمة لإظهار الكفاية الفنية لمقدم العطاء فإنه يترتب عليه استبعاد العطاء المقدم منه لأنه سيصبح مفتقداً لشرط شكلي جوهري يتعلق بصحة العطاء ذاته ويؤثر على الكفاية الفنية له)².

أما في العراق فإن موضوع استبعاد العروض في المزايدات لم نجده محلاً للدراسة من قبل مع غياب لدور المشرع في معالجته ، ولكن من أجل أن تجرى المزايدة وفقاً لمبادئها الأساسية وشروطها المعلن عنها نرى بأن الإدارة تلتزم باستبعاد العرض إذا ما وجدت إحدى الحالات التالية :

1- غياب الشروط الواجب توافرها في الراغب بالمشاركة ، إذ يترتب على حرمانه استبعاد عرضه حكماً.

2- أن يأتي العرض مجافياً للشروط والمواصفات المعلن عنها والتي وضعتها الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية وطبقاً لمقتضيات الصالح العام ، ومثالها تقدم المشارك دون شرائه كراسة شروط المزايدة التي تعدها الجهة الإدارية .

3- خلو العرض من الوثائق المطلوبة بنص القانون ومنها على سبيل المثال ، عدم دفع التأمين كاملاً ، أو عدم تقديم الوثيقة التي تؤيد صفة المتقدم كونه موظفاً في دوائر الدولة مثلاً ، أو عدم إبراز هويته الشخصية لأثبات محل إقامته أو محل ولادته إذا كانت المزايدة مقيدة .

والجدير بالذكر أن الجهات الإدارية في العراق دأبت على أن تعد كراسة لشروط وقوائم ومواصفات المزايدة وتحدد ثمن شرائها في الإعلان المنشور في الصحف وتلزم الراغبين بالمشاركة بشرائها بمقابل غير قابل للرد دون أن يكون في القانون نصاً يخولها ذلك ، وإن الثمن غير قابل للرد سواء ألغيت المزايدة قبل إجرائها أم بعده ، حضر المشتري أم لم يحضر ، وهذا الاجراء بحاجة إلى نص ينظمه لأن الواقع العملي يثبت تعسف الإدارة في تقدير ثمن الكراسة وعدم معالجتها لحالات رد الثمن إذا ما توافرت أسبابه طبقاً لمقتضيات العدالة ونقترح تدخل المشرع لإقرار :

أ) - أن يكون ثمن كراسة الشروط بالتكلفة الفعلية لجميع المستندات مضافاً إليه نسبة مئوية لا تزيد على 20 % كمصروفات إدارية .

ب) رد ثمن كراسة شروط المزايدة في حال إلغاء المزايدة قبل ميعاد إجرائها ، أما إذا ألغيت بعد ذلك الميعاد فإن الثمن يعاد إلى المشترك فقط دون غيره من المشتركين ، على أن يقدم المشترك في الحالتين طلباً لرد الثمن وأن يعيد كراسة الشروط كاملة إلى الجهة الإدارية المختصة.

ج) لا يرد الثمن في حال إلغاء المزايدة بسبب عدم مطابقة العرض للمواصفات أو الشروط المعلن عنها.

¹ - فتوى إدارة الفتوى لوزارة الإسكان - قسم الفتوى بمجلس الدولة ، ملف رقم 111/12/37 ، صادر 455 في 2001/7/7 أشار إليها ، د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك3 ، ص703 و704 .

² - حكمها في الطعن رقم 4427 لسنة 42 ق. جلسة 1999/12/28 أشار إليه ، د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ،

ك1 ، ص406 .

(د) إعفاء المزايد من ثمن كراسة الشروط في حال إلغاء المزايدة وإعادة الإعلان عنها بنفس الشروط والمواصفات اذا كان الراغب في المزايدة الجديدة ممن سبق قيامه بشراء كراسة شروط المزايدة الملغاة.

وسلطة الادارة مقيدة بقبول العرض اذا ما اكتملت شروطه ، وباستبعاده اذا ما فقد شرطاً من تلك التي نص عليها القانون ، فيكون قرارها بالاستبعاد تطبيقاً لهذا النص ، لكنها تملك السلطة التقديرية التي تمكنها من قبول او استبعاد العرض وفقاً لأهمية الشرط المفقود فيما إذا كان جوهرياً ام ثانوياً ، وقرارها هنا خاضعاً لرقابة القضاء ، فإذا ما أخلت بمبدأ المساواة بين المتنافسين بحيث استبعدت العرض لعدم شراء صاحبه كراسة الشروط وقبلت عرضاً آخر غير مرفق به وصل الشراء يجعل قرارها بالاستبعاد محل نظر أمام محكمة القضاء الاداري عرضة للإلغاء او الحكم بتعويض المستبعد إن كان له مقتضى كونه من القرارات الادارية المنصوص عليها في الفقرة (د) من المادة (7/ثانياً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل ، ولكن من هي الجهة الادارية التي تقرر قبول العرض او تستبعده ؟

المادتين (5/9) و (3/26) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 عدتا قائمة المزايدة مفتوحة من اليوم التالي لنشر الاعلان وحتى يوم المزايدة الذي تجتمع فيه لجنة البيع والايجار ، والراغب بالشراء او الايجار من له حق التملك او الايجار مراجعة (الدائرة المختصة) لإبداء رغبته على ان يودع تأمينات لا تقل عن 20 % من القيمة المقدرة ، ويفهم من إبداء الرغبة هو تقديم العرض وهو (السعر الذي يقترحه المزايد والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد لو أرسيت المزايدة عليه) ¹ ، الى الجهة الادارية مالكة المال وهي ذات الجهة التي تستوفي التأمينات من الراغب ، وبناء على ما جاء بالنص فإن تلك الجهة هي التي تقرر قبول الراغب اذا كان مستوفياً لشروطه او حرمانه من دخول المزايدة والامتناع عن استلام التأمين منه ، وما يعزز هذا القول المادة (5/39) من تعليمات وزارة الحكم المحلي الصادرة بموجب القانون (1986/32) إذ عدت الجهة المختصة (الادارة المالكة للمال) مسؤولة عن تدقيق هويات الراغبين بالشراء او الاستئجار للحيلولة دون اشراك الاشخاص ممنوعين من الاشتراك في المزايدة ، والحقيقة إن الراغبين لم يقدموا عروضهم لتلك الجهة أثناء المدة المحددة بالاعلان ، وإن المشرع قد جعل قائمة المزايدة مفتوحة دون جدوى لأن النص ولد ناقصاً كما ذكرنا ، وتقديم العرض يرد الى لجنة البيع والايجار دون غيرها وفي ساعة انعقادها لأجراء المزايدة ، وبالتالي فإن الادارة المالكة تقتصر مهمتها على استلام التأمين بعد أن تدقق هوية الراغب بمعنى أنها تملك سلطة الحرمان وتملك سلطة الاستبعاد تنفيذاً لقرار الحرمان في حين يكون للجنة البيع والايجار سلطة الحرمان والاستبعاد بشكل مطلق ، وان لم ينص القانون صراحة على منحها مثل هذه السلطات وهو نقص تشريعي يضاف للنواقص الاخرى التي اعترت قانون البيع والايجار وسده يتطلب تدخلاً تشريعياً. وبغض النظر عن الجهة الادارية التي تقرر الاستبعاد فإنها تملك بصدد قراراتها هذه سلطة تقديرية لا مجال للتعقيب عليها اذا ما استعملتها الادارة استعمالاً سائعاً بعيداً عن كل عيب وشبهة ، واذا ما ذكرت الادارة اسباب قراراتها بالاستبعاد – التي لم يلزمها القانون بذكرها – فإن هذه الاسباب تخضع لرقابة محكمة القضاء الاداري من ناحية مشروعيتها .

ثانياً : الطبيعة القانونية لتقديم العرض .

اذا كان الاعلان عن المزايدة يعني توجيه الدعوة الى العامة من جانب الجهة الادارية التي اتجه عزمها الى إبرام عقد البيع او الايجار وفقاً للشروط التي تضمنتها هذه الدعوة بهدف تقديم العروض وفقاً لهذه الشروط خلال أجل محدود ، فإنه بهذا الوصف يعد دعوة الى التعاقد ، وان التقدم بالعرض وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب ² . الذي ينبغي ان يلتقي عنده قبول الادارة لينعقد

¹ - د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الاداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1969 ، ص483. نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص81.

² - د. محمد أنور حمادة ، مصدر سابق ، ص33. د. عبد الغني بسيوني ، النظرية العامة في القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص547. د. عبد الحميد الشواربي ، العقود الادارية في ضوء الفقه – القضاء – التشريع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص96. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الاداري ، 1995 ،

العقد ، لكن الادارة لا يقع عليها التزام بابرام العقد مقابل الايجاب ، والالتزام الموجب يسبق تاريخ التوقيع أو التصديق على العقد اللازم لنفاذه بمدة قد تطول أو تقصر¹ ، والاصل ان من يوجه الايجاب في العقود الادارية إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الادارة بوضعها دون ان يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فيها ، وليس لمن يريد التعاقد الا ان يقبل هذه الشروط او يرفضها².

وتقديم العرض تترتب عليه آثار مهمة نجملها بما يلي :-

1- إن إيداع العرض من شأنه أن يحول مركز المتقدم الى مركز الموجب ، وبالتالي فإن عرضه سوف يخضع الى فحص الجهة الادارية المختصة بإجراء المزايدة ، فإذا رأت بعد اطلاعها على الوثائق المطلوبة قانوناً أنه قد استنفذ الشروط لدخوله المزايدة ، فإنه يصبح في مركز جديد هو مركز المتنافس³.

2- التزام الموجب (المتقدم بالعرض) بالبقاء على إيجابه بعد تقديمه وذلك طوال المدة المحددة قانوناً فلا يجوز له سحبه او تعديله ، أي من لحظة التقديم حتى انتهاء المزايدة يرسوها على أحد المتقدمين اذا قبلته الادارة ، ويعد الفقه والقضاء الفرنسي مقدم العرض ملتزم بإبرام العقد الذي تقدم به ، والالتزام ينتهي بالبت في المزايدة فإذا لم ترس عليه فلا يعتد بإرادته المنفردة وينتهي التزامه ، أما اذا رست عليه فيظل ملتزماً لحين إبرام العقد بينه وبين الإدارة⁴.

ولكن ما هو أساس التزام المتقدم بعرضه ؟

في فرنسا ثار نقاش عن المصدر القانوني لالتزام العارض بالبقاء على إيجابه وعدم سحبه او تعديله ، واستقر الرأي على ان مصدر العارض في هذه الحال هو إرادته المنفردة⁵ ، أما في مصر فلم يكن الامر ليثير كثيراً خلاف الفقه فقد استقر مع القضاء على تأسيس هذا الالتزام على الارادة المنفردة⁶ ، وهو ما أكدته المادة (59) من اللائحة التنفيذية 1367 لسنة 1998 ، بحيث (يبقى العطاء

ص285. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل ، مصدر سابق ، ص225و236. د. عبد الغني بسيوني ، القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1991 ص535. سمير صادق ، العقد الاداري في مبادئ الادارية العليا ، 1991 ، ص95. د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الاداري ، 1981 ، ص130. د. عبد الفتاح حسن ، مصدر سابق ، ص483.

¹ - د. علي عبد الحسين الخطيب ، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري - دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية - الفرع الأول - الجامعة اللبنانية ، بيروت ، 2002 - 2003 ، ص154 .

² - د. محمد ماجد محمود ، مصدر سابق ، ص97. د. عاصم احمد عجيلة ود. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص320.

³ - د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص371. د. حلمي مجيد محمد الحمدي ، محاضرات في العقود الادارية - القسم الاول - كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد - مسحوبة على الرونيو ، 1984-1985.

⁴ - د. سعاد الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص293.

⁵ - هناك اتجاه قديماً في الفقه الفرنسي كان يرى ان الأساس القانوني لبقاء العارض على إيجابه لمدة محددة إنما مرده الى وجود عقد أولي يبرم بين الادارة والعارض محله بقاء العارض على إيجابه طوال هذه المدة ، إذ عد هذا الفقه اعلان الادارة ما هو الا ايجاب عقدي ، وتقديم العارض لعرضه هو قبول لهذا الايجاب لمدة محددة ، وحين نشأت هذه النظرية في تبرير مصدر التزام العارض بالبقاء على إيجابه ، ظهرت نظرية أخرى قريبة من نظرية العقد الاول ، مقتضاها ان العقد الذي تريد الادارة إبرامه إنما يبرم تحت شرط واقف يتمثل في إرساء المزايدة على المتنافس ، واستناداً الى ابرام هذا المعلق على شرط واقف يبقى العارض ملتزماً بالبقاء على عرضه طول المدة المحددة من جانب الادارة ، انظر : د. محمد ماهر أبو العينين ، ك1 ، مصدر سابق ، ص374 ، د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، ص136. د. عبد الفتاح أبو الليل ، مصدر سابق ، ص242.

⁶ - د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص282. د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص137. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص137. د. عزيز الشريف ، مصدر سابق ، ص230. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998 ، ص596 ، ط1987 ، ص526. وقضت محكمة القضاء الاداري في = مصر في حكمها الصادر في 1979/6/17 بأن (القاعدة هي أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره ، الى نهاية المدة المحددة في شروط العطاء وهذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامة في مجال القانون الخاص (م93 مدني) والتي لم ير المشرع موجبا للخروج عليها في مجال عقود الادارة). وقضت المحكمة

نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه - من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الادارية ، وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحدد باستمارة العطاء المرافقة للشروط) ، وتضيف المادة (60) من نفس اللائحة بأنه (إذا سحب مقدم العطاء عطاءه - قبل الميعاد المعين - لفتح المظاريف الفنية - فيصبح التأمين المؤقت المودع - حقا للجهة الادارية - دون حاجة الى اذار او الانتجاع الى القضاء او اتخاذ أية اجراءات او اقامة الدليل على حصول ضرر) .

أما في العراق فإن الفقه لم يتفق على أساس التزام المتقدم بعرضه ، فعد البعض منه الارادة المنفردة والقانون هما أساس الالتزام¹ ، فيما عد البعض الآخر وهو الغالب القانون هو المصدر لذلك الالتزام².

ونرى بأن التقدم بالعرض في المزايدة العامة ، إما أن يكون علنا وهذا هو الاصل واما في مظاريف مغلقة وهي طريقة نادرا ما تلجأ اليها الادارة وفقا لنص خاص واساس التزام المزايد بالعرض الذي تقدم به هو إرادته المنفردة ولكن هذه الارادة لا تلزم صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك³ ، فإجابه ملزم نظراً لاقترانه بميعاد ضمني للقبول يستخلص من ظروف الحال فإذا كانت المزايدة بطريق المظاريف المغلقة فإن الايجاب يكون مقترنا بالمدة التي يستلزمها تجميع العطاءات وفض مظاريفها وفحصها والوصول الى قرار الاحالة (الإرساء) ومن ثم يكون ملزماً خلال هذه المدة فإذا رست المزايدة تحلل المزايدون من التزامهم وسقط ايجابهم باستثناء المزايد الأخير صاحب العطاء الا على الذي تم الإرساء عليه فإنه يبقى ملتزماً بإجابه لحين اعتماد المزايدة من السلطة المختصة فيكون العقد الذي تم بقبول الادارة أساس الالتزام ، اما اذا كانت المزايدة بطريق المناذاة (علنية) فإن الايجاب يكون مقترنا بالمدة الكافية لتمكين الراغب من التقدم بعرض أكبر ومن ثم يكون ملزماً خلال هذه المدة فإذا تم التقدم بمثل هذا العرض سقط العرض الاول ، فالعطاء الأقل يسقط بالعطاء الأزيد حتى ولو كان هذا العطاء الأزيد باطلا ، لأن صاحب العطاء الأقل من حقه ان يعد نفسه متحلاً من عطائه بمجرد تقديم عطاء أزيد ولا يعنيه البحث فيما اذا كان هذا العطاء الأزيد صحيحاً او باطلاً⁴ ، وبهذا المضمون قضت محكمة القضاء الاداري والهيئة العامة لمجلس شوري الدولة في قضية أقامها المزايد الأخير (الراسي عليه المزايد) أمام المحكمة المذكورة ، وطلب في دعواه الغاء قرار الوزير بالمصادقة على قرار إحالة بيع الدار العائدة لأحدى الجهات الادارية بعهدته عن طريق المزايدة العلنية بحجة ان احد المزايدين لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة للإشتراك في المزايدة ، وقضت المحكمة المذكورة بأن هذا الاشتراك لم يسبب ضرراً للخزينة ، وان المزايدة لم ترسو على المزايد الذي لا تتوفر فيه الشروط بل رست على المدعي (المزايد الاخير) الذي تقدم بعطاء أعلى ، وإذ إن عطاء المشترك (فاقد الشرط) سقط بعطاء أزيد ولو وقع باطلا (م 89 مدني) لذلك فإن الاحالة تعد قطعية بتصديق

الادارية	العليا	في	حكمها	الصادر	في
1982/6/26 بأنه (... منذ أن يصدر مقدم العطاء عطاءه يظل ملتزماً به ولا يكون له الا ان يعدل عنه كلية - سحب العطاء - او ان (يزيد) ما ورد به من أسعار على ان يتم ذلك في الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ..) الحكمين أشار اليهما (د. عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص 218، 221) و(د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 138 و 139).					

¹ - د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، جامعة بغداد - بيت الحكمة - 1989 ، ص 57.

² - د. ابراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص 93. د. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية - رسالة دكتوراه - كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1997 ، ص 72. نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص 105.

³ - المادة (1/184) من القانون المدني العراقي.

⁴ - ضياء شيت خطاب وآخرون ، القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 مع مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الاول ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1998 ، ص 92.

الوزير المختص ، فقررت المحكمة رد الدعوى وبعد الطعن تمييزاً بقرار المحكمة أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ¹ ، فإن الأخيرة قررت تصديق حكم المحكمة ورد الاعتراضات التمييزية ² . ومما تجدر الإشارة إليه أن العطاء في المزايدة السرية لا يسقط بتقديم عطاء آخر يزيد عليه ، بل يعد صاحب العطاء السابق مشاركاً لصاحب العطاء اللاحق في الالتزام إلى أن تفتح المظاريف ويتقرر إحالة المزايدة (ترسيبها) ³ ، ويعلل هذا بأنه تعاقد بين غائبين فتسري عليه أحكام المادة (84) من القانون المدني التي تنص على أنه : (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد).

أما في المزايدة العلنية فإن العرض السابق يسقط بالعرض اللاحق ، على أن العقد لا يتم إلا بإحالة المزايدة على صاحب العرض الأكبر وتصديقها من السلطة المختصة وهذا التعاقد يتم بين حاضرين إيجاب من المتقدم بالعرض الأعلى وقبول من الإدارة ، ولكنه قبول موقوف على موافقة سلطة التصديق وقد نصت على هذا المادة (89) من القانون المدني بأنه (لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد، هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى) ⁴ .

وعلى أية حال فإن مرحلة الاعلان بوصفها دعوة من الإدارة للعامة من أجل التعاقد ، وتقديم العروض وفقاً لشروط الاعلان وكراسة شروط المزايدة ان وجدت يمثل المرحلة الأولى من مراحل

¹ - صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا بموجب الامر رقم 30 لسنة 2005 ونصت المادة (4/رابعاً) منه على أن (تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية :- ... ثالثاً - النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري) ، كما نصت المادة (12) من النظام الداخلي رقم 1 لسنة 2005 (إجراء سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا) على أن : تنتظر المحكمة الاتحادية العليا الطعن بأحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري بإجراء التدقيقات لأوراق الدعوى دون أن تجمع الطرفين ولها عند الاقتضاء دعوة الخصوم للإستيضاح منهم عن بعض النقاط التي تروم الاستيضاح عنها) ونصت المادة (7) من النظام على أن : (يقدم الطعن على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري إلى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة رئيس محكمة القضاء الإداري ، الذي يقوم بالتأشير عليه واستيفاء الرسم القانوني عنه ويرفعه مع إضبارة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا) فيما نصت المادة (5/ثانياً) من القانون والمادة (17) من النظام الداخلي على أن : الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية - العليا بآية لا تقبل أي طريق من طرق الطعن. وعد القانون نافذاً من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. واستناداً للنصوص المذكورة فإن الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة لم تعد الجهة التي تختص بنظر الطعون في القرارات التي تصدر عن محكمة القضاء الإداري ونقل اختصاص الطعن للمحكمة الاتحادية المشكلة حديثاً ، إلا أن دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 حدد في المادة (90) اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ولم يكن من بينها النظر في الاحكام والقرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ، ويبدو أن الدستور قد ترك ذلك الاختصاص إلى مجلس الدولة الذي أجاز إنشائه في المادة (98) إذ نصت على أنه : يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة ، يختص بوظائف القضاء الإداري ، والافتاء ، والصياغة ، وتمثيل الدولة ، وسائر الهيئات العامة ، أمام جهات القضاء ، إلا ما استثنى منها بقانون . تم نشر قانون المحكمة الاتحادية العليا في جريدة الوقائع العراقية عدد 3996 في 2005/3/17 ، فيما نشر النظام الداخلي للمحكمة في جريدة الوقائع عدد 3997 في 2005/5/2.

² - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 46/إداري - تمييز 997/ في 1997/8/17 ، أشار إليه ، د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ط 2000 ، ص41.

³ - د- زكي زكي حسين زيدان ، البيع بالمزاد العلني في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2004 ، ص75 ، علي محمد علي قاسم ، بيع المزايدة في ضوء احكام الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الازهر ، 1998 ، ص218.

⁴ - نرى بأن مسقطات الإيجاب هي :-

أ - إذا تم الغاء المزايدة.

ب- إذا جاء قبول الإدارة مغايراً للإيجاب.

ج - إذا انتهت المزايدة دون أن ترسو على أحد المتقدمين.

د - إذا تقدم مزاييد بعرض أعلى يسقط العرض الذي سبقه .

=

هـ - إذا مات الموجب : وفقد أهليته قبل اقترانه بقبول الإدارة.

و - إذا هلك المبيع أو المأجور .

التعاقد بطريق المزايدة العامة ، ولا بد من ان يليه اجراء تمهيدياً آخر يتمثل بإحالة المزايدة وترسيته على أفضل عرض مستوف للشروط المعلن عنها ويتم الإرساء من قبل السلطة المختصة وهي لجان البيع والإيجار .

المبحث الثاني **مرحلة الإحالة**

إن الإحالة تستهدف اختيار أفضل المتقدمين للمشاركة في المزايدة وترسيته عليه ، وينهض بأعباء هذه العملية لجان مختصة هي لجان البيع والإيجار اذا كانت المزايدة علنية ، فيما تتولى لجنتي فتح المظاريف والبت مهمة اختيار العرض الافضل اذا كانت المزايدة بطريق المظاريف المغلقة ، ويصدر بتشكيل هذه اللجان قرار من السلطة المختصة لتقوم بعد ذلك بأعمال قانونية تمثل الجانب الأهم من اختصاصاتها الذي يساهم في تكوين قبول الادارة.

وسوف نبدأ هذا المبحث بدراسة السلطة المختصة بالإحالة ليكون عنوانا للمطلب الاول على أن تكون الطبيعة القانونية لقرار الإحالة موضوع المطلب الثاني ، مع التركيز في هذه المرحلة على حرية الادارة في التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية .

المطلب الاول **السلطة المختصة بالإحالة**

إن الجهة المختصة بإرساء المزايدة العامة هي لجنة البيع والإيجار التي عادة ما ينيط المشرع لها هذه الصلاحية بنص قانوني ، إضافة الى أنه يعين كيفية تشكيلها ، وسوف نبحت تشكيل اللجنة واختصاصاتها في فرعين مستقلين .

الفرع الاول **تشكيل لجان البيع والإيجار**

ان تشكيل هذه اللجان يعد من ضمانات الإحالة في المزايدات العامة ، وهو ضروري لكفالة حيديتها ونزاهتها ، ويعتمد تشكيل اللجان على عدد من النقاط الاساسية نجملها بالاتي :

اولا : السلطة المختصة بتشكيل اللجان .

لأهمية هذه اللجان ودورها في اختيار افضل المتقدمين لصالح الخزينة والادارة ولأنها تمثل ضماناً جوهرياً لنزاهة الاجراءات التي تتطلبها المزايدة ، لذا فأن المشرع ينص صراحة على تشكيلها وتحديد السلطة المختصة باتخاذ قرار التشكيل ، وعده تشكيل اللجان كما في فرنسا ومصر من النظام العام فلا يجوز استبعاد أحكامه المتعلقة بذلك التشكيل ، ففي مصر فإن تشكيل لجنة البيع أو التأجير أو الترخيص في المزايدة العلنية العامة يخضع الى قرار يصدر من السلطة المختصة¹ ، وهذه السلطة تتمثل بـ (الوزير ومن يخوله سلطاته ، المحافظ ورئيس مجلس ادارة الهيئة العامة) ويصدر من ذات السلطة قرار بتشكيل اللجان المختصة بإرساء المزايدة التي تتم بطريق المظاريف المغلقة² ، والمزايدة المحلية³.

وفي العراق فإن المادة (6) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 خولت الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله اتخاذ القرار بتشكيل لجان بيع وإيجار الاموال غير المنقولة ، على أن تتولى هذه اللجان مهمة بيع الاموال المنقولة وفقاً لما ورد في المادة (26) من القانون المذكور .

¹ - د. محمد عبد العال السناري ، مصدر سابق ، ص510. د. عزت عبد القادر ، مصدر سابق ، ص239.

² - المادة 12 من القانون رقم 89 لسنة 1998 والمادة 124 من لائحته التنفيذية .

³ - المادة (125) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 998 المصري.

وإذا كان المشرع قد حدد الجهة الادارية التي تختص بإصدار قرار التشكيل ، فما هي الآثار المترتبة فيما لو تم تشكيل اللجان من غير المختص او غير المخول ، او صدر قرار التشكيل من المختص ولكن خلاف الشكل الذي تطلبه القانون ؟

المعلوم ان قواعد الاختصاص هي التي تحدد الاشخاص او الهيئات التي تملك إبرام التصرف وتبين نطاق سريانها من حيث الزمان والمكان ، أما عيب الاختصاص هو عدم القدرة قانونا على اتخاذ قرار معين وذلك لضرورة صدوره من عضو او هيئة اخرى¹ ، وهذا العيب يكون موجودا في حال صدور القرار الاداري من موظف او هيئة غير مختصة قانونا ، كما ان قواعد الاختصاص تعد من النظام العام ، ويقوم الاختصاص على عناصر شخصية وموضوعية وزمنية واخرى مكانية ، ويتخذ الخروج على قواعد الاختصاص الموضوعي صورتين هما :

صورة عدم الاختصاص البسيط وصورة عدم الاختصاص الجسيم او ما اصطلح على تسميته بعيب اغتصاب السلطة ، فالصورة الاولى تؤدي الى الغاء القرار الاداري شرط إقامة دعوى الإلغاء امام المحكمة المختصة خلال المدة المقررة قانونا ، في حين تؤدي الصورة الثانية الى إعدام القرار الاداري فيصبح بمنزلة العمل المادي بعد أن يجرده من صفته القانونية² ، ومن النتائج المهمة التي تترتب على تعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام هو أنه لا يجوز للادارة ان تصحح هذا العيب إذا ما شاب القرار الاداري وإنما يتعين عليها أن تعيد إصدار القرار متلافية العيب الذي حدث ، بأن يصدر القرار من المختص به قانونا³ ، والقضاء الاداري يساير الفقه في ترتيب البطلان على مخالفة قواعد الاختصاص فإذا ما صدر قرار تشكيل اللجنة من غير رئيس الادارة المركزية المختص المنوط به تشكيلها فإنه من المسلمات (إن قواعد تحديد الاختصاص إنما شرعت لتضع قواعد ملزمة للادارة تحقيقا للصالح العام وأنه يترتب على مخالفتها الحكم ببطلان القرار الذي يصدر من غير المختص بإصداره لأنه يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص)⁴ ، وبالتالي يكون قرار تشكيل اللجنة باطلا ، الا ان المحكمة الادارية العليا في مصر وكما أشرنا سابقا أجازت تصحيح عيب عدم الاختصاص إذ لو صدر قرار تشكيل اللجنة من غير المختص بذلك فإن اعتماد السلطة المختصة لعمل اللجنة يصحح ما شاب قرار تشكيلها ويرتب أثره طالما احتفظ القرار بمضمونه دون تعديل⁵ ، ولكن ماذا لو كانت سلطة الاعتماد هي ذاتها التي أصدرت قرار التشكيل وهي غير مخولة بإصداره ، ففي العراق مثلا المحافظ مخول باعتماد قرارات الإحالة في تأجير الاموال ، وهو ذاته أصدر قرارا بتشكيل لجنة البيع والايجار ، فلو تم التسليم بمبدأ التصحيح من سلطة الاعتماد ، فهذا ممكن بالنسبة لقرارات اللجنة بشأن البيع اذ يختص الوزير بالمصادقة على قرارات اللجنة ، ولكن قراراتها بالنسبة للإيجار فإن المحافظ هو سلطة الاعتماد ، والحقيقة إننا لا نؤيد تصحيح عيب عدم الاختصاص ويساند المبررات التي يوردها الفقه لرفض هذا التصحيح لأسباب تتعلق بطبيعة عيب الاختصاص كونه من النظام العام ، ولأن التصحيح يشجع الادارة

¹ - د. محمد علي جواد ، القضاء الاداري ، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون - جامعة بابل ، للعام الدراسي ، 2001 - 2002 ، د. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الاداري ، وزارة التعليم العالي ، بغداد ، 1996 ،

ص161، د. علي بدير وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الاداري ، جامعة بغداد ، 1993 ، ص418.

² - د. غازي فيصل مهدي ، أوجه الطعن بالإلغاء والطعن بالنقص في مجال القضاء الاداري ، مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، مجلد 8 ع5 ، س 2001 ، ص188.

³ - د. عمر حلمي فهمي ود. ربيع أنور فتح الباب ، مبادئ القانون الاداري ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004 ،

ص228.

⁴ - المحكمة الادارية العليا - حكمها رقم 840 لسنة 9ق جلسة 1965/5/8 ، أشار إليه ، احمد منصور ، مصدر سابق ، ص261

⁵ - يلاحظ ص 20 من الرسالة .

على عدم الالتزام بقواعد الاختصاص ما دامت متأكدة من ان قرارها المخالف لتلك القواعد سوف يصح لاحقا وتزول عنه عدم المشروعية¹.

أما إذا صدر قرار تشكيل لجنة البيع والايجار من السلطة المختصة ، ولكن على خلاف التشكيل الذي نص عليه القانون ، كان يزيد عدد أعضاء اللجنة على العدد المحدد قانونا، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقرت أحكامه على بطلان كل إجراء تقوم به لجنة مشكلة خلافا لما نص عليه القانون ، وقد قضى بعدم مشروعية قرارها بإستبعاد احد المرشحين لأن اللجنة التي صدر عنها تكونت من العمدية وأربعة أعضاء ، في حين تشكل قانونا من العمدية رئيسا وثلاثة أعضاء منتخبين من المجلس المحلي² ، وفي مصر فإن الامر يختلف عما هو في فرنسا إذ ان المشرع المصري قد نص على تشكيل لجنة البيع او التأجير او الترخيص وفقا للاختصاص دون تحديد العدد ، ومنح الجهة الادارية سلطة تقديرية في اختيار الاعضاء من حيث التخصص والكفاءة ، ومن حيث تحديد عدد الاعضاء ، فلها ان تخفض او تزيد من هذا العدد حسب اهمية وقيمة المزايدة³ ، أما في العراق فإن لجنة البيع والايجار تشكل من ثلاثة موظفين ذوي خبرة لا تقل درجة أي منهم عن مدير او رئيس ملاحظين تتولى بيع الاموال أو إيجارها ، وسلطة جهة الادارة في التشكيل مقيدة ، ولكن المشرع ترك لها سلطة واسعة في اختيار الاعضاء حسب الخبرة والكفاءة⁴ ، ونرى بأن صدور قرار التشكيل بأقل أو أكثر من العدد المحدد يعد خلافا جوهريا يصيب قرارها ويوجب إلغائه لعيب في الشكل⁵ ، اذا طعن به أمام محكمة القضاء الاداري خلال المدة المحددة ، وان كان التطبيق العملي قد أثبت بأن سلطة تصديق الإحالة أضافت عضوا رابعا لأعضاء لجنة البيع والايجار واعتمدت قراراتها بالرغم من تشكيلها المخالف لنص القانون واستمر عمل اللجنة بتشكيلها الرباعي في أعمالها لأكثر من سنتين⁶ ، وتكرار هذه الخروقات لقواعد القانون يبرر تكرار دعوتنا الى تشكيل مكتب او جهة لمتابعة التعاقدات الحكومية وتلقي الشكاوي عن أية مخالفة لأحكام المزايدات ، لأن في تشكيله حماية لمبدأ المشروعية وترسيخ لدولة القانون.

ثانيا : نصاب لجنة البيع والايجار .

نظرا لأهمية المزايدات العامة وارتباطها المباشر بصالح الخزينة ، فإن المشرع قد ناط بالسلطة المختصة بتشكيل اللجان ، وضمانا لسلامة عملها وسعيها وراء تحقيق الغرض المرجو من تلك اللجان ،

¹ - إن اغضاء النظر عن عيب الاختصاص في مثل هذه الحالة يشجع الادارة على التسرع في إصدار القرارات الادارية فلا تقيم لقواعد الاختصاص وزنا ولا تلقى بالا ، انظر ، د. غازي فيصل مهدي ، مصدر سابق ، ص188.

² - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص481.

³ - وما يرجح رأينا ان قضاء محكمة النقض استقر على بطلان قرارات اللجان التي ينص القانون على تشكيلها بعدد يحدد في حال عدم اكتماله بعدها ذلك اجراء جوهريا ، اذ عدت المحكمة تشكيل اللجان المختصة ... من ثلاثة اعضاء واجب قانونا واصدار قراراتها بكامل تشكيلها الثلاثي وعدا ذلك اجراء جوهريا يترتب على اغفاله البطلان (طعن رقم 211 لسنة 66 ق. جلسة 1997/3/27) كما أنها أوجبت تشكيل اللجان .. من ثلاثة اعضاء واصدار قراراتها بكامل تشكيلها وثبوت صدور القرار من عضوين فقط يترتب عليه البطلان لاغفال اللجنة اجراء جوهريا (طعن رقم 118 لسنة 66 ق. جلسة 1998/2/18) الحكمين أشار إليهما ، د. ابراهيم سيد احمد ، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الادارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 ، ص175.

⁴ - المادتان (8) و(26) من القانون رقم 32 لسنة 1986 المعدل .

⁵ - الشكل يعد ركنا في القرار الاداري اذا اشترطه القانون ، وان الشكليات نوعان كما يقول بعض الفقهاء ، شكليات سابقة على القرار تؤثر على مشروعيته وشكليات تتعلق بالقرار ذاته بعده وسيلة للتعبير عن الارادة ... فمخالفة الاجراءات تصم القرار الاداري بالبطلان ومخالفة الشكليات لا تؤثر عليه الا اذا كانت جوهرية ...) ، انظر : د. غازي مهدي ، التعسف باستعمال الصلاحية القانونية ، مقال منشور في جريدة العراق ، بغداد ع 7754 في 2002/11/10.

⁶ - لجنة البيع ولايجار الاولى في محافظة كربلاء استمرت لفترة تجاوزت السنتين تمارس أعمالها في بيع او ايجار الاموال وهي مكونة من اربعة اعضاء ، كانت وزارة الداخلية قد أضافت العضو الرابع بناء على مقترح المحافظة المذكورة ، ودأبت الوزارة على اعتماد (تصديق) قرارات الإحالة (الإرساء) بالبيع ، وصدرت الكثير من هذه القرارات بهذا التشكيل نذكر منها على سبيل المثال ، قرارها المرقم 80 في 1997/12/30 المتضمن بيع أموال منقولة بالمزايدة العلنية العامة ، وقرارها بلا في شهر تشرين ثاني 1997 ومضمونه بيع قطع أراضي سكنية بالمزايدة العلنية المقيدة.

فانه يؤكد على ضرورة تضمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية ، أو يضمنها اشخاصا مخصصين بوظائفهم يتمتعون بالخبرة والدراية التي يرى أنها تؤهلهم للقيام بعمليات اجراء المزايدة ، فالمشرع المصري مثلا نص في المادة (123) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أن تضم لجنة البيع أو التأجير أو الترخيص عناصر فنية ومالية وقانونية ويراعى عند التشكيل أهمية وقيمة المزايدة العامة ، وهذه من الملاءمات التي تستقل بتقديرها السلطة المختصة باتخاذ قرار التشكيل ، كما إن السلطة ذاتها تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد رئيس اللجنة شرط ان لا يكون الرئيس هو سلطة اعتماد أو تصديق المزايدة ، الا ان القانون أوجب اشتراك ممثل عن وزارة المالية في عضوية اللجنة متى بلغت قيمة المزايدة (250) الف جنيه¹ ، وعضو من إدارة الفتوى بمجلس الدولة اذا بلغت القيمة (500) الف جنيه ، أما المشرع العراقي فإنه قد نص في المادة (8) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 على أن : (تشكل لجنة البيع والإيجار من ثلاثة موظفين ذوي خبرة لا تقل درجة أي منهم عن مدير أو رئيس ملاحظين ، تتولى اجراءات بيع الاموال غير المنقولة أو إيجارها وفقا لأحكام هذا القانون) وتتولى هذه اللجنة أيضا بيع الاموال المنقولة² ، والمشرع وفقا لتلك النصوص منح الجهة الادارية سلطة تقديرية في تحديد اعضاء اللجنة وفقا لخبرتهم التي تقدرها الادارة ولها تحديد رئيس اللجنة ، وان نصاب اللجنة لا يكتمل الا بحضور أعضائها جميعا³ ، ويتولى تنظيم أعمال اللجنة موظف ينسبه الوزير او من يخوله - ونرى بأن قرار اللجنة لا بد من صدوره باتفاق اعضائها الثلاثة واذا ما أبدى أحدهم اعتراضا على عملية المزايدة وثبته تحريريا على قائمة المزايدة ، فإن ذلك سوف يكون سببا لإلغاء المزايدة وعدول سلطة التصديق عن التعاقد ، لأن القانون لم ينص على نصاب اللجنة بوجوب حضور كل اعضائها ولم ينص على ان يتخذ القرار بالاتفاق او بموافقة عضوين ، وسكوته دليل على أنه لا مجال الا أن يتخذ القرار بالاتفاق ولزوم حضورهم جميعا لأن التشكيل الثلاثي يفرض هذا الاستنتاج ولا يمكن ان تحقق المزايدة أغراضها الا بهذا النصاب المحدد قانونا ، كما أن هذه اللجنة يجري تشكيلها لمرة واحدة وتتولى إجراء المزايدة لكل حالة بيع أو إيجار يعلن عنها.

ولكن ما هو الأثر المترتب على اجتماع اللجنة غير كاملة على النحو المبين في قرار التشكيل ؟
الفقه في مصر غير متفق في ترتيب الأثر ، فجانبا منه يرى ان تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر في الامر الصادر بتشكيلها والا كان اجتماعها باطلا وقراراتها باطلة⁴ ، بينما يرى الجانب الآخر بطلان ما تتخذه لجنة البيع والإيجار من قرارات في حال عدم حضور ممثل وزارة المالية او ممثل مجلس الدولة لأهمية حضورهم المقترن بأهمية المزايدة وارتفاع قيمتها المقدرة وماله من تأثير على صالح الخزينة ، في حين لا يؤثر عدم حضور غيرهم من الاعضاء على صحة انعقاد اللجنة⁵ ، وناصر الرأي الاخير أكثر من فتوى لمجلس الدولة ، ففي فتوى حديثة للجمعية العمومية صدرت بتاريخ 2003/8/17 أنتهت فيها الى بطلان اجراءات المزايدة العامة اذا كانت لجنة البت قد اجتمعت دون حضور عضو إدارة الفتوى المختصة وكان نصاب المزايدة يستوجب حضوره⁶ ، بينما يرى القضاء الاداري في المملكة الاردنية

¹ - يقصد بها القيمة التقديرية وليس القيمة الفعلية (الحقيقية) لأن القيمة الاخيرة لا تتحدد الا بعد الترسية (الإحالة) على العطاء المناسب وهي لا تكشف الا في مرحلة لاحقة على بدء عمل اللجنة (فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة رقم 531 في 993/7/4) أشار إليها ، د. مجدي المتولي ، مصدر سابق ، ص70.

² - المادة (26) من القانون 32 لسنة 1986.

³ - المادة (9) من تعليمات وزارة المالية عدد 5 لسنة 1986.

⁴ - د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية - دراسة مقارنة - ط4 ، 1984 ، ص251.
د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، ط2 ، ص156. د. سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، 1995 ، دار النهضة العربية ، ص 421.

⁵ - مع هذا الرأي د. رفيق سلام ، الموسوعة العلمية العملية لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص88 .

⁶ - الفتوى رقم 14/2/100 ، وبنفس المضمون صدرت الفتوى رقم 14/2/100 في 2003/6/4 والفتوى رقم 1442 في 2003/3/22 ، أشار إليهم (د. محمد ماهر ، مصدر سابق ، ك4 ، ص377 ، وك1 ، ص388) وكانت اللجنة

خلاف ذلك إذ تقرر محكمة العدل العليا بأن قواعد الشكل مقررة للصالح العام وإن صحة تشكيل اللجان من النظام العام ويلغى القرار الإداري إذا خالف الإجراءات الشكلية المؤدية إلى إصداره المتعلقة بشكل القرار ذاته ، لأن إغفال ذلك يتنافى مع القواعد القانونية التي تحكم سير هذه اللجان التي استهدفها المشرع في تشكيلها ، على أن اجتهد المحكمة المذكورة استقر على أن القرارات التي تصدرها اللجان المختصة لا تلحق بها صفة الانعدام ، وكل ما يمكن أن توصف به هذه القرارات إذا ما شابها عيب شكلي بأنها من القرارات الباطلة ضمن المدة المبينة في القانون¹ ، أما في العراق فإن الأمر يختلف عما هو عليه الحال في مصر مثلاً. بخصوص تشكيل لجنة البيع والإيجار في جوانب عدة منها.

1- إن المادة (8) من القانون رقم 32 لسنة 1986 حددت الأعضاء بدرجاتهم الوظيفية وخبرتهم وليس على أساس تخصصهم الفني أو القانوني أو المالي.

2- اشترطت تعليماته حضور الأعضاء الثلاثة جميعهم في اجتماع اللجنة لإجراء المزايدة ، فيما أوجب المشرع المصري حضور ممثل وزارة المالية وممثل مجلس الدولة إذا بلغت المزايدة نصاباً معيناً دون أن يلزم الجميع بالحضور .

ونرى إن المشرع العراقي قد حدد أعضاء اللجنة على سبيل الحصر وإن العدد المنصوص عليه لا يمنح الفرصة بتخلف أي عضو فيها عن الحضور دون أن يخل بضمانات المزايدة وبالإجراءات الشكلية الجوهرية ، وعليه فالقرار الصادر من لجنة البيع والإيجار بغياب أحد أعضائها يعد صادراً من لجنة غير مشكولة تشكيلاً قانونياً وحقيقياً بالإلغاء ، ولكن متابعتها لأعمال لجان البيع والإيجار مكننا من رصد مخالفاتها للقانون من خلال تكرار حالات إجراء المزايدة بحضور عضوين أو أحدهما مع سكرتير اللجنة وإكمال تلك الإجراءات والبت فيها أما بالإحالة أو التمديد حسب مقتضى الحال على أن توقع قائمة المزايدة ومحضر اللجنة لاحقاً من الأعضاء ممن لم يحضروا مجلس المزايدة ، وهذا الأسلوب يكاد أن يكون متواتراً في عمل اللجنة واجتماع اللجنة بأكثر من النصاب القانوني إذ يزيد عددها على أربعة أو أكثر أحياناً² ، وتصديق السلطة المختصة على قرار اللجنة دون الاهتمام بالتشكيل المخالف.

وبطبيعة الحال فإن الواقع العملي يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هي في أساسها تعد إشكالاتاً جوهرية مقررة لصالح المشاركين في المزايدة ، فهذا التشكيل هو الذي يضمن الحد الأدنى لسلامة إجراءات الإحالة وشفافيتها ، لأن القانون عندما نص على هذا التشكيل فإنه قد استهدف به قيام اللجنة بعملها في الإطار الذي يحفظ حقوق المشارك والجهة الإدارية معاً.

ومما يستحق الذكر هنا إن المشرع العراقي إذا كان قد جعل من القانون 32 لسنة 1986 هو القانون العام بشأن أحكام المزايدات العامة ، إلا أنه يخرج أحياناً عن قواعده ليقرر تشكيل لجان خاصة تجري المزايدة لبيع الأموال استثناءً من ذلك القانون³ ، كما أنه لم يعالج حالة اختلاف أعضاء اللجنة في الرأي خاصة في القرارات التي تتخذها بمقتضى سلطاتها التقديرية والتي لم يورد القانون أحكاماً لمعالجتها ، مثل قرار اللجنة بحرمان الشخص لأسباب ترجع إلى ما كونه اللجنة من قناعة تقضي إلى عدم إشراك الشخص في المزايدة إما لإخلاله بالتزامات سابقة أو لأنه يجعل من المزايدة ستاراً لأبتراز

الثانية لقسم الفتوى قد انتهت بجلسة 1991/3/25 ملف رقم 178/2/47 إلى أن تخلف العضو القانوني عن حضور اجتماع اللجنة لا يؤثر على صحة عملها ، أشار إليها ، أحمد منصور ، مصدر سابق ، ص 260.

¹ - قرار محكمة العدل العليا المرقمين 86/47 و 79/42 أشار إليهما ، د. نعمان أحمد الخطيب ، مصدر سابق ، ص 627 و 729.

² - منها على سبيل المثال - قرار لجنة بيع السيارات الحكومية رقم 165 في 1997/11/25 - المتضمن بيع سيارات بالمزايدة العلنية المقيدة لأصحاب الأوسمة وفق القرار 100 لسنة 1995 ، إذ إن قرار الإحالة القطعي - موقع من ستة أعضاء ومصادق عليه من سلطة الاعتماد (المحافظ).

³ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقمين 11 في 1985/1/5 و 142 في 1989/3/5 - إذ خول الأول - وزير الداخلية صلاحية تأليف لجان خاصة لبيع العقارات المملوكة للدولة في محافظة النجف بطريقة المزايدة العلنية استثناءً من الإجراءات المنصوص عليها في قانون بيع وإيجار عقارات الحكومة رقم 17 لسنة 1967 الملغى بالقانون 32 لسنة 1986 ، فيما أجاز القرار الثاني للجنة خاصة ببيع المرفق السياحي إذا اقتضى الصالح العام بطريق المزايدة العلنية وفق الضوابط التي تضعها اللجنة المذكورة استثناءً من إجراءات القانون 32 لسنة 1986.

المشاركين ، ولم يتفق اعضاءها على قرار الحرمان ، او عدم اتفاقهم على إحالة المزايدة لبيع المنقول المعلن عنه للمرة الثانية ، ونرى بأن اللجنة لا بد من ان تجتمع بكامل اعضاءها ، لأن القانون يعد ان نص على تشكيل اللجنة من عدد فردي سكت عن التصريح بصحة الانعقاد عند تكامل عدد معين من الاعضاء الصادر بهم التشكيل سواء كان فرديا او زوجيا ، فلا مناص من حضور اعضاء اللجنة جميعا بحيث لو غاب أحدهم او قام به مانع لما صح الانعقاد.

ولأهمية مثل هذه القرارات وتأثيرها على حقوق المتقدمين بعروضهم وحقوق الادارة في ضمان الوفر المالي الأكبر ، نقترح تدخل المشرع لوضع القواعد المناسبة وتضييق سلطة الادارة في هذا المجال حتى لا تتسع مساحة انحرافها في ممارسة سلطتها فتلحق الضرر بالراغبين من جهة وتضييق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة بين المتقدمين من جهة أخرى.

ثالثا : مسؤولية أعضاء لجنة البيع والايجار.

تختلف المسؤولية التأديبية عن المسؤولية المدنية ، فالاولى تعني نسبة ارتكاب المخالفة للموظف واتباع الاجراءات التأديبية بدأ من التحقيق ثم فرض العقوبة التأديبية بحقه او إحالته الى المحاكم الجزائية ، أما المسؤولية المدنية للموظف فتعني إثارة مسؤوليته الشخصية أمام الجهة التي سبب لها الضرر بارتكابه الخطأ ، وهذه المسؤولية لا يسأل فيها الموظف مدنيا عن الضرر للجهة التي يعمل بها اذا كان الخطأ الذي ارتكبه مرفقيا¹ ، وتنص المادة (141) من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم 89 لسنة 998 الى تعرض المسؤول عن مخالفة أحكام اللائحة من العاملين بالجهات التي تسري عليها للمساءلة التأديبية دون الاخلال بحق إقامة الدعوى المدنية او الجنائية ضده عند الاقتضاء ، وهذا النص جاء تطبيقا للقواعد العامة ، إذ إن العامل ملزم في أدائه لوظيفته باتباع كافة القوانين واللوائح المعمول بها ، واذا ما خالف هذه القوانين يؤاخذ عن ذلك تأديبيا ، فإن وقعت المخالفة تحت طائلة قانون العقوبات سئل عنها جنائيا ، كما ان الجهة الادارية إذا أصابها ضرر من جراء خطئه كان لها حق الرجوع عليه بالتعويض عن هذا الضرر اذا كان خطئه شخيصيا.

وبخصوص مسؤولية اعضاء اللجان الادارية بصفة عامة فقد استقر القضاء التأديبي الحديث في مجلس الدولة المصري على (ان تشكيل اللجان الادارية من أعضاء ذوي تخصصات مختلفة وخبرات متباينة يرجع سببه الى الموضوعات المطروحة على تلك اللجان يثير مسائل مختلفة تدخل كل مسألة في نطاق تخصص معين وخبرة مختلفة عن الاخرى ، وبهذا يتوافر بحث الامور من جوانبها المختلفة بأن يتولى كل متخصص الجانب الذي يخصه بما لديه من خبرات خاصة تؤهله لذلك وعليه ان يقوم بعمله هذا بدقة وأمانة وبذل الجهد المطلوب ، فإذا قصر في ذلك كان مرتكبا خطأ مستوجبا العقاب ، غير إن هذا لا يؤدي الى مسؤولية البعض الآخر باللجنة الذي يخرج تخصصه وخبرته عن نطاق الحالة التي وقع بها الخطأ اذ لا يجوز قانونا مساءلة عضو عن أمور تخرج من تخصصه وخبرته المؤهلة له فعلا)² ، فليست هناك مسؤولية تضامنية في خصوص اللجان الادارية الا ما كان مرتبطا بوقائع يسأل عنها اعضاء اللجنة كلهم وفي غير ذلك يمكن لسلطة التأديب ان تغاير في العقوبة بين عضو في اللجنة وعضو آخر فيها حسبما يتضح لها من الظروف والملابسات وعلى ضوء تخصص كل عضو وخبرته³

¹ - المحكمة الادارية العليا في مصر وفي حكم لها صدر في جلسة 2002/3/3 طعن رقم 2736 لسنة 45 قضائية. عليا ميزت بين الخطأ الشخصي والمرفقي اذ تقول : (يعتبر الخطأ شخيصيا اذا كان الفعل مصطبعا بطابع شخصي يكشف عن الانسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره ، أما اذا كان الفعل الضار ليس كذلك ويكشف عن مجرد موظف معرض للخطأ في هذه الحالة يكون مصلحيا. فالعبرة في نية الموظف وقصده ، فإذا كان تصرفه يهدف الى تحقيق غايات الجهة الادارية ومقاصدها فإن خطئه يندمج في أعمال الوظيفة ويعتبر خطئه خطأ مصلحيا ، فإذا ما تبين أنه لا يعمل للصالح العام ، أو كان يعمل مدفوعا بعوامل شخصية او كان خطئه جسيما مؤثما عقابيا فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخيصيا يسأل عنه الموظف الذي وقع منه هذا الخطأ في ماله الخاص) ، الحكم مشار إليه في مجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين في مصر ، ع 3 ، 2003 ، ص 390 .

² - المحكمة التأديبية ، طعن رقم 6555 لسنة 42 ق. جلسة 1998/9/26 أشار إليه ، د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك 1 ، ص 854.

³ - طعن رقم 1902 لسنة 42 ق. جلسة 2001/4/7 ، أشار إليه ، د. محمد ماهر ، المصدر أعلاه ، ص 854 .

، كما إن قضاء المحكمة الادارية العليا في مصر بخصوص مسؤولية أعضاء اللجان استقر على أنه لا يسأل أعضاء اللجان الا عن الاخطاء الواردة في أعمال تلك اللجان فيما يخصهم من نطاق ، إذ يسأل العضو الفني عن الاخطاء الفنية والعضو المالي عن الاخطاء المالية والاداري عن الاخطاء ذات الطبيعة الادارية والقانوني عن الخطأ القانوني وأنه لا يسأل الجميع الا عن الخطأ الظاهر الذي لا يحتاج الى خبره¹، ويمكن القول إجمالاً ان كل مخالفة يرتكبها الموظف لأحكام قانون المناقصات والمزايدات تشكل مخالفة تأديبية² ، وأعمالاً للمبادئ السابقة فقد قضت المحكمة الادارية العليا بحكمها الصادر في جلسة 2001/9/6 بمسؤولية العضو القانوني في لجنة فض المظاريف والبت بخصوص مزايدة سرية إذ تقدمت أربعة عروض بعد انسحاب شركة ، منها عرض الجمعية التعاونية الانتاجية بمبلغ 55 ألف جنيه وإنه بعد فض المظاريف وقبل الترسية (الإحالة) طلب مندوب الجمعية زيادة السعر المقدم الى 85 ألف جنيه ، الا ان اللجنة لم تلتفت لهذا الطلب وأرست بيع الخط على الشركة المصرية للتجارة الدولية بمبلغ 75 ألف جنيه كونه أعلى سعر دون اثبات طلب مندوب الجمعية بمحضر اعمال اللجنة ، وعدت المحكمة التأديبية التي أحيل إليها أعضاء اللجنة أنهم قد ارتكبوا مخالفة تتمثل في عدم اثبات طلب مندوب الجمعية المذكورة في زيادة السعر ، لأن واجب الامانة والدقة كان يقتضي ويفرض على اللجنة ضرورة ذكر ذلك البيان بمحضر الجلسة حتى يكون العرض أميناً وكاملاً على سلطة الاعتماد مما يوجب مساءلتهم تأديبياً وجاء حكم المحكمة التأديبية صحيحاً ولا مطعن عليه من قبل المحكمة الادارية ورد طعن العضو القانوني الذي جاءت مساءلته مشددة بحسبانه المسؤول عن سلامة الاجراءات التي تتخذها اللجنة وأولها تضمنين محضرها الوقائع والاحداث كافة التي تعرض عليها، وان يكون ذلك المحضر مطابقاً للواقع وحقيقة تلك الاحداث التي تمت أمام اللجنة . ولم تقبل المحكمة العليا سبب طعن العضو القانوني في عدم تناسب الجزاء مع المخالفة المنسوبة إليه ، على اساس ان قضاءها مستقر على ان تقدير الجزاء في المجال التأديبي متروك لتقدير من يملك توقيعه ، بيد أن السلطة التقديرية لمصدر العقوبة تجد حدها عند وجود التناسب بين المخالفة وبين الجزاء الموقع عنها أو ما يعبر عنه بالغلو في تقدير الجزاء الذي يوصم الاجراء التأديبي بعدم المشروعية³، وذهبت المحكمة التأديبية العليا في قرار لها صدر بتاريخ 1985/11/13 الى مساءلة اللجنة لقيامها بالبيع دون اتباع طريق المزايدة العلنية بحجة عدم جدوى أسلوب المزااد العلني لما ثبتت التجربة من عدم تقدم غير الحائزين للعقار لشرائه ، وجاء في الحكم بأن من المقطوع به أنه يجب على العامل ان يطبق القوانين واللوائح بحسب المفهوم الصحيح لها والا يخالفها او يعدل فيها ، ولا يسوغ له ذلك بحجة انها لا تتماشى مع الواقع او لا تسير التطوير والطريقة لمعالجة ذلك الوضع هو طلبه تعديلها ممن له سلطة التعديل⁴.

وفي العراق فإن قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 أوجب على الموظف ان يؤدي أعمال وظيفته بنفسه بأمانة وشعور بالمسؤولية بعدها تكليفاً وظيفياً وخدمة اجتماعية يستهدف القائم بها المصلحة العامة وخدمة المواطنين في ضوء القواعد القانونية المقررة⁵ ، واذا ما خالف واجبات وظيفته ، فإنه يتعرض للمسائلة وتعرض بحقه العقوبات المنصوص عليها في القانون المذكور ، واذا ارتكب خطأ جسيماً نجم عنه ضرر جسيم بأموال الدولة او مصالح الجهة التي يعمل بها، فإنه يتعرض للمساءلة الجنائية⁶ فأعضاء لجنة البيع والايجار وهم من موظفي الدولة¹ ، مسؤوليتهم المدنية والانضباطية

¹ - الحكم الصادر في الطعن رقم 4182 لسنة 73 قضائية عليا جلسة 1995/6/1 أشار إليه ، د. محمد أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص881 .

² - د. حسن محمد مهند ، مصدر سابق ، ص380.

