

# القانون الإداري

طبيعة القانون الإداري - التنظيم الإداري - الضبط الإداري  
المرفق العام - الوظيفة العامة - الاموال العامة - القرار الإداري  
العقود الإدارية

الدكتور

مازن ليلو راضي

أستاذ القانون العام المساعد

الطبعة الثالثة

**بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ**

**((ربنا آتنا من لدنك رحمةً وهبنا لنا من أمرنا رشداً))**

**الآية (١٠) سورة الكهف**

# إلى زوجتي

إلى زوجتي: آية للوفاء وعرفانا بالجميل ..  
إلى اولادي: عمار، اسلام، ميسرة، يوسف...

## مقدمة عامة

تنقسم القواعد القانونية التي تنظم كل مجتمع إنساني إلى قواعد قانونية تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ، وقد أصطلح على تسميتها بالقانون الخاص ومن فروع القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات . أما النوع الآخر من القواعد فينظم العلاقات التي تنشأ بين الدول أو بين الدولة وهيأتها العامة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى عندما تظهر الدولة بمظهر السلطة العامة .

وقد أصطلح على هذا النوع من القواعد القانونية بالقانون العام ، ومن فروع القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي .

ومن المعروف أن القانون الإداري فرع من فروع القانون العام الداخلي - تمييزاً له عن القانون العام الخارجي الذي ينظم العلاقات بين الدول - والذي يهتم بسلطات الإدارة العامة من ناحية تكوينها ونشاطها وضمان تحقيقها للمصلحة العامة من خلال الإمتيازات الإستثنائية التي تقررها قواعد القانون الإداري .

وعلى ذلك فإن القانون الإداري يختلف اختلافاً جوهرياً عن القانون الخاص لاختلاف العلاقات القانونية التي يحكمها ، واختلاف الوسائل التي تستخدمها السلطات الإدارية في أدائها لوظيفتها من الوسائل القانونية ومادية وبشرية .

وقد ساهم التطور الكبير في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وازدياد نشاط الدولة وتدخلها في هذه المجالات وعدم كفاءتها بدورها السابق في الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي ، في تضاعف دور القانون الإداري ومساهمة في وضع الوسائل المناسبة لإدارة دفة نشاط السلطة العامة .

وفي هذه الدراسة نتشرف بتقديم المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري ، والذي يمثل المنهج الدراسي للمرحلة الثانية في كليات القانون .

وقد اتبعنا في هذه الدراسة خطة البحث التالية:

الباب التمهيدي: طبيعة القانون الإداري

الباب الأول : التنظيم الإداري .

الباب الثاني : نشاط الإدارة العامة .

الباب الثالث: الوظيفة العامة

الباب الرابع: الاموال العامة

الباب الخامس: القرارات الإدارية .

الباب السادس: العقود الإدارية .



## **الباب التمهيدي**

### **طبيعة القانون الإداري**

لابد قبل البحث في موضوع القانون الإداري أن نتبين بعض المسائل التي تلقي الضوء على هذا القانون من حيث طبيعته ، فنبين التعريف بالقانون الإداري ونشأته في دولته الأم فرنسا ثم في مصر التي كان لها دور الريادة في العالم العربي وبعد ذلك في العراق ، ثم نذكر خصائص ومصادر هذا القانون .

ولعل من أهم ما سنبحثه في هذا الباب أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه ومعيار اختصاص القضاء الإداري ، ومن خلال هذا الموضوع نبين المعيار الذي نستطيع أن نقرر فيه أن نشاط الإدارة يدخل ضمن نطاق هذا القانون ويختص به القضاء الإداري أم لا .

وعلى ذلك سنقسم هذا الباب إلى فصول خمس :

الفصل الأول : التعريف بالقانون الإداري .

الفصل الثاني : نشأة القانون الإداري .

الفصل الثالث : خصائص ومصادر القانون الإداري .

الفصل الرابع : أساس القانون الإداري .

## الفصل الأول التعريف بالقانون الإداري

درج أغلب الفقهاء على تعريف القانون الإداري بأنه ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتضمن القواعد القانونية التي تحكم السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة تملك حقوقاً وإميازات استثنائية في علاقاتها بالأفراد.<sup>(١)</sup>

بينما عرفه آخرون بأنه فرع من فروع القانون العام الذي يحكم الإدارة ، أو قانون الإدارة العامة *Administration Publique* أو قانون السلطة الإدارية *Pouvoir Administratif* .<sup>(٢)</sup>

في حين عرفه البعض بأنه القانون الذي يتضمن القواعد التي تحكم إدارة الدولة من حيث تكوينها ونشاطها باعتبارها سلطة عامة .<sup>(٣)</sup>

ونجد هنا أنه من المناسب أن نبين إن القانون يقسم إلى قسمين رئيسيين ، قانون عام وقانون خاص ، القانون العام هو القانون الذي ينظم نشاط الدولة وسلطاتها العامة ، ويحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها ، وتظهر فيها الدولة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإميازات استثنائية لا مقابل لها في علاقات الأفراد .

أما القانون الخاص فينظم نشاط الأفراد ويحكم العلاقات بينهم أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها عندما تظهر بمظهر الأفراد العاديين أي ليس بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإميازات استثنائية .

ويشتمل كل قسم من هذين القسمين على عدة فروع فيشتمل القانون العام على القانون العام الخارجي ويتضمن القانون الدولي العام ، والقانون العام الداخلي ويتضمن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي .

في حين ينقسم القانون الخاص إلى القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية وغيرها من القوانين الأخرى .

---

١ - د. أنور أحمد رسلان ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٥ .

2 - Jean Rivero . *Droit , administratif* , 1975 , P 9 .

٣ - د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، ١٩٨٧ ، ص ٨ .

وكما بينا فإن القانون الإداري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي يحكم نشاط الإدارة العامة وهو موجود في كل دولة أياً كان مستواها وتطورها الحضاري . وفي هذا المجال يسود مفهومان للإدارة العامة المفهوم العضوي أو الشكلي، والمفهوم الموضوعي أو الوظيفي .

المفهوم العضوي : يهتم بالتكوين الداخلي للإدارة العامة ، فيعرف الإدارة العامة بأنها السلطة الإدارية سواء المركزية منها أو اللامركزية ، وجميع الهيئات التابعة لها .

بينما يهتم المفهوم الموضوعي بالجانب الوظيفي ، فيعرف الإدارة العامة بأنها النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لإشباع الحاجات العامة.

وتبعاً لذلك فإن القانون الإداري بمعناه العضوي هو القانون الذي يحكم السلطة الإدارية أو الأجهزة الإدارية في الدولة ، بينما يمكننا أن نعرف القانون الإداري بمعناه الموضوعي بأنه القانون الذي يحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة .

وقد اختلف الفقه في ترجيح أحد المفهومين إلا أن الاتجاه الحديث يقوم على الجمع بينهما ويعرف القانون الإداري بأنه : " القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة ، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة " .

### **علاقة القانون الإداري بفروع القانون الأخرى :**

من المهم أن نبين استقلال القانون الإداري عن فروع القانون الأخرى من خلال بيان علاقته بهذه القوانين وتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينها ثم بيان علاقته بعلم الإدارة العامة.

### **1. العلاقة بين القانون الإداري والقانون الدستوري**

أوضحنا أن القانون الإداري هو القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة ، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة .

أما القانون الدستوري : فهو القانون الأعلى والأساس في الدولة ، والذي ينظم القواعد القانونية التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها والعلاقة بينهما وحقوق وحرريات الأفراد ، والضمانات التي تكفلها .

وعلى هذا فإن القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري ، فإذا كان القانون الإداري يحكم السلطة الإدارية المركزية وغير المركزية ، فإن القانون الدستوري هو القانون الأساسي والذي يسمو على كافة القوانين الأخرى التي يجب أن تتقيد به وتحترم نصوصه .

وبمعنى آخر يضع القانون الدستوري الأحكام الكلية أو العامة للسلطة التنفيذية ، بينما يضع القانون الإداري القواعد التفصيلية التي تكفل تشغيل الأجهزة الإدارية وأدائها لوظيفتها ، فالقانون الإداري يكون بذلك امتداداً للقانون الدستوري .<sup>(١)</sup>

وهو ما أبرزه الفقيه (بارتلمي) في معرض تمييزه بين القانون الإداري والقانون الدستوري فقال : " إن القانون الدستوري يبين لنا كيف شيدت الآلة الحكومية ، أما القانون الإداري فيبين كيف تدير هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة منها بوظيفتها " .<sup>(٢)</sup>

وبسبب تداخل كل من القانونين لتعلقهما بالشؤون الداخلية للمجتمع كونهما يمثلان فرعين من فروع القانون العام الداخلي ، نجد أن الفقه الإنجليزي لا يفرق بين القانون الدستوري والقانون الإداري ويدرس موضوعات القانونين معاً .

ومع إن الفقه الفرنسي في معضمه يميز بينهما ، فإن جانباً في الفقه ذهب إلى انتقاد محاولات التمييز بين القانون الإداري والقانون الدستوري ، ودعى إلى دراستهما معاً ، وتزعم هذا الاتجاه الفقيه دوجي *Dugui* وجيز *Jeze* ، وبونار *Bonnaed*.<sup>(٣)</sup>

ويمكن إجمال أوجه التمييز بين القانونين بالآتي :-

أ - من حيث الموضوع :- يبحث القانون الدستوري في التنظيم السياسي للدولة من حيث تكوين سلطات الدولة الثلاث والعلاقة بينهما ، في حين يبحث القانون الإداري في أعمال السلطة التنفيذية الإدارية منها دون الحكومية .

ب- من حيث تدرج القوانين :- يحتل القانون الدستوري قمة الهرم القانوني في الدولة لأنه يقرر المبادئ الأساسية التي لا يمكن أن تتعدها القوانين الأخرى بما فيها القانون الإداري الذي يحكم بعض المسائل المنقرعة في المبادئ التي أقرها الدستور .

### ٣ - علاقة القانون الإداري بالقانون المالي

القانون المالي هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بإدارة الأموال العامة في الدولة، وهو مكمل للقانون الإداري الذي يتعلق بتنظيم الأجهزة والهيئات الإدارية ، ويوضح النظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة والحماية القانونية المقررة لهذه الأموال ، وكيفية

---

١ - د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، ١٩٨٤ ، ص ٥ . د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري و ١٩٧٩ ، ص ١٤ .

2 - *Barthelemy – traite élémentaire de droit administratif, 1933, P 5.*

3 - *R. Bonnard, Precis de droit Public, 1941.*

الانتفاع بها ، ومن موضوعات هذا القانون كل ما يدخل ضمن إعداد الميزانية العامة في الدولة وسياسة وأنواع الضرائب المفروضة والأشرف والرقابة عليها .

### ٣ - علاقة القانون الإداري بعلم الإدارة العامة

يتميز القانون الإداري عن علم الإدارة العامة من حيث زاوية اهتمام كل منهما فالقانون الإداري يبحث في التنظيم القانوني للجهاز الإداري ووظيفة كل عنصر في عناصره وعلاقته بالأفراد ، بينما تبحث الإدارة العامة في النواحي الفنية والتنظيمية للجهاز الإداري ويمكن تعريفها بأنها ذلك العلم الذي يهتم بدراسة تنظيم وتوجيه وتنسيق نشاط المنظمة الإدارية لتحقيق أهدافها العامة على أكمل وجه .

وكما بينا تشتمل الإدارة العامة على مفهومين ، مفهوم عضوي ، يهتم بدراسة هيكل المنظمات الإدارية وفروعها ، دون البحث في طبيعة النشاط الصادر منها ، ومفهوم موضوعي يهتم بدراسة النشاط الإداري لهذه المنظمات بصرف النظر عن شكل المنظمة التي صدر النشاط عنها .

ويظهر الاختلاف بين الإدارة العامة والقانون الإداري من خلال طريقة دراسة الموضوع الإداري محل البحث ، فالقانون الإداري عندما يبحث في تعريف القرار الإداري فإنه يركز عليه كعمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ويتضمن أثراً قانونياً ، كذلك يبحث في مشروعية القرار الإداري وشروط صحته ونفاذه ، وكيفية الطعن بالإلغاء والتعويض ضد القرارات غير المشروعة .

في حين يعرف علم الإدارة العامة القرار الإداري من خلال البحث في الكيفية العلمية والواقعية التي صدر على أساسها القرار وعملية صنعه والمراحل المختلفة التي مرت بها تلك العملية واكتشاف العيوب والمشاكل التي قد تعيق هذه العملية واقتراح سبل إصلاحها (١) .

وفي مجال الوظيفة العامة يبحث القانون الإداري في المركز القانوني للموظف العام وطبيعة علاقته بالدولة وشروط تعيينه وحقوقه وواجباته والعقوبات التأديبية التي يمكن إيقاعها عليه وضمائنه تجاهها ، ويبحث في طرق انتهاء علاقته الوظيفية ، وما إلى ذلك من أمور تنظمها في الغالب نصوص قانونية .

---

١ - د. محمد رفعت عبد الوهاب ، د. صبحي عثمان محمد عثمان ، مبادئ القانون الإداري ٢٠٠١ -

أما الإدارة العامة فتبحث الوظيفة العامة من ناحيتين ، الناحية التنظيمية فيدرس علم الإدارة العامة طبيعة الوظيفة العامة وأسس ترتيب الوظائف العامة ، وتحديد اختصاص ومواصفات كل وظيفة .

والناحية البشرية حيث تبحث الإدارة العامة عن أفضل نظام إداري لتطبيقه على العاملين في المنظمة الإدارية ، وتعرض لطرق اختيارهم ، ووسائل رفع كفاءتهم وتدريبهم ، والارتفاع بمستوى أدائهم ، كما تهتم الإدارة العامة بالحوافز المادية والمعنوية لموظفي الدولة ودراسة مشاكلهم الوظيفية والنفسية ، والبحث في سبل إصلاحها .<sup>(١)</sup>

ومن الجدير بالذكر إن الإدارة العامة تخضع من حيث الأصل إلى قواعد متميزة عن قواعد القانون الخاص ، إلا أنها قد تنزل في أحيان أخرى عن استخدام هذه القواعد فتتزل منزلة الأفراد ، وتطبق قواعد القانون الخاص ، والقانون الإداري بمعناه الواسع يعني "قانون الإدارة" أيًا كانت القواعد القانونية التي تحكمها قواعد القانون الخاص أم قواعد قانونية متميزة عنها "قواعد القانون العام" ، والقانون الإداري بهذا المعنى موجود في كل مجتمع سواء اخذ بمبدأ الازدواج القانوني أم لم يأخذ .

أما القانون الإداري بمعناه الفني أو الضيق فينحصر دوره بما يطبق على الإدارة من قواعد قانونية متميزة ومغايرة لقواعد القانون الخاص ولا يوجد بهذا المعنى إلا في الدول التي تأخذ بنظام الازدواج القانوني .

ومع أوجه الاختلاف بين القانون الإداري والإدارة العامة فإن بينهما الكثير من أوجه التقارب ، من حيث أنها يتعلقان بالبحث في موضوع واحد هو الجهاز الإداري في الدولة وأن انحصرت دراسة كل منها بجانب من جوانبه ، حتى أننا نجد أنه في الدول التي لا تأخذ بالازدواج القانوني "النظم الانجلوسكسونية" تشتمل دراسة الإدارة العامة على النواحي القانونية التي يحكمها من حيث الأصل القانون الإداري بالإضافة إلى دراسة الناحية الفنية والتنظيمية .

---

١ - د. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، ١٩٩١ ، ص ٢٧ .

## الفصل الثاني

### نشأة القانون الإداري وتطوره

تعد فرنسا مهد القانون الإداري ومنها انتشر إلى الدول الأخرى ، ويرجع الفضل في ظهور هذا القانون إلى عوامل تاريخية تأتي في مقدمتها الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م ، التي قامت على أساس الفصل بين السلطات، ومن مقتضياته منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية .

وأدى هذا الاتجاه إلى وجود نظام القضاء المزدوج الذي كان مهداً لنشوئ الأزدواج القانوني وظهور القانون الإداري .

## المبحث الأول

### نشوء القانون الإداري في فرنسا

كانت سلطات الحكم قبل الثورة الفرنسية مركزة في يد الملك حيث ساد نظام الملكية المطلقة ، ولم تكن الدولة تخضع للمساءلة أو الرقابة أمام القضاء بواسطة دعاوى الأفراد ، وهي إن تعاملت مع الأفراد خضعت معاملاتها للقانون المدني .<sup>(١)</sup>

وفي هذه الفترة كانت توجد محاكم قضائية تدعى البرلمانات Parlements أنشئت لتكون ممثلة للملك في وظائفه القضائية ، وكانت الدعاوى تستأنف أمامها ما لم يسند الملك ذلك الاختصاص إلى جهة أخرى ، كما وجدت محاكم مختصة ببعض المنازعات الإدارية .<sup>(٢)</sup>

وقد كانت البرلمانات تمارس سيطرة رجعية على الإدارة وتتدخل في شؤونها وتعارض وتعرقل كل حركة إصلاحية<sup>(٣)</sup> مما حدى برجال الثورة الفرنسية إلى منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية ، من خلال تبنيهم لمبدأ الفصل بين السلطات .

---

١ - د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، ١٩٧٩ ، ص ٦ .

٢ - د. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

٣ - د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

## ١. مرحلة الإدارة القاضية : *Administration Juge*

تأكيداً لاتجاه الثورة الفرنسية في الفصل بين السلطات صدر قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٧٩٠ ، الذي نص على إلغاء المحاكم القضائية ( البرلمانات ) وإنشاء ما يسمى بالإدارة القاضية أو الوزير القاضي كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي ، ومنع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها و أصبحت الهيئات الإدارية هي صاحبة الاختصاص في الفصل بهذه المنازعات .

وفي مرحلة الإدارة القاضية كان على الأفراد اللجوء إلى الإدارة نفسها للتظلم إليها وتقديم الشكوى ، فكانت الإدارة هي الخصم والحكم في الوقت ذاته وكان هذا الأمر مقبولاً إلى حد ما في ذلك الوقت بسبب السمعة السيئة لقضاء البرلمانات التعسفية .

## ٢. إنشاء مجلس الدولة الفرنسي :

بنشوء مجلس الدولة في ١٢ ديسمبر ١٧٩٧ في عهد نابليون بونابرت وضعت اللجنة الأولى للقضاء الإداري الفرنسي مع أن اختصاص المجلس كان أول الأمر استشارياً يتطلب تصديق القنصل .

وفي الوقت ذاته تم إنشاء محاكم أو مجالس الأقاليم *Les Conseils de Préfecture* التي كانت تصدر أحكاماً لا تحتاج إلى تصديق سلطة إدارية عليا ، إلا أن أحكامها تستأنف أمام مجلس الدولة الذي كانت أحكامه تعرض على القنصل.

فقد كان عمل المجلس يقتصر على فحص المنازعات الإدارية وإعداد مشروعات الأحكام ، فلم يكن يملك سلطة القضاء وإصدار الأحكام ، ولذا سمي قضاؤه في هذه المرحلة " القضاء المقيد" أو المحجوز *Justice Retenue* وقد استمرت هذه المرحلة إلى عام ١٨٧٢ حيث أصبح قضاؤه مفوضاً .

## ٣. مرحلة القضاء المفوض *Justice déléguée*

في ٢٤ مايو ١٨٧٢ صدر قانون منح مجلس الدولة الفرنسي اختصاص البت نهائياً في المنازعات الإدارية دون تعقب جهة أخرى .

ومع إن هذا القانون خول المجلس سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية فإنه أبقى على اختصاص الإدارة القاضية فلا يملك الأفراد اللجوء إلى مجلس الدولة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، وفيما عدا ذلك تختص به الإدارة القاضية ، مما أوجد ازدواجاً قضائياً ، واستمر هذا الوضع حتى تاريخ ١٣ ديسمبر ١٨٨٩ عندما قبل مجلس الدولة دعوى قدمها أحد الأفراد مباشرة من دون المرور على الإدارة في قضية *Cadot* وترتب على حكمه فيها أن أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية .

وبسبب تراكم العديد من القضايا أمام مجلس الدولة حدد المشرع اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر بموجب المرسوم الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ ، وأصبحت المحاكم الإدارية التي كانت تسمى مجالس الأقاليم صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية .

ثم أعقب ذلك بعض المراسيم التي تضمنت الإصلاحات منها المراسيم الأربعة الصادرة في ٣٠ يوليو ١٩٦٣ المتعلقة بتحديد النظام الأساسي للعاملين في المجلس وتنظيمه الداخلي ونشاطه الداخلي ، وتم تعديل هذا التنظيم بثلاثة مراسيم أخرى في ٢٦ أغسطس ١٩٧٥ م ، وبمرسوم في ١٥ يناير ١٩٨٠ ، وآخر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٧ لإصلاح القضاء الإداري أنشأ بموجبه المحاكم الإدارية الاستئنافية ووسع نطاق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة .

وقد أصبح مجلس الدولة خلال تاريخه الطويل قاضي المنازعات الإدارية دون منازع، وساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص وابتدع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، وأكد على وجود واستقلال القانون الإداري .

## المبحث الثاني

### نشوء القانون الإداري في مصر

قبل نشوء مجلس الدولة في مصر عام ١٩٤٦ لم تعرف مصر القضاء الإداري ، وقد كانت المحاكم المختلطة والأهلية السائدة قبل هذا التاريخ في النظام القضائي المصري

تطبق بعض القوانين على المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة ، ولم يكن من بينها القانون الإداري .

وقد ذهب جانب من الفقه الإداري المصري إلى أن أساس القانون الإداري ومبادئه قد بدأت تظهر من خلال أحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، بينما خالف جانب آخر منهم، وذهب إلى إن مبادئ القانون الإداري لم تنشأ حقيقة إلا من خلال أحكام مجلس الدولة بعد إنشائه عام ١٩٤٦ . (١)

وكان مجلس الدولة وقت إنشائه يتمتع بصلاحيات محددة وبمحكمة قضاء إداري واحدة ، ثم ما لبث أن توسعت اختصاصاته إذ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي وسع اختصاصاته ثم أنشأت المحاكم الإدارية بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبعد ذلك وفي عام ١٩٥٥ تم إنشاء المحكمة الإدارية العليا لتكون في قمة القسم القضائي بمجلس الدولة . ثم صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، وقد مر مجلس الدولة بتطورات عدة حتى صدر القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته .

ووفقاً لهذا القانون يعد مجلس الدولة هيئة قضائية ملحقة بوزير العدل ، ويتكون من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين ومن مندوبين مساعدين .

هذا ولم تؤثر تبعية المجلس لوزير العدل في استقلاله في ممارسة وظيفته إذ لا تتعدى هذه التبعية منح الوزير الأشراف الإداري وضمان حسن سير العمل الوظيفي ، وهو ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة " .

ولم يولد المجلس قوياً منذ نشأته فقد كان القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية وكانت اختصاصات مجلس الدولة محددة على سبيل الحصر في القوانين التي سبقت القانون الحالي .

ففي ظل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كان القضاء العادي ينفرد بنظر دعاوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية ويختص بالاشتراك مع المجلس في نظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية ، ويترتب على رفع دعوى

---

<sup>١</sup> - د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، ١٩٧٦ ، ص ٨١ . د. عبد الغني بسيوني ، المصدر السابق ، ص ٥٢ ، وما بعدها .

التعويض أمام المحاكم العادية وإذا ما رفعت دعوى الإلغاء أو التعويض إلى مجلس الدولة  
عدم جواز رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية فإنه يتمتع رفعها أمام مجلس الدولة .  
كما كانت المحاكم العادية تنفرد بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية حتى  
صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي منح المجلس النظر في منازعات عقود الإلتزام  
والأشغال العامة وعقود التوريد بالاشتراك مع المحاكم العادية .  
وفي ظل القانونين ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ و ٥٥ لسنة ١٩٥٩ استمرت المحاكم العادية  
تنفرد بالنظر في دعوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في الوقت الذي استقل به مجلس  
الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بالتعويض عن القرارات الإدارية والعقود الإدارية .  
وبصدور القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية العامة  
بالنظر في المنازعات الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، فقد ورد في المادة  
١٧٢ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص  
بالفصل في المنازعات الإدارية ، وفي الدعاوى التأديبية ويحدد اختصاصاته الأخرى " .  
وبذلك أصبح مجلس الدولة قاضي القانون العام المختص بالفصل في المنازعات  
الإدارية والتأديبية وساهم بإرساء مبادئ القانون الإداري ، وكان له دور رائد في حماية حقوق  
الأفراد وحررياتهم من عسف الإدارة وإلغاء قراراتها المعيبة والتعويض عنها .

### المبحث الثالث نشوء القانون الإداري في العراق

ان وجود قضاء متخصص يمارس الرقابة على اعمال الادارة يمثل ضمانة حقيقية لحقوق وحرية الافراد في مواجهة تعسف الادارة ويؤدي بالادارة الى التآني والحذر في تصرفاتها لتتأكد من مطابقتها للقانون ، وقد حمل القضاء الاداري على كاهله هذه الخدمة .

وقد اتبع العراق حتى عام ١٩٨٩ اسلوب القضاء الموحد ومقتضاه ان تختص جهة قضائية واحده بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الافراد أنفسهم أو بينهم وبين الادارة أو بين الهيئات الإدارية ذاتها .

و قد وجه النقد الى هذا النظام من حيث انه يقضي على الاستقلال الواجب توفره للادارة بتوجيه الاوامر اليها مما يعيق أدائها لاعمالها ، مما يدفع الإدارة الى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها ، ولا يخفى مالهذا من اضرار بحقوق الافراد وحريةاتهم .

وعلى ذلك فقد توجه المشرع نحو انشاء هيئه قضائية اخرى الى جانب مجلس الانضباط العام الذي كان يختص بالنظر في الطعون المقدمة في العقوبات التأديبية الخاصة بموظفي الدولة والقطاع الاشتراكي ودعاوى الموظفين الناشئة عن حقوق الخدمة المدنية .

وهي محكمة القضاء الاداري والتي تم انشائها بصدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والتي اصبحت تختص بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر

الدولة والقطاع الاشتراكي التي لم يعين مرجع للطعن فيها والتعويض عنها اذا ما رفع طلب التعويض تبعاً لطلب الالغاء .

فقد ورد في المادة السابعة / ثانياً من القانون اعلاه :

(( يعتبر من أسباب الطعن بوجه خاص ما يلي:

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

ومنذ هذا التاريخ وجد في العراق قضاء متخصص يمارس الرقابة على اعمال الادارة يمثل ضمانة حقيقية لحقوق وحرريات الافراد في مواجهة تعسف الادارة ويؤدي بالادارة الى التآني والحدز في تصرفاتها لتتأكد من مطابقتها للقانون، معتمدا على ما تقضي به مبادئ القانون الاداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص لايتورع عن ابتداع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، رغم ما يكتنف تجربة القضاء الاداري العراقي من قصور تمثل في استثناء العديد من المنازعات من ولاية المحكمة.

### **الفصل الثالث**

#### **خصائص ومصادر القانون الإداري**

نبين في هذا الجزء من الدراسة الخصائص التي يتميز بها القانون الإداري والمصادر التي يستمد منها أحكامه وذلك في مبحثين .

#### **المبحث الأول**

##### **خصائص القانون الإداري**

يتميز القانون الإداري ببعض الخصائص منها أنه قانون سريع التطور ، وقانون غير مقنن ، وأنه من صنع القضاء .

### **أولاً : قانون سريع التطور .**

يتسم القانون الإداري بأنه قانون يتطور بسرعة تفوق التطور الاعتيادي في القوانين الأخرى ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة المواضيع التي يعالجها ، فقواعد القانون الخاص تتميز بالثبات والاستقرار ، وقد تمر فترة طويلة قبل أن ينالها التعديل أو التغيير ، ويعود ذلك إلى أن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص بفروعه المختلفة " قانون مدني ، قانون تجاري ، قانون مرافعات " تتعلق بقواعد عامة تتطلب قدرأ من الاستقرار مع ترك الحرية للأفراد من تسيير الأمور الأخرى ذات الطابع المتغير في حدود القواعد العامة المنصوص عليها على عكس القانون الإداري الذي يعالج مواضيع ذات طبيعة خاصة لتعلقها بالمصلحة العامة وحسن تسيير وإدارة المرافق العامة وجانب من أحكامه غير مستمدة من نصوص تشريعية وإنما من أحكام القضاء وخاصة القضاء الإداري الذي يتميز بأنه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات الإدارية ولا يتقيد بأحكام القانون الخاص إنما يسعى إلى خلق ما يتلائم مع ظروف كل منازعة على حده تماشياً مع سرعة تطور العمل الإداري ومقتضيات سير المرافق العامة .

ولعل من أسباب سرعة تطور القانون الإداري أنه يتأثر بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة وهي عوامل متغيرة باستمرار وغير مستقرة نسبياً ، فالتوسع نشاط الدولة ونزعتها التدخلية وانتشار الحروب والازمات الاقتصادية وظهور المرافق العامة الاقتصادية ، وما إلى ذلك من ظواهر اقتصادية وسياسية وإدارية ، وضرورة استيعاب القانون الإداري لهذه المتغيرات ومواجهتها أدى بالضرورة إلى التطور المستمر في أحكامه .

### **ثانياً : قانون من صنع القضاء .**

يتميز القانون الإداري أيضاً بأنه قانون قضائي نشأ عن طريق المبادئ والقواعد الإدارية التي خلقها القضاء ، وقد ساعد على ذلك عدم تقنين أغلب قواعد القانون الإداري فكان لابد للقضاء أن ينهض بهذه المهمة من خلال وضع أسسه ونظرياته .

وإذا كان التشريع ينهض في الحقيقة ببعض مواضيع القانون الإداري خاصة ما يتعلق ببعض النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية التي تحكم جوانب مهمة من علاقات الإدارية العامة ، فإن التشريع لا زال قاصراً عن مجالات أخرى كثيرة من قبل قواعد القرار

الإداري وقواعد المسؤولية الإدارية وشروط الطعن بالإلغاء ، وما إلى ذلك من مجالات لازال القضاء يمثل المصدر الرسمي الرئيس لأحكامه .

وقد كشف مجلس الدولة الفرنسي عن النظريات والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري وأستلم عنه القضاء الإداري في مصر العديد من أحكامه ، حتى أصبح دور المشرع في كثير من الأحيان مقتصرًا على تسجيل ما توصل إليه القضاء الإداري من أحكام (١) .

ودور القضاء الإداري في هذا المجال كان متميزًا عن دور القضاء العادي ، الذي ينحصر بتطبيق القانون على المنازعة دون أن يتعداه لخلق الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة منازعات القانون الإداري ، الأمر الذي أضفى على قواعد القانون الإداري الطابع العملي الذي يتماشى مع ظروف واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها الحسن وتطورها المستمر .

ومع ذلك يتقيد القضاء في أداء مهامه وابتداعه لمبادئ وقواعد القانون الإداري بعدم مخالفة النصوص التشريعية القائمة على أساس أن القضاء إنما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع ، أما إذا أفصح عن إرادته تلك بنصوص تشريعية فإنه يلتزم بتطبيق تلك النصوص في أحكامه . (٢)

### ثالثاً : قانون غير مقنن .

يقصد بالتقنين أن يصدر المشرع مجموعة تشريعية تضم المبادئ والقواعد العامة والتفصيلية المتعلقة بفرع من فروع القانون كما هو الحال في مدونة القانون المدني أو مدونة قانون العقوبات .

ولا يخفى ما لتدوين القواعد العامة والتفصيلية لقانون ما من أهمية من حيث إضافته الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة الرجوع إلى أحكامه .

---

١ - د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القانون الإداري - ط ٢ - دار الفكر - ١٩٩٢ - ص ٤٩ .  
٢ - ينظر: د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري - ١٩٧٥ - ص ٢٥ و د. أنور أحمد رسلان - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦١ .

وقد نشأ القانون الإداري في فترة انتشرت فيها حركة التقنين في أعقاب الثورة الفرنسية وتم تدوين قواعد القانون المدني في مدونة نابليون .<sup>(١)</sup> إلا أن القانون الإداري لم تشمله هذه الحركة رغم رسوخ مبادئه واكتمال نظرياته ويرجع عدم تقنينه إلى سرعة تطوره وتفرع وسعة مجالاته مما يجعل من الصعوبة جمع أحكامه في مدونه واحدة خاصة وأن أحكامه في الغالب ذات طبيعة قضائية ، ولا يخفى ما في أحكام القضاء الإداري من مرونة تتأثر بالواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السائد في المجتمع .

وإذا كان عدم التقنين يعني عدم جمع أحكام القانون الإداري في مجموعة أو مدونة واحدة فإن ذلك لا ينفي وجود تقنيات جزئية لبعض موضوعات القانون الإداري ، من ذلك وجود تشريعات خاصة بالموظفين وتشريعات خاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين خاصة بالتنظيم الإداري أو القضاء الإداري إلى غير ذلك من مواضع يتعذر جمعها في تقنين شامل .

## المبحث الثاني

### مصادر القانون الإداري

تشتمل مصادر القانون الإداري على مصادر القانون بصورة عامة ، وهي عادة أربعة مصادر " التشريع - العرف - القضاء - الفقه " . وإذا كان التشريع والعرف يعدان المصدران الرسميان للقوانين الأخرى ، بينما يمثل القضاء والفقه المصدران التفسيريان للقواعد القانونية ، فإن القانون الإداري يمنح القضاء دوراً هاماً ، بل يعده أهم مصادر القانون الإداري على الإطلاق ، ويكون مع التشريع والعرف مصدراً رسمياً للقانون الإداري ، بينما يبقى الفقه مصدراً تفسيرياً له . وفيما يلي نعرض لهذه المصادر وبشيء من التفصيل .

### أولاً : التشريع

يقصد بالتشريع كمصدر للقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة ، وقد تكون هذه السلطة، سلطة تأسيسية فيكون التشريع دستورياً، أما إذا كانت السلطة تشريعية فيكون التشريع عادياً ويطلق عليه اصطلاح القانون ،

<sup>١</sup> - للمزيد ينظر :د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - الإسكندرية - ١٩٨٢ - ص ٥٠ و د . ثروت بدوي - القانون الإداري - دار النهضة العربية - ١٩٧٤ - ص ٩٩ و د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - دار الفكر - ١٩٧٩ - ص ١١ .

وأخيراً إذا كانت هذه السلطة تنفيذية فإننا نكون أمام ما يمكن تسميته بالتشريعات الفرعية أو اللوائح ، ويتميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى بوضوحه وتحديده وسهولة تعديله .

### ١. التشريع الدستوري

تعد التشريعات الدستورية المصدر الأساسي والرسمي للقانون الإداري ، وتقع التشريعات الدستورية في قمة الهرم القانوني ، وتسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعاً ، فهي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وعلاقتها بالمواطنين ، وتتضمن التشريعات الدستورية بعض الموضوعات المتعلقة بالقانون الإداري ، كتتظيم الجهاز الإداري في الدولة ونشاطه وحقوق الأفراد وحرّياتهم .ومن ذلك انه قد نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١١٢) على ان يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة واقاليم ومحافظات لامركزية وادارات محلية.

ويتوجب على الإدارة بوصفها جهاز السلطة التنفيذية أن تلتزم بالمبادئ التي جاء بها الدستور ولا يحق لها مخالفتها وإلا عدت أعمالها مخالفة لمبدأ المشروعية مما يعرضها للإلغاء والتعويض عما تسببه من أضرار .

والقواعد الدستورية يقصد بها مجموعة القواعد المكتوبة في وثيقة أو عدة وثائق دستورية فحسب فمن الممكن أن تكون تلك القواعد غير مكتوبة، في ظل دستور عرفي يتمتع بسمو القواعد الدستورية المكتوبة ذاتها .

كذلك تتمتع إعلانات الحقوق ما تضمنته هذه الإعلانات في حقوق وحرّيات الأفراد بقوة النصوص الدستورية فلا يجوز مخالفتها .

### ٣. التشريع العادي

يأتي التشريع العادي أو القانون بالمرتبة الثانية بعد الدستور ، من حيث التدرج التشريعي باعتباره صادراً من الهيئة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة وهي صاحبة الاختصاص في ذلك .

والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القوانين فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استناداً إلى قانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل .<sup>(١)</sup>

---

(١) د. صبيح بشير مسكوني - القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية - منشورات جامعة بنغازي - كلية الحقوق - ١٩٧٤ - ص ٢٢ .

### ٣. التشريع الفرعي أو اللوائح

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي ، وتسمى في مصر اللوائح الإدارية بينما يطلق عليها في العراق الانظمة ، وهي قواعد عامة مجردة واجبة الاحترام تلي التشريع العادي في مرتبتها في سلم التدرج القانوني ، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة باعتبارها قرارات إدارية يجب أن تكون متفقة مع القانون .

#### أ- اللوائح التنفيذية : وهي القرارات التي تصدرها الإدارة بغرض وضع القانون موضع

التنفيذ، وهي تنقيد بالقانون وتتبعه، ولا تملك أن تعدل فيه أو تضيف إليه أو تعطل تنفيذه .  
وحيث أن السلطة التنفيذية بمقتضى وظيفتها، ولصلتها الدائمة بالأفراد هي أدرى السلطات العامة بالتفصيلات والجزئيات التي يستلزمها وضع المبادئ العامة موضع التنفيذ، فقد أوكل القانون إليها مهمة إصدار اللوائح التنفيذية .<sup>(١)</sup>

وقد نص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في الفقرة (٣) من المادة (٨٠) منه على ان مجلس الوزراء يقوم بـ ((إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات، بهدف تنفيذ القوانين)). وبذلك فان المشرع العراقي قد بين بان مجلس الوزراء هو الجهة المختصة بإصدار الأنظمة التنفيذية والتعليمات.

#### ب- لوائح الضرورة : وهي القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان أو

السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وسلامتها، فتملك السلطة التنفيذية من خلالها أن تنظم أمور ينظمها القانون أصلاً ويجب أن تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أقرب فرصة لإقرارها.

---

(١) بموجب المادة (٢١) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ يتولى رئيس الوزراء مهمة إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين مع مراعاة ما ورد في المادة (١٣) من الدستور والتي بمقتضاها يوقع رئيس الجمهورية على المراسيم التي قد جرى التداول بشأنها في مجلس الوزراء، إضافة إلى ما اشترطه المشرع في المادة (١٩) من الدستور بخصوص توقيع رئيس الوزراء والوزراء المختصين عند الاقتضاء على المراسيم الصادرة من رئيس الجمهورية.

وتستمد السلطة التنفيذية حقها في إصدار هذه اللوائح من الدستور مباشرة، لما ينطوي عليها من خطورة على حقوق الأفراد وحررياتهم، إذ انه قد يترتب على صدورها تعطيل بعض احكام الدستور ولا يخفى ما في هذا الامر من خروج على مبدأ المشروعية. ولذلك ينبغي ان يكون اصدارها بنص الدستور وبموجب شروط وقيود مفصلة.

ففي فرنسا تعد المادة (١٦) من دستور عام ١٩٥٨ السند القانوني لإصدار لوائح الضرورة (١)

أما في العراق فقد أشار الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ الى لوائح الضرورة في الفقرة (ج) من المادة (٥٧) منه التي تنص على انه ((الرئيس الجمهورية عند الاقتضاء اصدار قرارات لها قوة القانون)). أما دستور عام ٢٠٠٥، فلم يشير الى هذا النوع من اللوائح.

**ج- اللوائح التفويضية :** وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة أصلاً في نطاق التشريع ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء أصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها .  
ويزداد بشكل مضطرب اللجوء الى هذا النوع من اللوائح بسبب الأزمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وعجز المجالس النيابية عن مواجهتها فتفوض السلطة التنفيذية اتخاذ الأزم من إجراءات في هذا الخصوص (٢)

---

(١) نصت المادة (١٦) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ على انه ((عندما تعرض مؤسسات الجمهورية، واستقلال الأمة، وسلامة اراضيها، الدستورية لوظائفها اداء سليما، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تستلزمها هذه الظروف، بعد التشاور رسميا مع رئيس الوزراء، ومع رؤساء المجلسين، ومع المجلس الدستوري. ويعلم الأمة بهذه التدابير في رسالة يوجهها اليها.

ويجب ان تتبع التدابير من الرغبة في تزويد السلطات العامة الدستورية، في أقصر وقت ممكن، بما يلزم من وسائل لاداء واجباتها. ويجري التشاور مع المجلس الدستوري بخصوص هذه التدابير. وينعقد البرلمان كحق له. ولا تحل الجمعية الوطنية في اثناء ممارسة السلطات الخاصة بالطوارئ)).

(٢) تنص المادة (٣٨) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على انه ((يجوز للحكومة، لكي تنفذ برنامجها، ان تطلب الى البرلمان ان يأذن لها، الفترة محددة، باتخاذ اجراءات بموجب مرسوم تكون عادة اموراً داخله ضمن اختصاص النظام الاساسي. وتصدر المراسيم في مجلس الوزراء، بعد التشاور مع مستشار الدولة. ويبدأ أنفاذها عند نشرها، ولكنها تنقضي اذا لم يعرض مشروع القانون الخاص بالتصديق عليها على البرلمان قبل التاريخ الذي يحدده القانون الذي يمكنه من ذلك. وفي نهاية الفترة المشار اليها في الفقرة الاولى من هذه المادة لا يجوز تعديل المراسيم الا بموجب قانون صادر عن البرلمان في المجالات الخاضعة للنظام الاساسي)).

وقد درج قضاء مجلس الدولة الفرنسي - قبل صدور دستور سنة ١٩٥٨ - على اعتبار هذه الاجراءات او الاوامر اعمالاً تشريعية لايحوز الطعن فيها بالالغاء. غير ان المجلس تراجع عن هذا الموقف بعد صدور هذا الدستور، فاعتبر تلك الاوامر قبل اقرار البرلمان لها من قبيل القرارات الادارية وفق المعيار الشكلي باعتبارها صادرة من السلطة التنفيذية بعد استئذان البرلمان، فاذا ما عرضت هذه الاوامر على البرلمان واقرها، فانها تتحول الى قوانين، ومن ثم تخرج عن اختصاص مجلس الدولة الفرنسي (١)

هذا ولم تتضمن الدساتير العراقية المتعاقبة ما يسمح باصدار اللوائح التفويضية .

**د- اللوائح المستقلة:** وهي اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض الأمور التي لم يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع .

و هذا النوع من اللوائح بمثابة تشريع ثانوي تقوم به السلطة التنفيذية دون ان تشارك فيه السلطة التشريعية، وهي اما لوائح لتنظيم المصالح العمومية (لوائح تنظيم المرافق العامة)، او لوائح ضبط الاداري.

### **لوائح تنظيم المرافق العامة**

وهي تلك اللوائح التي تتولى تنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل في المصالح والادارات الحكومية(٢). فكلما كانت هناك حاجة الى مثل هذا التنظيم، قامت به السلطة الادارية من خلال هذه اللوائح دون حاجة لاستصدار قانون من البرلمان، وتستمد السلطة المذكورة هذا الحق صراحة من الدستور.

ففي فرنسا تعد المادة (٣٧) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ هي السند الدستوري الذي تستند عليه الادارة في اصدار مثل هذه اللوائح، حيث قررت هذه المادة ان كل ما يخرج من النطاق المحتجز للقانون بمقتضى المادة (٣٤) من الدستور ذاته، تكون له الصفة اللائحية، اما في العراق فأن من المستقر أن انشاء وتنظيم المرافق العامة لا يتم الا بقانون او بناء على قانون. وهو ما جاء في نص المادة (٨٦) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ حيث ورد بان ((ينظم بقانون، تشكيل الوزارات ووظائفها، واختصاصاتها، وصلاحيات الوزير)).

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٠٧.

وقد اخذ القضاء العراقي بنفس الاتجاه، حيث قضت محكمة التمييز بان ((... النظام اذا لم تبين احكامه على نص تشريعي فلا يكون للنص الوارد فيه القوة القانونية، ويكون حكمه تبعاً لذلك لاغياً)) (١). ومن ثم فلا مجال الى القول بوجود هذا النوع من اللوائح في العراق.

### لوائح الضبط

وهي تلك اللوائح التي تصدرها الإدارة بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الأمن العام والصحة العامة و السكنينة العامة، وهي مهمة بالغة الأهمية لتعلقها مباشرة بحياة الأفراد وتقييد حرياتهم لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتوقع العقوبات على مخالفيها، مثل لوائح المرور وحماية الأغذية والمشروبات والمحال العامة .

وتستمد السلطة الادارية حقها في اصدار لوائح الضبط من الدستور، ففي فرنسا يكون الوزير الاول هو الذي يقوم باصدار لوائح الضبط استناداً الى المادة (٢١) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ مع مراعاة ما ورد في المادة (١٣) بخصوص توقيع رئيس الجمهورية على المراسيم المتداولة في مجلس الوزراء، وهذا ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من الاحكام (٢).

اما في العراق فلا نعتقد ان من الدستوري اصدار لوائح الضبط لعدم جواز تقييد حقوق الافراد وحرياتهم الا بقانون او بناء على قانون. استنادا الى نص المادة (١٥) من دستور عام ٢٠٠٥ الذي يؤكد على ان ((لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقاً للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)).

### ثانياً: العرف

العرف الإداري هو مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها وتستمر فتصبح ملزمة لها ، وتعد مخالفتها مخالفة للمشروعية وتؤدي إلى أبطال تصرفاتها بالطرق المقررة قانوناً .

---

(١) ينظر قرار محكمة التمييز رقم ٦٤٣٣/ح/١٦ في ١٦/٢٨/١٩٦٢. اشار اليه د. وسام صبار العاني- الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية- الميناء للطباعة- ٢٠٠٣ ، ص ٩٥.

(٢) منها حكم مجلس الدولة الفرنسي (٤ حزيران ١٩٧٥ Bouvet de la Maisonneuve Millet ) جورج فودال وبيار دلفوفية- القانون الاداري- ترجمة منصور القاضي- الجزء الاول- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- ٢٠٠١ ص ٥٠٧.

ويأتي العرف الإداري في مرتبة أدنى من مرتبة القواعد القانونية المكتوبة مما يستلزم إلا يخالف نصاً من نصوص القانون فهو مصدر تكميلي للقانون يفسر ويكمل ما نقص منه ولكي يصبح سلوك الإدارة عرفاً إدارياً و مصدراً من مصادر القانون الإداري ، يجب أن يتوافر فيه ركنان : ركن مادي و ركن معنوي .

### 1. الركن المادي

ويتمثل الركن المادي باعتياد جهة الإدارة على إتباع سلوك معين في نشاط معين وقد يكون هذا الاعتياد ايجابياً يظهر في صورة القيام بعمل ، كما يمكن أن يكون سلبياً في صورة الامتناع عن القيام بعمل ما ،على أن يكون هذا العمل أو الامتناع بشكل ثابت ومستقر ويتكرر في الحالات المماثلة بشرط أن يمضى الزمن الكافي لاستقراره ، وتقدير ما إذا كانت هذه المدة كافية لوجود العرف من عدمه أمر مرجعه إلى القضاء .

### 2. الركن المعنوي

أما الركن المعنوي فهو اعتقاد الإدارة والأفراد بالزامية القاعدة المتبعة وضرورة احترامها وعدم مخالفتها واعتبار ذلك مخالفة قانونية تتطلب الجزاء ، وبهذا المعنى تكون القرارات الإدارية التي تصدر مخالفة للعرف الإداري غير مشروعة وعرضه للإلغاء إذا طعن في مشروعيتها أمام القضاء .

إلى جانب ذلك يجب أن يكون العرف الإداري عاماً تطبيقه الإدارة بشكل منتظم ومستمر بلا انقطاع في جميع الحالات المماثلة وان يكون مشروعاً وغير مخالف لنص قانوني أو لائحي .

ومن الجدير بالذكر إن إلزام الإدارة باحترام العرف لا يحرمها من أماكن تعديله أو تغييره نهائياً إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة فالإدارة تملك تنظيم القاعدة التي يحكمها العرف بيد أن قيام العرف الجديد يتطلب توفر الركنين السابقين فلا يتكون بمجرد مخالفة الإدارة للعرف المطبق .<sup>(1)</sup>

١ - د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٥ - ص

أما إذا خالفت الإدارة العرف في حالة فردية خاصة دون أن تستهدف تعديله أو تغييره بدافع المصلحة العامة فإن قرارها أو إجراءاتها المخالف للعرف يكون باطلاً لمخالفته مبدأ المشروعية .<sup>(١)</sup>

ومع ذلك فإن دور العرف كمصدر رسمي للقانون الإداري أقل أهمية من المصادر الرسمية الأخرى لصعوبة الاستدلال على القاعدة العرفية من جهة ، ولأن الإدارة في الغالب تلجأ إلى اللوائح كوسيلة لتنظيم نشاطها الإداري من جهة أخرى .

### ثالثاً : القضاء

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه ، وهو ملزم قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة ، لذلك رسم المشرع للقاضي الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية حلاً للمنازعة .

وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها ، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع .<sup>(٢)</sup>

إلا أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه ، أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري ، فيصبح القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري بل من أهم مصادرها الرسمية ، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان .

وتتميز أحكام القضاء الإداري بعدم خضوعها للقانون المدني ، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني .

<sup>١</sup> - د. محمود حافظ - القضاء الإداري - الطبعة السابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٣٧ .

<sup>٢</sup> - د. رفعت محمد عبد الوهاب - المصدر السابق - ص ٧٦ .

ومن جانب آخر أن أحكام القضاء العادي ذات حجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وموضوعه ولهذا تحدد قيمتها بوصفها مصدراً تفسيرياً على النقيض من أحكام القضاء الإداري التي تتميز بكونها حجة على الكافة .

وفي ذلك يتبين أن للقضاء دوراً إنشائياً كبيراً في مجال القانون الإداري ومن ثم فهو يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية .

### **رابعاً : المبادئ العامة للقانون**

تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً مهماً من مصادر القانون الإداري ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي لا تستند إلى نص مكتوب ، وإنما يكون مصدرها القضاء وهي تختلف عن المبادئ القانونية التي يكون مصدرها التشريع .<sup>(١)</sup>

وقد لجأ القضاء الإداري إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية لعدم تقنين قواعد القانون الإداري .

وتستمد أغلب هذه المبادئ من الطبيعة المتميزة للحياة الإدارية ، كمبدأ دوام استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، والمساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة ، ونظرية الظروف الإستثنائية ، أو تستمد في فكرة العدل والمنطق والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني لها وضرورة التناسب بين جسامة الذنب الإداري والعقوبة المقررة لها .<sup>(٢)</sup>

والقضاء الإداري بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون إنما يقتصر دوره على كشفها والتحقيق من وجودها في الضمير القانوني للأمة ، ولذلك فمن الواجب على الإدارة والقضاء احترامها والتقيدها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة .

## **الفصل الرابع**

### **أساس القانون الإداري**

<sup>١</sup> - د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٧٥ - ص

<sup>٢</sup> - Rivero(J) : le Juge administratif Francais un Tuge qui gouverne , 1951 , P 21 .

سعى الفقه والقضاء نحو إيجاد أساس أو فكرة عامة تصلح أن تكون دعامة تقوم عليها مبادئ ونظريات القانون الإداري وتحديد المعيار المميز لموضوعاته عن موضوعات القوانين الأخرى .

وإذا كان القانون الإداري في معناه التقليدي قد نشأ في ظل النظام القضائي المزدوج فإن البحث عن أساس القانون الإداري يساهم بالإضافة إلى بيان الأساس النظري والفني لأحكام ومبادئ القانون الإداري ، إلى وضع الأسس الكفيلة بتعيين الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء المدني خاصة وقد فشل المشرع في تحديد معاني أو موضوع المنازعة الإدارية وإعداد قائمة باختصاص القضاء الإداري ، لعدم تمكنه من التنبؤ مسبقاً بمختلف المنازعات ذات الطبيعة الإدارية ، كما أن القضاء الإداري لم يعد جهة قضاء استثنائي كما نشأ ابتداءً إنما أصبح نظام قضائي موزاي لنظام القضاء المدني وله أهميته وأصالته .

وعلى ذلك كان لابد من وضع معيار ثابت ومستقر لتحديد أساس القانون الإداري ، وظهر في هذا المجال عدة نظريات أو معايير رغم تعددها لم تعش لتستمر طويلاً إنما راح بعضها يغلب على بعض تبعاً واندماج بعضها ببعض الآخر لسد ما انكشف فيها من نقص أو قصور .

وسنعرض فيما يلي لأهم هذه المعايير ...

### المبحث الأول

#### معيار أعمال السلطة وأعمال الإدارة

يقوم هذا المعيار على أساس تقسيم أعمال الإدارة إلى صنفين أعمال سلطة *Acte d'autorite* وهي الأعمال التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة وتتمتع بحق الأمر والنهي وهذا النوع من الأعمال تحكمه قواعد القانون الإداري ويخضع لاختصاص القضاء الإداري .

وأعمال الإدارة العادية *Actte de gestion* وهي الأعمال التي تباشرها الإدارة بذات الأساليب التي يلجأ إليها الأفراد وفي نفس ظروفهم ، وتحكمها قواعد القانون الخاص ويختص بها القضاء العادي لأنها لا تتصف بطابع السلطة .

وقد سادت هذه النظرية حتى نهاية القرن التاسع عشر وكان من أنصارها الفقيه لافيرير *Laferrere* وبارتلمي *Berthelemy*<sup>(1)</sup> ، واعتمد القضاء الفرنسي عليها فترة من الزمن أساساً وحيداً للقانون الإداري .

إلا أن القضاء الإداري لم يلبث أن هجر هذا المعيار بفعل الانتقادات الموجه إليه ، وكان النقد الأساسي يتمثل في أنه ضيق إلى حد كبير من نطاق القانون الإداري ومن اختصاصات القضاء الإداري ، فطبقاً لهذه النظرية تقتصر أعمال السلطة على القرارات الإدارية والأوامر التي تصدرها سلطات الضبط الإداري لحفظ النظام العام ، وتستبعد من نطاق تطبيقها جميع الأعمال الأخرى من قبيل العقود الإدارية وأعمال الإدارة المادية .

كما أن هذا المعيار وبالرغم من بساطته ووضوحه صعب التطبيق في الواقع أو ليس من السهل التمييز بين أعمال السلطة وتصرفات الإدارة العادية نظراً لطبيعته وتداخل النشاط الإداري .

## المبحث الثاني

### معييار المرفق العام

ظهر هذا المعيار وتبلور ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، وأصبح الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع كأساس للقانون الإداري ومعييار لاختصاص القضاء الإداري ، وكان حكم روتشليد *Rotchild* الصادر عام ١٨٥٥ وديكستر *Dekester* الصادر عام ١٨٦١ من الأحكام الأولى في تقرير هذه الفكرة.

إلا إن حكم بلانكو *Blanco* الصادر عام ١٨٧٣ يمثل في نظر الفقه والقضاء حجر الزاوية في نظرية المرفق العام *Theorie de Service Public* وتتلخص وقائع هذا الحكم في انه صدمت عربة صغيرة تتبع مصنع تبغ بورديو طفلة فأوقعتها وجرحتها ، فرجع والد الطفلة النزاع إلى القضاء العادي طالباً التعويض من الدولة باعتبارها مسؤولة مدنياً عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع التابع لها ، إلا أن محكمة التنازع قررت أن الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي ، وقضى بأنه " لا تختص المحاكم العادية إطلاقاً بنظر الدعاوى المقامة ضد الإدارة بسبب المرافق العامة أياً كان موضوعها ، حتى لو كانت تستهدف قيام القضاء العادي بمجرد الحكم عليها بمبالغ

---

<sup>1</sup> - *Berthelemy , Traite elementair de droit administratif 1976 , P 8 .*

مالية تعويضاً عن الأضرار الناشئة عن عملياتها دون إلغاء أو تعديل أو تفسير قرارات الإدارة " .

ومن جانب آخر قرر هذا الحكم قواعد جديدة تحكم المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة فورد " ومن حيث إن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الافراد بعضهم وبعض ، وإن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة ، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق ، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة " . (١)

وتطبيقاً لهذه النظرية فإن أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ، إنما يتعلق بكل نشاط تديره الدولة أو تهيمن على إدارته ويستهدف تحقيق المصلحة العامة .

والمرفق العام بهذا المعنى هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام . (٢)

وقد عزز هذا الاتجاه أن وضع العميد (ديجي) *Duguit* لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير بين نظريات القانون الإداري حتى باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المؤلف في قواعد القانون الخاص .

وقد تجاوزت هذه النظرية الانتقادات التي وجهت لمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية ، فشملت جميع نشاطات الإدارة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة التي يحكمها القانون الإداري .

---

١ - مارسولون ، بروسبير ، جي بريان - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - ترجمة : أحمد يسري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص ١٩ .

٢ - ينظر :د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري المصري والمقارن - ج ١ - ص ٢٨ وما بعدها ود. ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - ١٩٦٨ - ص ٨٠ وما بعدها ود. عثمان خليل عثمان - في نظرية المرافق العامة - القاهرة - ١٩٥٨ - ص ٢٤٥ و د. توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - ص ٢٧٨ وما بعدها ود. محمد مدني - القانون الإداري الليبي - ١٩٦٤ - ١٩٥٠ - دار النهضة العربية - ص ٢٤٥ ود. صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري في الجمهورية العربية الليبية - بنغازي - ص ١٢١ .

ويختص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عنها من قبيل القرارات والعقود الإدارية والأعمال المادية سواء أصدرت عن الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى التابعة لها ، ما دامت تستهدف من هذه الأعمال إشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام .

مع ضرورة الإشارة إلى استثنائين محدودين في هذا المجال يتعلق الأول بإدارة الدولة أو الأشخاص التابعة لها لأموالها الخاصة فلا تكون في هذه الحالة أمام مرفق عام ، أما الاستثناء الآخر فيتعلق بعدول الإدارة عن استعمال وسائل القانون العام واستعمالها قواعد القانون الخاص في إدارة نشاط من نشاطاتها وفي هاتين الحالتين تطبق قواعد القانون الخاص، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها .

وقد أيد جانب كبير من فقهاء القانون الإداري هذه النظرية كأساس للقانون الإداري الذي أصبح يسمى " قانون المرافق العامة " وأطلق على أنصارها " مدرسة المرافق العامة " . ومن أبرز فقهاء هذه المدرسة تيسيه *Teissier* ، ديجي *Duguit* ، وبونار *Bonnard* وجيز *Jeze* .

### أزمة نظرية المرفق العام

رغم النجاح الكبير الذي حققته هذه النظرية كأساس للقانون الإداري ومبادئه وأحكامه ومعياراً لتحديد اختصاصات القضاء الإداري ، واحتلالها مركز الصدارة بين النظريات الأخرى خلال الربع الأخير من القرن التاسع عشر وبدايات العشرين ، لم تلبث أن تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية ، والتغيرات التي طرأت في القواعد التي قامت عليها فكرة المرافق العامة ، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة .<sup>(١)</sup>

ومن الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرفق العام كما اصطلح على تسميتها ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وأدت هذه التطورات مجتمعة إلى صعوبة تحديد مضمون المرفق العام ، مما دعى الفقه والقضاء إلى البحث عن معيار آخر للقانون الإداري ، إلا أنه مع ما أصاب هذه

<sup>١</sup> - ينظر : د. سعد العلوش - نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي - دار النهضة العربية - ١٩١٨ - ص ٢٤ ود. عبد الغني بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٩٠ .

النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تؤكد دور المرفق العام كأساس للقانون الإداري إلا أن هذا الدور لم يعد كافياً أو حجر زاوية كما كان في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري .

### المبحث الثالث

#### معيار السلطة العامة وإمتهانها

إزاء الإنتقادات الموجة إلى معيار المرفق العام ، طرح جانب من الفقه معياراً آخر بديل عنه هو معيار السلطة العامة ، ومقتضاه إن فكرة السلطة ، هي الأقدر في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري ، ذلك إن العنصر المهم في نظام القانون الإداري المميز له عن القانون الخاص لا يتعلق بالأهداف أو الغايات التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها المتمثلة بالمنفعة العامة كما ذهبت نظرية أو معيار المرفق العام، وإنما يقوم على أساس الوسائل التي تستعملها الإدارة في سبيل تحقيق تلك الأهداف، فإذا كانت هذه الوسائل تتميز بسلطات وإمتهانات استثنائية لا نظير لها في علاقات الأفراد، كنا أمام نشاط يحكمه القانون الإداري ويختص بالمنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري .<sup>(١)</sup>

وقد أسس هذا المعيار العميد موريس هوريو *Hauriou* الذي أنشاء مدرسة مناهضة لمدرسة المرفق العام أطلق عليها " مدرسة السلطة العامة " ، ومبادئ هذه النظرية متميزة عن نظرية السلطة العامة التقليدية والتي تفرق بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية .

فنظرية السلطة العامة كما ذهب هوريو لا تتعلق بالأوامر والنواهي إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص .

---

١ - ينظر : د. صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ١٢٢ وما بعدها ود .محمد رفعت عبد الوهاب - المصدر السابق - ص ٩٦ وما بعدها

ومن الجدير بالذكر إن " هوريو " لم ينكر فكرة المرفق العام ، إنما جعلها ثانوية بالمقارنة مع دور السلطة العامة كأساس للقانون الإداري ومعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، فهو غلب عنصر الوسائل التي تستخدمها الإدارة على عنصر الغاية أو الهدف.<sup>(١)</sup>

## المبحث الرابع

### معيار المنفعة العامة

نادى بهذه الفكرة الأستاذ مارسيل فالين Waline الذي كان من أشد المدافعين عن معيار المرفق العام ثم تخلى عنه تحت تأثير الأزمة التي مر بها هذا المعيار ، واقترح محله فكرة المنفعة العامة .

وتقوم هذه الفكرة على إن أساس القانون الإداري ومعيار اختصاص القضاء الإداري إنما يقوم على تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة ، فالنشاط الإداري يستهدف تحقيق النفع العام وهو ما يميزه عن النشاط الخاص .<sup>(٢)</sup>

وقد اعتمد فالين في تأسيس نظريته على حكم مجلس الدولة في قضية بلدية مونسيجور *Commune de Monsegur* الصادر في ١٠/٦/١٩٢١ وتتلخص وقائع القضية إنه وقع حادث لصغير جرح في كنيسة مونسيجور بسقوط حوض " ماء مقدس " تسبب فيه بتعلقه واثنين من زملائه به ، مما أصابه بعاهة مستديمة تمثلت بقطع ساقه ، وقد حصل والد الطفل على حكم من مجلس الإقليم بإلزام البلدية المسؤولة عن صيانة الكنيسة بالتعويض ، وقد استأنفت البلدية هذا الحكم من ناحية إنه منذ عام ١٩٠٥ لم تعد البلدية مسؤولة عن دور العبادة لإنفصال الدين عن الدولة بقانون ٩/٩/١٩٠٥ ولم تعد الكنائس منذ هذا التاريخ مرافق عامة ، وبالتالي لا تدخل دعوى التعويض في اختصاص القضاء الإداري .

غير إن مجلس الدولة لم يأخذ بهذا الدفع وأسس قضاؤه على إنه وإن لم تعد مرافق العبادة مرفقاً عاماً منذ إنفصال الدين عن الدولة ، فإن ترك الكنائس تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم إنما يكون تنفيذاً لغرض ذي نفع عام .<sup>(٣)</sup>

<sup>١</sup> - ينظر :

- M. Hauriou – *Precis élémentaire de Droit Administratif* – 3 eme 1933 – P 201 .

<sup>٢</sup> - د. محمد أنسى قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - ١٩٩٤ - ص ٤٢ .

<sup>٣</sup> - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ٢٠٦ .

وفكرة المنفعة العامة هذه أكثر اتساعاً من فكرة المرفق العام إلا أنها لم تسلم من النقد الشديد من حيث أن جل عمل الدولة إنما يتعلق بتحقيق المنفعة العامة أو المصلحة العامة .

كما إن تحقيق النفع العام ليس حكرًا على الدولة وأجهزتها الإدارية ، وإنما قد يساهم الأفراد في تحقيقها وذلك من خلال المؤسسات والمشروعات الخاصة ذات النفع العام وهي مشاريع تخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالمنازعات الناشئة عنها . لذلك لم تعش هذه الفكرة طويلاً ولم تصلح أساساً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري لسعتها وعدم تحديدها وسرعان ما تخطى عنها فالين نفسه واتجه نحو معيار آخر .

### المبحث الخامس

#### معيار السلطة العامة الحديث

حاول جانب من الفقه إحياء فكرة السلطة العامة وتجديدها لتصلح أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، ومن هؤلاء الأستاذ جورج فيدل *George Vedel* الذي ذهب إلى إن فكرة السلطة العامة لا تعني فقط استخدام الإدارة لإمتهيازات وسلطات القانون العام باعتبارها سلطة أمره ، وإنما تشمل أيضاً القيود التي تحد من حرية الإدارة وتفرض عليها إلتزامات أشد من الإلتزامات المفروضة على الأفراد في ظل القانون الخاص .<sup>(١)</sup>

ومن هذه القيود عدم أماكن تعاقد الإدارة إلا بإتباع إجراءات وشروط معينة لا نظير لها في القانون الخاص ، كأتباعها أسلوب المناقصات أو المزادات عند اختيار المتعاقد معها .

ومن ثم لا يكفي اتصال نشاط الإدارة بمرفق عام حتى تكون بصدد تطبيق القانون الإداري إنما يجب أن تكون لإدارة قد استخدمت في نشاطها إمتهيازات وسلطات استثنائية لا مثيل لها في القانون الخاص أو التزمت بقيود وحدود غير مألوفة في هذا القانون ، وفي الحالتين يختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن مباشرة هذا النشاط . وعلى عكس ذلك يختص القضاء العادي ويطبق القانون الخاص على كل نشاط تؤديه الإدارة مستخدمة أساليب مشابهة لتلك التي يستخدمها الأفراد أو لا تتضمن إمتهيازات أو شروط استثنائية .

<sup>١</sup> - ينظر : د. ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٢٤٤ .

وقد صادف هذا المعيار نجاحاً وقبولاً في الفقه والقضاء الإداريين وانحاز إليه فالين بعد أن تخلّى عن معيار المرفق العام وبعده معيار النفع العام .

## المبحث السادس

### معيار الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة

إزاء الانتقادات الموجهة لكل معيار من المعايير السابقة وعجزها في أن تكون أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، لم يعد الفقه والقضاء يتمسكان بفكره واحدة ، واتجها نحو الجمع بين فكرتي السلطة العامة والمرفق العام . وفي هذا المجال حاول الأستاذ *De Laubadere* تجديد معيار المرفق العام بعد ما أصابه من تفكك نتيجة الأزمات التي تعرض لها وذلك عن طريق الجمع بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة ، لكنه جعل الأولوية للمرفق العام ، ثم يأتي استخدام أساليب القانون العام في المرتبة الثانية لسد الفراغ في المجالات التي عجز معيار المرفق العام عن القيام بدوره فيها .<sup>(١)</sup>

بينما ذهب الأستاذ شابوي *Chapus* إلى تغليب فكرة السلطة العامة على فكرة المرفق العام فقال أنه يجب أن لا نعتقد أن معيار الشروط المخالفة " السلطة العامة " دائماً معياراً مساعداً ، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معيار مبدأ ، ففي كثير من الأحيان يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المألوف وهذا يكون أسهل أو مناسباً أكثر .<sup>(٢)</sup>

وعلى هذا الأساس فإن المرفق العام وإن كان عنصراً مهماً في تحديد أساس القانون الإداري إلا أنه لا يكفي لأداء هذا الدور بعد أن أتضح سعة مفهومة وعدم اقتضاره على

<sup>١</sup> - د. عبد الغني بسيوني - المصدر السابق - ص ١٠٠ .

<sup>٢</sup> - Rene . Chapus – Droit administratif general – Paris Tom 1 – 1995 – P 502-503 .

المرافق الإدارية فظهرت فكرة المعيار المزدوج التي أيدها جانب كبير من الفقه وأخذ بها القضاء الإداري في فرنسا في أغلب أحكامه .<sup>(١)</sup>

وعلى ذلك فإن أساس القانون الإداري لا يرجع لمعيار واحد من المعايير السابقة ، إنما يجب الجمع بين المعيارين المهمين المرفق العام والسلطة العامة ، ومن ثم ليكون العمل إدارياً وخاضعاً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ، يجب أولاً: أن يكون عملاً إدارياً أو نشاطاً متعلقاً بمرفق عام " نظرية المرفق العام " .

**وثانياً :** أن تكون الإدارة في هذا النشاط قد استخدمت إمتيازات أو وسائل وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص " نظرية السلطة العامة " . مع ضرورة التنبيه إن السلطة العامة لا تبرز من خلال الإمتيازات الممنوحة للإدارة حسب وإنما تشمل القيود الإستثنائية المفروضة عليها في أحيان أخرى .

---

<sup>١</sup> - يغلب جانب من الفقه المصري نظرية السلطة العامة على نظرية المرفق العام في تحديد تطبيق القانون الإداري ومعيار اختصاص القضاء الإداري ، ومنهم الدكتور محمد كامل ليله الذي يكتب " أن موقفنا بعد الجدل الطويل بشأن المعيار المميز للقانون الإداري والمحدد - بالتالي - لاختصاص القضاء الإداري يتلخص في أن فكرة السلطة العامة هي المعيار الرئيس للتمييز والتحديد ، وأن تلك السلطة منحت للإدارة لتتمكن عن طريق المرافق العامة التي تهيم عليها من إشباع حاجات الأفراد وتحقيق الصالح العام " - مؤلفه الرقابة على أعمال الإدارة - ١٩٨٣ - ص ٣٦٠ .

## **الباب الأول**

### **التنظيم الإداري**

نبحث في هذا المجال من الدراسة موضوع التنظيم الإداري الذي نبين فيه الوسائل التي تؤدي من خلالها الإدارة وظيفتها التنفيذية وتستدعي الدراسة البحث في الأشخاص المعنوية العامة باعتبارها الأداة التي تجمع السلطات الإدارية في إطارها ، ومن ثم البحث في الأساليب الرئيسية المتبعة في هذا التنظيم وفقاً لما يسمى بأسلوب المركزية الإدارية وأسلوب اللامركزية الإدارية .

وأخيراً نبحث في النظام الإداري في العراق ، لذا نقسم هذا الباب إلى فصول ثلاث على الوجه التالي :

**الفصل الأول :** الأشخاص المعنوية العامة .

**الفصل الثاني :** أساليب التنظيم الإداري .

**الفصل الثالث :** التنظيم الإداري في العراق .

## **الفصل الأول**

### **الأشخاص المعنوية العامة**

يتمتع الإنسان منذ ولادته بالشخصية القانونية التي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمله بالإلتزامات لأداء دوره في المجتمع وأداء رسالته ، والأصل أن الشخصية القانونية نسبت للإنسان فقط إلا أن عجز الإنسان عن النهوض بكافة متطلبات المجتمع لإنهاء شخصيته بالوفاة وحاجة المجتمع إلى دوام استمرار مرافقه ، كان لابد من منح الأهلية القانونية لأشخاص أخرى ، فظهرت نظرية الشخصية المعنوية ومقتضاها منح القانون الشخصية القانونية إلى جانب الإنسان الذي بات يطلق عليه الشخص الطبيعي إلى نوعين من التجمعات : مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون كيان ذاتي مستقل عن الأفراد المكونين لها يسمح بتحقيق هدفها ، وأطلق عليها اصطلاح الشخصية المعنوية الاعتبارية .

وعلى ذلك يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص تستهدف تحقيق هدف معين اعترف لها القانون بالشخصية القانونية .

## **المبحث الأول**

### **أنواع الأشخاص المعنوية**

يوجد نوعين رئيسيين من الأشخاص المعنوية هي : الأشخاص المعنوية العامة ، والأشخاص المعنوية الخاصة ، مع ما تتمتع به الأشخاص المعنوية الخاصة من أهمية في نطاق القانون الخاص فتظهر بشكل الشركات والمؤسسات والجمعيات التي تنشأ بمبادرات الأفراد لتحقيق الربح أحياناً وتحقيق النفع العام أو المصلحة العامة في أحيان أخرى.

و الشخصية المعنوية العامة تحتل أهمية أكبر بكثير في نطاق القانون العام الذي لا يعرف غير هذا النوع من الأشخاص المعنوية رغم إن نظرية الشخصية المعنوية نشأت في ظل القانون الخاص . وقد درج الفقه والقضاء على تقسيم الأشخاص المعنوية العامة إلى ثلاث أنواع :

### **أولاً : الأشخاص المعنوية الإقليمية**

وهي الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي يتعلق اختصاصها في نطاق جغرافي معين من الدولة وهي تشمل الدولة والوحدات المحلية الأخرى.

## **١- الدولة**

وهي أهم الأشخاص المعنوية على الإطلاق ولهذا فقد ورد النص عليها في المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي باعتبارها أول الأشخاص المعنوية . حيث ورد ((الأشخاص المعنوية هي:

أ - الدولة

ب- الادارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها .

ج- الالوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

د - الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. هـ - الاوقاف .

و - الشركات التجارية والمدنية الاما استثنى منها بنص في القانون .

ز - الجمعيات المؤسسة وفقا للاحكام المقرره في القانون .

ح- كل مجموعة من الاشخاص او الاموال يمنحها القانون شخصية معنوية ((.

والدولة هي الشخص المعنوي العام الذي تنفرع عنه الأشخاص المعنوية الأخرى وهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس الرقابة عليها .

والدولة باعتبارها شخص معنوي عام تشمل سلطات الدولة الثلاث : السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ، باعتبارها شخص معنوي واحد . إلا أن هذه الوحدة في شخصية الدولة لم تكن أمراً مسلماً به فقد اختلف الفقه في شأنها .

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إن الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة للدولة يقتصر على مجال معين من نشاط الدولة وهو الحقوق المادية والتصرفات التي تدرج في القانون الخاص ، أما بالنسبة لتصرفات الدولة التي تحمل طابع السلطة وإمتهانها فما هي إلا اختصاصات يمارسها ممثلوا الدولة في الحدود التي رسمها القانون تحقيقاً للمصلحة العامة.

ولعل الدافع وراء تبني هذا الرأي الخشية من تعسف الدولة وجورها على الحريات العامة إذا ما اعتبرت تصرفات الدولة حقاً من حقوقها ، بينما ذهب رأي آخر إلى ثنائية شخصية الدولة ، فتكون شخصاً معنوياً خاصاً إذا ما تصرفت في مجال الحقوق المالية أو الحقوق الخاصة المشابهة لتصرفات الأفراد وينطبق عليها القانون الخاص وتعتبر شخصاً

معنوياً عاماً إذا قامت بعمل يدخل في ضمن نطاق السلطة العامة وهنا تخضع تصرفاتها لأحكام القانون العام<sup>(١)</sup>.

إلا أن هذه الآراء لم تلبث أن انتهت ، وأصبح الرأي السائد فقهاً وقضاً إن شخصية الدولة وحدة لا تتجزأ وهي تشمل جميع تصرفات الدولة وأعمال الخاصة منها والتي تنسب بطابع السلطة العامة . وهو رأي يتماشى مع المنطق القانوني السليم .

## ٣- الوحدات المحلية المحافظات .

وترتبط فكرة الأشخاص المعنوية العامة المحلية بالديمقراطية التي تسمح لكل إقليم من أقاليم الدولة أن يدير شؤونه المحلية من خلال ممثليه من سكان الاقاليم في المحافظات.

### ثانياً : الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية

ويطلق عليها أيضاً ألا مركزية المصلحية أو المرفقية ، وتنشأ لتحقيق مصالح عامة للأفراد تحت رقابة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها . وتسمى هذه الأشخاص بالهيئات العامة أو المؤسسات أو الشركات العامة .

وقد لجأ المشرع إلى إنشاء هذه الأشخاص لتباشر إدارة المرافق العامة التي تتطلب نوعاً من الاستقلال الفني عن الحكومة المركزية لضمان فاعلية وكفاءة الإدارة . وتختلف هذه الأشخاص عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في إنها مقيدة بالهدف الذي أنشأت من أجله، في حين تكون الأخيرة مقيدة بالحدود الجغرافية للإقليم الذي تمثله .

وحيث إن الأشخاص الاعتبارية المرفقية تهدف إلى تحقيق أغراض متنوعة منها ما هو إداري أو اجتماعي أو اقتصادي ، فإن هذا الاختلاف يقود إلى اختلاف أنظمتها القانونية حسب النشاط الذي تتولاه ، أما الأشخاص الإقليمية فالقاعدة العامة أنها تتمتع بذات التنظيم القانوني .

