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

# الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية في العراق

## (دراسة مقارنة)

رسالة

مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الأشرف
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

تقدَّم بها الطالب

عادل حمّاد محمد حسن

بإشراف

الأستاذ الدكتور صعب ناجي عبود

أستاذ القانون الإداري

١٤٤٨هـ ٢٠٢٦م

بِسْمِ اللَّه الرَّحْمَن الرَّحِيم

{ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿39﴾ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ﴿40﴾ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ ﴿41﴾ }

صَدَقَ اللهُ العَظيم

سورة النجم / الآيات (٣٩/٤٠/٤١)

# الإهداء

إلى الذي استقيتُ منه الحروف وتعلمتُ كيف أصوغ العبارات مشرفي الغالي

إلى معلمي الأول، ومدرستي العظيمة، إلى من علمني العزة والإباء، وحثني على درب العلم والعلماء، إلى من أحمل أسمه عزا وفخراً

( والدي الحبيب )

إلى من التمس رضا الله من رضاها، وجعل الله الجنة تحت قدماها، إلى من أغرقتني بحبها ولا تفارقني دعواتها، نبع الحنان، ومنة المنان

( والدتي الحبيبة )

إلى من لوجودهم بليغ الأثر في نفسي، ومن كانوا خير عونا وسندا لي ومن أشد بهم أزري

( أخوتي الأعزاء )

إلى من تحملت عني الصعاب، وسهرت لراحتي حتى بلغت المراد، نصفي الثاني زهرتي التي لا تذبل، وشمسي التي لا تغيب

( زوجتي الحبيبة )

إلى كل من شجعني ومد يد العون وكان سببا في توفير الجهد والمساهمة في انجاز عملي هذا

اهدي هذا الجهد العلمي

**الباحث**

# شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله من قبل ومن بعد، والصلاة والسلام على خير الخلق وخاتم النبيين والمرسلين محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، ومن ثم إن كان هناك شكر فقد وجب الشكر إلى (الأستاذ الدكتور صعب ناجي عبود)، الذي أحاطني بعلمه؛ إذ أشرف على هذه الرسالة فأغناها، فكان نعم المشرف والمعلم، أثابه الله على ما بذله من حسن إرشاد وتعاون مخلص في اختيار موضوع الرسالة وجزاه الله عني خير الجزاء، وأنعم عليه بالصحة والعافية والسلامة والعمر المديد خدمة للعلم وأهله.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لهذه الرسالة الذين قبلوا مناقشتها، والأساتذة الأفاضل الذين قاموا بتدريسي في المرحلة التحضيرية، لا سيما (أ. د. علي كاشف الغطاء و أ. د. سحر جبار يعقوب و أ. م. د. كرار الصائغ و أ. م. د. نجلاء مهدي بحر و أ. د. إسراء محمد علي سالم و أ. م. د. رشا شاكر حامد و أ. د. علي حمزه عسل و أ. م. د. رعد الحدراوي و أ. م. د. محمد عبد الرحيم) وجميع أساتذة قسم القانون في معهد العلمين للدراسات العليا، وكذلك أساتذة القانون الإداري الذين تمت مقابلتهم والاستفادة من ملاحظاتهم في كليات القانون في الجامعات الأخرى، كذلك اقدم جزيل الشكر لجميع من ساندني وساعدني من أساتذة أفاضل وزملاء وأصدقاء الذين لم يبخلوا علي بعلمهم و مصادرهم.

وكذلك لا يفوتني أن أشكر موظفي مكتبة معهد العلمين للدراسات العليا وموظفي إدارة محكمة القضاء الإداري، وموظفي مكتبات كليات القانون جامعة بغداد والجامعة المستنصرية والجامعة العراقية وجامعة النهرين، وكل من أسدى لي نصحاً أو يسر لي مصدراً أو مرجعاً علمياً.

... سائلاً المولى القدير أن يوفقهم ويسدد خطاهم.