³ - طعن رقم 6947 لسنة 44 ق. ع جلسة 2001/9/6 أشار إليه ، د. محمد أبو العينين ، المصدر أعلاه ، ص884.

⁴ - طعن رقم 42 لسنة 27 ق ، أشار إليه محمود صالح ، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص774.

⁵ - المادة (3) من القانون 14 لسنة 1991.

⁶ - المادة (341) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل تنص على : (يعاقب بالحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامة تسبب بخطئه الجسيم في إلحاق ضرر جسيم بأموال او مصالح الجهة التي يعمل فيها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال أو مصالح الأشخاص المعهود بها إليه ان كان ذلك ناشئاً عن إهمال جسيم بأداء وظيفته او عن إساءة استعمال السلطة او عن إخلال جسيم بواجبات وظيفته) ، كما نصت المادة (340) من القانون المذكور على (

والجزائية تبقى قائمة وحسب طبيعة الخطأ الذي يصدر عنهم وغالبا ما تلجأ الإدارة الى فرض الجزاء الإداري بحق أعضاء اللجنة ، ومسؤوليتهم تضامنية في تعويض الأضرار ، التي تلحق بها ، ومن الوقائع التي تذكر في هذا المجال – قيام وزارة الداخلية بتضمين رئيس وأعضاء لجنة البيع والإيجار في محافظة ديالى مبلغ (397) مليون دينار عن قضية مفادها ، ان لجنة البيع والإيجار أجرت المزايدة بعد نكول المزايد الأخير و أحالت المزايدة بعد النكول ببديل إيجار أقل من بدل المزايدة الأولى ، فأصدرت اللجنة قرارها بتضمين الناكل الفرق بين البدلين ، وقد اعترض الناكل على قرار التضمين أمام محكمة البداية طالبا في دعواه منع معارضة الجهة الادارية من مطالبته بالمبلغ ، وقد استجاب القضاء لطلبه وصدق الحكم البدائي تمييزا وسبب الحكم بأن اللجنة خالفت اجراء جوهريا نص عليه القانون رقم 32 لسنة 1986 وهو عدم عرض المال على المزايد الثاني قبل الاعلان عن المزايدة مجددا ، واستنادا لما جاء بقرار الحكم ولأن الإدارة قد أصابها الضرر جراء عدم مراعاة القانون من قبل أعضاء اللجنة ، فقد أصدرت قرارها بالتضمين استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 100 في 999/6/22 ، الذي يخول الوزير المختص تضمين الموظف قيمة الأضرار التي تكبدتها الخزينة بسبب إهماله أو تقصيره أو مخالفته للقوانين والانظمة والتعليمات وذلك حسب الاسعار السائدة وقت التسديد².

ولكن الجدير بالملاحظة إن أعضاء اللجنة في حال فرض الجزاء الإداري بحقهم يفقدون ضمانات أساسية تحميهم من تلك القرارات إذا صدرت بشكل يخالف مبدأ المشروعية وذلك :

- 1- لأن قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) التي تخول الوزير صلاحية التضمين تنص صراحة على منع القضاء من النظر في الدعاوي التي تنشأ عن تطبيق هذه القرارات ، ومثالها الفقرة (ثامنا) من القرار 100 لسنة 1999 والقرار 81 في 1998/6/14 اذ منع المحاكم من سماع الدعاوي في كل ما له علاقة بالقرارات التي يصدرها الوزير ... بشأن تضمين الموظف قيمة الأضرار. وعليه فلا سلطان للقضاء بعد صدور قرار المنع للتدخل في قرارات التضمين أو إبطالها³ ، أو إلغائها وطلب التعويض إن كان له مقتضى خاصة وإن تلك القرارات توجب حجز الموظف في حال عدم التسديد رغم قصر الفترة الممنوحة لذلك⁴.
- 2- لأن العقوبات التي تفرض عليه وفق قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 991 نهائية ولا يقبل الطعن بشأنها أمام القضاء اذا كانت (لفت نظر ، إنذار وقطع الراتب) لصراحة المادة (11/رابعا) من القانون .

وإزاء ذلك فإن إلغاء كل ما يرد من نصوص في القوانين تحصن القرار الإداري وتمنع صاحب الشأن من الطعن به أمام القضاء ، أو على الأقل إذا شاب القرار الإداري أي عيب من عيوب المشروعية ، أصبح مطلباً يقتضي تحقيقه بوصفه حقاً للفرد وضمانة له تحميه من ضرر القرارات غير المشروعة تقرره القواعد الدستورية في كثير من الدول ، وحسناً فعل المشرع العراقي حينما حظر في المادة 97 من دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن ، كما أصدر القانون رقم 17 سنة 2005 ألغى بموجبه

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أحدث عمداً ضرراً بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل فيها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال الأشخاص المعهود بها إليه () .

¹ - المادة (1/ثالثاً) من القانون رقم 14 لسنة 1991 عرفت الموظف بأنه (كل شخص عهدت إليه وظيفة داخل أملاك الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة). فيما عرفته المادة (الثانية) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1961 بأنه : (كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلية في الملاك الدائم).

² - قرار التضمين تم تعميمه الى المحافظات بكتاب وزارة الداخلية – البلديات العامة ، ذي العدد 2460 في 2001/2/27.

³ - قرار محكمة التمييز رقم 3642/م/1998 في 1998/12/12 ، (غير منشور).

⁴ - الحجز – اجراء اداري تفرضه الادارة ويختلف عن التوقيف بوصفه اجراء قضائي يفرضه القضاء ، ولا يترتب على الحجز الإداري سحب يد الموظف ، وخلال يستحق الموظف رواتبه كاملة. قرار مجلس شورى الدولة رقم 997/11 في 997/4/9 ، غير منشور.

النصوص القانونية التي تمنح المحاكم من سماع الدعاوى أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة (المنحل) اعتباراً من 17 / 7 / 1968 لغاية 9 / 3 / 2004¹

الفرع الثاني

اختصاصات لجان البيع والايجار

إذا ما عقدت لجنة البيع والايجار اجتماعها وفقاً للتشكيل الذي نص عليه القانون ، وأنهت لجنة فتح المظاريف عملها وسلمت نتائجها الى لجنة البت اذا كانت المزايدة سرية ، فإن اللجنتين كل ضمن نطاق اختصاصها تتخذ عدد من القرارات الهامة التي من شأنها التوصل الى اختيار المزايد الافضل ، ومن أهم تلك القرارات :

اولاً : قبول المزايد وقبول عروضهم .

سبق وان أوضحنا بأن المنافسة في إطار المزايدات لا تكون مطلقة وإنما تستند الى ضوابط معينة لا تستقيم المنافسة الحقيقية الا بها ، كما إن الراغبين بالاشتراك في المزايدة ، ملزمون بأن يتقدموا بعروضهم وفقاً للشروط المعلن عنها وأن يرفقوا بها الوثائق المطلوبة ، وإذا وجدت الادارة أن شرطاً ما قد تخلف في الراغب ، أو أن العرض الذي تقدم به لم يستوف شروطه ، فلها حين ذلك حرمان الشخص من دخول المزايدة ، ولها ايضاً استبعاد العرض غير المكتمل الشروط المطلوبة بنص القانون او تلك التي وضعتها الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، على أن اللجنة تنظر في شخصية المزايد أولاً فإذا ما تقرر حرمانه ، استتبعه حكماً استبعاد عطائه ، وبناء عليه فإنه في نطاق المزايدة العامة تكون سلطة الادارة في قبول المشاركين فيها سلطة مقيدة دائماً. فإذا كان الراغب بالشراء او الاستئجار لم يلتزم بالضوابط والشروط الضرورية لدخول ساحة المنافسة ، فإن الادارة تلزم بحرمانه ، وأذا استنفذ كافة الشروط المطلوبة لدخوله المنافسة ، فالادارة وقتها لا تملك سلطة تقديرية لرفض قبوله² ، ولكن الادارة تملك بالمقابل هامشاً من سلطة التقدير لاستبعاد المزايد الذي يقترب مخالفة في تقديمه لعرضه ، إذ جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على التمييز بين المخالفة الجوهرية والمخالفة غير الجوهرية في هذا النطاق إذ يستبعد من نطاق المنافسة من يرتكب المخالفة الجوهرية ، وتعد المخالفة جوهرية اذا أدت الى منح مقترفاً أفضلية معينة يتميز بها المنافس عن باقي المتنافسين ، مما يعطل المزايدة ذاتها ، مثل قبول العرض المتأخر عن أقصى المدة المنصوص عليها لتقديم العروض³ ، وكذلك بالنسبة للعرض فإن اللجنة تلتزم باستبعاده اذا شابته مخالفة جوهرية ، أما اذا كانت غير جوهرية وغير مؤثرة ، فإن اللجنة تملك سلطة تقديرية لتغطيته⁴ .

ثانياً : الإحالة على المزايد الأخير .

بعدما تنتهي اللجنة من إعداد قائمة المزايدة في ضوء أوصاف المال المثبتة من لجنة التقدير والاعلان عن بيعه او إيجاره بطريق المزايدة العلنية في الصحف المحلية وفقاً للأوصاف والشروط

¹ - نص قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنح المحاكم من سماع الدعاوى رقم 17 لسنة 2005 على :-
المادة - 1 - تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل اعتباراً من 17 / 7 / 1968 لغاية 9 / 4 / 2003 التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة .

=

= المادة -2- لا تعد المدد الواقعة بين تاريخ نفاذ القوانين والقرارات الملغية بموجب المادة (1) من هذا القانون وبين تاريخ نفاذ هذا القانون من ضمن مدد التقادم المانع من سماع الدعاوى .
المادة -3- تستثنى قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على أراضي الدولة من أحكام هذا القانون .
المادة -4- ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .
وقد تم نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية عدد 4011 في 22 / 12 / 2005 .

² - Quancard. M. op.cit. p88.

³ - Quancard. M. ibid، p55.

⁴ - مهندس مختار نوح ، مصدر سابق ، ص491 .

المطلوبة ، فإن تلك القائمة تصبح مفتوحة ابتداءً من اليوم التالي لنشر الاعلان ويحق للراغبين بالشراء او الايجار التعبير عن رغبتهم في الاشتراك في المزايدة من خلال إيداعهم التأمينات المقررة قانونا ، وكما أسلفت فإن الراغب لا يستطيع ان يتقدم بسعره أثناء فترة الاعلان وإن أجاز له القانون إيداء الرغبة خلال هذه الفترة لأن النص جاء مقتبسا من قوانين عراقية سابقة بصورة ليست تامة ، وانما يتقدم بعرضه في اليوم المحدد لإنعقاد لجنة البيع والايجار وساعة إجراء المزايدة فقط. وفي اليوم المعين للمزايدة تجتمع اللجنة لإجرائها وتلتزم في سبيل تعيين الافضل من بين المتقدمين بعدد من الاجراءات تتمثل بما يلي :

- 1- الانتقال الى موقع المال المعلن عن بيعه أو إيجاره وأجراء المزايدة ضمن الوحدة الادارية التي يقع فيها ذلك المال ، ويعد هذا الاجراء من الاجراءات الجوهرية. اذ ذهب مجلس شورى الدولة في العراق بقراره المرقم 32 في 991/9/23 الى ان المزايدة التي تجرى دون مراعاة لهذا الاجراء باطلة ولا يعتد بها قانونا ، ويرى المجلس وجوب إجراء مزايدة بيع العقار في مركز الناحية او القضاء الذي يقع فيه العقار وإن إجرائها في مركز المحافظة رغم الاشارة الى ذلك في إعلان البيع يعد إخلالا جوهريا في الاجراءات التي رسمها القانون وبالتالي تصبح هذه المخالفة سببا كافيا لإبطال البيع ومن ثم إعادة تسجيله ، بإسم الادارة المالكة له قبل المزايدة ، كما قررت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة تصديق حكم محكمة القضاء الاداري المتضمن إلغاء قرار الإحالة ببطلان اجراءات المزايدة كونها جرت خارج المكان المرسوم لها قانونا¹ ، ولأن مكان اجراء المزايدة يعد من الشكليات الجوهرية ، فإن عدم مراعاته يدفع سلطة الاعتماد الى إلغاء المزايدة والاعلان عنها مجددا ، وقد تلجأ الى إلغاء قرار الاعتماد ذاته إذا علمت لاحقا بعدم مشروعيته بسبب اجراء المزايدة خارج حدود الوحدة الادارية التي يقع فيها المال المعلن عن إيجاره² ، ونجد بأن قرار إلغاء التصديق هو في حقيقته إلغاء لعقد الايجار من جانب الادارة لأن صدور قرار التصديق سوف يلاقي إيجاب المزايد ، ويصبح العقد حينئذ تاما ولا يحتاج تمامه في العراق الى تبليغ المزايد بقرار اعتماد المزايدة كما في مصر ، مع الاشارة الى ان إلغاء القرار الاداري يشترط فيه ان يكون مخالفا لمبدأ المشروعية وان يلغى القرار خلال المدة المحددة لقبول دعوى إلغاء القرار الاداري أمام القضاء³.
- 2- البدء بالمزايدة والمناداة على المزايدين الراغبين بالاشتراك فيها ممن دفعوا التأمين على ان تراعي لجنة البيع والايجار الامور التالية :
 - أ- أن تتم المزايدة في الزمان والمكان المحددين في شروط الاعلان.
 - ب- أن تذكر اللجنة للمتزايدين البيانات والمواصفات الكافية عن موضوع البيع او التأجير⁴ ، بأن يتضمن النداء وصفا كاملا للمال المعلن عنه.
 - ج- أن تتم الاجراءات علنا بحضور المشاركين.

¹ - قرار الهيئة رقم 13/ اداري - تمييز 990/ في 1990/9/2 سبق الاشارة إليه.

² - وزارة المالية كانت قد صادقت على قرار إحالة مزايدة تأجير ساحة بيع المواشي في قضاء الشطرة بمحافظة ذي قار الا إن علمها اللاحق بأن المزايدة قد جرت في حينه خارج حدود الوحدة الادارية دفعها الى إلغاء قرار المصادقة بكتابتها رقم 17493 في 1992/4/25 وجاء فيه : (تنسب إلغاء مزايدة إيجار المساحة المذكورة لإتخاذها ساحة لبيع المواشي وإعادة الاعلان عنها مجددا وتحمل لجنة التأجير كافة المصاريف وذلك لكون المزايدة قد جرت خارج الوحدة الادارية التي يقع فيها العقار خلافا لأحكام الفقرة سادسا من المادة التاسعة من القانون رقم 32 لسنة 1986 = مما يشكل خلافا جوهريا في الاجراءات التي رسمها القانون ، عليه تعتبر موافقتنا الصادرة بكتابتنا المرقم 3886 في 1992/2/24 ملغية وتتخذ الاجراءات اللازمة لإعادة الاعلان عن إيجار المساحة المذكورة ..)

³ - د. شاب توما منصور ، رقابة القضاء على إنهاء الادارة لقرارها بإرادتها المنفردة ، مجلة القضاء ، ع 1 و 2، س 46 ، بغداد 1991 ، ص 393.

⁴ - د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص 231.

د- أن لا يقوم عضو اللجنة بعملية المناقشة ، وإن لا يستوفي أجورا من المشتري او المستأجر¹ ، اذ يقرر القانون لأعضاء اللجنة والموظفين المرافقين لهم أجورا محددة².

وعلى خلاف القوانين المقارنة ، فإن القانون العراقي اشترط على لجنة البيع والإيجار ان لا تفتح المزايدة بأقل من 70% من القيمة المقدرة التي يعلمها المشاركون وليست سرية مثلما تشترط بعض القوانين³ ، لكنه منح اللجنة سلطة تقديرية لأن تبدأ المزايدة بأكثر من تلك النسبة .

ونرى بأن تحديد هذه النسبة وإلزام اللجنة بعدم النزول عنها عند فتح المزايدة ليس ذي جدوى وذلك لأن الممارسة العملية أثبتت أن اللجان في أكثر الوزارات تطبيقا للقانون ، كالمباني والاشغال العامة ، ووزارة النقل قد تواتر عملها على أن تفتح المزايدة بالقيمة المقدرة او بأكثر منها أحيانا دون البدء بالنسبة المذكورة أعلاه ، كما إن لجنة البيع والإيجار لا تتمكن من إحالة المزايدة إلا إذا بلغ العرض القيمة المقدرة للمال أو أكثر منها ، وحينئذ يصبح فتح المزايدة بأقل من تلك القيمة فيه إطالة للوقت وزيادة في الجهد دون فائدة تذكر من وراء التقيد بتلك النسبة .

ولجنة البيع والإيجار تتلقى العروض وطلبات الشراء او الإيجار شفاهة وتثبت في قائمة المزايدة إسم المزايد الثلاثي وعنوانه وصفته إن كان أصيلا او وكيلًا ويثبت السعر الذي قدمه ، واذا ما توقف المزايدون عن تقديم العروض ، فإن اللجنة تكرر السعر الذي بلغته المزايدة وذكر صاحب الضم الأخير لأكثر من مرة وتنتظر لمدة خمس دقائق في حالة بيع وإيجار الاموال غير المنقولة ومن دقيقة الى خمس دقائق في الاموال المنقولة ، وبعد العرض الذي لا يزداد عليه خلال تلك المدة نهاية للمزايدة إذ تقرر اللجنة إحالتها على صاحب أعلى سعر .

وسلطة اللجنة في هذا المجال مقيدة ، إذ أنها ملزمة بالإحالة على المتقدم بالسعر الأعلى بعد مضي المدة المحددة قانونا ، ولكن سلطتها تتسع في مجال بيع الاموال المنقولة اذ تحدد المدة التي تراها مناسبة لإنهاء المزايدة وتقرير الحالة وهي ممتدة بين دقيقة واحدة وخمس دقائق .
واللجنة تقرر نوعين من الإحالة :

الاولى - إحالة أولية - وهي التي أشرنا إليها اذ تقرر إحالة المزايدة بعهددة صاحب الضم الأخير وفق الاجراءات المقررة قانونا.

الثانية - إحالة نهائية - ويقصد بها الإحالة الاولى التي يمضي عليها خمسة أيام دون وقوع الضم على البديل الذي تقرر فيها ، او الإحالة التي تقررها اللجنة في المزايدة التي تجريها نتيجة لوقوع الضم . ولكن ما هو المقصود بالضم في القانون العراقي وما هي شروطه ؟

أجازت المادتين (9/9) و (6/26) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 (الضم) أي الزيادة على بدل المزايدة الأخير خلال خمسة أيام من تاريخ الإحالة على أن لا يقل عن (15%) من البديل الأخير ، وعندئذ يفتح عن مزايدة جديدة لمدة سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة ، ثم تجري بعدها الإحالة ولا يجوز الضم على بدل المزايد الأخير ، وحالة الضم تفرد بها التشريع العراقي دون غيره من التشريعات المقارنة التي نظمت اجراءات وقواعد المزايدات العامة.

فالضم - نظام تلزم بموجبه الادارة بوضع المال في مزايدة جديدة ولمرة واحدة اذا تقدم راغب بشراؤه او استئجاره خلال المدة المحددة قانونا بعرض يزيد بنسبة معينة على العرض الذي رست عليه المزايدة الاولى .

¹ - المادة (39) من تعليمات وزارة الحكم المحلي رقم 7 لسنة 1986.

² - المادة (8 مكررة) من القانون 32 لسنة 1986 المستحدثة بالقانون 21 لسنة 1994 حددت أجور أعضاء لجان التقدير والبيع والإيجار وأجور الموظفين المرافقين لهم ، على ان تستوفي تلك الاجور من المشتري او المستأجر عند رسو المزايدة عليه ، إضافة لأجور الخدمة التي تستوفي منه بنسبة 2% المفروضة بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 163 في 1998/10/7.

³ - المادة (123) من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 998 ألزمت لجنة البيع او التأجير بان تذكر للمتزايديين البيانات والمواصفات الكافية عن موضوع البيع او التأجير دون ذكر الثمن الاساسي.

ويشترط لقبوله :

1- أن يقع الضم خلال المدة القانونية البالغة خمسة أيام من تاريخ الإحالة الأولية، ويحق للراغب بالضم أن يقدم طلبه بكسر القرار في يوم الإحالة الأولية¹ ، وإذا ما قررت قبول الضم خارج المدة القانونية ، فإن إجراءات المزايدة باطلة وللمزايد الأخير في المزايدة الأولى حق طلب التعويض عما أصابه من ضرر ، وإذا ما رفض المتضرر قبول المزايدة بالبدل الذي عرضه بعد إلغاء المزايدة الثانية ، فإن رفضه هذا لا يعد نكولاً² ، لأنه يكون قد تحلل من إيجابه الذي سقط بعطاء أعلى حتى ولو وقع باطلاً. أما إذا رفضت الإدارة قبول طلب الضم الواقع خلال المدة القانونية فإن إجراءات المزايدة وقرار الإحالة يعدا باطلين لتعسفها في استعمال سلطاتها³.

2- أن لا يقل الضم عن النسبة المحددة قانوناً وهي (15%) من بدل الإحالة الأولية ، وهو البديل الذي رست عليه المزايدة الأولى ، ولا يعد الضم مقبولا ما لم تسدد هذه النسبة ، ومن الناحية العملية فإن هذه النسبة يختلف استيفائها فيما إذا كان صاحب الضم قد اشترك في المزايدة الأولى أم فات عليه الاشتراك فيها ، وإذ أنه في الحالة الأولى أستوفي منه تأمينات دخول المزايدة بنسبة لا تقل عن (20%) فإنه يدفع 15% من البديل الأخير الذي رست به المزايدة. وفي الحالة الثانية يلزم صاحب الضم بدفع نسبة التأمينات المحددة في إعلان المزايدة لتضاف إلى البديل الأخير ومن مجموعهما تستوفي النسبة البالغة 15%.

3- أن يصدر الضم ممن تتوافر فيه شروط المشاركة في المزايدة ، إذ يحق لكل شخص أن يقدم طلب الضم شرط أن لا يكون من الممنوعين من الاشتراك فيها ، وهذا الشرط يتم مراعاته لمن لم يشترك في المزايدة الأولى ، أما المشتركين فيها فإن الإدارة قد فحصت شخصيتهم وقررت قبولهم في المزايدة ، والملاحظ هنا إن الضم جائز حصوله من أي شخص اشترك في المزايدة ولم ترسو عليه أو لم يشترك فيها ، كما أن المزايدة التي تجري بعد الضم مفتوحة للجميع شرط توافر الشروط المعلن عنها فيهم وفي العروض التي يتقدمون بها ، ولكن إذا اتفق صاحب البديل الأخير الذي أحييت بعهدته المزايدة الأولى مع من كانت لديه الرغبة في الضم عليه على أن لا يضم مقابل إدخاله شريكا معه في العقد بعد تصديق المزايدة فإن مثل هذا الاتفاق يعد غشا في سير المزايدة وتواطئاً بين المزايدين يؤثر تأثيراً جوهرياً في صحة الإجراءات ويجعل المزايدة باطلة⁴.

وبناء عليه فإذا وقع الضم وتوافرت فيه الشروط التي أشرنا إليها تعين على الإدارة أن تعلن عن مزايدة جديدة لمدة سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة المحلية ، ولكن إذا تمت المزايدة بعد وقوع الضم وقررت اللجنة إحالتها على المتقدم بأعلى سعر دون أن تنشر الاعلان في الصحيفة ، فإن المزايدة تعد باطلة⁵ ، فيما تكون الإحالة صحيحة إذا توافرت شروط إجراءاتها وحينئذ لا يجوز الضم على بدل المزايدة الأخير وتصبح الإحالة نهائية والمزايد الأخير يصبح مرشحاً للتعاقد إذا ما تمت الإحالة القطعية بعد تصديقها من السلطة المختصة ، والضم إذا وقع لا يجوز الرجوع عنه كما لا يجوز الضم على بدل المزايدة التي جرت بسبب الضم .

وما نراه جديراً بالتنبيه بهذا الخصوص :

أ- إن الضم حال وقوعه يترتب عليه إجراء المزايدة مجدداً ، وفقاً للشروط والقواعد المعلن عنها ، والإدارة سلطاتها مقيدة في قبول الضم إذا ما توافرت شروطه أو رفضها له أن فقدت تلك

¹ - مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 وتطبيقاته العملية ، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، 1992 ، ص 263.

² - عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 203.

³ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم 990/ق.أ/121 في 28/11/1990 أشار إليه ، خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الإداري العراقي في الرقابة على أعمال الإدارة. بحث مقدم إلى المعهد القضائي ، بغداد ، 1991 ، ص 123.

⁴ - محكمة التمييز في العراق ، قرار رقم 263/موسوعة أولى / 1988 في 30/4/1988 ، غير منشور.

⁵ - محكمة التمييز في العراق ، قرار رقم 154/موسوعة أولى / 991 في 16/11/1991 ، غير منشور.

الشروط ، ولكنها تملك سلطة تقديرية في حرمان المتقدم للمزايدة إذا كان ممنوعاً من التعامل معه ولم تكن هذه السلطة بعيدة عن رقابة القضاء إن هي حادت عن الصالح العام.

ب- إذا كان نظام الضم يوفر الفرصة لمن لم يستطع الحضور من الراغبين بالشراء أو الاستئجار وقت إجراء المزايدة ، ويضمن بيع أو إيجار المال ببذل أعلى من البذل الذي وقع عليه الضم¹ ، فإنه بالمقابل يمكن أن يؤدي إلى إحجام الراغبين بالشراء أو الاستئجار من الاشتراك في المزايدة الأولى لعلمهم بوجود فرصة أخرى هي المزايدة الثانية مما يحول دون تحقق المنافسة المطلوبة ، خاصة وإن ذلك الإحجام يجنبهم حبس تأميناتهم القانونية مدة من الزمن² ، ناهيك عن استخدام الضم من صاحبه كوسيلة للضغط على المزايديين وابتزازهم ، وقد أثبت الواقع العملي حدوث كثير من مثل هذه الحالات ، كما إن نتيجة الضم تزيد من كثرة الإجراءات وتشغل اللجان التي هي غير متفرعة أصلاً لمهمة البيع أو الإيجار ، وتبقى من المستأجر السابق شاغلاً للمأجور بالرغم من انتهاء مدة إيجاره ، طالما إن المستأجر الجديد لم يتحدد بعد لأستلام المأجور .

وإزاء ما ذكر فإننا ندعو إلى إلغاء العمل بنظام الضم خاصة وأن هذا الإلغاء لا يحرم الإدارة من مبتغاها في الحصول على أعلى سعر يحقق مصلحتها المالية .

وعلى أية حال فإن لجنة البيع والإيجار إذا ما قررت إحالة المزايدة بعهددة صاحب أعلى سعر وهو صاحب الضم الأخير – سواء كانت الإحالة أولية أو نهائية – فإن التأمينات يتم ردها إلى المتزايديين الذين لم يرس عليهم المزايدة بعد سحب الإيصالات الخاصة بها موقعة منهم باستلام قيمة التأمين³ ، بمن فيهم المزايد صاحب الضم ما قبل الأخير إذا أبدى رغبته تحريراً بعدم إبقائها لحين انتهاء المدة المحددة لسداد بدل البيع أو الإيجار من قبل المزايد الأول وبين في طلبه عدم الرغبة في الشراء أو الاستئجار بالبدل الذي سبق أن عرضه في حالة نكول المزايد الذي أحيل المال بعهدته⁴ ، وسلطة الإدارة مقيدة في رد التأمين ، إن امتنعت عن إعادته جاز لصاحبه الطعن بقرارها أمام القضاء بوصفه قراراً إدارياً سلبياً دون تقيده بمدة معينة كما في فرنسا ومصر كونه من القرارات المستمرة ، أما في العراق فإن الطعن بإلغاء القرار الإداري السلبي .. يجب أن يكون مسبقاً بالتظلم الإداري ومقيداً بمدة الستين يوماً وفقاً للمادة (7/ثانياً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979.⁵

وتشترط بعض القوانين على اللجنة المختصة بالإحالة إعلان أسبابها وأسباب قراراتها باستبعاد العروض⁶ ، ولم يلزم المشرع العراقي الإدارة ببيان أسباب قراراتها ولكن في حال تسببها فإن القضاء يراقب مشروعية هذه الأسباب⁷ ، وندعو المشرع لأن يلزم اللجنة بتسبيب القرارات التي تصدر عنها.

ثالثاً : التضمين .

عندما تقرر الإدارة إرساء المزايدة على صاحب أعلى سعر ، واعتماد قرارها من السلطة المختصة فإن هذا الاعتماد هو الذي يلاقي إيجاب المزايدة ومن تاريخه تبدأ التزامات الطرفين ، كما إن المزايدة الذي أصبح متعاقداً يقع عليه التزام الوفاء بحقوق الإدارة ومن أهمها دفعه بدل البيع أو الإيجار واستلامه للمبايع خلال المدة المقررة وعدم إخلاله بشروط البيع ، فإن لم يوف حق للإدارة أن تقرر ما ترى عمله وفقاً للقانون لحفظ هذه الحقوق وحمل الراسي عليه المزايدة على الوفاء بها، أو فرض

¹ - عبود صالح مهدي ، شرح قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 ، ط 1 ، بغداد ، 2000 ، ص 187.

² - د. سعيد عبد الكريم مبارك ، نظام الضم في بيع العقارات – دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ع 1 ، مجلد 2 ، 1987 ، ص 52 وما بعدها.

³ - المادة (128) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري .

⁴ - المادة (12) من تعليمات وزارة الحكم المحلي النافذة حالياً رقم 7 لسنة 1986.

⁵ - د. غازي فيصل مهدي ، القرار الإداري السلبي والرقابة القضائية ، مجلة الحقوق جامعة النهرين - الحقوق ، مجلد 2 ، ع 3 ، بغداد ، 1998 ، ص 70. وأيضاً بحثه الموسوم بـ (الطعن بالقرار الإداري السلبي بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية) ، بيت الحكمة ، مجلة دراسات قانونية ، ع 4 ، س 2 ، بغداد ، 2000 ، ص 121.

⁶ - المادة (40) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر - رقم 89 لسنة 1998.

⁷ - قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رقم 16/ إداري – تمييز 992/ في 1992/3/1 ، غير منشور.

الجزاءات الموجبة أو اتباع الاجراءات التي تكفل لها جبر الضرر الذي يلحق بها جراء إخلال المزاد بشروط البيع أو الإيجار .

ففي مصر مثلاً ، فإن الراسي عليه مزاد بيع المال المنقول إذا ما تأخر عن استلام الاصناف التي أشتراها خلال المدة المحددة له ، جاز للجهة الادارية أن تتخذ بعدها إجراءات بيع الاصناف (لحسابه) في أقرب فرصة ، ويكون البيع وفقاً لأحكام لائحة تنفيذ المناقصات والمزايدات ، فإذا نتج عن البيع نقص في الثمن وجب محاسبته عليه وعلى مصروفات التخزين بواقع 1% عن كل أسبوع تأخير ومصروفات إدارية بواقع 10% من ثمن البيع الجديد ، أما إذا نتج عن البيع زيادة فلا يرد إليه. ولكن هذه الزيادة إذا غطت المصروفات المذكورة فلا يطالب من تم البيع لحسابه بأي شيء ، وإن كانت الزيادة لا تغطيها فإنه يحاسب عن الفرق بين الزيادة والمصروفات التي كان يجب عليه دفعها¹ ، وكذلك الحال بالنسبة لمشتري العقار أو المشروع الذي ليس له شخصية اعتبارية أدخل بأي شرط من شروط البيع ، فيكون للجهة الادارية² ، دون حاجة الى إنذاره او اللجوء الى القضاء أن تفسخ العقد وتقوم باتخاذ اجراءات البيع من جديد مع حفظ حقها في الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الاسعار والمصروفات الادارية والتعويضات المستحقة ولا ترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت من ثمن البيع³.

وبهذا الصدد تقول المحكمة الادارية العليا بأنه (في العقود الادارية يكون تنفيذ الالتزام عينا بواسطة الادارة تقوم به بنفسها او تعهده الى غيره بتنفيذه وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته ، فتنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر في تنفيذ تعهده والزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع عليه وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الادارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها ومنعاً من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق... ومن حيث أنه على ضوء هذه القواعد ... فإذا لم يورد الراسي عليه المزاد التأمين النهائي في الميعاد المقرر له ، يصبح عرضه في المزاد كأن لم يكن ويكون للإدارة أن تصدر التأمين المؤقت الذي سبق أن دفعه قبل دخول المزاد على سبيل التعويض ، وللإدارة أن تعيد المزاد وإذا رسا المزاد بمبلغ أقل من العرض الذي تقدم به في المزاد يلزم بدفع الفرق بين القيمتين ايضاً ، أما إذا رسا بقيمة أكبر فلا يكون له المطالبة بالفرق)⁴ ، ولكن تنفيذ العقد على حساب المتعاقد يفرض على الادارة بمناسبته إلزامها بنفس شروط المزايدة الاولى ومدتها عدا السعر الذي تحدده المزايدة الثانية ، وأساس ذلك كما تقول المحكمة الادارية العليا : إن جهة الادارة تقوم في ذلك بدور الوكيل فتلتزم بأن تبذل العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة ، فإذا ما تجاوزت شروط المزايدة الاولى بخمسة عشر يوماً فلا تحسب هذه الزيادة تأخيراً عليه⁵.

أما في العراق ، فإن المزايد صاحب الضم الاخير ملزم بدفع بدل البيع او الإيجار خلال مدة محددة تبدأ من تاريخ الإحالة القطعية (تصديق المزايدة) ، فإذا امتنع عن دفعه خلال تلك المدة عد (ناكلاً)⁶ ، وتقوم الادارة بعرض المال المبيع أو المستأجر على المزايد ما قبل الاخير- الذي عرضه يلي عرض من رست عليه المزايدة – اذا لم يكن قد سحب تأميناته وأبدى رغبته بعدم أخذ المال فيما لو نكل المزايد الأخير- فإذا وافق على أخذه بالبدل الذي كان قد عرضه ، حينذاك تقرر لجنة البيع والايجار

¹ - د. حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص 225.

² - حددت المادة (2) من اللائحة التنفيذية المقصود بالجهة الادارية بأنها : الوحدة التي تتخذ اجراءات التعاقد لحسابها أو لحساب غيرها من الجهات الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.

³ - المادة (118) من لائحة تنفيذ القانون 89 لسنة 1998.

⁴ - طعن رقم 2013 لسنة 6 ق جلسة 1962/12/16 – أشار إليه ، د. احمد محمود جمعة ، العقود الادارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002، ص 376. طعن رقم 38/947 ق جلسة 2000/2/8 ، وطعن رقم 3759 لسنة 43 ق . ع جلسة 2001/3/31 ، اشار اليهما، د. محمد أبو العينين ، ك 2 ، مصدر سابق ، ص 911 و 525.

⁵ - طعن رقم 1624 لسنة 31 جلسة 1989/1/17 ، وحكم رقم 94- 9 في 1965/12/11 ، اشار اليهما د. محمد ماهر ، مصدر سابق ، ك 1، ص 871 0

⁶ - المادتين (19) و(29) من القانون رقم 32 لسنة 1986.

تضمنين الناكل (الراسي عليه المزايد) ، الفرق بين البدلين ، البديل الذي رست عليه المزايدة والبديل الذي سبقه وهو أقل منه سعرا ، على أن يتم استيفاء هذا البديل من تأمينات الناكل إن كانت كافية وإن لم تكف فيستوفى ما يكمل مبلغ التضمنين من أمواله الخاصة وفقا للإجراءات المحددة بقانون تحصيل الديون الحكومية رقم 56 لسنة 977 المعدل ، وهي اجراءات ادارية والقرار الذي يصدر تنفيذا له قرارا اداريا يتم الطعن به أمام القضاء الاداري ، إذا لم يكن من بين القرارات التي اتخذها القائم على تنفيذه بصفته منفذ عدل – اذ يطعن بها أمام محكمة الاستئناف بصفقتها التمييزية بعد التظلم منها أولا ، أما إذا لم تقم الادارة بعرض المال على المزايد ما قبل الاخير فلا يجوز لها الاعلان عن المزايدة مجددا ، ولا يحق لها مطالبة الناكل بالفرق بين البدلين ولا اعتبار لتبليغ المزايد الثاني شفاها¹ ، وفي حال رفض المزايد الثاني أخذ المال بالبديل الذي كان قد عرضه ووقع إزاء ذلك الرفض ، تجرى المزايدة مجددا لمدة (15) يوما تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة المحلية ، فإذا أحييت المزايدة ببديل أقل من بديل الناكل تتخذ لجنة البيع والايجار قرارها بتضمنين الناكل الفرق بين البدلين ونفقات إعادة المزايدة ، وتكون التأمينات وأمواله الخاصة ضامنة لاستيفاء مبلغ التضمنين ، أما إذا زاد مبلغ المزايدة الثانية على ما التزم به المزايد الناكل فلا يسأل هذا الاخير ، لأن ضررا لم يصب الخزينة بسبب هذا النكول.²

والجدير بالملاحظة إن التضمنين إجراء تلجأ إليه الادارة بعد تمام عقد البيع او الايجار لتطابق قبول الادارة باعتماد قرار الإحالة مع إيجاب المزايد ووصول العلم إليه بصور القبول فهو إجراء تنفيذي تعتمده جهة الادارة (الوحدة الادارية) أحيانا ويصدر عن لجنة البيع والايجار أحيانا أخرى وفقا لما هو مقرر في القانون ، ونرى بأن مهمة لجنة البت في المزايدة في العراق تنحصر بإتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المزايدة بعد تحقيق شروطها توطئة لإطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بإبرام العقد³ ، فإذا ما تم إحالة المزايدة إحالة قطعية باعتماد قرار الإحالة فإن مهمتها قد انتهت ، وبالتالي يعد تكليفها قانونا بإصدار قرار تضمنين الناكل (المتعاقد) بعد قيامها بعرض الامر على المزايد الثاني فيه خروج عن هذه المهمة ويدخل في اختصاص الادارة المتعاقدة التي تتولى متابعة تنفيذ العقد ، وندعو المشرع الى تحديد هذا الاختصاص والابقاء على صلاحية اللجنة بالتضمنين اذا كان مبلغ المزايدة الثانية أقل من مبلغ الناكل لأن هذه الحالة تكون ضمن قرارها بإرساء المزايدة على من دفع المبلغ الأقل ، إذ تقرر الإرساء وتقرر التضمنين في نفس قرار الإحالة .

وقرار التضمنين نراه قرارا قد صدر تنفيذا لعقد البيع او الايجار فهو غير منفصل عن العقد يتم الطعن به أمام القضاء العادي (محكمة البداية) الذي يختص بالنظر في منازعات العقود مدنية كانت أم إدارية ، لأن محكمة القضاء الاداري لا تنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود سواء أكانت عقودا إدارية أم مدنية⁴ ، إذ إن المادة (7 /ثانيا/د) من قانون مجلس شورى الدولة حددت اختصاصات محكمة القضاء الاداري ، وإن هذا الاختصاص لا يسري على الدعاوى المتعلقة بالعقود الادارية⁵ ، وهذا ما يدفع المختصين والباحثين دائما الى المناداة بتوسيع اختصاصات محكمة القضاء الاداري لتتنظر في العقود الادارية والقرارات الادارية كافة دون استثناء ، وأن لا تمتنع دون مسوغ عن نظر الطعن في التعليمات الوزارية كونها قرارات إدارية تنظيمية⁶ ، وإننا مع هذه الدعوات من أجل أن نرى قضاء اداريا عراقيا

¹ - محكمة التمييز في العراق – قرار رقم 1/961م/ عقار / 2002 في 2002/5/27 غير منشور.

² - محكمة التمييز في العراق – قرار رقم 639 / ادارية ثانية / 86-987 في 1986/12/23 – منشور في وزارة العدل – مجلة الاحكام العدلية – ع 3 و 4 – 1986 ، ص43.

³ - د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، 991 ، ص304.

⁴ - قرار هيئة تعيين المرجع رقم 7/ تعيين مرجع / 1998 في 1998/11/29 ، غير منشور.

⁵ - قرار محكمة القضاء الاداري رقم 60/ قضاء إداري / 990 في 1990/9/26 أشار إليه ، د. ماهر علاوي الجبوري ، مفهوم القرار الاداري في أحكام القضاء الاداري في العراق ، مجلة العدالة ، ع 1 ، بغداد ، 1999 ، ص142 ، قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 85 / اداري – تمييز / 994 في 1994/9/4. أشار إليه ، د. ماهر علاوي ، المصدر أعلاه ، ص142

⁶ - قرار محكمة القضاء الاداري رقم 90/66 في 1991/7/10 ، وقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 8/ اداري – تمييز / 995 في 1995/1/25 ، أشار إليهما ، د. غازي فيصل مهدي – الطعن في القرار الاداري التنظيمي – بيت الحكمة – مجلة دراسات قانونية ، بغداد ، ع 1999/1 ، ص70.

متطوراً يبدأ من حيث ما انتهى إليه الآخرون ، خاصة بعد أن نصت المادة (98) من دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 على جواز إنشاء مجلس الدولة ليختص بوظائف القضاء الاداري .

رابعاً : تمديد المزايدة .

يصادف الادارة في بعض الأحيان عدم تقدم راغب للشراء أو الإيجار في المزايدة المعلن عنها أو ان الراغبين لم يدفعوا السعر الذي يبلغ القيمة التقديرية للمال المعروض للبيع أو الإيجار ، فتتخذ القرارات التي يحتم القانون عليها اتخاذها ، ففي مصر مثلاً إذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن او القيمة الاساسية يتم إلغائها بقرار من الوزير المختص ، ومن له سلطاته بناء على توصية من لجنة البت ، ويجب ان يشتمل قرار الإلغاء على الاسباب التي بني عليها ، ويتم إعادة اتخاذ الاجراءات بطرح العملية من جديد وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، وذلك بعد إعلان قرار الإلغاء وأسبابه في لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض¹ ، ما لم يتقرر الاستغناء عن عملية البيع او التأجير او الترخيص بصفة نهائية .

أما في العراق فان بدل بيع أو ايجار الاموال اذا لم يبلغ بنتيجة المزايدة الاولى القيمة المقدرة له من لجنة التقدير ، تتخذ لجنة البيع والايجار قرارها بتمديد المزايدة لمدة (15) يوم تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة ، وفي هذه المزايدة إذا لم يبلغ بدل بيع العقار او بدل ايجاره 80% من القيمة المقدرة ، يعاد تقديره ويعلن عن إجراء مزايدة جديدة لبيعه أو إيجاره² ، والادارة سلطتها مقيدة بتطبيق تلك الاجراءات المرسومة قانوناً ، أما إذا كان المعلن عنه من الاموال المنقولة ، فإنه يباع بالسعر الذي ترسو عليه المزايدة الثانية ، الا إذا قدرت الادارة ان المال يمكن الاستفادة منه في الصناعات التحويلية ، أو ان السعر لا يحقق الصالح العام ، فلها تمديد المزايدة مرة ثانية لمدة (15) يوم أخرى ، وتلتزم اللجنة ببيع المال في المزايدة الثالثة بالسعر الذي ترسو عليه³ ، وسلطة الادارة التقديرية واضحة وواسعة في حالة بيع المال المنقول ، فلها أن تبيعه أو ان تمتنع عن بيعه حسب تقديرها لمدى الاستفادة منه في الصناعات من عدمه ، ومدى ملائمة السعر وتحقيقه لمصلحتها أو ابتعاده عن تحقيق تلك المصلحة.

والجدير بالملاحظة ان الإحالة في المزايدة التي تجري بسبب التمديد هي إحالة أولية مشمولة بنظام الضم (كسر القرار) وتصبح إحالة نهائية إذا مضت مدة الضم دون وقوعه أو تمت الإحالة نتيجة لحصول الضم الذي وقع صحيحاً مستوفياً لشروطه القانونية ، ونرى بان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في اختيار مصطلح (الإحالة) ونقترح استبداله بمصطلح (الارساء) ذلك ان المصطلح الأول يشاع استعماله في المناقصات اكثر منه في المزايدات هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فان المشرع استعمل كلمة (الارساء) في اكثر من مادة في القانون رقم 32 لسنة 1986 ، اذ ذكر كلمة (ترسو) في المادة 27/ ثانياً وكلمة (رست) في المادة 29/ اولاً والبند ثانياً/ 4 من القرار 16 في 1996/2/3 ، مما يقتضي توحيد المصطلحات القانونية واختيار الشائع منها بين الناس ، والاكثر استعمالاً في القوانين المقارنة ، ومصطلح الارساء هو الأكثر شيوعاً والاكثر استعمالاً في المزايدات ، في حين يناسب المناقصات مصطلح الاحالة .

المطلب الثاني

أسس الإحالة وطبيعة قرارها

إن الإحالة لا يمكن أن تتم بطريقة تعسفية ولا بد من أن تعتمد على معيار محدد ، وفي نطاق العقود التي تبرم على أساس المزايدة فإن هذا المعيار هو السعر الذي يجعل من المزايدة متميزة عن بقية الاجراءات التي يتم من خلالها تبادل الإيجاب والقبول ، وهذه الإحالة تصدر بقرار من لجنة البيع والإيجار يحدد بمقتضاه المزايد الافضل سعراً ، والذي يصبح متعاقدا فيما لو تم تصديق القرار من

¹ - المادة (40) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

² - المادة (10/ثانياً) من القانون 32 لسنة 1986 .

³ - المادة (3/27) من القانون رقم 32 لسنة 1986 .

السلطة المختصة ، وإن مقتضيات البحث تتطلب تحديد الطبيعة القانونية لقرار الإحالة بعدما تتضح الأسس القانونية للإحالة ذاتها .

الفرع الاول الأساس القانوني للإحالة

إن إحالة المزايدة وترسيتهما على صاحب الضم الاخير تحكمها مبادئ ثلاثة : التلقائية والاجبارية والطبيعة النهائية.

أولاً : الإحالة يجب أن تكون تلقائية .

والتلقائية يقصد بها عدم تمتع لجنة البيع والإيجار بأية سلطة تقديرية من أجل تحديد المتنافس الذي يجب التعاقد معه ، بل سلطة مقيدة تلتزم بموجبها بإحالة المزايدة على ذلك المتنافس الذي تقدم بالسعر الأعلى¹، وهذا هو ما يعرف بآلية الإحالة (الإرساء)² ، وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي بوضوح لهذا المبدأ ، فقضى ببطلان الشروط التي تشير الى تمكين الادارة من اختيار المتنافس دون اعتمادها على عامل السعر حتى ولو كانت الإشارة غير مباشرة³.

وفي مصر فإن الادارة تلتزم بإرساء المزايدة على أفضل المرشحين للتعاقد وهو من يتقدم بأكثر سعر⁴ ، واشترطت المادة (34) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 أن (يكون إرساء المزايدة على مقدم أعلى سعر مستوف للشروط بشرط أن لا يقل عن الثمن أو القيمة الاساسية ، فإذا تم إرساء المزايدة على عطاء غير مستوف للشروط فإن قرار الإرساء يعتبر كأن لم يكن لوروده على غير محل⁵) ، أما في العراق فإن السعر الأعلى هو المقياس الذي يلزم اللجنة بالإحالة إذا ما بلغ القيمة المقدرة للمال أو زاد عليها إلا ما استثنى بنص القانون ، فالسعر معيار اللجنة بأنها لا تحيل المزايدة إلا على صاحب السعر الأعلى شرط أن لا يقل بدل الإحالة عن القيمة التقديرية لبدل البيع او الإيجار.

ثانياً : الإحالة يجب أن تكون إجبارية .

ويقصد بالإجبارية هو عدم قدرة اللجنة المختصة بإحالة المزايدة الامتناع عن إحالتها حتى ولو كان لديها مبرر مشروع لذلك⁶ ، وبهذا المعنى قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن اللجنة يقع عليها واجب الإرساء على العرض الافضل حتى ولو كان هذا العرض قد احتوى على خطأ بين في تقدير السعر من جانب عارضه ، وهي ملزمة بإعلان (تبليغ) سلطة الاعتماد بعدم استحسان نتائج المزايدة في هذه الحالة وأساس تقرير هذا المبدأ هو ضمان انتظام عمليات المزايدة وشفافيتها في مواجهة المتنافسين⁷ ولكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لوجود حالات واقعية تحتم على اللجنة ان لا تتخذ قرارها بالإحالة وتكون سببا في إلغاء المزايدة أو تمديدتها لأجل آخر ، وهذا السبب بطبيعته يؤكد مبدأ الإحالة الإلزامية ولا يبتعد عنه ، ومن بين هذه الحالات :

1- إذا لم يقدم للإدارة الا عرض وحيد.

والعرض الوحيد هو العرض الذي بقي وحيدا بالمنافسة ، إما لأنه لم يقدم غيره لأجل المنافسة من أجل الشراء او الاستئجار ، وأما لأنه أصبح كذلك بعد استبعاد باقي العروض التي تقدمت للمنافسة لعدم استيفائها للشروط⁸ ، وفي مصر مثلاً إذا لم يتقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط فإن

¹ - Vedel-M. Cours de droit administrative , paris, 1953-1954, p1128.

² - د. سليمان الطماوي ، الأس العامة للعقود الادارية ، ط 5 ، ص30.

³ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص502.

⁴ - د. محمود أبو السعود حبيب ، مبادئ القانون الاداري ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2004 ، ص197.

⁵ - فتوى إدارة الفتوى ، بمجلس الدولة المصري رقم 1110 في 2001/7/7 ، سبق الإشارة إليها.

⁶ - Rivero. J et Waline j. Droit administratif, paris, ed 14, p106.

⁷ - Quancard.M, op. cit, p162.

⁸ - د. سليمان الطماوي ، الأس العامة للعقود الادارية ، ط5 ، ص306. د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، ط2 ،

المزايدة وطبقا للمادة (35) من القانون 89 لسنة 1998 يجوز إلغاؤها بقرار من السلطة المختصة وبناء على توصية من لجنة البت ، أما في العراق فإن المزايدة يتم إجراءاتها وإحالتها على صاحب الضم حتى ولو كان عرضه هو الوحيد، طالما إنه استوفى الشروط وبلغ القيمة المقدرة أو زاد عليها ويعد الشرط الذي تضمنته بعض التعليمات بوجوب حضور أكثر من مزاييد شرطاً مخالفاً للقانون يتم إلغاؤه¹ ، وهذا هو الخط الذي رسمه المشرع وأيده القضاء.²

2- إذا كانت العروض المقدمة للإدارة غير ملائمة. وفي هذه الحال فإن سبب امتناع اللجنة عن الإحالة يعد طبيعياً ، لأن العرض الأعلى في المزايدة إذا كان يقل عن القيمة التقديرية أو الثمن الاساسي الذي حددته لجنة تقدير أموال الدولة فإن المزايدة لا تضيف أية فائدة أو ميزة لها ، بل على العكس تساهم في زيادة أعباء الإدارة ومصاريفها³ ، كما تعد العروض غير ملائمة إذا كانت تزيد على القيمة السوقية بكثير ، مما يضيف عليها ضللاً من عدم الجدية ودافعها المضاربة والخدع التجارية ، الأمر الذي يترتب عليه أو يخشى منه التوقف عن تنفيذ العقد فيما لو تمت الإحالة على أحد هذه العروض التي ارتفعت قيمتها ارتفاعاً مبالغاً فيه⁴ ، وحقيقة إن لجان البيع والإيجار في العراق تشخص كثيراً من حالات العروض التي ترتفع كثيراً عن القيمة المقدرة ، وتندرب أن رست عليه المزايدة سوف يصبح عاجزاً عن دفع بدل البيع أو بدل الإيجار ، إلا إنها لا تمتلك سلطة عدم الإحالة على مثل هذه العروض التي انتجت المضاربات طالما أنها تجاوزت القيمة التقديرية.

3- إذا صدر قرار من السلطة المختصة بإلغاء المزايدة قبل أن تثبت بها اللجنة ، أو إذا استغني عنها نهائياً لعدم رغبة الإدارة في البيع أو الإيجار ، أو لإتباع وسيلة أخرى غير المزايدة العلنية لبيع أو إيجار المال ، أو أن يتقرر الإلغاء لمقتضيات المصلحة العامة ، مثل الحاجة التي استجدت لبناء مشروع خدمي على العقار المعلن عن بيعه ، أو حاجة إحدى الإدارات للعقار المعلن عن إيجاره لإشغاله واتخاذ مقر لممارسة أعمالها.

ثالثاً : الإحالة يجب أن تكون نهائية .

المبدأ أنه متى تمت الإحالة ، فيجب أن تكون باتة ولا رجعة فيها ، إذ أن الرجوع عنها قد يؤدي إلى فتح الباب واسعاً أمام المساومات التي تتنافى مع الغاية التي تستهدفها المزايدات العامة وتتناقض مع مبادئها وخاصة مبدأ التلقائية أو (آلية الإرساء) ، ولكن على الرغم من الطبيعة غير الرجعية للإحالة إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أقر استثنائين على تلك الطبيعة وهما :

1- إن الإحالة يمكن أن تكون موقوفة على شرط تقديم بعض الوثائق ، فإن لم تقدم هذه الوثائق ، يمكن للجنة أن تعود عن قرارها.

2- يمكن تصحيح الإرساء ولكن قبل إقفال باب عمليات المزايدة وضمن نفس الجلسة ، أما إذا تم إقفاله ، فإن اللجنة تكون قد استنفذت سلطاتها ، ومن ثم يمتنع إجراء مثل هذا التصحيح.⁵

وفي مصر فإن الفقه يوافق القضاء والتشريع على أن قرار الإرساء هو قرار قطعي تصدره لجنة البت ولا يمكنها الرجوع عنه أو تعديله ، وتصبح يدها مغلولة لا سلطان لها على ما اتخذته من قرار بشأن الإرساء.

¹ - الفقرة (ثانياً) من المادة (14) من تعليمات وزارة الحكم المحلي رقم 7 لسنة 1986 كانت تنص على أنه إذا لم يتقدم أكثر من شخص واحد للاشتراك في المزايدة تمدد ... ثم تجري بعدها الإحالة إذا وصل بدل الضم إلى الحد اللائق ، ولكن هذه الفقرة ألغيت بكتاب ديوان الرئاسة (المنحل) رقم 7195 في 18/2/1987.

² - قررت محكمة استئناف البصرة بأن (... المزايدة يمكن إجراءاتها ولو بمزاييد واحد) بموجب قرارها المرقم 266/ت.ب / 2000 في 27/8/2000 ، غير منشور.

³ - عليه فتح الباب ، مصدر سابق ، ص 210.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية في مصر في الطعن رقم 3531 لسنة 22 ق جلسة 21/4/1987 ، أشار إليه ، د. محمد ماهر ، مصدر سابق ، ك 1 ، ص 666.

⁵ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 506.

أما في العراق فقد ذكرنا بأن لجنة البيع والايجار تنفرد عن غيرها من اللجان المشكلة في القوانين المقارنة بأنها تقرر الإحالة على صاحب العرض الأعلى إحالة أولية وتفسخ حكماً إذا ما وقع الضم على البديل الذي رست عليه ويسقط ذلك العرض ليحل آخر محله أعلى سعراً، وما يترتب من أثر يكون في الإحالة النهائية. إذ تصبح عندها اللجنة غريبة عن قرارها ليس لها سحبه أو إلغائه .
والحقيقة إذا كانت عملية الإحالة من أهم مراحل المزايدة العامة ، فإن اللجنة تهىء من خلال هذه العملية مقتضيات النزاهة الادارية والتجرد والوضوح ، وهذا لا يتحقق الا إذا أحيطت الإحالة (الإرساء) بجملة من الضمانات أهمها :
أ- العلانية.

ب- يجب ان تجري عمليات المزايدة في نطاق علني ، وفي المكان والزمان المحددين لها ، فالجلسات التي تفتح فيها العروض وقراءتها وترتيبها ومن ثم الإحالة على أعلى سعر بعده العرض الافضل يجب ان تتم بحضور المعنيين بالمزايدة ، بل يمكن ان تكون بحضور العامة من غير المتنافسين وتعد العلنية من قبيل الشكليات الجوهرية التي يجب مراعاتها، إذ إن إهمالها يترتب البطالان¹، كما إنها ضمان لنزاهة عملية البت في المزايدة وعدم التلاعب فيها².
ب- تدوين نتائج الإحالة وكافة المسائل المتعلقة بها.