كذلك تفترق الأشخاص الاعتبارية المرفقية عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أن الأخيرة تقوم على فكرة الديمقراطية التي تؤكد حق سكان الوحدات المحلية بإدارة شؤونهم المحلية بأنفسهم ، بينما تقوم فكرة الشخصية الاعتبارية المرفقية على ضرورة ضمان الكفاءة

---

<sup>١</sup> - للمزيد ينظر :د- محمد أنس قاسم جعفر - المصدر السابق - ٥٦ ود- صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص١٤٧ و د- محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ٢٢٦ ود- محمد رفعت عبدالوهاب - المصدر السابق - ص ١١٠ .

<sup>٢</sup> - د- محمد عبدالله الحراري - المصدر السابق - ص ٧٣ .

الإدارية وحسن إدارة المرافق العامة ذات الطابع الفني ولا علاقة للديمقراطية في ذلك . كما هو الحال في الجامعات والهيئة العامة للمياه والهيئة العامة للإذاعة .

### **ثالثاً : الأشخاص المعنوية المهنية**

بسبب التطور المستمر في مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية في مختلف الدول وتأثير هذا التطور على القانون الإداري وأحكامه ظهرت فكرة جديدة لأشخاص معنوية أخرى تتمثل في المنظمات والاتحادات ذات الطابع المهني ، تتولى إدارة مرافق عامة ينشأها المشرع لتحقيق مصالح عامة ، ومن ذلك الاتحاد العام للطلبة واتحاد الأدباء والكتاب ونقابة المعلمين . وتتمتع هذه الأشخاص بالاستقلال ولها إصدار اللوائح الخاصة بتأديب أعضائها وممارسة المهنة التي تشرف عليها .

## **المبحث الثاني**

### **النتائج المترتبة على منح الشخصية المعنوية**

إذا اعترف بالشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي ، وذلك في الحدود التي قررها القانون .  
فيكون لها :

#### **١- الذمة المالية المستقلة :**

يتمتع الشخص المعنوي العام ، بذمة مالية مستقلة عن ميزانية الدولة ولها الحق في الاحتفاظ بالفائض من إيراداتها ، كما إنها تتحمل نفقاتها ، والذمة المالية للشخص المعنوي مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له .

#### **٢- الأولوية القانونية :**

يتمتع الشخص المعنوي العام بأهلية قانونية في الحدود التي رسمها القانون تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ، غير أن هذه الأهلية أضيق نطاقاً من أهلية الشخص الطبيعي فهي مقيدة بممارسة التصرفات القانونية التي تدخل في ميدان نشاطه وتخصصه ، ومقيدة كذلك بحدود الهدف الذي يسعى الشخص الاعتباري العام لتحقيقه . وهذه الشخصية القانونية مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين بالشخص الاعتباري العام ويباشرها عنه من يمثلونه من أشخاص طبيعيين .

#### **٣- حق التقاضي :**

للشخص المعنوي العام أهلية التقاضي ، فله مقاضاة الغير ، كما يكون من حق الغير أن يقاضيه ، كما يجوز أن تقاضي الأشخاص المعنوية بعضها البعض ، وبيادر هذا الحق عن الشخص المعنوي العام أشخاص طبيعيين يمثلونه أو ينوبون عنه ويعبرون عن إرادته في التقاضي .

#### ٤- موطن مستقل :

للشخص الاعتباري موطن خاص به يختلف عن موطن الأشخاص المكونين له ، وهو عادة المقر أو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ، فقد بينت المادة ٦/٤٨ من القانون المدني العراقي إنه " يعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته .. " . وللموطن أهمية خاصة بالنسبة للشخص الاعتباري فيجب إعلان الأوراق الرسمية والقضائية إليه فيه و يتم تحديد المحكمة المختصة بالنظر بالدعاوي التي ترفع ضده.

٥- تمارس الأشخاص المعنوية العامة جانباً من سلطة الدولة باعتبارها من أشخاص القانون العام فتتمتع بامتيازات السلطة التي يقرها القانون للجهات الإدارية فتعتبر قراراتها إدارية ، ويجوز تنفيذها جبراً دون الالتجاء إلى القضاء ، كذلك تملك حق نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء المباشر كما يجوز لها إبرام العقود الإدارية ، وحيث توجد هذه السلطة توجد مسؤولية الشخص المعنوي عن أفعاله الضارة التي قد يتسبب بها موظفيه .

٦- المال الذي تملكه الأشخاص المعنوية العامة يعتبر مالاً عاماً إذا كان مخصصاً للمنفعة العامة ، وبذلك فهو يحظى بالحماية المقررة للمال العام ، ومع ذلك يمكن أن تملك الأشخاص المعنوية العامة أموالاً أخرى خاصة تعد جزءاً من الدومين الخاص ولا تعتبر أموالاً عامة وتخضع لأحكام القانون الخاص .

٧- موظفو الأشخاص المعنوية العامة يعدون موظفين عامين ويرتبطون بعلاقة تنظيمية مع الشخص المعنوي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، ولا يمنع ذلك من أن يكون لبعض الأشخاص المعنوية نظام خاص لموظفيها ولوائح خاصة بتأديبهم .

٨- لا يترتب على منح الشخصية المعنوية العامة الاستقلال التام عن الدولة إذ تخضع هذه الأشخاص لنظام "الوصاية الإدارية" التي تمارسها السلطة

المركزية في الدولة لضمان احترام هذه الأشخاص للقانون والسياسة العامة للدولة وعدم تجاوز الغرض الذي من أجله أنشأت هذه المرافق .

٩- **القضاء الإداري يكون هو المختص** في نظر المنازعات الناشئة عن ممارسة نشاطه نتيجة لتمتع الشخص المعنوي العام بإمتهيازات السلطة العامة وبالتالي اعتباره شخصاً من أشخاص القانون العام ، ويخضع كذلك للقيود التي يفرضها القانون الإداري من ضرورة إتباع إجراءات خاصة في التعاقد أو الطعون في القرارات الصادرة منه وغير ذلك من أمور تفرضها الطبيعة الخاصة بنظام القانون العام .

### **نهاية الشخص المعنوي العام**

الدولة باعتبارها أهم الأشخاص المعنوية العامة تتقضي شخصيتها بزوال أو فقد ركن من أركانها التي تقوم عليها كما لو تفتت إلى عدة دول أو اندمجت بدولة أخرى أو فقدانها لإقليمها أو انعدام السلطة السياسية بسبب الفوضى .

أما الأشخاص المعنوية الإقليمية فتنتهي بذات الأداة التي نشأت بها ، كما لو صدر قانون يعيد تقسيم الوحدات المحلية فيلغي بعض الأشخاص المعنوية الإقليمية ويستحدث غيرها أو يدمجها في بعضها .

أما إذا صدر قانون بحل مجلس إدارة الشخص المعنوي فيظل الشخص المعنوي قائماً حتى يتم اختيار المجلس الجديد .

وتتقضي الشخصية المعنوية المرفقية والمهنية بإلغائها أو حلها بذات طريقة إنشائها أو باندماجها بشخص معنوي مرفقي آخر .

وعند نهاية الشخص المعنوي العام أيا كانت صورته تنتقل أمواله إلى الجهة التي حددها القانون أو القرار الصادر بإلغائه أو حله ، وإلا فإن هذه الأموال تنتقل إلى الجهة التي يتبعها هذا الشخص .

## **الفصل الثاني**

### **أساليب التنظيم الإداري**

تنتهج الدول المختلفة أسلوبين في تنظيمها الإداري هما : المركزية الإدارية واللامركزية الإدارية . يتجه الأسلوب الأول والأقدم في الظهور نحو حصر الوظيفة الإدارية في أيدي السلطة التنفيذية وحدها في العاصمة دون وجود سلطات إدارية أخرى مستقلة عنها . بينما يتجه أسلوب اللامركزية الإدارية نحو توزيع الوظيفة الإدارية ومشاركة هيئات وسلطات لامركزية .

وفيما يلي سنتناول بالدراسة المركزية الإدارية ثم اللامركزية الإدارية وذلك في مبحثين .

## المبحث الأول

### المركزية الإدارية

المركزية الإدارية هي أول النظم التي اتبعتها الدول في الحكم والإدارة ، وتقوم المركزية على أساس التوحيد وعدم التجزئة ، وفي المجال الإداري يقصد بها توحيد النشاط الإداري وتجميعه في يد السلطة التنفيذية في العاصمة. (١)

وتقوم السلطة التنفيذية في هذا النظام بالسيطرة على جميع الوظائف الإدارية من توجيه وتخطيط ورقابة وتنسيق ، وفي النظام المركزي تلتزم السلطة الدنيا بالقرارات التي تصدر عن السلطة العليا ويساعد على هذه الخاصة الترتيب الذي يسود السلطة التنفيذية وتقسيم الموظفين رؤساء ومرووسين إلى درجات يعلو بعضها بعضاً في سلم إداري منتظم ، يخضع كل مرووس فيه لرئيسه خضوعاً تاماً وينفذ أوامره ويعمل تحت إشرافه وتوجيهاته ولا تعني المركزية أن تقوم السلطة التنفيذية في العاصمة بجميع الأعمال في أنحاء الدولة ، بل تقتضي وجود فروع لهذه السلطة غير أن هذه الفروع لا تتمتع بأي قدر من الاستقلال في مباشرة وظيفتها وتكون تابعة للسلطة المركزية في العاصمة ومرتبطة بها .

### المطلب الأول : أركان المركزية الإدارية

تقوم المركزية الإدارية على ثلاثة عناصر هي : تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة والتدرج الهرمي والسلطة الرئاسية .

### أولاً : تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة المركزية

تتركز في هذا النظام سلطة مباشرة الوظيفة الإدارية في يد السلطة التنفيذية بالعاصمة، وتعاونها في ذلك الهيئات التابعة لها في الأقاليم الأخرى تحت إشراف ورقابة

---

١- د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - القاهرة الحديثة - ١٩٧٣ - ص ١٧٨ .

السلطة المركزية، ولا توجد في هذا النظام أشخاص معنوية عامة محلية أو مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية .

ومن ثم لا توجد مجالس محلية منتخبة أو هيئات عامة يمكن أن تدير المرافق العامة ، وتتركز سلطة اتخاذ القرارات وأداء المرافق العامة في يد الوزراء وممثلهم التابعين لهم والمعنيين منهم تحت رقابتهم وإشرافهم .

### ثانياً : التدرج الهرمي

يقوم النظام المركزي على أساس التدرج الهرمي في الجهاز الإداري ومقتضاه أن يخضع موظفي الحكومة المركزية بشكل متدرج ومتصاعد ، تكون الدرجات الدنيا تابعة للأعلى منها تحت قمة الجهاز الإداري وهو الوزير .

وللسلطات العليا حق إصدار الأوامر والتعليمات للجهات الدنيا ويخضع كل مرؤوس خضوعاً تاماً ، ويتجه مجال الطاعة في داخل النظام المركزي إلى درجة كبيرة فالرئيس يباشر رقابة سابقة ولاحقة على أعمال المرؤوس كما إن للرئيس صلاحية تعديل القرارات الصادرة من مرؤوسيه والغائها بالشكل الذي يراه مناسباً .

وهذه الدرجات تكون ما يسمى بنظام التسلسل الإداري الذي يبين التمايز بين طبقتي الرؤساء والمرؤوسين ويبرز علاقة التبعية والسلطة الرئاسية .

### ثالثاً : السلطة الرئاسية

السلطة الرئاسية *le pouvoir herachique* ضمانه معترف بها للرؤساء الإداريين ينضمها القانون فيوفر وحدة العمل وفعاليته واستمراريته. (١) وتعتبر السلطة الرئاسية الوجه المقابل للتبعية الإدارية وهي تنقرر بدون نص وبشكل طبيعي غير إنها من جانب آخر ترتب مسؤولية الرئيس عن أعماله مرؤوسية وبالتالي عدم إمكانية تهريبه من هذه المسؤولية. (٢) والسلطة الرئاسية من أهم ركائز النظام المركزي ، إلا أنها سلطة ليست مطلقة وليست على درجة واحدة من القوة فهي تتأثر بصاحب السلطة ومركزه في السلم الإداري وينوع الوظيفة التي يمارسها . والسلطة الرئاسية تتحلل إلى مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والآخر منها يتعلق بأعماله :

1 -planty ( A) – traite pratique de la fonction publique libairie general de droit et de jurisprudence 1971 p . 494 .

٢- د. فوزي حبيش - الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين - لبنان ١٩٨٦ - ص ١٠٤ .

## أ- سلطة الرئيس على شخص مرؤوسيه

تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسيه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار ، وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينة . كما تتضمن سلطة نقل الموظف وترقيته وإيقاع العقوبات التأديبية عليه والتي قد تصل إلى حد عزله أو حرمانه من حقوقه الوظيفية ، في حدود ما يسمح به القانون .

## ب- سلطة الرئيس على أعمال مرؤوسيه

تشمل هذه السلطة في حق الرئيس في توجيه مرؤوسيه عن طريق إصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها وتشمل هذه السلطات .

### ١- سلطة الأمر

يملك الرئيس إصدار الأوامر والتعليمات ، ويعتبر اختصاصه هذا من أهم مميزات السلطة الرئاسية ، ذلك إن إصدار الأوامر عمل قيادي له أهمية كبرى في سير الأعمال الإدارية ، وعلى وجه العموم نجد إن السلطة الرئاسية تتصف أساساً بأنها سلطة أمره لكونها تقوم على إصدار أوامر ملزمة للمرؤوسين .<sup>(١)</sup>

### ٢- سلطة الرقابة والتعقيب

سلطة الرئيس في الرقابة على أعمال مرؤوسية تتمثل بحقه في إجازة أعمالهم أو تعديله قراراتهم أو إلغائها وسحبها كما يملك أيضاً الحلول محلهم إذا اقتضى العمل ذلك . وتمتد رقابة الرئيس على أعمال مرؤوسية لتشمل ملائمة هذا العمل أو التصرف ومقتضيات حين سير المرفق العام .<sup>(٢)</sup>

ووسيلة الرئيس في رقابته على مرؤوسيه تتمثل بالتقارير التي يقدمها الموظفين عن أعمالهم بصورة دورية أو بوساطة التقارير التي يضعها المفتشون ويطلعون السلطة الرئاسية عليها ، قد يمارسها الرئيس عن طريق الشكاوي التي يقدمها إليه الأفراد الذين أصابهم الضرر نتيجة تصرفات مرؤوسيه .<sup>(٣)</sup>

---

1 - waline (m) – trait de droit administratif 9<sup>e</sup> ed sirey . 1963 p. 290

٢- د. عبدالله طلبه - مبادئ القانون الإداري - ج منشورات جامعة حلب - ١٩٨٧ - ص ١١٤ .

د. عبدالغني بسيوني - التعويض في السلطة الإدارية - الدار الجامعية - ١٩٨٦ - ص ١٥ .

٣- د. حسين محمد عواضة - السلطة الرئاسية - بيروت - ١٩٧٥ - ص ١٢٧ .

## المطلب الثاني: صور المركزية الإدارية

تتخذ المركزية الإدارية صورتان : التركيز الإداري وعدم التركيز الإداري

### أولاً: التركيز الإداري la concentration

وهي الصورة البدائية للمركزية الإدارية ، ويطلق عليها أيضاً المركزية المتطرفة أو الوزارية، لإبراز دور الوزارة في هذا النظام. (١)

ومعنى التركيز الإداري أن تتركز سلطة اتخاذ القرارات في كل الشؤون الإدارية بيد الوزراء في العاصمة ، بحيث لا يكون لأية سلطة أخرى تقرير أي أمر من الأمور ، إنما يتعين على كافة الموظفين في الأقاليم الرجوع إلى الوزير المختص لإصدار القرار .

وينحصر دور الموظفين في الجهاز الإداري في تقديم المقترحات والآراء في المسائل المطروحة عليهم وانتظار ما يقرره الوزير المختص بشأنها ، وتنفيذ هذه القرارات . ولا شك أن هذه الصورة من التركيز الشديد تضر بمصالح الأفراد وتعرقل عمل الإدارة فمن غير المتصور أن تتخذ جهة إدارية واحدة كافة القرارات في كل أنحاء الدولة وتكون هذه القرارات ملائمة ومناسبة لظروف العمل الإداري وتوفر حلاً لمشاكل الأفراد .

لذلك هجرت أغلب الدول هذه الصورة من المركزية الإدارية إلى الصور المعتدلة للمركزية الإدارية وهي عدم التركيز الإداري .

### ثانياً : عدم التركيز الإداري la deconcentration

يطلق على هذه الصورة من المركزية الإدارية ألا وزارية أو المركزية المعتدلة. (٢) ومقتضاها تخفيف العبء عن الحكومة المركزية بتحويل بعض الموظفين في الأقاليم المختلفة سلطة البت في بعض الأمور ذات الطابع المحلي دون الحاجة للرجوع للوزير المختص في العاصمة .

إلا أن هذه الصورة من المركزية لا تعني استقلال هؤلاء الموظفين عن الوزير ، فهم يبقون خاضعين لسلطته الرئاسية وله أن يصدر إليهم القرارات الملزمة وله أن يعدل قراراتهم أو يلغيها ، وكل ما في الأمر أن عدم التركيز الإداري يخفف من العبء على الوزارات والإدارات المركزية وإن بعض القرارات الإدارية أصبحت تتخذ من ممثلي الوزراء في الأقاليم بدلا من أن تتخذ من الوزراء أنفسهم .

١- د. صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ١٦٢ .

٢- د. عثمان خليل - القانون الإداري - ١٩٦٠ - ص ٢٣ .

ومن ثم يختلف عدم التركيز الإداري عن اللامركزية الإدارية إذ تتعدد السلطات الإدارية في اللامركزية الإدارية نظراً لتعدد الأشخاص المعنية ، وتختص كل سلطة بجانب من الوظيفة الإدارية في الدولة ، حيث يتم توزيع الاختصاصات على هذا الأساس.<sup>(١)</sup> وعلى أي حال فإن هذه الصورة من المركزية أفضل من التركيز الإداري وهي مرحلة انتقال صوب نظام اللامركزية الإدارية ، وهي الصورة الباقية في إطار نظام المركزية الإدارية <sup>(٢)</sup> .

ولعل من أبرز وسائل تحقيق عدم التركيز الإداري نظام تفويض الاختصاص ، الذي سنتناوله في هذا الجزء من الدراسة .

### **المطلب الثالث: التفويض**

تستلزم ضرورات العمل الإداري وحسن سير المرافق العامة أن يفوض بعض الموظفين المختصين بعض أعمالهم إلى موظفين آخرين غالباً ما يكونون مرؤوسين بالنسبة لهم . ويقصد بالتفويض أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جزء من اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه . بشرط أن يسمح القانون بإجراء هذا التفويض وأن تكون ممارسة الاختصاص المفوض تحت رقابة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصلي . وللتفويض مزايا عدة فهو من جانب يخفف العبء عن الرئيس صاحب الاختصاص الأصلي ، فهو يقوم بنقل جزء من اختصاصه في مسألة معينة إلى أحد مرؤوسيه أو جهة أو هيئة ما .

ويؤدي من جانب آخر إلى تحقيق السرعة والمرونة في أداء الأعمال مما يسهل على الأفراد قضاء مصالحهم ويدرب المرؤوسين على القيام بأعمال الرؤساء، فينمي فيهم الثقة والقدرة على القيادة.<sup>(٣)</sup>

### **أولاً: شروط التفويض**

للتفويض شروط عامة استقر على إيرادها الفقه وأحكام القضاء، يجب مراعاتها حتى يكون التفويض صحيحاً هي :

- 
- ١- د. عبدالغني بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٨٣ .
  - ٢- محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ٢٣٥ .
  - ٣- د. محمد رفعت عبدالوهاب - المصدر السابق - ص ١٥٢ .

١- التفويض لا يكون إلا بنص : يلزم حتى يكون التفويض صحيحاً أن يسمح القانون بالتفويض ، فإذا منح القانون الاختصاص إلى جهة معينة ليس لهذه الجهة التنازل عن هذا الاختصاص أو تفويضه إلى سلطة أخرى إلا إذا أجاز القانون ذلك ومن الضروري أن يصدر قرار صريح من الجهة صاحبة الاختصاص الأصلي عن رغبتها في استخدام التفويض الذي منحه لها القانون .

٢- التفويض يجب أن يكون جزئياً : فلا يجوز أن يفوض الرئيس الإداري جميع اختصاصاته لأن هذا يعد تنازلاً من الرئيس عن مزولة جميع أعماله التي أسندتها إليه القانون .

٣- يبقى الرئيس المفوض مسؤولاً عن الأعمال التي فوضها بالإضافة إلى مسؤولية المفوض إليه ، تطبيقاً لمبدأ أن التفويض في السلطة ولا تفويض في المسؤولية .  
والمرؤوس المفوض إليه لا يسأل عن تصرفاته بشأن السلطات المفوضة إليه إلا أمام رئيسه المباشر الذي قام بالتفويض (١) ولا تتصرف المسؤولية إلى أعلى منه وفقاً لمبدأ وحدة الرئاسة والأمر .

٤- لا يجوز للمفوض إليه أن يفوض غيره ، فالتفويض لا يتم إلا لمرة واحدة، ومخالفة هذه القاعدة تجعل القرار الإداري الصادر من المفوض إليه الثاني معيباً بعدم الاختصاص .

٥- التفويض مؤقت وقابل للرجوع فيه من جانب الرئيس لأن الأصل هو عدم التفويض والاستثناء هو التفويض الذي يستطيع الرئيس دائماً إلغائه بقرار ويسترد اختصاصه.

وتثار بشأن التفويض مشكلة سلطة الجهة المفوضة " بكسرلواو " على اختصاصات المفوض إليه " المرؤوس " فهل للسلطة صاحبة الاختصاص الأصلي أن تلغي قرارات السلطة المفوض إليها .

ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم السماح بتوجيه تعليمات إلى المرؤوسين تتعلق باختصاص المفوض إليهم على أساس أن الموظف الذي قام بالتفويض لا يعتبر رئيسياً إدارياً بالنسبة للقرارات الصادرة طبقاً للتفويض على أساس أن المرؤوس يعتبر كأنه الرئيس نفسه وعندئذ فإن قراراته واجبة الاحترام. (٢)

١- د. عبدالغني بسيوني - التفويض في السلطة الإدارية - الدار الجامعية - ١٩٨٦ - ص ٤٦ .

١ - د. مصطفى أبوزيد فهمي - القضاء الإداري ومجالس الدولة - الطبعة الثالثة ١٩٦٦ - ص ٤٠٩ .

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن الأصل يبقى له الحق في التعقيب على القرارات الصادرة عن المفوض إليه إذا كان الأخير مرئوساً له ، لأن التفويض لا يقطع العلاقة الرئاسية بين الرئيس والمرؤوس ولا يحول دون ممارسة الرئيس لاختصاصه في التوجيه والرقابة السابقة واللاحقة على أعمال مرؤوسه.

ومن الملاحظ أن تفويض الاختصاص لا يعدو أن يكون تخفيفاً عن كاهل الرؤساء ومساعدتهم في تسيير أعمالهم وهذا الغرض لا يجعل المرؤوس ممارساً لاختصاص مانع للتعقيب والرقابة ، ونرى أنه لا مانع من قيام الرئيس المفوض بمراجعة قرارات مرؤوسيه وتوجيههم من خلال إصدار الأوامر والتعليمات التي تتعلق بالاختصاص المفوض ليطمئن إلى سلامة العمل من الناحية القانونية ، خاصة وإن مسؤولية الرئيس المفوض تبقى قائمة عما قام بتفويضه من اختصاص ، لأن لا تفويض في المسؤولية كما بينا سابقاً .

### **ثانياً: أنواع التفويض**

التفويض على نوعين هما تفويض اختصاص و تفويض توقيع .

#### **١- تفويض الاختصاص :**

هذا النوع من التفويض ينقل السلطة بأكملها إلى المفوض إليه ، وهذا يمنع الأصل المفوض من ممارسة الاختصاص الذي تم تفويضه أثناء سريان التفويض . وفي هذه الصورة من التفويض تكون قرارات المفوض إليه في نطاق التفويض منسوبة إلى المفوض إليه وتأخذ مرتبة درجته الوظيفية ، ويوجه تفويض الاختصاص إلى المفوض إليه بصفة لا شخصية فلا ينتهي التفويض بشغل موظف آخر لو وظيفة المفوض إليه

#### **٢- تفويض التوقيع :**

وهو تفويض شخصي يأخذ بعين الاعتبار شخصية المفوض إليه ، فهو ينطوي على ثقة الرئيس به ومن ثم فهو ينتهي بتغير المفوض أو المفوض إليه ، كما أن هذا التفويض يسمح للمفوض إليه بممارسة الاختصاصات المفوضة " بكسر اللولو " باسم السلطة ولا يمنع ذلك من ممارسة الرئيس المفوض ذات الاختصاص رغم التفويض كما أن القرارات الصادرة في نطاق التفويض تأخذ مرتبة قرارات السلطة المفوضة .

### ثالثاً : التفويض والحلول :

قد يحصل بعض الخلط بين التفويض والحلول لأن الاثنين يساهمان في تسهيل سير العمل الإداري وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد كما أن كل منهما يعني ممارسة أحد الموظفين لاختصاصات موظف آخر

ويقصد بالحلول أن يصبح صاحب الاختصاص الأصلي عاجزاً لسبب من الأسباب عن ممارسة اختصاصه كأن يصاب بعجز دائم أو بمرض أو غيره ، فيحل محله في مباشرة كافة اختصاصاته موظف آخر حدده القانون سلفاً .

ومن الجدير بالذكر أن هناك الكثير من أوجه الاختلاف بين الحلول والتفويض فالحلول يكون في حالة غياب صاحب الاختصاص الأصلي أياً كان سبب الغياب اختيارياً كما في حالة الإجازة أو إجبارياً كما في حال المرض فيحل محل الموظف في ممارسة هذه الاختصاصات من حدده المشرع. أما في حالة التفويض فإن الرئيس المفوض يكون حاضراً وليس غائباً .

كما أن التفويض يتحقق بقرار يصدر من الرئيس المفوض إلى المفوض إليه في حين لا بد للحلول أن يقترن بنص وأن تكون أسبابه صحيحة ويصبح الحلول مستحيلاً إذا لم ينظمه المشرع .<sup>(١)</sup>

وفي تفويض الاختصاص يأخذ القرار الصادر درجة المفوض إليه ، أما في الحلول فتكون القرارات الصادرة في مرتبة قرارات الأصيل الغائب .

وفي التفويض يكون الرئيس المفوض مسؤولاً عن أخطاء المفوض إليه لأن الرئيس يمارس الرقابة الرئاسية على المفوض إليه بينما لا يكون الأصيل الغائب مسؤولاً عن أخطاء من حل محله لأنه لا يملك أي سلطة رئاسية بالنسبة لتصرفات الأخير ولأن مصدر سلطته القانون وليس الأصيل وحيث توجد السلطة توجد المسؤولية .

### المطلب الرابع: تقييم المركزية الإدارية

---

١- د - سليمان محمد الطماوي- النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٨٤  
- ص ٣٢٥ .

درج بعض الفقهاء على إبراز مزايا النظام المركزي بينما ذهب البعض نحو إبراز عيوبه ، ونعرض فيما يلي أهم تلك المزايا والعيوب .

### أولاً : مزايا المركزية الإدارية

- ١- النظام المركزي يقوي سلطة الدولة ويساعدها في تثبيت نفوذها في كافة أنحاء الدولة ، ولا شك أن هذا النظام له ما يبرره في الدول الناشئة حديثاً ، والتي تحتاج لتقوية وتدعيم وحدتها. (١)
- ٢- المركزية أسلوب ضروري لإدارة المرافق العامة القومية التي لا يتعلق نشاطها بفتة معينة أو إقليم معين كمرفق الأمن أو الدفاع أو المواصلات .
- ٣- المركزية تؤدي إلى توحيد النظم والإجراءات المتبعة في كافة أنحاء الدولة كونها تتأتى من مصدر واحد ، مما يمكن الموظفين من الإلمام بكافة الأوامر والتعليمات اللازمة لتنفيذ الوظيفة الإدارية .
- ٤- يؤدي هذا الأسلوب إلى التقليل من النفقات والحد في الإسراف لعدم الحاجة إلى المجالس والهيئات اللامركزية وخبرة موظفي السلطة المركزية وقلة عددهم .
- ٥- تحقيق العدل والمساواة في المجتمع لإشراف الحكومة المركزية على المرافق العامة ونظرتها الشمولية البعيدة عن المصالح المحلية .

### ثانياً : عيوب المركزية الإدارية

- ١- يؤدي هذا النظام إلى إشغال الإدارة المركزية أو الوزراء بمسائل قليلة الأهمية على حساب المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة لوزاراتهم .
- ٢- المركزية الإدارية لا تتماشى مع المبادئ الديمقراطية القائلة بضرورة أن تدار الوحدات المحلية من خلال سكان هذه الوحدات عن طريق مجالس منتخبة من بينهم .
- ٣- المركزية الإدارية وبسبب تركيز السلطة بيد الوزراء وفتة قليلة من الرؤساء والإداريين في العاصمة تؤدي إلى قتل روح المثابرة والإبداع لدى الموظفين

١- د. سليمان محمد الطماوي - الأخير في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٧ .

الآخرين لأن دورهم ينحصر بتنفيذ الأوامر والتعليمات الصادرة من السلطة المركزية ، وعدم مشاركتهم فيها .

٤- المركزية تؤدي إلى زيادة الروتين والبطء في اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة وفي الوقت المناسب ، لاستئثار السلطة المركزية بسلطة اتخاذ كافة القرارات في الدولة وبعد مصدر القرار في أكثر الأوقات عن الأماكن المراد تطبيق القرار فيها ، وغالباً ما تأتي هذه القرارات غير متلائمة مع طبيعة المشكلات المراد حلها .

## المبحث الثاني

### اللامركزية الإدارية

يقوم هذا النظام على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومية المركزية في العاصمة وبين أشخاص الإدارة المحلية في الأقاليم ، وتتمتع هذه الأشخاص بالشخصية المعنوية المستقلة ، مع خضوعها لرقابة الحكومة المركزية<sup>(١)</sup>.

ففي هذا النظام تتمتع السلطة المحلية بقدر من الاستقلال في ممارسة اختصاصاتها فتحفظ الإدارة المركزية بإدارة بعض المرافق العامة القومية وتمنح الأشخاص المعنوية المحلية سلطة إنشاء وإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع المحلي .

وعلى ذلك تظهر في هذا النظام إلى جانب الدولة أو الإدارة المركزية أشخاص معنوية محلية أو مرفقية يطلق عليها بالإدارة اللامركزية أو السلطات الإدارية اللامركزية يقوم هذا النظام على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين هذه الأشخاص.

### المطلب الأول: صور اللامركزية الإدارية

هناك صورتان أساسيتان للامركزية الإدارية " اللامركزية المحلية أو الإقليمية ، واللامركزية المصلحية أو المرفقية " .

---

١- ينظر : د. عثمان خليل - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٩٦٠ و د. ثروت بدوي - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٥٧ و د. محمد عبدالله الحراري - أصول القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٩٧ و د. محمد رفعت عبدالوهاب - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٦٠ .

## أولاً : اللامركزية الإقليمية أو المحلية

ومعناها أن تمنح السلطات المركزية إلى جزء من إقليم الدولة جانب من اختصاصاتها في إدارة المرافق والمصالح المحلية مع تمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري .

وتستند هذه الصورة إلى فكرة الديمقراطية التي تقتضي إعطاء سكان الوحدات المحلية الحق في مباشرة شؤونهم ومرافقهم بأنفسهم عن طريق مجالس منتخبة منهم .

وتقوم اللامركزية الإقليمية أو المحلية على ثلاث عناصر :

### ١ - مصالـم محلية أو إقليمية متميزة :

يتم منح الشخصية المعنوية للوحدات المحلية لاعتبارات إقليمية أو محلية ، يجد المشرع أن من الأفضل أن تباشرها هيئات محلية معينة وإسناد إدارتها إلى سكان هذه الوحدات أنفسهم . ولاشك أن سكان هذه الوحدات أدري من غيرهم بواجباتهم وأقدر على إدارة هذه المرافق وحل مشكلاتها ، كما أن هذا الأسلوب يمنح الإدارة المركزية فرصة التفرغ لإدارة المرافق القومية . ويتم تحديد اختصاصات الهيئات المحلية بقانون ولا يتم الانتقال منها إلا بقانون آخر ، وهي تشمل مرافق متنوعة وتتضمن كافة الخدمات التي تقدم لمكان الوحدات المحلية كمرفق الصحة والتعليم والكهرباء والماء وغيرها .

### ٢ - أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذه المرافق :

يجب أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذا النوع من المرافق بأنفسهم وان يتم ذلك باختيار السلطات المحلية من هؤلاء السكان وليس عن طريق الحكومة أو الإدارة المركزية ... ويذهب أغلب الفقهاء إلى ضرورة أن يتم اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخابات تأكيداً لمبدأ ديمقراطية وإن كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك مانع من مشاركة أعضاء معينين ضمن هذه المجالس لتوفير عناصر ذات خبرة وكفاءة شرط أن تبقى الأغلبية للعناصر المنتخبة ، خاصة وإن الانتخاب يتطلب قدر كبير من الوعي والثقافة مما لا يتوفر غالباً في سكان الوحدات المحلية .

### ٣ - استقلال الوحدات المحلية:

إذا كان من الضروري في هذه الأيام أن يكون اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق سكان هذه الوحدات فإن الأكثر أهمية أن تستقل الهيئات اللامركزية في مباشرة عملها عن السلطة المركزية ، فالمرافق اللامركزية لا تخضع لسلطة رئاسة أعلى . إلا أن ذلك لا يعني الاستقلال التام للهيئات المحلية عن السلطات المركزية ، فالأمر لا

يعدو أن يكون الاختلاف حول مدى الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات المحلية في النظم اللامركزية إذ لا بد من تمتع هذه الهيئات باستقلال كافٍ في أدائها لنشاطها .

وقد أطلق الفقهاء على الرقابة التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية الوصاية الإدارية *la tutelle administrative* .

### ثانياً : اللامركزية المرفقية

يجد المشرع في أحيان كثيرة أنه من الضروري أن يمنح بعض المشاريع والمرافق والمصالح العامة الشخصية المعنوية وقدر من الاستقلال عن الإدارية المركزية مع خضوعها لإشرافها ، كمرفق البريد والتلفون والكهرباء والإذاعة والجامعات ، لتسهيل ممارستها لنشاطاتها بعيداً عن التعقيدات الإدارية .

وتمارس اللامركزية المرفقية نشاطاً واحداً أو أنشطة متجانسة كما هو الحال في الهيئات والمؤسسات العامة على عكس اللامركزية المحلية التي تدير العديد من المرافق أو الأنشطة غير المتجانسة. (١)

ولا يستند هذا الأسلوب على فكرة الديمقراطية إنما هي فكرة فنية تتصل بكفاءة إدارة المرفق وعلى ذلك ليس من حاجة للأخذ بأسلوب الانتخابات في اختيار رؤساء أو أعضاء مجالس إدارة هذه الهيئات العامة (٢).

هذا ويحرص المشرع دائماً تكون ممارسة هذه المؤسسات لنشاطها ضمن الحدود والاختصاصات التي أجازها ولا يمكن مباشرة نشاط آخر أو التوسيع من اختصاصاتها .

### المطلب الثاني : التمييز بين الوصاية الإدارية والسلطة الرئاسية

أطلق جانب من الفقه على الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات اللامركزية مصطلح الوصايا الإدارية (٣) إلا أن هذا المصطلح منتقد عند جانب آخر من

١- د. عبدالغني بسيوني - المصدر السابق - المصدر السابق - ص ١٥١ .

٢- د. محمد رفعت عبدالوهاب - المصدر السابق - ص ١٦٢ .

٣- ينظر :

- *pilvera ( victor ) serge ( salon ) - la fonction publique et problems actuals editions - 1976 - p 131 .*

- *piquenal - le fonctionnaire public ses devoir et obligarions paris - 1976 - p 104 .*

الفقهاء ويرون أن يستبدل بمصطلح الرقابة الإدارية le control administrative وذلك لوجود اختلاف بين المراد بالوصاية في القانون الخاص ، وبين الوصاية الإدارية في القانون العام ، فالأولى تتعلق بحماية الأفراد ناقصي الأهلية أما الوصايا الإدارية فتترتب على الهيئات المحلية، وهذه الهيئات تتمتع بأهلية كاملة بصفتها شخصية معنوية معتبرة . ونرى إزاء هذا الاختلاف البين أن مصطلح الرقابة الإدارية هو الأجدر على وصف العلاقة بين السلطة المركزية والهيئات المحلية .

والرقابة الإدارية في النظام اللامركزي تختلف عن السلطة الرئاسية التي تعتبر أحد عناصر المركزية الإدارية ، فالسلطة الرئاسية كما سبقت الإشارة علاقة التبعية والتدرج الرئاسي بين الموظف ورئيسه . أما في النظام اللامركزي فإن الموظفين في الدوائر والهيئات المحلية لا يدينون بالطاعة لأوامر السلطة المركزية على خلاف الأمر في السلطة الرئاسية ، لأن هذه الهيئات تتمتع بشخصية معنوية تجعلها بمنأى عن الخضوع التام لتوجيهات السلطة المركزية ، ولكنها لا تتخلى عن الرقابة اللاحقة التي تمارسها على أعمال الهيئات المحلية .

ولا يمكن اعتبار هذا الاستقلال منحه من الهيئات المركزية بل هو استقلال مصدره القانون أو الدستور <sup>(١)</sup> ويقود هذا الاستقلال إلى أعفاء الرئيس الذي يملك الوصايا من المسؤولية المترتبة من جراء تنفيذ المرؤوس لتوجيهاته إلا في الأحوال التي يحددها القانون. (٢)

كما تختلف ( الوصاية الإدارية ) عن السلطة الرئاسية في أنه لا يجوز للسلطة المركزية تعديل القرارات التي تصدرها الهيئات المحلية وكل ما تملكه توافق عليها بحالتها أو ترفضها. (٣)

فإن حاولت السلطة المركزية فرض رئاستها على المرافق اللامركزية بالتعرض لقراراتها بالتعديل أو إلغائها في غير الحدود القانونية كان لهذه الأخيرة الاعتراض على ذلك. (٤)

---

١- د. علي محمد بدير - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - د. مهدي ياسين إسلامي - مبادئ واحكام القانون الإداري - مديرية دار الكتب - بغداد - ١٩٩٣ ص ١٨٧ .

2 - hauriou (m) precis de droit administratif et de droit public , sirey - 1933 - p 5

3 - silver (v) , salon (s) - la fonction puplique et ses problems actuel , op , cit - p 13 .

٤- د. عبدالفتاح حسن - التأديب في الوظيفة العامة - رسالة دكتوراة - القاهرة - ١٩٦٤ - ص ١٠٨

وفي ذلك ورد في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري " إن من المسلم به فقهاً وقضاء إن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية وليست سلطة رئاسية ، وبناء على ذلك فإن الأصل إن وزير الشؤون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذا المجلس سوى التصديق عليها كما هي ، أو عدم التصديق عليها كما هي ، دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات".<sup>(١)</sup>

وأخيراً فإن سلطة الوصايا تملك الحلول محل الوحدات المحلية عندما تهمل الأخيرة في ممارسة اختصاصاتها أو تخل بالتزاماتها فتتعرض اتخاذ إجراء معين كان الواجب عليها طبقاً للقوانين واللوائح ، حتى لا يتعطل سير المرافق العامة تحل السلطة المركزية محل الوحدات اللامركزية لتتخذ الإجراء المطلوب وذلك باسم الوحدات اللامركزية ولحسابها .

ولخطورة هذه السلطة وحتى لا تتعسف السلطة المركزية في ممارسة حق الحلول ، درج القضاء على القول بضرورة وجود نص قانوني صريح يلزم الوحدة اللامركزية بالقيام بالعمل أو بإجراء التصرف وامتناعها عن ذلك ، وقيام السلطة الوصايا بتوجيه إنذار مكتوب إلى الوحدة اللامركزية الممتنعة تدعوها إلى وجوب القيام بالعمل أو الإجراء الذي يفرضه القانون<sup>(٢)</sup>

#### **المطلب الرابع: تقييم اللامركزية الإدارية**

نظام اللامركزية الإدارية له الكثير من المزايا إلا أن من الفقهاء من أبرز له بعض العيوب وهو ما نبينه في هذه الدراسة :

#### **أولاً: مزايا اللامركزية الإدارية**

- ١- يؤكد المبادئ الديمقراطية في الإدارة : لأنه يهدف إلى اشتراك الشعب في اتخاذ القرارات وإدارة المرافق العامة المحلية .
- ٢- يخفف العبء عن الإدارة المركزية . إذ أن توزيع الوظيفة الإدارية بين الإدارة المركزية والهيئات المحلية أو المرفقية يتيح للإدارة المركزية التفرغ لأداء المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة وإدارة المرافق القومية .
- ٣- النظام اللامركزي أقدر على مواجهة الأزمات والخروج منها . سيما وأن الموظفين في الأقاليم أكثر خبرة من غيرهم في مواجهة الظروف والأزمات

---

١- حكم محكمة القضاء - التأديب في الوظيفة العامة - رسالة دكتوراة - القاهرة - ١٩٦٤ - ص ١٠٨  
- القضاء الإدارية في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف - ١٩٨٧ - ص ٤٤٢ .

٢- د. محمد عبدالله الحراري - المصدر السابق - ص ١٠٩ .

- المحلية كالثورات واختلال الأمن ، لما تعودوا عليه وتدريبوا على مواجهته وعدم انتظارهم تعليمات السلطة المركزية التي غالباً ما تأتي متأخرة .
- ٤- تحقيق العدالة في توزيع حصيلة الضرائب وتوفير الخدمات في كافة أرجاء الدولة ، على عكس المركزية الإدارية حيث تحظى العاصمة والمدن الكبرى بعناية أكبر على حساب المدن والأقاليم الأخرى .
- ٥- تقدم اللامركزية الإدارية حلاً لكثير من المشاكل الإدارية والبطء والروتين والتأخر في اتخاذ القرارات الإدارية وتوفر أيسر السبل في تفهم احتياجات المصالح المحلية وأقدر على رعايتها .

### ثانياً : عيوب اللامركزية الإدارية

- ١- يؤدي هذا النظام إلى المساس بوحدة الدولة من خلال توزيع الوظيفة الإدارية بين الوزارات والهيئات المحلية .
- ٢- قد ينشأ صراع بين الهيئات اللامركزية والسلطة المركزية لتمتع الاثنين بالشخصية المعنوية ولأن الهيئات المحلية غالباً ما تقدم المصالح المحلية على المصلحة العامة .
- ٣- غالباً ما تكون الهيئات اللامركزية أقل خبرة ودراية من السلطة المركزية ومن ثم فهي أكثر إسرافاً في الإنفاق بالمقارنة مع الإدارة المركزية .
- ولا شك أن هذه الانتقادات مبالغ فيها إلى حد كبير ويمكن علاجها عن طريق الرقابة أو الوصايا الإدارية التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية والتي تضمن وحدة الدولة وترسم الحدود التي لا تتجاوزها تلك الهيئات .
- وفي جانب آخر يمكن سد النقص في خبرة الهيئات اللامركزية من خلال التدريب ومعاونة الحكومة المركزية مما يقلل من فرص الإسراف في النفقات والأضرار بخزينة الدولة.
- ويؤكد ذلك أن اغلب الدول تتجه اليوم نحو الأخذ بأسلوب اللامركزية الإدارية على اعتبار أنه الأسلوب الأمثل للتنظيم الإداري .

### **الفصل الثالث**

#### **التنظيم الإداري في العراق**

في هذا الجزء من الدراسة نعرض للتنظيم الإداري في العراق في مرحلتين مهمتين من تاريخه فسننتقل الى التنظيم الاداري للعراق في الدستور المؤقت الملغى لعام ١٩٧٠ اما المرحلة الثانية فسنتناول بها التنظيم الاداري للعراق في ظل الدستور العراقي الحالي الصادر عام ٢٠٠٥.

#### **المبحث الأول**

##### **التنظيم الإداري في ظل دستور عام ١٩٧٠**

أخذ العراق في دستور عام ١٩٧٠ بنظام يقترب من نظام الادارة المركزية في صورة عدم التركيز الاداري رغم انه قد نص على اتباع النظام اللامركزي في المادة الثامنة منة

وتتضح من نصوص هذا الدستور الطبيعة الحقيقية للنظام الاداري في العراق في تلك الفترة وهو ماسنبيته من خلال البحث في الهيئات المركزية والهيئات اللامركزية التي كانت سائده .

### **أولاً : الهيئات المركزية**

يتبين من الباب الربع من الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ ان الادارة المركزية في العراق تتمثل فيما يلي :

#### **١- مجلس قيادة الثورة**

يعد مجلس قيادة الثورة ووفقاً للمادة (٣٧)

من الدستور أعلى سلطة في الدولة ويباشر أعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة ويتخذ التدابير التي يراها ضرورية في المجالين التشريعي والاداري .

وفي ذلك بينت المادة (٤٣) من الدستور اختصاصات المجلس في :

أ- اقرار شؤون وزارة الدفاع والامن العام ووضع القوانين واتخاذ القرارات في كل مايتعلق بها من ناحية التنظيم والاختصاصات.

ب- اعلان التعبئة العامة جزئيا او كليا واعلان الحرب وقبول الهدنة وعقد الصلح .

ج- المصادقة على مشروع الميزانية العامة للدولة والميزانيات المستقلة والاستثمارية الملحقة بها ، واعتماد الحسابات الختامية .

د- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية .

#### **٢- رئيس الجمهورية**

رئيس الجمهوريه كان يشغل منصب رئيس مجلس قيادة الثورة ورئيس السلطه التنفيذية والقائد العام للقوات المسلحة وكان وفقا للمواد (٥٧-٥٨) من الدستور يختص بما يلي .:

١- مراقبة اعمال الوزارات والمؤسسات في الدولة ، ومساءلة الوزراء واستجوابهم عند الاقتضاء.

٢- المحافظة على استقلال البلاد ووحدة اراضيها وحماية امنها الداخلي والخارجي ورعاية حقوق الافراد وحررياتهم.

- ٣- الاشراف على حسن تطبيق الدستور والقوانين واحكام القضاء ومشاريع التنمية في جميع انحاء جمهورية العراق .
- ٤- تعيين نواب رئيس الجمهورية واعفائهم من مناصبهم .
- ٥- - تعيين الوزراء واعفائهم من مناصبهم.
- ٦-تعيين القضاة وموظفي الدولة المدنيين والعسكريين وانهاء خدماتهم وفقا للقانون وله تخويل من يراه هذه الصلاحية .
- ٧- تعيين واعتماد الممثلين الدبلوماسيين العراقيين لدى البلدان العربية والاجنبية وفي المؤتمرات والمنظمات الدولية .
- ٨- منح الرتب العسكرية والاوزمة وفقا للقانون .
- ٩- اجراء المفاوضات وعقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية .
- ١٠- قبول الممثلين الدبلوماسيين والدوليين وطلب سحبهم .
- ١١- المصادقة على احكام الاعدام واصدار العفو الخاص .
- ١٢- توجيه ومراقبة اعمال الوزارات والمؤسسات العامة والتنسيق بينها .

### ٣- مجلس الوزراء

يتألف مجلس الوزراء من رئيس مجلس الوزراء والذي من الممكن ان يكون رئيس الجمهورية، ونواب رئيس مجلس الوزراء ، والوزراء . ومجلس الوزراء هو القائم بادارة شؤون الدولة و تنسيق النشاطات الإدارية للوزارات و ضمان تنفيذ السياسة العامة للدولة ويمارس العديد من الاختصاصات ومنها :

- ١- اعداد مشروعات القوانين واحالتها الى السلطه التشريعيه المختصة .
- ٢- اصدار الانظمة والقرارات الادارية وفقا للقانون .
- ٣- تعيين موظفي الدولة المدنيين وترفيعهم وانهاء خدماتهم واحالتهم على التقاعد وفقا للقانون .
- ٤- اعداد الخطة العامة للدولة .
- ٥- اعداد الميزانية العامة والميزانيات الملحقه بها .
- ٦- عقد القروض ومنحها والاشراف على تنظيم وادارة النقد .
- ٧- اعلان حالة الطوارئ الكلية او الجزئية وانهاؤها وفقا للقانون .
- ٨- الاشراف على المرافق العامة والمؤسسات الرسمية وشبه الرسمية .

## ثانياً : الهيئات اللامركزية:

نص الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ في المادة ( ٨ - ب ) على ان تقسم الجمهورية العراقية الى وحدات ادارية وتتظم على اساس الادارة اللامركزية .  
وقد اعترف الدستور للمنطقة التي غالبية سكانها من الاكراد بالحكم الذاتي وفقاً لما يحدده القانون .

وقد حاول النظام السياسي ان يضيف بعض مظاهر النظام اللامركزي في ادارته من خلال اصدار المشرع قانون مجالس الشعب المحليه رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٥ إلا أن الواقع الفعلي لم يجر على هذه المناول إذ سيطر الاعضاء المعينون في هذه المجالس على الشؤون التنفيذية للوحدات المحليه وكان المحافظين ممثلي الإدارة المركزية في المحافظات المعينين من قبلها المسيطرين الحقيقيين على الشؤون المحلية والساھرين على تنفيذ القوانين المركزية الصادرة إليهم من العاصمة كما لم يكن رؤساء الدوائر المحلية في المحافظات أحسن حالاً فقد كان يتم تعيينهم وعزلهم من السلطة المركزية وينحصر دورهم في تقديم التقارير الى المحافظين عن الامور التي تدخل ضمن اختصاصاتهم .

### ١-الوحدات المحلية

نص المشرع العراقي في المادة الثانية من قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩ على ان تقسم الجمهورية العراقية الى محافظات والمحافظات الى اقصية والاقصية الى نواح ويكون لكل منها الشخصية المعنوية في نطاق الوظائف التي تمارسها الادارات المحلية .  
ويكون لكل وحدة ادارية مجلس للادارة المحلية يجري تشكيله وفقاً لاحكام القانون ويستثنى من ذلك الوحدات الادارية المركزية حيث يمثلها في المحافظة مجلس المحافظه وفي القضاء مجلس القضاء ( المادة ٥٢ ) .

ويكون رئيس الوحدة الادارية ممثلاً للسلطة التنفيذية فيها ويشرف على تنفيذ سياسة الدولة وعلى فروع الوزارات فيها وعلى موظفيها ومستخدميها ويعد رئيساً لهم عدا ( الجيش والمحاكم والجامعات والاقسام التدريسية منها ) ويرئس المحافظ المحافظه ويرئس القائمقام القضاء ويرئس مدير الناحية الناحية ( المادة ٩ ) .

ويعين المحافظ ويعفى وينقل بمرسوم جمهوري يصدر بناء على اقتراح الوزير وموافقة مجلس الوزراء وتكون وظيفته من الدرجة الخاصة . في حين يعين كل من نائب المحافظ والقائمقام ومدير الناحية بمرسوم جمهوري يصدر بناء على اقتراح الوزير وينقل كل منهم بامر من الوزير ( المادة ١٣ )

تتمتع الوحدة الادارية بمجموعة من الحقوق :

- ١- تتمتع بالحقوق الخولة لها بموجب القانون .
- ٢- تستوفي الضرائب والرسوم والاجور وفقا لاحكام القوانين .
- ٣- تستعمل الصلاحيات التي تمكنها من القيام بالخدمات والوظائف حسب احكام هذا القانون والقوانين الاخرى .
- ٤- ان تعقد العقود على اختلاف انواعها بمقتضى احكام القانون .
- ٥- ان تكون خصما في جميع الدعاوى التي تقام لها او عليها .

### ٣- ادارة الحكم الذاتي

اوضحنا ان الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ قد نص في المادة الثانية الفقرة ج منة على (تتمتع المنطقة التي غالبية سكانها من الاكراد بالحكم الذاتي وفقا لما يحدده القانون ) وقد اضيفت هذه الفقرة الى نص المادة الثانية من الدستور بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٤٧ في ١١-٣-١٩٧٤ .

وقد اصدر المشرع قانون الحكم الذاتي لمنطقة كردستان رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٤ الذي تضمن وجود مجلسين هما المجلس التشريعي والمجلس التنفيذي وبموجب المادة الخامسة عشر من قانون الحكم الذاتي رقم ٤ لسنة ١٩٧٥ يمارس المجلس التنفيذي في منطقة الحكم الذاتي الصلاحيات التالية :

- ١- ضمان تنفيذ القوانين والانظمة .
- ٢- الالتزام باحكام القضاء .
- ٣- اشاعة العدالة وحفظ الامن والنظام العام وحماية المرافق العامة الوطنية والمحلية واموال الدولة وفقا لاحكام قانون الحكم الذاتي .
- ٤- اصدار القرارات التشريعية المحلية .
- ٥- اعداد مشروعات الخطط التفصيلية للشؤون الاقتصادية والاجتماعية وللمشاريع الانمائية وشؤون التربية والتعليم والصحة والعمل وفقا لمقتضيات التخطيط المركزي العام للدولة ومتطلبات تطبيقها ورفعها الى المجلس التشريعي للتصديق عليها .
- ٦- الاشراف على المرافق والمؤسسات العامة المحلية في المنطقة .
- ٧- تعيين موظفي ادارة الحكم الذاتي الذين لايتطلب تعيينهم اصدار مرسوم جمهوري او موافقة رئيس الجمهورية وفق قوانين الخدمة والملاك وتسري عليهم احكام الخدمة المطبقة على جمهورية العراق .

٨- تنفيذ الميزانية الاعتيادية للمنطقة وفق القوانين والاسس المعتمدة في النظام المحاسبي للدولة .

٩- اعداد تقرير سنوي عن اوضاع المنطقة يرفع لرئيس الجمهورية وللمجلس التشريعي

١٠- اعداد تخمينات مشروع الميزانية الاعتيادية للمنطقة ورفعها الى المجلس التشريعي

### **الرقابة على قرارات ادارة الحكم الذاتي**

مارست السلطة المركزية على ادارة الحكم الذاتي رقابة واسعة تمثلت في انه لرئيس الجمهورية اعفاء رئيس المجلس التنفيذي من منسبة وفي هذه الحالة يعد المجلس منحلا (المادة ١٣ - و ) . كما ان قرارات المجلس كانت ترسل الى وزير العدل فور صدورها وكان للاخير ان يطعن فيها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغها بها امام هيئة قضائية خاصة تشكل في محكمة التمييز تتكون من رئيس محكمة التمييز واربعة من اعضاء محكمة التمييز يتم اختيارهم من قبل اعضاء المحكمة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة ، وتمارس هذه الهيئة الرقابة على مشروعية قرارات هيئات الحكم الذاتي والتأكد من موافقتها للدستور والقوانين والانظمة وتصدر قرارها خلال مدة اقصاها ثلاثون يوما من تاريخ تقديم الطعن و يكون قرارها قطعيا ( المادة ١٩ ) .

ومن الجدير بالذكر ان طعن الوزير بهذه القرارات يوقف تنفيذها حتى نتيجة الفصل واذا ما قررت هيئة الرقابة عدم مشروعية هذه القرارات فانها تعد ملغاة من تاريخ صدورها وتزال جميع الاثار التي ترتبت عليها

### **٣- مجالس الشعب المحلية**

اصدر المشرع بتاريخ ٢٥-١٢-١٩٩٥ قانون مجالس الشعب المحلية رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٥ ، والذي تضمن تشكيل مجالس الشعب المحلية في المحافظات والاقضية والنواح .

وتضم مجالس الشعب المحليه اعضاء منتخبين بالاقتراع العام السري المباشر في المحافظة أو القضاء او الناحية واطباء معينين يتم اختيارهم بقرار من رئيس الجمهورية او مجلس الوزراء، ويكون الاعضاء المعينون دائمين على عكس المنتخبين وقد يزيد عدد الاعضاء المعينين على المنتخبين حيث لم تقيد صلاحية رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء في التعيين

على الرغم من ان المادة الثانية من قانون مجالس الشعب تنص على ان يكون عددا الاعضاء المنتخبين ضعف عدد الاعضاء المعينين .

ويضم مجلس الشعب في الناحية والقضاء ثلاثون عضوا عشرة منهم دائميون بينما يضم مجلس الشعب في المحافظة ستون عضوا عشرون منهم دائميون .

والاعضاء المعينون معينون بحكم وظائفهم في القضاء ( رئيس الوحدة الادارية . مدير البلدية ، ضابط او مدير الشرطة ، ممثل وزارة التربية ، ممثل وزارة الصحة ، ممثل وزارة الزراعة ، ممثل وزارة الري ، ممثل وزارة النقل والمواصلات ، مسؤول دائرة الكهرباء ، مسؤول دائرة المجاري ) ( المادة ٤ ، ٥ ) .

اما الاعضاء الدائمون في مجلس شعب المحافظة فهم كل من ( المحافظ ، نائب المحافظ ، معاون المحافظ ، مدير الشرطة ، مدير البلديات ، مديرعام التربية ، مدير عام الصحة مدير الزراعة ، مدير الري ، ممثل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ممثل وزارة النقل والمواصلات ، ممثل وزارة المالية ، ممثل وزارة التجارة ، ممثل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ، ممثل وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، ممثل وزارة الثقافة والاعلام ، ممثل الهيئة العامة للسياحة ، مدير توزيع الكهرباء ، مدير الماء والمجاري ، مدير الطرق والجسور في المحافظة ( المادة ٧ ) .

ومن الجدير بالذكر ان هذه التشكيلة من الاعضاء تجعل رؤساء الوحدات الادارية في النواح و الاقضية و المحافظات ومن يمثلون الدوائر الخدمية العامة فيها المتحكمين الاساسيين في شؤون المحافظة بحكم خبرتهم بالمقارنة مع الاعضاء المنتخبين . ولاشك ان وجود الاعضاء الدائمين في المجلس يتنافى مع الاسس التي يقوم عليها اسلوب الادارة اللامركزية في الادارة فمن المفترض في المجالس المحلية أن يتم اختيارها بالانتخاب المباشر من مواطني الوحدات المحلية .

اما في بغداد فقد اقر المشرع احكاما خاصة لتشكيل مجالس الشعب المحلية فيها وفي الاقضية والنواح التابعة لها حيث يتكون مجلسها من اعضاء منتخبين يحدد عددهم رئيس الجمهورية ومن اعضاء دائمين هم ( رئيس المجلس يعينه رئيس الجمهورية بمرسوم جمهوري ، امين بغداد ، محافظ بغداد ، وكيل امانة بغداد للشؤون الفنية ، وكيل امانة بغداد للشؤون الادارية ، وكيل امانة بغداد للشؤون البلدية ، ممثل عن الوزارات الاتية بدرجة وكيل وزارة ، التربية ، التعليم العالي والبحث العلمي ، الصحة ، النقل والمواصلات ، المالية ،

التجارة ، العمل والشؤون الاجتماعية ، الاوقاف والشؤون الدينية ، الثقافة والاعلام ، رئيس هيئة السياحة ، نائب المحافظ ، معاون المحافظ ، مدير شرطة بغداد – الرصافة، مدير شرطة بغداد- الكرخ ، مدير عام كهرباء بغداد ، مدير عام دائرة الماء ومدير عام دائرة المجاري في امانة بغداد ) .

اما بالنسبة للاقضية التي تقع ضمن التصميم الاساس لمدينة بغداد فيشكل في كل منها مجلس شعب يحتوي على عدد مساوي للممثلين في مجلس الشعب المحلي في مدينة بغداد ومنهم اعضاء دائميون وهم كل من : (القائمقام ، مدير عام الدائرة البلدية في امانة بغداد العاملة ضمن الحدود الادارية للقضاء ، ممثل وزارة التربية بدرجة مدير عام ، ممثل وزارة التربية بدرجة مدير عام ، ممثل وزارة الصحة بدرجة مدير عام ، ممثل وزارة النقل والمواصلات بدرجة مدير عام ، مدير شرطة القضاء ، ممثل المنشأة العامة للكهرباء بدرجة مدير عام ، ممثل دائرة الماء في امانة بغداد بدرجة مدير عام ، ممثل دائرة المجاري في امانة بغداد بدرجة مدير عام .) ( المادة ٧٩ ) .

### **اختصاص مجالس الشعب المحلية**

يبدو ان المشرع قد سمح لمجالس الشعب ان تمارس وظائف مختلفة في طبيعتها منها ما يتعلق بالضبط الاداري ومنها ما هو خدمي ومنها ما هو رقابي .

**أ/ الضبط الاداري:** تعد هذه الوظيفة من أهم الوظائف التي تمارسها المجالس وتتضمن هذه الوظيفة اختصاص المجالس المحلية في غلق المحال التي تؤثر على الاخلاق والاداب العامة ( المادة ٥٠- أ ) ومن ذلك الحق في ترحيل من تثبت ممارستهم البغاء بحكم قضائي مكتسب درجة البتات خارج الوحدة الادارية بعد استنفاد مدة الحكم وللمجلس ترحيل عائلته بعد ان يكتسب الحكم درجة البتات .

**ب/ أداء الخدمات :** تتولى مجالس الشعب مهمة تقديم الخدمات لمواطني الدوائر المحلية وإدارة المرافق العامة والفاعلية في تقديم الخدمات ومن ذلك اقرار انشاء الحدائق العامة وهدم المباني الآيلة للسقوط واجازة المحلات العامة واعطاء الموافقة على اجازة النوادي والمطاعم والملاهي وغيرها من المحلات والنشاطات الترفيهية وغلقها او الامر بتفتيشها ، كما تختص المجالس المحلية بالعناية بالثقافة والفنون في المحافظة والعناية بتراتها وتاريخها وحماية الاثار فيها.

**ج/الإشراف والرقابة:** تمارس مجالس الشعب المحلية مهمة الرقابة والإشراف والمتابعة على أعمال الدوائر الخدمية و أجهزة الأشغال العامة ومختلف المشاريع في الوحدة الادارية لضمان حسن تقديمها للخدمات .

وللمجالس في هذا الشأن دعوة اي موظف في الوحدة الادارية للاستيضاح منه او لمناقشته او الاستئناس برأيه في الامور المتعلقة بوظيفته و للمجالس في المحافظات ان تنقض القرارات او توقف الاجراءات التي تتخذها مجالس الشعب المحلية في النواح والاقضية التابعة للمحافظة اذا وجد فيها ما يتعارض مع التشريعات النافذة او سياسة الدولة المركزية او مصلحة المحافظة التي لاتتعارض مع المصلحة العامة . ( المادة ٥٦ -ثانيا )

## **المبحث الأول**

### **التنظيم الإداري في ظل دستور عام ٢٠٠٥**

بعد عام ٢٠٠٣ انتقل العراق إلى نظام اداري جديد واتجهت البلاد نحو تغيير جذري في المفاهيم والقيم والمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، واتجه نحو إرساء دعائم النظام الفيدرالي واللامركزيه في الإدارة ، وتوج هذا الاتجاه بصدر الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ والذي كانت مبادئه تعبر عن طموحات الشعب العراقي نظام اللامركزية الذي يقوم على أساس توزيع السلطة الإدارية بين الحكومة المركزية والهيئات الإقليمية أو المحلية .

### **أولاً : الهيئات المركزية**

يتبين من نصوص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ان الادارة المركزية في العراق تتمثل بمايلي :

## ١- رئيس الجمهورية

أخذ المشرع الدستوري العراقي في ظل هذا الدستور بالنظام البرلماني في الحكم ومن مقتضيات ذلك ان يتمتع رئيس الجمهورية بصلاحيات محدودة إلا أنها تبقى تشغل حيزاً مهماً من الوظيفة التنفيذية . وفي ذلك بينت المادة ٦٤ من الدستور ان (رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن يمثل سيادة البلاد، و يسهر على ضمان الالتزام بالدستور، والمحافظة على استقلال العراق، وسيادته، ووحدته، وسلامة اراضيه، وفقاً لاحكام الدستور ) .

هذا و يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية :

- ١ - اصدار العفو الخاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء باستثناء ما يتعلق بالحق الخاص والمحكومين بارتكاب الجرائم الدولية والارهاب والفساد المالي والاداري.
- ٢- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، بعد موافقة مجلس النواب وتعد مصادقة عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها.
- ٣- يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب، وتعد مصادقا عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها.
- ٤- دعوة مجلس النواب المنتخب إلى الانعقاد خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات، وفي الحالات الأخرى المنصوص عليها في الدستور.
- ٥- منح الأوسمة والنياشين بتوصية من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للقانون.
- ٦- قبول السفراء.
- ٧- اصدار المراسيم الجمهورية.
- ٨- المصادقة على احكام الاعدام التي تصدرها المحاكم المختصة.
- ٩- يقوم بمهمة القيادة العليا للقوات المسلحة للاغراض التشريعية والاحتفالية.
- ١٠- ممارسة اية صلاحيات رئاسية أخرى واردة في هذا الدستور.

## ٢- مجلس الوزراء

رئيس الوزراء هو المسؤول المباشر عن السياسة العامة للدولة والقائد العام للقوات المسلحة ويقوم بتسمية اعضاء وزارته وادارة مجلس الوزراء وبتراس اجتماعاته ويمارس مجلس الوزراء استناداً الى نص المادة ٧٧ من الدستور الصلاحيات الآتية :

- ١- تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والاشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة

- ٢- اقتراح مشروعات القوانين.
- ٣- اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين.
- ٤- اعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية.
- ٥- التوصية إلى مجلس النواب بالموافقة على تعيين وكلاء الوزارات والسفراء واصحاب الدرجات الخاصة، ورئيس اركان الجيش ومعاونيه ومن هم بمنصب قائد فرقة فما فوق، ورئيس جهاز المخابرات الوطني، ورؤساء الاجهزة الامنية.
- ٦- التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها أو من يخوله.

## ثانياً: الهيئات اللامركزية

نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١١٢) على ان يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة واقاليم ومحاافظات لامركزية وادارات محلية.

### ١- الاقاليم

اقر الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النظام الفيدرالي في شكل الدولة واذا كان موضوع الفيدرالية يدخل ضمن اللامركزية السياسية وليس اللامركزية الادارية من حيث ان لسلطات الاقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقا لاحكام هذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية. فاننا سوف لانتطرق الى الحقوق الدستورية للاقاليم اذ لايصح تناولها في هذه الدراسة وسنقتصر على تناول الحقوق الادارية . وقد اقر هذا الدستور عند نفاذه اقليم كوردستان، وسلطاته القائمة اقليمياً اتحادياً كما منح الحق لكل محافظة أو اكثر تكوين اقليم بناء على طلب بالاستفتاء عليه، يقدم بأحدى طريقتين:

الاولى طلب من ثلث الاعضاء في كل مجلس من مجالس المحافظات التي تروم تكوين الاقليم اما الثانية فطلب من عشر الناخبين في كل محافظة من المحافظات التي تروم تكوين الاقليم.

وقد نص الدستور في المادة (١١١) منه ان كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية تكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غيرالمنتظمة في اقليم والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الاقليم في حالة الخلاف بينهما.

ويختص الاقليم وفقا للباب الخامس من الدستور بممارسة السلطات الاتية :

١- يقوم الاقليم بوضع دستور له، يحدد هيكل سلطات الاقليم، وصلاحياته، وآليات ممارسة تلك الصلاحيات، على ان لايتعارض مع هذا الدستور.

٢- لسلطات الاقليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقا لاحكام هذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية.

وقانون الاقليم بخصوص مسألة لاتدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يحق لسلطة الاقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الاقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي.

٣- تخصص للاقاليم والمحافظات حصة عادلة من الايرادات المحصلة اتحادياً، تكفي للقيام باعبائها ومسؤولياتها، مع الاخذ بعين الاعتبار مواردها وحاجاتها، ونسبة السكان فيها.

٤- تختص حكومة الاقليم بكل ما تتطلبه إدارة الاقليم، وبوجه خاص انشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم كالشرطة والامن وحرس الاقليم.

في حين تتمثل الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم بما يلي:

١- إدارة الكمارك بالتنسيق مع حكومات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، وينظم ذلك بقانون.

٢- تنظيم مصادر الطاقة الكهربائية الرئيسية وتوزيعها.

٣- رسم السياسة البيئية لضمان حماية البيئة من التلوث والمحافظة على نظافتها بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم

٤- رسم سياسات التنمية والتخطيط العام

٥- رسم السياسة الصحية العامة بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

٦- رسم السياسة التعليمية والتربوية العامة بالتشاور مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

٧- رسم سياسة الموارد المائية الرئيسية وتنظيمها بما يضمن توزيع عادل، وينظم ذلك بقانون.( المادة ١١٠ من الدستور).

### ٣- المحافظات التي لم تنظم باقليم

افرد المشرع الدستوري الفصل الثاني من الباب الخامس من الدستور لبيان التقسيم الاداري للمحافظات غير المنتظمة في اقليم . فأوضحت المادة ١١٨ منة ان المحافظات تتكون من عدد من الاقضية والنواح والقرى .

وجاء في النص :

(اولاً: تتكون المحافظات من عدد من الاقضية والنواحي والقرى.

ثانياً: تمنح المحافظات التي لم تنظم في اقليم الصلاحيات الادارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً : يُعد المحافظ الذي ينتخبه مجلس المحافظة، الرئيس التنفيذي الاعلى في المحافظة، لممارسة صلاحياته المخول بها من قبل المجلس

رابعا: ينظم بقانون، انتخاب مجلس المحافظة، والمحافظ، وصلاحياتهما

خامسا: لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو اشراف اية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة، وله مالية مستقلة).

هذا ويجوز تفويض سلطات الحكومة الاتحادية للمحافظات أو بالعكس، بموافقة الطرفين وينظم ذلك بقانون. اما بشأن بغداد فقد بين الدستور انها بحدودها البلدية عاصمة جمهورية العراق، وتمثل بحدودها الادارية محافظة بغداد، وينظم وضع العاصمة بقانون ولايجوز للعاصمة ان تنضم لاقليم.( المادة ١٢٠ )

وقد قسم قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم الصادر رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ الوحدات الادارية في العراق الى ثلاثة مستويات هي: المحافظات والاقضية والنواح، يديرها مجلس المحافظة ومجلس القضاء و مجلس الناحية.

وهذه المجالس تمثل الركيزة الأساسية في بنين السلطة اللامركزية وهي حجر الزاوية في البناء التنظيمي ، ومجلس المحافظة بنص القانون اعلى سلطة تشريعية ورقابية ضمن الحدود الادارية للمحافظة لها حق اصدار التشريعات المحلية في حدود المحافظة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية. ويخضع مجلس المحافظة والمجالس المحلية لرقابة مجلس النواب. فقد جاء في المادة الثانية/ اولا من قانون المحافظات الغير منتظمة باقليم "مجلس المحافظة هو اعلى سلطة تشريعية ورقابية ضمن الحدود الادارية للمحافظة لها حق اصدار التشريعات المحلية

في حدود المحافظة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية".

وتتمتع مجالس المحافظات بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة رغم ان المشرع لم يشر الى ذلك في قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم غير ان نص المادة ١١٨ من الدستور تؤكد تمتعها بهذه الشخصية والاستقلال المالي والاداري (١) وتكون العضوية فيها لكل مواطن بشرط ان يكون عراقياً كامل الاهلية أتم الثلاثين سنة من عمره عند الترشيح. وان يكون حاصلاً على الشهادة الاعدادية كحد ادنى او ما يعادلها. (٢) وتملك مجالس المحافظات اتخاذ كافة القرارات المنظمة لشؤون المجتمع ويعمد مجلس المحافظة الى انتخاب رئيس المجلس ونائبه بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس في اول جلسة يعقدها المجلس يدعو لها المحافظ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات وتتعد الجلسة برئاسة اكبر الاعضاء سناً. وللمجلس بصفة خاصة ان يمارس كما ورد في المادة السابعة من القانون وظائف مختلفة في طبيعتها منها ما هو إداري ومنها ما هو قضائي ومنها ما هو ذي طابع تشريعي . (٣)

١- تنص المادة ١١٨ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ (أولاً: تتكون المحافظات من عدد من الاقضية والنواحي والقرى ثانياً: تمنح المحافظات التي لم تنتظم في اقليم الصلاحيات الادارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً: يُعد المحافظ الذي ينتخبه مجلس المحافظة، الرئيس التنفيذي الاعلى في المحافظة، لممارسة صلاحياته المخول بها من قبل المجلس

رابعاً: ينظم بقانون، انتخاب مجلس المحافظة، والمحافظ، وصلاحياتهما  
خامساً: لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو اشراف اية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة، وله مالية مستقلة.).

٢- المادة (5) من قانون المحافظات

٣- يمارس المجلس استناداً الى نص المادة السابعة /سابعاً من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم  
١- انتخاب المحافظ ونائبيه بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس خلال مدة اقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ انعقاد اول جلسة له.

٢- اذا لم يحصل اي من المرشحين على الاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس يتم التنافس بين المرشحين الحاصلين على اعلى الاصوات وينتخب من يحصل على اكثرية الاصوات في الاقتراع الثاني.

ويمكن أن تقسم هذه الوظائف إلى وظيفتين أساسيتين :

### **الوظيفة التشريعية**

تملك مجالس المحافظات إصدار القوانين والقرارات المنضمة لشؤون الأفراد في المجتمع فمن اختصاصها إصدار التشريعات المحلية والانظمة الخاصة بإنشاء وتنظيم المؤسسات والهيئات والمصالح والأجهزة والشركات العامة لممارسة الاختصاصات ذات الطبيعة الاستراتيجية وتحديد أهدافها واختصاصها ، استناداً إلى المادة السابعة الفقرة (ثالثاً) من القانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم. حيث ورد ان المجلس يملك "إصدار التشريعات المحلية والانظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الادارية والمالية بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية." كما نص القانون على ان للمجلس اصدار جريدة تنشر فيها كافة القرارات والوامر التي تصدر من المجلس. وللمجلس اخيراً ممارسة أية اختصاصات أخرى منصوص عليها في الدستور او القوانين النافذة .

### **الوظيفة الادارية**

تمارس مجالس المحافظات جوانب متعددة من الوظيفة الادارية منها مايتعلق بالرقابة والاشراف ومنها ما يخص رسم السياسة العامه و تقديم الخدمات في المحافظة.

**أ/ الرقابة والإشراف:** يمارس مجلس المحافظة مهمة الرقابة والإشراف والمتابعة على أعمال رؤساء الوحدات الادارية وعلى كافة أجهزة الاداره العامة ومختلف القطاعات على مستوى المحافظة لضمان حسن تقديمها للخدمات . وللمجلس في ذلك مايلي :

١- استجواب المحافظ او احد نائبيه بناء على طلب ثلث اعضائه وعند عدم قناعة الاغلبية البسيطة باجوبة المستجوب يعرض للتصويت على الاقالة في جلسة ثانية ويعتبر مقالا بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس ويكون طلب الاقالة او التوصية بها مستندا على احد الاسباب الحصرية الآتية:

أ- عدم النزاهة أو استغلال المنصب الوظيفي.

ب- التسبب في هدر المال العام.

ج- فقدان احد شروط العضوية.

هـ - الاهمال او التقصير المتعمدين في اداء الواجب والمسؤولية.

هذا ولمجلس النواب اقالة المحافظ بالاغلبية المطلقة بناءً على اقتراح رئيس الوزراء لنفس الاسباب المذكورة اعلاه . وللمحافظ ان يعترض على قرار الاقالة، امام المحكمة الاتحادية العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار وعلى المحكمة ان تبت في الاعتراض خلال شهر من تاريخ تسجيله لديها وعليه في هذه الحالة ان يقوم بتصريف اعمال المحافظة اليومية لحين البت في الاعتراض. (١) يقوم مجلس المحافظة بعد نهاية هذه المدة او تصديق قرار الاقالة من قبل المحكمة الاتحادية العليا في حالة وقوع اعتراض عليه بانتخاب محافظ جديد خلال مدة اقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ التصديق او انتهاء مدة الطعن.

٢- اقالة رئيس مجلس المحافظة أو نائبه من المنصب بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس في حالة ارتكابه احد الافعال اعلاه.

٣- الرقابة على جميع أنشطة الهيئات التنفيذية المحلية باستثناء المحاكم والوحدات العسكرية والكليات والمعاهد لضمان حسن اداء اعمالها عدا الدوائر ذات الاختصاص الاتحادي.

٤- اعضاء اصحاب المناصب العليا في المحافظة بالاغلبية المطلقة لاعضاء المجلس بناء على طلب خمس عدد اعضاء المجلس او بناء على اقتراح من المحافظ ولمجلس الوزراء كذلك حق الاقالة باقتراح من الوزير المختص.

**ب/ رسم السياسة العامة:** تعد هذه الوظيفة من أهم الوظائف التي تمارسها مجالس المحافظات والتي تتمثل في التنسيق بين المجلس والوزارات للنهوض بالواقع الخدمي والتنمية للمحافظة، ويملك المجلس:

١- رسم السياسة العامة للمحافظة بالتنسيق مع الوزارات المعنية في مجال تطوير الخطط المتعلقة بالمحافظة .