**الباحث**

## المستخلص

يُعد الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها جهة الإدارة لضمان تنفيذ المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، والذي يتمثل باتفاق يرد في بنود العقد أو باتفاق لاحق تتفق عليه جهة الإدارة مع المتعاقد معها، يحدد مسبقا مقدار التعويض الذي يكون بمقتضاه لجهة الإدارة الحق باستحصاله عن الضرر الذي يلحق بها عند إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية وبأية صورة كانت من ذلك الإخلال، سواء كان بالتأخير في التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو عدم التنفيذ، لذلك يكون الشرط الجزائي اتفاق تبعي لا يقصد لذاته ولا يستقل لنفسه وإنما يقع بمناسبة الاتفاق على التزام آخر يقصد به تحفيز الطرف الآخر على تنفيذ التزاماته وأنه يحدد التزاما جزائيا في صورة تعويض مقدر نتيجة الإخلال بالتزام أصلي؛ ولذلك فإنه يعد نوعا من الجزاءات المالية التي هي عباره عن المبالغ المالية التي يحق لجهة الإدارة أن تطالب المتعاقد بدفعها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، ويكون الغرض منه أما تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بجهة الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد معها، أو جزاء على المتعاقد دون الحاجة إلى إثباته من جهة الإدارة؛ إذ يمنح لجهة التعاقد سلطة واسعة في عقود التجهيز الإدارية من خلال توقيعه على المتعاقد بسلطة جهة الإدارة المنفردة؛ إذ أن الاعتراف لجهة الإدارة بسلطة فرض وتعديل الشرط الجزائي أو في الزيادة أو النقصان من التزامات المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة يجب أن يقابلها حقوق المتعاقد معها والمتمثلة بمنحه حقوق مالية تساوي الزيادة بالتزاماته التعاقدية، وذلك لأن العدالة تقتضي أن تحقق طبيعة عقود التجهيز الإدارية توازنا ما بين الالتزامات الذي يتحملها المتعاقد مع جهة الإدارة والحقوق الذي ينتفع بها. وإن الضرر في نطاق الشرط الجزائي مفترض بمجرد إخلال المتعاقد (المجهز) مع جهة الإدارة بعقد التجهيز، ويلقى إثبات عدم وجود ضرر على عاتق المتعاقد، فإذا أثبت أن جهة الإدارة لم يصيبها ضرر فلا يحكم عليه بالشرط الجزائي المتفق عليه في حالة الإخلال، بالإضافة إلى ذلك فإن الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية يخضع لصور متعددة من الرقابات، تتمثل بالرقابة الإدارية الداخلية التي تمارسها الجهات المتخصصة في الإشراف على تنفيذ عقد التجهيز، والرقابة الخارجية التي تمارسها الجهات المتخصصة بالمتابعة والتدقيق المالي لضمان مشروعية إجراءات التعاقد في كافة عقود التجهيز الإدارية. أما المنازعات التي تحصل حول استحقاق الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، فإن الاختصاص القضائي لتلك العقود يختلف بحسب النظام القانوني المعمول به في كل دولة.

# فهرست المحتويات


| الموضوع | رقم الصفحة |
|---|---|
| **المقدمة** | ١ ــ ٩ |
| **الفصل الأول: التعريف بالشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية** | ١١ ــ ١٠٤ |
| المبحث الأول: ماهية الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٢ ــ ١٢ |
| المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٣ ــ ١٣ |
| الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية لغة واصطلاحاً | ١٣ ــ ٢٣ |
| الفرع الثاني: أهمية وطبيعة الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٢٣ ــ ٣٥ |
| المطلب الثاني: نطاق الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية وأنواعه | ٣٥ ــ ٣٦ |
| الفرع الأول: نطاق تطبيق الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٣٦ ــ ٤٥ |
| الفرع الثاني: أنواع وحالات تطبيق الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٤٦ ــ ٥٨ |
| المبحث الثاني: إحكام الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٥٨ ــ ٥٩ |
| المطلب الأول: ذاتية الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية وشروط استحقاقه | ٥٩ ــ ٦٠ |
| الفرع الأول: ذاتية الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٦٠ ــ ٧١ |
| الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٧١ ــ ٨٠ |
| المطلب الثاني: أساس الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٨٠ ــ ٨١ |
| الفرع الأول: الأساس القانوني للشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٨١ ــ ٩٢ |
| الفرع الثاني: الأساس التعاقدي والقضائي للشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ٩٢ ــ ١٠٤ |
| **الفصل الثاني: آثار الشرط الجزائي لعقود الإدارية والرقابة عليها** | ١٠٦ ــ ١٩٦ |
| المبحث الأول: آثار الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٠٧ ــ ١٠٨ |
| المطلب الأول: آثار الشرط الجزائي على طرفي عقود التجهيز الإدارية | ١٠٨ ــ ١٠٨ |
| الفرع الأول: آثار الشرط الجزائي على الإدارة لعقود التجهيز الإدارية | ١٠٨ ــ ١١٧ |
| الفرع الثاني: آثار الشرط الجزائي على المتعاقد مع الإدارة لعقود التجهيز الإدارية | ١١٧ ــ ١٢٦ |
| المطلب الثاني: آثار الشرط الجزائي على تنفيذ العقد والغير لعقود التجهيز الإدارية | ١٢٦ ــ ١٢٦ |