يعد محضر المزايدة الوثيقة التي تدون فيها التصرفات القانونية والاعمال المادية كافة من لجنة البيع والايجار ومنذ بداية عملية المزايدة وحتى نهايتها، وقد أوجبت التشريعات المختلفة إعداد هذا المحضر ، فالمادة (123) من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 نصت على أن تتولى لجنة البيع أو التأجير أو الترخيص تحرير محضر بإجراءاتها تبين فيه قيمة التأمينات المؤقتة ، وما تم رده وما تم مصادره ، ويتم توقيعه من رئيس وأعضاء اللجنة وترفعه الى سلطة الاعتماد. وفي العراق فإنه على الرغم من غياب النص الذي يلزم اللجنة بإعداد محضر، إلا إنها تنظم أعمالها في جلسة المزايدة في ضوء (قائمة المزايدة) وهو نموذج أعدته وزارة المالية وتستخدمه جميع الإدارات ويثبت فيها مراحل اجراء المزايدة وصاحب الضم والاسعار ومعلومات اخرى ضرورية لتثبيت تصرفاتها القانونية وأعمالها المادية ، وتوقع هذه القائمة من رئيس اللجنة وعضوينا وسكرتيرها وصاحب الضم الاخير والمزايد الذي سبقه بما يفيد أنه قد كف يده عن الاستمرار في تقديم عرضه ، وتكتسب هذه القائمة أهمية خاصة كونها تعد الدليل الرسمي الذي يثبت قبول المزايد لشراء المال او استئجاره وأخذ البديل الذي عرضه ، وإذا ما جاءت القائمة خالية من توقيع من رست عليه المزايدة فلا يجوز الركون الى الشهادة لإثبات هذه الجهة ، لأن رسو المزايدة لا يثبت بالبيئة الشخصية كما لا يثبت بالقرائن ما لم تعزز بدليل معتبر³ ، كما يعد قرار اللجنة غير صحيح ومخالفا للقانون اذا لم يكن موقعا من رئيسها وبقية الاعضاء ، واذا لم يبين كيفية صدوره بالاتفاق او بأكثرية الآراء ، وفي حال صدوره بالأكثرية فعلى العضو المخالف ان يدون رأيه واسباب مخالفته⁴ ، ولكن المزايد لو اشترك في المزايدة التي رست عليه ووقع قائمتها ، فإن الإحالة تعد سليمة ويكون العقد مستوفيا لشروطه⁵.
وفي كل الاحوال فإن اللجنة بعد انتهاء المزايدة تعد محضرا بإجراءات المزايدة والقرارات التي اتخذتها وتشير فيه للإعلان المنشور وبيان عدد وتاريخ الصحيفة اليومية مع التركيز على قرارها بإحالة المزايدة او تمديدتها ثم توقعه من رئيس وأعضاء اللجنة وسكرتيرها ، وترفعه الى سلطة التصديق.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لقرار الإحالة

¹ - Quancard. M, op. cit, p 173.

² - د. جابر نصار جاد ، المناقصات العامة ، ط2 ، ص158.

³ - محكمة التمييز في العراق - قرار رقم 631 / م / 1 / 989 في 1990/4/18، غير منشور.

⁴ - محكمة التمييز في العراق - قرار رقم 1338 / م / 2 / 2000 في 2000/6/17، غير منشور.

⁵ - محكمة التمييز في العراق - قرار رقم 648 / م / 1 / 90 في 1991/5/14 ، أشار إليه (إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، مصدر سابق ، ص71).

أولاً : التكيف القانوني لقرار الإحالة .

نقول ابتداءً أنه لا بد من التمييز بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد وتهيئ لإبرام هذا العقد ، لأنه وبغض النظر فيما إذا كان العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته ، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد المدني أو الإداري وتنفصل عنه ، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا ، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء معقوداً للقضاء الإداري دون غيره.¹

والسؤال الذي يثار في هذا البحث ، هل يعد قرار الإحالة قراراً إدارياً ؟

وهل يمكن فصله عن عملية التعاقد التي تتم بطريق المزايدة العامة ؟

إن الإجابة تقتضي إيضاحاً لمعنى القرار الإداري أولاً وما يقصد بالقرارات الإدارية المنفصلة ثانياً.

1- القرار الإداري في جوهره وفي تعريفه البسيط هو عبارة عن تصرف قانوني يصدر عن الإدارة بمفردها ويترتب عليه أثراً قانونياً ، ولكن هذا التعريف لا يكون دقيقاً وهو غير جامع ولا مانع ويحتاج إلى مزيد من التحديد والتوضيح حتى لا يدخل في القرارات الإدارية ما ليس منها أو يخرج منها ما يدخل فيها بحسب الأصل ، والفقه يعرف القرار على أنه (تصرف قانوني من جانب واحد يصدر عن شخص عام في نشاط إداري) ومضمون هذا التعريف نجده عند غالبية الفقه الإداري في مصر والعراق.²

ويعرفه القضاء الإداري المصري بأنه : (إفصاح جهة الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة)³ ، ويترتب على صدور القرار الإداري أثر قانوني معين قد يتمثل في إنشاء مركز قانوني جديد لم يكن موجوداً من قبل ، أو التأثير على المراكز القانونية الموجودة بالفعل سواء ظهر هذا التأثير في شكل أحداث تغيير أو تعديل في هذه المراكز أو ظهر في شكل إلغاء كلي لها.

فالقرار الإداري وفقاً لهذا العرض الموجز في جوهره هو تعبير – إيجابي أو سلبي بالفعل أو بالامتناع ، صراحة أو ضمناً أو حكماً. من جانب الإدارة بمفردها عن إرادتها بما لها من سلطة ملزمة ووفقاً للقوانين واللوائح لأحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو بالتأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير والتعديل أو بالإلغاء.⁴

وحتى يكتمل تحديد مفهوم القرار الإداري ، ويكون سليماً وصحيحاً من الناحية القانونية ويكون صالحاً لإنتاج آثاره القانونية ، يتعين أن يكون مكتمل الأركان وتتوافر فيه شروط الصحة والسلامة القانونية ، ويكاد الفقه أن يجمع على أن أركان القرار الإداري خمسة : الاختصاص ، الشكل ، المحل ،

¹ - سمير صادق ، مصدر سابق ، ص 84.

² - ينظر على سبيل المثال إلى ، د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط 3 ، 1976 ، د محمود محمد حافظ ، القرار الإداري – دراسة مقارنة - ، ج 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975

ص 1 وما بعدها . د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2000 ، ص 7 وما بعدها. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2000 ، ص 7 وما بعدها . غسان حسن داود ، إلغاء القرار الإداري ، لعدم المشروعية ، مجلة العدالة ، بغداد ، ع 1 ، 1991 ، ص 143 ، ليث حسن علي ، في التعريف بالقرار الإداري وبيان أركانه ، مجلة القضاء ، بغداد ، ع 4 لسنة 1987 ، ص 114 وما بعدها. عبد الحميد مهدي ، أثر تغيير الوقائع في مشروعية القرار الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1997 ، ص 10 وما بعدها.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن 6103 لسنة 45 ق. ع جلسة 2001/12/8. مذكور في (مجلة المحاماة المصرية ، القاهرة ، عدد 2003/3 ، ص 314).

⁴ - د. جورج شفيق ساري ، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 20.

السبب ، والغاية ¹ ، ولا يقوم القرار اذا تخلف ركن منها ، فغياب إحداها يعدم وجود القرار وينفي عنه هذا الوصف ولا ينطبق عليه التعريف الذي أشرنا إليه سابقا ، بل إن توافر هذه الأركان لا تكفي لوحدها وإنما يقتضي ان تكون جميعا صحيحة من الناحية الواقعية والقانونية وأن يتوافر فيها الشروط والوصاف التي يتطلبها القانون لصحتها وسلامتها ، وبناءً على ما ذكر يجب ان يكون للقرار الإداري :

أ- سبب - وهو مجموعة الوقائع المادية او القانونية التي تدفع الادارة لإتخاذ القرار الإداري ² ، ويشترط فيه أن يكون سببا موجودا في الواقع من الناحية المادية ، وان يكون صحيحا من الناحية القانونية ، وأن ينطبق عليه الوصف القانوني المحدد له في القانون.

ب- محل - وهو موضوع القرار الإداري او مضمونه ، أي الأثر القانوني الذي يراد ترتيبه ، ولا بد من أن يكون هذا المحل جائزا من الناحية القانونية وممكنا من الناحية المادية ، بحيث يصبح تنفيذه ممكنا من الناحية الواقعية.

ج- غاية - وهو سعي القرار لتحقيق هدفين أولهما المصلحة العامة وثانيهما الهدف الذي خصصه المشرع لأصدار هذا القرار ، فإذا حاد مصدر القرار عن أي منهما غدا قراره باطلا كونه مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة ³.

د- أن يصدر القرار الإداري عن سلطة إدارية ذات اختصاص في اتخاذه بموجب القانون ، بمعنى أن تكون الجهة الادارية ذا أهلية قانونية لإتخاذ القرار ⁴ ، فالاختصاص هو مجموعة الصلاحيات او المهمات لعضو او جهة تملك صفة عامة ⁵.

هـ- أن يصدر القرار وفق الاجراءات التي يحددها القانون اذا ما حدد اجراءات معينة لصدوره ، بمعنى مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون.

2- وهذه القرارات الادارية التي تتخذها الادارة بإرادتها المنفردة ، يمكن أن تتخذها وهي بصدد إبرام عقودها مع الغير في إطار عملية مركبة يمكن فصلها عن هذه العملية - على اساس ان العملية المركبة هي سلسلة متصلة الحلقات تمثل القرارات التمهيدية او المساعدة او المعاونة التي تؤدي الى القرار النهائي لإبرام تلك العقود وهذه القرارات بعضها يمكن فصله عن تلك العملية بوصفها قرارات إدارية مكتملة الأركان يطلق عليها القرارات القابلة للإنفصال ⁶.

ولأن مجلس الدولة الفرنسي كان ولا زال مبتكرا للغالبية العظمى إن لم يكن لكل أفكار ونظريات القانون الإداري ، فإن نظرية القرارات المنفصلة لم تكن بعيدة عن ذلك الابتكار والإبداع الذي ميز المجلس في عمله.

ولعل من أهم الاسباب الداعية لهذا الابتكار :

أ- حتى يتمكن المجلس من بسط رقابته على بعض التصرفات التي تجريها الادارة (أي قراراتها الادارية) داخل عملية قانونية مركبة دون انتظار لإكتمال او انتهاء العملية ذاتها والطعن فيها كلها ، لأن مثل هذا الانتظار كان يترتب عليه بعض الآثار القانونية السلبية كتأخر الفصل في

¹ - يرى بعض الفقه أن أركان القرار الإداري أربعة ، الإرادة ، المحل ، السبب والغاية ، وان جوهر القرار الإرادة المنفردة للادارة ، وهذه الإرادة لا يحفل بها اذا لم تصدر من موظف او هيئة مختصة على وفق الشكليات التي يحددها القانون ، وبالتالي يمكن ان يعد الاختصاص والشكل كشرطين لصحة الإرادة لتعلقهما بها وبدونهما يصبح الكلام لغواً ، انظر : د. سامي جمال الدين ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص128. د. غازي فيصل مهدي ، أوجه الطعن بالإلغاء ، مصدر سابق ، ص185.

² - د. خالد الزعبي ، ركن السبب في القرار الإداري ، مجلة أبحاث اليرموك ، أربد ، الاردن ، مجلد 14 / ع 1 / 1998 ، ص124.

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، إلغاء القرار الإداري لحياذه عن الهدف المخصص لإصداره - دراسة مقارنة ، مجلة المحاماة ، ع 1 / القاهرة ، 2001 ، ص597.

⁴ - د. شاب توما منصور ، السلطة الادارية المختصة بإتخاذ القرار الإداري ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، مجلد 2 ، ع 1 / 1978 ، ص8.

⁵ - د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، مجلد 10 ، ع 1 / 1994 ، ص85.

⁶ - د. محمد أبو العينين ، ك1 ، مصدر سابق ، ص121.

بعض القرارات ، وبطء إقامة العدالة ، مما يكون سببا في ضياع حقوق البعض دون مبرر او سند قانوني او منطقي.¹

ب- رغبة مجلس الدولة في بسط رقابته على القرارات الادارية التي تتخذ داخل عملية مركبة قد يدخل الطعن فيها في اختصاص جهة قضائية اخرى ، او حتى قد لا يجوز الطعن فيها أصلا مثل أعمال السيادة.²

وإذا كانت العملية المركبة تضم بين طياتها قرارات عدة منها ما هو قرار منفصل وآخر غير قابل للإنفصال ، فما هو معيار التمييز بين النوعين من هذه القرارات ؟

الرأي الراجح فقها وقضاء يرى بأن معيار التمييز بينهما هو معيار مركب من شقين : أولهما - يتمثل في مدى صلاحية القرار في حد ذاته وبصرف النظر عن باقي العملية التي يدخل في تكوينها لترتيب آثار قانونية معينة.

ثانيهما - يتمثل في فصل القرار عن العملية ذاتها من حيث قيامها وبنائها وتماسك اجزائها وكما لاجراءاتها.

فإذا كان القرار صالحا في حد ذاته لترتيب آثار قانونية معينة بمفرده ، وأنه قابل للفصل دون أن يؤدي الى التأثير على أجزاء أخرى من العملية ولا يعوق إتمام باقي اجراءاتها ومراحلها ، حينذاك يكون القرار قابلا للإنفصال ، ولكن لو حصل العكس بحيث لم يكن القرار قادرا على أن يرتب آثاره بنفسه ، وإنما يتبع او يرتبط في ذلك بأجزاء أخرى ، وإن فصله يؤثر على أجزاء من العملية ، عندها يكون ذلك القرار غير قابل للإنفصال.³

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال إن مجلس الدولة الفرنسي كان في بداية الامر لا يقبل فصل القرارات الخاصة بالمزايدات والطعن عليها استقلالا أمام قاضي الإلغاء ، وذلك على أساس أن القوانين واللوائح المنظمة للمزايدات قد وضعت لصالح الادارة وليس لمصلحة المتعاملين معها ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج بها في دعوى يوجهها غير الادارة ضد قرار خاص بمزايدة⁴ ، لكن المجلس عدل عن هذا الرأي وعد القواعد التي وضعت هي للصالح العام وليس لمصلحة الادارة ، وبالتالي فإن كل ذي مصلحة يستطيع الطعن بالإلغاء على قرارات المزايدة إذا ما خالفت القوانين واللوائح الصادرة بهذا الشأن وهو ذات الاتجاه الذي أخذ به مجلس الدولة في مصر.⁵

وبناء على ما ذكر فالقرارات القابلة للإنفصال هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل لهذه الكلمة ، أي ينطبق عليها تعريف القرارات الادارية ، فهي تعبير من جانب الادارة بمفردها بما لها من سلطة ملزمة وفقا للقوانين واللوائح لأحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني⁶ جديد او بالتأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير والتعديل او حتى الإلغاء كلية ، وهي تصرف قانوني صادر من إحدى السلطات او الادارات او الهيئات بصفتها الادارية في موضوع إداري بطبيعته.

¹ - د. جورج شفيق ساري ، مصدر سابق ، ص46.

² - د. محمد أبو العينين ، مصدر سابق ، ص121.

³ - ويشير البعض الى وجود معيار شكلي وآخر موضوعي والأخير خاضع تقديره لقاضي الموضوع ، أنظر : (حبيب إبراهيم الدليمي ، مصدر سابق ، ص30 وما بعدها).

⁴ - د. محمد السناري ، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الادارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 ، ص44.

⁵ - د. محمد عبد العال السناري ، مبادئ وأحكام العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص76.

⁶ - المركز القانوني ، يعرفه جانبا من الفقه بأنه الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون ، أو أنه مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن ان يتمتع بها شخص معين استنادا الى القانون ، والمراكز القانونية أما ان تكون عامة وهي تلك التي يكون مضمونها واحدا بالنسبة لجميع الافراد الذين يشغلونها نظرا لتحديد هذا المضمون عن طريق قواعد = عامة مجردة ، وإما مراكز قانونية خاصة ، وهي التي يتحدد مضمونها بصدد كل حالة او كل فرد على حدة ، وتبعاً لذلك يختلف هذا المضمون من فرد الى آخر ومن حالة الى أخرى ، بمعنى إن هذه المراكز تختلف باختلاف شاغلها من الافراد ، أنظر : د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص154 و155 ، معمر مهدي صالح ، مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 ، ص29 وما بعدها.

وسبق لنا القول هذه القرارات محلها العمليات المركبة التي تمر بمراحل عدة وتتكون من كثير من الخطوات وتتضمن العديد من الاجراءات وتحتوي على اعمال متنوعة وتباين في طبيعتها وتتخذ خلالها قرارات فرعية وتصدر أثناءها قرارات مرحلية قبل صدور القرار النهائي فيها ، بعكس العمليات البسيطة غير المركبة متعددة ومتنوعة ، منها العمليات الانتخابية ، الضريبية ، المتعلقة بالوظيفة العامة ، المتعلقة بمرفق القضاء .. وما يهمننا في هذا البحث تلك المتعلقة بعقود الادارة ، وتحديد العقود الادارية المبرمة بطريق المزايدات العامة إذ تمر بعدة مراحل وخطوات ، وفيها تتخذ الكثير من القرارات منها ما يسبق مرحلة إبرام العقد ، ومنها ما يرتبط بإجراءات إبرام العقد ذاته ، ومنها ما هو معاصر لإبرامه.

وما دمننا في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ، فإن في هذه المرحلة تصدر كثيرا من القرارات مثل قرار الاذن بالتعاقد ، وقرارات الحرمان والاستبعاد والاعلان وقرار الإحالة او الإرساء. ومجلس الدولة الفرنسي وفي الحكم الذي أصدره عام 1903 ، طبق فكرة القرارات القابلة للإنفصال وقبل الطعن على أفراد في بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد استقلالا عن العملية ذاتها وحتى دون انتظار صدور القرار النهائي فيها ، وقبل الطعن من أطراف العقد أو من الغير ، واشترط ان يؤسس هذا الطعن في هذه القرارات على أسباب تتعلق بالمشروعية¹ ، وليس على أساس الإخلال ببند العقد ، إلا أن المجلس وفي تطور ملفت للنظر وفي حكم حديث له صدر بتاريخ 1996/10/30 قبل طعن الغير بالإلغاء لتجاوز السلطة في شروط العقد ذاته ، بل وفي الشروط المالية نفسها ، التي تعد من أخص البنود التعاقدية التي من المفروض ان تقتصر على الطرفين فقط² والفقه يكاد أن يجمع على أن قرار لجنة البيع والإيجار (البت) هو قرار إداري له كافة مقوماته ، ولكن آثاره القانونية لا تترتب الا بعد تصديقه من السلطة المختصة³ أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عد القرارات التي تصدرها الادارة في المرحلة الممهدة للتعاقد قرارات إدارية منفصلة وقبل الطعن فيها بالإلغاء ، ومن بين تلك القرارات ، قرار الاذن او التصريح

¹ - د. جورج شفيق ساري ، مصدر سابق ، ص 87.

² - هذا الحكم يتعلق بطعن بعض المستعملين لمرفق عام وهو أحد الطرق السريعة التي تكون القيادة عليها بمقابل مالي والذي يدار بطريق عقد الامتياز ، وطعن هذا البعض في الشروط المالية المتفق عليها بين الادارة والملتزم ، وقد قبل مجلس الدولة الطعن وقضى بإلغاء هذا الشرط ، أنظر (د. جورج شفيق ساري ، المصدر أعلاه ، ص 169).

³ - أنظر الى : د. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري المصري والمقارن ، دار الفكر الجامعي ، ط 1956 ، ص 458

ط 7 ، 1965 ، ص 1003. د. سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، 1999 ، ص 306 ، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 133. د. عبد الله الحراري ، أصول القانون الاداري الليبي ، ج 2 ، منشورات جامعة ناصر ، 1992 ، ص 229 ،

د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الاداري ، 1995 ، ص 322. د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، دار النهضة

= العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص 221. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، ط 3 ، مطبعة المعارف ، 1966 ، ص 46. د. إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص 111 . د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة - دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 1999 ، ص 133. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة ، مصدر سابق ، ص 134 ، فيما يرى بعض الفقه بأن القرار الخاضع للتصديق عليه وإن كان قراراً كاننا يحقق عناصر وجوده ، غير إن عنصر ترتيب الاثر القانوني لم يكتمل تحققه إذ أنه قد علق هذا التمام على صدور قرار التصديق فإتجاه الارادة الى إحداث أثر قانوني شيء وحدوثه وتفعيله في أرض الواقع بأن يمس المراكز القانونية للأفراد بالفعل شيء آخر - وحسب هذا الرأي - فإذا قيل في مواجهة هذا إن

جواز الطعن في القرار الخاضع للتصديق قبل صدور هذا الأخير يفوت مواعيد الطعن على صاحب الشأن إن جاء قرار التصديق بالموافقة ، فهذا مردود بأن قرار التصديق له ميعاد للطعن عليه منذ صدوره ومن ثم فالفرصة أمام صاحب الشأن في أن يطعن على قرار التصديق والذي سيقع الحكم ببطالته مراده في بطلان القرار الاصلي الخاضع للتصديق ، ولهذا فهو لا يقر مبدأ جواز الطعن بالإلغاء على قرار الجهة الخاضعة للصوابية قبل صدور قرار سلطة الوصاية ، أنظر : د. علاء عبد المتعال ، مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 104.

بالتعاقد وقرار الاستبعاد من عملية بيع ، أما بالنسبة لقرار الإرساء (الإحالة) فقد استقرت أحكامه على عدم جواز الطعن به بداءة ، وإنما يتعين أن يكون الطعن موجهًا ضد القرار الخاص باعتماد المزايدة¹. وفي مصر فإن مجلس الدولة كان واضحًا في أحكامه إذ عد قرار الإرساء قرارًا إداريًا منفصلاً عن عملية إجراء المزايدة وقبل الطعن فيه بالإلغاء ، فمحكمة القضاء الإداري وفي حكم لها صدر بتاريخ 1947/11/25 عدت القرار الصادر بإرساء المزاد عن قطعة أرض مملوكة للدولة قرارًا إداريًا قبلت الطعن فيه بالإلغاء² ، وأوضحت المحكمة الإدارية العليا بأن (لجنة البت في المزايدة إنما تختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات لتعيين أفضل المزايدين وفقًا لما رسمه القانون ، وذلك حتى يتسنى للسلطة الإدارية المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصها في هذا الشأن ، وليس من شك بأن قرار لجنة البت بإرساء .. المزايدة إنما هو في طبيعته على ما سلف البيان قرار إداري نهائي إذ يجتمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادرًا من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقًا لمصلحة عامة ، وليس أبلغ في الدلالة على صدق هذا النظر من أن جهة التعاقد إنما تلتزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع .. المزايد الذي عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل به غيره)³.

وقد أكدت هذه المحكمة طبيعة قرار اللجنة في أكثر من حكم صدر عنها ومن بين تلك الأحكام ذلك الصادر في جلسة 995/6/13 إذ جاء فيه (.. إن قرار لجنة البت حسبما جرى قضاء هذه المحكمة إنما هو في طبيعته قرار إداري نهائي يجتمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادرًا من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة ..)⁴ وفي الأردن فقد عدت محكمة العدل العليا قرار رسو المزايدة قرارًا إداريًا ، في حكمها الصادر برقم 180 لسنة 1995 أشارت فيه إلى (.. إن إعلان المحافظ عن بيع الأموال .. أو تمديد المزايدة هو من الإجراءات التمهيدية التحضيرية التي يقصد من ورائها أن تكون سندا لإصدار قرار إداري معين وهو الدخول على المزايدة ورسو المزاد وهو القرار الإداري النهائي التنفيذي الذي يجوز الطعن به بدعوى الإلغاء ، وإن مجرد الإعلان عن المزايدة أو تمديد المزايدة ليس قرارًا إداريًا تنفيذيًا ولا يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا)⁵ ، والملاحظ على هذا الحكم : 1- أنه لم يعد الإعلان قرارًا إداريًا ، على خلاف ما استقر عليه القضاء الإداري والدستوري في مصر⁶.

2- أنه عد تمديد المزايدة عملاً تحضيرياً ومسانداً. ونرى بأن قرار التمديد هو قرار إداري تتخذه لجنة البيع في حال عدم تقدم راغب للشراء أو الاستئجار أو عدم بلوغ العرض القيمة التقديرية ، وبهذا القرار تنتهي المزايدة دون أن تتمكن اللجنة من تعديله أو الرجوع عنه. أما القضاء الإداري في العراق فإنه قد عد قرار الإحالة الصادر عن لجنة البيع والإيجار قرارًا إداريًا قابلاً للإفصال ، وقبل الطعن به بشكل مستقل أحياناً وضمن دعوى إلغاء قرار الإحالة القطعية (اعتماد المزايدة) أحياناً أخرى ، ففي قرار للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة برقم 13/ إداري - تمييز 90/ في

1990/9/2 عد إجراءات المزايدة التي تمت لتأجير أرضاً زراعية في غير المكان المقرر لها قانوناً وخارج الوحدة الإدارية التي يقع فيها المأجور إجراءات باطلة وإن القرار الذي اتخذته محكمة القضاء

¹ - عبد المطلب الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة ، مصدر سابق ، ص131.

² - حكمها في الطعن رقم 1143 ، السنة الأولى قضائية ، ذكره ، جورج ساري ، مصدر سابق ، ص130.

³ - طعن رقم 456 لسنة 17 ق جلسة 1975/4/5 ، أشار إليه ، أحمد منصور ، مصدر سابق ، ص359.

⁴ - طعن رقم 1773 لسنة 33 ق ، وكذلك حكمها في الطعن 1916 لسنة 36 ق. ع جلسة 1993/4/13 أشار إليهما ، حسن الفكاهاني ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج49 ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1999 ، ص147. وحكمها في جلسة 994/1/4 طعن رقم 1668 لسنة 33 ق. ع أشار إليه د. محمد أبو العينين ، ك4 ، مصدر سابق ، ص440.

⁵ - د. نعمان أحمد الخطيب ، مصدر سابق ، ص562.

⁶ - أنظر ص من الرسالة.

الاداري بإلغاء قرار الإحالة الصادر من فرع زراعة واسط صحيحا يستوجب التصديق.¹ كما قررت محكمة القضاء الاداري النظر في الإرساء ليس بشكل مستقل وإنما عند نظرها قرار الاعتماد المطعون فيه ، اذ جاء في قرار لها صدر بتاريخ 990/11/28 .. ولما كان القانون رقم 32 لسنة 1986 ... لم يحدد جهة للطعن في القرارات المتخذة بهذا الشأن فتكون هذه المحكمة بما لها من صلاحية بموجب أحكام الفقرة (د ثانيا من المادة 7) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل بالقانون رقم 106 لسنة 1989 أن تتصدى لقرار الإحالة القطعية والتعليمات وفق ما نص عليه البند 3 من الفقرة هـ من البند ثانيا من المادة 7 من القانون المذكور وبالتالي فإن لهذه المحكمة التصدي لبطالان اجراءات المزايدة لمخالفتها لأحكام القانون والتعليمات ، عليه قرر إلغاء قرار الإحالة وإلغاء قرار وزير الزراعة والري بالمصادقة على قرار الإحالة وإعادة اجراءات الاعلان² .

وبناء على ما ذكر - نجد أن قرار الإحالة النهائية الذي مضت عليه مدة الضم دون وقوعه او الذي صدر في المزايدة التي جرت نتيجة الضم ، هو قرار إداري يخضع للطعن أمام محكمة القضاء الاداري بوصفه قرارا قابلا للإنفصال عن عملية عقد البيع او الايجار بوصفها عملية مركبة ، وهو عمل منتج ومولد لآثاره القانونية الا ان تلك الآثار موقوفة على تحقق شرط تصديقه من السلطة المختصة.

ثانيا : الآثار القانونية لقرار الإحالة .

ان صدور قرار احالة المزايدة وترسيته على المزايد الاخير يرتب نتائج مهمة يمكن اجمالها بما يلي :

1- إن قرار الإحالة (الإرساء) لا يؤدي في حد ذاته الى إبرام عقد البيع او الايجار ، وإنما يمهّد له ، فالإبرام لا يتم الا بعد صدور قرار الإحالة القطعية بتصديق نتائج المزايدة ، فإحالة المزايدة ليس هو الخطوة الاخيرة في التعاقد وإنما هو إجراء تمهيدي ، وعملية التعاقد فهي خطوة أخرى لاحقة تختص بها هيئة أخرى³ ، وبناء عليه فلا يمكن ان نعد قرار لجنة البيع والايجار بإحالة المزايدة بمثابة القبول الذي يؤدي الى إتمام العقد حتما مع المزايد الذي اختارته اللجنة ، إذ إن هذه المرحلة النهائية كما تقول محكمة القضاء الاداري في مصر تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المزايدة من الجهة الادارية المختصة ، وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها إصدار القبول تأسيسا على أن القبول الذي يعتد به هو الصادر ممن يملك التعاقد ، على أنه إذا جاز اندماج لجنة البت في نطاق اجراءات القبول فهو لا يعدو ان يكون قبولا مؤقتا ، او هو قبول معلق على اعتماد من الجهة المختصة بإبرام العقد ، فإذا اعتمدته ورأت إبرام العقد أصبح القبول نهائيا ، والقول بغير ذلك وبأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول في العقود ، قولا لا يتفق مع نصوص القانون وغرض الشارع فيما استهدفته من تنظيم اداري لإجراءات التعاقد ، كما أنه يؤدي الى تعطيل حق جهة الادارة في إلغاء المزايدة إذا قامت دواعي هذا الإلغاء وأسبابه ، اذ يحتج عليها بأن الإلغاء يعد فسخا للعقد الذي تم وهو أمر لا يمكن التسليم به ويتعارض مع حكم القانون.⁴

2- إن قرار الإحالة يؤدي الى أن يتحول مركز المزايد الأخير الذي رست عليه المزايدة من مركز المتنافس الى مركز المرشح للتعاقد ، إذ أن إيجابه لاقى قبولا من الادارة ولكنه قبولا مؤقتا معلقا على شرط واقف هو اعتماد او تصديق قرار الإحالة من سلطة الاعتماد ، وإذا لم يتحقق هذا الشرط ورفض الوزير او من يخوله التصديق على قرار الإحالة ، فتكون اللجنة قد استنفذت ولايتها وانتهى حكم العطاء ولم يعد قائما ، كما إن قرار اللجنة كونه خاضعا للتصديق لا يعد

¹ - عبد المطلب الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة ، مصدر سابق ، ص202.

² - قرار رقم 121 / ق . أ / 1990 ، اشار اليه خالد عبد الغني عزوز ، مصدر سابق ، ص123.

³ - د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، ط 1991 ، ص303.

⁴ - حكمها الصادر في 1957/1/27 أشار إليه ، د. خميس سيد اسماعيل ، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات ، ط1 ، القاهرة ، 1994 ، ص49.

تنظيماً لطريق التظلم منه ، إذ أن هذا التصديق هو شرط لازم لنفاذ القرار ويتم بحكم القانون.¹

3- إن صدور قرار الإحالة يلزم المزايد الأخير الراسي عليه المزايد بالبقاء على إيجابه حتى ينقصد العقد أو ينتهي الميعاد المحدد في قائمة شروط المزايدة لإنهاء مدة التزامه بالعطاء ، إذا كانت المزايدة بالمظاريف المغلقة² ، فالمتعاقد المؤقت لا يتغير مركزه القانوني ، أما بقية المتنافسين فإنهم يتحللون من إيجابهم على أن يبقى إيجاب المزايد ما قبل الأخير إذا وافق طلب الإدارة بذلك ، والا فإن له الحق في سحب تأميناته إذاً بتحلله من إيجابه ، على أن يعلم الإدارة تحريرياً بعدم الرغبة في الشراء أو الاستئجار فيما لو تم عرض المال عليه بالسعر الذي عرضه في حال نكول المزايد الأخير وعدوله عن قبول قرار الإحالة.

4- إن إحالة المزايدة على صاحب الضم الأخير وترشيحه من قبل اللجنة للتعاقّد لا يلزم الإدارة بأن تتعاقد معه ، ولكن الإدارة تلتزم بأن لا تتعاقد إلا مع من يرسو عليه المزايد وفقاً لمبدأ التلقائية أو ما يعرف بمبدأ (آلية المزايد)، ومقابل هذا المبدأ فقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري والقضاء الإداري في العراق على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد ورفض تصديق قرار الإحالة إذا رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول ، حتى لا تجبر الإدارة على التعاقد مع شخص لا تريده.³

إن عملية المزايدة كما بينا سلفاً تتم في مرحلتين ، الأولى مرحلة الأعمال التمهيدية وفيها يتم وضع شروط المزايدة والاعلان عنها وفق تلك الشروط ويتقدم الراغبون بعروضهم ومن ثم إحالة المزايدة على أفضل تلك العروض وأعلىها سعراً من قبل السلطة المختصة بالإحالة وهي لجنة البيع والإيجار ، والثانية هي مرحلة إبرام العقد إذ يتم فيها تصديق نتائج المزايدة من قبل سلطة التصديق ، وإذ بينا في هذا الفصل حدود سلطة الإدارة التقديرية في المرحلة الأولى ، فإن الفصل الثاني سوف يكون محطة للبحث في حدود سلطة الإدارة التقديرية في المرحلة الثانية وهي مرحلة إبرام العقد .

¹ - موسى شحادة ، إبرام عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة - مجلة أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك ، إربد ، مجلد 15 ، ع 3 ، 999 ، ص 81.

² - د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، 1991 ، ص 306.

³ - د. سليمان الطماوي ، المصدر أعلاه ، ص 304.

الفصل الثاني

حدود سلطة الإدارة التقديرية في مرحلة إبرام العقد

إن اختيار لجنة البيع والإيجار لأحد المزايدين صاحب السعر الأعلى وإحالة المزايدة بعهدته لا يعد المرحلة الأخيرة للتعاقد ، بل لا يعدو أن يكون إجراء تمهيدياً يتلخص في تقرير أحسن العروض مالياً ، فلا يعد قرار الإحالة قبولاً صادف إيجاباً من الطرف الآخر يؤدي إلى إتمام العقد بالضرورة مع من وقع عليه الاختيار ، إذ لابد من إجراء لاحق يتمثل في تصديق السلطة المختصة التي تملك دون غيرها إبرام عقد البيع أو الإيجار نهائياً ، ويعد قرارها في هذا الشأن هو القبول النهائي للعقد ، ولكن مبدأ تلقائية الإحالة (آلية الإرساء) في المزايدات العامة قد يؤدي إلى اختيار أحد المزايدين ، تكشف الظروف فيما بعد عدم أهليته ، أو يتضح للإدارة أنها لم تعد بحاجة للمزايدة وفقاً لمقتضيات ملائمت المرفق الذي تقوم على النهوض بعبئه وتسييره ، وهذا يقتضي إبقاء حق اعتراض للإدارة على مجمل العملية التعاقدية حتى آخر لحظة فيها ، وبالتالي إبقاء الباب مفتوحاً أمام سلطتها التقديرية لتعديل الأوضاع التي قد تكون في غير صالح المرفق ، كما إن المزايد الراسي عليه المزايد إذا ما قدر أن البديل الذي عرضه مرتفع يعجز عن تأديته أو أن ظروفه أخرى تحول دون قبوله قرار التصديق فيعدل هو الآخر عن التعاقد وينكل عن تسديد ما ترتب بذمته من حقوق الإدارة .

وبناء على ما ذكر سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول مرحلة الإحالة القطعية وفي الثاني موضوع إلغاء المزايدة ونكول المزايد الأخير .

المبحث الأول

مرحلة الإحالة القطعية

ونبين في هذا المبحث قرار الإحالة القطعية وطبيعته التقديرية في مطلبين على أن نوضح في المطلب الثالث أثر تبليغ القرار إلى من رست عليه المزايدة في انعقاد العقد

المطلب الأول

قرار الإحالة القطعية والسلطة المختصة باتخاذ

ونحدد فيه مفهوم قرار الإحالة القطعية ثم نوضح السلطة المختصة باتخاذ هذا القرار ضمن الفرعين التاليين : -

الفرع الأول

قرار الإحالة القطعية

قرار الإحالة القطعية هو الذي يكون محله تصديق قرار إحالة المزايدة بعهدة صاحب الضم الأخير - صاحب أعلى سعر - الصادر من الجهة المختصة قانونا باتخاذها. ويطلق على عملية تدخل تلك السلطة المختصة بتصديق نتائج الإرساء (الإحالة) تسمية الاعتماد ويعد هذا الاجراء آخر إجراءات المزايدة العامة وأكثرها أهمية من الناحية القانونية لأنه بمثابة القبول في العقد¹ ، بل يعد قرارها في هذا الشأن هو القبول النهائي للعقد² ، والجدير بالملاحظة ان مفهوم تصديق المزايدة يختلف عن اعتماد العقد او تصديقه من السلطة الوصائية ، اذ أن الادارة تكون ملزمة أحيانا بحكم القانون بإحالة وثائق العقد الى إدارة أخرى لتقرر ما تم التوصل اليه من نتائج تعاقدية وليس لإقرار النتائج التي أفرزها قرار الإحالة ، وهذا المنهج كان هو السائد في فرنسا قبل صدور قانون 2 مارس 1982 الذي ألغى الوصاية على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة ، وبقي معمولا به في اطار العقود التي تبرمها المؤسسات العامة الوطنية فقط ، ويرتب الفقه والقضاء الفرنسيان نتائج معينة على هذه التفرقة بين التصديق بمعنى صدور قرار بإحالة المزايدة إحالة قطعية والتصديق بمعنى تدخل السلطة الوصائية وتصديقها لعقد تم إبرامه وهي :

- 1- ان تدخل السلطة الوصائية ليس بذي أثر على وجود العقد ذاته ، فالعقد الخاضع للتصديق الوصائي يخرج الى حيز الوجود القانوني بشكل مسبق على تدخل سلطة الوصاية ، إذ أن الرابطة العقدية تكتمل من تاريخ توقيعه ، ومتى ما صدر تصديق السلطة الوصائية فإنه يكون ذا أثر رجعي ، أي أنه يقرر شرعية العقد من تاريخ إبرامه. ويترتب على ذلك مشروعية ما نفذ من العقد في المدة التي سبقت صدور قرار سلطة الوصاية باعتماده .
- 2- إن العقد غير المعتمد من سلطة الوصاية لا يعد باطلا ، ولكنه في المقابل لا يصبح منتجا لأية آثار قانونية ، ولا يمكن أن يدخل في حيز السريان ، ويترتب عليه أن الحقوق المتولدة عنه لا تكتسب بشكل قطعي من جانب الأطراف ، وإن امتناع أحدهم عن التنفيذ ليس من شأنه أن يثير مسؤوليته التعاقدية³ .

وقرار الإحالة القطعية يعد من القرارات المصدقة التي تعد شرطا لسريان قرار الإحالة الذي أصدرته لجنة البيع والإيجار المتضمن إرساء المزايدة على صاحب السعر الأعلى ، واذا كان الاصل أن القرار الاداري يصبح نافذا بمجرد صدوره من السلطة المختصة مستكملا أركانه ، فإن هناك من القرارات الادارية لا تسري الا بعد تصديق سلطة أخرى عليها ، فهذا الأخير لا يعد من هذا المنطلق ركنا من أركان القرار الاداري وإنما مجرد شرط لسريانه ، بمعنى إن التصديق هنا لا يعد عنصرا من عناصر تكوين القرار بل مجرد شرطا خارجيا لا يسري القرار إلا به⁴ ، والتصديق يصدر عادة من سلطة إدارية أعلى من السلطة التي أصدرت القرار ، وقرار الإحالة القطعية بطبيعته قرارا إداريا منفصلا وكان نقطة الانطلاق في تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، اذ قبل الطعن في قرارات إبرام العقود الادارية بصورة مستقلة عن باقي مكونات عملية التعاقد ذاتها ، لأنها كما أسلفت قرارات قابلة للإنفصال عن باقي عملية التعاقد حتى ولو كان مدمجا داخل العقد ذاته ، فطالما أمكن فصله ذهنيا وفكريا عن العقد، فهذا يكفي بعده قرارا

¹ - موسى شحادة ، إبرام عقد الاشغال العامة ، مصدر سابق ، ص 81.

² - د. محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 122.

³ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 403.

⁴ - د. علاء عبد المتعال ، مصدر سابق ، ص 102 وما بعدها.

قابلاً للإنفصال ، ونتيجة لذلك فقد قبل مجلس الدولة طعن أحد أطراف العقد في قرار التعاقد¹ ، أما في مصر فإن القضاء الإداري قبل دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة والمتعلقة بإبرام العقد. وفي ذلك تقرر محكمة القضاء الإداري بأن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد أحداث أثر قانوني معين² ، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد جائز قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعد قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة³ ، وتبين المحكمة الإدارية العليا ما أنفق عليه فقها وقضاء من أن سلطة الإدارة في تصديق قرار الإحالة هي سلطة مقيدة ، إذ تبرز ذلك بقولها إن قرار لجنة البت (البيع والإيجار) بإرساء المزايدة على أحد المتزايدين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليس إلا إجراء تمهيدياً في عملية العقد الإداري المركبة ، ثم بعد ذلك يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه ، فإنها تلتزم بإبرامه مع المزايد الذي عينته لجنة البت ، واختصاصها في هذا الشأن اختصاص مقيد ، إذ تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا الشخص ولا تستبدل به غيره⁴ .

وفي العراق فإن قضاءه الإداري عدّ قرار الإحالة قراراً إدارياً منفصلاً ، فمحكمة القضاء الإداري عدت المصادقة على البيع من عدمها حسب أحكام المادة (11) من قانون 32 لسنة 1986 مسألة خاضعة للسلطة التقديرية للوزير ، وردت الدعوى التي أقيمت أمامها بعد أن تأكد لها أن امتناع الوزير عن المصادقة صحيح وغير مشوب بعيب من عيوب القرار الإداري⁵ ، كما قررت المحكمة إلغاء قرار الوزير برفض تصديق قرار الإحالة المنصب على بيع إحدى الدور العائدة لوزارته بعدما تبين للمحكمة أن قرار الوزير بالرفض قد صدر نتيجة التطبيق الخاطئ لأحكام القانون⁶ . كما عدت المحكمة قرار الوزير بتصديق قرار إحالة بيع الدار العائدة لوزارته صحيحاً ، حتى وإن كان المزايد الثاني المنافس للمزايد الراسي عليه المزايد (المدعي) لا تتوفر فيه شروط الاشتراك في المزايدة ، لأن عطاء المخالف لشروط المزايدة سقط بعطاء المزايد الأول حتى ولو كان باطلاً ، لأن المشارك غير المستوفي للشروط لم ترس عليه المزايدة ولم يسبب ضرراً للخزينة ، فقررت رد الدعوى ، وصدق قرارها تمييزاً من قبل الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة⁷ .

الفرع الثاني

السلطة المختصة باتخاذ قرار الإحالة القطعية

- ¹ - د. جورج شفيق ساري ، مصدر سابق ، ص 90.
- ² - حكم محكمة القضاء الإداري في 1956/1/8 قضية رقم 734 لسنة 7 ق ، أشار إليه جورج ساري ، ص 132.
- ³ - حكم محكمة القضاء الإداري في 1963/4/21 قضية رقم 329 لسنة 14 ق ، أشار إليه جورج ساري ، المصدر أعلاه ، ص 132.
- ⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا - في الطعن 4721 لسنة 41 ق جلسة 1999/1/26 وكذلك حكمها في الطعن 2657 لسنة 37 ق جلسة 1996/12/31. أشار إليهما د. محمد أبو العينين ، ك3 ، ص 477 و 701 ، وحكمها في الطعن 320 لسنة 27 ق جلسة 1975/4/5 أشار إليه د. محمد أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص 683.
- ⁵ - قرار محكمة القضاء الإداري ، 24 / ق. أ / 992 في 1992/7/25 أشار إليه ، د. غازي فيصل مهدي ، موقف القضاء الإداري العراقي من السلطة التقديرية للإدارة ، مصدر سابق ، ص 78.
- ⁶ - قرار محكمة القضاء الإداري 73 / ق. أ / 991 في 1991/6/8 أشار إليه ، علي سلمان جميل المشهداني ، قواعد الإثبات في الدعوى الإدارية في العراق - دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة بغداد ، 2000 ، ص 243.
- ⁷ - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 46 / إداري - تمييز / 1997 ، في 17 / 8 / 997 سيق الإشارة إليه.

تعد قواعد الاختصاص في مجال إبرام العقود الادارية واحدة من جملة قيود يفرضها المشرع على حرية الادارة في التعاقد ، ويكون الباعث عليها الصالح العام، ومن أبرز تلك القواعد تحديد الجهة المختصة بإبرام عقد البيع أو الإيجار ، والجهة المختصة باتخاذ قرار التصديق هو العضو المختص بمقتضى القوانين واللوائح باعتماد قرار لجنة البيع والإيجار لرسو المزايدة على مقدم أعلى عرض عينته تلك اللجنة ، ذلك إن تحديد من رسا عليه المزايدة من جانب اللجنة ليس إلا تحديدا مؤقتا ، فلا يعد نهائيا الا بعد تصديقه أو اعتماده من العضو المختص بذلك لأنه هو وحده المختص الذي يرتب الالتزامات المالية الناشئة من التعاقد¹. والعقد لا يملك إبرامه بإسم الادارة الا أشخاص محددين يعينهم المشرع ، والاصل وفقا للقاعدة العامة أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم في ممارسة هذا الاختصاص ، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته الا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع² وفي مصر مثلا فإن السلطة المختصة في تنفيذ أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 حددتها المادة (الثانية) منه وهي : الوزير ومن له سلطاته او المحافظ او رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة ، وفي تحديد مفهوم السلطة المختصة ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الى أن المادة المذكورة تسري على أمين عام الجامعة وعمداء الكليات ورؤساء الوحدات ذات الطابع الخاص ولهم سلطات رئيس المصلحة³ ، كما إن القانون المذكور قد منع السلطة المختصة من تفويض أي من اختصاصاتها الواردة في تلك الاحكام الا لشاغلي الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه ، والقاعدة التي أخذ بها الفقه واستقر عليها القضاء ، بأنه اذا ما نيط بسلطة من السلطات الادارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية او القوانين واللوائح فلا يجوز لها أن تنزل عنه او تفوض فيه سلطة او جهة أخرى ، لأن مباشرة الاختصاص عندئذ يكون واجبا قانونيا عليها وليس حقا لها يجوز ان تعهد به لسواها، إلا إنه يجوز التفويض استثناء اذا تضمن القانون نصا يأذن به ، وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون قرار التفويض محددا بموضوعات معينة إذ لا يفرط به صاحب السلطة في جميع الاختصاصات التي منحه القانون إياها تطبيقا لقاعدة (إن الاختصاص يمارس ولا يتنازل عنه) ويجب أن يأتي قرار التفويض واضحا ومحددا بحيث لا يترك للسلطة المفوضة مجالا للتقدير عند أعمال الاختصاصات المفوضة إليها³ ، وفي فتوى لإدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية في قسم الفتوى بمجلس الدولة صدرت بتاريخ 2000/4/20 بخصوص مفهوم الوظيفة الأدنى مباشرة التي يتمتع تفويض غير شاغلها في الاختصاصات المقررة للسلطة المختصة بموجب قانون المناقصات والمزايدات ذهبت الى (إن الوظيفة الأدنى مباشرة في مفهوم المادة الثانية من مواد إصدار قانون المناقصات والمزايدات فيما يتعلق بديوان المحافظة هي وظيفة السكرتير العام- في حالة عدم وجود نائب محافظ - فإذا وجد كان هو الوظيفة الأدنى مباشرة) ، وبالنسبة للوحدات المحلية الاخرى تكون وظائف رؤساء تلك الوحدات كل في نطاق اختصاصه هي الأدنى مباشرة ، أخذا في الاعتبار أن يأتي قرار التفويض واضحا ومحددا لا يترك للسلطة المفوضة مجالا للتقدير عند أعمال الاختصاصات المفوضة فيها⁴.

¹ - محمد سعيد حسين ، المصدر أعلاه ، ص295.

² - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 264 في 2001/5/16 ذكرها د. محمد ماهر أبو العينين ، ك3، ص253.

³ - فتوى الجمعية العمومية رقم 416 في 1993/5/22 أشار إليها د. محمد أبو العينين ، المصدر أعلاه ، ص254.

⁴ - فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري رقم 1086 في 2000/4/20، أشار إليها، د. محمد أبو العينين، ك1 ، ص258.

وفي العراق فإن أحكام المادتين (11) و (28) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة أناطت بالوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله سلطة تصديق قرار الإحالة ، وطبقا لما جاء فيهما فإن للوزير أو من يخوله من الموظفين سلطة اتخاذ القرار بالإحالة القطعية أو بعدم الإحالة ورفض التصديق ، كما إن الرئيس الأعلى للجهات غير المرتبطة بوزارة معينة مثل ، أمين بغداد ورئيس ديوان الرقابة المالية أو من يخوله ذات السلطة المذكورة ، ومما يلاحظ على مفهوم السلطة المختصة بالتصديق في العراق هو إن الوزير المختص قد دأب على عدم تفويض سلطته بتصديق قرارات الإرساء إذا كان موضوعها بيع الاموال غير المنقولة - فيما يخول المحافظين والمدراء العامين سلطة تصديق إحالة إيجار العقارات ، كما إن القانون العراقي لم يحدد الدرجة الوظيفية للمخول ، فالوزير المختص له أن يفوض أي من موظفي وزارته من وكلائه والمدراء العامين ، وكذلك تفويض المحافظين كثيرا من سلطاته.

والسؤال الذي يثار بهذا الخصوص ، اذا لم ترد عبارة (أو من يخوله) في صلب القانون فهل يستطيع الوزير تفويض سلطته لغيره من الموظفين في شأن تصديق الإحالة في المزايدات العامة ؟

في الحقيقة إن مجلس شورى الدولة وبناء على استفسار من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي كان قد ميز بين حالتين ، الأولى - إذا كان الوزير المختص يمارس سلطاته بصفته السياسية التي تشمل تنفيذ سياسة الحكومة ، و الثانية - إذا كان الوزير يمارس الصلاحية بعده رئيسا إداريا أعلى لوزارته ، فأجاز المجلس للوزير تخويل صلاحيته في الحالة الثانية بينما يتمتع عليه تخويلها في الحالة الاولى لأنها من الصلاحيات الشخصية التي لا يجوز تخويلها لغيره من كبار موظفي وزارته بوصفها أعمالا يمارسها بصفته السياسية كونه وزيرا في الحكومة ¹ ، وكان ديوان التدوين القانوني الذي ألغي وحل محله مجلس شورى الدولة في الوقت الحاضر قد أفتى بتاريخ 1965/9/15 ، بأن الصلاحيات الممنوحة للوزير بصفته رئيسا إداريا أعلى والتي تشمل تعيين ونقل وترفيه وتأديب الموظفين و(إبرام العقود) وغيرها من التصرفات القانونية الخاصة بوزارته وإصدار الأوامر المتعلقة بتنظيم عمل الوزارة في الحالات التي لا تتوقف على إصدار قانون أو نظام أو مرسوم جمهوري لا تعد من الصلاحيات الشخصية وبالتالي يجوز تخويلها لكبار موظفي وزارته ² .

ونرى بأن التفويض يعني أن يعهد الرئيس الإداري بممارسة بعض اختصاصاته الى غيره من الموظفين بناء على نص قانوني يجيز له ذلك ، وبالتالي حتى يكون التفويض صحيحا يشترط فيه أن يكون جزئيا لا ينصب على كافة اختصاصات الرئيس ، وأن لا يتم الا بنص في القانون ، وإذا ما صدر فيشترط أن يكون واضحا ومحددا ولا يحق للمفوض تفويض غيره ، كما نرى بأن تركيز الاختصاص في تصديق قرار الإحالة أو رفض التصديق في يد الوزير أيا كانت قيمة العقد ومهما كان أسلوب إبرامه من شأنه أن يزيد الأمور تعقيدا ويتنافى مع متطلبات الإدارة الحديثة التي تسير نحو عدم التركيز ، ولهذا ندعو الى المطالبة بتوزيع تلك الاختصاصات وعدم تركيزها بيد سلطة واحدة خاصة اذا ما استقر النظام الاداري والامني في العراق.

والاختصاص كما ذكرنا سابقا هو من النظام العام وصدور القرار من جهة غير مختصة يترتب عليه إنعدام القرار الاداري ليصبح عملا ماديا اذا كان عيب الاختصاص جسيما ، اما اذا

¹ - قرار مجلس شورى الدولة رقم 86 في 1980/11/21 ، أشار إليه (د. عبد الرسول الجصاني ، فتاوى مجلس شورى الدولة ، 1980 - 1984 ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1987 ، ص88 .

² - فتوى رقم 6 / 97 ، أشار إليها ، د. عبد الرسول الجصاني ، المصدر أعلاه ، ص88.

كان العيب بسيطاً فإن وجوده في القرار يؤدي الى بطلانه¹ ، والحالة الأخيرة هي الأكثر حدوثاً في الحياة العملية ، إذ تعتدي سلطة إدارية أدنى كالمحافظ على اختصاص سلطة أعلى ، فالجزاء المترتب على هذا الاعتداء هو البطلان الا ان القضاء الاداري في مصر أجاز تصحيح عيب عدم الاختصاص البسيط² ، أما بالنسبة للقضاء في العراق فإن النظر في موضوع عقد البيع او الايجار يكون من اختصاص القضاء العادي كما ذكرنا إذ تختص محاكم البداية والاستئناف ومحكمة التمييز بنظر النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد إذ إن النظر في منازعات العقود الادارية يخرج من اختصاص محكمة القضاء الاداري ، وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز بأن الإحالة عند البيع او الإيجار بطريق المزايدة العلنية لا تعد قطعية ما لم تقترن بمصادقة الوزير المختص وقررت نقض قرار محكمة البداية الذي عد قرار الإحالة الصادر من لجنة البيع والايجار ببيع دار بيعاً تاماً برسو المزايدة طبقاً للمادة 89 مدني عراقي كون المدعية (مشتري الدار) قد أوفت بكامل التزاماتها المالية والقانونية ، فأصبح لزاماً على المدعي عليه عدم معارضته لها من تسجيل الدار باسمها في الدائرة المختصة ، فرأت محكمة التمييز عدم صحة إتجاه محكمة البداية كون البيع تم بالمزايدة العلنية وفق القانون 32 لسنة 1986 ، ولأن الإحالة لم

¹ - المحكمة الادارية العليا في مصر ترى إن معيار التفرقة بين القرارات الادارية الباطلة والمنعقدة هو مدى درجة جسامه العيب ، فكلما كان العيب الذي شاب القرار بسيطاً كان القرار باطلاً ويتحصن إذا لم يطعن عليه خلال المواعيد المقررة ، أما إذا بلغ العيب درجة كبيرة من الجسامه انحدر بالقرار الى درجة العدم . (حكمها في الطعن 2970 لسنة 41 ق.ع جلسة 2001/11/8 ، مشار إليه في ، مجلة المحاماة المصرية ع 3 / 2003 ، ص 292).

² - في قضية مفادها إن الادارة تعاقبت عن طريق المزايدة العلنية مع شخص على إيجار أرض لإنشاء مخبز عليها ، إلا أنها لم تستحصل موافقة وزارة المالية على اعتماد قرار الترسية ولم يسدد المتعاقد التأمين كاملاً وحينما أدركت الادارة ان عملية التعاقد شابها أخطاء ، شكلت لجنة لإستلام المخبز من المتعاقد معها، فلجأ الاخير الى القضاء طالباً إلغاء قرار الادارة وعند عرض موضوع النزاع على المحكمة الادارية العليا أصدرت حكمها وجاء فيه : (ومن حيث أنه يبين مما سبق أن العقد سالف الذكر يعتبر من العقود الادارية سواء من حيث ارتباطه بتسيير أحد المرافق العامة وهو مرفق التأمين ، أو من حيث إن الاجراءات المتبعة في التعاقد والذي تم عن طريق المزايدة العامة وفقاً للشروط غير المألوفة الموردة في الاعلان والتي تضمنت دفع تأمين دخول المزداد بنسبة معينة وإيجار الارض بأجرة إسمية لمدة معينة يتم بعدها محاسبة المستغل على أساس الاجرة الفعلية ، وهذه الشروط مما يدخل في نطاق الصلاحيات المملوكة لجهة الادارة بوصفها سلطة عامة طبقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لذلك ، ومن حيث أنه فيما يتعلق بالأخطاء التي شابت عملية التعاقد عن المخبز المذكور ومدى تأثير هذه الأخطاء على صحة العقد او بطلانه مما يترتب عليه الفصل في مدى مشروعية القرار المطعون فيه بشأن تشكيل لجنة لإستلام المخبز ، فإن هذه الأخطاء قد أفصحت عنها الاوراق والتي تتحدد في عدم سداد التأمين بالكامل وعدم أخذ موافقة وزارة المالية على ترسية العطاء وإيجار أرض المخبز إسمي ، فإن مثل هذه المخالفات لا تمس صحة العقد وإنفاذه وإنما تستوجب المسؤولية الادارية، وعلة ذلك ظاهرة وهي إن هذه العقود التي تبرمها الادارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الادارة ، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما اذا كانت الاجراءات المبينة في العقد صحيحة من عدمه ، لأن هذه الاجراءات يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها ، ولو جاز جعل صحة العقود او نفاذها رهناً بذلك لما جازف احد بالتعاقد مع الادارة ، وإضافة الى أن الغلط الذي يعيب الارادة ، ويؤثر في صحة العقد يشترط فيه طبقاً لحكم المادتين (120 ، 121) من القانون المدني أن يكون جوهرياً ويكون كذلك اذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه على المتعاقد إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط ، كما يشترط أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الثاني فلا يستقل به أحد المتعاقدين ، وأحكام الغلط التي أوردها القانون المدني على هذا النحو لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ويتعين الأخذ بها. ومن حيث أنه بتطبيق ما تقدم على وقائع الطعن المائل ، فإنه يبين إن المخالفات المشار إليها ليست من الجسامه التي يتحقق بها وصف الغلط الجوهري الذي يبطل العقد ، فضلاً عن أن الطرف الثاني من = العقد لم يتصل بهذا الغلط وكان حسن النية في التعاقد على هذه الشروط التي أعلنتها جهة الادارة ومن ثم فلا يجوز لها قانوناً النكول عن إبرام العقد على أساس هذه الشروط ، كما لا يجوز فسخ العقد ، وبالتالي يعتبر القرار المطعون فيه والذي تضمن تشكيل لجنة لإستلام المخبز من المتعاقد ، فاقداً أساسه القانوني السليم الامر الذي يصمه بعدم المشروعية).