٢- اعداد مشروع الموازنة الخاصة بالمجلس لدرجها في الموازنة العامة للمحافظة.

٣- المصادقة على مشروع الموازنة العامة للمحافظة المحال اليها من المحافظ، واجراء المناقلة بين ابوابها بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد الاعضاء، على ان تراعى المعايير

---

١- المادة ٧/ تاسعاً من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم.

الدستورية في التوزيع لمركز المحافظة والاقضية والنواحي ورفعها الى وزارة المالية في الحكومة الاتحادية لتوحيدها مع الموازنة الفدرالية.

**ج/إداء الخدمات :** تتولى مجالس المحافظات مهمة تقديم الخدمات لمواطني المحافظة

وإدارة المرافق العامة والتنسيق بينهما بما يحقق الكفاءة والفاعلية في تقديم الخدمات .  
ولها بهذا الخصوص:

١- المصادقة على الخطط الامنية المحلية المقدمة من قبل المؤسسات الامنية في المحافظة عن طريق المحافظ بالتنسيق مع الدوائر الأمنية الاتحادية مع مراعاة خططها الأمنية.  
٢-المصادقة بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس على اجراء التغييرات الادارية على الاقضية والنواحي والقرى بالدمج والاستحداث وتغيير اسمائها ومركزها وما يترتب عليها من تشكيلات ادارية ضمن حدود المحافظة يناءً على اقتراح المحافظ او ثلث اعضاء المجلس.  
(١)

٣- تحديد اولويات المحافظة في المجالات كافة، ورسم سياستها ووضع الخطط الاستراتيجية لتنميتها بما لا يتعارض مع التنمية الوطنية.

٤-المصادقة بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس على قبول او رفض التبرعات والهبات التي تحصل عليها المحافظة.

---

١- المادة ٧/ حادي عشر من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم.



## الباب الثاني

### نشاط الإدارة العامة

حضيت مشكلة تحديد نشاط الإدارة العامة ونشاط الأفراد باهتمام رجال الدولة والمفكرين منذ نشأت الدولة وحتى الوقت الحاضر ، وقد اختلفت غلبة أحد النشاطين على الآخر تبعاً للأفكار السياسية السائدة في المجتمع.

ولعل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وازدياد تدخل الدولة في هذه المجالات المختلفة قاد بالضرورة إلى وضع الوسائل المناسبة لإدارة الدولة ونشاطها ، وفقاً للفلسفة السياسية التي تؤمن بها الأنظمة السياسية .

وقد برز دور الدولة من خلال وظيفتين أساسيتين تقوم بهما الإدارة الأولى منها سلبية تتمثل بالضبط الإداري والذي يقوم على مراقبة وتنظيم نشاط الأفراد حفاظاً على النظام العام . أما الوظيفة الثانية فهي وظيفة إيجابية تتمثل بإدارة المرافق العامة والوفاء بحاجات الأفراد وإشباع رغباتهم.

وسنبين في هذا الباب هاتين الوظيفتين في فصلين متتاليين.

**الفصل الأول: الضبط الإداري .**

**الفصل الثاني: المرفق العام .**

## الفصل الأول الضبط الإداري

نتناول في هذا القسم في الدراسة الجوانب المختلفة للضبط الإداري ، فنعرض لماهيته وأغراضه ووسائل وحدود سلطات الضبط الإداري ،<sup>(١)</sup> وذلك في ثلاثة مباحث كما يلي :-

### المبحث الأول : ماهية الضبط الإداري المبحث الثاني: أغراض ووسائل الضبط الإداري المبحث الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري

---

١- يراجع بخصوص الضبط الإداري.

-G- vedel. Droit Administratif – op . cit p.119

-De laudadere . trait de droit administrative.op-cit- p589

د- محمود سعد الدين الشريف - النظرية العامة للضبط الإداري - مجله مجلس الدولة السنة الثانية العدد الثاني ١٩٥١ ص ٢٨٢ .

د. منيب محمد ربيع - ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري - رسالة دكتوراه ١٩٨١ .

د. حسن صادق المرصفاوى - ضمانات الحريات الشخصية في ظل القوانين الاستثنائية مجلة المحاماة العدد السابع ص ١٧١ .

د. عاشور سليمان صالح شوايل - مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري - جامعة قاريونس ١٩٩٧ .

## المبحث الأول ماهية الضبط الإداري

لبيان ماهية الضبط الإداري نعرض أولاً لتعريفه وتمييزه عما يشته به وأخيراً نبين أنواعه.  
**المطلب الأول: التعريف بالضبط الإداري .**

يقصد بالضبط الإداري بمعناه العام مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة " الأمن - الصحة - السكينة " .

ويلاحظ أن المشرع سواء في فرنسا أو مصر أو في العراق ، لم يضع تعريفاً محدداً للضبط الإداري ، وإنما اكتفى بتحديد أغراضه ، وترك تعريفه للفقهاء والقضاء.

وفي هذا المجال يعرف *De laubadere* الضبط الإداري بأنه : " مظهر من

مظاهر عمل الإدارة يتمثل في تنظيم حريات الأفراد حماية للنظام العام . (١)

بينما يتجه الفقهاء العرب ومنهم الدكتور طعيمة الجرف إلى تعريفه بأنه " وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثل أصلاً في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية تستلزمها الحياة الاجتماعية " (١) بينما يعرفه الدكتور صبيح بشير مسكوني بأنه " مظهر من مظاهر نشاط الإدارة العامة

---

1 -De laubadere Trait de droit administrative . op-cit p.505

يراد به ممارسة هيئات إدارية معينة اختصاصات فرض قيود على حريات الأفراد وحماية للنظام العام". (١)

وأيا كان الأمر فإن الضبط الإداري نظام وقائي تتولى فيه الإدارة حماية المجتمع من كل ما يمكن أن يخل بأمنه وسلامته وصحة أفراده وسكينتهم ، ويتعلق بتقييد حريات وحقوق الأفراد بهدف حماية النظام العام في الدولة . وبهذا المعنى يتميز الضبط الإداري عن الضبط التشريعي والضبط القضائي.

### **أولاً: الضبط الإداري والضبط التشريعي**

يلجأ المشرع في كثير من الأحيان إلى إصدار القوانين التي تقيد حريات الأفراد وحقوقهم حفاظاً على النظام العام ، وفي ممارسته لهذا الاختصاص إنما يستند لاختصاصه التشريعي ، الذي يجد مصدره في الدستور والمبادئ العامة للقانون، وتسمى التشريعات الصادرة في هذا الشأن " بالضبط التشريعي" تمييزاً له عن الضبط الإداري الذي يصدر من جانب الإدارة في شكل قرارات تنظيمية أو فردية يترتب عليها تقييد حريات الأفراد.

مع ضرورة الإيضاح بان سلطة الضبط الإداري يجب أن تتم في إطار القوانين والتشريعات وتنفيذاً لها ، غير أن ذلك لا يمنعها من اتخاذ إجراءات مستقلة تتضمن قيوداً على الحريات الفردية بواسطة ما تصدره من لوائح الضبط.(٢)

### **ثانياً: الضبط الإداري والضبط القضائي**

يقصد بالضبط القضائي ، الإجراءات التي تتخذها السلطة القضائية للتحري عن الجرائم بعد وقوعها ، والبحث عن مرتكبيها تمهيداً للقبض عليه، وجمع الأدلة اللازمة للتحقيق معه ومحاكمته وانزال العقوبة به.

ومن ثم فإن الضبط القضائي يتفق مع الضبط الإداري في انهما يستهدفان المحافظة على النظام العام ، إلا أنهما يختلفان من حيث السلطة المختصة بإجرائه والغرض منه وطبيعته.

فمن جهة تتولى السلطة التنفيذية وظيفه الضبط الإداري . بينما تتولى السلطة القضائية ممثلة بالقضاة أو أعضاء النيابة العامة وممثليها وظيفه الضبط القضائي.

---

١- د. طعيمة الجرف- القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الادارية - دار النهضة العربية ١٩٧٨ - ص ٤٧١ .

٢- د. عبد الغنى بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٧٩

د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٤٢١ .

ومن حيث الغرض فان مهمة الضبط الإداري وقائية تسبق الإخلال بالنظام العام وتمنع وقوع الاضطراب فيه، في حين مهمة الضبط القضائي علاجية ولاحقة لوقوع الإخلال بالنظام العام وتهدف إلى ضبط الجرائم بعد وقوعها والبحث عن مرتكبيها وجمع الأدلة اللازمة لإجراء التحقيق والمحاكمة وإنزال العقوبة.

وأخيرا يتميز الضبط الإداري في طبيعة إجراءاته التي تصدر في شكل قرارات تنظيمية أو فردية تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاء وتعويضاً ، أما الضبط القضائي فانه يصدر في شكل قرارات قضائية لا تخضع لرقابة القضاء الإداري ، وخضوعها لسلطات القضاء العادي محل نظر .(١)

### **المطلب الثاني : أنواع الضبط الإداري.**

يطلق مصطلح الضبط الإداري ويقصد به معنيان : الضبط الإداري العام- والضبط الإداري الخاص.

يقصد بالضبط الإداري العام المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن والصحة والسكينة العامة . وحماية جميع الأفراد في المجتمع من خطر انتهاكاته والإخلال به.

أما الضبط الإداري الخاص فيقصد به حماية النظام العام من زاوية أو ناحية معينة من نشاط الأفراد من ذلك القرارات الصادرة بتنظيم نشاط صيد بعض الحيوانات النادرة ، وتنظيم العمل في بعض المحلات العامة المضرّة بالصحة أو المقلقة للراحة. أو في مكان أو أماكن محددة، حيث يعهد بتولي سلطة الضبط في هذه الأماكن إلى سلطة إدارية معينة ، كان يعهد إلى شرطة الآثار بمهمة المحافظة على النظام العام في الأماكن الأثرية .

ويلاحظ أن الضبط الإداري الخاص قد يستهدف أغراضاً أخرى بخلاف أغراض الضبط الإداري العام التقليدية ، إذ يملك أن يفرض القيود التي يراها لتحقيق أهداف أو أغراض أخرى خلاف النظام العام كالقيود التي تفرض على الأفراد لحماية الآثار أو تنظيم السياحة وتجميل المدن.

---

١- اتجه القضاء في فرنسا نحو تقرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ومنها إجراءات الضبط القضائي .

*De laubadere – Traite da droit administrative – op-cit – p-591*

في حين يعتبر القضاء الإداري المصري أعمال الضبط القضائي أعمال قضائية تخضع لسلطات القضاء العادي.

يراجع في هذا الشأن د . سليمان محمد الطماوى - قضاء التعويض - ١٩٧٧ - ص ٦١ و د. رمزي الشاعر - في المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية - ١٩٨٣ - ص ١٤٥

ومن ثم فإن الضبط الإداري الخاص أضيق حدوداً من نطاق الضبط الإداري العام لتقيده بمكان أو نشاط أو أغراض معينة. إلا أن ذلك لا يعنى محدودية تأثيره في المجالات التي يتولاها ، بل أن الاتجاه التشريعي في بعض الدولة ينحو إلى استبعاد نظام الضبط الإداري العام وانفراد هيئات الضبط الإداري الخاص في تنظيم نشاطات معينة . مثلما هو الحال في الضبط الخاص بشؤون السكك الحديدية والمنشآت الخطيرة والمقلقة للراحة والصحة في فرنسا. (١)

## المبحث الثاني

### أغراض ووسائل الضبط الإداري

نتناول فيما يلي أغراض الضبط الإداري ثم نبين الوسائل أو الأساليب التي يستعين بها لتحقيق هذه الأغراض.

#### المطلب الأول: أغراض الضبط الإداري

بيننا أن الهدف من الضبط الإداري هو حماية النظام العام ومنع انتهاكه والإخلال به . وتمارس الإدارة سلطة الضبط الإداري متى وجدت ذلك ضرورياً ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهه هذا الانتهاك أو الإخلال .

والنظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان فما يعتبر مخالفاً للنظام العام في زمان أو مكان معينين قد لا يعد كذلك في زمان أو مكان آخرين : كما يختلف باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة . لذلك يجمع الفقه على ضرورة ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة العليا للمجتمع في كل دولة على حده . غير أن معظم الفقهاء يتفقون على أن النظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسية هي: الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة .

#### أولاً: الأمن العام

---

١ - للمزيد ينظر : د. عاشور سليمان شوايل - المصدر السابق - ص ٩٩ وما بعدها و د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٣٩ وما بعدها .

يقصد بالأمن العام تحقيق كل ما من شأنه اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداءات والانتهاكات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الكوارث الطبيعية كالكوارث والأخطار العامة كالحرائق والفيضانات والسيول ، والانتهاكات التي قد تسبب بها الإنسان كجرائم القتل والسرقة والمظاهرات وإحداث الشغب وحوادث المرور .

### **ثانياً : الصحة العامة**

ويقصد بها حماية صحة الأفراد من كل ما من شأنه أن يضر بها من أمراض أو أوبئة إذ تعتمد الإدارة إلى تطعيم الأفراد من الأمراض المعدية وتتخذ الإجراءات التي تمنع انتشارها .

كما تشرف على توفير المياه الصالحة للشرب وتراقب صلاحية الأغذية للاستهلاك البشري ومدى تقيد المحال العامة بالشروط الصحية .  
ولاشك أن وظيفة الدولة في مجال الصحة العامة قد توسعت إلى حد كبير بفعل انتشار التلوث وكثرة الاعتماد على المواد الكيماوية في الصناعة وتأثير ذلك على صحة الأفراد .

### **ثالثاً: السكينة العامة**

ويقصد بها توفير الهدوء في الطرق والأماكن العامة ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم كالأصوات والضوضاء المنبعثة من مكبرات الصوت والباعة المتجولين ومحلات التسجيل ومنبهات المركبات . ومن الجدير بالذكر أن مفهوم النظام العام قد اتسع ليشمل النظام العام الأدبي والأخلاق العامة . وأمكن بالتالي استعمال سلطة الضبط الإداري للمحافظة على الآداب والأخلاق العامة، فتجاوز بذلك العناصر الثلاثة السابقة . وفي هذه الاتجاه تملك الإدارة منع عرض المطبوعات المخلة بالآداب العامة . وكذلك حماية المظهر العام للمدن وحماية الفن والثقافة .

وفي ذلك لا يجوز تقديم العروض المسرحية أو التمثيلية أو الموسيقية أو الراقصة أو الغنائية في الملاهي أو المحال العامة إلا بعد الترخيص بها من الجهة المختصة بوزارة الداخلية والحكم المحلي ولا يجوز الترخيص بالعروض الخليعة أو الفاضحة أو المخلة بالحياء أو التي يقصد بها الإثارة الجنسية أو التي تنطوي على ذلك .

### **المطلب الثاني : وسائل الضبط الإداري**

في سبيل تحقيق أهداف الضبط الإداري لابد للإدارة أن تستخدم وسائل أو أساليب معينة وهي لوائح الضبط وأوامر الضبط الفردية وأخيرا التنفيذ الجبري.

### **أولاً: لوائح الضبط الإداري**

تتضمن لوائح الضبط الإداري قواعد عامة مجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة ، وتتضمن تقييد حريات الأفراد ، لذلك نشأ خلاف شديد حول مدى مشروعيتها ، على اعتبار أن تقييد الحريات لا يجوز إلا بقانون ووظيفة الإدارة تنحصر بوضع هذه القوانين موضوع التنفيذ.

غير أن الاتجاه السليم في القضاء و الفقه يعترف للإدارة بتنفيذ هذه القوانين وتكملها، وقد تقضى هذه التكملة كما يذهب الدكتور " سامي جمال الدين " إلى تقييد بعض الحريات ، كما قد تقتصر مهمة هذا الضبط الإداري على تطبيق النظم العامة الضبطية التي نصت عليها القوانين.(١)

ومن ثم تعد لوائح الضبط أهم أساليب الضبط الإداري وأقدرها في حماية النظام العام، ومنها لوائح تنظيم المرور وتنظيم العمل في المحال العامة ، وتتخذ عدة مظاهر في تقييدها لنشاط الأفراد منها الحظر ، والآذن المسبق والأخطار والتنظيم.

#### **١- الحظر**

يقصد بالحظر أن تتضمن لوائح الضبط منع مزاوله نشاط معين منعاً كاملاً أو جزئياً.

والأصل أن لا يتم الحظر المطلق لنشاط ما لان ذلك يعنى انتهاك للحرية ومصادرة للنشاط . ولكن أجاز القضاء استثناءً الحظر الكامل للنشاط عندما يشكل إخلالاً بالنظام العام كمنع إنشاء مساكن للبعاء أو للعب الميسر .

#### **٢ - الإذن المسبق**

قد تظهر لوائح الضبط في ضرورة الحصول على إذن مسبق من جهة الإدارة قبل مزاوله النشاط ، ومن الضروري أن يشترط القانون المنظم للحرية الحصول على هذا الإذن ، إذا أن القانون وحدة الذي يملك تقييد النشاط الفردي بإذن سابق وعكس هذا يسمح بالتمييز بين الأفراد.

#### **٣-الأخطار عن النشاط**

---

١- د. سامي جمال الدين- اللوائح الإدارية - المصدر السابق - ص ٣٠٨ .

ويحصل بان تشترط اللائحة ضرورة أخطار السلطة المختصة بمزاولة نشاط معين حتى تتمكن من اتخاذ ما يلزم من إجراءات تكفل حماية النظام العام . مثال ذلك الأخطار عن تنظيم اجتماع عام . ففي هذه الحالة لا يكون الاجتماع محظوراً وليس من الضروري الحصول على إذن مسبق.

#### ٤ - تنظيم النشاط

قد لا تتضمن لوائح الضبط على حظر نشاط معين أو اشتراط الحصول على إذن مسبق أو الأخطار عنه . وإنما قد تكفي بتنظيم النشاط الفردي وكيفية ممارسته ، كما لو تم تحديد سرعة المركبات في الطرق العامة أو تحديد أماكن وقوفها.

#### ثانياً: أوامر الضبط الإداري الفردية

قد تلجأ سلطات الضبط إلى إصدار قرارات إدارية أو أوامر فردية لتطبيق على فرد أو أفراد معينين بذواتهم . وقد تتضمن هذه القرارات أوامر بالقيام بأعمال معينة أو نواهي بالامتناع عن أعمال أخرى . مثال ذلك الأوامر الصادرة بمنع عقد اجتماع عام أو الأمر الصادر بهدم منزل آيل للسقوط أو القرار الصادر بمصادرة كتاب أو صحيفة معينة. والأصل انه يجب أن تستند هذه القرارات إلى القوانين واللوائح فتكون تنفيذاً لها. إلا أنه استثناء من ذلك قد تصدر القرارات الإدارية دون أن تكون مستندة إلى قانون أو لائحة تنظيمية عامة . فاللائحة أو التشريع لا يمكن أن ينصا على جميع التوقعات أو التنبؤات التي قد تحدث .

كما أن مفهوم النظام العام متغير ، فإذا ظهر تهديداً أو إخلال لم يكن التشريع أو اللائحة قد توقعاه فان طلب أن يكون القرار الفردي مستنداً إلى قاعدة تنظيمية يؤدي إلى تجريد سلطة الضبط من فاعليتها . (١)

#### ثالثاً: التنفيذ الجبري

---

١- د. توفيق شحاته- مبادئ القانون الإداري - القاهرة - دار النشر بالجامعات المصرية - الجزء الأول - ١٩٥٥ ص ٣٤٣ وما بعدها.

قد تستخدم الإدارة القوة المادية لإجبار الأفراد على تنفيذ القوانين واللوائح والقرارات الإدارية لمنع الإخلال بالنظام العام . وتعد هذه الوسيلة أكثر وسائل الضبط شدة وعنفاً باعتبارها تستخدم القوة الجبرية ولا يخفى ما لذلك من خطورة على حقوق الأفراد وحررياتهم . ويعد التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري أحد تطبيقات نظرية التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية ، واستناداً لذلك لا يتم الحصول على إذن سابق من السلطات القضائية لتنفيذه . إلا أنه يجب أن تتوفر فيه ذات شروط التنفيذ المباشر .

ومن الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التنفيذ الجبري أن يبيح القانون أو اللوائح استعمال هذا الحق ، أو يرفض الأفراد تنفيذ القوانين واللوائح ولا يوجد أسلوب آخر لحمل الأفراد على احترام القوانين واللوائح غير التنفيذ الجبري ، كما يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة الضرورة (١) .

ويشترط في جميع الحالات أن يكون استخدام القوة المادية متناسباً مع جسامة الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له النظام العام .

ويجب التنويه أخيراً بأن استخدام القوة المادية لا يعنى حتماً مجازاة الأفراد عن أفعال جرمية ارتكبوها . وإنما يقصد بالقوة المادية تلك القوة المستخدمة لمنع وقوع أي إخلال بالنظام العام بعناصره الثلاثة (٢) .

### **المبحث الثالث**

#### **حدود سلطات الضبط الإداري**

من الضروري وضع حدود لاختصاصات الإدارة في ممارستها لسلطات الضبط الإداري يتم من خلالها الموازنة بين تحقيق متطلبات النظام العام وضمان حقوق وحرريات الأفراد، وقد درجت أحكام القضاء الإداري على منح الإدارة حرية واسعة في ممارسة سلطات الضبط الإداري ، غير أنها أخضعتها في ذلك لرقابة القضاء الإداري من نواح عدة . وفي هذا المجال نبين حدود سلطات الضبط الإداري في الأوقات العادية ثم نعرض لحدود هذه السلطة في الظروف الإستثنائية.

#### **المطلب الأول : حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية**

- 
- ١ - ينظر : د. عبد الغني بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٢٨٧ ود. عاشور سليمان صالح - المصدر السابق - ص ١٧٩ .
  - ٢ - محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ٥٥٦ .

تخضع سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية لمبدأ المشروعية الذي يستدعي أن تكون الإدارة خاضعة في جميع تصرفاتها للقانون ، وإلا كانت تصرفاتها وما تتخذه من قرارات باطلاً وغير مشروعاً . وتتمثل رقابة القضاء على سلطات الإدارة في هذه الظروف فيما يلي:

### **أولاً: أهداف الضبط الإداري**

يجب أن تتفقد الإدارة بالهدف الذي من اجله قرر المشرع منح هيئات الضبط هذه السلطات ، فليس للإدارة تخطى هذا الهدف سواء كان عاماً أم خاصاً ، فإذا استخدمت سلطتها في تحقيق أغراض بعيدة عن حماية النظام العام . أوسعت إلى تحقيق مصلحة عامة لكن لا تدخل ضمن أغراض الضبط التي قصدها المشرع فان ذلك يعد انحرافاً بالسلطة ويخضع قرار الإدارة لرقابة القضاء المختص.

### **ثانياً: أسباب الضبط الإداري**

يقصد بسبب الضبط الإداري الظروف الخارجية التي دفعت الإدارة إلى التدخل وإصدار قرارها، ولا يعد تدخل الإدارة مشروعاً إلا إذا كان مبنياً على أسباب صحيحة وجدية من شأنها أن تخل بالنظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

### **ثالثاً: وسائل الضبط الإداري**

يجب أن تكون الوسائل التي استخدمتها سلطات وهيئات الضبط الإداري مشروعة ، ومن القيود التي استقر القضاء على ضرورة اتباعها في استخدام الإدارة لوسائل الضبط الإداري انه لا يجوز أن يترتب على استعمال هذه الوسائل تعطيل الحريات العامة بشكل مطلق لان ذلك يعد إلغاء لهذه الحريات ، والحفاظ على النظام العام لا يلتزم غالباً هذا الإلغاء وإنما يكتف بنقيدها . ومن ثم يجب أن يكون الحظر نسبياً ، اي إن يكون قاصراً على زمان أو مكان معينين.

وعلى ذلك تكون القرارات الإدارية التي تصدرها سلطة الضبط الإداري بمنع ممارسة نشاط عام منعاً عاماً ومطلقاً غير مشروعة . (١)

### **رابعاً: ملائمة قرارات الضبط الإداري**

١ - د. عبد الغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٩٣١ .

لا يكفي أن يكون قرار الضبط الإداري جائزاً قانوناً أو انه قد صدر بناءً على أسباب جدية ، إنما تتسع رقابة القضاء لبحث مدى اختيار الإدارة الوسيلة الملائمة للتدخل ، فيجب أن لا تلجأ إلى استخدام وسائل قاسية أو لا تتلائم مع خطورة الظروف التي صدر فيها . ومن الضروري أن نبين أن سلطة القضاء في الرقابة على الملائمة هي استثناء على القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الإدارة فالأصل هو استقلال الإدارة في تقدير ملائمة قراراتها ، لكن بالنظر لخطورة قرارات الضبط على الحقوق والحريات فان القضاء يبسط رقابته على الملائمة . (١)

وفي هذا المجال لا يجوز مثلاً لرجال الأمن أن يستخدموا إطلاق النار لتفريق تظاهره في الوقت الذي كان استخدام الغاز المسيل للدموع أو خرطوم المياه كافياً لتحقيق هذا الغرض .

### **المطلب الثاني: حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية**

قد تطرأ ظروف إستثنائية تهدد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية ، وتجعلها عاجزة عن توفير وحماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات السابق بيانها . وفي هذه الحالة لا بد أن تتسع سلطات هيئات الضبط لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ إجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الظروف الإستثنائية .

على أن الظروف الإستثنائية أياً كانت صورتها حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق ، فلا يعدو أن يكون الأمر توسعاً لقواعد المشروعية ، فالإدارة تبقى مسؤولة في ظل الظروف الإستثنائية على أساس الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الإستثنائية يقاس بميزان آخر غير أن ذلك الذي يقاس به الخطأ في الظروف العادية .

### **أولاً : التنظيم القانوني لسلطة الضبط في الظروف الإستثنائية**

وحيث أن نظام الظروف الإستثنائية من شأنه المساس المباشر بحقوق وحريات الأفراد التي يكفلها الدستور ، فلا بد أن يتدخل المشرع لتحديد ما إذا كان الظروف إستثنائياً ام لا، ويتم ذلك باتباع أسلوبين : الأول أن تصدر قوانين تنظيم سلطات الإدارة في الظروف الإستثنائية بعد وقوعها ، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم لأنه يحرم السلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الإستثنائية إلا بعد موافقة السلطة التشريعية ، ويعيبه أن هناك من الظروف الإستثنائية ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار تلك

---

١- د. محمود أبو السعود حبيب - المصدر السابق - ص ٣٨٦

التشريعات بالإجراءات الطويلة المعتادة (١) ، بينما يتمخض الأسلوب الثاني عن وجود قوانين منظمة سلفاً لمعالجة الظروف الإستثنائية قبل قيامها ويرخص الدستور للسلطة التنفيذية بإعلان حالة الظروف الإستثنائية والعمل بمقتضى هذه القوانين .

ولا يخفى ما لهذا الأسلوب من عيوب تتمثل في احتمال إساءة الإدارة سلطتها في إعلان حالة الظروف الإستثنائية في غير أوقاتها للاستفادة مما يمنح لها المشرع من صلاحيات في تقييد حريات الأفراد وحقوقهم.

وقد اخذ المشرع الفرنسي بالأسلوب الأخير إذا منحت المادة السادسة عشرة من دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ رئيس الجمهورية الفرنسية سلطات واسعة من اجل مواجهه الظروف الإستثنائية. (٢)

### ثانياً : حالات اعلان حالة الطوارئ في العراق

لايجوز اعلان حالة الطوارئ الا في حالات معينة يتعرض فيها الامن والنظام العام للخطر في جميع ارجاء الدولة او في جزء منها . وقد حدد المشرع العراقي هذه الحالات في قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ فيما يلي :

١- اذا حدث خطر من غارة عدائية او اعلنت الحرب او قامت حالة حرب او اية حالة تهدد بوقوعها .

٢- اذا حدث اضطراب خطير في الامن العام او تهديد خطير له .

٣- اذا حدث وباء عام او كارثة عامة . (٣)

---

(١)- د. صبيح بشير مسكوني- القضاء الإداري - المصدر السابق ص ٧١

(٢) - بمقتضى الدستور الفرنسي ١٩٥٨ تعلن الأحكام العرفية بمرسوم في مجلس الوزراء، ولا يجوز ان تمدد تلك الأحكام لاكثر من اثنتي عشر يوماً إلا بأذن من البرلمان.تنظر المادة (٣٦) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.

(٣) - من التشريعات التي نظمت حالة الظروف الاستثنائية في العراق : مرسوم الإدارة العرفية رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ الذي نظم الأحكام العرفية و قانون السلامة الوطنية رقم (٤) الصادر في سنة ١٩٦٥. الذي حل محله أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ والنافذ حالياً. إضافة إلى ذلك هناك بعض التشريعات الموسعة لسلطة الإدارة، وهي قانون الاستعانة الاضطرارية رقم (٢٤) لسنة ١٩٣٦ الملغي

في حين خول امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ رئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالاجماع اعلان حالة الطوارئ في اية منطقة من العراق عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الافراد في حياتهم ، وناشئ من حمله مستمرة للعنف ، من أي عدد من الاشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق او تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين او أي غرض اخر .

### ثالثا : النتائج المترتبة على اعلان حالة الطوارئ

يترتب على اعلان حالة الطوارئ مجموعة من الاثار وقد حددت المادة الثالثة من امر قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ والتي تفضي الى منح الادارة اختصاصات استثنائية مقيد للحرية اهمها مايلي :

- ١- توقيف وتفتيش الافراد دون استحصال مذكرة قضائية
- ٢- وضع قيود على حرية المواطنين او الاجانب في السفر والانتقال والتجول والتجمع والمرور من وإلى العراق وحمل او استخدام الاسلحة والذخائر والمواد الخطره .
- ٣- احتجاز المشتبه بسلوكهم وتفتيش منازلهم واماكن عملهم .
- ٤- فرض حضر التجوال لفترة محددة على المنطقة التي تشهد تهديدا خطيرا على الامن او تشهد تفجيرات او اضطرابات وعمليات مسلحة معادية واسعه .
- ٥- فرض قيود على الاموال وعلى حيازة الاشياء الممنوعة ووضع الحجز الاحتياطي على اموال المتهمين بالتامر والتمرد والعصيان المسلح والاضطرابات المسلحة وعمليات الاغتيال والتفجير ، وعلى اموال من يشترك او يتعاون معهم باية كيفية .
- ٦- اتخاذ اجراءات احترازية على الطرود والرسائل والبرقيات ووسائل واجهزة الاتصال السلكية والاسلكية كافة . ويمكن فرض المراقبة على هذه الوسائل وتفتيشها وضبطها .
- ٧- فرض قيود على وسائل النقل والمواصلات البريدية والجوية والمائية في مناطق محدددة لفترة محددة .

---

بموجب المادة (١٠) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦١ وقانون التعيئة رقم (١٢) لسنة ١٩٧١ المعدل بقانون رقم (٧٣) لسنة ١٩٧٣ وقانون الدفاع المدني رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٨ المعدل

٨- فرض قيود على المحال العامة والتجارية والنوادي والجمعيات والنقابات والشركات والمؤسسات والدوائر من حيث تحديد مواعيد فتحها وغلقها ومراقبة اعمالها ووضعها تحت الحراسة وحلها وايقافها مؤقتا .

٩- ايقاف العمل مؤقتا او بصوره دائمية باجازات الاسلحة والذخيرة والمواد الخطيرة والمفرقة والمتفجرة وحيازتها او الاتجار بها .

ومن المهم القول ان المادة الثانية من امر الدفاع عن السلامة الوطني العراقي تنص على ان حالة الطوارئ تعلن بامر يتضمن الحالة التي اعلنت حالة الطوارئ بسببها ، وتحديد المنطقة التي تشملها ، وتحديد بدء سريانها ومدتها على ان لا تمتد اكثر من ( ٦٠ ) ستين يوما او تنتهي بعد زوال الخطر او الظرف الذي استدعى قيامها او ايهما اقل ويجوز تمديد حالة الطوارئ بصورة دورية كل ثلاثين يوما ببيان تحريري من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة اذا استدعت الضرورة ذلك وينتهي العمل بها تلقائيا اذا لم تمدد تحريريا في نهاية اية فترة تمديد .

ومن الجدير بالذكر ان للقضاء الإداري دور مهم في الرقابة على قرار السلطة التنفيذية بإعلان حالة الطوارئ ، فالقاضي في هذه الظروف يراقب ابتداء " قرار إعلان حالة الطوارئ ومن الملاحظ ان المشرع الدستوري العراقي قد أخضع هذا القرار لرقابة البرلمان ، وذلك من خلال اشتراطه حصول موافقة مجلس النواب بأغلبية ثلثي الأعضاء على هذا القرار . (١)

ولا شك ان هذا الشرط يفرض شكل من الرقابة السياسية لممثلي الشعب على قرار رئيس الوزراء بإعلان حالة الطوارئ وهو أمر مهم حتما إلا أنه لا يعول عليه دائما لاسيما عندما يكون البرلمان ضعيف أو عندما يمثل رئيس الوزراء الأغلبية المطلقة لأعضاء البرلمان فتتعدم الجدوى من الرقابة البرلمانية . (٢)

#### **رابعا : الرقابة على التدابير المتخذة بناءً على إعلان حالة الطوارئ**

(١) للمزيد ينظر د. مازن ليلو راضي و د. حيدر ادهم عبد الهادي-حقوق الإنسان وحياته الأساسية-دار قنديل -عمان ٢٠٠٨-ص ١٨٩ وما بعدها

(٢) - د. صبيح بشير مسكوني - القضاء الإداري - المصدر السابق - ص ٧١ .

خضوع التدابير المتخذة في حالة الطوارئ إلى رقابة القضاء هو ما يميز هذه النظرية عن نظرية أعمال السيادة التي تعد خروجاً على المشروعية ويمنع القضاء من الرقابة على الأعمال الصادرة استناداً إليها . كما تتميز عن نظرية السلطة التقديرية للإدارة التي يكون دور القضاء في الرقابة عليها محدوداً بالمقارنة مع رقابته على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية .

وقد أباح مجلس الدولة الطعن في مرسوم الأحكام العرفية وبسط رقابته على الإجراءات المتخذة بناء على هذا المرسوم باعتبارها قرارات إدارية(١).

أما في العراق فقد ميز المشرع بين نوعين من التدابير المتخذة بناء على إعلان حالة الطوارئ ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٩) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية النافذ بقولها ((تخضع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز، ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم، وانتهاءً بالمحكمة الاتحادية العليا، وللمحاكم المذكورة تقرير إلغاء تلك القرارات والإجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها أو إقرارها، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والإجراءات)).

ومن ثم فإن المشرع قد نص على شكلين من التدابير يمكن إصدارها في حالة الطوارئ الأولى هي القرارات الإدارية التي يتخذها رئيس الوزراء أثناء هذه الفترة استناداً إلى وظيفته كتلك المتمثلة بفرض القيود على وسائل النقل والمواصلات البرية والجوية والمائية في مناطق محددة ولفترة محددة(٢).

أما الثاني فيتمثل في الإجراءات وهي تلك التي تتخذ في إطار الدعوى الجزائية بخصوص الجرائم المرتكبة أثناء فترة الطوارئ . وقد اخضع المشرع هذين النوعين من

---

(١) ولقد بسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الإجراءات المتخذة بناء على مرسوم الاحكام العرفية منذ زمن بعيد وقبل ان يجيز الطعن في مرسوم اعلان هذه الاحكام في حكم ((Huckel)) ، اذ ترجع رقابة المجلس هذه الى سنة ١٨٧٤ في حكم أصدره يسمى ((Chéron)) حيث قرر فيه بشكل قاطع اعتبار هذه الإجراءات قرارات إدارية خاضعة لرقابة القضاء الاداري . ينظر د. محسن خليل، د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص ٣٠١-٣٠٢.

(٢) ينظر الفقرة (٥) من المادة (٣) من امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤.

التدابير الى رقابة القضاء بنوعيه الإداري فيما يتعلق بالأولى والقضاء العادي في ما يخص الثانية. (١).

وعلى العموم فان رقابة القضاء على نشاط الإدارة في الظروف الاستثنائية يمارس على أسباب قرارها الإداري والغاية التي ترمي إليها الإدارة في اتخاذه ولا يتجاوز في رقابته إلى العيوب الأخرى، الاختصاص والشكل والمحل وهو ما استقر عليه القضاء الإداري في العديد من الدول . (٢)

ولا شك ان القضاء الإداري يمارس دوراً مهماً في تحديد معالم نظرية الظروف الاستثنائية، ويضع شروط الاستفادة منها ويراقب الإدارة في استخدام صلاحياتهم الاستثنائية حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وهذه الشروط هي:

١- وجود ظرف استثنائي يهدد النظام العام وحسن سير المرافق العامة سواء تمثل هذا الظرف بقيام حرب أو اضطراب أو كارثة طبيعية .

٢- تعجز الإدارة عن أداء وظيفتها باستخدام سلطاتها في الظروف العادية، فتلجأ لاستخدام سلطاتها الاستثنائية التي توافرها هذه النظرية .

٣- تحدد ممارسة السلطة الاستثنائية بمدة الظرف الاستثنائي فلا يجوز الإدارة أن تستمر في الاستفادة من المشروعية الاستثنائية مدة تزيد على مدة الظرف الاستثنائي.

٤- أن يكون الإجراء المتخذ متوازناً مع خطورة الظرف الاستثنائي وفي حدود ما يقتضيه. (٣)

---

(١) لاشك ان نص المشرع غير موفق الى حد كبير اذ ان محكمة التمييز ليست محكمة موضوع لتمارس هذا النوع من الرقابة والأمر ذاته بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا . الا اننا لانرى بد من تفسير قصد المشرع بانه اراد اخضاع القرارات المتخذة في فترة اعلان حالة الطوارئ الى القضاء الاداري الذي يتم الطعن في قراراته امام المحكمة الاتحادية العليا . ويتم الطعن في الاجراءات امام القضاء العادي الذي يطعن في احكامه امام محكمتي التمييز في العراق واقليم كردستان.

(٢) - د. عبد القادر باينه - القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي - دار توبقال للنشر المغرب - ١٩٨٥ - ص ٢٨ .

(٣) - ينظر: د. أحمد مدحت علي - نظرية الظروف الاستثنائية - القاهرة - ١٩٧٨ - ص ١٩ .

## الفصل الثاني

### المرفق العام

يعد المرفق العام المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة وتتولاه الإدارة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد ، وتسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة . وتعد فكرة المرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري وترد إليها معظم النظريات والمبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية والأموال العامة والوظيفة العامة.

ونبين في هذا الجزء من الدراسة مفهوم المرفق العام والمبادئ التي تحكم المرافق

العامة وأخيراً طرق إدارة المرافق العامة وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية المرفق العام .

المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم المرافق العامة .

المبحث الثالث : طرق إدارة المرافق العامة .

## المبحث الأول ماهية المرفق العام

البحث في ماهية المرفق العام يستدعي منا أن نبين تعريفه وعناصره ، ثم نستعرض أنواع المرافق العامة ونوضح أخيراً إنشاء وإلغاء هذه المرافق.

### المطلب الأول : تعريف وعناصر المرفق العام

ليس من السهل تعريف المرفق العام، ولعل صعوبة تعريفه تعود إلى إن عبارة المرفق العام مبهمه ولها معنى عضوي و آخر موضوعي . (١)  
المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري. أما المعنى الموضوعي فيتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة.

وعلى ذلك يمكن القول بأن المرفق العام هو في حالة السكون المنظمة التي تقوم بنشاط معين ، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه.

وقد تراوح التعريف بين هذين المعنيين فقد أكد بعض الفقهاء على العنصر العضوي للمرفق العام، بينما تناوله البعض الأخر من الناحية الوظيفية أو الموضوعية ، وبعد أن كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي، تطورت أحكامه للجميع بين المعنيين، ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي .

---

١ - ريمون اودان- النزاع الإداري-ترجمة سيدي الضياف-مركز النشر الجامعي - تونس ٢٠٠٠ - ص ٣١٦.

للمزيد ينظر :

- د. محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ١٩٨٢ - ص ١٦ .
- د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري المصري والمقارن - ج ١. ص ٨٩ وما بعدها .
- د. ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري ١٩٦٨ - ص ٨٠ وما بعدها.
- د. عثمان خليل عثمان - في نظرية المرافق العامة - القاهرة ١٩٥٨ - ص ٢٤٥.
- د. توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - ص ٣٧٨ وما بعدها .
- د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة في العقود الإدارية - ص ٦٥ وما بعدها .

وفي ذلك يعرف الأستاذ " ريفيرو " المرفق العام بمعناه الوظيفي بأنه نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام .(١)

ويعرفه الدكتور طعيمة الجرف بأنه " نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور " . (٢)

غير أن تطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة أدى إلى ظهور المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية التي يمكن أن تدار بواسطة الأفراد أو المشروعات الخاصة مما قاد إلى انفصال العنصر العضوي عن الموضوعي وأصبح من حق الإدارة أن تنظم نشاط معين في صورة مرفق عام وتعهد به إلى الأفراد فيتوافر فيه العنصر الموضوعي دون العضوي.

وقد اعترف مجلس الدولة في فرنسا للمرافق الاقتصادية والتجارية بصفة المرفق العام، بل أطلق هذه الصفة على بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التي تخضع لترخيص أداري مقيد ببعض الشروط، وفق ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية .(٣)

وفي الاتجاه ذاته اعترف القضاء الإداري في مصر للمرافق الاقتصادية بصفة المرافق العامة وأخضعها لنظام القانون العام . (٤)

وعلى العموم يمكن الجمع بين المعنى العضوي والوظيفي للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام لوجود التقاء بين المعنيين ، عندما تسعى الهيئات العامة التابعة لشخص من أشخاص القانون العام إلى تحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد، وهذا يحصل دائماً في المرافق العامة الإدارية.

---

1- *Rivero(J), Precis de droit administratif, paris 1970-P447*

٢- د طعيمة الجرف - القانون الإداري - ١٩٨٥ - ص ٥٣ .

٣ - محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - المصدر السابق - ص ١٦ .

٤ - قضت محكمة القضاء الإداري في مصر ((.. أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح فما الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية كما أن من صفات المرفق أيضاً أن يخضع في إدارته للسلطة الحاكمة، بمعنى أن تكون الكلمة النهائية في إدارة المشروع وتنظيمه للسلطة العامة وأن يكون لها على الأقل الرأي النهائي فيما يتعلق بالمشروع. هذا إلى جانب أن المرافق العامة تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة. )) ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٢ - ٦ - ١٩٥٧ . في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية.

ومن خلال ذلك يمكن ان نعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لأخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام .

### **عناصر المرفق العام**

من التعريف السابق يتضح أن هناك ثلاثة عناصر يجب توافرها حتى يكتسب المشروع صفة المرفق العام ويعود العنصر الأول إلى الهدف الموكل إلى المرفق الذي يقوم بالنشاط والثاني ارتباط المشروع بالإدارة ورقابتها لسير العمل فيه وأخيراً استخدام إمتيازات السلطة العامة .

#### **أولاً : عنصر الهدف**

لابد أن يكون الغرض من المرفق العام تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين.

وعلى ذلك يعد تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره في المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام.

ومع ذلك فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدانها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيس ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين كما هو الحال بالنسبة لمرفق الكهرباء والقضاء لا يسعى لكسب عوائد مالية بقدر ما يعد وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين .(١)

ومن المهم القول إن هدف المنفعة العامة الذي اعترف القضاء الإداري به عنصراً من عناصر المرفق العام لا يمكن تحديده بدقة ، فهو هدف قابل للتطور ويتوقف على تقدير القاضي إلى حد كبير .

وفي هذا السبيل ذهب جانب من الفقه إلى القول بإن المشروعات التي تنشئها الدولة وتعتبر مرافق عامة هي تلك التي تستهدف تحقيق وجهاً من وجوه النفع العام الذي

---

١ - د. محمد عبدالله الحراري - المصدر السابق - ص ١٩١ .

د. محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ١٣٨ .

عجز الأفراد وأشخاص النشاط الخاص عن القيام بها، أو لا يستطيعون القيام بها على أكمل وجه. (١).

إلا أن المنتبج لأحكام القضاء الإداري الفرنسي يجد أنه اعتبر الكثير المشروعات الخاصة ذات النفع العام والتي تخضع لترخيص مرافق عامة ، وفق ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية ، رغم إن نشاطها من السهل أن يتولاه الأفراد، ومن ذلك حكم Terrier ١٩٠٣ المتعلق بقتل الثعابين ، وحكم Therond ١٩١٠ الخاص برفع جنث الحيوانات. (٢)

**ثانياً : عنصر الإدارة**

تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة ويجب أن يكون نشاط المرفق العام منظماً من جانب الإدارة وموضوعاً تحت إشرافها ورقابتها، وخاضعاً لتوجيهها لضمان عدم انحرافه عن المصلحة العامة لحساب المصالح الخاصة (٣).

وإذا عهدت الإدارة إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة بإدارة المرافق فإن هذا لا يعني تخليها عن ممارسة رقابتها وإشرافها عليه من حيث تحقيقه للمصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة للأفراد، ونفس الأمر إذا أصبحت الإدارة بيد هيئة خاصة بمقتضيات المصلحة العامة تقتضي النص على إخضاع هذه الهيئة الخاصة كاملة فلا نكون أمام مرفق عام. (٤)

### **ثالثاً : وجود إمتيازات السلطة العامة**

يلزم لقيام المرافق العامة أن تتمتع الجهة المكلفة بإدارة المرفق العام بإمتيازات غير مألوفة في القانون الخاص تلائم الطبيعة الخاصة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة. غير أن هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على اعتبار أن التطورات الاقتصادية وتشعب أنشطة الإدارة أفرزت إلى جانب المرافق العامة الإدارية مرافق عامة صناعية

---

١ - د. عبدالغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٤٠٢.

2- 6-2-1903 Terrier P94 Concl Romieu.G.A.P.63 - 4Mars 1910 Therond P.193  
Concl Pichat, GA P.92

٣ - ريمون اودان - المصدر السابق - ص ٣١٩ .

٤- مع إن هناك جانب من الفقه تؤيده بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى أن ما يمكن تسميته بالمرافق العامة الفعلية وهي مشروعات الخاصة ذات النفع العام ، تخضع لبعض أحكام المرافق العامة، إلا إن هذا الاتجاه يتعارض والمستقر في مبادئ وأحكام القانون الإداري التي تقضي بضرورة وجود نص يخول الإدارة إنشاء المرافق العامة.

وتجارية تخضع في الجانب الأكبر من نشاطها إلى أحكام القانون الخاص كما أن خضوع المرفق للقانون العام هو مجرد نتيجة لثبوت الصفة العامة للمرفق ، ومن غير المنطقي أن تعرف الفكرة بنتائجها .(١)

غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي من حيث أن المرافق العامة الصناعية والتجارية وأن كنت تخضع في بعض جوانبها لأحكام القانون الخاص لأنها لا تدار بنفس الكيفية التي تدار بها المشروعات الخاصة كما أن إرادة المشرع في إنشائها تضعها في إطار نظام قانوني غير مألوف وإن لم تتضمن إمتيازات غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن هنا نرى ضرورة خضوع المرافق العامة لنظام قانوني متميز عن نظام القانون الخاص بسبب طبيعتها المتميزة واستهدافها المصلحة العامة ومن قبيل ذلك حقها في التنفيذ المباشر وحقها في استيفاء الرسوم، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي .(٢)

### **المطلب الثاني: أنواع المرافق العامة**

لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تبعاً للزاوية التي ينظر منها إليها ، فمن حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه تنقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية، ومرافق مهنية، ومن حيث استقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن حيث نطاق نشاطها إلى مرافق قومية وأخرى محلية .  
ومن حيث مدى الالتزام بإنشائها إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية.

### **أولاً: المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها .**

تنقسم المرافق العامة من حيث موضوع نشاطها أو طبيعة هذا النشاط إلى ثلاثة أنواع :

#### **١. المرافق العامة الإدارية :**

١ ينظر في هذا الرأي :

د . عبدالغني بسيوني - القانون الإداري -المصدر السابق - ص ٤٠٤ .

د . محمود ابو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٦ .

د.محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - المصدر السابق - ص ٢٧ .

2- S-3-1-1961 Mangnier P.33 R.D.P 1961.P.155. Concl. Fournier

وينظر في هذا الرأي : د . محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ١٩٢ .

يقصد بالمرافق العامة الإدارية تلك المرافق التي تتناول نشاطاً لا يزاوله الأفراد عادةً أما بسبب عجزهم عن ذلك أو لقلّة أو انعدام مصلحتهم فيه، ومثالها مرافق الدفاع والأمن والقضاء. (١)

وتخضع المرافق الإدارية من حيث الأصل لأحكام القانون الإداري، فعمالها يعتبرون موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة، وتصرفاتها أعمالاً إدارية، وقراراتها تعد قرارات إدارية وعقودها عقوداً إدارية، وبمعنى آخر تتمتع المرافق العامة الإدارية باستخدام إمتيازات السلطة العامة لتحقيق أهدافها. إلا أنها قد تخضع في بعض الأحيان استثناءً لأحكام القانون الخاص، وذلك عندما يجد القائمون على إدارتها أن هذا الأسلوب يكفي لتحقيق أهداف المرفق وتحقيق المصلحة العامة.

## ٢. المرافق الاقتصادية :

بفعل الأزمات الاقتصادية وتطور وظيفة الدولة ظهر نوع آخر من المرافق العامة يزاوّل نشاطاً تجارياً أو صناعياً مماثلاً لنشاط الأفراد و تعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام.

والأمثلة على هذه المرافق كثيرة ومنها مرفق النقل والمواصلات ومرفق توليد المياه والغاز ومرفق البريد.

وقد اختلف الفقه حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإدارية وعلى النحو التالي:

### أ- المعيار الشكلي .

يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة فإنه مرفق اقتصادي ، وبالعكس ذلك لو تمت إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها وإشرافها وباستخدام أساليب السلطة العامة فهو مرفق عام إداري.

### ب- معيار الهدف .

١ - د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣١٣ .

اتجه هذا المعيار إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة. في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد .

غير أن هذا المعيار يتسم بالقصور من حيث أن الربح الذي تحققه المرافق الاقتصادية ليس الغرض الأساسي من إنشائها بل هو أثر من آثار الطبيعة الصناعية أو التجارية التي تمارسها فهي تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة .(١) كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تتقاضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها.

### ج- معيار القانون المطبق .

ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس النظام القانوني الذي يخضع له المرفق . فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصادياً وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري . غير أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، وليس العكس أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص هو نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق. كما أن خضوع المرفق العام للقانون الخاص مجرد قرينة على أن هذا المرفق ذو صفة اقتصادية ولكن لا يمكن الاعتماد عليها بثبوت هذه الصفة قطعاً .(٢)

### د - معيار طبيعة النشاط .

ذهب رأي آخر من الفقه وهو الرأي الراجح إلى أن المرفق يكون اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به يعد نشاطاً تجارياً بطبيعته طبقاً لموضوعات القانون التجاري، ويعتبر المرفق مرفقاً عاماً إدارياً إذا كان النشاط الذي يمارسه نشاطاً إدارياً ومما يدخل في نطاق القانون الإداري.

١ - ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٢ / ٦ / ١٩٥٧ / مشار إليه سابقاً .

٢ - د. محمود ابو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٨ .

وقد أخذ بهذا الرأي جانب كبير من الفقهاء، ومع أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعتمد معياراً واحداً منها وإنما أخذ بمعيار يقوم على فكرتين أو عنصرين :-  
**العنصر الأول :** ويعتمد على موضوع وطبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق الاقتصادي الذي يتمثل مع النشاط الخاص.

**العنصر الثاني :** يتعلق بالأساليب وطرق تنظيم وتسيير المرفق في ظل ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الصناعية .(١)

أما بخصوص القانون الذي تخضع له المرافق الاقتصادية فقد استقر القضاء الإداري على أن تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلائم مع المستجدات وتمتعها ببعض إمتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وينعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري .  
وبهذا المعنى فهي تخضع لنظام قانوني مختلط يجمع بين أحكام القانون الخاص والقانون العام معاً.

### ٣- المرافق المهنية :

وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة ويخولهم القانون بعض إمتيازات السلطة العامة .مثل نقابات المهندسين والمحامين والأطباء وغيرها من النقابات المهنية الأخرى.

وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها أصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، لا سيما في فرنسا التي ظهرت فيها لجان تنظيم الإنتاج الصناعي عام ١٩٤٠ .

وتخضع هذه المرافق لنظام قانوني مختلط فهي تخضع لنظام القانون العام واختصاص القضاء الإداري في بعض المنازعات المتعلقة بنشاطها غير أن الجانب الرئيس من نشاطها يخضع لأحكام القانون الخاص.

فالمنازعات المتعلقة بنظامها الداخلي وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وشؤونها المالية تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية، أما المنازعات المتصلة

---

1- De laudere – OP Cit P. 649 .

بمظاهر نشاطها كمرفق عام وممارستها لإمكانيات السلطة العامة فتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري. (١)

ومن ثم فإن المرافق المهنية تتفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في إمكانيات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرفق في المرافق الاقتصادية .

### **ثانياً : المرافق من حيث استقلالها**

تنقسم المرافق العامة من حيث استقلالها إلى مرافق تتمتع بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

١- **المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية** : وهي المرافق التي يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عامة مع خضوعها لقرار من الرقابة أو الوصاية الإدارية.

٢- **المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية** : وهي المرافق التي لا يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العام وتكون تابعة لها، كالدولة أو الوزارات أو المحافظات، وهي الغالبية العظمى من المرافق العامة .

وتبدو أهمية هذا التقسيم في مجال الاستقلال المالي والإداري وفي مجال المسؤولية ، إذ تملك المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية قدرة كبيرة من الاستقلال الإداري والمالي والفني في علاقتها بالسلطة المركزية مع وجود قدر من الرقابة كما أوضحنا ، غير أن هذه الرقابة لا يمكن مقارنتها بما تخضع له المرافق غير المتمتعة بالشخصية المعنوية من توجيه وإشراف مباشرين من السلطات المركزية ، أما من حيث المسؤولية فيكون المرفق المتمتع بالشخصية المعنوية مستقلاً ومسؤولاً عن الأخطاء التي يتسبب في إحداثها للغير في حين تقع هذه المسؤولية على الشخص الإداري الذي يتبعه المرفق العام في حالة عدم تمتعه بالشخصية المعنوية.

### **ثالثاً: المرافق العامة من حيث نطاق نشاطها**

تنقسم المرافق العامة من حيث نطاق أو مجال عملها إلى مرافق قومية ومرافق محلية.

#### **١- المرافق القومية**

١ - د. محمود محمد حافظ - المصدر السابق - ص ٧٨ .

يقصد بالمرافق القومية تلك المرافق التي يتسع نشاطها ليشمل كل إقليم الدولة. كمرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة، ونظراً لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق فأنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثليها أو فروعها في المدن، ضماناً لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقاً للمساواة في توزيع خدماتها.

وتتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب فيها المرافق القومية بحكم إدارتها لها والإشراف على شؤونها.

## ٢- المرافق المحلية :-

ويقصد بها المرافق التي يتعلق نشاطها بتقديم خدمات لمنطقة محددة أو إقليم معين من أقاليم الدولة، ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كمرفق النقل، أو مرفق توزيع المياه أو الكهرباء وغيرها من المرافق التي تشبع حاجات محلية.

وتتميز المرافق المحلية بالاختلاف والتنوع في أساليب إدارتها بحكم اختلاف وتنوع حاجات كل وحدة محلية أو إقليم تمارس نشاطها فيه كما أن المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب بإحداثها المرافق المحلية أو موظفيها ويتحملها الشخص المعنوي المحلي أو الإقليمي. (١)

## رابعاً: المرافق العامة من حيث مدى الالتزام بإنشائها

تنقسم المرافق العامة من حيث حرية الإدارة في إنشائها إلى مرافق اختيارية وأخرى إجبارية :-

## ١- المرافق الاختيارية .

١ - ينظر في هذا الشأن :

- د. منير شلبي - المرفق المحلي - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٧ .
- د. صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣١٩ .
- د. أنور أحمد رسلان - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٢١٦ .
- د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - المصدر السابق - ص ١٩٩ .
- د. د. محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - المصدر السابق - ص ١٣٨ .
- د. محمد مختار عثمان - المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية - المصدر السابق ص ١٦٨ .

الأصل في المرافق العامة أن يتم إنشائها بشكل اختياري من جانب الدولة . وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرفق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارته.

ومن ثم لا يملك الأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام معين ولا يملكون الوسائل القانونية التي يمكنهم حملها على إنشاء هذا المرفق أو مقاضاتها لعدم إنشائها له. ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشئها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة لاختيارية(١).

## ٢ - المرافق العامة الإجبارية :

إذا كان الأصل أن يتم إنشاء المرافق العامة اختيارياً فإن الإدارة استثناء تكون ملزمة بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها ومثال ذلك إنشاء الإدارة لمرفق الأمن والصحة فهي مرافق إجبارية بطبيعتها وتهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالباً ما تصدر القوانين بإنشائها.

## المطلب الثالث : إنشاء وإلغاء المرافق العامة

نعرض في هذا المطلب المبادئ المتعلقة بإنشاء وإلغاء المرافق العامة .

### أولاً : إنشاء المرافق العامة :

عندما تجد السلطة المختصة أن حاجة الجمهور تقتضي إنشاء مرفقاً عاماً لإشباعها ويعجز الأفراد عن ذلك، فإنها تتدخل مستخدمة وسائل السلطة العامة وتنشئ المرفق العام. وحيث إن إنشاء المرافق العامة يتضمن غالباً المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم لاعتمادها أحياناً على نظام الاحتكار الذي يمنع الأفراد من مزاوله النشاط الذي يؤديه المرفق وفي أحيان أخرى يقيدهم بممارسة نشاطات معينة بحكم تمتع المرافق العامة بوسائل السلطة العامة وإمтиازاتها التي تجعل الأفراد في وضع لا يسمح لهم بمنافسة نشاطات هذه المرافق ولأن إنشاء المرافق العامة يتطلب اعتمادات مالية كبيرة في الميزانية لمواجهة نفقات إنشاء هذه المرافق وإدارتها.

---

١ - د.محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - المصدر السابق - ص ١٣٨ .  
و د.محمد مختار عثمان - المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية - المصدر السابق ص ١٦٨ .

فقد درج الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية أي أن تتدخل السلطة التشريعية مباشرة فتصدر قانوناً بإنشاء المرفق أو أن تعهد بسلطة إنشاء المرفق إلى سلطة أو هيئة تنفيذية. وكان هذا الأسلوب سائداً في فرنسا حتى عام ١٩٥٨ عندما صدر الدستور الفرنسي دون أن يذكر أن إنشاء المرافق العامة ضمن الموضوعات المحجوزة للقانون، وأصبح إنشاء هذه المرافق في اختصاص السلطة التنفيذية دون تدخل من جانب البرلمان إلا في حدود الموافقة على الاعتمادات المالية اللازمة لإنشاء المرفق(١) .

مع ضرورة التنبيه إلى أن إنشاء المرافق العامة يتم بأسلوبين :

**الأول :** أن تقوم السلطة المختصة بإنشاء المرفق ابتداءً .

**والثاني :** أن تعتمد السلطة إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة إلى الملكية العامة، كتأميمها لاعتبارات المصلحة العامة مقابل تعويض عادل .

### **ثانياً : إلغاء المرافق العامة**

بينما أن الأفراد لا يملكون إجبار الإدارة على إنشاء المرافق العامة ولا يستطيعون إجبارها على الاستمرار في تأدية خدماتها إذا ما قدرت السلطة العامة إن إشباع الحاجات التي يقدمها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام أو لاعتبارات أخرى تقدرها هي وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة.

والقاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء ، فالمرفق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك ، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق .

---

١ - أنظر : د. محمود ابو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٢٩ .

د.محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - المصدر السابق - ص ١١٢ .

د. عثمان خليل - مذكرات في المرافق العامة - المصدر السابق - ٦١ .

أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها. أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تأول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين . (١)

## المبحث الثاني

### المبادئ التي تحكم المرافق العامة

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ العامة التي استقر عليها القضاء والفقهاء والتي تضمن استمرار عمل هذه المرافق وأدائها لوظيفتها في إشباع حاجات الأفراد ، وأهم هذه المبادئ مبدأ استمرار سير المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق للتغيير ومبدأ المساواة بين المنتفعين .

### المطلب الأول : مبدأ استمرار سير المرفق العام

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية. لذلك كان من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام. ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة ، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق .

### أولاً : تحريم الإضراب

١ - د. محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - المصدر السابق - ص ١٢٩ .

يقصد بالإضراب توقف بعض أو كل الموظفين في مرفق معين عن أداء أعمالهم لمدة معينة كوسيلة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيتهم إلى ترك العمل نهائياً .

وللإضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجه إلى الأضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الإضراب، ومدى تحريمه فهناك من الدول التي تسمح به في نطاق ضيق. (١)

غير أن أغلب الدول تحرمه وتعاقب عليه ضماناً لدوام استمرار المرافق العامة.

### ثانياً : تنظيم الاستقالة

في تطبيقات هذا المبدأ تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهاء خدمتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

### ثالثاً : الموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص. (٢)

ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولون وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة. (٣)

---

١ - من الدول التي تقر حق الإضراب للموظفين فرنسا وكندا والمكسيك ومن الدول التي تحرمه بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وبلجيكا.

للمزيد ينظر د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - المصدر السابق ص ٢٠٤ .

و د. ناصف هلال - إضراب العاملين بين الإجازة والتحرير رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٤ و

د. عبد المنعم فهمي مصطفى - عمال الإدارة وحرية الرأي - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٧ .

٢ - د. ماجد راغب الحلو - نظرية الظاهر في القانون الإداري - مجلة الحقوق والشريعة الكويتية ص ٤

١٤ ١٩٨٠ - ص ٥٨ .

٣ - د. مازن ليلو راضي - الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة - دار المطبوعات الجامعية -

الإسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ١٠٤ و د. زهدي يكن - القانون الإداري - المكتبة العصرية - بيروت - ص

٣٨٦ و د. عبد الحميد كمال حشيش - دراسات في الوظيفة العامة - دار النهضة العربية ١٩٧٧ - ص

٢٣٩ .

غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة اعترف القضاء والفقهاء ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسن النية .

#### رابعاً : نظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجه عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق للمتعاقد مع الإدارة فإن للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد وتحمل بعض عبئ هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً .

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة .

#### خامساً: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام .

خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاءً لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها .

ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتزم، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة ولأن المرافق العامة أياً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة . (١)

١ - سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٧٧ .

## المطلب الثاني : مبدأ قابلية المرفق للتغيير

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل بإدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي .

وقد استقر القضاء والفقهاء على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أيأ كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام .  
كما أن علاقة الإدارة بالموظفين التابعين لها في المرافق علاقة ذات طبيعة لائحية. فلها دون الحاجة إلى موافقتهم نقلهم من وظيفة إلى أخرى أو من مكان إلى آخر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد " بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين " إذ أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها (١).

وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد وقد اعترف القضاء والفقهاء بهذه الفكرة ولاقت القبول تأسيساً على أن طبيعة احتياجات المرافق العامة المتغيرة باستمرار هي التي

---

١ - للمزيد ينظر :

د. مازن ليلو راضي - العقود الإدارية - في القانون الليبي ١ دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية -

٢٠٠٢ ص ١٠٧ وما بعدها .

تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالإمتيازات المالية .

وفي هذا الاتجاه يذكر الدكتور "سليمان الطماوي" إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة. (١)

### **المطلب الثالث: مبدأ المساواة بين المنتفعين**

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي . ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق التي تقتضي بمساواة الجميع أمام القانون ولا تمييز بين أحد منهم.

غير أن المساواة أمام المرافق العامة مساواة نسبية وليست مطلقة، ومن مقتضياتها أن تتوافر شروط الانتفاع بخدمات المرفق فيمن يطلبها، وأن يتواجد الأفراد في المركز الذي يتطلبه القانون والقواعد الخاصة بتنظيم الانتفاع بخدمات المرفق ثم يكون لهم الحق بالمعاملة المتساوية سواء في الانتفاع بالخدمات أو في تحمل أعباء هذا الانتفاع.

وبمعنى آخر على الإدارة أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون ، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى أو أن يميز في المعاملة بالنسبة للطائفتين تبعاً لاختلاف ظروفهم كاختلاف رسوم مرفق الكهرباء والمياه بالنسبة لسكان المدينة وسكان القرى .

ومع ذلك فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالسماح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجاناً أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات .

---

١ - د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة في العقود الإدارية- دار الفكر العربي ١٩٨٤- ص

أما إذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون ، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم ، فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبن إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب.

### المبحث الثالث

#### طرق إدارة المرافق العامة

تختلف طرق إدارة المرافق العامة تبعاً لاختلاف وتنوع المرافق وطبيعة النشاط الذي تؤديه، وأهم هذه الطرق هي الاستغلال المباشر أو الإدارة المباشرة وأسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة وأسلوب الالتزام وأخيراً الإدارة أو الاستغلال المختلط (١).

#### المطلب الأول : الإدارة المباشرة

يقصد بهذا الأسلوب أن تقوم الإدارة مباشرة بإدارة المرفق بنفسها سواء أكانت سلطة مركزية أم محلية مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ولا يتمتع المرفق الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة .

ويترتب على ذلك أن يعتبر موظفي المرافق التي تدار بهذا الأسلوب موظفين عموميين وتعد أموال المرفق أموالاً عامة تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمال العام .

وتتبع هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الإدارية القومية بصفة أساسية ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المرافق واتصالها بسيادة الدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء ، وفي الوقت الحاضر أصبحت الكثير من المرافق الإدارية تدار بهذه الطريقة وكذلك بعض المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص.

---

١ - ينظر في طرق إدارة المرافق العامة :

- د. عبدالغني بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٤٣١ .
- د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٢٧٢ .
- د. محمود أبو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٣ .
- د. صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٢١ .
- د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٢٠ .

ولا شك أن هذا الأسلوب يسمح للإدارة بالإدارة المباشرة لنشاط المرفق ويوفر المقدره المالية والفنية والحماية القانونية واستخدام أساليب السلطة العامة مما لا يتوفر لدى الأفراد. لكن الإدارة المباشرة منتقدة من حيث أن الإدارة عندما تقوم بالإدارة المباشرة للمرفق تتقيد بالنظم واللوائح والإجراءات الحكومية التي تعيق هذه المرافق عن تحقيق أهدافها في أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة. (١)

غير أننا نرى أن هذا الأسلوب مهم بالنسبة للمرافق الإدارية القومية بالنظر لخطورتها وتعلقها بسيادة وأمن الدولة والتي لا يمكن أن تدار بأسلوب آخر، والمرافق الإدارية التي يعرف عن إدارتها الأفراد لانعدام أو قلة أرباحها .

### **المطلب الثاني : أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة**

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة ، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة وأعمالها أعمالاً إدارية .

ويطلق على هذه الأشخاص الإدارية الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة و يطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان الموضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً.

كما تتميز الهيئات العامة عن المؤسسات العامة من حيث أن المؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة لا تلحق في الغالب بالميزانية العامة للدولة وتوضع ميزانيتها على نمط المشاريع الاقتصادية والتجارية وتكون أموالها مملوكة للدولة ملكية خاصة ، في حين تعد أموال الهيئات العامة أموالاً عامة وتلحق ميزانيتها بميزانية الدولة .

كذلك تتميز رقابة الدولة على الهيئات العامة بأنها أكثر اتساعاً من رقابتها على المؤسسات العامة نظراً لطبيعة نشاط الهيئات العامة وتعلقه بتقديم الخدمات العامة (٢) .

---

1- Jean Rivero, droit administratif. Dalloz 1977. P 443 .

– De laubadere –Traite dedroit adminstratif, 1984. P 665 .

٢ - ينظر بشأن التمييز بين الهيئات والمؤسسات العامة .

د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٣١ وما بعدها

د طعيمة الجرف - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٢٧٢ وما بعدها.

د.محمد مختار عثمان-المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية-المصدر السابق

ص١٨٦وما بعدها.

د.ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٤٠١ وما بعدها.

### المطلب الثالث : التزام أو إمتياز المرافق العامة

بمقتضى هذه الطريقة تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعمالة وأدواته وعلى مسؤوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز.

وقد استقر القضاء والفقهاء على اعتبار عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشمل على نوعين من النصوص (١) ، الأول منه يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ، ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام و الإلتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب تقديم الخدمات للمنتفعين .

وعلى أي حال فإن المرفق العام الذي يدار بهذا الأسلوب يتمتع بذات إمتيازات المرافق العامة الأخرى كونه يهدف إلى تحقيق النفع العام ، فهو يخضع لنفس المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة وهي مبدأ إستمرار سير المرافق بانتظام واطراد ومبدأ قابلية المرفق للتغيير ومبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق، كما يتمتع الملتزم بحق شغل الدومين العام أو طلب نزع الملكية للمنفعة العامة.

غير أن من يعمل في المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب لا يعد موظفاً عاماً بل يخضع في علاقته بالملتزم لأحكام القانون الخاص، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، على أن لا تصل سلطة الإدارة في الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام ،

---

د. محمود أبو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٧ وما بعدها .

١ - اتجه فريق من الفقهاء الألمان إلى القول بأن الالتزام عمل من جانب واحد هو الإدارة وأن آثاره لا تنشأ عن عقد وإنما عن أمر انفرادي تصدره السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه. في حين اتجه فريق من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار عقداً الالتزام من عقود القانون الخاص قبل أن يستقر القضاء على اعتباره عقداً إدارياً ذو طبيعة خاصة.

للمزيد ينظر مؤلف الدكتور عزيز الشريف - دراسات العقد الإداري - موسوعة القضاء والفقهاء - العدد ٥٣

وتعديل جوهرية أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة. (١)

غير أن الإدارة تملك إنهاء عقد الالتزام قبل مدته بقرار إداري ولو لم يصدر أي خطأ من الملتزم كما قد يصدر الاسترداد بموجب قانون حيث تلجأ الإدارة إلى المشرع لإصدار قانون باسترداد المرفق وإنهاء الالتزام وهو ما يحصل غالباً عند التأميم . وفي الحالتين للملتزم الحق في المطالبة بالتعويض .

وفي مقابل إدارة الملتزم للمرفق العام وتسييره يكون له الحق بالحصول على المقابل المالي المتمثل بالرسوم التي يتقاضاها نظير الخدمات التي يقدمها للمنتفعين كما يكون له الحق في طلب الإعفاء من الرسوم الجمركية ومنع الأفراد من مزاولة النشاط الذي يؤديه المرفق.

### **المطلب الرابع : الاستغلال المختلط**

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام .

ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب من أسهمها على أن يساهم الأفراد في الاكتتاب بالجزء الآخر .

وتخضع هذه الشركة إلى أحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة وأن يكون الرأي الأعلى لها في هذا المجلس ويأتي هذا من خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها وحساباتها.

وتتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة و الأفراد، توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة و ربح معقول. (٢)

وقد انتشرت شركات الاقتصاد المختلط في كثير من الدول الأوروبية كوسيلة لإدارة المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي لا سيما فرنسا في إدارة مرافق النقل والطاقة لما يحققه هذا الأسلوب في فائدة تتمثل في تخليص المرافق العامة من التعقيدات والإجراءات الإدارية التي تظهر في أسلوب الإدارة المباشرة، كما أنه يخفف العبء عن السلطة العامة ويتيح لها

١ - د.مازن ليلو راضي - العقود الإدارية - المصدر السابق - ص ٦١ وما بعدها.

٢ - د. عبد الغني بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٤٢٩.

التفرغ لإدارة المرافق العامة القومية، ويساهم في توظيف رأس المال الخاص لما يخدم التنمية الاقتصادية .

## الباب الثالث

### الوظيفة العامة

تمارس الدولة نشاطها المرفقي من خلال موظفيها فهم أداة الدولة لتحقيق أهدافها ، وتحضى الوظيفة العامة بعناية المشرع والفقهاء في مختلف الدول ، ويتحدد دور الموظف العام ضيقاً واتساعاً حسب الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة فاتساع نشاط الدولة وعدم اقتصار دورها على حماية الأمن الداخلي والخارجي وحل المنازعات بين الأفراد ، وقيامها ببعض الأشغال العامة وازدياد تدخلها في مجالات اقتصادية واجتماعية شتى ، قاد بالضرورة إلى ازدياد عدد الموظفين واهتمام الدولة بتنظيم الجهاز الإداري .

ومن ثم فقد أصبح للوظيفة العامة نظاماً خاصاً بها يحدد حقوق وواجبات الموظفين العامين وشروط التحاقهم بالوظيفة وأيضاً مسألتهم تأديبياً .

ولا لقاء الضوء على نظرية الموظف العام نقسم هذا الباب إلى خمسة فصول على

النحو التالي :-

- الفصل الأول :- ماهية الموظف العام .
- الفصل الثاني :- التعيين في الوظيفة العامة .
- الفصل الثالث :- حقوق وواجبات الموظف العام .
- الفصل الرابع :- تأديب الموظف العام .
- الفصل الخامس :- انتهاء خدمة الموظف العام .

## الفصل الأول

### ماهية الموظف العام

للقوف على ماهية الموظف العام لا بد من تعريف وتحديد المقصود بالموظف العام وبيان طبيعة العلاقة التي تربطه بالإدارة .

## المبحث الأول

### تعريف الموظف العام

لم يرد في معظم التشريعات تعريف منظم يحدد المقصود بالموظف العام .(١) ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للموظف العام بين دولة وأخرى وإلى صفة التجدد المضطرد للقانون الإداري .

واكتفت أغلب التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة بتحديد معني الموظف العام في مجال تطبيقها .(٢)

فقد نصت المادة الأولى من نظام الموظفين الفرنسي على أن " هذا النظام يطبق على الموظفين الذين يعينون في الإدارات المركزية للدولة والمصالح التابعة لها والمؤسسات العامة للدولة ، ولا يطبق على القضاة والعسكريين والعاملين في الإدارات والمصالح والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري " .(٣)

ويبدو أن المشرع قد ترك أمر تعريف الموظف العام للفقهاء والقضاء ، ويختلف هذا التعريف في مجال القانون الإداري عنه في المجالات الأخرى كالقانون المدني والقانون الجنائي والاقتصاد السياسي فإن معناه في هذه المجالات قد يكون أوسع أو أضيق من معناه في القانون الإداري .(٤)

ونبين فيما يلي مفهوم الموظف العام في التشريعات والفقهاء المقارن :

### أولاً : في فرنسا .

لم تعط التشريعات الفرنسية تعريفاً محدداً للموظف العام ، إنما اكتفت بتحديد الأشخاص الذين تسرى عليهم أحكام تلك التشريعات ، فقد نصت الفقرة الأولى من قانون

---

1 - Plantey (A) – *Trate Pratique de la fonction Publique Libairie general de droit de Jurisprudence* –1971 – P 19 .

٢ - د. عبد الحميد كمال حشيش – دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي – دار النهضة العربي – القاهرة – ١٩٧٧ – ص ١٦٥ .

3- Article (2) Lio no 83 –634 du 13 Jullet 1983 Cod administratif – Dalloz – 1987 – P 1013.

٤ - د. محمد جودت الملط – المسؤولية التأديبية للموظف العام – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٦٧ – ص ٧ .

التوظيف الفرنسي رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٤٦ " يسرى على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة ويشغلون درجة من درجات الكادر في إحدى الإدارات المركزية للدولة أوفي إحدى الإدارات الخارجية التابعة لها أوفي المؤسسات القومية " .

وقد نص نظام الموظفين الصادر بالامر ٩٥/٢٤٤ في ٤-٢-١٩٥٩ الذي حل محل قانون ١٩ أكتوبر ١٩٤٦ والقانون الخاص بحقوق والتزامات الموظفين رقم ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ على نفس المفهوم .

ويتبين من ذلك أن المشرع الفرنسي يطبق أحكامه على من تتوافر فيهم الشروط

الآتية :-

١ . الوظيفة الدائمة .

٢ . الخدمة في مرفق إداري عام .

وبذلك فهو يخرج عن نطاق الخضوع لأحكام الوظيفة العامة موظفوا البرلمان ورجال

القضاء ورجال الجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي أو تجاري .