| | |
|---|---|
| الفرع الأول: آثار الشرط الجزائي على تنفيذ عقود التجهيز الإدارية | ١٢٦ ــ ١٣٦ |
| الفرع الثاني: آثار الشرط الجزائي على الغير لعقود التجهيز الإدارية | ١٣٦ ــ ١٤٨ |
| المبحث الثاني: الرقابة على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٤٨ ــ ١٤٩ |
| المطلب الأول: الرقابة غير القضائية على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٤٩ ــ ١٥٠ |
| الفرع الأول: الرقابة الإدارية على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٥٠ ــ ١٦٤ |
| الفرع الثاني: رقابة الهيئات المستقلة على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٦٥ ــ ١٧٦ |
| المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٧٦ ــ ١٧٧ |
| الفرع الأول: رقابة القضاء العادي على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٧٧ ــ ١٨٦ |
| الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية | ١٨٦ ــ ١٩٦ |
| **الخاتمة** | ١٩٧ ــ ٢٠٢ |
| **المصادر** | ٢٠٣ - ٢١٩ |

# المقدمة

# المقدمة

**أولاً: موضوع الدراسة**

يُعد الشـــرط الجزائي من الموضـــوعات المهمة التي تلجأ إليها جهة الإدارة في نطاق عقود التجهيز الإدارية، وذلك من خلال قيام جهة الإدارة والمتعاقد معها بالاتفاق على تضمين بند بعقد التجهيز الإداري القصد منه تحديد مقدار التعويض المالي مسبقا عن أي ضرر قد يصيب جهة الإدارة نتيجة لإخلال المتعاقد معها في التزاماته التعاقدية، سواء كان ذلك الإخلال جزئيا أو كليا، أو في حالة التأخير بتنفيذها، الهدف من ذلك لضـمان تنفيذ الالتزامات وتحقيق الاسـتقرار بتنفيذ عقد التجهيز الإداري، وكذلك يتيح لجهة الإدارة باسـتيفاء حقوقها وبصـورة مباشـرة دون الحاجة للجوء إلى القضـاء من أجل إثبات الضـرر، الأمر الذي يمنح جهة الإدارة وسـيلة قانونية تمكنها من مواجهة الأضـرار الناجمة عن الإخلال بعقودها التي تقوم بأبرامها، لأجل حماية المصـلحة العامة واستمرارية حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد. كما أن الشرط الجزائي يرتبط بالالتزام الأصـلي ارتباط تبعيا، إذ لا ينشـأ مسـتقلا عنه، إنما يوجد من أجل ضـمان تنفيذه، وعليه فإن بطلان الالتزام الأصلي أو استحالة تنفيذه أو في حالة فسخه سوف يسقط الشرط الجزائي تبعا لذلك البطلان، بالإضـافة إلى ذلك فإن الشـرط الجزائي لا يؤدي إلى منع التنفيذ العيني للالتزام مازال ممكنا، لأن الأصـل في عقود التجهيز الإدارية هو تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتفق عليها في بنود العقد مسبقا وليس استبدالها بالتعويض، وذلك لأن تنفيذ الالتزام بتلك العقود يبقى ممكنا طول مدة العقد. كما وان لجهة الإدارة السـلطة بتعديل قيمة الشـرط الجزائي والتي تعد من أهم المميزات التي تسـتأثر بها جهة الإدارة كطرف بالعقد وبأراداتها المنفردة؛ إذ تسـتطيع أن تزيد أو تنقص من التزامات المتعاقد معها من دون الحاجة إلى موافقته، ولا خلاف حول حق جهة الإدارة في التعديل، سـواء نص العقد بتخويلها أم لم يرد نص بالعقد على ذلك. كما وان الشـرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية يخضـع لصـور متعددة من الرقابات، تتمثل بالرقابة الإدارية الداخلية التي تمارسها الجهات المتخصصة في الإشراف على تنفيذ عقد التجهيز الإداري، بالإضافة إلى الرقابة الخارجية التي تمارسها الجهات المتخصصة بالتدقيق المالي والمتابعة لضمان مشروعية الإجراءات وفرض الجزاءات المالية، كذلك فإن الشرط الجزائي يكون خاضعا لرقابة القضاء؛ إذ يملك القاضـي السـلطة بإعادة النظر بقيمته وتعديلها وبما يتناسـب مع الضـرر الحقيقي الذي