- طعن رقم 959 لسنة 38 ق ، جلسة 994/2/6 ، اشار اليه ، د. محمد ماهر ابو العينين ، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة ، ج 2 ، القاهرة ، 2000 ، ص 825.

تكن قطعية فقررت نقض قرارها للتأكد من وجود قرار الوزير بالتصديق أو عدمه¹ وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة بداءة العباسية في حكم لها صدر بتاريخ 2002/9/10 قررت فيه إبطال اجراءات تسجيل قطعة أرض بناء على طلب مديرية بلدية العباسية ، وتتلخص وقائع القضية بأن قطعة الارض المعلن عن بيعها بالمزايدة العلنية قد رست بعهدة إحدى المواطنين بتاريخ 1996/5/25 وقد صدق قرار الإحالة من قبل محافظ النجف وبعد تسديد البديل كاملا وتسجيل العرصة في مديرية التسجيل العقاري ، أدركت البلدية فيما بعد أن التصديق على قرار الإحالة من اختصاص وزير الداخلية ولم يفوض المحافظ سلطة التصديق على بيع الاموال غير المنقولة ، فطلبت من القضاء إبطال اجراءات تسجيل القطعة ، فاستجابت المحكمة لهذا الطلب وحكمت بالإبطال مسببة حكمها بأن اجراءات البيع لم تكتسب شكلها النهائي والقانوني طالما لم يصادق عليها الوزير².

والتسبب نراه غير صحيح لأن الاجراءات التي ينص عليها القانون من إعلان وقرار إحالة من اللجنة المختصة قد تمت وفق أحكامه ، إلا إن القرار الخاص باعتماد المزايدة جاء من غير المختص ، فجاء القرار مخالفا لقواعد الاختصاص البسيط الذي يرتب البطلان كجزاء على عدم مراعاته وهو ما يتفق بالنتيجة مع مضمون حكم محكمة البداءة .. الا ان المدعى عليها(المشتري) قد طعن بالحقم أمام محكمة الاستئناف ، فأصدرت الأخيرة قرارها بتاريخ 2002/9/29 تضمن فسخ الحكم البدائي ورد دعوى البلدية إذ جاء في القرار .. طالما إن البيع قد تم بالمزايدة وفقا للقانون 32 لسنة 1986 ، وإن البلدية قد طلبت تسجيل القطعة باسم المدعى عليها بعد تسديدها بدل المبيع وطلبها ايضا تعديل المساحة ولمرور ست سنوات على تاريخ المزايدة ، فإن المدعية(البلدية) تتحمل وزر خطأ منتسبها وكان عليها تطبيق أحكام القانون المذكور ، وإن حصل ضرر لها فيتحمله الموظف المختص³.

ونجد بأن اتجاه محكمة الاستئناف إذا كان أقرب للعدالة ويحقق استقرارا للأوضاع القانونية ، وأن القرار حتى ولو صدر من المختص فاحتمال عدم تغييره من تلك الأوضاع يبقى قائماً ، طالما توافرت للمزايدة مبادئ العلنية والمنافسة بين المتقدمين ، وأن قرار التصديق المخالف لقواعد الاختصاص قد رتب حقا للغير حسن النية ليس من مهمته البحث عن المختص بإكمال اجراءات التعاقد ، إلا أننا لا نؤيد تصحيح عيب الاختصاص البسيط لأنه من النظام العام ولأن الاستجابة لفكرة التصحيح يشجع الإدارة على مخالفة قواعد الاختصاص حينما تطمئن بأن مخالفتها سوف تصحح فيما بعد .

المطلب الثاني

الطبيعة التقديرية لقرار الإحالة القطعية وآثاره القانونية

إن السلطة المختصة بالتصديق أو الرفض هي سلطة مقيدة إذ تصدق نتائج المزايدة وتلتزم بمضمون قرار الإحالة الصادر عن لجنة البيع والإيجار وتعد المزايد الذي عينته اللجنة هو المتعاقد مع الإدارة ، ولكن سلطة الاعتماد لها بالمقابل سلطة تقديرية بأن لا تتعاقد اصلا ، كما ان قرارها بالإحالة القطعية وتصديق قرار لجنة البيع او الإيجار بالإحالة يرتب آثارا هامة حال صدوره ، وسوف نفرد فرعا للبحث في الطبيعة التقديرية للقرار وفرعا آخر لآثار صدوره .

الفرع الأول

¹ - محكمة التمييز في العراق ، قرار رقم 465 / م / 1 / 1991 في 999/11/13 ، غير منشور.

² - محكمة بداءة العباسية ، قرار رقم 62 / ب / 2000 في 2000/9/10 ، غير منشور.

³ - محكمة استئناف النجف ، قرار رقم 243 / س / 2002 في 2002/9/29 ، غير منشور.

الطبيعة التقديرية لقرار الإحالة القطعية

إن تمتع السلطة المختصة بإبرام العقد بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض اعتماد نتائج الإحالة (الإرساء) إنما تستند على اعتبارات جوهرية تبررها ، فدون شك إن المزايدة تهدف إلى إبرام عقد يتصل بدوره بسير مرفق عام ، وإن مصلحة هذا المرفق لا يمكن أن تتحقق إذا كانت المزايدة عبارة عن سلسلة من العمليات المتتالية التي يكون اختصاص الادارة فيها مقيدا، مما يوجب ان تتمتع الادارة بمكنة تقدير المقومات القانونية للشخص الذي يحتمل التعاقد معه ، ولاسيما إن هذا الاخير يجب أن ينظر اليه كعامل للمرفق العام¹. وإضافة الى ذلك فإن مصلحة الادارة تقتضي وجود إمكانية اعتراض نهائي على ملائمة العقد في حد ذاته ، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد في أي لحظة من لحظات الاعلان عن المزايدة ، ويصبح الالتزام بقرار الإحالة ونتائج المزايدة متنافيا مع الصالح العام ، كما ان المصلحة المالية للادارة قد تكون متعارضة مع نتائج الارساء ذلك لان مبدأ تلقائية الإحالة او مبدأ (آلية الإرساء) الذي تقوم عليه المزايدة قد يؤدي الى كون السعر المقدم من جانب المزايد أقل من القيمة المقدرة او أكثر

¹ - المرفق العام تعددت تعريفاته ، فمن الفقه من ذهب الى القول بانه (نشاط تقوم به هيئة عامة بقصد تحقيق المصلحة العامة) ، ومنه من ذهب الى انه (مشروع تقيمه الحكومة وتراقبه وذلك لاشباع الحاجات الجماعية الاساسية بطريقة دائمة ومنظمة) واستخلاصا مما سبق يرون بان للمرفق العام معنيين :

الاول - عضوي او شكلي ، يقصد به الهيئة او المنظمة التي تقوم باداء الخدمة او التي تمارس النشاط ، وهذا التعبير يعد مرادفا لكلمة الادارة ، والثاني - موضوعي او مادي ، ويقصد به النشاط الذي يصدر عن الشخص الاداري ، وبالتالي فان مفهوم المرفق العام يشمل كل نشاط تباشره الادارة بنفسها أو تتولى تنظيمه أو الاشراف عليه ويستهدف تحقيق نفع عام . وقد استقر الفقه والقضاء على الاخذ بالمعيار الموضوعي للمرفق العام ، وهو الذي يركز على طبيعة النشاط بصرف النظر عن المنظمة التي تقوم به كونه المدلول المناسب والمسائر لسياسة التحول من الاقتصاد الموجه الى الاقتصاد الحر وتعظيم دور الفرد ، واذا كانت المرافق العامة الضرورية والاساسية والتي يظهر فيها هيمنة وسيطرة الدولة مثل القضاء والبوليس والدفاع لايمكن ادارتها الا عن طريق الادارة المباشرة ويستحيل على الفرد القيام بادارة او الاشتراك في ادارة هذه المرافق ، فان المرافق العامة الاقتصادية بصفة خاصة ظهر فيها تعظيم لدور الفرد في هذه المرحلة ، فمثلا في مصر، فان القانون رقم 229 لسنة 1996 المعدل لقانون الطرق العامة رقم 84 لسنة 1968 أجاز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والاجانب وذلك لانشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وادارتها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد باحكام قانون التزام المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 ، وهذه الطرق كان يصعب على الافراد القيام بها ، فانه حماية للكيان المجتمعي ولتأمين المصالح القومية العليا ، وذلك بعد انسحاب الدولة من السوق وزيادة مساحة التواجد للملكية الخاصة ، فقد رأى بعض الفقه بان المدلول الموضوعي هو المدلول المناسب وتمكن من تعريف المرفق العام وفقا له بانه (مشروع يستهدف النفع العام بانتظام واطراد ويخضع لاشراف الدولة)، واجمع الفقه على ان للمرفق العام ثلاثة عناصر لوجوده هي :

1. اداة انشاء المرفق العام ، ويتم الانشاء بموجب قانون أو بناء على قانون.
2. هدف المرفق العام ، وهو تحقيق النفع العام ، ويقصد به ، تحقيق ما يصعب على الافراد أو الهيئات الخاصة تحقيقه أو لا يستطيعون تحقيقه على الوجه الأكمل.
3. خضوعه للسلطة العامة ، بمعنى ان تكون الكلمة النهائية في انشاء وتنظيم والغاء المرفق يرجع للسلطة العامة وحدها ممثلة في الدولة أو غيرها من الاشخاص الادارية .

حول موضوع المرفق العام انظر :

- Andre De Laubadere , Traite du droit administratif , L.G.D.J. 1984 , P650.

- د. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص8 وما بعدها .
- د. مصطفى محمود عفيفي، الوسيط في مبادئ القانون الاداري المصري والمقارن، ك2، ط4، 2004، ص136 وما بعدها .
- مجيد مجهول درويش ، ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل ، 2004 ، ص 4 وما بعدها .

منها بشكل ملحوظ من المعطيات الاقتصادية للسوق ، وهذا يستلزم من الادارة تدخلا لاحقا لإصلاح ما قد تكون الإحالة التلقائية قد توصلت إليه من نتائج غير معقولة او غير عادلة ¹. وإذا كانت الإدارة تملك سلطة تقديرية في اتخاذ قرارها بشأن قبول او رفض قرار الإحالة ، الا إن هذه السلطة يجب ان لا تتعدى الى ناحية التعديل في قرار لجنة البيع والإيجار لأن هذه السلطة ليس لها الا ان تصدق على القرارات الصادرة او ان ترفضها برمتها فلا يحق لها ان تعدل في تلك القرارات او تستبدل بها غيرها ² ، لأن التعديل في نتائج الإرساء التي توصلت إليها اللجنة يتعارض مع مبادئ المزايدة العامة من خلال :

1. إن التعديل قد يؤدي الى إحلال مزايد محل مزايد آخر .
2. إنه قد يؤدي الى التغيير في السعر الذي تم على أساسه إحالة المزايدة ، وهذا بطبيعته يشكل تجاوزا خطيرا على مبدأ تلقائية الإحالة .
3. إن التعديل يجعل الادارة في مركز الموجب بدلا من أن تكون دائما ويجب ان تكون في مركز القابل ، والا فلا حاجة لمبادئ المزايدة القائمة على أساس الإحالة التلقائية والالزامية والنهائية ، ومن ثم فإن التعديل في نتائجها اذا أدى الى استبدال متعاقد مؤقت بآخر من شأنه ان يجعلها في مركز الموجب ، طالما ان الاخير قد تحرر من إيجابه بقوة القانون بمجرد إحالة المزايدة على المزايد الاولى. وهذا القول يؤدي دون شك الى فتح المجال للتفاوض مع المتعاقد المؤقت الجديد الذي أصبح في مركز القابل ، مما يتنافى مع مقتضيات اختصاص سلطة الإحالة القطعية من جهة ومما يؤدي الى إنهاء المزايدة العامة التي تمت ، مع ما استوجبته من وقت ونفقات وما تحققة من ضمانات إنهاء مبرما من جهة أخرى ³ . وعلى الرغم من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أباح التعديل في نتائج الإرساء من جانب سلطة الاعتماد في حالة وحيدة استثنائية وهذه الحالة هي حالة التعديل في إرساء غير مشروع ، ولكنه اشترط لذلك ان يكون وجه عدم المشروعية واضحا بحيث يسهل تبنيه من قبل سلطة الإبرام ، ومن ثم تجسيد النتيجة الحقيقية للمزايدة ، وقد تطور اجتهاد القضاء الاداري الفرنسي حول هذه النقطة ، إذ أصبحت تلك السلطة ملزمة بتصحيح الإرساء غير المشروع تحت طائلة ترتيب المسؤولية التقصيرية بعدما كانت غير ملزمة بذلك ، بينما يشير البعض الى ان القضاء الاداري الفرنسي يجيز تعديل قرار الإحالة الصادر من اللجنة في حالتين : الحالة الاولى - اذا لم تجر المزايدة وفقا للقواعد السليمة والحالة الثانية - اذا كانت سلطة الاعتماد هي ذاتها سلطة التعاقد ⁴.

ومما يجدر ذكره إن المشرع السوري قد تفرد عن قرينه في فرنسا ومصر إذ قنن هذا الالتزام وأشار في الفقرة (أ) من المادة 26 من المرسوم التشريعي رقم 228 لسنة 1969 الى عدم جواز تعديل نتائج الإرساء ⁵.

أما القضاء الاداري في مصر فإنه كان واضحا ، اذ عد سلطة الادارة المختصة بالاعتماد سلطة مقيدة ، فإذا ما قررت اعتماد المزايدة فعليها ان تحيل على من عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل به غيره ، ولكن في المقابل أعطاهما سلطة تقديرية بأن تعدل عن الاعتماد وتلغي المزايدة اذا ما كانت المصلحة العامة او أسباب أخرى تفرض عليها عدم الإحالة القطعية شرط ان

¹ - Quancard. M, op. cit, p 175.

² - د. علاء عبد المتعال ، مصدر سابق ، ص 106.

³ - د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق ، ك 1 ، ص 679.

⁴ - أنظر : د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، مصدر سابق ، هامش ص 143. عيد المطلب

الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 147.

⁵ - مهنت مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 515.

لا تتحرف بهذه السلطة فتقع تحت سقف القضاء ورقابته بإلغاء قرار العدول غير المشروع ، وتأكيذا لهذه القواعد فقد جاء في حكم المحكمة الادارية العليا جلسة 1995/8/3 بأنه بعد رسو المزايدة وصدور قرار لجنة البت يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد(.. فإذا رأت إبرامه فإنها تكون ملزمة بمن اختارته لجنة البت ، اختصاص جهة الادارة في هذا الشأن اختصاص مقيد يقابله من ناحية أخرى ، سلطة تقديرية تتمثل في عدم التعاقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ..)¹ وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتوى لها صدرت في 2002/1/31 إلى انه : (لا يكون أمام الجهة الادارية المختصة من سبيل سوى اعتماد توصية لجنة البت والتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات المقدمة ... وهذا الالتزام لا يقابله سوى سلطتها في العدول عن التعاقد وإلغاء المزايدة بكاملها شريطة ثبوت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ..)² ، وإذا كانت سلطة الاعتماد لا يحق لها في الاصل تعديل قرار لجنة البيع والايجار ، فهل يحق لها تصحيح الاخطاء التي تقع في قرار اللجنة ؟³

في حقيقة الامر إن الفقه غير متفق في الاجابة عن هذا السؤال ، فبعضه يجوز لسلطة الاعتماد تصحيح ما وقعت فيه لجنة البت من أخطاء مادية كانت أم قانونية⁴ ، بينما يرى البعض الآخر عدم جواز منح جهة التصديق على قرار الإحالة مثل هذه الصلاحية فوجود أخطاء مادية أو قانونية يوجب إعادة عرضها على لجنة البت من قبل سلطة الاعتماد ولهذه اللجنة سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأنها ويبقى لسلطة الاعتماد حق رفض قرار لجنة البت ولكن ليس لها حق تعديله⁴.

وبغض النظر عن إمكانية تعديل أو تصحيح قرار اللجنة من عدمه ، فإن جانباً من الفقه يرى ضرورة التسليم بانعقاد العقد بمجرد صدور قرار الإحالة فحسب رأيه يجب ان يمثل قبول الجهة الادارية للإيجاب الصادر من المزايد الاخير ، وفي هذه الحالة إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية أعلى ، فإن ذلك - لا يمنع في نظر هذا الفقه - من انعقاد العقد ، ولكن نفاذه يبقى موقوفاً لحين تحقق الشرط الواقف وهو ضرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى ، وهذا الرأي إذا ما أخذ به فإنه يحقق هدفين :

الأول : يتمثل في إثارة مسؤولية الادارة العقدية إن هي رفضت تصديق قرار الإرساء ولم تقبل سريان العقد في غير الحالات التي حددها القانون.⁵

والثاني : يتمثل في تقييد سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد قرار لجنة المزايدة لغير سبب يقره القانون .

وعموماً فإن اللجنة الاولى بقسم الفتوى بمجلس الدولة في مصر وفي رأي لها صدر بتاريخ 1990/2/28 أجازت فيه تصحيح الخطأ في الكتابة أو في الحساب وغلطات القلم وفي جميع مراحل التعاقد ، الا أنها بينت بأن الاختصاص في الفصل بتلك الاخطاء لا ينعقد لجهة واحدة ، وإنما لجهة الادارة في حال وللقضاء في حال آخر :

1- فإذا قدمت الشكوى قبل البت في المزايدة فإن الاختصاص بالفصل ينعقد للجنة البت والوزير المختص ، فيكون على اللجنة استظهار الغلط ان كان له وجود ولها ان تطلب رأي مجلس الدولة اذا اقتضى الامر ذلك ، فإذا تبين وقوع الغلط في الحساب أو وقوع

¹ - حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الادارية العليا ، طعن رقم 1286 / 33 ق.ع ، أشار إليه د. مجدي المتولي ، مصدر سابق ، ص220.

² - فتوى رقم 80 ملف رقم 78 / 2 / 56 أشار إليها د. محمد أبو العينين ، ك 1 ، ص685.

³ - د. جابر جاد نصار ، المناقصات ، ط 2002 ، ص193 و ط 1996 ، ص158.

⁴ - د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ، ص686.

⁵ - د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، ط2 ، ص194. د. محمد أبو العينين ، المصدر أعلاه ، ص686.

غلطة من غلطات القلم وثبت ذلك بشكل قاطع أوصت اللجنة بتصحيح هذا الغلط وقامت بعرض الامر على الوزير المختص مشفوعا برأي مجلس الدولة إن وجد للإعتماد ، وتلتزم اللجنة لدى استكمال أعمالها بالعطاء بعد التصحيح على النحو الذي يتفق والارادة الصحيحة لمقدم العطاء ، واذا ما تبين عدم صحة الغلط أوصت اللجنة برفضه على أن يرفع قرارها هذا ايضا للوزير المختص لإعتماده ، فإذا لم يقبل مقدم العطاء قرار لجنة البت والوزير المختص كان له اللجوء الى القضاء.

2- اذا قدمت الشكوى بعد البت في المزايدة وصدر قرار من السلطة المختصة باعتماد نتيجة المزايدة ، فإن التعاقد يكون قد تم ، ولا تكون هناك سلطة سواء للجنة البت او الوزير المختص في تصحيح الغلط بعد تمام التعاقد ، وإنما يدخل الامر في نطاق سلطة القاضي الذي لا تقل سلطته في تبيان الغلط الذي يقع في العقد عن سلطته في فسخه وتعديله ، فله ان يتحرى الارادة الظاهرة للمتعاقد للوقوف على الغلط الذي شاب هذه الارادة من واقع الظروف والملايسات التي صاحبت عملية التعاقد ، فإذا استبان له وجود غلط قام بتصحيحه على وجه يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة ، وأسست اللجنة رأيها على إن الاخطاء المادية في الكتابة او في الحساب التي يقع فيها أحد المتعاقدين لا يؤثر في صحة العقد وتظل واجبة التصحيح ، وانتهى رأي اللجنة الاولى الى ان الخطأ في الكتابة او في الحساب وغلطات القلم يجوز تصحيحها جميعا في أي مرحلة من مراحل التعاقد ، ويكون الفصل في الشكوى التي يقدمها أصحاب الشأن من اختصاص لجنة البت والوزير المختص قبل البت في العملية ، فإذا بُتَ بها كان التصحيح من سلطة القاضي¹ ، ونرى إمكانية الأخذ بهذه الحلول لمعالجة الحالات المماثلة التي تحصل في العراق ، إذ يتم تصحيح الأخطاء التي تكتشف قبل تصديق نتائج المزايدة من لجنة البيع والإيجار أو موافقة سلطة الاعتماد ، أما إذا اكتشف الخطأ بعد تصديق نتائج المزايدة فإن المعالجة تخرج من نطاق الإدارة ويختص بها القضاء .

وإذا كنا إزاء امكانية تصحيح الاخطاء المادية اداريا او قضائيا ، فما هو الحل فيما لو أقدمت لجنة البيع والإيجار على إحالة المزايدة على المزايد الثاني وليس الاول صاحب السعر الاعلى وتم اعتماد قرارها وتصديقه من السلطة المختصة ؟

لقد تكفلت ادارة الفتوى لوزارة الصحة بمجلس الدولة المصري الاجابة عن هذا السؤال بفتواها المؤرخة في 1994/4/17 بينت فيها ان لجنة البت أوصت بقبول العطاء المقدم من شركة بحسبانه العطاء الاعلى على الرغم من وقوعها في الخطأ لوجود سعرا أعلى وأخطارها المحال عليها المزايد بقبول عطائها فعدت ادارة الفتوى العقد بين الراسي عليه المزايد والوزارة قد أصبح منعقدا وترتبت آثار انعقاده ولا تتحمل الوزارة مسؤولية قرار الاعتماد لأنها صادقت على من حددته اللجنة ، وإنها لا تملك ان تستبدل غيره أعمالا لأحكام المحكمة الادارية العليا ، وإذ لم تكن تعلم بالخطأ الذي وقعت فيه لجنة البت².

ونجد بأن إحالة المزايدة على المزايد ما قبل الأخير وتصديقها من قبل السلطة المختصة وان كان قد نتج عنها إبرام عقد البيع أو الإيجار ، إلا أنها ولدت ضررا للإدارة كونها تجاهلت السعر الاعلى وضررا للمزايد الأول الذي كانت فرصته في التعاقد كبيرة ، وعليه فان هذه الحالة يمكن معالجتها من خلال :

أ- إجراء التسوية الودية مع المزايد الثاني في حال موافقته على إبرام العقد لتعديل السعر كي يبلغ سعر المزايد الاول وتنشيط السعر الجديد في وثيقة العقد التي يوقعها الطرفين.

¹ - فتوى رقم 26/1/10 ، أشار إليها احمد منصور ، مصدر سابق ، ص 315.

² - فتوى رقم 340 ، ملف رقم 376/2/2 ، أشار إليها أحمد منصور ، مصدر سابق ، ص 367.

ب- في حال عدم الموافقة على تلك التسوية وموافقة على أخذ المال بالبديل الذي عرضه فإن الفرق بين سعر المزايد الثاني الذي أحييت عليه المزايدة بالخطأ وسعر المزايد الاول يتحمله أعضاء لجنة البيع والايجار على وجه التضامن ومن مالهم الخاص لان الخطأ الذي وقعوا فيه جسيما فيعد خطأ شخصيا.

ج- تحمل اللجنة المسؤولية الانضباطية.

د- للمزايد الاول مراجعة القضاء والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى ، على ان ترجع الادارة بقيمته على اعضاء لجنة البيع والايجار لخطأهم الشخصي.

وخلاصة القول إن قرار تصديق قرار الإحالة ينبغي لصحته ان يكون صادرا من الجهة المختصة بإبرام العقد في حدود اختصاصها ، وان يكون صريحا ، فسكوت الادارة خلال مدة التصديق ان وجدت لا يعد قبولا حكما ، لان السكوت ليس نوعا من الافصاح عن إرادة الادارة ، والاخيرة سلطتها اما مقيدة إذ تلتزم بتصديق المزايدة وإحالتها على من عينته لجنة البيع والايجار ، وأما تقديرية إذ لها ان لا تصادق وتعذر عن التعاقد بإلغاء المزايدة او الاستغناء عنها نهائيا ولكن هذه السلطة ليست تحكمية وإنما تخضع لرقابة القضاء ، فله ان يتصدى للنظر في قرار الإحالة وإلغاء قرار الوزير بالمصادقة على قرار الإحالة وإعادة اجراءات الاعلان عن المزايدة مجددا¹. لأن القانون وان جاز للموظف او منحه سلطة إصدار القرار بالمصادقة او الرفض الا انه ألزم الموظف بأن يكون ذلك دون تعسف².

الفرع الثاني

الآثار القانونية لقرار الإحالة القطعية

إن قرار الإحالة القطعية (قرار تصديق او اعتماد الإرساء) الذي يصدر عن السلطة الادارية المختصة ، يشكل عنصرا مركزيا في صيرورة تكوين العقد ، لأن هذا القرار يؤدي الى إنشاء العلاقة التعاقدية وبه يكتمل رضا طرفي العقد.

وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك بوضوح ، إذ قرر صراحة ان الرابطة التعاقدية بين الادارة ومتعاقداتها لا تقوم الا مع صدور قرار إبرام العقد ، بغض النظر عن أي إجراء لاحق ينص عليه القانون³ ، وطالما ان الرابطة التعاقدية لا تتم الا بعد صدور قرار إبرام العقد من جانب السلطة المختصة بالتصديق ، فإن التزامات الافراد والادارة لا تبدأ في ميعاد واحد⁴ ، إذ يلتزم المتعاقد المؤقت (المزايد الاخير) بالبقاء على إيجابه من لحظة إحالة المزايدة عليه حتى تدخل السلطة المختصة وإصدارها قرار الإحالة القطعية ، وهذا الالتزام كما هو الحال بالنسبة لمرحلة ما قبل الإحالة (الإرساء) مصدره الارادة المنفردة للمزايد الاخير الذي أحييت بعهدته المزايدة. فإنه بعد الإحالة القطعية ان شاء أوفى بالتزاماته التي نجمت عن تلاقي إيجابه مع قبول الادارة ، وان شاء عدل عن ذلك القبول ، لكن عدوله كما سنرى سوف ينجم عنه مصادرة تأميناته احيانا وتعويض الادارة عن الاضرار التي تلحق بها من جراء هذا العدول إضافة للمصادرة في احيان اخرى ، وفي مصر فإن الفقه لم يتفق على تاريخ إبرام العقد ، في حين سار المشرع المصري بصحبة القضاء في طريق واحد اذ اشترطا لعد العقد مبرما إخطار (تبليغ) المزايد صاحب الضم الاخير بصدور قرار الابرام من السلطة المختصة ، اما في العراق ، فإن جانبنا من الفقه يرى بأن قرار الإحالة بعد اعتماده يكون تام التكوين مرتبا لآثاره القانونية واجب النفاذ من تاريخ اعتماده من الجهة الادارية المختصة (ولكنه لا يحتج به على صاحب العطاء ،

¹ - محكمة القضاء الاداري في العراق ، قرارها رقم 121 / ق. أ / 990 في 1990/11/28 ، سبق الإشارة إليه.

² - محكمة القضاء الاداري في العراق ، قرارها رقم 78 / ق. أ / 994 في 996/5/2 ، غير منشور.

³ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص515. د. علي عبد الحسين الخطيب ، مصدر سابق ، ص154.

⁴ - د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، ط 1991 ، ص 315.

أي لا يسري بحقه الا من تاريخ العلم به¹ ، ونرى بأن هذا الرأي قد تأثر بالاتجاه السائد في مصر قانونا وقضاء ولا يمكن اعتماده لأسباب عدة سوف يرد ذكرها عند البحث في موضوع التبليغ وأثره في انعقاد العقد ، ونرجح لتلك الاسباب بدء التزامات الطرفين من تاريخ الإحالة القطعية ، اذ تجرى المزايدة في العراق علنا وبطريق المناداة ولا محل للمزايدة بطريق المظاريف المغلقة الا نادرا ولا يشترط تبليغ الراسي عليه المزداد بصور قرار إبرام العقد ليبدأ بتنفيذه .

ولكن الى متى يبقى المزايد ملتزما بإيجابه ؟ وهل أن الإدارة ملزمة بالإفصاح عن إرادتها بالقبول او الرفض خلال مدة معينة ؟

حقيقة ان المزايد الأخير صاحب العرض الأعلى لا يمكن ان يترك في شك بالنسبة لعقده المستقبلي² ، فإذا كان التزامه بإيجابه في المزايدة السرية يسقط بإنهاء المدة التي حددها في عطاءه ، فإنه في المزايدة العلنية يبقى ملتزما حتى اعتماد المزايدة من السلطة المختصة ، وبالتالي فإن هذه السلطة يتوجب عليها ان تتدخل لإبرام العقد في الوقت المحدد ، لأنه ليس من المعقول ان يبقى المتعاقد المؤقت مرتبطا بعرضه الى ما لا نهاية ، مع ما يعنيه ذلك من تضرر مركزه الاقتصادي ، وفقدان الثقة بجدية عقود الادارة ، وفي فرنسا مثلا فإن هذه المدة غير مقننة تشريعا بنص صريح ، الا ان العمل الاداري يسير منذ زمن طويل على ان الادارة يجب ان تشير الى هذه المدة صراحة في دفاتر الشروط³ ، أما في مصر فقد أشرنا سابقا الى ان الادارة ملزمة بأن تضمن شروط الاعلان عن المزايدة بالمظاريف المغلقة المدة المناسبة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على ثلاثة أشهر الا اذا اقتضت حالة الضرورة التي تحتها طبيعة وظروف موضوع التعاقد فيمكن بموافقة السلطة المختصة تضمين تلك الشروط مدة تجاوز ذلك على ان يتم البت في المزايدة والإخطار في حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان العطاءات المحددة في القانون او المتفق عليها مع المزايديين عند انتهاء المدة الاصلية – فالادارة في مصر تلتزم بأن تبت في المزايدة خلال تلك المدة وتبرم العقد وتخطر من رست عليه المزايدة بإبرام العقد⁴. وفي سوريا فإن المتعاقد المؤقت يبقى مرتبطا بإيجابه مدة (خمسون) يوما تبدأ من تاريخ فض العروض ، ويحق له بعدها ان يتحلل من عرضه خلال ثلاثة ايام من اليوم التالي لإنهاء المدة المذكورة على أن يقيم الموجب بهذا التنازل الصريح عن عرضه بكتاب خطي مسجل لدى الادارة التي أجرت المزايدة ، فإذا لم يفعل فإن ايجابه يتجدد حكما مدة (50) يوما أخرى على ان لا تزيد مدة ارتباط المتعاقد المؤقت بعرضه عن ستة اشهر⁵.

أما في العراق فإن المشرع لم يحدد المدة التي تلتزم السلطة المختصة خلالها باتخاذ قرارها بالإحالة القطعية بالتصديق او رفضه ، اذ أن المزايد الأخير المرشح للتعاقد يبقى ملتزما بإيجابه لحين صدور قبول الادارة او رفضها الايجاب مهما طالت المدة . ونظرا لأهمية الوقت الذي لا بد وان تراعيه السلطة المختصة حينما تقرر الفصل في العملية التعاقدية وحتى لا يكون تأخرها سببا في إلحاق الضرر بالمزايد الذي يبقى ينتظر دون علمه بموعد البت في المزايدة وتقرير مصير

¹ - عبد المطلب الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة ، مصدر سابق ، ص 135 و 136.

² - Quancard. M. op. cit, p190.

³ - Brechon – Moulènes, Droit des Marches publics, T1. op. cit, 111, 503, 3 , p15.

⁴ - د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1، ص 688. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 519.

⁵ - المادة (27) من المرسوم التشريعي السوري 228 لسنة 1969، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الادارية العليا السورية بأن إجراءات تصديق العقد التي امتدت لأكثر من خمسة عشر شهرا ودون ان تقوم جهة الادارة بالتزاماتها ... على الرغم من قيام المتعهد المرشح بتنبيهها الى تبدل الظروف الاقتصادية ... يجعل من حقه طلب التحلل من عرضه طالما ان مسؤولية التأخير تقع على عاتق الادارة ... قرار رقم 37 في الطعن 153 لسنة 1973 ، ذكره مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 516.

إيجابه ، وحتى لا تضعف ثقة المزايديين بعقود الادارة واجراءاتها في اتباع طريق المزايدة العامة ولكي لا تتسع مساحة انحراف السلطة عن هدفها في تحقيق الصالح العام ، لهذا كله ندعو الى تحديد مدة معقولة يلتزم خلالها الموجب بإيجابه وتلتزم الادارة باتخاذ قرارها بإبرام العقد او العدول عن التعاقد ونقترح ان تكون مدة (30) يوما من تاريخ وصول العلم الى السلطة المختصة بالتصديق على ان انقضاء هذه المدة لا يعد تصديقا لقرار الإحالة ، لان قرار الإبرام لا بد وان يكون صريحا ، ونرى بأن هذه المدة كافية وصالحة للطرفين خاصة وان توقيع العقد في العراق يتم من تاريخ الإحالة القطعية ويبدأ تنفيذه من التاريخ المذكور فيكون الوقت فيه متسع للادارة لان تقرر ، وللمزايد بأن يوفي بالتزاماته .

ولكن ماذا لو أعرض المشرع عن تحديد مثل هذه المدة ، وتأخرت سلطة الاعتماد عن اتخاذ قرارها بالقبول او الرفض خلال مدة معقولة ؟

الجهة الادارية المختصة بإبرام العقد سلطتها تقديرية كما أوضحنا فهي تستطيع ان لا تتعاقد مع من عينته لجنة البيع والايجار وتقرر إلغاء المزايدة اذا اقتضت أسبابه ذلك ، ولكن هذه السلطة ليست تحكمية فهي تخضع لرقابة القضاء فيما لو انحرفت عن هدفها او كانت اسباب القرار الذي أصدرته غير مشروعة ، وتراخي الادارة عن اتخاذ القرار بإلغاء المزايدة يشكل خطأ من جانبها يثير مسؤوليتها التقصيرية اذا ما نجم عنه اضرار أصابت الراسي عليه المزايد ، وهذا ما وكدته المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها الصادر بجلسة 1995/8/3 اذ جاء فيه (.. ولئن كان من حق الجهة الادارية الامتناع عن اعتماد نتيجة المزايدة تمهيدا لإعادتها بقصد الوصول الى ثمن أعلى ، وان قرارها الصادر في هذا الشأن يكون متفقا واحكام القانون ، الا انه غني عن البيان يتعين على جهة الادارة ان تصدر قرارها بإلغاء المزايدة في وقت مناسب طبقا لظروف كل حالة والا كانت ملتزمة بتعويض ما عسى ان يكون قد لحق صاحب الشأن من أضرار نتيجة التراخي في إصدار قرار الإلغاء ، طبقا للقواعد العامة المقررة في المسؤولية التقصيرية)¹.

أما بالنسبة للقضاء الاداري في العراق ، فإن المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة قد منحت سلطة الحكم بالتعويض ولكنها اشترطت ان يكون طلب المدعي به تابعا لطلبه الاصلي بإلغاء القرار الاداري ، ونجد أن الإدارة فيما لو تراخت عن الإفصاح عن إرادتها ولم تقرر عدم التصديق الا بعد مرور مدة ليست قصيرة على إجراء المزايدة وهو ما يتكرر حصوله في الواقع العملي فإن المتضرر من هذا التأخير لا يستطيع الحصول على التعويض بصورة مستقلة ما لم يطلب أولا إلغاء قرار السلطة المختصة بالرفض ، كما ان القضاء الاداري متردد في فرض رقابته على القرارات الادارية التي تتخذها الادارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، إذ جاء في قرار للهيئة العامة في مجلس شورى الدولة صدر بتاريخ 19 / 2 / 1995 بأن سلطة الوزير المختص المنصوص عليها في المادة (11) من القانون 32 لسنة 1986 سلطة تقديرية خاضعة لإعتبارات المصلحة العامة ولا رقابة للقضاء عليها² ، وعليه يمكن ان يتولى القضاء العادي هذه المهمة والحكم بالتعويض اذا ما توافرت أركان قيام مسؤولية الادارة التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ، والجدير بالملاحظة أن الضرر يمكن ان يقع حتى ولو تم تصديق قرار الإحالة (الإرساء) طالما ان التأخير قد تم ولم تحصل المصادقة في الوقت المناسب الذي له الأثر البالغ في تحديد المنافع التي توقع المزايد حصوله عليها ، فتأخير التصديق على نتائج مزايدة جرت لتأجير علوة لبيع الاسماك بالجملة لحين حلول موعد منع الصيد ، يقلل ان لم يعد تماما

¹ - حكم دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الادارية العليا طعن رقم 1266 لسنة 33 ق ، أشار إليه ، د. محمد ماهر أبو العنين ، العقود الادارية ، ك 1 ، ص 695.

² - رقم القرار 16 / إداري - تمييز / 1995 ، أشار إليه د. غازي فيصل ، موقف القضاء العراقي من السلطة التقديرية ، مصدر سابق ، ص 82.

حصول المنافع طالما ان الصيد متوقف بحكم الانظمة ، او تأجير ساحة لبيع المواشي وتأخير تصديق قرار الإحالة لحين حلول فصل الشتاء الذي يقلل من جلب المواشي لها بسبب ظروف هذا الفصل أكيد يقلل من منافع المستأجر ويلحق به الضرر ، كما ان تأخير تصديق قرار إحالة ساحة لبيع الفواكه والخضر حتى انتهاء موسم جنيها يلحق الضرر ويزيد من خسائر المستأجر ، وهذه جميعا أمثلة واقعية أدركناها في تطبيقاتنا العملية للقانون 32 لسنة 1986 ، ناهيك عن الضرر الذي يسببه تأخير صدور قرار السلطة برفض التصديق إذ يؤدي الى تجميد أموال المزايد لمدة ليست قصيرة ويفوت عليه فرصة تعويض الضرر الناجم عن تأميناته وانتظاره نتيجة المزايدة دون البحث عن عمل بسبب أمواله المحبوسة وعدم كفاية أمواله الأخرى.

ومن النتائج الهامة التي يربتها الفقه والقضاء في فرنسا على صدور قرار إبرام العقد هي :
أولاً - ان الإدارة لا تستطيع ان تسحب قرار الإبرام بعد صدوره ولو كان غير مشروع ، لان العلاقة التعاقدية توجد من تاريخ صدور هذا القرار وبالتالي فإن سحبه يشكل اعتداء على هذه العلاقة العقدية ، مما يستوجب المسؤولية التعاقدية للإدارة¹ ، وهذا الاثر يسري لدى الدول التي لا يشترط المشرع او القضاء فيها تبليغ او إخطار المزايد بقرار الإبرام كالعراق مثلاً إذ ان القبول فيها بوصفه تعبيراً عن الارادة يتحقق وجوده القانوني وينتج أثره بمجرد صدوره دون ان يشترط اتصاله بعلم من وجه إليه ، وبالتالي يعد التعاقد تاماً من تاريخ قرار الإبرام ، اما في مصر فإن التعاقد لن يصبح تاماً الا اذا علم المزايد الموجب بقبول الإدارة .

والسحب يقصد به ان القرار الإداري يجرى من قوته القانونية الإلزامية ليس فقط بالنسبة لآثاره في المستقبل وإنما بالنسبة لآثاره في الماضي ايضاً ، إذ يصبح القرار كأن لم يكن ، وهو بهذا القصد يختلف عن الالغاء الذي يجرى القرار من قوته الإلزامية بالنسبة للمستقبل فقط بحيث ما انتجه في الماضي يبقى سليماً ، والقاعدة ان الإدارة يحق لها سحب القرارات الإدارية المعيبة متى ما أدركت بنفسها وجه عدم مشروعيتها ، ولكن بشرط ان يتم السحب خلال المدة المقررة للطعن بالغاء القرار أمام القضاء لدواعي استقرار المراكز القانونية التي اقتضت تقييد إمكانية السحب بمدة معينة².

ثانياً - لا تستطيع الإدارة من حيث المبدأ ان تعدل في شروط العقد بعد صدور قرار الإبرام الا بالاتفاق مع متعاقدها ، كما لا يمكنها ان تنفرد في شرح وتفسير شروط العقد ، لان تلك المهمة ينفرد بها القاضي المختص ، الذي يستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، وفقاً لقواعد التفسير المعروفة في القانون المدني³.

ثالثاً - يعول عند حساب الاسعار على ما ورد في قرار الإحالة دون الأخذ بنظر الاعتبار لما قد يطرأ من متغيرات بعد صدور قرار الإحالة القطعية⁴.

اما الفقه والقضاء في مصر فهما متفقان على الاغلب الاعم على هذه الافكار ، فالعقد لا ينعقد الا بموافقة السلطة المختصة على توصية لجنة البت ، والسلطة المختصة لا تملك الترسية على غير من اختارته لجنة البت ولهذه السلطة القدرة على إلغاء المزايدة والعدول عن التعاقد دون التعديل في اجراءات المزايدة ، ولكن المشرع قدر خطورة سلطة الإدارة التقديرية برفضها إبرام العقد فاشترط عليها تسبيب قرارها بالرفض وإلغاء المزايدة⁵.

¹ - Quancard. M, op. cit, p189.

² - د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الإداري ، مصدر سابق ، ص 438 وما بعدها. د. علي بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص 464 وما بعدها. د. شاب توما منصور ، رقابة القضاء على إنهاء الإدارة لقرارها ، مصدر سابق ، ص 292 وما بعدها.

³ - GEORGEL. J. Formation du contrat administratif, J.C.A, fascicule, 507 , 1996.

⁴ - مهندس مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 518.

⁵ - د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك 1 ، ص 682.

المطلب الثالث

تبليغ قرار الإحالة القطعية وأثره في إبرام العقد

التبليغ - هو سند خطي ، يتم بواسطته إعلام الشخص الذي رست عليه المزايدة بقرار إبرام العقد معه ، وبضرورة البدء في تنفيذه¹ ، يصدر عن الإدارة المتعاقدة معه. ويثور التساؤل عما إذا كان عقد البيع أو الإيجار يعد قائما من وقت صدور القبول المتمثل بقرار السلطة المختصة بتصديق قرار الإحالة أم من تاريخ تبليغ أو إخطار المتعاقد المؤقت (المزايد صاحب الضم الأخير) بقبول عرضه ؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تختلف باختلاف النهج الذي اختطه المشرع او اجتهد فيه القضاء في كل دولة ، وتختلف القيمة القانونية للتبليغ ما بين هذه الدول فلو أخذنا على سبيل المثال فرنسا فإن مجلس الدولة فيها قرر صراحة ان التبليغ لا يعد قرارا إداريا يمكن ان يكون محلا لدعوى الإلغاء ، والمستقر لديها ايضا ان التبليغ لا علاقة له بتمام الرابطة التعاقدية² ، وان كان يشكل شكلية جوهرية ، من دونها لا تستطيع الإدارة ان تحتج بالعقد في مواجهة المتعاقد ، كما ان الاخير لا يستطيع ان يبدأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل تبليغه بذلك من جانب الإدارة ، وبالتالي اذا كان تاريخ العقد يحدد من يوم صدور قرار الإبرام ، فإن مدة تنفيذه لا تبدأ الا من اليوم الذي يصل فيه التبليغ الى المتعاقد. ويجب ان يتم التبليغ ضمن المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة ، فإذا انقضت هذه المدة دون تبليغ ، فيمكن للمتعاقد ان يتحلل من التزامه دون ان يخل ذلك بحقه في التعويض ، ولكن التأخير الطفيف لا يعطي المتعاقد مثل هذا الحق ، مع إمكانية ان يرتب مسؤولية الإدارة العقدية في بعض الاحيان ويفتح الباب أمام تعويض المتعاقد معها³، على ان التقصير في تبليغ الطرف الآخر بالقبول لا يرتب أي أثر على صحة انعقاد العقد⁴. اما مصر فإن الفقه فيها يبدو مترددا في حسم رأيه من هذا الموضوع وقد بدا موقفه سائرا في اتجاهين :-

الاتجاه الأول : يرى بأن الرابطة التعاقدية لا تتم الا بعد المصادقة على قرار الإرساء (الإحالة) من الجهة التي تملك إبرام العقد⁵.
والاتجاه الثاني : ان العقد الاداري ينعقد عندما يتصل قبول الإدارة بعلم من رست عليه المزايدة⁶ ، اذ يلتقي قبول الإدارة بإيجاب مقدم العطاء عند الاخطار⁷.
الا ان القضاء الاداري فيها حسم موقفه منذ وقت ليس بالقصير وعلى خلاف ما هو سائد في فرنسا فإنه يرتب أثارا حاسمة على التبليغ اذ استقر على ان العقد يعد مبرما بين جهة الإدارة

¹ - Brechon – Moulenes, Droit des Marches Publics , T1 , op. cit, 111 , 503 , 3p 14.

² - Quancard. M, op. cit, p 190.

³ - مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص519.

⁴ - د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص32.

⁵ - من أصحاب هذا الرأي :

د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، ط5 ، ص315 و ط 3 ، ص264 ومرجعه مبادئ القانون الاداري ، مصدر سابق ، ط2 ، ص450 ، ط 7 ، ص1004، الا انه يعود فيرى ان الرابطة التعاقدية لا تقوم ما لم يتم هذا الإخطار، الاسس العامة، ط5 ، ص316. د. محمد سعيد امين ، مصدر سابق ، ص 286. د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص320 ، مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص 521 . د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ط 1963 ، ص 363.

⁶ - من أنصاره : د. صلاح الدين فوزي ، مصدر سابق ، ص126. د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق ، ط 2003 ، ص55 ، ومؤلفه ، القانون الاداري ، ط 991 ، ص 539.

⁷ - د. مجدي المتولي ، مصدر سابق ، ص235.

ومقدم العطاء بمجرد إخطاره بقبول عطائه ، مما يعني ان العقد لا يكون مبرما بمجرد صدور قرار الإبرام من جانب السلطة المختصة ، انما لابد من إخطار المتعاقد المؤقت بذلك والطلب منه صراحة ان يبدأ في تنفيذ العقد 0 وقد بدت الاسباب التي دفعت القضاء الى تبني هذا الاتجاه واضحة في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عندما تم عرض موضوع الإبرام عليها وفيما اذا كان العقد يعد قائما من وقت صدور القرار ام من تاريخ التبليغ به ، اذ أوضحت بجلستها المؤرخة في 1961/2/21 (بأن الجمعية قد تبين لها (ان المادة (99) من التقنين المدني فيما نصت عليه من ان التعاقد في المزايدات يتم برسو المزداد ، قد وضعت لتعالج حالة خاصة من حالات القبول في مجالات القانون الخاص ، ومن ثم فهي لازمة التطبيق بشأن تحديد وقت إبرام العقد في مجالات القانون العام ما دام انه ليس ثمة نص خاص يوجب ذلك ، ومتى كان التنظيم الاداري المقرر للتعاقد ... يقتضي اعتماد قرار لجنة البت من السلطة المختصة بإبرام العقد فلا يمكن القول بأن العقد يتم بصور القرار من اللجنة .. ، اذ ان هذه اللجنة ليست مختصة اصلا بشيء يدخل في نطاق القبول ، فضلا عن ان اختلاف التنظيم الاداري للتعاقد بطريق المزايدة عنه في مجال القانون الخاص ، فإن أمرا ملحوظا عند المناقشة في مشروع القانون المدني بمجلس الشيوخ فقد تساءل بعض الأعضاء عن حكم المزايدات الحكومية التي تحتاج الى تصديق طبقا للقواعد المالية ، فأجاب مقرر اللجنة بأنه لا يمكن إرساء المزداد الا بعد التصديق عليه ، اذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه، كما ان نص المادة (99) سألغة الذكر تفترض ان المتعاقدين يضمهما مجلس واحد ، بينما التعاقد بطريق المزايدة في مجال القانون العام يمر قبل إبرامه بمراحل إدارية متعددة ليس لزاما على صاحب العرض او العطاء ان يحضرها ويتعذر عليه في الغالب ان يتتبعها وبالتالي تنطبق بشأنه قواعد التعاقد بين غائبين ولا يكون العقد مبرما الا اذا تم التوافق بين ارادة الموجب وارادة القابل ، ومن القواعد الاصولية ان القبول – باعتباره عملا اراديا – لا ينتج أثره الا من وقت اتصاله بعلم من وجهت إليه ، وقد كسبت هذه القاعدة انصارا كثيرين في الفقه والقضاء المدنيين حتى قبل تضمينها نص المادة (99)¹ من التقنين المدني الجديد ، اذ انه لا يكفي لتمام العقد صدور ارادتين ، وانما يتعين توافق هاتين الارادتين ، وتطبيقا لذلك نصت المادة (97)² من هذا التقنين على ان التعاقد ما بين غائبين يعتبر تاما في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، وينطبق هذا المبدأ كذلك بشأن تحديد الوقت الذي تم فيه إبرام العقد الاداري ، اذ ان التراخي يجب فيه التمييز بين وجود التعبير عن الارادة وجودا فعليا ووجوده وجودا قانونيا ، فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكن لا يكون له وجود قانوني الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ، والعبرة في القبول الذي يتم به العقد بوجوده القانوني ، لان هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير ، وهذا هو المعنى المقصود من انتاج التعبير لأثره ، فالعلم الذي يعتد به في هذا الشأن هو الذي يتم طبقا للقانون او لإتفاق الطرفين وهو في العقود الادارية يتم بابلاغ هذا القبول كتابة الى صاحب العطاء متضمنا اعتماد عطائه وتكليفه بالتنفيذ)³ .

¹ - تنص المادة (99) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على انه : لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزداد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا.

² - المادة (97) من القانون أعلاه تنص على أنه :

1. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذان يعمل فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك.

2. ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليهما هذا القبول.

³ - احمد منصور ، مصدر سابق ، ص363.

وقد استمر القضاء المصري على هذا النهج ، ففي عبارات حاسمة ذهبت المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 688 لسنة 14 ق بجلستها المنعقدة في 1973/11/24 الى انه : من حيث ان الاصل ان القبول بوصفه تعبيراً عن الارادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه إليه ، وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاماً الا اذا علم الموجب بقبوله ، ولما كان المستفاد من استقراء الاوراق على ما سلف البيان ان جهة الادارة وان كانت قد قبلت العطاءات المنسوب صدورهما الى المدعى عليه على فرض انه قد تقدم بهما فعلاً الا ان القبول على التفصيل السابق لم يتصل بعلم المدعى عليه - ومن ثم فإنه لا يجوز التحدي في مواجهة المدعى عليه بانعقاد العقد ويمتنع تبعا لذلك أعمال آثاره والاستناد الى أحكامه لطرح العمليتين (الترخيص باستغلال بوفيه مراقبة تنظيم عابدين ، وعملية استغلال مقصف كازينو ناصر بكورنيش النيل) على حساب المدعى عليه بالمزايدة ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك.¹

ويشترط في القبول حتى ينتج أثره ليس التبليغ فحسب وإنما يأتي القبول في الوقت الذي يكون فيه الايجاب قائماً. وبصدد مفهوم التقاء القبول مع الايجاب فقد جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا ما نصه (... ومن حيث ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على ان القبول في العقود الادارية بوصفه تعبيراً عن الارادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه وبالتالي لايعتبر التعاقد تاماً الا اذا علم الموجب بقبوله وهذا ما يتفق مع ما نصت عليه المادة (91) من القانون المدني التي تنص على انه ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، كما تنص المادة (97) من ذات القانون على : يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك ... ومن حيث انه من المقرر ان يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد فإن انقضى الميعاد ولم يصل القبول فلا يصبح الإيجاب ملزماً بعد ان فقد ما توافر له من الإلزام ويسقط سقوطاً تاماً ، وهذا هو التفسير السليم للنصوص المتقدمة ولنية الموجب فهو يقصد ان يبقى إيجابه قائماً خلال المدة المحددة ما دام لجأ الى التحديد وهذا ما يتفق بوجه عام مع أصول الالتزامات بحيث لا يبقى الإيجاب مفتوحاً ومعلقاً طالما حدد بشروط وبمدة معينة).² على ان (إيجاب المتعهد لا يسقط بمجرد انقضاء مدة سريان العطاء ، ولكنه يبقى قائماً الى ان يصل الى علم الجهة الادارية طلب سحب التأمين المؤقت ، لان تركه التأمين بعد انقضاء مدة سريان عطائه يعتبر قرينة على قبوله استمرار ارتباطه بعطائه)³ و(يكون الايجاب صحيحاً ويرد عليه قبول صحيح)⁴ ، أما اذا جاء قبول الادارة غير مطابق لإيجاب المزايد، فإن المحكمة الادارية ، العليا عدت ذلك خطأ ترتكبه الجهة الادارية لأن قبولها الذي تضمنه الإخطار الذي صدر عنها لم يكن مطابقاً لإيجاب الشركة الذي تضمنه عطائها وبالتالي (فإن العقد لم ينعقد بينهما لتخلف التعبير عن إرادتين متطابقتين الامر الذي يحول دون إلزام الشركة بالعقد طبقاً لإخطار الترسية ومن ثم لا يكون هناك وجه لمصادرة التأمين الابتدائي المقدم منها لأن امتناعها

¹ - د. سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، ط 999 ، ص 314.

² - طعن رقم 680 لسنة 37 ق. ع جلسة 1993/4/13 أشار إليه ، حسن الفكهاني ، مصدر سابق ، ص 67.

³ - حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 3894 لسنة 44 ق جلسة 2001/3/27 ، اشار اليه، د. محمد ماهر، ك 1

ص 818.

⁴ - حكم الادارية العليا طعن 2229 لسنة 44 ق . ع جلسة 2000/5/16 أشار إليه ، د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص 182.

عن تنفيذ العقد وفقا لأخطار الترسية قام على أساس يبرره ولان هذا الإخطار لا يصلح أساسا لإلزامها ...¹.

ووفقا لأحكام القضاء المذكور يشترط في القبول حتى ينتج أثره أن يتم إبلاغه كتابة الى من رست عليه المزايدة وخلال مدة نفاذ العرض كما ذكرنا ، وبهذا الصدد تقول المحكمة الادارية العليا في مصر بأن (القبول بوصفه تعبيراً عن الارادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه ، وان الذي يعتد به في هذا الشأن هو العلم الذي يتم طبقاً للقانون او لاتفاق الطرفين وهو في العقود الادارية يتم بإبلاغ هذا القبول كتابة الى صاحب العطاء متضمناً اعتماد عطائه وتكليفه بالتنفيذ ... وبطبيعة الحال يجب إبلاغ القبول خلال المدة التي يكون العرض فيها قائماً حسبما تحدده شروط المزايدة بداءة او طبقاً لما يدخل عليها من تعديلات ارتضاها الطرفان)² ، على ان علم المتعاقد بقبول عطائه يتم إما (باستلامه لإخطار القبول او توقيعه على إيصال علم الوصول او امتناعه عن استلام الصورة او التوقيع على أصلها بالاستلام)³.

أما في العراق فإن الفقه لم يتفق على الوقت الذي تبدأ فيه التزامات الادارة ولا على التبليغ فيما اذا كان لازماً لإيصال العلم بالقبول ام لا .. فالبعض منه يرى بأن التزامات الادارة تبدأ من تمام العقد بالتوقيع عليه من قبل أطرافه⁴ ، ويرى البعض الآخر ان (الرابطه التعاقدية ما بين الادارة والمتعاقدين معها لا تبدأ الا من لحظة إبرام العقد) لكنه يعود فيقول ان (الرابطه التعاقدية .. لا تبدأ الا حينما يصل الى علم المتعاقد مع الادارة قبول هذه الاخيرة للعرض الذي تقدم به ، ثم يضيف بأنه (يبدأ نفاذ العقد من اللحظة التي يتم فيها التوقيع عليه من السلطة المختصة ، ومنذ هذه اللحظة تبدأ المدة المحددة للمتعاقد .. لتنفيذ التزاماته ...) على ان الادارة (تستطيع حتى لحظة التوقيع على العقد ان ترفض إبرامه مع المتعاقد الذي عينته لجنة البت اذا قدرت ان المصلحة العامة تستوجب ذلك ، ويترتب على ... عدم التوقيع على العقد عدم قيام الرابطه التعاقدية بين الادارة والمتعاقد ..)⁵ فيما يرى البعض الآخر بأن (قرار الإحالة ... لا يحتج به على صاحب العطاء أي لا يسري بحقه الا من تاريخ صدور الموافقة باعتماد الإحالة)⁶ ، بينما بدا البعض واضحاً في القول بأن (قرار لجنة البيع ليس الخطوة الاخيرة في التعاقد إنما هو اجراء تمهيدي لإختيار صاحب العطاء الافضل فهو لا يعدو ان يكون اختياراً مؤقتاً لا يصبح نهائياً الا بعد صدور قرار باعتماده من الجهة الادارية المختصة وبالتالي تبدأ التزامات الادارة التعاقدية من تاريخ هذه المصادقة)⁷ ، وان (إبرام العقد يبدأ تاريخه من تاريخ التصديق)⁸، كما ان (تصديق

¹ - حكم الادارية العليا طعن رقم 2363 لسنة 36 ق. ع جلسة 996/12/31 وحكمها رقم 3664 لسنة 36 ق . ع جلسة 1997/8/26 ، أشار إليهما ، حمدي الحلفاوي ، مصدر سابق ، ص171. حكمها في الطعن رقم 8312 لسنة 44 جلسة 2001/4/24 ، اشار اليه د. محمد ابو العينين ، العقود الادارية ، ك 4 ، ص517 .