أما على صعيد الفقه والقضاء فقد عرف الأستاذ " هوريو " *Hauriou* الموظفين

العامين بأنهم " كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين أو مستخدمين أو

عاملين أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو

الإدارات العامة الأخرى " . (١)

وعرفه دويز *Duez* ، وديبير *Debeyre* بأنه " كل شخص يساهم في إدارة مرفق عام

يدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ويوضع بصورة دائمة في وظيفة داخله في نطاق

كادر إداري منظم " . (٢)

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الموظف هو " كل شخص يعهد إليه بوظيفة

دائمة في الملاك وتكون في خدمة مرفق عام " ، واشترط المجلس أن يكون المرفق العام

إدارياً . (٣)

---

1 *Hauriou , Precis de droit administratif et de droit Publice , Librairie du Recueil Sirey 1933 , P 729 .*

2- *Duze (Paull) et Debeyre ( Gug) Traite de droit administratif Paris 1952 , P 641 .*

3-*C.E. 9-4-1923 Hardonin , R.D.P 1923 , P 329 . C.E 20-12-1946 Colanie de Madagascar , D 1947 , P 404 .*

أما المرافق الصناعية والتجارية فقد فرق فيها بين شاغلي الوظائف الإدارية والوظائف الأقل أهمية Subalterne واعتبر العاملين في النوع الأول من الوظائف موظفين عامين أما الوظائف الأخرى فأخضعها للقانون الخاص وعزى المجلس هذه التفرقة إلى أن شاغلي وظائف المحاسبة والإدارة أكثر ارتباطاً بالمرفق العام . (١)

### ثانياً : في مصر

اكتفى المشرع المصري شأنه شأن الفرنسي بتحديد الموظفين الذين يخضعون للأحكام الواردة في القوانين واللوائح الصادرة في شأن الموظفين العموميين .  
فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة بأنه " تسري أحكام هذا الباب على الموظفين الداخلين في الهيئة سواء كانوا مثبتيين أم غير مثبتيين " .

ويعتبر موظفاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الداخلة في الهيئة بمقتضى مرسوم أو أمر جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من أية هيئة أخرى تملك سلطة التعيين قانوناً .

أما في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فقد ورد في المادة الثانية منه " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الدائمة أو المؤقتة بقرار من السلطة المختصة " .

وفي هذا القانون أزال المشرع التفرقة بين الوظائف الدائمة والمؤقتة ، بينما ورد في نظام العاملين المدنيين بالدول الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحده ويكون التعيين في الوظائف المؤقتة للمتبعين بالجنسية المصرية أو الأجانب وفقاً للقواعد التي تتضمنها اللائحة التنفيذية مع مراعاة الأحكام الخاصة بتوظيف الأجانب " .

أما القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ فقد جاء أكثر إيجازاً ولم يتطرق للوظائف الدائمة والمؤقتة ولا إلى تعيين الأجانب ، إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة الأولى منه على أنه " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون ، كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة " . وفي مكان آخر في المادة نفسها نص على سريان هذا القانون على العاملين بوزارات الحكومة ومصالحها والأجهزة التي لها موازنة خاصة بها، ووحدات الحكم المحلي ، والعاملين بالهيئات العامة فيما لم تنص عليه اللوائح الخاصة بها . بينما

---

١ - Duez et Debeyre , Op cit , P 637 .

ذهب غالبية الفقهاء المصريين إلى تعريف الموظف العام بأنه " كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة يتولي إدارتها ، الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية ، وذلك بتولي منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق " .  
(١)

ويبدو من ذلك أن الفقه والقضاء المصري يشترط توافر عنصرين في المرفق العام

هما :

١- العمل في خدمة مرفق عام أو أحد أشخاص القانون العام .

١- أن يقوم بعمل منتظم غير عارض .

### ثالثاً : في العراق

على عكس أغلب التشريعات نجد أن المشرع العراقي قد درج على تعريف الموظف العام في صلب قوانين الخدمة المدنية وقوانين انضباط موظفي الدولة ، فقد عرفه في المادة الأولى من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل " كل شخص عهدت إليه وظيفة داخل ملاك الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة " .

غير اننا نرى انه يلزم للتمتع بصفة الموظف العام ما يلي:

١. أن يعهد إليه بعمل دائم : يشترط لإضفاء صفة الموظف العام أن يشغل العامل وظيفة دائمة داخله في نظام المرفق العام ، وبذلك لا يعد العاملون بصورة مؤقتة أو موسمية كالخبراء والمشاورين القانونيين موظفين .

ومن متممات العمل الدائم أن تكون الوظيفة داخله ضمن الملاك الدائم في الوحدة

الإدارية .

ومن الواجب عدم الخلط بين الموظف الذي يعمل بعقد مؤقت في وظيفة دائمة

والوظيفة المؤقتة أو الموسمية لأن شاغل الوظيفة الأولى يعد موظفاً عاماً ولو أمكن فصله بانتهاء مدة العقد .

أما الثانية فلا يعد شاغلها موظفاً عاماً تغليباً للطبيعة اللائحية لعلاقة شاغل الوظيفة

الدائمة بالإدارة على العلاقة التعاقدية .

---

١ - د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - القاهرة - ١٩٨٤ - ١٩٨٥ - ص ٣٠٩ -

٢- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام : لا يكفي لاعتبار الشخص موظفاً عاماً أن يعمل في وظيفة دائمة إنما يلزم أن يكون عمله هذا في خدمة مرفق عام Le Service Public وللمرفق العام معنيان : المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة ، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري .

أما المعنى الآخر فهو المعنى الموضوعي ويتمثل بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة . (١)  
وقد كان المعنى العضوي المعنى الشائع في القضاء الفرنسي والمصري ثم جمعا بين المعنيين بتطور أحكامهما ومن ثم استقرا على المعنى الموضوعي .

ويشترط لاكتساب صفة الموظف العام أن تدير الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هذا المرفق إدارة مباشرة . وبذلك لا يعد الموظفون في المرافق التي تدار بطريقة الالتزام موظفين عموميين . وكذلك العاملون في الشركات والمنشآت التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ولو تم إنشائها بقصد إشباع حاجات عامة .

**٣- أن تكون تولية الوظيفة العامة بواسطة السلطة المختصة :** الشرط الأخير اللازم لاكتساب صفة الموظف العام هو أن يتم تعيينه بقرار من السلطة صاحبة الاختصاص بالتعيين .

فلا يعد موظفاً عاماً من يستولي على الوظيفة دون قرار بالتعيين كالموظف الفعلي .

كما أن مجرد تسليم العمل أو تقاضي المرتب لا يكفي لاعتبار المرشح معيناً في الوظيفة إذا لم يصدر قرار التعيين ممن يملكه قانوناً .

١ - ينظر :

- د . محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري المصري والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٨ - ص ٨٩ .
- د . ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - مصر - ١٩٧٣ - ص ٨٠ .
- د . عثمان خليل عثمان - نظرية المرافق العامة - القاهرة - ١٩٥٨ - ص ٢٤٥ .
- د . توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - ١٩٥٥ - ص ٣٨٤ .

## المبحث الثاني

### طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة

ثار الخلاف في الفقه والقضاء في فرنسا حول طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالدولة ، هل هي علاقة تعاقدية ينظمها العقد ام هي علاقة قانونية تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح (الانظمة) .

#### أولاً: تكييف علاقة الموظف بالإدارة على أنها علاقة تعاقدية

كان الرأي السائد في الفقه والقضاء أن الموظف في علاقته بالدولة في مركز تعاقدية وعلى هذا الأساس ظهرت العديد في النظريات التعاقدية التي تتفق على أن العقد هو أساس هذه العلاقة إلا أنها تختلف في طبيعة هذا العقد ، فالبعض اعتبره من عقود القانون الخاص ، بينما كيفه البعض الآخر على انه من عقود القانون العام .

#### 1. نظرية العقد المدني :

فماد هذه النظرية وجود عقد مدني بين الموظف والدولة يلتزم الموظف بموجبه بتقديم خدمه لقاء قيام الدولة بتنفيذ الإعباء المناطه بها من تقديم الأجر اللازم تحقيقاً للمصلحة العامة .

وتكليف العلاقة بين الموظف والدولة بأنها علاقة خاصة يحكمها القانون الخاص إنما يقوم على افتراض إن إبرام العقد إنما يتم بمفاوضات بين الموظف والدولة ، وإن هذه المفاوضات تهدف إلى تحديد مضمون العقد من حيث موضوعه وشروطه وآثاره . (١)

ويبدو أن هذه النظرية مازالت تجد نوعاً من الرواج في البلاد الإنجلوسكسونية كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية . (٢)

#### ٣. نظرية عقد القانون العام :

بعد أن ظهر عجز نظرية العقد المدني عن تبرير العلاقة بين الموظف والدولة ظهرت من جانب أصحاب النظريات التعاقدية أفكار ترجع العلاقة إلى عقد من عقود القانون العام على اعتبار إن هذه العقود تخول الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها

١ - د.أنور أحمد رسلان - وسيط القانون الإداري - الوظيفة العامة - ١٩٩٧ - ص ٩٤ .

٢ - د، ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٢ - ص ٢٢٢ .

لتحقيق المصلحة العامة، وحيث إن هذا العقد يهدف إلى حسن سير المرافق العام فإنه يكون قابلاً للتعديل من قبل الدولة، وبذلك لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. (١)

كما تملك الإدارة الحق بمسائلة الموظف إذا أحل بالتزاماته الوظيفية الناشئة عن العقد تأديبياً دون موافقة مسبقة من الموظف .

ومن أنصار هذه النظرية في مصر الدكتور عبد الحميد حشيش الذي يرى إن نظرية عقد القانون العام قد أكسبت الفكرة العقدية الأصلية مرونة، إذ أصبح في مكنة الإدارة تعديل النصوص التعاقدية بإرادتها المنفردة، ووفقاً لمشيئتها أعمالاً لمبدأ قابلية قواعد المرفق للتعديل والتغيير لمطابقة حاجات الناس المتغيرة. (٢)

وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية حتى وقت قريب ليحرم الموظفين المضربين من ضمانات التأديب .

بينما اتجه بعض أنصار هذه النظرية إلى القول بأن عقد المرفق العام هو أساس الرابطة التعاقدية بين الموظف والدولة ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه "جيلينك" الذي ذهب إلى أن الموظف وفقاً لهذا العقد يخضع لسلطة المرفق كأى سلطة محددة تلتزم بقواعد القانون، غير أن الأوامر لا تنفذ مباشرة بموجب قانون موضوعي وإنما وفقاً لحق شخصي، مكتسب بموجب هذا العقد وهو لا يتفرع عن سلطة رئاسية عليا، وإنما تنبثق منه السلطات الخاصة لرئيس المرفق. (٣)

وقد تعرض تكيف العلاقة بين الموظف والدولة على هذا الأساس للنقد أيضاً شأن النقد الموجه لنظرية العقد المدني لأنه وأن أخرج علاقة الموظف من نطاق تطبيق أحكام القانون الخاص إلا أنه لم يتحرر نهائياً من الأساس التعاقدية لهذه العلاقة. (٤)

وبالنظر إلى كثرة عيوب النظريات التعاقدية فقد هجرها القضاء والفقهاء والتشريعات المختلفة، وكان من أبرز الرافضين للنظريات التعاقدية الفقيهان *Duguit, Hauriou*، وقد

---

١ - د. محمود أبو السعود - المصدر السابق - ص ٩٦ .

٢ - د. عبد الحميد كمال حشيش - دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي - ١٩٧٧ - ص ٤٩ وما بعدها .

٣ - د. علي جمعه محارب - التأديب في الوظيفة العامة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٨٦ - ص ٢٨ .

٤ - د. أنور أحمد رسلان - المصدر السابق - ص ٩٦ .

استند " هوريو " في رفضه هذا على تحليله لعملية تعيين الموظف ، مبيناً أنها لا تتضمن مقومات التعاقد لا من حيث عناصره الشكلية ولا من حيث الموضوع.(١)

### ثانياً : النظرية التنظيمية :

بدأ الفقه الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر في الاتجاه نحو تكييف العلاقة بين الموظف والإدارة بأنها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التي درج على تسميتها في العراق الانظمة . (٢)

ومضمون هذه النظريات إن القوانين واللوائح هي التي تحدد شروط وأحكام الوظيفة العامة وحقوق الموظف وواجباته .

ويترتب على هذه النظرية إن الإدارة حرة في تعديل أحكام الوظيفة بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستشارة الموظف ، ولو كان في هذا التعديل إنقاص في الإمتيازات المادية والأدبية مما يتعذر معه إسباغ الصفة التعاقدية على علاقة الموظف بالدولة في هذه الحالة . (٣)

على ان يكون هذا التعديل بإجراء عام بناءً على تعديل في قوانين التوظيف أما التعديل في المزايا المادية والأدبية بقرار فردي فلا يكون إلا بإجراء تآديبي .  
ومن النتائج التي تترتب على هذا المركز التنظيمي ، إن قرار تعيين ونقل الموظف وترقيته وعزله هي قرارات إدارية تصدر من الإدارة وحدها ، بإرادتها المنفردة دون مشاركة من الموظف .

كما لا تنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد تقديم استقالته من العمل وإنما تظل هذه الصلة قائمة إلى يتم قبول استقالته من السلطة المختصة .

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمركز التنظيمي للموظف العام منذ صدور قانون التوظيف رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٦٤ إذ نصت المادة الخامسة منه على أن " علاقة الموظف بجهة العمل علاقة تنظيمية ولائحية " .

وكذلك نصت المادة الخامسة من النظام العام للموظفين الصادر بالأمر رقم ٢٤٤

في ٤ فبراير ١٩٥٩ على أن " يكون الموظف اتجاه الإدارة في مركز تنظيمي ولائحي "

١ - د. عبد الحميد كمال حشيش - المصدر السابق - ص ٥٠ .

٢ - د. محمود أبو السعود - المصدر السابق - ص ٩٧ .

٣ - د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - ط ١٩٧٩ - ص ٤٣٧ .

د. ماجد راغب الحلو - المصدر السابق - ص ٢٤٦ .

وأخيراً جاء في القانون رقم ٦٣٤ في ١٣ يوليو ١٩٨٣ المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين في المادة الرابعة منه أن " الموظف اتجاه الإدارة في مركز لائحي وتنظيمي " .  
ولم يحدد المشرع المصري في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ الخاص بنظام موظفي الدولة ولا في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٢٦٤ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة المركز القانوني للموظف العام غير إن القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة جعل الموظف في مركز تنظيمي إذ نصت المادة ٥٢ منه على " الوظائف العامة تكليف للقائمين بها ، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها " .  
وقد ردد المشرع نفس النص في المادة ٧٦ من القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة .  
أما المشرع العراقي فلم يشر الى تكليف علاقة الموظف بالدولة غير إن احكام القضاء واءاء الفقه تؤكد إن الموظف في مركز تنظيمي .

## **الفصل الثاني**

### **التعيين في الوظيفة العامة**

لكي يلتحق الشخص بالوظيفة العامة يجب توافر بعض الشروط العامة ليتسنى بعد ذلك اختباره واصدار قرار بتعيينه .  
ونقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في أولهما الشروط العامة في التعيين ، ونوضح في ثانيهما الطرق المختلفة المتبعة في تعيين الموظفين العموميين ، أما المبحث الثالث فنخصصه للمبحث في حركة الموظف أثناء الخدمة .

### **المبحث الأول**

#### **الشروط المتبعة في التعيين**

إن الحرص على الارتقاء بالوظيفة العامة يجعل من الضروري العناية باختبار الموظفين واشتراط توفر قدرة وكفاية فيمن يعين في الوظائف العامة تحقيقاً للصالح العام .

### **١. أن يكون متمتعاً بالجنسية العراقية ومتمتعاً بحقوقه المدنية :**

تطبيقاً لمبدأ السيادة الوطنية ورغبة الدولة في حماية أمنها وضماناً للولاء لها ، فإن الدول تشترط فيمن يتولى الوظائف العامة أن يكون ممن يحملون جنسيتها وهو ما اشترطه المشرع العراقي في المادة السابعة من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ غير إن المشرع العراقي سمح للمتجنس والذي مضى على تجنسه مدة لا تقل عن خمسة سنوات ان يتولى الوظيفة العامة .

إلا أن هذا المبدأ لا يجري على إطلاقه إذ غالباً ما تستعين الدولة ببعض الأجانب في حالة الضرورة أو عدم الاكتفاء بالعناصر الوطنية المتوفرة لديها . وغالباً ما يتم ذلك لفترة مؤقتة وبعقود خاصة .

ولا يكفي لتقلد الوظيفة العامة أن يكون المرشح مواطناً عراقياً ، إنما يجب أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية .

ويفقد الشخص تمتعه بالحقوق المدنية كعقوبة تبعية تترتب على الأحكام التي يتم إيقاعها عليه في بعض الجرائم .

### **٢. حسن السيرة والسلوك:**

السيرة والسلوك الحسن هي مجموعة الصفات الحميدة التي يتمتع فيها الفرد وتشيع عنه فيكون موضع ثقة عند الآخرين .

ومقتضى هذا الشرط أن يكون المرشح لتولي الوظيفة العامة بعيداً عن الشبهات التي تثير الشك لدى الآخرين وتؤدي إلى الإخلال بنزاهة الوظيفة العامة .

والأصل إن كل شخص حسن السيرة والسلوك إلا إذا ثبت العكس ويقع عبء الإثبات على الإدارة العامة التي يجب عليها أن تسبب قرارها ، عندما تستبعد المرشح للوظيفة ويكون قرارها هذا خاضعاً لرقابة القضاء . (١)

ومن الجدير بالذكر إن تقدير حسن السيرة والسلوك أمر نسبي يختلف من مجتمع إلى آخر فشراب الخمر ولعب القمار لا يعد سوء السيرة في المجتمعات الأوربية بينما هو كذلك في المجتمعات الشرقية .

١ - د. محمد أنس قاسم جعفر - المصدر السابق - ص ٣٣٦ .

### ٣. إلا يكون قد تم عزله من الخدمة بقرار تأديبي نهائي :

ويعود هذا الشرط لكون إن قرار العزل يؤكد عدم صلاحية الموظف لتولي الوظيفة لأخلاله إخلالاً جسيماً بأحكامها مما أدى إلى صدور قرار تأديبي نهائي بعزله واستبعاده عن الوظيفة .

ويجب أن يكون قرار العزل نهائياً أي لا يتطلب نفاذه إجراءات أخرى من اعتماد أو تصديق من جهة إدارية عليا .

### ٤. إلا يقل سن المرشح عن ثمانين سنة :

من الضروري للقيام بأعباء الوظيفة العامة أن يكون المرشح قد بلغ سناً من النضج تؤهله لتحمل تبعات منصبه وقد حدده المشرع باكمال الثامنة عشرة من العمر واستثنى الممرضات فجاز ان يمارسن الخدمة المدنية بعد اكمالهن السادسة عشرة المادة (٧-٢) من قانون الخدمة المدنية . ويتم إثبات سن المرشح بشهادة ميلاد مستخرجة من سجلات الأحوال المدنية أما إذا تعذر تقديمها جاز استثناء تقدير السن بإحالة المرشح على لجنة طبية ويكون قرارها غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ولو قدمت شهادة ميلاد غير ذلك .  
(١)

### ٥. أن يكون المرشح لائقاً صحياً :

يجب أن يتوافر لدي المرشح للوظيفة العامة اللياقة الصحية التي تؤهله القيام بأعباء وظيفته ، ويتم التأكد من ذلك بشهادة تثبت خلوه من الأمراض ولياقته الصحية أو تتم إحالته إلى لجنة طبية مختصة . .  
واللياقة الصحية تختلف من وظيفة إلى أخرى فمن لا يكون لائقاً صحياً لوظيفة قد يكون لائقاً لأخرى حسب طبيعة الوظيفة وظروفها .

### ٦. أن يكون مستوفياً للشروط اللازم توافرها فيمن يشغل الوظيفة :

يجب أن تتوافر في المرشح للوظيفة العامة المؤهلات العلمية التي تحفظ كفاءة معينة للقيام بالوظيفة . (٢)

---

١ - صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري المصدر السابق - بنغازي - ص ٤٢٩ .  
٢ - د. محمد عبد الله الحراري - اصول القانون الاداري الليبي - الجزء الثاني - ١٩٩٥ - ص ٣٣ .

## المبحث الثاني طرق اختيار الموظفين العموميين

تسعى الإدارة إلى اختيار افضل العناصر لشغل الوظائف العامة ، وأساليب الإدارة في اختيار موظفيها تختلف من مجتمع إلى آخر حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعيشها ، ولعل أهم الأساليب أو الطرق التي تتبعها الإدارة في اختيار موظفيها إنما تتم بأربعة أساليب : الاختيار الحر ، الأعداد والتأهيل ، الاختيار الديمقراطي . وأسلوب المسابقة والامتحان .

### أولاً: أسلوب الاختيار الحر :

تتمتع الإدارة في هذا الأسلوب بحرية اختيار الموظفين ، دون قيود أو ضوابط . فالإدارة وحدها من يملك تحديد المعايير والمقومات التي يستند عليها الاختيار دون أن تكون ملزمة بالإعلان عن هذه المعايير أو تبرير اختيارها لفئة دون أخرى من المرشحين. (١)

وقد سادت هذه الطريقة قديماً فقد كان يتمتع الحاكم بسلطه مطلقه في اختيار العاملين ، اذ يتم اختيارهم على اساس الثقة الشخصيه دون تطلب اي شروط موضوعيه اخرى. (٢)

وتتبع هذه الطريقة في اختيار كبار الموظفين نظراً لأهمية هذه الوظائف التي تتطلب فيمن يشغلها الثقة والمقدرة الفنية والكفائه السياسية .

وقد كان التعيين بهذه الطريقة منتشراً في الولايات المتحدة الأمريكية حتى عام ١٨٨٣ ، ويعرف باسم " نظام الاسلاب و الغنائم " والتي كان مؤداها إن الحزب المنتصر في الانتخابات الرأسيه يكون له حق شغل الوظائف المهمة في الإدارات الاتحادية بعد طرد أنصار الحزب المنافس .

---

١ - د-محمد ابو السعود -المصدر السابق -ص ١٣١

٢ - د-انور احمد رسلان -المصدر السابق -ص ١٤٥

ومع ذلك فإن هذا الأسلوب لا يعنى إن الإدارة تملك السلطة المطلقة في الاختيار، إذ يجب أن تراعى اعتبارات المؤهلات والكفاءات العلمية الأزيمة لشغل هذه الوظائف تحقيقاً للصالح العام .

### **ثانياً : أسلوب الأعداد والتأهيل :**

في هذه الطريقة تقوم الدولة بإنشاء الكليات والمعاهد المتخصصة ومراكز التعليم المهني و الأكاديمي . لأعداد الأشخاص الراغبين في تولى الوظائف العامة . وعلى الرغم من أهمية هذا الأسلوب في الأعداد للوظائف العامة فإنه يتطلب الكثير من النفقات والجهود من الدولة .

وهذه الطريقة شائعة في تأهيل الكوادر الفنية والإدارية في الجماهيرية ، ومن أمثلتها مراكز إعداد المدربين ومعاهد المهن الشاملة و معاهد التمريض و البريد .

### **ثالثاً: أسلوب الاختيار الديمقراطي :**

ويقصد بهذا الأسلوب أن يتم اختيار الموظفين عن طريق الأفراد في الوحدات الإدارية التي يراد شغل الوظيفة العامة فيها . ويؤدي اتباع هذا الأسلوب إلى شعور الأفراد بأهميتهم لمشاركتهم في اختيار الموظفين ، كما إنها تشعر الموظف بإن الأفراد قد وضعوا ثقتهم فيه مما يتوجب عليه احترامهم وتأدية رغباتهم .

### **رابعاً :أسلوب المسابقة والامتحان:**

يعد هذا الأسلوب افضل الطرق لشغل الوظيفة العامة فهو يحقق مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين الأفراد ، كما يؤدي إلى وصول من هم أهل لتولى المسؤولية في المناصب الإدارية .

ويعتبر اختيار الموظفين بهذا الأسلوب الأكثر إنتشاراً بين الدول في الوقت الحاضر فهو ينطوي على الموضوعية في الاختيار بعيداً عن الأهواء السياسية والمحسوبية والاعتبارات الشخصية . إلا أن الدول تتفاوت في مدى تطبيقه فبعض الدول تستخدم نظام

الامتحان والمسابقة في شغل الوظائف الدنيا في السلم الإداري ، بينما تستخدمه دول أخرى كقاعدة عامه في إختيار الوظائف الدنيا والوظائف العليا على حد سواء .  
ولكي يجرى الامتحان أو المسابقة في ظروف تمكن من اختيار افضل المرشحين لابد من أحاطته بضمانات وضوابط تكفل العدالة و الموضوعية في الاختيار .  
ولا تجرى الامتحانات أو المسابقات على نمط واحد في كل الدول وإنما تتخذ صور متعددة فأما أن يكون الامتحان شفويًا أو تحريريًا أو بمقابلات شخصية ويمكن الجمع بين هذه الصور .

### **السلطة المختصة بالتعيين :**

بعد انتهاء إجراءات الترشيح والتأكد من توافر شروط شغل الوظيفة العامة ، يجب ان يصدر قرار من السلطة المختصة بتعيين الشخص في الوظيفة المرشح لها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً .

وعلى ذلك فلا يعتبر موظفاً عاماً الشخص الذي يتولى واجبات وظيفية قبل صدور قرار تعيينه ولو تقاضي مرتباً لقاء عمله هذا ، ولا يعد موظفاً من يغتصب الوظيفة ويقحم نفسه عليها دون أن يصدر له قرار بالتعيين في السلطة المختصة .

إلا أنه استثناء استقر القضاء والفقهاء على إضفاء صفة المشروعية على الأعمال التي يجريها الموظف الفعلي وهو شخص يباشر مهام الوظيفة العامة بقرار تعيين معيب أو لم يصدر قرار بتعيينه أصلاً ، ويتم ذلك في حالتين الأولى الأحوال العادية عندما يصدر قرار بتعيين شخص في الوظيفة العامة دون اتباع الشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون ، فيكون قرار التعيين باطلاً في هذه الجهة وتبعاً لذلك تكون كافة تصرفات هذا الشخص باطلة حتماً . (١)

إلا أن القضاء والفقهاء درج على الاعتراف بشرعية هذه التصرفات لحماية للجمهور حسن النية الذي يعتمد على المظاهر الخارجية ، فمن غير المتصور أن يطلب الجمهور من الموظف إثبات صحة شغله للوظيفة العامة .

---

١ - ينظر :

د . صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ٤٠٢ .

د . محمود أبو السعود - المصدر السابق - ص ٩٢ .

و الثانية الأحوال الإستثنائية فقد يتولى بعض الأشخاص ممارسة بعض الوظائف مؤقتاً نتيجة لحصول ثورة أو حرب أو حالة طوارئ لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، مما يقتضي الاعتراف بشرعية الأعمال التي يجرونها ويحق للموظف الفعلي في هذه الحالة أن يطالب الإدارة بمقابل قيامه بالعمل . (١)

أما في غير الحالتين السابقتين فإن كل ممارسة للوظيفة العامة دون حق مشروع تعد بمثابة اغتصاب للوظيفة العامة وانتحال صفة يعاقب عليه القانون وتكون تصرفات من يباشره منعمة وليس لمن يمارسها الحق في تقاضي أي مقابل .

### **الآثار المترتبة على صدور قرار التعيين :**

يترتب على صدور قرار التعيين تولى مهام وظيفته المعين بها وما يستتبع ذلك من حقوق والتزامات ، إذ إن العلاقة الوظيفية تبدأ من تاريخ صدور قرار التعيين ، ويخضع الموظف للقوانين واللوائح الخاصة بالوظيفة العامة ، ويبدأ في هذا التاريخ حق الموظف بالترقية والأقدمية .

ويترتب على صدور قرار التعيين جواز الطعن بالإلغاء ممن له مصلحة في ذلك ويعتقد إن قرار التعيين غير مشروع وإن شروط التعيين غير متوافرة أو أنه حق بالتعيين في الوظيفة التي تم شغلها . (٢)

و إذا صدر قرار التعيين باطلاً لاحتوائه على عيب من عيوب المشروعية ، فإن السلطة المختصة بالتعيين تملك سلطة سحب قرارها الباطل ، أما الأعمال التي صدرت عن الموظف الذي تم تعيينه فإنها تعد مشروعة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي .

## **المبحث الثالث**

### **حركة الموظف أثناء الخدمة**

١ - ينظر :

- د . عبدالحميد كمال حشيش - المصدر السابق - ص ٢٠٣ .
- د . ثروت بدوي - القانون الإداري - المجلد الثاني " النشاط الإداري " - ص ٦١ .
- د . مصطفى أبو زيد فهمي - الوجيز في القانون الإداري - ١٩٥٧ - ص ١٦٥ .
- د . صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ٤٤٦ .

قد تطرأ على الحياة الوظيفية للموظف تغييرات معينة طبقاً لمتطلبات العمل الوظيفي والمصلحة العامة ، فقد ينقل الموظف نقلاً نوعياً أو مكانياً أو ينتدب إلى وظيفة أخرى لمدة معينة أو تتم إعادته إليها ، وسوف نبين هذه المواضيع تباعاً : -

### **أولاً: النقل**

الأصل إن الإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في نقل موظفيها من وظيفة إلى أخرى بحكم خضوعهم إلى مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت ولها حرية تقدير ظروف العمل ومقتضياته وليس للموظف الحق في الطعن بقرار النقل قضائياً .  
والنقل نوعان ، فهناك النقل المكاني والنقل النوعي :

#### **١ . النقل المكاني**

يقصد بالنقل المكاني أن يتم تغيير مكان عمل الموظف من مكان إلى آخر مع ممارسته لذات الوظيفة التي كان يمارسها سواء أكان النقل داخل الدائرة التي يعمل فيها الموظف أم خارجها .

#### **٢ . النقل النوعي**

ويقصد به أن يسند إلى الموظف وظيفة أخرى غير وظيفته الأصلية التي تم تعيينه فيها من حيث الدرجة أو الأقدمية أو المرتب ، سواء أكان النقل في داخل الوحدة الإدارية التي كان يعمل فيها أو إلى إدارة أخرى .  
وفي هذه الحالة يختص القضاء الإداري بالرقابة على قرار الإدارة بنقل موظفيها لانطواء القرار على آثار سلبية تلحق الموظف ، ولاحتمال أن تسعى الإدارة من وراء قرارها بالنقل إلى معاقبة الموظف كوسيلة مقنعة لتأديبه .

#### **ثانياً: الانتداب**

يقصد بانتداب الموظف العام أن يسند إلى الموظف مؤقتاً وظيفة أخرى خارج الجهة التي يعمل فيها مع احتفاظه بدرجته الوظيفية .  
وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية بشأن انتداب موظفيها دون معقب من القضاء الإداري بشرط عدم إساءة استعمال هذه السلطة ، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها وسعت من وراء قرارها بالانتداب إلى معاقبة الموظف بغير الطريق التأديبي فإن قرارها يعد بمثابة القرار التأديبي ويختص القضاء الإداري بنظر الطعن فيه .

#### **ثالثاً: الإعارة**

الإعارة هي توقف الموظف مؤقتاً عن أداء وظيفته والتحاقه بعمل آخر لدى إدارة أخرى يخضع لشروطها ويتقاضى مرتبها أو مرتبه الكامل مضافاً إليه نسبة مئوية معينة مع بقاء علاقة الموظف بجهة عمله الأصلية من حيث العلاقات والأقدمية والترقيات .

ويترتب على انتهاء الإعارة قبل مدتها بقرار من الجهة المعيرة أو بناء على طلب الجهة المستعيرة أو طلب الموظف نفسه ، عودة الموظف المعار ليشغل وظيفته الأصلية إذا كانت شاغرة أو أي وظيفة أخرى من ذات درجته .

### الفصل الثالث

#### حقوق وواجبات الموظف العام

كفل المشرع للموظف العام جملة من الحقوق حددها في القوانين واللوائح وفي مقابل ذلك ألزمه بواجبات محددة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على ما يخالفها باعتبارها من النظام العام ، وسنتطرق في هذا الفصل إلى الحقوق والواجبات التي يلتزم بها الموظف العام وفي مبحثين .

#### المبحث الأول : حقوق الموظف العام .

تأميناً لفاعلية الوظيفة العامة ولتوفير الاطمئنان للموظف العام فقد حدد المشرع جملة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الموظف منها ما هو ذي طبيعة مالية ومنها ما هو ذي طبيعة أدبية ، نتناولها تباعاً :

- المرتب وملحقاته .
- الترقية
- الإجازات .

## أولاً: المرتب وملحقاته .

يقصد بالمرتب المبلغ المالي الذي يتقاضاه الموظف شهرياً نظير القيام بمهام وظيفته ، ويدخل ضمن معنى المرتب كافة المزايا المالية الأخرى الملحقة به كالمرتب الإضافي وبدل السفر والإقامة وعلاوة السكن والعلاوات الأخرى .

ويعد حق الموظف في تقاضي المرتب أهم حقوق الموظف لأنه السبب الرئيس في التحاقه بالوظيفة غالباً ، ولأهميته تلك فقد أضفى عليه المشرع حماية خاصة ، فمن جهة يختص القضاء الإداري في نظر المنازعات المتعلقة بالمرتبات التي يتقاضاها الموظفون .  
وتقسم العلاوات إلى نوعين :

**1. العلاوات الدورية :** وتمنح للموظف سنوياً اعتباراً من أول الشهر التالي لإنقضاء سنة من تاريخ التعيين أو منح العلاوة السنوية السابقة .

ويستحق الموظف العلاوة السنوية بصفة اعتيادية ولو تمت ترقية الموظف إلى درجة أخرى ' إلا أن المشرع اشترط أن يؤدي الموظف خدمته بصورة مرضية .

**2. العلاوة التشجيعية :** أجاز المشرع منح الموظف مكافأة تشجيعاً على بذل أقصى قدر ممكن من الجهد في العمل تعادل العلاوة الدورية المقررة له و لا يؤثر منح هذه العلاوة على منح العلاوة الدورية في موعدها السنوي .

## ثانياً: الترقية .

يقصد بالترقية كل ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه وتميزه عن أقرانه .

والترقية تحقق للموظف مزايا مادية ومعنوية فهي تفسح المجال للموظف في الوصول إلى المناصب العليا فيحقق بذلك طموحه في الحصول على درجة مالية أكبر واختصاصات أكثر أهمية .

## ثالثاً: الإجازات .

كل موظف لابد له من الراحة من عناء العمل لتجديد نشاطه ، كما إن ظروفه الصحية والاجتماعية قد تضطره لطلب الإجازة .

كما إن المصلحة العامة تقتضي في كثير من الأحيان منح الموظف فترة من الراحة ليعود بعدها نشيطاً وكفوءاً لممارسة عمله .

### **١. الإجازة الاعتيادية**

وهي الإجازة التي تتقرر اعتيادياً من أجل الراحة من عناء العمل ولتجديد نشاط الموظف مما ينعكس على كفاءته في تأدية وظيفته وقد حددتها المادة (٤٣) من قانون الخدمة المدنية بيوم واحد عن كل عشرة ايام خدمة براتب تام ويجوز ان تتراكم الاجازات لمدة (١٨٠) يوماً على ان لا يمنح الموظف لكل مرة اكثر من (١٢٠) يوماً براتب تام ، والادارة ليست ملزمة بمنح الاجازة في اي وقت يحدده الموظف فقد لا يتلائم الوقت مع متطلبات العمل في المرفق ، غير إن الاداره لاتستطيع الامتناع عن منح الاجازة لمدة تزيد على ستة اشهر .

هذا ويستحق الموظف عند احالته على التقاعد راتب الاجازات المتراكمه لحد (١٨٠) اما مازاد على ذلك فيضاف الى مدة الخدمة التقاعدية .

### **٢. اجازة الامومه**

وهي اجازة تمنح الى الام الموظفة الغايه منها التفرغ لرعاية طفلها الذي لم يتجاوز عمرة سنة واحدة ومدتها سنة واحدة بدون راتب .

### **٣. اجازة الحمل والولاده**

وهي اجازة تستحقها الموظفة الحامل ومدتها (٧٢) يوماً براتب كامل على ان تتمتع بما لا يقل عن (٢١) يوماً منها قبل الوضع ويجوز ان تتكرر هذه الاجازة كلما تكرر الحمل والوضع .

### **٤. الإجازة المرضية .**

من المهم الحفاظ على صحة الموظف العام ليتمكن من القيام بمهامه الوظيفية على أكمل وجه ، وعلى ذلك كان من الواجب على المشرع أن يوفر العناية اللازمة للموظف من خلال منحه إجازة إذا لحق به مرض يحول دون قيامه بعمله على الوجه المطلوب .  
ومدة الاجازة المرضية ثلاثون يوماً عن كل سنة كاملة من الخدمة براتب تام واجازة مرضيه بنصف راتب لمدة خمسة واربعون يوماً خلال السنة .

ويمكن ان تتراكم الاجازات المرضية على ان لا تتجاوز ١٢٠ يوما براتب تام ويليها ٩٠ يوما بنصف راتب على ان لا يتجاوز مجموع الاجازة المرضيه خلال الخمس سنوات التي تسبق انتهاء مدة الاجازة ١٨٠ يوما براتب تام ومثلها بنصف راتب .

اما اذا استتفد الموظف رصيده من الاجازات المرضيه والاعتيادية فيجوز منحة اجازة بدون راتب لمد اقصاها ١٨٠ يوما واذا لم يلتحق بالخدمة بانتهائها يجوز احالته على التقاعد . مالم يكن مصابا بمرض مزمن او يستعصي علاجه فقد اجازت المادة ٤٦ من قانون الخدمة المدنية منحة اجازة براتب تام لمدة اقصاها سنتان يحال على التعاقد بعدها اذا لم يستأنف عمله ، كما اجاز قرارمجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٨٠ ان تكون هذه الاجازة براتب ولمدة ثلاث سنوات.

### ١- اجازة المصاحبة الزوجية

يجوز منح الزوجه اجازة لمصاحبة زوجها الموظف الذي يزاول وظيفة او طالب البعثة لاكمال دراسته في خارج العراق ماتستحقه من اجازة اعتيادية براتب تام وما جاوز ذلك بدون راتب على ان تتمتع الزوجه بهذه الاجازة مرة واحدة خلال وجود الزوج في مكان واحد .

### ٢- الاجازة الدراسية

اجاز المشرع العراقي منح الموظف اجازة دراسية براتب تام اذا كان الموظف يحمل شهادة جامعية اولية او عليا واكمل سنتين في خدمة وظيفية فعلية لاكمال دراسته خارج القطر والحصول على شهادة اعلى وتكون مدة الاجازة هي المدة التي تتطلبها الدراسة وتعلم اللغة وفق الشروط المعتمدة بالنسبة لطلبة البعثات . ويجوز تمديد الاجازة للحصول على شهادة اعلى . كما يجوز ان تمنح الاجازة للموظف الذي اكمل سنتين من الخدمة الفعلية للحصول على شهادة جامعية اولية او عليا داخل القطر.

## المبحث الثاني

### واجبات الموظف العام

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها الموظف العام يجب أن يؤدي مهام معينة ضماناً لحسن سير الوظيفة العامة ، وقد تعرض المشرع لواجبات الموظفين . ولا بد من الإشارة إلى إن هذه الواجبات ليست محددة على سبيل الحصر ، وإنما هي واجبات عامة ناتجة عن طبيعة الوظيفة العامة ، وقد نص المشرع على الأساسية منها والتي سنبينها تباعاً :

- أداء العمل .
- طاعة الرؤساء .
- احترام القوانين واللوائح .
- عدم إفشاء أسرار الوظيفة .
- المحافظة على شرف وكرامة الوظيفة .
- عدم جواز الجمع بين الوظيفة وأي عمل آخر .
- عدم ممارسة الأعمال السياسية والمناهضة للدولة .

### أولاً : أداء العمل

الواجب الأول والجوهري الذي يلتزم به الموظف هو أن يؤدي العمل بنفسه وفي الوقت والمكان المخصصين لذلك ، وهذا الواجب من النظام العام لا يجوز للموظف أن يتنازل عنه أو ينيب غيره فيه لتعلقه بقواعد الاختصاص المحدده قانوناً . (١)

١ - ينظر :

- د. سلمان محمد الطماوي - قضاء التأديب - مجلة العلوم الإدارية - العدد الأول - ١٩٦٠ -
- ص ١٥٠ و د. محمد عاطف البنا - مبادئ القانون الإداري - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٩ -
- ص ٢٣٣ و د. عبد القادر الشخلي - النظام القانوني للجزاءات التأديبية - عمان - دار الفكر العربي - ١٩٨٣ - ص ١٥٢ .

ويتفرع من هذا الواجب أن يقوم الموظف بالعمل بدقة وأمانة، وأن يبذل غاية جهده فيه تحقيقاً للمصلحة العامة .

ويلزم أن يكون عمل الموظف خلال ساعات العمل منتجاً فلا يعني هذا الواجب أن يتواجد الموظف بمقر وظيفته دون أن يؤدي عملاً ، كما يجوز أن يكلف الموظف بعمل في غير الأوقات الرسمية المحددة سلفاً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وله أن يحصل على أجر إضافي مقابل ذلك .

### ثانياً : طاعة الرؤساء

ويمثل واجب إطاعة المرؤوس لرؤسائه أحد الواجبات الهامة التي تقع على عاتق الموظف العام ويتوقف نجاح التنظيم الإداري على كيفية تلقي الأوامر وكيفية تنفيذها . والطاعة الرأسية مناطها السلم الإداري أو التدرج الرأسي الذي يقوم على أساس خضوع كل طبقة من الموظفين لما يعلوها من طبقات . (١)

وتتضمن سلطة الرئيس على مرؤوسيه مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والآخر يتعلق بأعماله . (٢)

تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسيه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينه أو نقلهم وترقيتهم وإيقاع العقوبات التأديبية عليهم .

أما سلطة على أعمال مرؤوسيه فتتضمن حقه في توجيه مرؤوسيه عن طريق إصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها ، فيملك الرئيس سلطة إصدار الأوامر والتعليمات الملزمة للمرؤوسين . (٣)

وطاعة الموظف أمر مفروض تمليه طبيعة الوظيفة العامة وضرورة استمرارها إلا أن هذه الطاعة يجب أن تكون مقصورة على ما يتعلق بالعمل وحده ولا تمتد إلى خارجه كالحياة الخاصة للموظف إلا إذا كانت الحياة الخاصة تؤثر على أداء الموظف لعمله .

١ - د. سليمان محمد الطماوى . قضاء التأديب . المرجع السابق . ص ١٧٥

٢ - د. مازن ليلو راضي - الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية . ٢٠٠٢ ص ٥٠

3 - *Waline (m) - Traite de droit administratif - Sirey - 1963 - P 290 .*

ويجب أن يكون الأمر صادراً للموظف عن رؤسائه المباشرين في نفس الوزارة أو المصلحة أو الإدارة (١). وللموظف أن يتجاهل الأمر الصادر إليه من موظف آخر أعلى منه درجة لكن لا تربطه به أي صلة رئاسية مباشرة أو غير مباشرة . (٢)

إلا أن هذه الأوامر يجب أن تكون مشروعة حتى تكون محلاً للطاعة فإذا كانت غير مشروعة فالأصل إن الموظف غير ملزم بتنفيذها إلا إذا نبه رئيسه كتابه إلى إن ما أصدره إليه من أوامر تتعارض مع مبدأ المشروعية ، فإذا أصر الرئيس على موقفه كتابة وطلب تنفيذ أوامره ، ففي هذه الحالة يكون واجباً على الموظف التقيد بهذه التعليمات ويتحمل الرئيس المسؤولية الناتجة عن تنفيذ هذه الأوامر .

بينما نجد إن المشرع الفرنسي في قانون التوظيف الفرنسي رقم ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ أكد ضرورة الامتثال لجميع التعليمات الصادرة من الرئيس الإداري إلى موظفيه ، حتى لو كانت هذه الأوامر غير مشروعة إلا إذا كان من شأنها أن تهدد المصلحة العامة تهديداً جسيماً . (٣) وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه . (٤)

وفي جميع الأحوال ليس للرئيس أن يكلف أحد مرؤوسيه بارتكاب جريمة وليس للمرؤوس أن يطيع الأمر الموجه إليه إذا كان يعلم انه ينطوي على ارتكاب جريمة وليس له أن يدفع بجهله للقانون بهذا الشأن ، فمن حق الرئيس بل من واجبه الامتناع عن تنفيذ الأوامر التي تشكل جريمة يعاقب عليها القانون ، وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية فضلاً عن مسؤوليته التأديبية .

ويتفرع من واجب الطاعة التزام آخر هو احترام الموظف رؤسائه وتمسكه بأداب اللياقة في مخاطبتهم ، وهذا الالتزام يحد من حرية تعبير المرؤوس عن مشاعره وأفكاره . (٥)

فالموظف يجب أن يتقيد بالحدود اللازمة للمحافظة على كرامة رؤسائه وحرمة الوظيفة عندما يجد نفسه مجبراً على ابداء آرائه ومقترحاته بشأن مسألة معينة . تقول

---

1 - Fougere (Louis) - La fonction Publique - Institut International des sciences administratives - Bruxelles - 1966 - P 310 .

2 - Francois La chaume (J) La fonction Publique - Dalloz - 1992 - P 75 .

3 - Article (26) Loi No 634 du (13) Juillet - 1983 Cod administratif Dalloz 1987 - P 1018 .

4 - Plantey (A) - Trate pratique de La fonction Publique 1971 - P 443 .

5 - Plantey - Op - Cit - P 442 .

الأستاذة (كاترين) *catherine* في هذا الشأن " إن الطاعة فضيلة أخلاقية ، عندما يتعلق الأمر بطلب تضحيات شخصيه ، فيجب أحياناً التنازل عن آراء وقيم متمسك بها والتدريب على السيطرة على الإرادة وهذا يتم أحياناً بالقسوة " . (١)

### ثالثاً : احترام القوانين واللوائح :

يلتزم الموظف بواجب احترام القانون بمعناه الواسع فيشمل ذلك احترام الدستور واللوائح والتعليمات والأوامر الرأسية .

أما فيما يتعلق بالمحظورات على الموظف العام فإنه يحظر على الموظف بالذات أو بالواسطة أن يقوم بأي عمل من الأعمال المحظورة أو المحرمة بمقتضى القوانين أو اللوائح أو الأنظمة المعمول بها .

وفي حالة مخالفة الموظف هذا الواجب فإنه يعرض نفسه للمسئولية التأديبية والجنائية إذا ما توافرت شروطها.

### رابعاً : عدم إفشاء أسرار الوظيفة .

يطلع الموظف بحكم وظيفته على أمور وأسرار يتعلق بعضها بمسائل تمس المصلحة العامة للدولة كالأسرار العسكرية والاقتصادية والسياسية وبعضها يتعلق بمصلحة الأفراد وحياتهم الخاصة.

وفي الحالتين يلتزم الموظف بعدم إفشاء هذه الأسرار ويبقى هذا الالتزام سارياً حتى بعد انتهاء خدمة الموظف العام.

ويزول هذا الواجب إذا فقد الموضوع سرية أو صار معروفاً بطبيعته ، أو لإلغاء الأمر الذي فرض هذه السرية (٢) . أو سمحت السلطات المختصة بإفشاء السر أو أذن صاحب السر بإفشائه أو إذا كان من شأن إذاعة السر منع ارتكاب جريمة . (٣)

ويترتب على مخالفه الموظف لهذا الواجب تعرضه للمسئولية التأديبية والمسئولية الجنائية إذ يشكل إفشاء أسرار الوظيفة جريمة بنص قانون العقوبات العراقي.

---

1 Catherine (R) - et Jhuillier (G) Melanges en Inonner du Professeur Problems de droit Pulfic Contempran 1974 - P 585 .

٢ - د. على جمعه محارب - المصدر السابق - ص ١٥٧ .

٣ - د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - القاهرة - ١٩٧٥ - ص ٤٣٠ .

### **خامساً: المحافظة على شرف وكرامة الوظيفة.**

حرصت التشريعات على عدم قصر مسؤولية الموظف على الاخلال بواجباته في داخل نطاق الوظيفة ، انما اخذت تتدخل في سلوكه وتصرفاته في الحياة الخاصة والعامة لتمنع كل ما يخل بشرف وكرامة الوظيفة العامة .

وغاية المشرع من هذه المحظورات أن يبعد الموظف عن مواطن الشبهات والريبة وهي محظورات وردت على سبيل المثال لا الحصر .

### **سادساً: عدم جواز الجمع بين الوظيفة وأي عمل آخر.**

حفاظاً على نشاط الموظف وأداء عمله بدقه وكفائه حظر المشرع في قانون الخدمة المدنية الجمع بين الوظيفة وأي عمل الا في الأحوال التي يجوز فيها لذوى المؤهلات المهنية والعلمية مزاولة هذه المهن في غير أوقات العمل الرسمي.

## **الفصل الرابع**

### **انتهاء خدمة الموظف العام**

حدد المشرع العراقي عدة حالات لانتهاء خدمة الموظف العام نعرض إليها تباعاً.

#### **أولاً: بلوغ سن التقاعد**

السبب الرئيسي لانتهاء خدمة الموظف العام بحكم القانون هو بلوغه السن التقاعد، وقد حدد المشرع السن القانونية لترك الخدمة ببلوغ الموظف ثلاث وستون سنة ميلادية كاملة، ومع ذلك يجوز إذا دعت ظروف استثنائية يقتضيها صالح العمل مد خدمة الموظف لمدة معينة

ومع ذلك فإنه يجوز وفقاً للمادة الخامسة من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٥ ان يحال الموظف على التقاعد اذا كان قد اكمل (٢٥) سنة من الخدمة او اكمل (٥٠) سنة من عمره وعلى الوزير او رئيس الدائرة المختص ان يبيت في الطلب اما اذا كانت هناك ضرورة قصوى لابقاءه في الوظيفة فعلى الادارة ان توفر البديل خلال مدة سنة يعد بعدها الموظف محالاً على التقاعد .

## ثانياً : عدم اللياقة الصحية

إذا مرض الموظف واستطال مرضه ولم يرجى شفائه او عجز عن تادية واجباته الوظيفية لاصابته بعاهه جسدية او عقلية استنادا إلى تقرير من اللجنة الطبية رسمية فانه يحال على التقاعد بصرف النظر عن مدة خدمة .

## ثالثاً: الاستقالة

الاستقالة هي أن يتقدم الموظف بطلب مكتوب للجهة الإدارية المختصة يطلب فيها ترك الخدمة ، ولا تنتهي خدمة الموظف إلا بعد صدور قرار من الإدارة بقبول طلبه .  
وقد نظم قانون الخدمة المدنية في المادة(٣٥) الأحكام الخاصة بالاستقالة ، واشترط لقبولها ما يلي :-

١. أن يقدم الموظف استقالته من الوظيفة بطلب تحريري .
٢. تلتزم السلطة المختصة بالتعيين بالبت فيها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها ويعتبر الموظف منفكاً بانتهائها الا اذا صدر امر القبول قبل ذلك .
٣. لا تنتهي خدمة الموظف إلا بقبول استقالته صراحة اوضمناً وعليه الاستمرار بتادية وظيفته حتى هذا التاريخ .

## رابعاً : العزل التأديبي

العزل بقرار تأديبي هو أقصى الجزاءات التأديبية التي يمكن توقيعها على الموظف ويكون بتتحية الموظف عن الوظيفة نهائياً ولا تجوز اعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي ، وذلك بقرار مسبب من الوزير في احدى الحالات الآتية:

- أ- اذا ثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقاءه في خدمة الدولة مضراً بالمصلحة العامة.
- ب- اذا حكم عليه عن جنائية ناشئة عن وظيفته وارتكبتها بصفته الرسمية.
- ج- اذا عوقب بالفصل ثم اعيد توظيفه فارتكب فعلاً يستوجب الفصل مرة اخرى .  
وتنتهي خدمة الموظف بعزله تأديبياً اعتباراً من تاريخ صدور القرار .

## خامساً : الاستغناء عن الخدمات في مدة التجربة

إذا تبين كفايه الموظف عند اول تعيينه في الوظيفة تحت التجربة بعد مرور مدة سنة واحده على عملة يجوز توصي تثبيته اما اذا تبين عدم كفايته اوصلاحيته للعمل الذي تم تعيينه

فيه، فلدائرته ان تصدر امرا بالاستغناء عن خدماته، ولها أن تمهله ستة اشهر أخرى في وظيفته للتأكد من صلاحيته .

وللموظف الذي تم الاستغناء عن خدماته أن يعترض على قرار الاستغناء امام مجلس الإنضباط العام خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بامر الاستغناء ويكون قرار المجلس خاضعا للطعن فيه امام الهيئة العامة لمحكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ به. اما اذا إنقضت المدة المحددة ولم تتخذ الادارة قرارا بالاستغناء عن خدمات الموظف فانه يعد مثبتا في وظيفته بحكم القانون .

### **سادسا : الوفاة**

طبيعيا تنتهي خدمة الموظف بوفاة وفي هذه الحالة تستحق أسرة الموظف حقوقه التقاعدية بصرف النظر عن مدة خدمته .

## الباب الرابع الأموال العامة

لا يمكن للإدارة أن تباشر نشاطها وتحقق أهدافها ما لم تتوافر لها الأموال اللازمة لهذا النشاط سواء كانت هذه الأموال عقارية أو منقولات .  
وتتميز هذه الأموال بأحكام خاصة ، وهي أما أن تكون أموالا عامة مخصصة للنفع العام وتتمتع بحماية قانونية خاصة ، وأما أن تكون أموالا خاصة تخضع لذات النظام القانوني الذي تخضع له أموال الأفراد .(١)

وفي هذا الجزء في الدراسة نبحت في الأموال العامة في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: التعريف بالمال العام

الفصل الثاني: نزع الملكية للمنفعة العامة

الفصل الثالث: استعمال المال العام وحمايته القانونية.

---

١- ينظر في شأن الأموال العامة:

- الدكتور سليمان محمد الطماوى - الوجيز في القانون الإداري- المرجع السابق - ص ٥٨٠.
- الدكتور: مصطفى أبو زيد فهمي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق- ص ٥٤٢
- الدكتور: عبد الغنى بسيونى - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٨١
- الدكتور: محمد انسى قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - المصدر السابق - ص ٤٢٩
- الدكتور: محمد سعيد حسين أمين - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق ص ٦٦٣

## الفصل الأول التعريف بالمال العام

للتعرف على الأموال العامة يلزم أولاً دراسة ظهور فكرة المال العام ثم التطرق لبيان تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة وذلك في مبحثين.

### المبحث الأول ظهور فكرة الأموال العامة

ظهرت فكرة الأموال العامة أول مرة في ظل الدولة الرومانية. حيث تم تقسيم الأشياء إلى أشياء داخلية في التعامل وخارجية عن دائرة التعامل ، ومنها ما هو مخصص للمنفعة العامة لكل الأفراد ، ومنها ما هو مخصص للجماعات العامة. (١)

ثم انتقلت هذه الفكرة إلى فرنسا حيث صدر القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ الذي أطلق مصطلح الدومين العام لأول مره على أموال الدولة دون أن يميز بين الأموال العامة والأموال الخاصة - واستمر الوضع على ذلك حتى بدأ الفقه بالمناداة بالتفريق بين المال العام والمال الخاص ، وكان أول من نادى بهذه التفرقة الفقيه الفرنسي *proudhon* برودون. (٢)

وقد طبق القضاء الفرنسي هذا التمييز في العديد من أحكامه ، ثم صدرت بعض التشريعات التي تميز بين المال العام والمال الخاص ، ومن أول هذه التشريعات التشريع الصادر في ٢٦ يونيو ١٨٥١ بخصوص الملكية العقارية في الجزائر.

وقد ظهرت فكرة المال العام في مصر بعد صدور القانون المدني المختلط في ٢٨

---

١- د. ممدوح مصطفى - القانون الروماني - دار المعارف - ١٩٥٩ - ص ٢٦٩

٢- د. سليمان محمد الطماوى - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ٥٨١

يونيو ١٨٧٥ في حين تولى المشرع العراقي تحديد المقصود بالأموال العامة بنص المادة ٧١ من القانون المدني فقد ورد في ألفقره الأولى منها (تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.)

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من الأموال في أن الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم - فالأموال العامة تخضع لنظام قانوني متميز عن النظام القانوني الذي تخضع له الأموال الخاصة للإدارة وهو نظام القانون العام. تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١ سالفه الذكر ( وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.)

### المبحث الثاني المعيار المميز للأموال العامة

أوضحنا أن الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تملك نوعين مختلفين من الأموال وهما : الأموال العامة وتسمى بالدومين العام - والأموال الخاصة وتسمى بالدومين الخاص ، ويخضع كل نوع منها لنظام قانوني مختلف . لذلك كان لابد من البحث عن معيار يميز الأموال العامة عن الأموال الخاصة. وكان للفقهاء الفرنسيين الدور الأبرز في هذا المجال. حيث ظهرت فيه اتجاهات عدة الأولى يأخذ بطبيعة المال أما الثاني فيبحث في تخصيصه للمرفق العام وأخيراً الاتجاه الذي يأخذ بتخصيص المال للمنفعة العامة .

#### أولاً: معيار طبيعة المال.

يقوم هذا المعيار على أساس أن الأموال العامة تلك التي لا تصلح بطبيعتها لتكون مملوكة ملكية خاصة وتكون مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور ومثال ذلك الطرق العامة والبياديين والحدائق العامة.

وهذا المعيار محل نقد من حيث انه يضيق من مفهوم المال العام فيشترط أن يكون المال العام عقاراً وليس منقولاً كما انه يحصر مفهوم المال العام في ذلك المال الذي

يستعمله الجمهور بشكل مباشر و لا يخفى أن الكثير من المباني الحكومية لا يستعملها الجمهور بشكل مباشر ولا خلاف في إنها أموالاً عامة.

ومن جانب آخر قصر أنصار هذا المعيار مفهوم المال العام على المال غير القابل للتملك من قبل الأفراد، وهذا منتقد من حيث أن قابلية المال العام للتملك لا ترجع لطبيعته الخاصة، وإنما هي نتيجة لإضفاء صفة المال العام عليه ، كما أن الكثير من الأموال المعتبرة أموالاً عامة تقبل الملكية الفردية كالطرق و القنوات المائية التي ينشأها الأفراد في أملاكهم الخاصة. (١).

### ثانياً: معيار تخصيص المال للمرفق العام.

يتجه أنصار هذا المعيار وهم من مدرسة المرفق العام إلى أن المال العام هو المال المخصص لخدمة مرفق عام. وهذا الاتجاه منتقد من حيث انه ضيق من ناحية وواسع من ناحية أخرى ، فهو ضيق لأنه يخرج من دائرة الأموال العامة تلك الأموال المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور كالطرق والبيادين والحدائق العامة لا لشيء إلا لأنها غير موضوعة لخدمة مرفق عام .

في حين يكون هذا المعيار واسعاً من حيث انه يعترف بصفة الأموال العامه لجميع الأموال المخصصة لخدمة المرافق العامة على اختلاف أنواعها إدارية أم اقتصادية وسواء أكان المال مهماً أم تافه القيمة.

ولتفادي هذه الانتقادات سعى أنصار هذا المعيار إلى تحديده من خلال اشتراط امرين حتى يكون المال عاماً .

**الأول** أن يكون المرفق مرفقاً عاماً جوهرياً . **والثاني** أن يكون المال المخصص لهذا المرفق قد اعد أعداداً خاصاً لخدمة هذا المرفق وله الدور الرئيسي في سير المرفق وأدارته.

---

١- ينظر في تفصيل ذلك

١. د- عبد الغنى بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٨٤

٢. د. محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان - مبادئ القانون الإداري المصدر السابق ص ٤٤٤.

٣. د. محمد مختار عثمان - المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية - المصدر السابق ص ٣٥٦.

وبناءً على ذلك تم استبعاد المنقولات المستخدمة في المرافق العامة من نطاق الأموال العامة . وكذلك المباني الحكومية والمدارس والثكنات العسكرية لأنها غير معدة أعداداً خاصاً لخدمة المرفق .

ولاشك أن هذه المحاولة لبيان المقصود بالأموال العامة فشلت أيضاً لأنها لا تستند إلى معيار منضبط يحدد متى يمكن اعتباره مرفقاً عاماً جوهرياً ، ومتى نكون أمام مال مخصص لخدمة مرفق عام وله دور رئيس في إدارته. (١)

لذلك سرعان ما هجر هذا المعيار واتجه الفقه نحو معيار التخصيص للمنفعة العامة.

### ثالثاً: معيار تخصيص المال للمنفعة العامة.

نتيجة للانتقادات الموجهة للمعيارين السابقين - اتجه الفقه نحو الأخذ بمعيار آخر هو معيار تخصيص المال للمنفعة العامة. ومقتضاه أن المال يكون عاماً طالما تم تخصيصه لتحقيق النفع العام.

وقد اختلف الفقه في الطريق الذي يتم فيه تخصيص المال للنفع العام ، فقد ذهب العميد " *Hauriou* " إلى ضرورة أن يكون تخصيص المال للمنفعة العامة بقرار من الإدارة - في حين أضاف *Waline* إلى ذلك أن المال العام يجب أن يكون ضرورياً ولازماً لتسيير المرفق العام وتحقيقه المصلحة العامة ولا يمكن الاستغناء عنه أو الاستعاضة عنه بسهولة. (٢)

وأياً كانت طريقة التخصيص فقد استقر رأى الفقه والقضاء على أن المال العام هو ذلك المال المملوك لإحدى الجهات الإدارية والمخصص للمنفعة العامة.

### رابعاً: معيار المال العام في القانون العراقي

- 
- ١- ينظر في شأن الانتقادات الموجهة لهذا المعيار .
  - د.مصطفى أبو زيد فهمي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق ص ٥٨٠.
  - د. عبد الغنى بسيونى - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٨٧ .
  - د. محمود عاطف البنا - مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة - دار الفكر - ص ١٤.

2 - *Waline- Droit administrative -op - cit p- 432*  
*-Duguit - Traite de , droit constitutionnel , 1930 , p-350.*

بينت المادة ٧١ من القانون المدني الاردني(١) -تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.٢- وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.)

وبمقتضى ذلك يجب لاعتبار المال عاماً توافر شرطين.

**الأول:** أن يكون المال مملوكاً للدولة أو لإحدى الأشخاص المعنوية العامة.

**الثاني:** أن يتم تخصيص المال للمنفعة العامة ، ويتم التخصيص للمنفعة العامة بحسب النص المشار إليه بأحد الأساليب التالية :

**بالفعل :** ويتم ذلك بان يكون المال متاحاً للانتفاع به مباشرة للجمهور دون أن.

تتدخل السلطات في ذلك بقانون أو قرار ، كأن يقوم الأفراد بالانتفاع بالطرق

العامة والشواطئ والحدائق ، وفق ما يمكن تسميتها بالأموال العامة بطبيعتها

١- **التخصيص بقانون:** ويظهر هذا التخصيص في إصدار الدولة قانوناً يتضمن

تخصيص المال للنفع العام، كما هو الحال في الانتفاع عن طريق المرافق العامة

المختلفة. كمرفق النقل والاتصالات وغيرها. ومن ثم لا يمكن اعتبار الأموال

للمملوكة للأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة أموالاً عامة ولو كانت مخصصة

للمنفعة العامة ، وكذلك الحال بالنسبة للأموال المملوكة لملتزم المرافق العامة فرداً

أو شركة خاصة .(١)

وأخيراً فإن الأموال العامة تزول بذات الطريقة التي نشأت بها أي بالفعل أو

بنص القانون أو الانظمه.

## الفصل الثاني

### نزاع الملكية للمنفعة العامة

تحصل الدولة على أموالها بطرق عدة منها ما هو متماثل مع أساليب القانون

الخاص فتنزل منزلة الأفراد فتتفق معهم على التنازل عن ملكهم بالتراضي بالبيع أو الهبات

أو الوصية كما قد تلجئ إلى أسلوب لاستملاك أو نزاع الملكية للمنفعة العامة.

١- د. محمد عبد الله الحراري - المصدر السابق ص ١١١

ونزع الملكية للمنفعة العامة إجراء إداري يقصد به حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل.

وقد نصت جميع الدساتير على حماية الملكية الخاصة ومن ثم فإن نزع الملكية للمنفعة العامة يأتي استثناء على قاعدة احترام الملكية الفردية - ويجد هذا الاستثناء مبرره في ضرورة تحقيق المصلحة العامة التي لا يمكن تحقيقها إلا من خلال الأفراد عن أملاكهم الخاصة ، ولو ترك الأمر لهم فانهم يفضلون غالباً تغليب مصالحهم الخاصة على المصلحة العامة ويرفضون التنازل عن أملاكهم طوعاً.

لذلك نجد أن الدساتير والقوانين في مختلف الدول قد اعترفت بحق الإدارة بنزع الملكية الخاصة لتحقيق المنفعة العامة.

وفي هذا المجال ورد في المادة ٢٣ - ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ) لا يجوز نزع ملكيه الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك القانون.)

#### الشروط العامة لنزع الملكية :

هناك عدة شروط يجب توافرها حتى نكون أمام نزع الملكية للمنفعة العامة أهمها :

#### أ- نزع الملكية العامة لا يوجه إلا إلى العقارات

إجراء نزع الملكية يقتصر على العقارات المملوكة للأفراد وعلى هذا الأساس لا يشمل هذا الإجراء المنقولات عموماً مهما بلغت قيمتها ، وكذلك ينصرف نزع الملكية إلى حق الملكية ذاته فلا يشمل الحقوق العينية الأخرى الأصلية أو التبعية فلا يرد على حق الانتفاع أو الارتفاق .

وفي جانب آخر يجب أن تكون العقارات التي يوجه إليها قرار نزع الملكية عقارات مملوكة للأفراد ، أما العقارات المملوكة للأشخاص المعنوية العامة فهي من الأموال العامة التي تستطيع الإدارة تغيير وجه تخصيصها دون اللجوء إلى إجراء نزع الملكية.

#### ب- نزع الملكية يستهدف دائماً تحقيق المنفعة العامة

بينما أن الدساتير تقرر نزع الملكية الخاصة للأفراد حصراً لتحقيق المنفعة العام ، وهو ما تضمنته اغلب التشريعات الخاصة بنزع الملكية. إلا أن هذه التشريعات منحت الإدارة سلطة واسعة في تقرير توافر المنفعة العامة من عدمه وخطورة هذا الوضع

واحتمال تعسف الإدارة في هذا المجال يجعل من الضروري بسط القضاء رقابته على مدى احترام الإدارة لشرط إجراء نزع الملكية لمقتضيات المنفعة العامة ، فإذا انحرفت عن هذا الغرض لتحقيق مآرب أخرى فإن قرارها يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة ويكون جديراً بالإلغاء .

### ج -أداة نزع الملكية هو القرار الإداري.

الأصل أن الإجراء الصادر بنزع الملكية هو القرار الإداري الصادر من السلطة المختصة عموماً بإجراءات نزع الملكية ، ويعد هذا القرار بمثابة عمل إداري مركب تمارسه الإدارة بما تملك من إمتيازات السلطة العامة. إلا أنه يجوز أن يصدر تشريعاً خاصاً يقرر نزع الملكية للمنفعة العامة كما هو الشأن عند إجراء عمليات التأميم.

### د-يكون نزع الملكية لصالح شخص من اشخاص القانون العام .

الأصل أن يكون نزع الملكية لصالح شخص من أشخاص القانون العام إلا أنه يجوز استثناء أن يتم نزع الملكية لصالح أحد الملتزمين بإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة .

## الفصل الثالث

### استعمال المال العام وحمايته القانونية.

نبين في هذا الجزء من الدراسة صور استعمال المال العام والحماية القانونية التي يوفرها له المشرع وذلك في مبحثين متتاليين.

### المبحث الأول

#### استعمال المال العام

إذا كان المال العام مخصص أصلاً للمنفعة العامة فإن هذا لا يعني أن الأفراد يستطيعون استعماله دون تنظيم ، فمتلماً يكون الانتفاع بطريق مباشر كالانتفاع بالطرق والحدائق العامة قد يتم الانتفاع به من خلال أحد المرافق العامة وهنا يجب أن يخضع الانتفاع للقواعد المنظمة لعمل المرفق ذاته.

كما أن الانتفاع المباشر بالمال العام يختلف هو الآخر باختلاف الاستعمال فقد يكون الاستعمال عاماً أو مشتركاً وقد يكون الاستعمال خاصاً.

## أولاً: الاستعمال العام للمال العام.

يكون استعمال المال العام عاماً إذا انتفع الأفراد به بصورة مباشرة واستعملوه استعمالاً متشابهاً بالشكل الذي يتفق وطبيعة المنفعة التي اعد لها ، كالمروور في الطرقات العامة والانتفاع بالحدائق والمنتزهات العامة واستعمال دور العبادة. واستعمال المال العام بهذه الصورة يعد مظهراً من مظاهر الحريات العامة التي تنص الدساتير على احترامها غير أن ذلك لا يعنى بأي حال منع الإدارة من وضع ضوابط لاستعمال المال العام دون مخالفة تلك الدساتير .

وفي هذا المجال يخضع الأفراد في انتفاعهم بالأموال العامة للقواعد التالية :

### ١ . قاعدة حرية استعمال المال العام

الأصل أن يكون استعمال المال العام حراً للجمهور في أي وقت يشاءون ، مادام أن هذا الاستعمال لا يخل بالعرض الذي خصص له المال العام. فلكل فرد حرية السير في الطرق العامة والتنزه في الحدائق العامة ودخول دور العبادة وغير ذلك من الأماكن العامة.

غير أن ذلك يخضع في أحيان كثيرة لضوابط وتنظيم الإدارة كتنظيم دخول وخروج المنتفعين وتحديد مواعيد خاصة لفتح الحدائق العامة ، أو منع الشاحنات من استعمال طرق معينه وما إلى ذلك مما يدخل ضمن سلطات الضبط الإداري التي تتولى حماية النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام ، الصحة العامة ، السكينة العامة ، وفي كل الأحوال يجب أن لا يصل هذا التنظيم إلى مصادرة تلك الحريات.

### ٢ . قاعدة مجانية الاستعمال

الأصل في استعمال المال العام أن يكون مجانياً . إلا أن من الجائز أن يفرض القانون رسوم مقابل الانتفاع بالمال العام إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة كرسوم انتظار السيارات في أماكن معينة أو رسوم دخول الحدائق العامة أو الطرق السريعة.

### ٣ . قاعدة المساواة بين المنتفعين

القاعدة العامة في استعمال المال العام أن يتساوى المنتفعين في استعماله ، ويجب على الإدارة أن تسعى لتحقيق هذه المساواة فلا تمييز بين شخص وآخر في الانتفاع بالمال بسبب اصل أو لون أو جنس أو دين أو لغة.

إلا أن هذه المساواة تكون بين المنتفعين الذين تتوافر فيهم الشروط نفسها ، إذا تستطيع الإدارة أن تقصر الانتفاع بالمال العام على فئات معينة من الناس يتشابهون في مراكزهم القانونية ، كأن تخصص فترة معينة أو أيام معينة لانتفاع الأطفال ببعض الحدائق العامة أو تخصص مقاعد معينة في وسائل النقل لاستعمال المعاقين .

### ثانياً: الاستعمال الخاص للمال العام.

يكون استعمال المال العام خاصاً عندما ترخص الإدارة أو تأذن لفرد معين أو أفراد معينين بذواتهم دون غيرهم بالانتفاع بجزء من المال العام. وقد يكون استعمال المال في هذه الصورة استعمالاً متفقاً والغرض المخصص له المال العام أصلاً ويسمى الاستعمال الخاص العادي ، وقد يكون استعمال المال العام غير متفق مع الغرض الذي أعد له المال أصلاً ، ويسمى الاستعمال في هذه الحالة الاستعمال الخاص غير العادي.

ومثال الحالة الأولى الترخيص لبعض الأفراد باستعمال مقابر مخصصة لهم لدفن موتاهم أو لتاجر باستعمال مكان مخصص بالسوق لعرض بضاعته لقاء مبلغ معين يدفع للإدارة وهذا يتم بطبيعة الحال بترخيص الإدارة التي تشرف على المال العام ، ولا تملك الإدارة في هذه الحالة سلطة تقديرية في منح الترخيص أو منعه لان الأمر رهن بتوافر شروط منح التراخيص، ولا يتم إلغاء الترخيص إلا إذا أخل صاحبه بالتزاماته أو اقتضت ذلك المصلحة العامة على اعتبار أن المال العام يستعمل لتحقيق ذات الغرض الذي خصص من أجله.

أما حالة الاستعمال الخاص غير العادي فتظهر كما لو سمحت الإدارة لباعة الصحف بشغل جزء من الطريق العام بوضع أكشاك لهم ، أو لأصحاب المقاهي بوضع المقاعد على رصيف الشارع . فهذا الاستعمال يتنافى مع الغرض الذي خصص له المال العام . وتتمتع الإدارة بالنسبة لهذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة فيكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت لمقتضيات المصلحة العامة ، على اعتبار أن المال العام لم يخصص أصلاً لهذا النوع من الاستعمال.

### المبحث الثاني الحماية القانونية للأموال العامة

تتمتع الأموال العامة بحماية قانونية مزدوجة ، مدنية وجنائية نظراً للوضع الذي تجسده من حيث تخصيصها للمنفعة العامة ايا كانت طريقة استعمالها سواء أكان ذلك من قبل الجمهور مباشرة أو كان بتخصيصها لخدمة مرفق عام، وقد نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة ٢٧ منه على تقريره هذه الحماية للأموال العامة فجاء فيها (أولاً: للأموال العامة حُرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن.

ثانياً: تنظم بقانون الاحكام الخاصة بحفظ املاك الدولة وادارتها وشروط التصرف فيها والحدود التي لايجوز فيها التنازل عن شيء من هذه الاموال).

#### أولاً: الحماية المدنية للأموال العامة.

طبقاً للمادة ٧١ من القانون المدني العراقي لا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . سواء أكانت أموالاً عقارية أو منقولات وسواء أكانت تملكها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى.

#### ١ . عدم جواز التصرف في المال العام.

ومقتضى هذه القاعدة انه لا يجوز إجراء التصرفات المدنية على الأموال العامة بما يؤدي إلى إنهاء تخصيصها لتحقيق المنفعة العامة كالبيع أو الوصية أو الهبة. فأن أقدمت الإدارة على ذلك فإنه يمكن استرداد المال العام في أي وقت لعدم جواز التصرف فيه ودون إمكانية احتجاج المشتري بعقد البيع .(١)

وعلى ذلك ينبغي على الإدارة إذا هي رغبت التصرف في أموالها العامة أن تعتمد أولاً إلى إنهاء صفتها بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، ويتم ذلك بمقتضى قانون أو مرسوم أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة ، ففي هذه الحالة تتحول الأموال العامة إلى أموال خاصة للإدارة فيجوز التصرف فيها.

غير أن قاعدة المنع من التصرف لا تنطبق على التصرفات التي تقع على الأموال العامة في دائرة القانون العام، إذ يجوز للدولة أن تتصرف في أموالها العامة فتنقلها

---

١- د. سليمان الطماوى - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥١٦.

لأشخاص اعتبارية وعامة أخرى كالمحافظات أو المؤسسات العامة لان هذا الانتقال لا يؤثر في الصفة العامة للمال .

كما أن هذه القاعدة لا تمنع من إمكانية اتفاق الإدارة مع أحد الأفراد على استعمال المال العام مؤقتاً استعمالاً خاصاً بترخيص أو عقد كما هو الحال في عقد التزام المرافق العامة وفي هذه الحالة تستمر حماية المال العام على اعتبار أن التصرف فيه ذو طبيعة مؤقتة ، وتملك الإدارة دائماً الحق في سحب الترخيص أو فسخ العقد لمقتضيات المصلحة العامة.

وأخيراً فإنه يترتب على مخالفة الإدارة هذه القاعدة وتصرفها في المال العام بطلان هذا التصرف بطلاناً مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.

## ٢. عدم جواز الحجز على المال العام

امتداداً لقاعدة عدم جواز التصرف بالمال العام ، لا يجوز بيع المال العام جبراً نتيجة للحجز عليه لاقتضاء الوفاء بالدين المحجوز على المال ضماناً له ، لتعارض ذلك مع فكرة تخصيص المال العام للمنفعة العامة.

كما أن ملاءة الدولة أمر مفترض ومن ثم لا محل للحجز على أموالها لضمان إيفائها لديونها ، ويتفرع من ذلك عدم جواز ترتيب أية حقوق عينيه تبعية على المال العام كالرهن ، أو حق امتياز ، لما يترتب على ذلك من تعطيل لسير المرافق العامة وحسن أدائها للخدمات وإشباع الحاجات العامة.

والأصل أن لا تسرى هذه القاعدة على الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة .

## ٣. عدم جواز تملك المال العام بالتقادم.

في نفس السياق لا يجوز تملك المال العام بالتقادم عن طريق وضع اليد كما يحدث في المال الخاص . ضماناً لاستمرار تخصيص المال العام للمنفعة العامة وهو ما أكدته المادة ٧١ من القانون المدني، ولنفس العله يمتد المنع ليشمل الصور الأخرى في اكتساب الملكية فلا يمكن الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المعروفه في القانون المدني لاكتساب ملكية منقولات الإدارة وكذلك لا تسرى قاعدة الالتصاق لاكتساب ملكية المال العام

فلا يمكن الاحتجاج بان مال الإدارة اقل قيمة من المال الذي التصق به ليأخذ حكمه . لان القاعدة في هذا المجال أن المال الخاص يتبع المال العام عند حدوث الالتصاق لان المال العام لا يمكن تملكه بالتقادم . (١)

وكما هو الشأن في القاعدتين السابقتين يسرى المنع في هذه القاعدة على الأموال العامة والأموال الخاصة للإدارة لوضوح نص المشرع في هذا الخصوص.

### ثانياً: الحماية الجنائية لأموال العامة.

لا تقتصر حماية المال العام على الحماية المدنية فقد اهتم المشرع الجنائي بتوفير الحماية الجنائية للمال العام لمنع التعدي عليها أو الأضرار بها ضماناً لاستمرار تخصيصها للنفع العام وحسن أداء المرافق العامة .

إلا أن هذه الحماية في التشريع العراقي جاءت في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

ومن ذلك نص في المواد ٣٥٢-٣٥٥ على جرائم الاعتداء على الطرق العامه والمواصلات والاعمال . فقد عاقبت المادة ٣٥٥ كل من أحدث تخريباً او ائلف متعمدا في طريق عام أو مطار أو جسر أو قنطره أو سكه حديديه او نهر او قنائة صالحين للملاحة بالحبس والغرامه او احدى هاتين .

في حين تطرق الكتاب الرابع من القانون ذاته الى جرائم الاضرار التي تلحق بالطرق العامه والاماكن المخصصة للمنفعة العامة . ومن ذلك عاقبت المادة ٤٨٩ كل من نزع علامه او اكثر من علامات المرور الموضوعه في

---

١- ينظر ذلك

د. عبد الغنى بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق ص ٦٠٥

د. محمد رفعت عبد الوهاب- القانون الإداري المصدر السابق - ص ٢٧٦

د. محمد فؤاد عبد الباسط - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٢٦

الطرق العامه او على الابنيه او العلامات الموضوعه لتعيين المسافات او الارشاد الى المدن او الطرق او غيرها من المحلات العامه او شوهها او غير محل اتجاهها بالحبس مدة لاتزيد على شهر اوبغرامه لاتزيد على عشرين ديناراً.

## **الباب الخامس**

### **القرار الإداري**

موضوع القرار الإداري من أكثر المواضيع أهمية وحيوية في القانون الإداري ، فهو الأسلوب الأكثر شيوعاً في أعمال الإدارة ، ولا نظير له في مجال القانون الخاص ، فمن شأنه إحداث آثار قانونية على عاتق المخاطبين به دون أن يتوقف ذلك على قبولهم . وفي هذا الجزء من الدراسة نجد أنه من المناسب التمييز بين القرار الإداري وأعمال الدولة الأخرى ، ونبين أركانه أو عناصره وأنواعه والشروط اللازم توافرها في القرار الإداري ليكون صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية وأخيراً نبحث في نهاية القرارات الإدارية.

وفي هذا السبيل سنقسم هذا الباب إلى :

- الفصل الأول : تمييز القرار الإداري من أعمال الدولة الأخرى .
- الفصل الثاني : مفهوم وعناصر القرار الإداري .
- الفصل الثالث : تصنيف القرارات الإدارية .
- الفصل الرابع : النظام القانوني للقرارات الإدارية .

## الفصل الأول

### تمييز القرار الإداري من أعمال الدولة الأخرى

تمارس الدولة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ثلاث مهام أو وظائف هي الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية ، فالوظيفة التشريعية تتضمن مهمة وضع القواعد السلوكية العامة والمجردة وتختص بممارستها السلطة التشريعية ، أما الوظيفة القضائية فتتضمن الفصل في المنازعات وتختص بها السلطة القضائية .

أما الوظيفة التنفيذية فتختص بها السلطة التنفيذية التي تمارس أعمال مختلفة منها الأعمال المادية كبناء المنشآت العامة وتعبيد الطرق أو بناء الجسور ، كما تصدر أعمالاً قانونية وهذه الأخيرة منها ما يصدر بإرادتها المنفردة دون مشاركة الأفراد وهذه القرارات الإدارية ، ومنها الأعمال القانونية التعاقدية التي تصدر باتفاق أردنين .

ومن ثم فإن تمييز القرار الإداري ليس بالأمر السهل ، فالفصل بين السلطات لا يعني الفصل التام إذ تقتصر كل هيئة على ممارسة وظيفة خاصة ، إنما تمارس بعض الأعمال الداخلة أصلاً في نشاط الهيئات الأخرى . (١)

فالسطة التشريعية تمارس عملاً إدارياً عندما تصدر الميزانية والسلطة التنفيذية قد تفصل في خصومة عن طريق المجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، بينما يمارس القضاء بعض الاختصاصات الإدارية المتعلقة بموظفي الهيئات القضائية فضلاً عن وظيفته الأصلية في الفصل في المنازعات .

لذلك كان من الواجب تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية ، ثم نبحت في تمييز القرار الإداري عن العمل المادي .

## المبحث الأول

### القرارات الإدارية والأعمال التشريعية

القرارات الإدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وعلى العكس من ذلك فإن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري المقرر ، ويؤمن الفقه التقليدي في فرنسا بأن القانون يقوم على فكرتين أساسيتين هما فكرتا المراكز القانونية والأعمال القانونية . (٢)

- 
- ١ - د. محمد كامل ليله - النظم السياسية - الدولة والحكومة - دار الفكر العربي - ص ٥٦٥ .
  - ٢ - يقصد بالمراكز القانونية الحالة التي يوجد فيها الفرد أزاء القانون وتقسّم إلى قسمين :  
أ- المراكز القانونية العامة أو الموضوعية : وهو كل مركز يكون محتواه واحد بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد ، فترسم حدوده ومعالمه قواعد مجردة متماثلة لجميع من يشغلون هذا المركز ومثله مركز الموظف العام في القانون العام والرجل المتزوج في القانون الخاص .  
ب- المراكز القانونية الشخصية أو الفردية : وهي المراكز التي يحدد محتواها بالنسبة لكل فرد على حده ، وهي بهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يمكن أن يحدد القانون مقدماً هذه المراكز لأنها تتميز بأنها خاصة وذاتية ومثله مركز الدائن أو المدين في القانون الخاص ومركز المتعاقد مع الإدارة في القانون العام .
- أما الأعمال القانونية فتمتاز بأنها متغيرة ومتطورة بحسب الحاجة ويتم هذا التغيير أما بإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها ويقسم " دوجي " هذه الأعمال إلى ثلاثة أقسام :
- أ- أعمال مشرعة : وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغى مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً من هذه الأعمال القوانين المشرعة واللوائح والأنظمة ، والتي تتضمن قواعد تنظيمية عامة وغير شخصية .

بينما يتردد الفقه الحديث بين معيارين لتحديد صفة العمل التشريعية أم إدارية : (١)

### **أولاً : المعيار الشكلي :**

وفقاً للمعيار الشكلي أو العضوي يتم الرجوع إلى الهيئة التي أصدرت العمل أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره دون النظر إلى موضوعه فإذا كان العمل صادراً من السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي ، أما إذا كان صادراً من إحدى الهيئات الإدارية بوصفها فرعاً من فروع السلطة التنفيذية فهو عمل إداري .

ومن ثم يمكن تعريف العمل الإداري وفق هذا المعيار بأنه كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها .

فهذا المعيار يقف عند صفة القائم بالعمل دون أن يتعدى ذلك إلى طبيعة العمل ذاته ، وهو معيار سهل التطبيق لو التزمت كل سلطة بممارسة نشاطها وأخذت بمبدأ الفصل التام بين السلطات ، إلا أن طبيعة العمل تقتضي في أحيان كثيرة وجود نوع من التداخل والتعاون بين السلطات مما دعى بالفقه إلى البحث عن معيار آخر للتمييز بين القرارات الإدارية والأعمال التشريعية .

### **ثانياً : المعيار الموضوعي :**

يعتمد المعيار الموضوعي على طبيعة العمل وموضوعه بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة مجردة

---

ب- أعمال شخصية أو ذاتية : وهي الأعمال القانونية التي تنشئ أو تتعلق بمراكز شخصية لا يمكن تعديلها إلا بإرادة أطرافه وأوضح مثال على هذه الأعمال العقود .

ج- أعمال شرطية : وهي الأعمال الصادرة بصدد فرد معين وتسنده إليه مركزاً عاماً ، فهي تجسيد لقاعدة عامة على حالة أو واقعة فردية ، ومثاله في القانون العام قرار التعيين في وظيفة عامة ، فهذا القرار يعد عملاً شرطياً لأنه لا ينشئ للموظف مركزاً شخصياً ، لأن هذا المركز كان قائماً وسابقاً على قرار التعيين .

وبهذا المعنى فإن العمل التشريعي عند " دوجي " هو الذي يتضمن قاعدة عامة موضوعية " قوانين أو اللوائح " بغض النظر عن الهيئة أو الإجراءات المتبعة لإصداره ، في حين يعد إدارياً إذا اتسم بطابع الفردية وهذا يصدق على القرارات والأعمال الفردية والأعمال الشرطية للمزيد ينظر :

د. ليون دوجي - دروس في القانون العام - ترجمه : د. رشدي خالد - منشورات مركز البحوث القانونية - بغداد ١٩٨١ .

١ - د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الثاني - ص ٢٨٩ .

فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً أما إذا تجسد في قرار فردي يخص فرداً أو أفراداً معينين بذواتهم فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً . (١)

وينفذ أنصار هذا الاتجاه المعيار الشكلي لأنه يقف عند الشكليات وعدم الاهتمام بطبيعة العمل وجوهره ، ويأتي في مقدمة أنصار الاتجاه الموضوعي الفقيهاء دوجي وبونار وجيز . (٢)

ويبدو أن المشرع والقضاء الفرنسيان يأخذان بالمعيار الشكلي فالأصل أن لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد أعمال السلطة التشريعية سواء في القوانين أو القرارات الصادرة من البرلمان ، واعتمد المشرع على ذلك في الأمر الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١ المنظم لمجلس الدولة، إذ نص على أن محل الطعن بسبب تجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الإدارية المختلفة .

إلا أن القضاء الفرنسي لجأ في بعض الحالات إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية قابلاً للطعن بالإلغاء في أعمال البرلمان المتعلقة بتسيير الهيئة التشريعية كاللوائح الداخلية للبرلمان والقرارات الصادرة بتعيين موظفيه ، لا سيما بعد صدور الأمر النظامي في ١٩٥٨/١١/١٧ الذي سمح لموظفي المجالس برفع المنازعات ذات الطابع الفردي إلى القضاء الإداري . (٣)

وهو الاتجاه الذي اعتمده القضاء الإداري المصري فهو وأن اعتمد المعيار الشكلي قاعدة عامة في الكثير من أحكامه إلا أنه اعتبر في أحكام أخرى القرارات الصادرة من مجلس الشعب بإسقاط عضوية أحد أعضائه عملاً إدارياً يقبل الطعن فيه بالإلغاء . (٤)

## المبحث الثاني

### القرارات الإدارية والأعمال القضائية

<sup>1</sup> - *Andere de Laubader – Traite elementaire de droit administrative T1 – 1973- P 226 .*

<sup>٢</sup> - للمزيد ينظر : د. محمود محمد حافظ - القرار الإداري - دار النهضة العربية - ١٩٩٣ - ص ١٥ وما بعدها .

<sup>٣</sup> - د. صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ٢٩٦ .

<sup>٤</sup> - ينظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٧/٤/٩ مجموعة المبادئ ص ٢١٨٣ وحكم الصادر في ١٩٧٨/١/٢٨ مجموعة المبادئ ص ٢٢٠٤ .

يشارك القضاء مع الإدارة في سعيهما الحثيث نحو تطبيق القانون وتنفيذه على الحالات الفردية ، فهما ينقلان حكم القانون من العمومية والتجريد إلى الخصوصية والواقعية وذلك بتطبيقه على الحالات الفردية .<sup>(١)</sup>

ويظهر التشابه بينهما أيضا في أن الإدارة شأنها شأن القضاء تسهم في معظم الأحيان بوظيفة الفصل في المنازعات من خلال نظرها في تظلمات الأفراد وفي الحالتين يكون القرار الإداري الصادر من الإدارة والحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية أداة لتنفيذ القانون .

ومع هذا التقارب سعى الفقه والقضاء إلى إيجاد معيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري لخطورة النتائج المترتبة على الخلط بينهما ، فالقرارات الإدارية يجوز بصورة عامة إلغاؤها وتعديلها وسحبها ، أما الأحكام القضائية فطرق الطعن فيها محددة تشريعياً على سبيل الحصر .

وبرزت في مجال التمييز بين القرارات الإدارية والأعمال القضائية نظريات عدة يمكن حصرها في ضمن معيارين :

#### **أولاً : المعيار الشكلي .**

يقوم هذا المعيار على أساس أن العمل الإداري هو ذلك العمل أو القرار الذي يصدر عن فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل أو القرار ذاته، بينما يعد العمل قضائياً إذا صدر عن جهة منحها القانون ولاية القضاء وفقاً لإجراءات معينة ، بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل .

وهذا المعيار منتقد من حيث أنه ليس جل الأعمال القضائية أحكاماً ، بل أن منها ما يعد أعمالاً إدارية بطبيعتها ، ومن جانب آخر نجد أن المشرع كثيراً ما يخول الجهات الإدارية سلطة الفصل في بعض المنازعات فيكون لهذه الجهات اختصاص قضائي .

وعلى هذا الأساس فإن المعيار الشكلي لا يكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن الأحكام القضائية .

#### **ثانياً : المعيار الموضوعي :**

المعيار الموضوعي أو المادي يقوم على أساس النظر في موضوع وطبيعة العمل نفسه دون اعتبار بالسلطة التي أصدرته ، واعتمد هذا المعيار عناصر عدة يتم من خلالها

<sup>١</sup> - د. رمزي الشاعر - المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - س ١١٢ يوليو ١٩٦٩ - ص ٧ .

التوصل إلى طبيعة ومضمون العمل ، فيكون العمل قضائياً ، إذا تضمن على " أدعاء بمخالفة القانون ، وحل قانوني للمسألة المطروحة يصاغ في تقرير ، وقرار هو النتيجة الحتمية للتقرير الذي انتهى إليه القاضي " .<sup>(١)</sup>

في حين يكون العمل إدارياً إذا صدر من سلطة تتمتع باختصاص تقديري وليس من سلطة تتمتع باختصاص مقيد كما في أحكام القضاء ، وأن يصدر بشكل تلقائي وليس بناءً على طلب من الأفراد وأن يكون الغرض من العمل إشباع حاجات عامة .

ولا شك أن هذه العناصر لا تكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن أعمال القضاء ، لأن الكثير من قرارات الإدارة إنما يصدر عن اختصاص مقيد ، وكثيراً منها لا يصدر إلا بطلب من الأفراد .

والإدارة عندما تفصل في المنازعات باعتبارها جهة ذات اختصاص قضائي إنما يقترب نشاطها من نشاط القضاء ويهدف إلى حماية النظام القانوني للدولة .

إزاء ذلك نشأ معيار مختلط يقوم على أساس المزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي إذ ينظر إلى طبيعة العمل من ناحية ، والشكل الذي يظهر فيه العمل والإجراءات المتبعة لصدوره من ناحية أخرى .

والمتتبع لأحكام مجلس الدولة في فرنسا يجد أنه يأخذ في الغالب بالمعيار الشكلي لتمييز العمل القضائي عن القرار الإداري إلا أنه يتجه في بعض الأحيان إلى المعيار الموضوعي فهو يمزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي لأن العمل القضائي الذي لا يعد قراراً إدارياً ولا يخضع للطعن أمام القضاء الإداري لا يشمل حتماً كل ما يصدر عن الجهة القضائية .<sup>(٢)</sup>

يبدو أن القضاء الإداري المصري قد واكب هذا الاتجاه فقد قضت محكمة القضاء الإداري : " أن شراح القانون العام قد اختلفوا في وضع معايير التفرقة بين القرار الإداري والقرار القضائي فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي ، ويتضمن أن القرار القضائي هو الذي يصدر من جهة منحها القانون ولاية القضاء ، ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي وهو ينتهي إلى أن القرار القضائي هو الذي يصدر في خصومة لبيان حكم القانون فيها و بينما رأى آخرون أن يؤخذ بالمعيارين معاً - الشكلي والموضوعي - وقد اتجه القضاء في فرنسا

<sup>١</sup> - د. هاشم خالد - مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء - مؤسسة شباب الجامعة - ١٩٩٠ - ص ١٧ .

<sup>٢</sup> - De laubadere - Traite droit administratif - OP - Cit - P 223 .

ثم في مصر إلى هذا الرأي الأخير وعلى أن الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط ، وبيان ذلك أن القرار القضائي يفترق عن القرار الإداري في أن الأول يصدر من هيئة قد استمدت ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءاتها وما إذا كان ما تصدره من أحكام نهائياً أو قابلاً للطعن مع بيان الهيئات التي تفصل في الطعن في الحالة الثانية وأن يكون هذا القرار حاسماً في خصومة ، أي في نزاع بين طرفين مع بيان القواعد التي تطبق عليه ووجه الفصل فيه".<sup>(١)</sup>

### المبحث الثالث

#### القرارات الإدارية والأعمال المادية

العمل المادي مجرد واقعة مادية غير مؤثرة في المراكز القانونية التي تتصل بها، فإذا كان وجود الأثر القانوني هو معيار القرارات الإدارية ، فإن غيبة هذا الأثر تصبح هي معيار الأعمال المادية .<sup>(٢)</sup>

والأعمال المادية أما أن تكون أفعالاً إرادية أرادتھا الإدارة وتدخلت لتحقيقھا ، مثل الإجراءات التنفيذية التي لا تسمو لمرتبة القرار الإداري كهدم المنازل الآيلة للسقوط تنفيذاً لقرار الإدارة بالهدم .

وقد تكون أفعالاً غير إرادية تقع بطريق الخطأ والإهمال مثل حوادث السير التي يسببھا أحد موظفي الإدارة .

والأعمال المادية لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا ترتب آثاراً قانونية مباشرة وتخرج هذه الأعمال عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري .

١ - حكمها رقم ٣٩٤٠ لسنة ٧ق في ١٣/٢/١٩٥٤ المجموعة ١ لسنة ٩ بند ١٠١ ص ١٢٨ . .

٢ - د. محمد فؤاد عبد الباسط - القرار الإداري - دار الفكر الجامعي - بدون سنة طبع - ص ٩٤ .

د. عبد الغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٤٤٢ .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن : " محل العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائماً واقعة مادية أو إجراء مثبتاً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة لا إرادة جهة الإدارة " (١) .

وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية .

وعلى الرغم من ذلك فإن عدم اعتبار العمل المادي قراراً إدارياً وأن كان يمنع الطعن فيه بالإلغاء ، فإنه يصح أن يكون محلاً لمنازعة إدارية تمس مصالح الأفراد فيكون محلاً لطلب التعويض على أساس دعوى القضاء الكامل .  
ومن المستقر في القضاء الإداري أن كل قرار لم يصدر عن إرادة الإدارة في إحداث أثر قانوني سلبياً كان أم إيجابياً لا يعد قراراً إدارياً صالحاً للطعن فيه بالإلغاء ولا يعدو أن يكون إجراءً تنفيذياً أو عملاً مادياً

## **الفصل الثاني**

### **مفهوم القرار الإداري وعناصره**

في هذا الجزء من الدراسة نبحث في تعريف القرار الإداري والعناصر اللازمة لوجوده صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية .

### **المبحث الأول**

#### **تعريف القرار الإداري**

---

<sup>١</sup> - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١١/١/١٩٦٩ القضية ٢٤٠ لسنة ١٤ ق المجموعة ١ السنة ١٤ ص ٢٤٩ .

نال موضوع القرار الإداري عناية الكثير من الفقهاء ، كما أسهم القضاء الإداري في الكشف عن الكثير من ملامحه ، ومع اختلاف تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري من حيث الألفاظ فإنه ينم عن مضمون واحد .

فقد عرفه العميد " دوجي " بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة .

وعرفه " بونار " بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة.<sup>(١)</sup> وعرفه " رفيرو " بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة .<sup>(٢)</sup>

أما في الفقه العربي ، فقد عرفه الدكتور " سامي جمال الدين " بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين .<sup>(٣)</sup>

أما في العراق فقد جاء في تعريف الدكتور " شاب توما منصور " بأن القرار الإداري هو عمل قانوني يصدر عن السلطة الإدارية من جانب واحد ويحدث أثراً قانونياً .<sup>(٤)</sup> أما القضاء الإداري المصري فقد استقر على تعريفه أنه أفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة .<sup>(٥)</sup>

ومن ذلك يتبين ان القرار الاداري عمل قانوني يصدر بالارادة المنفردة للادارة بهدف إحداث اثر قانوني .

ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها لتكون أمام قرار إداري

وهي :

١ - د. حمدي ياسين عكاشة - القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف الإسكندرية - ١٩٨٧ - ص ١٧٠ .

٢ - د. محمد كامل ليله - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٠ - ص ٩٤٨ .

٣ - د. سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري - منشأة المعارف ١٩٩٠ - ص ٤٩ .

٤ - د. شاب توما منصور - القانون الإداري - الكتاب الثاني - الطبعة الأولى ١٩٨٠ ص ٣٩٧

٥ - حكم المحكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى ٢٦٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٤٨/١/٧ ص ٢ . ٢٢٢ .

- أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية .
- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة .
- ترتيب القرار لأثار قانونية .

### **أولاً : أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية :**

يشترط في القرار الإداري أن يصدر من سلطة إدارية وطنية سواء أكانت داخل حدود الدولة أو خارجها من دون النظر إلى مركزية السلطة أو عدم مركزيتها ، والعبرة في تحديد ما إذا كانت الجهة التي أصدرت القرار وطنية أم لا ليس بجنسية أعضائها ، وإنما بمصدر السلطة التي تستمد منها ولاية إصدار القرار .

ولنكون أمام قرار إداري ينبغي أن يصدر هذا القرار من شخص عام له الصفة الإدارية وقت إصداره ولا عبرة بتغير صفته بعد ذلك ، وهو ما يميز القرار الإداري عن الأعمال التشريعية والقضائية التي بينها وفقاً للمعيار الشكلي ، إذ يتم النظر إلى صفة الجهة التي قامت بالعمل والإجراءات المتبعة في إصداره .

ووفقاً لهذا الشرط لا يمكن اعتبار القرارات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص قرارات إدارية إلا في حالتين اعترف فيهما القضاء الإداري بالصفة الإدارية للقرارات الصادرة من أشخاص القانون الخاص ، تتعلق الحالة الأولى بالقرارات الصادرة عن الموظف الفعلي أو الظاهر ، وهو شخص تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة ، متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص .<sup>(١)</sup> أما في الحالة الثانية فتتعلق بالقرارات الصادرة من ملتزم المرافق العامة .<sup>(٢)</sup>

### **ثانياً : صدور القرار بالإدارة المنفردة للإدارة .**

<sup>١</sup> - ينظر :

د. ماجد راغب الحلو - نظرية الظاهر في القانون الإداري - مجلة الحقوق والشريعة الكويتية - س

٤ - ١٤ ص ٥٨ .

د. زهدي يكن - القانون الإداري - المكتبة العصرية - بيروت - ج ٢ - ص ٣٨٦ .

<sup>٢</sup> - د. عصمت عبد الله - مبادئ ونظريات القانون الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ - ص ٢٢ .

يجب أن يصدر القرار من جانب الإدارة وحدها ، وهو ما يميز القرار الإداري عن العقد الإداري الذي يصدر باتفاق أردنتين سواء أكانت هاتين الإرادتين لشخصين من أشخاص القانون العام أو كان أحدها لشخص من أشخاص القانون الخاص .  
والقول بضرورة أن يكون العمل الإداري صادراً من جانب الإدارة وحدها ليكتسب صفة القرار الإداري لا يعني أنه يجب أن يصدر من فرد واحد ، فقد يشترك في تكوينه أكثر من فرد كل منهم يعمل في مرحلة من مراحل تكوينه لأن الجميع يعملون لحساب جهة إدارية واحدة . (١)

### ثالثاً : ترتيب القرار لآثار قانونية .

لكي يكون القرار إدارياً يجب أن يترتب آثاراً قانونية وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين ، فإذا لم يترتب على العمل الإداري ذلك فإنه لا يعد قراراً إدارياً .  
لهذا نجد القضاء الإداري الفرنسي يشترط في القرار المطعون فيه بالإلغاء أن ينتج ضرراً برفع الدعوى . (٢) ومن ثم تكون له مصلحة في إلغاء هذا القرار ويتطلب توفر عنصرين أساسيين للقول بوجود مصلحة للطاعن هما :  
١ . وجوب تولد آثار قانونية عن القرار المطعون فيه ، ومن ثم يجب استبعاد القرارات التي لا تحدث آثاراً قانونية من نطاق دعوى الإلغاء . (٣)  
٢ . أن يحمل القرار قابلية إحداث آثار قانونية بنفسه . (٤)  
وبناءً على ذلك فإن الأعمال التمهيدية والتقارير والمذكرات التحضيرية التي تسبق اتخاذ القرار لا تعد قرارات إدارية لعدم تحقق هذين العنصرين ، ونجد أنه من المناسب أن نبين مضمون بعض هذه الأعمال :

---

١ - د. محمد سعيد حسين أمين - مبادئ القانون الإداري - دار الثقافة الجامعية - ١٩٩٧ - ص ٥٢١  
٢ - F.Benoit - Le Droit Administratif Français, Dalloz, 1968, P 577 .  
٣ - Marcel Waline - Traite de droit Administratif 1963, P 452 .  
٤ - Aubry et Drago - Traite de contentieux Administratif - 1963, T 11, P 460 .

- أ- الأعمال التمهيدية والتحضيرية : وهي مجموعة من القرارات التي تتخذها الإدارة وتتضمن رغبات واستشارات وتحقيقات تمهيدا لإصدار قرار إداري وهذه الأعمال لا تولد آثاراً قانونية ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء .
- ب- المنشورات والأوامر المصلحية : وهي الأعمال التي تتضمن تعليمات وتوجيهات صادرة من رئيس الدائرة إلى رؤوسيه لتفسير القوانين أو اللوائح وكيفية تطبيقها وتنفيذها ، ما دامت هذه المنشورات لم تتعد هذا المضمون أما إذا تضمنت إحداث آثار في مراكز الأفراد فأنها تصبح قرارات إدارية يقبل الطعن فيها بالإلغاء .
- ج- الأعمال اللاحقة لصدور القرار : الأصل أن هذه الأعمال لا ترتب أثراً قانونياً لأنها أما أن تكون بمثابة إجراءات تنفيذية لقرارات سابقة فلا يقبل الطعن فيها بالإلغاء لأنها تنصب على تسهيل تنفيذ القرار الإداري السابق ، ولا تشير إلى قرارات مستقبلة فلا يكون الأثر المترتب عليها حالاً .
- د- الإجراءات الداخلية : وتشمل إجراءات التنظيم للمرافق العامة التي تضمن حسن سيرها بانتظام واطراد ، والإجراءات التي يتخذها الرؤساء الإداريون في مواجهة موظفيهم المتعلقة بتقسيم العمل في المرفق وتبصير الموظفين بالطريق الأمثل لممارسة وظائفهم .
- وهذا النوع من الإجراءات لا يدخل من ضمن القرارات الإدارية التي يجوز الطعن بها أمام محاكم القضاء الإداري لأنها لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد .

## المبحث الثاني

### عناصر القرار الإداري

يقوم القرار الإداري على عناصر أساسية إذا لم يستوفها يكون معيباً أو غير مشروع ، وقد درج الفقه والقضاء على أنه يلزم أن يتوافر للقرار الإداري باعتباره عملاً قانونياً خمس عناصر لينتج آثاره ويكون صحيحاً هي : الاختصاص ، الشكل ، السبب ، المحل ، الغاية .

وفي ذلك ورد في المادة السابعة / ثانياً من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ (قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ )  
( ( يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص ما يلي:  
١- ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة والتعليمات.  
٢- ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص او معيماً في شكله.  
٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات او الاوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليه اتخاذه قانوناً )) .

#### **أولاً : الاختصاص .**

أن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية من الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام القانون العام ويراعى فيها مصلحة الإدارة التي تستدعي أن يتم تقسيم العمل حتى يتفرغ كل موظف لأداء المهام المناطة به على أفضل وجه ، كما أن قواعد الاختصاص تحقق مصلحة الأفراد من حيث أنه يسهل توجه الأفراد إلى أقسام الإدارة المختلفة ويساهم في تحديد المسؤولية الناتجة عن ممارسة الإدارة لوظيفتها .  
ويقصد بالاختصاص القدرة على مباشرة عمل إداري معين أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به . (١)  
والقاعدة أن يتم تحديد اختصاصات كل عضو إداري بموجب القوانين والأنظمة ولا يجوز تجاوز هذه الاختصاصات و إلا اعتبر القرار الصادر من هذا العضو باطلاً .  
وقواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، لذلك لا يجوز لصاحب الاختصاص أن يتفق مع الأفراد على تعديل تلك القواعد ، و إلا فإن القرار الصادر مخالفاً لهذه القواعد يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص ، ويكون لصاحب الشأن أن يطعن بهذا العيب أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ولا يسقط الدفع بهذا العيب بالدخول في موضوع الدعوى، ويجوز

<sup>١</sup> - د. خالد سماره الزعبي - القرار الإداري - الطبعة الأولى - عمان - ١٩٩٣ - ص ٦٥ .

إبداؤه في أي مرحلة من مراحلها ، وعلى القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص تلقائياً لو لم يثيره طالب الإلغاء .

وقد شبه بعض الفقهاء قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص لأن كلاهما يقوم في الأساس على القدرة على مباشرة التصرف القانوني . ويتضح الاختلاف من حيث المقصود في كل منها ، فالهدف من قواعد الاختصاص حماية المصلحة العامة أما قواعد الأهلية فالهدف منها هو حماية الشخص ذاته ، وأن الأهلية في القانون الخاص هي القاعدة ، أما عدم الأهلية فاستثناء على هذه القاعدة ، ويختلف الاختصاص عن ذلك في أنه يستند دائماً إلى القانون الذي يبين حدود أماكن مباشرة العمل القانوني ، وأن سبب عدم الأهلية يتركز في عدم كفاية النضوج العقلي للشخص بينما يكون الدافع في تحديد الاختصاص هو العمل على التخصيص وتقسيم العمل بين أعضاء السلطة الإدارية .<sup>(١)</sup>

والقواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص يمكن حصرها بالعناصر الآتية :

١. **قواعد الاختصاص من حيث الأشخاص** : يشترط لصحة القرار الإداري أن يصدر من الشخص أو الهيئة المنوط بها إصداره ، فلا يملك هذا الشخص أو تلك الجهة نقل اختصاصها للغير إلا في الأحوال التي يجيزها القانون بناءً على تفويض أو حل قانوني صحيح و إلا كان القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص .
٢. **قواعد الاختصاص من حيث الموضوع** : يحدد القانون اختصاصات كل موظف أو جهة إدارية بموضوعات معينة فإذا تجاوز هذا الموظف أو الإدارة اختصاصاته تلك فتعدى على اختصاصات جهة أخرى ، تحقق عيب عدم الاختصاص ، ويكون هذا الاعتداء إما من جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى موازية أو مساوية لها ، أو من جهة إدارية دنياً على اختصاصات جهة إدارية عليا أو من جهة أخرى إدارية عليا على اختصاصات جهة أدنى منها، أو اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية .

<sup>١</sup> - ينظر :

د. محسن خليل - قضاء الإلغاء - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٩ - ص ٧٢-٧٣ .  
د. مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة - منشأة المعارف - ١٩٧٩ - ص

٣. قواعد الاختصاص حيث المكان : يتم من خلالها تحديد النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيه ، فإذا تجاوز هذا النطاق ، فإن قراراته تكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص ، وهذا العيب قليل الحدوث في العمل لأن المشرع كثيراً ما يحدد وبدقة النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يمارس اختصاصه فيه وغالباً ما يتقيد الأخير بحدود هذا الاختصاص ولا يتعداه .

٤. قواعد الاختصاص من حيث الزمان : وذلك بأن يتم تحديد فترة زمنية معينة يكون لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها ، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسته ، كما لو أصدر رجل الإدارة قراراً إدارياً قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو فصله من الوظيفة أو إحالته على التقاعد .

كذلك إذا حدد المشرع مدة معينة لممارسته اختصاص معين أو لإصدار قرار محدد فإن القرار الإداري الصادر بعد انتهاء المدة الزمنية المعينة لإصداره يعد باطلاً ومعيباً بعدم الاختصاص إذا اشترط المشرع ذلك ، فإن لم يفعل فقد درج القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم ترتيب البطلان .<sup>(١)</sup>

ومخالفة قواعد الاختصاص أما أن تكون في صورة إيجابية أو في صورة سلبية ، فتكون المخالفة إيجابية عندما يصدر الموظف أو الجهة الإدارية قراراً من اختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى .

وتكون المخالفة سلبية عندما يرفض الموظف أو الإدارة إصدار قرار معين ظناً منهما بأن القرار غير داخل في ضمن اختصاصاتهما .

### ثانياً : الشكل .

الشكل هو المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد .

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره، كأن يشترط القانون ضرورة أن يكون القرار مكتوباً ، أو استشارة جهة متخصصة قبل إصداره أو تسببيه إلى غير ذلك من أشكال أخرى .

<sup>١</sup> - د. عبد الغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٤٦٧ .

ويحدد القانون بمعناه العام قواعد الشكل والإجراءات بما ينص عليه الدستور أو التشريع العادي أو الأنظمة و كذلك تؤدي المبادئ القانونية العامة دوراً مهماً في ابتداع قواعد شكلية غير منصوص عليها في القانون والأنظمة بالاستناد إلى روح التشريع وما يمليه العقل وحسن تقدير الأمور . (١)

وعندما يشترط القانون إتباع شكل أو إجراء معين إنما يسعى من جهة إلى تحقيق مصلحة الأفراد وعدم فسح المجال للإدارة لإصدارها قرارات مجحفة بحقوقهم بصورة ارتجالية، ومن جهة أخرى يعمل على تحقيق المصلحة العامة في إلزام الإدارة بإتباع الأصول والتروي وعدم التسرع في اتخاذ قرارات خاطئة .

وقد درج القضاء الإداري على التمييز بين ما إذا كانت المخالفة في الشكل والإجراءات قد تعلقت بالشروط الجوهرية التي تمس مصالح الأفراد وبين ما إذا كانت المخالفة متعلقة بشروط غير جوهرية لا يترتب على إهدارها مساس بمصالحهم ويترتب البطلان بالنسبة للنوع الأول دون النوع الثاني .

### **١. الأشكال التي تؤثر في مشروعية القرار الإداري :**

لا يمكن أن نحصر الأشكال والإجراءات التي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري إلا أن المستقر في الفقه والقضاء الإداري أن أهم هذه الشكليات تتعلق بشكل القرار ذاته ، وتسببه والإجراءات التمهيدية السابقة على إصداره ، والأشكال المقررة لحماية مصالح المخاطبين بالقرار أو التي تؤثر في الضمانات المقررة للأفراد في مواجهة الإدارة .

### **٣. الأشكال التي لا تؤثر في مشروعية القرار الإداري :**

في المستقر في القضاء الإداري أنه لا يترتب البطلان على كل مخالفة للشكليات دون النظر إلى طبيعة هذه المخالفة فقد أطرده القضاء على التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال الثانوية أو غير الجوهرية ورتب البطلان على الأولى دون الثانية .

والتمييز بين أشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية مسألة تقديرية تنقرر في ضوء النصوص القانونية ورأي المحكمة ، وبصورة عامة يكون الإجراء جوهرياً إذا وصفه القانون صراحة بذلك ، أو إذا رتب البطلان كجزء على مخالفته ، أما إذا صمت القانون فإن

١ - ينظر :

د. مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة - المصدر السابق - ص ٤٧٩ .

د. حنا نده - القضاء الإداري في الأردن - ١٩٧٢ - ص ٣٧٥ .

الإجراء يعد جوهرياً إذا كان له أثر حاسم ، ويعكس ذلك فإنه يعد إجراء ثانوياً ومن ثم فإن تجاهله لا يعد عيباً يؤثر في مشروعية ذلك القرار .<sup>(١)</sup>

وقد استقر القضاء الإداري على أن الإجراءات الثانوية والتي لا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري على نوعين : النوع الأول يتمثل في الأشكال والإجراءات المقررة لمصلحة الإدارة ، أما النوع الثاني فيتعلق بالأشكال والإجراءات الثانوية التي لا تؤثر في مضمون القرار كإغفال الإدارة ذكر النصوص القانونية التي كانت الأساس في إصداره .<sup>(٢)</sup>

### ثالثاً : السبب .

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره ، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار وليس عنصراً نفسياً داخلياً لدى من أصدر القرار .

فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها استناداً إلى قرينة المشروعية التي تفترض أن قرارات الإدارة تصدر بناءً على سبب مشروع وعلى صاحب الشأن إثبات العكس، أما إذا أفصحت الإدارة عن هذا السبب من تلقاء ذاتها فإنه يجب أن يكون صحيحاً وحقيقياً. ما لم تكن الإدارة ملزمة بذكر سبب القرار قانوناً .

وقد استقر القضاء على ضرورة توفر شرطين في سبب القرار الإداري :

١. أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً حتى تاريخ اتخاذ القرار ، وينفرد من هذا الشرط ضرورتان الأولى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية موجودة فعلاً وإلا كان القرار الإداري معيباً في سببه ، والثاني يجب أن يستمر وجودها حتى صدور القرار فإذا وجدت الظروف الموضوعية لإصدار القرار إلا أنها زالت قبل إصداره فإن القرار يكون معيباً في سببه وصدر في هذه الحالة ، كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجوداً قبل إصدار القرار إلا أنه تحقق بعد ذلك ، وأن جاز يكون مبرراً لصدور قرار جديد .

٢. أن يكون السبب مشروعاً ، وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة السلطة المقيدة للإدارة ، عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تستند إليها الإدارة في إصدار بعض

١ - د. مصطفى أبو زيد فهمي - المصدر السابق - ص ٤٨٤ .

٢ - د. مازن ليلو راضي - الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي - مركز الجبل الأخضر للطباعة والنشر - ٢٠٠٢ - ص ٢٣٧ .

قراراتها ، فإذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها  
المشرع فإن قرارها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعية سببه.  
بل أن القضاء الإداري درج على أنه حتى في مجال السلطة التقديرية لا يكفي أن  
يكون السبب موجوداً بل يجب أن يكون صحيحاً ومبرراً لإصدار القرار الإداري .  
وقد تطورت رقابة القضاء على ركن السبب في القرار الإداري من الرقابة على الوجود  
المادي للوقائع إلى رقابة الوصف القانوني لها إلى أن وصلت إلى مجال الملائمة أو  
التناسب :

١. **الرقابة على وجود الوقائع** : وهي أول درجات الرقابة القضائية على ركن السبب  
في القرار الإداري ، فإذا تبين أن القرار المطعون فيه لا يقوم على سبب يبرره فإنه  
يكون جديراً بالإلغاء لانتفاء الواقعة التي استند عليها ، أما إذا صدر القرار بالاستناد  
إلى سبب تبين أنه غير صحيح أو وهمي وظهر من أوراق الدعوى أن هناك أسباب  
أخرى صحيحة فإنه يمكن حمل القرار على تلك الأسباب .

٢. **الرقابة على تكييف الوقائع** : وهنا تمتد الرقابة لتشمل الوصف القانوني للوقائع  
التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها فإذا تبين أن الإدارة أخطأت في تكييفها  
القانوني لهذه الوقائع فإنه يحكم بإلغاء القرار الإداري لوجود عيب في سببه ، بمعنى  
أنه إذا تحقق القاضي من وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار  
قرارها ينتقل للبحث فيما إذا كانت تلك الوقائع تؤدي منطقياً إلى القرار المتخذ .

٣. **الرقابة على ملائمة القرار للوقائع** : الأصل أن لا تمتد رقابة القضاء الإداري  
لتشمل البحث في مدى تناسب الوقائع مع القرار الصادر بناءً عليها ، لأن تقدير  
أهمية الوقائع وخطورتها مسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة .  
إلا أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر أخذ يراقب الملائمة بين السبب والقرار  
المبني عليه لا سيما إذا كانت الملائمة شرطاً من شروط المشروعية وخاصة فيما يتعلق  
بالقرارات المتعلقة بالحريات العامة . ثم امتدت الرقابة على الملائمة لتشمل ميدان القرارات  
التأديبية .

#### رابعاً : المحل .

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء  
بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه .

ويجب أن يكون محل القرار ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية ، فإذا كان القرار معيباً في فحواه أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار غير جائز أو مخالف للقانون أياً كان مصدره دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً أو عرفياً أو مبادئ عامة للقانون ، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ويكون القرار بالتالي باطلاً .

ومخالفة القرار للقواعد القانونية تتخذ صوراً متعددة وهي :

### ١ . **المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية** : وتتحقق هذه عندما تتجاهل الإدارة القاعدة

القانونية وتتصرف كأنها غير موجودة ، وقد تكون هذه المخالفة عمدية ، كما قد تكون غير عمدية نتيجة عدم علم الإدارة بوجود القاعده القانونية بسبب تعاقب التشريعات وعدم مواكبة الإدارة للنافذ منها .

### ٢ . **الخطأ في تفسير القاعدة القانونية** : وتتحقق هذه الحالة عندما تخطأ الإدارة في

تفسير القاعدة القانونية فتعطي معنى غير المعنى الذي قصده المشرع .  
والخطأ في تفسير القاعدة القانونية أما أن يكون غير متعمد من جانب الإدارة فيقع بسبب غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها ، واحتمال تأويلها إلى معان عدة ، وقد يكون متعمداً حين تكون القاعدة القانونية المدعى بمخالفتها من الوضوح بحيث لا تحتمل الخطأ في التفسير ، ولكن الإدارة تتعمد التفسير الخاطيء فيختلط عيب المحل في هذه الحالة بعيب الغاية .

### ٣ . **الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية** : ويحصل هذا الخطأ في حالة مباشرة الإدارة

للسلطة التي منحها القانون إياها ، بالنسبة لغير الحالات التي نص عليها القانون أو دون أن تتوفر الشروط التي حددها القانون لمباشرتها .<sup>(١)</sup>

ويتخذ الخطأ في تطبيق القانون صورتين الأولى تتمثل في حالة صدور القرار دون الاستناد إلى وقائع مادية تؤيده ، ومثال ذلك أن يصدر الرئيس الإداري جزاءً تأديبياً بمعاقبة أحد الموظفين دون أن يرتكب خطأ يجيز هذا الجزاء .

أما الثانية فتتمثل في حالة عدم تبرير الوقائع للقرار الإداري ، وهنا توجد وقائع معينة إلا أنها لا تكفي أو لم تستوف الشروط القانونية اللازمة لاتخاذ هذا القرار ، كأن تكيف الإدارة جريمة معينة بأنها مرتكبة ضد الإدارة العامة فتصدر قراراً بإنهاء خدمات الموظف ثم يتبين عدم صحة هذا التكيف .

<sup>١</sup> - د. محمود حافظ - القضاء الإداري - الطبعة السادسة - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٤١ .

## خامساً : الغاية .

يقصد بالغاية من القرار الإداري الهدف الذي يسعى هذا القرار إلى تحقيقه ، والغاية عنصر نفسي داخلي لدى مصدر القرار ، فالهدف من إصدار قرار بتعيين موظف هو لتحقيق استمرار سير العمل في المرفق الذي تم تعيينه فيه ، والهدف من إصدار قرارات الضبط الإداري هو حماية النظام العام بعناصره الثلاث السكينة العامة ، والصحة العامة ، و الأمن العام .

وغاية القرارات الإدارية كافة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها هذه بإصدار قرار لتحقيق أهداف تتعارض مع المصلحة العامة فإن قرارها يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، ويعد هذا العيب من أسباب الطعن بالإلغاء التي ترد على القرار الإداري .

والأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، ويفترض فيه ذلك، وعلى من يدعي خلاف ذلك الإثبات وعبب الانحراف بالسلطة أو الغاية عيب قصدي أو عمدي يتعلق بنية مصدر القرار الذي يجب أن يكون سيء النية يعلم أنه يسعى إلى غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غير تلك التي حددها القانون .

ولأن هذا العيب يتصل بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة ، وإثباته يتطلب أن يبحث القضاء في وجود هذه البواعث وهو أمر بعيد المنال ، فقد أضفى القضاء على هذا العيب الصفة الاحتياطية فلا يبحث في وجوده طالما أن هناك عيب آخر شاب القرار الإداري، مثل عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون .

ويمكن تحديد الغاية من القرار الإداري وفقاً لثلاثة اعتبارات :

١ . **استهداف المصلحة العامة :** السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست غاية في ذاتها إنما هي وسيلة لتحقيق الغاية المتمثلة بالمصلحة العامة ، فإذا حادت الإدارة عن هذا الهدف لتحقيق مصالح شخصية لا تمت للمصلحة العامة بصلة كمحاباة الغير أو تحقيق غرض سياسي أو استخدام السلطة بقصد الانتقام فإن قراراتها تكون معيبة وقابلة للإلغاء .

٢ . **احترام قاعدة تخصيص الأهداف :** على الرغم من أن الإدارة تستهدف تحقيق المصلحة العامة دائماً فقد يحدد المشرع للإدارة هدفاً خاصاً يجب أن تسعى قرارها لتحقيقه وإذا ما خالفت هذا الهدف فإن قرارها يكون معيباً بإساءة استعمال السلطة ولو تذرعت الإدارة بأنها قد قصدت تحقيق المصلحة العامة ، وهذا ما يعرف بمبدأ

تخصيص الأهداف ومثال ذلك قرارات الضبط الإداري التي حدد لها القانون أهدافاً ثلاثة لا يجوز للإدارة مخالفتها وهي المحافظة على الأمن العام و السكنينة العامة والصحة العامة ، فإذا خالفت الإدارة هذه الأهداف في قرارات الضبط الإداري فإن قرارها هذا يكون معيباً وجديراً بالإلغاء .<sup>(١)</sup>

٣. احترام الإجراءات المقررة : يتعين على الإدارة احترام الإجراءات التي بينها القانون لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه ، فإذا انحرفت الإدارة في الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين بإجراءات أخرى لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه فإن تصرفها هذا يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة في صورة الانحراف بالإجراءات .  
وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب أما لأنها تعتقد أن الإجراء الذي اتبعته لا يؤدي لتحقيق أهدافها أو أنها سعت إلى التهرب من الإجراءات المطولة أو الشكليات المعقدة ، ومثال ذلك أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات بدلاً من سيرها في طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تفادياً لطول إجراءات نزع الملكية ، أو أن تقرر الإدارة نذب موظف وهي تستهدف في الحقيقة معاقبته فتلجأ إلى قرار النذب لتجريده من ضمانات التأديب

## الفصل الثالث

### تصنيف القرارات الإدارية

تنقسم القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة حسب الزاوية التي ينظر منها إلى القرار أو حسب الأساس الذي يقوم عليه التقسيم .<sup>(٢)</sup>

١ - ينظر :

- د. سليمان محمد الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - المصدر السابق - ص ٣٦ .
- د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - المصدر السابق - ص ٣٩٧ .
- د. محمد سعيد حسين - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٣٨ .

٢ - ينظر بشأن تصنيف القرارات الإدارية :

- د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٥٦٥ .
- د. عبد الغني بسيوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٤٦١ .
- د. محمود حافظ - القرار الإداري - المصدر السابق - ص ٧٤ .

فمن حيث التكوين توجد قرارات بسيطة وأخرى مركبة ومن حيث أثرها تقسم إلى قرارات منشئة وقرارات كاشفة ومن زاوية رقابة القضاء توجد قرارات خاضعة لرقابة القضاء وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وفي حيث نفاذها في مواجهة الأفراد تقسم إلى قرارات نافذة في حق الأفراد وأخرى غير نافذة في حقهم وأخيراً من حيث مدى القرارات وعموميتها توجد قرارات فردية وأخرى تنظيمية

## المبحث الأول

### القرارات الإدارية من حيث التكوين

#### (قرارات بسيطة وقرارات مركبة)

تنقسم القرارات الإدارية من هذه الجهة إلى قسمين الأول القرارات البسيطة أو المستقلة وهي تلك القرارات التي تتميز بكيان مستقل وتستند إلى عملية قانونية واحدة غير مرتبطة بعمل قانوني آخر كالقرار الصادر بتعيين موظف أو ترقيته أو نقله وهي الصورة الأكثر شيوعاً في القرارات الإدارية .

أما النوع أو القسم الثاني فيسمى بالقرارات المركبة وهي تلك القرارات التي تدخل في عملية قانونية مركبة تتم من عدة مراحل ومن هذه القرارات قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وقرار إرساء المزاد أو إجراء المناقصة في العقود الإدارية .

فالقرار الإداري الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة تصاحبه أعمال إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقه له وتتم على مراحل متعددة تبدأ بتقرير المنفعة العامة للعقار موضوع نزع الملكية ثم أعداد كشوف الحصر لها وأخيراً صدور قرار نقل الملكية أو تقرير المنفعة العامة .

ولهذا التقسيم أهمية تاريخية في فرنسا إذ أن القرارات التي تدخل في تكوين عمل إداري مركب كانت لا تقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء إمام مجلس الدولة تطبيقاً لنظرية الدعوى الموازية على أساس أن القانون قد نظم لصاحب الشأن طريقاً قضائياً آخر يستطيع به تحقيق ما توفره دعوى الإلغاء من مزايا وقد تخلى مجلس الدولة عن هذه النظرية بصورة

---

د. صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٠٤ .

تدرجية عندما سمح بالطعن بالإلغاء استقلالا في الأعمال القابلة للانفصال عن العملية المركبة ولو انه مازال يأخذ بها في دائرة ضيقة .<sup>(١)</sup>

ومن جانب آخر تظهر أهمية هذا التقسيم في أن القرارات البسيطة يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية نهائية أما في حالة القرارات المركبة فلا يجوز الطعن بالقرارات التمهيدية أو التحضيرية التي تتطلب تصديق جهات إدارية أخرى ولا يمكن الطعن بالإلغاء إلا بالقرار الإداري النهائي نتاج العملية المركبة .<sup>(٢)</sup>

ومع ذلك فقد سمح القضاء الإداري كما بينا بفصل القرار الإداري الذي يساهم في عملية مركبة وفق ما يسمي بالأعمال القابلة للانفصال وقبل الطعن فيها بصفة مستقلة وبشروط معينة .

فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن القرارات الإدارية السابقة على أبرام العقد أو الممهدة لانعقاده مثل قرارات لجان فحص العطاءات ولجان البث في العطاءات وقرار استبعاد احد المتقدمين وقرار إرساء المزيدة أو إلغائها هي قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها بدعوى الإلغاء وسمحت نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة لمن له مصلحة من الغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات أما المتعاقدون فليس لهم أن يطعنوا في هذه القرارات إلا أمام قاضي العقد وعلى أساس دعوى القضاء الكامل .

اما في العراق فان محكمة القضاء الاداري في عدد من احكمها ومنه حكمها ذي العدد ٨١ في ١٢ - ١٢ - ١٩٩٢ قد استبعدت القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية من ولايتها ولو تعلق الامر بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد ونرى ان مسلكها غير سليم في هذا الخصوص.

## المبحث الثاني

### القرارات الإدارية من حيث آثارها

#### (قرارات منشئة وقرارات كاشفة)

١ - د. محمود محمد حافظ - القرار الإداري - المصدر السابق - ص ٧٦ .

٢ - د. صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٠٨ .

يمكن تقسيم القرار الإداري من حيث طبيعة آثارها إلى قسمين : قرارات منشئة وهي القرارات التي يترتب عليها إنشاء مراكز قانونية جديدة أو إحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة تعديلاً أو إلغاء ، كالقرار الصادر بتعيين موظف عام أو فصله أو معاقبته.

أما القسم الثاني من القرارات فيسمى بالقرارات الكاشفة ويقصد بها القرارات التي لا تحدث مركزاً قانونياً جديداً وإنما تقر حالة موجودة أو تكشف عن مركز قانوني قائم مسبقاً ، مثل القرار الصادر بفصل موظف لصدور حكم ضده بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو القرار الذي يتضمن تأكيد أو تفسير قرار سابق دون أن يضيف إليه .

ويتبين من ذلك أن أثر القرارات الكاشفة ينحصر في إثبات وتقرير حالة موجودة من قبل ولا يتعدى ذلك إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة .

وتبدو أهمية التفرقة بين القرارات الإدارية الكاشفة والقرارات الإدارية المنشئة في أمرين :

١. أن القرارات المنشئة ترتب آثارها منذ صدورها أما القرارات الكاشفة فترجع آثارها إلى التاريخ الذي ولدت فيه الآثار القانونية التي كشف عنها القرار ، إلا أن ذلك لا يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، لأن أثر القرارات الكاشفة فوري إذ تكشف عن العمل القانوني المنشئ للمركز القانوني محل القرار الكاشف .<sup>(١)</sup>
٢. القرارات الكاشفة يجوز للإدارة سحبها دون التقيد بميعاد محدد مطلقاً ، أما القرارات الإدارية المنشئة فإن سحبها يكون مقيد بميعاد الطعن بالإلغاء .

### المبحث الثالث

#### القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء

#### (قرارات تخضع للرقابة وقرارات لا تخضع للرقابة )

تنقسم القرارات الإدارية من زاوية خضوعها لرقابة القضاء ، إلى قرارات تخضع لرقابة القضاء وهذا هو الأصل ، وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وهي القرارات المتعلقة بأعمال السيادة أو تلك التي منعت التشريعات الطعن فيها أمام القضاء .

<sup>١</sup> - د. محمود محمد حافظ - القرار الإداري - المصدر السابق - ص ١٧٣ .

## أولاً : القرارات الخاضعة لرقابة القضاء .

تعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم وأجدى صور الرقابة والأكثر ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وما تتمتع به أحكام القضاء من قوة وحجية تلزم الجميع بتنفيذها و احترامها .  
والأصل أن تخضع جميع القرارات الإدارية النهائية لرقابة القضاء أعمالاً لمبدأ المشروعية ، ومن المستقر وجود نوعين من نظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الأول يسمى القضاء الموحد ، أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج .

١ . نظام القضاء الموحد : في هذا النظام من القضاء تنحصر الرقابة القضائية في نطاق ضيق من جانب القضاء ، يتمثل في التعويض عن الأضرار التي قد تنتج من جراء تطبيق القرارات الإدارية . (١)

ويسود هذا النظام في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى ، ومقتضاه أن تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو بين الهيئات الإدارية نفسها . وهذا النظام يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعية إذ يخضع الأفراد والإدارة إلى قضاء واحد وقانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي إمتيازات في مواجهة الأفراد . (٢)

بالإضافة إلى اليسر في إجراءات التقاضي إذا ما قورنت بأسلوب توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والإداري في نظام القضاء المزدوج .  
ومع ذلك فقد وجه النقد إلى هذا النظام من حيث أنه يقضي على الاستقلال الواجب للإدارة بتوجيهه الأوامر إليها بما يعيق أدائها لأعمالها ، مما يدفع الإدارة إلى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها ، ولا يخفي ما لهذا من أضرار بحقوق الأفراد وحررياتهم .  
ومن جانب آخر يؤدي هذا النظام إلى تقرير مبدأ المسؤولية الشخصية للموظفين مما يدفعهم إلى الخشية من أداء عملهم بالوجه المطلوب خوفاً من المساءلة .

١ - د . عبد الغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٤٩٦ .

٢ - H.W.R.Wade - Administrative Law - 1976 - P11 .

٢. نظام القضاء المزدوج : يقوم هذا النظام على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص ، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص .

وجهة القضاء الإداري تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر الأخيرة بصفقتها صاحبة السلطة وتمتع بإمتميازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام .  
ووفقاً لهذا النظام تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً ، إلا في استثناءات معينة تتعلق بأعمال السيادة والقرارات التي حصنها المشرع من رقابة القضاء .

ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب فرنسا التي تعد مهد القضاء الإداري ومنها انتشر هذا النظام في كثير من الدول كبلجيكا واليونان ومصر والعراق .

### ثانياً : القرارات غير خاضعة لرقابة القضاء .

القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء تتمثل في صنفين الأول يتعلق بأعمال السيادة أو الأعمال الحكومية ، أما الثاني فيشمل القرارات الإدارية التي يحصنها المشرع من رقابة القضاء لاعتبارات خاصة .

١. أعمال السيادة : اختلف الفقه والقضاء في تعريف أعمال السيادة ، وهي في حقيقتها قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية ، وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء سواء أكان بالإلغاء أو التعويض . (١)

وقد نشأت نظرية أعمال السيادة في فرنسا عندما حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يحتفظ بوجوده في حقبة إعادة الملكية إلى فرنسا عندما تخلى عن الرقابة على بعض أعمال السلطة التنفيذية . (٢)

---

<sup>1</sup> - J.M.Audy – Droit Administratif , Paris , 1967 , P55 .

<sup>٢</sup> - للمزيد ينظر : مؤلفنا في الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي - المصدر السابق - ص ٣٧ وما بعدها .

ومعيار الباعث السياسي هو المعيار الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي للأخذ  
بنظرية أعمال السيادة و يعد حكم مجلس الدولة في قضية Le Fitte الصادر في  
١٨٢٢/٥/١ حجر الأساس في اعتماد هذا المعيار .<sup>(١)</sup>

و بمقتضاه يعد العمل من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه سياسياً، أما إذا لم يكن الباعث  
سياسياً فإنه يعد من الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء .<sup>(٢)</sup>  
وقد أخذ مجلس الدولة بهذا المعيار ليتلافى الاصطدام مع الإدارة لأنه معيار مرن يتيح  
للإدارة التخلص من رقابة القضاء بمجرد تذرعهما بأن الباعث على تصرفها سياسي .

غير أن الانتقادات الموجهة لهذا المعيار دفعت مجلس الدولة إلى التخلي عنه والأخذ  
بمعيار طبيعة العمل الذي يقوم على أساس البحث في موضوع العمل الإداري فإذا تعلق  
بتحقيق مصلحة الجماعة السياسية والسهر على احترام الدستور وسير الهيئات العامة  
وعلاقات الدولة مع الدول الأجنبية فإن العمل يكون من الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة  
، أما إذا كانت الأعمال الإدارية التي تتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين والإشراف على  
علاقات الأفراد بالهيئات الإدارية مركزية أو غير مركزية فإن العمل يكون إدارياً ويخضع  
لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً .<sup>(٣)</sup>

في حين اتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار آخر يسمى القائمة القضائية ، يقوم  
على أن تحديد أعمال السيادة يعتمد على ما يقرره القضاء فهو يبين هذه الأعمال ويحدد  
نطاقها ، وقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في وضع قائمة لأعمال السيادة  
أهمها :

- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان .
- القرارات الخاصة بانتخاب المجالس النيابية والمنازعات الناشئة عنها .

---

(٢) 1er Mai 1822 La Fitte, Rec 371 .

تتعلق هذه القضية بالمطالبة بإيراد مبالغ خصصها نابليون بونابرت للأميرة Borghere حيث رفضت  
الحكومة صرفها بالاستناد للقانون الصادر في ١٢ يناير ١٨١٦ الذي حرم أعضاء أسرة نابليون من جميع  
الأموال التي منحت لهم مجاناً .

(٢)- ينظر :

د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - المصدر السابق - ص ٣٣٠ .

د. محسن خليل - القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة - القاهرة - ١٩٦٨ - ص ١٣١ .

<sup>3</sup>- Vedel (G) Droit administrative P.u,F Paris 1954 - p305 .

- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية ،وممارسة الوظيفة التشريعية مثل قرار اللجوء إلى السلطات الإستثنائية المنصوص عليها المادة ١٦ من الدستور ١٩٥٨ الفرنسي .<sup>(١)</sup>
- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية .<sup>(٢)</sup>
- الأعمال المتعلقة بالحرب.<sup>(٣)</sup>

٢- **القرارات المحصنة من رقابة القضاء** : من مظاهر سيادة القانون أن تخضع قرارات الإدارية جميعا لرقابة القضاء ، فهو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حقوق الأفراد في مواجهة الدولة بهيئاتها المختلفة التشريعية والتنفيذية .<sup>(٤)</sup>

فالقضاء يملك تقويم عمل الإدارة وإجبارها على احترام المشروعة إذا ما حدث عنها ولاشك أن في ذلك ضمان مهمة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ،وتتم من خلال السماح للأفراد بالطعن في قرارات الإدارية إذا مست مصالحهم طالين إغائها أو التعويض عنها .

وإذا كان الأصل خضوع الإدارة لرقابة القضاء فان مستلزمات المصلحة العامة قد تقتضي التخفيف من صرامة هذا المبدأ فتسمح بموازنة مبدأ المشروعية من خلال نظرية السلطة التقديرية والظروف الإستثنائية .

إلا أن الدول تبالغ أحيانا في استبعاد الكثير من القرارات الإدارية من الخضوع للطعن أمام القضاء لاعتبار مختلفة .

ولاشك ان هذا الاتجاه خطير من المشرع لأن تحصينة للقرارات الادارية من الطعن ،يجرد الافراد من ضمانه مهمه في مواجهة عسف الادارة .

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي قد اخرج من اختصاصات محكمة القضاء الاداري الطعون في القرارات الاتية :

<sup>(1)</sup> C.E.2 mars 1962 ,Rubin de servens .

C.E.19oct 1962 ,Brocas ,precite.

<sup>(2)</sup>C.E.2 mars 1966 ,Dame Cramencel .

<sup>(3)</sup> C.E.9 Janu . 1952 ,Geny .Rece 79 .

<sup>(4)</sup>G.Vedel ,Droit administratif proesses university De france ,paris ,p.266.

١. اعمال السيادة واعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية .

٢. القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية .

٣. القرارات الادارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها او الاعتراض عليها او الطعن فيها .

وفي ضوء ذلك يتبين ان اختصاصات المحكمة محدودة جداً فهي علاوة على حصر اختصاصها بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية، نجد ان المشرع قد استثنى العديد من القرارات الادارية من قبيل المراسيم والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية والتي اعتبرها من اعمال السيادة . وهو امر يتنافي مع مبدأ المشروعية وضرورة خضوع الادارة للقانون ويفتح المجال امام تعسفها وانتهاك حقوق الافراد وحررياتهم . كما ان المتتبع لطبيعة النظام القانوني العراقي يجد انه زاخر بالنصوص التي ترسم طريقاً للتظلم من القرارات الصادرة من بعض الجهات الادارية امام الادارة نفسها او امام لجان ادارية او شبه قضائية وان استثناء المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة هذا النوع من القرارات من ولاية محكمة القضاء الاداري يقضي على ضمانات مهمة من ضمانات التقاضي ويحرم الافراد من الاستفادة من قضاء مستقل متخصص بالمنازعات الادارية .

وقد تنبه المشرع العراقي إلى هذا الأمر فاصدر قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ والذي جاء في المادة الأولى منه (تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) اعتباراً من ١٧/٧/١٩٦٨ لغاية ٢٠٠٣/٤/٩ التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل) .

إلا إن مما يؤخذ على هذا القانون انه استثنى من تطبيق أحكامه في المادة الثالثة منه قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على أراضي الدولة .

ولا يخفى إن هذا الاستثناء غير دستوري لتعارضه مع نص المادة ١٠٠ من الدستور العراقي الصادر عام ٢٠٠٥ حيث ورد : (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن) .

## المبحث الرابع

### القرارات الإدارية من حيث نفاذها في مواجهة الأفراد

#### (قرارات نافذة وقرارات غير نافذة)

تنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها بالنسبة للأفراد إلى قرارات ملزمة للأفراد ونافذة بحقهم عليهم احترامها وإذا قصرُوا في ذلك اجبروا على التنفيذ - وهذا الأصل في القرارات الإدارية - وقرارات إدارية يقتصر أثرها على الإدارة تسمى الإجراءات الداخلية ومنها المنشورات والتعليمات على اختلاف أنواعها وتعليمات شارحة، أو أمره أو ناصحه أو مقرره ومؤكده<sup>(١)</sup> وهذا النوع من القرارات غير نافذ في حق الأفراد وغير ملزم لهم، ولا يحتج بها عليهم .

بل ان من القضاء من أنكر على التعليمات صفتها القانونية وأعتبرها من قبيل الاعمال المادية محللين ذلك بانها موجهة من الرؤساء الاداريين الى موظفين وليس من الواجب على هؤلاء اطاعتها ولا يمكن الزامهم بها الا بطريق غير مباشر عن طريق العقوبات التأديبية .

بيد ان هذا القول لا يمكن الاعتداد به لان مخالفة التعليمات بنتج عنها بطبيعة الحال التهديد بالمساس بالمركز الشخصي للموظف ونعتقد ان هذا كاف لاضفاء طابع العمل القانوني على التعليمات .<sup>(٢)</sup>

إلا أن ما يميز هذا النوع من القرارات هو انها غير موجهة للأفراد ولا ترتب آثار قانونية في مواجهتهم لانها تخاطب الموظفين فقط .

ويترتب على هذا التقسيم ان الاجراءات الداخلية أو التعليمات لا يمكن ان تكون موضوعا لدعوى الإلغاء، فلا يقبل من الافراد الطعن بالإلغاء ضدها لانها غير نافذة في مواجهتهم، كما انه لا يقبل من الموظف الذي تخاطبه هذه القرارات الطعن فيها بالإلغاء لانه يقع على عاتقه أطاعتها والعمل بها وإلا تعرض للعقوبات التأديبية .

(١) د.فؤاد العطار - القانون الاداري - ط٣ - دار النهضة العربية (بدون سنة طبع) ص١٠٧ .

(2) Benoit - Le droit administratif francais paris 1968 ,p.491-Auby et Drago- Traite de contentieux adminstratif ,1962.p577.

## المبحث الخامس

### القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها

#### (قرارات تنظيمية، قرارات فردية)

تنقسم القرارات الادارية من حيث مداها الى قرارات تنظيمية أو لوائح، وقرارات فردية، ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات القرارات الادارية لما يترتب عليه من نتائج تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من القرارات التنظيمية والقرارات الفردية .

#### أولاً : القرارات التنظيمية :

القرارات التنظيمية هي تلك القرارات التي تحتوي على قواعد عامة مجرد تسري على جميع الافراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة . وعمومية المراكز القانونية التي يتضمنها القرار التنظيمي لاتعني انها تنطبق على كافة الاشخاص في المجتمع، فهي تخاطب فرد أو فئة معينة في المجتمع معينين بصفاتهم لاذواتهم<sup>(١)</sup>.

والقرارات التنظيمية هي في حقيقتها تشريع ثانوي يقوم الى جانب التشريع العادي، إلا أنه يصدر عن الادارة، وعلى ذلك فهو تشريع ثانوي يطبق على كل من يستوفي شروطا معينة تضعها القاعدة مسبقا ولا تسنفذ اللائحة موضوعها بتطبيقها، بل تظل قائمة لتطبق مستقبلا،<sup>(٢)</sup> مع انها اقل ثباتا من القانون.

وعلى الرغم من اشتراك اللائحة مع القانون من حيث انهما يتضمنان قواعد عامة مجردة، فانهما يختلفان في مضمون كل منهما فالقانون يضع او يقرر مبادئ عامة اساسية، بينما يقتصر دور اللائحة على ايراد الاحكام التفصيلية التي يتعرض اليها القانون كما ان القانون يصدر بعد إقراره من السلطة التشريعية، اما القرارات التنظيمية أو اللوائح فتصدر عن السلطة التنفيذية .

<sup>(١)</sup> Rene (chapus) droit administratif general opcit.p 468.

<sup>(٢)</sup> ينظر

- د. محسن خليل -علاقات القانون باللائحة -دراسة مقارنة-محلية الحقوق -جامعة الاسكندرية - ١٩٦٩-٣ ومايعدها.  
- د. سامي جمال الدين - اللوائح الادارية - منشأة المعارف ١٩٨٢ - ص ٢٨.

وتتنوع اللوائح الى عدة انواع أهمها:-

١- **اللوائح التنفيذية** :- وهي التي تصدرها الادارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ ، وهي تخضع تماماً للقانون وتفيد به وتتبعه ، فلا تملك ان تعدل فيه او تضيف اليه او تعطل تنفيذه.

٢- **لوائح الضبط** :- وهي تلك اللوائح التي تصدرها الادارة بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الامن العام ، والصحة العامة والسكينة العامة ، وهي مهمة بالغة الاهمية لتعلقها مباشرة بحياة الافراد وتفيد حرياتهم لانها تتضمن اوامر ونواهي و توقع العقوبات على مخالفيها ، مثل لوائح المرور وحماية الاغذية والمشروبات والمحال العامة .

٣- **اللوائح التنظيمية** :- وتسمى ايضاً اللوائح المستقلة وهي اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين الى تنظيم بعض الامور التي لم يتطرق اليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع .

٤- **لوائح الضرورة** :- وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان أو السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وسلامتها ، فتمتلك السلطة التنفيذية من خلالها ان تنظم امور ينظمها القانون اصلاً ويجب ان تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في اقرب فرصة لاقرارها .

٥- **اللوائح التفويضية** :- وهي القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة اصلاً في نطاق التشريع ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء اصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها.

## ثانياً : القرارات الفردية .

وهي القرارات التي تنشئ مراكز قانونية خاصة بحالات فردية تتصل بفرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم و تستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة .<sup>(١)</sup> مثل القرار الصادر بتعيين موظف عام أو ترقية عدد من الموظفين .

ويظهر الاختلاف بين القرارات التنظيمية أو اللوائح والقرارات الفردية فيما يلي :

---

<sup>1</sup> - Rene Chapus - op-cit - P467 .

١. تسري القرارات الفردية على فرد معين بالذات أو أفراد أو حالات معينة بالذات ، بينما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تطبق على كل من تتوافر فيهم شروط معينة دون أن يتم تحديد هؤلاء الأشخاص مقدماً بذواتهم أو أسمائهم .
٢. يسري القرار الفردي من تاريخ إعلان صاحب الشأن به كقاعدة عامة ، في حين يبدأ سريان القرارات الإدارية التنظيمية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية .
٣. تملك الإدارة الحق في تعديل القرارات التنظيمية أو إلغائها أو سحبها دون أن يكون لأحد الحق بالتمسك بحقوق مكتسبة ، على اعتبار أنها تنظم قواعد عامة ، في حين تخضع الإدارة في سحبها وإلغائها أو تعديلها للقرارات الإدارية الفردية لشروط معينة حددها القانون .<sup>(١)</sup>
٤. تختص المحاكم العادية في تفسير القرارات التنظيمية ، كما هو الحال في تفسير القوانين ، في حين يختص القضاء الإداري بتفسير القرارات الإدارية الفردية .<sup>(٢)</sup>

## الفصل الرابع

### النظام القانوني للقرارات الإدارية

#### *Le Regim des decision administratives*

يتضمن النظام القانوني للقرارات الإدارية على إمتيازات مهمة مقررة للسلطة ، مثلما يحتوى على قيود ترد على حرية الإدارة ، وفي هذا الجانب من الدراسة نتناول هذه الإمتيازات والقيود في ثلاثة مباحث :

**المبحث الأول : سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية .**

**المبحث الثاني : نفاذ القرارات الإدارية .**

**المبحث الثالث : تنفيذ القرارات الإدارية**

---

١ - د. محمود حافظ - المصدر السابق - ص ١٦٠ .

٢ - د. صبيح بشير مسكوني - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٠٦ .

د. محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ٥١٩ .

د. عصمت عبد الله الشيخ - المصدر السابق - ص ٤٦ .

## المبحث الأول سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية

تمارس الإدارة سلطتها في إصدار القرار بإتباع أسلوبين : الأول أن تمارس اختصاصاً مقيداً عندما يلزمها المشرع بوجوب التصرف على نحو معين ، والأسلوب الثاني يتمثل بممارسة الإدارة اختصاصاً تقديرياً ، عندما يترك لها المشرع قدراً من حرية التصرف .

### أولاً : الاختصاص المقيد

يقصد بالاختصاص المقيد أن لا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه ، فالقانون يفرض عليها عند توفر شروط معينة أو قيام عناصر واقعية محددة ، إصدار قرار معين ، وقد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تعمل على تحقيقه أو الوقت المناسب لإصداره .

وفي هذه الحالة تكون مهمة الإدارة مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها ، فلا يترك لها أية حرية في التقدير .<sup>(١)</sup>  
ومثال الاختصاص المقيد حالة ترقية الموظف بالأقدمية فإذا توفرت هذه الأقدمية فإن الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار قراراتها بالترقية .

ومع ذلك فإن المشرع قد لا يكبل الإدارة بجميع هذه القيود فمن المستحيل أن تكون جميع عناصر القرار الإداري مقيدة ، لأن المهم أن يسير القرار الإداري الصادر ضمن الاختصاص المقيد للإدارة في مجال النطاق القانوني الذي رسمه المشرع حتى لا يكون مشوباً بعدم مشروعيته .

<sup>١</sup> - د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة السادسة - ١٩٩١ - ص ٣١

ويتمثل الاختصاص المقيد في بعض عناصر القرار الإداري أكثر من الأخرى ، فلا تتمتع الإدارة بحرية في مجال عنصر الاختصاص ، حيث يكون قرارها باطلاً أو معدوماً إذا لم تحترم قواعد الاختصاص ، وكذلك في عنصر الشكل عندما يرسم المشرع القواعد والإجراءات الواجب إتباعها عند إصدار القرار ، كما يرد الاختصاص المقيد أحياناً في العناصر الموضوعية من القرار الإداري فيجب أن يكون للقرار الإداري سبب ومحل مشروعان ، وأن تهدف الإدارة من إصداره إلى تحقيق المصلحة العامة .

### ثانياً : السلطة التقديرية

يقصد بالسلطة التقديرية أن تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار القرار الذي تراه ، أي أن المشرع يترك للإدارة حرية اختيار وقت وأسلوب التدخل في إصدار قرارها تبعاً للظروف .

فالمشرع يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركاً للإدارة تقدير ملائمة التصرف ، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي قرار تتخذه وأن لا تتحرف عن هذه الغاية ، و إلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة .<sup>(١)</sup> مثال ذلك سلطة الإدارة في إصدار قرار الترقيّة بالاختيار على أساس الكفاءة .

وتتجلى سلطة الإدارة التقديرية في عنصر السبب وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار ، والمحل وهو الأثر القانوني المترتب عنه حالاً ومباشرة ، أما باقي عناصر القرار الإداري وهي الاختصاص والشكل والغاية فإنها تصدر بناءً على اختصاص مقيد .

### مدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية .

ترتبط السلطة التقديرية بفكرة ملائمة القرار الإداري ، إذ أن المشرع منح الإدارة هذه السلطة شعوراً منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة ، وأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتصور جميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري ويضع الحلول المناسبة لها .

<sup>١</sup> - د. سعيد عبد المنعم الحكيم - الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ - ص ٧١ .

في حين يقوم الاختصاص المقيد على فكرة مشروعية القرار الإداري ، لأن الإدارة مقيدة دائماً بما يفرضه القانون ، ويترتب على ذلك أن القضاء يملك بسط رقابته على مشروعية القرار الصادر بناءً على اختصاص الإدارة المقيد ، ويملك إلغاؤه إذا ما تبين أنه مخالف للقانون .