أصـاب جهة الإدارة، وذلك لغرض تحقيق العدالة ومنع المبالغة بتقدير التعويض أو عدم تناسـب قيمة التعويض مع حجم الضـرر؛ إذ أن المنازعات التي تحصـل حول الشـرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، وأن الاختصـاص القضـائي لتلك العقود يختلف بحسـب النظام القانوني العمول به في كل دولة، ففي العراق يخضـع لاختصـاص محكمة البداءة المتخصـصـة بالدعاوى التجارية بوصـفها جهة القضـاء المختص، أما فيما يخص القضـاء الإداري فإنه يختص بالرقابة على مشروعية القرارات التي تصدرها جهة الإدارة والفصل في المنازعات الناشئة عن تلك، وفي الدول المقارنة كل من مصر فرنسا فأنها تخضـع لرقابة القضـاء الإداري الذي يتولى سلطة الفصل في منازعات عقود التجهيز الإدارية.

**ثانياً: أهداف الدراسة**

تهدف هذه الدراسة إلى أهداف عدة، هي:

١. تحديد مفهوم الشـرط الجزائي بوصـفه من التعويضـات وكذلك بوصـفه جزاءً في العقود الإداريـة مثلها مثل بقية الجزاءات تعد من الوسـائل القانونية في أيدي جهة الإدارة، والهدف منها إلزام المتعاقد (المجهز) مع جهة الإدارة على احترام المدد المحددة بتنفيذ العقد الإداري، حيث لا يُعد التزامه تنفيذا لعقد إداري مع جهة عامة فقط، وإنما وسـيلة حيوية من أجل تامين وضـمان سـير المرافق العامة لأداء وظيفتها بصـورة منتظمة ومطردة، فبدون التزام المتعاقد (المجهز) بتنفيذ التزاماته بالمدة المحددة يختل تنفيذ مشـروعات الإدارة، الأمر الذي يؤدي إلى تعذر الانتهاء من الأعمال والمشـاريع الحيوية وتقديم الخدمات إلى الجمهور المنتفعين من تلك المشروعات.

٢. تحديد الأسـاس القانوني الذي يقوم عليه الشـرط الجزائي في القانون العراقي والقوانين المقارنة حيث وردت إشارة صريحة إنه من الممكن إدراج أية شروط إضافية ومن ضمنها الشـرط الجزائي وهي مسـؤولية قسـم العقود في أي دائرة، وكذلك فقد تضـمنت المادة (١٨/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسـنة ٢٠٢٥ على انه (يجب أن يتضـمن العقد ...، نطاق عقود التجهيز ..... شروط الدفع للغرامات التأخيرية.....، أي فقرة إضافية وحسب طبيعة وظروف العقد).

٣. تحديد أثر وقت الاتفاق على الشرط الجزائي إذ أنه اتفاق سابق على وقوع الضرر، أما بعد وقوع الضرر فانه يعد صلحا.

٤. تحديد الأركان العامة الواجب توافرها في الشرط الجزائي بوصفه اتفاقاً فيجب أن تتوافر فيه أي اتفاق أو عقد وهي الرضا، الأهلية، المحل والسبب" وهذا الاتفاق يرد غالباً ضمن شروط العقد الأصلي، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد، ولكن يجب أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يستحق هذا التعويض من أجله، لأنه إذا لم يعد ذلك أصبح صلحا.

٥. تحديد نطاق الرقابة الإدارية والقضائية على الشرط الجزائي في عقود التجهيز وآثار هذا الشرط.

**ثالثا: أهمية الدراسة**

١. تظهر أهمية الدراسة من خلال أهمية عقود التجهيز الإدارية سواء بالنسبة لجهة الإدارة التي ترمي لتحقيق المصلحة العامة والاستفادة من المرافق العامة أو بالنسبة للمجهز الذي غايته الحصول على المنافع؛ إذ يحق لجهة الإدارة القيام بفرضها الجزاءات على المتعاقد معها في حالة الإخلال بتنفيذ التزاماته العقدية، وذلك من خلال فكرة المرفق العام لضرورة استمرارية سير وانتظام المرافق العامة من خلال العلاقة الوثيقة الرابطة بين المرفق العام والعقد الإداري على اعتبار أن جهة الإدارة هي المسؤولة بصورة مباشرة عن حسن سير المرافق العامة وحماية المصلحة العامة ومن حقها اتخاذ الإجراءات التي تضمن إجبار المتعاقد (المجهز) معها المسؤول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.