² - طعن رقم 1242 لسنة 45 ق . ع جلسة 2001/1/9 ، أشار إليه ، د. محمد ماهر ، ك 1 ، ص818.

³ - فتوى ادارة الفتوى لرئاسة الجمهورية في قسم الفتوى بمجلس الدولة ملف رقم 265/93 في 2001/5/23 ، اشار اليها د. محمد ابو العينين ، العقود الادارية ، ك1، ص694.

⁴ - د. ابراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص131 و143.

⁵ - نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص173 وما بعدها.

⁶ - عبد المطلب الهاشمي ، مصدر سابق ، ص 136 و 138.

⁷ - د. عصمت عبد المجيد ، أحكام بيع وإيجار اموال الدولة ، مصدر سابق ، ص 41.

⁸ - د. حلمي مجيد محمد ، مصدر سابق ، ص75.

العقد يتم بقرار إداري تنشأ من تاريخ صدوره التزامات على عاتق الإدارة ومن تاريخ تبليغ من يحال عليه العقد بالنسبة للمتعاقد معها¹).

ونرى بأن اختلاف الفقه في تحديد بدأ التزامات الإدارة مع المتعاقد بين بدئها من تاريخ توقيع العقد أو تاريخ المصادقة أو تاريخ وصول العلم للموجب بقبول الإدارة يرجع الى اسباب منها ..

1- ان الفقه في العراق على حد علمنا لم يتناول بالبحث والدراسة موضوع المزايدات العامة على الرغم من قدم القوانين المنظمة لهذا الموضوع .

2- اذا ما تم بحث هذا الموضوع فإنه لم يأت مستقلاً وإنما مرافقاً لعملية البحث المركزة في موضوع المناقصات العامة فتقدم الأخيرة وتكون لها الأولوية في الجهد فيما تترك الأولى ليشار الى أحكامها من بعيد ، بحجة ان المزايدات العامة تطبق بشأنها احكام المناقصات متأثرين بأسلوب الفقه في مصر رغم ان الاخير مبرر له هذا الاسلوب لأن احكام المناقصات والمزايدات في مصر يحكمها قانون واحد واحكام واحدة وتجرى المزايدة في الغالب بطريق المظاريف المغلقة.

3- ان الطريقة الاصلية المعتمدة في العراق لبيع وإيجار أموال الدولة هي المزايدة العلنية تتم شفاهة بطريق المناداة واحكامها غالباً ما تبتعد عن احكام المزايدات بطريق المظاريف المختومة ، من حيث فترة سريان العرض واشتراط العلم بالقبول من عدمه وانعقاد المجلس بين حاضرين وليس بين غائبين وما يترتب عليه من قواعد متباينة⁰ بناء عليه نحاول توضيح هذه النقطة ونأمل أن تكون موضوع بحث لغيرنا يتولى التعمق بها بالشكل الذي يؤسس رأياً مستقلاً مستمداً من آراء الفقه وقواعد القانون وأحكام القضاء في العراق وكما يلي :

أ- ان عقد البيع او الإيجار يعد مبرماً من تاريخ صدور قرار الإحالة القطعية ، وان التزامات الإدارة تبدأ من ذلك التاريخ ، وهذا المبدأ يقرره المشرع العراقي في المادتين (13 و16) من القانون 32 لسنة 1986 اذ بموجبهما ألزم مشتري العقار او مستأجره بدفع بدل المبيع او بدل الإيجار خلال مدة (30) يوماً ابتداء من تاريخ الإحالة القطعية ، وللوزير او من يخوله سلطة تقديرية في جواز قبول تقسيط البدل من عدمه ، والمادة (29) عدت المزايد الاخير الذي رست عليه مزايدة بيع المال المنقول ناكلاً اذا لم يسدد بدل المبيع وكامل المصاريف خلال سبعة ايام من تاريخ الإحالة القطعية ، كما ان المادة (32) ألزمت مشتري المال المنقول باستلامه ونقله خلال المدة المذكورة وابتداء من تاريخ الإحالة القطعية.

ب- ان التعليمات التي أصدرتها الوزارات لتسهيل تنفيذ القانون تلزم المستأجر بتنظيم عقد الإيجار وتصديقه خلال مدة معينة تحتسب من تاريخ الإحالة القطعية وعدته ناكلاً عند انتهاء تلك المدة دون توقيعه العقد².

ج- اذا كان القانون وتعليماته قد أفصحا بشكل واضح دون ان يكون هناك مجالاً للتأويل بأن إبرام العقد بين الإدارة والمزايد الاخير يعد تاماً من تاريخ صدور قرار السلطة المختصة بإحالة المزايدة إحالة قطعية ، ولم يرد فيهما ما يلزم الإدارة بتبليغ قبولها ليصل الى علم من رست عليه المزايدة ، باستثناء ما ورد في البند(رابعاً/4) من

¹ - د. محمود خلف الجبوري ، ثم يعود فيقول (فلا يستطيع المشتري او المستأجر تملك او الانتفاع بالمال المنقول قبل صدور قرار التصديق ، لان العقد لا ينتج أثره القانوني الا بالتصديق عليه من الجهة المختصة ..) يلاحظ مؤلفه - العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص64 و83.

² - المادة (20) من تعليمات الحكم المحلي رقم 7 لسنة 1986.

المادة (39) من تعليمات وزارة الحكم المحلي رقم 7 لسنة 986 اذ نص على مسؤولية الجهة المختصة في تبليغ من رست عليه المزايدة ¹ 0 وهذا البند نراه ولد ميتا ، لأنه لم يلق بالا في التطبيق العملي ، ولم يتم تفعيله على الإطلاق ، ولأنه ورد مخالفا لنص القانون الذي يخلو من مثله ، لأن التعليمات لا تأتي ، بقواعد واحكام جديدة لم ترد في القانون ، وبالتالي فإن هذه التعليمات لا يعمل بها إلا بالقدر الذي تتفق فيه مع أحكام القانون رقم 32 لسنة 1986 ، أما عند الاختلاف فالعبرة بنص القانون وليس بالتعليمات المخالفة ² ، يضاف إليه أن المشرع لو قصد التبليغ كشرط لإتمام العقد لنص صراحة على ذلك ، مثلما فعل في السابق ³.

د - إن القانون المدني العراقي بوصفه القانون العام تطبق أحكامه على الحالات التي لم يرد بشأنها نص في القانون 32 لسنة 1986 وبالرجوع لهذه الأحكام يتضح :

1- ان التعاقد بطريق المزايدة السرية (المظاريف المغلقة) هو طريق لم يلجأ إليه المشرع العراقي الا نادرا يمر قبل إبرامه بمراحل إدارية متعددة ليس لزاما على صاحب العرض ان يحضرها ويتعذر عليه في الغالب ان يتتبعها وبالتالي تنطبق بشأنه قواعد التعاقد بين غائبين ، فهنا لا يكون العقد مبرما الا إذا تم التوافق بين الارادتين ارادة المزايد وإرادة الإدارة ، والقاعدة (ان التعبير عن الارادة لا يتم أثره الا اذا وصل الى علم من وجهت اليه هذه الارادة) وينبني على ذلك كما يقول السنهاوري (ان القبول وهو تعبير عن الارادة لا يتم أثره أي لا يتم به انعقاد العقد الا اذا وصل الى علم الموجب) ⁴ ، وهذا التعبير هو الذي تم بموجبه صياغة نص المادة (87) من القانون المدني العراقي الحالي اذ نصت على أنه (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك ، ويكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما). وهذا يعني ان المشرع العراقي حاله حال المشرع المصري قد تبنى في المزايدات السرية نظرية علم الموجب بالقبول ، اذ ان التعاقد بين غائبين يتم في وقت علم الموجب بالقبول ، وذلك استنادا الى ان القبول تعبير عن الارادة لا ينتج اثرا قانونيا الا اذا علم به من وجه اليه 0

2- أما التعاقد بطريق المزايدة العلنية ، فان المادة (89) من القانون المدني قد عالجته حينما نصت على أنه : (لا يتم العقد في المزايدات الا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلا او بإقفال المزايدة دون ان ترسو على أحد، هذا مع عدم الإخلال بالاحكام الواردة في القوانين الاخرى) . وهذه المادة بطبيعة الحال تفترض ان المتعاقدين يضمهما مجلس واحد ، بحيث أنه في المزايدات العلنية هناك إيجاب يصدر من المزايد يقبله قبول مؤقت يتمثل بإحالة (إرساء) المزايدة من قبل لجنة البيع والإيجار ، الا انه لا يصبح نهائيا الا

¹ - نص البند رابعاً 4/ من المادة (39) على : تكون الجهة المختصة مسؤولية ومكلفة بما يلي : ... 4- تبليغ من رست

عليه المزايدة أما شخصياً أو بالبريد المسجل بالعنوان الذي وضعه على قائمة المزايدة

² - محكمة التمييز في العراق ، قرار رقم 1804 / ادارية ثانية / 987 في 1987/9/28 ، غير منشور.

³ - المادتين (4/7) و(5/16) من قانون بيع وإيجار الاملاك العائدة للحكومة رقم 34 لسنة 1936 نصتا على انه عندما تتلقى السلطة الادارية موافقة وزارة المالية على الإحالة ، عليها ان تبليغ المشتري والمستأجر بذلك وتطلب إليهما دفع البذل الذي رست به المزايدة بعد تنزيل مبلغ التأمينات الى الخزينة خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغهما.

⁴ - سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد 1962 ، ص 87.

بعد تصديق السلطة المختصة ، وبالتالي فإن العلم يتوافر لدى الطرفين ولا يشترط تبليغ قبول الادارة للمزايد ، ويعد العقد قد أبرم من تاريخ صدور ذلك القبول لتوافق إرادتي الطرفين ، ويكون للتعبير عن الارادة وجودا فعليا وقانونيا وبه يتم انعقاد العقد.

هـ- لم يكن المشرع العراقي وحده الذي عد العقد تاما من تاريخ صدور قرار الإحالة القطعية بل سايره في ذلك القضاء العراقي ايضا ، ففي قرار لمحكمة التمييز صدر بتاريخ 1992/6/28 عد فيه المستأجر الذي أحيل عليه إيجار العقار بالمزايدة العلنية ملزما بدفع بدل الإيجار والمصاريف خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإحالة القطعية دون حاجة الى التبليغ فاذا تخلف عن ذلك كان للدائرة عرض المأجور على المزايد قبل الاخير¹ ، وفي قرار آخر صدر حديثا بتاريخ 2000/8/5 جاء فيه (ان البيع بالمزايدة العلنية الذي يجريه القضاء والدوائر الرسمية باتا من تاريخ الإحالة النهائية - القطعية -)² ، فيما قررت محكمة بداءة كركوك رد الدعوى التي أقامها المزايد الناكل وطلب فيها إبطال إجراءات المزايدة وإلغاء قرار حجز أمواله ، لان بلدية كركوك لم تبلغه بقرار الإحالة القطعية ، وقد أيدت محكمة الاستئناف قرار الرد إلا أن محكمة التمييز بقرارها المؤرخ في 2000/7/18 نقضت قرار محكمة الاستئناف وجاء في قرار النقض ان (الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المميز يدعي بطلان اجراءات المزايدة وبالتالي اعتباره ناكلا عن الإيجار وان محكمة الاستئناف لم تتحقق من هذه الجهة بالرجوع الى اضبارة العقار موضوع الدعوى الخاصة بالدائرة المعنية لتطلع على الاجراءات المعتمدة فيها الخاصة بالمزايدة والנקول ، وهل تم عرض العقار على المزايد الاخير الذي كف يده قبل المزايد الناكل - المميز - قبل إجراء المزايدة مجددا وذلك وفق ما نصت عليه المادة التاسعة عشرة من القانون 32 لسنة 1986 وفي ضوئه تمضي برؤية الدعوى وتصدر حكمها فيها لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها لإتباع ما تقدم (...)³ ، وبالتالي فإن المحكمة لم تناقش موضوع تبليغ المدعي بقرار الإحالة من عدمه وركزت على موضوع عرض المال على المزايد الثاني ام لا قبل ان تعلن عنه مجددا.

ونقدر الاتجاه الذي سلكه المشرع والقضاء العراقي إذ عدا العقد مبرما من تاريخ الإحالة القطعية دون ان يشترط تبليغ المزايد بقبول الادارة ، ونراه اتجاهاً صحيحا لإعتبارات نذكر منها :

- 1- ان التبليغ كما حكم مجلس الدولة الفرنسي لا يعد قرارا اداريا ، وبالتالي لا يمكن عده من مكونات التعبير عن ارادة الجهة الادارية .
- 2- اذا اشترطنا ان القبول لا ينتج أثره الا اذا تبلغ به المزايد ، ربما نفتح الباب امام تعسف من جانب الادارة فيكفي بعد ان تقرر الإحالة القطعية ان لا تبلغ من رست عليه المزايدة ، دون ان يحق لهذا الاخير ان يثير مسؤوليتها التعاقدية ، لان العقد لا يكون قد أبرم بعد.

¹ - محكمة التمييز ، قرارها رقم 563 / 1 م / 992 ، غير منشور.

² - محكمة التمييز ، قرارها رقم 2287 / 1 م / 2000 ، غير منشور.

³ - محكمة التمييز ، قرارها رقم 1062 / 1 م / 2000 ، غير منشور.

- محكمة استئناف التأميم ، قرارها رقم 354 / 1 م / 2000 في 999/8/12 ، غير منشور.

- محكمة بداءة كركوك ، قرارها رقم 727 / ب / 996 في 999/5/2 ، غير منشور.

3- ان إعطاء التبليغ هذا الأثر يمكن ان يسهل من امكانية التحايل على الادارة من جانب المزايد صاحب الضم الاخير ، وذلك من خلال التلاعب باجراءات التبليغ ، وإثباته لاحقاً انه لم يتلق قرار القبول ، مما ينفي قيام أي علاقة تعاقدية بينه وبين الادارة مع ما تكبدته الادارة من وقت ونفقات في سبيل إبرام العقد .

المبحث الثاني

إلغاء المزايدة ونكول المزايد الأخير

إذا كانت السلطة المختصة بالتعاقد ذات اختصاص مقيد في التعاقد مع المزايد الذي عينته لجنة البيع والإيجار إلا إن ذلك يقابله اختصاص تقديري للإدارة في إلغاء المزايدة حتى لا تجبر على التعاقد مع شخص لا ترغب به ، كما إن المزايد الأخير (المتعاقد المؤقت) يمكن له بعد تلقيه قبول الإدارة أن يعدل عن قبول قرارها بالمصادقة ويمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع بدل الشراء أو الاستئجار خلال المدة التي يحددها القانون فيعد ناكلاً تتعرض تأميناته للمصادرة ويعوض الإدارة عن الضرر الذي أصابها من جراء هذا النكول ، وسوف نتناول موضوع إلغاء المزايدة ونكول المزايد الأخير في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء المزايدة

إن غاية الإدارة في اتباع إجراءات المزايدة من بدايتها وحتى نهايتها هو التعاقد مع المزايد صاحب أعلى سعر يحقق صالح الخزينة وفقاً للشروط المعلن عنها وحسب ما تقدره جهة الإدارة ، ولكن إذا بلغت هذه الإجراءات منتهاتها فإن جهة الإدارة غير ملزمة بالتعاقد مع من عينته اللجنة ، إذ ترك القانون لتلك الجهة سلطة تقديرية فهي وإن كانت تلتزم بالألا تتعاقد إلا مع من أحييت بعهدته المزايدة إلا أنها تمتلك ألا تتعاقد مطلقاً¹ ، فتقرر إلغاء المزايدة ، ولهذا الإلغاء حالاته ولقرار الإلغاء طبيعته ، وهذا ما سوف نبحثه تباعاً .

الفرع الأول

حالات إلغاء المزايدة

من المبادئ الأساسية المسلم بها في مجال إبرام العقود الادارية في الفقه والقضاء الاداريين إن للجهة الادارية الحق في العدول عن إتمام العقد وإلغاء المزايدة اذا قدرت ان اعتبارات المصلحة العامة تقتضي ذلك ، فإذا كانت الجهة الادارية المختصة بإبرام العقد مقيدة بإختيار المتعاقد الذي عينته لجنة البيع او الإيجار إذ تلتزم بالتعاقد معه اذا رأت إتمام العقد ، إلا ان اختصاصها هذا تقديري ، فلها العدول عن إبرام العقد معه بأن تلغي المزايدة² ، فمثلاً في فرنسا قضى مجلس الدولة بان الوزير برفضه اعتماد إرساء المزايدة لم يفعل ألا مباشرة سلطاته المستمدة من القوانين واللوائح ، كما أكد القضاء الفرنسي منذ سنة 1830 عدم التزام الإدارة بتسبيب قراراتها الصادرة برفض اعتماد المزايدة ثم استقر قضاؤه بعد ذلك على هذا المبدأ³ ، وقد ذهب البعض إلى تبرير هذه السلطة بأن الإدارة لا تستطيع أن تتحمل فرض متعاقد عليها خصوصاً وإن المتعاقد يعد معاوناً لها في إدارة المرفق العام ، ولذلك حُولت سلطة الاعتراض

¹ د- سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، ج2 ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، ط1 ، 1996 ، ص747.

د- طعيمة الجرف - القانون الإداري - دراسة مقارنة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1963 ، ص393.

² د- نواف كنعان ، النظام القانوني لإبرام العقود الادارية - دراسة مقارنة وتطبيقية في الاردن ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون - الجامعة الاردنية ، عمان ، ع2 ، 1998 ، ص476.

³ د- أحمد عثمان عياد - مصدر سابق ، ص176.

على شخص المتعاقد ، كذلك لها حق الاعتراض على مدى ملائمة العقد ذاته ، إذ قد تتغير مقتضيات الصالح العام مع الزمن ويصبح التعاقد غير متفق مع مصلحة المرفق أو مع المصلحة المالية للإدارة¹ . وفي مصر فقد استقر الفقه على أن الإدارة إذا كانت سلطتها مقيدة فإن ذلك لا يمنحها حق التعاقد إلا مع من حددته لجنة البت ، إلا أن هذه السلطة المقيدة يوازنها حق خطير للإدارة هو سلطتها التقديرية في عدم إتمام التعاقد والعدول عنه بإلغاء المزايدة حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله ، أو إذا تبينت ملائمة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة أو المصلحة المالية أو المصلحة الإدارية² . وهكذا فإن الأمر قد استقر على تخويل الإدارة سلطة العدول عن إبرام العقد ، وليس من شك في أن ذلك يعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري³ ، وضرورة من ضرورات حسن سير المرفق العام قد يقتضيها تحقيق الصالح العام الذي قد يضار من جراء التعاقد ، ولا غضاضة في ذلك ما دامت الإدارة في نهاية الأمر يخضع قرارها برفض التصديق لرقابة القضاء بالإلغاء لتجاوز السلطة ، إذ يمكن ردها إلى جادة الصواب لو راودها الخطأ⁴ .

ومما يجدر الإشارة إليه هنا إن عدول الإدارة عن التعاقد يختلف عن نكول الإدارة عن وعدها بالتعاقد⁵ . فالعدول يقتضي أن تبدأ الإدارة في استيفاء القيود والإجراءات السابقة على التعاقد ثم تعدل بعد ذلك عن إتمام العقد لسبب أو لآخر ، أما عدول الإدارة عن وعدها بالتعاقد فلا ينطوي على البدء في هذه الإجراءات كأن تؤجر الإدارة عقاراً لأحد الأفراد مع تعهدها ببيعه له في المستقبل ، وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الوعد بالتعاقد في القانون الإداري يمثل عقداً مستقلاً وملزماً متى توافرت له الشروط اللازمة لقيام العقد وسلامته⁶ ، فاصبغ عليه الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد في القانون الخاص ، وعليه فإذا نكلت الإدارة عن وعدها بالتعاقد ترتب على ذلك مسؤوليتها العقدية . والواقع إن هذا القول ليس له مستقر في الفقه والقضاء إذ ذهب جانب من الفقه إلى تبرير عدم دقة هذا القول من خلال :

أولاً - وجوب التمييز بين قواعد القانونين الخاص والإداري بهذا الصدد ، فبينما تتوافر إرادة الالتزام بين الطرفين في القانون الأول فهي لا تتوافر في الثاني بل تتخذ فقط صورة وعد صادر بالإرادة المنفردة ولا يكون من شأنه ترتيب أي التزام عقدي في حق الإدارة ، إذ إن توافق الإرادتين وهو العنصر الجوهري في فكرة العقود ينتفي من أحكام الوعد إذ يلتزم الواعد بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد⁷ .

¹ Quancard . M, op.cit ، p ، 175.

² د- سليمان الطماوي - الأسس العامة ، ط91 ، ص321.

³ د- أحمد عثمان عياد - مصدر أعلاه ، ص177.

⁴ د- محمد ماهر أبو العينين ، ك3 ، مصدر سابق ، ص302.

⁵ يشترط قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الوعد بالتعاقد حتى يصبح ملزماً ما يلي :

أ- يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد وليس مجرد مشاورات مبدئية.

ب- أن لا يكون إبرام العقد النهائي قد علق على شروط لم تتحقق من الناحية العملية ، لأن تلك الشروط تعد ضرورية في التعاقد ويكون العقد لو تم موقوفاً على تحققها .

ج- يجب أن يكون الوعد بالتعاقد قد صدر من الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد النهائي .

أنظر : د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط91 ، ص369 ، د- خلف محمود الجبوري ، العقود الإدارية ، مصدر سابق هامش ، ص66 ، وأما شروط الوعد بالتعاقد في القانون الخاص فهي (اكتمال أركان العقد أولاً وتعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعد به ثانياً وتحديد مدة الوعد ثالثاً وتوافر الشكل الخاص بالعقد النهائي رابعاً) وحول تفاصيل تلك الشروط ، أنظر : د- أحمد شوقي عبد الرحمن - النظرية العامة للالتزام - العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، 2004 ، ص69 وما بعدها .

⁶ د- سليمان الطماوي - المصدر أعلاه ، ص369 .

⁷ د- محمد أبو العينين ، العقود الإدارية ، ك3 ، ص304.

ثانياً - إن المنطق لا يؤيد الطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد في القانون الإداري ، لأن الإدارة لها سلطة العدول عن إبرام العقد بالرغم من استيفاء العديد من الإجراءات السابقة على التعاقد التي ارتبطت بها مع المرشح للتعاقد ، ومن غير المنطقي أن تُلزم الإدارة بإبرام العقد الذي وعدت بإبرامه ، وإن ثُرتب مسؤوليتها العقدية على عدولها عن هذا الوعد فتصل بذلك إلى نتيجة غير منطقية وهي عدم مسؤولية الإدارة عقدياً في مواجهة المرشح للتعاقد الذي اتخذت حياله الإدارة بعض الإجراءات فدعته للتعاقد وفحصت عطائه مقابل مسؤوليتها العقدية تجاه من وعدته بالتعاقد .

ثالثاً - إن الصالح العام يقتضي عدم ترتيب مسؤولية الإدارة عقدياً عند عدولها عن وعدتها بالتعاقد ، فقد تتبدل الأوضاع أو تتغير الظروف التي دعت إلى إصدارها وعداً بالتعاقد ، ولا مجال هنا للاعتداد بالطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد في القانون الخاص لاختلاف الروابط القانونية بين صفتي القانونين ¹.

ونرى بأنه في ظل غياب الطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد في مجال القانون الإداري فإن الموعود له إذا ما قام بأعمال نافعة أثرت من ورائها الإدارة ، فإن تطبيق نظرية الإثراء دون سبب هي السبيل لحمايته شرط أن تكون تلك الأعمال قد تمت برضاء الإدارة الصريح أو الضمني ، ولا شك أن غياب الرابطة العقدية هنا يجسد وجود ركن انعدام السبب القانوني للإثراء .

أما في العراق فإن سلطة المصادقة على قرار الإحالة تخضع للاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة ، وهي سلطة تقديرية للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله ، ومن ثم فلا يجوز إلزامه بالمصادقة على قرار الإحالة ² ، ولكن هذه السلطة تخضع لرقابة القضاء في حال مخالفتها لمبدأ المشروعية ، فالقاضي يراقب هدف الإدارة من قرارها بالإلغاء أو إذا كان الإلغاء نتيجة خطأ في تطبيق القانون ، كما أنه يراقب صحة أسباب امتناعها عن التعاقد ³.

ولكن إذا كانت الإدارة لها سلطة إصدار القرار بإلغاء المزايدة ، فما هي حالات الإلغاء ومن هي السلطة المختصة به ؟

الحقيقة إن المشرع يتدخل أحياناً ليحدد تلك الحالات ويلزم الإدارة في حال توافرت إحداها بأن تمتنع عن تصديق نتائج المزايدة ويترك للإدارة مجالاً لأعمال سلطتها التقديرية لتقرر إلغاء المزايدة أو إتمام التعاقد ، وأحياناً لم يورد المشرع نصاً يحدد فيه تلك الحالات ، فتلجأ الإدارة إلى إلغاء المزايدة أو إكمال إجراءاتها بشكل نهائي بمقتضى سلطتها التقديرية مع خضوعها بطبيعة الحال لرقابة القضاء في حالتي الإبرام أو الإلغاء معاً.

والمشرع المصري مثلاً سلك الاتجاه الأول إذ نص صراحة على حالات الإلغاء الوجوبي وحالات الإلغاء الجوازي وفي كلا الحالتين منح الإدارة سلطة تقديرية تمكنها من اختيار الحالة الأفضل والأكثر فائدة للخزينة وحتى لا تجبر على أن تتعاقد حتماً ، وهذا الإلغاء يأتي أحياناً قبل أن تصدر لجنة البت (البيع والإيجار) قرارها وأحياناً يتم الإلغاء بعد البت في المزايدة ، على إن الإدارة تترتب عليها التزامات معينة في حال قررت إلغاء المزايدة .

وقد أشار القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 إلى ذلك إذ نصت المادة (35) منه على أنه (تلغى المزايدة قبل البت فيها إذا استغني عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك أو لم

¹ د- محمد ماهر أبو العينين ، ك3 مصدر سابق ، ص305.

² د- عصمت عبد المجيد ، أحكام بيع وإيجار أموال الدولة ، مصدر سابق ، ص42.

³ د- محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية ، ص65.

تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية ، كما يجوز إلغائها إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط ..) .

وبالتالي فإن القانون قد أوجب على الإدارة إلغاء المزايدة في حالات معينة ، وأجاز لها الإلغاء أو إتمام التعاقد في حالة واحدة .

1 - الإلغاء الوجوبي .

ويكون في ثلاث حالات ¹ :

الحالة الأولى : أن تقتضي المصلحة العامة ذلك .

إذا كان القانون قد الزم الإدارة بإلغاء المزايدة لتحقيق الصالح العام ، ألا أنه ترك لها المجال واسعاً كي تمارس سلطتها التقديرية ، لأن تقدير المصلحة العامة أمر تتركض فيه السلطة المختصة بالجهة الإدارية ، ويخضع لتقديرها ، بيد أنه يجب أن يكون قرارها بالإلغاء قائماً على أسس سليمة وغير مشوب بالتعسف أو الانحراف ، وتخضع في ذلك لمراقبة القضاء الإداري ، ويجب أن يكون قرارها بالإلغاء مسبباً وفقاً لاشتراط المادة (35) من القانون رقم (89) لسنة 1998 والمادة (127) من لائحته التنفيذية ، في حين لم ينص القانون العراقي صراحة على حالات الإلغاء ولم يشترط في قرار عدم التصديق أو إتمام العقد أن يكون مسبباً ، وهنا (يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كأجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان انعقاده فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها إلا إذا ألزمها القانون بذلك وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وألا كان معيباً بعبء شكلي ، أما إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزمها ذلك كأجراء شكلي لصحته ، بل ويحمل القرار على الصحة وذلك حتى يثبت العكس ، ألا إن القرار إذا كان تسببياً لازماً كأجراء شكلي أم لم يكن يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون وكلما الزم المشرع صراحة في القوانين واللوائح جهة الإدارة بتسبب قراراتها وجب ذكر هذه الأسباب التي بني عليها القرار جلية حتى إذا ما وجد فيها صاحب الشأن مقنعاً بقبولها ، وألا كان له أن يمارس حقه في التقاضي وسلوك الطريق الذي رسمه له القانون) ² ، إذن (الأصل في القرارات الإدارية صحتها وأنها بذاتها دليل على الصحة وعلى توافر الأركان القانونية الموجبة للصحة وإن الغاية فيها المصلحة العامة ما لم يقدم المتضرر من القرار الإداري عكس هذه القرينة ، ومن ثم يكون عبء الإثبات عليه ، وعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها وهو ما يقابل ركن الغاية في القرار من العيوب القصدية في القرار الإداري ويقوم حيث يكون لدى الإدارة قصد الإساءة أو الانحراف بحيث تهدف من القرار قصداً آخر غير المصلحة العامة كالانتقام من شخص أو محاباة آخر على حسابه وعلى ذلك فإن هذا العيب على عاتق من يدعيه بأن يقوم الدليل عليه حيث لا يمكن افتراضه لارتباطه بسلوكيات الإدارة) ³ ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر سلطة الإدارة في العدول عن إبرام العقد متى رأت أن المصلحة العامة تقتضي عدم إبرامه إذ تقول (...ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد ، فإذا رأت أن تبرمه فأنها تلتزم بإبرامه مع المزايدة الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المزايد ، ولا تستبدل غيره به ، ألا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي

¹ - بخصوص إلغاء المزايدة انظر : د- حسن محمد حسن ، مصدر سابق ، ص163 ، د- عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص245 ، أحمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص178 ، د- عبد الغني بسيوني ، النظرية العامة ، ص551 ، أحمد منصور ، ص348 عبد المطلب الهاشمي- النظام القانوني ، ص151 وما بعدها ، د- أحمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص114

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن 6206 لسنة 45 ق . ع جلسة 2001/12/8 ، سابق الإشارة إليه .

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1005 لسنة 44 ق40 جلسة 2001/11/27 مذكور في (مجلة المحامين - القاهرة ، ع3/2003 ، ص303)

حق هذه الجهة في عدم إتمام التعاقد وفي العدول عنه إذا ثبت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة¹.

والهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في العراق أقرت هي الأخرى بسلطة الإدارة التقديرية في إلغاء المزايمة ، إذ أكدت على إن المصادقة على قرار الإحالة تخضع للاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة وهي سلطة تقديرية للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله ومن ثم لا يجوز إلزامهم بالمصادقة على قرار الإحالة² ، كما ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول بأنها لا تختص بإلزام المختص بالمصادقة على الإحالة نتيجة المزايمة لأن ذلك يخضع لسلطته التقديرية³ ، ولكن قرار إلغاء المزايمة إذا كان فيه إساءة في استعمال السلطة فإنه لن يكون بعيداً عن رقابة القضاء ، وفي هذا الصدد قررت محكمة القضاء الإداري في العراق إلغاء قرار وزير الداخلية بإلغاء المزايمة في قضية ملخصها إن لجنة البيع والإيجار قررت إحالة بيع قطعة أرض بالمزايمة العلنية تعود إلى إحدى البلديات وبعد رسو المزايمة بعهدة المزايد الأخير فإن الوزارة المذكورة لم تصادق على قرار الإحالة وقررت إلغاء المزايمة والسير في إجراءات البيع مجدداً ، ألا إن المزايد بعد تظلمه بادر إلى الطعن في قرار الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري التي قررت بعد نظر الدعوى إلغاء قرار الإلغاء وجاء في قرارها أن (... إعادة المزايمة ورسوها في المرة الثانية على مشتري جديد غير المدعي وبذات السعر أمر ينطوي على أكثر من سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة (7/ ثانياً/هـ) من قانون مجلس شورى الدولة ومن هذه الأسباب الخطأ في تطبيق القانون وذلك يبدو واضحاً من عدم اعتبار المبلغ المدفوع كتأمينات هو التأمينات القانونية المطلوبة وزيادة عليها ، وهناك سبب آخر هو التعسف في استعمال السلطة ، لأن القانون وإن أجاز للموظف الإداري أو منحه سلطة في إصدار القرار والمصادقة أو الرفض ، ألا أنه الزم بأن يكون ذلك دون تعسف ، والتعسف واضح في القرار المطلوب إلغاؤه حيث لم يكن هناك سبب قانوني لإعادة المزايمة في جانب ولأن أعادتها لم توفر للدولة أي ربح أو زيادة على المبلغ الذي رست به المزايمة ، كما إن القرار المطلوب إلغاؤه لم يكن يستند إلى سبب واضح ...)⁴.

ومما يمكن ملاحظته في هذا المجال :

أ- إن المحكمة راقبت قرارات الإدارة التي تتخذها بمقتضى سلطتها التقديرية ، وراقبت غاية القرار وسببه والخطأ في تطبيق القانون ، وهذه هي المهمة التي نيّطت بها من أجل أن تحترم الإدارة مبدأ الشرعية⁵.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 736 لسنة 28 ق جلسة 1988/5/14 ، أشار إليه د. محمد ماهر ، العقود الإدارية ، ك 3 ، ص 304.

² - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 16/أداري - تمييز 995/ في 995/2/19 .
قرار الهيئة لمجلس شورى الدولة رقم 53/أداري - تمييز 997/ في 997/9/14 ، القرارين أشار إليهما د. غازي فيصل مهدي ، موقف القضاء العراقي من السلطة التقديرية للإدارة ، مصدر سابق ، ص 72.

³ - قرار محكمة القضاء الإداري : 90/ق. أ / 92 في 992/6/6 مذكور في مجلة العدالة ، بغداد ع 2 ، 999 ، ص 101.

⁴ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم 52/ق . أ / 997 في 1998/3/30 غير منشور وأيضاً قرارها رقم 78/ق . أ / 994 في

1996/5/2 سبق الإشارة إليه .

⁵ - مبدأ الشرعية لم يعد يعني مجرد احترام القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية بل أصبح يشمل أيضاً احترام القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء كان مصدر هذه القواعد لوائح عامة أم كان مصدرها قرارات فردية ، ويكاد يكون هناك إجماع على تفسير الشرعية بهذا المدلول الواسع سالف الذكر الذي يدخل ضمن عناصرها أو مصادرها إلى جانب الدستور والقانون ، القرارات الإدارية بنوعها التنظيمية والفردية . حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، طعن رقم 3892 لسنة 41 ق . ع جلسة 2001/11/24 مذكور في مجلة المحاماة المصرية

ب- يلاحظ على القضاء الإداري في العراق ترده بشأن فرض رقابته على سلطة الإدارة التقديرية ، ففي قرار للهيئة العامة لمجلس شوري الدولة صدر بتاريخ 1995/2/19 عدت فيه (سلطة الوزير المختص المنصوص عليها في المادة (11) من القانون 32 لسنة 1986 سلطة تقديرية خاضعة لاعتبارات المصلحة العامة ولا رقابة للقضاء عليها)¹ ، وفي قرار آخر أكدت الهيئة على إن المصادقة على معاملة البيع تخضع لسلطة الوزير التقديرية رغم توافر الشروط المطلوبة للاشتراك في المزايدة ورسوم المزايدة على المدعية مما لا يصح معه إلزام المدعى عليه (وزارة الداخلية) بالمصادقة وإن قرار محكمة القضاء الإداري لم يلتزم بوجهة النظر القانونية التي أبدتها الهيئة فقررت الأخيرة نقض قرار المحكمة² . وأتينا ندعو إلى تحقيق دعوة من سبقونا بأن يحسم القضاء الإداري العراقي موقفه ويترك ترده بأن يفرض رقابته على القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، لأن الإدارة لم تعد في الدول التي استقر قضائها الإداري بعيدة عن رقابة هذا القضاء بل يبسطها كل البسط ويفتش ويبحث بدقة عن هدف القرار فإذا ما وجده مشوباً بعيب الانحراف قام بإلغائه ، خاصة وأن قانون مجلس شوري الدولة قد جعل الانحراف في استعمال السلطة عيباً مستقلاً من عيوب القرار الإداري ، لأن فرض تلك الرقابة وإلغاء القرار المعيب فيه صيانة لحقوق الأفراد وحياتهم وتطهير للنظام القانوني في الدولة من القرارات الإدارية المعيبة³ .

ع3/2003 ، ص300 .

¹ - قرار الهيئة لمجلس شوري الدولة رقم 16/ الإداري - تمييز 995/ في 1995/2/19 سبق الإشارة إليه .

² - قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رقم 15/ أداري - تمييز 992/ في 992/3/11 غير منشور .

³ - د- غازي فيصل مهدي ، موقف القضاء الاداري العراقي من السلطة التقديرية ، مصدر سابق ، ص79.

الحالة الثانية : الاستغناء عن المزايدة نهائياً .

ويتقرر أيضاً إلغاء المزايدة إذا قررت السلطة المختصة الاستغناء عنها بشكل نهائي ، أما لأن الإدارة لم تعد بحاجة إلى بيع أو أيجار المال ، وأما لأنها استغنت عن المزايدة كطريق لا يحقق مبتغاها فتستبدله بطريق آخر للتعاقد ، وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن المقصود بالاستغناء (أما تبين عدم الحاجة إلى المواد ، أو الاستغناء عن المزايدة العامة كوسيلة للحصول عليها ، لأن غير هذه الوسيلة قد يكون أصلح من وجهة المصلحة العامة)¹ ، كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في جلسته 1960/1/5 بأنه (لا نزاع في إن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقد بعد فحص العطاءات وإرسائها ... ذلك إن طرح المزايدة في السوق ، وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها على صاحب أفضل عطاء كل ذلك ما هو ألا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ومن ثم فهي تملك كلما رأت إن المصلحة العامة تقضي بذلك إلغاء المزايدة والعدول عنها ، دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عند عدم إبرامه)² .

ولكن إذا قامت الإدارة بالاستغناء عن المزايدة ، ثم أعلنت عنها بعد ذلك من جديد عن ذات الأموال ، أو كان الإلغاء يرجع إلى رغبة الإدارة في تمكين أحد الأشخاص من الدخول في المزايدة لم يشترك فيها أول مرة ، فهنا تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يستوجب مسؤوليتها التقصيرية ، ولهذا فإن المشرع المصري قد اشترط أن يكون قرار الإلغاء مسبباً ، حتى يتمكن القضاء من مراقبة أسباب الإلغاء ، وحتى لا تضيع حقوق الأفراد المتقدمين للمزايدة سدىً فإذا صدر القرار غير مسبب كان غير مشروع ويشكل ركن الخطأ في جانب الإدارة³ ، وندعو المشرع العراقي إلى إلزام الإدارة بتسبيب القرارات التي تصدرها في مجال المزايدات العامة .

الحالة الثالثة : إذا كان بدل المزايدة أقل من القيمة التقديرية .

إن القانون الحالي في مصر رقم 89 لسنة 1998 لم يساير ما ذهب إليه المشرع في القانون السابق رقم 9 لسنة 1983 حينما فرض الأخير على لجنة البت عند إجراء المزايدة أن تراعي سعر السوق⁴ . وقد صدرت في حينه أحكاماً قضائية عديدة عن المحكمة الإدارية العليا ، تقرر فيها للإدارة سلطة إلغاء المزايدة وأعادتها للوصول إلى ثمن أعلى حتى ولو كان البديل في المزايدة الملغاة يتجاوز القيمة الأساسية⁵ ، في حين إن المادة (35) من القانون الجديد والمادة (117) من اللائحة أوجبت إلغاء المزايدة إذا لم تصل المزايدة إلى القيمة الأساسية مؤكداً المشرع على أهمية هذه القيمة التي حددتها لجنة التثمين ، واتجاه المشرع في القانون الحالي يتفق مع حكم المحكمة الإدارية العليا الذي كان قد صدر في 1969/2/1 إذ قضت فيه (... إذا لم تقم بالمزايدة إحدى الحالات التي تجيز إلغاؤها وفقاً لأحكام القانون ، فإنه ما كان يجوز إلغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيداً لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى بل كان يتعين وفقاً لأحكام القانون ... اعتماد إرسائها على المدعي ما دام قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه بإكمال التأمين المقدم منه ... ويكون القرار الصادر بإعادة المزايدة وما ترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا ، رقم 213 في 960/2/13 ، أشار إليه (أحمد منصور ، مصدر سابق ، ص 350 .

² - د- محمد ماهر ، العقود الادارية ، ك1 ، ص 836.

³ - حمدي حسن الحلفاوي - مصدر سابق ، ص 189.

⁴ - تنص المادة (29) من القانون رقم 9 لسنة 1983 على أنه (يجب عند البت في العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو خارجياً ... كما يجب الاسترشاد أيضاً بأسعار السوق ...)

⁵ - أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون المرقمة : 2848 لسنة 33 ق . ع جلسة 1995/1/8 ، 1266 لسنة 33 ق . ع جلسة 996/11/26 ، 2657 لسنة 37 ق . ع جلسة 1996/12/31 ، أشار إليها ، حسن الفكاهاني ، مصدر سابق ، ج 49 ، ص 105 ، 107 ، 113 . وطعن رقم 1505 لسنة 29 ق . ع جلسة 1986/11/29 أشار إليه ، حمدي الحلفاوي - مصدر سابق ، ص 198.

على غير المدعي مخالفاً للقانون ...¹ . أما في العراق فإن الحال يختلف عما هو عليه في مصر إذ إن المزايدة التي تُجري لأول مرة إذا لم يبلغ بدلها القيمة التقديرية فأنها تلغى وتمدد لفترة أخرى على أن يعلن عن بيع المال أو إيجاره مجدداً ولمدة 15 يوم تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان في الصحيفة المحلية² ، وفي المزايدة الثانية التي جرت نتيجة التمديد فإن السلطة المختصة لم تعد ملزمة بالقيمة المقدرة فيمكن لها إن تنزل عنها بنسبة معينة أو أن لا تنقيد بها أصلاً ، ويختلف الحال فيما إذا كان المال المعروض بالمزايدة عقاراً أو منقولاً فإذا كان المال غير منقول فإن لجنة البيع والإيجار تستطيع أن تبيعه أو تأجره أي تقرر إحالته على المزاد إذا بلغت قيمة العرض نسبة لا تقل عن 80% من القيمة المقدرة ، فإذا لم يبلغ البديل المعروض هذه النسبة يتم إلغاء المزايدة على أن يعاد تقدير المال غير المنقول مرة ثانية ومن قبل لجنة تضمين أخرى غير لجنة التقدير الذي حددت القيمة المقدرة أول مرة³ ، أما في حال بيع المال المنقول ، فإن اللجنة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة إذ بإمكانها بيع المال في المزايدة الثانية بأي سعر يتقدم به المزاد الأخير بغض النظر عن القيمة المقدرة له ، ولها أن تقرر عدم الإحالة إذا كانت لا تحقق المصلحة العامة ، وللجنة أيضاً أن تقرر إلغاء المزايدة إذا قدرت إمكانية الاستفادة من المال في الصناعات التحويلية على أن يصادق المختص بالاعتماد على قرار الإلغاء ، أما إذا قررت الإدارة تمديد المزايدة للمرة الثانية فأنها تستطيع بيع المال المنقول بالسعر الذي ترسو عليه المزايدة دون التقيد بالقيمة المقدرة . والحالتين اللتين أشرت إليهما (البيع أو الإيجار إذا بلغ البديل نسبة 80% وبيع المنقول دون القيمة المقدرة) جاءت استثناءً من الالتزام الذي فرضه المشرع على لجنة البيع والإيجار بأن لا تحيل أو ترسي المزايدة بالسعر الذي يقدمه المزاد إذا لم يبلغ القيمة المقدرة أو يزيد عليها .

ولكن هل تستطيع الإدارة أن تلغي المزايدة للحصول على سعر أعلى أم أنها ملزمة بالإحالة حال بلوغ البديل القيمة المقدرة ؟
حقيقة إن عمل لجان البيع والإيجار قد افرز كثيراً من النقاط التي لم يلق لها إجابة عند المشرع العراقي ونذكر منها :-

- 1- إن اللجان قد اعتادت في كثير من أعمالها على أن تبدأ المزايدة شفاهة وعلناً بالقيمة المقدرة أو بأكثر منها أحياناً دون النزول عن تلك القيمة .
- 2- إن اللجان لا تعد القيمة المقدرة هي القيمة السوقية التي تمثل المصلحة العامة وصالح الخزينة ، بل تعدها قيمة لبدء المزايدة ولها سلطة تقدير السعر الذي يحقق منفعة الإدارة المالكة للمال المعلن عن بيعه أو إيجاره فتقرر عدم الإحالة وتمديد المزايدة إذا لم تقتنع بالسعر حتى ولو تجاوز القيمة المقدرة ، بينما تقرر الإحالة في بعض الأحيان على الرغم من عدم ارتفاع بدل الرسو عن القيمة المقدرة ألا قليلاً بسبب عدم وجود المنافسة أصلاً لتقدم راغب واحد دون غيره مستوفي لشروط الاشتراك فيها .
- 3- إن جهة الاعتماد لها سلطة تقديرية تقرر بمقتضاها عدم تصديق قرار الإحالة بغية الحصول على سعر أفضل حتى ولو كان بدل المزايدة أعلى من القيمة التقديرية .

ونرى بأن انعدام النصوص القانونية المنظمة لحالات الإلغاء قد فتح الباب واسعاً أمام الإدارة لتقرر الإحالة أو إلغاء المزايدة الأمر الذي يبرر تدخل المشرع لتحديد حالات إلغاء المزايدة والسلطة المختصة بذلك حتى تكون الإدارة ملزمة بتصديق الإحالة إذا ما توافرت شروط تصديقها ومنحها سلطة تقديرية بعدم الإحالة مع ذكر الأسباب الداعية لاتخاذ قرار الإلغاء .

¹ - سمير صادق ، مصدر سابق ، ص36.

² - المادتين (10/ أولاً) و (27) من القانون 32 لسنة 1986.

³ - المادة (10/ ثانياً) من القانون 32 لسنة 1986.

أما بالنسبة للقضاء الإداري في العراق فإن المنتبغ لمسيرته يلاحظ ندرة أحكامه التي تقرر حق الإدارة في إلغاء المزايدة من أجل الوصول إلى ثمن أعلى ولكن لو تم الطعن بقرار رفض التصديق على نتائج المزايدة فإن كانت غاية الإدارة من الإلغاء هو بغية الوصول إلى سعر أعلى فإن القضاء لم يتردد في رد طلب الإلغاء بحسبان أن الإدارة تملك سلطة تقديرية بالقبول أو الرفض ، وما يعزز قولنا هذا قرار محكمة القضاء الإداري الذي صدر بتاريخ 1996/5/2 المتضمن إلغاء قرار وزير الداخلية بإلغاء المزايدة ، ومن بين الأسباب التي بني عليها قرار المحكمة

_____ة هـ

(إعادة - المزايدة - لم يُوفر للدولة أي ربح أو زيادة على المبلغ الذي رست به)¹ ، وطبقاً لمفهوم المخالفة فإن المحكمة سوف تقرر تصرف الإدارة بإلغاء المزايدة لو إن المزايدة الثانية التي جرت بعد إلغاء المزايدة الأولى أدت إلى زيادة الثمن وتحقيق سعر أعلى ، ونهج القضاء هذا سيؤدي إلى فتح المجال واسعاً أمام سلطة الاعتماد بأن ترفض تصديق قرار الإحالة لغرض الوصول إلى سعر أعلى مما يوسع من السلطة التقديرية للإدارة فتكون النتيجة اتساع مساحة الانحراف والإساءة في استعمال تلك السلطة وكذلك قد يعرض صالح الخزينة للضرر ، لأن إعادة المزايدة للحصول على سعر أعلى في ظل ظروف اقتصادية غير مستقرة ربما يحدث العكس بحيث لا تحصل الإدارة على البديل الذي لم تعتمد عليه لا بل أقل منه بكثير ، والتطبيق العملي أثبت وقوع مثل هذه الحالة ، فالقيمة المقدرة التي حددتها لجنة التثمين وراعت وقت تحديدها سعر السوق تمثل مصلحة الخزينة وإن لجنة البيع والإيجار وسلطة التصديق ملزمة بمراعاة هذه القيمة والإحالة على السعر الذي يستغرقها أو يزيد عليها ما لم يقرر الوزير المختص أو المخول الاستغناء عن المزايدة أو إلغائها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وأن السعي للحصول على ثمن أعلى لا يدخل ضمن مفهوم هذه المصلحة .

2 - الإلغاء الجوازي .

أجاز المشرع المصري إلغاء المزايدة في حال لم يتقدم فيها سوى عرض وحيد مستوفي للشروط² . والعرض الوحيد أما أن يكون كذلك لأن مزايداً واحداً هو الذي تقدم ، وأما أنه أصبح كذلك نظراً لاستبعاد باقي العطاءات لمخالفتها للشروط³ . فالأصل إن المزايدة تلغى إذا تقدم لها مزاييد وحيد ألا إذا توافر شرطان :

- أ- أن تكون الحاجة لبيع المال أو إيجاره لا تسمح بإعادة الإعلان عن المزايدة أولاً تكون ثمة فائدة ترجى من هذه الإعادة .
- ب- أن يكون العرض الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر ، ونتيجة طبيعية أن لا يقل عن القيمة الأساسية .

فإذا توافر هذان الشرطان فإن الإدارة تمضي بالمزايدة ويتم اعتمادها ، والسلطة التقديرية للإدارة واضحة في هذه الحالة ، فلها يرجع تقدير الحاجة للمال التي تبرر عدم الإلغاء ، أو إن الإعادة لا تحقق مصلحة الإدارة المالية ، ولكن هذه السلطة تصبح مقيدة فيما لو قررت إجراء المزايدة بحيث لا تقرر ترسيته ما لم يكن بديل المزايدة قد استغرق أو زاد على القيمة التقديرية ، والحقيقة إذا كان الأصل أن تلغى المزايدة في حالة العرض الوحيد لإعادة طرحها من جديد ، فذلك لأن المزايدة تقوم على حرية المنافسة والإعلان عنها بقصد توجيه الدعوة إلى جميع الراغبين في شراء واستئجار أموال الدولة لتقديم عروضهم ، فإذا لم تسفر إلا عن عرض وحيد

¹ - رقم القرار 78 / ق.أ / 94 ، سبق الإشارة إليه .

² - المادة (35) من القانون 89 لسنة 1998 والمادة (117) من لائحته التنفيذية .

³ - د. سلمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط5 ، ص 301 .

فقد اضطرب حبل المنافسة وهو جوهر المزايدة¹. وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه إذا أسفرت إجراءات المزايدة عن عطاء وحيد فإن إلغائها أمر جوازي لرئيس المصلحة، وفي حالة عدم الإلغاء لا يوجد ثمة مانع من قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط التي تطلبها المشرع لذلك وإن قبول العطاء الوحيد في حد ذاته لا يكون مخالفة تأديبية يستوجب المساءلة². أما في العراق فإن المزايدة يتم إجراؤها فيما لو تقدم أليها مزايد وحيد مستوف لشروطها أو أكثر من مزايد، ولكن اللجنة سلطتها مقيدة بأن لا تحيل المزايدة إلا إذا بلغ البديل المعروض القيمة المقدرة أو زاد عليها، ونرى بأن الإدارة لن يصيبها أي ضرر طالما أن البيع والإيجار لا يتم إلا بالقيمة التي قدرتها، ولأن الإحالة لو تمت فأنها تجنب الإدارة مصاريف الإعلان وأجور اللجان وجهود ووقت هي بحاجة اليهم في مجال آخر.

وفي كل الحالات التي ورد ذكرها فإن المشرع المصري قد اشترط لإلغاء المزايدة:

- 1- أن تصدر لجنة البت توصيتها بإلغاء المزايدة.
 - 2- أن يصدر قرار من الوزير المختص أو من له سلطاته بإلغاء المزايدة.
 - 3- أن يشتمل قرار الإلغاء على الأسباب التي بني عليها.
- ولكن حصر حالات الإلغاء والنص عليها وجوباً أو جوازاً لا يحول دون ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لإلغاء المزايدة وأن لم يرد فيها نص قانوني، وحالات الإلغاء غير المقررة بنص كثيرة، إذ إن لجنة البيع والإيجار وكذلك سلطة الاعتماد يدهما ليست مغولة عن تقدير إلغاء المزايدة في غير الحالات التي ذكرها القانون، فقد يشوب إجراءاتها بطلان يستوجب الإلغاء إذ أن مجلس الدولة في فرنسا ومصر استقر إفتائهما على أن بعض الإجراءات والضوابط الخاصة بنشر الإعلان عن المزايدة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معاً وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المزايدة العامة وهي العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة³ بين المزايديين للوصول إلى أفضل الأسعار بحيث يترتب على إغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الإعلان دون حاجة إلى نص صريح يقضي بذلك منها النشر في الصحف المحلية ولعدد معين من المرات وتحديد مهلة كافية لتقديم العروض ومن ثم فإن إهمال الإدارة النشر عن المزايدة العامة في الصحف اليومية يؤدي إلى حرمان عدد محدد من الأشخاص من الاشتراك في المزايدة وبالتالي بطلان الإعلان⁴. ولكن الإدارة إذا ما قررت إلغاء المزايدة ثم اتضح لها عدم صحة قرارها وعادت إلى إبرام العقد مع المزايد الراسي عليه المزايدة أول مرة فإن مثل هذا القرار يزيل عن تصرف الإدارة شبهة الخطأ الموجب للتعويض وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1998/3/17 إذ جاء فيه (... وكان الثابت بالأوراق إن الهيئة المطعون ضدها قد أجرت المزايدة وفقاً لأحكام القانون وكان المزايدة الذي أجرته يوم 1985/1/14 قد أدى إلى إرساء تأجير المزرعة السمكية... وكان قرارها بإعادة المزايدة يوم 985/2/12 وتأجيل تلك الإعادة إلى يوم 1985 / 2 / 25 قد صدر بالمخالفة للقانون لعدم قيام سبب بيلغاء المزايدة التي تمت يوم 1985/1/14 وما أسفرت عنه من إبرام عقد تأجير المزرعة في ذلك التاريخ مع المطعون ضده الأخير فإن عودتها إلى المشروعية ورجوعها عن إعادة المزايدة يزيل عن تصرفاتها شبهة الخطأ الموجب للتعويض ومن حيث أنه لا يغير مما تقدم ما ساقه الطاعن من أسباب في تقرير الطعن، ذلك لأن الهيئة المطعون ضدها لم تضمن له الفوز في المزايدة الجديد ولأن مجرد الإعلان عن المزايدة الجديد لا

¹ - أحمد منصور - مصدر سابق، ص 349.

² - حكمها في الطعن رقم 812 لسنة 13 ق جلسة 1969/2/1 أشار إليه أحمد منصور، مصدر سابق، ص 349.

³ - المادة (2) من القانون رقم 89 لسنة 1998.

⁴ - فتوى اللجنة الثانية بمجلس الدولة رقم 86 في 1988/1/31 ذكرها أحمد منصور، ص 354.

ينشئ له مركزاً قانونياً ذاتياً لا يجوز المساس به ولأن الإدارة تملك ... إلغاء المزايدة بعد الإعلان عنها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وليس هناك أوقع في تحقيق المصلحة العامة من العودة للمشروعية بأعمال آثار المزايدة الأولى المطابق للقانون ولأن المدة التي أعقبت إعلان نتيجة المزايدة الأولى ... وما تلاه عن إعلان عن الإعادة .. وتأجيل .. لا يمكن أن يترتب على مرورها الأضرار التي يزعمها الطاعن ...¹.

أما في العراق فإن القانون 32 لسنة 1986 لم يحدد صراحة حالات إلغاء المزايدة ، ونجد بأن ما ورد من حالات في التشريع المصري يمكن الأخذ بها في العراق في ظل غياب النص الذي يمنع ذلك ، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن سلطة الإدارة التقديرية واسعة في هذا المجال ولكنها ليست بعيدة عن القضاء حتى وأن تردد كما رأينا في فرض رقابته عليها ... والحقيقة التي أشرنا إليها إن القانون العراقي لا يخلو تماماً من حالات الإلغاء ، فعدم بلوغ القيمة المقدرة في المزايدة الأولى يترتب عليه إلغاء المزايدة حتى وإن وردت كلمة تمديد لتلك المزايدة لأن المزايدة الأولى قد ألغيت تماماً وتتولى اللجنة المختصة الإعلان مجدداً عن مزايدة لبيع أو إيجار المال وكل ما في الأمر أن مدة الإعلان في المزايدة الثانية تكون اقصر خاصة بالنسبة لبيع أو إيجار العقار ، لأنه في المال المنقول اشترط المشرع أن تمتد المزايدة لمدة (15) يوم ، في حين أن مدة الإعلان في المزايدة الأولى تكون أحياناً أقل من مدة التمديد إذ حددها بين (7 - 30) يوماً فيمكن أن تكون أقل من مدة المزايدة الثانية وهي وقفة تسترعي انتباه المشرع لأنه إذا كان قد راعى طبيعة المال المنقول وخصوصيته بأن تكون مدة الإعلان عن بيعه لا تقل عن سبعة أيام وترك للإدارة سلطة تقدير المدة التي تحددها حسب تلك الطبيعة فإنه قد ألغى المزايدة الثانية دون أي مجال للتقدير بأن تكون المدة (15) يوم ، وبالتالي فإذا كان المال عرضة للتلف وحددت مدة إعلان بيعه في المزايدة الأولى بسبعة أيام ولم يتقدم راغب لشرائه فإن الإدارة بدلاً من أن تعلن عن بيعه مجدداً خلال مدة أقل من الأولى ترى نفسها ملزمة بأن المدة الجديدة لا تقل عن (15) يوم .

