جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون العام

إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

أطروحة

مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الأشرف

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون العام

تقدم بها

ماجد حامد حمود الصراف

بإشراف

أ. د صعب ناجي عبود

أستاذ القانون العام

١٤٤٤ هـ ٢٠٢٣ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

صدقَ اللهُ العليُّ العظيم

(سورة المائدة/ جزء من الآية ١)

(الإهداء)

* إلى من قال بحقهم عز من قال (إني ما خلقت سماءً مبنية، ولا أرضاً مدحية، ولا قمراً منيراً، ولا شمساً مضيئة، ولا فلكاً يدور، ولا بحراً يجري، ولا فُلكاً يسري، إلا لمحبتهم)

وهم (محمد وآل محمد صلوات ربي عليهم)

* إلى من قيل بحقه وحق شعبه أنه (جمجمة العرب، وكنز الرجال، ورمح الله في الأرض)

(العراق العظيم)

* إلى كل ثائرٍ ضد الظلم والفساد، وإلى من سقوا بدمائهم الزكية أرض العراق (شهدائنا الأبرار)

* إلى معلمي الأول، ومدرستي العظيمة، إلى من علمني العزة والإباء، وحثني على درب العلم والعلماء، إلى من أحمل أسمهُ عزاً وفخراً

(والدي الحبيب)

* إلى من التمس رضا الله من رضاها، وجعل الله الجنةُ تحت قدماها، إلى من أغدقتني بحبها ولا تفارقني دعواتُها، نبعُ الحنان، ومنّة المنان

(والدتي الحبيبة)

* إلى من تحملت عني الصعاب، وسهرت على راحتي حتى بلغت المراد، نصفي الثاني، زهرتي التي لا تذبُل، وشمسي التي لا تغيب

(زوجتي الحبيبة)

* إلى من لوجودهم بليغ الأثر في نفسي، ومن كانوا خير عوناً وسنداً لي، ومن أشد بهم أزري

(أخوتي الأعزاء)

* إلى قرة العين، ومهجة الفؤاد، وفلذات الأكباد، زينة الحياة الدنيا

(أولادي : علي، حيدر، نبأ، ملاك)

* إلى كل من يفرح لفرحي من أقاربٍ وأصدقاء .

الباحث

((شكر وتقدير))

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾

سورة النمل/الآية (١٩)

الحمد لله على نعمائه والشكر له على آلائه، والصلاة والسلام على رسوله الكريم الصادق الأمين محمد بن عبد الله وآله الطيبين الطاهرين وصحبه الأبرار المنتجبين، صلاة دائمة إلى قيام يوم الدين.

وإيماناً بقول رسولنا الكريم : (لا يشكر الله من لا يشكر الناس) وقوله (من اتاكم معروفا فكافئوه، وإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا الله له حتى تظنوا أنكم قد كافأتموه).

لذا و بعد أن وفقني الله (عز وجل) في إتمام هذه الأطروحة، يطيب لي في هذا المقام وفاءً وعرفاناً بالجميل أن أتوجه بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى القامة العلمية الكبيرة الأستاذ الفاضل الدكتور (صعب ناجي عبود) رئيس قسم القانون العام، لتفضله بقبول الإشراف على الأطروحة على الرغم من كثرة مشاغلة والتزاماته وضيق وقته، الذي أكرمني بفضله وزادني من علمه ، فقد كان لجهده الكبير ورعايته المستمرة، وحرصة الشديد على إثراء هذا العمل بتوجيهاته ومقترحاته السديدة الأثر الكبير في تقويم هذه الأطروحة، من خلال إكمال النقص وسد الثغرات، أستاذي الجليل كنت لنا كسحابةٍ معطاءة سقت الأرض فأخضرت، فلك مني كل الشكر والاحترام وجزاكم الله عني خير جزاء المحسنين.

وأتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى السيد عميد معهد العلمين (أ. د زيد عدنان محسن العكيلي)، وأساتيذ معهد العلمين وأخص بالذكر منهم أساتذتي (أ. د عباس عبود عباس، و أ. د علي سعد عمران، و أ. د خالد خضير دحام، و أ. د علي عادل إسماعيل، و أ. د عدنان عاجل عبيد، و أ. د سحر جبار يعقوب و أ. د سناء محمد سدخان و أ. د نظام جبار، ، و أ.م. د خالد غالب مطر) الذين نهلت من علمهم الغزيز في المرحلة التحضيرية، وكانوا خير عونٍ لنا طوال تلك المدة، سائلاً الله أن يمّد في أعمارهم وأن يوفقهم لما يحب ويرضى.

ويطيب لي أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان للسادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة وتقويم هذه الأطروحة وإثرائها بنصائحهم وتوجيهاتهم من أجل إخراجها بأفضل صورة، ولتجشمهم عناء السفر، فجزاهم الله عني خير جزاء المحسنين.