ويتضح مجال الرقابة على عنصر السبب في أن الإدارة تملك تقدير أهمية وخطورة الوقائع ولا تخضع في ذلك لرقابة القضاء ، في حين يمارس القضاء رقابته على صحة قيام الوقائع المادية التي قام عليها القرار ، وكذلك فيما يتعلق بالتكييف القانوني لهذه الوقائع . أما بالنسبة لعنصر المحل فمن الممكن القول بأن معظم الاختصاص فيه هو اختصاص تقديري فبعد أن تتحقق الإدارة من قيام الوقائع المادية ، وبعد أن تكيفها التكييف القانوني الصحيح ، وتقدر مدى خطورة هذه الوقائع ، تنتقل إلى عنصر المحل متمتعة بسلطة تقديرية واسعة في أن تتدخل أو لا تتدخل واختيار وقت هذا التدخل كما تتمتع الإدارة بسلطة تحديد الأثر القانوني الذي تريد ترتيبه ، ما لم ينص المشرع على ضرورة تدخلها ووقته والأثر المترتب عليه . (١)

وقد برز في مجال رقابة القضاء على السلطة التقديرية اتجاهان فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء يمتنع عن بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة إلى سلطتها التقديرية ، فالقاضي بحسب رأيهم يمارس المشروعية وليس رقابة الملائمة ولا يجوز له أن يمارس سطوته على الإدارة فيجعل من نفسه رئيساً لها . (٢)

في حين يذهب الجانب الآخر إلى جواز تدخل القاضي لمراقبته السلطة التقديرية على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري فيمكن له أن يحول بعض القضايا المدرجة في السلطة التقديرية والمرتبطة بالملائمة إلى قضايا تندرج تحت مبدأ المشروعية تلتزم الإدارة باتباعها و إلا تعرضت أعمالها للبطلان. (٣) والرأي الأكثر قبولاً في هذا المجال يذهب على أن سلطة الإدارة التقديرية لا تمنع من رقابة القضاء وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ

١ - د. عصمت عبد الله الشيخ - المصدر السابق - ص ٧٢ .

٢ - Wade. H.W.R Administrative Law . Oxford - 1977 - P 630 .

٣ - د. عبد القادر بابنه - القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي - دار توبقال للنشر - المغرب - ١٩٨٥ - ص ٢٤ .

قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بيناً أو انحرافاً بالسلطة ، وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تخفف من اختصاصات الإدارة المقيدة .

## **المبحث الثاني**

### **نفاذ القرارات الإدارية**

الأصل أن يكون القرار الإداري نافذاً من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً بإصداره ، ولكنه لا يسري في حق الأفراد المخاطبين به إلا إذا علموا به عن طريق إحدى الوسائل المقررة قانوناً . ومن ثم فهناك تاريخان رئيسيان لنفاذ القرارات الإدارية هما تاريخ صدور القرار ، وتاريخ العلم به أو سريانه في مواجهة الأفراد ، وسنبحث هذين التاريخان ثم نبحث في مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية و أماكن أرجاء آثاره إلى المستقبل .

#### **أولاً : تاريخ صدور القرار الإداري ذاته .**

الأصل أن القرار الإداري يعد صحيحاً و نافذاً من تاريخ صدوره ، ومن ثم فإنه يسرى في حق الإدارة من هذا التاريخ ويستطيع كل ذي مصلحة أن يحتج بهذا التاريخ في مواجهتها غير أن هذا القرار لا يكون نافذاً بحق الأفراد إلا من تاريخ علمهم به .  
إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات ، من ذلك أن هناك من القرارات ما يلزم لنفاذها إجراءات أخرى من قبيل التصديق أو وجود اعتماد مالي ، فلا ينفذ القرار إلا من تاريخ استيفاء هذه الإجراءات ، كما قد تعمد الإدارة إلى أرجاء آثار القرار إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدوره وهو ما يعرف بإرجاء آثار القرار الإداري .<sup>(١)</sup>

#### **ثانياً : سريان القرار الإداري في مواجهة الأفراد .**

---

<sup>١</sup> - د. محمد سعيد حسين أمين - المصدر السابق - ص ٥٩٠ .

إذا كان القرار الإداري ينفذ في حق الإدارة بصدوره ، فإنه لا يكون كذلك في مواجهة الأفراد ، فيلزم لذلك علمهم به بأحدى وسائل الإعلام المقررة قانوناً ، وهي : الإعلان ، النشر ، أو بعلم صاحب الشأن علماً يقينياً .

## ١ . الإعلان أو التبليغ :

يقصد بالإعلان تبليغ القرار الإداري إلى المخاطب به بالذات ، والأصل أن الإعلان يتم بكافة الوسائل المعروفة والتي من خلالها يمكن أن يتحقق علم صاحب الشأن بالقرار ، كتسليمه القرار مباشرة أو بالبريد أو عن طريق محضر ، أو لصقه في المكان المخصص للإعلان .

والإعلان هو الوسيلة الواجبة لتبليغ القرارات الفردية الصادرة بصدد فرد معين بالذات أو أفراداً معينين بذواتهم أو بخصوص حالة أو حالات معينة ، كما هو الحال بالنسبة لقرار تعيين موظف أو منح رخصة مزاوله مهنة معينة ، وعلى ذلك لا يكفي نشر القرار لافتراض العلم به .<sup>(١)</sup>

وهذا الإعلان قد يكون تحريراً كما يصح شفهيّاً و فالإدارة غير ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان إلا أن الصعوبة تكمن في إثبات التبليغ الشفهي لذلك نجد الإدارة تسعى دائماً إلى أن يكون إعلانها كتابة حتى تتجنب مخاطر التبليغ لأن من السهل عليها إثبات التبليغ الكتابي .

إلا أن عدم تطلب شكلية معينة في الإعلان لا ينفى ضرورة احتواء الإعلان على مقومات تتمثل في ذكر مضمون القرار والجهة الصادر منها وأن يوجهه إلى ذوي المصلحة شخصياً أو من ينوب عنهم .

## ٢ . النشر :

النشر هو الطريقة التي يتم من خلالها علم أصحاب الشأن بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية .

وعادة ما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد ، مما يتطلب علم الكافة به من خلال نشره .

ويتم النشر عادة في الجريدة الرسمية إلا إذا نص القانون على وسيلة أخرى للنشر فيجب على الإدارة أتباع تلك الوسيلة كأن يتم في الصحف اليومية أو عن طريق لصق القرار في أماكن عامة في المدينة .

<sup>1</sup> - Jean Rivero. Droit administrative - Dalloz - 1987 - P 264 .

وحتى يؤدي النشر مهمته يجب أن يكشف عن مضمون القرار بحيث يعلمه الأفراد علماً تاماً وإذا كانت الإدارة قد نشرت ملخص القرار فيجب أن يكون هذا الملخص يغني عن نشره كله فيحوي على عناصر القرار الإداري كافة ، حتى يتسنى لأصحاب الشأن تحديد موقفهم من القرار .

### ٣ . العلم اليقيني:

أضاف القضاء الإداري إلى النشر والإعلان العلم اليقيني بالقرار كسبب من أسباب علم صاحب الشأن بالقرار الإداري وسريان مدة الطعن بالإلغاء من تاريخه .<sup>(١)</sup> والعلم اليقيني يجب أن يكون متضمناً المضمون الكامل لعناصر القرار الإداري ومحتوياته فيقوم مقام النشر والإعلان ، فيصبح صاحب الشأن في مواجهة القرار في حالة تسمح له بالإلمام بكافة ما تجب معرفته ، فيتبين مركزه القانوني من القرار وإدراك مواطن العيب فيه ، وما يمس مصلحته ، فلا عبره بالعلم الظني أو الافتراض مهما كان احتمال العلم قوياً .

ويمكن أن يستمد هذا العلم من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد بوسيلة معينة للإثبات وللقضاء الإداري أن يتحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة وهل هي كافية للعلم أم لا ، ولا يبدأ سريان مدة الطعن إلا من اليوم الذي يثبت فيه هذا العلم اليقيني . ويلزم أخيراً أماكن ثبوت العلم اليقيني في تاريخ معين حتى يمكن حساب ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخه ، ومن ثم فلا عبره بالعلم اليقيني بالقرار حتى وأن ثبتت واقعة أو قرينة العلم به طالما أنها تمت دون أن يوضع تاريخها .

### ثالثاً : مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية .

---

١ - أوردت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٨٨/٣/٨ : " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن العلم اليقيني الذي يبدأ منه سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء هو العلم بالقرار وبكافة عناصره علماً يمكن الطاعن من تحديد مركزه القانوني بالنسبة للقرار المطعون فيه ومن ثم يحدد الطريق للطعن فيه " . حكمها في الطعن الإداري ٢٦٣٦ لسنة ٣٣ ق المجموعة السنة ٣٣ الجزء الثاني بند ١٧٠ ص

الأصل أن تسرى آثار القرارات الإدارية على المستقبل ، ولا تسري بأثر رجعي على الماضي احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق ، و احتراماً لقواعد الاختصاص من حيث الزمان .

والمسلم به في القضاء الإداري أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية هي قاعدة أمره وجزء مخالفتها بطلان القرار الإداري ذي الأثر الرجعي ، ويقوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية على عدة اعتبارات تتمثل في :

١ . **احترام الحقوق المكتسبة** : إذا اكتسب الأفراد حقاً في ظل نظام قانوني معين أو رتب لهم قرار إداري مركزاً قانونياً معيناً ، فإنه لا يجوز المساس بهذا المركز إلا بنص خاص و ويسرى التغيير أو التعديل في هذا المركز بأثر حال ومباشر من تاريخ العمل به وليس بأثر رجعي .

٢ . **استقرار المعاملات بين الأفراد** : المصلحة العامة تقتضي أن لا يفقد الأفراد الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم و مراكزهم الذاتية التي تمت نتيجة لتطبيق أوضاع القانونية السابقة .

٣ . **احترام قواعد الاختصاص** : تقوم قاعدة عدم رجعية القرارات لإدارية على ضرورة عدم اعتداء مصدر القرار على اختصاص سلفه .

ومن الجدير بالذكر أن بطلان القرار الإداري الذي يصدر خلافاً لقاعدة عدم الرجعية على الماضي قد لا يكون بطلاناً كلياً ، كما لو صدر قرار بترقية موظف عام من تاريخ لا يستحق فيه الترقية ، فإذا كان القرار سليماً فإنه يلغى جزئياً فيما يتعلق بالتاريخ المحدد للترقية ، وتعتبر الترقية من التاريخ الذي استكمل فيه المدة القانونية ، أما إذا كان القرار غير قابل للتجزئة فأن البطلان يشمل كله .<sup>(١)</sup>

غير أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي لا تسري على إطلاقها فقد بدأ القضاء الإداري يخفف من حدتها فظهرت بعض الاستثناءات التي يمكن ردها إلى ما يلي :-

١ . **إباحة الرجعية بنص القانون** : يجوز للمشرع أن يخول الإدارة بنص صريح أن تصدر قرارات معينة بأثر رجعي على اعتبار أن المشرع يمثل المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها .

١ - د. عصمت عبد الله الشيخ - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٣٨ .

د- سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٥٣٤ .

٢. **إباحة الرجعية في تنفيذ الأحكام** : الحكم القضائي الصادر بإلغاء قرار إداري يؤدي إلى إعدام هذا القرار بالنسبة للمستقبل والماضي ، وحتى تنفذ الإدارة حكم الإلغاء لا بد لها من إصدار قرارات متضمنة بالضرورة آثاراً رجعية ، كما لو حكم القضاء بإلغاء قرار الإدارة بفصل موظف فإن الإدارة تلتزم بإعادته إلى وظيفته السابقة مع منحه الإمتيازات والحقوق التي فاته التمتع بها في فترة انقطاعه عن الوظيفة .

٣. **رجعية القرارات الإدارية الساجبة** : درج القضاء على أن قرار الإدارة بسحب القرارات الإدارية يتم بأثر رجعي نظراً لإعدامه القرار المسحوب من تاريخ صدوره، فالإدارة تملك حق سحب قراراتها التنظيمية في كل وقت سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة ، وكذلك يجوز لها سحب قراراتها الفردية الغير مشروعة والمرتببة لحقوق ذاتية خلال مدة الطعن بالإلغاء .

٤. **رجعية القرارات المؤكدة والمفسرة** : إذا صدر قرار بقصد تأكيد أو تفسير قرار سابق و فإن القرار المؤكد أو المفسر يسرى حكمه من تاريخ تطبيق القرار الأول لأنه لا يضيف أثراً جديداً له بل يقتصر على تأكيده أو تفسيره .

٥. **رجعية القرارات الإدارية لمقتضيات المرافق العامة** : استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم تطبيق قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية كلما تعارض تطبيقها مع مقتضيات سير المرافق العامة .<sup>(١)</sup>

#### **رابعاً : أرجاء آثار القرار الإداري للمستقبل .**

في مقابل قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية على الماضي تملك الإدارة في بعض الأحيان أرجاء تنفيذ القرار الإداري إلى تاريخ لاحق ، ودرج القضاء الإداري على التمييز في ذلك بين القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح والقرارات الإدارية الفردية :

١. **القرارات الإدارية التنظيمية** : تملك الإدارة أرجاء آثار القرارات التنظيمية إلى تاريخ لاحق لصدورها ، لأن ذلك لا يتضمن اعتداء على سلطة الخلف ، لأن هذا الخلف يملك دائماً حق سحب أو إلغاء أو تعديل قراراته التنظيمية لأنها لا ترتب حقوقاً مكتسبة بل تنشئ مراكز تنظيمية عامة .

٢. **القرارات الإدارية الفردية** : الأصل في القرارات الإدارية الفردية أن لا يجوز للإدارة أن ترجى آثارها للمستقبل لأن ذلك يمثل اعتداء على السلطة القائمة في

<sup>١</sup> - د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٥٣٣ .

المستقبل لأنه يولد عنها مراكز قانونية خاصة ، يستطيع الأفراد أن يحتجوا بها في مواجهة الإدارة استناداً إلى فكرة الحقوق المكتسبة .  
كما لو أصدرت السلطة الإدارية الحالية قراراً بتعيين موظف وأرجئت تنفيذ هذا القرار إلى فترة لاحقة ، فتكون قد قيدت السلطة الإدارية في المستقبل بقرار التعيين خلافاً لقواعد الاختصاص .

ومع ذلك يجوز أحياناً ولضرورات سير المرافق العامة تأجيل آثار القرار الإداري إلى تاريخ لاحق ، فيكون المرجع هنا هو الباعث وليس التأجيل ذاته ، ويكون الحكم على مشروعية هذا القرار أن يكون محله قائماً حتى اللحظة المحددة للتنفيذ ، فإن انعدم هذا الركن أصبح القرار منعماً لانعدام ركن المحل فلا يرتب أثراً .<sup>(١)</sup>

### المبحث الثالث

#### تنفيذ القرارات الإدارية

تتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات استثنائية في تنفيذ قراراتها ، منها قرينة المشروعية، التي تفترض سلامة قراراتها الإدارية حتى يثبت العكس ، وتمتع قراراتها بقوة الشيء المقرر وقابليته للتنفيذ ، وهو ما يجعل الإدارة في مركز المدعى عليها باستمرار ، ويفرض على الأفراد احترام القرارات الصادرة عنها .  
كما تتمتع الإدارة في مجال تنفيذ قراراتها الإدارية بامتياز التنفيذ المباشر الذي يتيح لها تنفيذ القرارات الإدارية التي تصدرها بنفسها .

#### أولاً : مفهوم التنفيذ المباشر

يقصد بالتنفيذ المباشر السلطة الإستثنائية التي تملكها الإدارة في تنفيذ قراراتها بنفسها تنفيذاً جبرياً عند امتناع الأفراد عن تنفيذها اختيارياً دون اللجوء إلى القضاء ، وتقوم هذه السلطة على أساس افتراض أن كل ما تصدره الإدارة من قرارات يعد صحيحاً ومطابقاً

---

<sup>١</sup> - حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٨٦/٦/٢٩ طعن إداري رقم ٢٠٧٤ لسنة ٢٩ ق ق الموسوعة ج٣٥- ص ٩٣٨ .

للقانون إلى أن يثبت العكس لوجود قرينة المشروعية التي تعفى الإدارة من إثبات صحة قراراتها ، ومن ثم لا يقبل من أحد الامتناع عن تنفيذها لمطابقتها للقانون .

وهنا يجب التمييز بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذه فالنفاذ يتعلق بالآثار القانونية للقرار الإداري وهي عنصر داخلي في القرار الإداري ، في حين يكون تنفيذ القرار بإظهار آثاره في الواقع وإخراجه إلى حيز العمل وتحويله إلى واقع مطبق يؤدي إلى تحقيق الهدف من اتخاذه.(١)

ومن ثم فهناك من القرارات الإدارية ما يكفي فيها القوة التنفيذية أو النفاذ ولا تتطلب إجراءً تنفيذياً خارجياً كقرار الإدارة بتوقيع عقوبة الإنذار على موظف عام ، أو قرارات الإدارة التي تنفذ طواعيه من الأفراد المخاطبين بها .

أما إذا تعنت الأفراد في تنفيذ قرارات الإدارة فإن الأمر يستدعي التنفيذ المادي للقرار ، وحيث أن طريق التنفيذ المباشر هو طريق استثنائي فإنه يتم اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ إذا لم يقبل الأفراد بتنفيذ القرار اختيارياً ويتم ذلك عن طريق استخدام الدعوى الجنائية أو الدعوى المدنية .

غير أن الإدارة باعتبارها سلطة عامة قائمة على حماية المصلحة العامة وتحقيق مصالح الأفراد وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، أتاح لها المشرع الحق في أن تنفذ قراراتها بالقوة الجبرية إذا رفض الأفراد تنفيذها اختيارياً دون حاجة إلى أذن من القضاء.(٢)

### ثانياً : حالات التنفيذ المباشر .

لأن التنفيذ المباشر يعد وسيلة استثنائية فإن الإدارة لا تلجأ إلى استخدامه إلا في حالات معينة هي :

١ - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٦٢ س٢ ص ١٠١٢ .

٢ - ينظر في ذلك :

د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٥٧٣ .

د. عادل سيد فهم - القوة التنفيذية للقرار الإداري - القاهرة الدار القومية للطباعة والنشر - ص ١٠١ .

د. محمد مختار عثمان - المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية - المصدر السابق - ص ٥٧٢ .

١. **النص من جانب المشرع** : قد يخول المشرع الإدارة سلطة تنفيذ قراراتها تنفيذاً جبرياً دون الحاجة إلى أذن سابق من القضاء ، مثال ذلك حجز الإدارة على المرتب والعلاوات والمعاشات والمكافآت وسائر المزايا المالية التي يستحقها الموظف في حدود معينه .

٢. **عدم وجود وسيلة قانونية أخرى لتنفيذ القرار الإداري** : إذا لم يكن للإدارة وسيلة قانونية تلجأ إليها لتنفيذ القرار الإداري ، كان لها أن تنفذه جبرياً لتكفل احترامه ولو لم ينص القانون على ذلك .

فإذا نص المشرع على جزاءات جنائية تترتب على الأفراد في حالة امتناعهم

عن تنفيذ القرار الإداري ، فإنه يمنع على الإدارة استعمال سلطة التنفيذ المباشر .

٣. **حالة الضرورة** : يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر في حالة وجود خطر يهدد النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام و السكنية العامة و الصحة العامة ، بحيث يتعذر عليها مواجهة هذا الخطر باستخدام الطرق العادية ، ونظراً لخطورة اللجوء إلى التنفيذ المباشر في هذه الحالة فقد جرى القضاء والفقهاء على أن حالة الضرورة لا تقوم إلا بتوافر شروط معينة يمكن إجمالها بما يلي :

أ-وجود خطر جسيم يهدد النظام العام بعناصره الثلاثة "الأمن،الصحة ، السكنية".

ب- تعذر دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية .

ج-أن يكون هدف الإدارة من تصرفها تحقيق الصالح العام .

د- أن يكون تصرف الإدارة في الحدود التي تقتضيها الضرورة .

### **ثالثاً : شروط تطبيق التنفيذ المباشر .**

يشترط للجوء الإدارة إلى التنفيذ الجبري في الحالات السابقة توافر الشروط الآتية:

١. أن يستند القرار المراد تنفيذه إلى نص تشريعي إذ أن الفكرة الأساسية التي تبرر التنفيذ المباشر هي وجوب تنفيذ القانون ، ومن ثم لا يمكن استعمال هذا الأجراء إلا لتنفيذ نص تشريعي أو قرار إداري صادر تنفيذاً للقانون .<sup>(١)</sup>

٢. اصطدم تنفيذ القانون أو القرار بامتناع من جانب الأفراد ، ومن ثم على الإدارة أن تنذرهم بوجوب تنفيذ حكم القانون أو القرار طوعاً ، فإذا رفضوا جاز للإدارة استعمال طريق التنفيذ المباشر .<sup>(١)</sup>

١ - د. محمد سعيد حسين أمين - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٤ .

٣. يجب أن يقتصر التنفيذ المباشر على الإجراءات الضرورية لتنفيذ القرار ، دون أن تتصرف وتستعمل ما يتجاوز الضروري .  
فإذا خالفت الإدارة هذه الشروط ، وتذرت بالتنفيذ المباشر ، فأنها تتحمل ما قد ينشأ عن تنفيذ القرار من أضرار تلحق بالأفراد ، ويعد إجراءاتها اعتداء مادياً مع عدم المساس بالقرار الإداري الذي من الممكن أن يكون مشروعاً في ذاته .

## الفصل الخامس

### نهاية القرارات الإدارية

يقصد بنهاية القرارات الإدارية انتهاء كل أثر قانوني لها ، وقد تنتهي القرارات الإدارية نهاية طبيعية عندما ينفذ مضمونها ، أو تنتهي المدة المحددة لسريانها ، أو استنفاد الغرض الذي صدر لأجله أو استحيل تنفيذه لانعدام محله أو وفاة المستفيد منه ، إلى غير ذلك من أسباب لا دخل لأي سلطة في تقريرها .

وقد تكون نهاية القرارات الإدارية نهاية غير طبيعية بأن تتدخل إحدى السلطات الثلاث لإنهائها كأن يتدخل المشرع أو القضاء لإلغاء القرار ، كما قد يصدر قرار الإنهاء من الإدارة وذلك بسحب القرار أو إلغاؤه .

وسنبحث فيما يلي الصور المختلفة لنهاية القرارات الإدارية وذلك في بحثين :

المبحث الأول : نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة .

المبحث الثاني : نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة .

### المبحث الأول

#### نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة

ينتهي القرار الإداري نهاية لا دخل للإدارة فيها أما بنهايتها الطبيعية ، أو عن طريق القضاء بحكم قضائي ، ولأن الحالة الأخيرة تدخل ضمن موضوع رقابة القضاء على أعمال

١ - د. صبيح بشير مسكوني - مبادئ القانون الإداري - المصدر السابق - ص ٦٣٢ .

د. عادل فهم - القوة التنفيذية للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ١٤٥ .

الإدارة فأنا سنقصر البحث في هذا الجانب من الدراسة على النهاية الطبيعية للقرار الإداري

وتنتهي القرارات الإدارية نهاية طبيعية مهما طالت مدة سريانها في الحالات التالية :

### **أولاً : تنفيذ القرار الإداري**

ينتهي القرار الإداري بمجرد تنفيذه أو استنفاد الغرض منه ، كتطبيق القرار بإبعاد أجنبي ، فإن القرار ينتهي بمغادرة ذلك الأجنبي البلاد ، والقرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط ينتهي بهدم ذلك البيت .

وقد تستدعي طبيعة بعض القرارات استمرارها لمدة طويلة من الزمن ، كالقرار الصادر بترخيص محل ، فلا ينتهي القرار بإنشاء المحل ، بل يستمر ما دام المستفيد من الترخيص مزاوياً لنشاطه ، إلا إذا تدخلت الإدارة وقامت بسحب الترخيص لمقتضيات المصلحة العامة أو لمخالفة المستفيد لشروط الاستفادة منه .

### **ثانياً : انتهاء المدة المحددة لسريان القرار**

قد يحدد المشرع مدة معينة لسريان القرار الإداري يتوقف أثره بانتهائها ، كما في حالة الترخيص بالإقامة لأجنبي لمدة معينة ، أو قرار منح جواز سفر ، ففي الحالتين ينتهي القرار بانتهاء المدة المحدد سلفاً لنفاذ الترخيص وجواز السفر .

### **ثالثاً : زوال الحالة الواقعية أو القانونية التي تعلق عليها استمرار نفاذ القرار الإداري**

كما لو منحت الإدارة الأجنبي الترخيص بالإقامة لأنه يعمل في جهة أو مصلحة حكومية فإذا انتهت خدمته في هذه الجهة انتهى معها الترخيص له بالإقامة .<sup>(١)</sup>

### **رابعاً : استحالة تنفيذ القرار**

كالقرار الصادر بترخيص مزاولة مهنة معينة ، ثم يتوفى المستفيد من الرخصة أو القرار الصادر بتعيين موظف يتوفى قبل تنفيذه لقرار التعيين .

فالأصل في هذه الأحوال أن يرتبط مصير القرار بمصير من صدر لصالحهم إلا في بعض الحالات الإستثنائية التي تسمح بترتيب بعض آثار القرار على ورثة المستفيد .

<sup>١</sup> - يرجع في ذلك د. عصمت عبد الله الشيخ - المصدر السابق - ص ١١٦ .

#### **خامساً : تحقق الشرط الفاسخ الذي يعلق عليه القرار**

قد يصدر القرار معلقاً على شرط فاسخ ، وهو قرار كامل وتكون آثاره نافذة ، غير أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال القرار من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تحقق الشرط . (١)

كما في قرار التعيين فهو قرار فردي مقترن بشرط فاسخ يتمثل في رفض صاحب الشأن فإذا لم يتحقق الرفض استمر القرار صحيحاً ومنتجاً لآثاره ، أما إذا رفض التعيين زالت آثار القرار بأثر رجعي من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تحقق الشرط .

#### **سادساً : اقتران القرار بأجل فاسخ**

قد تقرر الإدارة القرار الإداري بأجل فاسخ ، فإذا حل هذا الأجل زال القرار الإداري من تاريخ حلول الأجل على خلاف القرار المعلق على شرط فاسخ الذي تزول آثاره بأثر رجعي من تاريخ صدوره .

فالقرار في هذه الحالة يكون نافذاً ومنتجاً لآثاره حتى يتحقق الأجل الفاسخ ، ومن ذلك القرارات الإدارية التي تحدد علاقة الموظف بالدولة والتي تنتهي حكماً ببلوغ الموظف سن التقاعد .

#### **سابعاً : الهلاك المادي للشيء الذي يقوم عليه القرار**

كما لو صدر قرار بالترخيص لأحد الأشخاص باستعمال جزء من المال العام ، فينتهي القرار بهلاك هذا الجزء من المال العام ، أو فقده لصفة العمومية .

#### **ثامناً : تغيير الظروف التي دعت إلى إصدار القرار**

القرار الصادر تنفيذاً لقانون معين من الطبيعي أن ينتهي بزوال أو إلغاء القانون ، إلا إذا نص على غير ذلك .

### **المبحث الثاني**

#### **نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة**

<sup>١</sup> - يراجع في ذلك د. حسين درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - القاهرة - دار الفكر العربي - ١٩٨١ - ص ٧٧ .

قد ينتهي القرار الإداري نتيجة لتصرف من جانب الإدارة و يتم ذلك بوسيلتين : الإلغاء والسحب .

### **أولاً : الإلغاء**

أن سرعة تطور الحياة الإدارية وتغيرها يؤدي إلى ضرورة تطور القرارات الإدارية وتغيرها في كل وقت ، لتساير هذا التطور وتجاوب مع الأوضاع المتغيرة .<sup>(١)</sup> لذلك تلجأ الإدارة في كثير من الأحيان إلى وضع حد لتطبيق قراراتها غير المناسبة ، وفق ما يسمى الإلغاء .

والإلغاء بهذا المعنى هو العمل القانوني الذي يصدر عن الإدارة متضمناً إنهاء أثر القرار الإداري بالنسبة للمستقبل مع ترك آثاره التي رتبها منذ لحظة صدوره وحتى إلغاءه. والأصل أن يتم الإلغاء بقرار صادر من السلطة التي أصدرت القرار الأصلي أو السلطة الرئاسية لها ، ما لم ينص المشرع على منح سلطة أخرى هذا الحق ، ومن الضروري أيضاً أن يتخذ قرار الإلغاء نفس شكل وإجراءات صدور القرار الأصلي ، فإذا كان الأخير كتابياً يجب أن يكون قرار الإلغاء كتابياً أيضاً .<sup>(٢)</sup> ويختلف حق الإدارة في إلغاء قراراتها الإدارية باختلاف قراراتها تنظيمية أو فردية .

### **١. إلغاء القرارات الإدارية التنظيمية**

لما كانت القرارات التنظيمية تنشئ مراكز عامة لا ذاتية ، فإن الإدارة تملك في كل وقت أن تعدلها أو تلغيها أو تستبدل بها غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام ، وليس لأحد أن يحتج بوجود حق مكتسب .

وإذا كان إلغاء القرارات التنظيمية يتم بهذه المرونة ، فإن ذلك لا يعني عدم إلزامية القواعد التنظيمية ، فهذه القواعد ملزمة لكل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التي أصدرتها ، وان الخروج على أحكامها في التطبيقات الفردية غير جائز إلا إذا تقرر ذلك في القاعدة التنظيمية ذاتها .

ومن ناحية أخرى يجب أن يتم إلغاء القرار التنظيمي أو تعديله بقرار تنظيمي مماثل ، وأن تظل القرارات الفردية التي اتخذت بالتطبيق للقرار الملغي نافذة ومنتجة لآثارها .

<sup>١</sup> - د. حسني درويش - المصدر السابق - ص ٥٥٦ / د. عبد الفتاح حسني - دروس في القانون الإداري - ص ١٤١ .

<sup>٢</sup> - ينظر في هذا المعنى : حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٤ أبريل ١٩٦٥ المجموعة لسنة ١٠ ص ١١١٢ .

### ٣. إلغاء القرارات الإدارية الفردية .

تلتزم التفرقة في هذا المجال بين القرارات الفردية التي ترتب حقوقاً للأفراد وتلك التي لا تولد حقوقاً .

#### أ- القرارات التي ترتب حقوقاً للأفراد :

الأصل أن القرارات الإدارية الفردية إذا ما صدرت سليمة مستوفية للشروط التي يتطلبها القانون وترتب عليها حق شخصي أو مركز خاص ، فإن الإدارة لا تملك المساس بها إلا في الحالات التي يجبرها القانون .

ويقرر الفقه أن احترام المراكز الخاصة التي تنشأ عن القرارات الإدارية الفردية ، يعتبر مثله في ذلك مثل مبدأ المشروعية من أسس الدولة القانونية . (١)

إلا أن هذا لأصل لا يجري على إطلاقه ، فالإدارة تملك أحياناً أن تلغي قراراً تترتب عليه حقوق مكتسبة ، ومن ذلك القرار الصادر بتعيين شخص في وظيفة عامة فهذا القرار وإن أكسب هذا الشخص حقاً في تقلده الوظيفة العامة ، فإن الإدارة تستطيع فصل الموظف في حالة ارتكابه خطأ يببر هذا الجزاء .

هذا إذا كان القرار الفردي سليماً ، أما إذا القرار الفردي المنشئ لحقوق مكتسبة غير سليم ، فإن الإدارة تملك أن تلغيه أو تعدل فيه وإلغائها له يمثل جزاء لعدم مشروعيتها . إلا أن الإدارة لا تستطيع أن تجري هذا الإلغاء أو التعديل في أي وقت ، فقد استقرت أحكام القضاء على أن القرار الإداري غير المشروع يتحصن ضد رقابة الإلغاء القضائية بفوات مدة الطعن المحددة قانوناً ، وليس من المقبول أن يباح للإدارة ما لا يباح للقضاء ، مما يتعين معه حرمان الإدارة من سلطة إلغائه بفوات مدة الطعن اعتباراً من تاريخ صدوره .

#### ب- القرارات الإدارية التي لا ترتب حقوقاً للأفراد .

القرارات الإدارية التي لا ترتب حقوقاً للأفراد ، تستطيع الإدارة إلغائها أو تعديلها ، وقد استقر الفقه على عدة أنواع منها :

- **القرارات الوقتية** : وهي القرارات التي لا تنشئ حقوقاً بالمعنى القانوني لتعلقها بأوضاع مؤقتة ولو لم ينص على سريانها لمدة معينة ، ومن ذلك القرارات الصادرة بندب موظف عام أو بمنح تراخيص مؤقتة .

<sup>١</sup> - د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٦٠٤ .

- **القرارات الولائية :** وهي القرارات التي تخول الأفراد مجرد رخصة من الإدارة لا تترتب عليها أي آثار قانونية أخرى مثل منح أحد الموظفين أجازة مرضية في غير الحالات التي يحتمها القانون ، فهذا القرار لا يمكن اعتباره حقاً مكتسباً وبالتالي تملك الإدارة إلغاؤه في أي وقت .

- **القرارات السلبية :** القرار السلبي هو ذلك القرار الذي لا يصدر في شكل الإفصاح الصريح عن إرادة جهة الإدارة بإنشاء المركز القانوني أو تعديله أو إنهائه ، بل تتخذ الإدارة موقفاً سلبياً من التصرف في أمر كان الواجب على الإدارة أن تتخذ إجراءً فيه طبقاً للقانون واللوائح ، فسكوت الإدارة عن الإفصاح عن أرائها بشكل صريح يعد بمثابة قرار سلبي بالرفض ، وهذا القرار لا يترتب حقوقاً أو مزايا للأفراد ويجوز إلغاؤه في أي وقت ، مثل قرار الإدارة برفض منح رخصة لأحد الأفراد لمزاولة مهنة معينة .

- **القرارات غير التنفيذية :** وهي القرارات التمهيدية التي تصدر بقصد الإعداد لإصدار قرار معين ، مثل قرار الإدارة بإحالة موظف الى مجلس تحقيقي ، والقرارات التي تحتاج إلى تصديق من السلطة الرأسيية.<sup>(١)</sup> فهذه القرارات جميعاً يمكن للإدارة العدول عنها وإلغاؤها بالنسبة للمستقبل في أي وقت ودون التقيد بميعاد معين .

### ثانياً : السحب .

يقصد بسحب القرارات الإدارية إعدامها بأثر رجعي من تاريخ صدورها ، وكأن القرار لم يولد مطلقاً ولم يترتب أية آثار قانونية . والسحب بهذا المعنى كالإلغاء القضائي من حيث أثره ، إذ يترتب عليه إنهاء جميع الآثار القانونية المترتبة على القرارات الإدارية اعتباراً من تاريخ صدورها ، وإذا كان من حق القضاء إلغاء القرارات الإدارية المعيبة خلال مدة معينة هي مدة الطعن بالإلغاء ، فإن المنطق يحتم أن تتمتع الإدارة بحق سحب قراراتها المعيبة خلال هذه المدة، توكيفاً لإجراءات التقاضي المطولة ، كما أن سحب الإدارة قرارها المعيب أكرم لها من إلغائه قضائياً . وفي هذا المجال يجب التمييز بين سحب القرارات الإدارية المشروعة وسحب القرارات الإدارية غير المشروعة .

<sup>١</sup> - د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٦١ .

## ١. سحب القرارات المشروعة .

القاعدة العامة المستقرة فقهاً وقضاً أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية المشروعة، حماية لمبدأ المشروعية وضمان الحقوق المكتسبة للأفراد ، سواء أكانت قرارات فردية أو تنظيمية مع أن الأخيرة لا تنشئ مراكز شخصية بل مراكز عامة أعمالاً للاستقرار في الأوضاع القانونية وتطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية .

غير أن القاعدة لا تجري على إطلاقها ، فقد أجاز القضاء الإداري سحب القرارات الإدارية المشروعة في حالات معينة من ذلك :

أ- **القرارات الإدارية الخاصة بفصل الموظفين** : أجاز القضاء الإداري في مصر وفرنسا<sup>(١)</sup> ولاعتبارات تتعلق بالعدالة سحب قرار فصل الموظف حتى ولو صدرت صحيحة ومطابقه للقانون ، بشرط إلا يؤثر قرارا السحب على حقوق الأفراد التي قد اكتسبت ، كما لو تم تعيين موظف آخر لشغل الوظيفة التي كان يقوم بها الموظف المفصول، ومن الجدير بالذكر ان سحب الادارة لقرار الفصل في هذه الحالة ، لايعني وجود خطأ من جانبها ومن ثم لايملك الموظف المعاد ان يطالب بالتعويض عن قرار سحب قرار فصله.

ب- **القرارات التي لا يتولد عنها حقوق للأفراد** : إذا لم يترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد عن القرار الإداري ، فإن الإدارة تملك أن تسحبه ، ومن ذلك قرارها بسحب قرارها بتوقيع الجزاء التأديبي على أحد موظفيها لعدم تعلق هذا القرار بحق مكتسب لشخص آخر .

وهنا تظهر مسألة القرارات الإدارية التنظيمية فهي تنشئ مراكز قانونية عامة ، وبالتالي لا ترتب أي حقوق مكتسبة للأفراد وهذا يعني أماكن سحب القرارات التنظيمية في أي وقت ، إلا أن هذا الحق مقيد بأن لا يترتب هذا القرار حقوقاً للأفراد ولو بطريق غير مباشر .

## ٢. سحب القرارات الإدارية غير المشروعة .

القاعدة المستقرة في القضاء الإداري أنه يجوز للإدارة أن تسحب قراراتها غير المشروعة ، كجزاء لعدم مشروعيتها واحتراماً للقانون .

<sup>١</sup> - ينظر :حكم المحكمة الادارية بالاسكندرية في الدعوى رقم ٣٢٧ لسنة ١٧ القضائية جلسة ١٩٧١/٣/٢٢ اشار اليه د. احمد محمود جمعة- منازعات التعويض في مجال القانون العام- منشأة المعارف ٢٠٠٥ ص ٥٧

وأساس هذه القاعدة هو أن القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية لا تنشأ حقوق مكتسبة للأفراد ومن ثم يجوز إعدام آثارها بالنسبة للماضي والمستقبل .  
وعلى ذلك يجب أن يكون القرار موضوع السحب غير مشروع بأن يكون معيباً بأحد عيوب القرار الإداري ، الشكل والاختصاص ، ومخالفة القانون ، والسبب ، أو الانحراف بالسلطة .  
وقد يكون سحب القرار سحباً كلياً أو جزئياً إذا تعلق العيب في جزء منه وكان القرار قابلاً للتجزئة .  
والسلطة التي تملك سحب القرار هي السلطة التي أصدرته أو السلطة الرأسية لها ما لم يمنح المشرع هذا الحق لسلطة أخرى .

### **المدة المحددة للسحب .**

يقضي مبدأ المشروعية احترام الإدارة للقانون في جميع تصرفاتها ، في حين تتطلب المصلحة العامة استقرار الحقوق والمراكز القانونية القائمة ، ولا بد للتوفيق بين الأمرين أن يتم سحب القرارات الإدارية المعيبة خلال مدة معينة يتحصن بعدها القرار .  
لذلك فقد استقر القضاء على اشتراط أن يتم سحب القرارات الإدارية الفردية خلال المدة التي يجوز فيها الطعن بالإلغاء أمام القضاء ، أي خلال ستين يوماً من تاريخ صدورها بحيث إذا انقضى هذا الميعاد اكتسب القرار حصانة تمنعه من أي إلغاء أو تعديل .  
أما بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية غير المشروعة فيجوز سحبها في أي وقت حسبما تقتضيه المصلحة العامة .

إلا أن قاعدة التقيد بميعاد سحب القرارات الإدارية الفردية المعيبة ترد عليها بعض الاستثناءات تستطيع الإدارة فيها أن تسحب قراراتها دون التقيد بمدة معينة تمثل فيما يلي :

**أ- القرار المنعدم :**

القرار الإداري المنعدم هو القرار المشوب بعيب جسيم يجرده من صفته الإدارية ويجعله مجرد عمل مادي ، لا تتمتع بما يتمتع به الأعمال الإدارية من حماية ، فلا يتحصن بمضي المدة ، ويجوز سحبه في أي وقت ، كما يجوز لصاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء طالباً بإلغاء القرار المنعدم دون التقيد بمواعيد رفع دعوى الإلغاء .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن سحب هذه القرارات ليس ضرورياً ، لأن جهة الإدارة يمكن أن تكتفي بتجاهلها بدون الحاجة إلى إعلان ذلك صراحة ، إلا أنها تقدم على

ذلك رغبة منها في أن توضح الأمور للأفراد ، وعلى ذلك فلا يجوز تقييدها في هذا المجال بميعاد معين لسحب قراراتها المعدومة . (١)

ومن قبيل هذه القرارات صدور القرار من فرد عادي لا يتمتع بصفة الموظف أو من هيئة خاصة لا تمت بصلة للإدارة صاحبة الاختصاص .  
ب- القرار الإداري المبني على غش أو تدليس :

إذا صدر القرار الإداري بناءً على غش أو تدليس من المستفيد من القرار ، فإن للإدارة أن تسحب القرار دون التقيد بمدة السحب لأنه لا يوجد و الحال هذه ما يببرر حماية المركز القانوني لهذا الشخص الذي استعمل طرقاً إحتيالية بنية تضليل الإدارة وحملها على إصدار القرار استناداً إلى القاعدة التي تقرر أن الغش يفسد كل شيء .  
ولنكون أمام هذه الحالة لابد من أن يستعمل المستفيد من القرار طرق احتيالية للتأثير على الإدارة ، وأن تكون هذه الطرق هي التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرار مثال ذلك قرار تعيين موظف على أساس تقديم شهادات خبرة مزورة .

وقد تكون هذه الطرق الاحتيالية التي استخدمها المستفيد طرقاً مادية كافية للتضليل وأخفاء الحقيقة ، وقد يكون عملاً سلبياً محضاً في صورة كتمان صاحب الشأن عمداً بعض المعلومات الأساسية التي تجهلها جهة الإدارة ، ولا تستطيع معرفتها عن طريق آخر ويؤثر جهلها بها تأثيراً جوهرياً في إرادتها مع علم صاحب الشأن بهذه المعلومات وبأهميتها وخطرها . (٢)

### ج- القرارات الإدارية المبنية على سلطة مقيدة :

القرارات الإدارية التي تصدر بناءً على سلطة مقيدة بحيث لا يترك المشرع للإدارة حرية في التقدير ، فإنه يكون لها أن ترجع في قراراتها كلما أخطأت في تطبيق القانون دون تقيد بمدة .

ومثال القرارات التي تصدر بناءً على اختصاص مقيد قرار الإدارة بترقية موظف على أساس الأقدمية ، فإذا أخطأت الإدارة في مراعاة هذا الشرط وأصدرت قرارها متخطية

١ - د. رمزي طه الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - دار النهضة العربية - ١٩٦٨ - ص ٣٥٥ .

٢ - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢ مجموعة المبادئ ص ٦٩ ، وحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٧/٢/١٨ مجموعة المبادئ ص ٢٠٦١ .

الموظف المستحق إلى الموظف الأحدث ، جاز لها أن تسحب قرار الترقية دون التقيد بمدة معينة .

وعلى العكس من ذلك إذا مارست الإدارة اختصاصاً تقديرياً ، فإنه لا يجوز لها أن ترجع في قرارها المعيب إلا خلال المدة المحدد للطعن بالإلغاء .

#### د- القرارات الإدارية التي لم تنشر أو لم تعلن :

من المستقر فقهاً وقضاً أن القرار الإداري يكون نافذاً في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره في حين لا يسري في مواجهة الأفراد إلا بعلمهم به بالطرق المقررة قانوناً. وبناءً على ذلك فإن لجهة الإدارة أن تسحب قراراتها الإدارية التي لم تنشر أو لم تعلن في أي وقت ومن باب أولى أن يتم ذلك في شأن القرارات الإدارية المعيبة التي لم تعلن أو تنشر. (١)

---

١ - د. حسني درويش عبد الحميد - المصدر السابق - ص ٣٩٧ .

## **الباب السادس**

### **العقود الإدارية**

التصرفات القانونية التي تجريها لإدارة وتقصدها إليها إحداه الآراء القانونية ، أما أن تتمثل بالتصرفات التي تقوم بها الإدارة من جانب واحد وإبرادتها المنفردة وتشمل القرارات والأوامر الإدارية التي أوضحنها سابقاً .

وأما أن تتمثل بالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالاشتراك مع بعض الأفراد بحيث تتوافق الإدارتان وتتجهان نحو إحداه أثر قانوني معين و لجأ الإدارة إلى إتباع هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في إشباع الحاجات العامة ، وفق ما يمكن تسميته بعقود الإدارة . والعقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد ، فهي على نوعين: الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الأفراد في نطاق القانون الخاص ، والنوع الثاني هي العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام والتي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله .

تمت تقسيم هذا الباب إلى خمسة فصول كما يلي :

الفصل الأول: ظهور فكرة العقود الإدارية.

- الفصل الثاني: معيار تمييز العقد الإداري .
- الفصل الثالث: إبرام العقود الإدارية .
- الفصل الرابع: الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الإداري .
- الفصل الخامس: نهاية العقود الإدارية .

## الفصل الأول

### ظهور فكرة العقود الإدارية

لم تظهر فكرة العقود الإدارية إلا في تاريخ متأخر لا يتجاوز مطلع القرن العشرين ، وقد مر تحديد مفهوم نظرية العقود الإدارية وأسسها العامة بتطور استغرق حقبة طويلة من الزمن .

وفي هذا الفصل نتناول بالدراسة نشأة نظرية العقود الإدارية ، ثم نبحت في استقلال هذه النظرية والتعريف بالعقد الإداري .

## المبحث الأول

### نشأة العقود الإدارية

حظيت مشكلة تحديد نشاط السلطة العامة باهتمام كبير من رجال القانون والإدارة، واختلف هذا الاهتمام تبعاً للأفكار السياسية التي يؤمن بها كل منهم . ولعل أبرز مذهبين كان لهما التأثير في هذا المجال هما المذهب الفردي الحر والمذهب التدخل المعاصر ، حيث وضع كل منهما أسلوباً محدداً لدور الدولة ووظيفتها في مختلف المجالات وفقاً للفلسفة السياسية التي يؤمن بها .

وكان لانتصار مفهوم الدولة التدخلية وتوسيع مجال نشاط السلطة العامة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، وانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية الفضل في خلق مبادئ قانونية جديدة هي مبادئ القانون الإداري تتميز عن قواعد القانون الخاص وتتماشى مع طبيعة نشاط الإدارة وهدفها ولا تغفل في الوقت نفسه حقوق الأفراد وحررياتهم ، وساهم في ذلك بشكل كبير مجلس الدولة الفرنسي الذي يعود له الفضل في تأسيس العديد من نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية .

وقد طبقت مصر أحكام العقود الإدارية عقب إنشاء مجلس الدولة في عام 1964 واختص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية بصدور القانون رقم 9 لسنة 1949. اما في العراق فقد بقيت مسألة العقود الادارية يكتنفها الغموض وعدم الوضوح على الرغم من الغاء المحاكم الادارية وتعديل قانون مجلس شورى الدولة بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الذي تم به انشاء محكمة القضاء الاداري في العراق فقد استبعد القانون المذكور منازعات العقود الادارية من اختصاص المحكمة .

ومن ثم بقي القضاء العادي صاحب الولاية في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية اذ تنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ( تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثنى بنص خاص ) .

الا ان ذلك لم يمنع القضاء العراقي من مواكبة تطور نظريات القانون الاداري في فرنسا ومصر والتميز بين العقود الادارية والعقود المدنية والاعتراف للادارة بإمتميازات غير مألوفة .

جاء في قرار محكمة التمييز عدد ١٥٨٤ في ٢٤-١-١٩٦٦ (لاجناح على المحاكم اذا ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود ان تمارس في قضائها مهمة القضاء الاداري وما درج

علية من حلول للتوفيق بين المصالح العامة وبين حماية الافراد وحقوقهم لان ولاية المحاكم تتسع لجميع المنازعات الا ما استثني بنص خاص).

## المبحث الثاني

### استقلال نظرية العقود الإدارية

نشأ الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة مع الغير ، وقد دار هذا النقاش بين قدسية الإلتزامات التعاقدية وبين إمتيازات الدولة التشريعية والإدارية التي تمارس من خلال أجهزتها لتحقيق المصلحة العامة.<sup>(١)</sup> ولا شك أن العقد الإداري ناتج عن توافق إرادتين على إنشاء الإلتزام شأنه شأن عقود القانون الخاص وفي هذا المعنى يتضح أن العناصر الأساسية في كلا العقدين واحدة، فيجب أن يتوافر الرضا ويجب أن يكون صحيحاً وصادراً من الجهة الإدارية المختصة ، وسليماً من العيوب.

ألا فيما يتعلق بالأهلية ، فأحكامها في العقد الإداري ليست كما هي عليه في العقد المدني لاختلاف أهلية الإدارة عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم.<sup>(٢)</sup> كما يتميز العقد الإداري في أن الإدارة تكون دائماً طرفاً فيه ، وأن تكوينه وأن كان يتم بتوافق إرادتين لا يكون بمجرد إفصاح فرد معين من أعضاء السلطة الإدارية عن إرادته و إنما يتكون من عدة أعمال قانونية ، يشترك فيها أكثر من عضو من أعضاء السلطة الإدارية ، لأن الاختصاصات الإدارية لا تتركز في يد واحدة.<sup>(٣)</sup>

كذلك يجب أن يتوافر السبب في العقود الإدارية مثلما هو الحال بالنسبة لعقود القانون الخاص مع ضرورة أن يكون الباعث الدافع في العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة .

<sup>1</sup> - J.D.B Mitchell, the Contract of Public Authorities - London First Pupublished 1954 - P1 .

<sup>٢</sup> - د. إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - المصدر السابق - ص ١٤٤ .

<sup>٣</sup> - عبد الرحمن العلام . موقف القضاء المدني إزاء العقود الإدارية . بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني . عدد ٣ ، ١٩٦٢ ص ٤ .

وكما هو الشأن في عقود القانون الخاص يجب أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً وألا عد العقد باطلاً . من جهة أخرى يشترط في محل العقد الإداري أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد ومشروعاً .<sup>(١)</sup>

والمحل يتمثل في الحقوق والإلتزامات التي ينشئها العقد على طرفيه كما هو الحال في عقود القانون الخاص مع ضرورة الذكر بأن محل العقد الإداري يتميز بمرونة خاصة توفرها الإمتيازات الممنوحة لجهة الإدارة والتي تخولها تعديل إلتزامات المتعاقدين في بعض الأحيان تحقيقاً للمصلحة العامة .

وبسبب التشابه الكبير بين الأركان في هذين العقدين ، لم يتفق الشراح على موقف واحد إزاء استقلال نظرية العقد الإداري عن النظرية التقليدية لعقود القانون الخاص ، وقد برز اتجاهان :

#### الاتجاه الأول :

ذهب الأستاذ *Dugit* إلى أنه لا يوجد فرق أساسي بين العقد المدني والعقد الإداري لأنهما متفقان في عناصرهما الجوهرية فالعقد الإداري يتمتع دائماً بالخصائص نفسها والآثار عينها .

وعلى هذا الأساس لا يوجد عقد إداري متميز عن العقود التي تبرم بين الأفراد ولكن يوجد اختلاف في الاختصاص القضائي فقط إذ يرفع النزاع أمام القضاء الإداري لأن الإدارة تبرز في العقد بصفتها سلطة عامة ويقصد تسيير مرفق عام وإدارته . والفرق بين هذه العقود والعقود المدنية يشبه تماما الفرق بين العقد المدني والعقود التجارية التي تخضع للمحاكم التجارية لاستهدافها أغراضا تجارية .<sup>(٢)</sup>

#### الاتجاه الثاني:

يمثل هذا الاتجاه الذي يختلف عن السابق طائفة من الفقهاء منهم الأستاذ *Jeze* .<sup>(٣)</sup> و *de laubadere* .<sup>(٤)</sup> اللذان ذهبا إلى أن النظام القضائي في القانون الإداري نظام خاص مستقل عن نظام القانون الخاص لاختلاف منابعهما ومصادرها القانونية الأساسية ، كما أن العقود الإدارية تختلف هي أيضاً عن عقود القانون الخاص من حيث نظام منازعاتها

---

١ - د. عبد السلام على المز وغي . النظرية العامة لعلم القانون . الكتاب الثالث . النظرية العامة في العقود . الجزء الثاني . العقود المتصلة بثروة المجتمع ١٩٩٣ . ص ٢٣١ .

1- *Duguit (leon): Trait de droit constitutionnel.3.edition 1928 P.44*

2- *Jeze (G):Principles generaux du droit administratif.1934 Tom III P.299*

3- *De Laubadere (A): Traite elementaire de droit administrative 6 ema edition,Paris 1973 No-999*

والقواعد الأساسية التي تختلف بصورة عامة عن قواعد القانون المدني وتناقضها أحياناً ، وهذه الخصوصية تملئها متطلبات المصلحة العامة التي تهدف العقود الإدارية إلى تحقيقها . والحق أنه لا يمكننا التسليم بما ذهب إليه الاتجاه الأول وأن كان ينطوي على حقيقة مفادها وجود نقاط توافق كبيرة بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ، ألا أن هذا التوافق لا ينفي وجود نظام قانوني متميز يخضع له العقد الإداري ، ينبذ الفكرة القائلة بوحدة العقد سواء إبرام بين الأفراد أم بينهم وبين الدولة.

ففي الوقت الذي تكون فيه المصالح متكافئة والمتعاقدان متساويين في عقود القانون الخاص نجد أن المصلحة العامة في ظل عقود القانون العام تتميز بالأولوية إذ تقدم المصلحة العامة للإدارة على المصلحة الخاصة للأفراد .<sup>(١)</sup>

والإدارة بهذه الحال وبوصفها قائمة على تحقيق المصلحة العامة تتمتع بحقوق و إمتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها تخولها حق مراقبة تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد نحو الأسلوب الأصح في التنفيذ ، وحق تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة ، دون أن يستطيع المتعاقد أن يتمسك بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين يضاف إلى ذلك بعض الحقوق و الإمتيازات الأخرى التي لا مثيل لها في عقود القانون الخاص ، التي لا تهدر مصلحة المتعاقد وإنما تجعل مصلحته ثانوية بالنسبة للمصلحة العامة .<sup>(٢)</sup>

### المبحث الثالث

#### التعريف بالعقد الإداري

اختلف القضاء و الفقه في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وقد حاول القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية. وفي ذلك عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص".<sup>(٣)</sup>

1- Mr. Friedman (Lawrence) . Contract Law in America .Madson and Milwaukee , 1965 P.74

3- J.D.B . Mitchell -the contract of public Authorities .Op.cit .p.182.

٣ - الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في ٣٠-١٢-١٩٦٧ القضية رقم ٥٧٦ لسنة ١١ اق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما ص

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، منهم الدكتور سليمان محمد الطماوي، الذي ذهب إلى أن العقد الإداري " هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام" . (١)

ويبدو أن الرأي الغالب سواء في مصر أم العراق قد أستقر على أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي :

- ١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.
- ٢- أن يتصل هذا العقد بمرفق عام .
- ٣- أن تختار الإدارة وسائل القانون العام .

---

١- د.سليمان محمد طماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المصدر السابق - ص ٥٢.

## **الفصل الثاني**

### **المعيار المميز للعقد الإداري**

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإرادته، وفق ما يسمى في نظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الإداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية .

وفي هذا الفصل نبحث هاتين المرحلتين من مراحل تمييز العقود الإدارية .

## المبحث الأول

### العقود الإدارية بتحديد القانون

#### *Contrats Administratif par Determination delaloi*

يلجأ المشرع في بعض الأحيان - وعندما يجد أن تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص - إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات ويطلق على هذه العقود، العقود الإدارية بتحديد القانون. (١)

وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعياً منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة . وقد تمثلت النصوص التي عقدت الاختصاص فيما تثيره من منازعات لمجلس الأقاليم بموجب قانون (٢٨) بلفوز " السنة الثامنة للثورة". (٢)

وكذلك المرسوم الصادر في ١١-٦-١٨٠٦ المتعلق بعقود التوريد و القانون الصادر في ١٧-٧-١٧٩٠ و ٢٦-٩-١٧٩٣ المتعلق بعقود القروض العامة وعقود بيع أملاك الدولة و المرسوم بقانون الصادر في ١٧-٦-١٩٣٠ عد كل عقد يتضمن شغلا لعمال عام عقدا إدارياً في كل الحالات أياً كان شكله أو تسميته وسواء أبرمته الإدارة المركزية أم جهاز لا مركزي إقليمي أو مرفقي أو ملتزم لمرفق عام.

أما في مصر فقد حدد المشرع في المادة العاشرة من القانون (٧٤) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، العقود الإدارية التي يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عنها

١- ينظر في ذلك :

- د. عمر حلمي - معيار تمييز الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٢٧ وما بعدها .
- د. حلمي مجيد الحمدي - كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية - كلية القانون جامعة بغداد - المجلد الخامس العدد الأول و الثاني ١٩٨٦ ص ١٩٧.
- د. عزيز الشريف - المصدر السابق - ص ٤٧٥.
- ٢- د. عبد الفتاح حسن - المرفق العام في القضاء الإداري الفرنسي الحديث - بحث منشور في مجلة القضاء و القانون - السنة الأولى - العدد الثالث - الكويت - ص ١٣.

بالنص "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد اداري آخر."

وقد افرد المشرع العراقي لبعض عقود الادارة تشريعات خاصة مما يدل على كونها عقودا ادارية ، ومنها عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى المبرمة استنادا الى احكام قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٥ عقود بيع وايجار اموال الدولة التي ينظم احكامها القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦.

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من النقد لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلائم مع التكييف الذي يضيفه عليها المشرع، وفي الحالات التي ينسجم فيها هذا التكييف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفاً فقط. لذلك نعتقد أن ترك تحديد العقود الإدارية للقضاء لا شك أقدر على كشف الطبيعة القانونية لها، خاصة إذا كان هذا القضاء إدارياً متخصصاً.

### **المبحث الثاني**

#### **التمييز القضائي للعقود الإدارية**

إزاء الانتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية و سعي القضاء نحو توسيع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص - تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، وفي حالة توفرها يكون العقد إدارياً وبعكسه يبقى العقد ضمن دائرة القانون الخاص.

وقد ظهرت هذه المعايير نتيجة لتطور قضائي طويل انتقلت فيه غلبة كل معيار على الآخر تباعاً .

وسنتكلم فيما يأتي عن المعايير التي اعتمدها القضاء و الفقه الإداريان في تمييز العقود الإدارية.

## أولاً: - أن تكون الإدارة طرف في العقد

من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وهذا الشرط تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري الذي وجد ليحكم نشاط السلطات الإدارية أما العقود التي تبرم بين الأفراد أو أشخاص القانون الخاص الأخرى فأنها تعد من عقود القانون الخاص ولو أبرمت لتحقيق المصلحة العامة .

وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة و الوزارات و المؤسسات الإدارية التابعة لها فضلاً عن الأشخاص العامة المحلية من محافظات ومدن وأحياء يضيفي القانون عليها الشخصية المعنوية .

وفي هذا السبيل فقد استقر الرأي على استبعاد عقود القانون الخاص ولو حققت مصلحة عامة إلا في أحوال معينة بالقياس إلى العقود التي تبرم باسم الإدارة ولحسابها، وقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا ومصر إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية إذا ما ظهر أن أحد المتعاقدين قد تعاقد باسم الإدارة ولحسابها متى توفرت الشروط الأخرى من اتصال العقد بالمرفق العام وتضمينه شروطاً استثنائية .

وقد طبقت محكمة التنازع هذا الاتجاه في حكم له بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط مع منشأة خاصة وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الاقتصاد المختلط التي كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقريتي " ماسي و انتوني " بالتعاقد مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال واعتبرت المحكمة في قرارها العقد إدارياً على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم قريتي " ماسي و انتوني " ولحسابها.(<sup>١</sup>)

وقد سلكت محكمة القضاء الإداري في مصر النهج نفسه في حكمها الصادر في ٢٤-٤-١٩٥٦ الذي جاء فيه " متى كان الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد تدخلت في أمر سلعة الشاي و اتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان

---

١ - طبقت محكمة التنازع في هذا القرار أحكم الوكالة في القانون الخاص، ذلك مما عرض هذا الحكم إلى الكثير من النقد، إذ أن أحكام الوكالة تقتضي أن يتصرف الوكيل باسم الموكل ولحسابه، أما في الحكم المذكور فقد ورد أن شركة Saegema قد تصرفت باسم قرية ( ماسي و انتوني ) و لحسابيهما .

وصولها إلى المستهلكين بالسعر المحدد وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة، ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها وعهدت بذلك " لجنة توزيع الشاي " ثم المعبئين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد، متى كان ثابت مما تقدم فإن ذلك في حقيقته يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون الاتفاقات و العقود التي تعقدها اللجنة هي عقود إدارية".<sup>(١)</sup>

ولا يمكن اعتبار هذا القرار خروجاً على شرط أن تكون الإدارة أحد طرفي العقد، فإذا تعاقد طرف من العقد باسم الإدارة ولحسابها فإنه يعد نائباً عن الإدارة و تتصرف آثار العقد إلى الجهة الإدارية، ولو أن محكمة القضاء الإداري لم تبين بصورة واضحة هذه الفكرة .  
ومن ثم فإن المعيار العضوي لا يكفي لوحده لتمييز العقد الإداري ففي الكثير من الأحيان تكون الإدارة طرف في هذا العقد إلا أنه يعد من عقود القانون الخاص بيد أن شرط وجودها طرفاً في العقد يبقى شرطاً أساساً لإضفاء الصفة الإدارية عليه إذا ما عزز بالشروط الأخرى التي يستلزمها القضاء كمعيار لتمييز العقد الإداري .  
ومع ذلك فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على وصف العقود بين شخصين من أشخاص القانون العام عقوداً إدارية ما لم يثبت العكس .  
ومن ذلك قرار محكمة التنازع عام ١٩٣٨ في حكم U.A.P وحكم مجلس الدولة في ٨-١-١٩٨٨ الذي اعتبر فيها الاتفاقات بين حاكم أحد المقاطعات بشأن تحديد توزيع المرافق العامة بين الدول و المحليات من قبيل العقود الإدارية.<sup>(٢)</sup>

## ثانياً : اتصال العقد بنشاط مرفق عام .

*Le Rattachement Aune activite Deservice Public.*

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد الأطراف إنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلقاً بمرفق عام على وجه من الوجوه.

---

T.C. 125 janvier – 1970 – Saegema J.C.P 1970-2-16229.

١ - حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ٢٤-٠٤-١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة العاشرة ص ٣٠٧.

٢ - إشارة إليه د. عمر حلمي - معيار العقد الإداري - المصدر السابق - ص ٤٠.

وبعد أن كان القضاء في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين - ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي - فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام .

### تطور فكرة المرفق العام :

ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر فأصبحت الفكرة الأساسية، التي اعتمدها أحكام مجلس الدولة الفرنسية ومحكمة التنازع في تقرير معيار الاختصاص القضاء الإداري ومن حكم *Rotschild* الصادر في ٦-٩-١٨٥٥ و *Dekeister* عام ١٨٦١ و *Blanco* بتاريخ ٨-٢-١٨٧٣. وعزز هذا الاتجاه وضع العميد *Duguit* لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير في نظريات القانون الإداري التي باتت تقوم على اعتبار المرفق العام و مقتضيات سيره، المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص. (١)

و الدولة في هذا الاتجاه تسعى نحو تحقيق هدف معين هو حسن أداء المرافق العامة، وتستعمل في هذا السبيل وسائل القانون العام، لأن المرفق العام أصبح يمثل الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري الذي أصبح يسمى " قانون المرافق العامة" ويتحدد نطاق تطبيقه على أساسها.

وعلى هذا الأساس فإن العقود الإدارية لا تكتسب صفتها هذه إلا إذا اتصلت بنشاط مرفق من المرافق العامة، فأصبحت هذه النظرية معياراً مميزاً للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

ونتيجة لتطور الحياة الإدارية، و التغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي نهضت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه و المبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية و الاجتماعية و الصناعية و المرافق المهنية المختلفة، لم تعد نظرية المرافق العامة تحظى بأهميتها السابقة مما عرضها للنقد الشديد.

١ - د.محمد المدني - القانون الليبي - ١٩٦٤ - ١٩٦٥ - دار النهضة العربية - ص٤٢٥.

حتى ذهب البعض إلى القول أن مفهوم المرفق وأهميته بالنسبة للقانون الإداري قد أصبحت ثانوية، في حين أعتبر آخرون ما حصل تطوراً في مفهوم المرفق العام.<sup>(١)</sup>

ومع ما أصاب هذه النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي و المصري تؤكد ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه.

غير أن من الفقهاء من ذهب إلى أن فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإداري لم تعد كافية أو صالحة للتطبيق.<sup>(٢)</sup>

مما جعل من الضروري أن يحدد هذا المعيار بإضافة عنصر جديد يتمثل باستعمال أساليب القانون العام، بعد أن تبين ما في فكرة المرفق العام من سعة وعدم اقتصار على المرافق الإدارية وشموله للمرافق الاقتصادية و التجارية وتجلي ذلك بظهور المعيار المزدوج الذي يجمع بين فكرتي المرفق العام واستخدم وسائل القانون العام.

ففي عام ١٩٠٣ أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في قضية "Terrir" الذي كان يمثل مع تقريره مفوض الدولة "Romieu" نقطة تحول في قرارات مجلس الدولة ، فقد تعرض مفوض الدولة في تقريره إلى النظرية الإدارية الخاصة بوصفها معياراً لتوزيع الاختصاص بين القضائين المدني و الإداري وورد في تقريره "وتتم هذه التفرقة بين ما اقترح تسميته بالإدارة العامة *Gest - Publ* و الإدارة الخاصة *Gest - Privee* أما على أساس طبيعة المرفق محل النظر وأما على أساس التصرف الذي يتعين تقديره فقد يكون المرفق مع أهميته لشخص لعام لا يتعلق إلا بالإدارة دوميته خاص، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص العام يتصرف كشخص خاص، كمالك في أوضاع القواعد العامة. ومن جهة أخرى قد يحدث أن الإدارة وأن تصرفت لا كشخص خاص ولكن كشخص عام لمصلحة مرفق عام بالمعنى الحقيقي لا تتمسك بالإفادة من مركزها كشخص عام وتضع نفسها باختيارها في نفس أوضاع الفرد سواء بإبرام أحد عقود القواعد العامة ذي طابع حدده التقنين المدني بوضوح " استئجار عقار مثلاً لتقر فيه مكاتب إدارة ما" لا يفترض بذاته تطبيق أية قاعدة خاصة بتسيير المرافق العامة".<sup>(٣)</sup>

---

١ - د. محمد فؤاد مهنا - الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة - ١٩٨١ - ص ٣٢.  
2 - Badaoui (Saroit) - *Le fait du prince dans les contrats administits these, Paris 1955 P. 94- 95.*

٣- أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ٧٤.

ومن هذا التاريخ اتجهت آراء الفقه في الأغلب إلى رأي مفاده أن الإدارة إذا ما اتبعت أساليب القانون العام فإن عقودها تنطبق بالطابع الإداري أما إذا كانت أساليبها متشابهة لأساليب الأفراد في القانون الخاص فتكون عقودها مدنية أو تجارية.

وأخذت قرارات مجلس الدولة الفرنسية تتوالى مؤكدة الاتجاه ذاته ومن ذلك حكم المجلس في ٣١-٧-١٩١٢ في قضية شركة الجرائد ورد" ومن حيث أن العقد المبرم بين المدينة و الشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، وأنه بهذا يثير الطلب منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها".<sup>(١)</sup>

وعلى هذا الأساس برزت فكرة العيار المزدوج في فرنسا التي تعد عقدا إدارياً إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل العقد بمرفق عام واتجهت نية الإدارة إلا الأخذ بأسلوب القانون العام.

ومنذ ذلك الوقت برز مفهوم الشروط الإستثنائية غير المألوفة التي تخرج عن المألوف في قواعد القانون المدني معياراً رئيسياً ينهض إلى جانب معيار المرفق العام للتعبير عن نية الإدارة في أتباع أسلوب القانون العام.

فلا يكفي وفق هذه النظرية اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد مثلما لا يكفي تضمن العقد لشروط استثنائية لاعتباره عقداً إدارياً.<sup>(٢)</sup>

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يصبح العقد إدارياً ليس كافية لمنحة تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست علاقة حتمية بالمرفق إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في أبرامة إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص.<sup>(٣)</sup>

وبالرغم من التأييد الكبير الذي حظيت به فكرة المعيار المزدوج حاول أنصار نظرية المرفق العام إحياء نظريتهم و الاكتفاء بها معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري واستبعاد وسائل القانون العام ممثلة في الشروط الإستثنائية عن طريق أساليب عدة لعل من أهمها نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.

١ - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ١٤١.  
2 - *Rivéro (jean) - Précis de droit administratif, 4ine édition, Dalloz, 1970 P.106-107.*

٣ - حكم المحكمة الإدارية العليا في ٠٢-٠٦-١٩٥٧ المجموعة السنة ١١ رقم ٣١٦ - ص ٤٩٣.

## نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:

بتاريخ ٢٠-٤-١٩٥٦ إصدار مجلس الدولة الفرنسي قرار مهما عد إحياء لنظرية المرفق العام، ينحصر مضمونه على أن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته يعد إدارياً دون البحث في صفة العقد الإداري أو تضمينه شروطاً غير مألوفة .

وتتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان " *Epoux Bertin* " إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعاية الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيداً إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ ٢٤-١١-١٩٤٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان " بيرتان " يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئيين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم .

أدعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لها قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلباً صرف المقابل لهذه الزيادة ، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع . فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة . دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستنده أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً .

إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وحكم " إن محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته *lexecution memme du service public* المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وإن هذا الطرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري ؛ وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطاً غير مألوفة في القواعد العامة." (١)

وبعد هذا الحكم بعشرين يوماً أصدر مجلس الدولة قراراً آخر يؤكد هذا المبدأ في

قضية *Gondrand* .

ودرجت محكمة التنازع على ذلك ففي قضية *Houend* في ١٢-٦-١٩٧٨ وفي

قرارين اعتبرت المحكمة عمل موظفه في مدرسة للفتيات تقوم بمراقبة نوم الفتيات " النهوض والنوم " اشتراكاً بصورة مباشرة في تنفيذ خدمة عامة تخص التعليم وكذلك اعتبرت عمل زوجها وهو عامل مكلف بصيانة بعض الأجهزة وتعليم الطلاب استعمالها .

١- أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي . المصدر السابق . ص ٥٠٤ .

وفي المجال نفسه اطردت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار الفنانين الذين يعملون في المسرح البلدي كالمغنيين أو الراقصات أو العازفين ، مشتركين في تنفيذ المرفق العام وهو ما قضت به محكمة التنازع في ١٧-١-١٩٧٩ في قضية : *Dme le Cachey et autres* .<sup>(١)</sup>

وقد وجد هذا الاتجاه تطبيقاً له في قضاء محكمة القضاء الإداري المصري فورد في قرار لها في ٢٧-١-١٩٦٣ " قاعدة ضرورة اطراد سير المرافق العامة تتطلب أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون في تسيير قواعد معينة لا يجب تعليق تطبيقها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة في العقد المبرم بين الشخص المعنوي العام وبين الأفراد المعاونين له ، خاصة إذا توافرت للمرفق لأهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة فإن معيار العقد الإداري يكون حينئذ معياراً منفرداً قائماً بذاته لا ضرورة لبحث شروطه من ناحية ما إذا كانت تتضمن استثناءات غير مألوفة في القانون الخاص " .<sup>(٢)</sup>

وفي الاتجاه نفسه تقريباً برزت أحكام تعد اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصورة دائمة *participation du Concontrant a l'execution du service public* . كافيّاً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون الحاجة للبحث عما يحتويه من شروط استثنائية غير مألوفة . وقد أيد جانب في الفقه هذا الاتجاه فذهب *pequignot* إلى القول إن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يجعل العقد إدارياً في جميع الأحوال دون اللجوء إلى البحث فيما إذا كان العقد يحتوي على شروط غير مألوفة أم لا ، وقد طبق "بكينو" هذه الفكرة في عقود إجارة الأشخاص والخدمات وعقود الامتياز .<sup>(٣)</sup>

وعلى هذا فإن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بصورة مباشرة بتنفيذ المرفق نفسه أو يتضمن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يعد إدارياً دون الحاجة إلى أي شروط أخرى .

وقد عد أنصار فكرة المرفق ذاته إن أحكام مجلس الدولة المؤيدة لاتجاههم قد أدت إلى استبعاد الرأي القائل بصلاحيّة الشروط غير المألوفة لتكون معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري ، وإن هذه الفكرة أعادت الأهمية لنظرية المرفق العام .

2- *Rene - Chapus -droit administrative general op - cit P.501.*

٢ - حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ٢٧-٠١-١٩٦٣ - المجموعة في خمس سنوات رقم ٤٨ ، ص ١٦٤ .

2- *G.Pequignot - Theorie general du contrat administratif 1945 No .161 .*

فذهب *Lamarque* إلى إن المعيار المأخوذ من موضوع العقد . ويقصد معيار تنفيذ المرفق ذاته . يبدو أكثر إيجابية . وإن اعتبار العقد إدارياً إذا احتوى على شروط غير مألوفة لا يضيفي إلى العقد إلا عنصراً إضافياً " .<sup>(١)</sup>

في حين ذهب *prosper* إلى القول أن معيار العقد الإداري أصبح بصدور حكم "بيرتان" في أزمة بددت الاستقرار والتوازن الذي استمر لفترة طويلة في ظل المعيار المزدوج.<sup>(٢)</sup>

كما أيد هذا القضاء جانب من الفقهاء في مصر ومنهم الدكتور عبد الفتاح حسن الذي قال : " لذلك لا غرو أن يكون حكم مجلس الدولة الذي صدر في ٢٠-٤-١٩٥٦ م - يقصد حكم بيرتان - من أحكام المبادئ أعاد الحياة لقضاء قديم ، وإعادة شاباً يعمل في مجالات أكثر اتساعاً.." .<sup>(٣)</sup>

إلا أن ذلك لا يعني إجماع من القضاء والفقهاء حول اعتماد هذا المبدأ معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري فما زالت نظرية الشروط الإستثنائية تتمتع بأهمية كبيرة في هذا المجال وتحظى بتأييد جانب كبير من الفقهاء .

### ثالثاً : إتباع أسلوب القانون العام :

#### *L'emploi du procede de Droit public*

بعد تراجع نظرية المرفق العام أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتمييز العقد الإداري دعا طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري ، من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص . تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام ، وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه .<sup>(٤)</sup>

وقد برز هذا الاتجاه أولاً في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Terrier* عام ١٩٠٣ ثم ما لبث أن توالى أحكام مجلس الدولة في الاتجاه نفسه فصدر في عام ١٩١٢ م

3 - *Jean Lamarque . Le declin du crite de ladaus Exorbitanat - Melanges offerts amaecel waline 1974 P.489.*

4 - *prosper-weil-le-Criters du contrat administrative en cris-melarges offerts amarcel waline. 1974 p.831/*

٣ - د. عبد الفتاح حسن . المرفق العام في القضاء الإداري الفرنسي الحديث . مجلة القضاء والقانون . الكويت السنة الأولى العدد الثالث - ص ١٧ .

٤ - د. ثروت بدوي . المدر السابق ، ص ٧٦ .

حكم المجلس في قضية " شركة الجرانيت " إذ وضع مفوض الدولة *Leon blum* مبدأ عاماً يتعلق بمعيار التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ، فبين في تقريره : " إذا تعلق الأمر بعقد يجب البحث ليس عن الغاية من إبرامه ، ولكن ما هو العقد بذات طبيعته ، ولا يكفي لكي يختص القاضي الإداري وجوب استعمال التوريد وهو محل العقد عقب تمامه لمرفق عام ؛ فيجب أن يكون هذا العقد بذاته وبطبيعته الخاصة أما من العقود التي لا يستطيع أن يعقدها إلا شخص عام أو أن يكون بشكله وتكوينه عقداً إدارياً .. فما يجب بحثه هو طبيعة العقد ذاته استقلالا عن الشخص الذي عقده والغاية التي أبرم من أجلها " . (١)

وعلى ذلك لم يعد اتصال العقد بالمرفق العام كافياً لكي يكتسب الصفة الإدارية ، أما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام ، والوسيلة في ذلك هي تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

ولأهمية هذه الشروط ، أصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفقتها سلطة عامة تتمتع بإمكانيات لا يتمتع بها الفرد العادي ، وتخضع العقد لنظام قانوني هو نظام القانون العام .

ولا شك أن فكرة الشروط الإستثنائية تتطلب الكثير من البحث لما ثار حولها من جدل في فقه القانون الإداري وأحكام القضاء التي لم توضح بصورة قاطعة مضمون هذه الشروط .