إن عدم تحديد القانون العراقي لحالات الإلغاء لا يقف حائلاً أمام الإدارة لإعمال سلطتها التقديرية في الإلغاء إذا ما توافرت إحدى الحالات التي تبرره ونذكر منها :

أ- إلغاء المزايدة لخلل في إجراءات الإعلان .

بالنظر لأهمية الإعلان وأثره في إيصال العلم للراغبين بشراء المال أو استئجاره وكونه يشكل أحد المبادئ الأساسية للمزايدة العامة فإن الخلل الذي يعترضه يكون مؤثراً في إجراءات المزايدة ويؤدي إلى إلغائها وكثيرة هي صور الخلل ، فهي تحصل أما لأن المزايدة تُجري دون أن يتم نشر الإعلان عنها في الصحيفة فيترتب عليه بطلان المزايدة² . أو أن الإعلان يتم نشره في صحيفة مكتوبة بغير لغة المنطقة التي يقع فيها المال المعلن عن بيعه أو إيجاره³ أو يتم النشر في صحيفتين يوميتين بأوقات مختلفة يؤدي إلى اختلاف موعد إجراء المزايدة ، أو يعلن في صحيفة يومية فيما يشترط القانون نشر الإعلان لمرات عدة وبأوقات مختلفة⁴ . أو إن الإعلان المنشور لم يتضمن كافة الأوصاف المؤثرة التي تضمنها محضر لجنة التقدير ، فهذه النواقص في الإعلان تعد من الشكليات الجوهرية الواجب مراعاتها وأن تخلفها يبطل إلغاء المزايدة .

¹ - طعن رقم 38 / 864 ق. ع أشار إليه د- محمد ماهر - مصدر سابق ، ك3 ، ص506.

² - قرار محكمة التمييز 154 / موسعة أولى / 991 في 991/11/16 ، سبق الإشارة إليه .

³ - قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة 1224 / 2هـ / 2000 في 2000/6/15 غير منشور .

⁴ - قرار مجلس شوري الدولة رقم (23) لسنة 2005 إذ تضمن (إن نص المادة 12 من القانون 32 لسنة 1986 يتطلب أن تكون هناك ثلاثة إعلانات وليس إعلاناً واحداً) ، القرار عمم بكتاب وزارة البلديات والأشغال العامة المرقم 10463

في 2005/7/13 إلى أقسام البلديات في المحافظات كافة .

ب- إلغاء المزايدة لأنها جرت خارج الوحدة الإدارية .

يعد مكان إجراء المزايدة من العناصر الجوهرية التي يجب مراعاتها وألا ترتب على تجاهلها بطلان إجراءات المزايدة وإلغائها حتى ولو كان مكان أجراءاتها المخالف قد تم ذكره في الإعلان ، وقد عد مجلس شورى الدولة مكان إجراء المزايدة من الإجراءات الجوهرية ، وعدم الالتزام بتطبيق هذا الأجراء ينتج عنه خللاً جوهرياً يعد سبباً كافياً لإبطال معاملة البيع¹.

ج- كما إن سلطة الاعتماد لها أن تقرر إلغاء المزايدة طالما إن لجنة البيع والإيجار والإدارة المالكة للمال المعلن عن إيجاره لم تستحصل موافقة الدوائر والجهات ذات العلاقة ، ومثالها قرار وزير الداخلية بإلغاء إجراءات المزايدة التي تمت لتأجير ساحة بيع المواشي لأن تلك الإجراءات جاءت مخالفة لشروط الإعلان وعدم استحصال موافقة دائرة التخطيط العمراني ودائرة البيئة².

د- كما إن للإدارة حق إلغاء المزايدة إذا توافرت لديها القناعة بأن السعر الذي رست عليه المزايد أقل من سعر السوق ، خاصة إذا ما كانت المزايدة قد تم أجراءاتها بعد وقت ليس بالقصير من تقدير القيمة الأساسية ، وبطبيعة الحال لا يجوز للإدارة المغالاة في رفع قيمة العرض لمصلحة الخزينة مستغلة مجهود مقدم العرض ووقته الذي أمضاه في المزايدات وجزء لا يستهان به من رأس ماله أودعه بصفة تأمينات ، لأن هذه الغيرة الزائدة من جانب الجهة الإدارية إلى رفع قيمة المزايد إذا ترتب عليها تعريض المصلحة العامة للخطر وهي الحرص على توفير السلعة المطلوبة لمصلحة الجمهور قبل الحرص على ما يدخل خزانة الدولة من قيمة الالتزام ، فإن هذه المغالاة تعد خطأ في أداء الوظيفة يوجب إلزام الجهة الإدارية بتعويض الأضرار التي نجمت عنه ، بمعنى إذا شعرت الجهات المخولة بالتصديق بوجود غبن يصيب الإدارة صاحبة المال من جراء البيع فمن حقها عدم المصادقة على الإحالة وإلغاء المزايدة³.

هـ- في حال ثبوت رشوة أحد أعضاء لجنة التقدير أو البيع أو الإيجار أو الشروع فيها أو التواطؤ مع أي منهم بأي شكل من الأشكال ، أو ثبوت قيام المزايد بالالتجاء إلى الحيلة أو الخداع لإيهام الجهة الإدارية⁴. لأن الغش في سير المزايدة والتواطؤ بين المزايدتين يؤثر تأثيراً جوهرياً في صحة الإجراءات ويجعل المزايدة باطلة⁵. كما إن إقدام المزايد على تقديم معلومات مغايرة للحقيقة والواقع وتقديمه الوثائق المزورة للاستفادة من ميزات المزايدة الممنوحة للموظفين مثلاً يبرر للإدارة إلغاء المزايدة مع ترتيب المسؤولية الجنائية والمدنية بحق المشتركين فيها خلافاً للقانون والشروط المطلوبة⁶. وقد حصلت كثير من حالات لجوء المزايد إلى الاشتراك في المزايدة بصفته موظفاً ثم تبين لاحقاً عدم صحة ذلك فقرر القضاء إلغاء عملية البيع وإعادة تسجيل الأموال غير المنقولة باسم الإدارة المالكة له⁷.

¹- قرار مجلس شئون الدولة رقم 991/32 في 991/9/23 ، سبق الإشارة إليه .

²- كتاب وزارة الداخلية / البلديات العامة رقم 24035 في 2002/11/6 .

³- كتاب مجلس الوزراء 7432 في 1998/11/23 مبلغ للوزارات والهيئات العامة بكتاب وزارة المالية / اللجنة العليا لبيع السيارات الحكومية رقم 23449 في 2001/8/16 .

⁴- د- عبد المطلب الهاشمي - النظام القانوني للإحالة ، مصدر سابق ، ص 1630.

د- عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 43.

⁵- قرار محكمة التمييز رقم 263 موسعة أولى 988/ في 1988/4/30 - سبق الإشارة إليه .

⁶- تنص المادة (336) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 على معاقبة كل من أخل بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بحرية أو سلامة المزايدات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تهم الحكومة بما لها بنصيب أو التي تجريها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية سواء كان المرتكب للفعل موظفاً أو غير موظف أو مكلف بخدمة عامة.

⁷- قرارات محكمة بداءة كربلاء المرقمة 308/ب/2000 ، 310/ب/2000 ، 312/ب/2000 و 314/ب/2000 الصادرة

2000/5/18 وقراراتها رقم 309/ب/2000 في 2000/5/19 وجميعها غير منشورة.

و- إلغاء المزايدة لخطأ لجنة البيع والإيجار أو الإدارة المالكة للمال .
يأتي الإلغاء في هذه الحالة كنتيجة طبيعية لعدم مراعاة اللجنة أو الإدارة المختصة للإجراءات التي فرضها القانون أو التي وردت ضمن شروط الإعلان ، ومثالها إذا جاءت قائمة المزايدة خالية من توقيع رئيس وأعضاء لجنة البيع والإيجار أو من توقيع المزايد الذي رست عليه المزايدة¹ ، كونها تمثل الدليل الرسمي الذي يثبت أيجاب المزايد الذي ينتظر قبول الإدارة ، أو أن الإدارة المالكة لم تعرض المال على المزايد الثاني بعد نكول الأول ، فتكون المزايدة الثانية التي جرت دون اتباع هذا الأجراء باطلة في نظر الفقه والقضاء ، أو عدم قبول الضم على المزايدة الأولى رغم توافر الشروط المطلوبة في المتقدم ، أو أن شروط المزايدة التي تجرى بعد النكول مخالفة لشروط المزايدة الأولى ، كأن تكون مدة الإيجار (3) سنوات في إعلان المزايدة الأولى فيما وردت المدة سنة واحدة في إعلان المزايدة الثانية التي جرت نتيجة النكول . فيترتب على هذه الأخطاء إلغاء المزايدة وأعادتها مجدداً ، على أن ذلك لا يعفي من صدر عنه الخطأ من المسؤولية مدنية كانت أم جنائية أم تأديبية .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المزايدة

ونتناول فيه تكييف قرار الإلغاء من الناحية القانونية ، والأثر المترتب على صدوره .
أولاً : التكييف القانوني لقرار إلغاء المزايدة .

إن رفض التصديق على قرار الإحالة الذي يصدر من الجهة الإدارية يشكل بالضرورة قرار إداري مستقل ومنفصل عن العقد نفسه ، ويكون هذا القرار بهذه الصورة قابلاً للطعن فيه بالإلغاء إذا شابه وجه من أوجه عدم المشروعية ويستوي في ذلك أن يكون العقد مدنياً أو إدارياً ، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في قرار رفض التعاقد² ، وكذلك في نتيجة مداوالات المجالس البلدية برفض بيع قطعة صغيرة من الأراضي العامة للطاعن³ ، كما إن القضاء الإداري في مصر استقرت أحكامه على قبول الطعن في القرارات الصادرة برفض إبرام العقد على أساس أنها مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها إذ قضت محكمة القضاء الإداري بعدم إلغاء قرار رفض اعتماد قرار لجنة البت بالبيع⁴ ، كما عدت المحكمة الإدارية العليا قرار إلغاء مزايدة تأجير كافتريا حديقة الأندلس كون بدل إيجارها غير مجز قراراً يوافق المصلحة العامة ومتفقاً مع حكم القانون⁵ ، وفي حكم آخر لها جاء فيه (... وكان الثابت من الأوراق إن الهيئة العامة ... قد أعلنت عن بيع بعض قطع الأراضي الفضاء المملوكة لها ... طبقاً لقائمة الشروط المعلنة ... إلا أنه أخطرت الهيئة الطاعنين بأن الأطيان المذكورة لم تعتمد بيعها من مجلس إدارة الهيئة ... وذلك لانخفاض سعرها عن سعر المثل وإعادة عرضها في المزاد مرة أخرى ... ومن ثم فإن قرار مجلس إدارة الهيئة العامة ... بعدم الموافقة على البيع واعتماد توصية لجنة البت بإرساء المزايدة على المذكورين يكون متفقاً وأحكام القانون ولا يسوغ الادعاء بوجود تعاقب بين الهيئة والمذكورين بمجرد إرساء المزايدة عليهما ، وإن ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب فإنه

¹ - قرار محكمة التمييز 263 / موسعة أولى / 988 في 1988/4/30 سبق الإشارة إليه .

² - د. جرجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال ، مصدر سابق ، ص 89.

³ - حمدي الحلفاوي ، مصدر سابق ، ص 99.

⁴ - حكمها في الطعن بتاريخ 1962/7/3 ، ذكره - د. جرجي شفيق ، القرارات القابلة للانفصال ، مصدر سابق ، ص 133.

⁵ - حكم الإدارية العليا رقم 2657 لسنة 37 ق . ع . جلسة 996/12/31 سبق الإشارة إليه .

يكون قد اخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب إلغاءه¹ ، وفي حكم حديث لها صدر بتاريخ 2001/1/24 قضت فيه إلغاء قرار الإدارة بترسية المزايدة على الطاعن لأنها لجأت إلى تجزئة المزايدة ... دون أن تنص شروط المزايدة على حق الجهة الإدارية في تجزئته ، فيكون مسلكها لا يتفق وحكم القانون ويكون قد خالف الإيجاب الصادر من الطاعن لشراء جميع الأصناف دون تجزئتها مما لا ينعقد معه لعدم تلاقي الإيجاب مع القبول ، الأمر الذي يترتب عليه بطلان الأجراء الذي قامت به الإدارة كما تكون قد خالفت القانون أيضا بمصادرة التأمين المدفوع منه² .

وفي العراق فإن محكمة القضاء الإداري نظرت في القرارات الإدارية المستقلة والتي أمكن فصلها عن العقد الإداري³ ، وهي إذا كانت قد عدت قرار الإحالة وقرار الإحالة القطعية قرارات إدارية كما أشرنا وقبلت الطعن فيها بالإلغاء إذا ما خالفت مبدأ المشروعية ، فأنها قد عدت قرار رفض التصديق وإلغاء المزايدة قراراً إدارياً منفصلاً قبلت الطعن فيه بالإلغاء أيضاً ، إذ قبلت المحكمة الطعن بقرار الوزير المختص برفض تصديق قرار إحالة بيع إحدى الدور بالمزايدة العلنية بعدما ثبت للمحكمة أن القرار الإداري الصادر بالرفض صدر نتيجة خطأ في تطبيق القانون⁴ . كما عدت المحكمة ذاتها قرار الوزير المختص المتضمن إعادة المزايدة مجدداً قراراً قد احتوى أكثر من سبب يبرر إلغاؤه لوجود إساءة في استعمال سلطته ولأنه قد اخطأ في تطبيق القانون ، ولأنه بني على سبب غير صحيح ، كما إن المزايدة الثانية بعد الإلغاء لم ترفع من السعر الذي حددته المزايدة الملغاة فلم يحقق أرباحاً للإدارة أو زيادة على مبلغ الضم الأول⁵ ، ونرى بأن القضاء الإداري لم يكتف بالتصدي لقرارات الإدارة المنفصلة التي تصدر في المرحلة الممهدة للتعاقد بوصفها مناخاً خصباً لإصدار مثل تلك القرارات وتصديها لقرارات إبرام العقد أو رفضه ، وإنما نظرت في الطعون المقدمة إليها لإلغاء القرارات التي تصدر بمناسبة تنفيذ العقد ولكنها لم تصدر تنفيذاً لبنود العقد ، ففي قرار حديث صدر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2002/5/15 عدت فيه قرار المحافظ بحجز مستأجر علوة لبيع الفواكه والخضر بالجملة لعدم قيامه بتسديد بدل الإيجار قراراً غير مشروع ومخالفاً للقانون⁶ ، كما عدت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة المستأجر المحجوز خلافاً للقانون يستحق تعويضاً عن الضرر الذي يسببه قرار الحجز⁷ ، وفي قرار آخر مشابه كان قد صدر من المحكمة بتاريخ 2001/5/2 جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد إن المدعي كان قد تظلم من القرار المطعون فيه بتاريخ 2000/11/14 ولم تحصل الإجابة على التظلم خلال المدة القانونية ، فطعن بالقرار لدى هذه المحكمة بتاريخ 2001/1/15 مما يكون الطعن واقعاً ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر على موضوعه وجد إن المدعي كان متعاقداً ... على إيجار علوة لبيع الطماطة ولم يلتزم بتسديد بدلات الإيجار وتحقق بذمته مبلغاً ... عجز عن تسديده ، فقرر المدعي عليه إلقاء القبض عليه وحجزه لحين التسديد .. وحيث أن المدعي ... قد حصر الدعوى بالمطالبة بإلغاء أمر الحجز عليه ، وحيث إن وكيل المدعي عليه – إضافة لوظيفته قد بين ... أن حجز المدعي قد تم بالاستناد إلى

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 1286 لسنة 33 ق . عليا جلسة 1996/11/26 ذكره ، حسن الفكاهي ، مصدر سابق ، ص 112 .

² - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 8312 لسنة 44 ق. عليا - ذكره ، د- محمد ماهر - ك4 ، ص 517 .

³ - يرى : د- غازي فيصل - إن محكمة القضاء الإداري في العراق قد استبعدت القرارات المتعلقة بالعقود الإدارية من ولايتها دون أن تميز بين المستقل منها عن العقد والداخل فيه - أنظر بحثه بعنوان - القرار الإداري السلبي والرقابة القضائية - مصدر سابق ، ص 76 .

⁴ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم 91/ 73 في 1991/6/8 سبق الأشبار إليه .

⁵ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم 94/78 في 1996/5/2 سبق الإشارة إليه .

⁶ - قرارها المرقم 130 / ق. أ. 2002 غير منشور .

⁷ - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 13 / إداري - تمييز/ 2002 في 2002/4/1 غير منشور .

قانوني تحصيل الديون الحكومية والتنفيذ وحيث إن القانونين المذكورين لا يتضمنان حجز الأشخاص المدينين ، وإن المادة الثالثة عشر من قانون تحصيل الديون الحكومية¹ ، أجازت حبس المدين المماطل وفق أحكام قانون التنفيذ بناء على طلب رئيس الدائرة المخول على إن يتم الحبس بقرار من المنفذ العدل ... مما يتبين إن القرار المطعون فيه قد صدر خلافاً للقانونين وخلافاً لقواعد الاختصاص عليه واستناداً للمادة (7/ثانياً/هـ 1، 2) من قانون مجلس شوري الدولة قرر الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه ...²

ولكن ما يثير اهتمام الفقه بخصوص أحكام القضاء الإداري في العراق هو إجابة السؤال التالي : هل تستطيع هذه الأحكام ترتيب جميع النتائج القانونية على حكم الإلغاء أم تقتصر على إلغاء القرارات الإدارية دون تعديلها؟ والحقيقة إن الفقه غير متفق في النظرة تجاه ما يرتبه القضاء الإداري ، فقد ذهب بعضه إلى إن محكمة القضاء الإداري تستطيع ترتيب جميع النتائج القانونية على حكم الإلغاء لأن لها سلطة تعديل القرار المطعون فيه تعديلاً كلياً أو جزئياً أو استبدال غيره به³ ، بينما يرى البعض الآخر بأن مهمة المحكمة يجب أن تبقى مقصورة على إلغاء القرار دون أن تتعدى إلى إلزام الإدارة بإصدار قرار معين أو تأمر بأداء أمر والامتناع عنه ، وإن تنهج السبيل الذي اعتاد القضاء الإداري في مصر وفرنسا سلوكه ، لأن القضاء في ممارسة مثل هذا الاختصاص (غير مستساغ قانوناً لأن فيه تدخلاً بصميم عمل الإدارة وبالتالي هدم الحواجز المقامة بين الإدارة والقضاء)⁴ ، ونرى بأن سلطة محكمة القضاء الإداري في العراق تقتصر على إلغاء القرار الإداري أو تعديله وهي مستمدة من أحكام المادة (7/ثانياً/ط) من قانون مجلس شوري الدولة التي أجازت لها (أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون به) ولا يمكن أن تتعدى إلى سلطة استبدال القرار المطعون به بقرار آخر – وسلطتها في تعديل القرار كما نص القانون أو ممارستها عملياً لسلطة الاستبدال دون نص يجعل من المحكمة هيئة إدارية ، ومسيرتها هذه على خلاف مسيرة القضاء في مصر كون المادة (10) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 قد أعطت القضاء سلطة إلغاء القرار فقط وتقرير التعويض في حالة الإلغاء إن كان له مقتضى ويتم المطالبة به بصفة أصلية أو تبعية ، ولكي ينسجم دور القضاء الإداري في العراق مع الاتجاه الصحيح الذي سلكه القضاء المقارن فأئنا نقترح أن يتدخل المشرع لتعديل الاختصاص الحالي لمحكمة القضاء الإداري ومنحها اختصاصاً آخر وفق ما يلي :

1. تختص المحكمة بإلغاء القرار الإداري فقط مع إمكانية اتخاذ القرار بوقف تنفيذه إذا ما توافر في الطلب ركنا الجدية والاستعجال.
2. منح المحكمة سلطة فرض غرامة تهديدية على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام التي تصدر عن القضاء الإداري.
3. منحها سلطة توجيه أوامر إلى الإدارة المكلفة بإدارة مرفق عام لإجبارها على إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القضاء الإداري وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي حديثاً⁵.

¹ - رقمه 56 لسنة 1977 ، المعدل بالقانون رقم 50 لسنة 2000 .

² - قرار محكمة القضاء الإداري رقم 11/ق . أ/ 2001 في 2001/5/2 غير منشور .

³ - د- عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، بغداد ، ع 1 ، 2 مجلد 9 ، 1990 ، ص 175-176 .

د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص 66 .

⁴ - د- غازي فيصل مهدي - القرار الإداري السلبي - مصدر سابق ، ص 73 و 78 .

⁵ - كان الاتجاه التقليدي للقضاء الإداري في فرنسا هو عدم إصدار أوامر للإدارة ، وفي بداية القرن العشرين أثير حول هذا الاتجاه انتقاد كبير من الفقهاء ، إذ دعوا مجلس الدولة إلى انتهاج سياسة جديدة تقوم على إصدار أوامر إلى

الإدارة باتخاذ الأجراء الذي يتطلبه تنفيذ الحكم الصادر ضدها ، وقد استجاب المشرع الفرنسي لنداء الفقه ومنح القضاء الإداري سلطة استعمال أسلوب التهديد المالي في مواجهة الإدارة وسلطة إصدار أوامر إليها لإلزامها باتخاذ الأجراء اللازم لتنفيذ أحكامه ، وقد بدأ التطور بصور القانون رقم 539 لسنة 1980 بتاريخ 16 تموز 1980 الذي أجاز لمجلس الدولة فرض غرامة تهديدية على جهة الإدارة لإجبارها على تنفيذ أحكامه وكذلك أحكام المحاكم الإدارية ، وقد عد المجلس في تقريره عام 1989 بشأن تنفيذ أحكام القضاء الإداري (إن الحكم الصادر بتوقيع غرامة تهديدية على الإدارة لإجبارها على تنفيذ الحكم يتضمن في طياته أمر موجهاً إليها بتنفيذ هذا الحكم ومع توقيع الغرامة في حال عدم قيامه بتنفيذه) ، ولم تقف حركة الإصلاح التشريعي عند هذا الحد فقد اصدر المشرع قانوناً آخر وسع به من سلطات القاضي الإداري هو القانون رقم 125/ 1995 الصادر بتاريخ 8 شباط 1995 وبموجبه مد سلطة الحكم بغرامة تهديدية على الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة التي تقوم بإدارة مرفق عام ، إذا كان هذا لازماً لضمان تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري إلى المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، بعد أن كانت بيد مجلس الدولة فقط ، ثم أضاف التشريع الجديد المواد 2/8 ، 3/8 و 4/8 إلى تقنين المحاكم حُولت بمقتضاها هذه المحاكم سلطة توجيه أوامر الى تلك الأشخاص من أجل إجبارهم على إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ الأحكام الإدارية (ما عدا المحاكم الإدارية المتخصصة مثل محكمة المحاسبات واللجنة المركزية للمساعدات الاجتماعية) إذ يختص مجلس الدولة بفرض الغرامة لتنفيذ أحكامها ، وقد قضى المجلس الدستوري في فرنسا بقراره المرقم 995/360 في 2 شباط 1995 بدستورية القانون (125 لسنة 1995) وأكد فيه على أن (الإقرار لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بسلطة توجيه أوامر الى الجهات الإدارية بإصدار القرارات اللازمة من أجل تنفيذ الأحكام الإدارية لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات وإنما هو من الأمور التي يستلزمها مبدأ خضوع الدولة للقانون) ، وتجدر الإشارة هنا إلى إن المشرع الفرنسي قد منح المحاكم العادية سلطة إصدار أوامر إلى أطراف الدعوى التي ترفع أمامها واستعمال أسلوب التهديد المالي لإجبارها على تنفيذ هذا الأمر وذلك بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 1972/7/5 المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 1991/7/9 ، ولا شك في إن الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام تخضع لهذا القانون حينما تكون طرفاً في منازعة من المنازعات التي تختص بها محاكم القضاء العادي ، ولكن القضاء الإداري الفرنسي قد جعل لزوم الأوامر والغرامة التهديدية من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه سواء كان ذلك في دعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل واشتراط لإصدار الأمر أو فرض الغرامة شروط عدة هي :

- 1- وجود حكم قضائي صادر عن إحدى محاكم القضاء الإداري باستثناء المحاكم المتخصصة.
- 2- ضرورة أن يتطلب تنفيذ الحكم اتخاذ الإدارة إجراء محدداً .
- 3- قابلية الحكم للتنفيذ.
- 4- لزوم الأوامر أو الغرامة التهديدية لتنفيذ الحكم.
- 5- عدم قيام الإدارة بتنفيذ الحكم أو البدء في تنفيذه ، ومن التطبيقات العملية لهذا الشرط ، حكم مجلس الدولة بتاريخ 1990/7/27 في قضية Samper الذي رفض فيه مجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية على إحدى وحدات الإدارة المحلية من أجل إجبارها على تنفيذ حكم المحكمة الإدارية المختصة الذي بموجبه ألغت قرار المجلس المحلي ببيع مساحة من الأرض المملوكة للوحدة المحلية ، لمخالفة ذلك القرار للقانون ، وكان المجلس المحلي = = قد امتنع عن تنفيذ حكم المحكمة الإدارية واستمر في إجراءات نقل ملكية الأرض المباعة منه إلى المشتري ، فقدم أصحاب الشأن طلباً إلى مجلس الدولة للحكم بالغرامة في مواجهة المجلس المحلي ، وقبل أن يصدر عن مجلس الدولة حكماً في الموضوع ، بدأ المجلس المحلي في اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل إلغاء عقد بيع الأرض المشار إليها ، إذ حاول التوصل إلى تسوية ودية مع المشتري يتم بمقتضاها إلغاء عقد البيع ولما رفض المشتري ذلك رفع المجلس المحلي دعوى أمام المحكمة المدنية للمطالبة بإلغاء العقد ، وقد دعا هذا الأجراء مجلس الدولة إلى الحكم برفض الطلب المقدم من أجل استعمال التهديد المالي ضد المجلس المحلي لعدم وجود مبرر لذلك ، وإضافة لما ذكر فإن تطبيقات القضاء الإداري لإصدار الأمر أو فرض الغرامة كثيرة وقد شملت مجالات عدة تستغرق جميع ميادين النشاط الإداري وصوره المختلفة ، وما يخص الأوامر في مجال العقود الإدارية نذكر على سبيل المثال حكمه بتاريخ 1999/3/26 في قضية (Heartiz - Franc) وتتلخص وقائعها بأن مدير مطار باريس أبرم عقداً مع عدد من الشركات المتخصصة في تأجير السيارات للمسافرين القادمين إلى فرنسا من الخارج ، واستند في إبرام العقد إلى تفويض صادر إليه من مجلس إدارة المطار بتاريخ 1998/3/19 يخوله سلطة إبرام هذا العقد لمدة سبع سنوات ، ولكن إحدى الشركات التي كانت متقدمة للتعاقد مع مطار باريس طعنّت بإلغاء القرار الذي وافق به مدير المطار على إبرام العقد كونه قراراً قابلاً للانفصال عن العقد ، وأسست طعنها على عدم مشروعية هذا القرار لاستناده إلى تفويض باطل إذ إن الأنظمة القانونية التي يخضع لها مطار باريس بوصفه من المؤسسات العامة لا تتضمن أي نص صريح يجيز هذا التفويض ، وبالفعل قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المطعون فيه ، كما وجه أمراً إلى مدير المطار باتخاذ اللازم من أجل إلغاء العقد موضوع الدعوى في مهلة شهرين من تاريخ تبليغ الحكم إليه ، وذلك أما عن طريق التسوية الودية مع الشركة المتعاقدة ، وأما عن طريق رفع دعوى بطلان العقد أمام المحكمة المختصة (والمشرع الفرنسي في تشريعاته الحديثة لم يبعد الموظف المسؤول عن عدم تنفيذ الحكم القضائي عن المسؤولية التأديبية ، إذ نصت المادة

ثانياً : الآثار القانونية لقرار الإلغاء .

من الثابت إن الأثر القانوني الذي يترتب عليه عدول الإدارة عن إبرام العقد هو غياب العقد الذي يكون قد أجهض وهو في طور التكوين فلم يخرج إلى حيز الوجود القانوني ، ويكون من المنطقي أن تنهض مسؤولية الإدارة في حال عدم تصديق قرار لجنة البيع والإيجار (البت) إذا كان قرار الرفض مخالفاً لمبدأ المشروعية فيبرز خطأ الإدارة الموجب للتعويض ، كما إن نظرية الإثراء دون سبب هي الأخرى تأخذ حيزاً من التطبيق إذا أثرت الإدارة على حساب المزايد الذي رشحته اللجنة للتعاقد حينما يقوم بأعمال من شأنها إفادة الإدارة وهو يرجح حصول الموافقة وصدور القبول ممن يملكه ليحصل التعاقد فيصبح حقه في طلب التعويض قائماً على هذا الأساس شرط إن تكون الإدارة قد وافقت على قيامه بتلك الأعمال المفيدة لها صراحة أو ضمناً .

وتطبيقاً لذلك فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى إن الإدارة وإن كانت لا تلتزم كمبدأ عام باستكمال الإجراءات السابقة على التعاقد فإن ذلك لا يقدح في ترتيب مسؤوليتها التقصيرية إذا كانت قد عدلت عن التعاقد بالمخالفة لقرار المجلس البلدي الملزم الصادر بالتعاقد ما لم يترتب على ذلك إثراء الإدارة¹.

والحقيقة إذا كان القانون المدني هو المجال الواسع لتطبيق نظرية الإثراء دون سبب إذ تشترط أحكامه لتحقيق هذه النظرية إثراء الدائن وافتقار المدين وعلاقة سببية بينهما ، وإن الإثراء في غالبه يكون مادياً ، فإن القانون الإداري هو الآخر قد طبق هذه النظرية ، إذ اعترف القضاء الإداري الفرنسي بالإثراء المادي بكافة صوره (سلبي ، إيجابي ، مباشر ، غير مباشر) وتتخذ غالبية حالات الإثراء المادي للإدارة صورة قيام المرشح للتعاقد بتنفيذ أعمال نافعة لصالح الإدارة ، ومن الشروط القانونية للإثراء بلا سبب انعدام سبب الإثراء ، وأكدت التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي أن السبب المقصود هو السبب القانوني الذي يخول الإدارة الاحتفاظ بما أقرت به ، وقد يكون السبب عقداً أو قاعدة قانونية أو لائحة ، فالمنازعات ذات الطبيعة العقدية لا يجوز تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب عليها لأنه سيؤدي إلى أبطال آثار العقد الذي هو نتاج الإرادة الحرة لطرفيه ، وعلى ذلك إذا كان العقد لم يبرم بصورة نهائية لعدم التوقيع أو التصديق عليه من الجهة المختصة أو كان العقد باطلاً انفتح مجال تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب ، وكذلك في حالة إسناد الإثراء أو الافتقار إلى نص القانون أو اللائحة ، لكن القضاء الإداري والفقهاء في فرنسا أضاف عنصرأ لإعمال هذه النظرية ألا وهو رضا الإدارة بأعمال المفترق التي أدت إلى إثرائها وافتقار المتعامل معها وبغير هذا الرضا لا تقوم النظرية في القانون

السابعة من القانون رقم 539 لسنة 1980 المعدل بالقانون الصادر في 1993/1/29 على معاقبة الموظف في حال امتنع عن تنفيذ الحكم بغرامة مالية قيمتها خمسة آلاف فرنك ، وإذا كان مرتبه السنوي يزيد عن هذا المبلغ فإن قيمة الغرامة تعادل المرتب السنوي للموظف ، ولم يشترط المشرع لانعقاد المسؤولية أن يكون الامتناع عمدياً بل يكفي الإهمال لكي يُنهض مسؤوليته كما يدخل في مفهوم المخالفة الوظيفية حالة رفض الموظف المسؤول عن الإدارة الحسابية في الجهة الإدارية المحكوم عليها بالغرامة أداء قيمتها خلال المهلة التي حددها القانون ، ويتم تحريك المسؤولية تجاه أي موظف عام تابع للإدارة المركزية أو اللامركزية وتختص محكمة (نظام الميزانية والشؤون المالية) بتوقيع العقوبة ولا يخضع لاختصاصها الوزراء ، كما إن مسؤولية الموظف تنهض إذا امتنع عن تنفيذ الحكم بتصفية الغرامة عن طريق طلب يقدم مباشرة أمام محكمة نظام الميزانية بواسطة المحكوم له بجزء من الغرامة إذا لم يؤد ذلك الموظف النسبة التي حددتها المحكمة للمحكوم له من حصيله الغرامة .

حول هذا الموضوع انظر : د . يسري محمد العصار ، مبدأ حظر وتوجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلولها محلها وتطوراتها الحديثة - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 230 وما بعدها .

د . حسني سعد عبد الواحد - تنفيذ الأحكام الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق بجامعة القاهرة 1984 ، ص 491 وما بعدها .

¹ - القانون المدني المصري نظم أحكام الإثراء بلا سبب في المواد 179-197 ، فيما نظم القانون المدني العراقي نظرية الكسب دون سبب في المواد 233 - 244 .

الإداري ، ويقصد برضاء الإدارة – أن يبدي الشخص العام المثري موافقته الصريحة أو الضمنية أو حتى المفترضة على قيام المفترق بالأعمال المؤدية إلى إثرائه والمسببة في ذات الوقت إلى افتقار الطاعن ، وبعد عنصر رضاء الإدارة عنصراً فعلياً وليس عنصراً قانونياً – والعلة في ذلك حتى لا يفتح الباب على مصراعيه ليتدخل الأفراد في مظاهر النشاط الإداري من خلال القيام بأعمال تربك الإدارة ، هو ما قد يتعارض وتحقيق المصلحة العامة ، فالإدارة يجب أن لا تثري دون علمها ، ومن جهة أخرى يجب أن تحكم الإدارة رقابتها على كافة مظاهر التدخل في نشاطها لتتأكد من وقوعها تحت مظلة الصالح العام ¹ . فمجلس الدولة الفرنسي يشترط للتعويض عن الأعمال النافعة أن لا تكون جهة الإدارة قد اعترضت عليها ² . والرضا قد يكون صريحاً متى طلبت الإدارة من المفترق القيام بالأعمال التي سببت إثرائها فيكون الإثراء والافتقار المرتبط به وليدين لأمر الإدارة ويكون الرضا ضمناً إذا لم تعترض الإدارة على الأعمال المسببة لإثرائها ، وكذلك هناك رضا مفترق ويحدث في حالات القيام بأعمال إضافية حتمية لا غنى عنها لصالح الإدارة إذ يستشف الرضا من طبيعة العمل وأهميته ³ .

وبطبيعة الحال فإن التعويض الذي يستحقه المرشح للتعاقد المفترق يكون في حدود اقل من قيمتي الافتقار أو الإثراء ، وعلة ذلك جليلة فالمشتري لا يحاسب ألا على ما أثرى عليه فعلاً دون زيادة ولو زاد افتقار المدعى عما كسبه ، لأننا نحاسبه على ما وقع في يده من كسب وليس على خطأ ارتكبه فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه . والمفترق لا يعرض أيضاً بأكثر مما افتقر به وإلا عد بدوره مثرياً بلا سبب على حساب المثري . ووقت تقدير الإثراء يكون وقت تحققه بحيث يستحق المفترق التعويض ولو زال الإثراء بعد تحققه . وقد طبق القضاء المصري المبادئ المشار إليها وبما يتفق مع ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي من ضوابط لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب إذ أصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها بتاريخ 1962/5/27 ، اتجهت فيه إلى إمكانية تطبيق النظرية في مجالها الخصب الذي تتحقق فيه الموازنة بين العقود الإدارية غير المبرمة بصفة نهائية وما قام به المرشح للتعاقد من أعمال سببت افتقاره وحقت منفعة الإدارة وتتلخص وقائع القضية في قيام إحدى الشركات بمفاوضة مصلحة السواحل والمصايد بالرغم من علمها بأنها ليست الجهة المختصة بإبرام العقد لغرض إبرام عقد التزام لاستغلال صيد الإسفنج ، في حين إن إبرام هذا العقد كان يحتاج إلى استئذان السلطة التشريعية قبل إبرامه بالإضافة إلى ضرورة توقيع الوزير المختص عليه ، إلا إن الوزارة رفضت السير في إتمام إجراءات التعاقد مع الشركة المذكورة وبالرغم من ذلك أقدمت الشركة على القيام بأعمال تمهيدية كاستخدام الفنيين وأعداد المراكب وأجراء تجارب مما أدى إلى تكبدها نفقات قبل أن تنشأ بينها وبين الإدارة رابطة عقدية وبالرغم من انتفاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم وجود العقد ومسؤوليتها التقصيرية لعدم ثبوت الخطأ في حقها ، أشارت المحكمة إلى تعويض الشركة إذ ورد في الحكم (... إن انتفاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم انعقاد العقد وانتفاء مسؤوليتها لعدم ثبوت الخطأ والانحراف بالسلطة لا يحول دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب وذلك إذا ثبت ما قامت به من أعمال بعلم المصلحة وموافقتها الصريحة أو الضمنية قد عاد بفائدة حقيقية على الوزارة أو على استغلال صيد الإسفنج بالمياه الإقليمية وتصنيعة) ⁴ .

¹ -د- محمد ماهر أبو العينين ، العقود الإدارية ، ك3 ، مصدر سابق ، ص276.

² -د- محمد سعيد حسين أمين – المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية 2004 ، ص294.

³ -د- احمد فتح الله أبو سكينه – النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري – رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس – مصر ، 1995 ، ص179.

⁴ -حكمها في القضية رقم 155 لسنة 12 ق . مشار إليه لدى ، د- محمد ماهر – ك3 ، ص183 و 296 وأشار إليه بإيجاز ، عبد المطلب الهاشمي – النظام القانوني للإحالة ، مصدر سابق ، ص168 .

والملاحظات التي أثارها حكم المحكمة :-

- 1- انعدام الرابطة بين الطاعن والإدارة لغياب الترخيص السابق من السلطة التشريعية وبالتالي غياب أي التزام عقدي في جانب الإدارة .
- 2- عدم توافر الخطأ في حق الإدارة وانتفاء مسؤوليتها التقصيرية لعدم انحرافها عن جادة الصواب .
- 3- اعتماد المحكمة عند تطبيق النظرية للمعيارين المميزين في نطاق القانون الإداري معيار المنفعة الحقيقية للأعمال فضلاً عن معيار رضا الإدارة الصريح أو الضمني بالأعمال المسببة للإثراء¹ .

- 4- أن المحكمة ذهبت إلى فحص معيار الخطأ (المسؤولية التقصيرية) قبل تطبيق شروط نظرية الإثراء بلا سبب (المسؤولية شبه العقدية) ذلك بالمخالفة لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي من البدء بتطبيق شروط نظرية الإثراء بلا سبب .

أما في العراق فأن قيام المزايد الذي أحييت بعهدته مزايدة تأجير أرض فضاء لإنشاء مرفق سياحي عليها بالإجارة الطويلة بتهيئة مواد البناء والمواد الإنشائية في موقع الأرض ، أو قيام المرشح للتعاقّد بإقامة البناء على القطعة التي رسا بيعها عليه ، أو قيامه بتهيئة الأسوار الحديدية ونصبها كسياج يحيط بالساحة المخصصة لوقوف السيارات التي رسا عليه إيجارها ، قيامه بكل ذلك قبل صدور قرار من السلطة المختصة باعتماد أو إلغاء المزايدة ، يعطيه الحق بالمطالبة بالتعويض عن قيمة الأعمال المنفذة إذا ما تمت بعلم الإدارة في حال رفض الوزير أو من خوله تصديق قرار الإحالة وإعادة المزايدة ، وللمفتقر أن يسلك أحد الطريقين ، أولهما مطالبة الإدارة المستفيدة (المثريّة) بتعويض عن قيمة أعماله التي بسببها أثرت ، فإذا رفضت حقّ للمزايد الذي افتقر أن يطعن بقرار الإدارة السلبي أمام محكمة القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء قرار الرفض كونه قرار إداري مستقلاً ومنفصلاً والتعويض على أساس الكسب دون سبب (لأن التعويض يدور وجوداً وعدمًا مع قرار الإلغاء)² . وثانيهما مراجعة القضاء العادي (محكمة البداية) للمطالبة بالتعويض وفقاً لإحكام القانون المدني³ ، ويتم ذلك طبقاً للتخصيص الوارد في البند (ثانياً /ز من المادة 7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل ، إذ جاء فيها (على المتظلم أن يقدم طعنه إلى المحكمة خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها في الفقرة (و) من (ثانياً) من هذه المادة وألا سقط حقه في الطعن ، ولا يمنع ذلك من مراجعة المحاكم العادية للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الأضرار الناشئة عن المخالفة والخرق للقوانين)

أما السند الآخر الذي يمكن أن يركز إليه المرشح للتعاقّد للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة إلغاء المزايدة فيكون أساسه المسؤولية التقصيرية ، وقد بينت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه المسؤولية في حكم حديث لها صدر بتاريخ 2002/3/31 جاء فيه بأن (مسؤولية الإدارة عن قراراتها تقوم على وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار غير مشروع أي يشوبه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة وأن يلحق بصاحب الشأن ضرر مباشر من هذا الخطأ وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر وإذا تخلف ركن

¹ الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حددت بفتاها رقم 47 / 98/1/ 997/2/26 أركان أربعة لكي يكون ثمة إثراء بلا سبب هي : 1- إثراء المدين 2- افتقار الدائن 3- علاقة سببية بين الإثراء والافتقار 4- انعدام السبب القانوني للإثراء ، أشار إليها د. محمد ماهر ، ك3 ، ص310 .

² - قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رقم 13/أداري - تمييز/2002 في 2002/4/1 سابق الإشارة إليه 0

³ - تنص المادة (244) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أن (كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد) .

أو أكثر من هذه الأركان انتفتت المسؤولية المدنية ، والضرر أما أن يكون مادياً أو أدبياً ، والضرر المادي هو الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور ، أما الضرر الأدبي فهو الذي يصيب مصلحة غير مالية للمضرور على أن يكون هذا الضرر مترتباً مباشرة عن الخطأ ومحققاً التعويض يدور وجوداً وعدمًا مع الضرر ويقدر بمقدار ما يحقق جبره دون أن يجاوزه حتى لا يثري المضرور على حساب المسؤول دون سبب - التعويض عن الضرر قد يكون عينياً أو بمقابل قد يكون نقدياً أو غير نقدي - التعويض غير النقدي يجد سنده في القاعدة القانونية المقررة في القانون المدني والتي تجيز للقاضي أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو الحكم بأداء معين متصل بالعمل غير المشروع وهذا التعويض غير النقدي يجد مجاله في الضرر الأدبي بشرط أن يكون كافياً لجبر هذا الضرر ¹ .

وبناء على ما ورد من مبادئ فإذا كان قرار الإدارة بعدم تصديق نتائج المزايدة غير مشروع فإن مسؤوليتها تنهض لتعويض المزايد المرشح للتعاقد عن الضرر الذي سببه خطأ الإدارة ، وفي حكم للمحكمة المذكورة أعلاه جاء فيه إن (المزايدة إذا لم تقم فيها إحدى الحالات التي تجيز إلغائها وفقاً لإحكام القانون فإنه لا يجوز إلغائها لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى ، والقرار الصادر بإعادة المزايدة قرار غير مشروع ويتم التعويض عما رتبته من ضرر وفوت

ربح) ² . وذهبت في قرار آخر صدر عنها بتاريخ 1995/5/3 إلى إن الإدارة إذا قررت إلغاء المزايدة فإنه يتعين إصدار قرار الإلغاء في الوقت المناسب طبقاً لظروف كل حالة وإلا كانت ملتزمة بتعويض ما يكون قد لحق صاحب الشأن من أضرار نتيجة التراخي في إصدار قرار الإلغاء طبقاً لقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ³ . ولكن إذا كانت المدة التي انقضت فيما بين إجراء المزايدة وإلغائها فترة تقتضيها عادة قيام الإدارة ببحث الموضوع من الوجهة القانونية حتى يأتي قرارها متسقاً وحكم القانون فإن الراسي عليه المزايدة لا يستحق تعويضاً عن تقويت فرصة يدعيها لعدم وجود ضرر لحق به خلال هذه الفترة لكنه يستحق التعويض عن حرمانه من قيمة التأمين ⁴ ، ولكن إذا قررت الإدارة إلغاء المزايدة وأعلنت عن تأجير المزرعة السمكية مرة ثانية ثم قررت إلغاء قرارها بالإعادة وإبرام العقد مع المزايد الذي رست عليه المزايدة الأولى فإن عودة الجهة الإدارية إلى المشروعية برجوعها عن إعادة المزايدة الذي كان قد تم وفقاً للقانون يزيل عن تصرفاتها شبهة الخطأ الموجب للتعويض خاصة وإن من أدعى الأضرار فهي إنما أصابته بفعله وحده دون شريك كونه قد امتنع عن استرداد التأمين الذي دفعه بعد الإعلان عن المزايدة الثاني غير المشروع ، وهو الذي سلك دروب المنازعة وأصر عليها ، وبناء عليه فإن الطاعن لا يكون على حق فيما يطالب به من تعويض ⁵ ، وإذا ما قرر المحافظ إلغاء قرار لجنة البت المعتمد من وكيل الوزارة المفوض من المحافظ وتعاقده بالأمر المباشر مع عطاء لم يكن هو الأفضل فإن قراره هذا ينطوي على إهدار للقواعد المنظمة للمزايدات ، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى إلغاء قرار المحافظ بإلغاء قرار لجنة البت فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون ، أما بالنسبة للحكم بالتعويض للشركة التي رست عليها المزايدة فتبين المحكمة الإدارية العليا بأنه (

¹ - طعن رقم 1039 لسنة 43 ق . عليا وكذلك طعن رقم 6767 لسنة 44 ق. عليا في 20/11/2001 وطعن رقم 7892 لسنة 45 ق. عليا جلسة 14/11/2001 وطعن 6370 لسنة 45 ق. علي في 4/11/2001 مذكورة في (مجلة المحامين - القاهرة) ،

ع 3/ 2003 ، ص 296 ، 290 و 284 على التوالي .

² - طعن رقم 812 لسنة 13 ق. جلسة 1/2/1969 أشار إليه ، د- محمد ماهر ، ك 1 ، ص 844 .

³ - طعن رقم 1266 لسنة 33 ق. ذكره ، د- محمد ماهر ، ك 4 ، ص 448 .

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 1286 لسنة 33 ق. عليا جلسة 26/11/996 سابق الإشارة إليه .

⁵ - حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 864 لسنة 38 ق. ع جلسة 17/8/1998 سابق الإشارة إليه .

وإن كانت الشركة المطعون ضدها لم تبلغ بأمر الترسية عليها ألا أنه قد نشأ لها مركز قانوني ذاتي بصدر قرار لجنة البت بالترسية عليها واعتماد هذا القرار من السلطة المختصة وكيل الوزارة المفوض من المحافظ وفي إهدار هذا المركز والتعاقد مع غيرها ما يصيبها بإضرار تتمثل فيما لحقها من خسائر ... وما فاتها من كسب بسبب عدم التعاقد معها ، وإذا ما قدرت المحكمة هـ ذالمبا غ بـ (25000) ألف جنيه فأن حكمها يكون قد صادف صحيح حكم القانون ويكون الطعن المائل قد أقيم على غير سند من الواقع أو القانون مستوجباً الحكم برفضه¹.

وبالنسبة للقضاء الإداري في العراق فإنه يطبق قواعد المسؤولية التقصيرية ويحكم بالتعويض ، ومناط مسؤولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة عنها هو وجود خطأ من جانبها عندما يكون القرار الإداري غير مشروع ملحقاً بالضرر بصاحب الشأن مع قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فالخطأ هو واقعة مجردة قائمة بذاتها إذا تحققت أوجب مسؤولية مرتكبيها عن تعويض الضرر الناشئ عنها ، وهذا الضرر كما ذكرنا أما أن يكون مادياً أو أدبياً – ومحكمة القضاء الإداري تشترط للحكم بالتعويض تنفيذاً للمادة (7) من القانون 65 لسنة 1979 ما يلي :-

أ- أن يكون هناك قرار إداري مطلوب إلغاؤه لعدم مشروعيته.
ب- أن يطلب المتضرر الحكم له بالتعويض تبعاً لطلبه إلغاء القرار ، وهذا يعني إن التعويض يدور مع قرار الإلغاء وجوداً وعدماً .
والمحكمة إذا ما قررت إلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته فأنها تحكم للمتضرر بالتعويض المادي والأدبي إن كان له مقتضى وفقاً لقواعد التعويض المقررة في القانون المدني ففي قرار لها صدر حديثاً بتاريخ 2002/5/15 قضت فيه (... الحكم بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه وإلزام المدعى عليه – إضافة لوظيفته بتأديته للمدعي مبلغ التعويض المطالب به الذي قدره الخبير المنتخب البالغ مقداره (650) ألف دينار عن الضرر المادي والأدبي – وتحمله مصاريف الدعوى ... وصدر القرار استناداً للمواد ... (204 و 1/205 و 1/207) من القانون المدني ... حكماً حضورياً قابلاً للتمييز أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وفهم علناً²) ، أما إذا لم يتمكن المزايد المتضرر من إقامة دعوى الإلغاء والتعويض أمام محكمة القضاء الإداري فهذا لا يمنعه من اللجوء إلى القضاء العادي للمطالبة بالتعويض بصفة أصلية عن الضرر الذي يصيبه ، والملاحظ على أحكام محكمة التمييز بوصفها أعلى هيئة قضائية يطعن أمامها بأحكام محاكم البداية والمحاكم الاستئنافية أنها تحكم بالتعويض عن الضرر الفعلي فقط وبالتالي فأن (ما يستحقه المدعي من تعويض هو عن الضرر الفعلي المتعلق بالمصروفات المنظورة وغير المنظورة منذ اشتراكه في المزايدة وحتى إقامة الدعوى . وليس عن الضرر الاحتمالي المتمثل بفوات المنفعة)³ . كما إن قضاء الهيئة الموسعة في محكمة التمييز استقر على أن التعويض لا يشمل فوات المنفعة⁴ . وإنما يشمل فقط الضرر الذي يلحق المدعي المتمثل بما أنفق من مبالغ ومصاريف ثابتة على حساب تنفيذ العقد باعتباره الضرر الحقيقي فقط⁵ ، ونقترح

¹ - حكم المحكمة العليا ، طعن رقم 4721 لسنة 41 ق. ع جلسة 999/1/26 - ذكره ، د- محمد ماهر أبو العينين ، ك1

ص 848 .

² - قرار محكمة القضاء الإداري رقم 130/ق. أ. 2002/ سابق الإشارة إليه .

³ - محكمة التمييز - قرار رقم 238 / هيئة عامة / 2000 في 2000/10/8 غير منشور.

⁴ - محكمة التمييز - قرار رقم 173 / هيئة موسعة / 984 في 1984/2/21 مذكور في مجلة الحقوق ، تصدرها جمعية الحقوقيين العراقية ، بغداد ، ع 4-1 ، 1984 ، ص 200.

⁵ - محكمة التمييز ، قرار رقم 844/م 1 عقار 2002/ في 2002/8/10 غير منشور .

تدخل المشرع العراقي لتحديد مدة تلزم سلطة الاعتماد بأن تفصح خلالها عن أرادتها بتصديق نتائج المزايدة وإبرام العقد أو رفض التصديق وإلغاء المزايدة حتى يستطيع المزايد المشرع للتعاقد التحلل من إيجابه واستعادة تأميناته مع التأكيد بأن تكون هذه المدة (30) يوماً تبدأ من تاريخ ورود المعاملة لدائرة سلطة الاعتماد أو الرفض ، وهي مدة كافية لإصدار القرار متفقاً وحكم القانون .

المطلب الثاني **نكول المزايد الأخير**

إن لجنة البيع والإيجار إذا قررت إحالة المزايدة على المزايد الأخير ، فإن هذه الإحالة (الإرساء) لا تعد قطعية ألا إذا اعتمدتها السلطة المختصة وحتى ينتج قبول الإدارة أثره فإن التشريع والقضاء في مصر مثلاً يشترط وصول العلم بهذا القبول الى من وجه إليه وبالتالي فلا يعد العقد تاماً ألا إذا تبلغ المزايد بهذا القبول ، بينما في العراق فإن العقد يصبح تاماً بصور قرار التصديق ولم يشترط المشرع تبليغ المزايد به ، ويترتب على ذلك أن من رست عليه المزايدة التي اعتمدت نتائجها يكون ملزماً بالبدء في تنفيذ التزاماته التعاقدية من تاريخ التصديق إذ يلتزم بدفع بدل البيع أو الإيجار خلال المدة المقررة قانوناً وإلا عد مخلأً بذلك الالتزام ناكلاً عن دفع البدل ويرتب القانون مسؤوليته بطريقة لم يعهد لها شبيهاً في التشريعات المقارنة ، ذلك أن المزايد بامتناعه هذا يكون قد عدل عن التعاقد ، ولهذا العدول شروطاً تختلف أحياناً باختلاف نوع المال المعلن عنه منقولاً كان أم غير منقول كما أن للنكول آثاره القانونية ، وسوف نوضح تلك الشروط ثم نحدد آثار عدول المزايد عن قبول قرار الإحالة القطعية .

الفرع الأول **النكول وشروط تحققه**

النكول يقصد به – امتناع المزايد الأخير الذي أحييت بعهدته مزايدة بيع أو إيجار المال عن تسديد بدل البيع أو الإيجار خلال المدة المضروبة قانوناً بعد قبول الإدارة ، ويتضح لنا من هذا التعريف بأن النكول لكي يعد واقعاً يشترط فيه :

- 1- امتناع المزايد عن دفع البدل الذي عرضه لشراء أو استئجار المال أو عدم تقديمه طلباً لتقسيط ذلك البدل .
 - 2- مضي المدة المقررة لدفع البدل أو طلب التقسيط .
 - 3- صدور قرار تصديق أو اعتماد المزايدة من السلطة المختصة .
- وبطبيعة الحال فإن سلطة الإدارة في تطبيق حالة النكول تتسع أو تضيق طبقاً لنوع المال المعروض للبيع أو الإيجار .

أولاً : النكول في حالة بيع أو إيجار المال غير المنقول .

إن المزايد الأخير الراسي عليه المزايد يلتزم بدفع جزء أو كل بدل شرائه للمال أو استئجاره له خلال مدة معينة غالباً ما يتدخل المشرع لتحديد أو يترك للإدارة سلطة تحديد تلك المدة ، فإذا مضت دون أن يعلن المزايد صراحة عن استعداده لدفع بدل الشراء أو الاستئجار فإن للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية تمارسها لحمل المزايد على الوفاء بالتزامه أو تعرضه لجزاءات أو إجراءات ضاغطة ، ففي مصر مثلاً فإن من ترسو عليه المزايدة لشراء العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية عليه تسديد ما قيمته 10% من القيمة الراسي بها عملية البيع فور الرسو عليه ويستكمل باقي الثمن¹ خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره

¹ - يعد العقد المصدر الطبيعي لتحديد الثمن الذي يستحقه المتعاقد ، وعلى ذلك يقرر الفقه في فرنسا على وجه الخصوص بأن تخلف ركن الثمن يمكن أن يعد في بعض الأحيان بمثابة سبب من أسباب انعدام الرابطة التعاقدية ويقرر مع

باعتقاد البيع ، ويجوز استثناء وبموافقة السلطة المختصة بالنسبة للعقارات والمشروعات الكبرى أن تتضمن شروط الإعلان (الطرح) سداد باقي الثمن على دفعات يتم تحديدها ، وفي هذه الحال يستحق عنها عائداً يعادل سعر الفائدة المعلن عن البنك المركزي وقت السداد وذلك عن المدة من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد مع مراعاة عدم اتخاذ إجراءات نقل الملكية إلا بعد سداد كافة مستحقات الجهة الإدارية¹ ، على أن المشتري في حال إخلاله بأي شرط من شروط البيع يدفع الجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذاره أو اللجوء إلى القضاء إلى أن تفسخ العقد وتقوم باتخاذ إجراءات البيع من جديد على حسابه مع حفظ حقها في الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الأسعار والمصروفات الإدارية والتعويضات المستحقة ولا ترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت في ثمن البيع ، أما في مجال التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو استغلال العقارات² ، فإن المستأجر أو المرخص له بالانتفاع يسدد فور رسو المزايدة عليه ما يوازي 10% من

القضاء بأن لحظة تحديد الثمن ، إنما هي اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد من السلطة المختصة ويحكم الثمن كقاعدة عامة مبدأ نهائية الثمن إذ أنه في العقد الإداري نهائي لا يجوز لأي من الطرفين أن ينفرد بتعديله ، ألا إذا تدخل المشرع لتعديل الثمن أو إذا استحق المتعاقد ثمناً إضافياً نظير أعمال إضافية قام بها لصالح جهة الإدارة المتعاقدة ، ولمزيد من التفاصيل حول أحكام الثمن انظر ، د. محمد سعيد حسين أمين ، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص 256 وما بعدها .

¹ - المادة (120) من لائحة القانون رقم 89 لسنة 1998 .