٢. يؤدي الشرط الجزائي دورا مهما في وضع حد للجدل الذي يُثار حول وقوع ركن الضرر من عدم وقوعه، مباشر أو غير مباشر، متوقعا أو غير متوقع، ومقدار التعويض الواجب له؛ لأن وجود التعويض الاتفاقي يعني أن المتعاقدينِ افترضا تحقق الضرر مسبقا وادخلا في حساباتهما مقداره؛ ولذلك يجوز للإدارة عند إخلال المدين بالتزامه مطالبته بقيمة التعويض دون حاجة الإدارة إلى إثبات ركن الضرر والأصل أن المتعاقد يلزم بدفعه مالم يطلب من القضاء إنقاصه.

٣. إن الشرط الجزائي يتميز في حالة وحده هو في حالة عدم اللجوء إلى القضاء، حيث أعطى القانون المدني العراقي للقاضي السلطة في تخفيض الشرط الجزائي في حال ثبت

له أنه مبالغا به لدرجة كبيرة أو قد نُفذ جزءٌ من الالتزام، مما يؤدي إلى تحقيق التوازن ما بين حقوق المتعاقد ومصـــلحة الإدارة، وذلك لكون وجود الشـــرط الجزائي في اتفاق الأطراف يعد أمراً ملزماً حتى وأن تم الاتفاق فيما بينهما على عدم اللجوء إلى القضاء.

٤. إن أهمية الشـــرط الجزائي هي ضـــمان تنفيذ الالتزامات أي أنه يحمل المتعاقدين على الالتزام بتنفيذ بنود العقد، لإدراكهم أن الإخلال به ســـوف يؤدي إلى تحملهم عقوبات مالية، وكذلك تجنب الإجراءات القضـائية؛ لأن الشـرط الجزائي يقلل من اللجوء للقضـاء من أجل فض المنازعات المترتبة على الإخلال بالعقد؛ وذلك لأن إجراءات التقاضـــي مكلفة وطويلة، وأن الأهمية تتبلور في أعفاء الطرف المتعاقد من عبء الإثبات حيث يعفي الشـــرط الجزائي المتعاقد من مهمة إثبات الضـــرر الذي لحق به نتيجة لعدم تنفيذ العقد.

**رابعًا: إشكالية الدراسة**

تتمحور أهمية هذه الإشـكالية نتيجة لتعدد القواعد القانونية التي تنظم العقود العامة، لاسـيما تعليمات تنفيذ العقود العامة والضوابط الملحقة بها والوثائق القياسية، ومدى كفاية التنظيم القانوني للشـرط الجزائي لعقود التجهيز، من أجل تحقيق التوازن ما بين ضـمان حماية المصـلحة العامة وحقوق المتعاقد مع جهة الإدارة، وكذلك مدى فاعلية رقابة القضـاء الإداري على منازعات العقود الإدارية من أجل الحد من تعسـف جهة الإدارة من اسـتعمال السـلطة، ويتخلل هذه الإشـكالية مجموعة من التساؤلات تتمثل بالآتي:

١. هل يوجد قانون ينظم العلاقة التعاقدية لعقود التجهيز الإدارية؟
٢. ماهي الطبيعة القانونية للشـــرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية، وهل تُعد وســـيلة لضمان تنفيذ عقد التجهيز الإداري أو أنها جزاء إداري ذات طبيعة خاصة (استثنائية)؟
٣. هل يستند الشرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية إلى أساس قانوني مستقل يميزها عن عقود القانون الخاص؟
٤. ما هو نطاق تطبيق الشـــرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية في تنفيذ عقد التجهيز الإداري؟
٥. ماهي الضوابط والشروط القانونية التي توجب استحقاق الشرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية؟

٦. ماهي الآثار القانونية التي تترتب على استحقاق الشرط الجزائي بالنسبة إلى جهة الإدارة والمتعاقد معها وكذلك إلى غير أطرافها؟
٧. ما مدى رقابة القضاء الإداري على مشروعية الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية؟
٨. ما مدى رقابة القضاء العادي (المدني) على منازعات عقود التجهيز الإدارية؟