وأتقدم بالشكر إلى الأخ (علي خليل محمد الزبيدي – قاضي محكمة تحقيق النجف الأشرف) والأخ العزيز (حسنين عبود مهدي الكلابي – مدير الشعبة القانونية في دائرة صحة النجف) والأخ (بشار محمد رضا علي – مدير قسم الشؤون المالية في هيئة أعمار النجف) لما أبدوه من مساعدة في سبيل إنجاز هذا العمل وإظهاره بتلك الصورة، فلهم مني كل الحب والتقدير.

والشكر موصول لكل من مد يد العون والمساعدة في سبيل إكمال تلك الدراسة، وأخص بالذكر منهم الموظفين والعاملين في معهد العلمين للدراسات العليا لسمو أخلاقهم ولما أبدوه من تعاون كبير مع جميع طلبة الدراسات العليا في سبيل تذليل العقبات التي تواجههم، فلهم منا خالص الشكر والتقدير.

((المستخلص))

بعد أن تناولنا موضوع الدراسة بالبحث وهو (إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية) نجد أن المشرع سواءً كان في العراق أو في مصر قد بذل عناية خاصة في سبيل تنظيم عملية التعاقد الإداري إبتداءً من الدعوة إلى التعاقد وإنتهاءً بتصفية الحسابات الختامية، وذلك لأهمية ودور العقود التي تبرمها الإدارة في تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بضمان استقرار عمل سير المرفق العام بأنتظام وإطراد من جانب، ومن أجل ضمان تلبية حاجات المجتمع الضرورية واللازمة من جانب أخر، فضلاً عن أهمية ودور العقود الإدارية في الحفاظ على النظام العام الاقتصادي للدولة، وذلك بعد ظهور الدولة المتدخلة في معظم أوجه النشاط الفردي بعد أن كان دور الدولة محصوراً في نطاق ضيق ومحدود.

وفي سبيل تمكين الإدارة من تحقيق تلك الأهداف من جراء إبرام العقود الإدارية نجد أن المشرع قد منحها إمتيازات خاصة لا وجود لها في نطاق العقود المدنية يمكن للإدارة من خلالها مواجهة المتعاقد معها، وإن المشرع لم يكتفي بمنح الإدارة لتلك الامتيازات والسلطات من أجل تحقيق تلك الأهداف، وإنما وضع قيوداً على حرية الإدارة فيما يتعلق بإبرام العقود الإدارية كان الهدف منها حماية الإدارة من الوقوع في الاخطاء.

وقد تمثلت الامتيازات التي منحها المشرع للإدارة بسلطتها في الرقابة والإشراف والتوجيه، وكذلك سلطتها في فرض الجزاءات الإدارية المختلفة على المتعاقد، وقد تكون تلك الجزاءات ذات طبيعة (مالية) مثل (الغرامات التأخيرية - مصادرة كفالة حسن الإداء - التعويض)، وقد تكون تلك الجزاءات ذات طبيعة غير مالية (جزاءات ضاغطة - جزاءات جنائية)، وتتمثل الجزاءات الضاغطة بـ (سحب العمل - التنفيذ على حساب المتعاقد - فرض الحراسة في عقود الإلتزام - الوضع في القائمة السوداء - الحظر أو المنع المستقبلي من التعامل)، أما الجزاءات الجنائية فتتمثل بـ (السجن - الحبس والغرامة).

ويتفق كلٍ من المشرع والفقه أيضاً على أن تلك الامتيازات وكذلك القيود التي أوردها المشرع من أجل تنظيم عملية التعاقد تُعَد بمثابة شروط غير مألوفة أو شروط استثنائية تتمتع بها الإدارة بما لها من سلطة عامة ولارتباطها بالمرفق العام، إلا إن للباحث رأيٌ آخر جسده في ثنايا الدراسة، حيث نرى بأن تلك القيود التي وضعها المشرع على حرية الإدارة في التعاقد، وكذلك الامتيازات التي منحها للإدارة ما هي إلا وسائل ضبط إدارية يسعى من خلالها المشرع الحفاظ على أهداف الإدارة العامة، وكذلك يسعى من خلالها الحفاظ على النظام العام الاقتصادي الذي بات يشكل أحد عناصر النظام العام غير التقليدية نتيجة التطور الكبير في مجال التعاقدات الإدارية وتزايد تدخل الدولة في معظم أوجه النشاط الفردي، كون معظم التعاقدات التي تبرمها الإدارة أصبحت مؤثرة بشكل كبير في النظام العام الاقتصادي للدولة.