² - الترخيص : هو تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه ، وهو تصرف مؤقت بطبيعته بحكم كونه لا يرتب حقاً ثابتاً نهائياً كحق الملكية ، بل يخول المرخص له مركز قانوني مؤقت يرتبط حقه في التمتع به وجوداً وعدماً بأوضاع وظروف وشروط وقيود يترتب على تغييرها أو انقضائها أو الإخلال بها أو مخالفتها جواز تعديل أوصاف هذا الترخيص أو سقوط الحق فيه بتخلف شرط الصلاحية للاستمرار في الانتفاع به أو زوال سبب منحه أو انقضاء الأجل المحدد له أو تطلب المصلحة العامة ذلك ، والترخيص بالانتفاع بجزء من المال العام يختلف في مداه وفيما يخوله للأفراد من حقوق على المال العام بحسب ما إذا كان هذا الانتفاع عادياً أو غير عادي ، ويكون الانتفاع عادياً إذا كان متفقاً

مع

= الغرض الأصلي الذي خصص المال من أجله ، ويكون الانتفاع غير عادي إذا لم يكن متفقاً مع الغرض الأصلي الذي خصص له المال العام ، ففي الانتفاع غير العادي يكون الترخيص للأفراد باستعمال جزء من المال العام من قبيل الأعمال الإدارية المبنية على التسامح ، وتتمتع الإدارة بالنسبة لهذا النوع من الانتفاع بسلطة تقديرية واسعة ، فيكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت حسبما تراه متفقاً مع المصلحة العامة على أساس إن المال لم يخصص في الأصل لمثل هذا النوع من الانتفاع ، وأن الترخيص باستعماله على خلاف هذا الأصل أمر عارض وموقوت بطبيعته ومن ثم يكون قابلاً للإلغاء أو التعديل في أي وقت لدواعي المصلحة العامة فضلاً عما يكون للجهة الإدارية من حقوق في اتخاذ الإجراءات التي تكفل صيانة الأمن والنظام العام ولو تعارض ذلك مع المنتفعين . ويخضع قرار الإدارة الصادر بإلغاء الترخيص أو بعدم تجديده أو بإنقاص مدته لرقابة القضاء الإداري رقابة مشروعية تستهدف وزن القرارات الإدارية بميزان القانون فإذا ثبت صدوره مخالفاً للقانون أو منحرفاً عن تحقيق الصالح العام فإنه يقضي بإلغائه ، وفي أحيان كثيرة يخطئ القضاء الإداري بين العقد الإداري والترخيص وهو أمر يؤدي إلى عدم التحديد الدقيق لطبيعة الالتزامات الناتجة عن التصرف القانوني ، ذلك إن استعمال المال العام من قبل الأفراد يختلف في آثاره عما إذا كان الاستعمال يعد ناتجاً لترخيص إداري أم لعقد من العقود الإدارية ، فإذا كان ذلك فإنه يعد قراراً إدارياً وتتمتع الجهة الإدارية في مواجهة المرخص له كما أشرنا بسلطات واسعة فهي تمتلك أن ترفض الترخيص ابتداءً وتستطيع أن توقف الاستعمال الخاص للمال العام أو أن تعدل في شروط الاستعمال أو تلغي الترخيص ، فمنع التراخيص أو منعها أو إلغائها هي من الأعمال الإدارية التي تستند إلى أحكام القانون العام الذي يقضي بإطلاق سلطة الإدارة في إدارة المال العام وفقاً للمصلحة العامة ومراعاة لطبيعة استعماله ، أما في حالة تكييف استغلال المال العام من قبل الأفراد بأنه نتاج عقد إداري فإنه يخضع في الأساس لما تضمنه العقد من تنظيم العلاقة بين الطرفين ، فالعقد الإداري

كانت السلطات التي يخولها للإدارة يتضمن قيوداً تحد من سلطة الإدارة بعض الشيء ، ولهذا فقد ترى الإدارة تحتفظ بسلطتها كاملة في أن تجعل الانتفاع الخاص بالمال العام يتخذ صورة ترخيص يصدر بقرار إداري منها كما إن لها أن تفرغ الاتفاق في صورة عقد إداري ويكون مرجع التفرقة بين الحالتين إلى نية الإدارة وهي مسألة يستشفها القضاء في كل حالة على حدة .

حول هذا الموضوع انظر : د. حمدي ياسين عكاشة- موسوعة القرار الإداري في مجلس الدولة ، ج 2 ، 2001 ، ص 1388 وما بعدها ، سمير صادق - مصدر سابق ، ص 63 وما بعدها ، د- سليمان الطماوي ، الأسس العامة في

القيمة الكلية الراسي بها المزداد عن مدة العقد بالكامل كتأمين ساري طوال مدة العقد ، ألا إن الإدارة لها سلطة تقديرية في أن تضمن الإعلان شروطاً تبين طريقة سداد القيمة الايجارية أو مقابل الانتفاع أو الاستغلال مع مراعاة أن يتم السداد خلال ثلاثة أيام عمل على الأكثر من بداية المدة المحددة لدفع القيمة أو المقابل¹، ولكن ما يجدر ملاحظته إن المشرع المصري في مجال بيع العقارات قد جمع بين فسخ عقد البيع وتنفيذه على حساب المشتري ، بينما يذهب القضاء المصري عكس ذلك ، إذ ترى المحكمة الإدارية العليا بأنه (إذا لجأت جهة الإدارة إلى توقيع جزاء الفسخ فإنه يجب أن تقف عند توقيع هذا الجزاء دون أن تجعله مصحوباً بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر وتحمله بالنتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة)² ، ويعد القضاء المذكور التنفيذ على الحساب هو الوسيلة التي تتبعها الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً فهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته المالية بحيث يتحمل المتعاقد المقصر في التنفيذ فروق الأسعار تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً ولا يعد التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية ، ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة ضمان سير المرافق العامة باطراد³ ، وعلى ضوء هذه القواعد فإذا كانت شروط المزايدة تنص على أن من يرسو عليه المزداد أن يكمل التأمين المؤقت الذي سبق له إيداعه قبل دخول المزداد على أن يوازي 20% من قيمة مقابل الاستغلال السنوي الذي رسا به المزداد عليه وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره برسو المزداد ، فإذا لم يورد الراسي عليه المزداد التأمين النهائي في الميعاد المحدد له سيصبح عرضه في المزداد كأن لم يكن ويكون للإدارة حق مصادرة التأمين المؤقت الذي سبق وأن دفعه قبل دخول المزداد على سبيل التعويض ، ولها أن تعيد المزداد وإذا رسا بأقل من العرض الذي تقدم به في المزداد الأول يلزم بدفع الفرق بين القيمتين أيضاً ، أما إذا رسا بقيمة أكبر فلا يكون له المطالبة بالفرق⁴ .

أما في العراق فإن المزايد (المشتري أو المستأجر) ملزم بدفع بدل بيع أو أيجار المال غير المنقول خلال مدة (30) يوماً ابتداء من تاريخ الإحالة القطعية ، وللإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في الموافقة على طلبه تقسيط بدل البيع أو الإيجار أو رفض هذا الطلب ، والإدارة المتعاقدة لا تستطيع تسجيل العقار المباع باسم المشتري ما لم يكن قد سدد كامل البديل أو حصل على موافقة الإدارة على تقسيطه ، كما أنها لا تسلم المأجور إلى المستأجر إلا بعد تسديد بدل الإيجار أو تقسيطه بموافقة الإدارة⁵ .

أما إذا لم يسدد المزايد بدل البيع أو الإيجار خلال المدة المذكورة أو لم يقدم طلباً لتقسيط البديل ، فإنه يعد ناكلاً عن البيع أو الإيجار ، ولا تملك الإدارة من خيار ألا أن تحمله نتائج نكوله

العقود الإدارية ،
ط5 ، ص165 ، أحمد منصور ، مصدر سابق ، ص460 . د- السيد خليل هيكل - القانون الإداري السعودي ،
جامعة الملك سعود (دون ذكر سنة الطبع) ص232 وما بعدها . د- محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ك1 ،
ص89 وما بعدها. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بجلسة 2002/3/2 وحكمها في 2002/2/13 مشار إليهما في
مجلة المحاماة المصرية ع3 ، 2003 ، ص378 و 387.

¹ - د. مجدي المتولي - مصدر سابق ، ص195 ، د- حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص225 وما بعدها .

² - حكمها في جلسة 2001/6/26 في الطعن رقم 6403 لسنة 43 ق. أشار إليه ، د- محمد أبو العينين ، ك2 ، ص544 .

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 2000/3/31 طعن رقم 3759 لسنة 43 ق. أشار إليه د- محمد أبو العينين ،
مصدر سابق ، ك4 ، ص525 .

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا في جلسة 962/12/26 طعن رقم 2013 لسنة 6 ق. أشار إليه د- أحمد محمود جمعة ،
مصدر سابق ، ص377.

⁵ - د- فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص103 وما بعدها ، د- عصمت عبد المجيد ، شرح قانون
32 لسنة 986 ، مصدر سابق ، ص55.

فتصبح تأميناته وأمواله الخاصة ضامنة لحقوق الإدارة إذا ما لحقها الضرر من جراء هذا النكول

ولكن ماذا لو سدد المزايد جزءاً من بدل البيع أو الإيجار وامتنع لاحقاً عن تكملة باقي البدل أو توقف عن السداد ، فهل يعد ناكلاً تطبيق بحقه إجراءات النكول ؟
الحقيقة إن من بين الشروط الواجب توافرها لعد المزايد الأخير ناكلاً أن يكون قد امتنع عن تسديد البدل بشكل تام ، أما إذا دفع جزء منه وامتنع عن دفع الجزء المتمم ، فإنه لا يعد ناكلاً وإنما متأخراً عن تسديد القسط الذي حل موعد الوفاء به شرط أن يكون المدفوع من البدل قد جاء بناء على موافقة الإدارة على تقسيطه ، أما إذا كانت الإدارة قد استوفت جزء من بدل البيع أو الإيجار يعادل نصف بدل البيع أو ثلث بدل الإيجار على فرض أن السلطة المختصة سوف توافق على التقسيط ، فإن عدم الموافقة يلزم المتعاقد بتكملة ما تم استيفاءه منه وتسديد كامل البدل وألا فأن المزايد المتعاقد يعد ناكلاً إن امتنع عن إكمال البدل دون أن يمنع ذلك من قيام مسؤولية الموظف الذي استلم جزء من البدل دون موافقة على التقسيط ، لأن القانون العراقي الزم الإدارة أما باستلام البدل كاملاً وأما باستلام جزء منه شرط أن تحصل موافقة المختص على طلب التقسيط .

أما بشأن تأخر المتعاقد عن تسديد القسط فإن القانون 32 لسنة 1986 منح الإدارة سلطة تقديرية في حال تأجيلها القسط أو إلغائها التقسيط ، لكنه ميّز في الحكم بين حالتي بيع أو إيجار المال غير المنقول .

1- التأخر عن تسديد القسط في حالة البيع .

في هذه الحالة المادة (14) من القانون المذكور أجازت للوزير أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة تأجيل استيفاء القسط بناء على طلب المشتري مدة مناسبة من تاريخ استحقاقه ، على أن يُحْمَل المتأخر سعر الفائدة المصرفي بالنسبة للقسط المستحق ، ويرى مجلس شورى الدولة بأن سعر الفائدة (يكون وفقاً لسعر الفائدة التأخيرية التي تستوفيها المصارف الاختصاصية على قروضها والذي يحدده البنك المركزي وحسب طبيعة العقار الموصوف في إعلان البيع بالمزايدة العلنية)¹ ، أما إذا تكرر التأخير ، فللوزير إلغاء التقسيط واستيفاء ما تبقى دفعة واحدة وعند تعذر ذلك فإن الإدارة تبيع العقار بالمزايدة لحساب المشتري على أن تستوفي الأقساط الباقية من ثمن البيع ، مع ملاحظة أن العقار المباع بالمزايدة يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري بعد الإحالة القطعية وتسديد البدل والمصاريف كاملة أو بعد تسديد نصفه وكامل المصاريف في حالة الموافقة على التقسيط ألا ما استثنى من هذا الأجراء بنص خاص² ، على أن توضع إشارة الحجز على سجله العقاري ، ويكون لهذه الإشارة حكم الرهن التأميني³ .

¹ - قرار مجلس شورى الدولة رقم 93/62 في 1993/12/29 - أشار إليه د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص56.

² - قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 132 لسنة 1989 أشار البند (ثانياً) منه إلى أنه في حالة بيع الدور والوحدات والأراضي السكنية العائدة للدولة إلى عوائل الشهداء أو العسكريين المتطوعين وموظفي الدولة فإن المشتري يسدد ما يوازي 5% من ثمن البيع ويسدد الباقي بأقساط سنوية متساوية على مدى (20) عشرين عاماً من تاريخ البيع ، القرار سبق الإشارة إليه .

³ - عرفت المادة (1285) من القانون المدني العراقي الرهن التأميني بأنه (عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون) ، ويرد الرهن التأميني على حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى المسجلة في السجل العقاري سواء كان هذا الحق مستقلاً أو مشاعاً مع مراعاة القيود المفروضة قانوناً على رهن بعض الحقوق (م 305 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل) .

2- تأخر المستأجر من تسديد القسط في حالة الإيجار .

المادة (17) من القانون رقم 32 لسنة 1986 عالجت هذه الحالة ، إذ أشارت إلى إن المستأجر إذا تأخر عن تسديد أحد الأقساط في موعده ، فأن الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله له سلطة تقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً أن شاء ألغى التقسيط واستوفى ما تبقى من بدل الإيجار دفعة واحدة وفق قانون تحصيل الديون الحكومية ، وإن شاء منحه مدة إضافية لتمكينه من التسديد على أن يتم تحميله سعر الفائدة حتى وإن لم تنص المادة المذكورة على ذلك مع ملاحظة أن إنذار المستأجر قبل اتخاذ القرار بإلغاء التقسيط إجراء يجب مراعاته من قبل الوزير وإلا عد قراره بالإلغاء معيباً من حيث الشكل.

ونرى بأن ما ورد في المادتين (14) و (17) من القانون يثير النقاط التالية :

أ- إن المشرع قد تجاهل في حالة البيع شرط توجيه الإنذار للمشتري قبل إلغاء التقسيط ، في حين عده إجراء جوهرياً يتخذ قبل قرار الإلغاء في حالة الإيجار ، مما يعد نقصاً تشريعياً يقتضي مراعاته وبما يضمن المساواة بين المشتري والمستأجر حتى لا يباغت المشتري بالإلغاء دون أن تدرك الإدارة ظروفه التي حالت دون تسديده القسط في الموعد المقرر .

ب- أن المشرع العراقي منح الإدارة سلطة تقديرية بشكل صريح في حالة البيع لتأجيل استيفاء قيمة القسط من بدل بيع العقار وحمل المشتري فائدة تأخيرية ، إلا أنه لم يمنحها مثل هذه السلطة في حالة الإيجار واكتفى بتحويل الوزير سلطة إلغاء التقسيط دون تأجيله ، ونرى أن الوزير أو من يخوله بإمكانه النظر في طلب التأجيل في الحالة الأخيرة قياساً على سلطته الواضحة في حالة البيع الواردة في المادة 17 من القانون ، وكان الأفضل لو أقرّ هذه السلطة صراحة .

ج- إن المشرع عندما منح الوزير سلطة إلغاء التقسيط فإنه لم يبين طريقة استيفائه بينما حدد تلك الطريقة في حالة الإيجار لتكون وفق قانون تحصيل الديون الحكومية ، إذ إن المخول بتطبيق أحكامه يملك سلطات المنفذ العدل¹ ، كما أنه لم ينص على تمكين الإدارة من استيفاء مصاريف المزايدة والمصاريف الإدارية من ثمن بيع العقار واكتفى باستيفاء قيمة الأقساط المتبقية .

د- إن المشرع قد منح الوزير دون غيره سلطة الموافقة على إلغاء التقسيط في حالة البيع ، بينما أجاز له تفويض الغير في حالة الإيجار (ونظراً لأهمية التفويض في الحد من تركيز الوظيفة الإدارية وفي تخفيف الأعباء عن الرؤساء الإداريين ، وتدريب المرؤوسين على أعمال رؤسائهم)² ، فأن ذلك يقتضي أن يتدخل المشرع ليقر حق الوزير في تفويض سلطته بإلغاء التقسيط في حالة البيع إلى غيره من الموظفين مثلما فعل في حالة الإيجار .

وخلاصة القول إن المزايد المتعاقد إذا لم يدفع بدل البيع أو بدل الإيجار مع مصاريف المزايدة كاملة خلال المدة المحددة لذلك في القانون ، أو لم تحصل موافقة الإدارة على طلبه

¹ إن محكمة الاستئناف - بصفتها التمييزية - هي المختصة بالطعن تمييزاً في القرار الإداري الذي يصدره المخول بتطبيق أحكام قانون تحصيل الديون الحكومية رقم 56 لسنة 1977 المعدل لأنه يعد منفذ عدل ومن حقه إصدار القرارات التنفيذية لتحصيل الديون الحكومية ، وأن هذه القرارات تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري ، لأن قواعد الاختصاص من النظام العام . قرار محكمة القضاء الإداري رقم 2001/81 في 2002/3/13 غير منشور.

² د- محمد صلاح عبد البديع - الوسيط في القانون الإداري ، ج1 ، 2003 ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ص254.

لتقسيم البذل خلال المدة ذاتها فإنه يُعد ناكلاً ويلزمه القانون بتعويض الإدارة المتعاقدة عن أي ضرر يصيبها من جراء النكول ، ويعتمد القضاء العراقي مثل هذه القواعد ¹.

ثانياً : النكول في حالة بيع المال المنقول .

إن عدول المشتري أو المستأجر عن التعاقد في المال المنقول يشاطر في الحكم غالباً العدول في المال غير المنقول ، لكن يتميز عنه في بعض الأحكام ، والجدير بالملاحظة أن المزايد لا يستطيع استلام المال إلا بعد اعتماد قرار الإحالة وتصديق نتائج المزايدة من السلطة المختصة ودفعه ثمن الشراء ، وطريقة تسديد الثمن تختلف بين قانون وآخر ، ففي مصر مثلاً من ترسو عليه مزايدة بيع المنقول يلتزم بأن يسدد 30% من ثمن الصفقة بمجرد رسو المزايد ، وإذا لم يسدد تلك النسبة فإن الإدارة يكون من حقها مصادرة التأمين المؤقت ، على إن الراسي عليه المزايد إذا أوفى بتلك النسبة يجب عليه أداء باقي الثمن خلال (15) يوم تحسب من اليوم التالي لرسو المزايد عليه فيما عدا الحالات التي تتطلب بحسب طبيعتها تسليم المبيع على دفعات إذ تسدد قيمة كل دفعة بالكامل قبل الموعد المحدد لاستلامها ولا تسوى نسبة الـ 30% المشار إليها إلا عند استلام آخر دفعة من المبيع على أن تنص شروط المزايدة على ذلك ² ، ولكن الجهة الإدارية لها سلطة تقديرية لمنح المزايد مهلة إضافية للسداد مقدارها عشرة أيام إذا قدرت في ذلك مصلحتها ، وإذا تأخر المزايد عن التسديد فإن الإدارة لها أن تسلك أحد طريقين ، أما فسخ عقد البيع ومصادرة المبالغ المدفوعة من المزايد ، وأما منحه مدة إضافية لمبررات تقبلها السلطة المختصة مع تحميله بمقابل تأخير يعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي في تاريخ السداد مع الاحتفاظ بحقها في الرجوع على المشتري بالتعويض اللازم .

ونجد أن الجهة الإدارية المتعاقدة في مصر في حالة بيع المنقول ضامنة لحقوقها إذا ما أخل المشتري بشروط المزايدة وهذا الضمان يتحقق من خلال :

- 1- تمتع الإدارة بسلطة مصادرة التأمين المؤقت إذا لم يسدد الراسي عليه المزايد التأمين النهائي فور رسو المزايدة ، وحقها في مصادرة التأمين المؤقت والنهائي بعد فسخ العقد إذا لم يسدد باقي ثمن شراء المال المنقول ، وحقها في طلب التعويض عن الضرر الذي يلحق بها والمتمثل بالفرق بين البذل الذي عرضه المزايد الناكل وبذل المزايدة التي يتم أجزائها بسبب النكول مع المصاريف كافة .
- 2- تمتع الجهة الإدارية بحق اتخاذ إجراءات بيع المال لحساب المتعاقد إذ تأخر عن استلام المبيع خلال (20) يوماً من تاريخ إخطاره وبحد أقصى خمسة أسابيع ويكون البيع وفق أحكام اللائحة التنفيذية ذات الرقم 1367 لسنة 1998 ، وفي هذه الحال يحاسب المزايد عن النقص في الثمن ومصرفات التخزين وكذلك مصرفات إدارية بواقع 10% من ثمن البيع الجديد ، ولا ترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت في ثمن البيع ، وهذا يعني أن المتعاقد في حال بيع المال لحسابه يكون ملزماً بدفع الفرق بين البذل الذي رست به المزايدة عليه والبذل الأقل منه الذي حددته المزايدة الثانية مع تحميله المصاريف الإدارية ومصرفات التخزين ، أما إذا كانت الزيادة في ثمن البيع لا تغطي تلك المصرفات ففي هذه الحالة يحاسب المزايد الناكل عن الفرق بين الزيادة والمصرفات التي كان يجب عليه دفعها في حال عدم تحقيق أية زيادة ³ ، ويعد القضاء المصري

¹ - جاء في قرار محكمة التمييز بالرقم 563/م/92 في 992/6/28 بأنه على المستأجر الذي أحيل عليه أيجار المأجور بالمزايدة العلنية أن يدفع بدل الإيجار والمصاريف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإحالة القطعية دون حاجة إلى التبليغ ، فإذا تخلف عن ذلك كان للدائرة عرض المأجور على المزايد قبل الأخير - القرار سبق الإشارة إليه .

² - المادة (118) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري .

³ - د. حسن محمد هند - مصدر سابق ، ص 223.

فرق السعر هو الأثر المترتب على التنفيذ على الحساب في حين يكون مصادرة التأمين هو الأثر المترتب على فسخ العقد ، ويحق للجهة الإدارية تنفيذ العقد على حساب المتعاقد معها إذا أخل بأي شرط من شروط عقد البيع أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته العقدية¹ ، والتنفيذ على الحساب إذا كان وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً أعملاً لامتيازاتها ألا أنها بهذا الأجراء تعد نائبة عن المتعاقد معها في تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته المالية إذ يتحمل المتعاقد المقصر نتائج التنفيذ على الحساب ، فيكون لجهة الإدارة الرجوع عليه بفروق الأسعار التي يسفر عليها التنفيذ مضافاً إليها المصروفات الإدارية² ، وتذهب المحكمة الإدارية العليا إلى تأكيد القواعد التي أشرنا إليها في حكمها الصادر بجلسة 999/5/11 إذ أوضحت فيه (...إن الراسي عليه المزداد إذا تخلف عن أداء التأمين النهائي يكون للجهة الإدارية الخيار بين أمرين ، أما سحب قبول المزداد ومصادرة التأمين أي إنهاء العلاقة العقدية مع اقتضاء التعويض المتفق عليه مقدماً إذ إن مصادرة التأمين عبارة عن جزاء يحمل في طياته اتفاقاً سابقاً على التعويض ، وأما التمسك بالعقد وتنفيذه على حساب الراسي عليه المزداد مع الأحقية في التعويض عن جميع الأضرار المباشرة التي ترتبت على عدم التنفيذ وتبعاً لذلك لا يجوز الجمع بين الأمرين في وقت واحد لأن الجمع بين الأمرين يعني إلغاء العقد واعتباره كأن لم يكن وفي نفس الوقت اعتبار العقد قائماً ومنتجاً لأثاره ، كما أنه يؤدي إلى حصول الحكومة على تعويض مزدوج ، وتأسيساً على ذلك فإن الجهة الإدارية أن تمسكت بالعقد وقامت بالتنفيذ على الحساب فإنها تستحق تعويضاً عن الأضرار التي ترتبت على التنفيذ ولا يجوز لها في هذه الحالة مصادرة التأمين ، لأن مصادرة مع الحصول على التعويض بسبب عدم التنفيذ يؤدي إلى حصولها على تعويض مزدوج ...³ (

أما في العراق فإن إحالة بيع الأموال المنقولة لا تعد قطعية إلا بعد تصديقها من سلطة الاعتماد وهي الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله⁴. وإن المزايد الذي رست عليه المزايدة لا يستطيع استلام المال إلا بعد حصول تلك المصادقة ودفع البدل خلال سبعة أيام من تاريخ الإحالة القطعية ، كما إن المشتري ملزم بنقل المال خلال المدة المذكورة⁵ ، وما نلاحظه على موقف المشرع العراقي :

- 1- قصر المدة الممنوحة لمشتري المال غير المنقول لتسديد ثمن الشراء وهي (30) يوماً من تاريخ الإحالة القطعية فيما جزء منها تستغرقه إجراءات التصديق من السلطة المختصة ، الأمر الذي يتطلب معه زيادتها إلى مدة (45) يوماً نراها كافية ليدبر أمره ويسدد للإدارة ما بذمته .
- 2- منح مشتري المال المنقول مدة (7) أيام لاستلام الأموال ونقلها من موقعها تبدأ من تاريخ الإحالة القطعية ، وهي مدة غير كافية ، وأثبت الواقع العملي عجز مشتري المال المنقول عن نقله من موقعه خلال تلك المدة ولعل بعض الجهات الإدارية أدركت قصر تلك المدة ، فقررت بالتعليمات الصادرة عنها منح المشتري مهلة

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 2002/6/4 في الطعن رقم 6725 لسنة 45 ق . أشار إليه (د. محمد ماهر أبو العينين ، العقود الإدارية ، ك2، مصدر سابق ، ص 914.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته 2000/9/19 في الطعن رقم 42/3373 ق . أشار إليه ، د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 903.

³ - حكمها في الطعن رقم 4076 لسنة 43 ق. ع أشار إليه ، د- محمد أبو العينين ، ك2 ، مصدر سابق ، ص 892 .

⁴ - المادة 28 من القانون 32 لسنة 1986.

⁵ - المادة 32 من القانون 32 لسنة 1986.

إضافية مخالفة بذلك القانون الذي استندت إليه إذ لم يخولها مثل هذه الصلاحية¹ ، الأمر الذي نرى معه أن تبدأ مدة نقل الأموال من تاريخ تسديد البدل وليس من تاريخ التصديق كي تكون المدة كافية لنقله ، وهذا يتطلب تدخلاً تشريعياً لإقراره .

3- لم ينص القانون على تشكيل لجنة تسليم المال المنقول لضمان تسليمه دون عيب جسيم أو نقص مخل بمنفعة المال يخرج من العرف الجاري ، كما أنه لم يعالج موضوع تأخر المشتري عن استلام المال ولم يرتب الجزاء الذي يستحقه من جراء تأخره ، وإن كانت الإدارات قد دأب بعضها على تضمين إعلاناتها شرطاً تفرض فيه على المشتري (أجور أرضية أو غرامات تأخيرية أو نفقات تخزين) إذا تأخر عن استلام الأموال في موعدها المقرر قانوناً - ولسد هذا النقص نقترح تدخل المشرع لغرض :-

أ- تشكيل لجان تتولى تسليم المال المنقول للمشتري بنفس الأوصاف المعلن عنها

ب- فرض جزاء مالي عند تأخر المشتري عن نقل الأموال بواقع 1% من ثمن البيع عن كل يوم تأخير ولغاية عشرين يوماً من تاريخ التسديد ، بانتهائها تقوم الإدارة ببيعه لحسابه واستيفاء مصاريف المزايدة والجزاء المالي من ثمن البيع

4. عدم منحه الإدارة سلطة الموافقة على تقسيط بدل بيع المال المنقول وألزمها باستيفائه مع مصاريف المزايدة كاملة خلال المدة التي حددها وإلا عُذ المشتري ناكلاً ، والمشتري يمكن أن تصادفه ظروف العسر أحياناً تحول دون تسديده كامل البدل ، كما إن المشرع منح فرصة التقسيط لمشتري المال غير المنقول ومستأجره وإن دواعي العدالة والمساواة بين المزايديين تحتم إقرار مبدأ التقسيط لبذل بيع المال المنقول أسوة ببذل بيع أو أيجار العقار .

وبناء على ما ورد من قواعد فإذا لم يبادر مشتري المال المنقول إلى تسديد ثمن شرائه والمصاريف كاملة خلال مدة سبعة أيام من تاريخ الإحالة القطعية ، فإنه يُعد ناكلاً عن البيع تتخذ الجهة الإدارية المتعاقدة بحقه الإجراءات المرسومة قانوناً لضمان حقوقها وتعويض الأضرار التي تلحق بها من جراء عدول المزايد عن التعاقد معها .

الفرع الثاني

الآثار القانونية للنكول

إن الإدارة عند قبولها العرض الذي تقدم به المزايد الأخير ، فإن التعاقد يكون قد تم بينهما وأصبح لزاماً على المتعاقد معها البدء في تنفيذ العقد من خلال أداء مستحقات الإدارة المالية وتراخيه في أداء قيمة التأمين أو تخلفه عن سداد بدل البيع أو الإيجار لا يؤثر في صحة نفاذ العقد من تاريخ إخطار المزايد أحياناً ومن تاريخ قرار التصديق أحياناً أخرى ، إذ كل ما يترتب على عدم التسديد طبقاً لشروط المزايدة والعقد أن يكون للجهة الإدارية التنفيذ على حسابه ومصادرة التأمين المؤقت فضلاً عن إلزامه بالفروق التي تحملتها نتيجة هذا التنفيذ وذلك لمواجهة الأضرار التي لحقت بها نتيجة خطأ المتعاقد معها وهو بمثابة تعويض لها عن تلك الأضرار ، أو إن تلجأ

¹ - المادة (41) من تعليمات وزارة المالية عدده لسنة 1986 والمادة (10) من تعليمات وزارة العدل عدد السنة 1988 أجازتا للوزير أو من يخوله إهمال المشتري مدة لا تزيد على عشرة أيام إضافة لمدة (7) أيام إذا ما وجد ضرورة لذلك أو عذراً مشروعاً ، أما المادة (32) من تعليمات وزارة الإسكان رقم السنة 1988 فقد أجازت للوزير أو من يخوله إهمال المشتري مدة لا تزيد على سبعة أيام إضافة للمدة المقررة في القانون متى وجدت ضرورة أو عذر مشروع يبرر الإهمال ، ولا يوجد في القانون نص يخول الوزير منح المشتري مدداً إضافية .

الإدارة إلى فسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية بينهما¹ ، والحقيقة إن هناك فرقاً واضحاً بين التنفيذ على الحساب وبين الفسخ يحول دون الجمع بينهما ، ذلك إن التنفيذ على الحساب ، كما أشرنا لا يعد بذاته توقيعاً لجزاء على المتعاقد بسبب إخلاله بالتزامه ، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الإدارة عند امتناع المتعاقد معها أو إخلاله بتعهداته ضمناً لحسن سير المرفق العام وتحقيقاً للمصلحة العامة ، ولا يتأتى هذا الإجراء إلا عن طريق الإبقاء على العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها إذ تحل الإدارة محل المتعاقد فيما لم ينفذ من العقد على حسابه وتحت مسؤوليته وإلزامه بما يطرأ على تنفيذ العملية من فروق في الأسعار والمصروفات التي تنكبدها نتيجة التنفيذ على الحساب ، ويؤدي ذلك أن يكون المتعاقد المقصر مسؤولاً عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه ، ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد ، لأن قيام الإدارة بفسخ العقد وتنفيذه على حسابه في نفس الوقت لا يجوز لها أن تطالبه بالفروق الناتجة عن التنفيذ على الحساب لأن شرط ذلك مناطه هو الإبقاء على العقد ، ويبرر ذلك أن قرار التنفيذ على الحساب إنما هو إجراء تصدره الإدارة تنفيذاً للعقد وهو ليس قراراً إدارياً ، ومقتضى ذلك ولزامه أن يستمر العقد قائماً إلى أن يتم التنفيذ على حساب المتعاقد² ، ولكن ما نجده إن المبادئ المشار إليها التي استقر عليها الفقه والقضاء المصري جاءت على خلاف نهج المشرع المصري ، إذ أنه في المادة (120) من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 أجاز للجهة الإدارية في حال إخلال المشتري بأي شرط من شروط بيع العقارات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية ودون حاجة إلى إنذار المتعاقد أو اللجوء إلى القضاء أن تفسخ العقد وتقوم باتخاذ إجراءات البيع من جديد على حسابه ، مع حفظ حقها في الحصول على ما يكون مستحقاً لها من مبالغ نظير فروق الأسعار والمصروفات الإدارية والتعويضات المستحقة ولا ترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت في ثمن البيع ، وهذا يعني بوضوح إلزام الإدارة عندما تقرر الفسخ أن تنفذ العقد على حساب المتعاقد الذي أنهت الإدارة رابطة التعاقدية معه ، والملاحظ إن المشرع ذاته في حال بيع الأموال

¹ - الفسخ : هو من الجزاءات الإدارية التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد في العقود الإدارية ، فإذا لم يوف معها بالتزاماته المنصوص عليها في العقد أو أنه تأخر في القيام بها أو أنه لم يراع مبدأ حسن النية في التنفيذ أو تنازل عن تنفيذ العقد إلى الغير فإنه يكون للإدارة حق توقيعه على المتعاقد بإرادتها المنفردة ودون الرجوع إلى القضاء أو دون النص في العقد على توقيع الجزاء ، شرط أن يكون الفسخ لأسباب تبرره من المصلحة العامة وإلا كان للمتعاقد معها طلب الحكم بالتعويض عما يلحق به من أضرار نتيجة هذا الإجراء غير المشروع الذي يمثل خطأ عقدياً ، وقرارات الإدارة بفسخ العقود الإدارية لا تعد من القرارات الإدارية بالمعنى الفني بحسبانها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه ، ومن ثم فإن المنازعة المتعلقة بتلك القرارات لا تدخل في ولاية الإلغاء وإنما تدخل في ولاية القضاء الكامل للقضاء الإداري بعده الجهة القضائية المختصة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وفي العراق فإن القضاء العادي هو المختص بنظر دعاوى فسخ العقود الإدارية كونها تخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري ، والفسخ بطبيعة الحال أما أن يكون باتفاق طرفي العقد أو بحكم القانون أو بحكم القضاء .

وبخصوص الموضوع انظر :

- د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة - ط1 ، 1993 ، ص49 وما بعدها .
- السلال سعيد جمعة الهويدي ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة طنطا ، مصر ، 1994 ، ص175 وما بعدها .
- رفاه كريم رزوقي كربل ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2000 ، ص33 وما بعدها .
- سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بابل ، 2003 ، ص14 وما بعدها .

² - حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته 2001/6/26 طعن رقم 6403 لسنة 43 ق. أشار إليه (د- محمد ماهر ، ك3 ، ص544).

المنقولة لم يعط الإدارة خيار اللجوء إلى التنفيذ على الحساب ، وإنما منحها سلطة فسخ العقد ومصادرة التأمين المؤقت والنهائي إذا لم يسدد باقي ثمن شراء المال خلال المدة المحددة قانوناً¹ ، كما أنه ترك للإدارة حرية تحديد طريقة سداد القيمة الإيجارية أو مقابل الانتفاع أو الاستغلال وتضمينها في شروط الإعلان عن مزايده تأجير العقارات والمشروعات أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف² ، إلا إن عدم النص على خيارات الإدارة في فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد لا يحول دون اتخاذها الإجراءات المناسبة وفقاً للقواعد العامة إذا أُخِلَّ المستأجر بالتزامه ، ففي حال تأخره عن دفع بدل الإيجار المقرر يحق للجهة الإدارية فسخ العقد ومصادرة التأمين إذ لا يدخل الأخير في حساب قيمة الإيجار المستحق عليه حتى ولو لم تكن هناك أضرار ترتبت على فسخ العقد وإنما يعد أحد الإجراءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري والتي مردها إلى ما يتميز به هذا العقد عن العقد المدني³ ، وبطبيعة الحال فإن القرار الذي تصدره الإدارة بفسخ العقد لا يعد من القرارات الإدارية المنفصلة عنه التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء كونه قراراً يصدر تنفيذاً لبنود العقد ، وهو ما استقر عليه القضاء ، وبهذا الصدد تذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول (... إن قضاء هذه المحكمة مستقر على إن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصاص القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته ولما كان القرار الإداري على هذا النحو هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء فإنه يتعين أن توجه الدعوى إلى القرار الذي هو إفصاح جهة الإدارة عن أرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، أي تستند الإدارة في إصداره إلى أحكام القوانين واللوائح ، وعليه يخرج عن نطاق هذا القرار الذي يكون محلاً لدعوى لإلغاء كل ما يصدر عن الإدارة استناداً إلى أحكام العقود التي تبرمها الجهة الإدارية ... وبالتالي فلا تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى العقود التي تبرمها أو إجراءات تنفيذها محلاً لدعوى الإلغاء وإنما تدخل المنازعات التي تتولد عن تلك الإجراءات التعاقدية في ولاية القضاء الكامل وتخرج من ثم عن نطاق دعوى الإلغاء ، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بإنهاء التعاقد ومصادرة التأمين النهائي بحسابه لا يكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده كشرط لقبول دعوى الإلغاء ، بحسبان إن فسخ العقد لا يعدو أن يكون إجراء تتخذه الإدارة كمتعاقد وليس كسلطة عامة...⁴ .

أما في العراق فإن امتناع المشتري أو المستأجر عن دفع بدل البيع أو الإيجار خلال المدة المحددة قانوناً يدفع الإدارة المتعاقدة إلى تنفيذ العقد على حساب الناكّل وإبقاء العلاقة العقدية قائمة معه وهذا واضح من خلال الأثر الذي يربته القانون رقم 32 لسنة 1986 في المادتين (19) و (29)⁵ المتمثل بإلزام المتعاقد الناكّل بفرق السعر ، كما إن الإدارة لها الحق

¹ - المادة (118) من اللائحة التنفيذية رقم 1367 لسنة 1998 .

² - الماد (121) من اللائحة التنفيذية رقم 1367 لسنة 1998 .

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته 2001/3/27 في الطعن رقم 6969 لسنة 44 ق.ع أشار إليه د- محمد ماهر ، ك4 ، ص528 .

⁴ - حكمها في جلسته 994/3/22 في الطعن رقم 1654 لسنة 36 ق.ع أشار إليه ، د- محمد ماهر ، مصدر سابق ، ك2 ، ص560 .

⁵ - تنص المادة (19) على ما يلي :

أولاً - إذا نكل المحال عليه من دفع بدل البيع والمصاريف في حالة البيع وبديل الإيجار والمصاريف في حالة الإيجار ، فيعرض المال غير المنقول على المزايده الأخير الذي كف يده بالبديل الذي كان قد عرضه ، فإذا وافق على أخذه ، يضمن الناكّل بقرار من لجنة البيع أو الإيجار ، الفرق بين البديلين من تأميناته ، وإن لم تكف فمن أمواله الأخرى ، ويستوفى ذلك وفق قانون تحصيل الديون الحكومية .

في فسخ العقد وإن لم ينص القانون على ذلك صراحة ولكن ترتيب الأثر هو الذي يدفعنا إلى استنتاج هذا الحق إذ إن المادتين المشار إليهما ألزمت الإدارة ولم تترك لها حرية التقدير أو الخيار في اتخاذ الأجراء الذي تراه مناسباً حينما نصتاً على مصادرة التأمين الذي أودعه المتعاقد عند اشتراكه في المزايدة إذا لم يتقدم راغب لشراء أو استئجار المال في المزايدة التي جرت بسبب نكول المتعاقد ، وهذه المصادرة هو الأثر الذي يترتب على فسخ العقد ، وبناء على ما ذكره فإن الآثار المترتبة على نكول المزايد عن دفع البديل والمصاريف قد أشار لها القانون العراقي بشكل ترتيبه ولا نرى بأن للإدارة سلطة تقديرية في مخالفة ذلك الترتيب وتتمثل تلك الآثار بما يلي :

أولاً : عرض المال على المزايد الثاني .

الإدارة في هذا الحال تبلغ المزايد ما قبل الأخير بنكول مشتري المال أو مستأجره عن دفع البديل والمصاريف ، وفيما إذا كانت لديه الرغبة في أخذ المال بالبديل الذي كان قد عرضه في المزايدة التي أحيلت بعهد الناكل ، فإذا قبل بهذا العرض ، حينئذ يطلب منه تسديد البديل ثم يسجل العقار باسمه ويسلم له المأجور أو المال المنقول ، وهذا الأجراء نراه محلاً لإثارة عدد من النقاط :

- 1- إن بيع أو تأجير العقار أو بيع المنقول إلى المزايد الثاني كان لحساب الناكل بعده المشتري الأول لكنه عجز عن تسديد مستحقات الإدارة المالية .
- 2- إن عرض المال بعد النكول يتم على المزايد الثاني أو ما قبل الناكل وليس على (المزايد الأخير) مثلما تنص المادتين المذكورتين لأن المزايد الأخير هو الناكل .
- 3- إن موافقة المزايد الثاني على أخذ المال بالعرض الذي تقدم به وقت المزايدة المحالة بعهد الناكل لا تحتاج إلى قرار بالإرساء من لجنة البيع والإيجار وهذا دليل واضح على إن بيع المال أو إيجاره للمزايد الثاني قد تم لحساب المزايد الناكل قامت به الإدارة بصفتها وكيلاً عنه .

والإدارة ملزمة بعرض المال على المزايد الثاني في حال النكول وإذا ما تجاوزت هذا الإجراء فإن ذلك يثير مسؤوليتها ، فتخطيها له وانتقالها لإجراء آخر يبرر للناكل أن يطلب إبطال تلك الإجراءات وما يترتب عليها من أثر ، فقيام الإدارة بإعادة المزايدة دون عرض المال على المزايد الثاني يؤدي إلى أبطال إجراءات المزايدة لأن قرارها بالإعلان عن بيع المال أو تأجيره يأتي مشوباً بعدم المشروعية ، ولكن هذه المسؤولية لا تنهض إذا أبدى المزايد قبل الأخير رغبته

ثانياً- إذا رفض المزايد قبل الناكل أخذ المال غير المنقول بالبديل الذي كان قد عرضه ، فتجري المزايدة مجدداً لمدة خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان في الصحيفة ويضمن الناكل بقرار من لجنة البيع والإيجار الفرق بين البديلين ومصاريف إعادة المزايدة ويستوفى ذلك من تأميناته وإن لم تكف فمن أمواله الأخرى ، وفق قانون تحصيل الديون الحكومية .

ثالثاً - إذا لم يحصل راغب لشراء المال غير المنقول في حالة البيع أو مستأجر في حالة الإيجار فتعتبر التأمينات التي دفعها الناكل إيراداً إلى الجهة مالكة المال غير المنقول .

كما نصت المادة (29) بشأن المال المنقول على :

أولاً- إذ نكل المزايد الأخير الذي رست المزايدة عليه عن دفع البيع وكامل المصاريف خلال سبعة أيام من تاريخ الإحالة القطعية ، فيعرض المال المبيع على المزايد الأخير الذي كف يده قبله بالبديل الذي كان قد عرضه ، فإذا وافق على أخذه يضمن الناكل بقرار من لجنة البيع والإيجار الفرق بين البديلين من تأميناته ، وإن لم تكف فمن أمواله الأخرى ويستوفى ذلك وفق قانون تحصيل الديون الحكومية .

ثانياً- إذا رفض المزايد قبل الناكل أخذ المال المبيع بالبديل الذي قد عرضه فتجري المزايدة مجدداً لمدة خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان في الصحيفة ويضمن الناكل بقرار من لجنة البيع والإيجار الفرق بين البديلين من تأميناته وإن لم تكف فمن أمواله الأخرى ويستوفى ذلك وفق قانون الديون الحكومية .

في عدم أخذ المال الذي عرضه فيما لو عرض عليه ذلك بعد النكول ، سواء بشكل صريح إذ يطلب تحريرياً إسقاطاً لحقه بعدم أخذ المال أو بشكل ضمني حين يقدم طلباً باسترداد تأميناته .

ثانياً : الإعلان عن بيع المال أو إيجاره بالمزايدة العلنية .

إن سلطة الإدارة في بيع المال أو تأجيريه إلى المزايد الثاني تتوقف على رفض الأخير أخذ المال بالبدل الذي عرضه ، وهذا الرفض يأتي أما قبل وقوع النكول إذ يقدم على سحب تأميناته بعد انتهاء المزايدة مع تعهده تحريرياً بعدم رغبته بأخذ المال فيما لو نكل المزايد الأخير وتعهد به بعدم الرجوع عن هذا الحق الذي أسقطه ، أو إن رفضه يأتي بعد تبليغه من قبل الإدارة بوقوع النكول وعرضها عليه أخذ المال بالبدل الذي عرضه فيرفض ذلك ، حينئذ تلتزم الإدارة بالإعلان عن مزايدة جديدة لبيع المال أو إيجاره لمدة (15) يوم تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان في الصحيفة اليومية ، وإذا ما تقدم راغب فتقرر لجنة البيع والإيجار إحالة المزايدة عليه شرط أن لا يقل عرضه عن القيمة المقدرة لذلك المال ، وجهة الإدارة عندما تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر وأجراء مزايدة لهذا الغرض فإنها تقوم في ذلك بدور الوكيل فتلتزم بأن تبذل العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة وهذا الدور في نظرنا يرتب جملة من الالتزامات على عاتق الإدارة وهي :

- 1- عدم لجوء الإدارة إلى المزايدة إلا إذا رفض المزايد الثاني شراء المال أو تأجيريه بالبدل الذي عرضه ، لأن قبوله يقلل أحياناً من فرق السعر الذي يتحمله الناقل .
- 2- أن تلتزم جهة الإدارة بنفس شروط المزايدة الأولى التي ولدت تعاقد الناقل فلا يحق لها أن تجعل المزايدة محدودة بينما الأولى مزايدة مفتوحة ، ولا يحق لها أن تجعل مدة التعاقد أقل أو أكثر من المدة المحددة في المزايدة الأولى ، لأن إقدام الإدارة على عدم مراعاة ذلك يعد خطأ من جانبها يببرر إعفاء الناقل من مسؤولية نكوله .
- 3- أن تقوم الإدارة بالإعلان عن المزايدة الجديدة خلال مدة معقولة ، لأنه لا وجه لتحميل المتعاقد بفروق الأسعار متى ثبت تأخيرها في التنفيذ على حسابه ، فاعلان الإدارة عن مزايدة بسبب النكول بعد مرور أربعة أشهر من وقوعه مثلاً يعني انتهاء موسم النشاط ويعني أحجام المزايد الممارسين له عن دخول المزايدة مما يعني انخفاض البدل أو عدم تقدم راغب وفي كلا الحالتين تضرر الناقل بسبب تأخر الإدارة عن إجراء المزايدة .

ثالثاً - التضمين .

المزايد الناقل يعد مقصراً في تنفيذ التزامه ويكون بهذه المثابة ملزماً بتعويض جهة الإدارة عما حاق به من ضرر تمثل في النقص بين السعر الذي عرضه الناقل والسعر الذي عرضه المزايد قبله أو المزايد الأخير في المزايدة الثانية التي جرت بسبب النكول إضافة لمصاريف إعادة المزايدة ، وبالتالي فإن القانون رقم 32 لسنة 1986 قد نص على ضمان حق الإدارة في الحصول على ذات السعر الذي عرضه المتعاقد الناقل فمنح لجنة البيع والإيجار سلطة إصدار القرار بتضمين الناقل الفرق بين البدل الذي رست به المزايدة على الناقل والبدل الذي عرضه المزايد الثاني أو البدل الذي ترسو به المزايدة لثانية مع المصاريف الإدارية ، ويحصل هذا التضمين في حالتين :

الحالة الأولى : إذا وافق المزايد الثاني في المزايدة الأولى على أخذ المال بالبدل الذي عرضه ففي هذه الحالة تقرر لجنة البيع والإيجار تضمين الناقل الفرق بين البدل الذي عرضه

والبدل الذي تقدم به المزايد الثاني ، ويتم استيفاء هذا الفرق من تأمينات الناكل فإذا لم تكن كافية فإن أمواله الخاصة تصبح ضامنه لتسديد مبلغ التضمين وفق قانون تحصيل الديون الحكومية ¹ .

الحالة الثانية : إذا رفض المزايد الثاني أخذ المال وجرت المزايدة ثانية لترسو على صاحب أعلى سعر ، فإذا كان هذا السعر أقل من سعر الناكل ، فإن اللجنة تصدر قرارها بتضمينه الفرق بين السعريين مع مصاريف المزايدة ، أما إذا كان سعر المزايدة الثانية يساوي أو يزيد على سعر الناكل فإن قرار التضمين يقتصر على استيفاء المصاريف الفعلية التي أنفقت على المزايدة الأولى من تأمينات المزايد الناكل ويعاد إليه المتبقي منها ² .

ونرى بأن اختصاص لجنة البيع والإيجار في إصدار قرارها بتضمين الناكل في الحالة الثانية مقبولاً كونها المختصة بأجراء المزايدة العلنية ، إلا إن اختصاصها في الحالة الأولى ليس له ما يبرره ، لأن تحميل الناكل فرق السعر يتم بعرض المال على المزايد الثاني مباشرة وبدون مزايدة تجريها اللجنة فيكون الأولى أن يكون قرر التضمين صادراً عن رئيس الدائرة المالكة للمال كونه المختص بمتابعة إجراءات تنفيذ العقد المبرم الذي تم بينه وبين الناكل ، وإن قرار التضمين يصدر عنه بصفته متعاقداً وليس كسلطة عامة .

ولكن الإدارة غالباً ما تلجأ إلى أجراء المزايدة الثانية دون أن تعرض المال على المزايد قبل الناكل ، فماذا يترتب على هذا الأجراء ، وهل يؤدي إلى إعفاء الناكل من فرق السعر ؟ إن للإجابة أهمية واضحة ، ذلك أن التطبيق العملي يشهد تكراراً لهذه الحالة ، وبناء عليه نرى بأن الإدارة لا يمكن لها أن تعلن عن أجراء مزايدة ثانية ما لم تعرض المال على المزايد الثاني - قبل الناكل- لأخذ موافقته على الشراء أو التأجير أو رفضه التعاقد وهذا يتطلب توافر شرطين : الأول - أن يكون أيجاب المزايد الثاني لا زال قائماً بحيث لم يسترد تأميناته ، والثاني - أن يتم دعوته للتعاقد تحريراً وتبليغاً أصولياً إذ (لا اعتبار لتبلغ المزايد الثاني شفاهاً) ³ .

وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي ففي قرار لمحكمة التمييز صدر بتاريخ 2002/5/27 جاء فيه (... دائرة المميز - وزارة النقل والمواصلات -) لم تتخذ ما يقتضي من الإجراءات المنصوص عليها في المادة التاسعة عشر من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 المعدل لغرض التحقق من نكول المميز عليه (المدعي) عن الإيجار حيث لم تعرض المال غير المنقول على المزايد الأخير الذي كف يده قبل المدعي بالبدل الذي كان قد عرضه لبيان موافقته على أخذ المال من عدمه ... لذا قرر تصديق الحكم المميز.. ⁴ وكانت محكمة استئناف بغداد - الرصافة قضت بفسخ الحكم البدائي والحكم بمنع مطالبة المستأجر بفرق البدلين ⁵ ، كما قررت محكمة التمييز بتاريخ 2002/10/17 بأنه عند أجراء مزايدة أيجار عقار مملوك للدولة ونكول من رست عليه المزايدة ، على الدائرة مالكة العقار عرضه على المزايد قبل الأخير قبل الإعلان عن أجراء مزايدة جديدة وجاء في القرار المذكور (لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إن محكمة الموضوع قد ... تأيد لها أن الدائرة الممييزة - الشركة العامة لإدارة النقل الخاص - لم تقم أصولياً بعرض المأجور على المزايد قبل الأخير كما تقتضي بذلك أحكام المادة 19 من القانون 32 لسنة 1986 ، لذا فإن إجراءات الدائرة التالية للنكول تكون مخالفة للقانون

¹ - قرار محكمة التمييز رقم 232 /م/90 في 25/9/1990 أشار إليه ، إبراهيم الشاهدي ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 65.

² - قرار مجلس شوري الدولة رقم 2000/3 في 13/1/2000 غير منشور .

³ - قرار محكمة التمييز رقم 961 /م/1 عقار 2002/ ، في 27 / 5 / 2002 ، غير منشور .

⁴ - قرار محكمة التمييز أعلاه .

⁵ - قرارها رقم 755/س/2001 في 12/12/2001 غير منشور .

وهذا ما قضى به الحكم المميز بمنع مطالبة المدعي عليه بالمبلغ المدعى به ، الفرق بين البديلين ، لذا قرر تصديقه ...¹.

ولكننا نجد أن القضاء يقرر إعفاء الناكّل كلياً من الفرق بين البديلين ولم يلزمه بأي تعويض طالما إن الإدارة لم تعرض المال على المزايد الثاني بالرغم من حصول الضرر لها من جراء النكول ، ونرى بأن هذا الاتجاه يلحق الأذى بالإدارة ويبعد الناكّل عن أية مسؤولية جراء خطئه في تنفيذ العقد ، فكان الأولى أن يقرر لها حق الرجوع على الناكّل بالفرق بين بدله وبديل المزايد الذي كف يده قبلاً أي البديل الذي سامه وهو اتجاه كان قد سلكه القضاء في وقت سابق قبل أن يعدل عنه².

ولكن ماذا لو كان المزايد الناكّل فاقداً لأحد شروط الاشتراك في المزايدة ابتداء فهل يحق له المطالبة بعدم تحميله فرق البديلين بحجة فقدانه لهذا الشرط وقت رسو المزايدة عليه ؟ نقول إن الناكّل كان قد سعى قبل تعاقدّه للاشتراك في المزايدة وأن صدور قرار الإحالة القطعية وتصديق قرار الإرساء يجعل العقد تاماً بين الطرفين لتطابق الإيجاب والقبول ، وإذا ما أخل بتنفيذ العقد فلا يحق له التمسك ببطلانه بحجة افتقاده لأحد شروط الاشتراك في المزايدة لأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وبهذا المضمون قضت الهيئة الموسعة³ في محكمة التمييز في قرار لها صدر بتاريخ 2000/7/19 إذ جاء فيه (... المميز ملزم بتأدية الفرق بين البديلين بمقتضى أحكام المادة التاسعة عشرة من قانون بيع وإيجار أموال الدولة وإن اعتراضاته التمييزية لا سند لها من القانون لأنه دخل المزايدة برغبته متقدماً على غيره من المزايد بمقتضى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 100 لسنة 1995 ولم يبين أنه فلسطيني الجنسية بل ابرز هوية أصدقاء ... معتمداً على حق التقدم الذي تمنحه له هذه الهوية وأنه سبب

¹ - قرار محكمة التمييز رقم 1527/م/2002/3 غير منشور .

- قرار محكمة التمييز رقم 2445/م/2001/3 في 2001/10/29 غير منشور.

- قرار محكمة التمييز رقم 1062/م/2000/1 في 2000/7/18 سبق الإشارة إليه0

- قرار محكمة التمييز رقم 117/هيئة عامة 1972/ في 1973/3/31 ، أشار إليه إبراهيم الشاهدي ، مجموعة المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - قسم القانون المدني ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1988 .

² - إن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز بقرارها المرقم 273 / موسعة أولى / 84 - 85 في 985/12/30 كانت قد قررت تضمين الناكّل الذي رست عليه المزايدة الفرق بين البديل الذي رست به المزايدة وبين البديل الذي سامه المزايد قبل الأخير وجاء في قرارها المذكور (.... وتبين من التدقيقات التي أجرتها محكمة الموضوع إن هناك مزايداً قبل الأخير كان قد سام بمبلغ 289 دينار للمتر المربع الواحد وهو الذي يلي المدعية التي سامت بمبلغ 300 دينار للمتر المربع ، وبما إن مديرية الأملاك لم تعرض الأرض على المزايد التالي المشار إليه بالبديل الذي سامه فإن المدعية لا تتحمل أكثر من الفرق بين البديلين لعموم المساحة لعدم عرض العقار على المزايد التالي لها ...) القرار أشار إليه (إبراهيم الشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج6 ، ص60) ، وفي قرار آخر لها صدر برقم 971/م/309 في

1971/12/30 جاء فيه (... ولما كانت أمانة العاصمة لم تقم بذلك (بعرض العقار المذكور على المزايد قبل الأخير) بل باشرت بالإعلان وإجراء المزايدة مجدداً فلا يكون المميز عليه مسؤولاً عن ذلك وإنما تنحصر مسؤوليته بالفرق بين بدله وبين المزايد قبل الأخير ولما كانت محكمة استئناف بغداد قد استقطعت من المبلغ المدعى به الفرق بين البديل الذي رسا على المميز والبديل الذي سامه المزايد قبل الأخير وحكمت بالباقي حسب التفصيل المدون في حكمها المميز فإنه يكون صحيحاً وموافقاً للقانون...) القرار أشار إليه ، د- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص80 .

³ - إن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز المبحوث عنها في الفقرة أولاً /ب/ من المادة/13 من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل قد حلت محل الهيئة العامة المبحوث عنها في الفقرة (1) من المادة (220) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل في قسم من اختصاصاتها.

قرار محكمة التمييز رقم 170/موسعة ثانية/2001 في 2002/6/18 غير منشور.

قرار محكمة التمييز رقم 143/موسعة أولى /87-88 في 1987/12/15 أشار إليه إبراهيم الشاهدي ، معين القضاة ، ج4 ، بغداد 2001 ، ص205 .