**خامسا: نطاق الدراسة**

١. يتمثل نطاق الدراسة المكاني في عقود التجهيز الإداري في العراق ومصر وفرنسا.
٢. يتمثل نطاق الدراسة الزماني في التشريعات النافذة المتعلقة بالشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية في العراق بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل وتعليمات تنفيذ العقود العامة رقم (١) لسنة ٢٠٢٥، والضوابط الملحقة بها، والقانون المدني العراقي، وكذلك لقوانين الدول المقارنة كقانون التعاقدات المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ وتعديلاتها الصادرة بموجبة، والقانون المدني الفرنسي الصادر عام ٢٠١٦ المعدل وقانون العقود الإدارية.
٣. يتمثل نطاق الدراسة الموضوعي بتحديد آثار العلاقة التعاقدية للشرط الجزائي على طرفي عقد التجهيز الإداري من خلال تحديد حقوقهما والتزاماتهما وتقدير قيمة الشرط الجزائي والرقابة على الشرط الجزائي
٤. يتمثل النطاق الشخصي للدراسة في طرفي عقد التجهيز الإداري والغير.

**سادسا: فرضية الدراسة**

تنطلق هذه الدراسة من فرضية مفادها أن التنظيم القانوني العراقي للشرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية لا يزال غير مكتمل من حيث البناء التشريعي والرقابي، إذ يتوزع بين القواعد العامة في القانون المدني، وتعليمات تنفيذ العقود العامة، والضوابط والوثائق القياسية، من دون وجود تنظيم تشريعي موحد يعالج خصوصية هذا الشرط في العقود الإدارية.

وتفترض الدراسة أن الشرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية لا يمكن النظر إليه بوصفه تعويضًا اتفاقيًا مجردًا كما هو الحال في عقود القانون الخاص، لأنه يرتبط بالمرفق العام وحسن سيره بانتظام واطراد، كما يرتبط في الوقت نفسه بحقوق المتعاقد مع جهة الإدارة وضماناته في

مواجهة الجزاء غير المتناسب أو المبالغ فيه. كما تقوم الدراسة على فرضية أن تحقيق التوازن بين حماية المصلحة العامة وضمان حقوق المتعاقد لا يتحقق بمجرد منح الإدارة سلطة فرض الشرط الجزائي أو استيفائه، وإنما يتطلب وجود ضوابط قانونية واضحة ورقابة إدارية وقضائية فعالة، ولا سيما في ظل خضوع منازعات العقود الإدارية في العراق، في الأصل، لاختصاص القضاء العادي، خلافًا لما هو معمول به في بعض الأنظمة المقارنة التي توسع من ولاية القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية.

وبناءً على ذلك، تفترض الدراسة أن تطوير التنظيم القانوني للشرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية، وتحديد شروط استحقاقه وآثاره وحدود سلطة جهة الإدارة بشأنه، يمكن أن يسهم في تحقيق التوازن بين فاعلية جهة الإدارة في حماية المرفق العام، وحماية المتعاقد معها من التعسف أو عدم التناسب في الجزاء، وكذلك تقوم الدراسة على فرضية مفادها ما يأتي:

١. وجود مرافق عامة قائمة أو مخطط لأنشائها مستقبلا.
٢. حاجة المرافق العامة الى تجهيزها بمواد ومعدات وأجهزة.
٣. إن هذه التجهيزات تكون من عقود إدارية يتم إبرامها لهذا الغرض.
٤. ضمان حسن تنفيذ عقد التجهيز الإداري لابد من وجود جهات رقابية تتولى الرقابة عليه.

**سابعا: الدراسات السابقة**

إن الشرط الجزائي في العقود الإدارية تمت دراسته في مجموعة من الدراسات السابقة والتي من ضمنها عقود التجهيز، وكانت هذه الدراسات من زوايا مختلفة؛ ومن هذه الدراسات ما يأتي:

١. دراسة، رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.

تناولت هذه الدراسة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، وتحديد مضمونها وآثارها وتوصلت إلى جملة من النتائج التي تشترك دراستنا معها في أن الرقابة القضائية في الدول ذات القضاء المزدوج تخضع للقضاء الإداري إلا فيما يخص القانون العراقي فإن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إنما تخضع للقضاء العادي، ويكتفي بالإلغاء للقرارات الإدارية المنفصلة والتي تتخذها الإدارة بالمسائل المتعلقة بالعقود الإدارية، كما تختلف

دراستنا من حيث تحديد نطاق سلطة الإدارة في تحديد الشرط الجزائي وسلطتها في تعديل قيمته، وتميزت دراستنا بتحديد مضمون هذا الشرط وأساسه القانوني وخصائصه والآثار المتعلقة به.

٢. دراســـة ئوميد أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧.