يكتب الأستاذ *pequignot* عن فكرة الشروط الإستثنائية فيقول : " أنها تبدو صعبة التحديد في أحكام القضاء الإداري .. وأنه من الصعب أن نجد في أحكام القضاء الإداري تحديداً للشروط التي يعدها هذا القضاء غير عادية " . (٢)

في حين عد *Vedel* معيار الشروط الإستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الإداري وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام .

إذا كتب في هذا الصدد " الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد فمضمون العقد هو الذي يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص ، ونية الإدارة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة ، ومعرفة التصرف الذي تتخذه الإدارة في ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق إلا من طريق واحد هو الاختيار الذي قرره الإدارة بموافقة المتعاقد وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الإستثنائية أو غيابها " . (٣)

### تقدير نظرية الشروط الإستثنائية :

١ - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي . المصدر السابق ، ص ١٤٢ .

1- *pequignot : theorie general du contrat Administratif-op-cit-p.130-131*

2- *Vedel-(G):La noion de clause exorbitante,Melanges Mestre.Op.CITP.545.*

لم تسلم نظرية الشروط الإستثنائية معياراً وحيداً للعقد الإداري ، من النقد وفي هذا المجال ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن معيار الشرط غير المؤلف أثار صعوبات كبيرة ساعد عليها القضاء الإداري في عجزه عن تعريف الشرط غير المؤلف واتساع مفهومه ليشمل أنواع عديدة من الشروط من قبيل الشروط المانحة للإدارة إمتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحق الإدارة بالرقابة والتوجيه ، فهي وإن كانت من الشروط الغير المؤلفه فإنها لا تعد مجهولة في عقود الأفراد العاديين وهي ليست حكراً على عقود القانون العام . إذ من الممكن أن تتضمنها عقود الإذعان والعقود المبرمة بين الشركات متفاوتة القدرة والاتساع مما يتيح لأحد الأطراف أن يملي شروط أحادية الجانب من حيث الأسعار وظروف الدفع .

ومن هؤلاء الأساتذة *Lamarque* الذي يضيف بالقول " أن الدور الذي نسب إلى الشرط غير المؤلف دوراً مصطنعاً مجرد من كل قيمة منطقيّة جوهرية .<sup>(١)</sup>

بيد أن هذه الانتقادات لم تقض نهائياً على معيار الشروط غير المؤلفه إنما جعل لها دوراً ثانوياً فهو يتمتع بأهمية ، خاصة عندما لا يكون العقد إدارياً في مضمونه باتصاله بالمرفق العام ، إذ يتم البحث عن الشروط غير المؤلفه في حالة عدم القدرة على حسم ما إذا كان العقد يتضمن مشاركة في تنفيذ المرفق ذاته وهو ما عرف بالمعيار المتناوب .

وبالاتجاه نفسه يذهب *Chapus* إلى أنه يجب أن لا يعتقد إن معيار البند أو الشروط المخالفة دائماً معيار مساعد ، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معيار مبدأ ، ففي كثير من الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المؤلف ، فهذا يمكن أن يكون أكثر تناسباً من غيره ويجب أن لا ننسى أن معيار الشرط غير المؤلف يستطيع هو بمفرده إعطاء صفة إدارية لكل عقد .<sup>(٢)</sup>

إلا أن المعيار المتناوب هو الآخر لم يسلم من النقد إذا قاد تطبيقه في القضاء الإداري الفرنسي إلى نتائج غير مقبولة في بعض الأحيان ، من ذلك قرار محكمة التنازع في ٢٥-١١-١٩٦٣ في قضية *Vve Mazerand* "مدام مازران" وهي مستخدمة في مدرسة عام ١٩٤٢ وحتى عام ١٩٤٦ من أجل تنظيف الأبنية ومسئولة عن الإنارة وصيانة آلات التدفئة ثم قامت بعد ذلك بتنظيم حضانة للأطفال في المدرسة ومنذ عام ١٩٤٦ إلى ١٩٥٢ كان عليها أن تخدم في هذه الحضانة فحكمت محكمة التنازع أن العقد الذي يربطها بالبلدة هو من اختصاص القانون الخاص بين ١٩٤٢ و ١٩٤٦ ولكنه إداري من ١٩٤٦ إلى ١٩٥٢ .

1- Jean Lamarque-OP.cit.489 ets.

2- Rean-Chapus-Droit Administratif General-OP.CitP.505.

مما توجب على السيدة "مازران" أن تقيم دعويين واحدة أمام المحاكم العادية والأخرى أمام القضاء الإداري . وهذا قضاء غريب تكرر في أحكام أخرى منها قرار محكمة التنازع في ٢٦-١١-١٩٩٠ في قضية *Mlle Salliege* استخدمت فيها السيدة من قبل المستشفى ابتداء لمساعدة المرضى أثناء نقلهم ( مشاركة مباشرة في الخدمة الطبية ) وكذلك في أعمال غسل الملابس ( غياب المشاركة المباشرة ) وقد تم تكليفها بهذه الأعمال الأخيرة بعد ذلك فأصبحت شخص من أشخاص القانون الخاص ، وبما أنه قد تم تسريحها من الخدمة وهي تملك الصفة الأخيرة فإن النزاع يعد من اختصاص المحاكم العادية .<sup>(١)</sup>

إزاء ذلك لا نعتقد بصلاحيّة المعيار المتناوب ليكون معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري ولا نرى مانعاً من أن يشتمل معيار التمييز المبادئ الثلاثة التي توصل إليها القضاء الإداري في سنوات تطوره التي استغرقت عقوداً من الزمن ، وهذا المعيار التخيري يوكل به قاضي الموضوع إذ يتفحص العقد ويطبق كل مبدأ من هذه المبادئ فإذا ما تحقق من توافر أحدها فيه كان العقد إدارياً دون الحاجة للبحث في توافرها معاً ، وإن هذه المبادئ متساوية في أهميتها فليس هناك مبدأ رئيسي وآخر مساعد وهذه المبادئ هي :

**المبدأ الأول :** الاشتراك المباشر في تنفيذ المرفق العام ذاته. ويقوم هذا المبدأ على أساس اعتبار العقد الذي يتضمن تنفيذ التعاقد للمرفق العام ذاته عقداً إدارياً دون الحاجة لوجود الشروط غير المألوفة. وقد ظهر هذا المعيار بحكم بيرتان ١٩٥٦ وحقق نجاحاً كبيراً من خلال شموله أغلب الموظفين في الإدارات العامة واعتبار عقود توظيفهم إدارية .

وفي هذا السبيل عد مجلس الدولة الفرنسي العديد من العقود إدارية لأن موضوعها هو تنفيذ مرفق عام ففي قرار مجلس الدولة في قضية *Soc-Codiam* في ٨-٦-١٩٩٤ عد العقد إدارياً عندما أبرمته مستشفى مع شركة أجهزة التلفاز لتأجير أجهزة إلى المرضى. باعتبار أن خدمة الاستشفاء تعني بالإضافة للعناية الطبية تحسين ظروف الإقامة للمرضى كذلك عدت محكمة التنازع في قرار حديث لها في ١٦-١-١٩٩٥ في قضية *Cie nat,du Rhoc ,EDF* العقد إدارياً لأنه يسمح بأن تستخدم شركة الكهرباء الفرنسية الطاقة المنتجة من الشركة الوطنية لمنطقة (الرون) باعتبار أن هذا العقد يتضمن تنسيقاً لوظائف الشركتين المتعلقة بالمرفق العام.<sup>(٢)</sup>

1 - *Rene-Chapus-OP.Cit-P.505.*

٢ - *Rene-Chapus-op.citP.499.*

وهذا المبدأ في الحقيقة يتسم بسهولة التطبيق إذ تكفي الإشارة إلى طبيعة المهمة التي كان يمارسها المتعاقد مع الإدارة لمعرفة العقد فيما إذا كان إدارياً من عدمه، بالإضافة إلى أنه عد أغلب عقود التوظيف في الإدارات العامة عقوداً إدارية ومن ذلك عقود الأطباء والمهندسين والأساتذة والعاملين في المسارح العامة .

غير أنه مع حسنة شموله جميع الموظفين بمظلة القانون العام فإن القول به سيؤدي في النهاية إلى عدم الحاجة إلى البحث في مدى ارتباط مبدأ المشاركة في تنفيذ المرفق في العقد الإداري لأن جل عقود الوظيفة العامة ستعد إدارية من حيث الموضوع حتماً .

**المبدأ الثاني :** الشروط غير المألوفة : إن عدم تنفيذ المتعاقد للمرفق ذاته لا يجعل من العقد من عقود القانون الخاص حتماً ، إذ يتوجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كان العقد محتوياً على شروط غير مألوفة من عدمه .

ففي هذه الحالة يستعيد مبدأ الشروط الغير مألوفة، أهميته يذهب الأستاذ *Chapus* إلى القول أن كل عقد يتم الإفصاح عنه يعود للقانون الخاص ولا يعترف به كعقد إلا تبعاً للتأكد بأنه ليس إدارياً لا في موضوعه ولا من ناحية شروطه .<sup>(1)</sup>

**المبدأ الثالث :** العقود الإدارية تبعاً لأنظمتها : منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Riviere du Sant* عام ١٩٧٣ برز الاتجاه الذي يعد العقد إدارياً ليس من خلال ما يحويه من شروط غير مألوفة ولا من خلال تنفيذ المتعاقد للمرفق العام ذاته وإنما لقيام العقد على نظام قانوني غير مألوف، وقد أثار هذا المبدأ عند ظهوره بعض الارتباك بخروجه عن الاستقرار النسبي في ظل المعيار المتناوب .

ونعتقد إن هذا المبدأ يمثل قاعدة ثالثة يمكن الاعتماد عليها في وضع حل لمعضلة التمييز بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص ويؤكد ذلك اعتماده من القضاء الإداري الفرنسي في الكثير من الأحكام .

ومع ذلك وباستثناء بعض قرارات محكمة التنازع التي لم تعد العقود خاضعة لنظام قانوني استثنائي مثال ذلك قرارها في ١١-١٠-١٩٩٣ في قضية *Soc-Central siderurgique de richemont* فإنه لا يمكننا أن ننفي كون أن مبدأ النظام القانوني غير المألوف قد أصبح ركناً أو مبدأ مهماً في تمييز العقد الإداري في الوقت الحاضر .

### المبحث الثالث

#### التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية

1- *Rene-chapus-op.cit p.504.*

تبرم الإدارة أنواعاً مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها في القانون المدني ومنها ما ورد عليه النص في الشروط العامة الخاصة بإبرام العقود الإدارية، ومنها ما ترك تحديده للقضاء الإداري .  
وفي هذا المبحث سنتناول أربعة من أهم العقود الإدارية التي أشارت إليها اغلب التشريعات العربية، وهي:

- ١- عقد الالتزام أو الامتياز .
- ٢- عقد الأشغال العامة .
- ٣- عقد التوريد .
- ٤- عقد البوت .

### المطلب الأول

#### عقد الالتزام أو الامتياز

يعد عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية، لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة .

عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها " .. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح " .<sup>(١)</sup>

وقد ثار بشأن طبيعة عقد الالتزام خلاف فقهي كبير، إذ ذهب فريق من الفقهاء " الألمان " إلى القول أنه عمل من جانب واحد هو الإدارة. وعلى ذلك فإن آثاره لا تنشأ عن عقد وإنما عن أمر انفرادي تصدر السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه.  
ولم يصادف هذا الرأي القبول لأنه ينفي دور الملتزم في تحديد شروط الالتزام ودور إرادته في إبرامه .<sup>(٢)</sup>

---

١- حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٥-٣-١٩٥٦ المجموعة ص ١٠ ص ٢٥٩ .  
٢- د . عزيزة شريف - دراسات في نظرية العقد الإداري - موسوعة القضاء والفقہ - الجزء ٥٣ - ١٩٨٠ - ص ٧٦ .

وانقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين ذهب الأول نحو اعتبار عقد الالتزام من عقود القانون الخاص ، متجاهلاً خصائصه المميزة من حيث منحه الملتزم سلطات من طبيعة خاصة من قبيل سلطته في فرض أعباء مالية على المنتفعين بالمرفق وسلطته في شغل الدومين العام وما إلى ذلك من إمتيازات أخرى ويوفرها له نظام القانون العام .

أم الاتجاه الثاني ويتزعمه الفقيه *Duguít* فيعتبر الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص الأول منها يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره، وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق . أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام والالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب الخدمات للمنتفعين .

وقد لاقى هذا الرأي ترحيباً في القضاء الإداري في فرنسا ومصر إذ أن المسلم به فقها وقضاء إن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم. والمسلم به إن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بهما، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة.

وقد سعى المشرع العراقي نحو تنظيم أحكام عقد التزام المرافق العامة ليكفل حسن سير المرفق محل الالتزام والمساواة في الانتفاع من خدماته في المواد ( ٨٩١ - ٨٩٩ ) من القانون المدني العراقي .

وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة .

على أن لا تصل سلطة الإدارة في إصدار قراراتها بمناسبة سلطة الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام وتعديل جوهره أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه، وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة .

## المطلب الثاني

### عقد الأشغال العامة

عرف دي لوبادير عقد الاشغال العامة بأنه " إعداد مادي لعقار، ينفذ لحساب شخص عام ، بهدف تحقيق منفعة عامة" (١) .

وفي الفقه العربي عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه " اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ، ويقصد تحقيق منفعة عامة ، في نظير المقابل المتفق عليه ، ووفقا للشروط الواردة بالعقد" (٢) .

أما الدكتور ماجد راغب الحلو فيعرفه بأنه " اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير - بمقابل - ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة ، تحقيقا لمنفعة عامة" (٣) .

أما في العراق فيعرفه البعض بأنه " اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد (في الغالب مقاول أو شركة مقاولات) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب احد الأشخاص الإدارية و تحقيقا لمنفعة عامة" (٥) .

(١)

A .De Laubadere ،traite theorique et pratique des contrats administratifs ، tome I paris 1965 .p.365 ،

(٢) د.سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط ٥ ، مطبعة جامعة عين شمس ، بلا مكان طبع ، ١٩٩١، ص ١٢٥ . أما من جهة القضاء فقد ذهب إلى محكمة القضاء الإداري في مصر الى تعريفه في إحدى قراراتها بقولها "إن عقد الأشغال هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام ، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد" حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/١٢/٢٣ ،الدعوى رقم ٢٨٤ ، السنة ٨ ق ،مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصري في خمسة عشر عاما ، ١٩٤٦ - ١٩٦١ ، ص٢٠١٠

(٣) د.ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، ط بلا ، مطبعة الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٠ ، وقد ذهب إلى نفس التعريف د.محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الإداري ، ط بلا ، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٥ .

(٥) د.علي محمد بدير - د.عصام عبد الوهاب البرزنجي - د.مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، ط بلا ، الناشر : العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية -بغداد ، ٢٠٠٧، ص ٤٩٠ .

ومن ذلك يمكن ان نعرف عقد الأشغال العامة بانه عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن يحدد في العقد .

ومن هذا التعريف يتبين أنه يتميز عقد الأشغال العامة بتوافر العناصر التالية:

١- أن يتعلق موضوع العقد بعقار . ويشمل ذلك أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة

على عقار . وكذلك بناء الجسور وتعبيد الطرق وما إلى ذلك .

ويخرج من نطاق الأشغال العامة العقود الواردة على منقول مهما كانت ضخامته ،

فلم يعتبر القضاء الإداري في فرنسا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون

محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات .<sup>(١)</sup>

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة وأدخل في اختصاصه

كثيراً من العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة من قبيل أعمال التنظيف والرش

في الطرق العامة، وعقود توريد ونقل المواد اللازمة للأشغال العامة، وكذلك عقود

تقديم مساعدة مالية أو عينية لتنفيذ أشغال عامة .<sup>(٢)</sup>

٢- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي . سواء كان العقار محل الأشغال مملوكاً

لشخص عام أم مملوكاً لشخص من أشخاص القانون الخاص لكن العمل قد تم

لحساب شخص معنوي عام .<sup>(٣)</sup>

كذلك اعترف القضاء الإداري الفرنسي بصفة الأشغال العامة لأشغال المرافق

العامة الصناعية والتجارية التي تدار بالإشراف المباشر من مؤسسات عامة .<sup>(٤)</sup>

أو الأشغال التي تقوم بها البلدية من تلقاء نفسها في عقار مهدد بالسقوط لكفالة

الطمأنينة العامة.<sup>(٥)</sup>

٣- أن يكون القصد من الأشغال تحقيق نفع عام .

١- سليمان محمد الطماوي . المصدر السابق . ص ١٢٦ .

1- C.E 13-11-1981M.et plunian. R.P.413.

2- C.E 26 nov : 1948 Chardon: Rcc 446

3- C .E 19evr.1969 E.D f c Entreprise pigntta et Repetti .Rec .944.

4- C E29avr.1949 consorts dastavigna P.185 .

في البداية كان مفهوم الأشغال العامة يقتصر على الأشغال التي تتعلق بعقارات تدخل في ضمن نطاق الدومين العام أما الأعمال التي تجري على عقارات تدخل في نطاق الدومين الخاص فلا تعد عقوداً إدارية .

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يستقر على هذا المبدأ فعمد إلى توسيع مفهوم الأشغال العامة ليشمل الأعمال المتعلقة بعقارات مخصصة للنفع العام ولو كانت داخله ضمن نطاق الدومين الخاص .

ومن ذلك في قضية *Commune de Monsegur* في ١٠-٦-١٩٢١ بخصوص تعويض قاصر عن حادث أصيب به في كنيسة بلدية مدينة منسيجور إذ ورد " .. إذا كان مرفق العبادة لم يعد مرفقاً منذ قانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ بفصل الكنائس عن الدولة فتتص المادة ٥ من قانون ٢ يناير سنة ١٩٠٧ على أن تستمر المباني المخصصة لممارسة العبادة . في غير حالات إزالة التخصيص المنصوص عليها في قانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ . متروكة تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم ، وأنه يترتب على ذلك إن الأشغال التي تنفذ في الكنيسة لحساب شخص عام من أجل غرض ذي نفع عام تحتفظ بصفة الأشغال العامة وتدخل الدعاوي الموجهة ضد البلديات بسبب الأضرار الناشئة عن عدم صيانة الكنائس في اختصاص مجلس الأقاليم باعتبارها مرتبطة بتنفيذ أحد الأشغال العامة".

ويتميز عقد الأشغال العامة في أن الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد في أوسع مدى لها، إذ تملك سلطة توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ، كما يجوز للإدارة أن تعدل الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة .

### المطلب الثالث

#### عقد التوريد

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد بأنه " إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه فرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ."<sup>(١)</sup>  
ومن ذلك يتبين انه يشترط في هذا العقد مايلي :

١- حكم محكمة القضاء الإداري في ٢-٩-١٩٥٢ المجموعة - السنة ٧- ص ٧٦ .

١- موضوع عقد التوريد أشياء منقولة دائماً، وهو ما يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي يتعلق بالعقارات والعقارات بالتخصيص، ومن قبيل هذه المنقولات توريد مواد التموين والأجهزة والبضائع المختلفة الأخرى .

٢- اتصال العقد بمرفق عام وتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة، وإلا فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص.

ويستوي بالنسبة لعقد التوريد أن يتم دفعة واحدة أو علي دفعات متعددة ، وقد أفرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد، تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية *Marches industriels* والتي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود: عقود التصنيع *arches de fabrication* وعقود التعديل والتحويل *Marches de donversion et transfomration* (١).

## المطلب الرابع

### عقود البوت

أفرز الواقع الاقتصادي والقانون نوع جديد من العقود أصبح شائعاً في الوقت الحاضر تسمى عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية ) وتتضمن بعض الأنواع المتشابهة الأخرى وبصورة عامة هذه العقود مهمة جداً في الدول التي تتجه نحو تحويل اقتصادها إلى الاقتصاد الحر وفي الدول التي تسعى إلى التطور ولا تملك ميزانية كاملة ويكون الاعتماد في هذا النوع من العقود على القطاع الخاص الخارجي أو الداخلي .

وقد أثار اتباع هذا الأسلوب نقاش كبير بين الفقهاء القانونيين والاقتصاديين من حيث طبيعتها والآثار المترتبة عليه فمنهم من ذهب إلى انه شكل من أشكال العقود الإدارية بينما ذهب آخرون إلى انه نوع من عقود القانون الخاص . وفي هذا البحث الموجز نتطرق إلى التعريف بهذه العقود وطبيعتها القانونية وأطرافها والحقوق والواجبات التي تترتب عليها.

---

١- راجع :

سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ١٣٩ .

أحمد عثمان عياد - المصدر السابق - ص ٣٣٢ .

وبسبب أهمية هذا النوع من العقود والاختلاف في تحديد طبيعته القانونية ارتأينا ان نفرده له جزءا خاصا من الدراسة.

### **الفرع الاول: ماهية عقود البوت**

يقصد بعقود أو مشروعات البوت b.o.t تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومه الى احدى الشركات وطنيه كانت ام اجنبيه سواء أكانت من القطاع العام او القطاع الخاص وذلك لانشاء مرفق عام لاشباع حاجة عامه على حساب الشركه وبنفقاتها ، وتتولى هذه الشركه تشغيل المشروع وادارته مده معينه بشروط معينه تحت إشراف الجهه الاداريه المتعاقد واخيرا تنقل الشركه ملكية المشروع في حاله جيده الى الدوله او الجهه المتعاقد معها (١) .

في حين عرفت لجنة الامم المتحده للقانون التجاري (( الانسترا )) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بانها شكل من اشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفته من الزمن احد الا تحادات الماليه امتياز وعند اذ تقوم شركة المشروع ببناء وتشغيل وادارة المشروع لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق ارباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة (٢)

ومصطلح البوت هو اختصار لثلاث كلمات هي Build وتعني بناء و Operate وتعني تشغيل و Transfer وتعني نقل ملكية .

وقد حققت هذه المشاريع نجاحات كبيرة في الدول التي اعتمدها كونها تقدم حلاً لمشكلة تمويل المشاريع الكبيرة كالمطارات ومحطات الكهرباء والمجمعات الصناعية .

وإذا كان مسمى البوت حديثاً نسبياً فان مفهومه معروف من فترة طويلة وقد كانت فرنسا رائدة في هذا المجال ، ثم تبعتها مصر من الدول العربية ولعل مشروع قناة السويس من

١- ينظر :

- د . احمد سلامة بدر - العقود الادارية وعقد البوت - دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ٣٥٦
- د . محمد محمد بدران - نحو افاق جديدة للخصخصة - مقالات بمركز الدراسات القانونية - جامعة القاهرة - ص ٢ ود . جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ - ص ٣٨ د . انس جعفر - العقود الادارية - دار النهضة العربية ٢٠٠٣ - ص ٧٣ وما بعدها .
- ٢ - د . جمال الدين نصار - تنفيذ مشروعات البنية الاساسية باستخدام نظام البوت .

اشهر مشروعات البوت في العالم والتي تم افتتاحها عام ١٧٨٢ وكانت مدة الامتياز فيها ٩٩ عاماً ، الا انه تم انتهاء الامتياز عام ١٩٦٥ بتأميم القناة . (١)  
وعقود البوت ليست شكلاً واحداً وانما تحتوي صوراً متعددة بالاضافة الى الشكل الرئيس الذي اوضحناه آنفاً.

## الفرع الثاني: اشكال عقد البوت :

من المهم عدم الخلط بين الشكل الرئيس لعقد البوت (( البناء والتشغيل ونقل الملكية )) والعقود المشابهة له والتي تتفق معه في كثير من العناصر ، ومنها ما يلي :  
١- عقد B.O.O.T :

وهو اختصار للكلمات Build - Operate - Ownership - Transfer ويمكن تسميته بعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل . ويتضمن قيام الادارة بمنح امتياز لشركة المشروع لبناء مرفق وتملكه وتشغيله لمدة معينة وبعد انتهاء هذه المدة يتم نقل ملكية المرفق الى الجهة مانحة الامتياز بحالة ممتازة وقابلة للاستمرار .  
وتتميز هذه الصورة عن الصورة السابقة في انها تتيح للشركة ملكية المشروع مدة العقد في حين يكون المشروع للجهة الادارية اثناء البناء والتشغيل في عقد الـ B.O.T .

### ٢- عقد B.L.T

وهو اختصار للكلمات Build - Lease-Transfer ويمكن تسميته بعقد البناء والايجار ونقل الملكية . ومضمون هذا العقد ان تقوم الشركة ببناء المشروع وتستأجره من الدولة خلال فترة زمنية معينة تؤول بعدها الملكية الى الدولة ويحصل المتعاقد خلال فترة العقد على ايرادات المشروع مقابل سداد القيمة الايجارية المتفق عليها .

### ٣- عقد M.O.O.T

وهو اختصار للكلمات Modernize - Own - Operate - Transfer ويمكن تسميته بعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية . ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو احد الاشخاص المعنوية العامة مع احدى شركات القطاع الخاص على تحديث احد

---

١- د . جمال عثمان جبريل - الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T - بحث منشور ضمن سلسلة اصدارات البحوث الادارية - اكااديمية السادات - ٢٠٠١ ، ص ٨٢

المشروعات مقابل تملك المشروع وتشغيله فترة معينة والحصول على إيرادات المشروع على ان يتم نقل ملكية المشروع في النهاية الى الدولة أو الشخص المعنوي العام .

#### ٤. عقد B.T.O

وهو اختصار للكلمات Bulid-Trasfer-Operate ويمكن ان نطلق عليه عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل ويعني قيام الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة بالاتفاق مع احد شركات القطاع الخاص على انشاء احد المشروعات ثم نقل ملكية للدولة او ذلك الشخص المعنوي العام مقابل ابرام عقد جديد يتض من ادارة وتشغيل هذا المشروع من قبل الشركة خلال المدة المتفق عليها مقابل الحصول على إيرادات المشروع ( ١ ) .

### الفرع الثالث : اهمية عقود البوت B.O.T

تتمتع عقود البوت باهمية كبيرة خاصة في الدول النامية التي تفتقر الى القدرة على تمويل مشاريعها الاقتصادية وتسعى الى التخفيف عن كاهل ميزانيتها بانشاء وتشغيل بعض

---

اوهذه الصور هي اكثر صور عقد البوت انتشارا وهناك الكثير من الصور الاخرى والتي يفرزها الواقع يوما بعد اخر ومنها باختصار :

١. عقد البناء والتملك والتشغيل B.O.O

Build-Own-Operate

٢. عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O

Design-Build-Finance-Operate

٣. عقد التجديد والتملك والتشغيل R.O.O

Rehabilitate - Own-Operate

٤. عقد البناء والتمويل والتحويل B.F.T

Build-Finance-Transfer

٥. عقد التاجير والتدريب والتحويل L.T.T

Lease-Training - Transfer

للمزيد ينظر :

د . احمد سلامة بدر \_ العقود الادارية وعقد البوت \_ دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ٣٥٦ وما بعدها ود

. انس جعفر . العقود الادارية . المصدر السابق ص ٧٦ وما بعدها ود . حمدي عبد العظيم . عقود البناء

والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق . اكااديمية السادات ٢٠٠١ ص ١٢

المرافق من قبل القطاع الخاص ونقل ملكيتها بعد فترة الى الدولة . كما يحقق نظام البوت المزايا التالية :

- ١ . انها توفر للدولة مصادر تمويل اضافية للبنى التحتية من خلال مساهمة القطاع الخاص المحلي او الاجنبي مما يخفف عن كاهل الدولة ويسمح بتدفق الاستثمارات الاجنبية .
  - ٢- تساهم مشروعات البوت في نقل التكنولوجيا والمهارات والخبرات التي يتمتع بها القطاع الخاص خاصة اذا ما كانت الشركة المتعاقد من شركات القطاع الخاص الاجنبي .
  - ٣- تساهم مشروعات البوت في نقل مخاطر العملية الاقتصادية من الدولة الى القطاع الخاص .
  - ٤- تساهم مشروعات البوت في عملية التحول الى اقتصاد السوق وتقليل الاعتماد على النشاط العام الذي اثبت فشله في الكثير من الدول العربية ، ولا شك ان سياسة الخصخصة التي يتبعها العراق اليوم تستدعي الاعتماد على هذه المشاريع خاصة في ضوء قلة الايرادات وارتفاع مديونية الدولة .
- على ان هذه المميزات لا تنفي وجود بعض المحاذير التي تكتنف هذه المشاريع والمتمثلة في انه وبعد انشاء هذه المشاريع يتم تحويل ارباحها الى الخارج دون أي قيود . ( ١ )

#### **الفرع الرابع : الطبيعة القانونية لعقود البوت**

ثار بشأن طبيعة عقود البوت خلاف فقهي كبير فقد ذهب البعض الى نفي الصفة التعاقدية عن مشروعات البوت في الوقت الذي ذهب البعض الى انها من قبيل عقود القانون الخاص وذهب آخرون الى انها ذات طبيعة خاصة بينما اكد الاتجاه الغالب على انها عقود ادارية وهي امتداد وتطور لعقد الالتزام او امتياز المرافق العامة .

#### **اولا : مشروعات البوت B.O.T هي تنظيم:**

١- من الجدير بالذكر ان الرسم الذي يتقاضاه الملتزم في عقود البوت في مصر لا يخضع للقواعد التي ينص عليها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بعقود الالتزام واهمها تلك التي تتعلق بتقييد حق الملتزم في صافي ارباح المرفق بنسبة ١٠% فالاصل في عقود البوت هو استاثار الملتزم بكل ارباح المرفق فترة الامتياز . ينظر : د. جيهان حسن سيد احمد . عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها . دار النهضة العربية . ص٧٢ وما بعدها . ود. جابر جاد نصار . المصدر السابق . ص٥٩

ذهب جانب من الفقه الى ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي في حقيقتها تنظيم اقتصادي وليس اتفاقا او عقد ويلزم لتنفيذه العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين اطراف مختلفة. (١)

وإذا كانت الاتفاقات الفرعية كثيرة ومتشعبة في عقود البوت كذلك التي تبرمها الشركة صاحبة الامتياز مع الموردين لتوريد الآلات والمعدات ومستلزمات التشغيل والاحتياجات المختلفة الأخرى . ومع المقاولين والخبراء والبنوك الممولة وشركات التأمين واصحاب المصالح الخاصة من المساهمين . فان هذه الاتفاقات ترتبط بالعقد الرئيسي بين الادارة وشركة المشروع ولا تؤثر في الطبيعة التعاقدية لمشروعات البوت .

### **ثانيا : عقود البوت B.O.T من عقود القانون الخاص :**

ذهب الاتجاه الثاني من الفقه الى ان عقود البوت هي من عقود الاستثمار الاجنبي وهي من عقود القانون الخاص التي تخضع للقانون المدني والتجاري وينعقد الاختصاص في شأنها للقضاء العادي مالم ينص في العقد على شرط التحكيم . (٢)

ويعتمد هذا الرأي على ان هذه العقود تقوم في الاساس على وجود حقوق والتزامات متوازنة بين طرفي العقد بحكم ان شركة المشروع غالبا ما تكون من القوة بحيث تفرض شروطها وتكون ندا للدولة خاصة اذا ما كانت تلك الشركة اجنبية وعندئذ يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص .

من جانب اخر فان فكرة العولمة والخصخصة التي تسود العالم اليوم تفرض على الدولة ان تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها لانها ان تميزت بسلطاتها الاستثنائية فلن تجد متعاقدا يتعاقد معها ولدية القدرة التكنولوجية . (٣)

ويضيف انصار هذا الاتجاه بان عقود البوت ما هي في الحقيقة الا وسيلة للتمويل سواء اكان المرفق عاما ام خاصا اكثر منها عقودا لادارة المرفق العام كما في عقد الالتزام. (٤)

### **ثالثا : عقد البوت B.O.T ذو طبيعة خاصة**

١ - هاني سري الدين : الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية . مجلة القانون والاقتصاد . العدد ٦٩ . ١٩٩٩ ص ٥ .

٢ - احمد سلامة بدر . العقود الادارية وعقد البوت . المصدر السابق ص ٣٨٤ .

٣ . د . انس جعفر . العقود الادارية . المصدر السابق ص ٨١ .

٤ - د . محمد محمد بدران . البوت في القانون المصري . مركز البحوث والدراسات القانونية . ٢٠٠١ ص ١١ .

ذهب البعض الى ان عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة رغم ان لها جذور تتمثل في عقود الامتياز فانها تتميز عنها لان عقود البوت يتم ابرامها من خلال اليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة.

ومن انصار هذا الاتجاه الدكتور انس جعفر الذي يذهب الى ان هذه العقود يتم ابرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين واصبحت مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لانشاء المشروعات وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع .

ويضيف انه لذلك يصعب وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود وانما يلزم مراجعة كل عقد على حدة وعما اذا كانت عناصر العقد الاداري تتوافر فيه من عدمه فاذا توافرت عناصر العقد الاداري مكتملة كان العقد ادرايا والا كان مدنيا . (١)

ويؤيد هذا الاتجاه راية بمراجعات مجلس الدولة المصري الذي يعد بعض عقود البوت عقودا ادارية في حين عد بعضها الاخر عقودا مدنية .

#### **رابعا : عقود البوت B.O.T عقودا ادارية**

ذهب الجانب الغالب من الفقة الى القول بان عقود البوت هي عقود ادارية ، وهي امتداد لعقد الامتياز تحت مسمى جديد .

كون هذا العقد يحتوي على الشروط الواجب توافرها في العقود الادارية ، فالادارة طرفا فيه وهو يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تنظيمه او تيسيره ، ويتضمن شروطا استثنائية غير مالوفة في عقود القانون الخاص .

كما يخضع عقد البوت لمراجعة القضاء الاداري مالم ينص العقد على شرط اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنه .

---

١- د. انس جعفر . العقود الادارية . المصدر السابق ص ٨٣

وإذا كان نؤيد هذا الاتجاه ونسلم بان عقود البوت B.O.T هي تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة وان القواعد التي تحكم عقد الالتزام تطبق على هذه العقود بالقدر الذي يتفق مع مضمونها .

فعقد الامتياز وفق المستقر قضاء عقد يتعهد به احد الافراد او الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة او احدى وحداتها الادارية ، وطبقا للشروط التي توضع لها باداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستلائه على الاريح . (١) . وفي هذا المعنى هناك الكثير من الاختلافات بين عقد الامتياز وعقود B.O.T يمكن ايجاز بعضها بما يلي :

١ . في الوقت الذي يتعلق عقد الامتياز بتقديم خدمة مباشرة للجمهور ويحصل الملتزم على مقابل هذه الخدمة من جمهور المنتفعين ، فان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ليس بالضرورة ان يتم بتلك الصورة فغالبا ما تلتزم الدولة بشراء الخدمة او المنتج مباشرة من شركة المشروع . (٢)

٢- ان بعض صور عقود البوت B.O.T كعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T ، تمنح الشركة حق تملك المشروع في فترة تشغيله ملكيه تامه ، وهذا يتعارض مع مضمون عقد التزام المرافق العامه حيث يبقى المرفق مملوك للدولة .

٣ . مع ان عقد البوت صورته متطوره لعقد الالتزام ويتعلق بنشاط مرفق عام ، فانه يتميز عنه في ان الدولة كثيرا ما تفتقد فيه امتيازها كسلطه عامه ، وتقرط في منح شركة المشروع الكثير من المزايا التي تضعها في مركز الند من الدوله مما يحملها على الاخذ بمبدأ العقد شريعة المتقاعدين .

وهو مايفسر خلو الكثير من عقود البوت من الشروط الاستثنائية التي تمثل العنصر الثالث الذي يضيف الصبغه الاداريه على العقد .

ولعل تلك الطبيعه الخاصه بعقود البوت هي التي حملت المشرع المصري على النص في اغلب مشروعات البوت على عدم خضوعها الاحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

---

١- حكم محكمة القضاء الاداري المصري . ٣٢٥ في ١٩٥٦ المجموعة س ١٠ ص ٢٥٩ .

٢- د. جمال عثمان جبريل . الطبيعه القانونيه لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t او عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية b.o.o.t بحث منشور في سلسلة اصدارات البحوث الاداريه . اكاديمية السادات . ٢٠٠١ ص ٨٨

الخاص بالتزام المرافق العامه . ومن ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بتعديل بعض احكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شان منح التزام المرافق العام لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وارضى الدوله .  
فقد نص القانونين على ان لاتزيد مدة الالتزام على تسعه وتسعون سنه ، أي انهم لم يقيدا الاداره بالمده الوارده في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتي لاتزيد على الثلاثين عاما . (١)

### الفرع الخامس - اطراف عقد البوت B.O,T

تقوم مشروعات البوت على طرفين هما الجهه المانحه الالتزام او الدوله والملتزم او شركة المشروع .

#### اولا . الجهه مانحة الالتزام

يتم منح الامتياز في اغلب عقود البوت عن طريق الدوله ممثله بالوزارات والمؤسسات والهيئات والاشخاص المعنويه العامه الاخرى اقليميه كانت ام مرفقيه .

- 
- ١ . اورد قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ العديد من الضمانات والاعفاءات التي يتمتع بها المتعاقد مع الحكومه في عقود البوت ومن ذلك :
    - . لايجوز تاميم شركة المشروع او مصادرتها . م ٨
    - . لايجوز فرض الحراسه بالطريق الاداري على شركة المشروع اوالحجز على اموالها او الاستيلاء او التحفظ عليها او تجميدها او مصادرتها . م ٩
    - . لايجوز لاي جهه اداريه التدخل في تسعير منتجات الشركه او تحديد ارباحها . م ١٠
    - لايجوز لاي جه اداريه الغاء او ايقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التي رخص الانتفاع بها للشركه الا في حالة مخالفة شروط الترخيص . م ١١
    - . لشركة المشروع الحق في تملك اراضي البناء والعقارات المبنيه اللازمه لمباشرة نشاطها والتوسع ايا كانت جنسية الشركاء او محال اقامتهم ونسب مشاركتهم . م ١٢
    - . للشركه ان تستورد بذاتها او عن طريق الغير ماتحتاج اليه في انشاءها او التوسع فيها او تشغيلها من مستلزمات انتاج ومواد والآت ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبه لطبيعة نشاطها وذلك دون حاجه لقيدها في سجل المستوردين . م ١٣

وليس في القضاء الاداري الفرنسي والمصري ما يمنع من ان تبرم اشخاص القانون الخاص عقود البوت باسم الاداره ولحسابها . (١) مع ان هذا الاحتمال قليلا ما يحصل في هذا النوع من العقود .

وبالنظر لخطورة واهمية عقود البوت B.O.T فان ابرامها في مصر يتم بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص . (٢)  
ومن المهم الاشارة الى ان ليس هناك ما يمنع من ان تكون الجهة المانحة للامتياز في عقود البوت شخص من اشخاص القانون الخاص . غير ان هذا العقد يكون حتما من عقود القانون الخاص ولو ابرم لتحقيق مصلحه عامه .

### ثانيا : الملتمزم او صاحب الامتياز

يسمى الملتمزم او صاحب الامتياز في البوت . شركة المشروع . وهي الطرف الذي يلتزم بالبناء والتشغيل ونقل ملكية المشروع .  
وفي عقود البوت B.O.T لا يمكن النظر الى شركة المشروع دون اعتبارها مجموعه او اتحاد مالي ناتج عن العديد من التعاقدات التي تبرم في اطار العقد الرئيس مع المتعاقدين الاخرين .

كما تتضمن عقود البوت سلسلة من الاجراءات تتضمن دراسات جدوى وعمل رسومات وتقديم عطاءات واقامة منشآت وتوريد آلات واجهزة ، ويساهم في تنفيذ هذا العقد الكثير من الخبراء والمستشارين ، كما وبسبب ضخامة مشروعات البوت وضروره توافر هذه الخبرات والاموال في ابرامها وتنفيذها نجد ان شركة المشروع غالبا ما تلجاء الى التعاقد مع شركات ومنشآت متخصصة لتنفيذ التزاماتها التي يتظمنها العقد الرئيسي . (٣)

---

١- حكم محكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ ٢٤/٤/١٩٥٦ مجموعة احكام محكمة القضاء الاداري . السنه العاشره ص ٣٠٧

٢ . من الجدير بالذكر ان قانون التزام المراق العامه في مصر رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ينص في ماده الاولى على ان (( يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروه الطبيعيه والمرافق العامه ، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز او مدة الامتياز او نطاقه او الاتاوة ) العائدات ) بقرار من رئيس الجمهوريه بعد موافقة مجلس الشعب ويكون تعديل ماعدا ذلك بقرار من الوزير المختص )) .

٣ ينظر :

وهذه التعاقدات اثارت بعض الاشكالات القانونية غير ان الاتجاه الغالب اعتبار هذه الشركات شركه واحده وفي هذا المجال اوضحت محكمة النقض الفرنسيه في حكمها الصادر في ١٧/١١/١٩٧٠ بان (( اتفاق مجموعة الشركات او الكونسورتيوم يعتبر شركة فعليته وذلك على اساس ان المشروعات الثلاثه المجتمعه او اتفاق الكونسورتيوم قد تم تكوينه لتحقيق هدف مشترك يتلخص في انجاز عمل عام ومن ثم فان كل مشروع من هذه المشروعات الثلاثه يستخدم امكانياته المتاحة للوصول الى النتيجة النهائيه، هذا فضلا عن ان كل مشروع من هذه المشروعات يشارك في المكسب او الخساره التي قد يتمخض عنها الاتحاد)). (١)

### الفصل الثالث

#### إبرام العقود الإدارية

لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد، مثلما هو الحال في إبرام الأفراد عقودهم. إذ فرض المشرع جملة من القيود و الإجراءات تلتزم الإدارة باتباعها حفاظاً على المصلحة العامة و المال العام.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه عندما قضت " من حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية و التي يشترط فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند التعاقد يرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة ، وهذا يستلزم بدهاء التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية والثاني : مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها ". (٢)

---

٣- جيهان حسن سيد احمد . عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها . المصدر السابق . ص ٣٠ و

د. حمدي عبد العظيم . المصدر السابق . ص ١٨ ومابعدها

١ Cass . com . 17 novembre 1970,D. 1971, P.206

اشار اليه د. عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم شرف . العقود الاداريه . المصدر السابق . ص ١٣٨

١- حكم محكمة القضاء الإداري في ١٤-٤-١٩٥٢ القضية ٧٠٢٧ السنة ٨ قضائية.

وسنتناول في هذا الفصل طرق وأساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة ثم نبحت في إجراءات التعاقد وفقاً لما ورد بهذه اللائحة وفي مبحثين.

## المبحث الأول طرق إبرام العقود الإدارية

جرى العمل في التشريعات المختلفة على اتباع الإدارة أساليب عدة في إبرام عقودها الإدارية و هي:

- ١- المناقصة .
- ٢- الممارسة .
- ٣- الدعوة المباشرة.
- ٤- العطاء الواحد (العرض الواحد)
- ٥- المزيدة العامة .

### أولاً : المناقصة :

يقوم نظام المناقصة على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة، يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات تختار الإدارة أفضلها سعراً وشروطاً. (١)

---

. ورد في المادة الثالثة " من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية الصادرة من مجلس التخطيط في العراق بتاريخ ١- ٢ - ١٩٨٨ (يجري تنفيذ المشاريع باحدى الطرق التالية ١- المناقصة العامة...ب- الدعوة المباشرة ... ج - التنفيذ المباشر ...د- التنفيذ امانة .)

١- عرف Flamme المناقصة بأنها إجراء يتم من جانب الإدارة بمفردها ويسبق إبرام العقد ويسمح لها بأن تلجأ إلى طلب معاونة المشروعات الخاصة وفقاً لأوضاع تحددها القوانين و اللوائح سلفاً، مراعية بذلك صالح المرافق العامة، ويتم تعيين المتعاقد بمقتضى هذه الطريقة عقب دعوة عامة وغير محددة عادة للمنافسة، مع تطبيق آلية الإرساء. بمعنى أنه ينبغي على الإدارة أن تختار صاحب أقل عطاء مستوف للشروط. ولكن هذا الإرساء المؤقت يبقى معلقاً على الموافقة الجهة الإدارية المختصة التي تملك وحدها إبرام العقد.

مجلة العلوم الإدارية - العدد الأول - القاهرة - ١٩٥٩ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥ .

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد الحصول على الخدمات و السلع مثلما هو الحال في عقود الأشغال العامة و التوريد، ولا يجوز العدول عن أسلوب المناقصة وتقوم المناقصة على ثلاثة مبادئ رئيسية هي:

- ١- الإعلان عن المناقصة .
- ٢- حرية المنافسة.
- ٣- المساواة بين المتنافسين.

#### ١. الإعلان عن المناقصة :

إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها. إذ يتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود و الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد و الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال بأحكامه أو التأخر في تنفيذه. إضافة إلى صفة المناقصة وشروط العقد العامة.<sup>(١)</sup>

وتتولى لجنة العطاءات الإعلان عن المناقصة بناء على قرار الجهة المختصة بعد التحقق من صدور الأذن من الجهة المختصة.

#### ٢. حرية المنافسة :

من مقتضيات هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي.<sup>(٢)</sup>

ولا يجوز للإدارة أن تبعد أيّاً من الراغبين في التعاقد و المنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة.

ويقوم أساس المنافسة الحرة في نظر الأستاذ *De Laubadere* على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة.<sup>(١)</sup>

---

٢- د. عبد الفتاح حسن - القانون الإداري الكويتي - دار النهضة العربية ص ٤٨١ وما بعدها.  
١- د. حلمي مجيد الحمدي- المناقصة العامة أحد أساليب العقد الإداري- مجلة العدالة - أبوظبي -

بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقدير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعدها.<sup>(٢)</sup>

إلا أن هذا المبدأ لا يسري بإطلاقه، إذ ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة، تسمح للإدارة إبعاد بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتاً أو نهائياً من التعاقد مع الإدارة.

### ٣. المساواة بين المتنافسين:

يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بطلباتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم.<sup>(٣)</sup>

إلا أن هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أن الإدارة تستطيع أن تفرض شروطاً إضافية على المتقدمين إليها تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لفئة معينة من الراغبين في التعاقد.

ناهيك عن أن الإدارة تملك إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية. ومن ذلك إن تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ تعطي الأفضلية للمناقصين الوطنيين بنسبة (١٠%) عشرة بالمائة عن الاشتراك في المناقصات الدولية (١).

## أنواع المناقصات

تقسم المناقصات على أنواع منها المناقصة العامة و المناقصة المحدودة :

---

٢- *De subadere – Taite Theorique et pratique da daoit administratif – 1965 P. 269.*

٣- *(M). Flamme – Traite Theorique et pratique, 1969 P. 306.*

٤- ينظر :

*-De laubader – op .cit P.279.*

٥- سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٢٥٠.

٦- حلمي مجيد الحمدي - المصدر السابق - ص ١٥.

١- ينظر المادة (٤) - خامسا - من تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ .

المناقصة العامة هي تلك التي يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، وهي القاعدة العامة في المناقصات وتقوم على أساس المبادئ الأساسية التي سبق ذكرها. وقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لسنة ٢٠٠٧ على ان تتم المناقصة العامة (٢) بدعوة عدد غير محدود من المقاولين العراقيين أو الأجانب الراغبين في المشاركة بتنفيذ المشاريع التي لا تقل قيمتها عن (٢٥,٠٠٠,٠٠٠) دينار (خمسة وعشرين مليون دينار) ، وهي اما أن تكون مناقصة داخلية أو محلية وأما أن تكون مناقصة دولية وتتبع في المناقصة المحلية إجراءات المناقصة العامة ذاتها ، من حيث وجوب المساواة بين المتقدمين وحرية المنافسة فضلاً عن الإجراءات الأخرى، لكن المناقصة تختلف في أن المشاركة فيها تقتصر على الشركات المحلية و المقاولين المحليين الذين يختارون من بين المقيدة أسماؤهم في السجلات المعدة لذلك وهي على ذلك يعلن عنها بالنشر في وسائل الأعلام المحلية.

في حين يعلن عن المناقصة العامة أو الدولية عن طريق النشر في وسائل الإعلام المحلية و العالمية، ويتعلق هذا النوع من المناقصات ببعض العقود المهمة التي تتطلب قدراً عالياً من الخبرة، التي لا تتوفر في الشركات المحلية، فيسمح باشتراك الأفراد و الشركات الأجنبية.

أما المناقصات المحدودة، فتكون بإعلان الدعوة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود من المؤهلين في المشاركة فيها للمبالغ التي لا تقل عن (٢٥,٠٠٠,٠٠٠) دينار (خمسة وعشرين مليون دينار) (١)

ويجب توافر شروط معينة تقررها الإدارة فيمن يتقدم للمناقصة من حيث المقدرة المالية للشركات أو خبرتها الفنية في الأعمال المماثلة، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حالات الضرورة ولاعتبارات تعود إلى طبيعة المشروعات التي ترغب الإدارة بإنجازها، و التي تتطلب قدرة من الخبرة و الكفاية، مثلما هو الحال في إنشاء الجسور و الأنفاق و المصافي ... الخ .

## ثانياً : الممارسة :

- ٢- نصت عليها المادة (٤) - أولاً - من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لسنة ٢٠٠٧ .
- ١- نصت عليها المادة (٤) - ثانياً - من تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ .

يمكن للإدارة أن تلجأ إلى طريق آخر في إبرام عقودها هو طريق الممارسة، ويتم بتقديم العروض أو الاتصال بجهات أو أشخاص متخصصين و التفاوض معهم للوصول إلى أفضل الشروط و الأسعار للتعاقد.

ويتميز هذا الأسلوب باختصار الإجراءات الطويلة التي يستغرقها غالباً طريق المناقصة، بالإضافة إلى طابع العلنية من خلال معرفة جميع الراغبين بالتعاقد بالأسعار التي يقدمها المنافسون، و التفاوض العلني للوصول إلى الاتفاق، مثلما هو الشأن بالنسبة لعقود القانون الخاص.

ولم تنص تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ على هذا الأسلوب الا انه يمكن الاخذ به عندما تتعاقد الادارة من خلال لجان المشتريات، وذلك بالنسبة للأشغال التي تقل قيمتها عن (٢٥,٠٠٠,٠٠٠) دينار، (خمسة وعشرين مليون دينار)، أو أي مبلغ آخر يحدد في الموازنة (٢).

### **ثالثاً: الدعوة المباشرة :**

تملك الإدارة أيضاً حرية التعاقد مع الجهات بصورة مباشرة دون اتباع إجراءات خاصة، بإصدار أمر الشراء أو التكليف بالأعمال مباشرة من المختص بتوقيع العقود في الوحدات الإدارية، وفق ما يسمى بطريقة التكليف المباشر، وتلجأ الإدارة لهذا الأسلوب في أحوال معينة استثناء. (١)

والمنافسة هنا مقتصرة على عدد من الأشخاص ، والذين يجب أن لا يقل عددهم عن ثلاثة ، ولا توجد فيها عملية الإعلان التي هي موجودة في المناقصة العامة بل تتم عن طريق مخاطبتهم مباشرة للتقديم إلى المنافسة، حيث يزودون بوثائق المناقصة ، وتكون طريقة اختيارهم من قبل الإدارة نفسها ، كما تمر بجميع مراحل المناقصة العامة عدا مرحلة الإعلان ، وهي تقابل الاتفاق المباشر الذي كان موجودا سابقا في العقود العراقية حيث كانت تعقد بموافقة مجلس قيادة الثورة السابق ، كالقرارات التي أعطت للهيئات العليا صلاحية الاتصال المباشر وحرية التعاقد مع المؤسسات الأجنبية (٢).

---

٢- نصت عليها المادة (٤) - خامسا - من تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ .

١- نصت عليها المادة (٤) - ثالثا - من تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ .

٢- ينظر : د. عامر محمد علي ، سلطة الإدارة في تنفيذ المشاريع الكبرى ، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ٢٦٤ وما بعدها .

#### **رابعاً: أسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد) :**

ويتم بموجبه توجيه الدعوة إلى مناقص واحد فيما يتعلق بالعقود الاحتكارية على سبيل الحصر لتجهيز أو لتنفيذ الأعمال أو الصيانة ذات الطبيعة التخصصية للأعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الأصولية (٣).

#### **خامساً: المزادات :**

تسلك الإدارة طريق المزايمة في إبرام العقود الإدارية المتعلقة ببيع الأشياء التي تستغني عنها الإدارة أو التي يتقرر بيعها وفقاً للقانون، وتتم عن طريق تقديم عطاءات أو عروض للشراء أو بطريق المناذاة للوصول إلى أعلى الأسعار وفي ذلك بينت المادة التاسعة من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ انه ( يعلن عن بيع المال غير المنقول او ايجاره بالمزايمة العلنية في صحيفة يومية من الصحف التي تصدر في بغداد ، وتعلق نسخة من الاعلان في الدائرة التي تقوم ببيعة او ايجارة واخرى في مدخلة ، وللجنة اضافة الى ذلك ان تقرر نشر الاعلان واذا عتة بوسائل الاعلان الاخرى اذا رات ان المصلحة تدعو الى ذلك ).

### **المبحث الثاني**

#### **إجراءات التعاقد**

يمر التعاقد في العقود الإدارية بأربع مراحل، يحددها المشرع غالباً ويوجب اتباعها

وهي :

المرحلة الأولى : استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد.

المرحلة الثانية : تقديم العطاءات.

المرحلة الثالثة : فظ المظاريف و البت فيها.

المرحلة الرابعة : إبرام العقد .

#### **المرحلة الأولى : استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد.**

يتطلب القانون أن تستكمل الإدارة بعض الإجراءات الشكلية قبل إبرام العقد وأهمها :

---

٣- نصت عليها المادة (٤) - رابعاً- من تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ .

١- الاعتماد المالي.

٢- دراسة الجدوى .

٣- الحصول على تصريح بالتعاقد.

### (١) الاعتماد المالي :

الإدارة لا تستطيع التعاقد أو إجراء أي تصرف يترتب عليها إلتزامات مالية، ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم، كذلك تلتزم الإدارة بعدم تجاوز حدود هذا الاعتماد المالي. ويترتب على مخالفة الإدارة لهذا الإلتزام مسئوليتها القانونية. من المهم ان تراعي الجهات الإدارية حدود الاعتماد قبل إبرام أي عقد من العقود الإدارية باستثناء الأعمال أو المشروعات التي تتم بالجهد الذاتي أو التطوعي أو العمل الجماعي المنظم، ولا يجوز التعاقد على أي عمل أو مشروع غير مدرج بالخطة أو الميزانية. كما لا يجوز التعاقد إلا في حدود الاعتمادات المدرج بالخطة و الميزانية للعمل موضوع العقد.

وهنا لابد من التساؤل حول مآل العقد الذي يبرم مخالفاً لشرط توافر الاعتماد المالي أو متجاوزاً لحدوده .

وفي هذا المجال نجد أن القضاء و الفقه الإداريين قد أستقرا على اعتبار تصرف الإدارة بإبرام عقودها الإدارية بهذه الظروف يكون صحيحاً وملزماً لإطرافه(١) مع ما يشكله من استحالة تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها المالية في مواجهة المتعاقد معها مما يترتب مسئوليتها القانونية.

وقد بررالقضاء الاداري ذلك بضرورة حماية الأفراد في تعاقدهم مع الإدارة كون علاقتهم مع الإدارة فردية وليست تنظيمية مع وجوب عدم زعزعة الثقة الإدارية. ووفقاً للقواعد العامة في التعاقد لا يمنع تعاقد الإدارة في هذه الحالة، من مطالبة المتعاقد فسخ العقد لعدم تنفيذ الإدارة إلتزاماتها المالية المستحقة لصالحها مع التعويض إذا كان لها مقتضى .

### (٢) دراسة الجدوى :

---

١ - Pequignot – *Theorie General du Control administratif* op cit P.198.

يوجب المشرع قبل المباشرة بأي إجراء من الإجراءات التعاقد دراسة موضوع العقد وإجراء استشارات متعددة في سبيل إنجاز المشروعات وفقاً للمواصفات المطلوبة في الخطة مع مراعاة حدود الاعتماد المالي المخصص.

ونعتقد أن هذه الضوابط لا تعدو أن تكون توجيهات للإدارة تستتير بها قبل الإقدام على التعاقد ومع نص المشرع على وجوب اتباعها، لا يترتب على مخالفة ذلك اعتبار العقد باطلاً. إذ أن دراسة الجدوى من التعاقد في هذين النصين لا تبلغ حد الاستشارة الإلزامية أو الأذن بالتعاقد. ولا يترتب على مخالفة الإدارة لهذه الضوابط إلا مسئوليتها أمام السلطة الإدارية العليا.

### ٣) التصريح بالتعاقد :

يشترط قبل إبرام العقد الإداري الحصول على إذن الجهة المختصة التي يحددها القانون، وبعبارة ذلك لا يجوز للإدارة مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد . ويتربط على ذلك أن العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الأذن معدوماً من الناحية القانونية ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن لاحق.

وعلى ذلك لا تتوافر الرابطة التعاقدية بين الإدارة و الطرف الآخر، ويملك هذا الأخير المطالبة بالتعويض الذي لحق به على أساس المسئولية التقصيرية إذا كان له مقتضى.

### المرحلة الثانية : تقديم العطاءات :

خلال المدة التي يحددها الإعلان يتقدم الراغبون بالتعاقد بعطاءاتهم، ولا يعتد بالعطاءات بعد هذه المدة.

إلا إذا قررت لجنة العطاءات تمديد مدة قبول العطاءات لأسباب تتعلق بقلّة عدد العطاءات المقدمة بالنسبة لأهمية المشروع، أو عندما تطلب مد الميعاد أغلبية الشركات أو المنشآت التي دعيت للمناقصة أو طلب ذلك عدد كبير من الشركات أو المنشآت الراغبة في التقدم للمناقصة.

### محتويات العطاء:

وإذا تم تقديم العطاء فيجب توافر مجموعة من المعلومات و المواصفات التي يتعلق بعضها بالراغب بالتعاقد بينما يتعلق القسم الآخر بالمشروع موضوع المناقصة. وهذه المعلومات ينبغي أن تكون واضحة ودقيقة بشكل لا يسمح بوجود لبس أو تفسير خاطئ. وقد استقر التعامل على وجوب احتواء العطاء على ما يأتي :

أولاً : اسم ولقب وعنوان الراغب بالتعاقد وتوقيعه شخصياً على العطاء. وإذا كان مقدم العطاء شركة فيجب تقديم عقد تأسيس هذه الشركة ونوعها ومقدار رأس مالها .

ثانياً : بيان طريقة وأسلوب إنجاز المشروع ونوع المكائن و الآلات التي يعتزم الراغب بالتعاقد استعمالها في التنفيذ

ثالثاً : قائمة تتضمن الأعمال المماثلة التي قام به مقدم العطاء.

رابعاً: الوثائق التي تؤيد أن مقدم العطاء غير محروم من التعامل مع الجهات الإدارية أو مستبعد من التقدم للتعامل معها وأنه لم يسبق أن أدين بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة

خامساً: قائمة بالأسعار التي يقترح الراغب بالتعاقد، التعاقد بها.

سادساً: أن يرفق مع العطاء التأمين الابتدائي أو المؤقت.

ولا يلتفت إلى العطاءات غير مصحوبة بهذا التأمين في الكثير من التشريعات وبعضها يستعيز عنه بخطاب ضمان وهذا الشرط يضمن جدية التقدم للمناقصة، وهو من الشروط الأساسية للنظر في العطاء، ومع ذلك يجوز لمقتضيات المصلحة العامة وبموافقة الجهة طالبة التعاقد النظر في العطاءات غير مصحوبة بالتأمين ابتدائي، إذا ما قدم صاحب العطاء أشتار من المصرف بمباشرته إجراءات إصدار التأمين.

### **التزام المتقدم بالعطاء بالبقاء على أيجابه :**

استقر القضاء و الفقه على أن إعلان الإدارة عن المناقصة يعد دعوة الإدارة.<sup>(١)</sup>

---

١- قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٢-١٢-١٩٦٧ إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد و أن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات و الاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يتلقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد. المجموعة السنة ١٣ رقم ٢٥ ص.١٦٦.

وقد درجت دفاتر الشروط العامة التي تحيل إليها العقود الإدارية وتفرق في الغالب مع العطاءات المقدمة من الراغب بالتعاقد، على النص على التزام مقدم العطاء بالبقاء على أيجابه حتى نهاية المدة المحددة لسريان العطاءات.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٩-٧-١٩١٩ في قضية *Crande* إلى وجوب التزام مقدم العطاء بعطائه وعدم سحبه حتى ولو لم يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ إذ ورد فيه " منذ لحظة تقديم العطاء يلزم المتقدمون نهائياً تجاه البلدية، وبناء على ذلك فادعاء السيد *Crande* بأنه أبدى رغبته بسحب عطائه أمر لا قيمة له".<sup>(١)</sup> واتبعت محكمة القضاء الإداري المصري الاتجاه ذاته في حكمها الصادر في ٢٤-٢-١٩٥٧ عندما قررت أن المدعي في وقائع هذه الدعوة قصد الارتباط بعطائه إلى الوقت الذي تفتح فيه المظاريف، ويخطر صاحب العطاء بقبول عطائه من عدمه.<sup>(٢)</sup> ويلتزم المتقدم بالبقاء على أيجابه حتى تعلن نتيجة المناقصة إذ يتحرر مقدموا العطاءات جميعاً باستثناء من ترسو عليه المناقصة الذي يظل ملتزماً بعطائه إلى أن يتم اعتماد المناقصة.

وقد استقر الفقه و القضاء على أن التزام مقدم العطاء بالبقاء على أيجابه مصدره إرادته المنفردة.<sup>(٣)</sup>

ومن هؤلاء الفقيه *De laubadere* الذي ذهب إلى أن الالتزام الناتج عن العطاء إنما هو في الحقيقة، التزام انفرادي ويؤيد رأيه ذلك بقوله: " أن بعض فقهاء القانون الخاص يرون أن المتقدم بالعطاء في القانون المدني يلتزم بالعطاء عندما يحدد مدة لذلك يلتزم خلالها. فأن لم يحدد مدة جاز له سحب عطائه متى شاء عكس ما يحصل في المناقصات العامة حيث لا يستطيع المتقدم للتعاقد مع الإدارة سحب عطائه".<sup>(٤)</sup>

### المرحلة الثالثة : فض المظاريف و البت فيها :

وفي اليوم المحدد لفض المظاريف تقوم اللجنة المركزية للعطاءات أو اللجنة الفرعية لها بفتح صندوق العطاءات في تمام الساعة الثانية عشر، لفحص كل عطاء على حدة بعد

٢ - *De Laubadere – op – cit P.286.*

٣ - المجموعة السنة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٢٩.

٤ - د. أحمد عثمان عياد - المصدر السابق - ص ١٣٢.

٥ - *De laubadere – op- cit P 287.*

ترقيمه و التحقق من سلامة الأختام، ثم يقرأ اسم مقدم العطاء وقيمه الإجمالية بحيث يسمعه الحاضرون من مقدمي العطاءات ويدون ذلك بمحضر الجلسة .

بعد ذلك يجري إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً و الأقل سعراً من بين العطاءات الأخرى، كقاعدة عامة. ومع ذلك يجوز للجنة أن ترسي المناقصة على مقدم أنسب العروض ولو لم يكن أقلها سعراً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع ضرورة أن تتمثل هذه الأسباب بعوامل جدية تتعلق بطبيعة الأعمال موضوع المناقصة وقيمتها ومواصفاتها، على أن لا يكون الفارق في الأسعار بين أنسب العروض المقدمة وأقلها سعراً كبيراً ويجب أن يكون قرار اللجنة باعتماد هذا العطاء مسيئاً.

كذلك إذا كان العطاء الأقل سعراً مصحوباً بتحفظات فيجوز للجنة أن تتفاوض صاحب العطاء لينزل عن تحفظاته كلها أو بعضها، فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه من مقدمي العطاء. أما إذا تساوت الأسعار بين عطاءين أو أكثر فإنه يجوز تجزئة المقادير أو الأعمال موضوع المناقصة بين مقدميها إذا كان ذلك في الصالح العام.

#### **المرحلة الرابعة: إبرام العقد**

إرساء المناقصة لا يعني إلزام الإدارة بإبرام العقد مع من رسي عليه العطاء فلا يعد قرار الإرساء آخر إجراءات التعاقد وإنما هو إجراء تمهيدي ينتهي بصورة قرار باعتماد الإرساء من الجهة المختصة.<sup>(١)</sup>

لا نزاع في أن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعهدين، ذلك أن طرح المناقصة في السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها على صاحب أفضل عطاء كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الإدارة مع المتعهد ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضي بذلك إلغاء المناقصة و العدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عن عدم إبرامه.

---

١ - De Laubadere. Op- cit P.590.

## الفصل الرابع

### الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد الإداري

إذا أبرم العقد الإداري فإنه يترتب عليه جملة من الآثار على طرفيه المتعاقدين، تتمثل في الحقوق والإلتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والإلتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى .

وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فإن ما تملكه الإدارة من إمتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق الصالح العام . ومن قبيل هذه الإمتيازات سلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد وسلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة .

وعلى ذلك سنتناول حقوق والإلتزامات المتعاقدين في العقد الإداري في مبحثين :

المبحث الأول : سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها .

المبحث الثاني : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة .

### المبحث الأول

#### سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

مع أن العقود الإدارية تنفق مع عقود القانون الخاص في أنها تنشئ بين الأطراف حقوقاً والإلتزامات متبادلة، غير إنها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فتنتمتع الإدارة بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد .

وفي ذلك تنص المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها: " فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية من ذلك سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد إنهاءً مبتسراً دون تدخل القضاء".<sup>(١)</sup>

١- حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٥ مايو ١٩٦٣ المجموعة س٨ رقم ١١٦ ص ١٢٢٥ .

وعلى ذلك نبين فيما يأتي حقوق وسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في

المجالات الآتية :

أولاً : سلطة الرقابة والتوجيه .

ثانياً : سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد .

ثالثاً : سلطة تعديل شروط العقد .

رابعاً : سلطة إنهاء العقد .

### **أولاً : سلطة الرقابة والتوجيه *Le pouvoir de control et surveillance***

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، كما تملك سلطة توجيه المتعاقد وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ .

وغالباً ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفا تر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع التنفيذ لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته .

وفي ذلك نصت المادة الثانية من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام ١٩٨٨ ( ١- ) تكون واجبات ممثل المهندس المراقبة والاشراف على الاعمال وفحص واختيار اية مواد يراد استعمالها او مهارة عمل يراد استخدامها في الاعمال وليس له صلاحية اعفاء المقاول من اي من واجباته او التزاماته بموجب المقاوله وليس لممثل المهندس عدا ماهو منصوص عليه صراحة في شروط المقاوله ان يامر بما ينطوي على تاخير في انجاز الاعمال او بما يؤدي الى زيادة المقاوله او ان يقوم باي تغيير للاعمال فيها ) .

فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقد معها، إنما تعاون المتعاقد في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، ويكون لزاماً عليها الرقابة والتوجيه أثناء عمل المتعاقد في تنفيذ العقد .

ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص أما في العقود الإدارية فأن الإدارة تملك سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ .

وحق الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر، فهي محدودة في عقد التوريد وأكثر اتساعاً في عقود الأشغال العامة إذ أن الإدارة غالباً ما تمارس

هذه السلطة عن طريق إرسال مهندسيتها لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفقاً للمدى الزمني المحدد ووفقاً للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال . شريطة أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل .

ومن قبيل رقابة الإدارة وإشرافها على تنفيذ عقودها حق الإدارة في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم .<sup>(١)</sup>  
غير أن السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف باستخدامها لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة . ومن جانب آخر يجب أن لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد .<sup>(٢)</sup>

### **ثانياً : سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد**

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة .

وتعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء .<sup>(٣)</sup>

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام وأطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة ، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقاً للمصلحة العامة .

وقد درجت الإدارة على النص في عقودها وفي الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بإيقاع الجزاءات ، وعد القضاء الإداري في فرنسا ومصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطاً استثنائية باعتبارها امتيازاً من امتيازات السلطة العامة .

١- د. ثروت بدوي - المصدر السابق - ص ٩٩ .

٢- د. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٤٤٩ .

٣- د. إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - المصدر السابق - ص ١٩٦ .

وفي ذلك قررت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها بتاريخ ١٤-١١-١٩٦٠ في قضية *Societe Vandroy-Jaspar* " أن النص على الجزاءات في العقد يعد في حد ذاته شروطاً استثنائية .." <sup>(١)</sup> كذلك فإن العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي نصت على أن سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد وتوجد ولو لم ينص عليها فيه أما إذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها. <sup>(٢)</sup>

وقد أيد هذا الاتجاه غالبية الفقهاء إلا أن المحكمة الإدارية العليا أكدت في قرارها في ٨-٤-١٩٦٧ أنه إذا توقع المتعاقدان خطأ معيناً وحدد له في العقد جزاء معيناً فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه العقد . إذ ورد في الحكم " إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضع له جزاء بعينه فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد " . <sup>(٣)</sup>

ولا نعتقد صواب هذا الاتجاه إذ غالباً ما تكون المخالفة من الجسامة بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حصولها عند إبرام العقد وأن الجزاء الذي نص عليه العقد لا يتناسب مع مقدار تلك المخالفة .

هذا وتتبع فكرة الجزاءات الإدارية من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية وما هي إلا تطبيق لامتياز التنفيذ المباشر الإدارة ملزمة باستخدام هذه السلطة حفاظاً على حسن سير المرافق العامة ومن غير الممكن أن تنتازل عن هذه السلطة لا جزئياً بتقييد حقها في اتباع أنواع معينة من صور الجزاءات ولا كلياً وتتمتع بسلطة تقديرية في فرض هذه الجزاءات لا يقيدتها في ذلك إلا المصلحة العامة .

---

١- ينظر محمد السيد زهران - الشروط الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القضاء الفرنسي - بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة - ع٣-س١٢-١٩٦٨ ص٧٤٢ .

٢- يستثنى من هذه القاعدة في فرنسا عقوبة " إسقاط الالتزام " إذ يجعل مجلس الدولة هذه السلطة للقضاء على خلاف المعمول به في مصر إذ أن هذه السلطة تعد ضمن الجزاءات الموكلة للإدارة في حالة المخالفة الجسمية أو تكرار الإخلال بالالتزام المتعاقد .

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا في ٨-٤-١٩٧٦ - المجموعة س١٢ رقم ٩٤ ص ٨٧٨ .

## أنواع الجزاءات الإدارية :

استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها. إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي الجزاءات المالية والجزاءات غير المالية ( الضاغطة ) والجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد .

### ١- الجزاءات المالية *Les Sanctions pecunaires*

الجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة .

والجزاءات المالية نوعين فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد ، وقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه، فالجزاءات المالية في العقود الإدارية لا تقتصر على تعويض الضرر بل تشمل الغرامات التأخيرية التي تعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه ويشكل إرغاماً للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية .<sup>(١)</sup>

ويمكننا الإشارة إلى أهم أنواع هذه الجزاءات وكالاتي :

### أ-التعويضات *Les Dommages*

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترّب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله .

بل أن من الفقهاء من لا يعد التعويض من الجزاءات الإدارية لأنه تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص كما يرونه .<sup>(٢)</sup>

ولا نرى صواب هذا الاتجاه إذ أن التعويض في مجال العقود الإدارية ، يتميز في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة وهي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيل قيمته وهذه

١- د. حسين درويش - النظرية العامة للعقود الإدارية - ج٢ . ١٩٥٨ ص ٣٠ .

٢- د. أحمد عثمان عياد - المصدر السابق - ص ٣٤٥ .

الإمميزات تبرز الطبيعة الخاصة لهذا الجزاء بصفته جزءاً إدارياً ، ويضاف إلى ذلك أن التعويض في العقود الإدارية لا يعد دائماً تعويضاً عن ضرر، إذ غالباً ما يمثل إجراءً ضاعطاً على المتعاقدين توجيهاً لتنفيذ التزاماتهم على الوجه الأكمل .<sup>(١)</sup>

ويسمح التشريع الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة . وللمتعاقدين أن يطعن بالتعويض أمام القضاء ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفاءه منه متى تبين له صحة الأساس الذي يبنى عليه كما يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه .<sup>(٢)</sup>

أما المحكمة الإدارية العليا فإنها تسمح للإدارة بحق تحصيل التعويض بشرط أن ينص في العقد على ذلك . بهذا الشأن تقول " لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصيل منه على حكم بالتعويض، ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقدين معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أي مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها . فإذا كان العقد قد نص أيضاً على أن يكون ذلك بدون الإخلال بالمصلحة في المطالبة قضائياً بالخسارة التي لا يتيسر لها استردادها فلا يعني هذا بالضرورة إلزام المصلحة بالاتجاه إلى القضاء ما دام أن حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار، بل النص يعني تحويل الإدارة حق الاتجاه إلى القضاء إذ لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً" .<sup>(٣)</sup>

## ب- الغرامات التأخيرية *Les pe nalites*

الغرامات التأخيرية هي مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد بصفته جزاءً يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ .<sup>(٤)</sup>

---

١- يذهب الدكتور إبراهيم طه الفياض إلى عكس هذا الرأي بقوله " أن التعويض في حقيقة جزاء مالي يقتصد به تغطية الأضرار التي تلحق الطرف المتعاقد المضار قد لا يكون مقابلاً حقيقياً لقيمة الضرر لا سيما ما يلحق المرافق العامة . لكنه ليس جزاءً ذا طبيعة إدارية أي ليس من نوع الجزاءات التي تستطيع الإدارة أن تفرضها بإرادتها المنفردة .." - المصدر السابق - ص ٢٠٨ .

2- *De Laubadere (A)-op-cit p .147.*

3- حكم المحكمة الإدارية في ٢٧-١١-١٩٦٥ مجموعة المكتب الفني س ١١ رقم ٧ ص ٥١ .

١- ينظر :

- د. عبد المجيد فياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دار الفكر العربي - ١٩٧٥ - ص

والغرامة التأخيرية جزاء من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة، وهو امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد لأن الضرر يكون مفترضاً لتعلقه بتسيير مرفق عام . وهو ما قضت به محكمة التمييز في العراق ،ففي حكمها الصادر في ١٣/٤/١٩٦٧ قضت بأن "أعمال المقاولات المتعلقة بإنشاء الأبنية هي من الأعمال التجارية ، وإذا كان العقد تجارياً لأحد المتعاقدين ، فتتطبق أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقدين الناشئة عن ذلك العقد ، هذا فضلاً على أن المقاوله تتعلق بإنشاء مدرسة وهي إحدى المرافق العامة وقد أجرى العقد بطريقة المناقصة وبشروط خاصة فهو لذلك عقد إداري يعتبر الضرر فيه متحققاً بمجرد التأخير ويبقى معه الحكم بغرامة التأخير كاملة لتحقيق فكرة العقد الإداري وما يستهدفه من تسيير المرافق العامة طبقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة" (٢) .

وفي الغالب تنص العقود التي تبرمها الإدارة على اشتراط الغرامة التأخيرية، وتملك الإدارة توقيعها دون الحاجة إلى إنذار أو اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتطبيقها . ويلزم النص في العقد على الغرامة تقييد الإدارة بمبلغها فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس أن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع إثبات أن الإدارة لم يصيبها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ .

أما إذا نص على مقدار من الغرامة وتضمنت الشروط العامة أو الخاصة مقدراً آخر فالعبرة بما ورد في العقد لأن إرادة الطرفين قد اتفقت على اعتبار أحكامه أساساً لإلتزاماتها، أما إذا اغفلا النص على الغرامات وتضمنتها الشروط فتعتمد الغرامات التأخيرية المنصوص عليها في الشروط لكونها جزءاً مكملاً للعقد .

لكن السؤال المهم هو هل يمكن فرض الغرامات التأخيرية ولو لم ينص عليها لا في العقد ولا في الشروط الملحقه به ؟.

- 
- د. عبد الغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٤٥٨ .
  - د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص ٥٠٤ .
  - د. محمد عبد الله الحراري - المصدر السابق - ٢٣٣ .
  - د. إبراهيم طه الفياض - المصدر السابق - ص ١٧٢ .

٢-القرارها رقم (١٦/ح/١٩٦٧) نقلا عن إليه رياض عبد عيسى الزهيري، سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد ، ط ١- مطبعة الغري الحديثة، النجف، ١٩٧٦ ص ٩٨-٩٩.