للدولة خسائراً في نكوله حيث إن المزايد الذي كف يده قبله كان قد عرض بدلاً مقداره (.../117/025) دينار ولم يتسنى له الاستئثار بإيجار الباخرة لأن المدعي عليه (المستأنف المميز) كان قد زاد هذا البديل ورسست المزايدة عليه نتيجة الزيادة ولو لم يكن الأمر كذلك لرسست المزايدة على المزايد ما قيل الأخير بالبديل المذكور ولم تضطر المنشأة إلى الإعلان مجدداً عن مزايدة جديدة لترسو ببديل مقداره (20/250/000) دينار ، لذا يكون المميز ملزماً بتعويض الضرر تطبيقاً للقاعدة الفقهية من سعى في نقص ما تم من جهته فسعيه مردود عليه التي كرسستها المادة التاسعة عشرة المشار إليها في أعلاه وإن بقيه الاعتراضات التمييزية لا سند لها من القانون حيث إن شروط المزايدتين متقاربة ولا تؤثر على إلزام المميز عليه بالفرق بين البديلين ¹.

رابعاً - مصادرة التأمين .

هو عبارة عن جزاء يحمل في طياته اتفاقاً سابقاً على التعويض ، وإذا كان للإدارة حق توقيع جزاء التعويض المستحق عن الأضرار التي ترتبت على إخلال المتعاقد بالتزاماته حسبما سبق إيضاحه ، فمما لا شك فيه إن للإدارة حق مصادرة التأمين ، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر سواء نص أو لم ينص في شروط المزايدة على هذا الحق وألا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط إيداع التأمين مع العرض ، فالتأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ولا يقبل من المتعاقد والناكل أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض ، إلا أنه يقيناً لا يمثل الحد الأقصى ، فإذا كانت قيمة التأمين قد جبرت الضرر كله فإنه لا يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض ما لم يتفق على غير ذلك ، أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجبر الضرر ، فإنه يتعين على الإدارة إذا رأت أن ترجع على المتعاقد المقصر بتعويض يجاوز مبلغ التأمين ، على أن تثبت وقوع ضرر لها من جراء تقصير المتعاقد يفوق في مقداره قيمة التأمين المودع ، ومن ثم فإنه يتعين في حساب التعويض المستحق مراعاة التأمين منه ، وبناء على ورد فإنه يجوز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين عند فسخ العقد ، ولكن بشرط تجاوز الضرر قيمة التأمين أولاً وعدم وجود حظر لهذا الجمع في القانون أو العقد الإداري ثانياً ، لأن أساس ذلك اختلاف التعويض عن مصادرة التأمين في الطبيعة والسبب والغاية إذ إن التعويض مرده القواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على السواء جبراً لضرر تعاقدية ، أما مصادرة التأمين فهو جزاء مالي للإدارة توقيعه في العقود الإدارية وحدها .

ولكن ما هو موقف المشرع العراقي إزاء المبادئ التي أشرنا إليها ؟

كنا قد ذكرنا سابقاً بأن الفقرة (ثالثاً) من المادة (19) من القانون رقم 32 لسنة 1986 قد أشارت لحالة واحدة تحققها يمنح الإدارة سلطة (مصادرة التأمين) الذي دفعه الناكل بغية اشتراكه في المزايدة ، وهذه الحالة تتمثل بعدم حصول راغب لشراء المال غير المنقول أو استئجاره في المزايدة الثانية التي تمت بعد نكول المتعاقد (المزايد الأخير) وهذا يعني إن القانون يقرر فسخ عقد البيع أو الإيجار بقوته دون منح الإدارة سلطة تقديرية في تقرير هذا الفسخ أو اتباعها إجراء آخر ، ودليلنا على أن قصد المشرع من وراء المصادرة فسخ العقد هو إن الأثر الذي يترتب على الفسخ هو مصادرة التأمين وهذا ما قرره في المادة المشار إليها ، كما أنه جعل فرق الأسعار هو الأثر المترتب على تنفيذ العقد على حساب الناكل ولم يعط للإدارة حق المصادرة بمعنى لم يجز الجمع بين المصادرة والتنفيذ على الحساب ، ولكن الملاحظ على موقف المشرع هذا أنه اكتفى بمصادرة التأمين كجزاء عن نكول المشتري أو المستأجر ، ولم يقر حق الإدارة في المطالبة

¹ - محكمة التمييز في العراق ، قرار رقم 184/ موسعة أولى/ 1999 غير منشور .

بالتعويض عن الضرر المتولد من ذلك النكول إذا كانت التأمينات لا تغطي ذلك الضرر ، ونجد بأن هذا الموقف لا يلبي حقوق الإدارة لأسباب عدة منها :

1- إن تأمينات الناكل دائماً هي أقل بكثير من بدل المزايدة التي رست بعهدته ، وبالتالي فإن عدم تقدم راغب لشراء أو استئجار المال في المزايدة الثانية يعني خسارة الإدارة لذلك البديل ، والاكتفاء بتسجيل تأمينات الناكل ايراداً للدائرة المالكة لا يعوض تلك الخسارة ولو جزئياً .

2- إن الاكتفاء بالمصادرة دون غيرها يشجع المزايد الأخير على النكول إذا ما أدرك ارتفاع البديل الذي عرضه وبه رست المزايدة خاصة إذا كانت المزايدة محلاً للمضاربات وهو ما يتكرر حصوله في الواقع العملي ، فقلة قيمة التأمين قياساً ببديل الشراء أو الاستئجار يحفز المتعاقد على النكول والاقتناع بخسارة مبلغ التأمين بدلاً من خسارة أكبر فيما لو نفذ العقد ودفع البديل ، خاصة إذا كانت مدة عقد الإيجار مثلاً أكثر من سنة¹ .

3- أثبت التطبيق العملي لجوء المتعاقد الى طريق النكول كوسيلة لتحقيق منافع مادية إذ إن الإجراءات التي يتطلبها تمنح المتعاقد مدة أطول للاستمرار في استغلال المأجور بصفته المتعاقد السابق ، خاصة وأنه يدرك ضعف الإجراءات التي تمكن الإدارة من استيفاء بدل الإيجار عن فترة الإيجار التي تلي انتهاء مدة العقد في ظل غياب النص في القانون أو التعليمات الذي يعالج موضوع استمرار المستأجر السابق في استغلال المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار ، والجدير بالملاحظة هنا أن بعض الإدارات دأبت على أن تضمن الإعلان عن المزايدة شرطاً يلزم المستأجر في حال بقاءه شاغلاً للمأجور بعد انتهاء مدة الإيجار بأن يدفع (اجر المثل) ، ونرى بأن هذا الشرط لا يوفر الحماية الكافية لحقوق الإدارة ، لأن تقدير أجر المثل من جهة الإدارة يمكن أن يكون محل نزاع أمام القضاء الذي استقرت أحكامه على أن (المطالبة باجر المثل تكون أمام القضاء وبإقامة الدعوى به ودفع الرسم القانوني عنها ويتم تقديره من أهل الخبرة وتحت أشرف المحكمة وليس للخصم تقديره ومطالبة خصمه به مباشرة)² ، ونجد بأن ضمان حق الإدارة يتطلب مراعاة أمرين هما :

أ- أن تباشر الإدارة المالكة للمال إجراءات تقدير قيمته والإعلان عن المزايدة قبل انتهاء عقد الإيجار بمدة مناسبة لا تقل عن ثلاثة أشهر .

ب- تضمين الإعلان وعقد الإيجار بندا يلزم المستأجر بدفع بدل أيجار المدة التي تلي انتهاء مدة عقده يساوي بدل المزايدة الجديدة أو بدل الإيجار المثبت في العقد المبرم معه مضاف إليه 50 % أيهما أفضل للإدارة على أن تستوفي منه تأمينات كافية لضمان تسديد هذا البديل حال انتهاء المدة الأصلية لعقد الإيجار .

4- إن الناكل كثيراً ما يلجأ إلى التأثير على الراغبين في الشراء أو الاستئجار في المزايدة الثانية بعد النكول واستعماله وسائل ضغط كثيرة لمنعهم من الاشتراك في المزايدة خوفاً

¹ القانون رقم 32 لسنة 1986 لم يحدد مدة الإيجار وترك للإدارة حرية تحديد مدته من سنة أو أقل إلى أكثر من 15 سنة ، عكس القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 إذ أوجبت المادة 131 من لائحته التنفيذية أن لا تتجاوز مدة الإيجار أو الترخيص ثلاث سنوات ، على أن يتم قبل نهاية هذه المدة اتخاذ إجراءات الإعلان من جديد بإحدى الطرق المقررة قانوناً ويجوز تأجير المنشآت السياحية وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة وبموافقة الوزير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ولا تتجاوز خمسة وعشرين عاماً وذلك بشرط أن يتضمن الإعلان عن المزايدة تحديد المدة الإيجارية .

² قرار محكمة التمييز رقم 1/766 عقار/2002 في 2002/9/4 ، غير منشور .

من تضمينه فرق البدلين إذا انخفض بدل المزايدة الثانية عن البديل الذي نكل عن دفعه لإدراكه أن عدم تقدم راغب يعني الاكتفاء بمصادرة تأميناته دون اتخاذ الإدارة لأي إجراء آخر يزيد من أعبائه المالية طالما إن قيمة التأمين أقل بكثير من قيمة البديل الذي تخلص من تسديده .

ولهذه الأسباب نقترح أن يتم تضمين الناكل قيمة البديل الذي نكل عن تسديده في حال عدم تقدم راغب يستوفي من تأميناته وأمواله الخاصة على أن يشمل هذا المقترح أيضاً حالة النكول في المال المنقول الذي لم يقرر القانون له حكماً يماثل حكم الفقرة (ثالثاً) من المادة (19) أنفة الذكر .

خامساً : حرمان الناكل من الاشتراك في المزايدة .

من المبادئ الأساسية التي تحكم المزايدة العامة هو حرية المنافسة إذ يحق لكل فرد أن يتقدم للاشتراك فيها دون منع الإدارة له أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرسائها على أعلى سعر ، ولكن الإدارة لها أن تتخذ من الإجراءات وهي بصدد تنظيم المزايدة لحرمان بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء التزاماتهم قاصدة بذلك ألا يتقدم للمزايدة إلا الصالحين والقادرين منهم فتوفر بذلك كثيراً من الجهد والوقت على لجان البيع والإيجار ، والإدارة تتمتع بسلطة تقديرية لحرمان من أخل بالتزاماته جزاء هذا الإخلال ، وقرارها يعد قراراً إدارياً منفصلاً يخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيه أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان قد صدر متكباً للصالح العام ، أو كانت أسبابه غير مشروعة . وحقيقة إن القانون رقم 32 لسنة 1986 لم يعالج موضوع اشتراك الناكل في المزايدة التي تلي نكوله أو المزايدات اللاحقة وسكوته هذا دفع الجهات الإدارية إلى الاختلاف في المعالجة ، إذ تسمح بعضها للناكل من الاشتراك في المزايدة الثانية بعد النكول بينما تقرر أخرى حرمانه من دخول المزايدة لعجزه عن تنفيذ التزام سابق¹ ، وإننا لا نؤيد اشتراك المزايد الناكل في المزايدة الثانية وحتى المزايدات الأخرى اللاحقة إذا كانت ذمته مشغولة بدين للدولة وذلك لأسباب منها :

- 1- إن المزايدة الثانية ما هي إلا أجراء للتنفيذ على حساب الناكل المقصر في تنفيذ التزامه ولا يمكن أن تتعاقد معه ثانية في حين إن عقدها الأول معه لا زال قائماً .
 - 2- المتعاقد الناكل قد أخل بالتزامه فيكون الحرمان جزاء هذا الإخلال .
 - 3- الناكل أصبح مديناً للإدارة يمنع عليه الاشتراك في المزايدات طالما لم تبرأ ذمته من ديون الحكومة .
 - 4- السماح للناكل في الاشتراك بالمزايدة الثانية التي جرت بسبب نكوله يعني تشجيع المزايد الذي ترسو عليه المزايدة للنكول كي يتمكن من أشغال المأجور بعد انتهاء مدد تعاقدته خاصة إذا كان موضوع المزايدة مرتبطاً بنشاطات موسمية اقتررب أو حان موعد ممارستها .
- وهذه الأسباب نراها كافية لتبرير تدخل المشرع لمنع الناكل من الاشتراك في المزايدة التي تجرى بعد نكوله مباشرة ، وعدم السماح له بالتقدم للمزايدات اللاحقة إذا بقيت ذمته مشغولة بأموال الدولة .

¹ - المادة (21) من تعليمات وزارة المالية عدد (5) لسنة 1986 تنص على أنه (يجوز للناكل الاشتراك في المزايدة) في حين أوضحت وزارة الداخلية / البلديات العامة بكتابها المرقم 1022 في 2001/1/29 عدم السماح للناكل في الاشتراك بالمزايدة الثانية التي تجري بعد النكول مباشرة .

الخاتمة

وهكذا نصل في ختام هذا البحث الذي يدور حول (حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة – دراسة مقارنة) الى أن موضوعه تناول مراحل عدة هي نتاج عملية التعاقد بطريق المزايدة العامة ، وكانت هذه المراحل مضمونا لفصلين ، أولهما يدور حول حدود سلطة الإدارة التقديرية في المرحلة التمهيدية للتعاقد ، وثانيهما اختص بدراسة حدود سلطة الإدارة التقديرية في مرحلة إبرام العقد ، وقد استخلصنا من بحثنا هذا النتائج التالية :

أولا : أن قيودا يجب على الإدارة مراعاتها قبل إعلانها عن بيع أو إيجار الأموال ، تتركز حول ضرورة حصولها على إذن بالتعاقد من سلطة الاعتماد – التصديق – وإن عدم مراعاة ذلك الإذن يترتب عليه بطلان العقد ، وإن الإذن أو التصريح بالتعاقد يعد قرارا إداريا قابلا للانفصال يخضع لرقابة القضاء ، حتى وإن كان للإدارة سلطة تقديرية في إقراره أو عدمه إذا ما انحرفت به عن هدف الصالح العام أو كانت أسباب منحه غير مشروعة ، كما أن الإدارة تلتزم بتقدير قيمة الأموال المراد التصرف بها وفقا للأسس التي رسمها المشرع ، ويعد قرار لجنة التقدير في نظرنا قرارا إداريا يقبل الطعن عليه بالإلغاء كونه قد صدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة لا تملك سلطة تعديله أو الرجوع عنه 0

ثانيا : يعد الإعلان شرطا جوهريا في المزايدات العامة وأنه يمثل دعوة للتعاقد وليس إيجابا أو قبولا من جهة الإدارة ، وأي خرق لقواعده أو خلل في أوصافه أو مخالفة لشروطه يترتب أثره في بطلان المزايدة إذا ما كان ذلك الخرق أو الخلل أو المخالفة جوهريا ، وتلك مبادئ أخذ بها الفقه والقضاء الإداريين ، ووجدنا في هذه المرحلة أهمية ما استقر عليه القضاء الإداري والدستوري في مصر بأن الإعلان يعد قرارا إداريا منفصلا يمكن الطعن عليه بالإلغاء ، وتملك الإدارة في هذا المجال سلطة تقديرية تمثلت بإضافتها وسائل أخرى غير النشر في إيصال العلم الى الراغبين في دخول المزايدة ، إلا أن المشرع العراقي ودون جدوى تذكر استثنى المال الذي تقل قيمته التقديرية عن ألف دينار من النشر في الصحف ، كما أنه عد تاريخ بدء المزايدة لبيع المنقول من تاريخ النشر وليس من تاريخ اليوم التالي له حينما فعل عند بيع الأموال غير المنقولة ، مما ولد إرباكا في التطبيق وسبب ضررا للمزايديين الذين اعتادوا على احتساب يوم المزايدة من اليوم التالي وليس من تاريخ النشر ، الحال الذي يستوجب توحيد تلك المدد لتأمين استقرار الأوضاع عند المزايدات والإدارة معا 0

ثالثا : إن الفقه والتشريع والقضاء المقارن كل منهم كان أكثر تنظيما ووضوحا في مرحلة التقدم بالعروض ، التي يبدي فيها المتقدم رغبته في التعاقد ، إذ باستطاعة المزايد تقديم عرضه وفقا للشروط المعلن عنها ، ولا يمكن للإدارة حرمانه أو استبعاد عطائه إلا إذا فقد شرطا جوهريا من شروط المزايدة ، كل ذلك من أجل ضمان حرية المنافسة والمساواة بين المتقدمين ، وإن القضاء يفرض رقابته على أي مخالفة تضعف أو تغيب قواعد المشروعية ، وعكس هذا الحال في العراق إذ أن المشرع قيد تلك الحرية وتتصل عن مبدأ المساواة بين المتنافسين حينما وضع القيود التي تعارض المبادئ الدستورية المستقرة ، ومن بينها حرية الفرد في التملك أو ممارسة العمل التجاري في وطنه كله دون أن ينصب على جزء معين منه ، والمساواة بين الراغبين جميعا دون تفضيل بين راغب وآخر ، كما أنه لم يحدد سلطات الإدارة في الاستبعاد أو الحرمان وترك باب تقدير ذلك مفتوحا أمام الإدارة فاتسعت مساحة انحرافها في ظل دور قضائي متردد أحيانا وضعيف أحيانا أخرى ، مرده عجز المشرع عن منحه السلطة الكافية لممارسة ذلك الدور حينما أبعد العقود الإدارية عن مظلة رقابته من جهة ولم يلزم الإدارة بتسبيب قراراتها الإدارية من جهة ثانية 0

رابعاً : إن لجنة البيع والإيجار بوصفها السلطة المختصة بالإحالة كان لها دوراً مهماً في إتمام عملية التعاقد ، إذ تحدد المزايد الأفضل وترشحه للتعاقد ، وتتخذ بهذا الشأن قرارات عدة هي بنظر الفقه والقضاء الإداريين قرارات إدارية قابلة للانفصال تخضع للطعن أمام قاضي الإلغاء ، وإن قرار اللجنة بالإحالة يترتب نتيجة هامة تتمثل بالتزام سلطة التصديق إذا ما أرادت إتمام التعاقد ، بأن لا تتعاقد إلا مع من عينته لجنة البيع والإيجار ، ويبقى لها مكنة في الحرمان والاستبعاد بمقتضى سلطاتها التقديرية ، والمشرع العراقي على خلاف التشريعات المقارنة لم يتناول بالنص حالات الاستبعاد أو الحرمان ولم يلزم الإدارة بتسبب قرارها بالحرمان أو الاستبعاد ، ولكن القضاء الإداري في العراق راقب مشروعية أسباب القرار حينما تذكر 0

خامساً : لقد وجدنا إن مرحلة إبرام العقد تمثل قبول الإدارة إذا شأنت إبرامه ، كما أنها تمثل مرحلة الإجهاز على ذلك العقد دون أن تتمه إذا رأت في ذلك مصلحة ، وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن قرار تصديق نتائج المزايدة - قرار الإحالة القطعية - هو قرار إداري قابل للانفصال يصدر وقت إبرام العقد ، وإن سلطة الإدارة في هذه المرحلة مقيدة إذا أرادت التعاقد التزمت بما قرره لجنة البيع والإيجار ، وإن تعاقدت مع غيره عد ذلك خطأ من جانبها يحملها مسؤولية تعويض الضرر الذي يترتب ذلك الخطأ ، وإن لها سلطة تقديرية إذ تشاء أن لا تتعاقد أصلاً وتلغي المزايدة دون أن يعد هذا الإلغاء خطأ من جانبها إلا إذا كان لغاية غير مشروع ، كما استخلصنا في هذه المرحلة أهمية الأثر الذي يترتب تبليغ المزايد الراسي عليه المزداد ، إذ استقر القضاء وكذا التشريع في مصر مثلاً على أن العقد لا ينعقد إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، في حين لم يعد له في العراق مثل هذا الأثر ، إذ رجحنا انعقاد العقد وبدء التزامات الطرفين بتنفيذ العقد ابتداء من تاريخ الإحالة القطعية وليس من تاريخ تبليغ المزايد بتلك الإحالة ، كما أن القضاء العراقي - العادي - المختص بنظر منازعات العقود الإدارية لم يعط للتبليغ شأنًا في إبرام العقد ولم يعده شرطاً لصحة انعقاده ، ولكن ما يؤشر على مسيرة المشرع العراقي في هذه المرحلة أنه لم يحدد مدة للإدارة تلتزم خلالها بأن تفصح عن إرادتها بالتصديق أو الرفض ، الحال الذي يبقى معه المزايد الأخير في انتظار طويل دون معرفة مصيره وتأميناته معلقة حتى حين 0

سادساً : إن التشريعات المقارنة حددت للإدارة الحالات التي تبرر لها إن وجدت إلغاء المزايدة مع ذكر أسبابه ، كأن يكون الإلغاء لدواعي المصلحة العامة أو بسبب الاستغناء عن المزايدة نهائياً ، إلا إن المشرع العراقي أبى أن يحدد تلك الحالات ، وانفرد عن غيره بتقرير حالة تمديد المزايدة إذا لم يتقدم راغب بالشراء أو التأجير في حال الإعلان عنها أول مرة ، أو إن سعر المتقدم لم يبلغ القيمة المقدرة للمال ، لكن الإدارة لو صدقت نتائج المزايدة ، فإن قبولها يكون قد التقى إيجاب المزايد ليتم العقد ، إلا إذا أبدى الموجب رغبته بعدم قبول قرار التصديق ، حينها يعد ناكلاً وقد عدل عن التعاقد فيرتب هذا العدول جملة من الآثار القانونية من بينها ضمان حق الإدارة في الحصول على التعويض عن الضرر الذي سببه ذلك النكول ، وقد وجدنا بأن الجهات الإدارية في العراق قد اختلفت في معالجتها لتلك الآثار ، فمنها من سمحت للناكل بالاشتراك في المزايدة التي تجرى بعد نكوله ، ومنها من عدته مخلاً بالتزاماته السابقة يبرر لها حرمانه من دخول المزايدة المذكورة ، وقد رجحنا الرأي الأخير حتى لا يبقى احتمال إخلال المزايد بالتزامه مرة ثانية قائماً 0

وقد تهيأت لدينا بخصوص موضوع البحث المقترحات التالية :

1. دعوة المشرع العراقي للتدخل من أجل إيقاف إجراء المزايدات في العراق مدة خمس سنوات ، وذلك بسبب الظروف الأمنية غير المستقرة وما نجم عنها من توقف للمزايدات في مدن عدة على الرغم من انتهاء مدد عقود الإيجار المبرمة مع

المزايدين و إخلال بمبادئ المزايدات التي أجريت في ظل هذه الظروف خاصة مبدأ المنافسة والمساواة بين المتقدمين هذا من جهة ، وبسبب قلة الخبرة لدى رؤساء وأعضاء لجان البيع والإيجار لحدثة تعيين البعض في وظيفته وحادثة إشراك البعض الآخر في عضويتها ، وعدم تلقيهم دورات تطويرية بهذا الشأن من جهة ثانية ، ولبروز ظاهرة الابتزاز من بعض المتقدمين في ظل غياب ترتيب مسؤوليتهم القانونية وما له من أثر على إجماع الكثير من الراغبين عن المشاركة من جهة ثالثة ، ولضعف النصوص القانونية النافذة حالياً وعدم قدرتها على معالجة مثل هذه المشاكل من جهة رابعة 0

2. أن يتدخل المشرع العراقي خلال المدة المذكورة أعلاه لإقرار الخطوات التالية :

أ- إناطته بلجان تقدير الأموال المشكلة بموجب القانون رقم 32 لسنة 1986 المعدل مهمة تقدير بدل إيجار الأموال غير المنقولة وعرضها على المستأجرين الشاغلين ، فان وافقوا عليه نُظمت لهم عقود الإيجار وفق البديل المقدر بعد مصادقة السلطة المختصة ، وأن لم يوافقوا أعلن عن إيجارها بالمزايدة العلنية الى العراقيين كافة ممن تتوفر فيهم شروط المزايدة بعد انتهاء مدد عقود الإيجار المبرمة مع المستأجرين الراضين للتقدير ، على أن توقف عمليات بيع الأموال غير المنقولة بشكل تام خلال المدة المذكورة في الفقرة (1) اعلاه 0

ب- إصدار قانون جديد ينظم المزايدات العامة بوصفها طريقاً أصلياً للتعاقد مع بقية طرق التعاقد الأخرى يستوعب التطور الحاصل ويأخذ بنظر الاعتبار تجارب الدول المتقدمة في هذا المجال 0

ج- إقرار التعديلات التي وردت في صلب البحث على مواد القانون رقم 32 لسنة 1986 المعدل ليستمر العمل به الى حين صدور قانون جديد ، ومن ضمنها :

- تعديل المادة 9 / ثالثاً الى ما قبل صدور القانون رقم 49 لسنة 1988 ، أو رفع القيمة التقديرية للمال المستثنى من النشر الى (مائة) ألف دينار بدلاً من ألف دينار 0

- تعديل المادة 9 / ثامناً وحذف عبارة (000 ولا تفتح بأقل من 70% من القيمة المقدرة 000) لان لجنة البيع والإيجار ليس باستطاعتها إحالة المزايدة ما لم يبلغ سعر المزايد الاخير القيمة المقدرة أو اكثر منها 0

- إلغاء المادتين 9 / خامساً و 26 / ثالثاً لعدم جدوى فتح قائمة المزايدة خلال مدة الإعلان المنشور ، طالما أن المزايد لا يقدم عرضه إلا في يوم المزايدة ، ولأن نص المادتين شرع ناقصاً منذ البدء 0

- إلغاء المادتين 10 / تاسعاً و 26 / سادساً وعدم الأخذ بنظام الضم للأسباب التي ذكرت في محلها 0

- تعديل المادة 16 / أولاً من القانون لتحديد تاريخ المزايدة في بيع المنقول من اليوم التالي لتاريخ نشر الإعلان في الصحيفة وليس من تاريخ النشر 0

- تعديل المادتين 21 / أولاً و 22 بحذف عبارة (000 بدون مزايدة علنية 000) وإحلال عبارة (بدون مزايدة) محلها لتمكين الإدارة من بيع المال غير المنقول أو إيجاره بطريق الاتفاق المباشر وليس بطريق المزايدة غير المعلنة بالنشر 0

- تعديل المادتين 11 و 28 وحذف عبارة (000 الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله) واستبدالها بعبارة (السلطة

المختصة) ، على أن يحدد المقصود بهذه السلطة ، ونقترح أن يقصد بها (الوزير المختص أو المحافظ أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ، فيما عدا ما أجازت هذه الأحكام التفويض فيه لا يجوز للسلطة المختصة التفويض في أي من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام) 0

- تحديد مدة 30 يوما من تاريخ ورود قرار الإحالة الى سلطة الاعتماد لتفصح خلال هذه المدة عن إرادتها بتصديق نتائج المزايدة أو رفضها ، على أن مضي المدة المذكورة دون تصديق أو رفض لا يعد تصديقا حكما لقرار الإحالة 0

3. استحداث مكتب أو تشكيل جهة إدارية عليا لمتابعة التعاقدات الحكومية بطريق المزايدة وتلقي الشكاوى بشأنها لكثرة مخالفة قواعد المزايدات وتكرار حصولها يوميا

4. الإسراع في تشكيل مجلس الدولة وإنشاء المحكمة الإدارية العليا خاصة بعد أن أجاز دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005 تشكيل هذا المجلس ، ليكتمل القضاء الإداري في العراق وبما يمكنه بعد توسيع اختصاصات محكمة القضاء الإداري من نظر المنازعات الإدارية كافة ، ما تعلق منها بالقرار الإداري أو العقد الإداري 0

5. دعوة القضاء الإداري في العراق لترك ترده وممارسة دوره في فرض الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية وتأمين الحماية الكافية للأفراد من تعسفها والمحافظة على المال العام 0

إننا إذ قدرنا أهمية المزايدات العامة كونها طريقا مهما من طرق تعاقد الإدارة مع الأشخاص وأدركنا حجم المشاكل العملية التي أفرزها سلوك هذا الطريق ، فقد حاولنا جاهدين الخوض في دراسة هذا الموضوع وقدمنا هذا البحث عسى أن تجد الإدارة فيه ضالتها ويحقق الفائدة للباحثين ، الذي نأمل منهم أن يوسعوا من طرق البحث فيه لإيجاد الحلول المناسبة لمشاكل لازالت قائمة من اجل حماية المزايديين والإدارة وبما يعزز مبدأ المشروعية ويرسخ دولة القانون

0

نسأله تعالى أن يجعل في جهدنا هذا نفعاً
ويكتب لنا فيه أجراً
انه نعم المولى ونعم النصير

قائمة المراجع

1. المراجع باللغة العربية.

أولاً : المراجع العامة.

1. إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم القانون المدني ، منشورات ، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد 1988 .
- المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج6 ، بغداد ، 2001 .
- معين القضاء ، ج4 ، بغداد ، 2001 .
2. د. إبراهيم سيد أحمد ، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 .
3. د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الادارية ، مكتبة الفلاح ، ط1 ، 1988 .
4. د. أحمد بدر سلامة ، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة 2003 ،
5. د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام – العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، القاهرة ، 2004 .
6. د. أحمد عثمان عيان ، مظاهر السلطة العامة في عقود الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 .
7. د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، بغداد ، ط1 ، 1998 .
8. د. السيد خليل هيكل ، القانون الإداري السعودي ، مطبعة جامعة الملك سعود (دون ذكر سنة الطبع) .
9. د. جابر جاد نصار - الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 2000 .
- العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
10. د. جورج شفيق ساري – تطور طريقة ومعياري تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، 1994 .
- القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
11. د. حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
12. حسن الفكهاني ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج49 ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1999 .
13. د. حلمي مجيد محمد المحمدي ، محاضرات في العقود الادارية – القسم الاول ، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد ، 1984-1985 ، مسحوبة على الرونيو .
14. د. حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، ج2 ، 2001 .
15. د. رمضان محمد بطيخ ، ود. عمر حلمي فهمي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 2004 .
16. زينة غانم يونس ، حق المساطحة – دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط1 ، 2002 .
17. د. سامي جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، القاهرة ، 1992 .
- أصول القانون الإداري ، ج2 ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1996 ،
- القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .

18. د. سعاد الشرقاوي - العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 1995.
- العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 1998.
- العقود الإدارية ، القاهرة ، 1999.
19. سلمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، ج 1 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1962 .
20. د. سليمان محمد الطماوي - مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن ، دار الفكر العربي ، 1956.
- مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن ، دار الفكر العربي ، ط7 ، 1965.
- الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة ، ط2 ، 1966.
- الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة ، ط3 ، 1975.
- النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، ط3 ، 1976.
- الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة ، ط4 ، 1984.
- الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ط5 ، 1991.
21. سمير صادق ، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا ، القاهرة ، 1991.
22. د. سمير عبد السيد تناغو ، القرار الإداري مصدر للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1972.
23. د. سيد خميس إسماعيل ، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات ، القاهرة ، ط1 ، 1994.
24. ضياء شيت خطاب ، إبراهيم المشاهدي ، عبد المجيد الجنابي ، عبد العزيز حساني وغازي إبراهيم الجنابي ، القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 1 ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1998.
25. د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - دراسة مقارنة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1963.
- القانون الإداري - دراسة مقارنة - ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1970.
- القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985.
26. د. عاصم أحمد عجيلة ، د. رفعت عبد الوهاب ود. أحمد عبد الرحمن ، القانون الإداري اليمني ، ط3 ، 1988.
27. د. عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، منشورات جامعة ناصر ، ج 2 ، 1992.
28. د. عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003.
29. د. عبد الرحمن خضر ، شرح القانون المدني ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1952.
30. د. عبد الرسول الجصاني ، فتاوى مجلس شورى الدولة 1980-1984 ، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، 1987.
31. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، القاهرة ، 2004.
32. د. عبد الغني بسيوني - القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1991.
- النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003.
33. د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1969.

34. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة ، القاهرة ، 1994.
35. د. عبد المنعم عبد الحميد شرف ، العقود الإدارية ، ط1 ، 2001-2002.
36. عبود صالح مهدي ، شرح قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 ، بغداد ، ط1 ، 2000.
37. د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، القاهرة ، 1981 .
38. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية والرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971.
39. د. عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ ونظريات القانون الإداري – إمتيازات الإدارة العامة ، دار النهضة العربية ، 1997.
40. د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول التشريع ، الموسوعة الصغيرة ، ع 43 ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، 1999.
41. د. علاء عبد المتعال ، مدى جواز الرجعية وحدودها والقرارات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
42. علي حسين أحمد غيلان ، دستور جمهورية العراق الصادر في 16 تموز 1970 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1998.
43. د. علي محمد بدير ، د. مهدي السلامي ود. عصام البرزنجي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مطبعة جامعة بغداد ، 1993.
44. د. عمر حلمي فهمي ود. ربيع أنور فتح الباب ، مبادئ القانون الإداري ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2004.
45. د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998.
46. د. ماهر صالح علاوي – القانون الإداري ، مطبعة جامعة الموصل ، 1989.
- مبادئ القانون الإداري ، مطبعة وزارة التعليم العالي ، بغداد ، 1996.
47. د. محمد أحمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998-1999.
48. د. محمد المتولي ، الإتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
49. د. محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
50. د. محمد باهي أبو يونس ، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2002.
51. د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الإداري (دون ذكر الناشر ومكان الطبع) ، 1995.
52. د. محمد سعيد حسين أمين – دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، دار الثقافة الجامعية ، 1992.
- المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، القاهرة ، 2004.
53. د. محمد صلاح عبد البديع – سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري – دراسة مقارنة ، ط1 ، 1993.
- الوسيط في القانون الإداري ، ج1 ، دار النهضة العربية ، 2003.
54. د. محمد عبد العال السناري – التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994.
- مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق ،

دار

النهضة العربية ، 2004.

- مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة حلوان ، القاهرة ، 2004.

55. د. محمد عبد اللطيف ، تسبيب القرارات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.
56. د. محمد فؤاد عبد الباسط - القرار الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2000.
- القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2001.
57. د. محمد ماهر أبو العينين ، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة ، ج 2 ، القاهرة ، 2000.
58. د. محمود أبو السعود حبيب ، مبادئ القانون الإداري ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2004.
59. د. محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1989.
60. د. محمود سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة ، الكتاب الثاني : نظرية العمل الإداري ، 1994.
61. محمود صالح ، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004.
62. د. محمود محمد حافظ ، القرار الإداري - دراسة مقارنة ، ج 1 ، دار النهضة العربية ، 1975.
63. مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 وتطبيقاته العملية ، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، 1992.
64. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، مطبعة المعارف ، ط 3 ، 1966.
65. د. مصطفى محمود عفيفي ، الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن ، الكتاب الثاني ، ط 4 ، 2004.
66. د. نعمان أحمد الخطيب ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا في خمسة وعشرين عاماً 1972 - 1997 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط 1 ، 2001.
67. د. نواف كنعان ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط 1 ، 2002.

ثانياً : المراجع المتخصصة.

1. د. أحمد محمود جمعة ، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002.
2. أحمد منصور ، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، مجلد 1 ، طبعة مزيده ، 1996.
3. أسامة أحمد شتات المحامي ، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2001.
4. د. جابر جاد نصار - المناقصات العامة - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، 1996.
- المناقصات العامة - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط 2 ، 2002.
5. د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي حسن ، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2004.
6. د. رفيق سلام ، الموسوعة العلمية العملية لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ، دار النهضة العربية ، 2002.
7. د. زكي زكي حسين زيدان ، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2004.

8. د. صلاح الدين فوزي ، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ، المشاكل العملية والحلول القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
9. د. عزت عبد القادر ، المناقصات والمزايدات ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2001.
10. د. عصمت عبد المجيد بكر – شرح قانون بيع وإيجار عقارات الحكومة رقم 17 لسنة 1967 المعدل ، بغداد ، ط1 ، 1975.
- أحكام بيع وإيجار أموال الدولة ، مطبعة الخيرات، بغداد، 2000.
11. عليوه فتح الباب ، الموسوعة العلمية في المناقصات وعقود الجهات الإدارية ، مطبعة كوميت ، القاهرة ، 1999.
12. د. مجدي المتولي ، التعليق على قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
13. د. محمد أنور حمادة ، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2003.
14. د. محمد ماجد محمود ، دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.
15. د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات ، دار أبو المجد ،

القاهرة ، 2003.

- الكتاب الاول ، إبرام العقد الإداري طبقاً لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.
- الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري.
- الكتاب الثالث ، عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري وقواعد المسؤولية العقدية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة 2004
- الكتاب الرابع ، الفتاوى والأحكام الصادرة بخصوص العقود الإدارية

وقوانين المناقصات والمزايدات عام 1980-2004.

16. د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة – دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 1999.

ثالثاً : الرسائل العلمية.

أ- رسائل الدكتوراه .

1. أحمد فتح الله أبو سكينة ، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، مصر ، 1995.
2. السلال سعيد جمعه الهويدي ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة – دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الاجنبية ، كلية الحقوق – جامعة طنطا ، مصر ، 1994.
3. حسني سعد عبد الواحد ، تنفيذ الأحكام الإدارية ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، مصر ، 1984.
4. حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الارادة الناشئة عن العقد الإداري ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، مصر ، 2001.
5. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العراق ، 1997.

6. علي سلمان جميل المشهداني ، قواعد الإثبات في الدعوى الإدارية في العراق – دراسة مقارنة ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العراق ، 2000.
7. علي عبد الحسين الخطيب ، دور الفقه والقضاء في إنشاء أحكام طوارئ التنفيذ في العقد الإداري – دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية – الفرع الأول – الجامعة اللبنانية ، لبنان ، 2002-2003.
8. علي محمد علي قاسم ، بيع المزايدة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة – جامعة الأزهر ، مصر ، 1998.
9. محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، مصر ، 1974.
10. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري – دراسة مقارنة ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، مصر ، 2001.
11. نجم أحمد الأحمد ، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية – دراسة مقارنة ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، مصر ، 2001.

ب. رسائل الماجستير.

1. حبيب إبراهيم الدليمي ، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري – دراسة مقارنة ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العراق ، 1994.
2. رفاه كريم رزوقي ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، كلية القانون – جامعة بابل ، العراق ، 2000.
3. سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة ، كلية القانون – جامعة بابل ، العراق ، 2003.
4. سليم نعيم الخفاجي ، ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري في العراق – دراسة مقارنة ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العراق ، 2001.
5. عبد الحميد مهدي ، أثر تغير الوقائع في مشروعية القرار الإداري ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العراق ، 1997.
6. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري في العراق ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العراق ، 1992.
7. مجيد مجهول درويش ، ضمانات مبدأ دوام سير المرفق العام – دراسة مقارنة ، كلية القانون – جامعة بابل ، العراق ، 2004.
8. معمر مهدي صالح ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية – دراسة مقارنة ، كلية القانون – جامعة بغداد ، 2003.
9. نجيب خلف أحمد الجبوري ، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقدين معها – دراسة مقارنة ، كلية القانون والسياسة – جامعة بغداد ، العراق ، 1984.

رابعاً : الأبحاث والمقالات والمحاضرات.

1. د. خالد الزعبي ، ركن السبب في القرار الإداري ، مجلة أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك ، الأردن ، مجلد 14 ، ع 1 ، 1998.
2. خالد عبد الغني عزوز ، دور القضاء الإداري العراقي في الرقابة على أعمال الإدارة ، المعهد القضائي – وزارة العدل ، بغداد ، 1991.
3. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، نظام الضم في بيع العقارات – دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون – جامعة بغداد ، مجلد 2 ، ع 1 ، 1978.

4. د. شاب توما منصور - السلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار الإداري ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد ، مجلد 2 ، ع 1 ، 1978.
- رقابة القضاء على إنهاء الإدارة لقرارها بإرادتها المنفردة ، مجلة القضاء ، ع 1-2 ، س 46 ، 1991.
5. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، إلغاء القرار الإداري لحياده عن الهدف المخصص لإصداره - دراسة مقارنة ، مجلة المحاماة ، ع 1 ، مصر ، 2001.
6. د. عبد الوهاب إبراهيم سليمان ، عقد المزايدة في الشريعة الإسلامية مع التركيز على بعض القضايا المعاصرة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، 1993
7. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون - جامعة بغداد ، مجلد 9 ، ع 1-2 ، 1990.
- العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون - جامعة بغداد ، مجلد 10 ، ع 1 ، 1994.
8. د. غازي فيصل مهدي - القرار الإداري السلبي والرقابة القضائية ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق - جامعة النهرين ، بغداد ، مجلد 2 ، ع 3 ، 1998.
- الطعن في القرار الإداري التنظيمي ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، ع 1 ، 1999.
- أوجه الطعن بالإلغاء والطعن بالنقض في مجال القضاء الإداري ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق - جامعة النهرين ، مجلد 8 ع 3 ، أيلول 2001.
- موقف القضاء الإداري العراقي من السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة - دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، ع 1 ، بغداد ، 2002.
- التعسف في استعمال الصلاحية القانونية ، جريدة العراق ، بغداد ، عدد 7754 في 2002/11/10.
9. غسان حسن داود ، إلغاء القرار الإداري لعدم المشروعية ، مجلة العدالة ، وزارة العدل ، بغداد ، ع 1 ، 1999.
10. د. فؤاد العطار ، وسائل تعاقد الإدارة - المناقصة والممارسة ، مجلة مجلس الدولة ، س 5-6 ، القاهرة ، 1954.
11. ليث حسن علي ، في التعريف بالقرار الإداري وبيان أركانه ، مجلة القضاء ، بغداد ، ع 4 ، س 43 ، 1987.
12. د. ماهر صالح علاوي ، مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري في العراق ، مجلة العدالة ، ع 1 ، بغداد ، 1999.
13. د. محمد علي جواد ، القضاء الإداري ، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون - جامعة بابل ، العام الدراسي 2001-2002.
14. د. محمود أبو السعود ، سلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ع 1 ، س 39 ، 1997.
15. موسى شحادة - إبرام عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة ، مجلة أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك ، الاردن ، مجلد 15 ، ع 3 ، 1999.

- أهمية القواعد الشكلية والإجرائية في إعداد القرارات الإدارية الفردية
- دراسة مقارنة ، مجلة أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك ، الاردن ، مجلد 17
ع3 ، أيلول 2001.

16. د. نواف كنعان ، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية - دراسة مقارنة وتطبيقية في الاردن ،
مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، الجامعة الاردنية ، عمان ، ع2 ، 1998.

خامساً : المجلات والصحف.

1. مجلة أبحاث اليرموك ، تصدر عن جامعة اليرموك ، الاردن ، الأعداد : 1998/1 ، ع3 1999/

ع 2000/3.

2. مجلة الأحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل ، بغداد ، ع3-4/1986.

3. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، المملكة العربية السعودية ، 1993.

4. مجلة الحقوق ، تصدر عن جمعية الحقوقيين العراقية ، بغداد ، ع1-4/1984.

5. مجلة دراسات قانونية ، تصدر عن بيت الحكمة ، بغداد ، الأعداد : 1999/1 ، ع4 2000/4
وع1/2002.

6. مجلة مجلس الدولة ، القاهرة ، س5-6 ، 1954.

7. مجلة المحاماة ، تصدر عن نقابة المحامين في مصر ، العدد 2001/1 والعدد 2003/3.

8. مجلة العدالة ، تصدر عن وزارة العدل ، بغداد ، العدد 1999/1.

9. مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد ، ع1/1978

10. مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون - جامعة بغداد ، ع1/1990 وع1/1994.

11. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن جامعة عين شمس ، مصر ، ع39/1997.

12. مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين ، العراق ، ع4/1987 ، ع1-2/1991.

13. جريدة العراق ، بغداد ، ع7754 في 10/11/2002.

14. جريدة الصباح ، بغداد ، أعداد مختلفة.

سادساً : القوانين.

1. القوانين العربية.

- دستور جمهورية مصر العربية سنة 1971.

دستور دولة الإمارات العربية المتحدة سنة 1971.

- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم 89 لسنة 1998.

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم 9 لسنة 1983.

قانون نظام الإدارة المحلية في مصر رقم 43 لسنة 1979.

قانون نظام العاملين المدنيين في الدولة في مصر رقم 47 لسنة 1978.

قانون مجلس الدولة في مصر رقم 47 لسنة 1972.

القانون المدني في مصر رقم 131 لسنة 1984.

المرسوم التشريعي السوري رقم 228 لسنة 1969 بشأن نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع
الإداري.

- نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها في السعودية رقم 4 لعام 1397 هـ.

- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم 1367 لسنة 1998.

- تعليمات المزايدات الحكومية في الكويت رقم 4 لسنة 1997.

2. القوانين العراقية.

- دستور جمهورية العراق المستفتى عليه عام 2005.

قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004.

دستور جمهورية العراق في 16 تموز 1970.

- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

قانون الإستثمار العربي رقم 62 لسنة 2002.

قانون الكتاب العدول رقم 33 لسنة 1998.

قانون الشركات العامة رقم 21 لسنة 1997.

قانون المجلس الوطني رقم 26 لسنة 1995.

قانون مجالس الشعب المحلية رقم 25 لسنة 1995.

قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991.

قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986.

قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984.

قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982.

قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979.

قانون الإدعاء العام رقم 159 لسنة 1979.

قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979.

قانون تملك المواطنين العرب أموالاً غير منقولة في العراق رقم 72 لسنة 1978.

قانون تحصيل الديون الحكومية رقم 56 لسنة 1976.

قانون بيع أموال الدولة المنقولة رقم 115 لسنة 1972 .

قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971.

قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969.

قانون بيع وإيجار عقارات الحكومة رقم 17 لسنة 1967.

القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

قانون بيع وإيجار الأملاك العائدة للحكومة رقم 34 لسنة 1936.

- أمر رئيس الوزراء رقم 78 لسنة 2004 بشأن قانون الإفلاس.

أمر رئيس الوزراء رقم 4 لسنة 2004 بشأن الحق في التملك.

- قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل).

202 في 2001/9/12 ، 100 في 1999/6/22 ، 163 في 1998/10/7 ، 133 في

1997/9/13 ، 97 في 1997/7/23 ، 44 في 1997/5/6 ، 33 في 1997/5/4 ، 16 في

1996/2/3 ، 100 في 1995/9/20 ، 157 في 1994/9/12 ، 23 في 1994/3/7 ، 557 في

1989/9/11 ، 529 في 1989/8/24 ، 151 في 1989/3/11 ، 142 في 1989/3/5 ، 132

في 1989/3/4 ، 681 في 1988/8/2 ، 224 في 1987/4/11 ، 11 في 1985/1/5 و 1521

في 1981/11/11.

- نظام المحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2005.

نظام بيع أموال الدولة المنقولة رقم 1 لسنة 1976.

- تعليمات وزارة العدل عدد 1 لسنة 1988.

تعليمات وزارة الإسكان والتعمير عدد 1 لسنة 1988.

تعليمات وزارة التجارة عدد 1 لسنة 1987.

تعليمات وزارة الحكم المحلي عدد 7 لسنة 1986.

تعليمات وزارة المالية عدد 5 لسنة 1986 ، عدد 2 لسنة 1969 وعدد 2 لسنة 1941.

تعليمات وزارة الإقتصاد والمواصلات عدد 3597 في 1935/4/20.

سابعاً : الأحكام القضائية والقرارات العراقية.

1- الاحكام القضائية.

أولاً : القضاء العادي.

أ. قرارات محكمة التمييز.

255 / هيئة استئنافية ، عقار / 2004 في 2004/11/28 ، غير منشور.

1800 / م1 ، عقار / 2003 في 2004/7/22 ، غير منشور.

651 / م1 ، عقار / 2003 في 2004/6/9 ، غير منشور.

456 / م1 ، عقار / 2003 في 2004/5/4 ، غير منشور.

1527 / م3 / 2002 في 2002/10/17 ، غير منشور.

766 / م1 عقار / 2002 في 2002/9/4 ، غير منشور.

844 / م1 عقار / 2002 في 2002/8/10 ، غير منشور.

170 / هيئة ثانية / 2001 في 2002/6/18 ، غير منشور.

961 / م1 عقار / 2002 في 2002/5/27 ، غير منشور.

2445 / م3 / 2001 في 2001/10/29 ، غير منشور.

3068 / م2 / 2000 في 2000/11/26 ، غير منشور.

238 / هيئة عامة / 2000 في 2000/10/8 ، غير منشور.

2287 / م1 / 2000 في 2000/8/5 ، غير منشور.

184 / موسعة أولى / 999 في 2000/7/19 ، غير منشور.

1062 / م2 / 2000 في 2000/7/18 ، غير منشور.

1338 / م2 / 2000 في 2000/6/17 ، غير منشور.

3642 / م1 / 1998 في 1998/12/12 ، غير منشور.

2485 / م1 / 1994 في 1995/4/5 ، غير منشور.

563 / م1 / 1992 في 1992/6/28 ، غير منشور.

154 / موسعة أولى / 1991 في 1991/11/16 ، منشور.

465 / م1 / 1991 في 1991/11/13 ، غير منشور.

648 / م1 / 1990 في 1991/5/14 ، منشور.

232 / م1 / 1990 في 1990/9/25 ، منشور.

631 / م1 / 1989 في 1990/4/18 ، غير منشور.

143 / موسعة أولى / 1987 في 1988/12/15 ، منشور.

263 / موسعة أولى / 1988 في 1988/4/30 ، غير منشور.

1804 / إدارية ثانية / 1987 في 1987/9/28 ، غير منشور.

243 / موسعة أولى / 1986 في 1987/1/31 ، غير منشور.

936 / إدارية ثانية / 1986 في 1986/12/23 ، منشور.

273 / موسعة أولى / 1984 في 1985/12/30 ، منشور.

173 / هيئة موسعة / 1984 في 1984/2/21 ، منشور.

117 / هيئة عامة / 1972 في 1973/3/31 ، منشور.

309 / م1 / 1971 في 1971/12/30 ، منشور.

ب. قرارات محاكم الاستئناف.

قرار محكمة استئناف النجف ، 243/س/2002 في 2002/9/29 ، غير منشور.

قرار محكمة استئناف بغداد- الرصافة ، 755/س/2001 في 2002/5/27 ، غير منشور.

قرار محكمة استئناف البصرة ، 266/ت.ب/ في 2000/8/27 ، غير منشور.

قرارات محكمة استئناف بغداد- الرصافة - بصفتها التمييزية .

- 222/2هـ/2000 في 15/6/2000 غير منشور .
- 1143/2هـ/2000 في 10/6/2000 ، غير منشور.
- 464/ تنفيذ / 1990 في 19/6/1990 ، غير منشور.
- قرار محكمة استئناف التأميم ، 354/س/1999 في 12/8/1999 ، غير منشور.
- ج . قرارات محكمة البداية ((غير منشورة)).

- قرار محكمة بداءة العباسية ، 62/ب/2000 في 10/9/2000
- قرارات محكمة بداءة كربلاء ، 309/ب/2000 في 19/5/2000
- 308/ب/2000 في 18/5/2000
- 310/ب/2000 في 18/5/2000
- 312/ب/2000 في 18/5/2000
- 314/ب/2000 في 18/5/2000
- قرار محكمة بداءة كركوك 727/ب/1996 في 2/9/1999.

ثانياً . القضاء الإداري.

أ. قرارات الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة.

- 13/إداري. تمييز/2002 في 1/4/2002 ، غير منشور.
- 53/إداري. تمييز/1997 في 14/9/1997 ، منشور.
- 46/إداري. تمييز/1997 في 17/8/1997 ، منشور.
- 16/إداري. تمييز / 1995 في 19/2/1995 ، منشور.
- 8/إداري. تمييز / 1995 في 25/1/1995 ، منشور.
- 85/إداري. تمييز / 1994 في 4/9/1994 ، منشور.
- 15/إداري. تمييز / 1992 في 11/3/1992 ، منشور.
- 16/إداري. تمييز / 1992 في 1/3/1992 ، منشور.
- 13/إداري. تمييز / 1990 في 2/9/1990 ، منشور.

ب. قرارات محكمة القضاء الإداري.

- 13/قضاء إداري/2002 في 15/5/2002 ، غير منشور.
- 81/قضاء إداري/2001 في 13/3/2002 ، غير منشور.
- 11/قضاء إداري/2001 في 2/5/2001 ، غير منشور.
- 52/قضاء إداري/1997 في 30/3/1998 ، غير منشور.
- 78/قضاء إداري/1994 في 2/5/1996 ، غير منشور.
- 90/قضاء إداري/1992 في 6/6/1992 ، منشور.
- 81/قضاء إداري/1991 في 31/12/1991 ، منشور.
- 66/قضاء إداري/1991 في 10/7/1991 ، منشور.
- 73/قضاء إداري/1991 في 8/6/1991 ، منشور.
- 121/قضاء إداري/1990 في 28/11/1990 ، منشور.
- 60/قضاء إداري/1990 في 26/9/1990 ، منشور.

2. القرارات.

أ. قرارات مجلس شورى الدولة.

- 53 لسنة 2005 ، غير منشور.
- 3 في 13/1/2000 ، غير منشور.
- 11 في 9/4/2000 ، غير منشور.
- 62 في 29/12/1993 ، منشور.

32 في 1991/9/23 ، غير منشور.

86 في 1980/11/21 ، منشور.

ب. قرار ديوان التدوين القانوني ، 6/97 في 1965/9/15 ، منشور.

ج. قرار هيئة تعيين المرجع ، 7/تعيين مرجع/1998 في 1998/11/29 ، غير منشور.

ثامناً : القواميس.

1. أبو الحسن أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج3 ، تحقيق عبد السلام هارون ، دار

الفكر ، مصر ، ((دون ذكر سنة الطبع)).

2. جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري ، أساس البلاغة ، تحقيق عبد الرحيم

محمود ، مطبعة أولاد أوقاند ، ط1 ، مصر ، 1953.

3. جمال الدين محمد بن منظور ، لسان العرب ، ج6 ، دار إحياء التراث العربي ، ط1 ،

1988.

4. لويس معلوف ، المنجد في اللغة والأدب والعلوم – قسم اللغة ، المطبعة الكاثوليكية ،

ط17 ، بيروت ، 1960.

2. المراجع باللغة الفرنسية.

1. BRECHEN-MOULENES.CH. Droit des morches publics, t1, moniteur paris, 1999.

2. CHAPUS. R. Droit administratif,t2, delta, paris, ed9, 1995.

3. GEORGEL. T. Formation du contrat administratif. J.C.A fascicuie, 507, 1996.

4. JEZE. La theorie generale des contrats administratifs, paris, 1931.

5. LAUBADERE. A- DEIVOLVE. P ET MODERNE. F,Traite des contrats administrafits, L.G.D.J, paris, t1, 1983.

6. LAUBADERE. A. Traite du droit administratif, L.G.D.J. 1984.

7. PONARD. R. Precis de droit administratif, L.G.D.J. Paris, ed4, 1943.

8. QUANCARD. M. L'adjudication des marches publics de travaux et de fournitures, sirey, 1945.

9. RICHER. L. Les contrats administratifs, dalloz, paris. 1991.

10.RIVERO. J Et Waline. J. Droit administratif, paris, ed 14.

11.SIEF-ASKAR. A. l'appel d'offers en franc et syrie, universite montpellier, 1998.

12. VEDEL. M. Cours de droit administratif, paris, 1953-1954.

Abstract

Limitations of the estimating authority of the administration in the public auctions - Comparative Study-

The auctions have an important position in the field of administrative contracts because they are considered of the authentic means which used by the administrative authority to sign such contracts, which one of the sides is a public law.

The subject of the auctions became common in the recently time (local and international) their importance get larger due to the strictly needed, since the auctions considered a way sign the contracts of the foundations and state boards when it is decided to rent or sell their properties within the rules and laws.

then organized a law clarified the administrative contracts has subjective independence and specialized studies, each country had its laws and rules which organize the methods of the auctions, accord in basics and principles and differ of in measurements and practices according to the traditions and the local environment.

Auction is a way of concluding competitive administrative contracts as to the modern classification, since selling& renting the general properties is done by it to reach the highest prices, and it is identified as a way to oblige the administration to select who offer the best conditions either finance or service .

The administrative side when directs the auction in purpose to choose the side which is required to contract with is practicing the

given authority by the law which organizes the method, sometimes it is seen as limited authority to the given conditions by the law without any freeness to practice this specification.

But sometimes we find it an estimating authority given by the law to the side of the administrative side to choose the contractor that able to achieve the aims in protecting the finance benefit and to offer the best by the auction.

The subject of the general auctions is rarely used by the Iraqi researcher but recently, so it is important to be researched to view the position of Judiciary and Religion in Iraq and other same countries so that the research is needed to show phases of contracting completely by the mean of the auction and to view the administration authority in each phase, the first chapter is in advertising & bid offer and submitting to the best offer or, the second chapter specialized in the final submitting and canceling the auction, this research ended with some suggestions most important are the need to practice auctions in Iraq for 5 years but must issue a new law during this period which contains the development and take into account the experiences of advanced countries in this domain, or to adopt the suggested modifications of the articles of the current law in order to continue till issuing the substitute law, so as to the need to found a bureau of upper administrative to follow up the state contracts and to receive the complains, in addition to enable the judgment to take the role without any hesitation in put the control on the estimating administration.

**Limitations of the estimating authority of the
administration in the public auctions
- Comparative Study-**

**A thesis presented to
College of Law/ Babylon University
As a part of the Master Degree requirements in the Public Law**

***By:
The student
Hatif Kadhim Jasim Al- Musawi***

***Directed by
Dr. Mohammed Ali Jawad
Phil. Of the public Law***