تناولت هذه الدراســة التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسـنة ٢٠١٤ والقانون المصـري وفق قانون المناقصـات رقم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨ ، وتشـترك مع دراستنا في تحديد هذه الجزاءات وأنواعها ومدى سلطة الإدارة في كل منها ، وتختلف دراســتنا عنها في ظل التحديثات القانونية في القانون العراقي لســنة ٢٠٢٥ والقانون المصـري رقم(١٨٢) لسـنة ٢٠١٨ والقانون المدني الفرنسـي ٢٠١٦ المعدل والتي حدثت العديد من الأحكام المتعلقة بهذه العقود كما تختلف دراســتنا عنها من حيث تحديد الأســاس القانوني للشــرط الجزائي وطبيعتها القانونية والآثار المترتبة عليه ودوره بالنســبة لعقود التجهيز والرقابة الإدارية والقضائية على الشرط الجزائي.

٣. دراسـة محمد عباس فاضـل العامري، المسـؤولية القانونية عن الإخلال بالعقود الحكومية – دراسة مقارنة، المركز الأكاديمي للنشر، مصر، ٢٠٢٢.

تناولت هذه الدراســة البحث في ماهية العقد الإداري وتنفيذه من خلال تحديد التزامات طرفي العقد وحقوقهما كما تطرقت إلى البحث في الجزاءات الإدارية في العقد الإداري وســلطة الإدارة في ســحب العمل كما تطرقت إلى الاطار القانوني للحماية الجزائية للعقود الحكومية ، وإذ تقترب هذه الدراســة مع دراســتنا من خلال تناول الجزاءات الإدارية إلا أن دراســتنا قد تميزت عنها من خلال تحديد دراسـة الشـرط الجزائي وتحديد ماهيته وخصـائصـه والأسـاس القانوني وكيفية تحديد الطرفين له وأحكام الشرط الجزائي وآثاره على كل من جهة التعاقد والمجهز ، كما تناولت دراستنا الرقابة بشقيها الإدارية والقضائية على الشرط الجزائي في عقود التجهيز الإدارية.

٤. دراســـة، محمد عبود ناجي البهادلي، التنظيم القانوني لعقود الدولة بتجهيز الســـلع والخدمات في القانون العراقي دراسة مقارنة، جامعة بغداد/كلية القانون، ٢٠٢٤.

تناولت هذه الدراسة التنظيم القانوني لعقود الدولة بتجهيز السلع والخدمات في القانون العراقي والقوانين المقارنة به، وتوصـلت إلى تحديد تنظيم قانوني لهذه العقود وأطرافها والمنازعات المتعلقة بها وكيفية تسويتها والآثار المتعلقة بها وتشترك مع دراستنا من حيث تحديد نطاق الشرط الجزائي

في عقود التجهيز والية إبرام هذه العقود والجهات المتخصصة بإبرامها ونطاق الرقابة عليها، ألا أن دراستنا تختلف من حيث التحديثات التي وردت بالتعليمات لسنة ٢٠٢٥و القانون المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ولائحته على هذه العقود فضلا عن تحديد الأساس القانوني للشرط الجزائي وسلطة الإدارة بتعديل هذا الشرط بإرادتها المنفردة والرقابة الإدارية والقضائية عليها فضلا عن الرقابة السابقة واللاحقة التي يمارسها مجلس الدولة المصري على هذه العقود وخلو القانون العراقي من هذه الرقابة.

٥. دراسة د. أحمد كمال علي الشوبكي، الجزاءات في عقد التوريد الإداري دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٤.

تناولت هذه الدراسة دراسة التعويضات في عقود التوريد الإداري والجزاءات المالية ودراسة مقابل التأخير ودراسة ضمانات اقتضاء مقابل التأخير ودراسة التأمين النقدي ودراسة حق الحبس ودراسة الإعفاء من مقابل التأخير ودراسة مصادرة التامين في عقود التوريد الإداري ودراسة القواعد الأساسية التي تحكم التعويضات ودراسة الخطأ العقدي ودراسة الضرر ودراسة علاقة السببية بين الخطأ والضرر وتقدير قيمة التعويض وطريقة تحصيله و جواز الجمع بين التعويضات والفسخ ودراسة الجزاءات الضاغطة في عقود التوريد الإداري وهي الشراء على حساب المورد ودراسة شروط التنفيذ على حساب المورد ودراسة النتائج القانونية للتنفيذ على حساب المورد ودراسة الجزاءات الفاسخة بعقود التوريد الإدارية، وتختلف عن دراستنا من حيث تناول دور الشرط الجزائي في عقود التجهيز وأهميته ونطاق سلطة الإدارة في تقديره وتعديل قيمته بإرادتها المنفردة والرقابة الإدارية والقضائية على سلطة الإدارة والمتعاقد في إبرام العقد الإداري والاتفاق على الشرط الجزائي فيه.