المحتويات	
الموضوع	**الصفحة**
الفصل الأول: إلتزامات الإدارة وإمتيازاتها في مرحلة إجراءات وإبرام العقد الإداري.	**٨ ـ ٩٠**
المبحث الأول: إلتزامات الإدارة في المرحلة التحضيرية للعقد الإداري.	٩ ـ ٥٤
المطلب الأول: القيود التي ترد على حرية الإدارة في التعاقد.	١٠ ـ ٣٦
الفرع الأول: تحديد الاحتياجات الضرورية وتوافر التمويل المالي.	١١ ـ ٢٤
الفرع الثاني: الإذن بالتعاقد والاستشارات السابقة من الجهات المختصة.	٢٥ ـ ٣٦
المطلب الثاني: الرقابة الإدارية السابقة على إجراءات التعاقد.	٣٧ ـ ٥٤
الفرع الأول: الرقابة الإدارية السابقة على إبرام العقد الإداري في التشريع العراقي.	٣٨ ـ ٤٦
الفرع الثاني: الرقابة الإدارية السابقة على إبرام العقد الإداري في التشريع المصري.	٤٧ ـ ٥٤
المبحث الثاني: إمتيازات الإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري.	٥٥ ـ ٩٠
المطلب الأول: سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد من التعاقد.	٥٦ ـ ٧٨
الفرع الأول: سلطة الإدارة في الحرمان من الاشتراك بالمنافسة للتعاقد.	٥٦ ـ ٦٧
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في الاستبعاد من الاشتراك بالمنافسة للتعاقد.	٦٨ ـ ٧٨
المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إلغاء المناقصات والمزايدات العامة.	٧٩ ـ ٩٠
الفرع الأول: واجب الإدارة في الإلغاء بناءً على مقتضيات المصلحة العامة.	٨٠ ـ ٨٥
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في الإلغاء بناءً على توصية لجنة تحليل وتقييم العطاءات.	٨٦ ـ ٩٠
الفصل الثاني: إمتيازات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.	**٩١ ـ ١٨٢**
المبحث الأول: حق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه على المتعاقد.	٩٢ ـ ١٣٥
المطلب الأول: مفهوم حق الإدارة في الرقابة والإشراف.	٩٢ ـ ١١٢
الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في الرقابة والإشراف.	٩٣ ـ ١٠٢

الفرع الثاني: إجراءات الإدارة في الرقابة والإشراف.	١٠٣ ـ ١١٢
المطلب الثاني: الجهات الإدارية التي تمارس سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه.	١١٣ ـ ١٣٥
الفرع الأول: الرقابة والتوجيه من قبل الجهات الإدارية الداخلية.	١١٤ ـ ١٢٥
الفرع الثاني: الرقابة والتوجيه من قبل الجهات الإدارية الخارجية.	١٢٦ ـ ١٣٥
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد.	١٣٦ ـ ١٨٢
المطلب الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.	١٣٦ ـ ١٥٤
الفرع الأول: الأساس التشريعي لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.	١٣٨ ـ ١٤٦
الفرع الثاني: الأساس التعاقدي لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.	١٤٧ ـ ١٥٤
المطلب الثاني: الجزاءات الإدارية التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد معها.	١٥٥ ـ ١٨٢
الفرع الأول: الجزاءات الإدارية المالية.	١٥٦ ـ ١٦٨
الفرع الثاني: الجزاءات الإدارية غير المالية.	١٦٩ ـ ١٨٢
الفصل الثالث: الرقابة القضائية على إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية.	**١٨٣ ـ ٢٦٠**
المبحث الأول: الرقابة القضائية على إمتيازات الإدارة في مرحلة الإجراءات.	١٨٤ ـ ٢٢٠
المطلب الأول: التعريف بالرقابة القضائية وأهميتها في إطار العقود الإدارية.	١٨٥ ـ ٢٠٠
الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية في إطار العقود الإدارية.	١٨٦ ـ ١٩٣
الفرع الثاني: القضاء المختص في الرقابة على إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية.	١٩٤ ـ ٢٠٠
المطلب الثاني: رقابة القضاء على إمتيازات الإدارة في مرحلة إجراءات وإبرام العقد.	٢٠١ ـ ٢٢٠
الفرع الأول: رقابة القضاء على القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد الإداري	٢٠٢ ـ ٢١١
الفرع الثاني: نطاق رقابة القضاء على القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد الإداري.	٢١٢ ـ ٢٢٠
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على إمتيازات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد.	٢٢١ ـ ٢٦٠

المطلب الأول: رقابة القضاء على المنازعات الإدارية الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري.	٢٢١ – ٢٤٠
الفرع الأول: أحكام رقابة القضاء على المنازعات الإدارية في مرحلة تنفيذ العقد.	٢٢٢ – ٢٣٠
الفرع الثاني: حدود ولاية القضاء إتجاه منازعات العقود الإدارية.	٢٣١ – ٢٤٠
المطلب الثاني: نطاق رقابة القضاء على إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية.	٢٤١ – ٢٦٠
الفرع الأول: رقابة المشروعية على إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية.	٢٤٢ – ٢٥٢
الفرع الثاني: رقابة الملائمة على إمتيازات الإدارة في العقود الإدارية.	٢٥٣ – ٢٦٠
الخاتمة : النتائج والتوصيات.	٢٦١ – ٢٦٩
المصادر والمراجع :	٢٧٠ – ٢٩٣
المستخلص باللغة الانكليزية :	٢٩٤ – ٢٩٥