ذهب جانب من الفقه أن الإدارة تملك الحق في فرض الغرامات التأخيرية ولو لم يرد عليها نص في العقد. (١)

إلا أن الراجح أنه لا يبد من النص على الغرامات التأخيرية في العقد أو الشروط الملحقة به التي يحيل العقد عليها. وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله " أن هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد، ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزءاً مكملاً له، وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استناداً إلى اللائحة المذكورة .." (٢)

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين أن الإدارة تتمتع بسلطات تقديرية واسعة في فرضها للغرامات التأخيرية، ومع ذلك لا يجوز فرض الغرامة إذا كان التأخير لسبب عائد للإدارة، أو بسبب قوة قاهرة أو ظرف طارئ كذلك يعفى المتعاقد من الغرامة إذا ثبت إن التأخير قد حصل بفعل طلبه مهلة للتنفيذ ووافقت الإدارة على ذلك، أو أن التأخير حصل بفعل الغير .

### ج- مصادرة التأمينات :

التأمينات هي مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره. (٣)

ومصادرة التأمينات عبارة عن شرط جزائي من شروط العقود الإدارية يتم الإتفاق عليه مع المتعاقد جزاءً لإخلاله بالتزاماته التعاقدية إلا أنه يختلف عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص ، في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة دون الحاجة لصدور حكم من القضاء بذلك ودون أن تسلتزم تحقق ضرر ما، وبهذا المعنى يكتسب هذا الشرط طبيعته الإدارية .

وفي ذلك نصت المادة العاشرة من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام ١٩٨٨ على ان يلتزم المقاول بتقديم كفالة مصرفية لضمان تنفيذ المقاول بصورة مرضية على شكل خطاب ضمان غير مشروط صادر عن مصرف في العراق ، ويبقى

1- د. إبراهيم طه الفياض . المصدر السابق - ص ١٧٢ .

2- فتوى المجلس الاستشاري في ٥-٤-١٩٦٧ مجموعة المكتب الفني السنة ٢١ رقم ٨٨ ص ١٥٩ .

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢-١-١٩٦٥ المجموعة س ١٠ رقم ٣٤ - ص ٣١٣ .

خطاب الضمان نافذا ولا يطلق الا بعد اصدار شهادة القبول النهائي وايفاء المقاول بجميع  
التزاماته .<sup>(١)</sup>

والتأمين على نوعين تأمين ابتدائي يدفع عند التقدم بالعطاء للعقد لضمان جدية المتقدم  
بالعطاء وتأمين نهائي يدفع بعد قبول العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً  
لشروط العقد . وليس هناك ما يمنعه من الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات واستحقاق  
التعويض بما لا يتجاوز التعويض الكلي لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة ، على أساس أن  
التأمين النهائي، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكنه لا يمثل الحد  
الأقصى، شرط أن لا ينص العقد الإداري ضمن شروطه على منع ذلك وأن يجاوز الضرر  
الحاصل للإدارة التأمين المودع لديها .<sup>(٢)</sup>

## ٢- الجزاءات غير المالية أو الضاغطة *Les Sanctions Coercitives*

هذا النوع من الجزاءات لا يهدف إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله  
بالتزاماته التعاقدية إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ. وتتخذ وسائل الضغط  
ثلاث صور: -

## أ-وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز *La mise Sous Sequestre*

- 
- ١- وفقاً للمادة (١٢) فقرة (أولاً - ج ) من تعليمات تنفيذ العقود العراقية لسنة ٢٠٠٧ ، تبلغ قيمة التأمين النهائي (٥%) من قيمة العقد ، مضافاً إليه المبلغ الاحتياطي للمقولة .
  - ٢- حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٨-١١-١٩٦٧ السنة ٩ رقم ٥٠٨ مجموعة أحكام السنة ١٣ ص ١٩٣ وحكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٨-١٢-١٩٦٣ القضية رقم ٧٨٤ السنة ٧ ق ص ٢٨٠ .

يتعلق هذا الإجراء بعقد التزام المرافق العامة ،ويتم بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة ، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوباً إلى الملتزم .<sup>(١)</sup>

فقد تفرض الإدارة هذا الإجراء بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها كما لو كان التوقف راجعاً لقوة قاهرة ضماناً لاستمرار سير المرفق، وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية، التي تترتب على إدارة المرفق، أما في حالة فرض الحراسة جزاءً لتقصير الملتزم فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته .

ومن المعروف أن هذه السلطة تملكها الإدارة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء بشرط أن تعذر الملتزم، ولأخير الحق في الطعن بقرار الإدارة ، طالباً للتحقق من أن الحراسة قد فرضت لدواعي المصلحة العامة في استمرار عمل المرفق وليس لدواع أخرى . فالإدارة معرضة لإلغاء قرارها إذا كان مشوباً بعدم المشروعية أو لم يكن له ما يبرره من ناحية توافر الخطأ مع التعويض إذا كان له مقتضى .<sup>(٢)</sup>

#### ب- سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة: *La Mise en regie*

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وحسابه.<sup>(٣)</sup>

وغالباً ما يتطلب قيام الإدارة بهذا الإجراء وجود تقصير أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد . وتنص دفا تر الشروط العامة غالباً على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في حالة تحققها .

ومن اسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال:

- 
- ١- د. حسين درويش . وسائل الضغط في العقود الإدارية . بحث منشور في مجلة العدالة . أبو ظبي . العدد الثامن عشر . السنة السادسة ١٩٧٩ ص ٤٩ .
  - ٢- د. عبد المجيد فياض . المصدر السابق . ص ٢٠٧ .
  - ٣- ينظر :
    - د. إبراهيم طه الفياض - المصدر السابق - ص ٢١٦ .
    - د. محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية - بغداد - ١٩٨٩ - ص ١٣٣ .
    - د. سليمان محمد الطماوي . المصدر السابق . ص ٥٢٥ .

- ١- إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك برغم تنبيهه كتابة .
  - ٢- إذا أوقف العمل إيقافاً تاماً دون سبب معقول .
  - ٣- إذا تأخر في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها ولم تر الجهة المتعاقدة إعطاءه مهلة لذلك أو عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له .
  - ٤- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك التنفيذ .
  - ٥- إذا أسر المتعاقد أو اشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه .
  - ٦- إذا أهمل إهمالاً جسيماً في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بأحدى إلتزاماته الجوهرية المقررة في العقد ولم يباشر في إصلاح آثار ذلك.
- هذا وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية العليا في مصر ومحكمة التمييز في العراق على وجوب أعمار المقاول المقصر في تنفيذ إلتزاماته ما لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يعفي الإدارة من هذا الإجراء أو في حالة الاستعجال والضرورة.
- وفي ذلك نصت المادة (٦٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لعام ١٩٨٨ على ضرورة توجية انذار تحريريا الى المقاول في حالة سحب العمل قبل اربعة عشر يوما من سحب العمل منه او وضع اليد على الموقع .
- إلا أن رقابة القضاء على قرار سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ينصرف إلى مشروعية هذا القرار ومدى ملاءمته والتعويض عنه إذا كان له مقتضى ، لكنه لا يتعدى إلى إلغاء القرار .
- ويلاحظ أن الإدارة عندما تستخدم إجراء السحب فإنها تملك احتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وغير ذلك وأن تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسئولة لدى المقاول عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها .
- كما تملك حجز هذه الأدوات بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها قبل المقاول، ولها أن تتبعها لاستيفاء هذه الحقوق وما يكون قد ترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل .

هذا ومن المهم التفرقة بين سحب العمل من المقاول وبين قيام الإدارة بالاتفاق معه على أن تجزأ قسماً من المقاولة بنفسها أو بالاستعانة بمقاول آخر فالمقاول يتحمل النفقات الإدارية في الحالة الأولى ولا يتحملها في الحالة الثانية .

### ج - الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد: *Le Marche pardefut*

يرتبط هذا الجزاء في الغالب بعقود التوريد فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد، تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسئوليته .

وقد جرى العمل على أن تمنح الإدارة للمتعاقد مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ إلتزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار .

ومن المسلم به أنه يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامه بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الجزاء، ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة بهذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفرضه .

### ٣-الجزاءات التي تسمح للإدارة بإنهاء عقودها :

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، واصطلاح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة "والإسقاط" عندما يتعلق العقد بإنهاء عقد الالتزام .

### أ- فسخ العقد : *Resiliation du contrat*

الفسخ جزاء يجوز للإدارة توقيعه على المتعاقد يضع نهاية للرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحق الإداري بالفسخ لعدم التنفيذ هو تطبيق لما قرره المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي ومضمونه أنه في حالة العقود الملزمة للجانبين يكون للأفراد الحق بفسخ العقد عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين ما عليه من إلتزامات. (١)

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي لمخالفته المستقر في أحكام القضاء الإداري الذي يعد حق الإدارة في الفسخ قائماً بذاته مستقلاً عن العقد و الشروط كما أن الإدارة تستطيع ان تفرض هذا الجزاء دون ان تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ اعتماداً على سلطتها في التنفيذ المباشر، على خلاف المستقر في القانون الخاص وما تقضي به المادة المذكورة.(٢)

ومن الجدير بالذكر ان الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية لم تنص على حق الادارة في الفسخ عند ارتكاب خطأ ، غير ان احكام القانون المدني الوارة في المواد ٨٦٨ و ٨٦٩ تجيز لرب العمل فسخ العقد اذا تأخر المقاول في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها أو عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له او قام بالعمل بطريقة معيبة او منافية للعقد .

ومن المبادئ العامة المستقرة قضاء أن يكون قرار الفسخ مسبقاً بأعذار المتعاقد، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة منه أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الأعذار لا فائدة منه.

وتملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق ودون الحاجة إلى انتظار موافقة القضاء على إيقاعه .

ورقابة القضاء على مشروعية قرار الفسخ وملاءمته لخطأ المتعاقد تنصرف إلى التعويض في حالة مخالفة القرار للمشروعية دون التعدي إلى إلغاء القرار.

### ب-الإسقاط : *Decheance*

الإسقاط هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الإلتزام، والإسقاط، طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعية، وما هو إلا

١ - *Code civil. éditions Litec .Paris 1987 P. 489 – 490.*

٢ - ينظر : د. عبد المجيد الفياض - المصدر السابق - ص. ٢٧٤

جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتمزم نتيجة لإخطاء جسيمة اقترفها في إدارته للمرفق، بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم، ولا يستحق الملتمزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه .

وبهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة الامتياز الممنوحة للملتمزم حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه، مقابل تعويض يكون واجباً على الإدارة لقاء حرمان الملتمزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة الالتزام. (١)

وتملك الإدارة هذا الحق ولو لم ينص في عقد الامتياز، لكن المعتاد أن عقود الامتياز تتضمن نصاً خاصاً ينظم هذه الحالة لأهمية هذه العقود التي تتعلق بتسيير مرافق عامة.

ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر مجلس الدولة الفرنسي على اعتبارها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط، التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، والإخلال المستمر والمنتظم بالتزامات التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال، أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة مانحة الالتزام أو إخلاله بالالتزام جوهرية في العقد. (٢)

ويتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تعذر الملتمزم ولولم ينص العقد أو الشروط على ذلك إلا إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء أو أعلن الملتمزم صراحة أنه لم يعد يستطيع إدارة المرفق، أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتمزم. (٣)

وينفرد عقد الامتياز في فرنسا بوجود أن يكون قرار الإسقاط صادراً عن قاضي العقد فالإدارة لا تستطيع ممارسة هذا الحق ابتداء ما لم ينص العقد على هذا الحق أو تتضمنه الشروط العامة أو الخاصة الملحقة بالعقد .

وفي هذه الحالة يتمتع مجلس الدولة بسلطة واسعة في الرقابة على قرار الإدارة بالإسقاط لتتجاوز المشروعية والملاءمة إلى التعويض والإلغاء. (٤)

---

١- فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في شباط ١٩٥٨ مجموعة فتاوى الجمعية في ١٥ عام سمير أبو شادي ص ٦٤ .

2- Jeze(G)-Les principes generaux du droit administratif . paris 1936 Tom 111P.929.

3- Jeze(G)-op-cit P.940.٣

١ - د. عزيزة الشريف - المصدر السابق - ص ١٩٤ .

- د. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٥٤٧ .

ولا يأخذ مجلس الدولة في مصر بهذا إذ تتمتع الإدارة بسلطة إسقاط الالتزام دون الحاجة إلى نص في العقد أو شرط في دفاطر الشروط، بناء على ما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر.<sup>(١)</sup>

### ثالثاً : سلطة تعديل شروط العقد :

من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومضمونها أن لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من إلتزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر .  
إلا أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وعدم مساواة المتعاقدين لكون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة. مما تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها .

وقد نشأ جدل فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة بهذه السلطة بين مؤيدين ومعارضين. فقد ذهب الفقيه لوليه *L huillier* إلى إنكار هذه السلطة والقول أن سلطة الإدارة في تعديل الإدارية، فكرة ابتدعها الفقه ولم تؤيد بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأضاف أن هذه الفكرة وجدت في قضاء مجلس الدولة، إنما تجد أساسها في تفسير العقد وفقاً لنية المتعاقدين التي تتضح في نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته أو اللائحة المرفقة به.<sup>(٢)</sup>

بينما ذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي إلى وجود سلطة تعديل الإدارة لعقودها الإدارية كقاعدة عامة من مقتضاها إن الإدارة تملك أثناء تنفيذها العقد سلطة تغيير شروطه وتعديل مدى إلتزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان، وتشمل هذه القاعدة العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد.<sup>(٣)</sup>

---

- د. عبد المجيد فياض . المصدر السابق . ص ٢٥٩ .

- ٢- د. محمد كامل ليله . نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري . ١٩٦٢ - ص ١٠٩ .

- د. طعمية الجرف . القانون الإداري . ١٩٦٣ . ١٩٦٤ . ص ٤٢١ .

٣ - *L'Huillier (J) Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? D.1953.chronique P.87.*

١ - *Jeze (G) op cit P.224.*

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بفكرة تعديل العقود الإدارية أول مرة في ٢١-٢-١٩١٠ في القضية الخاصة بشركة ( ترام مرسيليا ) المتعلقة بعقد التزام مرفق عام، ثم امتدت هذه السلطة لتشمل العقود الإدارية كافة.<sup>(١)</sup>

ولاققت هذه السلطة القبول لدى الفقه والقضاء الإداريين وأصبحت الإدارة تفرض بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها تغيير أحد شروط العقد كمدته أو أوضاع تنفيذه أو كمية الأعمال المراد تنفيذها.<sup>(٢)</sup>

وقد تضمنت الشروط العامة في العراق في المادة (٥٢) ان للمهندس اجراء اي تغيير في شكل ونوعية وكمية الاعمال ... وعلى المقاول ان يقوم بتنفيذ :

- ١- زيادة او انقاص الكمية لاي عمل تضمنته المفاولة
  - ٢- حذف اي جزء من الاعمال
  - ٣- تبديل صفة او نوعية او صنف اي من الاعمال
  - ٤- تبديل المناسب والاستقامات او الموضع او الابعاد لاي جزء من الاعمال
- تنفيذ عمل اضافي من اي نوع ضروري لاكمال الاعمال .ولا يعتبر اي تغيير كهذا باية حال معطلا لنفاذ المفاولة ... الا ان هذه التغييرات ان وجدت يجب ان تؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد مبلغ المفاولة ومدتها .

هذا ويجوز للمتعاقد أن يطلب من الجهة الإدارية المتعاقدة تمديد مدة العقد إذا كانت هناك أسباب جوهرية تبرر ذلك .  
ويقدم طلب التوريد من جانب المتعاقد إلى الجهة المتعاقدة مرفقاً ببيان للمبررات والأسباب بوضوح والمدة الإضافية المطلوبة، ولا يجوز في هذه الحالة للمتعاقد أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية نتيجة لهذا التمديد .

**شروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل :**

---

٢ - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ١٢٥ .

٣ - موريس أندريه فلام - المصدر السابق - ص ٢٥٠ وما بعدها .

أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست سلطة مطلقة دون قيود ولهذا فإن القانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيوداً لا بد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل وهذه المبادئ والأحكام يمكن إجمالها بما يلي :

#### ١- اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته :

أن طبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، ويجب أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالإمكانيات المالية لأن هذا الأمر سيؤدي حتماً إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة .  
قضت محكمة القضاء الإداري المصري " أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة، بل يرد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتعلقة بتسيير المرفق وحاجاته ومقتضياته" . (١)

إلا في أحوال معينة استثنيتها الشروط العامة الملحقة بالعقود الإدارية في بعض الدول وأجازت تعديل أجور السلع وأسعارها في عقود التزام المرافق العامة مع الأخذ بالحسبان التوازن المالي للعقد . (٢)

كما يشترط أن تكون تلك التعديلات في حدود معقولة على أساس مداها بحيث لا تؤدي إلى فسخ العقد الأصلي أو تبدل موضوعه أو تضع العقبات في طريق تنفيذ العقد .

#### ٢- وجود ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد :

اثر النقاش حول وجوب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر إقدام الإدارة على تعديل عقودها لكي تستخدم سلطتها على هذا الأساس .  
ذهب الدكتور ثروت بدوي إلى تأكيد أن سلطة الإدارة في التعديل لا تقوم إلا إذا استجدت بعد إبرام العقد ظروف تبرر هذا التعديل، فإذا أخطأت الإدارة في تقرير مقتضيات

---

١- حكم محكمة القضاء الإداري في ١٦-٩-١٩٥٦ مجموعة السنة ١١ رقم ١٩٦٠ ص ٩٠ .  
٢- ينظر :

-De laubadere contraccts administratifs Op citP.390.

- د. حسين درويش عبد العال . النظرية العامة في العقود الإدارية . ١٩٩ ص ١١٨ .  
- د. عبد السلام علي المزوعي . المصدر السابق . ص ٢٥٢ .  
- د. علي الفحام . سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري . المصدر السابق . ص ٦١ .  
- د. مصطفى كامل وصفي . حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري . مجلة العلوم الإدارية عام ١٩٧١ . ص ١٥٨ .

سير المرافق العامة، فهي لا تملك بعد ذلك تعديل العقد بما يتفق ومقتضيات سير المرافق العامة.

ويرد الدكتور سليمان الطماوي على هذا الرأي بالقول "أن هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير، والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين، وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، وسواء أكانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة."

ويبدو أن رأي الدكتور "سليمان الطماوي" أكثر صواباً لأن عدم قدرة الإدارة على التوقع أو توقعها غير السليم لا يسلب حقها بضرورة مواجهة الظروف المستجدة التي قد يتعرض لها المرفق .

أما إذا ثبت أن الظروف التي تدعي الإدارة أنها قد استجدت كانت موجودة عند إبرام العقد أو أن الإدارة لا تستهدف من التغيير مقتضيات المصلحة العامة وضرورة تسيير المرافق العامة وإنما تسعى لتحقيق مصالح خاصة، فإن للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء لإقضاء التعويض المناسب .

### ٣- الالتزام بموضوع العقد :

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد، فلا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد ويمتنع عن التنفيذ.

وقد جرى القضاء الإداري في فرنسا على عدم جواز تعديل نصوص العقد الأساسية على أساس أن الشروط غير قابلة للتعديل، إذ أن ذلك يستلزم أخذ موافقة الطرف الثاني وإقالة العقد القديم وإنشاء عقد جديد متى توافرت عناصره<sup>(١)</sup>.

### ٤- احترام قواعد المشروعية :

١- د. أحمد عثمان عياد - المصدر السابق - ص ٢٣٨ .

يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية ، إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون ، وينبغي أن يكون قرارها موافقاً للأنظمة النافذة .

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فلإدارة حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام<sup>(١)</sup>. أو كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك<sup>(٢)</sup> .

#### **رابعاً : سلطة إنهاء العقد :**

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد.

وقد ورد في حكم محكمة القضاء الإداري المصري "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .. ويترتب على ذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر"<sup>(٣)</sup> .

وقد اجازت محكمة التمييز في العراق سلطة الإدارة في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة فقد ورد في حكمها عدد ٢١٧٧٤ في ٢-٢-١٩٦٧ (لوزير الدفاع بناء على المصلحة العامة ان يفسخ المقاوله متى شاء) .

وغالباً ما تضمن الإدارة عقودها شرط تمتعها بهذا الامتياز تجاه المتعاقد معها، وتضمنه في أحيان أخرى في دفاتر الشروط العامة والخاصة، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة

---

١ - حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٠-٤-١٩٥٧ المجموعة السنية الثانية رقم ١٧- ص ٩٣٧ .

٢ - حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ٢٤-٣-١٩٥٧ المجموعة السنية ١٩ رقم ٢٠٤ - ص ٣٠٠ .

٣ - حكم محكمة القضاء الإداري المصري القضية ٧٣٠ لسنة ٢٣ ق المجموعة ١٩٧٢- ص ١٧٢١ .

لا تملك إنهاء عقودها إذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فمن المستقر فقها وقضاء أن هذه السلطة موجودة خارج شروط العقد ونصوص القوانين والأنظمة<sup>(١)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ إلا أن أغلبهم ذهب إلى أن هذه السلطة ما هي إلا صورة من صور التعديل الانفرادي، على أساس أن الإنهاء هو تعديل للشرط الخاص بالمدة. وفي ذلك ذهب *Rivero* إلى أن حق الفسخ الانفرادي هو امتداد طبيعي لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي<sup>(٢)</sup>.

بينما ذهب *Benoit* إلى أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مبدأ مقرر بواسطة القضاء، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن هذه السلطة تختلف عن سلطة التعديل الانفرادي فكل منها نطاقها المستقل إذ أن التعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم ينص عليها في العقد في حين يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي لإلتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها<sup>(٣)</sup>.

وأوضح جانب آخر من الفقهاء أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة، ومن أنصار هذا الرأي الفقيه *Pequignot*، الذي ذهب إلى أنه من غير المعقول أن يصبح العقد حائلاً دون تحقيق أهداف الإدارة وتأمين المنفعة العامة<sup>(٤)</sup>. وقد أيد هذا الاتجاه جمع كبير من الفقهاء العرب<sup>(٥)</sup>.

ويمارس القضاء الإداري رقابته على قرار الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة من حيث مدى مشروعيته وتأسيسه على مقتضيات المصلحة العامة، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يرقم على أسباب مشروعة حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملائمة القرار وإلغائه. على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك إلغاء قرار الإنهاء إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع بالإضافة إلى حق المتعاقد في

---

٤- د. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٧٦٩ .

1- *Rivero (Jean) - precis de droit administratif. Op. cit. P. 121.*

2- *Benoit (F.P) - Le droit administratif from cais - Paris 1968. P 664.*

3 - د. أحمد عثمان عياد - المصدر السابق - ص ٢٦٤ .

4 - د. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٧٧٠ .

د. عبدالغني بيوني عبدالله - المصدر السابق - ص ٥٥٨ .

الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه .

## المبحث الثاني

### حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

مثلما تملك الإدارة حقوق في مواجهة المتعاقد معها، فإن الأخير يتمتع بحقوق متماثلة وتتمثل هذه الحقوق في حقه في الحصول على المقابل النقدي وحقه في اقتضاء بعض التعويضات، وأخيراً حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

#### أولاً: المقابل النقدي :

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً لإلتزاماته التعاقدية .  
وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق ، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها.  
والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على أن لا يدفع إلا بعد إنتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة.

#### ثانياً: حق اقتضاء التعويضات :-

للمتعاقد وفقاً للقواعد العامة أن يتقاضى بعض التعويضات في حالة تسبب الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذها لإلتزاماتها التعاقدية .

كذلك يتقاضى المتعاقد التعويض عن الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة بالعقد إذا كانت هذه الأعمال ضرورية لتنفيذ العقد وتكون مطالبته في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب<sup>(١)</sup>.

كما يستحق المتعاقد التعويض إذا واجه أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر من الكلفة التي قدرها

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسم الرأي في مصر بتاريخ ٤ / ٢ / ١٩٦٤ "أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تجمل في أنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خاصة، ولا يمكنها توقعها بحال من الأحوال عند إبرام التعاقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً : ضمان التوازن المالي للعقد :-

أن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لا بد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه من الإمتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها .

وأصطلح على هذه الفكرة بفكرة التوازن المالي للعقد، وقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة في العديد من أحكامه وخاصة في مجال عقود الالتزام كما أشار إليها الكثير من مفوضي الدولة. ففي تقرير مفوض الدولة ليون بلوم Leon blum في قضية (الشركة الفرنسية العامة للترام) بتاريخ ٢١-٣-١٩١٠ أوضح أنه "إذا انهار الاقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل إلى حدوث شيء من الاختلاف في هذا التوازن بين المزايا والأعباء، بين الإلتزامات والحقوق .. فليس ما يمنع

١- د. عبدالغني بسيوني - المصدر السابق - ص ٥٦٣

1- فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع رقم ٩٥ في ٤-٢-١٩٦٤ المجموعة س ١٨

- ص ١٩١.

الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد فيثبت أن التدخل وإن كان مشروعاً في ذاته وإن كان ملزماً له، سبب له ضرراً يتعين تعويضه عنه" (١).

وقد انقسم الفقه في تحديد معنى التوازن المالي للعقد إلى جانبين ذهب الجانب الأول منه وبتزعمهم الفقيه Pequignot إلى القول أن التوازن المقصود هنا هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه (٢).

بينما ذهب الجانب الآخر إلى أن التوازن المالي للعقد لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والإلتزامات، وإنما يقصد به مرونة إلتزامات المتعاقد مع الإدارة تقضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، فيكون من الضروري أن تتناسب حقوق المتعاقد معه إلتزاماته، زيادة أو نقصاً على الأقل إذا كان حصول هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة .

وهذا الاتجاه هو الراجح فقها وقضاء، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري في ٣٠-٦-١٩٥٧ "أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.. أن من حق المتعاقد المضار من حالة الظروف الطارئة أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر التي تحملها فتعوضه عنها تعويضاً جزئياً.." ثم يستمر هذا الحكم ليقرر مبدأ استقلال نظرية التوازن المالي للعقد عن النظريات الأخرى فيقول: "ومن هذا تختلف هذه النظرية " نظرية الظروف الطارئة" عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه، أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة فإن العقد يظل قائماً وموجوداً كما هو، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر.." (٣)

2- أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ١٢٧ .

3- موريس أندريه فلام - المصدر السابق - ص ٦٠٢.

1- حكم محكمة القضاء الإداري في ٣٠-٦-١٩٥٧ القضية ٩٨٣ السنة ٧ ق - أشار إليه د. سليمان

محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٦٠٣ .

وعلى هذا فإن فكرة التوازن المالي تتعلق بالاختلال المالي للعقود بفعل الإدارة وهي فكرة ملازمة للتعديل في العقود الإدارية ولا يمكن الاعتماد عليها أساساً فيما يتعلق بالنظريات الأخرى التي تحدد الإلتزامات التعاقدية كمنظريّة عمل الأمير ونظريّة الظروف الطارئة ونظريّة الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونجد أن من المناسب أن نتناولها تباعاً.

### ١-نظريّة عمل الأمير *Theorie du fait du prince*

يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها . وهذه النظريّة من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد اتبع القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه .

فقد ورد في فتوى صادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أن عمل الأمير هو " إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقفاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسه الإجراء " .<sup>(١)</sup>

### شروط تطبيق النظريّة :

يشترط لتطبيق نظريّة الأمير توافر ما يأتي :

- ١- أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري : لا تقوم نظريّة الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أيّاً كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظريّة على عقود القانون الخاص .
- ٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة : ومع ذلك فإذا صدر هذا الفعل من جهة أخرى لا يمنع من تطبيق نظريّة الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، ويستوي أن يكون هذا الفعل قد صدر بشكل تشريع أو قرار إداري .<sup>(٢)</sup>
- ٣- أن ينتج عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد : ويتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من

١- فتوى الجمعية العمومية ٢٩٧ الصادرة بتاريخ ١١-٢-١٩٦٥ المجموعة س ١٩ ق ٨٨ . ص ٢٠٩ .

٢- د. صبيح بشير مسكوني . مبادئ القانون الإداري الليبي . ١٩٧٨ . ص ٥٠٢ .

الجسامة، فقد يكون جسمياً أو يسيراً وبهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقها .

٤- أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار: يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تتصرف الإدارة في حدود سلطتها المعترف بها وأن لا تكون الإدارة قد أخطأت باتخاذ هذا العمل .

فالإدارة تسأل في نطاق هذه النظرية بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية هنا تكون مسئولية عقديّة بلا خطأ أما إذا انطوى تصرفها على خطأ، فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ .<sup>(١)</sup>

٥- أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصادر وقت التعاقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إليها.<sup>(٢)</sup> ومن المستقر في هذا المجال أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائماً، ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل<sup>(٣)</sup>

### **الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير :**

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة، تعويضاً كاملاً .

وفي ذلك استقر القضاء الإداري على أن يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير من قبيل ما تحمله من نفقات إضافية ورسوم جديدة ، وكذلك مافاته من كسب يتمثل بالمبالغ التي كان سيحصل عليها لو لم يختل التوازن المالي للعقد . ويتم تقدير مبلغ التعويض باتفاق الطرفين، فإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن القضاء يتولى هذا التقدير .

3- د. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق . ص ٦٢٨ .

د. علي الفحام . المصدر السابق . ص ٣٣٥ .

د. عبد السلام المزوعي . المصدر السابق . ص ٣٢٠ .

1- حكم محكمة القضاء الإداري المصري ٣٠-٦-١٩٥٧ رقم ٩٨٣ س ٧ ق المجموعة ص ٦٠٨ .

2- د. علي الفحام-المصدر السابق - ص ٣٣٢ .

وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصري الأسس التي يتم من خلالها تحديد مقدار التعويض في حكمها بتاريخ ٣٠-٦-١٩٥٧ الذي ورد فيه " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد .. أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وإن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه، ولتعبير "عدم التوقع" في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة، ما دام إنها ليست جزءاً من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير ، والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين، الأول ما لحق المتعاقد من خسارة ، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه، والثاني ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله .. "

(١)

## ٢. نظرية الظروف الطارئة : *Theorie du L'imprévision*

نظرية الظروف الطارئة من خلق مجلس الدولة الفرنسي، الذي أقرها في حكمه بتاريخ ٣٠-٣-١٩١٦ بشأن قضية إنارة مدينة "بورديو" وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بورديو، أثناء تنفيذها للعقد، وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيراً من أن تغطي النفقات بعد الارتفاع في أسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثاله، فقد كان ثمن طن الفحم عند إبرام العقد في عام ١٩٠٤ - "٢٣ فرنكا"، وارتفع في عام ١٩١٦ إلى أكثر من "٧٣ فرنكا"، مما أصبح معه تنفيذ الشركة لإلتزاماتها مرهقاً .

١- حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧، القضية ١٩٨٣ ق المجموعة- ص ٦٠٨.

وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقد معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استناداً إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في عقود القانون الخاص.

وقد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي أقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد، وفي ذلك ورد الحكم " .. من حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام، وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وأن الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلاً طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه .." وخلص المجلس من ذلك إلى قوله "بالترام الشركة بضمان المرفق محل الالتزام، ومن ناحية أخرى بأن عليها أن تتحمل فقط خلال هذه الفترة الوقتية جزءاً من النتائج المبهضة لموقف القوة القاهرة.. الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد بتركه على عاتقها..<sup>(١)</sup>.

ومن هذا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً مثلما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ، فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكناً ولكنه مرهق، وعلى ذلك لا تعفي المتعاقد من تنفيذ العقد، إلا أنها تمنح المتعاقد الحق في الطلب من الإدارة أن تسهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به، ضماناً لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع .

### **شروط تطبيق النظرية :**

يشترط لتحقيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية :

---

١- أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ١٦٣ - ص ١٦٤.

١- وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، ويشترط ألا يمكن دفعها أو تداركها من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو سياسياً مثل إعلان الحرب، أو طبيعياً كحدوث زلزال أو فيضان .

ويشترط في هذا الظرف أن لا يكون متوقعاً، وفي ذلك بينت محكمة القضاء الإداري، أن هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو على الرغم من تنبيهه أو ما اتخذته من حيلة لا تقوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على الإسهام في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه (١)

هذا وبعد الظرف الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار ولكنه لم يكن يتوقع ارتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه فإن الشرط يعد متوفراً وتطبق النظرية في هذه الحالة (٢).

٢- أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد ومستقلاً عن إرادته: فلا يستطيع المتعاقد أن يستفيد من هذه النظرية، إذا كان متسبباً بإحداث الظرف الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقاً .

كذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي التي تسببت في إحداث هذا الظرف بخطئها أو بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر وفق قواعد المسؤولية أما على أساس الخطأ أو استناداً إلى فكرة المسؤولية دون خطأ وفقاً لنظرية عمل الأمير التي أوضحناها سابقاً .

٣- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إلحاق خسائر غير مألوفة ومن شأن هذه الخسائر أن تؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد، وإرهاق المتعاقد.

وعلى ذلك فإن حدوث خسائر بسيطة للمتعاقد لا تسمح بالاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ تجاوزت الخسارة العادية المألوفة .

---

٢ - حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ٢٠-١-١٩٥٧ القضية ٧٨٩٢ - ٨ ق.

١- ينظر:

د. عزيزة الشريف - المصدر السابق - ص ٢٣٧ ود. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص

٦٧٨ و د. صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ٥٠٠.

هذا ومن الواجب أن ينظر إلى العقد بمجمله لتحديد مدى الإرهاق الذي لحق بالمتعاقد فلا ينظر إلى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن أن يكون مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى، التي أدت إلى الخسارة<sup>(١)</sup>.

٤- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد :

لكي يتمكن القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يجب أن يكون الالتزام قائماً ولم يتم تنفيذه، وهذا الشرط يستلزم أن يكون العقد من شأنه أن يمتد مدة من الزمن تسمح بتحقيق الظروف الطارئة، ويحصل ذلك في الغالب في عقود امتياز المرافق العامة وعقود التوريد والأشغال العامة .

### **الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة :**

أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته فالمتعاقد يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً .

كما تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير في أنه يترتب على تحقق عمل الأمير تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض لا يغطي إلا الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ والتي تجاوزت الحدود المعقولة<sup>(٢)</sup>.

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ بقولها "أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع - أيأ كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل - وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة"<sup>(٣)</sup>.

والإدارة في سبيل تعويض المتعاقد، قد تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاقه وتتحمل بعض عبء هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من

٢- حكم المحكمة الادارية العليا في مصر، جلسة ٩- ٦- ١٩٦٢ المجموعة - ص ١٠٢٤.

١- أنظر الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ٩- ٦- ١٩٦٢- القضية ٢١٥٠ السنة ٦ ق مجموعة أحكام المحكمة السنة السابعة - ص ١٠٢٤.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا - جلسة ١٦ - ٥ - ١٩٨٧ - ط. ٣٥٦٢ / ٢٩ ق

الاستمرار بتنفيذ العقد ، وإذا لم يتم هذا الاتفاق فإنه للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد استناداً إلى التفسير المعقول للعقد<sup>(١)</sup>.

هذا ويتميز حق التعاقد في اقتضاء التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة بأنه حق مؤقت ينقضي بانقضاء ظرف الطارئ، فلا يتصور أن يستمر طويلاً ، ويملك أي من المتعاقدين أن يفسخ العقد وذلك بالاستناد إلى نظرية القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا ويكون الفسخ أما بحكم قضائي أو قرار إداري ومن الممكن أن يكون حكم المحكمة بالفسخ مصحوباً بالتعويض إذا كان له مقتضى .

ومن الملاحظ هنا أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة ويعد باطلاً اشتراط الإدارة ذلك لمخالفته للنظام العام .

### ٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة *Theorie des Suj etions imprevue*.

يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان وخاصة في عقود الأشغال صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل في حساب طرفي العقد عند التعاقد، وتجعل تنفيذ الالتزام أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة.

وفي هذه الحالة درج القضاء الإداري في فرنسا على ضرورة تعويض المتعاقد إذا أدت الصعوبات التي واجهته إلى قلب اقتصاديات العقد، على أساس أن النية المشتركة لأطراف العقد اتجهت إلى أن الأسعار المتفق عليها في العقد إنما وضعت في ظل الظروف العادية وأن أي زيادة في الأسعار بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة تتطلب تقدير خاص يتناسب معها.

وغالباً ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية كما لو صادفت المتعاقد لحفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعة توقعها رغم ما اتخذته من حيطة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ .

وقد طبق القضاء الإداري المصري هذه النظرية فقضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٠-١-١٩٥٧ " ومن حيث أن المدعى يؤسس طلب التعويض - في هذه الحالة- على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، مقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة

٣- د. عزيزة الشريف - المصدر السابق - ص ٢٤٣ .

تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا ، لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها..<sup>(١)</sup>

### شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

يشترط لتطبيق هذه النظرية توافر الشروط الآتية :

١- أن تكون الصعوبات مادية : وترجع هذه الصعوبات في الغالب إلى ظواهر طبيعية ترجع إلى طبيعة طبقات التربة محل العقد كأن يكتشف المتعاقد أن الأرض المراد تنفيذ العقد فيها ذات طبيعة صخرية مما يقتضي زيادة مرهقة في النفقات و التكاليف ، أو يفاجأ المتعاقد بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيفها .<sup>(٢)</sup>

كما قد ترجع الصعوبات إلى فعل الغير ، وليس إلى ظواهر طبيعية ، كوجود قناة مملوكة لشخص ولم يشر إليها في العقد أو مواصفاته .<sup>(٣)</sup>

٢- أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية : اشترط القضاء لتطبيق هذه النظرية مثلاً إذا كانت الطبقة الصلبة من التربة لمساحة محدودة وإنما يجب أن تكون بامتداد غير عادي ولمساحة واسعة أو بنسبة كبيره من مجموع المنطقة محل العقد .<sup>(٤)</sup> ويترك للقاضي مسألة ما إذا كانت الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي من عدمه ويختلف ذلك حسب الحالات المعروضة كل على حده .

٣- أن تكون الصعوبات المادية طارئة أو غير متوقعة : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية طارئة وغير متوقعة وقت التعاقد كأن يفاجأ المتعاقد بحاله لم يكن قد توقعها لافي دفتر الشروط ولا في الدراسات الاولييه للمشروع.<sup>(١)</sup>

---

١- حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ٢٠-١-١٩٥٧ القضية ٧٨٩٢ / ٨ ق المجموعة س ١١ ص ١٥٢ .

١- د. سليمان محمد الطماوي- المصدر السابق- ص ٧٢٢ .

٢- د. عبد السلام المزوغي - المصدر السابق - ص ٣٦٠ .

٣- حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ٢٠-١-١٩٥٧ المجموعة س ١١ ص ١٥٢ .

٤- أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق اضطراب في التوازن المالي للعقد :  
وعلى ذلك فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فإنه لا يسمح بالاستفادة في هذه النظرية فمن الواجب أن يصل الضرر حداً يتجاوز الخسارة المألوفة ليقرب اقتصاديات العقد ويتبين ، هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد زيادة على القيمة الاجمالية للعقد.

٥- أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن لا يكون للمتعاقد دخل في إحداث الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة وأن يثبت انه لم يكن في وسعه توقي آثارها وانه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته . ويشترط من جانب آخر أن لا يكون للإدارة دخل في وجود تلك الصعوبات وأن كان يمكن الاستفادة من نظريه عمل الأمير في هذا المجال .

٦- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد : لكي يستفيد المتعاقد من هذه النظرية يجب أن يستمر في تنفيذ العقد رغم الصعوبات المادية التي يواجهها ، فإذا توقف فإنه يتعرض للجزاء المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ويفقده الحق في المطالبة بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية .

وفي هذا تتفق نظريه الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من التزاماته .

### **الآثار المترتبة على تطبيق النظرية :**

يترتب على توافر شروط هذه النظرية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار المتفق عليها.<sup>(٢)</sup>

وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظريه الظروف الطارئة ، فهذه الاخيره تطبيق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينتج عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدد تساهم فيه جهة الإدارة .

---

٤- الجمعية العمومية للقسم الاستشاري فتوى رقم ٩٥ في فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة مجلس الدولة السنة ١٨ ص ١٨٦ .

١- حكم محكمة القضاء الإداري في ١٧ يناير ١٩٥٧ مشار إليه سابقاً .

كما أنها تختلف عن نظريه عمل الامير من حيث سببها ، فهذه الاخيره تطبق بسبب اجراء عام أو خاص صادر عن السلطة الاداريه المتعاقده ، ولكنها تتفق معها في النتيجة ، ففي كلا الحالتين التعويض كامل وليس جزئي ، على أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي بحال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ إلتزاماته ، ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلًا فنكون أمام حاله القوه القاهره .

وقد أكدت المحكمه الاداريه العليا في مصر هذا الاتجاه في حكمها بتاريخ ٣٠-١٢-١٩٩٧ بقولها " .الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات ماديه لم تكن متوقعه لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الاضافيه التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده ،خارج نطاق العقد ، وان تلك الصعوبات غير عاديه ، وترجع إلى طبيعة الأرض والاتربه ، وانه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها ، وهو ما يفيد توفر شروط انطباق نظريه الصعوبات الماديه غير المتوقعة ، بما يتعين معه تعويض المقاول بالتكاليف التي تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة . وإذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب ، حيث قضى بالزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية ، بما يجاوز نسبه ٢٥% من الأعمال الأصلية ، فانه يكون قد صادف حكم القانون وجديرا بالتأييد. " . (١)

---

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا- طعن إداري رقم ٥٦٧ لسنة ٢٩ ق بتاريخ ٣٠-١٢-١٩٩٧ .

## الفصل الخامس

### نهاية العقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود في ظل القانون الخاص، أما بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها، أو بانقضاء مدتها وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية أو مبتسره قبل أجلها الطبيعي.

وستتناول في هذا الفصل هاتين الطريقتين لانتهاء العقود الإدارية في مبحثين ، نخصص الأول للمبحث في انقضاء العقود الإدارية بالطريق العادي، ونبين في المبحث الثاني حالات الانقضاء المبتسر .

### المبحث الأول

#### الانقضاء العادي للعقد الإداري

ينقضي العقد الإداري مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص بتنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة له:

#### أولاً - انقضاء العقد بتنفيذ الإلتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذاً كاملاً :

الوضع الغالب في العقود الادارية هي أنها عقود فورية إذ ينقضي عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن ، كذلك ينتهي عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة. ومع ذلك فقد تتجدد مثل هذه العقود تجديداً صريحاً أو ضمناً فنكون هنا أمام عقد جديد ينتهي بانتهاء مدة التجديد" (١).

#### ثانياً : انقضاء العقد الإداري بانتهاء المدة المحددة له:

توجد طائفة خاصة من العقود تعد من العقود الزمنية عندما تحدد بمدة معينة ، فمتى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد، مثلما هو الحال في عقود الإلتزام. كما إن هذا الأمر يطبق بصورة خاصة في بعض عقود الأشغال العامة المتعلقة بالصيانة ، فهي تنقضي بانقضاء المدة المحددة لها في العقد ، حتى لو لم يتم

---

١- ينظر: د.علي محمد بدير، د.عصام البرزنجي، د.مهدي ياسين السلامي، القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٥١٥.

انتهاء جميع الأعمال التي يفترض أن يقوم بها المتعاقد مع الإدارة(١) ، بمعنى أن إرادة الأطراف هنا تعطي الأولوية للوقت لا لحجم الأعمال ومقدارها. وعليه فإذا ما حددت الأطراف مدة زمنية معينة لتنفيذ ذلك العقد ، وحل ذلك الأجل فإن نهاية الأجل تعد بمثابة نهاية لذلك العقد وانقضاء له ، كأن يتفق الأطراف على صيانة مرفق عام، يبرم لمدة سنة واحدة، فإنه يبدأ حساب تلك المدة من يوم المباشرة بالأعمال وينتهي بعد تمام سنة من ذلك اليوم (٢) .

## المبحث الثاني

### الانقضاء المبسر للعقد الإداري

بالإضافة إلى الانقضاء العادي للعقد الإداري، من الجائز أن ينقضي العقد نهاية مبسره قبل أوانه في حالات معينة .

#### أولاً: الفسخ باتفاق الطرفين:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو أتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقياً يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على الفسخ هذا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص .

وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوباً بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.

يقصد بالفسخ الإرادي أو التقايل (٣) ، بأنه اتفاق الطرفين المتعاقدين على نقض العقد والتحلل منه بإرادتهما المشتركة، أي اتفاقهما على أن يقلل كل منهما الآخر من العقد بعد إبرامه.

فقد يحدث بعد إبرام عقد الأشغال العامة أن يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء ذلك العقد قبل مدته أو قبل إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقياً ومستنداً إلى

---

١- ينظر: د. سليمان محمد الطماوي ، العقود الإدارية ، ، المصدر السابق ، ص ٧٤٣ .

٢- ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الإداري، المصدر السابق ، ص ٢٤٤ .

٣- نصت (م/١٨١) من القانون المدني العراقي على إن : " للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده".

رضا الطرفين المتعاقدين، لأن الرضا المتبادل لهؤلاء هو الذي بعث بالعقد إلى الوجود فلا مشكلة أن يزيله منه ، فالإزام العقد إنما تقرره إرادة أطرافه، وهي تقرر انقضاءه أيضاً. والواقع أن التقايل في حق المتعاقدين فسخ ، في حين أنه في حق الغير عقد جديد يبرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين أطرافه ، ومن ثم فإنه يلزم لانقضاءه ما يلزم لانقضاء سائر العقود الأخرى المدنية والإدارية من أركان الأهلية والرضا والسبب. وبترتب على ما سبق أنه يلزم لإنهاء العقد السابق، وإبرام العقد الجديد هنا موافقة الجهة الإدارية التي تملك حق إبرامه وفقاً لقواعد الاختصاص(١)، كما يجب أن تكون إرادة الطرفين صريحة وواضحة ، ولكن لا يشترط أن يفرغ ذلك الاتفاق في صورة معينة، فأطراف العقد أحرار في الطريقة التي يتفقون بموجبها على إنهاء العقد ، حيث سلم مجلس الدولة الفرنسي بإنهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الإدارة والمتعاقد معها (٢).

### ثانياً : الفسخ بقوة القانون:

ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقاً للقواعد العامة ومنها :

- ١- هلاك محل العقد: ينقضي العقد بقوة في حالة هلاك محله، إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين وبين ما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة ففي الحالة الأولى ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب الإنهاء .
- أما في الحالة الثانية فإن الإدارة تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء المبسر الذي تسببت فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل التعاقد تنفيذاً لإجراء عام كهدم دور آيلة للسقوط كان المتعاقد ملتزماً بصيانتها، إذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير.
- ٢- إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتباراً من هذا التاريخ.

---

١- وفي هذا الصدد، يقول الدكتور محمود خلف الجبوري "أنه يجب أخذ الموافقات الرسمية من الجهة المختصة بإبرام العقد الإداري وفق قواعد الاختصاص ، ويجب أن تكون إرادة إنهاء العقد بهذه الطريقة واضحة لا يكتنفها الغموض، وفيما عدا ذلك فأن المتعاقدين أحرار في الطريقة التي يتفقون بموجبها على إنهاء العقد والتقايل بشأنه" ، ينظر: د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق ، ص ٢٢٧-٢٢٨ .

٢- ينظر: د. سليمان الطماوي ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٩٩ .

٣- إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم أنفساخ العقد من تاريخ تحققها . (١)

### ثالثاً: الفسخ القضائي :

قد يتقرر فسخ العقد الإداري بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معينة.

#### أ- الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة:

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقعه .

والقوة القاهرة هي حادث خارجي لا يد للمتعاقدين في أحداثها، غير متوقع ومستحيل الدفع، يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد مدنياً كان أم إدارياً، بصورة مؤقتة أم دائمية، كلية أم جزئية (٢). ويشترط في الحادث الذي يدخل في عداد القوة القاهرة ما يأتي:

١. أن يكون الحادث غير متوقع عند التعاقد ، ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا ذاتي ، ويؤخذ فيه بتوقع أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمر، وهنا تشترك القوة القاهرة مع الظروف الطارئة.

٢. أن يكون الحادث مستحيل الدفع، وهذا هو الفارق بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة ، لأن تلك الأخيرة ممكن الدفع بعد حدوثها.

٣. أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ العقد، استحالة مطلقة وبصورة دائمية ، وسواء أكانت تلك الاستحالة مادية أم قانونية ، كلية أم جزئية.

أما الاستحالة الوقتية فليست من شأنها أن تقضي على الإلتزام بل تؤدي إلى توقف العقد لمدة معينة ، على أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد عند زوال المانع الذي أدى إلى وقف التنفيذ ، وفي حال استمرار ذلك الظرف وعدم زواله فأن العقد سينفسخ بقوة القانون ،

---

١- ينص قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ انه : " يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

أ. إذا ثبت أن المتعاقد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو حصل على العقد عن طريق الرشوة.  
ب. إذا أفلس المتعاقد أو أعسر. "

٢- ينظر: د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري ، ط ١ ، دار وائل للنشر، الأردن ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٢٢.

ذلك يعني أنه عند تحقق سبب الاستحالة ، يجب أن لا يصار إلى سرعة تطبيق الأثر النهائي للاستحالة ، واعتبار العقد منفسخاً من تلقاء نفسه .

٤ . أن لا يكون للمتعاقد يد في إحداثه، وعندئذ يتحول الالتزام من التنفيذ العيني إلى الالتزام عن طريق التعويض.

و إذا ما تحققت القوة القاهرة فإن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، وإذا التجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه.<sup>(١)</sup> ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي معززاً رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة إلى أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها استناداً منها إلى القوة القاهرة ويكون الفسخ هنا فسخاً إدارياً.<sup>(٢)</sup>

## ٢ - الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية :

أن حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف .

باستثناء حالة طلب إسقاط الالتزام في فرنسا، إذ أن القضاء الفرنسي مستقر على أنه لا يجوز أن يتم الفسخ إلا بحكم قضائي .

أما بالنسبة للمتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسيماً، وإذا حكم القضاء بذلك فإن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى .

١- د. سليمان محمد الطماوي . المصدر السابق . ص ٧٦٩ .

٢- ينظر : د. أحمد عثمان عياد . المصدر السابق . ص ٢٥٢ .

د. عبد السلام علي المزوعي - المصدر السابق - ص ٣٩٦ .

### ٣- الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد :

تملك الإدارة كما بينا سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام ، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض .  
وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد. فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائماً .

إذ إن حق تعديل العقد من جانب الإدارة وحدها مشروط بأن لا تتجاوز تلك التعديلات الحدود الطبيعية المعقولة والمنطق عليها في العقد مسبقاً بدرجة كبيرة ، وأن لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ، ومن دون أن تؤدي إلى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقد معها وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرضت عليه تلك الأعمال عند التعاقد لأول مرة .

وإذا أصدر القاضي حكماً بفسخ العقد ، فإن آثاره تمتد إلى تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ صدور الحكم ، كما يجوز أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض مادي يشمل جميع ما أصابه من أضرار وما فاتته من كسب ، بشرط ان لا يتمتع المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد<sup>(١)</sup> ، وإلا فإنه يعد مخالفاً بالتزاماته ويكون مسؤولاً مسؤولية تعاقدية تجاه الإدارة .  
وأساس الفسخ القضائي كموازن لسطات الإدارة هو أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الذي نشأ عنه هذا من جهة.  
خرجت عن هذا الهدف ولم تحققه رغم استخدام سلطتها ، جاز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء كي يحكم له بفسخ العقد<sup>(٢)</sup> .

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى ذلك بقولها " أن مخالفة جهة الإدارة لما يفرضه عليها العقد الإداري من التزامات ، وما ينشأ عن ذلك من زيادة أعباء المتعاقد معها عن الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها أو أن تفوق في قيمتها ونتائجها ما أتفق عليه

---

١- وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في إحدى أحكامها بصدد إحدى عقود الأشغال العامة " أما امتناعه بإرادته المنفردة عن تنفيذ التزاماته فهذا ما تأباه العقود الإدارية لما يترتب عليه من إخلال بحسن سير العمل بالمرافق والأضرار بالمصلحة العامة وبالتالي يكون المقاول مسئولاً في هذه الحالة عن موقفه " ، (الطعن رقم ٩٤٩ لسنة ٢٦ ق . جلسة ١٩٨٣/٤/٣٠) ،  
٢-ينظر: د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق ، ص ٣٤١ .

أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد إرهاباً كبيراً يجاوز إمكانياتها الفنية أو المالية أو الاقتصادية ، فإن ذلك يستتبع الحكم بفسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يكفي لإصلاح الضرر " (١).

#### رابعاً : الفسخ عن طريق الإدارة :

تملك الإدارة في بعض الحالات التي ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط العامة أن تفسخ عقودها الإدارية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. كذلك إذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحد هؤلاء المتعاقدين فتملك الإدارة الخيار بين إنهاء العقد مع رد التأمين وبين تكليف باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه. ويتم إنهاء العقد في هاتين الحالتين بخطاب مسجل دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أخرى .

ومن جانب آخر للإدارة أن تنتهي عقودها الإدارية دون الحاجة لنص في قانون أو الشروط الخاصة بإبرامها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد، مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء. وسبق وأن أوضحنا الضوابط الواجب مراعاتها عند إنهاء الإدارة لعقودها للمصلحة العامة .

---

١- حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٨٦٥ لسنة ٢٠/ق- (١٩٦٨ /٦/٣٠) : المجموعة - السنة ٢٢-بند ٢٢٠-ص ٣٧٣ ، نقلاً عن د .محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري، المصدر السابق ، هامش ص ٢٧٠ .



## قائمة بأهم المصادر

### أولاً :: الكتب والمؤلفات باللغة العربية ..

١. أبي حسن الماوردي \_ الأحكام السلطانية \_ الطبعة الثانية ١٩٦٦ .
٢. د. إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية وتطبيقاتها في القانون الكويتي - ١٩٨١ .
٣. د. أحمد مدحت علي \_ نظرية الظروف الاستثنائية \_ القاهرة ١٩٧٨ .
٤. د. أنور أحمد رسلان - القانون الإداري - دار النهضة العربية ١٩٩٤ .
٥. د. الشافعي أبو راس \_ التنظيمات السياسية الشعبية ١٩٧٤ .
٦. د. توفيق شحاته \_ مبادئ القانون الإداري \_ ١٩٥٥ .
٧. د. ثروت بدوي \_ مبادئ القانون الإداري \_ مصر ١٩٧٢ .
٨. د. ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - ١٩٨٢ .
٩. د. حنا نده \_ القضاء الإداري في الأردن \_ عمان ١٩٧٢ .
١٠. د. حمدي ياسين عكاشة \_ القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة \_ الإسكندرية ١٩٨٧ .
١١. د. حسن محمد عوضة - السلطة الرئاسية - بيروت - ١٩٧٥ .
١٢. د. خالد عبد العزيز عريم \_ القانون الإداري الليبي \_ بيروت .
١٣. ريمون أودان - النزاع الإداري ترجمه : سيد بالضياف - تونس - ٢٠٠٠ .
١٤. د. رأفت فوده \_ المصادر المشروعة الإدارية ومنحنياتها \_ القاهرة ١٩٩٤ .
١٥. رمزي الشاعر - في المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية - ١٩٨٢ .
١٦. د. سامي جمال الدين \_ القضاء الإداري والرقابة علي أعمال الإداري \_ دار الجامعة الجديدة .
١٧. د. سامي جمال الدين \_ المنازعات الإدارية \_ منشأة المعارف \_ الإسكندرية ١٩٨٤ .
١٨. د. سامي جمال الدين - اللوائح الإدارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٤ .

١٩. سعد العلوش - نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي - دار النهضة  
- ١٩٦٨ .

٢٠. د. سعيد عبد المنعم الحكيم \_ الرقابة علي أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم  
المعاصرة \_ القاهرة ١٩٧٦ .

٢١. د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - دار الفكر ١٩٧٩ .

٢٢. د. سليمان محمد الطماوي \_ القضاء الإداري - دار الفكر العربي ١٩٧٧ .

٢٣. د. صبيح بشير مسكوني - القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية - بنغازي .

٢٤. د. صبيح بشير مسكوني \_ القضاء الإداري في الجماهيرية العربية الليبية \_ جامعة  
قار يونس بنغازي ١٩٧٤ .

٢٥. د. طعيمة الجرف \_ رقابة القضاء علي أعمال الإدارة العامة \_ قضاء الإلغاء \_ دار  
النهضة العربية ١٩٨٤ .

٢٦. د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - مطبعة القاهرة الحديثة - ١٩٧٣ .

٢٧. د. عبد الرضا الطعان \_ التنظيم الدستوري في ليبيا بعد الثورة ج ٢ \_ جامعة قار يونس  
بنغازي .

٢٨. د. عبد الله طلبه - مبادئ القانون الإداري - ج ١ - جامعة حلب - ١٩٨٧ .

٢٩. د. عبد الوارث المسوري \_ معيار تمييز القرار الإداري \_ رسالة ماجستير \_ جامعة قار  
يونس بنغازي ١٩٩٩ . ( غير منشورة )

٣٠. عبد القادر باينه \_ القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي \_ دار توبقال \_  
المغرب ١٩٨٥ .

٣١. د. عبد الفتاح حسن - التأديب في الوظيفة العامة - القاهرة ١٩٦٤ .

٣٢. د. عبد الفتاح حسن \_ القضاء الإداري \_ قضاء الإلغاء \_ ج ١ مكتبة الجلاء .

٣٣. د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإداري - ١٩٧٩ .

٣٤. د. عبد الفتاح ساير داير \_ نظرية أعمال السيادة \_ رسالة دكتوراه \_ مطبعة الجامعة  
\_ القاهرة ١٩٥٥ .

٣٥. د. عزيزة الشريف \_ دراسات في العقد الإداري \_ موسوعة القضاء والفقهاء العدد ٥٣ .

٣٦. د. عثمان خليل عثمان \_ مجلس الدولة \_ الطبعة الرابعة \_ القاهرة .

٣٧. د. عثمان خليل عثمان \_ نظرية المرافق العامة \_ القاهرة ١٩٥٨ .
٣٨. د. عاشور سليمان صالح شوايل - مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري -  
جامعة قاريونس - ١٩٩٧ .
٣٩. د. عصمت عبد الله الشيخ - مبادئ ونظريات القانون الإداري - دار النهضة العربية  
- القاهرة ١٩٩٩ .
٤٠. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي \_ السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء \_ رسالة  
دكتوراه \_ جامعة القاهرة ١٩٧١ .
٤١. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي \_ الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة \_ كلية القانون  
\_ جامعة بغداد ١٩٨٧ \_ ١٩٨٨ .
٤٢. د. علي جمعة محارب - التأديب في الوظيفة العامة - جامعة عين شمس - ١٩٨٦ .
٤٣. د. عمر محمد الشويكي \_ القضاء الإداري \_ الجزء الأول \_ دار الثقافة الأردن ١٩٩٦ .
٤٤. د. عمر حلمي \_ معيار تمييز العقد الإداري \_ دار النهضة العربية \_ القاهرة .
٤٥. د. فوزي حبيش - الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين - لبنان - ١٩٨٦ .
٤٦. د. فاروق أحمد خماس \_ محمد عبد الله الدليمي \_ الوجيز في النظرية العامة للعقود  
الإدارية \_ جامعة الموصل ١٩٩٢ .
٤٧. د. محمود حافظ \_ القضاء الإداري \_ الطبعة السابعة \_ دار النهضة العربية \_  
القاهرة .
٤٨. د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القانون الإداري - دار الفكر ١٩٩٢ .
٤٩. د. محسن خليل \_ القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة \_ دار النهضة العربية  
١٩٧٠ .
٥٠. د. محمد كامل ليله \_ النظم السياسية \_ الدولة والحكومة \_ دار الفكر العربي ١٩٦٣ .
٥١. د. محمد جودت الملت - المسؤولية التأديبية للموظف العام - جامعة القاهرة - ١٩٦٧ .
٥٢. د. محمد رفعت عبد الوهاب ود - حسين محمد عثمان - مبادئ القانون الإداري -  
٢٠٠١ .

٥٣. د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - ١٩٩٤ .
٥٤. محمد سعيد حسين أمين - مبادئ القانون الإداري - دار الثقافة الجامعية - ١٩٩٧ .
٥٥. محمد فؤاد عبد الباسط - القانون الإداري - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية .
٥٦. د. محمد كامل ليله \_ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة \_ دار النهضة ١٩٧٠ .
٥٧. د. محمد عبد الله الحراري \_ الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي \_ مطابع العدل .
٥٨. د. محمد عبد الله الحراري - أصول القانون الإداري الليبي - ١٩٩٥ .
٥٩. د. محمد مدني \_ القانون الإداري الليبي ١٩٧٤ .
٦٠. د. منصور العتوم - المسؤولية التأديبية للموظف العام - ١٩٨٤ .
٦١. د. عبد السلام مخلص \_ نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء \_ دار الفكر العربي ١٩٨١ .
٦٢. د. عبد الغني بسيوني - القضاء الإداري - منشأة المعارف ١٩٩٦ .
٦٣. د. عبد الغني بسيوني - القانون الإداري - ١٩٩١ .
٦٤. د. عبد الغني بسيوني - التفويض في السلطة الإدارية - الدار الجامعية - ١٩٨٦ .
٦٥. د. محمد العبادي \_ قضاء الإلغاء \_ عمان ١٩٩٥ .
٦٦. د. محمد فؤاد مهنا \_ الوجيز في القانون الإداري \_ المرافق العامة ١٩٦١ .
٦٧. د. محمد فؤاد مهنا \_ القانون الإداري المصري والمقارن - ج ١ - ١٩٥٨ .
٦٨. د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ لأحكام القانون الإداري - ١٩٧٥ .
٦٩. د. محمد على آل ياسين \_ القانون الإداري \_ المكتبة الحديثة \_ بيروت .
٧٠. د. محمد فؤاد عبد الباسط \_ القرار الإداري \_ دار الفكر العربي ، القاهرة، بدون سنة طبع .
٧١. معمر القذافي \_ الكتاب الأخضر \_ الطبعة السادسة والعشرون \_ ١٩٩٩ .
٧٢. د. مصطفى أبو زيد فهمي \_ القضاء الإداري ومجلس الدولة \_ ١٩٦٦ .
٧٣. د. مصطفى أبو زيد فهمي - القانون الإداري - ١٩٨٤ .
٧٤. د. مصطفى أبو زيد فهمي - الوجيز في القانون الإداري - ١٩٥٧ .

٧٥. د. ماجد راغب الحلو \_ القضاء الإداري \_ دار المطبوعات الجامعية \_ الإسكندرية  
١٩٩٥.
٧٦. د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية -  
١٩٨٧ .
٧٧. د. مازن ليلو راضي \_ دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري \_ رسالة  
دكتوراه \_ جامعة بغداد ١٩٩٩ .
٧٨. د. مازن ليلو راضي - الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة - دار المطبوعات  
الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٢ .
٧٩. د. مازن ليلو راضي - الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي - مركز الجبل  
الأخضر للطباعة - ٢٠٠٢ .  
للطباعة - ٢٠٠٢ .
- ٨٠- د. مازن ليلو راضي و د. حيدر ادهم عبد الهادي- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية-  
دار قنديل - عمان ٢٠٠٨
٨١. د. ماهر أبو العينين \_ دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري \_ دار الكتب القانونية  
١٩٩٨ .
٨٢. د. ماهر صالح علاوي \_ مبادئ القانون الإداري \_ العراق \_ ١٩٩٦ .
٨٣. مارسولون \_ بروسيرفي \_ جي بريان \_ أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي \_  
ترجمة د. أحمد يسري \_ منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩١ .
٨٤. د. منيب محمد ربيع \_ ضمانات الحرية بمواجهة سلطات الضبط الإداري \_ جامعة  
عين شمس ١٩٨١ .
٨٥. د. هاشم خالد \_ مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء \_ مؤسسة  
الشباب الجامعة .

### ثانياً :: البحوث والمقالات ::

١. د. حاتم على لبيب \_ نظام المفوض البرلماني في أوروبا \_ مجلة مصر المعاصرة  
١٩٧١ .
٢. د. حمدي عبد المنعم \_ نظام الأمبودسمان \_ مجلة العدالة \_ ابو ظبي \_ العدد ٢٣ .

٣. د. حلمي مجيد الحمدي \_ كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره \_ مجلة العلوم القانونية والسياسية \_ كلية القانون والسياسة \_ جامعة بغداد \_ المجلد الخامس \_ العدد الأول والثاني . ١٩٨٦ .
٤. د. رمزي الشاعر \_ المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية \_ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١١ ع ٢ يوليو ١٩٦٩ .
٥. د. عبد الباقي نعمه عبد الله \_ نظرية أعمال السيادة في القانون المقارن \_ مجلة القانون المقارن \_ العددان ٦ \_ ٧ السنة السادسة ١٩٧٧ .
٦. د. على محمد بدير \_ الوسيط في النظام القانوني الفرنسي ضمانه لحماية الأفراد \_ مجلة العلوم القانونية \_ كلية القانون \_ جامعة بغداد \_ المجلد ١١ ع ٢ ١٩٩٦ .
٧. د. محمد أنس قاسم \_ نظام الأمبودسمان السويدي مقارناً بناظر المظالم والمحتسب في الإسلام \_ مجلة العلوم الإدارية \_ القاهرة ع ١ لسنة ١٩٧٥ .
٨. د. محمود سعد الدين الشريف - النظرية العامة للضبط الإداري - مجلة الدولة - ع ٢٤ - ١٩٥١ .
٩. د. مازن ليلو راضي \_ نظام الأمبودسمان أو المفوض البرلماني ضمانه لحقوق الأفراد وحریتهم \_ مجلة القادسية \_ جامعة القادسية المجلد ٣ العدد ٢ العراق ١٩٩٨ .

### ثالثاً :: المجلات ومجموعات الأحكام ::

١. مجلة العلوم القانونية والسياسة العراقية .
٢. مجلة العلوم الإدارية المصرية .
٣. مجلة العدالة الإماراتية .
٤. موسوعة القضاء والفقہ المصرية .
٥. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر \_ أحمد سمير أبو شادي .
٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في مصر

### رابعاً القوانين والأنظمة .

١. القانون المدني العراقي .
٢. قانون العقوبات العراقي .

٣. قانون المزايدات والمناقصات المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

#### خامساً : الكتب والمؤلفات باللغة الفرنسية :

1. Auby ( J , M ), *Droit administratif*, paris , 1967 .
2. Auby ( J , M ) et Drago ( R ), *Traite` de contentieux administratif*, paris , 1962 .
3. Barthelemy , *Trait elementaire de droit administeatif* , 1933 .
4. Badaoui ( Saroit ) , *Le fait du prince dans les contrats administratif* , These , paris , 1955 .
5. Benoit ( Francis – paul ), *Le droit administratif , francais* , paris , 1968 .
6. Bonnard ( R ), *precis de droit administratif* , paris , 1943.
7. Chapuss ( R ), *Droit administratif general*, paris , 1995.
8. Duze ( Paull ) et Debeyr ( G U g ) – *Trait de droit administratif Paris* , 1952 .
9. De Laubadere ( Andre` ) , *Traite` de droit administratif*, 1984.
10. De Laubadere ( Andre` ) , *Traite` e`lementaire de droit administratif* 1973.
11. Piquemal – *Le Fonctionnaire Public ses devoir et obligarions*, 1976 .
12. Pequignot, *Theorie general du contrat administratif*, 1945.
13. Plantey ( A ) – *Trait Pratique de la fonction Public* , 1971 .
14. Rivero ( Jean ) , *precis de droit administratif Dalloz*, 1970.
15. Rivero ( Jean ) , *Droit administrative* , 1975 .
16. Vedel ( G ) et elvolove` , *Droit Administratif*, 1984.
17. Vedel ( G ) , *Droit administratif* , 1954.
18. Walien ( M ) , *Droit administratif* 1957.
19. Silvera ( Victor ) , Serge ( Salon ) – *La Fonction Publique et Problems actuals edition* , 1976 .
20. Walien ( M ) , *Trait de droit administratif 9em* 1963.

#### سادساً : الكتب والمؤلفات باللغة الإنجليزية .

1. Wade . H . W . R , *Administratif law* , oxford 1977 .

## سابعاً :: البحوث والمقالات باللغة الفرنسية :

1. Prosper ( Weil ), *Le critere du contrat administratif en crise Melanges offerts a Marcel Waline Tom 11 , 1974*
2. Vedel ( G ), *Le nation de claus exorbitante , L'evolution de droit public (Melanges A . Mester) , 19*

## الفهرس

الصفحة	الموضوع
	<b>المقدمة</b>
	<b>الباب التمهيدي : طبيعة القانون الإداري</b>
	<b>الفصل الأول : التعريف بالقانون الإداري</b>
	<b>المبحث الأول : علاقة القانون الإداري بفروع القانون الأخرى</b>
	<b>المبحث الثاني : علاقة القانون الإداري بعلم الإدارة العامة</b>
	<b>الفصل الثاني : نشأة القانون الإداري وتطوره</b>
	<b>المبحث الأول نشوء القانون الإداري في فرنسا</b>
	<b>المبحث الثاني : نشوء القانون الإداري في مصر</b>
	<b>المبحث الثالث : نشوء القانون الإداري في العراق</b>
	<b>الفصل الثالث : خصائص ومصادر القانون الإداري</b>
	<b>المبحث الأول : خصائص القانون الإداري</b>
	<b>المبحث الثاني : مصادر القانون الإداري</b>
	<b>الفصل الرابع : أساس القانون الإداري</b>
	<b>المبحث الأول : معيار أعمال السلطة وأعمال الإدارة</b>
	<b>المبحث الثاني : معيار المرفق العام</b>
	<b>المبحث الثالث : معيار السلطة العامة وإمتيازاتها</b>

	<b>المبحث الرابع : معيار المنفعة العامة</b>
	<b>المبحث الخامس : معيار السلطة العامة الحديث</b>
	<b>المبحث السادس : معيار الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة</b>
	<b>الباب الاول : التنظيم الاداري</b>
	<b>الفصل الاول : الاشخاص المعنوية</b>
	<b>المبحث الاول : انواع الاشخاص المعنوية</b>
	<b>المبحث الثاني : النتائج المترتبة على منح الشخصية المعنوية</b>
	<b>الفصل الثاني : أساليب التنظيم الإداري</b>
	<b>المبحث الاول : المركزية الإدارية</b>
	<b>المبحث الثاني : اللامركزية الإدارية</b>
	<b>الفصل الثالث : التنظيم الاداري في العراق</b>
	<b>المبحث الاول : التنظيم الاداري في ظل الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠</b>
	<b>المبحث الثاني : التنظيم الاداري في ظل الدستور عام ٢٠٠٥</b>
	<b>الباب الثاني : نشاط الادارة العامة</b>
	<b>الفصل الاول : الضبط الاداري</b>
	<b>المبحث الأول : ماهية الضبط الإداري</b>
	<b>المطلب الأول : التعريف بالضبط الإداري</b>
	<b>المطلب الثاني : أنواع الضبط الإداري</b>
	<b>المبحث الثاني : أغراض ووسائل الضبط الإداري</b>
	<b>المطلب الأول : أغراض الضبط الإداري</b>
	<b>المطلب الثاني : وسائل الضبط الإداري</b>
	<b>المبحث الثالث : حدود سلطات الضبط الإداري</b>
	<b>المطلب الأول : حدود وسلطات الضبط الإداري في الظروف العادية</b>
	<b>الفصل الثاني : المرفق العام</b>
	<b>المبحث الأول : ماهية المرفق العام</b>
	<b>المطلب الأول : تعريف وعناصر المرفق العام</b>
	<b>المطلب الثاني : أنواع المرافق العام</b>
	<b>المطلب الثالث : إنشاء وإلغاء المرافق العامة</b>

	<b>المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم المرافق العامة</b>
	<b>المطلب الأول : مبدأ استمرار سير المرفق العام</b>
	<b>المطلب الثاني : مبدأ قابلية المرفق للتغيير</b>
	<b>المطلب الثالث : مبدأ المساواة بين المنتفعين</b>
	<b>المبحث الثالث : طرق إدارة المرافق العامة</b>
	<b>المطلب الأول : الإدارة المباشرة</b>
	<b>المطلب الثاني : أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة</b>
	<b>المطلب الثالث : التزام أو امتياز المرافق العامة</b>
	<b>المطلب الرابع : الاستغلال المختلط</b>
	<b>الباب الثالث : الوظيفة العامة</b>
	<b>الفصل الأول : ماهية الموظف العام</b>
	<b>المبحث الأول : تعريف الموظف العام</b>
	<b>المبحث الثاني : طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة</b>
	<b>الفصل الثاني : التعيين في الوظيفة العامة</b>
	<b>المبحث الأول : الشروط المتبعة في التعيين</b>
	<b>المبحث الثاني : طرق اختيار الموظفين العموميين</b>
	<b>المبحث الثالث : حركة الموظف أثناء الخدمة</b>
	<b>المبحث الأول : حقوق الموظف العام</b>
	<b>المبحث الثاني واجبات الموظف العام</b>
	<b>الفصل الرابع : تأديب الموظف العام</b>
	<b>المبحث الأول مفهوم الجريمة التأديبية</b>
	<b>المبحث الثاني : العقوبات التأديبية</b>
	<b>المبحث الثالث : السلطات التأديبية</b>
	<b>الفصل الخامس : انتهاء خدمة الموظف العام</b>
	<b>الباب الرابع : الأموال العامة</b>
	<b>الفصل الأول : التعريف بالأموال العامة</b>
	<b>المبحث الأول : ظهور فكرة الأموال العامة</b>
	<b>المبحث الثاني : المعيار المميز للأموال العامة</b>

	<b>الفصل الثاني : طرق اكتساب المال العام</b>
	<b>المبحث الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة</b>
	<b>المبحث الثاني : الاستيلاء على العقارات</b>
	<b>الفصل الثالث : استعمال المال العام وحمايته القانونية</b>
	<b>المبحث الأول : استعمال المال العام</b>
	<b>المبحث الثاني : الحماية القانونية للأموال العامة</b>
	<b>الباب الخامس : القرار الإداري</b>
	<b>الفصل الأول : تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى</b>
	<b>المبحث الأول : القرارات الإدارية والأعمال التشريعية</b>
	<b>المبحث الثاني : القرارات الإدارية والأعمال القضائية</b>
	<b>المبحث الثالث : القرارات الإدارية والأعمال المادية</b>
	<b>الفصل الثاني : القرار الإداري وعناصره</b>
	<b>المبحث الأول تعريف القرار الإداري</b>
	<b>المبحث الثاني : عناصر القرار الإداري</b>
	<b>الفصل الثالث : تصنيف القرارات الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : القرارات الإدارية من حيث التكوين</b>
	<b>المبحث الثاني : القرارات الإدارية من حيث آثارها</b>
	<b>المبحث الثالث : القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء</b>
	<b>المبحث الرابع : القرارات الإدارية من حيث نفاذها</b>
	<b>المبحث الخامس : القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها</b>
	<b>الفصل الرابع : النظام القانوني للقرارات الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية</b>
	<b>المبحث الثاني : نفاذ القرارات الإدارية</b>
	<b>المبحث الثالث : تنفيذ القرارات الإدارية</b>
	<b>الفصل الخامس : نهاية القرارات الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : نهاية القرارات الإدارية بغير عمل الإدارة</b>
	<b>المبحث الثاني : نهاية القرارات الإدارية بعمل من جانب الإدارة</b>
	<b>الباب السادس : العقود الإدارية</b>

	<b>الفصل الأول : ظهور فكرة العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : نشأة العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الثاني : استقلال نظرية العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الثالث : التعريف بالعقد الإداري</b>
	<b>الفصل الثاني : معيار تمييز العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : العقود الإدارية بتحديد القانون</b>
	<b>المبحث الثاني : التمييز القضائي للعقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الثالث : التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية</b>
	<b>الفصل الثالث : إبرام العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : طرق إبرام العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الثاني : إجراءات التعاقد</b>
	<b>الفصل الرابع : الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقود الإدارية</b>
	<b>المبحث الأول : سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها</b>
	<b>المبحث الثاني : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة</b>
	<b>الفصل الخامس : نهاية العقد الإداري</b>
	<b>المبحث الأول : الانقضاء العادي للعقد الإداري</b>
	<b>المبحث الثاني : الانقضاء المبني على العقد الإداري</b>
	<b>المصادر</b>
	<b>الفهرس</b>