٦. دراسة ماجد حامد حمود الصراف، وسائل الضبط الإداري في العقود العامة –دراسة مقارنة، المركز الأكاديمي للنشر، ٢٠٢٦.

تناولت هذه الدراسة وسائل الضبط الإداري في العقود الإدارية بشكل عام وتطرقت إلى رقابة كل من الهيأة الإدارية والهيات المستقلة على العقود الإدارية، وهي تشترك مع دراستنا من خلال تناول الرقابة على العقود الإدارية بصورة عامة إلا أن دراستنا تختلف من حيث تحديد مفهوم

الشـــرط الجزائي وشـــروطه وآثاره واحتكامه وآثار على طرفي العقد؛ إذ تميزت بتحديد القصـــور التشريعي للشرط الجزائي وبيان آثاره والرقابة علية.

**ثامنا: منهجية الدراسة**

اتبعت هذه الدراســة المنهج التحليلي الوصــفي والمنهج المقارن؛ لما لهما من ملاءمة علمية لتحقيق أهداف البحث وتحليل إشكاليته، إذ سيتم اتباع المنهج التحليلي الوصفي لتحليل المفاهيم العامة والخاصة المتعلقة بوصف طبيعة الشرط الجزائي القانونية، والوقوف على الأساس القانوني الذي يحكم تضـــمينه لعقود التجهيز ذات الطبيعة الإدارية، مع بيان تكييفه القانوني، ودوره في حماية المصـلحة العامة وضـمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، من خلال تحليل النصـوص القانونية ذات العلاقة، كتعليمات تنفيذ العقود العامة رقم (١) لســـنة ٢٠٢٥ إضـــافة إلى القوانين المدنية والإدارية ذات الصلة في الدول المقارنة، وكذلك سيتم اعتماد المنهج المقارن لدراسة وتحليل أوجه الاتفاق والاختلاف بين التشريع العراقي من جهة، والتشريعين المصري والفرنسي من جهة أخرى، في ما يتعلق بتكييف الشـــرط الجزائي، وآثاره، وموقعه من النظام العام، وكذلك بيان إجراءات الرقابة القضـــائية وغير القضـــائية من قبل الإدارة والهيات المســتقلة على فرض الشــرط الجزائي وتحصـيله، للوقوف على كيفية معالجة تلك التشـريعات المقارنة لإشـكالية التناسـب بين الشـرط الجزائي والضـــرر في عقود التجهيز (التوريد) الإدارية من أجل الاســـتفادة من تلك التوجهات الحديثة في مجلس الدولة المصري أو الفرنسي.

**تاسعا: هيكلية الدراسة**

من أجل الإلمام في موضوع الدراسة سيقسم البحث إلى فصلين، سنتناول في الفصل الأول: التعريف بالشــرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، وســيقســم إلى مبحثين: ســنتناول في المبحث الأول: ماهية الشــرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، الذي ســيقســم إلى مطلبين، ســنتناول في المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، وفي المطلب الثاني: نطاق الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية وأنواعه، أما المبحث الثاني من الفصل الأول: سنتناول فيه أحكام الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، والذي سنتناول فيه مطلبين: المطلب الأول: سنتناول فيه ذاتية الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية وشروط استحقاقه، وفي المطلب الثاني: سنتناول فيه أســاس الشــرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية. أما في الفصــل الثاني ســنتناول: آثار الشــرط

الجزائي لعقود التجهيز الإدارية والرقابة عليه، وسنتناوله في مبحثين، في المبحث الأول: سنتناول فيه آثار الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، والذي سنتناوله في مطلبين سنتناول في المطلب الأول: آثار الشـــرط الجزائي على طرفي العقد لعقود التجهيز الإداريـة، وفي المطلب الثاني: سنتناول فيه آثار الشرط الجزائي على تنفيذ العقد والغير لعقود التجهيز الإدارية، أما في المبحث الثاني: سنتناول فيه، الرقابة على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية؛ إذ سنتناوله في مطلبين المطلب الأول: سنتناول فيه الرقابة غير القضـائية على الشـرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية، وفي المطلب الثاني: سنتناول فيه الرقابة القضائية على الشرط الجزائي لعقود التجهيز الإدارية.